



مجلة الأحقاف
للدراسات والبحوث القانونية

مجلة الأحقاف

للدراسات و البحوث
القانونية



مجلة قانونية محكمة تصدر عن قسم الشريعة والقانون بجامعة الأحقاف

- ◆ بيع المريض مرض الموت في القانون اليمني والفقہ الإسلامي
د: نزار أحمد شيخ القرن
- ◆ تلف الوقف دراسة فقهية مقارنة بقانون الوقف اليمني
أ: محمد أحمد بن سعد
- ◆ فلسفة دور تشريع الزكاة في الاستثمار دراسة في ضوء فلسفة التشريع
أ.م.د محمد عبد الملك محسن الحبشي
- ◆ نظام تقاعد الموظفين العموميين في القانون اليمني وتأصيله الشرعي .
د: صالح سعيد باعوضان
- ◆ عقد التأجير المنتهي بالتمليك بين التكييف الشرعي والقانوني .
د: مصطفى بن حامد بن سميح
- ◆ قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية
د: منير عمر عبيد التميمي

العدد الثاني - مارس 2025م





مجلة الأحقاف لدراسات والبحوث القانونية

أعضاء هيئة التحرير

رئيس التحرير	د. أحمد سالم أحمد بن عقيل
مدير التحرير	د. نزار شيخ أحمد القرن
سكرتير التحرير	أ. محمد سقاف أحمد بلفقيه

الناشر

قسم الشريعة والقانون بجامعة الأحقاف

اليمن – حضرموت

البريد الإلكتروني

law.m@ahgaff.edu

شروط النشر

- ☞ مطابقة البحث للتنسيقات المعمول بها في المجلة .
- ☞ ألا يكون قد سبق نشره أو قدم للنشر إلى جهة أخرى، ويقدم الباحث تبعا لهذا تعهدا مضميا بالأصالة والأمانة العلمية .
- ☞ أن يتسم البحث بالأصالة والمنهجية العلمية في الموضوع .
- ☞ ملف البحث يجب ان يكون على شكل ملف ميكروسوفت وورد docs.doc غير مقفل أو محمي بكلمة سر .
- ☞ أن يكون حجم الصفحة مقاس A4 وأن تكون هوامش الصفحة يمين ويسار وأعلى وأسفل ٢.٥ سم.
- ☞ أن لا يتجاوز عدد صفحات البحث ٣٠ صفحة وان لا يقل عن ١٥ صفحة .
- ☞ ضرورة احتواء البحث على أرقام تسلسلية للصفحات .
- ☞ مراعاة صحة اللغة وسلامة الأسلوب في البحث .
- ☞ النشر في المجلة يكون باللغة العربية .
- ☞ يجب أن يكون البحث مكتمل العناصر .
- ☞ عنوان البحث باللغتين العربية والانجليزية .
- ☞ ملخص البحث لا يزيد على ٢٥٠ كلمة ولا يقل عن ١٠٠ كلمة باللغتين العربية والانجليزية .
- ☞ الكلمات المفتاحية للملخصين بين ٨٥ و٨٠ كلمات باللغتين العربية والانجليزية .
- ☞ يجب ان تتضمن المقدمة : مشكلة البحث وأهميته وأهدافه وأجزاء ومحتويات البحث .
- ☞ يجب أن يحتوي البحث على خاتمة وقائمة مراجع .
- ☞ يجب أن يكون الخط المكتوب به عنوان البحث Sakkal Majalla حجم (١٨) غامق .
- ☞ متن البحث يكتب بخط sakkal Majallas حجم (١٤) والهوامش بنفس الخط بحجم (١٢) .
- ☞ المسافة بين السطور ١.١٥
- ☞ يشار إلى المصادر والمراجع في متن البحث بأرقام تسلسلية كل صفحة على حدة، وتوضع

بين قوسين إلى الأعلى هكذا: ()

يرفق الباحث بحثه بسيرته الشخصية مختصرة يبين فيها درجته العلمية والجهة التابع لها وبريده الإلكتروني .
أن يتقيد البحث بمواصفات التوثيق وفقا لنظام الإحالات المرجعية الذي تعتمده المجلة .

الكتب :

باللغة العربية :

اسم المؤلف، عنوان الكتاب، ، رقم الصفحة والجزء .

الآية القرآنية :

(تكتب وفق الرسم العثماني) يشار إليها في الحاشية كالاتي :

[اسم السورة يتبعه نقطتان : ثم رقم الآية] [النساء: ٥٥] .

الحديث الشريف :

اسم المؤلف أو الشهرة، اسم المصنف، اسم الكتاب/الباب، رقم الجزء/الصفحة، رقم الحديث .

المخطوطة غير المحققة :

اسم المؤلف، عنوان المخطوطة، الصفحة نوعها أصلية أم مصورة .

باللغة الانجليزية :

اسم المؤلف أو عائلته، عنوان الكتاب، رقم الصفحة والجزء مثال :

(١) Roy, Gaza strip (p. ٣٣)

الدوريات والصحف والمجلات :

اسم المؤلف، ، سنة النشر، عنوان الدراسة ، اسم المجلة، العدد، رقم الصفحة .

إذا كان المرجع رسالة علمية :

الاسم، سنة النشر، عنوان الرسالة، اسم الجامعة، مكان النشر، رقم الصفحة .

إذا كان المرجع مقال من دورية علمية تصدر على الانترنت :

الاسم، سنة النشر، عنوان البحث (النسخة الإلكترونية)، اسم المجلة، رقم المجلد ان وجد، العدد، رقم الصفحة .

- إذا كان المرجع مصدراً إلكترونياً على الشبكة :
- اسم المؤلف أو الكاتب، (سنة النشر + يوم + شهر)، عنوان المقال، تاريخ الاطلاع، الموقع، عنوان الموقع مثل :
- إيهاب برهم، (٢٠١٥ م، ٢٠ مايو)، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مفهوم أممي، تاريخ الاطلاع: ٢٣ مايو ٢٠١٥ م، الموقع : <http://www.altareekh.com>.
- إذا كان المرجع مقطع فيديو على الانترنت :
- اسم المنتج، شركة الانتاج، سنة الانتاج، عنوان المقطع، تاريخ الاطلاع، عنوان الموقع .
- إذا كان المرجع مدونة :
- الاسم، تاريخ النشر، تم الاسترجاع من المرابط الاتي: www.
- في حالة عدم معرفة :
- مكان النشر يكتب: (د.م)
- اسم الناشر: (د.ن)
- بدون رقم الطبعة: (د.ط)
- بدون تاريخ نشر: (د.ت)
- ترتب قائمة المراجع أبجدياً حسب أسماء المؤلفين .

فهرس المحتويات

الصفحة	عنوان البحث
٤	شروط النشر.....
٧	فهرس المحتويات.....
٨	كلمة رئيس التحرير
٩	نظام تقاعد الموظفين العموميين في القانون اليمني وتأصيله الشرعي..... د: صالح سعيد باعوضان
٤٩	عقد التأجير المنتهي بالتمليك بين التكييف الشرعي والقانوني..... د: مصطفى بن حامد بن سميط
٧٥	قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية..... د: منير عمر عبيد التميمي
١١٩	بيع المريض مرض الموت في القانون اليمني والفقه الإسلامي..... د: نزار أحمد شيخ القرن
١٤٩	تلف الوقف دراسة فقهية مقارنة بقانون الوقف اليمني..... أ: محمد أحمد بن سعد
١٧٧	فلسفة دور تشريع الزكاة في الاستثمار دراسة في ضوء فلسفة التشريع..... أ.م.د محمد عبد الملك محسن المحبثي

كلمة رئيس التحرير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه
وبعد : تواصلًا للإنتاج العلمي والبحث نضع بين أيدي القراء الكريم هذا العدد الثاني من
مجلة الأحقاف للدراسات والبحوث القانونية ، والذي يأتي بعدد ستة أبحاث قانونية
متخصصة في المجال القانوني والمقارن .

لقد آلت مجلة الأحقاف للدراسات والبحوث القانونية أن تأخذ بمسلك الجدية في اختيار
الأبحاث تحكيمها مساهمة في إثراء المجال القانوني والمقارن بالشريعة الإسلامية ، وتطويرا لما
يحتاج الباحثون إليه من مسائل ومواضيع في مجال العمل ومجال الحياة .

تمر الأبحاث في مجلة الأحقاف للدراسات والبحوث القانونية بمراحل قبل صدورها ، تبدأ
بالتأكد من موافقة موضوع البحث لمجال المجلة واختصاصها في التخصص القانوني والقانوني
المقارن بالشريعة الإسلامية ، لتمر بعد ذلك بمرحلة التحكيم من قبل أساتذة متخصصين في
مجالهم ، ليتم بعد ذلك تعديل الأبحاث وتصحيحها بناء على ملاحظات المحكمين وتبعاً لما
يتوافق مع سياسات النشر بالمجلة .

نؤكد أننا في الهيئة الإدارية والعلمية في المجلة نسعى للتميز والالتقان في مجال التخصص
القانوني منطلقين من مكانة كلية الشريعة والقانون بجامعة الأحقاف ، الكلية التي تبوأَت
المكانة العالية بين كليات الشريعة بالعالم الإسلامي وسلكت سبيل الإتقان والجدية في الدراسة
وتخريج المتخصصين في العلوم الشرعية والقانونية .

وتعتزم المجلة إن شاء الله مواصلة عملها في نشر الأبحاث التي تنفع وتفيد القراء والباحثين
وطلاب العلم منطلقاً في ذلك من عقيدتها في أهمية تصحيح المجال البحثي وإتقانه ومستعينة
بالله تعالى في ذلك

د/ أحمد بن سالم بن أحمد بن عقيل

رئيس التحرير

نظام تقاعد الموظفين العموميين في القانون اليمني وتأصيله الشرعي دراسة تحليلية تأصيلية

إعداد:

الدكتور / صالح سعيد علي باعوضان
أستاذ القانون الإداري المساعد بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأحقاف

حضر موت - تريم

٠٠٩٦٧٧٧٥٥٢٢٢٨٩

sSalhh.83@gmail.com

خلاصة البحث

يعالج هذا البحث (نظام تقاعد الموظفين العموميين في القانون اليمني وتأصيله الشرعي)، والذي يهدف أساساً إلى إبراز نظام التقاعد في التشريع اليمني من خلال قانون التأمينات والمعاشات، وتأصيله الشرعي.

فقد تناولتُ مفهوم التقاعد في مطلب أول، مستعرضاً من خلاله تعريف التقاعد لغة وفقها وقانوناً، والأساس القانوني لنظام التقاعد، وأهدافه.

وبعده شرعت في الحديث عن التقاعد في التشريع اليمني في مطلب ثانٍ؛ موضحاً مراحل التاريخة والسمات الخاصة به، مع وضع صورة متكاملة بخصوص نظام التقاعد في التشريع اليمني. وفي المطلب الثالث بحثت في التأصيل الشرعي لنظام التقاعد مبيناً تعريف التأمين وأنواعه، والتأمين الحكومي.

وقد خلصت الدراسة إلى نتائج من أهمها: وجود قصور في التشريع اليمني المنظم للتقاعد كما أوصت الدراسة الباحثين بدراسة مقارنة في موضوعات أنظمة التقاعد في القوانين الأخرى العربية والأجنبية بما يعطي أفقاً أوسع في هذه الأنظمة. الكلمات المفتاحية: التقاعد، تأصيل، المعاشات، نظام، الشريعة.

Research Summary

The Public Employees Retirement System in Yemeni Law and Its Legal Basis

An Analytical and Authentic Study

Prepared by : Dr. Saleh Saeed Ali BaOwdhan

Assistant professor of Administrative Law at College of Sharia
and Law – Al-ahgaf university – Tarim – Hadhramout

٠٠٩٦٧٧٧٥٥٢٢٢٨٩

sSalhh.83@gmail.com

Abstract

This research deals with (the retirement system of public employees in Yemeni law and its legal basis), which aims primarily to highlight the retirement system in Yemeni legislation through the Social Insurance and Pensions Law, and its legal basis.

I addressed the concept of retirement in the first section, reviewing through it the definition of retirement in language, jurisprudence and law, and the legal basis of the retirement system, and its objectives.

After that, I started talking about retirement in Yemeni legislation in the second section; explaining its historical stages and special features, with a comprehensive picture regarding the retirement system in Yemeni legislation.

In the third section, I researched the legal basis of the retirement system, explaining the definition of insurance and its types, and government insurance.

The study concluded with the most important results: There are shortcomings in Yemeni legislation regulating retirement.

The study also recommended that researchers conduct a comparative study on the topics of retirement systems in other Arab and foreign laws, which would give broader horizons in these systems.

Key words : retiring , rooting , wages , system , legislation

المقدمة

يعد نظام التقاعد في الوقت الحاضر من أهم النُظُم التي تعالج الآثار التي تنجم عن الأخطار التي قد يتعرض لها الإنسان خلال حياته الوظيفية، سواء تلك الأخطار مؤكدة الحدوث؛ كالوفاة والشيخوخة، أو الأخطار الاحتمالية؛ كخطر العجز والمرض؛ وذلك بإيجاد بديل للأجر في حالة انقطاعه بسبب تحقق أي من تلك الأخطار، ويتميز البديل بالدورية والثبات.

وقد أخذت جميع الدول بنظام التقاعد بوصفه من الأنظمة القانونية الحديثة التي لم يتفق العلماء والمختصون على مفهوم واحد له، على الرغم من إجماعهم على أن التقاعد هو إحدى المراحل الأساسية والحتمية التي يمر بها الموظف إذا أمد الله سبحانه وتعالى في عمره، والمقصود هنا هي مرحلة الشيخوخة.^(١)

وفي ثنايا هذه الوريقات سنحاول جاهدين لاستكشاف نظام التقاعد في التشريع اليمني، وتأصيله الشرعي.

وقد واجهتني بعض الصعوبات؛ من أهمها: شح الكتابة في هذا الموضوع، وخصوصاً جانب التأصيل الشرعي.

أهداف البحث :

- ١- تقديم مادة علمية تساهم في إثراء المعرفة.
- ٢- إبراز جانب مهم من حياة الموظف العام.
- ٣- التعرف على نظام التقاعد بغية إثراء الجوانب الإيجابية، وتجاوز الجوانب السلبية.

أهمية البحث :

- ١- ندرة الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع شرعاً.
- ٢- جدية الموضوع لارتباطه بالواقع المعاش؛ فهو يتعلق بشريحة كبيرة في المجتمع.
- ٣- ارتباط الموضوع بالحياة الاقتصادية للموظف العام.

إشكالية البحث :

تتمثل الإشكالية في مدى تمثل نظام التقاعد في التشريع اليمني لمبادئ العدالة والإنصاف لحماية الموظف من العوز والفاقة؛ فما هو هذا النظام؟ وهل هذا النظام يلبي حاجة الموظف من خلال

(١) د.عبد العزيز علي الغريب، المتقاعدون ووقت الفراغ، المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٩٩٨م، ص ٢٢.

مواجهة المخاطر المستقبلية له ولعائلته؟ وهل للشرع الحنيف إسهام في وضع ضوابط تبيح التعامل بهذه النظام؟

مناهج البحث :

اعتمدت في هذا البحث على المناهج الآتية :

- المنهج الوصفي؛ ويتجلى واضحاً في قضايا التعريفات اللغوية والاصطلاحية؛ التقاعد، التأمين... إلخ
- المنهج التحليلي؛ ويتجلى في تحليل النصوص القانونية المتعلقة بنظام التقاعد، وتبيين الموقف الشرعي له.
- المنهج الاستقرائي؛ ويتجلى من خلال استقراء نصوص الفقهاء وأقوالهم للوصول لحكم كلي.
- المنهج التاريخي؛ ويتجلى في المراحل التاريخية لنظام تقاعد الموظفين العموميين في اليمن.

خطة البحث :

انتظم البحث في مقدمة وثلاثة مطالب وخاتمة :

المطلب الأول : مفهوم التقاعد؛ وتحتة ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف التقاعد لغة وفقها وقانونا.

الفرع الثاني : الأساس القانوني لنظام التقاعد.

الفرع الثالث : أهداف نظام التقاعد.

المطلب الثاني : التقاعد في التشريع اليمني؛ وتحتة فرعان :

الفرع الأول : المراحل التاريخية لنظام التقاعد في اليمن والسمات الخاصة به.

الفرع الثاني : نظام التقاعد في التشريع اليمني.

المطلب الثالث : التأصيل الشرعي لنظام التقاعد؛ وتحتة ثلاثة فروع :

الفرع الأول : الأساس الشرعي لنظام التقاعد.

الفرع الثاني : تعريف التأمين، وأنواعه.

الفرع الثالث : التأمين الحكومي.

المطلب الأول

مفهوم التقاعد

استقر التقاعد باعتباره مفهوما حديثا في منتصف القرن التاسع عشر، وأصبح هذا المصطلح يطلق على نهاية النشاط للموظف؛ لأن معاش التقاعد كان قبل ذلك على شكل مكافأة، وكانت تخصص للذين يزاولون أعمالاً ووظائف طيلة حياتهم؛ كالموظف العام، الجيش، البحارة... وغيرهم، ثم تطورت الفكرة شيئا فشيئا، وغدت تغطي كل فئات المجتمع العامل كل بحسب طبيعة عمله.^(١) وقد خصصنا الكلام عن التقاعد في هذا المطلب من خلال تعريفه في اللغة واصطلاح الفقهاء والتشريع اليمني، ثم عقبنا الحديث عن الأساس القانوني لنظام التقاعد، وأهدافه، كل ذلك في ثلاثة فروع:

الفرع الأول

تعريف التقاعد لغة واصطلاحاً وقانوناً

أولاً: التقاعد في اللغة:

(التقاعد): لغة مصدر الفعل (قَعَدَ) قَعْدًا: جلس من قيام، و(تقاعد) عن الأمر لم يهتم به، أو تأخر عنه أو تركه، وفي التنزيل العزيز: ﴿وَقَعَدَ الَّذِينَ كَذَبُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾^(٢)، ويُقال: تقاعد الموظف عن العمل: أُحيل إلى المعاش (محدثاً)^(٣) ومتقاعد: محال على المعاش، ومن يستلم راتب التقاعد.^(٤) وأصل الكلمة فيها معنى الترك، والتقاعد في المعنى الفقهي أو الاصطلاحي يعني: الترك للوظيفة؛ مما يوحي بترابط الأصل اللغوي بالتعريف الاصطلاحي للتقاعد. ثانياً: تعريف التقاعد في الفقه:

تعددت الاتجاهات الفقهية في تعريفها للتقاعد، فعرفه الدكتور صادق السعيد بأنه: «نظام الإحالة للمعاش الذي تفرضه الدولة على موظفيها المدنيين والعسكريين، أو على العمال وموظفي القطاع الخاص؛ لتؤمن لهم بمقتضاه المعاش أو التعويض عند العزل أو الاعتزال من الوظيفة، بعد

(١) حسين جعيجع، النظام القانوني للتقاعد في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٢، ص ٢٠٠٣، د. يحيى قاسم سهل، النظام القانوني للتقاعد في التشريع اليمني، ورقة بحثية مقدمة للندوة العلمية حول حماية الحقوق في ظل سيادة القانون من ١٥-١٦ إبريل ٢٠٠٨ م، مطبوعات دار جامعة عدن، ص ٥٠. [التوبة: ٩٠].

(٢) د. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، مادة (ق ع د)، ص ٧٤٨.

(٣) رينهارت بيتر أن دوزي، تكملة المعاجم العربية، الطبعة الأولى، من ١٩٧٩/٢٠٠٠ م، مادة (ق ع د)، (٣٣٣/٨).

مدة معينة، يدفعون خلالها أقساطاً شهرية من رواتبهم؛ كاشتراكات تأمينية لمؤسسات وهيئات التقاعد المخصصة لهذا الغرض، والغاية من هذا النظام تمكين هؤلاء الموظفين وعائلاتهم من الحصول على مورد للرزق عندما يتركون وظائفهم لأسباب محددة في القانون»^(١).

وعرفه العويضياني بأنه: «نظام تفرضه الدولة على موظفيها؛ لتؤمن لهم بمقتضاه المعاش عند الشيخوخة والعجز والوفاة، على أن يدفعوا خلال فترة الخدمة أقساطاً من أجورهم، اشتراكات شهرية لصندوق التقاعد التابع للهيئة العامة للتأمينات والمعاشات»^(٢).

ونخلص من هذين التعريفين بعناصر أساسية لهذا النظام، تتمثل في الآتي: نظام قانوني ينظم حقوق الموظف المنتهية خدمته باستحقاقه المعاش أو المكافأة، أو وضعية قانونية بخصائص محددة وشروط معروفة.

وعليه يعد التقاعد أحد الأنظمة التي تحقق للموظف حياة كريمة بعد انتهاء خدمته الوظيفية، وتعويضاً بديلاً، ومكافأة عن الخدمات التي أداها خلال الخدمة، وينتقل هذا الحق إلى أفراد عائلته المأبلين من قبله، وبالتالي فإن نظام التقاعد يعتبر نوعاً من التأمين والحماية الاجتماعية للموظف ولعائلته من بعده، من خلال ضمان مورد مالي مستمر يكفل له ولهم حياة إنسانية كريمة^(٣).

ثالثاً: تعريف التقاعد في التشريع اليمني:

جرت العادة أن تخلو القوانين من التعاريف؛ لذلك لم يعرف المشرع اليمني نظام التقاعد، وإنما أعطى تعريفاً غير مباشر للتقاعد من خلال تعريف المتقاعد؛ حيث أوردت المادة الثانية من قانون التأمينات والمعاشات المقصود بلفظة (المتقاعد) بقولها: «هو المؤمن عليه الذي انتهت خدمته، ويستحق معاشاً تقاعدياً»؛ وكذلك لفظة (معاش التقاعد) بأنه «المعاش الشهري الذي يستحقه المؤمن عليه أو العامل عند انتهاء خدمته أو ما يستحقه خلفه بعد وفاته وفق أحكام هذا القانون»؛ لذا يقول

(١) د. صادق مهدي السعيد، الضمان الاجتماعي دراسة مقارنة تطبيقاته في العراق، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥ م، ص ٤٠، عائشة فضيلي، منازعات التقاعد أمام القضاء الإداري، رسالة ماجستير، جامعة محمد الخامس، المغرب، ٢٠١٣ م، ص ٥.

(٢) حسين عبدالله العويضياني، النظام القانوني للإحالة على المعاش في التشريع اليمني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، ١٤٣٠ هـ، ٢٠٠٩ م، ص ١١٩، د. محمد أحمد حسين، زكاة مخصصات التقاعد، بحث مقدم إلى مؤتمر الزكاة بعنوان زكاة دخول الموظفين والمهن الحرة، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ١٤٣٢ هـ/٢٠١١ م، ص ٣.

(٣) مجدي عبد الملك باقيس، إحالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني دراسة مقارنة بالقانونين المصري والإماراتي، رسالة ماجستير، الأكاديمية اليمنية للدراسات العليا، ٢٠١٩ م، ص ٤٢.

بعض الفقهاء: لم يعرف المشرع اليمني نظام التقاعد، ولا ضهير في ذلك، بوصف أن التعاريف من شأن الفقه^(١).

نخلص إلى أن نظام التقاعد في التشريع اليمني نظام مخصوص يتم بموجبه استقطاع نسبة معينة من راتب الموظف شهرياً تقدر بـ ٦% خلال مدة خدمته الوظيفية، تضاف لها نسبة أخرى تقدر بـ ٧% تدفعها الدولة، تؤوّل إلى صناديق التأمينات والمعاشات، وبعد انتهاء مدة الخدمة يصرف له من الصندوق معاشاً شهرياً مدة حياته، ولعائلته بعد وفاته؛ فالنظام إلزامي، وقائم على الاستقطاعات من الموظف والدولة، والتي تسمى بالاشتراكات الشهرية، ومن خلاله يتم بعد انتهاء خدمته صرف معاش تقاعدي له مدة حياته، ولمعيله بعد وفاته. وسيأتي في المطلب الثاني زيادة في الحديث عنه.

الفرع الثاني

الأساس القانوني لنظام التقاعد

الموظفون يعتبرون أداة التنمية العلمية والفكرية في الدولة؛ فلا بد من الاهتمام الشمولي بهم، ومن الاهتمام بهم أن نقوم بتنظيم شؤونهم ومراكزهم، وإنهاء خدماتهم وإحالتهم للتقاعد، ويكون ذلك بقوانين وأنظمة خاصة بالوظيفة العامة، تستمد قوتها من الدستور؛ كونه المصدر والمنبع الذي تستقي منه كافة التشريعات أحكامها.

وقد كفلت تشريعات الوظيفة العامة في الدول العديد من الضمانات والحقوق للموظف العام؛ وذلك ضماناً لاستقراره في وظيفته؛ ولكي يضمن مستقبله ومستقبل من يعولهم بعد الانتهاء من الخدمة.^(٢)

ويمكن اعتبار أن الأساس القانوني لمشروعية نظام التقاعد إنما يقوم على مفهومين رئيسيين، هما:
أولاً: المفهوم الوظيفي للتقاعد:

يعتمد المفهوم الوظيفي على عنصرين أساسيين: يتمثل الأول في ارتباط التقاعد بالوظيفة أكثر من ارتباطه بالموظف؛ فالتقاعد يترك الوظيفة عندما يبلغ سناً معينة؛ فمهام الوظيفة تتطلب قدرة كافية في العقل والجسم؛ لذلك فقد حدد المشرع سناً معينة تنتهي فيه القدرة المجدية على الإنتاج، وعندها أوجب التوقف عن العمل.

ويتمثل العنصر الثاني في طبيعة العلاقة النظامية التي تربط الموظف العام بالدولة والتي تفرض ألا تكون هذه العلاقة أبدية؛ لأن الدولة في تعيينها الأكفاء تسعى لتحصيل أكبر قدر من المنفعة

(١) د. يحيى قاسم سهل، النظام القانوني للتقاعد في التشريع اليمني، مرجع سابق، ص ٦.

(٢) مجدي عبدالمملك باقيس، إحالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ٤٠.

للمجتمع؛ لتصل به إلى أعلى درجات الرقي والاستقرار؛ وهذا لا يتم إلا ببذل أقصى طاقات الجهد والعمل، والتي هي من صفات الشباب أكثر من غيرهم؛ لذا فالموظف إذا ما بلغ سن الشيخوخة فإن جهده وطاقته تقل، وهذا ينعكس سلباً على العمل الذي يقوم به؛ لذا لا بد من تنحيته عن عمله، ووضع شخص يقوى على تحمل أعباء الوظيفة.^(١)

وفي مقابل إنهاء خدمة الموظف المؤدي حتماً إلى انقطاع الراتب فإنه ينبغي الاعتراف له بقضاء سنوات شيخوخته في راحة وهدوء؛ وذلك بتوفير حوافز وامتيازات مادية؛ وذلك على شكل معاش تقاعدي؛ عرفاناً للجزء الكبير من عمره الذي أفناه في خدمة الدولة تحقيقاً للمصلحة العامة.^(٢) لذلك رأت الحكومات الأخذ بنظام التقاعد؛ لأن الموظف الذي خدمها في ذروة فتوته جدير أن يكافأ في طور ضعفه وعجزه، لا أن يهمل هو وعائلته؛ فلا يجدون وسيلة تضمن لهم ضروريات الحياة. ثانياً: المفهوم الاجتماعي للتقاعد :

يهدف نظام التقاعد إلى ضمان دخل يحقق أدنى مستويات المعيشة للأشخاص الذين بسبب بلوغهم سنًا معيناً لم يعودوا قادرين على مواصلة العمل بنفس القوة التي كانوا عليها؛ لأن مظاهر الشيخوخة؛ كالضعف البدني والأمراض والحالة الذهنية تحول بين الإنسان وبين أداء عمله بالصورة التي كان يقوم بها من قبل، والتعرض لتلك المظاهر؛ خاصة في حالة فقد العمل لمن وصل سن التقاعد، فإنه في أغلب الأحيان يجد صعوبة في إيجاد عمل بديل، وهذا يعرضه لخطر البطالة الدائمة.^(٣)

وفي المقابل فإن استقطاع جزء من راتب الموظف شهرياً وتوريدها لهيئات ومؤسسات التقاعد، يمكن اعتباره ادخاراً لمصلحة الموظف الذي تقتضي مصلحته الراحة؛ حفاظاً على صحته بعد أن يصبح عاجزاً وعاطلاً عن العمل، وحفاظاً على المصلحة العامة التي تقتضي إنهاء خدمته وإفراح

(١) عبد العزيز سعد مانع العنزي، النظام القانوني لانتهاء خدمة الموظف العام، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢ م، ص ٥٠، عبد الجبار السامعي، أسباب إنهاء خدمة الموظف العام، رسالة ماجستير، جامعة عدن، ٢٠٠٨ م، ص ٨٤.

(٢) د.حمدي سليمان القبيلات، انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب، دار وائل، عمان، الأردن، ٢٠٠٣ م، ص ٢٢، مجدي عبد الملك باقيس، إحالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ٤٠، د.أسهمان عبادي ود.عبد القادر إسماعيل، الوظيفة العامة، (الجمهورية اليمنية، دول الخليج، جمهورية مصر العربية)، مركز عبادي للدراسات والنشر، صنعاء، الطبعة الأولى، ١٤٣٣ هـ، ٢٠١٢ م، ص ٢٢٢.

(٣) د. أحمد حسن البرعي، المبادئ العامة للتأمينات الاجتماعية وتطبيقاتها في القانون المقارن، دار الفكر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٨٣ م، ص ٥٠٥، مجدي عبد الملك باقيس، إحالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ٤٠.

الطريق أمام العناصر الشابة الجديدة لتأخذ دورها في الخدمة العامة؛ حيث تكون هذه الأخيرة بحاجة إلى ديمومة نشاطها بصورة مستمرة ومتجددة، ووضع الاستمرار بهذا الشكل لا يتحقق إلا بالعناصر الشابة من الموظفين الذين يمتلكون قدرة جسدية وذهنية عالية للمحافظة على دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.^(١)

وبالتالي فإن التقاعد يمكن اعتباره نوعاً من التأمين والحماية الاجتماعية للموظف وعائلته بعد انتهاء خدمته من خلال ضمان مورد مالي مستمر يكفل له ولهم حياة إنسانية كريمة. وهكذا يتضح الأساس القانوني للتقاعد كحق من الحقوق الوظيفية والاجتماعية للموظفين، وهو حق معترف به في مختلف التشريعات، رغم اختلاف مآزيمها السياسية والاقتصادية، وتختلف قواعده من دولة إلى أخرى.^(٢)

الفرع الثالث

أهداف نظام التعاقد

يظل التقاعد نظاماً ذا طابع اجتماعي حسب أساسه القانوني، وبالتالي فإنه يقوم بتحقيق أهداف متعددة على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي، نستعرض أهمها فيما يلي :

- ١- العدالة: ومعناها أن أنظمة التقاعد تساهم في تحقيق العدالة والأمن الاجتماعيين بما يبثه من استقرار وارتياح في نفوس المستفيدين؛ ذلك أن المؤمن عليه يحصل على مبلغ مادي يسمى المعاش التقاعدي، بعد أن يكون قد ساهم بحصة من راتبه بدفع الاشتراكات الشهرية.
- ٢- الإنصاف: يضمن مبدأ التوزيع في نظام التقاعد للأجيال المتعاقبة مردوداً مماثلاً؛ وذلك بإعادة توزيع الدخل بين الفئات العاملة والفئات المتقاعدة، أي إن مبادئ التسيير المعتمدة في النظام يجب ألا تفصل جيلاً عن جيل آخر، وبذلك يتحقق التكافل الاجتماعي.^(٣)
- ٣- الحماية: يدوم نظام التقاعد سنوات عديدة لحماية الموظف وتأمينه ضد كافة

(١) مجدي عبد الملك باقيس، إحالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ٤٠، د.حسن محمد عوضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري، المؤسسة الجامعية، بيروت، ١٩٩٧ م، ص ١٢٤.

(٢) د.حمود صالح العودي، الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والصحية للمتقاعدين في القطاع العام والمختلط في اليمن، دراسة نظرية تطبيقية في البنية الاجتماعية، مجلة قضايا اجتماعية، العدد (١٦) يوليو ٢٠٠٨ م، ص ٧٣.

(٣) حسين جعيجع، النظام القانوني للتقاعد في الجزائر، مرجع سابق، ص ٣٢، د.يحيى قاسم سهل، النظام القانوني للتقاعد في التشريع اليمني، مرجع سابق، ص ٧.

- المخاطر، وتحريره من شبح الخوف على مصيره ومصير أسرته؛ نتيجة شعوره بالحماية ضد المخاطر التي قد يتعرض لها حاضره ومستقبله.^(١)
- ٤- مكافحة الفقر وسد أبوابه: إن أنظمة التقاعد تسعى إلى حماية الموظفين من المخاطر الاجتماعية التي تهددهم بالفقر والحاجة عندما ينقطعون عن أعمالهم بسبب المرض أو الإصابة أو العجز أو الشيخوخة أو الوفاة؛ وذلك بتأمين تعويض عن الدخل المنقطع المتمثل في الراتب، بحيث يضمن لهم حداً أدنى من المعيشة الكريمة، وهو بذلك يوفر لهم الأمن الاقتصادي، كما أن دور نظام التقاعد لا يقف عند ذلك الحد، بل يسعى إلى تعويض المستحقين المعالين من الموظف بسبب وفاته، وكل ذلك بهدف محاربة الفقر وعدم ترك المستحقين المعالين للحاجة والتسول.^(٢)
- علاوة على ما سبق، هناك أهداف أخرى للتقاعد يمكن إجمالها في الآتي:
- ١- محاربة تهميش الموظف المحال على التقاعد.
 - ٢- القضاء على البطالة بين أوساط الشباب، والعمل من أجل ضخ دماء جديدة قادرة على إيجاد وإحداث نقلة نوعية في العمل الحكومي.
 - ٣- المساهمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية عن طريق استثمار احتياطي الاشتراكات المقررة في أنظمة التقاعد في مشاريع التنمية.
 - ٤- تأمين الحقوق التقاعدية للموظف المتوفي (المؤمن عليه) وتدفع إلى المستحقين من بعده للحفاظ على الوضع المادي والاقتصادي لأفراد أسرته وفقاً لمبدأ التكافل الاجتماعي المكفول دستورياً؛ فقد نصت المادة (٥٦) من الدستور اليمني النافذ على أنه: «تكفل الدولة توفير الضمانات الاجتماعية للمواطنين كافة في حالات المرض أو العجز أو البطالة أو الشيخوخة أو فقدان العائل، كما تكفل ذلك بصفة خاصة لأسر الشهداء وفقاً للقانون».
 - ٥- تخفيف الأعباء المالية للدولة عن طريق تحميل هيئات ومؤسسات التقاعد نفقات التقاعد المخصصة للفئات المستحقة^(٣).

(١) د. ناهد عبد الحميد محمد، التأمينات التجارية والاجتماعية، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، ٢٠٠٧ م، ص ٤١٩.

(٢) د. هنا على كريم، النظام القانوني للتأمينات الاجتماعية في مصر، مركز جامعة القاهرة، للتعليم المفتوح، القاهرة، ٢٠٠٧ م، ص ٥٨.

(٣) تنص المادة (٩٥) من قانون التأمينات والمعاشات اليمني رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م، وتعديلاته على أنه: «تلتزم الهيئة

المطلب الثاني

التقاعد في التشريع اليمني

أخذت اليمن بنظام التقاعد في الوظيفة العامة بالقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م بشأن التأمينات والمعاشات للعاملين بالجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لأي من هذه الجهات وغيرها من الوحدات الاقتصادية بالقطاع العام.^(١) وفي هذا المطلب سنحاول تسليط الضوء على التقاعد في التشريع اليمني من خلال بيان أطواره التاريخية التي مر بها، معقباً ذلك بالسمات والخصائص لنظام التقاعد اليمني، ثم نستوضح نظام التقاعد وكافة تفرعاته وتفصيلاته في التشريع اليمني، كل ذلك في فرعين:

الفرع الأول

المراحل التاريخية لنظام التقاعد في اليمن والسمات الخاصة به

أولاً: المراحل التاريخية لنظام التقاعد في اليمن:

تأخر ظهور التأمين الاجتماعي في اليمن مقارنة بالدول الأخرى؛ نظراً للفقر والجهل الذي يخيم على أفراد الشعب قبل الثورة مما أدى إلى تأخر الدخول في عصر الصناعة. وإذا ما استعرضنا المرحلة التي كانت قبل قيام الثورة اليمنية ١٩٦٢ م نجد أنه لم يكن للتأمين الاجتماعي أثر يذكر، ما عدا مساعدات البر والإحسان التي كانت موجودة بين أفراد المجتمع، وعليه سنتناول الحديث عن مراحل تطور التأمين الاجتماعي في اليمن، ونقسمها إلى مرحلتين:

أولاً: مرحلة التأمين الاجتماعي قبل الوحدة:

كانت اليمن حتى عام ١٩٩٠ م مجزئاً إلى شطرين، تعاقبت على حكمهما مجموعة من الدويلات والأسر، فالشمال كان تحت حكم العثمانيين ثم حكم الإمامة حتى عام ١٩٦٢ م، ثم الحكم الجمهوري حتى قيام الوحدة، بينما الشطر الجنوبي كان مستعمراً من قبل الاحتلال البريطاني منذ عام (١٨٣٩ م

بالوفاء بالتزاماتها المقررة كاملة بالنسبة للمؤمن عليهم والمستحقين عنهم وتقدير الحقوق التأمينية وفقاً لأحكام هذا القانون...»، يراجع: مجدي عبد الملك باقيس، إحالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ٥٢ (١) وهناك القانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٩١ م بشأن التأمينات الاجتماعية الذي تسري أحكامه على جميع أصحاب الأعمال والعمال في القطاع الخاص، أي على العاملين الخاضعين لأحكام قانون العمل د.عبد الله الخياري، قانون التأمينات الاجتماعية اليمني، تأمين إصابات العمل، مكتبة مركز الصادق، صنعاء، الطبعة الرابعة، ٢٠١٢ م،

وحتى ١٩٦٧م)، (مع وجود حكم للسلطنات في بعض أراضي الجنوب وكانت بعضها تتبع الحكم البريطاني في اليمن) ثم الحكم الجمهوري الاشتراكي حتى عام ١٩٩٠م. فالأنظمة الحاكمة آنذاك (قبل ١٩٦٢م) سعت إلى تكريس وجودها وحماية ملكها، وابتعدت عن الاهتمام بتطوير الأفراد والمجتمع، فساد الجهل والمرض والفقر في أوساط الشعب، ونتج عنه تأخر اليمن عن أشكال التطور والحماية الاجتماعية المنظمة.^(١)

١- جنوب اليمن :

إن أول تشريع للضمان الاجتماعي في جنوب اليمن قبل الاستقلال هو القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٦٣م.

أما بعد الاستقلال وخروج المستعمر البريطاني فقد صدر القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٦٨م بشأن مكافأة نهاية الخدمة^(٢)، وانتهج هذا القانون مبدأ التدرج؛ حيث اشترط أن يبدأ تطبيقه في المحافظة الأولى، وبموجبه ألزم أصحاب الأعمال بصرف مكافأة نهاية الخدمة للعاملين لديهم. وتلا ذلك صدور القانون رقم (٤) لسنة ١٩٧٥م بشأن المعاشات ومكافأة نهاية الخدمة في ٢٥ مارس، وهو أول قانون يصدر للحماية الاجتماعية الكاملة للعمال، وأول قانون تضمن أمراض المهنة، دون القوانين التي وجدت أثناء الحكم الاستعماري البريطاني وما بعدها، وبموجب هذا القانون كان يمنح المعاش التقاعدي لمن أكمل ٢٥ سنة خدمة فأكثر، وإن قلت مدة الخدمة عن ذلك استحق مكافأة نهاية الخدمة.

وأخرها قانون الضمان الاجتماعي للعاملين رقم (١) لسنة ١٩٨٠م؛ والذي هدف من خلاله إلى توفير الحماية الاجتماعية للعاملين في الدولة سواء في القطاع الحكومي أو العام أو المختلط أو في التعاونيات، كذلك العاملين في الحزب الاشتراكي والمنظمات الجماهيرية والقطاع الخاص، وبموجب هذا القانون أسند إلى مصلحة الضمان الاجتماعي تنفيذ أحكامه، وتم إنشاء هذه المصلحة في عام ١٩٨٧م.

(١) د. فوزي محمد الشامي، إسهامات الهيئة العامة للتأمينات والمعاشات في التنمية الاقتصادية والاجتماعية في اليمن، أطروحة دكتوراه قدمت للجامعة اللبنانية، معهد العلوم الاجتماعية، ٢٠١٤م، ص ٣٨.

(٢) للمزيد راجع مجلة قضايا اجتماعية، العدد (١٦) يوليو ٢٠٠٨م، تصدر عن المركز اليمني للدراسات الاجتماعية وبحوث العمل، صنعاء، منصور قاسم العريقي، شرح قانون التأمينات الاجتماعية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م، ص ٥٥.

كما صدر خلال عام ١٩٨٢م قانون التأمين على إصابة العمل واستحقاق التطبيب والعلاج أثناء الإصابة، شكل هذا القانون ضمانات إضافية في إطار التأمينات الاجتماعية والحماية للعامل من الآثار السلبية الناتجة عن العمل.^(١)

٢- شمال اليمن:

ففي فترة حكم الملكية في الشمال كان يصرف الإمام بمعرفته ما يسمى بـ(الإعاشة أو الصدقة) للموظف الذي يتقدم إليه مباشرة بنفسه أو عن طريق أحد أقاربه بطلب صرف الإعاشة، شريطة أن يرفق مع الطلب إثبات بأن الأسرة فقيرة، وليس لديها أي دخل مادي، ومن ثم يحيل الإمام هذا الطلب إلى المالية لاستخراج بيانات الموظف لديها وعرضها عليه مرة أخرى، فيقوم الإمام بعد ذلك بتحديد المبلغ الذي يراه للموظف مع تحديد مقدار معين من الطعام، ومن ثم يدرج اسم صاحب الإعاشة في كشوفات الصرف المعروفة بالكشوفات المتفرقة.^(٢)

ويلاحظ أن هذه الإعاشة لم تكن تصرف لكل موظف توفي أو عجز عن أداء عمله، بل لمن يتقدم إلى الإمام بطلب للصرف، ورأى الإمام ذلك، كما أن مقدارها يحدده الإمام بنفسه وبحسب تقديره الشخصي باعتبار أن ما سيصرف صدقة للموظف من الإمام وليس حقاً له.^(٣)

أما في فترة الحكم الجمهوري في الشمال فالعمل التأميني لم يتطور بشكل واضح خلال السنوات الأولى التي تلت قيام الثورة عام ١٩٦٢م؛ نتيجة لانشغال الحكومات المتعاقبة في تلك الفترة على ترسيخ دعائم النظام الجمهوري باستثناء القانون رقم (٢) لسنة ١٩٦٣م الخاص بنظام موظفي الدولة، والذي ورد فيه أول إشارة إلى التقاعد للموظفين بتحديد سن معينة لإنهاء الخدمة وهي سن الستين. وأول تشريع صدر في الشمال للضمان الاجتماعي هو القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٧٢م سمي بقانون معاشات ومكافآت التقاعد لموظفي الدولة المدنيين؛ فشمّل في تطبيقه الموظف العام في الدولة من درجة وكيل وزارة فما دون، ولم يشمل القيادات العليا في الدولة من درجة نائب وزير فما فوق.^(٤)

(١) د. أحمد عبده هزاع الجرادي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء الطبعة الأولى، ٢٠١٦م، ٢٠١٧م، ص ١٨٢.

(٢) أ. قاسم عبده ناجي، تطور الضمان الاجتماعي في الجمهورية العربية اليمنية، المعهد العالي للإدارة العامة، اليمن، صنعاء، ١٩٨٦م، ص ١١.

(٣) د. أحمد عبده هزاع الجرادي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٤) د. فوزي محمد الشامي، إسهامات الهيئة العامة للتأمينات والمعاشات في التنمية الاقتصادية والاجتماعية في اليمن، مرجع سابق، ص ٣٩.

وفي عام ١٩٧٥ م صدر القانون رقم (١٧) المتعلق بخدمة الأفراد العاملين بالقوات المسلحة تضمن قضايا الخدمة والمكافأة، وتلاه القانون رقم (١٦) لسنة ١٩٧٧ م بشأن خدمة الضباط في القوات المسلحة.

وفي عام ١٩٧٨ م عدل القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٧٢ م بشأن معاشات ومكافآت التقاعد لموظفي الدولة المدنيين بموجب قرار مجلس القيادة بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٧٨ م. ثم في عام ١٩٨٠ م صدر القانون رقم (١) بشأن مكافآت التقاعد لموظفي الدولة والقطاعين العام والمختلط، وبموجبه تم العمل على تلافي العيوب الفنية والمالية والإنسانية التي ظهرت من خلال تطبيق القانون السابق رقم (١٩) لسنة ١٩٧٨ م.

وفي عام ١٩٨٢ م صدر القانون رقم (٢٠) بشأن معاشات التقاعد للفئات المختلفة من ذوي الناصب العليا، وتم إخضاعهم بموجب هذا القانون لأحكام القانون رقم (١) لسنة ١٩٨٠ م المار. يبدو أن الدولة في ذلك الشطر قد أغفلت طوال تلك الفترة التأمين الاجتماعي للعاملين بالقطاع الخاص؛ حيث لم يصدر قانون خاص ينظم تأمينهم إلا في عام ١٩٨٧ م، وهو القانون رقم (١٦) لسنة ١٩٨٧ م بشأن التأمينات الاجتماعية لموظفي وعمال القطاع الخاص، وأعقبه مباشرة في العام نفسه صدور القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٨٧ م بشأن إنشاء المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، والذي أناط إليها تطبيق أحكام هذا القانون.^(١)

ثانياً: مرحلة التأمين الاجتماعي ما بعد قيام الوحدة ١٩٩٠ م:

وفي عام ١٩٩١ م صدر أول قانون بعد الوحدة رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م بشأن التأمينات والمعاشات، والمعمول به حتى الآن للعاملين بالجهاز الإداري للدولة والهيئات والمؤسسات العامة، وبموجبه ألغيت كل القوانين السابقة عليه والتي كانت سارية في صنعاء وعدن^(٢)، وهو القانون المنظم لتقاعد موظفي الدولة المدنيين، وقد أسندت مهام تنفيذه إلى الهيئة العامة للتأمينات والمعاشات، وقد ذكر القانون الفئات التي تسري عليها أحكامه، والفئات المستثناة منه، وقد أجريت عليه بعض التعديلات بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ م، والقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٨ م، كما صدرت لائحته التنفيذية بالقرار الجمهوري رقم (١٢٥) لسنة ١٩٩٢ م.

ثانياً: السمات الخاصة بنظام التقاعد اليمني:

هناك سمات لنظام التقاعد مستقاة من التشريع اليمني الخاص بالتأمينات والمعاشات، متمثلاً

(١) الهيئة العامة للتأمينات والمعاشات، نظام التأمينات والمعاشات للوظيفة العامة، النشأة والتطور، ص ١٩، د. أحمد عبده هزاع الجراي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٢) د. أحمد عبده هزاع الجراي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص ١٧٦.

بالآتي:

١ - الصفة الإلزامية لنظام التقاعد :

نص التشريع اليمني على أن نظام التقاعد إلزامي وإجباري؛ حيث نصت المادة (السادسة) من قانون التأمينات والمعاشات اليمني رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١م، على أن «يكون التأمين وفقاً لأحكام هذا القانون إلزامياً»، بمعنى أنه لا يتوقف الخضوع للتأمينات والمعاشات ولا الاستفادة منها على موافقة جهة الإدارة أو إرادة الموظفين، بل يتوقف ذلك على قواعد القانون ذاته.

كما أقرت المحكمة العليا اليمنية هذه الخاصية أو السمة بقولها: «يكون التأمين وفقاً لأحكام هذا القانون إلزامياً، ومؤدى ذلك أن نظام التأمين التقاعدي للمشمولين بأحكام هذا القانون، ولا شأن لإرادة الأطراف به، ولا يخضع لأحكام عقود التأمين الرضائي المحكومة بنصوص القانون المدني»^(١).

وينتج عن ذلك أنه لا يجوز للموظف أو جهة العمل الاتفاق على عدم الاشتراك في التأمينات، كما لا يجوز لجهة التأمين نفسها أن تعفي جهة العمل أو الموظف من الاشتراك في هذا التأمين، كما لا يمكن أن تتحلل جهات التأمين أو جهات العمل أو الموظفين أنفسهم من الالتزامات التي فرضها القانون عليهم.^(٢)

٢ - الإشراف الكامل والمباشر للدولة على تطبيقه :

تتولى الدولة الإشراف الكامل على تطبيق نظام التقاعد؛ وفي اليمن أسندت هذه المهمة لهيئة مستقلة خاصة بذلك؛ تسمى (الهيئة العامة للتأمينات والمعاشات)، التي أسند إليها قانون التأمينات والمعاشات مهمة تنفيذ أحكامه واللوائح والأنظمة الصادرة بموجبها، وتلك الهيئة تعد مرفقاً عاماً يتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري، وهي مضمونة من الدولة وتخضع لإشرافها، كما أنشأ هذا القانون لإدارة أموال هذا التأمين صندوقاً أطلق عليه: (صندوق التأمينات والمعاشات)، يديره مجلس إدارة يسمى (مجلس إدارة الصندوق).^(٣)

٣ - إسهام الدولة بحصة في تمويل التقاعد :

إن تمويل التقاعد يأتي في الأصل من اشتراكات الموظفين وجهات العمل التابعة للدولة، والتي يحدد

(١) حكم رقم (٤) بتاريخ ١١/١/٢٠١٢م، صادر عن (الدائرة الإدارية)، أشار إليه د. أحمد عبده الجراي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٣٠٥.

(٢) مجدي عبدالمملك باقيس، إحالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ٥٤، د. أحمد عبده هزاع الجراي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

(٣) راجع المواد (٢، ٦٥، ٦٦) من قانون التأمينات والمعاشات اليمني رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١م، وتعديلاته.

مقدارها وفق نسب معينة تستقطع شهرياً من أجر الموظفين (المؤمن عليهم)، فضلاً عن المبالغ التي تقرر من الخزانة العامة للدولة، وهذا ما أشارت إليه المادة (٩) من قانون التأمينات والمعاشات في اليمن.

٤- قواعد قانون التقاعد قواعد أمرة :

قانون التقاعد قانون إداري، وبالتالي فإن قواعده أمرة، وبناءً على الصفة الأمرة لقواعد هذا القانون، فإنه لا يجوز الاتفاق بين الموظفين وجهات العمل على مخالفته، ويقع باطلاً كل اتفاق على مخالفته، ولو كان ذلك في مصلحة الموظف؛ وتطبيقاً لذلك فإن التشريعات تقرر عدداً من العقوبات التي تفرض على جهات العمل التي لا تنقيد بأحكام القانون ولائحته التنفيذية، وقد خصص المشرع اليمني في قانون التأمينات والمعاشات (الباب الثامن) منه للعقوبات المقررة عند مخالفة أحكامه^(١).

الفرع الثاني

نظام التقاعد في التشريع اليمني

يعد القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م وتعديلاته بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ م، والقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٨ م بشأن التأمينات والمعاشات، ولائحته التنفيذية رقم (١٢٥) لسنة ١٩٩٢ م وهو القانون المنظم لتقاعد موظفي الدولة المدنيين، وقد أسندت مهام تنفيذه إلى الهيئة العامة للتأمينات والمعاشات.

وسنحاول في هذا الفرع أن نوجز الكلام على نظام التقاعد وتفريعاته في قانون التأمينات والمعاشات اليمني من خلال الفئات المشمولة بالقانون والفئات المستثناة منه، وحالات استحقاق المعاش التقاعدي في نظام التقاعد.

أولاً: الفئات المشمولة بقانون التأمينات والمعاشات، والمستثناة منه :

← الفئات المشمولة بقانون التأمينات والمعاشات :

حدد قانون التأمينات والمعاشات اليمني الفئات المشمولة به التي تسري عليها أحكامه، فقد نص في المادة (٣) منه على أنه: «تسري أحكام هذا القانون على:

أ- موظفي الدولة وعمالها المعيّنين على وظائف دائمة مدرج لها اعتمادات في الميزانية العامة للدولة، وكذا موظفي وعمال القطاعين العام والمختلط، والمعارين رسمياً للعمل في هيئات أو منظمات عربية أو أجنبية.

(١) راجع المواد (٧٩، ٨٠، ٨١) من قانون التأمينات والمعاشات اليمني رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م، وتعديلاته.

- ب- شاغلي وظائف السلطة العليا، وأعضاء السلطة القضائية، والسلك الدبلوماسي والقنصلي في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين المنظمة لذلك.
- ج- أي كادر أو جهة تنص قوانينها وأنظمتها على ذلك».
- يتبين من خلال هذا النص أن الفئات المشمولة بهذا القانون هي:
- ١- موظفو الدولة وعمالها، وموظفو وعمال القطاعين العام والمختلط :
- وقد قيد قانون التأمينات والمعاشات لفظ موظفي الدولة هنا بشروط معينة حتى تسري عليهم أحكام هذا القانون، حيث اشترط : (١) أن يكون الموظفون معينين. (٢) وأن تكون الوظائف المعين فيها دائمة. (٣) وأن يكون مدرجاً لها اعتمادات في الميزانية العامة للدولة.
- ومن الشروط يتبين أن قانون التأمينات والمعاشات يسري على الموظفين المدنيين العاملين في الدولة بالجهاز الإداري (وزارات الحكومة) والقطاعين العام والمختلط المعينين في وظائف دائمة مدرج لها اعتمادات في الميزانية العامة للدولة، ومن ثم عدم سريانه على الموظفين والعاملين بالدولة المرتبطين بها عن طريق عقود عمل خاصة.
- والظاهر أن هذا النص فيه تفرقة وعدم مساواة بين موظفي الدولة الثابتين والمتعاقدين بدون مبرر لذلك، وخاصة أن بعض جهات العمل الحكومية لا تقوم بالتأمين عليهم لدى المؤسسة العامة للتأمينات؛ لعدم وجود نص في ذلك القانون يلزمها بالتأمين^(١)؛ لكننا نستدرك بما ورد في قانون الخدمة المدنية رقم (١٩) لسنة ١٩٩١م من نص يلزم تلك الجهة بالقيام بالتأمين لهم لدى المؤسسة؛ لوجوب المساواة في الحقوق، فقد نصت المادة (٣٤) بقولها: «يجوز التعيين بصورة مؤقتة بعقود خاصة عند الضرورة القصوى في الحالات التي توافق عليها الوزارة شريطة أن تتطابق حقوق الموظف المتعاقد مؤقتاً مع ما يمنح للموظف في الوظائف الثابتة».
- ٢- المعارون رسمياً للعمل في هيئات أو منظمات عربية أو أجنبية :
- عرفت المادة (١٣٣) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الإعارة بأنها «إعارة الموظف للعمل بصورة مؤقتة في جهة أخرى داخل الجمهورية أو خارجها».
- وقد اشترط قانون التأمينات والمعاشات عدة شروط يجب توافرها في الموظف المعار للعمل في هيئة عربية أو أجنبية لسريان أحكام هذا القانون عليهم، أهمها:
- أ- أن يعار الموظف إلى جامعة الدول العربية أو الأمم المتحدة والمنظمات المنبثقة عنهما^(٢) :

(١) د. يحيى قاسم سهل، النظام القانوني للتقاعد في التشريع اليمني، مرجع سابق، ص ١٢، د. أحمد عبده هزاع الجراي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

(٢) راجع المادتين (٣)، (١٣) من قانون التأمينات والمعاشات اليمني رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١م، وتعديلاته، والمادة (١٣٤)

ويترتب على ذلك أن تحسب خدمة المعار في هاتين الهيئتين والمنظمات المنبثقة عنهما من ضمن الخدمة الفعلية التي يعتمد عليها قانون التأمينات والمعاشات، وهذا يعني أن الإعارة إلى جهة خارجية غير ما ذكر في قانون التأمينات والمعاشات فلا تسري عليهم أحكامه ولا تحسب من ضمن الخدمة الفعلية.

ب- أن يكون الموظف معاراً رسمياً وبموافقة الجهة الحكومية التابع لها الموظف :
ومقتضى ذلك أن يكون المعار موظفاً مثبتاً في الخدمة المدنية بوظيفة دائمة، وأن يكون قد عمل ما لا يقل عن خمس سنوات في الخدمة، فلا يسري قانون التأمينات والمعاشات على من لم يكن موظفاً أو كان متقاعداً.

وأن يكون بموافقة الحكومة اليمنية المتمثلة بالوحدة الإدارية التي يعمل فيها المعار.

ج- أن لا يكون المعار متقاعداً خلال مدة إعارته :

اشتطت المادة (٤/٩/ج) من اللائحة التنفيذية لقانون التأمينات والمعاشات ألا يكون المعار متقاعداً يتقاضى معاشاً تقاعدياً من إحدى الصناديق التقاعدية في اليمن خلال مدة الإعارة.^(١)

د- أن تتحمل جهة العمل الأصلية أجر الموظف المعار :

اشتط القانون أن تسدد جهة العمل حصتها وحصة الموظف من الاشتراكات التأمينية للصندوق.

أما في حالة عدم تحمل الجهة للأجر، فيتحمل المعار حصته وحصة الحكومة في اشتراكات التأمين، وتسدد دفعة واحدة عند عودته من الإعارة أو على أقساط شهرية لمدة سنة.

٣- شاغلو وظائف السلطة العليا، وأعضاء السلطة القضائية والسلك الدبلوماسي والقنصلي :

يسري قانون التأمينات والمعاشات أيضاً على :

- شاغلي وظائف السلطة العليا، وهم الذين يشغلون درجة نائب وزير فما فوق.

- وكذلك أعضاء السلطة القضائية، وهم القضاة وأعضاء النيابة العامة المعيّنين بدرجات قضائية وفقاً لقانون السلطة القضائية.

- إضافة إلى أعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي، وذلك فيما لم يرد فيه نص خاص في القوانين المنظمة لأعمال هذه الفئات.

ومن خلال استقراء القوانين اليمنية نجد أن هذه الفئات لا يوجد لها قوانين خاصة تعالج أوضاع التقاعد لمنتهسبها، وإنما لها قوانين خاصة تنظم أعمالها ومهامها بشكل عام، ووردت فيها بعض الأحكام الخاصة بالتقاعد لهذه الفئات، وهذا تكون هذه النصوص مقدمة في التطبيق على نصوص

من لائحة الخدمة المدنية.

(١) راجع المادة (٤)، (٩) من اللائحة التنفيذية لقانون التأمينات والمعاشات اليمني رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م، وتعديلاته.

قانون التأمينات والمعاشات فيما يتعلق بالمنتسبين إلى هذه الفئات في حال التعارض، وما لم يرد بشأنه نص فيها تطبق أحكام قانون التأمينات والمعاشات.^(١)

٤- الجهات التي تنص قوانينها على سريان قانون التأمينات والمعاشات عليها:

يسري قانون التأمينات والمعاشات على الجهات التي تنص قوانين إنشائها أو المتعلقة بها أو أنظمتها الداخلية على سريان هذا القانون على العاملين بها، أما إذا لم تنص فلا يسري عليها هذا القانون. وكذلك يسري على أي جهة لها كادر خاص بالمرتبات نصت أحكامه على سريان هذا القانون. ولكن في النص قصور من حيثيتين: الأولى: أنه لم يبين الجهة المراد سريان القانون عليها، هل هي جهة حكومية أو خاصة أو نقابة أو منظمة أو منظمة من منظمات المجتمع المدني، والثانية: أن النص أجاز للجهات المختلفة ألا تلتزم بنصوصه في حال وجود قانون خاص ينظم التأمين لديها؛ فيعتبر تقليد من قوة هذا القانون الإلزامية؛ ونرى أن الأنسب تحديد المشرع للجهة، وحذف لفظة (كادر).

← الفئات المستثناة بالقانون:

استثنى قانون التأمينات والمعاشات ثلاث فئات من سريان أحكامه عليها، وذلك في نص المادة (٤) منه، حيث نصت على أنه لا يسري هذا القانون على: «١- أفراد وضباط القوات المسلحة والأمن. ٢- المستفيدين من أحكام قانون التأمينات الاجتماعية ممثلين بعمال ومستخدمي القطاع الخاص. ٣- أي فئة أخرى لها نظام تقاعد خاص تتعارض مع أحكام هذا القانون».

ويتبين من خلال النص أن الفئات التي لا تخضع لقانون التأمينات والمعاشات تتمثل في ثلاث فئات: الأولى: أفراد القوات المسلحة والأمن؛ وذلك لخصوصية هذه الفئة، ولما تواجهه من مخاطر متواصلة تختلف عن مخاطر موظفي الدولة المدنيين، بالإضافة إلى طبيعة ونوع المهام التي تقوم بها هذه الطائفة؛ ولهذا يحكم هذه الفئة تقاعدياً قانون خاص بها يتناسب مع خصوصيتها وطبيعتها عملها، وهو القانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٢ م، وتعديلاته بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٤ م بشأن المعاشات والمكافآت للقوات المسلحة والأمن.

الثانية: عمال ومستخدمي القطاع الخاص، ويرجع استثناء هذه الفئة إلى وجود قانون خاص بها، يراعي طبيعة العلاقة العقدية بين رب العمل والعمال، وهو القانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٩١ م (٢)، وتعديلاته بالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٨ م، بشأن التأمينات الاجتماعية.

(١) د. أحمد عبده هزاع الجراي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٢٧٨، مجدي عبد الملك باقيس، إحالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ٤٩.

الثالثة: تتعلق بخروج أي فئة من نطاق سريان قانون التأمينات والمعاشات، إذا كان لها نظام تقاعدي خاص بها يتعارض مع أحكام هذا القانون.^(١)

وبالرجوع إلى نظم التأمينات والتقاعد في اليمن نجد أنها مرتبطة بالثلاثة القوانين سالف الذكر المتعلقة بفئة الموظفين المدنيين في الحكومة، وفئة العسكريين والأمنيين، وفئة العاملين بالقطاع الخاص، بينما لا توجد فئة أو جهة عمل أخرى لها نظام تقاعدي خاص بها باستثناء بعض النصوص القانونية في بعض قوانين الجهات كالسلطة القضائية وصندوق الخدمة المدنية.

ونرى أن يعمل المشرع على إيجاد تشريع واحد لكل الفئات العاملة في المجتمع ينظم تأمينات ومعاشات كل الموظفين المدنيين في الحكومة والعاملين في القطاع الخاص؛ إعمالاً لمبدأ المساواة في الواجبات والحقوق التأمينية.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه بالإمكان تبادل المنافع التقاعدية فيما بين تلك الأنظمة الثلاثة في حالات النقل، أو إعادة التعيين لأحد المستفيدين من أحكام أحد تلك القوانين التقاعدية في عمل خاضع لأحكام قانون تقاعدي آخر، ففي هذه الحالة تلتزم هيئات ومؤسسات التقاعد مدنية كانت أم عسكرية بتبادل حصيلة الاشتراكات الخاصة بحصة المؤمن عليه وحصة جهة العمل، وذلك من تاريخ الخضوع للقانون الذي انطبقت عليه أحكامه لأول مرة وحتى تاريخ الخروج من أحكامه، وبالتالي تسوى حقوقه التقاعدية عند انتهاء خدمته كما لو كانت مدة اشتراكه السابقة والجديدة في صندوق تقاعدي واحد.^(٢)

ثانياً: حالات استحقاق المعاش التقاعدي:

حدد قانون التأمينات والمعاشات اليمني الحالات المستحقة للمعاش؛ حيث نصت المادة (١٩) منه على أنه: «يستحق المؤمن عليه معاشاً تقاعدياً في إحدى حالات التقاعد الآتية: ١- عند إكمال المؤمن عليه خمساً وثلاثين سنة كاملة خدمة فعلية. ٢- إذا تقاعد المؤمن عليه بناء على طلبه بعد إتمام الرجل ثلاثين سنة خدمة فعلية، والمرأة خمساً وعشرين سنة خدمة فعلية، وذلك مهما كان سن المؤمن عليه. ٣- إذا تقاعد المؤمن عليه بناء على طلبه بعد إتمام الرجل خمساً وعشرين سنة خدمة فعلية وبعد بلوغه سن الخمسين، والمرأة بعد إتمامها عشرين سنة خدمة فعلية، وبعد بلوغها سن السادسة والأربعين. ٤- تقاعد المؤمن عليه لبلوغ الرجل سن الستين ومدة خدمته الفعلية خمس عشرة سنة

(١) د. يحيى قاسم سهل، النظام القانوني للتقاعد في التشريع اليمني، مرجع سابق، ص ١٢، مجدي عبد الملك باقيس، حالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ٤٩، د. أحمد عبده هزاع الجرادي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

(٢) راجع المادة (٧٣) من قانون التأمينات والمعاشات اليمني رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م، وتعديلاته.

كاملة، وبلوغ المرأة سن الخامسة والخمسين ومدة خدمتها عشر سنوات كاملة. ٥- عند إكمال المؤمن عليه خمسا وعشرين سنة خدمة فعلية، إذا كان انتهاء الخدمة بقرار تأديبي أو بحكم قضائي. ٦- عند انعدام اللياقة الصحية في المؤمن عليه نتيجة إصابة عمل، ترتب عنها عجز كلي مستديم بمقتضى قرار من الجهات الطبية المختصة، مهما كانت مدة خدمته. ٧- عند انعدام اللياقة الصحية للمؤمن عليه لغير إصابات العمل، وترتب عنها عجز كلي بمقتضى قرار من الجهات الطبية المختصة، مهما كانت مدة خدمته. ٨- عند وفاة المؤمن عليه لأي سبب كان، ومهما كانت مدة خدمته.»

فالمشرع اليمني في قانون التأمينات والمعاشات رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م حدد ثمان حالات للإحالة على المعاش، يستحق المؤمن عليه والمستحقون من بعده معاشاً تقاعدياً شهرياً^(١)، وهي بالتحديد ترجع إلى حالتين: الإحالة الوجوبية (التقاعد الإلزامي)، والإحالة الجوازية (التقاعد الاختياري).

الحالة الأولى: الإحالة الوجوبية (التقاعد الإلزامي):

التقاعد الإلزامي: هو إحالة الموظف بصورة إلزامية بحكم القانون إلى التقاعد، واحتساب معاشه على ضوء خدمته في الوظيفة^(٢)، وله ثلاث صور:

- ١- عند بلوغ مدة الخدمة الفعلية ٣٥ سنة، أو بلوغ سن ٦٠ سنة للرجل والمرأة.^(٣)
- ٢- في حالة العجز الكلي المستديم، الطبيعي أو بسبب الإصابة.
- ٣- في حالة الوفاة الطبيعية.

الصورة الأولى: بلوغ مدة الخدمة الفعلية ٣٥ سنة، أو بلوغ سن ٦٠ سنة للرجل والمرأة: تنتهي خدمة الموظف العام فيها بقوة القانون:

- ١- من تاريخ بلوغ الخدمة الفعلية للموظف المحددة بالقانون خمساً وثلاثين سنة كاملة للذكور والإناث.
- ٢- من تاريخ بلوغه السن القانونية المحددة بالقانون، ستين سنة للذكور وللإناث.

(١) حسين عبدالله العويضاني، النظام القانوني للإحالة على المعاش في التشريع اليمني، مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٢) د. خالد عمر عبد الله باجنيد، القانون الإداري اليمني، سلسلة الكتاب الجامعي، عدن، ٢٠١٤ م، ص ٣٠٠.

(٣) المادة (٢٠) من قانون التأمينات والمعاشات رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م: «يكون التقاعد إلزامياً في الحالات التالية: أ- بلوغ المؤمن عليه سن (٦٠) للرجل والمرأة (٥٥) سنة. ب- إكمال المشمولين بأحكام هذا القانون مدة خدمة فعلية قدرها (٣٥) سنة كاملة». وهذه المادة عدلت بالقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٨ م بتاريخ ١٥ / ٤ / ٢٠٠٨ م: ليصبح نصها على النحو الآتي: مادة (٢٠) يكون التقاعد إلزامياً في الحالات التالية: أ- بلوغ المؤمن عليه سن (٦٠) عاماً للرجل والمرأة واختيارياً للمرأة عند سن (٥٥) عاماً. ب- إكمال المشمولين بأحكام هذا القانون مدة خدمة فعلية قدرها (٣٥) عاماً كاملة.

ففي هاتين الحالتين تكون الوحدة الإدارية التي يعمل فيها الموظف ملزمة بإحالة إلى التقاعد، وذلك بإصدار قرار إداري بانتهاء خدمته بحكم القانون، وإذا تأخرت الإدارة في إصدار قرار الإحالة، فإن آثاره تترتب بأثر رجعي من تاريخ بلوغ الموظف أحد الأجلين^(١)، بوصفه قراراً كاشفاً لحالة قانونية محققة من قبل، بمعنى: أن إجراءات الإدارة في إصدار قرار الإحالة ما هي إلا إجراءات تنفيذية، ومن ثم يكون الموظف - الذي استمر في عمله بعد بلوغه أحد الأجلين حتى إتمام إجراءات استبعاده بصدور القرار خلال الفترة الأخيرة - موظفاً فعلياً.

الصورة الثانية: حالة العجز الكلي للمستديم، الطبيعي أو بسبب الإصابة:

راعى القانون الموظف عند انعدام لياقته الصحية، وأقر له معاشاً تقاعدياً بالإضافة إلى تعويض نقدي^(٢)، فالمؤمن عليه الذي انتهت خدمته بسبب انعدام اللياقة الصحية يستحق معاشاً تقاعدياً، مهما كانت المدة الفعلية التي قضاها بالوظيفة.^(٣)

الصورة الثالثة: الوفاة الطبيعية أو بسبب الإصابة:

هي الحالة الطبيعية لنهاية حياة الإنسان، والطبيعي أن تنتهي خدمة الموظف من تاريخ انتهاء حياته؛ فتنتهي خدمة الموظف بحصول واقعة الوفاة، ولا يترتب لورثته أي حق مكتسب إزاء وظيفته في الإدارة؛ لأن الوظائف العامة لا تورث، غير أن صلة الورثة بالإدارة لا تنقطع، بل تترتب لهم آثاراً خاصة تتعلق بالمعاش^(٤)، فيستحق الموظف المتوفى معاشاً تقاعدياً أيضاً كان سبب الوفاة ومهما كانت مدة خدمته.^(٥)

الحالة الثانية: الإحالة الجوازية أو الاختيارية (التقاعد المبكر):

يقصد بالتقاعد الاختياري: الحق بالحصول على معاش قبل وصول السن القانونية للتقاعد، من

(١) وهذه (أي مدة الخدمة بعد تجاوز المؤمن عليه الستين أو بلوغ مدة خدمته الفعلية ٣٥ سنة كاملة) من مدد الخدمة المستبعدة من مدة الخدمة الفعلية المحسوبة في التأمين كما نصت عليها المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لقانون التأمينات والمعاشات.

(٢) د. خالد عمر عبد الله باجنيد، القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ٣٠١.

(٣) للمزيد راجع المادة (١٩) الفقرتين (٦، ٧) من قانون التأمينات والمعاشات رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م.

(٤) د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، نشاط الإداري ووسائلها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤ م، ص ٢٨٧، محمد حسن العذري، انتهاء خدمة الموظف العام والرقابة القضائية عليها في القانون اليمني، (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، مركز الدراسات التابع لجامعة الدول العربية، قسم الدراسات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣ م ص ٨١.

(٥) للمزيد راجع المادة (١٩) الفقرة (٨) من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م بشأن التأمينات والمعاشات.

غير عجز أو وفاة.^(١)

حدد قانون التأمينات والمعاشات اليمني في المادة (١٩) منه صورتين بقوله: «يستحق المؤمن عليه معاشاً تقاعدياً في إحدى حالات التقاعد التالية: ... ٢- إذا تقاعد المؤمن عليه بناءً على طلبه بعد إتمام الرجل (٣٠) ثلاثين سنة خدمة فعلية، والمرأة (٢٥) خمسة وعشرين سنة خدمة فعلية مهما كان سن المؤمن عليه. ٣- إذا تقاعد المؤمن عليه بناءً على طلبه بعد إتمام الرجل خمسة وعشرين سنة خدمة فعلية وبعد بلوغه سن الخمسين، والمرأة بعد إتمامها عشرين سنة خدمة فعلية وبعد بلوغها سن السادسة والأربعين».^(٢)

الصورة الأولى: إتمام المؤمن عليه خدمة فعلية (٣٠) سنة، والمؤمن عليها (٢٥) سنة: أجاز قانون التأمينات والمعاشات للمؤمن عليه طلب التقاعد واستحقاق المعاش إذا بلغت خدمات المؤمن عليه المسدد عنها الاشتراك ثلاثين سنة، والمؤمن عليها خمسة وعشرين سنة مهما كان عمرهما. فالشرط هنا في الحق في تقديم طلب الإحالة يقتصر على سداد الاشتراكات^(٣) فقط خلال مدة الخدمة الفعلية بغض النظر عن سن المؤمن عليه.

الصورة الثانية: بلوغ المؤمن عليه (٢٥) سنة خدمة و(٥٠) سنة عمراً، والمؤمن عليها (٢٠) سنة خدمة و(٤٦) عمراً:

في هذه الصورة يمنح المؤمن عليه معاشاً تقاعدياً إذا أتم المؤمن عليه (٢٥) سنة خدمة فعلية للرجل، و(٢٠) سنة خدمة فعلية للمرأة، شريطة أن يكون عمر الرجل (٥٠) سنة، وعمر المرأة (٤٦) سنة.^(٤)

وهناك صورة ثالثة جوازية وردت في التعديل بالقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٨ م للمادة (٢٠) وهي: بلوغ المرأة المؤمن عليها سن (٥٥) عاماً، كما سبقت الإشارة إليه هامشاً. ففي هذه الصور للإحالة الجوازية تنتهي خدمة الموظف المحال على المعاش بناءً على طلبه من تاريخ

(١) د. أحمد عبده هزاع الجرادي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٤٦٣.

(٢) راجع: المادة (١٩) الفقرة (٣) من قانون التأمينات والمعاشات رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م.

(٣) الاشتراكات: هي حصص جهة العمل والمؤمن عليه في التأمينات المقررة وفقاً لأحكام هذا القانون. للمزيد راجع المادة (٢) من قانون التأمينات والمعاشات رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م.

(٤) د. أحمد عبده هزاع الجرادي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٤٦٣، عبد الجبار حمود عبد الجليل السامعي، أسباب إنهاء خدمة الموظف العام وأثارها في القانون اليمني، رسالة ماجستير، جامعة عدن، ٢٠٠٨ م،

صدور قرار الإحالة على المعاش الصادر عن الإدارة.^(١)

المطلب الثالث

التأصيل الشرعي لنظام التقاعد

تمهيد: من المعلوم أن نظام التقاعد في الوقت الراهن يعد نازلة من نوازل العصر الحديث التي تحتاج إلى حكم شرعي مبني على تصور أطرافه، ومن ثم تكييف نظام التقاعد بتوصيفه الشرعي، وبعد ذلك إعطاؤه حكماً شرعياً، لكننا نجد أن هناك معاملات معاصرة، ونوازل حديثة يمكنها التشابه فيما بينها وبين نظام التقاعد، ومن تلك المعاملات المعاصرة التأمين التجاري والتعاوني، ومن خلال ذلك سنحاول جاهدين الحديث - أولاً - عن تعريف التأمين عموماً، ثم تلقي نظرة عامة نبين من خلالها فكرة التأمين التجاري والتعاوني، ومدى تصور كل نوع وحكمه الشرعي، نعقب ذلك بالتأمين الحكومي (الاجتماعي) أو نظام التقاعد في الدولة عموماً، ممهدين بذكر الأساس الشرعي من نصوص الشريعة لنظام التقاعد، كل ذلك في ثلاثة فروع:

الفرع الأول

الأساس الشرعي لنظام التقاعد

يجب على الدولة أن تحقق التكافل الاجتماعي بين الناس؛ لأنها مسئولة عن الرعاية وعن ضرورة إقامة العدل ومنع الظلم وغيره، وتحقيق التعاون على البر والتقوى من استيفاء الحقوق وإعطاء المستحقين ونحوه^(٢)، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٣)، قوله تعالى: ﴿وَأَتَا ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمَسْكِينِ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تُبَذَّرْ بُذِيرًا﴾^(٤)، إنَّ الْمُبْدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيْطَانِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا﴾^(٥)، وقال النبي ﷺ: «الْمُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِ كَالْبُنْيَانِ، يَشُدُّ بَعْضُهُ بَعْضًا»^(٥)، وقال

(١) للمزيد راجع المادة (١٩) الفقرتين (٢، ٣) من قانون التأمينات والمعاشات رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م. حسين عبدالله العويضي، النظام القانوني للإحالة على المعاش في التشريع اليمني، مرجع سابق، ص ١٣٢، عبد الجبار حمود عبد الجليل السامعي، أسباب إنهاء خدمة الموظف العام وأثارها في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ١٠١.

(٢) ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص ٦٧، أ.د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (١٩٩١/٨).

(٣) المائدة: ٢.

(٤) الإسراء: ٢٦ - ٢٧.

(٥) البخاري، الصحيح، كتاب المظالم والغصب، باب نصر المظلوم، (٢٤٤٦)، (١٢٩/٣)، مسلم، الصحيح، كتاب البر والصلة والآداب، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، (٦٥)، (١٩٩٩/٤).

ﷺ: «مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، وَمَنْ تَرَكَ دَيْنًا أَوْ ضِيَاعًا فَعَلَيَّْ وَإِلَيَّ، وَأَنَا أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ»^(١)، وقال ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ قَرَضَ عَلَيَّ أَغْنِيَاءَ الْمُسْلِمِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ بِقَدْرِ الَّذِي يَسَعُ فَقَرَاءَهُمْ، وَلَنْ تُجْهَدَ الْفُقَرَاءُ إِذَا جَاعُوا وَعَرَوْا إِلَّا بِمَا يُضْبِعُ أَغْنِيَاءَهُمْ، أَلَا وَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يُحَاسِبُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ حِسَابًا شَدِيدًا، ثُمَّ يَعْدِيهِمْ عَذَابًا أَلِيمًا»^(٢)، وقال ﷺ: «...، أَيَّمَا أَهْلِ عَرَصَةٍ - بقعة - أَصْبَحَ فِيهِمْ امْرُؤٌ جَائِعًا، فَقَدْ بَرِنَتْ مِنْهُمْ ذِمَّةُ اللَّهِ»^(٣)، وَعَنْ أَبِي مُوسَى، قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «إِنَّ الْأَشْعَرِيِّينَ إِذَا أَرْمَلُوا فِي الْغَزْوِ، أَوْ قَلَّ طَعَامُ عِيَالِهِمْ بِالْمَدِينَةِ جَمَعُوا مَا كَانَ عِنْدَهُمْ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ، ثُمَّ اقْتَسَمُوهُ بَيْنَهُمْ فِي إِنَاءٍ وَاحِدٍ بِالسَّوِيَّةِ، فَهُمْ مِنِّي وَأَنَا مِنْهُمْ»^(٤).

ثم إن وسائل الدولة لتأمين معيشة رعاياها كثيرة، منها: تهيئة سبل الكسب المشروع، ووسائل العمل الشريف مع تكافؤ الفرص، وتحقيق الحاجات الأساسية من مسكن ومأكل وملبس أولاً، قال الماوردي: «فأما القاعدة الثالثة: فهي المادة الكافية؛ لأن حاجة الإنسان لازمة لا يعرى منها بشر، قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْنَاهُمْ جَسَدًا لَا يَأْكُلُونَ الطَّعَامَ وَمَا كَانُوا خَالِدِينَ﴾^(٥) [الأنبياء: ٨]، فإذا عدم المادة التي هي قوام نفسه لم تدم له حياة، ولم تستقم له دنيا، وإذا تعذر شيء منها عليه لحقه من الوهن في نفسه والاختلال في دنياه بقدر ما تعذر من المادة عليه؛ لأن الشيء القائم بغيره يكمل بكماله ويختل باختلاله»^(٥).

فعلى الحاكم إذن تحقيق العدالة الاجتماعية بين الفقراء والأغنياء رعاية للمصلحة العامة، وله أن يتوصل لهذه الغاية بما يفرضه من تكاليف وضرائب على الأغنياء بحسب الحاجة بالإضافة إلى فريضة الزكاة.

(١) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، باب من ترك ديناً أو ضياعاً فعلى الله وعلى رسوله، (٢٤١٦)، (١٠٧/٢).

(٢) الطبراني، الأوسط (٣٥٧٩)، (٤٨/٤)، والصغير (٤٥٣)، (٢٧٥/١).

(٣) أحمد بن حنبل، المسند، مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب ﷺ، (٤٨٨٠)، (٤٣٧/١٤)، الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، کتاب البيوع، (٢١٦٥)، (١٤/٢).

(٤) رواه البخاري، الصحيح، كتاب الشركة، باب الشركة في الطعام والنهد والعروض، (٢٤٨٦) ومسلم، الصحيح، كتاب فضائل الصحابة رضي الله تعالى عنهم، باب من فضائل الأشعرين رضي الله عنهم، (١٦٧) عن أبي موسى الأشعري ﷺ. (أرملوا) من الإرمال وهو فناء الزاد وقلة الطعام، أصله من الرمل كأنهم لصقوا بالرمل من القلة، (في إناء واحد) أي اقتسموه بمكيال واحد حتى لا يتميز بعضهم عن بعض، (بالسوية) متساوين، (فهم مني وأنا منهم) طريقي وطريقتهم واحدة في التعاون على البر والتقوى وطاعة الله عز وجل ولذلك لا أتخلى عنهم.

(٥) الماوردي، أدب الدين والدنيا، ص ٢٠٩، أ.د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (٦٣٩٣/٨).

وهذا المبدأ في الإسلام شامل لكل المواطنين، سواء أكانوا مسلمين أم ذميين كما أوضح الفقهاء^(١) بدليل أن سيدنا عمر بن الخطاب > أسقط الجزية عن شيخ من أهل الذمة، وفرض له من بيت المال ما يكفيه، وقال للخازن: «انظر هذا وضرباه، فو الله ما أنصفناه أن أكلنا شببته، ثم نخذله عند الهرم»^(٢)، وجاء في كتاب خالد بن الوليد > لأهل الحيرة: «وجعلت لهم أيما شيخ ضعف عن العمل، أو أصابته آفة من الآفات أو كان غنياً فافتقر، وصار أهل دينه يتصدقون عليه، طُرحت جزيته، وعيل من بيت مال المسلمين وعياله، ما أقام بدار الهجرة ودار الإسلام»^(٣)، فالإسلام - من هذا - يقرر واجب الدولة تجاه مواطنيها في توفير التأمينات الاجتماعية لهم.

الفرع الثاني

تعريف التأمين وأنواعه

أولاً: تعريف التأمين:

جاء تعريفه تشريعاً في المادة (١٠٦٥) من القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢ م بقولها: التأمين عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل مبلغ محدد أو إقساط دوريه يؤديها المؤمن له للمؤمن. كما قد عُرف فقهاً بأنه: عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له مبلغاً من المال أو مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر مبيناً في العقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.^(٤)

ومن التعريف يتبين أن أركان عقد التأمين هي: مبلغ التأمين والخطر وقسط التأمين. ويلاحظ على التعريفين العمومية؛ فهما لا يختصان بنوع معين من أنواع التأمين الآتية.

(١) الرملي، نهاية المحتاج، (٥٠/٨)، الخطيب، مغني المحتاج، (١٣/٦)، خالفهما في التحفة، وعبارته: «وقضية تعبيره بالضرر أن الواجب مد الضرورة دون الزيادة التي تلزم القريب وهو كذلك، كما اقتضاه تخريجهما ذلك على مضطر وجد ميتة»، قال عبد الحميد: «(قوله: وهو كذلك) خالفه النهاية والمغني فقالا وهل المراد بدفع ضرر من ذكر ما يسد الرمي أم الكفاية؟ قولان أصحهما ثانيهما». (٢٢١/٩)

(٢) ١١٤٧٧ - عن عمر أنه مر بشيخ من أهل الذمة يسأل على أبواب المساجد فقال: ما أنصفناك أن كنا أخذنا منك الجزية في شببتك، ثم ضيعناك في كبرك، ثم أجرى عليه من بيت المال ما يصلحه. «أبو عبيد وابن زنجويه ع». علاء الدين الهندي، كنز العمال، (٤٩٨/٤)، أبو يوسف، الخراج، ص ١٣٩.

(٣) أبو يوسف، الخراج، ص ١٥٨، أ.د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (٦٣٩٤/٨).

(٤) أ.د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص ٢٧٠.

ومما ينبغي أخذ الاعتبار فيه حول عمليات التأمين ما يلي :

- ١- أن شركة التأمين تضع شروطاً للخطر الممكن تأمينه، وشروطاً على المتعاقد معها في ضمن بنود العقد تصب في أغلبها لمصلحتها لا لمصلحة المتعاقد معها.
 - ٢- تقوم الشركة بعمليات إحصائية لحساب قدر القسط المطلوب دفعه مقابل التأمين ضد خطر معين، وذلك بإحصاء عدد مرات وقوع ذلك الخطر في الماضي ومدى احتمال وقوعه في المستقبل، وهذا يتطلب كثرة المتعاقدين حتى يكون الحساب دقيقاً.
 - ٣- تقوم الشركة أيضاً باستثمار الأموال المدفوعة من المستأمنين.
 - ٤- تتطلب الشركة موظفين لإتمام عملها الاستثماري والتأميني؛ كتسويق العمليات التأمينية وتوثيق العقود واستيفاء الأقساط وإيداعها لدى البنوك.^(١)
- ثانياً : أنواع التأمين : هناك نوعان بارزان للتأمين : تجاري وتعاوني؛ فالتأمين تجاري أو التأمين ذو القسط الثابت: وهو المراد عادة عند إطلاق كلمة التأمين، وفيه يلتزم المستأمن بدفع قسط معين إلى شركة التأمين القائمة على المساهمة، على أن يتحمل المؤمن (الشركة) تعويض الضرر الذي يصيب المؤمن له أو المستأمن، فإن لم يقع الحادث فقد المستأمن حقه في الأقساط، وصارت حقاً للمؤمن. والتأمين التعاوني : وهو أن يشترك مجموعة من الأشخاص بدفع مبلغ معين، ثم يؤدي من الاشتراكات تعويض لمن يصيبه ضرر، ويقصد من ذلك راب الصدع الذي يحصل في أفراد المجتمع.^(٢)
- وقد يسمى هذا النوع بالتأمين التبادلي؛ لأن كل عضو يتبادل مع الآخر معونته، فكل واحد منهم يعتبر مؤمناً ومؤمناً عليه، سواء اشتركا في الإدارة أم لا، ويختلفان في الآتي :
- ١ - في الأول لا يحصل المستأمن الذي لم يتعرض للخطر على شيء من الشركة لا الأقساط ولا أرباحها، أما الثاني فيتم فيه توزيع الربح على مجموع المستأمنين. وهذا هو الفرق الأساسي بينهما.
 - ٢ - العلاقة في الأول بين الشركة وكل مستأمن على حدة؛ فالتضامن بين المستأمنين معدوم، وفي الثاني بين الهيئة ومجموع المستأمنين فيها.
 - ٣ - الفائض من الأقساط في التأمين التجاري حق للمؤسسين، وفي التأمين التعاوني حق للمشاركين.
 - ٤ - القسط في التأمين التجاري يدفع مقابل العوض المالي الذي تلتزم به الشركة بدفعه للمؤمن له عند وقوع الخطر، مع تملكها للقسط كاملاً، فالتأمين التجاري عقد معاوضة محضة، أحد

(١) د.محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص ١١٠.

(٢) أ.د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (٣٤٢١/٥).

العووضين محدد: وهو القسط الذي يدفعه المؤمن له، والعووض الآخر مجهول حصوله ومجهول مقداره، ومن هنا دخله الغرر، أما القسط في التأمين التعاوني فيدفعه المشترك متبرعا به كله أو بعضه لمن تحل به مصيبة من المشتركين؛ فيضعف فيه تأثير الغرر.^(١) بما تقدم ذكره تكون الصورة مكتملة بالنسبة للتأمين التجاري؛ فالمستأمن بمجرد دفعه للقسط يخرج عن ملكه، ويصبح ملك الشركة، والمقابل الذي يحصل عليه هو التعويض عن الضرر إن حصل وإلا الشعور بالأمان.

وأما التأمين التعاوني فهو يتكون من هئتين: (١) المستأمنون الذين يقومون بدفع الأقساط، فيتم تعويضهم عن الأضرار أو تقسيم نسبة من الأرباح عليهم، (٢) المؤسسون أو المساهمون وهم من يكوّنون رأس مال الشركة ولا يحصلون على تعويض عن الأضرار كما لا يقومون بالتبرع، بل غرضهم: استثمار أموالهم بالطرق المشروعة، والحصول على نسبة من أرباح أقساط المستأمنين مقابل العمل، وإدارة عملية التأمين للمستأمنين مقابل أجر معلومة.

ويخصم من حسابهم: مصاريف استثمار الأموال ورواتب الموظفين وأجرة المبنى وما يحتويه وبدل الاحتياطات القانونية، وإذا لم تصرف في ذلك تعود إليهم.

أما المستأمنون فإنه قبل تقسيم شيء من الأرباح عليهم يتم خصم التالي من الأقساط وأرباحها: ما يدفع من تعويضات للمتضررين، أجره معلومة للمؤسسين مقابل إدارة عمليات التأمين، بدل احتياطات فنية، وإذا لم تصرف في ذلك يتم التبرع بها في وجوه الخير.

ثم إذا بقي شيء في حساب المستأمنين ويسمى (الفائض التأميني) يتم توزيعه على المستأمنين بإحدى الطرق الآتية:

١- شمول توزيع الفائض التأميني لجميع المستأمنين دون تفریق بين من حصل على تعويضات ومن لم يحصل.

٢- اختصاص توزيع الفائض التأميني للمستأمنين الذين لم يحصلوا على تعويضات أصلاً.

٣- التفریق بين من حصل على تعويضات استغرقت جميع أقساطه؛ فهذا لا يستحق شيئاً من الفائض التأميني، وبين من حصل على تعويضات أقل من أقساطه فيعطى على أساس المتبقي من هذه الأقساط.

أما إذا لم يبق شيء في حساب المستأمنين، بل حصل عجز؛ فيتم تغطيته كما يلي:

١- إذا كان هناك رصيد احتياطي من فائض أرباح أقساط التأمين للسنوات الماضية يستوفي منه.

(١) د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص ١١٧.

٢- إذا لم يكن أو لم يف بالعجز يتم الأخذ من أموال المؤسسين على أساس القرض بلا فائدة، وعلى المستأمنين تسديده.^(١)

فالغاية من التأمين التعاوني هو نفع المشتركين، ولا يبتغي المؤسسون الربح من عملية التأمين، فهذا الفائض ليس حقاً للمؤسسين، وإنما هو حق للمشاركين جميعاً يحتفظ به كله كاحتياطي، ويوزع ما زاد على الاحتياط على المشتركين^(٢)، بينما في التأمين التجاري يسعى مؤسسو الشركة إلى تحقيق ربح من الفائض الذي تحققه الشركة من أقساط التأمين.^(٣)

ثالثاً: حكم التأمين:

١- التأمين التجاري:

يكاد يجمع المعاصرون على تحريم التأمين التجاري، وهو ما قرره المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي في مكة المكرمة عام (١٣٩٦هـ/١٩٧٦م)^(٤)، وسبب عدم الجواز يكاد ينحصر في الآتي: شبه الربا والغرب والغبن والقمار والجهالة؛ فشبه الربا في التأمين ترد في الآتي:

(١) د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص ١٣٤، د. أحمد ملحم، التأمين الإسلامي، ص ١٦٨، ٣٦٤.
(٢) وهذا ما تقوم به شركات التأمين الإسلامية اليوم؛ فإن قسط التأمين لا يدخل في ملكها، والعلاقة بينها وبين المستأمنين ليست علاقة معاوضة كالبايع والمشتري؛ فالعلاقة هنا كالعلاقة بين المصارف الإسلامية والمودعين للاستثمار مع زيادة عنصر التكافل؛ فهي تأخذ الأقساط باعتبارها عامل مضاربة أو قراض، فهذه الأموال أمانة تحت يدها، تستثمرها بالطرق المشروعة، وتأخذ نسبة معلومة من الأرباح، وباقي الأرباح مع رأس المال يبقى ملكاً للمستأمنين، ولكن يدفع من هذا المال المتجمع مبالغ التأمين لمن يصيبهم ضرر أو خطر تبعاً لنصوص ووثائق التأمين، وهذا هو عنصر التكافل، وما يبقى بعد ذلك لا يكون ملكاً للشركة، بل يرد إلى المشتركين في التأمين بعد حجز الاحتياطات والمخصصات المطلوبة، فإذا افترضنا أن مجموع ما حصلتته الشركة مائة مليون، وأنها استثمرته فزاد عشرين مليوناً، أخذت من الربح عشرة ملايين؛ إذن يبقى للمشاركين في التأمين مائة مليون وعشرة ملايين، فإن كان عنصر التكافل وهو ما دفعته من تعويضات بلغ ستين مليوناً فإذن يبقى خمسون مليوناً وهو يمثل نصف الأقساط المدفوعة، وعندئذ قل ما يبقى للمستأمنين، وكلما قلت التعويضات زاد ما يبقى للمستأمنين، وفي كلا الحالتين لا تغرم شركة التأمين الإسلامية ولا تغنم، وإنما ترد ما بقي للمشاركين في التأمين. أ.د. علي أحمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، مؤسسة الريان، بيروت لبنان، الطبعة الحادية عشر، ١٤١٨هـ، ص ٣٣٢.

(٣) د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص ١١٦.

(٤) وذكر أ.د. علي أحمد السالوس في موسوعته في القضايا الفقهية المعاصرة أن من علماء الشريعة من يرى التحريم، وهم الأكثر، ومنهم من يرى الإباحة. فانظر ص ٣٢٩ وما بعدها، وللسيد محمد بن سالم بن حفيظ رحمه الله فتوى عن حكم الشريعة المطهرة في عقد التأمين على المال والنفوس... إلخ فأجاب عن ذلك بفساد عقد التأمين وبطلانه...، وقد ألحقتنا الفتوى برمتها في الملحق.

أولاً: يشتمل على ربا الفضل والنساء؛ فإن الشركة إذا دفع للمستأمن أو لورثته أو للمستفيد أكثر مما دفعه من النقود لها؛ فهو ربا فضل، والمؤمن يدفع ذلك للمستأمن بعد مدة فيكون ربا نساء، وإذا دفعت الشركة للمستأمن مثل ما دفعه لها يكون ربا نساء فقط، وكلاهما محرم بالإجماع.

ثانياً: تستثمر شركات التأمين أموالها في معاملات ربوية.

ثالثاً: إذا تأخر المستأمن في سداد الأقساط المستحقة احتسبت عليها فائدة.

أما شبهة الغرر فإن المستأمن الذي أمّن ضد الخطر إنما يدفع مالا في نظير أن يكون له مقابل، والمقابل هنا ليس أمرا ثابتا، بل أمر احتمالي غير محقق الوجود، علاوة على أن الشركة قد تغرم مبلغاً كبيراً دون أن تأخذ مثله أو مقابله؛ وهذا هو غرر ترتب عليها.

أما شبهة الغبن فتبرز في عدم وجود محل العقد ومعلوماته لدى المتعاقدين، والعلم بالمحل شرط لصحة العقد.

أما القمار فإن المخاطرة فيه ظاهرة؛ إذ إنه تارة يقع وتارة لا يقع، وأيضاً أن المستأمن حين يجري عقد التأمين إنما يرجو أن يبذل مقدارا يسيرا من المال، والحصول على مبلغ كبير من المؤمن وهذا هو الحال في القمار.

أما الجهالة فإن المستأمن والمؤمن يتعاملان بموجب عقد لا يعرف أحدهما نتيجته ربحاً أو خسارة، وكذلك ما يدفعه المستأمن للمؤمن مجهول القدر بالنسبة لكل منهما، ويظهر ذلك جلياً في التأمين على الحياة.^(١)

٢- التأمين التعاوني :

أجاز التأمين التعاوني كثير من العلماء المعاصرين، وأجازه أيضاً مؤتمر علماء المسلمين الثاني في القاهرة عام (١٣٨٥ هـ/١٩٦٥ م) ومؤتمر علماء المسلمين السابع عام (١٣٩٢ هـ/١٩٧٢ م)، وهو ما قرره

(١) أ.د.علي أحمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، ص ٣٣٤ وما بعده، يقول أ.د.الزحيلي: والخلاصة: يشتمل التأمين ذي القسط الثابت على خمسة أسباب تجعله حراماً الربا: ففي عوض التأمين زيادة على الأقساط المدفوعة بلا عوض، وهو ربا، وتستثمر شركات التأمين أموالها في أنشطة ربوية، وتحسب فائدة على المستأمن إذا تأخر في سداد الأقساط المستحقة. الغرر: إن مقابل التأمين يكون على أمر احتمالي غير ثابت ولا محقق الوجود وهذا غرر. وقد تغرم شركات التأمين مبلغاً كبيراً دون مقابل، بناء على الغرر. الغبن: يشتمل التأمين على غبن لعدم وضوح محل العقد، والعلم بالمحل شرط لصحة العقد. القمار: في التأمين مخاطرة لتعريض النفس والمال لفرصة مجهولة، وهذا هو القمار بعينه، والمستأمن يبذل اليسير من المال في انتظار أخذ مبلغ كبير، وهذا قمار. الجهالة: ما يدفعه المستأمن مجهول القدر لكل من العاقدين كما هو واضح في التأمين على الحياة، ويتعامل العاقدان بموجب عقد لا يعرف ما يحققه من الربح أو الخسارة. الفقه الإسلامي وأدلته، (٥/٣٤٢٨).

المجمع الفقهي في مكة المكرمة عام (١٣٩٨هـ/١٩٧٨م) ومجمع الفقه الإسلامي في جدة في قراره رقم ٩ عام ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م^(١)، على اعتبار أن العقد الذي بين المستأمن والشركة عقد قراض لكل منهما نسبة من الربح، وأن ما يدفعه المستأمن للمتضرر تبرع، وما يدفعه للشركة أجرة معلومة مقابل إدارة العمليات التأمينية، وهذا النوع حينئذ أقرب للجواز؛ إذ هو محض تبرع ما دام لا يقصد أحد منهم الربح أو فائدة دنيوية أخرى من ذلك.

أما شبهة الغرر الواردة عليه - حيث أن المشترك عندما يدفع مالاً متبرعاً به لمن تحل به مصيبة، إنما يفترض ذلك دون أن يكون أمراً ثابتاً، فهو أمر احتمالي غير محقق الحصول، فالغرر هنا حاصل في جهالة المصرف - فقد اغتفرها معللاً بضعفها من قال بجوازها، قال الخطيب الشربيني: «لأن القراض عقد غرر؛ إذ العمل فيه غير مضبوط، والربح غير موثوق به، وإنما جوز للحاجة فاخص بما يروج غالباً، ويسهل التجارة به، وهو الأثمان»^(٢)؛ فالحاجة هنا في التأمين التعاوني أصل يبني عليه جوازها قياساً على القراض.

نخلص إلى أنه لا يضر جهل المساهمين في التأمين التعاوني بتحديد ما يعود عليهم من النفع؛ لأنهم متبرعون، فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقامرة.^(٣)

الفرع الثالث التأمين الحكومي

نتناول في هذا الفرع الحديث عن تأصيل التأمين بذكر ما رصده فقهاء الشريعة في تكييف وحكم هذا النظام.

وقد سبق توصيف هذا النظام عند الكلام على التعريف.

أولاً: تعريف التأمين الحكومي:

التأمين الحكومي وهو الذي تقوم به الدولة لمصلحة الموظفين والعمال؛ فتؤمنهم من إصابة المرض والعجز والشيخوخة والوفاة، ويسهم في حصيلته الموظفون والدولة، ولا تقصد من وراء ذلك تحقيق الأرباح؛ وله صور منها: نظام التقاعد.

(١) أ.د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (٤/١٨٤).

(٢) الخطيب، مغني المحتاج، (٣/٣٩٨)، عبارة تحفة المحتاج: «ولأنه عقد غرر لعدم انضباط العمل والوثوق بالربح جوز للحاجة»، (٦/٨٢)، وراجع الخطاب الرعيي المالكي، مواهب الجليل، (٥/٣٥٦)، الكاساني، بدائع الصنائع، (٦/٧٩)، الهوتي الحنبلي، كشاف القناع، (٣/٥٠٧).

(٣) أ.د. علي أحمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، ص ٣٤١.

والذي يميزه عن النوعين السابقين من أنواع التأمين أمران: الأول: أنه إلزامي؛ تفرضه الدولة فرضاً على رعاياها؛ لمصلحتهم ولتأمين مستقبلهم، الثاني: أن الذي يقوم بدفع أقساط التأمين ليس المستأمن وحده، وإنما يشترك معه في ذلك الدولة وجهة العمل بنسبة محددة.

فالتأمين الاجتماعي ليس تأميناً خاصاً بشخص يخشى خطراً معيناً، حتى يندرج تحت التأمين التجاري، وإنما هو تأمين عام لا يهدف إلى الربح، ولكن يهدف إلى مساعدة مجموعة من الأفراد قد يكثر عددهم جداً فيصل إلى الملايين، مثل ما تقوم به دول للتأمين على أبنائها من العمال والموظفين مما يُعرف بنظام التقاعد أو المعاشات، فتقطع من الأجور والرواتب نسبة معينة، فإذا بلغ سن التقاعد أو وصل إلى المعاش يُصرف له معاش شهري، أو يأخذ مكافأة مالية تساعد في حياته، وكذلك ما يُعرف بالتأمينات الاجتماعية والتأمينات الصحية.^(١)

ثانياً: الحكم الشرعي:

يعبر الفقهاء عن واجب الدولة بتأمين العاجزين عن العمل بدفع ضرر المسلمين إلى حد الكفاية، قال النووي: «ومن فرض الكفاية: ... دفع ضرر المسلمين ككسوة عار وإطعام جائع إذا لم يندفع بزكاة وبيت مال...»^(٢)، وهل يكفي سد الضرورة، أم يجب تمام الكفاية التي يقوم بها من تلزمه النفقة؟ وجهان: قيل: ما يسد الرمق، والأوجه ما يحقق الكفاية.^(٣)

وهو من الموضوعات التي بحثها علماء المسلمين في مؤتمره الثاني لمجمع البحوث الإسلامية سنة ١٣٨٥هـ، وقرر المؤتمر بشأن التأمين ما يلي (ب) نظام المعاشات الحكومي وما يشبهه من نظام الضمان الاجتماعي المتبع في بعض الدول، ونظام التأمينات الاجتماعية المتبع في دول أخرى كل هذا من الأعمال الجائزة.^(٤)

يقول الدكتور الزحيلي: إن التأمينات الاجتماعية التي تدفعها الدولة أو صندوق المعاشات والتأمين أو مصلحة التأمينات للعمال والعاملين والموظفين في الدولة كلها في تقديري جائزة؛ لأن الدولة ملزمة برعاية مواطنيها في حال العجز والشيخوخة والمرض ونحو ذلك من إعاقة العمل أو الكسب، ولا ينظر إلى الضريبة التي تقطاعها الدولة من الراتب الشهري، أو التي يدفعها شهرياً أرباب العمل لمصلحة التأمينات الاجتماعية، أو المبلغ الذي يدفعه العامل أو الموظف باختياره في حدود نسبة مئوية كل

(١) أ.د. علي أحمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، ص ٣٣٢.

(٢) النووي، المنهاج، ص ٥١٨.

(٣) عبارة الخطيب الشربيني في مغني المحتاج: «(و) من فروض الكفايات (دفع ضرر) المعصومين، ولو عبر به كان أولى (المسلمين) وغيرهم على الموسرين (ككسوة عار)...». الخطيب، مغني المحتاج، (١٢/٦)

(٤) أ.د. علي أحمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، ص ٣٢٩.

سنة، ليحصل على تعويض إجمالي عند الإحالة على التقاعد أو المعاش، فكل هذه المدفوعات لا ينظر إليها نظرة ربوية، وإن أخذ الموظف أو العامل أكثر مما دفع؛ لأن المدفوع في الحقيقة يعد تبرعاً أو هبة مبتدأة وتعاوناً من قبل المشتركين في الصندوق التقاعدي أو التأمينات الاجتماعية، والتي هي إحدى مؤسسات الدولة.^(١)

نخلص إلى أن الفقهاء المعاصرين متفقون على جواز هذا النوع والتعاوني أيضاً، يقول الدكتور وهبة الزحيلي: «وقد أجاز مؤتمر علماء المسلمين الثاني في القاهرة عام (١٣٨٥ هـ/١٩٦٥ م) ومؤتمر علماء المسلمين السابع عام (١٣٩٢ هـ/١٩٧٢ م) كلاً من التأمين الاجتماعي والتأمين التعاوني، وهو ما قرره المجمع الفقهي في مكة المكرمة عام (١٣٩٨ هـ/١٩٧٨ م) ومجمع الفقه الإسلامي في جدة في قراره رقم ٩ عام ١٤٠٦ هـ/١٩٨٥ م»، (٤١٨٤/٦).^(٢)

خاتمة البحث

وفي نهاية هذا البحث أحمد الله وأشكره على التمام، وههنا أوجز أهم النتائج التي توصلت لها والتوصيات:

أولاً: النتائج:

- ١- وجود قصور في التشريع اليمني المنظم للتقاعد حيث إنه - مثلاً - لم يبين (الجهة) المراد سريانه عليها، بقوله: «تسري أحكام هذا القانون على ... أي كادر أو جهة تنص قوانينها وأنظمتها على ذلك» هل هي جهة حكومية أو خاصة أو نقابية أو منظمة من منظمات المجتمع المدني.
- ٢- لا يوجد تعريف لنظام التقاعد في التشريع اليمني من قانون التأمينات والمعاشات، وإنما أعطى تعريفاً غير مباشر من خلال تعريف المتقاعد.
- ٣- أن نظام التقاعد اليمني له عدد من الخصائص والأهداف التي يرجو تحقيقها.
- ٤- ترجع جميع حالات التقاعد المذكورة في قانون التأمينات والمعاشات إلى حالتين: الإحالة الوجوبية (التقاعد الإلزامي)، والإحالة الجوازية (التقاعد الاختياري).
- ٥- لا يوجد في قانون التأمينات والمعاشات ما يلزم بعض جهات العمل الحكومية بالتأمين لدى المؤسسة العامة للتأمينات بخصوص موظفيها المتعاقدين، لكن وجد في قانون الخدمة المدنية في المادة (٣٤) ما يلزمها بذلك؛ لوجوب المساواة في الحقوق.
- ٦- انطباق نظام التعاقد على الشريحتين الوظيفيتين الثابتة والمتعاقد.

(١) أ.د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (٣٤٣١/٥).

(٢) المرجع السابق، (٤١٨٤/٦).

- ٧- استثنى قانون التأمينات والمعاشات ثلاث فئات من سريان أحكامه عليهما: ١- أفراد القوات المسلحة والأمن، ٢- عمال ومستخدمي القطاع الخاص، ٤- الفئات التي لها نظام تقاعدي خاص بها يتعارض مع أحكام هذا القانون.
- ٨- الفقهاء المعاصرون متفقون على جواز التعامل بنظام التأمين الحكومي شرعا كالتأمين التعاوني، أما التأمين التجاري فيكاد يجمع المعاصرون على تحريمه.
- ثانياً: التوصيات :
- ١- نوصي الباحثين بدراسة مقارنة (ماجستير) في موضوعات أنظمة التقاعد في القوانين الأخرى العربية والأجنبية بما يعطي أفقاً أوسع في هذه الأنظمة.
- ٢- نوصي المشرع أن يتلافى بعض أوجه القصور في التشريع اليمني المنظم للتقاعد.

قائمة المراجع

القرآن.

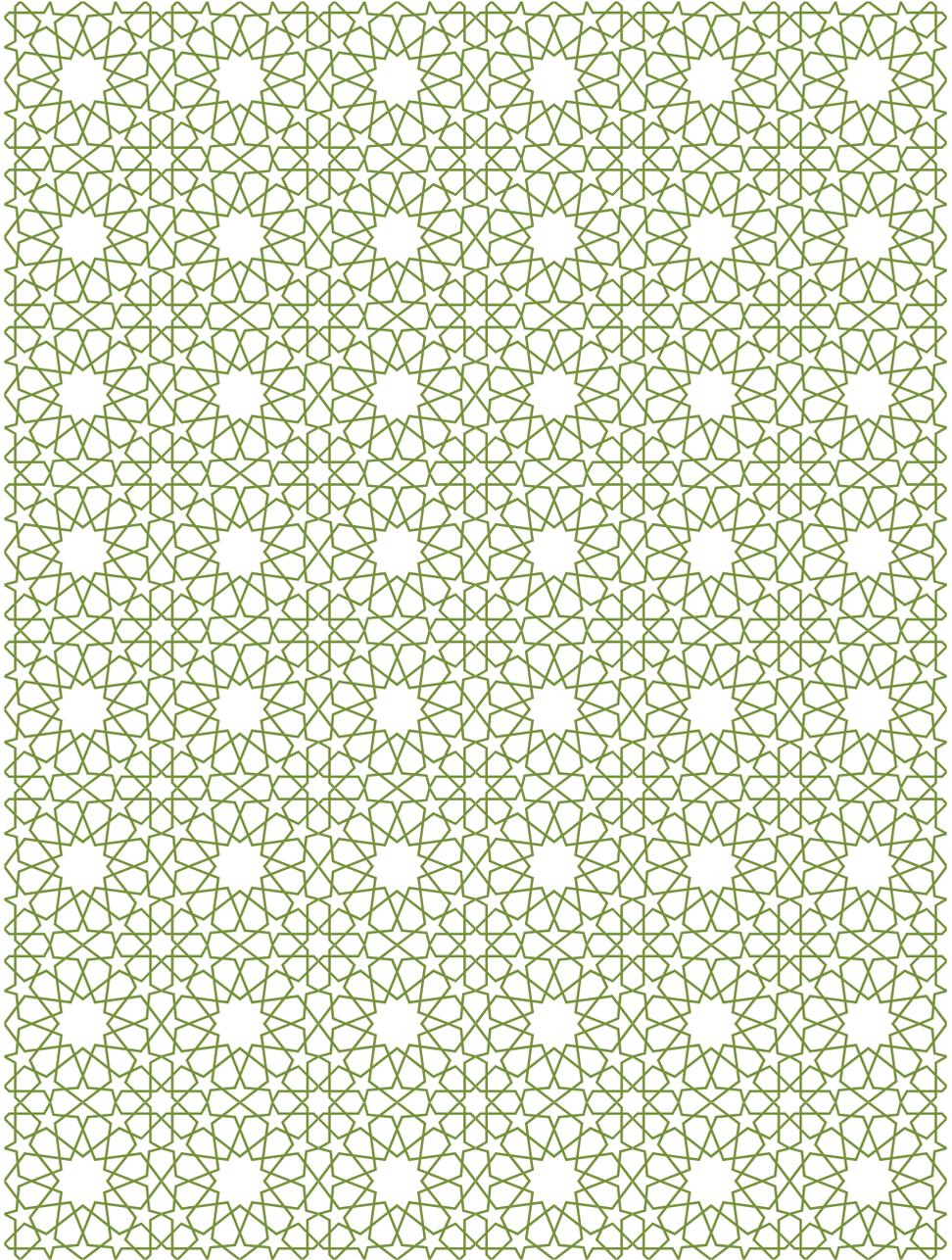
- ١- أ.د.علي أحمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، مؤسسة الريان، بيروت لبنان، الطبعة الحادية عشر، ١٤١٨هـ.
- ٢- أ.د.وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوربة، دمشق، الطبعة الرابعة.
- ٣- أ.د.وهبة بن مصطفى الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث وفتاوى وحلول، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢م.
- ٤- أقاسم عبده ناجي، تطور الضمان الاجتماعي في الجمهورية العربية اليمنية، المعهد العالي للإدارة العامة، اليمن، صنعاء، ١٩٨٦م.
- ٥- إبراهيم مصطفى، أحمد الزييات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة.
- ٦- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.
- ٧- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة الأنصاري، الخراج، المكتبة الأزهرية للتراث، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد.
- ٨- أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة ط أخيرة، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.
- ٩- أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف د.عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.
- ١٠- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٧هـ، ١٩٨٣م.
- ١١- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، السياسة الشرعية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- ١٢- حسين جعيجع، النظام القانوني للتقاعد في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية

- الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٢، ٢٠٠٣ م.
- ١٣- حسين عبدالله العويضاني، النظام القانوني للإحالة على المعاش في التشريع اليمني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩ م.
- ١٤- د. أحمد حسن البرعي، المبادئ العامة للتأمينات الاجتماعية وتطبيقاتها في القانون المقارن، دار الفكر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٨٣ م.
- ١٥- د. ناهد عبد الحميد محمد، التأمينات التجارية والاجتماعية، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، ٢٠٠٧ م.
- ١٦- د. أحمد عبده هزاع الجرادي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٦ م، ٢٠١٧ م.
- ١٧- د. أسهمان عبادي ود. عبد القادر إسماعيل، الوظيفة العامة، (الجمهورية اليمنية، دول الخليج، جمهورية مصر العربية)، مركز عبادي للدراسات والنشر، صنعاء، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ، ٢٠١٢ م.
- ١٨- د. حسن محمد عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري، المؤسسة الجامعية، بيروت، ١٩٩٧ م.
- ١٩- د. حمدي سليمان القبيلات، انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب، دار وائل، عمان، الأردن، ٢٠٠٣ م.
- ٢٠- د. حمود صالح العودي، الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والصحية للمتعاقدين في القطاع العام والمختلط في اليمن، دراسة نظرية تطبيقية في البنية الاجتماعية، مجلة قضايا اجتماعية، العدد (١٦) يوليو ٢٠٠٨ م.
- ٢١- د. خالد عمر عبد الله باجنيد، القانون الإداري اليمني، سلسلة الكتاب الجامعي، عدن، ٢٠١٤ م.
- ٢٢- د. صادق مهدي السعيد، الضمان الاجتماعي دراسة مقارنة تطبيقاته في العراق، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥ م.
- ٢٣- د. عبد العزيز علي الغريب، المتقاعدون ووقت الفراغ، المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٩٩٨ م.
- ٢٤- د. عبد الله الخياري، قانون التأمينات الاجتماعية اليمني، تأمين إصابات العمل، مكتبة مركز الصادق، صنعاء، الطبعة الرابعة، ٢٠١٢ م.
- ٢٥- د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، نشاط إداري ووسائلها، منشأة المعارف،

- الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤ م.
- ٢٦- د. فوزي محمد الشامي، إسهامات الهيئة العامة للتأمينات والمعاشات في التنمية الاقتصادية والاجتماعية في اليمن، أطروحة دكتوراه قدمت للجامعة اللبنانية، معهد العلوم الاجتماعية، ٢٠١٤ م.
- ٢٧- د. محمد أحمد حسين، زكاة مخصصات التقاعد، بحث مقدم إلى مؤتمر الزكاة بعنوان زكاة دخول الموظفين والمهن الحرة، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ١٤٣٢ هـ/ ٢٠١١ م.
- ٢٨- د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، دار النفائس، الأردن، الطبعة السادسة، ١٤٢٧ م، ٢٠٠٧ م.
- ٢٩- د. هنادي كريمة، النظام القانوني للتأمينات الاجتماعية في مصر، مركز جامعة القاهرة، للتعليم المفتوح، القاهرة، ٢٠٠٧ م.
- ٣٠- د. يحيى قاسم سهل، النظام القانوني للتقاعد في التشريع اليمني، ورقة بحثية مقدمة للندوة العلمية حول حماية الحقوق في ظل سيادة القانون من ١٥-١٦ إبريل ٢٠٠٨ م، مطبوعات دار جامعة عدن.
- ٣١- رينهارت بيتر أن دوزي، تكملة المعاجم العربية، الطبعة الأولى، من ١٩٧٩-٢٠٠٠ م.
- ٣٢- سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة.
- ٣٣- سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي الطبراني، المعجم الصغير، تحقيق محمد شكور محمود الحاج أمير، المكتب الإسلامي، دار عمار، بيروت، عمان، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ م، ١٩٨٥ م.
- ٣٤- عائشة فضيلي، منازعات التقاعد أمام القضاء الإداري، رسالة ماجستير، جامعة محمد الخامس، المغرب، ٢٠١٣ م.
- ٣٥- عبد الجبار حمود عبد الجليل السامعي، أسباب إنهاء خدمة الموظف العام وأثارها في القانون اليمني، رسالة ماجستير، جامعة عدن، ٢٠٠٨ م.
- ٣٦- عبد العزيز سعد مانع العنزلي، النظام القانوني لانتهاء خدمة الموظف العام، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢ م.

- ٣٧- علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الماوردي، أدب الدين والدنيا، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ٢٤٣٤هـ، ٣٠١٣م.
- ٣٨- مجدي عبدالمملك باقيس، إحالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني دراسة مقارنة بالقانونين المصري والإماراتي، رسالة ماجستير، الأكاديمية اليمنية للدراسات العليا، ٢٠١٩م.
- ٣٩- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.
- ٤٠- محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- ٤١- محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه الحاكم، المستدرک على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ، ١٩٩٠م.
- ٤٢- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.
- ٤٣- محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.
- ٤٤- محمد حسن علي العذري، انتهاء خدمة الموظف العام والرقابة القضائية عليهما في القانون اليمني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، مركز الدراسات التابع لجامعة الدول العربية، قسم الدراسات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣م.
- ٤٥- محيي الدين يحيى بن شرف النووي، مهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥م.
- ٤٦- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٤٧- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية.
- ٤٨- منصور قاسم العريقي، شرح قانون التأمينات الاجتماعية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
- ٤٩- الدستور اليمني.

- ٥٠- قانون التأمينات والمعاشات اليمني رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م، وتعديلاته.
- ٥١- اللائحة التنفيذية لقانون التأمينات والمعاشات اليمني رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١ م.
- ٥٢- القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢ م.
- ٥٣- مجلة قضايا اجتماعية، العدد (١٦) يوليو ٢٠٠٨ م، تصدر عن المركز اليمني للدراسات الاجتماعية وبحوث العمل، صنعاء.



عقد التاجير المنتهي بالتمليك بين التكييف الشرعي والقانوني

د: مصطفى بن حامد بن سميط

الرتبة العلمية: أستاذ مشارك.

العمل: رئيس قسم الفقه وأصوله بكلية الدراسات العليا جامعة الأحقاف-اليمن

الجوال: ٠٠٩٦٧٧٣٥٨١٩١١٩

Author: Mustafa Hamed Hasan Bin Sumait

Academic Title: Assistant Professor

Department: Islamic Jurisprudence and Its Principles (Fiqh and Usul al-Fiqh)

Faculty: Sharia and Law

University: Al-Ahgaff

sumeet.mustfa@gmail.com

ملخص البحث

البحث ذو شقين شرعي وقانوني، بيّن الباحث في الجانب القانوني أن عقد التأجير المنتهي بالتمليك نشأ وانتشر في بلاد الغرب، ولم يعرف في البلاد العربية والإسلامية إلا قريباً، وذكر الباحث مقاصد الإيجار المنتهي بالتمليك، وأساس صورة (الليزنج)، وأنها صورة متطورة من صور هذا العقد. ثم تعرض الباحث لتصنيف القانونيين لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك، وأن القانونيين يجعلون هذا العقد بيع تقسيط، لكن رجح الباحث خلاف ذلك؛ لعدة أدلة شرعية ومنطقية. وأما الشق الشرعي في البحث؛ فقد ذكر فيه البدائل الشرعية المتداولة لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك، وعلاقة تلك البدائل بالمقاصد القانونية التي يسعى لها طرفا العقد، وأن ترجيح أي بديل لا بد فيه من مراعاة هذه المقاصد أو أغلبها، كما عرج على الضوابط الشرعية لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، والشبه الواردة على هذا العقد؛ كالنهي عن الغرر والربا، وخلص الباحث للنتائج الآتية:

- وضع ضوابط شرعية لعقد الإجارة المنتهية بالتمليك مستنبطة من النصوص والقواعد الشرعية.
- إيجاد بديل شرعي لعقد الإجارة المنتهية بالهبة تحقق به أهداف تلك المعاملة، وهو بيع المشاع، وذلك بتجزئته إلى حصص مشاعة بقدر أقساط عقد الإجارة، وبيعه منها حسب سداده، وعند انتهاء المدة تصير السلعة كاملة للمشتري.
- إيجاد بديل شرعي لعقد التأجير المنتهي بالبيع، وذلك من خلال بناء هذا العقد على اجتماع البيع والإجارة الواردة على عين واحدة، وتنزيلها على نصوص الشافعية في ذلك.

الكلمات المفتاحية:

تأجير - بيع - تمليك - تقسيط - عقد

مشكلة البحث

- ما الرأي الشرعي في تصنيف القانونيين لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك أنه بيع تقسيط.
- ما الضوابط الشرعية لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك.
- هل توجد بدائل جديدة لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك تحتوي تلك البدائل على مقاصد ذلك العقد.

أهداف البحث

- وضع ضوابط شرعية لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك
- استنباط بديل فقهي جديد لعقد الإيجار المنتهي بالهبة.
- استنباط بديل فقهي جديد لعقد الإيجار المنتهي بالبيع.

أهمية البحث

تتلخص أهمية هذا البحث من خلال:

- بحث مسألة مهمة في النوازل المعاصرة.
- الجمع بين الجانبين الشرعي والقانوني.
- ضبط عقد الإيجار المنتهي بالتمليك بضوابط شرعية.
- التوصل لبدائل حديثة لم يسبق إليها الباحث.

محتويات البحث

- المبحث الأول: التأجير المنتهي بالتمليك في القانون
المطلب الأول: نشأة التأجير المنتهي بالتمليك
المطلب الثاني: صور التأجير المنتهي بالتمليك في القانون
المطلب الثالث: أهداف التأجير المنتهي بالتمليك في القانون
المطلب الرابع: التصنيف القانوني لعقد التأجير المنتهي بالتمليك
المبحث الثاني: بدائل شرعية وضوابط للإجارة المنتهية بالتمليك
المطلب الأول: تحرير محل النزاع
المطلب الثاني: البدائل الشرعية للإجارة المنتهية بالتمليك
المطلب الثالث: الضوابط الشرعية
المطلب الرابع: قرارات مجمع الفقه الإسلامي
الخاتمة

مصطلحات البحث

التعريف اللغوي

التأجير في اللغة من: آجَرُهُ بِالْمَدِّ إِيجَارًا ، وَ الْأُجْرَةُ: الْكِرَاءُ تَقُولُ: اسْتَأْجَرْتُ الرَّجُلَ فَهُوَ يَأْجُرُنِي تَمَانِي حِجَّجٍ أَي يَصِيرُ أَجِيرِي، وَ أُتَجَرَ عَلَيْهِ بِكَذَا مِنْ الْأَجْرِ فَهُوَ مُؤْتَجَرٌ مَعْنَاهُ: اسْتَوْجَرَ عَلَى الْعَمَلِ وَآجَرَهُ الدَّارَ: أَكْرَاهَا^(١).

وأما التملك فهو لغة من: (ملكه) الشيء (تمليكا) جعله ملكا له. يقال: ملكه المال والملك فهو (مملك)^(٢).

التعريف الاصطلاحي:

يُعرّف التأجير المنتهي بالتمليك بأنه: ((أن يتفق المستهلك مع التاجر على شراء سلعة بثمن محدد يتفقان على تقسيطه على أقساط شهرية، وقد يمتد أمد السداد سنتين أو ثلاثا أو أكثر ويُلبسَان هذا العقد ثوب الإيجار، وربما نصا في العقد على أنه بعد انتهاء تلك المدة يملك المستأجر العين محل العقد)).^(٣)

كما عرّف بأنه: ((تمليك منفعة^(٤) من عين معلومة مدة معلومة، يتبعه تملك العين^(٥) على صفة مخصوصة بعوض معلوم)).^(٦)

المبحث الأول: التأجير المنتهي بالتمليك في القانون

المطلب الأول: نشأة التأجير المنتهي بالتمليك

نشأ عقد التأجير المنتهي بالتمليك وترعرع في ظل القانون^(٧)؛ فقد تناوله القانونيون بالدراسة والبحث، وتناولوا صورته مبينين آراءهم في تكييف هذا العقد على ضوء ما اتفق عليه أطراف

(١) الرازي، مختار الصحاح، مادة(م ل ك)، ص ١٣.

(٢) المرجع السابق، مادة(م ل ك)، ص ٢٩٨.

(٣) عبد الله محمد، التأجير المنتهي بالتمليك والصور المشروعة فيه، ٤/٢٥٩٩.

(٤) أي: إجارة.

(٥) تملك العين هو البيع، فهي إجارة منتهية بالتمليك.

(٦) المشيخ، محاضرة في المعاملات المالية المعاصرة.

(٧) بن بيه، الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، ٤/٢٦٦٣.

التعاقد، وما احتوته صيغته من شروط، وما أحاط به من قرائن^(١).

والتأجير المنتهي بالتمليك من وسائل التمويل الخاص لمساعدة ذوي الدخل المحدود من أفراد المجتمع للحصول على حاجة من حاجاتها الأساسية كالمسكن والسيارة وأدوات الزراعة ومكائن الصناعة.^(٢)

وظهر عقد الإجارة المنتهية بالتمليك عام (١٨٤٦م) في إنجلترا، وأول من تعامل بهذا العقد أحد تجار الآلات الموسيقية في إنجلترا؛ فكان يؤجر آلاته الموسيقية إجارة يتبعها تملك العين؛ وقصد من ذلك ضمان حقه.

ثم بعد ذلك انتشر مثل هذا العقد، وانتقل من الأفراد إلى المصانع، وكان أول هذه المصانع تطبيقاً لهذا العقد مصنع (سنجر) لآلات الخياطة في إنجلترا.

ثم بعد ذلك تطور وانتشر بصفة خاصة في شركات السكك الحديدية التي تشتري المركبات وتؤجرها لمناجم الفحم تأجيراً ينتهي بالتمليك، وانتقل إلى الولايات المتحدة عام ١٩٥٣م، وفرنسا عام ١٩٦٢م، ثم بعد ذلك انتقل إلى البلاد العربية والإسلامية عام ١٩٧٧م.^(٣)

وقد تطور هذا العقد وتعددت أسماؤه طبقاً لتطوره؛ فقد كان أولاً يعرف باسم «البيع بالتقسيم» والاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن، ثم تطور إلى «إيجار ساتر للبيع»، ثم تطور إلى ما سموه بـ «الإيجار المقترن بوعدهم بالبيع»، وهذه الأسماء موضوعها في الأصل متحد، إلا أنها ليست من باب المترادفات، بل تعدد الأسماء ناشئ عن تدرج نظرة المقنن لهذا العقد في محاولة لترجمة الهدف الذي يرمي إليه، والمصلحة التي يحرص على حمايتها.^(٤)

المطلب الثاني: صور التأجير المنتهي بالتمليك في القانون

من أهم صور عقد التأجير المنتهي بالتمليك ثلاث صور:

الصورة الأولى: إجارة تنتهي بالتمليك دون ثمن للسعة عند تملكها سوى الأقساط الإيجارية.^(٥)

كأن يقول مالك للسعة - وهو الذي نفترض أنه بائع - للمشتري: آجرتك هذه السلعة لمدة ثلاث

(١) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، ٤/٢٦١٢.

(٢) عبد الله إبراهيم، التأجير المنتهي بالتمليك، ٤/٢٦٨٩.

(٣) المشيقح، محاضرة في المعاملات المالية المعاصرة.

(٤) بن بيه، الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، ٤/٢٦١٢.

(٥) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، ٤/٢٦٥٦.

سنوات، تدفع في كل شهر مثلاً ألف ريال، وفي نهاية المدة بعد الثلاث سنوات يكون لك حق تملك السلعة بلا عوض.^(١)

وهذه الصورة هي الأصل والأشهر، وكل من رأيت ممن كتب في هذا الموضوع تعرض لها، بل وصدّر بها.

الصورة الثانية: اقتران الإجارة ببيع الشيء المؤجر بثمن رمزي بعد الانتهاء من سداد الأقساط الإيجارية^(٢)

كأن يقول مالك للسلعة: أجرتك هذه السيارة مدة ثلاث سنوات، في كل شهر ألف ريال، وفي نهاية المدة تدفع مبلغ خمسة آلاف ريال، وتنتقل ملكية السيارة إليك.^(٣)

وإنما وضع هذا الثمن الرمزي بغية تحقيق هدفين:

أولهما: إظهار الاتفاق بأنه في البداية كان عقد إجارة.

وثانئهما: أنه في النهاية عقد بيع.

الصورة الثالثة: اقتران الإجارة بوعد من المؤجر للمستأجر يخوله بيع السلعة المؤجرة له بعد انتهاء مدة الإجارة، أو مد مدة الإجارة لفترة أخرى، أو إعادة العين إلى مالكها.

وهي صورة متطورة للإيجار المنتهي بالتمليك أطلق عليها فقهاء القانون عقد الليزنج (Leasing) ويُعرَّب بـ (عقد تمويل المشروعات) أو (عقد التمويل الائتماني)؛ لأن هذا العقد يظهر كوسيلة لتمويل التجهيزات التي تحتاجها المشروعات الصناعية والتجارية، دون أن تجمد رأس مالها أو جزء منه.

ولقد بيّن فقهاء القانون أن هذا العقد يحتوي على:

١) عقد توريد: طرفاه هما الشركة المنتجة للسلعة (المورد) وشركة الليزنج المشتري لهذه السلعة منها التي تصبح مالكة لها.

٢) عقد التأجير: طرفاه هما العميل (المستأجر) لهذه السلعة، والمالك وهو شركة الليزنج.

٣) وعد من مؤسسة الليزنج للعميل (المستأجر) بأنه في نهاية مدة الإجارة يكون له الحق في

اختيار واحد من ثلاثة أمور:

أ. شراء السلعة بثمن يراعى في تحديده المبالغ التي سبق أن دفعها أقساطاً إيجارية.

ب. مد مدة الإجارة لفترة أو فترات أخرى.

(١) الشيبلي، محاضرة في فقه المعاملات المصرفية.

(٢) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، ٤/٢٦٥٦.

(٣) الشيبلي، محاضرة في فقه المعاملات المصرفية.

ج. إعادة السلعة (المؤجرة) إلى مالكيها (مؤسسة الليزنج)^(١).

المطلب الثالث: مقاصد التأجير المنتهي بالتمليك في القانون

في عقد التأجير المنتهي بالتمليك يكون المشتري محتاجاً إلى السلعة والانتفاع بها، والبائع غالباً ليس بحاجة لها؛ إذ هو إنما يلي حاجة المشتري (المستأجر)، وأهم مقاصد الطرفين في التأجير المنتهي بالتمليك في بيئة القانون هي:

- (١) أن يحتفظ المالك بملكية المبيع إلى استيفاء الثمن.
- (٢) أن يحصل المشتري على ما يريد من نحو البضاعة وينتفع بها.
- (٣) أن يكون للمالك الحق في منع المشتري من تفويت الذات موضع العقد.^(٢)
- (٤) أن يكون للمالك الحق في استرجاع الذات عند عدم الوفاء في الوقت المحدد.^(٣)
- (٥) أن يكون للمالك الحق في الحصول على مقابل انتفاع المشتري بالذات في حالة عدم البيع^(٤)، وتخصم القيمة الإيجارية الحقيقية من الأقساط التي دفعها المستأجر خلال هذه المدة، مع إضافة تعويض ملائم عن الأضرار التي لحقت بالبائع نتيجة هذا الإخلال كشرط جزائي.^(٥)
- (٦) أن يأمن المالك من مزاحمة الدائنين الآخرين في حالة إفلاس المشتري؛ لأنه لو أفلس وهو لا يزال مستأجراً فإن البائع لا يزال مالكا للمبيع فيستطيع أن يسترده.^(٦)

المطلب الرابع: التصنيف القانوني لعقد التأجير المنتهي بالتمليك

حكم جل القانونيين بأن التأجير المنتهي بالتمليك بيع بالتقسيط^(٧).

وصورة بيع التقسيط أن يبيع تاجر سيارة أو آلة كاتبة أو راديو أو غير ذلك بثمن مؤجل واجب الدفع في ميعاد معين، أو بثمن مقسط بأقساط متساوية، واشترط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقا على شرط واقف هو وفاء المشتري بالثمن المؤجل في الميعاد المحدد، أو وفاؤه بالأقساط جميعا في المواعيد المتفق عليها، فإن البيع بهذا الشرط يكون صحيحا، ويجب إعمال الشرط، وتنتقل ملكية

(١) المرجع السابق، ٢٦٥٢/٤-٢٦٥٣.

(٢) بن بيه، الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، ٢٦٦٣/٤.

(٣) المرجع السابق، ٢٦٦٣/٤.

(٤) المرجع السابق، ٢٦٦٣/٤.

(٥) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، ٢٦٤٠/٤.

(٦) عبد الله محمد، التأجير المنتهي بالتمليك والصور المشروعة فيه، ٢٦٠٥/٤.

(٧) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، ٢٦٣٩/٤.

المبيع في هذه الحالة معلقة على شرط واقف إلى المشتري، ويستبقي البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ، وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد، هو أن يوفي المشتري بالثمن أو بأقساطه في الميعاد المحدد؛ فإذا فعل تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية بآثر رجعي إلى المشتري، وزالت الملكية عن البائع بآثر رجعي أيضا.^(١)

ولنأخذ القانون المصري مثلاً على ذلك؛ فقد نص على ما يلي:

(١) إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوف على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

(٢) إذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توفَّ جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه.

(٣) إذا ما وفيت الأقساط جميعاً، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع.

(٤) تسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سعى المتعاقدان البيع إيجاراً.^(٢)

وأسباب حكم القانونيين بذلك ما يلي:

(١) أن كل مبيع لا بُدَّ له من ثمن، وفي نهاية مدة الإجارة لا يوجد ثمن وقت تمام البيع؛ إذ أن ما دفع كان أجرة.

(٢) أن الأجرة المقدره لسلعة في المدة المحددة ليست أجرة المثل، بل روعي فيها أنها هي ثمن السلعة مع إضافة ما قد يكون من ربح متفق عليه.

(٣) أن إرادة المتعاقدين متجهة إلى بيع هذه السلعة، وليس إيجارها.^(٣)

واستدل الشيخ بن بيه على صحة بيع التسيط بأنه صورة معكوسة لبيع الوفاء؛ إذ في بيع الوفاء يكون البائع هو المالك تحت شرط واقف والمشتري مالك تحت شرط فاسخ.

وقبل تحقق الشرط يكون المشتري مالكا للمبيع تحت شرط واقف. ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع، فالذي انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع، أما الملكية فانتقلت إليه بالبيع موقوفة.

واشترط عدم انتقال الملكية إلا بعد الوفاء بالشرط -وهو هنا دفع جميع الأقساط- فيه ثلاثة

(١) بن بيه، الإيجار الذي ينتهي بالتملك، ٤/٢٦٦٤.

(٢) بن بيه، الإيجار الذي ينتهي بالتملك، ٤/٢٦٦٣-٢٦٦٤.

(٣) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتملك، ٤/٢٦٣٨-٢٦٣٩.

أقوال عن الإمام مالك متخرجة على قاعدة الشروط: صحة البيع وبطلان الشرط، وصحتهما، وفسخ البيع، ولكن المدونة^(١) اقتصرته على الأول وهو بطلان الشرط وصحة البيع.^(٢)

المطلب الخامس: رأي الباحث في التصنيف القانوني لعقد التأجير المنتهي بالتمليك

يرى الباحث أن ثمة فرقا ظاهرا بين التأجير المنتهي بالتمليك وبيع التقسيط، وذلك لعدة أمور ، ومن أهمها:

(١) مخالفتها لقوله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سَلْعَةً فَأَدْرَكَ سَلْعَتَهُ بَعِينَهَا عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ وَلَمْ يَقْبُضْ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا فَمِثْلُهُ لَهْ فَإِنْ كَانَ قَضَاهُ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا فَمَا بَقِيَ فَهُوَ أَسْوَأُ الْغَرْمَاءِ»^(٣)، والبايع في عقد التأجير المنتهي بالتمليك يسترد السلعة عند فليس المشتري مطلقا.^(٤)

(٢) أن الثمن والمُتَمَّنَّ كليهما أصبح مؤجلاً؛ انتقال الملكية سيكون مؤجلاً والأقساط أيضاً سُدْفَع مؤجلة بالأجل، فكلاهما أصبح مؤجلاً، فهذا يدخل في الكالئ بالكالئ.

(٣) أن هذا الشرط يخالف المقصود من عقد البيع، فإن المقصود من عقد البيع هو انتقال الملكية، فإذا قال: أبيعك هذه السيارة ولا تنتقل الملكية إلا بعد فترة فإن هذا الشرط يتناقض مع أصل عقد البيع من أساسه^(٥)

(٤) أن ملكية المبيع تنتقل بمجرد العقد في بيع التقسيط، وتتأخر إلى سداد جميع الأقساط في البيع الإيجاري.^(٦)

(٥) في بيع التقسيط لو لم يتمكن المشتري من سداد الأقساط في مرحلة من المراحل تباع السلعة ويُوَقَّى بقية الدَّيْنِ المستحق للبايع والزائد عن ذلك يكون من حق المشتري.^(٧)

(٦) لأن البيع حينئذ يتضمن غررا ويخالف سنة العقد في كل وجه؛ لأن المشتري إذا دفع الأقساط ولم يأتِ بآخر قسط منها ضاع عليه ما أدى وضاعت عليه السلعة محل البيع، ومعلوم أن

(١) مالك، المدونة، ٤٦٨/١١.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٧٥/٢-١٧٦.

(٣) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ماروى في غلق الرهن، حديث رقم ٤٧/١١.٣٨،٦ وهو حديث ضعيف، ومن أسباب تضعيفه تفرد به موسى بن عبيدة.

(٤) بن بيه، الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، ٤/٢٦٦٩.

(٥) الشيبلي، محاضرة في فقه المعاملات المصرفية.

(٦) الزحيلي، بيع التقسيط، ص ٥٠.

(٧) الشيبلي، محاضرة في فقه المعاملات المصرفية.

البيع الفاسد يفوز فيه المشتري بالغلة في مقابل ضمان، فلو فسخ العقد كان للبائع أن يستزيد بالأقساط التي حصل عليها في مقابل الاستغلال؛ لأن الغلّة في مقابل الضمان.

(٧) من المهم النظر إلى حكم الشرط الواقف، والشرط الفاسخ على حد تعبير القانونيين، والشرط الواقف في عقد الإجارة المنتهي بالتمليك هو أن لا ينتقل الملك للمشتري إلا بعد سداد جميع الأقساط، ونظيره في الفقه الإسلامي العقد المعلق على الشرط، والشرط الفاسخ هو جعل العقد مفسوخاً إذا لم يقيم المشتري بسداد كامل الثمن المتفق على دفعه أقساطاً، ونظيره في الفقه الإسلامي خيار النقد.^(١)

وقد اتفق أرباب المذاهب المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) على عدم جواز اشتراط الإجارة الإجارة لوقوع البيع أو العكس؛ لاشتماله على معنى بيعتين في بيعة؛ إذ ذلك عند الحنفية شرطاً لا يقتضيه العقد وهو غير ملائم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجز التعامل فيه وفيه منفعة لأهل الاستحقاق، وعند المالكية بيع اقترن بشرط يناقض مقصود من البيع^(٥)، وعند الشافعية شرطاً مقصود وقع في صلب عقد البيع وأريد به أن يفعل مستقبلاً ولم يستثنه الشارع^(٦)، نعم عند الحنابلة الحنابلة يبطل الشرط ويصح البيع^(٧)؛ لأن مبطل البيع الشرطان وليس الشرط الواحد.

ويرى أشهب من علماء المالكية^(٨) جواز اشتراط عقد في عقد ما دام ذلك يحقق غرضاً مشروعاً.

كما يرى المالكية^(٩) والشافعية^(١٠) والحنابلة^(١١) جواز اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة من

(١) عبد الله محمد، التأجير المنتهي بالتمليك والصور المشروعة فيه، ١٦٠١/٤.

(٢) عليش، منح الجليل، ٣٧/٥.

(٣) النووي، منهاج الطالبين، ص ٤٦.

(٤) الكرّم، غاية المنتهى، ٧٣/٢.

(٥) عليش، منح الجليل، ٥٢-٥١/٥.

(٦) الخطيب، مغني المحتاج، ٣٢٢/٢-٣٤.

(٧) ابن قدامة، المغني، ٨٠/٤.

(٨) الدردير، الشرح الكبير، ٥/٤.

(٩) الدردير، الشرح الكبير، ٥/٤.

(١٠) النووي، منهاج الطالبين، ص ٤٧.

(١١) ابن قدامة، الشرح الكبير، ١٩٢/٨.

من غير شرط؛ لتوافق أحكام البيع مع أحكام الإجارة في الأركان والشروط غالباً. وإذا أردنا تصحيح المسألة فيشترط أن يعيد البائع الأقساط التي دفعت إليه إلى المشتري؛ لأن الشرط السابق يفسخ العقد.

المبحث الثاني: بدائل شرعية وضوابط للإجارة المنتهية بالتمليك

المطلب الأول: البدائل الشرعية للإجارة المنتهية بالتمليك

إن التحدي في البدائل الشرعية هو تضمن البديل مقاصد الإجارة المنتهية بالتمليك أو معظمها، وهذه المقاصد كما ذكرنا سابقاً:

- (١) أن يحتفظ المالك بملكية المبيع إلى استيفاء الثمن.
- (٢) أن يكون للمالك الحق في منع المشتري من تفويت الذات موضع العقد.
- (٣) أن يكون للمالك الحق في استرجاع الذات عند عدم الوفاء في الوقت المحدد.
- (٤) أن يأمن المالك من مزاحمة الدائنين الآخرين في حالة إفلاس المشتري.
- (٥) أن يكون للمالك الحق في الحصول على مقابل انتفاع المشتري بالذات في حالة عدم البيع.
- (٦) أن يحصل المشتري على ما يريد من نحو البضاعة وينتفع بها.

ولهذا تعتبر بعض البدائل غير ملائمة وإن كان متفقاً على صحتها لكونها لا تتضمن تلك المقاصد أو أغلبها.

وأهم البدائل التي ذكرها المعاصرون ما يأتي:

البديل الأول: اقتران الإجارة بوعده البيع؛ كأن يقول مالك السلعة: أجرتك هذه السلعة مدة ثلاث سنوات بألف ريال شهرياً وفي نهاية هذه المدة أعدك أن أبيعك هذه السلعة بعشرة آلاف ريال.^{(١)(٢)}

(١) الشيبلي، محاضرة في فقه المعاملات المصرفية.

(٢) وقد قسم الدكتور حسن علي الشاذلي هذه الصورة إلى ثلاثة أقسام، هي:

- إن يكون الوعد صادراً من الجانبين فتأخذ هذه الصورة حكم الصورة الثانية إذا حدد للمبيع ثمن رمزي، وحكم الصورة الثالثة إذا حدد للبيع ثمن حقيقي.
- إن يكون الوعد صادراً من المستأجر فقط - دون المؤجر - بشراء السلعة بثمن معين رمزي أو حقيقي، وقد رجح الشاذلي الصحة، وأن الوعد ملزم للمستأجر بالشراء إذا رغب المؤجر.

وهذه الصيغة -كما قال الشيخ ابن بية- ضعيفة لا تجد سنداً إلا في أصل وجوب الوفاء بالوعد، وهو في البيوع غير مفرع عليه، إلا أنها لما كانت بعد العقد كانت أخف من شرط البيع الواقع في العقد، وتخرج على المسألة المشهورة عند المالكية، وهي إذا قال البائع للمشتري بعد عقد البيع إذا أنا أتيتك بالثمن رددت إلى المبيع، فقبل المشتري بذلك، فإن ذلك يلزمه.^(١)

ومثله أن يعد المالك المؤجر بالهبة بعد الإجارة، وهو وعد ملزم على أصل مالك في الوعد المعلق على سبب على ما استظهره بعض الشيوخ من الخلاف في مسألة الإلزام بالوعد.^(٢)

أما الوعد بالهبة في صلب العقد فإن كان من شأنه أن يؤثر على الثمن، فلا يجوز، وهو من باب الجعل، والجعل لا يجوز جمعه مع الإجارة فكأنه قال له: إن فعلت كذا فلك كذا^(٣)، قال خليل في الإجارة ((وفسدت إن انتفى عرف تعجيل المعين: كمع جعل)).^(٤)

وذكر الشيخ عبد الله الشيخ المحفوظ بن بيه أن البديل الأجدر بالجواز^(٥) أن يعد المالك المستأجر وعدا بهبة لاحق بعقد الإيجار جار على سبب^(٦)، وهو انتهاء مدة الإجارة وسداد الأقساط الإيجارية المستحقة، على القول بأن الوعد ملزم^(٧)، كأن يقول: آجرتك هذه السلعة هذه المدة وأعدك بهبتها لك، أو أنت بالخيار في نهاية المدة أن تملكها بدون عوض.^(٨)

البديل الثاني: أن تشتمل صيغة الإجارة على هبة السلعة بعد انتهاء مدة الإجارة وسداد الأجرة المتفق عليها، ويقبل الطرف الآخر، فتكون هبة معلقة على شرط على القول بجواز تعليقها، قد أورد الفقهاء^(٩) في باب الهبة: (هبة الثواب) وأجازوها، كما أعطوها حكم البيع.

• أن يكون الوعد صادراً من المؤجر ببيع السلعة المؤجرة للمستأجر بثمن محدد.

الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، ٤/٢٦٥٠-٢٦٥١.

(١) بن بيه، الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، ٤/٢٦٧٣.

(٢) بن بيه، الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، ٤/٢٦٧١.

(٣) المرجع السابق، ٤/٢٦٧٢.

(٤) خليل، مختصر خليل، ص ٢٢٤.

(٥) بن بيه، الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، ٤/٢٦٧٤.

(٦) بن بيه، الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، ٤/٢٦٧٤.

(٧) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، ٤/٢٦٥٦.

(٨) الشبيلي، محاضرة في فقه المعاملات المصرفية.

(٩) الحجاوي، الإقناع، ٤/٣٠٠. النووي، منهاج الطالبين، ص ٨٢. القيرواني، رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ١/١١٨.

البديل الثالث: أن يعقد إيجاراً حقيقياً ومعه بيع بخيار عند من يجيز الخيار المؤجل إلى أجل طويل، والفرق بين هذا وبين الوعد المؤثر جهالة الثمن أن هذا البديل فيه إجارة حقيقية وبيع بالخيار، بشرط أن يعقدا على ثمن خاص للبيع يشبه مثله.^(١)

البديل الرابع: اقتران الإجارة ببيع الشيء المؤجر بثمن حقيقي بعد الانتهاء من سداد جميع الأقساط الإيجارية في المدة المحددة لها.

فهذا العقد يعتبر في بدايته عقد إجارة تترتب عليه كل أحكام هذا العقد وآثاره، وبعد انتهاء عقد الإجارة يبدأ عقد البيع المعلق على تحقق الشرط الذي اقترن بعقد الإجارة، ولا يحتاج عقد البيع إلى صيغة جديدة.^(٢)

ولا ينبغي الاختلاف في الصحة حينئذٍ، لكنه مخالف للأربعة المقاصد الأولى من عقدة الإجارة المنتهية بالتمليك.

ومثل ذلك من جعل البديل الشرعي أن يعقد المالك بيعاً بشرط ألا يتصرف المشتري بأي تصرف ناقل للملكية- معاوضة أو تبرع- حتى يتم سداد جميع الثمن المؤجل؛ فقد نص المالكية على أنه يجوز أن يبيع المالك السلعة بشرط ألا يتصرف فيها المشتري ببيع ولا هبة ولا عتق حتى يعطي الثمن، فهذا بمنزلة الرهن وكان الثمن مؤجلاً^(٣)، ولكن عند عدم السداد لن يستطيع الفسخ ولا مزاحمة الدائنين.

رأي الباحث:

قد أُبعِدُ نوعاً ما عن بعض ما قيل أنفاً في البدائل الشرعية، وكذلك ما يتنافى مع أهداف المعاملة نفسها التي سبق الكلام عنها؛ إذ لا ينبغي أن تُبحث هذه المسألة بمعزل عن أصلها وأهدافها. ومخلص ما أراه في هذه المسألة:

(١) إن كان عقد التأجير المنتهي بالتمليك ينتهي بالهبة فالذي أراه أن أصلح بديل شرعي هو بيع المشاع؛ إذ به يضمن حق البائع والمشتري وتتحقق الأهداف السابق ذكرها، فيجزأ المبيع إلى حصص مشاعة بقدر أقساط عقد الإجارة ويبيعه منها حسب سدادها، وعند انتهاء المدة تصير السلعة كاملة للمشتري، فهو عقد بيع لمشاع، ويحصل بذلك عدم التصرف في المشاع، أما على القول بعدم جواز

الحاكم الشهيد، الكافي، ٧٥/١٢.

(١) بن بيه، الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، ٤/٢٦٧٣.

(٢) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، ٤/٢٦٤٨.

(٣) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، ٤/٢٦٤٠.

بيعه إلا بعد القسمة، أو بل لغلبة عدم الرغبة في المشاع، وعموماً فهو لا يستطيع أن يتصرف في ملك غيره.

(٢) أما إن كان عقد التأجير المنتهي بالتمليك ينتهي بالبيع فالذي أراه أن المسألة مبنية على جواز اجتماع عقدي البيع والإجارة الواردين على عين واحدة، وهي مسألة مختلف فيها؛ فقد منعها الحنابلة، وذكروا بطلان عقد من قال بعثك داري هذه وأجرتكها شهراً بألف؛ لأن من ملك الرقبة ملك المنافع، فلا يصح أن يؤجر منفعة ملكها عليه.^(١)

وهذا يؤيد من منع هذه المعاملة من العلماء المعاصرين ومن قال منهم: لا يجوز اجتماع عقدي الإجارة والبيع؛ لأنهما من العقود المتباينة؛ لأن البيع يقصد به العين ومنفعتها معاً، بينما الإجارة يقصد بها منفعة العين فقط، وملكية العين في الإجارة لا تزال لصاحبها، وعليه تبعات ومسؤوليات خاصة تجاه العين حتى تبقى صالحة للانتفاع بها، ولا يجوز أن تلقى على عاتق المستأجر.^(٢)

لكن هذه المسألة بعينها - أي عقد التأجير المنتهي بالبيع - أجازها الشافعية، قال الخطيب الشربيني شارحاً لعبارة النووي: ((ويصح بيع العين)) المستأجرة ((قبل انقضاء مدة الإجارة)) للمكثري ((؛ لأنها بيده من غير حائل، فأشبهه ببيع المغصوب من الغاصب،)) ولا تنفسخ الإجارة في الأصح ((؛ لأن الملك لا ينفقها، ولهذا يستأجر ملكه من المستأجر،)) (ولو باعها)) المؤجر أو وهبها ((لغيره)) أذن المستأجر أم لا ((جاز في الأظهر))؛ لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع بيع الرقبة كالأمة المزوجة، ((ولا تنفسخ)) الإجارة بما ذكر قطعاً كما لا ينفسخ النكاح ببيع الأمة المزوجة من غير الزوج، فتبقى في يد المستأجر إلى انقضاء المدة.^(٣)

وهذا وإن لم أر من تعرض له من العلماء المعاصرين إلا أنني أرى تصحيح ذلك العقد بناء على ما مر.

ومما يجدر ذكره أن ما نقله جملة من العلماء المعاصرين من جواز اجتماع عقدي البيع والإجارة عن الشافعية والحنابلة غير سديد من حيث النقل؛ لأن النقل الذي نقلوه عنهم في عقد بيع وعقد إجارة وردا على موردين وليس على مورد واحد الذي هو محل البحث كقول الشافعية: لو جمع في صفقة مختلفي الحكم كإجارة وبيع صحا؛ كأن يقول أجرتك داري شهراً وبعثت ثوبي هذا بدينار، ويوزع

(١) المهوتي، كشاف القناع، ١٧٩/٢.

(٢) عبد الله إبراهيم، التأجير المنتهي بالتمليك، ٢٦٩٢/٤.

(٣) الخطيب، مغني المحتاج، ٣٦٠/٢.

المسعى على قيمتهما.^(١)

أما اجتماع عقدي البيع والإجارة على مورد واحد فحكمه عندهم ما ذكرته من الخلاف السابق.

المطلب الثاني: الضوابط الشرعية لعقد التأجير المنتهي بالتمليك

يرى الباحث ضبط عقد التأجير المنتهي بالتمليك بالضوابط الشرعية الآتية:

(١) يجب أن تكون السلعة المتفق على إجارتها أو بيعها مملوكة للمؤجر أو للبائع وقت التعاقد^(٢)، فلا يصح عقد البيع أو الإجارة الذي عقد بين المصرف والعميل إن ورد على عين غير مملوكة للمصرف وقت التعاقد؛ لأن من شروط صحة البيع وجود المبيع في ملك البائع وقت البيع، ومن شروط صحة الإجارة وجود العين المؤجرة في ملك المؤجر أيضاً وقت الإجارة.^(٣)

ومما ينبغي التنبيه إليه أن تصرف نحو المصرف هنا في عين مملوكة لغيره لا يكون من باب تصرف الفضولي كما توهمه بعض المتأخرين؛ لما مضى أن صورة تصرف الفضولي بنحو البيع والشراء أن يبيع الرجل مال غيره، فإن رضي به صاحب المال أمضى البيع، وإن لم يرض فسخ، وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه؛ فإن رضي المشتري صح الشراء وإلا لم يصح^(٤)، وذلك التصرف مختلف فيه بين فريق يرى البطلان وهم الحنابلة والشافعية في المذهب الجديد^(٥)، وآخر يرى الانعقاد وعدم النفاذ، وهم الحنفية^(٦) والمالكية^(٧) ومذهب الشافعي القديم^(٨) والزيدية^(٩) والإمامية^(١٠).

وسبب عدم دخوله في تصرف الفضولي أن المتصرف هنا يريد العقد لنفسه، وليس لغيره كما في عقد الفضولي.

(١) المرجع السابق، ٤١/٢-٤٢.

(٢) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، ٤/٢٦٥٥.

(٣) المرجع السابق، ٤/٢٦١٨.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/١٢٩.

(٥) النووي، منهاج الطالبين، ص ٤٥. النووي، المجموع، ٩/٢٦٤.

(٦) الحصفكي، الدر المختار، ٥/١٠٦-١٠٧.

(٧) خليل، مختصر خليل، ص ١٦٩.

(٨) سليمان الجمل، حاشية الجمل، ٢/٣٢.

(٩) العنسي، التاج المذهب، ٢/٢٠١.

(١٠) المحقق المحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال، ٢/٨.

- (٢) يجب أن تكون السلعة مقبوضة، ويكفي في السلع التي تأخذ حكم العقار أن يكون قبضها بالتخلية بين المبيع والمشتري بحيث يتمكن من الانتفاع به والتصرف فيه.^(١)
- وقد جعل الحنفية القبض شرطاً من شروط صحة بيع المُشْتَرَى المنقول، وفي الدين^(٢)، وأجاز وأجاز المالكية: لمن ملك شيئاً بوجه من الوجوه أن يبيعه قبل أن يقبضه إلا الطعام^(٣)، وأن الشافعية الشافعية أبطلوا بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً^(٤)، وكذلك الحنابلة إلا أنهم صححوا عتقه، وجعله مهراً، ويصح الخلع عليه؛ لاغتفار الغرر اليسير فيهما، وتصح الوصية به؛ لأنها ملحقة بالإرث وتصح بالمعدوم.^(٥)
- (٣) يلاحظ أن مؤسسة اليزنج قد توكل العميل في شراء الأشياء التي يرغب في استئجارها من الشركة الموردة طبقاً للمواصفات التي تم الاتفاق عليها نوعاً وكمّاً وصفة^(٦)، فيكون في ذلك اتحاد القابض والمقبض.
- (٤) كل الصبغ التي تحتوي على وعد بالبيع أو الشراء أو وعد بهما معاً، لا بد فيها من صبغة جديدة عند انتهاء مدة الإجارة المتفق عليها؛ لأن الوعد لا يصلح أن يكون إيجاباً أو قبولاً، بل لا بد من صبغة جازمة للعقد الموعود به.^(٧)
- (٥) إن عقد التأجير المنتهي بالتملك ينبغي فيه اجتناب تعليق عقد البيع على الإجارة؛ لأن ذلك يبطل العقد عند الشافعية^(٨) والحنابلة^(٩) كما مر، وإن كان العقد يصح عند الحنفية^(١٠) والمالكية.^(١١)

- (١) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتملك، ٤/٢٦٢٦.
- (٢) ابن عابدين، رد المحتار، ٤/٥٠٥.
- (٣) الخطاب، مواهب الجليل، ٤/٤٨٢-٤٨٣.
- (٤) النووي، منهاج الطالبين، ص ٤٩.
- (٥) الهوتي، كشاف القناع، ٢/٢٤١.
- (٦) الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتملك، ٤/٢٦٥٣.
- (٧) المرجع السابق، ٤/٢٦٥٧.
- (٨) الخطيب، مغني المحتاج، ٢/٦.
- (٩) الحجاوي، الإقناع، ٢/١٩٥.
- (١٠) ابن عابدين، رد المحتار، ٥/٢٥٥.
- (١١) مالك، المدونة، ٩/٢٩٥، ج ١٠/١٧٨.

المطلب الثالث: قرارات مجمع الفقه الإسلامي

أصدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في عقد التأجير المنتهي بالتمليك ثلاث قرارات، وهي:

أولاً: في دورته الثانية المنعقدة بجدة من ١٠ إلى ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦ هـ، الموافق ٢٢ إلى ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥ م، وقد قرر المجمع إرجاء الموضوع للدورة القادمة.
ثانياً: في دورته الثالثة المنعقدة بعَمَّان من ٨ إلى ١٣ صفر ١٤٠٧ هـ، الموافق ١١ إلى ١٦ أكتوبر ١٩٨٦ م، وقد تضمن قراره المبادئ الآتية:

- أ. أن الوعد بإيجار المعدات إلى العميل بعد تملك البنك لها، أمر مقبول شرعاً.
 - ب. أن توكيل العميل بشراء ما يحتاجه مما هو محدد الأوصاف والثلث لحساب البنك بغية تأجيره بعد حيازة الوكيل، أمر مقبول شرعاً، والأفضل أن يكون الوكيل غير العميل.
 - ج. أن عقد الإيجار يجب أن يتم بعد التملك، وأن يبرم بعقد منفصل.
 - د. أن الوعد بهبة المعدات عند انتهاء أمد الإجارة جائز بعقد منفصل.
 - هـ. أن البنك ضامن للعين المؤجرة ولا يتحمل المستأجر إلا ما كان ناشئاً عن تعد أو تقصير.
- ثالثاً: في دورته الخامسة المنعقدة بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ، الموافق ١٠ إلى ١٥ ديسمبر ١٩٨٨ م، وقرر الاكتفاء عن صور الإيجار المنتهي بالتمليك ببدايل أخرى منها البديان التاليان:
- أ. البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية.
 - ب. عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في واحد من الأمور الآتية:

- مد مدة الإجارة.
- إنهاء عقد الإجارة ورد العين المأجورة إلى صاحبها.
- شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة.

فالقرار الأول يدل على أن ما قدم من دراسات وغيرها لم يوضح طبيعة هذا التعامل توضيحاً يمكن أعضاء المجمع من الحكم عليه، أما القرار الثاني فقد انتهى إلى تحديد الضوابط الشرعية التي يكون بها عقد الإيجار المنتهي بالتمليك - كما يقوم به البنك الإسلامي للتنمية ((وهو الذي طرح السؤال على المجمع)) - عقداً مشروعاً، فتتبع العملية مدققاً في الضوابط الشرعية التي تحكم كل مرحلة من المراحل، وأنه إذا تحققت تلكم الضوابط المذكورة كان التعامل مشروعاً مقبولاً حلالاً، أما القرار

الثالث فقد جرى في طريق مخالف للقرار الثاني منتهياً إلى حكم مغاير؛ ذلك أنه لم يقبل عقد الإيجار المنتهي بالتمليك كما تقوم به المؤسسات المالية الإسلامية ووجههم بتقديم بديلين، وتقديم البديل وقصر جواز التعامل عليه، يدل على أن عقد الإيجار المنتهي بالتمليك غير مشروع، إذ لو كان مشروعاً مقبولاً لما احتيج إلى البديل.

فهذه المواقف السابقة متباينة بين التوقف، وقبول صور من المعاملة بضوابط، ورفض كل الصور والاقتصار على البدائل، وقد انتقد ذلك التباين الشيخ محمد المختار السلامي في بحثه في هذا الموضوع المقدم إلى المجمع.^(١)

المطلب الرابع: شبهة الربا والفرر والتعالي

بالرغم من وجود بدائل شرعية لعقد التأجير المنتهي بالتمليك إلا أن الأولى والورع اجتنابه لأنه يحتوي على عدة شبهة، من أهمها:

الفرع الأول: شبهة الربا

إن عقد التأجير المنتهي بالتمليك في أصل نشأته هو غطاء لعملية ربوية^(٢)؛ لأن البنك الذي يقوم بتمويل شراء حاجة العميل من سيارة ونحوها إنما يقدم له قرضاً بفائدة معينة في السنة مضروبة في عدد السنوات المتفق عليه بين الطرفين يدفع العميل خلال أشهرها جملة القرض بفائدته المذكورة على أقساط معينة^(٣)، ومن صورها: أن يقوم الأشخاص المحتاجون لإكمال بناء بيوتهم مثلاً ببيعها للبنك، ثم يقوم البنك بتأجيرها لهم إلى مدة معينة شريطة أن يملكوها بعد انتهاء مدة الإيجار.^(٤)

قال الدكتور عبد الله إبراهيم: «لا تخرج هذه المعاملة عن دائرة القروض الربوية وإن كان التمويل يتم باسم التأجير، وانتهى الأمر بعد انتهاء المدة المتفق عليها، وتم فيها دفع الأقساط الشهرية، وهي تمثل القرض المقدم للعميل مع فائدته المقررة، انتهى الأمر بعد ذلك إلى انتقال ملك السلعة أوتوماتيكياً إلى العميل وما عليه إلا أن يستحصل من البنك الممول شهادة بإتمامه دفع جميع الأقساط المطلوبة منه ويذهب بها إلى الجهة الخاصة لإبطال حق طلب البنك على السلعة بختم رسمي وتوقيع

١ - محمد المختار، الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك التأجير، ص ٨٠.

(٢) التسخيري، الإجارة بشرط التمليك والوفاء بالوعد، ٤/٢٦٨٥.

(٣) عبد الله إبراهيم، التأجير المنتهي بالتمليك، ٤/٢٦٨٩.

(٤) التسخيري، الإجارة بشرط التمليك والوفاء بالوعد، ٤/٢٦٨٣.

من المسؤول المختص بالمصلحة المعينة لذلك من قبل الحكومة^(١).

وبنى على ذلك أن حرّم الزيادة على أجرة المثل في عقد التأجير المنتهي بالتملك فيحرم على المالك أن يضع قيمة العين محل العقد فوق أقساط الإجارة، قال: «فإن كان ولا بد فعلى المستأجر أن يضع قدرًا معينًا مستقلًا عن ثمن الإيجار في حساب الودائع الاستثمارية في البنك الإسلامي كضمان للبائع يستفيد منه ومن أرباحه المتجمعة في آخر المدة - إن تم عقد البيع - على أنه جزء من القيمة أو بقية القيمة، ويتسلمه كله عاجلاً، ويتسلم بقية القيمة في أقساط في خلال المدة المتفق عليها بين الطرفين».

وفي حالة الهبة مال إلى تحريم أي إضافة على ثمن الإيجار، كما مال إلى جواز الوعد بالبيع فقط، بخلاف وعد الهبة إلا ممن أراد أن يتبرع خالصاً لوجه الله، لا تحايلاً إلى تحليل الربا.

ثم ذكر شروطاً للخروج بالعقد عن الشبهة الربوية، وهي:

- أ. أن يتم العقد على عقد الإجارة العادية.
- ب. أن تكون مدة الإجارة محددة ومعلومة.
- ج. أن يكون ثمن الإيجار مناسباً للسلعة، وطبقاً لنظام العرض والطلب في المكان والزمان اللذين تم فيهما العقد ومناسباً لحجمها ودرجة المنفعة التي يمكن الانتفاع منها.
- د. أن يتحمل الطرفان التبعات والمسؤوليات اللاتي تخص كلاً منهما كما هو مقرر في بابه.
- هـ. أن يقرن بالعقد وعد بالهبة أو بالبيع بعد انتهاء مدة الإجارة بالثمن المناسب لذلك كله أيضاً ووعد بالشراء.

و. في حالة البيع يتفق الطرفان على اعتبار الإيجار المدفوع في المدة التي انتهت أو جزء معين منه قسمًا من قيمة البيع، سواء أكان هذا مبنياً على وعد سابق يشتمل عليه الوعد بالبيع أم مبنياً على اتفاق جديد بينهما تم بعد المساومة الحرة بينهما.

ز. أن يعقد عقد جديد للبيع مستقل عن عقد الإجارة، ويكون هذا العقد بعد انتهاء مدة الإجارة وبعد الاتفاق على ثمن البيع، وكيفية دفعه عاجلاً أو أجلاً في أقساط، ومدة التقسيط.

ح. أن تحدد مدة معلومة جديدة لدفع القيمة أو بقية القيمة المتفق عليها بين الطرفين وعلى أقساط أخرى.

ط. يكون لأحد الطرفين الحق في عدم تنفيذ الوعد بالبيع أو بالشراء بموافقة الآخر؛ لأنهما كانا متواعدين على ذلك، والمسلمون على شروطهم ما لم تحل حراماً أو تحرم حلالاً.

(١) عبد الله إبراهيم، التأجير المنتهي بالتملك، ٤/٢٦٨٩.

ي. تسجل السلعة باسم المشتري كما يسجل حق الطلب على السلعة للبائع على أنها رهن للدين ((القيمة أو بقية القيمة المتفق على دفعها في أقساط في مدة محددة معلومة)).^(١)

كما ذكر الدكتور يوسف الشبيلي للخروج بالعقد عن الشبهة الربوية هذه الشروط:

أ. أن تُطبَّق أحكام الإجارة في فترة الإجارة وأحكام التَّمَلُّك في فترة التملك.

ب. أن تكون الإجارة حقيقية وليست صورية.

ج. أن يكون الوعد بالتمليك غير مُلزم، سواء أكان وعداً بالتمليك بالبيع أم بالهبة.

د. أن تكون نفقات الصيانة غير التَّشْغِيلِيَّة فترة الإجارة على المؤجر، وتكون نفقات الصيانة التَّشْغِيلِيَّة فترة الإجارة على المستأجر.^(٢)

هـ. إذا اشتمل العقد على تأمين فلا بد أن يتحمله المؤجر؛ لأنه هو المالك.^(٣)

كما اشترط الشيخ فهد بن علي الحسنون عدم مطالبة المستأجر بدفعة مقدمة يعدها المؤجر حقاً له على المستأجر، وذلك عند العقد معللاً بأن هذه الدفعة أنها ليست أجرة مقدمة، ولا ضماناً لسداد الأجرة وقت استحقاقها في حال تعثر السداد، وإنما هي دفعة مقدمة للمؤجر يأخذها على اعتبارها جزءاً من حقه.^(٤)

الفرع الثاني: شبهة الغرر

اشتمال عقد التأجير المنتهي بالتمليك على الغرر، ووجه ذلك أن المستأجر لا يعرف كم سيستطيع دفعه حتى يملك السلعة، فربما أعسر فيخسر السلعة والأجرة، والعقد بهذه الخصائص هو عقد غرر ومجازفة^(٥)، أضف إلى ذلك أنه بخسران المشتري ما مضى يحصل البائع عليهما، وهذا مخالف لقاعدة: ((لا يجتمع العوضان لشخص واحد؛ لأنه بمعنى العبث وأكل أموال الناس

(١) المرجع السابق، ٤/٢٦٦٠-٢٦٦١ و٢٦٦٣.

(٢) نفقات الصيانة على نوعين:

أ- نفقات صيانة تشغيلية، مثل تغيير الزيت.

ب- نفقات صيانة أساسية، مثل ما لو خربت المكينة. الشبيلي، محاضرة في فقه المعاملات المصرفية.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الحسنون، الإجارة المنتهية بالتمليك، ص ٣٢.

(٥) بن بيه، الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، ٤/٢٦٦٩.

بالباطل)).^(١)

الفرع الثالث: شبهة التحايل

إن عقد التأجير المنتهي بالتمليك يحوي شبهة أخرى وهي التحايل؛ لأن قصد الطرفين هو التبائع، لا الإيجار، وإنما اتخذ الإيجار حيلة يتوصل بها البائع إلى صون حقه في العين حتى لا يتصرف فيها المشتري أو يتمكن دائنوه الآخرون من التنفيذ على هذه العين محل التعاقد.^(٢)

وقد حرم الحنابلة جميع أنواع الحيل^(٣)، وضبطها الشافعية بأن لا تؤدي إلى التسهيل في الدين، وأن لا يكون فيها شبهة وفسروا الشبهة بأن يكون في النفس من القول بها شيء، وأن لا تؤدي إلى الوقوع في مفسدة، فتجاوز الحيلة التي لا مفسدة فيها كالحيل الرافعة لجرح قد وقع كالتي تخلص السائل عن نحو اليمين في نحو الطلاق^(٤)، أما الحنفية فالحيلة عندهم قد تكون مكروهة أو حسنة؛ فالحيلة المكروهة ما تبطل حق أحد أو توقع شبهة فيه، أو تكون لتمويه باطل، أما ما كان لتخلص عن حرام أو لتوصل بها إلى حلال فهي حسنة.^(٥)

(١) المرجع السابق، ٤/٢٦٦٩.

(٢) عبد الله محمد، التأجير المنتهي بالتمليك والصور المشروعة فيه، ٤/١٦٠٢.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٤/٧٤.

(٤) عبدالرحمن مشهور، بغية المسترشدين، ص ٢٠٠.

(٥) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٦/٣٩٠.

الخاتمة

من أهم نتائج البحث:

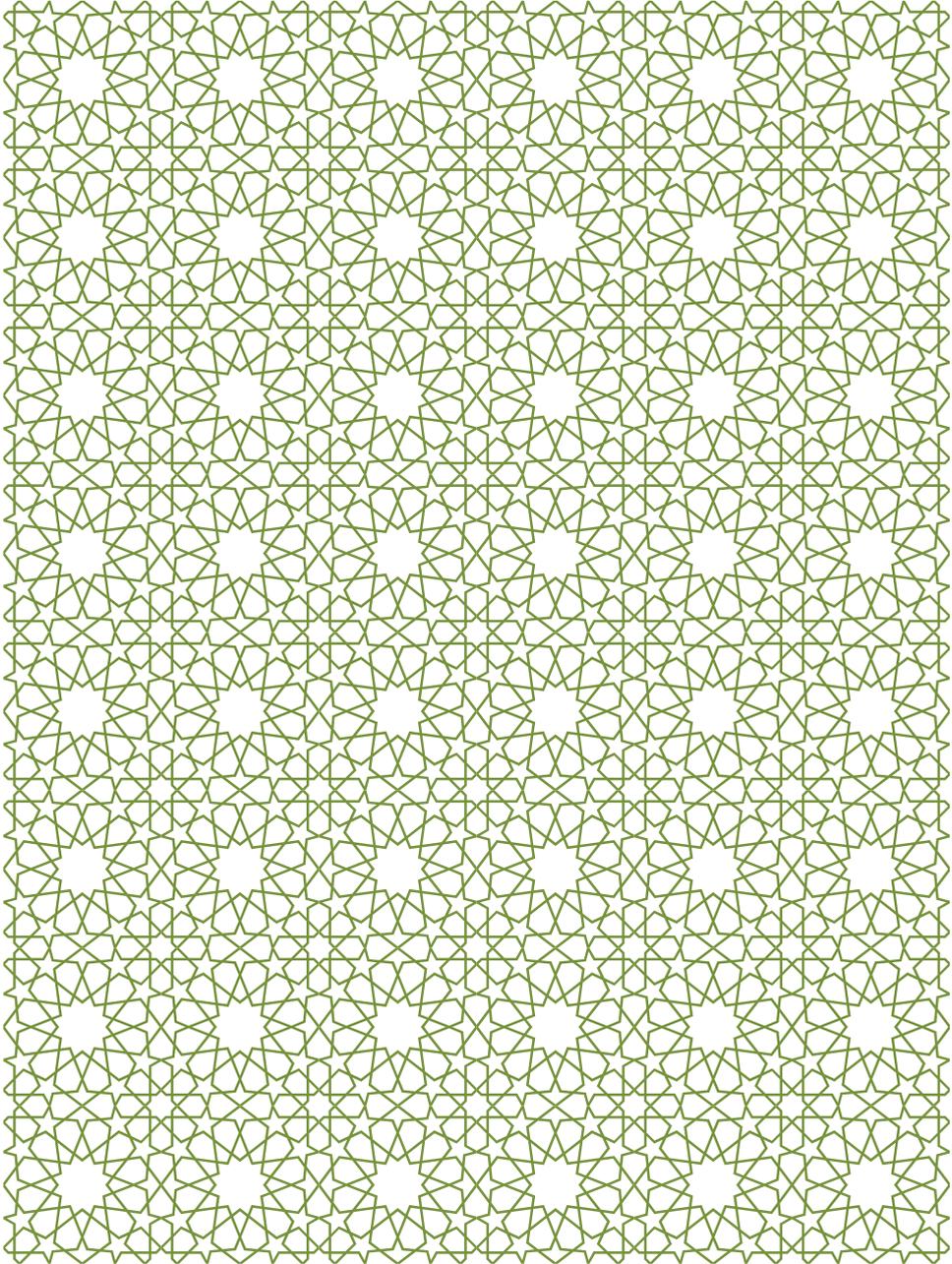
- وضع ضوابط شرعية لعقد الإجارة المنتهية بالتملك مستنبطة من النصوص والقواعد الشرعية.
 - إيجاد بديل شرعي لعقد الإجارة المنتهية بالهبة تحقق به أهداف تلك المعاملة، وهو بيع المشاع، وذلك بتجزئته إلى حصص مشاعة بقدر أقساط عقد الإجارة، وبيعه منها حسب سداده، وعند انتهاء المدة تصير السلعة كاملة للمشتري.
 - إيجاد بديل شرعي لعقد التأجير المنتهي بالبيع، وذلك من خلال بناء هذا العقد على اجتماع البيع والإجارة الواردة على عين واحدة، وتزيلها على نصوص الشافعية في ذلك.
- ويوصي الباحث في ختام هذا البحث بأهمية تبنى المؤسسات المالية الإسلامية عقوداً مالية حديثة تكون هذه العقود بديلاً عن أسلمة العقود الغربية، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

المراجع

١. الإجارة المنتهية بالتمليك في الفقه الإسلامي، فهد بن علي الحسون، مكتبة مشكاة الإسلامية.
٢. الإجارة بشرط التمليك والوفاء بالوعد، محمد علي التسخيري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مؤسسة الطباعة الصحافة النشر، الدورة الخامسة، العدد الخامس، سنة ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.
٣. إحياء علوم الدين، محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، دار المعرفة، بيروت-لبنان.
٤. الأشباه والنظائر، عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
٥. إعلام الموقعين عن رب العالمين، شمس الدين محمد بن أبي بكر الزرعي أبو عبد الله الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية، تحقيق طه عبدالرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت-لبنان، سنة ١٩٧٣-١٣٩٣م.
٦. الإفتناع، شرف الدين أبو النجار موسى بن أحمد بن موسى المقدسي المعروف بالحجاوي، تحقيق هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر، بيروت-لبنان، سنة ١٤٠٢هـ-١٩٨١م.
٧. الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، عبد الله الشيخ المحفوظ بن بيه، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مؤسسة الطباعة الصحافة النشر، الدورة الخامسة، العدد الخامس، سنة ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.
٨. الإيجار المنتهي بالتمليك، الدكتور حسن علي الشاذلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مؤسسة الطباعة الصحافة النشر، الدورة الخامسة، العدد الخامس، سنة ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.
٩. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، دار الفكر، بيروت-لبنان.
١٠. بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين، عبدالرحمن بن محمد بن حسين المشهور، دار الفكر، بيروت-لبنان، سنة ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
١١. بيع التقسيط، الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، دار المكتبي، دمشق - سوريا، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
١٢. التاج المذهب لأحكام المذهب، القاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، مكتبة اليمن الكبرى.
١٣. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري المواق أبو عبد الله، دار الفكر، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، سنة ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

١٤. التأجير المنتهي بالتمليك والصور المشروعة فيه، الدكتور عبد الله محمد عبد الله، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مؤسسة الطباعة الصحافة النشر، الدورة الخامسة، العدد الخامس، سنة ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.
١٥. التأجير المنتهي بالتمليك، الدكتور عبد الله إبراهيم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مؤسسة الطباعة الصحافة النشر، الدورة الخامسة، العدد الخامس، سنة ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.
١٦. تيسير بعض أحكام البيوع والمعاملات المالية المعاصرة، حامد بن عبدالله العلي، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
١٧. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، تحقيق محمد عlish، دار الفكر، بيروت-لبنان.
١٨. حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج، سليمان الجمل، دار الفكر، بيروت-لبنان.
١٩. الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد علاء الدين الحصفكي ابن السبخ علي، دار الفكر، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، سنة ١٣٨٦هـ.
٢٠. رد المحتار على الدر المختار الشهير بحاشية ابن عابدين، محمد الأمين الشهير ابن عابدين، دار الفكر، بيروت-لبنان، سنة ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٢١. رسالة ابن أبي زيد القيرواني، عبدالله بن أبي زيد المالكي القيرواني، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت-لبنان، سنة ١٤١٢هـ-١٩٩١م.
٢٢. السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبوبكر البيهقي، تحقيق محمد عبدالقادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة-السعودية، سنة ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
٢٣. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، جعفر بن الحسن بن يحيى الهذلي أبوالقاسم المعروف بـ((المحقق الحلي))، مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان.
٢٤. الشرح الكبير، أحمد الدردير أبوالبركات، تحقيق محمد عlish، دار الفكر، بيروت-لبنان.
٢٥. الشرح الكبير، عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، مطبعة المنار، القاهرة -مصر، سنة ١٣٤٨هـ-١٩٢٩م.
٢٦. غاية المنتهى، مرعي بن يوسف بن أبي بكر الكرمي، المكتب الإسلامي، دمشق-سوريا، سنة ١٣٨١هـ-١٩٦١م.
٢٧. الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، بيروت-لبنان، سنة ١٤١١هـ-١٩٩١م.

٢٨. القواعد، ابن رجب الحنبلي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة-السعودية، الطبعة الثانية، سنة ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٢٩. الكافي، محمد بن محمد بن أحمد المروزي أبو الفضل البلخي الشهير بالحاكم الشهيد، دار المعرفة، بيروت-لبنان.
٣٠. كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس الهوتي، تحقيق هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر، بيروت-لبنان، سنة ١٤٠٢هـ-١٩٨١م.
٣١. مجلة الأحكام العدلية، أحمد جودت باشا وآخرون، تحقيق وتعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
٣٢. المجموع، النووي، دار الفكر، بيروت-لبنان.
٣٣. محاضرة في المعاملات المالية المعاصرة، خالد بن علي المشيخ، الدورة العلمية بمسجد الراجحي، سنة ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.
٣٤. محاضرة في فقه المعاملات المصرفية، الدكتور يوسف بن عبدالله الشبيلي.
٣٥. مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة، خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، تحقيق أحمد علي حركات، دار الفكر، بيروت-لبنان، سنة ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٣٦. المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار صادر، بيروت-لبنان.
٣٧. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت-لبنان.
٣٨. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار الفكر، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٥هـ-١٩٩٥م.
٣٩. منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، محمد عيش، دار الفكر، بيروت-لبنان، سنة ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
٤٠. منهاج الطالبين وعمدة المفتين، يحيى بن شرف النووي أبو زكريا، دار المعرفة، بيروت-لبنان.
٤١. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، محمد بن عبدالرحمن المغربي أبو عبد الله، دار الفكر، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، سنة ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.



قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية "دراسة مقارنة"

د/ منير عمر عبيد التميمي

دكتوراه في الحقوق- جامعة المنصورة- مصر / دكتور مساعد بقسم الشريعة والقانون (جامعة القرآن الكريم

والعلوم الإسلامية - اليمن) / [إيميل: Munir19768@gmail.com](mailto:Munir19768@gmail.com)

الملخص

إن النشاط العام للإجراءات الجنائية يجب أن يتم بما يتوافق مع قواعد القانون، أي بالإجراءات والشروط التي يحددها قانون الإجراءات الجزائية. وتنص المادة (٣٢٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني بأنه: "لا يجوز إثبات أي واقعة ترتب مسئولية جزائية على أي شخص إلا عن طريق الأدلة الجائزة قانوناً وبالإجراءات المقررة قانوناً". ويؤدي عدم اتباع هذه القواعد إلى عدد من العواقب، حيث تتطلب بعض السياسات استبعاد الأدلة من الاعتبار بناءً على أسباب معينة.

ويتمثل ذلك الاستبعاد في عدم إمكانية قبول الأدلة في المحاكمة، وهو التزام لا جدال فيه حتى وإن كان على حساب عدم العثور على الحقيقة. في بعض الحالات، لا يمكن اعتبار كشف الحقيقة ذات قيمة مطلقة، حيث أصبح لزاماً أن تخضع الأدلة لقيود معينة أمام قبولها. وهو الأمر الذي أثار الجدل في نطاق واسع، وذلك بالنظر إلى وظائف سلطات الاستدلالات والتحقيق الابتدائي والحكم الذي اكتمل بها. وكل ذلك من أجل سلامة العدالة الجنائية وهيبتها، واحترام ما تنص عليه التشريعات من حصانة حقوق الإنسان في النظام القضائي. وفي اليمن، يتم قبول الأدلة في المحكمة أو استبعادها بموجب قواعد قانون الإجراءات الجزائية.

وتتناول هذه الدراسة قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية، بوصفها موضوعاً في التشريع الجنائي، وذلك بالتركيز على قانون الإجراءات الجزائية اليمني بالمقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى الكشف عن تقديرها في ظل المنظومة الفقهية والقضائية. واستبعاد الأدلة موضوعاً ذات أهمية خاصة.

الكلمات الافتتاحية: استبعاد الأدلة، الإجراءات الجنائية المقارنة، مشروعية الأدلة، قبول

الأدلة.

Abstract

The general activity of criminal proceedings must be carried out in accordance with the rules of law, that is, with the procedures and conditions determined by the Code of Criminal Procedure. Article (322) of the Yemeni Code of Criminal Procedure stipulates: "It is not permissible to prove any fact that creates criminal liability for any person except through legally permissible evidence and through legally established procedures." Failure to follow these rules has a number of consequences, with some policies requiring evidence to be excluded from consideration based on certain reasons.

That exclusion consists in the inadmissibility of the evidence at trial, an obligation that is indisputable even at the cost of not finding the truth. In some cases, revealing the truth cannot be considered of absolute value, as evidence must be subject to certain restrictions in order to be accepted. This matter has sparked widespread controversy, given the functions of the authorities of inferences, preliminary investigation, and the ruling that was completed by them. All of this is for the sake of the integrity and prestige of criminal justice, and to respect what legislation stipulates regarding human rights immunity in the judicial system. In Yemen, evidence is either admitted or excluded in court under the rules of the Code of Criminal Procedure.

This study deals with the rule of excluding evidence in criminal procedures, as a subject in criminal law, by focusing on the Yemeni Criminal Procedure Code in comparison with the provisions of Islamic Sharia, in addition to revealing its assessment in light of the jurisprudential and judicial system. The exclusion of evidence is a topic of particular importance.

Opening words: exclusion of evidence, comparative criminal procedures, legitimacy of evidence, admissibility of evidence.

المقدمة

إن قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية هي قاعدة قانونية تأخذ بها معظم قوانين الإجراءات الجنائية الحديثة كنتيجة لأهمية الدور الذي تلعبه في المحافظة على نزاهة نظام العدالة الجنائية وحماية حقوق وكرامة الإنسان. وتؤكد بأن الأدلة الجنائية المقدمة من قبل سلطات الدولة عن طريق مخالفة الأحكام المفروضة يجب استبعادها أو عدم قبولها في المحاكمات، إذ يعد ذلك الاستبعاد بمثابة وسيلة تمنع الأدلة القابلة للتطبيق من أن تصبح أدلة بالمعنى الإجرائي. وكأصل عام، فإن استبعاد الأدلة يحدث بسبب مخالفة مبدأ مشروعية وسائل الإثبات في الحصول على الأدلة، على الرغم من أنه يمكن اعتباره أحد آثار البطلان في الإجراءات الجنائية، إذ لا يجوز قبول الأدلة التي يتم الحصول عليها عن طريق الإجراءات الباطلة استناداً لقاعدة "ما بني على باطل فهو باطل". ويعتبر هذا الأمر بمثابة رد فعل طبيعي وضروري؛ لأن عدم المبالاة بمثل هذه المخالفات سيؤدي حتماً إلى تعسف السلطات في هذا الصدد. وقد ترتكب هذه المخالفات الإجرائية سلطات الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة.

وبطبيعة الحال إن قاعدة الاستبعاد قد تختلف من نظام إلى آخر، سواء من حيث المفهوم أو من حيث الأسباب أو من حيث التطبيق، ونتيجة لذلك، فإن لها آثاراً واسعة، والتي قد تتجاوز حدود مشروعية الحصول على الأدلة، بحيث تؤثر على العدالة الجنائية بأكملها.

أهمية البحث:

تكمن أهمية دراسة قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية من الآثار المترتب عليها، فقاعدة الاستبعاد يتوجه أثرها إلى إسقاط عمل قانوني وهو محصلة نتائج الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة فيما يخص شخصاً مشتتماً بارتكابه جريمة ما، ولهذا فدراسة هذه القاعدة لاستبعاد الأدلة تعتبر تقييم لها لمعرفة الإيجابيات وللقائماً ومعرفة السلبيات لتشيديها.

والحقيقة، تنشأ الأهمية في الأساس إلى أن هذه القاعدة من القواعد المهمة التي ينظمها القانون الإجرائي اليمني، وذلك بتتبع النصوص القانونية المتعلقة بها بالتحليل والمناقشة والموازنة بمنهجية علمية في التوثيق مع بيان ما يعتريه من خلل أو نقص يلزم تداركه سواء فيما يتعلق بالاجتهادات الفقهية أو القانونية بقصد الإسهام من جانب المؤسسات العلمية في تطوير التشريعات المعنية ومنها قاعدة الاستبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية مع الأخذ في الاعتبار بالتركيز في هذا البحث على قانون الإجراءات الجزائية اليمني بالمقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

أهداف البحث:

١ - دراسة قاعدة استبعاد الأدلة، دراسة مستفيضة من خلال تحليل مضمونها والأساس

الذي تبني عليه، وتقديرها في ظل المنظومة الفقهية والقضائية، مع الوقوف على الأسباب التي تؤدي إلى تطبيقها، ومعرفة الآثار المترتبة عليها، مع التركيز في البحث على القانون اليمني والتشريع الجنائي الإسلامي.

٢ - دراسة وبحث قاعدة استبعاد الأدلة كموضوع مستقل، وإخراجه بما يتناسب مع طرق وأساليب البحث، لكي يسهل الرجوع إليه من قبل المهتمين والمختصين في مجال القانون.
مشكلة البحث:

تكمن مشكلة الدراسة فيما يلي:

تعتبر دراسة موضوع قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية من المواضيع الجديرة بالدراسة؛ لأنها قاعدة مهمة في النظام القانوني اليمني.

وهو الأمر الذي يجرنا إلى طرح عدة تساؤلات حول هذا الموضوع تتمثل في الآتي:

ما حقيقة قاعدة استبعاد الأدلة؟ وما هو أساسها في النظام اليمني والإسلامي؟ وما هي أسباب تطبيقها؟ وما الأثر الذي تتركه في الأدلة؟ وهل هذه القاعدة فعلاً تحافظ على نزاهة نظام العدالة الجنائية وحماية كرامة الإنسان؟

منهج وخطة البحث:

إن المنهج الأكثر انسجاماً مع طبيعة البحث ودقته العلمية والظروف المحيطة هو المنهج الوصفي التحليلي الذي يعتمد على الدراسة المقارنة، حيث عملنا على تحليل مفردات الموضوع ودراسته بدقة، أي من خلال هذه الدراسة نبين قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية، بحيث يكون التركيز فيها على كل من قانون الإجراءات الجزائية اليمني النافذ فضلاً عن موقف الشريعة الإسلامية، مع محاولة توسيع دائرة البحث لتتضمن آراء الفقه، وأحكام القضاء.

وبناء عليه فقد رأينا تقسيم البحث إلى مبحثين، وتعميقها خاتمة بأهم النتائج والتوصيات وذلك على النحو الآتي:-

المبحث الأول: أساسيات قاعدة استبعاد الأدلة.

المطلب الأول: تحديد معنى قاعدة استبعاد الأدلة وأسباب تطبيقها.

المطلب الثاني: مشروعية قاعدة استبعاد الأدلة.

المبحث الثاني: تقدير قاعدة استبعاد الأدلة وآثار تطبيقها.

المطلب الأول: تقدير قاعدة استبعاد الأدلة في ظل آراء الفقه وأحكام القضاء.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي ورأينا في شأن قاعدة الاستبعاد.

المطلب الثالث: أثر تطبيق قاعدة استبعاد الأدلة.

المبحث الأول أساسيات قاعدة استبعاد الأدلة

تمهيد وتقسيم :

عندما يتضمن الموضوع مسائل تتعلق بالأدلة في الإجراءات الجنائية، فإن من أهم المسائل التي تثار في هذا الصدد هو بشأن مسألة المشروعية الإجرائية واحترام السيادة التشريعية، وما يندرج في ذلك بعض المبادئ الأساسية، ومنها مبدأ أصل البراءة؛ لأن الأصل في الانسان البراءة وعلى من يدي خلاف الأصل أن يثبتته بإجراءات سليمة. ومع هذا الأخير كان لا بد من الاهتمام بالأدلة الجنائية وتوفير الضمانات لسلامتها، فكثيرا ما يستتبع البحث عن الأدلة مساسا بالحقوق والحريات الشخصية.

وإن إقامة الأدلة تعبير يشمل التنقيب عنها ثم تقديمها ثم تقريرها^(١)، وكل ذلك يخضع لقواعد تحكمها، في اطار يتضمن أكبر قدر من الحقيقة، لتحقيق العدالة الجنائية، ولا يتعارض مع الحرية العامة وكرامة الانسان^(٢)، بحيث تستبعد الوسائل التي تنطوي على مساسا بالكرامة الإنسانية للحصول على الدليل، كالتعذيب والاحتياط والمعاملة اللإنسانية وما إلى ذلك، فضلا عن عدم الاستدلال على ثبوت الواقعة بدليل باطل في الشرع أو القانون، أي جاء وليد إجراءات معيبة مخالفة للقواعد المختلفة التي رسمها الشارع وحتما إتباعها في جمع الاستدلال أو في التحقيق أو في المحاكمة، ومن ذلك أن يستدل بما اسفر عنه من دليل قبض باطل أو تفتيش باطل أو اعتراف باطل.

ومن هذا المنطق نحسب أنه من المناسب أن نقدم لدراسة أساسيات قاعدة استبعاد الأدلة، من خلال مطلبين على النحو الآتي:-

المطلب الأول: تحديد معنى قاعدة استبعاد الأدلة وأسباب تطبيقها.

المطلب الثاني: مشروعية قاعدة استبعاد الأدلة.

المطلب الأول

تحديد معنى قاعدة استبعاد الأدلة وأسباب تطبيقها

من أجل الإلمام بهذا المطلب يستوجب منا تقسيمه إلى فرعين، نتناول في الأول منهما معنى قاعدة استبعاد الأدلة، وفي الثاني نستعرض أسباب تطبيق هذه القاعدة.

(١) كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٥، ص ٧١٩.

(٢) محمود نجيب حسني، الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٥٤.

الفرع الأول

معنى قاعدة استبعاد الأدلة

لم يرد معنى صريح لقاعدة استبعاد الأدلة في التشريع اليمني الذي اكتفى بالقول في المادة (٦) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "يحظر تعذيب المتهم أو معاملته بطريقة غير انسانية أو إيذائه بدنياً أو معنوياً لقصره على الاعتراف وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة شيء مما ذكر يهدر ولا يعول عليه". كما قرر أيضاً في المادة (٤٠٢) من القانون ذاته بأن: "التقرير ببطلان أي إجراء يشمل ببطلان كل الآثار المباشرة له ويتعين تصحيح هذا البطلان متى كان ذلك ممكناً من آخر إجراء تم صحيحاً".

وعلى ضوء النصين المذكورة أعلاه يمكننا القول إن قاعدة استبعاد الأدلة في التشريع اليمني هي: (قاعدة قانونية تحظر من قبول أي دليل مكتشف عن طريق إجراء باطل أو قول يتم الإدلاء به بشكل مخالف للقانون).

وقد قرر المشرع اليمني في النصين السابقين أن قاعدة الاستبعاد تنطبق على الأدلة المكتسبة من التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية أو الإيذاء البدني أو المعنوي، وكذلك تنطبق على الأدلة المستمدة من الإجراءات الباطلة؛ لأن ما بني على باطل فهو باطل.

وعلى الرغم من أن المشرع أقر في المادة (٦) سالفه الذكر، على إهدار الأقوال المدلى بها تحت تأثير التعذيب أو المعاملة غير الإنسانية، فإنه من المقرر أن هذا الحكم يتسع ليشمل كافة الحالات الأخرى التي تكون فيها الأدلة الإثباتية غير مشروعة، فلا يجوز للقاضي أن يستند في قضائه على أدلة غير مشروعة^(١). وقد أصبحت فكرة استبعاد الأدلة التي تم الحصول عليها بطريقة غير مشروعة أكثر تداولاً.

وفي الشريعة الإسلامية وإن كانت لم تتناول هذه القاعدة بالنص عليها صراحة إلا أن أحكامها وقواعدها تقرر مضمونها، فهناك عدد من المبادئ تكشف عن جوهر هذه القاعدة، ومن أبرزها:

١ - عدم قبول الأدلة المتحصل عليها بالإكراه، لقوله -ﷺ- : (وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٢).

٢ - حرمة المساكن والأماكن الخاصة، قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ

(١) أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج ١، مرحلة ما قبل المحاكمة، دن، د.ط، ٢٠١٢، ص ٦٥١.

(٢) البيهقي، السنن الكبرى، ج ٦، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٣، ٢٠٠٣، ص ١٣٩.

إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ ۖ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا^(١). وقال -ﷺ-: (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تحسسوا ولا تجسسوا ولا تناجشوا...) ^(٢).

٣ - ضرورة التحقق من عدالة الشهود، قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَيَّ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ} ^(٣). هذا إلى جانب قاعدة (درء الحدود بالشبهات)، التي تشير إلى وجوب ثبوت المتهم إذا كان هناك شكوك في صحة الأدلة المقدمة ضده ^(٤). وعلى طابع الحال بما أن لقاعدة استبعاد الأدلة دلالتها الخاصة في كل من الشريعة والقانون، فمن المنطقي أن تأتي الإشارة إليهما إستناداً إلى مبررات حول أهميتها وما يحقق تطبيقها من فوائد ^(٥).

الفرع الثاني

أسباب تطبيق قاعدة استبعاد الأدلة

إن الوقوف على دراسة أسباب تطبيق قاعدة الاستبعاد يتطلب منا البحث عن الأسباب القانونية لتطبيق قاعدة استبعاد الأدلة، ثم نستعرض الأسباب الشرعية لتطبيق هذه قاعدة:

أولاً: الأسباب القانونية لتطبيق قاعدة استبعاد الأدلة:

إن المتأمل في النظام القانوني اليمني يجد أن هذا الاستبعاد يأتي لعدة أسباب قانونية ^(٦)، ومع ذلك، فإن من بين الأسباب الأكثر شيوعاً لاستبعاد الأدلة في المسائل الجنائية ما يلي:

١ - استبعاد الأدلة بسبب مخالفة القواعد الإجرائية:

يحدد القانون عادة الإجراءات والقواعد التي يتعين اتباعها للتنقيب عن الأدلة وجمعها، وتبين القواعد التي تحدد كيفية تقديمها إلى المحكمة ^(٧)، وترتب على مخالفة هذه القواعد إهدار

(١) سورة الحجرات: الآية (١٢).

(٢) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح البخاري، ج ١٠، المكتبة السلفية، مصر، ط ١، ١٣٩٠هـ، ص ٤٨١.

(٣) سورة الحجرات: الآية ٦.

(٤) الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ج ١٣، تحقيق: محمد صبيح، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، السعودية، ط ١، ١٤٢٧هـ، ص ٢٦٧.

(٥) تراجع المبررات التي أوردناها في هذا الصدد عند تناول تقدير قاعدة الاستبعاد في المبحث الثاني، ونحيل إليه منعاً للتكرار.

(٦) قد يأتي الاستبعاد لعدم المشروعية أي - تم الحصول على الأدلة بطريقة تخالف القواعد الإجرائية، وقد يأتي لافتقار الأدلة إلى المصادقية والتي تنتهك الحريات والحقوق الشخصية، كما يأتي أيضاً لعدم أهمية الأدلة أو صلاحها بالقضية.

(٧) تقديمها أي - يجب مناقشتها بشكل صحيح.

الدليل وتجرده من الأثر الذي رتبته القانون عليه^(١).

وفي الحقيقة، إنّ هذه المسألة وثيقة الصلة بالمشروعية الإجرائية، فهي تتعلق بالطريقة التي يتم بها تحصيل الأدلة والتي تثبت أي واقعة ترتب مسئولية جنائية على أي شخص. تنص المادة (٣٢٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليميني بأنه "لا يجوز إثبات أي واقعة ترتب مسئولية جزائية على أي شخص إلا عن طريق الأدلة الجائزة قانوناً وبالإجراءات المقررة قانوناً". وتبرز أهمية هذا النص في جمال الإجراءات الجنائية، حينما تلجأ سلطة الاستدلالات أو السلطة المسئولة عن التحقيق في تحصيل أي أدلة إثباتية بالمخالفة للقانون أو دون احترام القواعد الإجرائية. ومما لا شك فيه أن التعذيب يعد من الإجراءات غير المشروعة والمحظورة لتحصيل الدليل، وبالتالي، فإن من الجائز استبعاد تلك الأدلة بوصفها أدلة غير مقبولة في المحكمة.

وفي هذه الحالة، لا أهمية للقيمة الإثباتية للدليل، وإنما يعد هذا الأمر من الجوانب القانونية الذي ينبغي أن تتسم به الأدلة التي يُعوّل عليها القاضي، وهو تحصيل هذه الأدلة من خلال وسائل وإجراءات مشروعة تؤمن الضمانات التي رسمها القانون، وتحترم فيها حق الإنسان بوصفه بريئاً إلى أن تثبت إدانته بحكم بات^(٢). وحيثما تنشأ أي مسألة على خلاف ذلك تؤدي إلى إجحاف في هذا الصدد^(٣). ولهذا أقر جانب من الفقه بشكل صحيح، بأنه لا يحول دون ذلك كله أن تكون هذه الأدلة صارخة واضحة على إدانة المتهم^(٤). بل إن قبولها بلا شك سوف يؤثر على العدالة الجنائية^(٥).

وفي الواقع، أن الوصول إلى الحقيقة من أجل تحقيق العدالة كهدف للإجراءات الجنائية، وهو أمر يقتضي إثباته بوسائل مشروعة وأدلة صحيحة، وهذا الهدف لا يمكن تحقيقه إلا إذا بُني على إجراءات تحترم فيها الضمانات القانونية.

وباستقراء تعامل المشرع اليميني مع الأدلة التي تم تحصيلها بطريقة تخالف القواعد القانونية الإجرائية، نجد من ناحية أنه اعتبر الدليل المتحصل عليه من خلال التعذيب أو المعاملة

(١) عبد الله سعيد الذبحاني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، د. ن، د. ت، ص ٧٩٤. محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، محاولة فقهية وعملية لإرسال نظرية عامة، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ١١٧.

(٢) وهذا المبدأ لا يكاد يخلو منه أي دستور اليوم، من ذلك الدستور اليميني في المادة (٤٧).

(٣) Zapalla S., Human rights in international criminal proceedings, New York, Oxford Uni Press, 2003, P: 280.

(٤) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٣٩٦. عبد الله سعيد الذبحاني، مرجع سابق، ص ٧٩٣.

(٥) الجمعية العامة للأمم المتحدة، تقرير حول تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، رقم ٢٢٣/٦٣، الفقرة ٣٤.

اللاإنسانية جديراً بالاستبعاد، وهذا بموجب نص المادة (٦) من قانون الإجراءات الجزائية. ومن جانب آخر قضى في المادة (٤٠٢) منه أن متى تقرر بطلان أي إجراء، فإنه يزول عنه آثاره القانونية، ويتعين بالتالي إهدار الدليل المستمد منه، ولا يجوز الاستناد إليه في الحكم^(١).

بذلك، يكون الموقف واضحاً عندما يكون الحصول على الدليل من خلال مخالفة للقواعد التي رسمها القانون الإجرائي أو مساساً للحقوق مثل الحق في عدم التعرض للتعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، فحينها لا يتم انتهاك المبادئ العامة للإجراءات الجزائية فحسب، بل وكرامة الإنسان أيضاً. هذا بالإضافة إلى أن سبب عدم قبول الأدلة ليس فقط من طريقة الحصول على هذه الأدلة، وإنما أيضاً من طريقة تقديمها في المحكمة، وهكذا، قضت المحكمة العليا اليمينية بأن تراجع الشهود عن شهادتهم يسقط معها الدليل المتعلق بالإدانة إذا كان مبنياً عليها^(٢).

وتحسباً لاحتمال خلق الجريمة وتفادياً لتلفيق أدلتها، فإن الأدلة المعدة سلفاً يجب إهدارها وعدم التعويل عليها^(٣). بل أن بعضهم يرى بطلان الأدلة المتحصل عليها نتيجة استخدام وسائل الغش والخداع؛ لانعدام حرية إرادة المتهم^(٤).

وإذا كان هناك من يتقبلون استعمال الأدلة ولو مصدرها مخالف لقواعد القانون طالما أنها مرآة للحقيقة، إلا إنهم يستبعدون هذا الأصل حينما تكون الأدلة نتيجة للعنف أو الاعتداء على السلامة الجسدية أو كرامة الشخص؛ فهم يرون أن قبول هذه الأدلة سيؤثر حتماً في العثور على الحقيقة^(٥).

ومع أن آخرين أيضاً يحملون ذات الفكرة تقريبا، وهي قبول الدليل غير المشروع، ولكن ينظرون من خلال تبنيهم مبدأ أصل البراءة^(٦). ويدعم جانب من الفقه بحق هذا التوجه وتبريرهم لذلك أن افتراض براءة الإنسان هي الأصل، وأن القاضي في غنى عن إثبات ذلك، إذ يكفي لكي يبرئ

^(١) وقد سارت على هذا المنوال العديد من التشريعات العربية، ومن ذلك قانون الإجراءات الجنائية المصري في المادتين (٣٠٢، ٣٣٦) وقانون الإجراءات الجنائية القطري في المادتين (٢٣٢، ٢٦٢)، وتناوله قانون الإجراءات البحري في المادتين (٢٥٣، ٢٨٦).

^(٢) طعن يمني، ٢٠ إبريل ٢٠١٣، القواعد القضائية، رقم ٢١، ص ٥٤.

^(٣) نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ط ٤، ١٩٩٠، ص ٤١٢.

^(٤) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٣٥.

^(٥) Ashworth A. J., Excluding Evidence as Protecting Rights, Crim. L. R., vol.3, 1977, p: 724.

^(٦) وهو ما تبنته محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ، ٢٥ يناير ١٩٦٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٦، رقم ٢١، ص ٨٧.

المتهم أن يتحقق لديه الشك في إدانته^(١). وهذا على عكس جانب آخر، إذ لا يصح التفرقة عندهم بين دليل الإدانة وآخر للبراءة، فلا يوجد في القانون ما ينص على ذلك، والقول بغير ذلك، يعني انتهاك لمبدأ مشروعية الدليل، إذ أن المفروض أن تكون الطرق القانونية المشروعة وحدها كفيلة بإثبات براءة المتهم^(٢).

والواقع، أن موضوع الحصول على الأدلة الإثباتية بطرق غير مشروعة من المواضيع التي لا تزال مثيرة للجدل، قد لا يكون شخص المتهم حتى على علم بها، كالمراقبة دونما أمر قضائي. كما أن الأدلة الاعترافية المتحصّل عليها بأي شكل من أشكال التعذيب تكون منافية للقانون. بل إن أي ممارسة من هذا النحو يخالف ما استقر عليه الدستور اليميني في المادة (٤٨/ب). لذلك، من غير المرجح اعتبار الحصول على الدليل بتلك الإجراءات والوسائل صحيحا؛ فتلك الحالات المذكورة سلفا لا تقتصر على انتهاك القانون فحسب، بل من شأنها أيضا أن تؤدي إلى عدم تلبية أي غرض مفيد بما في ذلك منع أي عمل إجرامي في المستقبل إذا ما أُدين الأشخاص الخطأ.

وقد خطى المشرّع اليميني خطوة هامة في هذا الصدد حينما نص في المادة (٣٢٢) من قانون الإجراءات الجزائية على ضرورة التقيد في حكم الإدانة بمشروعية الأدلة. ويتبدى هذا المبدأ ضمن مبادئ أخرى تبين بوضوح المعايير والالتزامات المنصوص عليها، بما في ذلك التعليمات التوجيهية العامة بشأن النيابة العامة^(٣)، والمدونة بشأن قواعد السلوك القضائي^(٤). ومن ثم فإن القضايا التي يثبت فيها بأنّ الأدلة قد جرى الحصول عليها بإجراءات مخالفة للقانون، كالتعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، باعتبارها أدلة إثباتية في الدعاوى الجنائية، فإنه يتعين استبعادها، وهذه قاعدة مطلقة لا يجوز الحياد عنها أو موازنتها في مقابل مصالح أخرى مهما كانت مهمة، أو كما قال بعضهم: "حتى في وقت الطوارئ التي تهدد بأخطارها حياة الأمة"^(٥). وعلى العكس من ذلك فإنه بمجرد التعامل مع هذه الأدلة غير المشروعة، يمكن أن يثير الكثير من الإشكاليات التي ينبغي معالجتها من قبل القضاء، وذلك

(١) من الذين قالوا بهذا الرأي: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣١٣.
ونبيل سالم، مرجع سابق، ص ٤١٨. ومظهر عبده الشميري، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليميني، مكتبة الصادق، صنعاء، ط١، ٢٠١٧، ص ٣٢١. وأشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص ٦٥٠.
(٢) وهذا الرأي أورده: محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ١١٦. ومحمد عيد الغريب، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني وأثره في تسبیب الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٦٣.
(٣) قرار النائب العام رقم (٢٠) بشأن إصدار التعليمات العامة للنيابة العامة لعام ١٩٩٨.
(٤) قرار مجلس القضاء الأعلى رقم (١٢٦) بشأن إقرار مدونة قواعد السلوك القضائي لعام ٢٠١٠.
(٥) يراجع: لجنة مناهضة التعذيب، التعليق العام، رقم ٢، قرار CAT/C/GC/2، الفقرة ٦.

حسب ما هو واضح في الحالة التالية.

٢ - استبعاد الأدلة بسبب انتهاك حريات وحقوق الإنسان:

إن من أهم المسائل التي تثار هنا هي بشأن مسألة (سيادة القانون) فهي تتعلق من ناحية بالأحوال التي تتوقف فيها محصلة نتائج الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة فيما يخص شخصاً مشتبهاً بارتكابه جريمة ما، ومن ناحية أخرى على استخدام أدلة متحصل عليها بأساليب تمس حرية وحقوق الشخص^(١).

وفي هذا السياق نجد المادة (٦) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني جاءت واضحة ومطلقة بخصوص استبعاد الأدلة المستمدة من الأقوال المدلى بها نتيجة للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة غير الإنسانية أو الإيذاء (البدني أو المعنوي)؛ لأن استخدام مثل هذا الأساليب يثري شكوكاً لا طائل لها حول صحة ومصداقية الدليل^(٢).

ولكن فيما يتجاوز نطاق المادة (٦) المذكورة أعلاه، تثير تساؤلات كثيرة وجميعها متعلقة حول الأدلة التي تكون أو لا تكون مقبولة في الإثبات، ومن ذلك: في المقام الأول، حول ما يترتب عن الاعترافات المتحصّل عليها تحت وطأة التعذيب أو العنف أو من جراء أي معاملة غير إنسانية حال توصل إلى أدلة أخرى وهو ما يعبر عنها ب(الأدلة الحقيقية)^(٣) والتي يتم تقديمها للمحكمة؟ أما الثاني، فهو بخصوص نتائج الاعترافات أمام سلطة الاستدلالات تحت وطأة التعذيب أو العنف أو المعاملة غير الإنسانية والتي أثبتت بعد ذلك أمام سلطة التحقيق؟ أما الثالث، فهو عن مدى قبول الأدلة المتحصّل عليها بطريق تنطوي على مساس بحقوق الشخص، ولكن ليس كتلك المتحصلة بطريق التعذيب أو العنف أو المعاملة غير الإنسانية.

بالنسبة لجوابنا على التساؤل الأول والذي هو الاعترافات المدلى بها تحت وطأة التعذيب أو العنف أو المعاملة اللإنسانية إذا ما أدت إلى أدلة أخرى (أدلة حقيقية): فإن في هذا الشأن مع أنه لا يمكن قبول مثل هذه الأدلة في الإثبات، وهذا بموجب القاعدة التي مفادها (ما بني على باطل فهو باطل)، فإذا استبعدت الاعترافات لعدم توافر شروط صحتها، فالأدلة المستمدة من هذه الاعترافات الباطلة لا تكون محلاً لأي اعتبار. ولكن قد يُجادل بأنه يمكن قبول هذه الأدلة في الإثبات.

(١) وفي الأساس هي مستمدة من احترام ما تنص عليه المادة (٤٨) من الدستور من حصانة أشخاص المواطنين ومساکتهم.

(٢) محمد فاروق النيهان، مباحث في التشريع الجنائي الإسلامي، دار القلم، بيروت، ط١، ١٩٧٧م، ص ٢٧٠.

Bogdan M., of the Principle Reflection of Loyalty in Matters Regarding the Adduction of Evidence in the Romanian Criminal Proceedings, Lex et Scientia, XXII (1), 2015, p:168. & ZAPALLA S., op. cit., p 280.

(٣) يشير معنى الأدلة الحقيقية إلى الأدلة المادية الملموسة، كالأسلحة أو المخدرات...إلخ.

وهذا الأمر يستدعي منا الوقوف على مدى صحة قبول مثل هذه الأدلة، وخاصة وأنها تخلق موقف متناقض، وفي هذا الصدد ظهر اتجاهان:-

الاتجاه الأول: يرى قبول الأدلة المكتشفة من الاعترافات الباطلة في الإثبات:

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه إذا أدت الاعترافات المدلى بها تحت وطأة التعذيب أو العنف أو المعاملة اللإنسانية إلى اكتشاف أدلة أخرى، فإن هذه الأدلة المكتشفة تقبل في الأثبات رغم أنها اكتشفت نتيجة لاعترافات باطلة واجبة الاستبعاد، على اعتبار أن هذه الأدلة متميزة عن الاعترافات. ينظر إليهما في ذاتها سواء أكانت الاعترافات صحيحة أم باطلة. وحجتهم في ذلك أن سبب استبعاد الاعترافات المغتصبة هو خشية أن يكون المتهم قد تأثر بالوعد أو الوعيد أو العنف فاعترف كاذباً، ولكن الوقائع التي اكتشفت يتبين منها أن جزء الاعتراف المتعلق بها حقيقي. كما يعتبرون أن استبعاد الأدلة في هذه الحالة هو نوع من التستر على الجرائم^(١).

وإذا كانت الفكرة المهيمنة عند أصحاب هذا الاتجاه هي صدق الاعتراف، بغض النظر عن سلامة هذا الاعتراف قانوناً. ولكن الأمر يختلف على ما يبدو فيما إذا كانت الأدلة المكتشفة هي نفسها موضوع الإكراه أو الضغط أو الوعيد الذي تعرض له المتهم؛ لأن في هذه الفرض يرون عدم قبولها في الإثبات كالاعتراف نفسه^(٢).

الاتجاه الثاني: يرى عدم قبول الأدلة المكتشفة من الاعترافات الباطلة في الإثبات:

على نقيض الاتجاه الأول يرى أصحاب هذا الاتجاه عدم قبول الأدلة المكتشفة نتيجة لاعترافات باطلة، على أساس أن الإجراء الجنائي يتعين سلامته قانوناً، ولهذا أقروا بشكل صحيح، أن لا قيمة لدليلاً طالما لم يستند إلى مشروعية قانونية^(٣). وبالتالي، متى جاءت الاعترافات نتيجة إخلال بالضمانات القانونية، فإنها تستبعد استبعاداً كلياً هي وجميع ما ينتج عنها أو بسببها، ولا يشفع للأخذ بها أو بشيء مما ينتج عنها، أن يتبين أن المتهم في اعترافه الباطل كان صادقاً لم يكذب^(٤).

(١) ذكر ذلك: سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص ٣٨٣.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٨٣.

(٣) من الذين قالوا بهذا الرأي: عبد الله سعيد الذبحاني، مرجع سابق، ص ٧٩٣. وسعيد البرك السكوتي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، د. ن، ط ١، ٢٠٢٢، ص ٤٠٣. وأحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٩٦. وأمال عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، د. ت، ص ٤٩٠.

(٤) وبهذا قضت محكمة النقض المصرية على أن الأخذ بالدليل الذي يكشف عنه الاعتراف غير الاختياري، يعتبر تقريراً قانونياً خاطئاً لا يتفق وفقه قانون الإجراءات الجنائية... وكان يتعين استبعاد كل دليل ترتب على الاعتراف الباطل. نقض جنائي، ١٠ فبراير ١٩٥٨، مجموعة أحكام النقض، س ٩، رقم ٣٥، ص ١٦٦.

وما نراه بحق الاتجاه الثاني أولى بالتأييد في عدم قبول مثل هذه الأدلة الناتجة عن اعترافات باطلّة كأدلة في الإثبات؛ ويعضدنا فيما ذهبنا إليه نص المادة (٦) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني من أن: "كل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة شيء مما ذكر يهدر ولا يعول عليه؛" ولأن استخدام مثل هذه الأدلة بلا شك سوف يؤثر على العدالة الجنائية ونزاهة الإجراءات القضائية، بل أن بعض الفقهاء يرون في هذا الصدد عدم قبول مثل هذه الأدلة كون المتهم لا يتصرف بإرادته الحرة^(١). مما يوجب معه عدم التعويل عليها كأدلة بصرف النظر عن قيمتها في الإثبات. ولكن يفترض لاستبعادها كأدلة أن تكون هناك علاقة سببية بين التعذيب أو المعاملة غير الإنسانية والاعتراف الناجمة عنه^(٢).

أما الجواب على التساؤل الثاني بخصوص الاعترافات المدلى بها كنتيجة مباشرة للتعذيب أو العنف أو المعاملة اللاإنسانية أمام سلطة الاستدلالات والتي أثبتت بعد ذلك أمام سلطة التحقيق (النيابة العامة بحسب الأصل)، فإنه أيضا نرى لا يمكن أبداً قبولها في الإثبات، ومن دون أن يؤثر ذلك على إجراءات المحاكمة. أما إذا ما أثبتت لاحقاً في سياق ظروف معينة لا تشير ظاهرياً إلى حدوث قسر، نرى بالرغم من أن الأمر في النهاية مرجعه تقدير المحكمة، إلا أنه لا يحول دون مطالبتها بالحدز عند هذا التقدير، فضلاً عن بحثها فيما إذا كان التأثير السابق ما زال قائماً أم لا؟. وهي نقطة أوضحتها المحكمة العليا اليمنية بشكل دقيق في حكم لها بتاريخ ١٢ سبتمبر ٢٠١٣ حيث قررت "أن عدم ملاحظة وكيل النيابة المحقق أصابات ظاهرة بالطاعن لا تنفي وجود إصابات به"^(٣). فيكون الاعتراف باطلاً إذا كان هذا الأثر ما زال مستمر، أو كما قال جانب من الفقه: "أنه إذا أقر بعد الضرب لخوفه من العودة إلى الضرب فلا يعتبر إقراره"^(٤)، وهو ما عبر عنه المشرّع اليمني بعبارة (يهدر). بينما يكون الاعتراف صحيحاً إذا صدر بعد زوال الأثر السابق^(٥).

أما جوابنا على التساؤل الثالث والذي هو حول الأدلة المتحصّل عليها بأساليب تنطوي على مساس بحرية وحقوق الشخص ولكن غير تلك المتحصلة بطريق التعذيب أو الإكراه أو الإيذاء أو المعاملة اللاإنسانية. كاستراق السمع أو التجسس من ثقب الأبواب. نرى أن هذه الأدلة المتحصلة

(١) محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة، ط١٢، ١٩٨٨، ص٤٠٨.

(٢) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص٣٣٦.

(٣) يراجع في ذلك: أمال عثمان، مرجع سابق، ص٤٩٦.

(٤) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٣، المكتب الإسلامي، بيروت-دمشق، ط٣، ١٩٩١، ص١٨٨.

(٥) أحمد بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي-دراسة فقهية مقارنة، دار الشروق، ط٤، القاهرة، ١٩٨٣، ص١٧٦.

بسبب ذلك ليس بالضرورة استبعادها من المحاكمة، إلا بتطبيق آثار الإجراء الباطل، كما هو منصوص في المادة (٤٠٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، فالإجراء الباطل لا يرتب آثاره؛ لأن ما بني على باطل فهو باطل. ومن ثم فللمحكمة إذا رأت أن الإجراء ثمة فيه بطلان أن تهدر معه الأدلة التي أسفر عنها الإجراء الباطل^(١)، إذ أن اعتبارها غير مقبولة إعمالاً لحالة البطلان، إذا ما انطوى انعدام المشروعية أو المساس بعدالة الإجراءات القضائية المتخذة تجاه الشخص المتهم.

وفي الأخير تلزمنا الإشارة إلى أن كلا السببين من قاعدة الاستبعاد في القانون اليمني إذا تحققا يؤديان نفس النتيجة، وهي عدم قبول الأدلة في المحاكمة أو استبعادها، وإلى جانب هذين السببين، قد يكون هناك أيضاً أسباب أخرى تؤدي إلى عدم قبول أدلة معينة، كما في حالة عدم قبول الأدلة لعدم أهميتها أو صلتها بالقضية.

ثانياً: الأسباب الشرعية لتطبيق هذه قاعدة:

سبق البيان أن القانون اليمني قد تضمن نصوصاً بشأن استبعاد أي دليل يتم الحصول عليه بطرق غير قانونية أو بأساليب قد تمس حقوق الإنسان. وفي ظل أحكام الشريعة الإسلامية فقد لامسنا من حيث المبدأ أن قبول الأدلة أو استبعادها يعتمد على أحكام الشريعة ومقاصدها، سواء كانت هذه الأدلة من الأدلة المباشرة كالإقرار والشهادة أو الأدلة غير المباشرة كالقرائن^(٢). وبطبيعة الحال أن بمجرد الاعتراف بعدم مشروعية الإجراء في التشريع الإسلامي، فإن الأدلة التي تستمد أساسها من هذا الإجراء ستعتبر أيضاً غير مقبولة ولا يمكن استخدامها في المحاكمة. وفي هذا الشأن تحظر الشريعة الإسلامية استخدام الدليل الناتج عن انتهاك حق الإنسان في حياته الخاصة كالجنس مثلاً أو اقتحام المساكن أو غيرها من وسائل انتهاك حق الخصوصية. قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ ۖ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا} ^(٣). وقال -ﷺ-: "إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تحسسوا ولا تجسسوا ولا تناجسوا ولا تحاسدوا ولا تباغضوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخواناً"^(٤). فأى دليل يتم الحصول عليه عن طريق انتهاك حق الإنسان في الحياة الخاصة كالتجسس على المساكن أو التجسس عليها، يعتبر غير مشروع ولا يعول عليه في المحاكمة.

(١) حيث اعتبرت المحكمة العليا اليمنية بأن "كل ما يترتب على الإجراء الباطل فهو باطل". انظر: طعن يمني، ١٢ سبتمبر ٢٠١٣، القواعد القضائية، رقم ١٦، ص ٤٢.

(٢) محمد أحمد الترهوني، حجية القرائن في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي، بنغازي، جامعة قاريونس، د. ت، ص ٧٥.

(٣) سورة الحجرات: الآية (١٢).

(٤) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح البخاري، ج ١٠، ص ٤٨١.

ودليل الشهادة في الشريعة الإسلامية لكي يكون مقبولاً فإنه يجب التحقق من عدالة الشهود التي تعد جزءاً أساسياً لضمان نزاهة ومصداقية الشهادة وقبولها في المحاكمة. قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ} (١)، أما إذا ما ثبت أن الشهادة التي أدلى بها الشاهد زوراً وبهتاناً فإنه يكون بذلك قد أثبت عدم مشروعية الدليل المستقى من هذه الشهادة، بالتالي يُستبعد.

كما أجمع فقهاء المسلمين على عدم شرعية الإكراه وأبطلوا إقرار المكره وكل ما يترتب عليه من آثار (٢)، وفي تعليق هذا المسلك يقال إنه: "لانتفاء جانب الصدق في الإقرار" (٣). والظاهر كما يبدو أن الإنسان حتى يتحمل نتائج أفعاله يتعين أن يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانها ونتائجها، ولهذا لا يجوز أن يعاقب أي شخص على ارتكاب جريمة ما إذا كان مكرهاً عليها لأن أساس المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية هي حرية الإرادة والقرار، ومن ثم فهو يلزم تحققهما في الإقرار لكي يمكن اعتباره والاعتداد به، ولكي ينتج لآثاره.

ولكن اختلف فقهاء المسلمين حول صحة الإقرار تحت وطأة التعذيب بالضرب ولاسيما إذا أدى إلى اكتشاف أدلة حقيقة كتعيين المتهم لمكان المسروقات في السرقة أو تعيين جثة القتل في القتل، وقد انقسم الفقهاء في هذه المسألة على قولين: -

القول الأول: ذهب أصحابه إلى صحة إقرار المتهم تحت وطأة التعذيب بالضرب (٤)، طالما دلت القرائن على صدق إقراره أو كان معروف بالفجور أو الفساد، واعتبروه من باب السياسة الشرعية. واستدلوا على رأيهم لما ورد عنه - عليه السلام - أنه وجد رجلاً في بعض غزواته فاتهمه بأنه جاسوس للعدو،

(١) سورة الحجرات: الآية (٦).

(٢) يراجع في ذلك: جماعة من العلماء، الفتاوى الهندية، ج ٢، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط ٢، ١٣١٠ هـ، ص ١٧٣. ونصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بالقانون الوضعي وقانون الإثبات اليميني الجديد، دار الشروق، ط ١، ٢٠٠٢، ص ٤٠.

(٣) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج ٢، دار الكاتب العربي، بيروت، طبعة ١٩٦٨، ص ٣١٢. محمد فاروق النيمان، مباحث في التشريع الجنائي الإسلامي، دار القلم، بيروت، ط ١، ١٩٧٧ م، ص ٢٧٠.

(٤) انظر: محمد الحنفي، لسان الحكام، ج ١، البابي الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٩٧٣، ص ٣١٣. والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، دار الفكر، د. ط، د. ت، ص ٣٤٥. والرملی، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤، ص ٧١. والماوردي، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، ب. ط، ب. ت، ص ٢٢٠. واعتبر بعضهم أن الإقرار وإن كان بالضرب إلا أنه ليس إكراهاً، إذ إن الإكراه يكون على أمر واحد، وهنا ضرب ليصدق، ولم ينحصر الصدق في الإقرار.

فعاقيه حتى أقر^(١). غير أن أصحاب هذا الرأي اختلفوا في وجوب إعادة الإقرار بعد الضرب، فمنهم من قال يُؤخذ بذلك الإقرار إذا ظهر صدقه -مثل أن يُخرج السرقة بعينها- ولو رجع عن ذلك بعد الضرب لم يقبل رجوعه بل يؤخذ به. ومنهم من لم يعتبر الإقرار حال الضرب، بل لابد من إقرار آخر بعد الضرب وهو مختار، وإذا رجع عن الإقرار الأول لم يؤخذ به^(٢).

القول الثاني: وعلى نقيض الرأي السابق ذهب أغلب الفقهاء، إلى عدم صحة إقرار المتهم تحت وطأة التعذيب بالضرب^(٣)، سواء أقر في حال ضربه أم بعده. واعتبروه من باب الإكراه، الذي لا يستقيم به إقرار. واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: {إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ} (٤)، فجعل الله تبارك وتعالى الإكراه مسقطاً لحكم الكفر فمن باب أولى ما عداه^(٥). وقوله -ﷺ-: (وضع عن أمتي والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٦). كما استدلوا بما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: "ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجعته أو أوثقته أو ضربته"^(٧). وما روي عن عمر أيضاً أنه أتى بسارق، فاعترف، قال: أرى يد رجل ما هي بيد سارق، فقال الرجل: والله ما أنا بسارق، ولكنهم تهددونني، فخلى سبيله ولم يقطعه^(٨). فلم يقبل اعترافه لأنه كان بالإكراه. وبهذا المعنى يقول البعض: "فلأنه إنما يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه، فلما امتنع من الإقرار الحر الاختياري، حتى هدد بشيء من ذلك فالظاهر أنه كاذب في إقراره"^(٩).

وإلى جانب هذه الآراء المشار إليها، فإن هناك من يرى تفويض الأمر إلى تقدير الإمام في غلبة

(١) الطرابلسي، معين الحكام، دار الفكر، ب. ط، ن. ت، ص ١٧١. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ٢، مكتبة الكليات الأزهرية، ط ١، ١٩٨٦، ص ١٤٢.

(٢) ذكر ذلك: الماوري، الأحكام السلطانية، ص ٢٢٠. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٥، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ٢٠٠٤ م، ص ٤٠٤.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ٢٤، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣، ص ٧٠. الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٥، دار الفكر، ط ٣، ١٩٩٢، ص ٢١٦. الشافعي، الأم، ج ٣، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٩٩٠، ص ٢٤٠.

(٤) سورة النحل: الآية (١٠٦).

(٥) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٤، ص ٢٤٠. ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج ٤، تحقيق: محمد فارس والسعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٤، ص ٥٦٨.

(٦) البيهقي، السنن الكبرى، ج ٦، ص ١٣٩.

(٧) عبد الرزاق، المصنف، ج ٩، دار التأسيس، القاهرة، ط ٢، ٢٠١٣، ص ٣٧٣.

(٨) عبد الرزاق، المصنف، ج ٩، ص ٣٧٤.

(٩) عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص ٣١٢. محمد فاروق النهران، مرجع سابق، ص ٢٧٠. أحمد بهنسي، مرجع سابق، ص ١٧٢.

الظن، فإن غلب على ظن الإمام إدانة المتهم فله أن يضربه لحمله على الاعتراف، واعتبر ذلك من باب السياسة الشرعية^(١).

المطلب الثاني

مشروعية قاعدة استبعاد الأدلة

تمهيد وتقسيم:

من الواضح بشكل لا لبس فيه أن قاعدة استبعاد الأدلة هي قاعدة أساسية للإجراءات الجنائية، تأتي في إطار مشروعية وقبول الأدلة المستخدمة في المحاكمة. وهذه القاعدة مصونة إما صراحةً وإما ضمناً، لضمان تحقيق العدالة وحماية حقوق وكرامة الإنسان. وحتى يتجلى مشروعية هذه القاعدة فإننا سوف نهمد لها بالحديث في فرع أول عن مضمون مبدأ مشروعية الأدلة الجنائية، لما لهذا من ارتباط وثيق لقاعدة الاستبعاد. ثم نوضح في فرع ثان الأساس الشرعي والقانوني لهذه القاعدة.

الفرع الأول

مضمون مبدأ مشروعية الأدلة الجنائية

يخضع البحث عن الأدلة في المسائل الجنائية لمبدأ حرية الإثبات، ومع ذلك يشير إلى أن هذه الحرية ليست حرية مطلقة، فهي مقيدة من ناحية بشرط المشروعية، ومن ناحية أخرى يحظر الاستفادة من وسائل الإثبات التي تشكل اعتداءً على حرية الأشخاص وسلامتهم. وعلى طابع الحال إن وضع مفهوم لمبدأ المشروعية هو في الحقيقة ليس بالأمر اليسير، وقد وصفه بعض فقهاء القانون المدني بأنه: "مصطلح غامض ومتحور"^(٢). علاوة على ذلك، هناك ما يتم الخلط بينه وبين بعض المفاهيم القانونية وعلى وجه التحديد مبدأ الشرعية الإجرائية. وعلى ذلك يتم تعريفه بأنه: "مطابقة الإجراء الذي نتج عنه الدليل للقانون ومطابقة الدليل ذاته للقانون"^(٣).

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج ٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٦٦، ص ٨٨.

(٢) ومع ذلك، يرى أن مفهومه يعبر عن اشتراط الحد الأدنى من الأخلاق التي يتعين الالتزام بها في إجراءات المحاكمات. Novac L., Exclusion of evidence-sole sanction or nullity subsumed, Acta Acta Uni George Bacovia, Juridica, Vol. 5, N° 2, 2016.< <https://www.ugb.ro/Juridica/Issue10ROEN/4>>. آخر وصول ١٨ مارس ٢٠٢٤.

(٣) مصطفى يوسف، مشروعية الدليل في المسائل الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ١٢٠. وقريباً من هذا المعنى انظر: أحمد أبو القاسم، الدليل الجنائي المادي ودوره في إثبات جرائم الحدود والقصاص، ج

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر المشروعية مجرد توافق الإجراء مع نص القانون، وهذا المفهوم في الحقيقة ربما يتوافق مع الشرعية الإجرائية، ولكن لا يتوافق مع مضمون المشروعية التي لا يقتصر حدودها على النص، بل هي أوسع من ذلك^(١)، إذ تعني: "التوافق مع القواعد القانونية المستقرة في المجتمع والمعترف بها من قبل أفرادها أيا كان مصدرها"^(٢).

ويستفاد من ذلك أنه يلزم لمشروعية الدليل الجنائي ضرورة توافر شروط أخرى لها علاقة بالغاية التشريعية إلى جانب الشروط المقررة^(٣)، وهو ما تستلزمه اعتبارات العدالة، ومن ذلك على سبيل المثال أن يكون الدليل مطابقاً للحقيقة. ويرجع ذلك التوسع لرغبة المشرع في تأمين الحقوق والحريات الفردية المكفولة، ولهذا يرى البعض مبدأ المشروعية حقا من حقوق الإنسان^(٤).

وهذا صحيح؛ لأن مبدأ المشروعية في المسائل الجنائية بشكل عام وفي مسائل الأدلة بشكل خاص له أثر مباشر في حماية الحقوق الفردية، على نحو يضمن به احترامها من تعسف سلطات الدولة أو شططها. وطالما الأمر كذلك، يقتضي بالتالي وجوب قيامه على صيانة جميع الإجراءات الجنائية^(٥). وتظهر أهمية تطبيق ذلك خلال المراحل التي تسبق المحاكمة؛ حيث تقع فعليا أهم إجراءات البحث عن الأدلة^(٦). ولا يعني هذا القول أنها لا تجد تطبيقا في مرحلة المحاكمة، فيتعين على المحكمة التحقق من مشروعية الدليل المقدم أمامها، إذ يعد بذلك قيدها على سلطة المحكمة في

١، دكتوراه، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، ١٩٩٣، ص ٣٠٨.

(١) أي أن المشروعية هي أوسع نطاقا من الشرعية التي تعتبر أحد عناصرها في القانون الجنائي عموماً وفي مسائل الأدلة الإثباتية على وجه الخصوص. ذلك أن شروط مشروعية الدليل ليست كلها من وضع المشرع، بحيث يصدق ذلك بالنسبة لبعضها؛ فهي منصوصا عليها صراحة، ولكن بعضها الآخر مستخلصة من اجتهاد الفقه والقضاء وسائر المصادر الأخرى.

(٢) أحمد ضياء الدين خليل، مشروعية الدليل في المواد الجنائية، دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ١٩٨٧، ص ٥٨٥. وفي هذا المعنى أنظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٣، ١٩٩٥، ص ٥٤٧.

(٣) ويبدو ذلك واضحاً فيما انتهجه جانب من الفقه حيث اعتبروا القواعد القانونية ليست الوحيدة التي تحكم وسائل البحث عن الأدلة. ذكر ذلك: معتصم خميس مشعشع، إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، السنة (٢٧)، العدد (٥٦)، أكتوبر ٢٠١٣، ص ٤٠.

(٤) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص ٥٧٤، ٥٨٣، ٥٨٤.

(٥) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٩٥.

(٦) Guinchard S., Buisson J., procedure penale, Litec, 2^{eme} ed, 2002, p: 463.

التعامل مع الأدلة وقبولها^(١). وتحكم كذلك المشروعية عمل المحكمة عندما تقرر من تلقاء نفسها البحث عن الدليل الذي "يساعد على إظهار الحقيقة".

ويترب على ذلك نتيجة مفادها، بأن الوضع الشرعي والقانوني للدليل الجنائي بتأثر بأية مخالفة للمشروعية، سواء كان في مرحلة الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة، تحقيقاً لمبدأ "أصل البراءة"^(٢)، وهذا بالطبع ينسجم مع المبدأ المنصوص عليه في المادة (٣٢٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، الذي ينطوي على الإثبات الجنائي وما يترب على ذلك في تحديد أي تهم جنائية موجهة إلى أي شخص بناءً على الأدلة الجائزة والمقدمة بشكل صحيح، تجنباً لتقديم أدلة غير مشروعة أو لاستخدام أي وسيلة يمكن أن يستهدفها القائم بالإجراء للحصول على الأدلة بطريقة غير مشروعة. إذ ينجم من إطار مشروعية الأدلة ذاته تنظيم قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية. وهو الأمر الذي جرننا إلى وضع التساؤل حول الأساس القانوني والشرعي لقاعدة استبعاد الأدلة؟.

الفرع الثاني

الأساس الشرعي والقانوني لقاعدة استبعاد الأدلة الجنائية

سنتناول هذا الفرع من خلال دراسة النصوص الشرعية والقانونية التي أجازت الأخذ بهذه القاعدة، بحيث نتحدث في الأول عن الأساس القانوني لقاعدة الاستبعاد، وفي الثاني نُعرِّج على الأساس الشرعي لهذه القاعدة.

أولاً - الأساس القانوني لقاعدة استبعاد الأدلة الجنائية:

من الواضح أن قاعدة استبعاد الأدلة الجنائية في اليمن تم تنظيمها من خلال أحكام قانون الإجراءات الجزائية في المادتين (٦، ٤٠٢)، تنص المادة (٦) على أنه: "يحظر تعذيب المتهم أو معاملته بطريقة غير إنسانية أو إيداعه بدنياً أو معنوياً لقسره على الاعتراف وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة شيء مما ذكر بهدر ولا يعول عليه". بينما تنص المادة (٤٠٢) منه على أن: "التقرير ببطلان أي إجراء يشمل بطلان كل الآثار المباشرة له ويتعين تصحيح هذا البطلان متى كان ذلك ممكناً من آخر إجراء تم صحيحاً"^(٣).

(١) محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٢) العز بن عبد السلام، القواعد الكبرى الموسومة بقواعد الأحكام، ج٢، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ١٩٩١، ص ٣٢. الشوكاني، نيل الأوطار، ج ١، ص ٤٧.

(٣) وسارت على هذا المسار العديد من التشريعات العربية الأخرى، ومن ذلك قانون الإجراءات الجنائية القطري لعام ٢٠٠٤، في المادتين (٢٣٢، ٢٦٢)، وتناوله قانون الإجراءات الجنائية البحريني لعام ٢٠٠٢ في المادتين (٢٥٣، ٢٨٦)، وتناوله قانون الإجراءات الجنائية المصري في المادتين (٣٠٢، ٣٣٦).

ويلاحظ أن معالجة القانون اليمني لتطبيق هذه القاعدة جاء واضحاً في حالتين:
الأولى: عندما يتعلق الأمر بحالات استبعاد الأدلة المنصوصة عليها في المادة (٦) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، وقد أقرت هذه المادة على ثلاثة حالات للاستبعاد وهي، التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية أو الإيذاء البدني أو المعنوي.

والثانية: في حالة بطلان الإجراءات المستخدمة من أجل استبعاد الأدلة التي تم الحصول عليها بسبب مخالفة القواعد القانونية، وقد قررا المشرع اليمني على إبطال الدليل المستمد من إجراء باطل ويؤكد صراحة إلى أن البطلان يمتد إلى جميع الآثار المترتبة عليه مباشرة^(١): لأن ما بني على باطل فهو باطل. ويطبق بالنسبة للإجراءات المتعلقة بالنظام العام والإجراءات الجوهرية التي تمس صالحاً للخصوم، وقد أوجب تصحيح الإجراء الباطل إذا أمكن^(٢). وتتميز هذه الحالة في أن تصحيح الإجراء الباطل يكون قبل الحكم ببطلانه وقبل أن يدفع الخصوم بالبطلان^(٣). علماً بأن البطلان هنا لا يؤثر على الأدلة الأخرى المستقلة عن الإجراء الباطل^(٤). كالاتراف اللاحق للمتهم بحيازته ذات المخدر الذي ظهر من التفتيش الباطل وجوده لديه. وقد كفلت العديد من تشريعات الدول الأخرى قاعدة الاستبعاد للأدلة التي تم الحصول عليها بشكل غير قانوني بشكل واضح بموجب قوانينها^(٥).

ثانياً - الأساس الشرعي لقاعدة استبعاد الأدلة الجنائية:

تستند قاعدة استبعاد الأدلة الجنائية في أساسها الشرعي إلى الكتاب والسنة النبوية:

١- الأدلة من الكتاب:

قوله سبحانه وتعالى:

- يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ^(٦).

- {إِلَّا مَنْ أَكْرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ}^(٧).

(١) المادة (٤٠٢) إجراءات جزائية يمني.

(٢) المادة (٤٠١) إجراءات جزائية يمني.

(٣) يراجع: حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، ج ٢، مرجع سابق، ص ٧٦١.

(٤) انظر: رؤوف عبيد، المشكلات العملية في الإجراءات الجنائية، ج ١، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، طبعة ٢٠١٥، ص ٥٨.

(٥) ومنها، قانون الإجراءات الجنائية المصري في المادتين (٣٠٢، ٣٣٦)، وقانون الإجراءات الجنائية القطري لعام ٢٠٠٤ في

المادتين (٢٣٢، ٢٦٢)، وتناولوه وقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي (المعدل ١٩٥٨) في المواد (١٧١، ١٧٤، ١٨٠، ١٨٠٢).

وقانون الإجراءات الجنائية البلغاري (المعدل ٢٠٢٢) في المادة (٢/١٠٥).

(٦) سورة الحجرات: الآية (٦).

(٧) سورة النحل: الآية (١٠٦).

- {يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَجْتَبِيُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ ۖ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا} (١).

- {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ} (٢).

٢ - الأدلة من السنة:

وبخصوص أدلة قاعدة الاستبعاد من السنة فقد جاءت السنة المطهرة حافلة بالأدلة ومن

أبرزها:

قوله -ﷺ-: (وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) (٣).

وقوله -ﷺ-: (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تحسسوا ولا تجسسوا ولا تناجشوا ولا تحاسدوا ولا تباعضوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانا) (٤).

وخلاصة الأمر عندما يتضمن الموضوع محل البحث مسائل تتعلق بالأدلة في المسائل الجنائية، تعد قاعدة الاستبعاد أحد القواعد الشرعية والقانونية الأساسية للإجراءات الجنائية.

المبحث الثاني

تقدير قاعدة الاستبعاد وأثار تطبيقها

تمهيد وتقسيم :

كما قدمنا سابقاً أن قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية تشكل فرعاً مهماً من فروع التشريع الجنائي، والتي تهتم بالقضاء على أي دليل غير مشروع جاء وليد إجراءات تعسفية ولا تحترم القواعد التي رسمها الشارع وحتم إتباعها في تنفيذ الإجراءات الجنائية، فالمحاكم في المسائل الجنائية لا تستبعد الأدلة إلا على أساس الانتهاكات المكتشفة والتي يحتمل أنها تمس حقوق الجميع.

فهذه القاعدة بهذا التصور تؤدي إلى إثارة الجدل، بينما يصف البعض تطبيقها ضرورة ملحة، مغلباً في ذلك اعتبارات تخص حقوق وكرامة الإنسان، بينما جانب آخر ينتقد هذه القاعدة بشدة ويرى أن تطبيقها يساهم في إفلات المجرمين من العقاب، إلا أن أغلب الفقه يؤيدون قاعدة الاستبعاد ويعتبرونها العلاج المناسب في حالة مخالفة القواعد لكونها تصون حرية وحقوق الأشخاص.

وللوقوف على هذه الإشكالية يتطلب منا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

(١) سورة الحجرات: الآية (١٢).

(٢) سورة النساء: الآية (٥٨).

(٣) البيهقي، السنن الكبرى، ج ٦، ص ١٣٩.

(٤) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح البخاري، ج ١٠، ص ٤٨١.

المطلب الأول: تقدير قاعدة استبعاد الأدلة في ظل آراء الفقه وأحكام القضاء.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي ورأينا في شأن قاعدة الاستبعاد.

المطلب الثالث: أثر تطبيق قاعدة استبعاد الأدلة الجنائية.

المطلب الأول

تقدير قاعدة استبعاد الأدلة في ظل آراء الفقه وأحكام القضاء

لمعرفة تقدير قاعدة استبعاد الأدلة في ظل آراء الفقه وأحكام القضاء يستلزم منا بحثه في فرعين، نتحدث في الأول منهما عن تقدير قاعدة استبعاد الأدلة في ظل آراء الفقه القانوني، وفي الثاني نتحدث عن موقف القضاء من هذه القاعدة.

الفرع الأول

تقدير قاعدة استبعاد الأدلة في ظل آراء الفقه القانوني

نعني بتقدير قاعدة الاستبعاد هنا هو تقييمها وفقاً لآراء واتجاهات الفقه القانوني، وقد اختلف الفقهاء بشأن هذه القاعدة إلى معارض ومؤيد، وهذا ما يستوجب منا تحديد ذلك الخلاف الفقهي في اتجاهين، نتحدث في الأول منهما عن الاتجاه المعارض، وفي الثاني نتحدث عن الاتجاه المؤيد.

الاتجاه الأول: المعارض لقاعدة استبعاد الأدلة:

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى عدم استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية، على اعتبار أن هذا الأدلة حجية كاملة في الإثبات، وقد أورد أصحابه جملة من الحجج من أهمها:

١ - يؤدي تطبيق القاعدة إلى المساس بقواعد العدالة وإساءة سمعة القانون:

انتقد جانب من فقهاء القانون الجنائي، لفكرة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية، على اعتبار أن تطبيقها سيؤدي حتماً إلى المساس بهيبة ونزاهة العدالة وإساءة سمعة القانون^(١).

ويعتبر الفقيه Burnham من بين الفقهاء الذين قالوا: "إن القاعدة تهدر الاحترام الواجب للقانون؛ لأنها تصور المحاكم كجهات تسمح بإطلاق سراح المذنبين"^(٢).

وعلى ذلك ذهب آخرون إلى القول: "إن التطبيق الجامد لقاعدة الاستبعاد ستزيد أحكام البراءة للمتهمين، مما يؤدي إلى فشل النظام في حماية المجتمع وحقوق أفرادهم"^(٣).

(١) سامي حمدان الرواشدة، قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة في الإجراءات الجنائية، دراسة تحليلية في القانون والقضاء الجنائي الاسكتلندي، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (١٥)، العدد (٤)، ٢٠٢٣، ص ٤٧.

(٢) Panda lv.: op.cit.

(٣) راجع في ذلك: سامي حمدان الرواشدة، مرجع سابق، ص ٤٤.

كما عقب آخرون على هذه القاعدة بقولهم: "عندما نقرأ أن متهما بقتل ١٢ شخصا قد أفرج عنه وأسقطت ملاحظته لأن دليل الإدانة الوحيد الذي قدمه ممثل الادعاء ضده كان اعترافا إداريا صادرا عنه أمام جهة الشرطة التي أغفلت تبصيره بحقوقه...."^(١).

١ - تتعارض القاعدة مع مبدأ الكشف عن الحقيقة:

ومن الانتقادات التي وجهت أيضا لقاعدة الاستبعاد الأدلة أنها تناهض وبشدة الوظيفة التي وجدت من أجلها المحاكم الجنائية بصورة عامة ألا وهي (كشف الحقيقة)، تلك الحقيقة التي هي غاية كل إجراءات الدعوى وأساس كل الأحكام الجنائية^(٢).

ولاشك أن القاعدة تأتي في الأخير، وبحسب هذا الرأي تقضي على الأدلة الكاشفة للحقيقة والمعبرة عنها لمجرد عيب شاب طريقة تحصيلها.

٣ - يتعارض تطبيق قاعدة الاستبعاد مع المنطق السليم:

ينتقد جانب من الفقهاء قاعدة الاستبعاد لتعارضها مع المنطق السليم^(٣)، على اعتبار لوم القائم بالإجراء من خلال إطلاق سراح الجاني الذي انتهك القانون فعلا عن طريق ارتكابه للجريمة، مما يؤدي إلى حرمان المجتمع والمواطنين الشرفاء من الحماية القانونية، في الوقت الذي تتكفل فيه القاعدة بتوفير الحماية للجنة، بينما تتطلب العدالة تقرير حماية للمجني عليهم تماثل تلك المقررة للمجرمين. ومن أشهر ما قيل تعبيراً عن عدم منطوقية قاعدة الاستبعاد كوسيلة للعلاج، إذ تعني القاعدة ببساطة أن المتهم يفلت من العقاب لا لسبب إلا لأن ضابط الشرطة قد تصرف برعونة^(٤).

هذا وقد دعا العديد من الفقهاء إلى استبدال قاعدة الاستبعاد بعلاج آخر وهو إقرار المسؤولية التقصيرية^(٥). وآخرون بدأوا في السعي إلى تعديل القاعدة، بدلاً من إلغائها^(٦). وطالب آخرون

(1) Gilligan F., The Federal Tort claims Act-an Alternative to the Exclusionary Rule, Jou. of Crim L. & Criminology, Northwestern University, vol 66, N° 1, 1975, p: 5.

(2) DELMAS M., Le procès pénal en Italie, Procès pénal et droits de l'homme, Paris, 1992, p. 89.

(3) Oaks, D. H., Studying the exclusionary rule in Search and Seizure, Uni of Chi. L. Rev, Vol. 37, No 4, 1970, p: 665.<<https://doi.org/10.2307/159884>> ٢٠٢٤ أغسطس ١ وصول

(4) أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، ط٢، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٦٧.

(5) Oaks, D. H., : op. cit. p: 734.

(6) من ذلك استثنت بعض المحاكم الأمريكية من القاعدة الأخطاء التي ترتكبها الشرطة بحسن نية.

Illinois v. Gates, 462 U.S. 213 (1983).

باستبدال القاعدة بالتعويض للضحايا^(١).

ثانياً: الاتجاه المؤيد لفكرة استبعاد الأدلة:

هذا الاتجاه يؤيد تطبيق فكرة استبعاد الأدلة، انطلاقاً من أهمية وظائفها الجوهرية التي لا غنى عنها في نظام الإجراءات الجنائية، ويؤسسون مناداتهم بالأسباب الآتية:
١ - بأنها وسيلة لحماية الأفراد:

إن تطبيق قاعدة استبعاد الأدلة، كما قيل تهدف بالدرجة الأولى، إلى حماية أشخاص المواطنين ومساكنهم وحقهم في الخصوصية ضد احتمال إساءة سلطات تنفيذ القانون^(٢).
ولكن في الوقت ذاته لا تستهدف هذه القاعدة تحقيق العدالة للشخص المضروب، أي حماية المتهم من الإجراء الباطل الذي تحقق بالفعل، وإنما تبدو أهميتها في الالتزام الذي يقره القانون لاحترام حقوق المتهم^(٣). فإن عملية البحث عن الأدلة الجنائية يجب أن يحكمها احترام كرامة الإنسان، وهذا يؤدي إلى نبذ العنف والتزام النزاهة في تحصيلها. وهكذا، تظهر قاعدة الاستبعاد على أنها العلاج الذي يقدمه المجتمع لصالح المهتم على نحو يضمن به احترام كرامته من تعسف سلطات الدولة المحتمل في هذا الصدد.

وبعيداً عن مظاهر الإساءة رغم ذلك فإننا لن نستطيع نفي كون القاعدة الإجرائية التي تحكم الإجراءات الجنائية تنطوي بطبيعتها على قدر لا يستهان به القهر والإكراه الذي تمارسه السلطة في مواجهة الأفراد، بحجة حق المجتمع في العقاب، وذلك حتى لا يفلت المتهم من المسؤولية، مما يعرض حقوق وحرية الأفراد بطبيعة الحال للخطر^(٤)، ورغم وجود الضمانات؛ لأن تقييد الإجراءات وإحاطتها وإحاطتها بالضمانات لا يكفي لوحده لتحقيق احترام الأفراد، وارتباط ذلك بمبدأ أصل البراءة التي نصت عليها معظم التشريعات لاحترام الفرد بوصفه بريئاً إلى أن تثبت إدانته بحكم قضائي بات^(٥).

(1) Barnett, R. E., Resolving the Dilemma of the Exclusionary Rule: An Application of Restitutive Principles of Justice, *Emo. L. J.*, 32, 1983, p: 937 .

(2) Geneviève G. D. , op. cit, p: 139, 188. & Francisco D., The right to defense in the preliminary investigation phase in criminal matters, *B. J. L. & Politics*, vol 16, N^o3, 2023, p: 1486.

(3) سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي: محاولة تأصيل أسباب البطلان في ظل قضاء النقض في مصر ولبنان وفرنسا، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٥.

Driscoll J., Excluding Illegally Obtained Evidence in the United States, *Crim. L. Rev.*, 1987, p:556.

(4) حيث يعتبر البعض أن الإجراءات الجنائية بكل ما تستهدفه من جمع الأدلة لكشف الحقيقة تمس حرية المتهم أو تعرضها للخطر. ذكر ذلك: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

(5) انظر المادة (٤٧) من الدستور اليمني.

وبالتالي، فقاعدة الاستبعاد هي وسيلة عملية لضمان حماية الأفراد.

٢ - تحافظ القاعدة على المشروعية الأخلاقية لنظام العدالة الجنائية:

قيل في خصوص قاعدة استبعاد الأدلة: إنها وسيلة يتم اللجوء إليها للحفاظ على المشروعية الأخلاقية لنظام العدالة الجنائية، نتيجة بما يقوم به القضاء من أشرف على صحة الإجراءات الجنائية^(١). إذ ليس من المستساغ من أجل الوصول إلى الحقيقة، أن يكون الدليل الذي يتم الحصول عليه بإجراءات غير مشروعة يتعين قبوله دائماً؛ لأن هذا الموقف يتجاهل تماماً البعد الأخلاقي لنظام العدالة الجنائية، بل إن نظام العدالة يأبى أن تبنى الإدانة على إجراءات أو أدلة معيبة، أو هي كما وصفها جانب من الفقه بأن "الأدلة هي أداة العدالة، ويجب عدم إساءة استخدامها للحصول على إدانة بأي ثمن"^(٢). بل إن الاستناد في الحكم القضائي على أدلة معيبة من شأنه أن يعرض للخطر الثقة التي يضعها جمهور الناس في الإجراءات القضائية. ولهذا فهم يرون بأن قبول جمهور الناس لسلطة القضاء يعتمد في الأساس على هذه المشروعية الأخلاقية.

ويستفاد من ذلك، أن الأدلة التي تتمتع بمصادقية يمكن استبعادها؛ لأنه من شأنها أن تقلل من التأثير الأخلاقي للعدالة الجنائية^(٣).

٣ - أن قاعدة الاستبعاد وسيلة لا غنى عنها لاحترام وتطبيق القانون:

إن قاعدة استبعاد الأدلة كما قيل تعلي من الدور الأخلاقي للقانون وتحفز على تكريسه كقاعدة سلوك في مواجهة القائمين على تطبيقه^(٤)، ومن البيديي أن المشرّع لا يشرع اعتبارياً، فالقانون دائماً يمنع ما هو غير مشروع حرصاً منه على قيم لا يريد إهدارها بل يريد ترسيخها، ويلتزم به جميع المخاطبين به، فصفة الإلزام التي تتميز بها القواعد القانونية بصفة عامة هي التي تميز هذه القواعد عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعي، عن طريق ما تفرضه من جزاءات تترتب على

(١) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص٤٢٨. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجنائية، دار الثقافة للنشر، عمان، ط١، ٢٠٠٥، ص٥٥.

Merle R. & Vitu A., Traite de droit criminel, Procédure Pénale, Cujas, Paris, 1979, p:197.

(٢) Rellé A., op. cit.

(٣) ويتشابه هذا التفسير إلى حد كبير مع المنهج الذي تبنته بعض المحاكم، ومن ذلك محكمة النقض المصرية حينما قالت إنه: "إذا كان دفاع المتهم مبنياً على الاعتراف المعزول إليه في التحقيقات كان وليد إكراه وقع عليه ... فإن الاعتراف يجب ألا يعول عليه، ولو كان صادقا متى كان وليد إكراه كأننا ما كان قدره". نقض جنائي، ١٥ فبراير ١٩٤٧، مجموعة القواعد القانونية، ج ٧، رقم ٤٥٢، ص٤١٨.

(٤) Jimenes L., L'Antijuridicité, Revue Internationale de droit pénal 1951, p.299.& Panda Iv.: op.cit.

مخالفتها، الأمر الذي يؤدي حتماً إلى ضمان احترامها الاحترام المطلوب. وبالتالي، فإن عدم العمل بقاعدة كقاعدة - الاستبعاد - سيؤدي لا محالة إلى إعطاء سند قوي للبيئات المخولة للتمادي في التجاوزات وتبرير خروجها على القواعد بهدف الوصول إلى الحقيقة دون مراعاة القواعد القانونية. لذلك قيل: "إن النظام القضائي الذي يعمل بدون قاعدة الاستبعاد يشبه مندوب مشتريات حكومي يدفع ثمناً غالباً من أجل الحصول على دليل مدموغ بانعدام الدستورية"^(١).

والخلاصة، أن في ضوء بعض الأسباب التي ذكرت يدعو جانب من فقهاء القانون إلى عدم تطبيق قاعدة الاستبعاد؛ لأنها تأتي بنتائج عكسية. وبالتالي فإن هذه القاعدة ليس أكثر من أمل في إفلات المجرمين من العقاب. بينما على العكس تماماً ذهب جانب آخر من الفقهاء.

الفرع الثاني

موقف القضاء من قاعدة استبعاد الأدلة

من خلال هذه الفرع نحاول التعرف على موقف القضاء اليميني من قاعدة الاستبعاد، ونركز حديثنا على قضاء المحكمة العليا، والمتبع لقاعدة الاستبعاد بالنسبة لقضاء هذه المحكمة، يجد أنها لا تخرج عن الاتجاه المؤيد المشار إليه في الفقه - كما بينا سابقاً - إلى عدم قبول الأدلة غير المشروعة. فقد تواترت أحكامها في هذا الشأن لا مجال لحصرها، وأنا سوف نفتطف منها الأمثلة التالية:

مما ورد في حيثيات أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا اليمينية في حكمها بتاريخ ١٢ سبتمبر ٢٠١٣ جاء فيه: "إن كل ما يترتب على الإجراء الباطل فهو باطل"^(٢). وعلى نحو آخر، قالت هذه المحكمة: إن محكمة الموضوع تحكم في المواد الجزائية بمقتضى العقيد التي تكون لديها من خلال المحاكمة بناء على سائر الأدلة الجائزة قانوناً"^(٣). وعلى نحو مماثل، قالت المحكمة: "إن محكمة الموضوع أن تستخلص من مجموعة الأدلة المطروحة عليها، شريطة أن يكون استخلاصها سائغاً ومقبولاً بناء على أدلة صحيحة لها أصل ثابت في أوراق الدعوى وسند صحيح في القانون"^(٤).

ليتبين لنا، أن ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة، وهو لكي يتم قبول الأدلة يتعين أن تكون هذه قانونية أو ناتجة عن إجراءات مشروعة.

(1) Amesterdam G., Perspectives on the Fourth Amendment, Min. L. Rev., 1974, p.431.

(2) طعن، ١٢ سبتمبر ٢٠١٣، القواعد القضائية، رقم ١٦، ص ٤٢.

(3) طعن يمني، ٣ إبريل ٢٠١٣ م، القواعد القضائية، رقم ٦، ص ١٣.

(4) طعن يمني، ٢٠ فبراير ٢٠١٤ م، القواعد القضائية، رقم ٣٩، ص ١٠٤.

المطلب الثاني

موقف الفقه الإسلامي ورأينا في شأن قاعدة الاستبعاد

نبت في هذا المقام موقف الفقه الإسلامي من قاعدة الاستبعاد في فرع أول، ثم نستعرض رأينا في شأن هذه القاعدة في فرع ثان.

الفرع الأول

موقف الفقه الإسلامي من قاعدة الاستبعاد

إن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية يرون استبعاد الدليل المتحصل عليه بمخالفة الكتاب أو السنة أو انتهاك أصل من الأصول الشرعية المجمع عليها على تفصيل^(١). كاستعمال الاكراه والقسوة، أو اقتحام المساكن بدون مسوغ، أو استعمال العقاقير المخدرة أو من خلال التجسس أو التلصص^(٢). فهو يضمن نزاهة الإجراءات وتحقيق العدالة والمحافظة على حقوق الأفراد، كما أنه قد يضمن تعزيز الثقة في النظام القضائي والمحافظة على الأخلاقيات وهذا ما يدعو إلى الأخذ بها. على الرغم من وجود أهداف مشتركة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في استبعاد الأدلة الجنائية مثل تحقيق العدالة وحماية حقوق الأفراد، إلا أن الفقه الإسلامي يعتمد على النصوص الشرعية والأحاديث النبوية الشريفة في تحقيق هذه الأهداف، بينما يستند القانون إلى مبادئ حقوق الإنسان والنصوص الدستورية والقوانين الجنائية. فضلا أن معنى العدالة في الفقه الإسلامي للتأكيد على العدالة الإلهية. بينما في القانون تعبر عن ضمان أن الأحكام القضائية تعتمد على أدلة قانونية.

الفرع الثاني

رأينا في شأن قاعدة الاستبعاد

استخلاصا مما سبق في شأن قاعدة الاستبعاد، نرى من جانبنا أن نكون مؤيدين لإمكانية تطبيق قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية، ونؤسس رأينا إلى جانب الآراء السابق الإشارة إليها بالأسباب الآتية:-

أولاً: أن قاعدة الاستبعاد ضرورة عملية لتفعيل السياسة التي أرادها المشرع^(٣)؛ لأن الشيء

(١) راجع في ذلك: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج١، دار الكاتب العربي، بيروت، دت، ص ٢٢٥ وما بعدها. أحمد إبراهيم علي، بطلان التشريع الوضعي المخالف للتشريع الجنائي الإسلامي، دكتوراه، جامعة الأزهر، دار المصطفى للنشر والتوزيع، ١٩٧٨، ص ٢٣١.

(٢) محمد أحمد الترهوني، مرجع سابق، ص ٧٥ وما بعدها.

(٣) حيث اعتبر جانب من الفقه أن جميع ما نص عليه المشرع من قواعد في قانون الإجراءات الجنائية قد ابتغى به

الذي نحن بصددده، هناك أمران متعارضان ومتناغمان، من ناحية، تنفيذ ما يفرضه القانون الجنائي، ومن ناحية أخرى، حماية كرامة الإنسان التي قررها الدستور والقوانين الإجرائية، وفي التعامل مع هذين الأمرين، فلا بد من إعطاء معنى لما يريده المشرع من النص، حتى وإن لم يكن بلغة صريحة^(١)؛ لتفعيل السياسة التي أصاغها^(٢).

ثانياً : أن قاعدة الاستبعاد تشكل ذراعاً قوياً للمشروعية في المسائل المتعلقة بالأدلة الجنائية، وبصفة خاصة الامتثال للإجراءات المفروضة للوصول إلى هذه الأدلة. إذ أن هذه الإجراءات قد نصت عليها الشريعة ونص عليها القانون، بحيث يمكن الاستفادة من النصوص من عدم التعويل على الأدلة المتحصلة بالمخالفة لها حتى لو أدت إلى اكتشاف جريمة، ومن ذلك قوله -ﷺ- : (وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٣)، وكذلك ما نص عليه قانون الإجراءات الجزائية اليمني في المواد (٦، ٣٢٢، ٤٠٢)، إذ تعد تلك روافداً مهماً من روافد عدم مشروعية الأدلة الجنائية. وقد بين ذلك العديد من الفقهاء، حيث اعتبروا أن الأدلة المشروعة هي ما يأخذ بها، وأما الأدلة غير المشروعة فلا يؤخذ بها، ويجب اتباع الإجراءات والقواعد التي المقررة للحصول على الدليل وإلا استبعد^(٤). وذهب آخرون إلى أبعد من ذلك حين يرون أنه لا يحول دون ذلك أن تكون هذه الأدلة صارخة واضحة على إدانة المتهم طالما لا يتسم مصدرها بالنزاهة والمشروعية^(٥). كما عد جانب آخر من الفقه هذه القاعدة بأنها أنسب الوسائل للفرد لحمل ما يدعيه من مخالفات قانونية في ملاحقته للفصل فيها أمام القضاء^(٦).

ومن ثم لا يجب أن تقبل أي أدلة غير مشروعة، بل إن قبولها سوف يشكل تهديداً حقيقياً

غرضاً معيناً يهدف به في النهاية إلى تحقيق العدالة الجنائية بين أفراد المجتمع. ذكر ذلك: حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، ج ٢، مرجع سابق، ص ٧٦٣.

(١) Serghei P. : op. cit., p: 350.

(٢) ويمكن استخلاص مثل هذا التحليل من حكم اتخذته المحكمة الأمريكية العليا في قضية ويكس ضد الولايات المتحدة، والذي جاء نصه أن: "بقدر ما تستحق محاولات المحاكم معاقبة المذنبين من مساعدة، إلا أن ذلك لا يجب أن يعنى التضحية بتلك المبادئ العظيمة التي تم إدخالها في القانون الأساسي للبلاد نتيجة لتضحيات جسام". Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).

(٣) البيهقي، السنن الكبرى، ج ٦، ص ١٣٩.

(٤) محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ١١٦ وما بعدها

(٥) ومن هؤلاء، أحمد سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ص ٣٩٦. عبد الله الذبحاني، مرجع سابق، ص ٧٩٣.

(٦) أحمد عوض بلال، مرجع سابق، ص ١٥٠.

لجميع، بهذا المعنى اعترف جانب من الفقه بأن ذلك "ضار بحريات الجميع وحقوقهم"^(١)، وعلى العكس فإنه بمجرد احترام المشروعية فهذه الحقوق والحريات مكفولة ومضمونة. وبالتالي فإن قاعدة استبعاد الأدلة تعد الضمان الأكيد للمشروعية والقيم الإنسانية التي تم تجاهلها سابقاً.

ثالثاً: أن قاعدة الاستبعاد تمثل أنسب الوسائل المتاحة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، ونستنتج ذلك مما سبق من حجج بعض الفقه المؤيد لقاعدة الاستبعاد الذين أقروا بأن هدف تطبيق هذه القاعدة في المقام الأول هو حماية الأفراد من الإجراءات التعسفية التي تقوم بها الدولة^(٢). وهكذا، فلا يجبر مشتبه فيها على أن يكون شاهداً على نفسه، كما لا يجوز إجباره على الاعتراف - كما سبق البيان -، حتى ولو يمكن الوثوق بصحته. صحيح أننا لا ننكر أن المشتبه فيه ربما يكون مجرماً خطيراً، ومع ذلك، لا يمكن التسامح مع الانتهاكات بشكل كاملة دون معالجة. وعلى العكس من ذلك، نرى أن المشرّع اليميني خلق سبل العدالة، وقام بمعالجة ذلك الأمر، حيث وضع ضميناً ضمانات محددة وواضحة للوصول القانوني إلى الأدلة، كالضمانات المنصوص عليها في المواد (١٤)، (٧١)، (١٧٧)، (١٧٨)، (١٨١) وغيرها من قانون الإجراءات الجزائية اليميني. للتأكيد على أن المساس بحقوق الإنسان يتطلب المعالجة في شكل محدد، ولكن لا يعني بالضرورة أنه يحتضن شكل الاستبعاد، يمكن تحديد الأدلة التي يتم الحصول عليها نتيجة المساس بالحقوق على أنها باطلة أو غير مقبولة في المحاكمة.

رابعاً: ومع مراعاة ما ذكر أعلاه، يمكن أن نكون أمام تفسير آخر ليس في معنى جبر الحقوق أكثر من صيانة الإجراء وحماية أمن الأفراد في المستقبل. وهذا يركز على السلوك المستقبلي فقط، من خلال تركيز القاعدة في معالجتها بالضغط على السلطات المخولة بالتصرف خارج المشروعية، بحرمان هذه السلطات من ثمار الأدلة في قضية معينة، وبالتالي، سوف تفكر أكثر من مرة قبل حرمان المشتبه فيه من حقوقه في إجراء لاحق. ولكن يجب ألا يُفهم بأن هذا الأمر غايةه إبطاء أعمال السلطات أو شل أيديها أو تعطيلها^(٣) أو وسيلة لتبرئة المذنبين^(٤)؛ لأن ذلك في غير محله. ولكن في الوقت ذاته لا ينفي عن القاعدة تأثيرها السلبي، والذي أشبهه بأداة لمصلحة المذنبين، ومع ذلك ينبغي تجاهله؛ تعزيراً

(١) Lorrain R. & Forno L., "Les nullités en procédure pénale: sanctionner une mauvaise administration de la preuve est le symbole d'une bonne administration de la justice" Dalloz, juin- 2021.< <https://www.dalloz-actualite.fr> > آخر وصول ١٥ يوليو ٢٠٢٤.

(٢) يراجع ما ذكرناه حول آراء بعض الفقه المؤيد لفكرة الاستبعاد، ومن ثم نحيل إليه منعاً للتكرار.

(٣) وإنما هي ضمان وكفالة التزام هذه السلطات حدود مهمتها وواجباتها.

(٤) حيث يعتبر البعض قاعدة الاستبعاد ليس إلا ستاراً يخفي محاولة إفلات المجرمين من العقاب. تفصيل هذا الرأي

أوردته، سيف إبراهيم المصاروة، مرجع سابق، ص ١٨٣، ٢٣٨.

لسياسة مكافحة التجاوزات عن الإجراءات القانونية أمام الإجراءات الأخرى. وفي النهاية فإن لم تشكل هذه القاعدة عائقاً أمام الكثير من النقد الذي أورده الاتجاه المعارض، فضلاً أن مجمل التفسيرات التي أوردها الاتجاه المؤيد لاستبعاد الأدلة تتشكل في المقام الأول؛ لأن من الممكن النظر إلى قاعدة استبعاد الأدلة من جوانب أخرى أيضاً، فأغلب الأحيان تعاقب هذه القاعدة على المخالفات المتعلقة بالقواعد القانونية التي تحكم الأدلة في الإجراءات الجنائية، فالحكم بها هو تعبيراً عن العدالة الجنائية. أو يمكن القول: إن هذه القاعدة هي مجرد رقابة قضائية تنبه السلطات المخولة بأنها لم تجتهد بما فيه الكفاية فيما يتعلق بهذه القواعد، فهي بالتالي ليس منة ممنوحة للمتهم بل تذكير بالقانون من قبل المحكمة. إذ في الأخير لا تهدف إلى السماح للمجرم بالإفلات من العقاب، ولكن تهدف إلى حماية الأشخاص من التعسف وإساءة استخدام السلطة أثناء الحصول على الأدلة. فهذا يعني إذا حرصت هذه الهيئات بقانونية الإجراءات التي تقوم بها في شأن الأدلة فإن ذلك يؤدي إلى تجنب استبعادها. ويعد المشرع في تحديده وتنظيمه بالإجراءات والقواعد القانونية، وكذلك للجزاء كأثر يترتب على ما قد يقع من تجاوزات فيما يتعلق بالأدلة في الإجراءات الجنائية. غير تبقى الاشكالية التي لا يمكن معالجتها في الواقع العملي، وهي حالة تكون بعد الاكتشاف المادي للأدلة، إذ يتعين استبعاد الأدلة غير المشروعة، فالرجوع في الوضع السابق أمر لا يمكن تصوره من الناحية الواقعية. وهو كما وصفه البعض بأنه "سيولد تكاليف اجتماعية كبيرة"^(١)، والتي تشمل في بعض الأحيان إطلاق سراح المجرمين الخطرين. ولكن من أجل سلامة الإجراءات وحماية حقوق وكرامة الأشخاص في الإجراءات الجنائية، توضع التشريعات عادة ضمانات محددة ومعايير واضحة للوصول إلى الأدلة بطرق صحيحة، كالضمانات المنصوص عليها في المواد (١٤، ٧١، ١٧٧، ١٧٨، ١٨١) وغيرها من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

المطلب الثالث

أثر تطبيق قاعدة استبعاد الأدلة الجنائية

إن الأثر الفوري والمباشر لقاعد الاستبعاد، هو استبعاد الأدلة غير المشروعة أو التي تم الحصول عليها بشكل غير مبرر. والنتيجة لهذا هو عدم الاعتماد في الحكم على الأدلة المستبعدة. ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الصدد حول مدى أثر تطبيق هذه القاعدة، فهل تطبق بشكل تلقائي بحيث يستطيع القاضي من خلالها أن يقرر بشأن عدم مشروعية أو قانونية الأدلة؟ أو من خلال عملية أخرى كالتقييم القضائي مثلاً؟

(١) United States v. Leon, 468 U.S. 897, 907 (1984).

والإحاطة بذلك، تقتضي منا البحث في فرعين، في الأول منهما نبحت أثر تطبيق قاعدة الاستبعاد في القانون اليمني، وفي الثاني نستعرض أثر تطبيق هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول

أثر تطبيق قاعدة الاستبعاد في القانون اليمني

إن الناظر في القانون اليمني قد لا مسنا أنه لا توجد أسس واضحة من حيث المبدأ عما يترتب عن الحصول بطريق غير قانوني للأدلة أو يحظر قبول أدلة معينة، فالنصوص الخاصة بالأدلة في القانون اليمني لم تحدد أسساً قانونية صريحة تلزم القاضي من خلالها أن يقرر بشأن قبول الأدلة أو عدم قبولها^(١)، ولهذا السبب يتم تحويل القرار النهائي المتعلق بقبول الأدلة أو استبعادها في القانون اليمني إلى مستوى القرارات القضائية^(٢). تنص المادة (٣٦٧) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، على أن يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته. وعلى ذلك أقرت المحكمة العليا اليمنية في العديد من أحكامها^(٣).

وهو الأمر الذي يمكن معه القول: إن القانون اليمني لا يعترف بالاستبعاد التلقائي للأدلة غير القانونية أو التي يتم الحصول عليها بوسائل غير سليمة^(٤).

ولكن في بعض الحالات يمكن تطبيق الاستبعاد بموجب القواعد القانونية بشكل تلقائي للأدلة، وعادة ما تشير إلى الإجراء القانوني نفسه الذي يترتب على مخالفة قواعد معينة، وتحدد هذه الحالات في التشريع اليمني وفقاً لحالتين:-

(١) وإن كنا نرى وجوب توافر الطابع الشكلي لجميع الإجراءات التي تتخذها السلطات الإجرائية، بما فيها إجراءات استبعاد الأدلة؛ لأن هذه الأخيرة نوع من أنواع الحظر التي تحد من القدرة على استخدام الأدلة في الإثبات. وبالتالي، يتوجب أن يكون مصدر هذه الإجراءات القانون، بحيث يقرر القانون حظر استخدام مثل هذه الأدلة.

(٢) بحيث يترك للقاضي الحرية أن يتصرف على أساس الاقتناع بأن بعض الأدلة "غير مقبولة". يراجع: عبد الله سعيد الذبحاني، مرجع سابق، ص ٧٩٠. مطهر عبده محمد الشميري، مرجع سابق، ص ٣١٧. سعيد البرك السكوتي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، بدون ناشر، ط ١، ٢٠٢٢، ص ٤٠٩.

(٣) على أن تقدير الأدلة وحجتها في الإثبات منوط استقلالاً بمحكمة الموضوع ووفق قناعتها. ويحكم القاضي في الدعوى بمقتضى العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته. راجع حكمها بتاريخ ٣ إبريل ٢٠١٤م، القواعد القضائية، رقم ٢، ص ٧. وحكم بتاريخ، ٢٧ يناير ٢٠١٣م، القواعد القضائية، رقم ٢٦، ص ٨٥. وحكم بتاريخ، ٣ إبريل ٢٠١٣م، القواعد القضائية، رقم ٦، ص ١٣.

(٤) وهذا الأمر مجعماً عليه في القوانين الوطنية الأخرى والفقهاء الدولي، يراجع:

الحالة الأولى : عندما يتعلق الأمر بحالات الاستبعاد المنصوصة عليها في المادة (٦) من قانون الإجراءات الجزائية.

الحالة الثانية : في حالة بطلان الإجراءات الجنائية نتيجة مخالفة لما تستوجبه القواعد الإجرائية من مقومات أو عناصر أو شروط صحة هذه الإجراءات. والواقع، أن هذه الحالة تحقق نفس أهداف استبعاد الأدلة، إذ لا يجوز قبول الأدلة التي يتم الحصول عليها عن طريق الإجراءات الباطلة، استناداً الى المادة (٤٠٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني. وفي هذا الصدد اعتبرت المحكمة العليا اليمنية بأن مخالفة قواعد التفتيش واشتراطاته يبتنى عليها بطلان الإجراء وكذلك الدليل المستمد منه إذ أن كل ما يترتب على الإجراء الباطل فهو باطل^(١). غير أن البطلان هنا لا يؤثر على صحة الأدلة المنفصلة عن الإجراء الباطل^(٢)، فإذا ثبت مثلاً أن اعتراف المتهم مستقل عن واقعة التفتيش الباطل إذ لم تتأثر به، فلا يوجد ما يحول دون أخذ القاضي بهذا الدليل المستقل.

وتأسيساً على ذلك، فإن الحصول على أدلة تحت التعذيب أو ممارسات مماثلة يجب استبعادها تلقائياً، وكذلك للأدلة التي يتم الحصول عليها من خلال إجراءات غير قانونية^(٣) كالتفتيش غير القانوني أو القبض غير الصحيح، وهكذا، في المعاينة أو إجراءات ندب الخبير أو سماع الشاهد. وتكون الأدلة كذلك، إذا تم الحصول عليها نتيجة مخالفة للنظام العام أو لحسن الآداب، وذلك كأن يكون المحرر الذي تعول عليه المحكمة في تكوين عقيدتها مسروقاً، أو تكون الاستدلالات قد جاءت عن طريق استراق السمع أو التجسس من ثقب الأبواب^(٤).

وإذا كانت هذه القاعدة في القانون اليمني تنحصر آثار تطبيقها في الغالب على بعض الحالات كما تقدم، فهل يعني ذلك عدم إمكانية تطبيق هذه القاعدة على حالات أخرى غير مستوعبة لها؟

من الملاحظ في هذا الشأن أن الحالات التي لم تكن مستوعبة، فالسائد أنه لا يعني عدم وجود قاعدة إجرائية منصوصاً عليها، هو عدم إمكانية تطبيق قاعدة الاستبعاد. بحيث يترك للقاضي

(١) انظر: طعن يمني، ١٢ سبتمبر ٢٠١٣ م، القواعد القضائية، رقم ١٦، ص ٤٢.

(٢) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٤٨.

(٣) ولا يختلف هذا الحال كثيراً في بعض قوانين الإجراءات الجنائية لبعض الدول العربية، ومن ذلك المصري بموجب المادتين (٣٠٢، ٣٣٦)، والقطري في المادتين (٢٣٢، ٢٦٢)، والبحريني في المادتين (٢٥٣، ٢٨٦).

(٤) كمال عبد الواحد الجوهري، ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه والمحاكمة الجنائية العادلة وأوجه وأسباب الطعن في الأحكام الصادرة بالإدانة وفق أحكام القانونين المصري والكويتي وقضاء محكمتي النقض والتمييز، ط ١، المركز القومي، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٩١، ٩٢.

الحرية في تقييم كل الأدلة المتاحة التي تم الحصول عليها، مع أخذه في الاعتبار المبادئ الناشئة عن الدستور والمبادئ المتعلقة باحترام الكرامة الإنسانية، والقيم المعترف بها عمومًا^(١). وذلك من خلال الاسم القانوني للمخالفات في شأن التنقيب عن الأدلة أو تقديمها، وبشكل خاص عندما تنطوي المخالفة على مساس للحقوق الأساسية مثل الحق في السلامة الجسدية أو الحق في الحياة الخاصة أو الحق في الحرية، وسائر الحقوق والحريات الشخصية؛ لأن في مثل هذه الحالات لا بد أن تكون من النظام العام والتي يحظر من الانتقاص منها، وهو ما ذكره صراحة المشرع اليمني في المواد (٦، ١٤، ٧١، ١٧٨) من قانون الإجراءات الجزائية. ومن صياغ القول بأن التنقيب عن الدليل أو تقديمه، يتعين أن يتم في إطار يتضمن أكبر قدر من الحقيقة لتحقيق العدالة الجنائية، بحيث تستبعد الوسائل المعيبة للحصول على الدليل، لتعارضها مع مبدأ الكرامة الإنسانية والنظام العام، فضلاً عن عدم ثبوت واقعة جاءت وليدة إجراءات معيبة مخالفة للقواعد المختلفة التي رسمها المشرع وحثم إتباعها في جمع الاستدلال أو في التحقيق أو المحاكمة.

وطالما أنه لا توجد قائمة بجميع الحالات التي قد تؤدي إلى استبعاد الأدلة -كما سبق-، فإن بعض فقهاء القانون الجنائي يرون أن كل مخالفة للقانون في شأن الأدلة يجب أن تؤدي إلى عدم قبولها أو استبعادها، فلا يجوز للقاضي أن يستند في قضائه بالإدانة على دليل غير قانوني^(٢). وفي الحقيقة، نرى أن المخالفات (البسيطة) لا تبرر استبعاد الأدلة؛ لأنه عادةً ما تتم حماية الإجراءات المهمة بواسطة هذه القاعدة، كالحالات التي تخص السلامة الجسدية للأفراد، وحقوق الدفاع، والحقوق الإجرائية مثل افتراض البراءة وما إلى ذلك. إذ ينبغي النظر في نوع المخالفة وتأثيرها على الإجراء حتى تتطلب عدم قبول الأدلة التي تم الحصول عليها بشكل معيب. مع مراعاة اعتبارات أخرى أيضاً، منها اعتبارات المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وكذا صلة الأدلة بالقضية. ولكن من المهم أن يتم النظر إلى هذا التصور من منظور أساسه تحري الحقيقة المجردة، الذي يلعب دوراً أساسياً في المحاكمات الجنائية. وبالتالي، يتعين على القاضي من ناحية، موازنة المصالح المحمية (أيا كان نوعها)، ومن ناحية أخرى التزامه بالبحث عن الحقيقة^(٣) كما هو منصوص عليه في المواد (٨، ٣٣٢، ٣٣٣،

(١) Kuczyńska, H., Mecanismos de exclusão de provas indesejáveis ao processo penal: um estudo comparado, Revista Brasileira De Direito Processual Penal, vol 7, No 1, 43, 2021. <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.473>> آخر وصول ١ اغسطس ٢٠٢٤.

(٢) أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص ٦٥١.

(٣) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٥٧٢. محمد شجاع، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، جامعة صنعاء، ١٩٩٨، ص ٤٩٢.

٣٣٤) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

وفي الواقع، أن هذه الموازنة كما هو معمولاً به في اليمن تُركت لتقدير القاضي في عدم قبول الأدلة وبناء حكمه عليها إذا كانت الأدلة غير مشروعة أو قانونية أو تم تحصيلها بطرق معيبة، مع التزامه بتقديم الأسباب^(١). يجد هذا القرار أساسه في المادة (٣٦٧) من قانون الإجراءات الجزائية، على أن يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته^(٢). وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة العليا على أن "تقدير الأدلة وحجتها في الإثبات منوط استقلالاً بمحكمة الموضوع ووفق قناعتها... و يحكم القاضي في الدعوى بمقتضى العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته^(٣)". كما قضت هذه المحكمة بأن التحقق من إكراه المتهم وتهديده لحمله على الإقرار بارتكاب الجريمة هو قرار متروك تقديره لمحكمة الموضوع دون معقب عليها في ذلك من المحكمة الأعلى درجة^(٤).

غير أن عند تحديد قاعدة استبعاد الأدلة المترتبة عن حالة (البطلان) للإجراءات القانونية أو إجراءات الإثبات، فإنه متى ما توفرت شروطه، لا تخضع للترجيح، فإن آثار هذه الإجراءات تبطل من الناحية الإجرائية.

الفرع الثاني

أثر تطبيق قاعدة الاستبعاد في الشريعة الإسلامية

سبق البيان بأن الاثر المباشر المترتب على الإخلال بضوابط مشروعية الأدلة الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني هو استبعاد الدليل، ويصبح هذا الدليل هو والعدم سواء ولا يترتب على هذا الدليل حكم ولا يستند إليه القاضي في بناء أحكامه. والهدف من ذلك ضمان العدالة وحماية الحقوق من خلال استبعاد الأدلة غير المشروعة.

ولكن هل يطبق هذا الاستبعاد في الشريعة الإسلامية بشكل تلقائي، أم أن الأمر يتطلب

التقييم القضائي؟

فمن حيث المبدأ لا تُطبق قاعدة استبعاد الأدلة الجنائية في الشريعة الإسلامية تلقائياً، حيث

(١) طعن يمني، ٢٥ مايو ٢٠١٣، القواعد القضائية، رقم ٦٨، ص ١٩٠.

(٢) من الملاحظ في هذه المادة أنها لم تحدد الأدلة المقبولة، ولم تنص على الوسائل في شأن تحصيل الأدلة. وهذا يعني أنه لا توجد أدلة أو وسائل إثبات لتفضيلها أو استبعادها. ولكن لا يمكن للقاضي أن يبني قراره على أدلة مخالفة للمشروعية القانونية. طعن يمني، ٢٥ مايو ٢٠١٣، القواعد القضائية، رقم ٦٨، ص ١٩٠.

(٣) راجع حكمها بتاريخ ٣ إبريل ٢٠١٤، القواعد القضائية، رقم ٢، ص ٧. وحكم بتاريخ ٢٣ إبريل ٢٠١٣، رقم ٢٨، ص ٧٨.

(٤) طعن يمني، ٥ فبراير ٢٠١٤ م، القواعد القضائية، رقم ٢٩، ص ٨٢.

يترك القرار النهائي لاقتناع القاضي، فله أن يتصرف على أساس الاقتناع بأن بعض الأدلة "غير مقبولة". يجد هذا الأمر أساسه في الكثير من الآيات القرآنية والاحاديث النبوية وكذلك في آراء الفقهاء. يقول الله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ} (١). ففي هذه الآية الكريمة دليل على التبيين من صحة الشهادة قبل اتخاذ القرار (٢). وروي عن الرسول - ﷺ - أنه قال: (إنما أقضي بينكم برأيي فيما لم يُوحَ إليّ فيه، فإذا كان أحدكم ألحن بحجته من الآخر فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه، وإنما أقطع له قطعة من النار) (٣). وكذلك قاعدة (درء الحدود بالشبهات)، التي تشير إلى مبدأ حرية الاقتناع القضائي في الشريعة الإسلامية، لتحقيق العدالة وضمان أن تكون الأحكام القضائية مستندة إلى يقين كامل واقتناع بالأدلة المقدمة، فضلا عن تجنب فرض عقوبات الحدود إذا كان هناك شكوك في صحة الأدلة (٤).

ولكن، ليس هذا هو الحال بالنسبة لجميع حالات الاستبعاد، حيث إن بعض الحالات يمكن تطبيق الاستبعاد بشكل تلقائي للأدلة في الشريعة الإسلامية، وعادة ما تتحدد هذه الحالات في الأدلة والشهادات المقدمة بطرق غير صحيحة أو نزيهة، أو أنها تم الحصول عليها بطرق غير مشروعة، مثل التعذيب أو الإكراه. قال الرسول - ﷺ -: (وضع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) (٥). هذا يعني أن أي دليل يُجمع بالإكراه أو لم يستند إلى النصوص الشرعية يُعتبر غير مشروع. وخلاصة الأمر بالنسبة لقاعدة الاستبعاد، حالات معينة تقرها الشريعة وكذلك القانون، أما المتبقي فتتطلب تقييماً قضائياً دقيقاً، ولا تُطبق تلقائياً. فالقاضي يلعب دوراً رئيسياً في التحقق من نزاهة الأدلة وصحتها قبل إصدار الحكم القضائي لضمان تحقيق العدالة، ومع ذلك فإن هذا التقييم مقيد بالأحكام الشرعية والقانونية.

(١) سورة الحجرات: الآية ٦.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام البخاري، ج ١٦، دار الكتب، الرياض، ٢٠٠٣، ص ٣١٢.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، ج ٢، تحقيق: مصطفى البغا، دار ابن كثير، دمشق، ط ٥، ١٩٩٣، ص ٩٥٢.

(٤) الشوكاني، نيل الأوطار، ج ١٣، ص ٢٦٧.

(٥) البيهقي، السنن الكبرى، ج ٦، ص ١٣٩.

الخاتمة

بالانتهاء من هذا البحث - بعون الله وتوفيقه- والذي أعد لتسليط الضوء، في شأن قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية "دراسة مقارنة"، وقد تضمن بيان أساسيات قاعدة استبعاد الأدلة وتقديرها في ظل المنظومة الفقهية والقضائية وختاماً بالآثار المترتبة على تطبيقها في القانون اليمني والشريعة الإسلامية.

وبناء على ذلك حري بنا ونحن نختم هذا البحث أن نورد أهم النتائج التي توصلنا إليها، والتوصيات التي ارتأينا الأخذ بها وذلك على النحو الآتي:-

أولاً- النتائج :

١ - تبين من خلال هذا البحث أن قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية هي قاعدة قانونية تم تنظيمها في القانون اليمني، والذي نص بتطبيقها على كل دليل غير مشروع، أو جاء وليد إجراءات باطلة في القانون. ومن قبل ذلك تجد لها أساس مكين في الشريعة الإسلامية، حيث تناولتها أحكام الشريعة بالتفصيل، وأكدت عليها في الكثير من الآيات القرآنية والاحاديث النبوية وكذلك في آراء الفقهاء.

٢ - من سياق التشريعات محل الدراسة التي عالجت قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية، وإن كانت تقوم نظرياً بأساليب وإجراءات مختلفة، إلا أنها تأتي بنتائج مشابهة في معالجتها لهذه القاعدة، بحيث تقر قاعدة استبعاد الأدلة كنتيجة طبيعية لاكتشاف البطلان؛ لأنه لا ينجم عن البطلان إلا البطلان، وتؤكد على ضرورة الاستناد في حكم الإدانة إلى أدلة مشروعة ويراعى في تحصيلها مبادئ المشروعية الإجرائية.

٣ - تطبيق قاعدة الاستبعاد في التشريعات محل الدراسة على ضوء أسباب معينة حتى تكون منتجة لآثارها، ولكن يختلف المعنى الذي يعطيه كل تشريع لأسباب الاستبعاد، وفي الوقت نفسه لا يمكن إدراك هذه القاعدة خارج قواعد الإجراءات الجنائية. كما أن آثار تطبيقها غير محددة بشكل واضح، ويترك القرار النهائي لاعتناع القاضي، باستثناء حالات معينة بحيث يكون لها أثر تلقائي في الأدلة.

٤ - إن ما تيسر لنا استخلاصه من هذه الدراسة أن فكرة استبعاد الأدلة التي تم الحصول عليها بشكل غير مشروع هي فكرة معقدة، خاصة بالنظر إليها من زاوية التغاضي عن كشف الحقيقة وإطلاق سراح المذنبين على حساب الإجراءات غير السليمة أو غير القانونية لسلطات الدولة. ومع ذلك، تفي بأهداف ووظائف مهمة في الإجراءات الجنائية، فهي تساعد في تحقيق العدالة ومكافحة التجاوزات

التي قد تمس حقوق الجميع.

ثانياً - التوصيات:

١ - من أجل تحسين عمل قاعدة استبعاد الأدلة في الإجراءات الجنائية، نوصي بالتنفيذ الفوري للاستبعاد، مع وضع آلية واضحة لهذا التنفيذ، ولكن في الوقت ذاته تبقى المعضلة في التطبيق السليم لأحكام القانون، ونرى أن الحل هو إعطاء صلاحيات معينة للسلطة القضائية، وبالمعنى الدقيق (الرقابة)، وذلك من خلال توفير إطار واسع من الضمانات لحقوق الأشخاص وحياتهم.

٢ - توضح الدراسة أنه لا توجد أسس واضحة ومحددة وكافية من شأنها ضمان الاستبعاد التلقائي للأدلة. ومن أجل ذلك، نوصي بتقنين الحالات التي تتعارض طبيعتها مع الشرع والقانون، ومن ذلك قد تكون هناك حقوق وحيات أساسية والتي يعتبر المساس بها خطيراً جداً لدرجة أنه يجب أن تخضع للاستبعاد تلقائياً، كانتهاك الحق في السلامة الجسدية أو الحق في الحياة الخاصة أو الحق في الحرية. ولكن لا يعني ذلك إلغاء هامش التقدير القضائي، بل يضع حدوداً لهذا التقدير من خلال التوجيه والحد من إمكانية تقييم الحالات ذات صلة بالقواعد الشرعية والقانونية لاستبعاد الأدلة.

٣ - توضح الدراسة أن القانون والتطبيقات القضائية لا ينظمان قاعدة الاستبعاد بشكل واضح، وخاصة عند الإشارة إلى البطلان، مما يعني عدم وجود صلة بين مخالفة القانون واستبعاد الأدلة. لذلك نوصي بوضع حدود قانونية واضحة في هذا الصدد.

٤ - بالرغم أن التشريع اليميني قد عالج قاعدة الاستبعاد، وأن عكس سعي الدولة في إطار مبادئ العدالة والقيم الإنسانية، وشكلت في نظرنا خطوة في الاتجاه الصحيح، إلا أنها تظل، على الرغم من ذلك، غير كافية في هذا الصدد. ولهذا يظل هذا الموضوع أهميته البالغة التي نوصي أن يظل المجال فيه مفتوحاً لمزيد من البحث والدراسة.

المراجع والمصادر

- القرآن الكريم

كتب التفسير

١ - محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام البخاري، دار الكتب، الرياض، ٢٠٠٣ م.

كتب الحديث وشروحه

٢- أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣، ٢٠٠٣ م.

٣- أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، ج٩، دار التأصيل، القاهرة، ط٢، ٢٠١٣ م.

٤- أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المكتبة السلفية، مصر، ط١، ١٣٩٠ هـ.

٥- محمد بن أسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى البغا، دار ابن كثير، دمشق، ط٥، ١٩٩٣ م.

٦- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: محمد صبحي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط١، ١٤٢٧ هـ.

كتب القواعد

١- عبد العزيز بن عبد السلام، القواعد الكبرى الموسومة بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ١٩٩١ م.

شرح المذاهب الفقهية

١- إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٩٨٦ م.

٢- إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام بهامش فتح العلي المالك، مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٩٨٦ م.

٣- أحمد بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج إلي شرح المهاج، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤ م.

٤- أحمد بن عبد الحليم النميري الشهير بابن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ٢٠٠٤ م

٥- عبد الله بن أحمد بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد فارس ومساعد

- السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤ م.
- ٦- علي بن خليل الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، ب. ط، ب. ت.
- ٧- علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، ب. ط، ب. ت.
- ٨- محمد الطرابلسي، الشهير بالحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط٣، ١٩٩٢ م.
- ٩- محمد أمين عابدين، حاشية ابن عابدين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٦٦ م.
- ١٠- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤ م.
- ١١- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣ م.
- ١٢- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، ب. ط، ب. ت.
- ١٣- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٩٩٠ م.
- ١٤- محمد بن محمد الحنفي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، البابي الحلبي، القاهرة، ط٢، ١٩٧٣ م.
- ١٥- يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت-دمشق، ط٣، ١٩٩١ م.
- كتب القانون والشريعة والمقارنة**
- ١- أحمد إبراهيم علي، بطلان التشريع الوضعي المخالف للتشريع الجنائي الإسلامي، دكتوراه، جامعة الأزهر، دار المصطفى للنشر، ١٩٧٨ م.
- ٢- أحمد أبو القاسم، الدليل الجنائي المادي ودوره في إثبات جرائم الحدود والقصاص، ج ١، دكتوراه، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، ١٩٩٣.
- ٣- أحمد ضياء الدين محمد خليل، مشروعية الدليل في المواد الجنائية، دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ١٩٨٧.
- ٤- أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، ط٢، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٥- أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي-دراسة فقهية مقارنة، دار الشروق، ط٤، القاهرة، ١٩٨٣ م.
- ٦- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة،

١٩٨٥.

- القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ٧- أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج ١، مرحلة ما قبل المحاكمة، دن، د. ط، ٢٠١٢.
- ٨- الجمعية العامة للأمم المتحدة، تقرير حول تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، رقم ٢٢٣/٦٣، الفقرة ٣٤.
- ٩- آمال عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، د.ت.
- ١٠- رؤوف عبيد، المشكلات العملية في الاجراءات الجنائية، ج ١، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، طبعة ٢٠١٥.
- ١١- سامي حمدان الرواشدة، قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة في الإجراءات الجنائية، دراسة تحليلية في القانون والقضاء الجنائي الاسكتلندي، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (١٥)، العدد (٤)، ٢٠٢٣.
- ١٢- سعيد البرك السكوتي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، دن، ط ١، ٢٠٢٢.
- ١٣- سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي: محاولة تأصيل أسباب البطلان في ظل قضاء النقض في مصر ولبنان وفرنسا، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية. د.ت.
- ١٤- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، ب.ت.
- ١٥- عبد الله سعيد الذبحاني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دن، ن، د.ت.
- ١٦- كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٥.
- ١٧- محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، محاولة فقهية وعملية لإرسال نظرية عامة، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٥.
- ١٨- محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة للنشر، عمان، ط ١، ٢٠٠٥.
- ١٩- محمد عيد الغريب، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني وأثره في تسبيب الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٢٠- محمد فاروق النهان، مباحث في التشريع الجنائي الإسلامي، دار القلم، بيروت، ط ١، ١٩٧٧ م
- ٢١- محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة، ط ٢ عشر، ١٩٨٨.

- ٢٢- محمود نجيب حسني، الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٢.
- شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٩٥.
- ٢٣- مصطفى يوسف، مشروعية الدليل في المسائل الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١.
- ٢٤- مطهر عبده محمد الشميري، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، ط١، ٢٠١٧.
- ٢٥- معتصم خميس مشعشع، إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، السنة (٢٧)، العدد (٥٦)، أكتوبر ٢٠١٣.
- ٢٦- نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ط٤، ١٩٩٠.

المرجع باللغة الأجنبية

- 1- Keane A., The Modern Law of Evidence, Oxford, Oxford Uni Press, 2006.
- 2- Amsterdam G., Perspectives on the Fourth Amendment, Min. L. Rev., 1974.
- 3- Ashworth A. J., Excluding Evidence as Protecting Rights, Crim. L. R., vol.3 1977.
- 4- Barnett, R. E., Resolving the Dilemma of the Exclusionary Rule: An Application of Restitutive Principles of Justice, Emo. L. J., 32, 1983.
- 5- Bogdan M., of the Principle Reflection of Loyalty in Matters Regarding the Adduction of Evidence in the Romanian Criminal Proceedings, Lex et Scientia, XXII (1), 2015.
- 6- Cameron J. D., Exclusionary Rule - A Cost-Benefit Analysis, N.C.J., Date Published 1984.
- 7- Cassell P., The Mysterious Creation of Search and Seizure Exclusionary Rules Under State Constitutions: The Utah Example, U. L. Rev., N^o. 3, 1993.
- 8- DELMAS M., Le procès pénal en Italie, Procès pénal et droits de l'homme, Paris, 1992.
- 9- Driscoll J., Excluding Illegally Obtained Evidence in the United States, Crim. L.

Rev., 1987.

10- Francisco D., The right to defense in the preliminary investigation phase in criminal matters, B. J. L. & Politics, vol 16, N° 3, 2023.

11- Geneviève G. D., Les transformations de l'administration de la preuve pénale - Perspectives comparées: Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, Etats-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni, politique crim, N° 26, 2004 .

12- Gilligan F., The Federal Tort claims Act-an Alternative to the Exclusionary Rule, Jou. of Crim L. & Criminology, Northwestern University, vol 66, N° 1, 1975.

13- Guinchard S. ,Buisson J. ,procédure penale,Litec, Zemeed, 2002.

14- Halpérin J., La preuve judiciaire et la liberté du juge, Dans Communications, N° 84, 2009.

15- Jimenes L., L'Antijuridicité, Revue Internationale de droit pénal 1951.

16- Kozazi, M., Burden of Proof and Related Issues, A Study on Evidence Before International Tribunals, La Haye Londres Boston, Kluwer, 1996.

17- Kuczyńska, H., Mecanismos de exclusão de provas indesejáveis ao processo penal: um estudo comparado, Revista Brasileira De Direito Processual Penal, vol 7, N° 1, 43, 2021.

18- Lorrain R. & Forno L., Les nullités en procédure pénale: sanctionner une mauvaise administration de la preuve est le symbole d'une bonne administration de la justice" Dalloz, juin- 2021.

19- Ménard L., Nullité de la preuve obtenue par l'emploi de méthodes coercitives lors d'un interrogatoire en France et en Allemagne. <http://m2bde.u-paris10.fr>

20- Merle R. & Vitu A., Traite de droit criminel, Procédure Pénale, Cujas, Paris, 1979.

21- Novac L., Exclusion of evidence-sole sanction or nullity subsumed, Acta Acta Uni George Bacovia, Juridica, Vol. 5, N° 2, 2016.

22- Oaks, D. H., Studying the exclusionary rule in Search and Seizure, Uni of Chi. L. Rev, Vol. 37, N° 4, 1970.

23- Panda Iv., The Exclusionary Rule and the "Fruit of the Poisonous Tree, April

2022. <https://ivypanda.com/essays/the-exclusionary-rule-and-the-fruit-of-the-poisonous-tree/>.

24- Rellé A., Le Droit de La Preuve en matière pénale, Village de la justice, 4.77/5, 8 mars 2024. <<https://www.village-justice.com>>

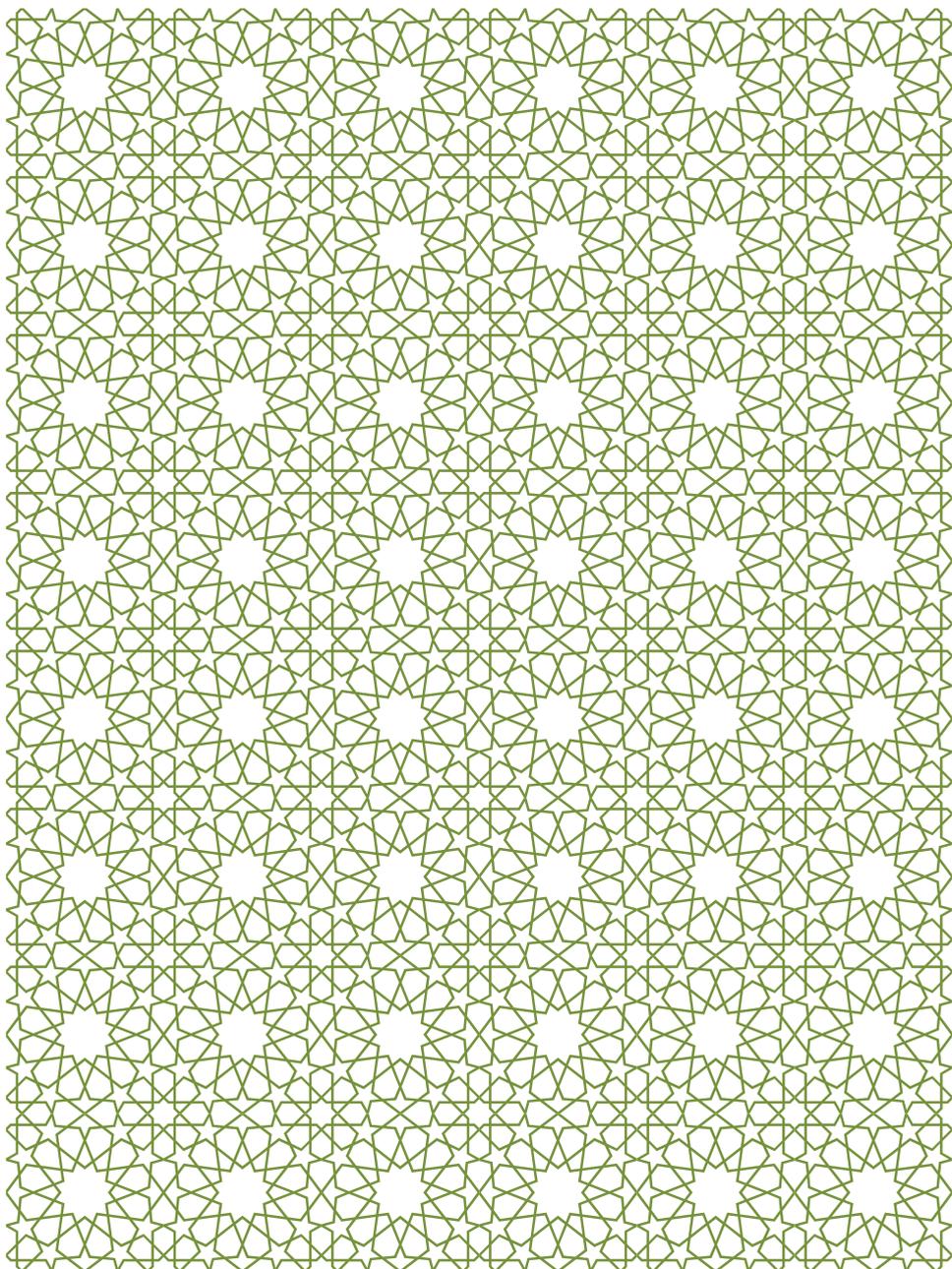
25- Richard M., The Due Process Exclusionary Rule, Har. L. R., Vol. 127, N° 8, 2014.

26- Serghei P., Nullities in Criminal Proceedings and the Exclusion of Evidence, Uni of Moldova, ed XVI, 2018, p: 350. <https://ssrn.com/abstract=3458779>.

27- Zapalla S., Human rights in international criminal proceedings, New York, Oxford Uni Press, 2003.

28- Zoller E., Grands Arrêts de la Cour suprême des États Unis, Paris, 2000.

29- Zuckerman A., & Roberts P., Criminal evidence, New York, Oxf. Uni. Press, 2004.



بيع المريض مرض الموت في القانون اليمني والفقہ الإسلامي
دراسة مقارنة
إعداد:

الدكتور نزار أحمد شيخ القرن
أستاذ القانون المدني المساعد بكلية الشريعة والقانون جامعة الأحقاف
الجمهورية اليمنية - حضرموت - تريم

baye almarid marad almawt fi alqanun alyamanii
walfiqh al'iislami
muqaranat aldirasa
al'iiedadi:
alduktur nizar 'ahmad shaykh alqarn
'ustadh alqanun almadanii lilmusaeadat bikuliyat
alqanun jamieat al'ahqaf
aljumhuriat alyamaniat - hadramawt - trim

الملخص

مرض الموت هو: المرض الذي يغلب فيه ظن الهلاك ويتصل بالوفاة، فلا بد لوصف المرض بكونه مرض موت من توافر شرطين:

الشرط الأول: أن يغلب فيه الهلاك بحسب مجريات الأمور العادية.

الشرط الثاني: أن يتصل هذا المرض بالموت، بمعنى ألا يكون هناك فاصل زمني يكون فيه المريض صحيحاً معافياً.

فإذا توافر هذان الشرطان وجب الحد من تصرفات المريض مرض الموت لئلا يضر بالورثة، فبالنسبة لموضوع البحث وهو عقد البيع فقد فرق المقنن اليميني فيه بين حالتين:

الحالة الأولى: بيع المريض مرض الموت لوارثه، فحكمه حكم الوصية حيث يكون موقوفاً على إجازة سائر الورثة، دون نظر إلى كونه بثمن المثل أم بغبن يسير أم فاحش.

الحالة الثانية: بيعه لغير وارثه ففصل فيه بين صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون بثمن المثل أو بغبن يسير، فيكون صحيحاً نافذاً، وضبط الغبن اليسير بأنه: ما لم يكن خارجاً عما يقرره العدول.

الصورة الثانية: أن يكون بغبن فاحش، فيأخذ فيه ما نقص من ثمن المثل حكم الوصية، حيث ينفذ في حدود ثلث التركة وما جاوزه يكون موقوفاً على إجازة الورثة.

ثم اشترط لنفاذ البيع في كلا الصورتين عدم حصول تواطؤ على حرمان الورثة من كرائم أموالهم، فإذا حصل تواطؤ فإنه يكون البيع موقوفاً على إجازة الورثة، هذا هو رأي القانون اليميني في حكم بيع المريض مرض الموت، وهو رأي يتوافق مع بعض آراء الفقه الإسلامي في أكثر جزئياته.

بينما نجد غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية يتعبرون بيع المريض مرض الموت نافذاً إذا كان بثمن المثل أو بغبن يسير، وموقوفاً على إجازة الورثة إذا كان بغبن فاحش دون تفرقة بين كونه لوارث أم لغير وارث.

ويهدف هذا البحث إلى دراسة نصوص القانون المدني اليميني المتعلقة بهذا الموضوع دراسة تفصيلية تحليلية لبيان أوجه القصور والنقص فيها مقارنة ذلك برأي الفقه الإسلامي.

مصطلحات البحث:

مرض الموت، ثمن المثل، غبن يسير، غبن فاحش، موقوف، نافذ، بيع لوارث، بيع لغير وارث.

almulakhas

marad almawt hu: almarad aladhi yaghlib fih zanu alhalak wayatasil bialwafati, fala buda liwasf almarad bikawnih marad mawt min tawafur shurtayni:

alshart al'awala: 'an yaghlib fih alhalak bihasab mujrayat al'umur aleadiati.

alshart althaani: 'an yatasil hadha almarad bialmawti, bimaenaa alla yakun hunak fasil zamaniun yakun fih almarid sahihan mueafaa.

fa'iidha tawafar hadhan alshartan wajib alhadu min tasarufat almarid marad almawt lialaa yaduru bialwarathati, fabialnisbat limawdue albahth wahu eqd albaye faqad faraq almuqanan alyamaniu fih bayn halatayni:

alhalat al'uwlaa: baye almarid marad almawt liwarithihi, fahakamah hukm alwasiat hayth yakun mawqufan ealaa 'iijazat sayir alwarathati, dun nazar 'iilaa kawnih bithaman almuthl 'am bighabn yasir 'am fahshi.

alhalat althaaniatu: bayeah lighayr warithih fafasal fih bayn suratayni:

alsuwrat al'uwlaa: 'an yakun bithaman almuthal 'aw bighabn yasiri, fayakun sahihan nafdha, wadabt alghabn alyasir bi'anahu: ma lam yakun kharjaan eamaa yuqariruh aleaduli.

alsuwrat althaaniatu: 'an yakun bighabn fahshi,

fayakhudh fih ma naqs min thaman almuthl hakm alwasiati, hayth yanfudh fi hudud thuluth altarikat wama jawazah yakun mawqufan ealaa 'iijazat alwarthati.

thuma aishtarat linafadh albaye fi kila alsuwratayn eadam husul tawatu ealaa hirman alwarathat min karayim 'amwalihum, fa'iidha hasal tawatu fa'iihah yakun albaye mawqufan ealaa 'iijazat alwarathati, hadha hu ray alqanun alyamanii fi hukm baye almarid marad almawti, wahu ray yatawafaq mae baed ara' alfiqh al'iislami fi 'akthar juzyiyaatihi.

baynama najid ghalibiatan fuqaha' alsharieat al'iislamiyat yataeabarun baye almarid marad almawt nafidhan 'iidha kan bithaman almuthal 'aw bighabn yasiru, wamawqufan ealaa 'iijazat alwarathat 'iidha kan bighabn fahish dun tafriqat bayn kawnih liwarith 'am lighayr warthin.

wayahdif hadha albahth 'iilaa dirasat nusus alqanun almadanii alyamanii almutaealiqat bihadha almawdue dirasatan tafsiliatan tahliliatan libayan 'awajuh alqusur walnaqs fiha muqaranat dhalik biray alfiqh al'iislami.

mustalahat albahtha:

marad almawti, thaman almuthla, ghabn yasir, ghibn fahish, mawquf, nafdhi, baye liwarthi, baye lighayr warthi.

المقدمة

الحمد لله رب العلمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين.
أما بعد:

فهذا بحث يعالج مسألة من أهم المسائل الواقعية، وهي بيع المريض مرض الموت، وقد أولت هذه المسألة التشريعات عناية كبيرة لما لها من أهمية سواء التشريعات القانونية أم الفقه الإسلامي. وقد قمت في هذا البحث بمناقشة هذه المسألة وفقا للنصوص القانون المدني اليمني مقارنة برأي الفقه الإسلامي.

فقمت بدراسة مواد القانون المدني اليمني دراسة تحليلية تفصيلية، على ضوء آراء الفقه الإسلامي مبينا الموافق والمخالف منها لرأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية.

مشكلة البحث:

تتركز مشكلة البحث حول مسألة بيع المرض مرض الموت، وما يترتب عليها من آثار، و يمكن عرض هذه المشكلة من خلال التساؤلات التالية:
ما هو ضابط مرض الموت؟ وما حكم بيع المريض مرض الموت؟ وما هي الوسائل التي بها نحد من هذا التصرف؟ وما هو ضابط البيع النافذ وغير النافذ؟ وهل يختلف الأمر بالنسبة للتصرف الصادر للوارث ولغير الوارث؟ وما هي حدود تصرف المريض مرض الموت؟.

سبب اختيار البحث:

من أهم الأسباب الداعية لاختيار هذا الموضوع ما نراه اليوم من تصرفات بعض الأشخاص في مرض موتهم تصرفا يضر بالورثة فكيف تتم معالجة هذا التصرف من ناحية شرعية وقانونية؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى بيان حكم بيع المرض مرض الموت من الناحية الشرعية والقانونية، والآثار المترتبة على ذلك.

أهمية البحث

تبرز أهمية البحث في معالجته لمسألة مهمة من المسائل المنتشرة في الواقع، فيقدم الحلول القانونية

والشرعية لهذه المسألة.

حدود البحث

يتحدد هذا البحث ببيان حكم بيع المرض مرض الموت في القانون اليمني والفقهاء الإسلامي مع المقارنة برأي القانون المصري إذا اقتضى الأمر ذلك.

منهج البحث

اقتضت طبيعة البحث أن أستخدم المناهج التالية:

١- المنهج المنهجي التحليلي: وذلك من خلال تحليل نصوص مواد القانون المدني اليمني وتأكيد مستقيمتها وتقويم معوجها.

٢- المنهج الوصفي: وذلك من خلال بيان مفهوم مرض الموت وشروطه، وتصوير المسائل.

٣- المنهج المقارن: وذلك من خلال مقارنة نصوص القانون اليمني بأراء الفقهاء الإسلامي.

خطة البحث

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت وشروطه.

المطلب الأول: مفهوم مرض الموت.

الفرع الأول: تعريف مرض الموت باعتباره مركبا إضافيا.

الفرع الثاني: تعريف مرض الموت باعتباره لقبيا.

المطلب الثاني: شروط مرض الموت.

الفرع الأول: غلبة ظن الهلاك من هذا المرض عرفا.

الفرع الثاني: اتصال المرض بالوفاة.

المبحث الثاني: حكم بيع المريض مرض الموت.

المطلب الأول: البيع لو ارث.

الفرع الأول: حكم البيع لو ارث في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: حكم البيع لو ارث في القانون اليمني.

المطلب الثاني: البيع لغير وارث.

الخاتمة

النتائج

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت وشروطه.

قبل الحديث عن حكم البيع في مرض الموت لا بد من الإشارة إلى مفهوم مرض الموت وبيان شروطه؛ وذلك لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وبناء على هذا سوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول في بيان مفهوم مرض الموت، والمطلب الثاني في بيان شروطه، وذلك بحسب الآتي:

المطلب الأول: مفهوم مرض الموت.

لفظ مرض الموت مركب من مضاف ومضاف إليه وقد جرت عادة العلماء -خاصة علماء الأصول- التعريف أولاً بالمضاف ثم بالمضاف إليه ونحن سوف نسير على طريقتهم هذه، فنتعرض لتعريفه باعتباره مركباً إضافياً، ثم تعريفه باعتباره لقباً على مرض معين، وذلك من خلال هذين الفرعين:

الفرع الأول: تعريف مرض الموت باعتباره مركباً إضافياً:

سوف أشير في هذا الفرع إلى بيان معنى المضاف والمضاف إليه لغة واصطلاحاً وذلك بحسب الآتي:

أولاً: تعريف المرض لغة واصطلاحاً:

من معاني المرض لغة الشيء الخارج عن الطبع، قال الفيومي: "مرض الحيوان مرضاً من باب تعب والمرض حالة خارجة عن الطبع ضارة بالفعل ويعلم من هذا أن الآلام والأورام أعراض عن المرض"^(١). وقال ابن فارس: "المرض: كل ما خرج به الإنسان عن حد الصحة من علة ونفاق أو تقصير في أمر"^(٢). ومن معاني المرض ما خالف الصحة، قال ابن دريد: "والمرض: ضد الصحة، مرض يمرض مرضاً ومرضاً فهو مريض ومرض"^(٣).

وقال ابن فارس: "مرض: الميم والراء والضاد أصل صحيح يدل على ما يخرج به الإنسان عن حد الصحة في أي شيء كان"^(٤).

ويتلخص من هذه التعاريف أن المرض لغة هو: الشيء الطارئ المخالف لأصل الفطرة السليمة للإنسان التي هي الصحة.

ولا يختلف المعنى الاصطلاحي للمرض عن المعنى اللغوي حيث عرف المرض اصطلاحاً بأن: "فساد

(١) المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، بدون سنة نشر، ج٢ ص٥٦٨.

(٢) مجمل اللغة، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ج١ ص٨٢٧.

(٣) جمره اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م، ج٢ ص٧٥٢.

(٤) مقاييس اللغة، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م، ج٥ ص٣١١.

المزاج وسوء الصحة بعد اعتدالها"^(١).

ثانياً: تعريف الموت لغة واصطلاحاً:

تعددت معاني الموت لغة فمن معانيه زهاب القوة من الشيء، قال ابن فارس: "الميم والواو والتاء أصل صحيح يدل على زهاب القوة من الشيء، منه الموت: خلاف الحياة"^(٢).
وقد ذكر الراغب الأصفهاني أنّ معنى الموت يختلف بحسب نوع الحياة وبين هذه الأنواع بقوله: "أنواع الموت بحسب أنواع الحياة:

فالأول: ما هو بإزاء القوة النامية الموجودة في الإنسان والحيوانات والنبات، نحو قوله تعالى: ﴿يُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا﴾^(٣)، ﴿وَإِحْيَيْنَاهُ بِلَدَّةٍ مَيِّتًا﴾^(٤).

الثاني: زوال القوة الحاسة، قال: ﴿يَلِيْتِنِي مِثُّ قَبْلِ هَذَا﴾^(٥)، ﴿أَيُّ ذَا مَا مِثُّ لَسَوْفَ أُخْرَجُ حَيًّا﴾^(٦).

الثالث: زوال القوة العاقلة، وهي الجهالة، نحو: ﴿أَوْ مَن كَانَ مَيِّتًا فَأَحْيَيْنَاهُ﴾^(٧)، وإيّاها قصد بقوله: ﴿إِنَّكَ لَا تَسْمَعُ الْمَوْتَى﴾^(٨).

الرابع: الحزن المكدر للحياة، وإيّاها قصد بقوله: ﴿وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَمَا هُوَ بِمَيِّتٍ﴾^(٩).

الخامس: المنام، فقيل: النوم موت خفيف، والموت نوم ثقيل، وعلى هذا النحو سماهما الله تعالى

(١) محمد رواس قلعي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ص ٤٢٢.

(٢) مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٨٣.

(٣) [الروم: ٥٠].

(٤) [ق: ١١].

(٥) [مريم: ٢٣].

(٦) [مريم: ٦٦].

(٧) [الأنعام: ١٢٢].

(٨) [النمل: ٨٠].

(٩) [إبراهيم: ١٧].

توفياً، ﴿ وَهُوَ الَّذِي يَتَوَفَّاكُمْ بِاللَّيْلِ ﴾^(١)، ﴿ اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا ﴾^(٢)،^(٣).

وأما الموت اصطلاحاً فهو مفارقة الروح الجسد، قال الإمام النووي: "الموت مفارقة الروح الجسد"^(٤). وبعد ما اخلصنا من تعريف مرض الموت باعتباره مركباً إضافياً ننتقل الآن إلى تعريفه باعتباره لقباً على مرض معين، وذلك بحسب الآتي:

الفرع الثاني: تعريف مرض الموت باعتباره لقباً على مرض معين:

قبل الإشارة إلى مفهوم مرض الموت اصطلاحاً لا بد من بيان المقصود به لغة لأجل تتضح لنا المناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، ويظهر لنا مدى قرب المعنى الاصطلاحي من المعنى اللغوي أو بعده عنه، وبيان ذلك بحسب الآتي:

أولاً: مرض الموت لغة:

لم يعرف علماء اللغة مرض الموت ولكن وردت عندهم بعض المصطلحات التي تعنى بهذا المفهوم ومنها لفظة الضنى والدفن، وسوف أشير إلى معاني هذه الألفاظ التي تدل على هذا المفهوم:

١- الضنى: هو المرض المدفن الذي يلزم صاحبه الفراش ويضنيه حتى يشرف على الموت^(٥).

٢- الدفن: الثقيل الذي قد براه المرض وهزله، وأشرف على الموت^(٦).

ثانياً: مرض الموت اصطلاحاً:

تعددت تعريفات الفقهاء لمرض الموت وكل مذهب عرفه بما يتناسب مع وجهة نظره إليه، وسوف أشير إلى هذه التعريفات عند فقهاء الشريعة الإسلامية ثم أذكر تعريف القانون اليمني وأعقب بالتعريف المختار في نظر الباحث، وبيان ذلك بحسب الآتي:

أولاً: مفهوم مرض الموت عند الحنفية:

(١) [الأنعام: ٦٠].

(٢) [الزمر: ٤٢].

(٣) المفردات في غريب القرآن، دار القلم، الدار الشامية، دمشق بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ، ص ٧٨١.

(٤) تحرير ألفاظ التنبيه، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ، ص ٩٤.

(٥) الأزهرى، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، دار الطلائع، بدون سنة نشر، ص ٣٧.

(٦) ابن السكيت، الألفاظ، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م، ص ٨١.

اختلف الحنفية في تعريف مرض الموت حيث اعتبر بعضهم أنه لا يسمى مرض موت إلا إذا أقعد صاحبه الفراش، قال المرغيناني: "وإن وهب عندما أصابه ذلك-أي المرض- ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش؛ لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت"^(١).

لكن المعتمد عندهم أنه لا يشترط في مسمى مرض الموت أن يقعد صاحبه الفراش، قال ابن عابدين: "قال أبو الليث: كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت بل العبرة للغلبة، لو الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض الموت وإن كان يخرج من البيت، وبه كان يفتي الصدر الشهيد ثم نقل عن صاحب المحيط أنه ذكر محمد في الأصل مسائل تدل عن أن الشرط خوف الهلاك غالباً لا كونه صاحب فراش"^(٢).

فبناء على هذا المعتمد يكون المقصود بمرض الموت عند الحنفية: المرض الذي يغلب فيه الهلاك وإن لم يلزم صاحبه الفراش.

ثانياً: مفهوم مرض الموت عند المالكية:

قال الإمام القرافي: "والمخوف كل ما لا يؤمن فيه الموت كالحصى الحادة والسل"^(٣) والقولنج^(٤) وذات الجنب^(٥) والإسهال المتواتر مع الدم وما يقول الأطباء: إنه سبب الهلاك غالباً"^(٦).

وعرف أيضاً بأنه: "ما حكم أهل الطب العارفون به بكثرة الموت بسببه أو منه ولو لم يغلب"^(٧)، وقال الدسوقي: "والحاصل أن المدار على كثرة الموت من ذلك المرض بحيث يكون الموت منه شهيراً لا يتعجب منه ولا يلزم من كثرة الموت منه غلبة الموت به فيقال في الشيء أنه كثير إذا كان وجوده مساوياً لعدمه

(١) الهداية شرح البداية، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص ٤٥٢ ج ٥٢٥.

(٢) حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ج ٢ ص ٣٨٤.

(٣) بكسر السين مرض ينحل به البدن فكأن الروح تنسل معه قليلاً قليلاً، أي أن ذلك المرض ينحل به البدن ويضعفه ويتراءى منه أن الروح تنسل. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج ٣ ص ٣٠٦.

(٤) بضم القاف وسكون الواو وفتح اللام وتكسر مرض معوي مؤلم يعسر معه خروج الغائط والريح. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج ٣ ص ٣٠٦.

(٥) هو ورم يعرض في الغشاء المستبطن للأضلاع. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٢ ص ٢٤٨.

(٦) الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م، ج ٧ ص ١٣٧.

(٧) الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج ٣ ص ٣٠٦.

والغلبة أخص من ذلك" ^(١).

فالمعتمد إذن عند المالكية أنه لا يشترط في مسمى مرض الموت أن يكون الموت منه غالباً بل يكفي أن يكون حصول الموت منه كثيراً وإن لم يكن غالباً.

ثالثاً: مفهوم مرض الموت عند الشافعية:

عرف الشافعية مرض الموت بأنه: المرض الذي يكثر الموت من جنسه وإن لم يكن غالباً، قال الرملي- معلقاً على قول النووي: "إذا ظننا المرض مخوفاً لتولد الموت عن جنسه كثيراً" ^(٢)، أي بأن لا يندر تولد الموت عنه وإن لم يغلب الموت به ^(٣).

وقال الإمام النووي: "المرض المخوف والمخيف" ^(٤)، هو الذي يخاف فيه الموت لكثرة من يموت به فمن قال مخوف قال لأنه يخاف فيه الموت ومن قال مخيف لأنه يخيف من رآه" ^(٥).

وقال شيخ الإسلام زكريا: "ولا يعتبر في المخوف كون الموت منه غالباً بل يكفي أن لا يكون نادراً ولو قال أهل الخبرة: هذا غير مخوف لكنه يفضي إلى المخوف فمخوف أو يفضي إلى المخوف نادراً فلا" ^(٦).

رابعاً: مفهوم مرض الموت عند الحنابلة:

وعرفه الحنابلة بأنه: "ما يكثر حصول الموت منه" ^(٧).

خامساً: مفهوم مرض الموت عند الزيدية:

وعرف الزيدية مرض الموت بأنه: المرض الذي لا يرجى معه السلامة من الموت وسواء قطع به أم لا ، قال العنسي: "(من ذي مرض مخوف) أو أوائل مخوفة أي لا يرجى معها السلامة من الموت وسواء قطع

(١) حاشيته على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج ٣ ص ٣٠٦.

(٢) نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، ج ٦ ص ٥٩.

(٣) علي الشبراملسي، حاشيته على النهاية، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، ج ٦ ص ٥٩.

(٤) قال الإمام الصفدي في كتابه تصحيح التصحيح: "ومن ذلك- أي ومن التصحيح الذي يقع فيه الناس- أنهم لا يفرقون بين مخوف ومخيف والفرق بينهما: أنك إذا قلت: الشيء مخوف، كان إخباراً عما حصل الخوف منه، كقولك الأسد مخوف والطريق مخوف، فإذا قلت: مخيف كان إخباراً عما يتولد الخوف منه، كقولك: مرض مخيف، أي يتولد الخوف لمن يشاهده" ص ٤٦٩.

(٥) مرجع سابق، ص ٢٤١.

(٦) الغرر المبهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج ٤ ص ١٧.

(٧) كشف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج ٤ ص ٣٢٣.

به أم لا" (١).

فيتضح من خلال هذا العرض لتعريف مرض الموت أن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية لا يشترطون في مرض الموت أن يكون غالبا يحصل منه الموت، وإنما يكفي أن يكثر حصول الموت منه خلافا للحنفية الذين يشترطون أن يكون غالبا.

سادساً: مفهوم مرض الموت في القانون اليميني:

عرّف المشرع اليميني في المادة (٤٧٠) مرض الموت بأنه: "المرض الذي يغلب فيه ظن الهلاك ويتصل بالوفاة".

فبناء على هذا التعريف لا يسمى المرض مرض الموت إلا إذا اجتمع فيه هذان الأمران، وهما أن يغلب فيه الهلاك وأن يتصل ذلك المرض بالوفاة، فإن فقد أحد هذين الأمرين لا يسمى مرض موت. ولا يشترط في وصف المرض بذلك أن يلزم صاحبه الفراش بل يسمى مرض موت سواء أقعد صاحبه على الفراش أم لا، وذلك لأن النظر إلى ذات المرض لا إلى عوارضه، وكذلك لا نظر على استيلاء هذا المرض على القوى العقلية للمريض؛ وذلك لأن الأمراض العضالة تؤثر من طبعها في العقل كمرض السل وغيره (٢).

ومن خلال العرض السابق لتعريف مرض الموت عند فقهاء الشريعة الإسلامية يتضح أن القانون اليميني أخذ بمذهب الحنفية الذين يشترطون أن يكون الموت غالبا من ذلك المرض إلا أنه أضاف في التعريف شرطا مهما وهو اتصال هذا المرض بالوفاة، وحسنا ما فعل المقنن اليميني في اختيار هذا التعريف إلا أننا نضيف كلمة في هذا التعريف وهي عرفا ليصير التعريف هكذا: "مرض الموت هو: المرض الذي يغلب فيه ظن الهلاك عرفا ويتصل بالوفاة"، وبناء على هذا التعريف المختار تظهر لنا أركان مرض الموت، وهما أن يغلب فيه الهلاك عرفا، وأن يتصل بالوفاة، ويتبين لنا ضابط المرض المخوف وهو العرف أي عرف الأطباء، وبناء على هذا سوف نتقل إلى المطلب الثاني نبين فيه هذه الشروط، وذلك بحسب الآتي:

المطلب الثاني: شروط مرض الموت وضابطه:

ظهر لنا من خلال تعريف مرض الموت أنه لا يسمى مرض موت إلا إذا توافر فيه شرطان وهما: غلبة الهلاك من هذا المرض عرفا، وأن يتصل المرض بالوفاة، وسوف نبين المقصود بهاذين الشرطين مع بيان الحالات التي تلحق بمرض الموت، وذلك بحسب الآتي:

(١) التاج المذهب، دار الحكمة اليمانية، بدون طبعة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ج٤ ص٣٦٢.

(٢) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ج٦ ص٣١٠.

الشرط الأول: غلبة ظن الهلاك من المرض عرفا:

أي أن يبرم المتصرف العقد وهو مريض بمرض يغلب فيه الهلاك وفقا لمجريات الأمور العادية^(١)، أي يجب أن يغلب فيه خوف الموت، فيكون مرضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت، أو يكون مرضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت^(٢).
وعليه لا يعد المرض الخفيف من قبيل مرض الموت كالزكام وارتفاع الحرارة البسيطة وما شابه ذلك^(٣)، فإذا لم يصل المرض إلى هذا الحد من الخطورة، فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه، مثل ذلك أن يصاب الإنسان برمد في عينيه فيعجزه عن الرؤية، أو بمرض في قدمه فيعجزه عن المشي، فلا يستطيع قضاء مصالحه، وكذلك الأمراض التي يشفى منها المريض عادة ولا يغلب فيها خوف الموت. فهنا لا يعتبر المريض في مرض الموت وإن عجز عن قضاء مصالحه، لأن المرض لا يغلب فيه الهلاك، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء^(٤).
ولهذا قررت محكمة الاستئناف المصرية أنه: "ليس من المهم أن يكون طريح الفراش طول مدة مرضه أو أنه ينقطع انقطاعاً تاماً عن الخروج من منزله أو أن يعجز عجزاً تاماً عن مباشرة أي عمل من أعماله العادية، فكثيراً ما يكون الإنسان مريضاً بمرض ذاهب بحياته عاجلاً ومع ذلك لا يلزم الفراش باستمرار ولا ينقطع انقطاعاً تاماً عن الخروج من منزله، وعلى العكس فكثيراً ما يصاب الإنسان بمرض يلزم الفراش باستمرار ويحول بينه وبين مباشرة أي عمل من أعماله العادية ولا يكون مريضاً بمرض موت، فالعبرة بمرض الموت هي بغلبة الهلاك"^(٥).
وتقدير توافر هذا الشرط من عدمه يعتبر من المسائل الموضوعية التي يفصل فيها قاضي الموضوع مستعيناً في ذلك برأي ذوي الخبرة من أطباء وغيرهم^(٦).
ولكن يتعين على قاضي الموضوع أن يأخذ في اعتباره عند تقدير مدى تحقق هذا الشرط ما وصل إليه

(١) د.عبدالله العلفي، أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، اليمن، ٢٠١٢م، ص٢٦.

(٢) د.عبدالرزق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠م، ج٤ ص٣١٥.

(٣) د.عبدالله العلفي، مرجع سابق، ص٢٦.

(٤) د.عبدالرزق السنهوري، مرجع سابق، ج٤ ص٣١٥.

(٥) د.محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ج٦ ص٣١١.

(٦) د.محمد علي عمران، الوجيز في عقد البيع، مكتبة سعيد رأفت، ١٩٨٣، ص٣٤٨.

التقدم السريع لعلم الطب في العصر الحديث في مجال التشخيص والعلاج من تطور هائل في هذا الشأن، فبعض الأمراض التي كانت في الماضي تسبب الموت عادة، وكان الفقهاء يعتبرونها من الأمراض المخوفة مثل مرض السل، والطاعون، أصبحت في أيامنا هذه تعد من الأمراض القابلة للشفاء التام بفضل التطور العلمي في هذا الميدان^(١).

معيار مرض الموت:

لم يضع المشرع اليمني ضابطا لمرض الموت بل اكتفى بتعريف مرض الموت وسكت عن بيان معياره ولكن القواعد العامة تقضي أن يكون معيار مرض الموت هو العرف، فالأصل أن المشرع إذا ذكر حكما ولم يذكر ضابطه أنه يرجع في معرفة ذلك إلى العرف والمقصود هنا عرف الأطباء ولذلك نظائر كثيرة، فكل ما سكت المقتن عن بيان ضابطه فضابطه العرف.

ولكن بالرجوع إلى شرح القانون نجد أنهم اختلفوا في معيار مرض الموت فمنهم من يرى أن معياره ذاتي، فبناء على هذا فالمقياس في مرض الموت هو غلبة الظن فيه بالموت بحيث يتوقعه المريض نفسه، فيتصرف تصرفات خاصة خوفا من الموت الذي يترقب حلوله^(٢)، بحيث يكون من الواجب شرعا الحد من تصرفاته حتى لا يسعى إلى حرمان بعض الورثة أو إثارتهم بشيء دون باقي الورثة^(٣).

بينما ذهب آخرون إلى أن معيار مرض الموت هو معيار موضوعي وهو العرف فكل ما أعده الأطباء مرض موت فيعتبر كذلك ولا نظر لما في ظن المريض نفسه، ولهذا يقررون أنه لا يشترط أن يكون المرض قد أثر على نفسية المريض^(٤)، وهذا المعيار هو ظاهر نصوص فقهاء الشريعة، وفي هذا يقول الإمام القرافي -في بيان ضابط مرض الموت-: "وما يقول الأطباء: إنه سبب الهلاك غالبا"^(٥).

والأخذ بالمعيار الموضوعي لقياس مرض الموت هو المعتمد في نظرنا؛ وذلك لأنه من السهولة انضباطه ولهذا يقال: إن المعيار الموضوعي منضبط لكنه غير عادل، والمعيار الذاتي عادل لكنه غير منضبط، بخلاف المعيار الذاتي أو الشخصي، حيث إنه يختلف باختلاف الأشخاص والظروف المحيطة بهم، ففي حادثة معينة قد يحكم القاضي بأن البيع وقع في مرض الموت نظرا لحالة المريض النفسية، بينما

(١) د. إيمان معمري، مدى تأثير أهليه المريض مرض الموت على عقود التبرعات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد ١١، العدد ١، ص ٦٥٦.

(٢) د. عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، مكتبة سيد عبد الله وهبة، ١٩٧٠ م، ص ٤٣٨.

(٣) د. عبد الله العلفي، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٤) د. سليمان مرقس، عقد البيع، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٠ م، ص ٥٦٢.

(٥) مرجع سابق، ج ٧ ص ١٣٧.

في حالة أخرى مماثلة للحالة السابقة قد يحكم القاضي بعدم وقوع البيع في مرض الموت؛ نتيجة لاختلاف الحالة النفسية للمريض، ولا شك أن هذا سيؤدي إلى تضارب الأحكام واختلافها في المسائل المتشابهة، فضلا عن أن البحث عن الحالة النفسية للشخص والظروف المحيطة بها أمر يصعب الوصول إليه وسوف يؤدي إلى تأخير الفصل في القضايا.

الشرط الثاني: اتصال المرض بالوفاة:

لا يكفي توافر الشرط الأول لاعتبار البيع صدر في مرض الموت بل لا بد من توافر الشرط الثاني وهو أن يتصل المرض بالوفاة.

وهو ما يعني عدم وجوب فاصل زمني بين التصرف وبين الموت يكون فيه المتصرف صحيحا، فإذا وجد مثل هذا الفاصل الزمني وكان فيه المتصرف في صحة تامة وتصرف في ماله فلا يعتبر هذا التصرف صادرا في مرض الموت^(١)، ولهذا لو شفي المريض من مرضه فلا يعتبر هذا المرض مرض موت، ولو كان مما يغلب فيه الموت عادة^(٢).

على أنه لا يشترط أن يكون الموت بسبب المرض بل يكفي أن يكون الموت أثناء المرض ولو لم يكن بسببه كأن حصل بسبب آخر كقتل أو غرق أو حريق^(٣)، ولهذا يعتبر التصرف صادرا في مرض الموت ولو كانت الوفاة بسبب آخر ما دام أن سبب الموت قد اتصل بفترة المرض مباشرة^(٤).

وتصرف المريض أثناء المرض حال حياته يعتبر تصرفا صحيحا معتدا به؛ ولهذا لا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حيا، فإذا انتهى المرض بالموت تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت وجاز الطعن فيه على هذا الأساس^(٥).

حالات اعتبارها الفقهاء في حكم مرض الموت وإن لم يكن أصحابها مرضى:

ونظرا لأن المهم في اعتبار المرض مرض موت هو غلبة الظن بأن الموت يحدث عنه ألحق الفقهاء به حالات مختلفة ليس فيها مرض إطلاقا، ما دام أن الموت قد اتصل بها، وذلك كمن يقدم للقتل

(١) د. عبدالله العلفي، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٢) د. سمير تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩ م، ص ٣٧٨، د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر الإسكندرية الطبعة الأولى، ص ٢٥٨.

(٣) د. عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص ٤٣٩.

(٤) د. محمد علي عمران، مرجع سابق، ص ٣٤٨.

(٥) د. خميس خضر، عقد البيع، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الثالثة، ص ٣١٧.

قصاصاً^(١)، والمحكوم عليه بالإعدام وينتظر التنفيذ، ومن كان في سفينة على وشك الغرق ولم تهيأ له وسائل الإنقاذ، ومن داهمه حريق لا سبيل للنجاة منه، ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول، ومن عقد نيته على الانتحار، كل هؤلاء أصحاب ليس بهم مرض، ولكنهم يعتبرون في حكم المرضى، ويكون لتصرفاتهم وهم في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت^(٢).
وقد ألحق نص المادة (٤٧٠) مدني يممي بمرض الموت من خرج لملاقاة العدو ومن أصيب في حادث مهلك.

حكم تطاول المرض زائد على سنة:

الغالب أن المريض مرض الموت لا يتطاول به المرض وإنما الغالب أنه يموت بعد مدة قصيرة من الزمن ولهذا السبب اعتبر الفقهاء أن تطاول المرض أكثر من سنة تعتبر تصرفات المريض في حكم تصرفات الصحيح؛ وذلك لأن مرور سنة كاملة يعني أنه مرت عليه فصول أربعة ومرور هذه الفصول الأربعة يؤذن باحتمال سالمته من ذلك المرض، وذلك لأن في الفصول الأربعة يتغير الجو من حالة إلى حالة أخرى فما دام أنه تجاوز هذه السنة فالغالب أنه سيتجاوز السنة الثانية، إذ السنة الثانية ما هي إلا تكرار للسنة الأولى.

وعليه فإذا مضى على المريض سنة فلم يمت يكون حكمه في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات، يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت^(٣).

فإذا توافر هذان الشرطان وتصرف المريض بالبيع فيعتبر البيع صادراً في مرض الموت فيخضع للقواعد الخاصة ببيع المريض في مرض الموت وهو ما سنبينه في المبحث الآتي:

المبحث الثاني: حكم بيع المريض مرض الموت:

إذا توافرت الشروط المذكورة واعتبر البيع صادراً في مرض الموت، فما هو حكم هذا التصرف؟ هل يعتبر صحيحاً أم باطلاً؟ وإذا كان صحيحاً فهل يعتبر نافذاً أم موقوفاً؟ وهل الأمر يتخلف بالنسبة للبيوع الصادر للوارث من غير الوارث؟ للجواب عن هذه الأسئلة وغيرها نقول: إن الحال لا يخلو من فرضين: الفرض الأول أن يكون البيع لوارث، والفرض الثاني أن يكون البيع لغير وارث، وهو ما سنبينه

(١) د.عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص ٤٣٩.

(٢) د.عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج ٤ ص ٣٢١.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ((٣١٥/١١)).

في هذين الطلبين:

المطلب الأول: البيع لوارث:

في هذا المطلب سوف أتناول الحديث عن حكم البيع للوارث إذا صدر في مرض الموت، مستعرضا في ذلك رأي فقهاء الشريعة الإسلامية والقانونيين اليمني والمصري، وذلك من خلال هذين الفرعين:

الفرع الأول: حكم بيع المريض مرض الموت لوارثه في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم هذا البيع، حيث ذهب الجمهور إلى صحته و نفاذه بشرط أن يكون بثمن المثل أو بغبن يسير، أما إذا كان فيه غبن فاحش أو هناك محاباة ففيه خلاف بينهم، هذا إجمالاً، وأما تفصيل المسألة فبيناها بحسب الآتي:

الرأي الأول: القائلون بأن البيع نافذ إذا كان بثمن المثل:

١- ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى من الحنفية: إلى أنه إن باع المريض وارثه عينا من ماله بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس بمثله، فإن بيعه يكون صحيحا نافذا، لأنه ليس فيه إبطال لحق الورثة عن شيء مما يتعلق به حقهم، وهو المالية، فكان الوارث والأجنبي في ذلك سواء.

أما إذا باع المريض وارثه عينا من ماله وحاباه في الثمن، فإن البيع يتوقف على إجازة الورثة، سواء حمل ثلث ماله هذه المحاباة أم لم يحملها، فإن أجازوه نفذ، وإلا خُير المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام القيمة، وعندها يسقط حق الورثة في الاعتراض عليه، وبين أن يفسخ البيع، ويرد المبيع إلى التركة، ويستلم الثمن الذي دفعه للمورث^(١).

٢- وقال المالكية: إذا باع المريض وارثه شيئا من ماله دون محاباة فالبيع جائز ونافذ^(٢) أما إذا حابى^(٣) المريض وارثه في البيع، فإن حاباه في الثمن كأن باعه بمائة ما يساوي مائتين مثلا، فالبيع باطل بقدر المحاباة كلها إن لم يجزها الورثة، ولا تعتبر المحاباة من الثلث، ويصح البيع وينفذ فيما عداها، وتعتبر إجازة الورثة للقدر المحابى به ابتداء عطية منهم تفتقر إلى حوز^(٤).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة الأولى، ج ٣٧ ص ١٨.

(٢) عثمان المكي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، الطبعة الأولى، ١٣٣٩م، ج ٣ ص ٧٤.

(٣) المحاباة مفاعلة من حابى إذا أعطى، ويطلقه الفقهاء على البيع بأقل من القيمة بكثير قصدا لنفع المشتري، وعلى الشراء بأكثر كذلك قصدا لنفع البائع، ميارة، الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام، دار المعرفة، بدون طبعة، ج ٢ ص ١٨.

(٤) التَّسْوِي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

١٩٩٨م، ج ٢ ص ١٣٥، الخرشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج ٥ ص ٣٠٦.

٣- وقال الشافعية: إنه يجوز للمريض أن يبيع ما شاء من أعيان ماله إلى أي شخص من ورثته، وينفذ بيعه على العوض المسعى إذا كان البيع بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس بمثله، فإن حابى الوارث بما لا يتغابن بمثله فوصية فلا ينفذ إلا بإجازة بقية الورثة^(١).

٤- وقال الحنابلة: إنه يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه إذا كان بثمن المثل، أما إذا كان في البيع محاباة بطل البيع في قدر المحاباة، وصح في غيرها^(٢).

٥- وقال الزيدية: إنه يصح بيع المريض مرض الموت وإن كان لوارثه وإن كانت هناك محاباة لكن بشرط أن يكون في حدود الثلث، ولا يتوقف نفاذه على إذن بقية الورثة؛ وذلك لأن المحاباة إذا كانت في حدود الثلث تعتبر وصية، والوصية عندهم تجوز للوارث ولا تحتاج إلى إذن بقية الورثة^(٣).

الرأي الثاني: القائلون بأن البيع موقوف على إجازة بقية الورثة:

ذهب الإمام أبوحنيفة إلى أن المريض إذا باع شيئاً من أمواله إلى بعض ورثته أن البيع موقوف إلى إجازة بقية الورثة وإن كان بثمن المثل وهذا هو المعتمد في مذهب الحنفية^(٤).

فإلخلاصة أن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على صحة البيع في هذه الصورة ولكنهم اختلفوا في نفاذه، فعند الجمهور أنه نافذ إذا كان بثمن المثل أو بغبن يسير، بينما ذهب الإمام أبوحنيفة إلى أنه موقوف على إجازة بقية الورثة وإن كان بثمن المثل أو بغبن يسير.

الفرع الثاني: حكم بيع المريض مرض الموت لوارثه في القانون اليمني والمصري:

بعد استعراضنا لحكم بيع المريض مرض الموت لوارثه في الفقه الإسلامي نستعرض الآن رأي القانون اليمني والمصري في ذلك، لتعرف بأي من آراء الفقه الإسلامي أحداً مع بيان الرأي الأولى في نظر الباحث وبيان ذلك بحسب الآتي:

أولاً: رأي القانون اليمني:

(١) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج ٣ ص ٣٩.

(٢) ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، ج ٥ ص ٢٣٧، الهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ج ٢ ص ٤٤٤.

(٣) ينظر: العنسي، مرجع سابق، ج ٤ ص ٣٦٢، وابن مفلح، المنتزح المختار، مكتبة التراث الإسلامي، الجمهورية اليمنية، صعدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ج ٤ ص ٥١٦.

(٤) ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٥ ص ١١٢.

نصت المادة (٤٦٩) من القانون المدني اليمني على أن: (بيع المريض مرض الموت لوارثه موقوف على إجازة سائر الورثة).

فالمستفاد من هذا النص أن حكم بيع المريض مرض الموت لبعض ورثته موقوف على إجازة بقية الورثة وظاهر هذا النص سواء أكان بثمن المثل أم بغبن يسير أم فاحش كما يفهم ذلك من إطلاق النص، ويؤكد أن عجز المادة السابقة قيد صحة البيع الصادر لغير وارث بما إذا كان بدون غبن فاحش، فهذا كله يؤكد أن البيع لوراث في القانون اليمني موقوف على إجازة بقية الورثة مطلقاً. ويظهر من خلال مقارنة هذا النص مع آراء الفقه الإسلامي أن القانون اليمني أخذ برأي المذهب الحنفي في هذه المسألة.

ثانياً: رأي القانون المصري:

على خلاف رأي القانون اليمني نجد أن المقنن المصري نص في المادة (٤٧٧) الفقرة (١) على أنه: (إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته). فالمستفاد من هذا النص أن بيع المريض مرض الموت صحيح نافذ إذا كان الغبن داخلاً في حدود ثلث التركة سواء أكان لوارث أم لغير وارث.

ومن خلال المقارنة بين آراء الفقه الإسلامي السابق عرضها نجد أن القانون المصري خالف رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية حيث اعتبر البيع نافذاً إذا كانت الزيادة داخلة في حدود الثلث مما يعني نفاذ البيع إذا كانت هناك محاباة في الثمن وأن البيع لا يتوقف على إجازة سائر الورثة إذا كانت المحاباة لوارث ما دام أنها في حدود الثلث، وهذا الظاهر يتوافق مع ما نص عليه القانون المصري من جواز الوصية للوراث دون توقفها على إجازة بقية الورثة وهذا الرأي يتفق مع مذهب الزيدية الذين يجيزون الوصية للوراث دون توقفها على إجازة بقية الورثة خلافاً للجمهور القائلين بتوقفها على إجازتهم. والذي يراه الباحث أن هذا الرأي غير موفق وذلك لأن نصوص الشرع تمنع الوصية لوارث وربما اتخذ البيع الذي حصلت فيه المحاباة وسيلة للتهرب من أحكام الوصية. ينظر البدرأوي (ص ٤٤٤).

المطلب الثاني: البيع لغير وارث.

سبق وأن استعرضنا فما مضى لحكم بيع المريض مرض الموت لوارثه وفي هذا المطلب سوف نتناول الحديث عن بيع المريض مرض الموت لغير وارثه، وهذه المسألة لا تثير إشكالات كثيرة وليس فيها خلاف كبير بين فقهاء الشريعة الإسلامية كما سيظهر ذلك من خلال الكلام الآتي، وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول حكم بيع المريض مرض الموت لغير الوارث إذا كان بثمن المثل أو غبن يسير، والفرع الثاني حكم بيع المريض مرض الموت لغير الوارث بغبن فاحش، وبيان ذلك بحسب الآتي:

الفرع الأول: بيع المريض مرض الموت لغير الوارث إذا كان بثمن المثل أو غبن

يسير:

في هذا الفرع سوف يتم الحديث عن حكم بيع المريض مرض الموت لغير لوارث إذا كان بثمن المثل أو غبن يسير، وسوف نستعرض حكم هذا البيع من خلال بيان آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم رأي القانون اليمني والمصري في ذلك، وبيان ذلك تباعاً:

أولاً: آراء فقهاء الشريعة الإسلامية:

من خلال العرض السابق لبيع المرض الموت لوارثه والذي خلصنا فيه إلى صحة ونفاذ البيع إذا كان بثمن المثل أو غبن يسير عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية فإذا كان يصح البيع في هذه الحالة عندهم للوارث فمن باب أولى صحته لغير الوارث.

أمّا على الرأي المعتمد عند الحنفية القائل بأن البيع موقوف على إذن بقية الورثة فهنا يأتي السؤال وهو هل حكم البيع الصادر لغير الوارث نفس حكم البيع الصادر لغير الوارث؟

للإجابة عن هذا السؤال نقول إن الحنفية في هذه المسألة اتفقوا مع الجمهور على صحة ونفاذ هذا البيع وكذلك الزيدية، فالخلاصة أن الفقهاء متفقون على صحة ونفاذ هذه الصورة من البيع ما دام أنها بثمن المثل أو غبن يسير.

جاء في الموسوعة الكويتية: "اتفق الفقهاء على أن المريض إذا باع شيئاً من أعيان ماله لأجنبي بثمن المثل أو بما يتغابن الناس بمثله، فبيعه صحيح نافذ على البديل المسمى، لأن المريض غير محجور عن المعاوضة المعتادة التي لا تمس حقوق دائنيه وورثته"^(١).

ثانياً: رأي القانون اليمني والمصري:

من خلال النظر في نصوص القانون اليمني والمصري نجد أنهما نصا على صحة البيع ونفاذه في هذه الصورة،

ولهذا نصت المادة (٤٦٩) من القانون المدني اليمني على أنه "بيع المريض مرض الموت لوارثه موقوف على إجازة سائر الورثة وبيعه لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير صحيح بيع المريض مرض الموت لوارثه موقوف على إجازة سائر الورثة وبيعه لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير صحيح والغبن اليسير هو ما لم يكن خارجاً عما يقرره العدول، أما بيعه لغير وارثه بغبن فاحش فيأخذ فيه ما نقص من ثمن المثل حكم الوصية، ما لم يظهر تواطؤ على حرمان الورثة."، ويقابلها نص المادة (٤٧٧) مدني مصري.

(١) مرجع سابق، ج ٣٧، ص ١٦.

فهذا يظهر أن البيع في هذه الصورة صحيح ونافذ باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون اليمني والمصري، إلا أن عجز المادة السابقة في القانون اليمني قيّد صحة البيع بعدم حصول توافقاً على حرمان الورثة وقد فسرت المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني القديم المادة (٤٦٣) التي هي أصل المادة (٤٦٩) من القانون الحالي هذا القيد بأن المراد: "أنه إذا كان هناك توافقاً من هذا القبيل على حرمان الورثة من عين المال، ولو كان البيع بثمن المثل فإن البيع في هذه الحال يأخذ حكم الوصية أيضاً، حتى لا يحرم الورثة من كرائم أموال مورثهم بالحيلة"^(١).

فبناء على هذا القيد يعتبر بيع المريض مرض الموت إذا كان بقصد التحايل لأجل حرمان الورثة من كرائم أموال مورثهم أنه يأخذ حكم الوصية وإن كان البيع بثمن المثل، وبهذا القيد يظهر أن القانون اليمني خالف في ذلك رأي فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك القانون المصري الذين لا يشترطون هذا الشرط ولم أقف على من اشترطه من فقهاء الشريعة الإسلامية. والذي يراه الباحث في هذه المسألة أن اشتراط هذا الشرط لا يصح وذلك للأسباب الآتية:

١- أن هذا الشرط مخالف لأراء فقهاء الشريعة الإسلامية.

٢- أن في اشتراط هذا الشرط تقييدا واضحا لحرية المورث، وإعطاء مجال واسع للورثة للتدفع بهذه الوسيلة لإبطال تصرفات مورثهم بهذا الزعم، فأى تصرف صدر من المورث وأراد الورثة إبطاله سوف يدعون أن هناك توافقاً على حرمانهم من كرائم أموال مورثهم، وأي عين تصرف فيها المورث سيزعمون أنها كرائم أموالهم وهكذا سيوجد هذا القيد مشاكل لا تنتهي.

٣- أن هذا القيد عديم الفائدة، وذلك أن النص اعتبر حكم التصرف في هذه الحالة حكم الوصية فمعناه أن التصرف يصح وينفذ في حدود ثلث التركة، ويكون موقوفا فيما زاد على إجازة الورثة، فلوا افترضنا أن المورث باع بعض ماله، وكان هذا المال المبيع يعتبر من كرائم أمواله، ولكنه لا يتجاوز ثلث التركة، فسيكون هذا التصرف صحيحا نافذا؛ لأنه في حدود السلطة المسموحة بها للمورث.

فقول النص: ((ما لم يظهر توافقاً على حرمان الورثة...)) لغو وذلك لأنه إذا كان يجوز للشخص أن يوصي بثلث ماله فما فائدة هذا النص؟ لأنه إذا كان يمكن للشخص أن يتبرع بثلث ماله فإذا باعه فمن باب أولى أن يصح البيع، إلا إذا كان مقصود النص أنه لا يصح البيع أصلا ولا الوصية مادام هناك توافقاً على حرمان الورثة لكن هذا يتعارض مع نصوص الشارع وكلام الفقهاء الذين أجازوا له التصرف في ثلث ماله يضعه وإنما شاء،

٤- أن تطبيق هذا القيد في الواقع سيثير كثيرا من المشاكل، فمثلا إذا اختلف الورثة في كون هذا المال

(١) د. جميل الشرقاوي، عقد البيع في القانون اليمني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٨٧ م، ص ٣٢.

من كرائم أموال مورثهم، فيرى البعض مثلاً أنها الأرض، ويرى الآخر أنه الدار، ويرى الثالث أنها السيارة فكيف سيتم التوافق بين هذا الآراء المتشعبة.

٥- أنه يغني عن هذا القيد اشتراط أن يكون التصرف في حدود ثلث التركة سواء أكان التصرف في كرائم أموال المورث أم لا، فما دام التصرف لا يتجاوز ثلث التركة فهو صحيح نافذ سواء كان هناك تواطؤ على حرمان الورثة أم لا.

خلاصة الأمر أن اشتراط هذا الشرط يعتبر في نظر الباحث لغو وتزيد، ولهذا نرى ضرورة حذف هذا القيد وأنه لا حاجة إليه، وحسنا ما فعله المشرع المصري بعدم اشتراطه مثل هذا الشرط.

ويرى بعض شراح القانون اليميني أن المقصود بالتواطؤ كون البيع صوريا لا حقيقيا أي أنه في الظاهر بيع وهو في الواقع هبة ولهذا يقول: "إن تفسير هذا القيد إنما يكون في حالة البيع الصوري أي البيع الذي يخفي هبة في مرض الموت، فهذا البيع وحده هو الذي يتحقق به التواطؤ أو حرمان الورثة بالحيلة، أما إذا كان بيعا جديا حقيقيا وبثمن المثل، وقد أداه المشتري إلى البائع المريض، وثبت بالأدلة الشرعية، فلسنا ندري كيف يعتبر مثل هذا البيع وصية"^(١).

الفرع الثاني: بيع المريض مرض الموت لغير الوارث بغبن فاحش وضابط الغبن الفاحش:

الصورة الثانية من صور بيع المريض لغير وارثه إذا كان البيع بغبن فاحش، وسوف نستعرض حكم هذا البيع في هذه الصورة من خلال آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، والقانون اليميني والمصري متعرضين في ذلك إلى بيان ضابط الغبن الفاحش وذلك بحسب الآتي:

أولاً: بيع المريض مرض الموت لغير الوارث إذا كان بغبن فاحش:

اتفق الفقهاء في هذه الصورة على أنه إذا جاوز الغبن الفاحش ثلث التركة فإن البيع موقوف في الزائد على إجازة الورثة، وهذا هو نفس الحكم في القانون اليميني والمصري حيث نصت المادة (٤٦٩) من القانون المدني اليميني على أن "....بيعه لغير وارثه بغبن فاحش فيأخذ فيه ما نقص من ثمن المثل حكم الوصية، ما لم يظهر تواطؤ على حرمان الورثة"، ويقابلها نص المادة (٤٧٧) مدني مصري إلا أن القانون المصري لم يقيد صحة البيع بشرط عدم ظهور تواطؤ على حرمان الورثة بخلاف القانون اليميني، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في المسألة السابقة.

فبناء على هذا لو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان بألف، ولم يكن له مال غير هذه الدار،

(١) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٣٢، وينظر: د. عبدالله العلفي، مرجع سابق، ص ٢٨.

وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وثمانمائة، فإن المقدار الذي حوي به المشتري يكون ثمانمائة، وهذا يزيد على ثلث التركة - وقدره ستمائة - بمائتين، فلا ينفذ البيع في حق الورثة في الدار بمقدار مائتين إلا بإجازة الورثة، وينفذ في باقي الدار دون حاجة إلى إجازتهم، فإن لم تجز الورثة في المائتين، كان على المشتري أن يؤدي إليهم هذا المبلغ ليضاف إلى الألف الذي دفعه ثمناً، فيخلص للورثة ألف ومائتان، وهذا المبلغ هو ثلثا التركة الواجب أن يخلص للورثة، وللمشتري أن يفسخ البيع، فيرد الدار للتركة، ويسترد منها الألف وهو الثمن الذي دفعه^(١).

ثانياً: ضابط الغبن الفاحش:

أشرنا فيما سبق إلى صحة البيع الصادر من المريض لغير الوارث إذا كان بثمن المثل أو بغبن يسير، وذكرنا أن البيع إذا كان بغبن فاحشاً يكون موقوفاً فيما زاد على ثلث التركة على إذن الورثة، والسؤال الذي يثور هنا ما هو ضابط الغبن الفاحش؟ وما هو ضابط الغبن اليسير؟
للجواب عن هذا السؤال سوف نستعرض رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في ذلك، مبينين رأي القانون اليمني والمصري، وبيانه بحسب الآتي:

١- ضابط الغبن الفاحش عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن ضابط الغبن الفاحش هو العرف فكل ما يتغابن الناس في مثله فهو غبن يسير، وكل ما لا يتغابن الناس في مثله فهو غبن فاحش.
وقد عرف بعض الفقهاء الغبن الفاحش بأنه: "عبارة عن اشتراء السلعة بأكثر مما جرت به العادة أن الناس لا يتغابنون بمثلها أو بيعها بأقل كذلك وأما ما جرت العادة فلا يوجب رداً اتفاقاً"^(٢).
وقال ابن عابدين في بيان الغبن الفاحش: "هو ما لا يتغابن الناس فيه أي لا يتحملون الغبن فيه احترازاً عن الغبن اليسير، وهو ما يتغابنون فيه أي يتحملونه"^(٣).
وقال الشافعية في ضابط الغبن اليسير إنه: "ما يتغابن به الناس"^(٤)، أي يتلون بالغبن فيه كثيراً وذلك إنما يكون بالشيء اليسير^(٥). وعند الحنابلة الغبن الفاحش هو: "ما يخرج عن العادة"^(٦).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج ٤ ص ٣٣٢.

(٢) ميارة، مرجع سابق، ج ٢ ص ٣٩.

(٣) مرجع سابق، ج ٣ ص ٦٦.

(٤) الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٤ ص ٢٧٧.

(٥) علي الشبرايملي، مرجع سابق، ج ٤ ص ٢٧٧.

(٦) الزركشي، شرح مختصر الخرقى، دار العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م، ج ٣ ص ٦٥٢.

وضبط الزيدية الغبن الفاحش بنسبة مئوية وهي: "ما زاد على نصف عشر القيمة حال العقد"^(١).
فخلاصة الموضوع أن معيار الغبن الفاحش عند جمهور الفقه الإسلامي هو العرف، فكل ما لم تجرِ
العادة بين الناس على المسامحة فيه فهو غبن فاحش، بخلاف الغبن اليسير فهو عندهم ما جرت عادة
الناس على المسامحة فيه، وذلك لأن الغالب أن تصرفات الناس لا تخلو عن الغبن اليسير بخلاف
الغبن الفاحش فهو عكس ذلك تماما.

بينما ذهب الزيدية إلى ضبط الغبن بنسبة مئوية محددة مسبقا، وهي ما زاد على نصف عشر قيمة
المعقود حال العقد، فكل ما تجاوز نصف العشر فهو غبن فاحش، وكل ما نقص عن ذلك فهو غبن
يسير، وسوف أبين أي الضابطين أولى في الكلام الآتي أثناء بيان معيار الغبن في القانون.

٢- ضابط الغبن الفاحش في القانون اليمني والمصري:

نصت المادة (٤٦٩) من القانون المدني اليمني على أن "...الغبن اليسير هو ما لم يكن خارجا عما يقرره
العدول"، فيظهر من هذا النص أن ضابط الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقرير العدول، فما كان
داخلا تحت تقريرهم فهو غبن يسير، وما لا يدخل تحت تقريرهم فهو غبن فاحش، فمثلا إذا قوّم
بعض العدول العين بمائة وبعضهم بتسعين وآخرون بثمانين فما كان من بين الثمانين إلى المائة فهو
غبن يسير، وما جاوز ذلك فهو غبن فاحش.

وهذا الضابط للغبن في هذه المسألة مأخوذ من المذهب الحنفي، حيث عرف الحنفية الغبن الفاحش
بأنه: "ما لا يدخل تحت تقويم المقومين"^(٢).

وقد ضرب ابن عابدين مثلا يوضح فيه ذلك بقوله: "وذلك كما لو وقع البيع بعشرة مثلا، ثم إن بعض
المقومين يقول إنه يساوي خمسة، وبعضهم ستة وبعضهم سبعة فهذا غبن فاحش؛ لأنه لم يدخل
تحت تقويم أحد بخلاف ما إذا قال بعضهم: ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم: عشرة فهذا غبن
يسير"^(٣).

بينما نجد القانون المصري سكت عن بيان معيار الغبن في هذه المسألة بخصوصها.
والذي يراه الباحث أن وضع معيار مادي للغبن وتحديد بنسبة مئوية معينة من قيمة العين أولى
وأفضل، وذلك للأسباب الآتية:

(١) ابن المرتضى، التاج المذهب، مرجع سابق، ج٢ ص٣١٧.

(٢) الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ص٤٣٦.

(٣) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج٥ ص١٤٣. (قوله لا بما لا يتغابن) الصحيح في تفسيره أنه ما لا يدخل تحت
تقويم المقومين كما في البحر والمنح وغيرهما (قوله لأن ولايته نظرية)

١-سهولة معرفة وجود الغبن من عدمه عن طريق هذا الضابط، وسوف يؤدي الأخذ بهذا الضابط إلى توحيد الأحكام في المسائل المتشابهة، فإذا أخذنا بهذا الضابط فإنه من السهولة بمكان معرفة وجود الغبن من عدمه بعملية حسابية بسيطة،

وكذلك الأخذ بهذا الضابط سوف يقضي على اختلاف الأحكام في المسائل المتشابهة، بخلاف الأخذ بالضابط السابق فإنه سوف يؤدي إلى اختلاف الأحكام في القضايا المتشابهة.

وذلك لأن تقدير المقومين يختلف من منطقة إلى أخرى، ففي مسألة ما ربما حكم القاضي بحصول غبن لعدم دخول الثمن تحت تقويم المقومين، بينما في مسألة أخرى مشابهة لها ربما حكم قاضي آخر بعدم حصول الغبن، وذلك لاختلاف البلدين.

وكذلك من الصعوبة بمكان الوصول إلى معرفة الغبن من عدمه عن طريق ضابط تقدير الخبير، وذلك لما يقتضيه هذا الضابط من الاستعانة بأكثر من خبير لتقدير قيمة العين ثم النظر إلى كون الثمن داخلا تحت تقدير المقومين أم لا، وهذا أمر يستغرق وقتا وسوف يؤدي إلى تأخير الفصل في القضايا.

٢-أن القانون اليمني القديم كان قد ضبط الغبن اليسير في مسألة بيع المريض مرض الموت بنسبة مئوية معينة حيث نصت المادة(٤٦٢)منه على أنه: "لا يتجاوز نصف عشر الثمن"، فيفهم منه أن ما تجاوز نصف العشر زيادة أو نقصانا غبن فاحش، فهذا الضابط أولى لانضباطه وسهولته.

٣-أن القانون اليمني الحالي في القواعد العامة اعتمد في ضبط الغبن على نسبة مئوية معينة، حيث نصت المادة(١٨١)منه على ذلك بقولها: "ويعتبر الغبن فاحشا إذا بلغ عشر قيمة المعقود عليه وقت التصرف"، وكذلك ضبط النص الغبن بنسبة محددة مسبقا في بيع أموال القاصر ومن في حكمه، حيث نصت المادة(٥١٣)منه على أنه: "لا يجوز بيع عقار عديم الأهلية أو ناقصها بغبن يزيد على نصف عشر ثمن المثل"، فلهذا ينبغي أن نأخذ بمعيار واحد في جميع مسائل الغبن والأولى الأخذ بمعيار النسبة المئوية المحددة مسبقا حتى لا يحصل اختلاف في المسائل المشابهة.

فخلاصة الأمر أن الذي يراه الباحث في معرفة الغبن هو الأخذ بمعيار النسبة المئوية المحددة مسبقا أولى من معيار تقدير الخبراء وذلك للمبررات السابقة.

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث سوف أشير إلى ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات وذلك بحسب الآتي:
أولاً: النتائج:

١. أن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية لا يشترطون في مرض الموت أن يكون الموت منه غالباً، وإنما يكفي أن يكثر حصول الموت منه.
٢. أن القانون اليمني في اشتراطه في مرض الموت أن يكون الموت منه غالباً أخذ بمذهب الحنفية.
٣. أن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية يذهبون إلى صحة بيع المريض مرض الموت ونفاذه، إذا كان بثمن المثل أو بغبن يسير، سواء كان لوارث أم لغير وارث.
٤. أن الحنفية في معتمد مذهبهم يرون أن بيع المرض مرض الموت إذا كان لوارث موقوف إلى إجازة بقية الورثة، وإن كان بثمن المثل أو بغبن يسير، وبه أخذ القانون اليمني.
٥. أن بيع المرض مرض الموت إذا كان لغير وارث بثمن المثل، أو بغبن يسير، صحيح ونافذ باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية، سواء ظهر تواطؤ على حرمان الورثة من كرائم أموالهم أم لا.
٦. أن القانون اليمني باشتراطه لنفاذ بيع المريض مرض الموت ألا يظهر تواطؤ على حرمان الورثة من كرائم أموالهم خالف رأي فقهاء الشريعة الإسلامية.

ثانياً : التوصيات

١. يوصي الباحث المقنن اليمني بحذف قيد عدم ظهور تواطؤ على حرمان الورثة من كرائم أموالهم.
٢. يوصي الباحث اليمني باعتبار بيع المريض مرض الموت صحيحاً وناظراً إذا كان بثمن المثل أو بغبن يسير، سواء أكان لوارث أم لغيره، أخذاً برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية.
٣. يوصي الباحث المقنن اليمني بإضافة كلمة عرفاً في تعريف مرض الموت.
٤. يوصي الباحث المقنن اليمني بأن يأخذ في معرفة الغبن الفاحش بمعياري النسبة المثوية.

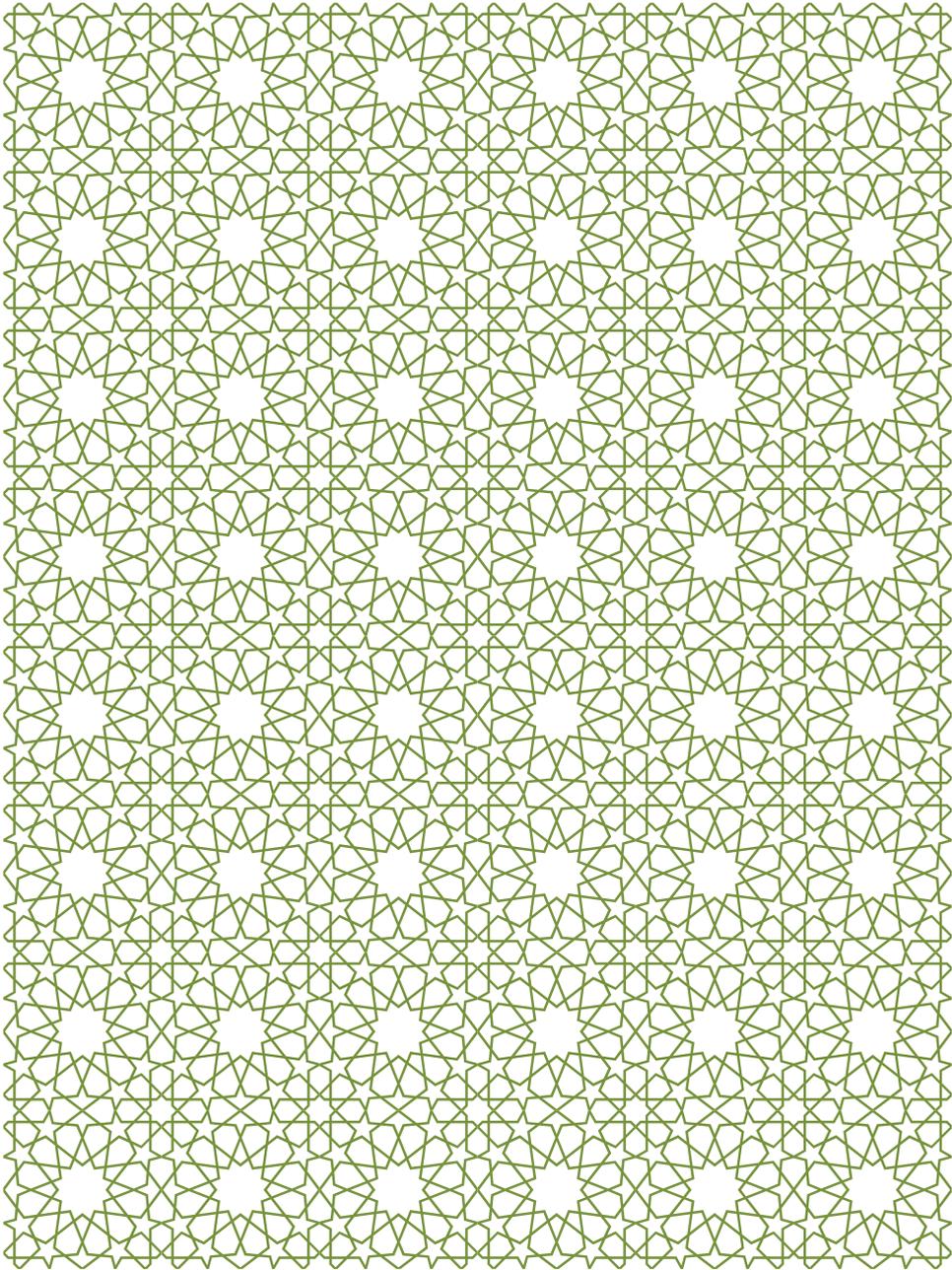
قائمة المراجع

القرآن الكريم

- ١- أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد، جمرة اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٧ م.
- ٢- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ.
- ٣- أبو الحسن عبدالله بن مفلح، المنتزح المختار، مكتبة التراث الإسلامي، الجمهورية اليمنية صعدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ-٢٠٠٣ م.
- ٤- أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح البداية، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- ٥- أبو الضياء نور الدين علي الشبراملسي، حاشيته على النهاية، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤ هـ-١٩٨٤ م.
- ٦- أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار القلم، الدار الشامية، دمشق بيروت، الطبعة الأولى.
- ٧- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤ م.
- ٨- أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، دار الطلائع، بدون سنة نشر.
- ٩- أبو يوسف يعقوب بن السكيت، الألفاظ، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ م.
- ١٠- أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، الغرر النبية في شرح البيهجة الوردية، المطبعة الميمنية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١١- د.أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر الإسكندرية الطبعة الأولى.
- ١٢- أحمد بن فارس، مجمل اللغة، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ هـ-١٩٨٦ م.
- ١٣- أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، ١٣٩٩ هـ-١٩٧٩ م.
- ١٤- أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، بدون سنة نشر.
- ١٥- أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٦- أحمد بن يحيى بن المرتضى، التاج المذهب، دار الحكمة اليمانية، بدون طبعة، ١٤١٤ هـ-١٩٩٣ م.
- ١٧- د.إيمان معمري، مدى تأثير أهليه المريض مرض الموت على عقود التبرعات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد ١١، العدد ١.
- ١٨- د.جميل الشرقاوي، عقد البيع في القانون اليمني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة

- الأولى، ١٩٨٧ م.
- ١٩- د. خميس خضر، عقد البيع، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الثالثة.
- ٢٠- زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٢١- د. سليمان مرقس، عقد البيع، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٠ م.
- ٢٢- د. سمير تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩ م.
- ٢٣- شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤ هـ- ١٩٨٤ م.
- ٢٤- د. عبدالرزق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠ م.
- ٢٥- د. عبدالله العلفي، أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، اليمن، ٢٠١٢ م.
- ٢٦- د. عبدالمنعم البدراوي، الوجيز في عقد البيع، مكتبة سيد عبدالله وهبة، ١٩٧٠ م.
- ٢٧- عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، الطبعة الأولى، ١٣٣٩ م.
- ٢٨- علي بن عبد السلام بن علي التُّسُولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ- ١٩٩٨ م.
- ٢٩- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشيته على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٣٠- محمد بن أحمد بن محمد الفاسي ميارة، الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام، دار المعرفة، بدون طبعة.
- ٣١- محمد أمين بن عمر بن عابدين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ- ١٩٩٢ م.
- ٣٢- محمد رواس قلعي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ- ١٩٨٨ م.
- ٣٣- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٥ م.
- ٣٤- محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٣٥- د. محمد علي عمران، الوجيز في عقد البيع، مكتبة سعيد رأفت، ١٩٨٣.

- ٣٦- محمد بن علي بن محمد الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
- ٣٧- منصور بن يونس بن إدريس الجهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م
- ٣٨- منصور بن يونس بن صلاح الجهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٣٩- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة الأولى،
- ٤٠- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة.



تلف الوقف

دراسة فقهية مقارنة بقانون الوقف اليمني

الباحث: محمد أحمد بن سعد

محام، وأستاذ جامعي

إيميل: mohass439438@gmail.com

٧٧١٧٨٦٦٧٢

Waqf damage

A comparative jurisprudential study of the Yemeni Waqf law.

Researcher Muhammad Ahmad bin saad.

Lawyer and PhD student at Sayun University, specializing in
(Jurisprudence and its principles).

Email: mohass439438@gmail.com

Tel: ٧٧١٧٨٦٦٧٢

ملخص البحث

هذا البحث والذي جاء بعنوان (تلف الوقف دراسة فقهية مقارنة بقانون الوقف اليمني)، أجب على مجموعة من التساؤلات وهي:

- ١- ما هو تعريف تلف الأموال في اللغة والاصطلاح.
- ٢- ما هو تعريف الوقف في الفقه الاسلامي، وقانون الوقف اليمني، مع ترجيح الباحث للتعريف الأقرب وتعليل ذلك.
- ٣- رأي الفقهاء والقانون في تلف الوقف المضمون وغير المضمون، مع ترجيح الباحث بين المذاهب.

وللإجابة على هذه التساؤلات سلكت المنهج الوصفي، والمنهج التحليلي، والمنهج التأصيلي، مع المقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الوقف اليمني. ويتكون البحث من مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، تناولت في المبحث الأول التعريفات وبينت في المبحث الثاني أقوال الفقهاء في التلف المضمون، وفي المبحث الثاني بحثت اقوال الفقهاء ورأي قانون الوقف اليمني في التلف غير المضمون، ومن ثم الخاتمة، وفيها النتائج والتوصيات، مشفوعة بمصادر البحث.

وقد توصلت للآتي:

- ١- إن فقهاء الشريعة الغراء بينوا لنا أحكام الوقف وفصلوها وأزالوا الغبار عنها.
- ٢- ذكر الفقهاء أحكام تلف الوقف دليل على أهميته، وبيان واضح للحفاظ عليه، وعدم المساس به، أو غصبه، أو هدمه، أو غير ذلك.
- ٣- أحكام قانون الوقف اليمني لا تخلو بمجملها عن أحد أقوال الفقه الاسلامي.
- ٤- اختلف الفقهاء في جواز بيع الموقوف المتلف، واختلافهم في ذلك ناتج عن اختلافهم في فهم العلة والدليل، والمصلحة.
- ٥- اختلف الفقهاء في استبدال وهدم المسجد للمصلحة.
- ٦- اختلف الفقهاء في بيع العقار الموقوف، واستبداله، والمناقلة به؛ لاختلافهم في فهم العلة ورؤية المصلحة.

Research summary

This research, which was entitled the damage to (the endowment, a Jurisprudential study compared to the Yemeni endowment law), responded On a set of questions:

- 1 – What is the definition of the mewl wrapper in language and terminology?.
- 2 – What is the definition of endowment in Islamic jurisprudence, and the Yemeni endowment law, with the researcher giving preference to the definition? Proximity and teach it.
- 3 –The provisions of the Yemeni Endowment law are not devoid of one of the sayings of Islamic jurisprudence as a whole.
- 4 – The jurists differed as to the permissibility of selling damaged property, and their difference in that is the result of their difference in Understanding the reason, evidence, and interest.
- 5 – The jurists differed regarding replacing and demolishing the mosque for the sake of public interest.
- 6 – Jurists differed regarding selling the endowed property, exchanging it, and transferring it. Their difference in understanding the cause And the vision of interest.

الحمد لله رب العالمين، وبه نستعين على أمور الدنيا، والدين، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم وبعد:

فإن الله حبيب إلى عباده فعل الخيرات، وجعلها دليلاً على الخيرية، ومن هذه الأعمال أعمال البر، وهي كثيرة تكاد لا تحصى، ولا شك أن من أجل ذلك الوقف والوصايا؛ لذا فإن الشريعة الإسلامية أولت هذا الجانب اهتماماً بالغاً، وكبيراً؛ وذلك لضرورته، وأهميته؛ إذ لا يخلو زمن منذ بعثة النبي ﷺ من وجود أوقاف؛ ولأنه من الأفعال الخيرية، التي تتعدى إلى الغير؛ ولهذا نبه النبي ﷺ في الحديث الشريف حيث قال: (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له)^(١).

وكتب فروع الفقه مبثوثة فيها أحكام الوقف، ولكن لم يفرد أحد أحكاماً خاصة لإتلاف الوقف، لذلك أحببت أن أبحث في هذا الجانب؛ لأنه باعتقادي تمس الحاجة لذلك خصوصاً مع الانتشار اليوم للوقف، وللأسف مع الانتشار أيضاً لهدم وإتلاف الوقف لذلك من المتوجب البحث في هذا الجانب، وبالله التوفيق..

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث، في تسليط الضوء على مسألة إتلاف الوقف، نظراً لزيادة الأوقاف في مجتمعاتنا، ونتيجة إلى انتشار إتلاف الأوقاف، وانتشار إهماله، والتقصير في حقه، والتعدي عليه، إضافة إلى جهل الناس بهذا الجانب وقلة الدراسات الفقهية والقانونية فيه؛ لهذا أحببت أن أبحث في هذا الجانب.

مشكلة البحث:

يعالج البحث عدة إشكاليات وهي:

- ١- التعريف الفقهي والقانوني للوقف.
- ٢- ما الحكم الشرعي لبيع الموقوف عند تلفه، أو استبداله، سواء كان هذا الموقوف مسجداً، أو عقاراً غير منقول، أو عقاراً منقولاً.
- ٣- ما الحكم الشرعي، والقانوني لبيع العقار غير المنقول، أو استبداله.

أساليب البحث:

(١) النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت، رقم الحديث (١٦٣١)، (١١ / ٨٥).

سأسلك في البحث إن شاء الله تعالى الأسلوب الوصفي، والمنهج التحليلي، والمنهج التأصيلي، مع المقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الوقف اليمني.

خطة البحث:

يتكون البحث من مبحثين وتحت كل بحث عدة مطالب:

المبحث الأول: في التعريفات وفيه مطلبين:

المطلب الأول: في تعريف التلف في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: في تعريف الوقف في اللغة والاصطلاح.

المبحث الثاني: في تلف الوقف وفيه مطلبين:

المطلب الأول: في تلف الأوقاف بالسبب غير المضمون.

المطلب الثاني: في تلف الأوقاف بالسبب المضمون.

المبحث الأول في التعريفات:

المطلب الأول: في تعريف التلف في اللغة والاصطلاح:

التلف في اللغة مأخوذ من تلف، التاء واللام والفاء كلمة واحدة وهو ذهاب الشيء، وقيل التلف هلاك الشيء، وقيل الفناء، وهو مرادف لمعنى الهلاك؛ لأن الهلاك لفظ يدل على الكسر، والسقوط، وإذا استحال الشيء وفسد قيل عنه هالك^(١)، ومن ذلك قوله تعالى (ويهلك الحرث والنسل)^(٢)، كما يطلق الهلاك على الموت كما قال تعالى (وما يهلكنا إلا الدهر)^(٣).

ومن هنا يتضح لنا أن التلف والهلاك كلمتان مترادفتان في لغة العرب ترجعان إلى معنى واحد وتدلان على شيء واحد وهو ذهاب الشيء وفناؤه^(٤).

التلف في الاصطلاح:

التلف في اصطلاح الفقهاء يطلق على معنيين:

(١) البغدادي أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي، غريب الحديث، طبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد- الدكن، الطبعة: الأولى، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م (٤ / ٣٢٣).

(٢) سورة البقرة الآية (٢٠٥).

(٣) سورة الجاثية الآية (٢٤).

(٤) ابو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار القلم الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ (٢ / ٧٩٣).

(الأول) إتلاف حقيقي: وهو ذهاب الشيء كله، أو بعضه وذلك مثل قتل الدابة، وحرق الثوب^(١).

(الثاني) إتلاف حكيم: وهو حدوث معنى في الشيء يمنع الانتفاع به، مع قيامه في نفسه حقيقة ومثل ذلك خلط الوديعة بغيرها، خلطاً بحيث لا يمكن تمييزها^(٢).
المطلب الثاني: تعريف الوقف في اللغة والاصطلاح:
الوقف لغة:

الواو، والقاف، والفاء، أصل واحد يدل على التمسك في الشيء، ومنه وقفت أوقف وقوفاً، والوقف في الأصل: مصدر وقفه إذا حبسه وقفاً، ووقف بنفسه وقوفاً يتعدى ولا يتعدى وقيل للموقوف: وقف تسمية بالمصدر، فإن وقف الذي مصدره الوقف متعدد معناه ما ذكر ووقف الذي مصدره الوقوف لازم، فإذا يطلق الوقف في اللغة على حبس العين، يقال أوقف الدار للمساكين أي حبستها للانتفاع لهم فقط دون غيرهم^(٣).
الوقف في الاصطلاح:

هو تحييس الأصل وتسبيل المنفعة.

والمراد بالأصل: ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالدار والساكنين والبساتين ونحوهما.
والمراد بالمنفعة: الغلة الناتجة عن ذلك الأصل، كالثمرة والأجر وسكنى الدار ونحوهما^(٤).

(١) الشُّوْلي علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت

الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م (٢ / ٣٤٤).

(٢) الكاساني علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م (٩ / ٤٤٥٤)

(٣) القنوي قاسم بن عبد الله بن أمير علي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: ٢٠٠٤م - ١٤٢٤هـ (١ / ٧٠).

(٤) النووي محيي الدين يحيى بن شرف، أبو زكريا، المجموع شرح المهذب، دار الفكر (طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي) (٢ / ٣٢٣)، و الكلوذاني محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب، الهداية على مذهب الإمام احمد بن حنبل، الناشر مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤م (١ / ٣٣٤).

وقد اختلفت تعاريف فقهاء المذاهب الأربعة وسنتعرف على تعريف كل مذهب:

١- عند الحنفية: ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الوقف هو حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة، فيجوز رجوعه عنه، وذهب الصحابان إلى أن الوقف حبس العين عن التمليك مع التصديق بمنفعتها، فتكون العين زائلة إلى ملك الله تعالى^(١).

وجه الاعتراض على التعريف حصل الخلاف بين الإمام وبين الصحابين في كلمة (الحبس)، فهو عندهما يفيد اللزوم وعند الإمام ابي حنيفة لا يفيد اللزوم، كذلك هل العين تخرج عن ملك الواقف، أم ما زالت في ملكه، يتصرف فيها حيث يشاء^(٢).

وتعريف الصحابين أغفل كثيراً من الضوابط الأساسية؛ لأن التعريف في العادة يبين معنى الشيء، وضوابطه، فالتعريف ينبغي أن يكون فيه من الدقة، والشمول؛ لأنه بمثابة المتن.

٢- وعند المالكية: يسمونه الحبس وعرفه ابن عرفه بأنه إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازماً بقاؤه، في ملك معطيه ولو تقديراً^(٣).

وهو التعريف المعتمد عند السادة المالكية، ولكن اعترض عليه بأنه يفيد التأييد مع أن المالكية يذهبون الى صحة الوقف المؤقت^(٤).

غير أن الإمام العدوي أجاب على هذا الاعتراض بأن الوقف كلمة تفيد التأييد، بدون الحاجة الى قرينة^(٥).

هذا هو المفهوم من كلمة الحبس، والحبس يفيد التأييد، وإن كان بعض الفقهاء لا يشترط اللزوم،

(١) المرغيناني علي بن ابي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، طبعة دار إحياء التراث، (٣ / ١٥)، و الجرجاني علي بن مُجَّد بن علي الزين، التعريفات الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ١٩٨٣م (٢٥٣)

(٢) نفس المرجع السابق (٣ / ١٥).

(٣) الرصاع، مُجَّد الانصاري، شرح حدود ابن عرفه، تحقيق مُجَّد ابو الأجنان - الطاهر المعموري، دار العرب الاسلامي، (٢ / ٢٣٩)، والخرشي، مُجَّد بن عبدالله، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت (٧ / ٧٨).

(٤) عليش المالكي، مُجَّد بن أحمد بن مُجَّد منح الجليل شرح مختصر خليل، ار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، (٣ / ٣٤).

(٥) العدوي، علي بن أحمد بن مكرم، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني، تحقيق يوسف البقاعي، طبعة دار الفكر - بيروت، ١٩٩٤م، (٧ / ٨٨).

كذلك اعترض على قولهم: (ولو تقديراً)، قال الخرخشي: مع انه يشترط لصحة الوقف وجود عين الوقف، وأن تكون في ملك الواقف فعند التعليق لا تكون العين موجودة أصلاً^(١). وهذا شرط عند الشافعية لصحة لزوم الوقف؛ لأنه كيف يملك الانسان شيئاً قبل أن يمتلكه، وهذا هو وقف المعدوم، وبهذا لا يكون التعريف جامعاً؛ لأنه يجيز تعليق الوقف.

٣- وعند الشافعية: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح^(٢).

وزاد الامام النووي رحمه الله تعالى (وتصرف منافعه الى البر؛ تقرباً لله تعالى). واعترض الإمام المناوي رحمه الله تعالى على زيادة الامام النووي فقال: لا تشترط القرية فقد يقف على غيره لا لأجلها أي القرية بل لباعث دينوي، كطمع في جاه، أو حب التودد والتقرب اليه، وقد يقف عقاراً على ولده خوفاً من أن يبيعه بعد موته، ويتلف ثمنه من غير أن تخطر القرية بباله أصلاً... الى أن قال والوقف في ذلك كله صحيح لازم^(٣).

ويمكن أن يقال: إن هذا الاعتراض فيه نظر؛ لأن المقصود من الوقف أولاً وأخيراً البر والقربى لله تعالى، فالزيادة في هذا التعريف زيادة صحيحة معتبرة، بل قد يبعث في صدور الناس دافع الوقف والتنافس عليه، عندما يجدون أن الثمرة هي القرية ونيل البر من الله عز وجل، والمتعارف عليه عند الناس أن الوقف مادام في أمر مباح فظاهره القرية والله العلم أولاً وأخيراً.

والذي يظهر أن تعريف الامام النووي هو التعريف الجامع وهو المعتمد في المذهب وهناك تعريفات أخرى لم نذكرها؛ لأنها مكررة، وقد وافق بعض الحنابلة تعريف الإمام النووي رحمه الله تعالى للوقف^(٤).

(١) نفس المرجع السابق (٧ / ٨٨).

(٢) الخطيب الشربيني، مُجَدِّد بن احمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٩٤ (ج ٣ / ٥٢٢)، وابن حجر الهيتمي، احمد بن مُجَدِّد بن علي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى ١٩٨٣، (٦ / ٣٣٥).

(٣) المناوي، عبدالرؤوف تاج العارفين، تيسير الوقوف على غوامض احكام الوقوف، مكتبة نزار مصطفى الطبعة الأولى، ١٩٩٠ م (٣)

(٤) الذي وافقه هو صاحب كتاب كشاف القناع، البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، كشاف القناع شرح متن الإقناع، دار الكتب العلمية، (٣ / ٢٤٠).

٤- عند الحنابلة: تحبب الأصل وتسبيل المنفعة على بر أو قرية مع بقاء عينه ممنوع من التصرف بلا عذر، مصروف منافعه في البر؛ تقرباً لله تعالى^(١)، وعرفه ابن قدامة المقدسي بأنه (تحببب الأصل وتسبيل المنفعة)^(٢).

وتعريف ابن قدامة ليس تعريفاً للوقف وإنما جواب للنبي ﷺ لسؤال سألته سيدنا عمر عن أرض خبير فرد عليه النبي ﷺ، وبين له كيف يتصرف بصدقته، أما موضوعنا فهو تعريف الوقف، وتعريف الوقف يحتاج إلى شيء من التفصيل.

وعلق الدكتور مصطفى الزرقا على تعريفات الأئمة السابقة بقوله: ولا يخفى اعتبار استمرار ملكية الواقف بعد موته وزوال شخصيته وأهليته، ليس له مستند أو نظير، فالأحسن تخريجاً هو أن تعتبر الجهة الخيرية التي لا بد من وجودها في الوقف بداية أو نهاية هي المالكة لعين الموقوف، باعتبار أنها شخص حكيم دائم، لا الأشخاص الطبيعيون، إذا كانوا موقوفاً عليهم، وهذا يتماشى مع فكرة الشخصية الحكيمة^(٣).

وعرف قانون الوقف الشرعي، الوقف تعريفاً ملخصاً من التعريفات السابقة، فلم يلتزم بتعريف معين؛ لأن من صاغ هذا التعريف فقهاء قانون من جميع المذاهب الفقهية؛ فتم اختيار هذا التعريف ليكون تعريف الوقف في القانون اليمني^(٤).

وقد عرف الوقف في قانون الوقف الشرعي ودليل الوقف اليمني في المادة (٣)، منهما بأنه: حبس مال والتصدق بمنفعته أو ثمرته على سبيل القرية تأبيداً^(٥).

ويلاحظ في تعريف المشرع اليمني للوقف أنه يوافق التعاريف السابقة في الآتي:

(١) ابن مفلح، ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، المبدع ي شرح المقنع، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٥٢ / ٥).

(٢) المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مطبعة القاهرة، ١٩٦٨ م، (٨ / ١٨٤).

(٣) الزرقا، مصطفى بن أحمد، أحكام الأوقاف، دار عمار، الطبعة الأولى ١٩٩٧ م (٣٦).

(٤) نواف حفظ الله غازي حسين، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية وقانون الوقف اليمني وهي رسالة دكتوراة، جامعة أم درمان، ٢٠٠٩ م (٢٩).

(٥) وهو موافق تماماً للقانون الاتحادي الإماراتي بشأن الوقف، قانون الوقف الشرعي لعام (١٩٩٢)، و القانون الاتحادي الإماراتي المادة (١)، سنة (٢٠١٨ م)

- ١- ذكر القانون اليميني أن الوقف هو (حبس) وهو المتعارف عليه عند العلماء وهو التعريف اللغوي للوقف.
- ٢- قوله (مال)؛ لأن المال أعم وأشمل من أي لفظ آخر، والمال لا بد أن يكون معتبرا.
- ٣- قوله و(التصدق بمنفعته)، أي منفعة الوقف، أو ثمرته، مع المحافظة على رقبة الوقف وهو الأصل.
- ٤- قوله (على سبيل القرية)، أي قرية لله تعالى، وهو شرط معتبر في القانون اليميني، وبهذا القيد يكون القانون قد وافق الجمهور؛ لأن الجمهور يشترطون القرية خلافاً للمالكية.
- ٥- قوله (تأبيداً)، فالقانون لا يجيز الوقف المؤقت، وهو رأي الجمهور خلافاً للمالكية.
- التعريف المختار من جميع التعريفات السابقة، هو تعريف السادة الشافعية وهو (حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف، في رقبته، على مصرف مباح، موجود، وتصرف منافعه إلى البر؛ تقرباً لله تعالى) وهذا الاختيار معللاً للأسباب الآتية:
 - تعريف الشافعية يعتبر تعريفاً جامعاً شاملاً.
 - التعريف لم يعترض عليه كما أعترض على التعاريف الأخرى.
 - قد أخذ بهذا التعريف بعض من أئمة الحنفية والحنابلة^(١).
 - التعريف يحوي عدة ضوابط مهمة وهي:
 - أن يكون الوقف محبوساً.
 - أن يكون مالا معتبرا.
 - أن يمكن الانتفاع به.
 - بقاء العين الموقوفة.
 - قطع التصرف بالعين المحبوسة، إلا من باب الولاية فقط.

المبحث الثاني: في تلف الوقف:

الأوقاف من عقار، أو منقول عرضة للتلف، أو الخراب؛ نتيجة إلى عوامل عدة على سبيل المثال تعاقب الزمان، وكثرة الاستعمال، أو بما يرسله الله تعالى على عباده، مثل الريح الشديدة، والأمطار

(١) الزحيلي، وهبة مصطفى، الوصايا والوقف، دار الفكر، الطبعة السادسة ٢٠٢٢م، (١٥٨).

الغزيرة، والسيول الجارفة، والزلازل الهادمة، وغير ذلك، وهو ما يطلق عليه الفقهاء تعطل الوقف بسبب غير مضمون، ويقابله إتلافه بفعل فاعل وهو ما يطلق عليه الفقهاء تعطل الوقف بسبب مضمون، وفيما سنذكره إن شاء الله تعالى في هذا المبحث من نصوص ما يشهد لذلك وسنجعل الكلام في هذا الموضوع في مطلبين:

المطلب الأول: في تلف الأوقاف بالسبب غير مضمون.

المطلب الثاني: في تلف الأوقاف بالسبب المضمون.

المطلب الأول: في تلف الأوقاف بالسبب غير المضمون:

يفرق الفقهاء رحمهم الله بين كون الوقف عقاراً، أو منقولاً، بل بين العقار نفسه، فيفرقون بين مؤن العقار مسجداً، أو رباطاً ونحو ذلك والكلام في ذلك ينتظم في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تلف المسجد: اختلف الفقهاء إذا خرب المسجد، أو تعطل، هل يباع ويبدل أم لا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الإمام أبو حنيفة، وأبو يوسف والمالكية، والشافعية إلى أن المسجد إذا خرب أو تعطل لم يعد ملكاً ولم يباع بحال من الأحوال، بل يبقى مسجداً أبدياً إلى قيام الساعة^(١).

وحجة أصحاب هذا القول في عدم جواز بيع المسجد الخرب أو المتعطل؛ أنه لما جعله الواقف مسجداً فقد حرره خالصاً لله تعالى، على الإطلاق وصح ذلك فلا يحتمل للعود إلى ملكه كالإعتاق، وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهة القرية قد صحت، فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود^(٢).

ومع تغير الأزمنة وأحوال الناس، وظهور بعض الولاة الظلمة الذين يأكلون أنقاض أوقاف المسلمين، أفتى أصحاب هذا القول بجواز نقل انقاض المسجد، أو بيعها، وصرفها إلى مسجد آخر؛ لتفي ببعض المصالح.

(١) ابن عابدين، مُجَدِّ أمين بن عمر بن عبد العزيز رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م (٤ / ٣٥٩)، و الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لمطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ (٣ / ٣٣١)، و ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن مُجَدِّ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ

(٥ / ٢٧١ - ٢٧٢)، والطرابلسي، ابراهيم بن موسى بن ابي بكر، الإسعاف في أحكام الأوقاف (٧٣) طبع بمطبعة هندية بشارع المهدي بالأريكية - مصر - الطبعة الثانية، ١٣٢٠ هـ - ١٩٠٢ م.

(٢) بدائع الصنائع (١ / ٥٨١)، وروضة الطالبين (٥ / ٣٥٧).

قال ابن عابدين وجزم به في الاسعاف، حيث قال: ولو خرب المسجد وما حوله وتفرق الناس عنه، لا يعود إلى ملك الواقف، عند أبي يوسف فيباع نقضه بإذن القاضي، ويصرف ثمنه إلى بعض المساجد^(١).

وقال الامام النووي: ثم المسجد المعطل في الموقع الخراب، إن لم يخف عليه من أهل الفساد نقضه لم ينقض، وإن خيف نقض وحفظ، وإن رأى الحاكم أن يعمر بنقضه مسجداً آخر جاز^(٢).

لقول الثاني: وذهب إلى هذا القول محمد بن الحسن الشيباني صاحب الإمام أبي حنيفة وهو أنه إذا خرب المسجد، أو خرب ما حوله، واستغنى عنه، فإنه يعود إلى ملك الواقف، أو ورثته وحجته في ذلك أنه أزال ملكه بوجهٍ مخصوص، وهو التقرب لله تعالى، بمكان يصلح فيه الناس فقد استغنى عنه؛ فلذلك فات غرضه منه فيعود إلى ملكه، كما لو كفن ميتاً ثم أكله سبعٌ وبقي الكفن فإنه يعود إلى ملكه^(٣).

وقد ردوا عليه قياسه على الكفن بأنه قياس مع الفارق، فإن وقف المسجد تحريراً خالصاً لله تعالى، بخلاف الكفن فإنه لم يحرره، وإنما دفع حاجة الميت به، وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكاً له^(٤).

القول الثالث: ذهب الحنابلة في الصحيح من المذهب، أن المسجد إذا تعطلت منافعه فإنه يجوز التصرف فيه، حسب مصلحة المسلمين من بيعه، وإقامة مسجد آخر بدلاً عنه، في مكان آخر، وهذا كما لو انتقل أهل الحي، أو القرية فصار في موقع لا يصلح فيه، أو كان موضعه قذراً، أو ضاق بأهله ولم يكن توسيعه في موضعه، أو بيع جزء منه؛ لتعمير الجزء الآخر وذلك كما لو تشعب جميعه، فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه^(٥).

وحجتهم في ذلك أن النبي ﷺ نهى عن إضاعة المال، وفي إبقائه على هذه الحالة التي لا يستفاد منه

(١) رد المختار (٤ / ٣٥٩).

(٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين (٥ / ٣٥٨).

(٣) بدائع الصنائع (٨ / ٣٩١٤)، و رد المختار (٤ / ٣٨٥).

(٤) بدائع الصنائع (٨ / ٣٩١٤).

(٥) كشاف الاقناع (٤ / ٣٢٣)، و المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الانصاف في معرفة

الراجح من الخلاف دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ، (٧ / ١٠٣)، و مغني ابن

قدامة

(٦ / ٢٨).

بها إضاعة للمال فوجب حفظه بالبيع^(١).

الترجيح : الذي يظهر لي والله أعلم، رجحان ما ذهب إليه السادة الحنابلة من جواز بيع المسجد واستبداله بمثله؛ اذا تعطلت منافعه بخراب، وما في معناه مما اشاروا اليه؛ لقوة ما استدلوا به؛ إذ لا يصح بقاء المسجد متعطلاً خراباً مع حاجة المسلمين إليه وعدم قيام الدليل المعارض^(٢).

رأي القانون اليمني في هذا المسألة:

أفرد القانون اليمني فصلاً مستقلاً بأوقاف المسجد وضوابطه، من هذه المواد، ما جاء في الفصل الخامس من المادة (٤١)، من قانون الوقف الشرعي، ودليل الوقف الشرعي، ما نصه (يجوز بإذن من الحاكم وبإشراف الجهة المختصة، نقل مواد المسجد، ومصرفه من قفر إلى محل أهل بالسكان للمصلحة).

كما جاء في المادة (٤٢)، من قانون الوقف، ونصها (يجوز لكل الناس إعادة المتهدم من المسجد تبرعاً من موالهم، بغير إذن، كما يجوز لكل مقتدرٍ من أهل الخير القيام ببناء المساجد، والإنفاق عليها، بعد تحديد الموقع، والمواصفات، من قبل الجهة المختصة).

وجاء في المادة (٤٣)، من القانون ما نصه (يجوز نقض المسجد؛ للتوسعة مع الحاجة، وظن قدرة الناقض على إعادته، بإذن الجهة المختصة، أو الحاكم، ولا ضمان على الناقض؛ إذا عجز عن الإصلاح، ويكون للتوسعة حكم الأصل)، أي في جميع أحكامها، وأوقافها الأولى، فإذا وقف رجل للمسجد الأول، ثم هدم ووسع، كان الوقف للجميع^(٣).

وجاء في المادة (٤٥)، ما نصه (يجوز للجهة المختصة صرف فائض أي غلة مسجد على المساجد الأخرى)، المحتاجة منها؛ لأن كثير من المساجد ليس لها أوقاف، وهي محتاجة إلى ترميم أو توسعة، فجاز نقل الفائض إليها.

يلاحظ: أن القانون اليمني وافق رأي السادة الحنفية في جواز نقل واستبدال وبيع مواد المسجد، ونقل المواد الخاصة بالمسجد المتهدم، لمسجد آخر، كذلك وافق الفقه الاسلامي في صرف ما زاد من

(١) البخاري، مُجَّد بن إسماعيل أبو عبدالله، صحيح البخاري الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ، (٧ / ١٨٤)،

كتاب الرقاق باب (٢٢)، و صحيح مسلم (٣ / ١٣٤١)، الأفضية باب (٥)

(٢) للابن قاضي الجبل وابن رزيق والمرداوي، مجموع في المناقلة والاستبدال بالأوقاف، تحقيق د مُجَّد الاشقر

وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، الطبعة الاولى ١٩٨٩ م (٣٦)

(٣) النظاري، د معمر، الملكية العقارية عن اراضي الوقف، بدون طبعة (١٣)

نفقات المسجد إلى مسجد آخر، غير أن القانون لا يجيز ذلك إلا بإذن الحاكم؛ لأن القانون يقدم مصلحة الوقف واستمراريته؛ حتى يدوم الوقف، والأجر لصاحبه عند الله تعالى، ولكن مع ذلك فقد أجاز البناء بغير إذن الحاكم، فالجهة المختصة ما علمها إلا تحديد الموقع والمواصفات فقط.

المسألة الثانية: في تلف العقار غير المسجد : اذا خرب العقار الموقوف غير المسجد وتعطلت منافعه فقد اختلفت انظار الفقهاء في جواز بيعه واستبداله وسوف نعرض رأي كل مذهب على حدة لنتعرف على الأقوال فيه:

أولاً: مذهب الحنفية : أن الوقف اذا خرب وصار بحيث لا ينتفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلاً، أولاً يفي بمؤنته فيجوز بيعه على الأصح، إذا كان بإذن القاضي، ورأى المصلحة فيه ويشترى بثمنه وفقاً يكون مكانه^(١)، وخالف في ذلك محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة فقال يعود الملك للمالك. والحاصل أن الحنفية وإن أجازوا بيع الوقف واستبداله إذا شرطه الوقف لنفسه، أو لغيره، أو لنفسه وغيره، إلا أنهم لم يجيزوا ذلك إذا لم يشترطه الواقف إلا في حدود ضيقة جداً، وهذا إذا لم يكن فيه نفع بالكلية، أما إذا كان فيه نفع ولكن بدله خير منه، ربغاً فقد قال ابن عابدين فهذا لا يجوز استبداله على الأصح^(٢).

ويرجع تشدد الحنفية في أمر استبدال الوقف، وعدم تجويز ذلك حتى لو خرب الوقف مادام ينتفع به، ولو كان النفع قليلاً؛ إلى المحافظة على أصل الوقف حيث لو قيل بجواز ذلك؛ لكان ذريعة إلى أكل أوقاف المسلمين وتضييعها من قبل الولاة^(٣).

ثانياً: مذهب المالكية : لا خلاف بين فقهاء المالكية أن العقار الخرب المقطوع المنفعة المرجو من

(١) ابن الهمام أحمد بن قودر قاضي زاده، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، الطبعة ١٩٨٨م (٦ / ٢٣٧)، و الفرغاني قاضي خان، الحسن بن منصور، فتاوى قاضي خان، دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت، (٣ / ٣١٤)

(٢) رد المختار (٤ / ٣٨٤).

(٣) الطرابلسي، إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي، الإسعاف في احكام الأوقاف، طبع بمطبعة هندية بشارع المهدي بالأزبكية بمصر الحمية، الطبعة: الثانية، ١٣٢٠ هـ - ١٩٠٢ م (٣٢)، و البحر الرائق

(٥ / ٢٤٠ - ٢٤١).

منفعته لا يجوز بيعه^(١)، لكن الخلاف وقع بينهم في العقار المقطوع المنفعة الميؤوس من عود منفعته فعندهم في ذلك قولان:

القول الأول: المنع من بيعها وهو قول المدونة، وسواء خرب أو كان قائمًا ولكن تحول عنه العمران^(٢).

القول الثاني: جواز بيعها ويجعل ثمنها في مثلها، وبه قال جماعة من المتأخرين، ورجحه ابن

عرفة وبه وقعت الفتوى والحكم وقال القرطبي أنه الصحيح من القولين^(٣).

هذه أقوال المالكية بالنسبة لبيع الوقف الخرب بالدرهم، أما إذا دفع العقار الخرب بعينه من غير بيع في عقار، وفي ملك صحيح يكون حبسًا بدله ويعبر بعضهم في ذلك بالمناقلة، وبعضهم بالمعاوضة وبعضهم بالاستبدال، فهل يجوز ذلك أولاً على قولين:

(الأول): المنع وهو المشهور من المذهب، وبه قول ابن شعبان وذهب ابن ابي يزيد وعليه اقتصر القاضي عبد الوهاب وعبر عنه بالاستبدال، واقتصر عليه ابن الحاجب وشهره خليل في مختصره^(٤).

(الثاني): الجواز وهو أحد قولي الرسالة، وإليه أشار الشيخ خليل في مختصره، وأفتى به ابن رشد، وابن عرفة^(٥).

(١) الغرناطي، مُجَدُّ بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م (٦ / ٤١).

(٢) الأصبحي، مالك بن انس، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٩٤م (٦ / ١٠٠).

(٣) القرطبي، يوسف بن عبد الله بن مُجَدُّ بن عبد البر بن عاصم، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق مُجَدُّ الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م (٢ / ٣١٦)، و الكلبي، مُجَدُّ بن احمد ابن جزري، قوانين الأحكام الشرعية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق عبدالرحمن حسن محمود، المكتبة الأزهرية (٤٠٢).

(٤) النفراوي، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن، الفواكه الدواني، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م (٢ / ٢٣١)، و جواهر الاكليل (٢ / ٢٠٩).

(٥) الدسوقي، مُجَدُّ بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة (٤ / ٩١)، و العدوي، علي بن أحمد بن مكرم، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق يوسف البقاعي، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة (٢ / ٢٤٦)

ثالثاً: مذهب الشافعية: يرى الشافعية أن الأوقاف غير المسجد إذا خربت لا يجوز بيعها، بل تؤجر أرضها لما يراد دوامه، كزعرها أو لما يراد كغرس مع اشتراط القلع عند انتهاء المدة ثم يعاد غرس الارض أو بنائها بأجرتها الحاصلة من إجارتها بعد انقضاء المدة^(١). حتى انهم قالوا في الشجرة إذا جفت أو قلعتم بالريح، أو السيل فإنه لا ينقطع الوقف فيها على المذهب، بل ينتفع بها حال كونها جذعاً بإجارة، وغيرها إدامةً للوقف في عينها، حتى لو لم يكن الانتفاع بها إلا بإحراقها، فإنه لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تصير ملكاً بحال. ويقابل هذا وجه، وهو أنها تصير ملكاً للموقوف عليه، لكنها لا تباع ولا توهب بل ينتفع بعينها، فالشافعية أغلقوا باب بيع العقار الموقوف، ولو في المذهب عندهم على الأقل، وحجتهم في ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنهما: فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث^(٢).

رابعاً: مذهب الحنابلة: مذهب الحنابلة أن العقار الموقوف إذا تعطلت منافعه المقصودة منه بخراب أو غيره، بحيث لا يرد الوقف، أو يرد شيئاً لا يعد نفعاً بالنسبة إليه، وتتعذر عمارته، وعود نفعه، أنه يباع ويجعل ثمنه في مثله.

ويرى الحنابلة أيضاً عدم جواز بيع العقار الموقوف؛ لقلّة نفعه وكونه غيره أنفع منه إلا أن يبلغ في قلة النفع حدّاً لا يعد نفعاً، فيكون وجود ذلك كالعدم^(٣).

الترجيح: أرى أن مذهب السادة الحنابلة هو الأرجح؛ للمصلحة في ذلك وملائمتة للواقع اليوم؛ لكن بشرط أن يجعل ثمنه في مثله.

رأى القانون اليمني في مسألة تلف الوقف غير المسجد:

أجاز المشرع اليمني بيع الوقف، من غير المسجد إذا خربت أو نقصت قيمتها بالقياس إلى قيمته الأصلية ففي هذه الحالة يجوز بيعه واشترط المقنن أن يباع بقيمة مثله، وشراء وقف آخر يفي بالمقصود حيث نصت المادة (٦٠)، من قانون الوقف على أنه (إذا بطل نفع الوقف في المقصود أو نقصت غلته بالقياس إلى قيمته جاز بيعه بما لا يقل عن مثل قيمته زماناً ومكاناً والاستعاضة عنه بما ينفع في المقصود أو يغل أكثر مع تحقق المصلحة).

والملاحظ أن القانون جرى على قول السادة الحنابلة في جواز بيع الوقف، الذي تلف وإرجاع قيمته

(١) روضة الطالبين (٥ / ٣٦١)، ونهاية المحتاج (٥ / ٣٩٤)

(٢) تقدم تخريج الحديث.

(٣) الفتوحى، محمد بن أحمد المشهور بابن النجار، شرح منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى،

١٤١٩هـ - ١٩٩٩م (٢ / ٥١٤)، وكشاف القناع (٤ / ٣٢٣).

إلى وقف آخر.

المسألة الثالثة: في تلف الموقوف غير العقار (المنقول)

الفقهاء رحمهم الله تعالى، وإن شددوا في أمر بيع العقار الموقوف، واستبداله، والمناقلة به، كما مر معنا في المسألتين السابقتين إلا أنهم بالنسبة إلى المنقول كانوا أكثر مرونة وخصوصاً من أغلق باب البيع والاستبدال في العقار من فقهاء المالكية، والشافعية وإن كان خالف من خالف من فقهاءهم فقال بعدم جواز بيع المنقول كالعقار، إلا أن المعتمد في المذهب خلاف هذا القول وقد بحث الفقهاء هذه المسألة رحمهم الله تعالى، ومثلوا للموقوف المنقول بالحيوان، كالفرس وبغيره كالسرح، واللجام، وحصر المسجد وقناديله، وكتب العلم، والثياب ونحو ذلك. فعند الحنفية يجوز بيع المنقول إذا استغنى عنه، أو تلف من باب أولى، إلا أن محمد بن الحسن جرى على رأيه بالنسبة للوقف إذا استغنى عنه فقال أنه يباع ويصرف ثمنه إلى صاحبه، أو ورثته وخالفه في ذلك أبو يوسف^(١).

وأما مذهب المالكية فقد قالوا أيضاً بجواز بيع المنقول؛ وعللوا ذلك بقولهم: والفرق أن الربيع الحبس لا يباع وإن خشى عليه الخراب؛ بخلاف ما يلي من الثياب وضعف الدواب والغرق وأن الربيع وإن تخرب فلا تذهب البقعة، ويمكن أن يعاد إلى حاله، وكذلك هذا النخل، وإن غلبت عليها الرمال بكثرة الرياح، أو المياه يمكن أن يذهب عنها بمثل ذلك، أو بما سواه فتعود إلى حالها^(٢). وقد قال بعض المالكية، ومنهم ابن الماجشون أن ما جعل في سبيل الله من العبيد، والثياب، لتباع، سبيلها في ذلك سبيل الربيع المحبس، ولو بيعت لبيع الربيع المحبس، لكن المذهب خلاف ذلك^(٣). وأما مذهب الشافعية فقد حكاها الإمام النووي بقوله: والأصح جواز بيع حصر المسجد إذا بليت وجذوعه إذا انكسرت ولم تصلح للإحراق^(٤).

قال الإمام الخطيب الشربيني:؛ لئلا تضيق المكان بها من غير فائدة، فتحصيل نزر يسير من

(١) شرح فتح القدير (٦ / ٢٣٧).

(٢) الباجي، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث، لمنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢ هـ (٦ / ١٣١)

(٣) المطلق، عبد الله بن محمد الطيار، الفقه الميسر، دار الوطن للنشر، الرياض - المملكة العربية السعودية الطبعة: ٧ و ١١ - ١٣: الأولى ١٤٣٢ / ٢٠١١ باقي الأجزاء: الثانية، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م (٦ / ٢٥٢)

(٤) النووي، محيي الدين يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٥ م (١٧٠).

ثمنها يعود إلى الوقف أولى من ضياعها، وهذا ما جرى عليه الشيخان وهو المعتمد. وقد عللوا قولهم بجواز بيع المنقول إذا تلف، أو أشرف على التلف، وعدم جواز بيع العقار؛ بأن المنقول إذا تلف صار في حكم المردوم^(١).

وذهب جميع متأخري الشافعية إلى أنه لا يباع ما ذكر؛ إدامة للوقف في عينه كالعقار؛ وعللوا ذلك لأنه يمكن الانتفاع به في نحو طبخ أو نحوه^(٢). وقد أجاب أصحاب القول الأول عن ذلك، بأنه لا نظر لإمكان الانتفاع في هذه الأمور؛ لأن ذلك نادر لندرة اصطناع هذه الأشياء لبعض المساجد فضلا عن جميعها^(٣). وعند الحنابلة يجوز بيع الوقف المنقول المتعطل فقد جاء في كشف القناع: ويجوز اختصار آنية موقوفة، متعطلة، إلى اصغر منها وإنفاق الفضل على الإصلاح محافظة على بقاء عين الوقف، فان تعذر اختصارها بيعت وصرفت ثمنها في آنية مثلها؛ رعاية للنفع الذي لأجله وقفت. وجاء في مغني ابن قدامة: قال أحمد فيمن وصى بفرس، وسرج، ولجام مفضي يوقف في سبيل الله فهو على ما وقف، وإن بيع الفضة من السرج، واللجام وجعل في وقف مثله فهو أحب الي؛ لأن الفضة لا ينتفع بها، ولعله يشتري بتلك الفضة سرجًا، ولجامًا فيكون أنفع للمسلمين^(٤).

رأي المشرع اليمني في بيع الموقوف المنقول إذا تلف: أجاز المشرع اليمني بيع الموقوف المنقول إذا خرب ولكن بشروطه، وستتعرف على ذلك في المواد الآتية:

جاء في المادة (٥٦)، ما نصه: (لا يجوز التصرف في الوقف إلا بإذن الجهة المختصة في الأحوال المبينة في هذا القانون).

وجاء في المادة (٥٧)، من القانون نفسه، (التصرف بالوقف منوط بتحقيق المصلحة، وكل تصرف انطوى على غبن فاحش على الوقف باطل).

وفي بيع الوقف جاء في المادة (٥٨)، من القانون ما نصه: (إذا لم تكن غلة الوقف كافية لإصلاح ما تلف من الوقف، فيجوز بيع بعضه؛ لإصلاح البعض الآخر منه إذا لم يكن هناك فائض من غلاة

(١) مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج (٢ / ٣٩٢)، و تحاية المحتاج (٥ / ٣٩٥).

(٢) نفس المرجعين السابقين بنفس الصفحات.

(٣) مغني المحتاج (٢ / ٣٩٥).

(٤) كشف القناع (٤ / ٢٧١ / ٣٢٤)، ومغني ابن قدامة (٦ / ٣٥).

أوقاف أخرى).

وجاء في المادة (٥٩)، ما نصه: (لا يجوز بيع الوقف؛ لإصلاح عين الموقوف عليه إلا إذا كان الواقف لهما واحداً).

وجاء في المادة (٦٠)، من القانون ما نصه: (إذا بطل نفع الوقف في المقصود أو نقصت غلته بالقياس إلى قيمته جاز البيع بما لا يقل عن مثل قيمته، زماناً ومكاناً، والاستعاضة عنه بما ينفع في المقصود، أو يغل أكثر مع تحقق المصلحة).

نرى أن القانون اليمني وافق الفقه الاسلامي وتقدم تفصيل ذلك ، فيجوز بيع الوقف واستبداله في الوقف، ولكن بإذن الجهة المختصة، وقد وضع شروطاً لبيع الوقف واستبداله، من خلال المواد السابقة، وهذه الشروط هي كالآتي:

- ١- أن يكون بإذن الجهة المختصة.
- ٢- أن يكون منوطاً بالمصلحة.
- ٣- أن لا ينطوي على غبن فاحش.
- ٤- أن لا يكون هناك فائض من غلاة أخرى
- ٥- أن يبطل نفعه المقصود.

المطلب الثاني: في تلف الاوقاف بسبب مضمون وفيه مسألتان:

المسألة الاولى: في تلف الوقف عدواناً:

إذا عمد شخص على العين الموقوفة فأتلفها، مثل أن يهدم الدار، أو يقتل الحيوان، أو يمزق الكتب ونحو ذلك، فهذا لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، في أنه يلزمه الضمان، هذا في العامد والمخطئ عند جميع الفقهاء؛ لأن العمد والخطأ في الأموال بالنسبة للضمان سواء؛ لأنه من خطاب الوضع^(١).

بل قد نص المالكية صراحة على ذلك فقد جاء في حاشية الدسوقي تعليقاً على قول الدردير (تعدياً) مفهوم قوله تعدياً أنه لو هدمه خطأ فعليه قيمته^(٢).

(١) الحلبي، ابراهيم بن محمد بن ابراهيم، مجمع الانهار والدر المنتقى ، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت (١ / ٧٥٢)، منح الجليل (٤ / ٧١)، وروضة الطالبين (٥ / ٣٦١)، الانصاف (٧ / ٤٠)، والفواكه الدواني (٤ / ٢٣٨).

(٢) حاشية الدسوقي (٤ / ٩٢).

أما إذا تلف الموقوف بالاستعمال المأذون فيه دون تعد، أو تفریط من مستعمله فقد نص الشافعية والحنابلة أنه لا ضمان عليه، ومثلوا لذلك بالكيزان المسبلة على أحواض الماء، وكذا الكتب الموقوفة على طلبة العلم فقالوا لا ضمان على من تلف في يده شيء منها بلا تعدي وإن تعدى ضمن، ومن التعدي استعماله في غير ما وقف له^(١).

وإذا لزم المتلف الضمان فهل يضمن بالقيمة أو ثمن المثل:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الموقوف إذا تلف وكان مثلياً أن ضمانه على متلفه بالمثل، أما إذا كان قيمياً، كما هو الحال في غالب الأوقاف، فإن ضمانه على متلفه يكون بالقيمة، إلا قولاً لبعض المالكية منهم ابن شاش وابن الحاجب ولكن هذا القول خلاف الراجح في مذهب المالكية^(٢).
بناء على ذلك قال الفقهاء متى قضي بالقيمة جعلت في وقف مثله، يكون بدلاً عنه، فإن لم تف القيمة بوقف مثله، اشترى بها شقصاً من مثله؛ مراعاة لغرض الواقف من استمرار الثواب؛ ولأنه أقرب إلى مقصود الوقف.

رأى القانون كان موافقاً للفقهاء فمن اعتدى على الأوقاف عليه الضمان، ويقدره القاضي أن كان مثلياً فيمثلته، وإلا بقيمته؛ لأن الوقف يعتبر من المال العام.

المسألة الثانية هدم الأوقاف للمصلحة:

الأوقاف قد تكون عامرة ولكن المصلحة العامة تتطلب هدمها؛ إما لتجديدها؛ لتواكب التطور العمراني، وتفي بمتطلبات الحياة المعاصرة، أو لتوسعة طريق، أو سوق، أو مسجد ضاق بالمصلين، ورأى ولي الأمر أن في ذلك مصلحة، وقد رأينا مدى تشدد الفقهاء في أمر بيع الأوقاف واستبدالها، والمناقلة بها إذا كانت خراباً، فضلاً عن كونها عامرة، إلا أن فقهاء الحنفية، والمالكية قد استثنوا مسألة ما إذا ضاق المسجد، وأراد ولي الأمر توسعته، وكان بجواره عقار موقوف فإنه يجوز هدم هذا العقار؛ لتوسعة المسجد، وقد قيده بعض فقهاء الفقه الحنفي بما إذا كان العقار موقوفاً على المسجد^(٣).

(١) قال الرشدي في حاشيته على النهاية (قوله في التعدي قضية هذا الصنيع ان الواقف ان الواقف الاجني ضمانان مطلقا، وظاهر انه لا ضمان عليهما اذا اتلفاه بغير تعد كأن استعماله فيما وقف له بإجارة، مثلاً، الرشدي، احمد بن عبدالرزاق بن محمد معروف بالمغربي، على نهاية المحتاج، طبعة مصطفى الحلبي، (٥ / ٣٩٢).

(٢) الشرح الكبير (٤ / ٩٢).

(٣) الشلي، أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل، حاشية الشلي على شرح كنز الدقائق، المطبعة

واشترط بعض المالكية أن يكون المسجد المراد توسعته مسجداً جامعاً، أما مسجد الجماعة فإنه لا يجوز؛ إذ ليس الضرورة كالجامع^(١).

وقد ألحق المالكية بالمسجد أيضاً الطريق، والمقبرة فيجوز هدم العقار الموقوف؛ لتوسعتها، ونصوا على أنه متى بيع العقار الموقوف لمصلحة توسيع المسجد، أو الطريق، أو المقبرة فإنه يجب جعل ثمنه في عقار غيره^(٢).

هذه أقوال الحنفية، والمالكية بالنسبة لهدم العقار الموقوف غير المسجد؛ للمصلحة، أما هدم المسجد لمصلحة توسيع طريق، أو غيره، فعند الحنفية لا يجوز هدم المسجد كله؛ لتوسعة طريق أو نحوه قولاً واحداً^(٣).

أما هدم بعضه فللحنفية في ذلك قولان:

- القول الأول: عدم الجواز قال ابن عابدين: ويؤيده ما في التتارخانية عن فتاوى أبي الليث، وإن أراد أهل المحلة أن يجعلوا شيئاً من المسجد طريقاً للمسلمين فقد قيل أنه ليس لهم ذلك^(٤).

- القول الثاني: الجواز، فتجوز الزيادة في الطريق من المسجد؛ لأنها كلها للعمامة وهو المعتمد^(٥).
وأما المالكية فعندهم في ذلك قولان أيضاً:

القول الأول:

لابأس أن يستعان ببعض الأوقاف في بعض، فيهدم المسجد لمصلحة المقبرة، والطريق وبالعكس؛ لأن هذا كله حبس؛ ولأنه ينتقل من وجه منفعة إلى وجه منفعة أخرى وهو كله لله تعالى^(٦).

القول الثاني:

أن المسجد لا يهدم لضيق مقبرة أو طريق أما المقبرة فيجوز توسعة الطريق منها، وبالعكس هذا قول الحنفية والمالكية، بالنسبة لهدم المسجد لمصلحة التوسعة، أما هدمها لمصلحة تجديدها

الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ (٣ / ٣٣١)، وحاشية العدوي على رسالة ابن أبي زيد (٢ / ٢٤٦).

(١) قوانين الاحكام (٤٠٢)، والمنتقى (٤ / ١٣٠).

(٢) الشرح الكبير (٤ / ٤٩١).

(٣) رد المحتار (٤ / ٣٧٨).

(٤) نفس المرجع السابق (٤ / ٣٧٨).

(٥) شرح فتح القدير (٦ / ٢٣٥).

(٦) حاشية الدسوقي (٤ / ٩١).

فقد نص الحنفية على الجواز، أما المالكية بعدم الجواز^(١).
أما الشافعية في مسألة هدم الأوقاف فيؤخذ من نصوصهم، أنه لا يجوز تغيير الوقف عن هيئته،
إلا إذا جعل الواقف للناظر ما يرى فيه مصلحة الوقف، فإنه يجوز.
وافق الإمام الشيرازي بجواز التخلي عن بعض العقار الموقوف وهدمه؛ لتوسعة الطريق إذا
تعين ذلك وسيلة لجلب منفعة، أو دفع مفسدة يحتاجها الوقف فقال: (منه يؤخذ جواب حادثة وقع
السؤال عنها وهي أن مطهرة مسجد مجاورة لشارع من شوارع المسلمين آلت للسقوط وليس في الوقف
ما تعمر به فطلب شخص أن يعمرها من ماله بشرط ترك قطعة من الأرض التي كانت حاملة للجدار؛
لتتسع الطريق فظهرت المصلحة في ذلك خوفا من انهدامها، وعدم ما تعمر به هل ذلك جائز أم لا؟
وهو الجواز؛ نظراً للمصلحة المذكورة)^(٢).
هذا بالنسبة لتغيير الوقف عن مسماه، أما حكم تجديد بنائه إذا اقتضت المصلحة ذلك، فإنه
يجوز بشرط أن لا يغير مسمى الوقف، وأن لا يزال شيء من عينه بل ينقل نقضه من جانبه إلى جانب
وأن يكون فيه مصلحة للوقف^(٣).
وأما الحنابلة فإنهم لم يتعرضوا أيضاً لحكم هدم الأوقاف؛ للمصلحة العامة، إلا أن ظاهر
نصوصهم تفيد أن ذلك لا يجوز مادام الوقف عامر قائم المنافع جاء في الانصاف: فإن لم تتعطل
منافعه لم يجوز هدمه ولا بيعه ولا المناقلة به مطلقاً^(٤).
أما بالنسبة لهدمه لتجديد بناء المسجد، فقد أجاز الحنابلة تجديد بناء المسجد وقد نص الإمام
أحمد على جواز التجديد للمصلحة^(٥).
رأي القانون اليمني في ذلك، تقدم رأي قانون الوقف اليمني في الوقف بشكل عام، وكانت نصوصه
واضحة، بشرط حصول المصلحة في ذلك، وبإشراف الجهة المختصة، في المواد الآتفة الذكر وهي المواد
(٤٠-٤١-٥٦-٥٧-٥٨-٥٩-٦٠)، والتي جوزت ذلك.

(١) قوانين الاحكام الشرعية (٤٠٢).

(٢) الشيرازي، ور الدين بن علي، حاشية الشيرازي على نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت
الطبعة: ط أخيرة - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م (٥ / ٣٩٦).

(٣) مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج (٢ / ٢٩٣).

(٤) الانصاف (٧ / ١٠١).

(٥) الانصاف (٧ / ١٠١)، وكشاف القناع (٤ / ٣٢٥).

الترجيح:

الذي يظهر لي والله أعلم جواز هدم الأوقاف؛ للمصلحة العامة كتوسيع المساجد، والمقابر والطرق ونحوهما بشرط أن تكون تلك المصلحة المطلوبة، أو المفسدة المدفوعة محققة غير موهومة، وأن تكون متعينة، بحيث تنسد جميع السبل الأخرى المشروعة أصلاً، ولا يبقى سوى هدم العقار الموقوف. الخاتمة: وتحتوي على النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

- ١- قسم الفقهاء تلف الوقف إلى قسمين، مضمون وغير مضمون.
- ٢- قسم الفقهاء التلف المضمون إلى ثلاثة أقسام وهي:
 - ١- تلف المسجد.
 - ٢- تلف العقار.
 - ٣- تلف غير العقار (المنقول).والتلف المضمون إلى قسمين وهي:
 - ١- تلف الوقف عدواناً.
 - ٢- هدم الأوقاف للمصلحة.
 - ٣- حصل الخلاف بين الجمهور، والسادة الحنابلة ما بين مانع، ومجيز استبدال وقف المسجد، وبيع أرضه إذا تلف، والباحث رجح قول الحنابلة.
 - ٤- القانون اليميني وافق رأي الحنابلة، حيث أجاز استبدال وقف المسجد، وبيع أرضه للمصلحة، لكن بإذن الحاكم، وإشراف الجهة المختصة.
 - ٥- وضع القانون اليميني شروطاً لبيع الوقف واستبداله، وهذه الشروط هي كالآتي:
 - ١- أن يكون بإذن الجهة المختصة.
 - ٢- أن يكون منوطاً بالمصلحة.
 - ٣- أن لا ينطوي على غبن فاحش.
 - ٤- أن لا يكون هناك فائض من غلة أخرى
 - ٥- أن يبطل نفعه المقصود.
 - ٦- اختلف الفقهاء في هدم الوقف؛ لتوسعة المسجد، بين مجيز، ومانع، وشارط للجواز أن يكون المسجد جامعاً، لكن القانون أجاز ذلك؛ للمصلحة.

ثانيا التوصيات:

- ١- أوصى القانونيين، وفقهاء القانون بالاهتمام بقانون الوقف الشرعي بشرحه، وإكمال القصور الموجود فيه.
- ٢- قانون الوقف الشرعي، ودليل الوقف، لم يتم فيهما ذكر جميع أحكام إتلاف الوقف؛ لذا نهيى بالمعنيين بإصدار قانون حاوياً شاملاً يكون دليلاً شافياً لكل الباحثين، والقضاة، والمحامين، والمستشارين القانونيين.
- ٣- على الدولة أن تجرم إتلاف الوقف خصوصاً الإتلاف المضمون؛ لأنه كثر في مجتمعاتنا العصرية التهاون بهذا الجانب كثيراً.
- ٤- عمل الندوات، والمؤتمرات التي تخص جوانب الأوقاف ككل وجانب الحد من إتلاف الوقف بالأخص.
- ٥- على طلاب العلم، والباحثين، وطلبة الدراسات العليا، البحث المستديم والثري في هذا الجانب.

قائمة المراجع:

أولاً: كتب السنة:

- ١- البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبدالله، صحيح البخاري الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
- ٢- صحيح مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.

ثانياً: كتب اللغة:

- ١- البغدادي أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي، غريب الحديث، طبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد- الدكن، الطبعة: الأولى، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م.
- ٢- ابو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار القلم الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
- ٣- القونوي قاسم بن عبد الله بن أمير علي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: ٢٠٠٤م-١٤٢٤هـ.

- ٤- الجرجاني علي بن محمد بن علي الزين، التعريفات الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ١٩٨٣م.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي:

- ١- التُّسُولِي علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨ م.
- ٢- الكاساني علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦ م.
- ٣- النووي محيي الدين يحيى بن شرف، ابو زكريا، المجموع شرح المذهب، دار الفكر (طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي).

- ٤- الكلوزاني محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب، الهداية على مذهب الإمام احمد بن حنبل، الناشر مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤ م.

- ٥- المرغيناني علي بن ابي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، طبعة دار إحياء التراث.

- ٦- الرصاع، محمد الانصاري، شرح حدود ابن عرفه، تحقيق محمد ابو الأجفان - الطاهر المعموري، دار العرب الاسلامي.

- ٧- الخرشبي، محمد بن عبدالله، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت.

- ٨- عليش المالكي، محمد بن أحمد بن محمد منح الجليل شرح مختصر خليل، ار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة.

- ٩- العدوي، علي بن أحمد بن مكرم، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق يوسف البقاعي، طبعة دار الفكر - بيروت، ١٩٩٤م، (٧/٨٨).
- ١٠- الخطيب الشربيني، محمد بن احمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٩٤.
- ١١- ابن حجر الهيتمي، احمد بن محمد بن علي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى ١٩٨٣.
- ١٢- المناوي، عبدالرؤوف تاج العارفين، تيسير الوقوف على غوامض احكام الوقوف، مكتبة نزار مصطفى الطبعة الأولى، ١٩٩٠م.
- ١٣- كشاف القناع، الهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، كشاف القناع شرح متن الإقناع، دار الكتب العلمية.
- ١٤- ابن مفلح، ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد، المبدع ي شرح المقنع، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.
- ١٥- المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مطبعة القاهرة، ١٩٦٨م.
- ١٦- الزرقا، مصطفى بن أحمد، أحكام الأوقاف، دار عمار، الطبعة الأولى ١٩٩٧م.
- ١٧- مفتاح، ابو الحسن عبدالله بن القاسم، المنتزع المختار من الغيث المدرار، مكتبة التراث الاسلامي، بدون طبعة.
- ١٨- الزحيلي، وهبة مصطفى الوصايا والوقف، دارا الفكر، الطبعة السادسة ٢٠٢٢م.
- ١٩- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز رد المختار على الدر المختار، دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- ٢٠- الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لمطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ.
- ٢١- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
- ٢٢- الطرابلسي، ابراهيم بن موسى بن ابي بكر، الإسعاف في أحكام الأوقاف، طبع بمطبعة هندية بشارع المهدي بالأريكية - مصر- الطبعة الثانية، ١٣٢٠هـ - ١٩٠٢م.
- ٢٣- المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
- ٢٤- للابن قاضي الجبل وابن رزيق والمرادوي، مجموع في المناقلة والاستبدال بالأوقاف، تحقيق د محمد

- الإشقر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الطبعة الأولى ١٩٨٩ م.
- ٢٥- ابن الهمام أحمد بن قودر قاضي زاده، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، الطبعة ١٩٨٨ م.
- ٢٦- الفرغاني قاضي خان، الحسن بن منصور، فتاوى قاضي خان، دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت.
- ٢٧- الغرناطي، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م.
- ٢٨- الأصبغي، مالك بن انس، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٩٤ م.
- ٢٩- القرطبي، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد بن محمد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠ م.
- ٣٠- الكلبي، محمد بن احمد ابن جزي، قوانين الأحكام الشرعية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق عبدالرحمن حسن محمود، المكتبة الأزهرية.
- ٣١- النفراوي، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن ، الفواكه الدواني، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٥هـ- ١٩٩٥ م.
- ٣٢- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة.
- ٣٣- العدوي، علي بن أحمد بن مكرم ، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق يوسف البقاعي، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة.
- ٣٤- الفتوح، محمد بن أحمد المشهور بابن النجار، شرح منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ- ١٩٩٩ م.
- ٣٥- الباجي، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث، لمنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢.
- ٣٦- المطلق، عبد الله بن محمد الطيار، الفقه الميسر، دارُ الوَطْن للنَّشر، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: ٧ و ١١ - ١٣: الأولى ١٤٣٢/ ٢٠١١ باقي الأجزاء: الثانية، ١٤٣٣ هـ- ٢٠١٢ م.
- ٣٧- النووي، محيي الدين يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين ، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٥ م.
- ٣٨- الحلبي، ابراهيم بن محمد بن ابراهيم، مجمع الانهار والدر المنتقى ، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت.
- ٣٩- الرشيد، احمد بن عبدالرزاق بن محمد المعروف بالمغربي، على نهاية المحتاج، طبعة مصطفى

الحلبي.

- ٤- الشلبي، أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل، حاشية الشلبي على شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ.
- ٤١- الشبر املسي، ور الدين بن علي، حاشية الشبر املسي على نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة: ط أخيرة - ١٤٠٤ هـ/ ١٩٨٤ م.
- رابعا: كتب القانون:

- ١- نواف حفظ الله غازي حسين، احكام الوقف في الشريعة الاسلامية وقانون الوقف اليمني وهي رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان، ٢٠٠٩ م.
- ٢- النظاري، د معمر، الملكية العقارية عن اراضي الأوقاف، بدون طبعة.
- ٣- قانون الوقف اليمني رقم (٢٣)، لسنة ١٩٩٢ م.
- ٤- دليل الوقف اليمني لسنة ٢٠٢٢ م.
- ٥- القانون الاتحادي الإماراتي المادة (١)، سنة (٢٠١٨ م).

فلسفة دور تشريع الزكاة في الاستثمار دراسة في ضوء فلسفة التشريع

إعداد

أ.م.د محمد عبد الملك محسن المحبشي

أستاذ تاريخ وفلسفة القانون المشارك – كلية الشريعة القانون – جامعة صنعاء

ملخص البحث:

يتناول هذا البحث موضوع فلسفة دور تشريع الزكاة في الاستثمار في ضوء فلسفة التشريع باعتبارها أحد أركان الإسلام وباعتباره عبادة مالية لا يستفيد منها الفقير فحسب بل المجتمع، ويستفيد منها المجتمع من حيث دورها في الاستثمار والاقتصاد، حيث بينت الدراسة دور الزكاة في الاستثمار وتنمية الاقتصاد، سواء من حيث تنوع وعائها ونصائها وشروطها ومصارفيها، ومدى جواز استثمار أموال الزكاة، ووسائل وصيغ الاستثمار فيها.

This research deals with the subject of the philosophy of the role of zakat legislation in investment in light of the philosophy of legislation as one of the pillars of Islam and as a financial act of worship that benefits not only the poor but also society, and society benefits from it in terms of its role in investment and the economy, as the study showed the role of zakat in investment and economic development, whether in terms of the diversity of its container, its quorum, its conditions and its expenditures, and the extent to which it is permissible to invest zakat funds, and the means and formulas for investing in it.

المقدمة

إن نظام الزكاة في الإسلام أهم نظام مالي يؤدي إلى خلق توازن بين طبقات المجتمع، فلا يزداد الغني غنى ولا الفقير فقراً، بل يجعل المال دُولة بين الجميع، ويؤخذ من الغني ليعطي إلى الفقير حتى يكون لديه حد الكفاية والحاجة، إضافة إلى أن الزكاة عبادة وقرية إلى الله تعالى وأجر ومثوبة عنده يوم القيامة، وتزكية للنفس، وتطهير من أدرانها وصلة وسكينة.

والزكاة هي الركن الواجب الأساسي والقاعدة العامة للعلاقات المالية بين المسلمين، بحيث يؤدي أداؤها وتوزيعها بالشكل المطلوب إلى القضاء على آثار الفقر المدقع والمجاعة والمشاكل المالية التي يعاني منها كثير من المجتمعات البشرية.

وللزكاة أثر مباشر وغير مباشر في الاقتصاد؛ لأنها أصلاً لم تشرع إلا من أجل حل المشكلة الاقتصادية والمتمثلة في كثرة الحاجات وقلة الموارد وهي مشكلة الفقر، وبالتالي فعلاقة الزكاة بالتنمية الاقتصادية ومنها الاستثمار علاقة وثيقة باعتبار أن الاستثمار من أهم عناصر التنمية، وللزكاة دور بارز في الاستثمار سواء بطريق غير مباشر من خلال تحديد الوعاء الزكوي ومن خلال تحديد شروط وجوب الزكاة وتحديد مقدار الزكاة ونحوها، كما أن لها دوراً مباشراً في الاستثمار من خلال استخدام أموال الزكاة في ذلك.

أولاً مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في عدم معرفة النخبة القانونية بالأهمية التشريعية للزكاة وفلسفة تشريع الزكاة في الاستثمار.

ثانياً تساؤلات البحث:

١- ما هو مفهوم الزكاة وحكمتها.

٢- ماهية الاستثمار وضوابطه.

٣- ما هو دور الزكاة من حيث عناصرها في الاستثمار.

٤- ما هي وسائل استثمار أموال الزكاة.

ثالثاً أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تتمثل أهمية الموضوع وسبب اختياره في كون تلك الزكاة من أهم أركان الإسلام، ومعرفة فلسفة تشريع الزكاة سيزيد من تحصيلها، كما سيزيد الحرص في صرفها وإنفاقها على المستحقين لها.

رابعاً أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- التعريف بالزكاة كأهم تشريع إسلامي.
 - التعريف بالاستثمار باعتباره من أهم وسائل الاقتصاد.
 - توضيح دور الزكاة في الاستثمار من حيث شروطها ومقدارها ومصارفيها.
 - توضيح وسائل استثمار أموال الزكاة.
- خامسا منهج البحث وأدواته:
- اعتمد الباحث في بحثه هذا على المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على دراسة وتحليل نصوص تشريع الزكاة، كما أنه باعتباره بحثا متعلقا بفلسفة الأنظمة القانونية فقد اعتمد البحث أيضا على المنهج الفلسفي.
- سادسا خطة البحث:
- المبحث الأول: التعريف بالزكاة والاستثمار.
 - المبحث الثاني: الدور غير المباشر للزكاة في الاستثمار.
 - المبحث الثالث: الدور المباشر للزكاة في الاستثمار.

المبحث الأول: التعريف بالزكاة والاستثمار.

سنتحدث في هذا المبحث باعتباره مدخلا للدراسة عن مفاهيم الزكاة والاستثمار في مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: التعريف بالزكاة

أ- تعريف الزكاة لغة: البركة والنماء والزيادة يُقال زكا الزرع أي نما، وتأتي بمعنى التطهير ومنها قد أفلح من زكاها أي طهره، والزكاة الشرعية من آثارها نماء المال وتطهيره^(١).

ب- تعريف الزكاة في اصطلاح الفقهاء: وهي تعني أداء حق يجب في أموال مخصوصة على وجه مخصوص ولمصارف مخصوصة بشرط بلوغ المال النصاب ومرور الحول، يتم توزيعها من الأفراد مباشرة أو عن طريق الدولة^(٢).

والزكاة ركن عظيم من أركان الإسلام قرنها الله بالصلاة في بضع وثمانين آية {وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّكْعِينَ-: (البقرة/٤٣)}؛ لأن في تشريع الزكاة اعتراف لله سبحانه وتعالى بأنه المالك الأصيل لكافة الأموال كونه الخالق لها، وبالتالي فله وحده الحق في تنظيم تملك الأموال واكتسابها وانفاقها وانتقالها، والزكاة هي التعبير العملي عن ذلك كله^(٣).

ج- تعريف الزكاة في القانون اليمني: تُعرف بأنها: "الحصة المقدره شرعاً في مال المسلم بالشروط المقررة في الشريعة الإسلامية"^(٤).

ومن خلال تعريف الزكاة نلاحظ ما يلي:

- الزكاة واجبة بحكم الله تعالى ورسوله ﷺ وليس لأحد الحق في تغيير حكم الشرع فيها
- الزكاة تشمل اقتطاعاً نقدياً وعينياً.

(١) الفيومي، أحمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، المكتبة العصرية، بيروت - لبنان، ط٢، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ص ١٣٣.

(٢) القرضاوي، يوسف فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط ٢٠، ١٤١٢هـ-١٩٩١م، ٣٧/١.

(٣) الجمعة، علي بن محمد، معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، مكتبة العبيكان، الرياض، ط١، ١٤١٢هـ-٢٠٠٠م، ص ٢٩٣.

(٤) انظر: المادة (٢) قانون الزكاة رقم (٢) لسنة ١٩٩٩م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد (١) لسنة ١٩٩٩م، وتعديلاته بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠١٩م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد (١٠) لسنة ٢٠١٩م، وهو ذات التعريف الوارد في اللائحة التنفيذية لقانون الزكاة (م٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الزكاة الصادرة بقرار المجلس السياسي الأعلى رقم (٤٨) لسنة ٢٠٢٠م.

- الزكاة لها مقابل عظيم عند الله تعالى من الأجر والثواب والقربة إلى الله تعالى.
- الزكاة محددة لا يجوز فيها الزيادة ولا النقصان ولا يجوز تغيير نسبتها.
- الزكاة عبادة دينية وركن من الأركان الخمسة ومفروضة على المسلمين فقط وتحتاج في قبولها إلى النية.
- الزكاة قد تجمعها الدولة وقد لا تجمعها وقد تجمع من الأموال الظاهرة دون الباطنة، ولكن الواجب لا يسقط بل يجب على الأفراد أن يدفعوا زكاة أموالهم ويصرفوها في مصارفها.^(١)
- الحكمة من تشريع الزكاة:
 - إن أداء الزكاة يحقق عبودية المسلم لله تعالى، فإن الإسلام يريد أن تكون عبودية الشخص لله تعالى كاملة شاملة لجميع الأمور، ولا يتكامل الإسلام إلا إذا كان المسلم قادراً على التضحية بالمال كما هو قادر على التضحية بالبدن والنفس.
 - الزكاة تطهير للمال من الشبهات، ولفس الغني من البخل والشح وحب المال، كما أنها تطهير لفساد الفقير من البغض والحسد.
 - الزكاة زيادة في المال مضاعفة له؛ لأن ميزان الزيادة والنقصان عند الله تعالى يختلف عن الموازين التي يزن بها الكافرون.
 - الزكاة فلاح وفوز بالجنة ونجاة من النار (بإذن الله تعالى) حيث وعد الله تعالى المؤمنين الذين يؤدون زكاتهم بالفلاح والفوز والجنة.
 - الزكاة تنمية للمال وسبب للاستثمار والتجارة وبالتالي تدوير الأموال، والزيادة في الدورات الاقتصادية؛ لأن المسلم العاقل إذا علم بوجود دفع الزكاة في أمواله فإنه يبحث عن استثمار أمواله حتى لا تأكلها الصدقة والنفقة، وقد أوصى الرسول الكريم عليه أفضل الصلاة والسلام بالإتجار في أموال اليتامى حتى لا تأكلها الزكاة.
 - إشباع حاجات الفقراء والمساكين، والمساهمة في تقوية المجاهدين، ودعمهم دعماً مادياً، وفي أداء ديون الغارمين، وفي الرقاب، وفي دعم الدعوة وتأليف القلوب ونحو ذلك.^(٢)
- الأسس التي يقوم عليها تشريع الزكاة:

(١) الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته دار الفكر - دمشق، ط ٤، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ٣/١٧٨٩.

(٢) حامد محمود إسماعيل، تشريع الزكاة والضريبة في الإسلام، ط ٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ٧.

- أساس التكليف، والعبودية والخضوع والاستسلام لله رب العالمين، وتعمير الكون على ضوء منهج الله تعالى، وأن الإنسان لم يخلق إلا لعبادة الله تعالى حيث تقتضي هذه العبودية الاستجابة لأوامر الله تعالى والانتها عن نواهيه.
- أساس الاستخلاف في الأرض وفي المال، فالمبدأ الإسلامي بخصوص المال يقضي بأن المسلم مستخلف في ماله؛، لأن المال لله تعالى، فإذا تقرر في عقيدة المسلم هذا المبدأ وترسخ في قلبه وكيانه سهل عليه أن ينفذ أوامر المستخلف المالك الحقيقي في الإنفاق وفي مصارفه بالشكل الذي يريده المالك، فالذي ليس له إيمان لماذا ينفق أمواله بدون فائدة ظاهرة في الدنيا، ولماذا ينفق على اليتيم الذي لا يحس بشيء ولا يرجى منه طمع دنيوي؟
- أساس الأخوة الإسلامية، حيث إن المسلمين في نظر الإسلام أخوة تفوق أخوتهم أخوة الدم والنسب، وحقيقة الأخوة أن يساهم الأخ في ضراء أخيه فيساعده، ويدفع حاجته ما دام قادرا على ذلك؛، لأن المؤمنين الصادقين كجسد واحد.
- أساس التكافل الاجتماعي الذي يقضي بان يقوم المجتمع الإسلامي على تكافل حقيقي يكون فيه المسلم كفيلا وضامنا لأخيه الفقير، من خلال مشاركته معه، ومساهمته في رفع حاجته وعوزة^(١).

و- علاقة الزكاة بالمصطلحات الأخرى:

- ١- الزكاة والوقف: الوقف هو المال الذي تم حبسه من أجل الصرف في مصارف حددها الواقف بغرض القرية، ويتفق مع الزكاة في كون المصرف في القرية لله تعالى، إلا أن مصرف الوقف يكون بحسب تحديد الواقف، أما الزكاة فمصارفها محددة بنص القرآن، أما من حيث المال فمحل الوقف هو المال الذي يحدده الواقف أيضا، بينما الزكاة فمحلها هي الأموال التي حددها الشارع من زروع وثمار وأنعام وذهب وفضة وتجارة وغيرها وتكون بشرط مرور الحول وبلوغ مقدار معين (النصاب).^(٢)
- ٢- الزكاة وزكاة الفطر: وهي الزكاة المفروضة على الأشخاص بانتهاء الصيام، وهي تفرض على كل قادر دون مراعاة لسن معينة، وتتفق مع الزكاة في كونها أموال يتم تحصيلها لصرفها في القرية لله تعالى، إلا أنها تختلف مع الزكاة في كونها زكاة في الأنفس أما الزكاة فهي في تجب في الأموال، وكذا من حيث المكلف بتوزيعها فهي على المكلف مباشرة، بينما في الزكاة فيكون توزيعها عن طريق الدولة^(٣).

(١) المرجع السابق، ص ١٠.

(٢) حمدي رجب عبد الغني، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ص ١٧٨.

(٣) المصري، عبد السميع، مقومات الاقتصاد الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، ٤، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ص ١٣٦.

- ٣- **الزكاة والجزية:** هي الضريبة الموضوعة على رقاب من دخل ذمة المسلمين من أهل الكتاب، ولا تؤخذ إلا من القادر على العمل مقابل حمايتهم وإعفائهم من خدمة الدفاع الوطني، وتتفق مع الزكاة في كونها موردا من موارد الدولة الإسلامية، وتختلف في المكلف بها فهي في الجزية تجب على غير المسلم من أهل الذمة، بينما في الزكاة تكون على المسلمين، كما أن مصرف الجزية يدخل في مصارف الأنفال المذكورة في قوله تعالى {يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَأَتَقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ (سورة الأنفال/١)}، بينما هي في الزكاة محددة في مصارفها المبينة في القرآن الكريم (١).
- ٤- **الزكاة والخراج:** الخراج ضريبة فُرِضت على الأراضي المفتوحة عنوة بحيث تبقى في ملك أصحابها مع دفع ضريبة سنوية على رقبها وعينها، وتتفق - أيضا - مع الزكاة في كونها موردا من موارد الدولة، وتختلف معها من حيث المحل فهي في الجزية محلها عين ورقبة الأرض، بينما في الزكاة محلها غلة الأرض من الزروع والثمار، كما أنها أيضا تختلف من حيث المصرف، فهي في الخراج مورد عام يتم صرفها في أي مصرف لتمويل نفقات الدولة، أما في الزكاة فهي خاصة بتمويل نفقات خاصة وهي المعروفة بمصارف الزكاة (٢).
- ٥- **الزكاة والعشور:** العشور هي الضريبة التي يتم فرضها على البضائع الداخلة للدولة الإسلامية من خارجها وهي يشبه ما يُعرف بالضريبة الجمركية، وتتفق مع الزكاة في كونها من موارد الدولة الإسلامية، وتختلف من حيث المحل؛ فالعشور خاصة بالبضائع الداخلة لدار الإسلام (الدولة الإسلامية)، دون أي قيد متعلق بالمدة أو قدر المال وعاء العشور، وهذا بخلاف الزكاة التي لها قيدان: النصاب والحول، وتختلف من حيث المصرف فهي في العشور غير مقيد بصرف معين، بينما في الزكاة لها مصارف معينة كما سبق (٣).
- ٦- **الزكاة والضريبة:** الضريبة هي اقتطاع مالي يلزم الأشخاص بأدائه للدولة بصفة نهائية بغرض تحقيق نفع عام، ويستخدم الفقهاء مصطلح الضريبة بمصطلح التوظيف ويعرفونه بأنه: إجراء يلزم بموجبه الحاكم القادرين ماليا على دفع مبالغ معينة لأغراض معينة ومشروعة، وتتفق مع

(١) بدوي، عبد الرحمن محمد، الرقابة المالية والموارد في الدولة الإسلامية، منشورات وزارة الأوقاف المصرية، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م، ص ٦٣.

(٢) النهاني، تقي الدين، دار الأمة، بيروت - لبنان، ط٦، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ص ٢٤٣.

(٣) د. محمد عبد الملك المحبشي، الوسيط في تاريخ وفلسفة القانون، مكتبة خالد ابن الوليد - صنعاء، ط١، ١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م، ص ٢٠٨.

الزكاة في كونها من موارد الدولة، وتختلف من حيث تحديد المصرف فهي في الزكاة محددة وفي الضريبة غير محددة، وتختلف من حيث الوعاء والنسبة، فهي في الضريبة نسبة معينة من دخل وريح الأموال (ضريبة الدخل) أو نسبة معينة من المبيعات (ضريبة المبيعات) بينما في زكاة فتكون نسبة من المال الزكوي النامي^(١).

المطلب الثاني التعريف بالاستثمار.

- أ- تعريف الاستثمار لغة: هو طلب الحصول على الثمرة، وثمره الشيء ما توارده عنه^(٢).
- ب- تعريف الاستثمار في مصطلح الاقتصاديين: هو استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وإما بطريق غير مباشر كإشراء الأسهم والسندات^(٣).
- ج- تعريف الاستثمار قانوناً: هو تقديم شخص طبيعي أو معنوي أموال مادية أو معنوية للمساهمة المباشرة أو غير المباشرة في مشروع قائم أو سيتم إنشائه للقيام بنشاط اقتصادي بغرض الحصول على منافع مادية وغير مادية^(٤).
- د- تعريف الاستثمار في القانون اليميني: هو توظيف رأس المال في المشروع من قبل المستثمر للحصول فائدة أو حقوق ملكية فكرية أو فوائد مادية أو غير مادية بما في ذلك نفقات التأسيس أو الحفاظ على المشروع أو صيانتها (م ٢ من القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م بشأن الاستثمار).
- هـ- أهداف الاستثمار: يهدف الاستثمار إلى إحداث تنمية اقتصادية وتمثل في الآتي:
 ١. تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.
 ٢. تحقيق كفاية المجتمع ورفاهيته وإشباع الحاجيات وتوفير الكماليات.
 ٣. استخراج واستغلال خيرات الأرض وثرواتها.
 ٤. التحرر من التبعية الخارجية والاعتماد على النفس.
 ٥. توفير الأعمال وتشغيل الأيدي العاملة وتنمية قدراتهم الفنية والمهنية والإدارية والقضاء على البطالة.

(١) العوضي، رفعت، النظام المالي في الإسلام، معهد الدراسات الإسلامية بالقاهرة، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ص ١٣٠.

(٢) المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٣) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، الجزء الخامس، المجلد الأول، ط ١، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص ١٩١.

(٤) نائف، حبيب الرحمن علي أحمد، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في اليمن، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م، ص ٢١.

٦. تشغيل الأموال وتنميتها ومنع اكتنازها.
٧. رفع إيرادات الدولة مما يتم استقطاعه من المشروعات الاستثمارية من زكاة وضرائب وجمارك مما يزيد في الإيرادات لمواجهة تمويل النفقات العامة للدولة^(١).
- و- أقسام الاستثمار: ينقسم الاستثمار إلى عدة أنواع، منها الاستثمار المباشر والمتمثل في إنشاء مشروعات استثمارية أو المشاركة فيها، والاستثمار غير المباشر والمتمثل في المشاركة في التمويل المالي في مشروعات استثمارية، سواء بالإقراض أو صيغة من صيغ التمويل^(٢).

(١) نايف، مرجع سابق، ص ١٠٥.

(٢) الجمرة، بدر علي علي، ضمانات الاستثمارات وفقا للقانونين اليمني والمصري، المطبعة القضائية، ط ١، ١٤٣٤ هـ.

٢٠١٣ م، ص ٥٣.

المبحث الثاني: الدور غير المباشر للزكاة في الاستثمار

نقصد بالدور غير المباشر للزكاة هو ما يقوم به نظام الزكاة من دور غير مباشر في تحفيز الاستثمار، ويتنوع ذلك الدور من خلال الآتي:

المطلب الأول: أثر تحصيل الزكاة في الاستثمار.

أ- الدور غير المباشر من حيث تحديد المال محل الزكاة (الوعاء الزكوي)
حددت الشريعة الإسلامية الأموال محل الزكاة (الوعاء الزكوي) وتنوعت تلك الأموال لتشمل كافة الثروات والنشاطات كما يلي:

١- الثروة النقدية: وهي الذهب والفضة، ويدخل فيها حلي النساء عند جهور الفقهاء، وما يقوم مقام الذهب والفضة من أوراق نقدية، ويتمثل الوعاء الزكوي هنا باعتباره يمثل عنصرا هاما من عناصر الاقتصاد وهو رأس المال فلا يمكن أن تقوم أي مشاريع اقتصادية إلا بتوفر رأس المال، وبالتالي تحديد الوعاء الزكوي هنا في رأس المال لا شك أنه سيحفز أصحاب من ناحيتين، الأولى: من حيث منع احتكارها وتجميدها مما يؤدي إلى استثمارها، ومن ناحية أخرى أن دفع زكاة تلك الأموال سيؤدي إلى تناقصها بسبب إخراج الزكاة، مما سيحفز أصحاب رؤوس الأموال إلى استثمارها حتى لا تأكلها الزكاة، وهو ما أشار به النبي ﷺ في حديث (أن النبي ﷺ خطب فقال: ألا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة) (رواه الترمذي رقم (٤٦١)).

٢- النشاط التجاري (عروض التجارة): وهي السلع التي تكون للبيع والشراء بقصد تحقيق الربح، وتعتبر التجارة الوسيلة العملية للاستثمار، وعصب النشاط الاستثماري، وبالتالي فإن تشريع الزكاة في عروض التجارة له أثر كبير وواضح في تحفيز التجارة والتي تُعد الوسيلة العملية للاستثمار المؤدي للتنمية الاقتصادية^(١).

٣- الثروة الزراعية: والتي تُعرف لدى الفقهاء بزكاة الزروع والثمار، ويكون في الناتج من الأرض، بجميع المنتجات الزراعية، وفي كل ما أخرجت الأرض وهو رأي جمهور الفقهاء، وفرض الزكاة في مجال الزروع وثمار والثروة الزراعية سيحث المزارعين على الاستثمار في أهم قطاع من قطاعات

(١) بسيوني، سعيد أبو الفتوح محمد، الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية، دار الوفاء، المنصورة - مصر، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ص ٥٨٦.

- الاقتصاد الوطني، وهو الزراعة والتي سيؤدي الاستثمار فيها إلى تأمين أهم حاجة من حاجات المستهلكين وهي الطعام^(١).
- ٤- الثروة الحيوانية: ويدخل فيها الأنعام من الإبل والبقر والغنم، كما يدخل فيها منتجاتها كالعسل، وجعل الثروة الحيوانية سيحفز الاستثمار في هذا القطاع من قطاعات الاقتصاد وهي الثروة الحيوانية والتي لها دور مباشر في تأمين حاجات المستهلكين من الطعام، كما أنها تدخل في الصناعات التحويلية مثل الجلود ونحوها^(٢).
- ٥- الثروة المعدنية والبحرية: والمتمثلة في ثروات ما في باطن الأرض والبحار من معادن جامدة وسائله ونحوها، وتعد الثروة المعدنية من أهم قطاعات الاستثمار والتي تؤدي إلى استخراج المواد الخام التي تدخل في كافة أنواع النشاط الصناعي لا سيما استخراج مصادر الطاقة^(٣).
- ٦- ثروة المنافع والخدمات: وهي ما يُعرف لدى بعض الفقه الإسلامي (المذهب الزيدي) بزكاة المستغلات^(٤)، وهي أموال لا تجب الزكاة في عينها ولا تتخذ للتجارة، ولكنها تتخذ للنماء أي لتوليد الدخل مثل: دخل المصانع، ودخل إيجار العمارات، ودخل شركات النقل، وشركات الاتصال ونحوها، وبالتالي أخذ الفقه الإسلامي المعاصر بالزكاة في هذا الوعاء الاستثماري المهم، والذي يقوم عليه جانب كبير من الاستثمارات لا سيما في جانب الاتصالات وجوانب النقل ونحوها وأصبح إنتاج الخدمات من أهم عناصر الإنتاج والاستثمار، وذلك لظهور حاجات المستهلكين لها كثيرا^(٥).
- ٧- ثروة النشاط البشري: وهي الثروة الناتجة عن العمل والنشاط البشري، والمتمثلة في كسب العمل والمهن الحرة، ولا شك أن هذا سيؤدي إلى تنشيط وتحفيز النشاط البشري والمتمثل في العمل الإنساني سواء كان بدنيا أو فكريا، مما سيكون له أثر في تنمية الاقتصاد، على اعتبار أن العنصر البشري هو العنصر الهام في إيجاد المشاريع الاستثمارية^(٦).

(١) القليبي، علي أحمد، مكتبة الإرشاد، صنعاء، ص٣، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ص ٤٨/٢.

(٢) غنيمة، محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ط٢، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ص ١٤٥.

(٣) الزحيلي، مرجع سابق، ١٩١٤/٣.

(٤) المهدي، أحمد المرتضى، متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية، ط٣، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، ص ٧٩.

(٥) القرضاوي، مرجع سابق، ٤٥٧/١.

(٦) العوضي، مرجع سابق، ص ٩٨.

٨- ثروة الأموال الاستثمارية: وهي ثروات الأموال الداخلة في النشاطات الاستثمارية، مثل: الأسهم وحسابات الودائع البنكية الادخارية منها والاستثمارية^(١).

ب- الدور غير المباشر من حيث تحديد شروط الزكاة.

يظهر دور الزكاة الاستثماري كما يلي:

١- شرط الملك: حيث يُشترط لوجوب الزكاة على الشخص أن يكون مالكا للوعاء الزكوي، وبالتالي يقرر الفقهاء عدم وجوب الزكاة في الديون الميؤوس منها (الديون المعدومة)، فهذه الديون لا تكون في ملك الدائن حقيقة، وهو ما يُعبر عنه بالملك التام؛ لأنها قد أيس من تحصيلها إما بسبب إنكار المدين لها أو تعذر استئفائها بسبب إفلاس وإعسار المدين، كما أنهم يقررون أنه عند تحصيل تلك الديون المتأخرة لسنوات متعددة أنه لا يجب عليه الزكاة إلا مرة واحدة، وهنا يظهر لنا مدى أهمية الأحكام السابقة في تحفيز الاستثمار، حيث إن المستثمر لن يبالي في الإقراض باعتبارها عملية هامة من عمليات التمويل والاستثمار؛ لأنه لن يتحمل أي أعباء مالية على ذلك المال (الزكاة)، وإذا تم تحصيله فلن يزي عليه إلا لسنة واحدة مما سيكون محفزا للاستثمار^(٢).

٢- شرط النماء: ويعني هذا الشرط أن يكون المال التي تؤخذ منه الزكاة مالا ناميا، ويعني النماء أن يدر المال لصاحبه ربحا وفائدة أو دخلا أو غلة، وسواء كان النماء بالفعل، كالزروع والثمار وزكاة الأنعام، أو كان قابلا للنماء كالذهب والفضة وما يقوم مقامها من النقود وعروض التجارة، وعدم نماء المال وركوده يفقد المال صفة الوعاء الزكوي، وعليه فرّق الفقهاء بين نوعين من التجار؛ التاجر المدير الذي تدور السلع لديه بيعا وشراء، والتاجر المحتكر وهو الذي لديه بضاعة راكدة لا تدور بالبيع والشراء، فأوجبوا على التاجر المدير الزكاة كل عام؛ لأنه مال نام، بينما لم يوجبوا الزكاة على التاجر المحتكر إلا عند بيعها ولسنة واحدة فقط؛ لأن ماله غير نام، وشرط النماء لاعتبار الوعاء الزكوي سيحفز المستثمرين على الاستثمار على اعتبار أنه لن يتحمل عبء الزكاة في حالة ركود التجارة، وبالتالي لن تنقص سلعته بسبب عدم نمائها حكما وذلك بالبيع والتجارة فيها^(٣).

(١) السالوس، علي أحمد، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، مكتبة دار القرآن - مصر، ط٧، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م، ص ٥٠١.

(٢) القليبي، مرجع سابق، ٢٩/٢.

(٣) القرضاوي، مرجع سابق، ١٣٩/٢.

- ٣- شرط النصاب: حيث قررت الشريعة الإسلامية، أنه لا يكفي في الوعاء الزكوي أن يكون المال نامياً، ولكنه اشترط أيضاً أن يبلغ هذا المال مقدارا معيناً، وهو ما يُعرف في الفقه الإسلامي بالنصاب، ويختلف تحديد هذا النصاب ما بين عدد معين كما في الأنعام، أو بالكيل كالزروع والثمار النصاب خمسة أوسق (٦٣٥ كجم)، أو بالوزن في الذهب (٨٥ جرام) أو الفضة (٥٥٩ جم)، أو بالقيمة كما في نصاب عروض التجارة حيث تم تحديد النصاب ما يساوي نصاب الذهب والفضة، وبالتالي فإن الأموال التي تكون دون ذلك النصاب لا زكاة عليها، والحكمة من تحديد النصاب من أجل أن يكون المال خارج عن حاجته الأصلية مع من يعولهم، وشرط النصاب من الشروط المحفزة للاستثمار على اعتبار أن المستثمر لن يدفع الزكاة إلا في المال الذي يزيد عن حاجته هو أولاده^(١).
- ٤- شرط الحول: ويقضي هذا الشرط أنه لا يجب الزكاة في المال إلا بعد مرور الحول، يأتي هذا الشرط كنتيجة تأكيدية لشرط النماء فمما يؤكد نماء المال هو مرور الحول عليه^(٢).
- ج- أثر الزكاة على الاستثمار في تحديد مقدار الزكاة:
- نلاحظ أن الفقه الإسلامي عند تشريعه لمقدار الزكاة وضع عدة ضوابط - ولدى التأمل فيها نجدها ضوابط تدعم وتحفز المستثمرين والاستثمار وتجعل ذلك ضمانات استثمارية محفزة، ومن أهمها ما يلي:
- ١- زكاة الذهب والفضة: هي زكاة في ثروة لم تتحول إلى أصل رأسمالي منتج، وبالتالي تم فرض الزكاة على عين الثروة بمقدار ٢.٥%.
- ٢- زكاة الزروع والثمار: دخل تحقق من ثروة تحولت إلى رأسمالي منتج، وبالتالي تم فرض الزكاة على الدخل الناتج من الثروة بناء على تكلفة الري ١٠% في حالة الري الطبيعي، و٥% في حالة الري الصناعي.
- ٣- زكاة عروض التجارة: في أصولها الثابتة (كالمباني ونحوها) ثروة لم تتحول إلى أصل رأسمالي منتج، وبالتالي تم فرض الزكاة على الدخل من الثروة، بينما في أصولها المتداولة (البضائع) ثروة لم تتحول إلى أصل رأسمالي منتج، وبالتالي تم فرض الزكاة على عين الثروة (٢.٥%).

(١) شمس الدين، عبد الرحمن بن محمد، الزكاة في الإسلام، مطبوعات رابطة علماء اليمن، ط١، ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م، ص ١٧.

(٢) بن عبد السلام، شمس الدين جعفر بن أحمد، الروضة الهية في المسائل المرضية شرح نكت العبادات، مكتبة بدر للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، ط٤، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٢م، ص ٧١.

٤- زكاة الحيوانات: دخل تحقق من ثروة تحولت إلى رأسمالي منتج، وبالتالي تم فرض الزكاة على الدخل الناتج من الثروة^(١).

المطلب الثاني: أثر توزيع الزكاة في الاستثمار

حدد الشريعة الإسلامية كيفية توزيع الزكاة ومصارفها على سبيل الحصر، وتكفل القرآن الكريم بتحديدتها في قوله تعالى: {إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَإِنَّ السَّبِيلَ فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ (التوبة: ٦٠)}، ويكون توزيع الزكاة إما بطريق المكلف مباشرة أو عن طريق الدولة، والأصل أن يكون عن طريق الدولة إلا إذا تهاونت الدولة في ذلك لقوله تعالى: {خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (التوبة: ١٠٣)}، وسنتكلم عن الدور الاستثماري للزكاة من خلال توزيع الزكاة ومصارفها كما يلي:

أ- مصرف الفقراء والمساكين: (م ١٠٦ من لائحة قانون الزكاة) وهذا الصنف يمثل أشد الناس عوزا وحاجة، أي الأكثر احتياجا، وعندما ننظر للآية الكريمة نجد الهدف الرئيسي للزكاة معالجة مشكلة الفقر، ولذا أول ما تناولته الآية الكريمة الفقراء والمساكين، والفقر هو الذي لاشي عنده، أما المسكين فهو الذي له ولكن لا يكفيه، أي عنده اليسير من الطعام ولكن لا يكفيه، أي أن الفقير أسوأ حالا من المسكين، وهذا المصرف يحقق دورا كبيرا في الاقتصاد بحيث يقضي على مشكلة الفقر وهي المشكلة الاقتصادية، والقضاء عليها يهيئ المناخ للاستثمار، ويزيد من القوة الشرائية للفقراء والمساكين، مما يحفز ويشجع المستثمرين على الاستثمار والإنتاج^(٢).

ب- مصرف العاملين عليها: (م ١٠٧ من لائحة قانون الزكاة) وهم من يقومون بجبايتها، وتوزيعها على مستحقيها، أو بمعنى آخر الجهاز الإداري الذي يشرف على جباية الزكاة وتوزيعها، والجهة المسؤولة على الزكاة في القانون اليميني هي الهيئة العامة للزكاة، والزكاة هي من اختصاص الدولة، وهذا المصرف يكفل ضمان كفاءة مؤسسة الزكاة^(٣).

(١) العوضي، مرجع سابق، ص ٩٥.

(٢) تيراب، آدم أحمد، دور الزكاة في محاربة الفقر، مجلة العلوم الاقتصادية، - جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، القرضاوي، مرجع سابق ٥٤٤/٢.

(٣) السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م ص ٢٧٥.

- ج- مصرف المؤلفلة قلوبهم: (م ١٠٨ من لائحة قانون الزكاة) هم فئة من الناس يراد تأليف قلوبها واستمالتها الى الاسلام أو الثبات عليه، كما يتم من أجل حماية الأقليات الإسلامية في المجتمعات غير الإسلامية^(١).
- د- مصرف في الرقاب: (م ١٠٩ من لائحة قانون الزكاة) عندما ظهر الإسلام كان الرق موجودا في تلك الايام، وكان من الصعب الغاء الرق دفعة واحدة، ولهذا حث الاسلام على شراء العبيد واعتاقهم، وأوجد منابع مالية متعددة لتجفيف الرق، وبالفعل تم إنها العبودية بصورة تدريجية، وفي الوقت الحاضر يتم توظيف هذا المصرف لتحرير الأسرى المسلمين، وكذلك لدفع الديات عن المحكوم عليهم بالقصاص^(٢).
- هـ- مصرف الغارمين: (م ١١٠ من لائحة قانون الزكاة) الغارم هو الذي عليه دين في غير معصية لله ولم يتمكن من السداد، وقد يكون الدين نتيجة لتعرضه في الغالب لكارثة من الكوارث التي يتعرض لها الانسان. ويمكن القول إن سهم الغارمين نوع من الضمان للمقرض لكي يوجد نوع من الثقة بين المقرض والمقترض، ولتشجيع عملية الاقراض بين الأفراد، مما يشجع ويحفز على الاستثمار، ولزيادة التكافل والاستقرار الاقتصادي في المجتمع المسلم^(٣).
- و- مصرف في سبيل الله: (م ١١١ من لائحة قانون الزكاة) ويقصد به الانفاق على المجاهدين في سبيل الله، وتأمين ما يحتاجونه من سلع وذخيرة ونفقات، وكل ما يحتاجه المجاهدون، ويمكن توظيف هذا المصرف لهيئة البنية التحتية للاستثمار، مثل: إنشاء المناطق الصناعية والتجارية ونحوها^(٤).
- ز- مصرف ابن السبيل: (م ١١٢ من لائحة قانون الزكاة)، وهو البعيد عن موطن إقامته قسرا أو اختيارا فيعان بما يحتاجه حتى يتمكن من الرجوع إلى موطنه، وهذا أيضا يكون سببا في زيادة القوة الشرائية لابن السبيل مما يزيد من الإنتاج والاستثمار^(٥).

(١) شمس الدين، مرجع سابق، ص ٦٣..

(٢) حامد إسماعيل، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٣) تيراب، مرجع سابق، ص ٦٢، مغنية، مرجع سابق، ص ١٥٥.

(٤) السالوس، مرجع سابق، ص ٥١٧.

(٥) الزحيلي، مرجع سابق، ١٩٥١/٣.

المبحث الثالث: الدور المباشر للزكاة في الاستثمار

ويتمثل الدور المباشر للزكاة في الاستثمار وذلك في استثمار أموال الزكاة مباشرة

المطلب الأول: حكم استثمار أموال الزكاة.

- أ- مفهوم الاستثمار في أموال الزكاة: هو تنمية أموال الزكاة قبل توزيعها لمستحقيها، وذلك بإدخالها في مشاريع استثمارية بهدف زيادتها، ثم دفعها إلى مستحقيها مع أرباحها، بغرض تحويل المستحقين للزكاة من مستحقين للزكاة إلى مكلفين بدفعها مستقبلاً^(١).
- ب- الخلاف الفقهي في استثمار أموال الزكاة: حكم استثمار أموال الزكاة لم يرد في كتب الفقه القديم؛ وذلك لعدم الحاجة إليه لقلّة الأموال الزكوية مع حاجة الفقراء العاجلة لها، مما يمنع إمكانية استثمارها، واختلف الفقه الإسلامي المعاصر على فريقين:
- أما الفريق الأوق من الفقه المعاصر من الفقه الإسلامي الحديث فيرى المنع من ذلك كونه يخالف مبدأ الفورية في دفع الزكاة، ويخالف أيضاً مبدأ التملك لمستحقيها، كما أنها تكون معرضة للخسارة وضياع حقوق المستحقين لها وحرمانهم منها. (العقيلي، عبد الله بن منصور، نوازل الزكاة، إصدارات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- دولة قطر، ط ١، ١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م، ص ٤٨٣).
- أما الفريق الآخر من الفقه الإسلامي المعاصر فقد قال بجواز استثمار أموال الزكاة، وهو ما أخذ به واختاره مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثالثة، والندوة الثالثة لقضايا الزكاة المعاصرة وبيت التمويل الكويتي والهيئة الشرعية لبيت الزكاة في الكويت، وقال به من الفقهاء المعاصرين، الشيخ مصطفى الزرقا، والدكتور وهبة الزحيلي، والدكتور يوسف القرضاوي^(٢).
- ويستند الفقه المجيز لاستثمار أموال الزكاة لعدة استدلالات من أهمها ما يلي:

- ١- أنه ورد من فعل النبي ﷺ ما يدل على استثمار أموال الزكاة، حيث يتم تكليف راعي برعايتها في أماكن مخصوصة وكانت تنتج لبنًا ونسلاً ونحوها وقد تم الاستفادة منها لمصلحة المستحقين للزكاة،

(١) قاسم حاج أحمد، استثمار أموال الزكاة ودورها في تحقيق الفعالية الاقتصادية، ص ٣.

(٢) الصاوي، صلاح، المصلح، عبد الله، دراسات في فقه المعاملات المالية، ص ٤٢٦..

- كما ورد في حديث العرنين الذين جاءوا المدينة فأذن لهم النبي ﷺ أن يأتوا إبل الصدقة فشربوا من أبوها وألبانها (رواه البخاري حديث رقم ٦٨٠٢ - رواه مسلم حديث رقم ١٦١٧).
- ٢- أن النبي ﷺ قد أرشد الفقير الذي يبيع أثنائه بالمزاد بأن ينفق من ثمن ماله على أسرته وأن يستثمر الباقي بأن يشتري آلة للاحتطاب، وحاجته أكبر من حاجة المستحقين للزكاة وبالتالي فالأولى جواز استثمار أموال الزكاة (رواه أبو داود حديث رقم ١٦٤١)
- ٣- القياس على الأمر باستثمار أموال اليتامى.
- ٤- القياس على جواز استثمار أموال الوقف.
- ٥- القياس على جواز تقديم وتعجيل الزكاة، لمصلحة وحاجة المستحقين للزكاة واستثمار أموال الزكاة يكون أيضا لمصلحة وحاجة المستحقين.
- ٦- أن حاجة المستحقين لاستثمار أموال الزكاة وتنميتها لمصلحتهم مقدمة على القياس بالفورية في إخراج الزكاة، وهذا هو دليل الاستحسان الذي يقتضي -كما هو مقرر في أصول الفقه - تقديم مصلحة خاصة على قياس أعم.
- ٧- أجاز الفقهاء التصرف في أموال الزكاة بالبيع ونحوه من وجوه الإنقاص منها لمصلحة أموال الزكاة، وعليه فمن باب أولى جواز التصرف في أموال الزكاة بتنميتها وزيادتها واستثمارها لمصلحة المستحقين لها^(١).
- ج- ضوابط الاستثمار في أموال الزكاة.
- من خلال استعراض أدلة المجيزين لاستثمار أموال الزكاة، إلا أنه يجب أن تكون عملية استثمار أموال الزكاة لها ضوابط خاصة ومنها ما يلي:
- ١- ألا تتوافر وجوه صرف عاجلة تقتضي التوزيع الفوري لأموال الزكاة على المستحقين لها، بحيث يتم استثمار الأموال التي يتم صرفها في مصارف غير متحققة في الحال كمصرف ابن السبيل أو المؤلفة قلوبها أو في سبيل الله.
- ٢- أن تكون الأصول المستثمرة من أموال الزكاة وريعها بعد الاستثمار في حكم أموال الزكاة ولها ذات الحماية المقررة شرعا وقانونا لأموال الزكاة باعتبارها مال عام مخصص لمصلحة عامة.

(١) هاجر مسعد أحمد، دور الزكاة في التقليل من البطالة، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حميه خضر- الجزائر، ٢٠١٥ م، ص ٢٢، زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م، ص ١٨١)، بن ثابت علي، دور الزكاة في تشجيع الاستثمار، جامعة باجي مختار عنابة، ص ١١.

- ٣- توفير الضمانات لحماية أموال الزكاة المستثمرة من مخاطر الاستثمار وذلك بعمل دراسات جدوى حقيقية من ذوي الخبرة للمشاريع التي سيتم الاستثمار فيها من أجل حمايتها من الضياع والخسارة، ومنها أيضا عمل تأمين بصيغة شرعية لحماية وضمائم مشاريع استثمار الزكاة.
- ٤- المبادرة أولا بأول إلى تسهيل أموال الزكاة المستثمرة مع أرباحها وتحويلها إلى سيولة نقدية لمواجهة الحاجات الفورية لمستحقها.
- ٥- تخصيص قطاع خاص بالاستثمار في الإدارة الزكوية (الهيئة العامة للزكاة) ووضع لوائح خاصة بها وبعملها، وتخصيص عاملين فيها ذوي خبرة لإدارة الاستثمار فيها على أسس علمية وشرعية.
- ٦- أن يتم استثمار أموال الزكاة بطريق شرعي من حيث المشاريع المختارة ومن حيث أساليب الاستثمار، ومنها تحريم الاتجار في المحرمات وتحريم الربا والغرر والغش والتدليس والغبن الفاحش وكل تجارة تعين على معصية^(١).

المطلب الثاني: صيغ استثمار أموال الزكاة.

- من أهم ضوابط استثمار أموال الزكاة أن تكون بطرق وأساليب وصيغ مشروعة ومن أهمها ما يلي:
- ١- صيغة الاستثمار المباشر: حيث تقوم الهيئة العامة للزكاة استثمار أموال الزكاة من خلال مشروعات تتولى بنفسها إعداد دراسة الجدوى الاقتصادية لها والتأكد من صلاحيتها، ثم تقوم الهيئة على تنفيذها وإدارتها ومتابعتها^(٢).
 - ٢- صيغة الاستثمار بالمشاركة: وهو أسلوب يقوم على أساس أن تقوم الهيئة العامة للزكاة بتقديم التمويل الذي يطلبه المستثمر عن طريق مشاركة هيئة الزكاة مع المستثمر في الناتج المتوقع وفق ضوء وقواعد وأسس التوزيع المتفق عليها^(٣).
 - ٣- صيغة الاستثمار بالمضاربة: حيث تقدم هيئة الزكاة أموال الزكاة إلى أصحاب الخبرة في الأنشطة الاقتصادية المختلفة من زراعية وتجارية ونحوها، ليضارب بها ويتم توزيع العائد بين هيئة الزكاة والمستثمر على أساس الشراكة بين المال المقدم من الهيئة والعمل المقدم من المستثمر^(١).

(١) العقيلي، مرجع سابق، ص ٤٩٧، المصلح، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

(٢) أبو شادي، محمد إبراهيم، صيغ وأساليب استثمار الأموال في البنوك الإسلامية..

(٣) الصاوي، محمد صلاح محمد، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجه الإسلام، دار الوفاء بالمنصورة،

مصر، ط١، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، ص ٦١٦.

الخاتمة:

أولاً: النتائج

١. أن الزكاة باعتبارها ركناً هاماً من أركان الإسلام شرعت لمصلحة الفرد والمجتمع ولها أثر في تنمية الاقتصاد والاستثمار بطريق مباشر وغير مباشر.
٢. أن الأثر غير المباشر في الاستثمار يكمن في تنوع الوعاء الزكوي ليشمل كافة القطاعات الاقتصادية من نقدية وزراعية وحيوانية وتجارية ومعنوية وخدمية ونشاط بشري... الخ.
٣. أن للزكاة أثراً مباشراً في الاستثمار من خلال تشريع ضوابط وشروط الزكاة من حيث شرط الملك والنماء والحوال والنصاب، والتي يتمثل دورها في التحفيز والتشجيع على الاستثمار.
٤. أن تحديد مصارف الزكاة وتعيينهم على سبيل الحصر والذي اشتمل على كافة صور احتياجات المستهلكين، تؤدي إلى تحفيز الإنتاج وزيادته عن طريق الاستثمارات.
٥. أن الدور المباشر للزكاة في مجال الاستثمار والتنمية الاقتصادية يكون عن طريق قيام هيئة الزكاة بالاستثمار في أموال الزكاة.
٦. أن الاستثمار في أموال الزكاة يجب أن يكون وفق ضوابط معينة ومحددة تضمن حماية أموال الزكاة، وتوفير حاجات مستحقيها، وبطريقة منظمة ومدروسة لتحقيق فاعليتها.
٧. أن الاستثمار في أموال الزكاة يجب أن يكون بطريق مشروع وفي مشاريع مشروعة وباستخدام أساليب وصيغ مشروعة والتي منها الاستثمار المباشر، والاستثمار بطريق المشاركة والمضاربة، غيرها من الصيغ الشرعية الممكنة.

ثانياً التوصيات.

ومن خلال النتائج السابقة توصي الورقة بالتوصيات الآتية:

- ١- تفعيل دور الزكاة غير المباشر في الاستثمار من خلال وضع قواعد وأسس علمية في عملية تحصيل الزكاة، وتسهيل ذلك على المكلفين مع مراعاة الضوابط الشرعية في ذلك.

(١) الهبتي، عبد الرزاق رحيم جدي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ط١، ١٩٨٨م، ص ٤٣٥.

- ٢- عمل دراسات ومسح ميداني للمستحقين للزكاة واستخدام أساليب علمية دقيقة بما يكفل شمول توزيع الزكاة لكافة مستحقيها؛ لتؤدي الزكاة دوره الاستثماري في تلبية حاجة مستحقي الزكاة.
- ٣- إنشاء قطاع خاص بالهيئة العامة للزكاة يقوم بعملية إدارة استثمار أموال الزكاة، على أسس علمية اقتصادية وشرعية.
- ٤- إشراك القطاع الخاص في وضع السياسات الإستراتيجية والنظم الكفيلة بتأدية الهيئة العامة للزكاة بدورها المنشود في قيام نظام الزكاة الشرعي بالدور المنوط به في النهوض بالاستثمار والاقتصاد.

قائمة المراجع:

١. بدوي، عبد الرحمن محمد، الرقابة المالية والموارد في الدولة الإسلامية، منشورات وزارة الأوقاف المصرية، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م.
٢. بسيوني، سعيد أبو الفتوح محمد، الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية، دار الوفاء، المنصورة - مصر، ط ١، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
٣. بن ثابت علي، دور الزكاة في تشجيع الاستثمار، جامعة باجي مختار عنابة.
٤. الجمرة، بدر علي علي، ضمانات الاستثمارات وفقا للقانونين اليمني والمصري، المطبعة القضائية، ط ١، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
٥. حامد محمود إسماعيل، تشريع الزكاة والضريبة في الإسلام، ط ٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
٦. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته دار الفطر - دمشق، ط ٤، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٧. زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.
٨. السالوس، علي أحمد، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، مكتبة دار القرآن - مصر، ط ٧، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٩. سامي حسن أحمد محمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، مكتبة دار التراث القاهرة، ط ٣، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
١٠. السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
١١. الصاوي، صلاح، المصلح، عبد الله، دراسات في فقه المعاملات المالية.
١٢. الصاوي، محمد صلاح محمد، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، دار الوفاء بالمنصورة، مصر، ط ١، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
١٣. العقيلي، عبد الله بن منصور، نوازل الزكاة، إصدارات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - دولة قطر، ط ١، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
١٤. العوضي، رفعت، النظام المالي في الإسلام، معهد الدراسات الإسلامية بالقاهرة، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

١٥. حمدي رجب عبد الغني، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
١٦. الفيومي، أحمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، المكتبة العصرية، بيروت - لبنان، ط٢، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
١٧. قاسم حاج أحمد، استثمار أموال الزكاة ودورها في تحقيق الفعالية الاقتصادية،
١٨. قانون الزكاة رقم (٢) لسنة ١٩٩٩م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد (١) لسنة ١٩٩٩م.
١٩. قانون رقم (١) لسنة ٢٠١٩م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد (١٠) لسنة ٢٠١٩م.
٢٠. القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م بشأن الاستثمار.
٢١. القرضاوي، يوسف فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط ٢٠، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
٢٢. القليصي، علي أحمد، مكتبة الإرشاد، صنعاء، ص ٣، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٢٣. القليصي، علي أحمد، مكتبة الإرشاد، صنعاء، ص ٣، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٢٤. المحبشي، الوسيط في تاريخ وفلسفة القانون، مكتبة خالد ابن الوليد - صنعاء، ط ١، ١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م.
٢٥. المصري، عبد السميع، مقومات الاقتصاد الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط ٤، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
٢٦. المعجم الوسيط.
٢٧. الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، الجزء الخامس، المجلد الأول، ط ١، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
٢٨. نائف، حبيب الرحمن علي أحمد، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في اليمن، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
٢٩. هاجر مسعد أحمد، دور الزكاة في التقليل من البطالة، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حميه خضر - الجزائر، ٢٠١٥م.