

البطلان الاجرائي  
في  
الفقه الاسلامي  
ونظام المرافعات الشرعية

إعراب

د. محمد بن عبد الكريم بن عبدالعزيز الميسر







الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده نبينا محمد وعلى آله وصحبه، أما بعد:

فيعتبر النظام القضائي في المملكة العربية السعودية أشمل الأنظمة القضائية وأوسعها من حيث مادته الشرعية والنظامية، كما يعتبر النظام القضائي الوحيد الذي يحكم الشريعة الإسلامية في كافة قضاياها.

كما أن تنظيماته يراعى فيها عدم مخالفتها لأي من أحكامها؛ وفي هذا نصت المادة الثامنة والأربعون من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي الكريم رقم (أ/ ٩٠) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢ هـ على أن المحاكم تطبق على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة.

وفي المادة الأولى من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٦٤ في ١٤/٧/١٣٩٥ هـ أن القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية، والأنظمة المرعية، وليس لأحد التدخل في القضاء.

ويتميز النظام القضائي في المملكة بمرونته في استيعاب الآلية العصرية في أصول المرافعة على وجه الخصوص، فلم يكن يوماً من الأيام عبر أطوار تنظيمه عاجزاً عن الانسجام الكامل مع النقلات النوعية والحضارية في هذا المجال.

وهذا التفوق يسجل بلا شك لأحكام الشريعة الإسلامية برحابة أدلتها التي فسحت المجال للاجتهد، ومنحت ولي الأمر صلاحية التنظيم بما لا يخالف النص، وفق ترتيب المصالح.<sup>(١)</sup>

(١) «المنثور في القواعد» للزرکشي (١/٣٠٩)، ط: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، ت: د. تيسير محمود، وانظر أيضاً: «منهج فقه الموازنات في الشرع الإسلامي» للدكتور حسن الدوسي في «مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية» عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت (٤٦٤/ص ٣٧٣)، و«منهج فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية» للدكتور عبدالمجيد السوسوة في «مجلة البحوث الفقهية المعاصرة» (١٤٥ ص ٧).

قال القرافي:

«واعلم أن التوسعة على الحكام - القضاة - في الأحكام السياسية ليس مخالفاً للشرع، بل تشهد له الأدلة المتقدمة ، وتشهد له أيضاً القواعد من وجوه:  
**أحدها:** أن الفساد قد كثر بخلاف العصر الأول، ومقتضي ذلك اختلاف الأحكام، بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج.  
**وثانيها:** أن المصلحة المرسلة قال بها مالك رحمته الله ، وجمّع من العلماء، وهي المصلحة التي لا يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها»<sup>(١)</sup> .هـ.

والناظر في أحكامنا القضائية يقف على حجم مساحة الاجتهاد القضائي التي من أهم شروطها التأصيل العلمي سواء بنصوص الشريعة أم بنصوص النظام. ونجد في طبيعة ذلك السرد المنتظم لوقائع الدعوى، مروراً بأسباب الحكم، لا سيما مناقشة ما تداوله أطراف الخصومة، والتدليل والتعليل لما سيتوجه إليه الحكم، وانتهاء بمنطوقه<sup>(٢)</sup> الذي يتطلب فقهاً قضائياً خاصاً حتى عده بعض الباحثين أهم عمل يجريه القاضي، تبين من خلاله ملكته القضائية وقواه العلمية، ومعايير البت في الخصومة، وحسمه لها محمولاً على ما جاء في الأسباب؛ وذلك أن غالب ما يرد على الأحكام ينصب على منطوقها .

### ويشترط البعض للمنطوق:

١- أن يكون دالاً عن الحكم من حيث اختيار الألفاظ ووضوحها، ودلالاتها على المحكوم به، والمحكوم عليه، والمحكوم له.

(١) بواسطة «تبصرة الحكام» لابن فرحون (٢/ ١٥٠) بهامش: «فتح العلي المالك»، دار المعرفة، بيروت، وانظر في دليل الاستصلاح: «أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي» للدكتور مصطفى البغا (٢٨)، دار القلم - بيروت - ط: ٢، ١٤١٣ هـ.  
(٢) ويسمى أيضاً: «نص الحكم»، و«صيغة الحكم»، و«الفقرة الحكمية».

٢- أن يكون دالاً على الحكم على سبيل الجزم والتأكيد «البتّ» .  
٣- أن يكون موافقاً للدعوى والحجة .<sup>(١)</sup>  
وفي صدد حديثنا عن موضوعنا الأساسي<sup>(٢)</sup> لا بد من الإشارة إلى أن الأنظمة العدلية الأربعة:

١ - نظام المرافعات الشرعية.

٢ - نظام الإجراءات الجزائية.

٣ - نظام المحاماة.

٤ - نظام السجل العيني للعقار.

جميعها تعد - بحمد الله - إضافة جديدة لها ملامحها العصرية في نظام عدالتنا، ومن تأمل مواد تلك الأنظمة انتهى إلى أن قضاء المملكة قضاء متجدد له خصائصه الحضارية، تلتقي فيه أصالة الإرث العلمي لفقها الشرعي مع المعاصرة ، وبخاصة القدرة على التصديّ للنوازل والحوادث ، مما يشهد بمرونة نظامنا القضائي، ومدى استيعاب نصوصه، بل وتصنيفه في الصدارة، لا سيما تجربتنا في تقنين المرافعة القضائية.<sup>(٣)</sup>

(١) «نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون» للدكتور عبدالناصر أبو البصل (٣٤٦)، دار النفائس - الأردن - ط ١ - ١٤٢٠هـ.

(٢) يُخطئ البعض أن يقال: «أساسي» و«رئيسي»، وهو تصويب في غير محله لسلا متهما لغة، بل الصحيح أنهما أقوى مبنى ومعنى من الأساس والرئيس، وإنما جاء الوهم من اعتقاد أن الياء للنسب، وليست كذلك، بل هي مزيدة للتأكيد كقول العجاج:

والدهر بالإنسان دوّاري

(٣) يعتبر قانون المرافعات قانوناً متكاملًا في الشريعة الإسلامية، وقد قننته الخلافة العثمانية في القرن الماضي، كما وضعت لوائح شرعية في مصر والسودان منذ أواخر القرن الماضي، ولا تزال مادة المرافعات الشرعية تدرس في كليات الشريعة في العالم الإسلامي، انظر: «بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون» للدكتور محمد عبد الجواد محمد (١٤٤) منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٤١١هـ.

يقول الدكتور صبحي المحمصاني: (١)

«القضاء في هذه المملكة لا يفرق بين السعودي والأجنبي، فالجزيرة العربية لم تتعرف إلى الإمتيازات الأجنبية، لا بل إن وجود الأجانب غير المسلمين فيها كان نادراً في الماضي، وهو لا يزال إلى اليوم محرماً في مكة المكرمة، فلذا كان الأجانب ولا يزالون مبدئياً خاضعين للقضاء والتشريع العاديين... ولا بد من التنويه أخيراً بأهمية هذا القضاء الذي يبدو بسيطاً فطرياً، (٢) لكنه في الواقع قضاء سريع عملي، وهو أقرب إلى العدل الحقيقي من القضاء المعقد البطيء إلى جانب ذلك أن القضاء السعودي مشهور أيضاً بنزاهته وعدالته واستقلاله، والأمثلة من ذلك أصبحت شبيهة بالأساطير، وفوق ذلك، فإن الملك نفسه يشرف على القضاء بوصفه القاضي الأعلى في المملكة، فتراه يسمع القضايا ويفصل فيها في كثير من الأحيان بعد استشارة أعوانه العلماء، وهذه هي الديمقراطية الفطرية التي اشتهرت بها العرب منذ القدم. (٣)

(١) هو صبحي بن محمد بن رجب المحمصاني أحد رجالات القانون الدولي وأعلام المحامين في الوطن العربي، ولد في بيروت سنة ١٣٢٤هـ، حصل على الدكتوراه في القانون الخاص والاقتصاد من جامعة ليون بفرنسا، وكان مستشاراً قانونياً وعضواً في لجان التحكيم الدولية، اختير وزيراً للاقتصاد الوطني اللبناني، وعضواً في مجمع اللغة العربية في دمشق، له عدة مؤلفات. كان شيخنا د. بكر أبوزيد كثير الحفاوة بكتبه، منوهاً بغزارة علمه، وجمال عبارته، توفي سنة ١٤٠٧هـ. «إتمام الأعلام» للدكتور نزار أباطة ومحمد المالح، (١٣٠) دار صادر - بيروت - ط ١ - ١٩٩٩ م.

(٢) أُلّف هذا الكتاب سنة ١٩٥٧ م.

(٣) أخذ المؤلف في هذا عن مقال: «تطبيق الشرع الحنبلي والقانون على الأجانب في العربية السعودية» بالإنكليزية لباركر هارت، في مجلة جورج واشنطن الحقوقية ١٩٥٣ ص ١٧٢-١٧٣، كما مثل المؤلف على سرعة الفصل في القضايا في بدايات التأسيس القضائي بأن المحكمة الكبرى في مكة، نشرت بياناً عن أعمالها لعام ١٣٧٣هـ، فجاء فيه أنه ورد للمحكمة في هذه السنة ٢٩٥٤ قضية، فصلت في ٢٨٣٩ وبقي ١١٥ قضية فقط، وعلى الرغم من ضآلة هذا الرصيد، فقد بررت المحكمة ذلك بأن معظمه ورد في الشهر الأخير من السنة، ولم تتم المعاملات المتقضاة بشأنه... عن جريدة أم القرى في ١٠ صفر ١٣٧٤هـ.



واستطرد في ذكر العقبات التي واجهت القضاء في المملكة في بداياته فقال: «ولكن على الرغم من هذه العقبات فإن قافلة الحياة الجديدة سائرة في طريقها حسب ضرورات المجتمع الحادثة، يساعدها في سيرها الثورة الصناعية المبنية على البترول وإشاعة العلم والمدارس، وتحضير البدو، والإصلاحات الاجتماعية والاقتصادية الجديدة.

وقد كان لكل هذه العوامل أثر كبير في تقدم الجزيرة العربية وإخراجها من العزلة والانكماش، فتطورت مؤخراً في مدة لم تبلغ نصف القرن أكثر من تطورها في الثلاثة عشر قرناً التي مرت... ويعد هذا التطور الجديد من أبرز الظواهر الاجتماعية في القرن العشرين، ويرجى أن يكون أثره موفقاً في النهاية. وعلى كل حال فهذا التطور سنة طبيعية،<sup>(١)</sup>

استند إليها الفقهاء لتقرير مبدأ تغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال.<sup>(٢)</sup>

وقد أثبتتها ابن خلدون أيضاً بقوله: «إن أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقر، إنما هو اختلاف على الأيام والأزمنة،  
(١) الحق أنها سنة: «إلهية»، «ربانية»، «إرادة من الله كونية».

(٢) - حفل العلامة ابن القيم - رحمه الله - بهذه القاعدة فأطال فيها النفس، وبين عظم نفعها وما وقع بسبب الجهل بها من الغلط العظيم على الشريعة مما أوجب الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه، وبين أن الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة، كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدره بالشرع على الجرائم ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضع له. والنوع الثاني: ما يتغير حسب المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشرع ينوع فيها حسب المصلحة، «إعلام الموقعين» (٣/١٤)، دار الباز، ت: محمد محيي الدين عبد الحميد، وانظر في هذا أيضاً الدراسة الموسعة التي أعدها عبدالمجيد جمعة الجزائري بعنوان: «القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية» (٣٧٣) دار ابن القيم ط ١ - ١٤٢١هـ.

## ندوة القضاء والانظمة العدلية

وانتقال من حال إلى حال، وكما يكون ذلك في الأشخاص والأوقات والأمصار، فكذلك يقع في الآفاق والأقطار والأزمنة ، سنّة الله التي قد خلت في عباده» ا.هـ.<sup>(١)</sup>

---

(١) «الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها» (٤٠٤-٤١٨) دار العلم للملايين - بيروت - ط٤ / ١٩٨١ م.

## البطلان الإجرائي في الفقه الإسلامي ونظام المرافعات الشرعية

هذا عنوان مبحثنا في مشمول دراسة أنظمتنا العدلية، ولا بد لأي موضوع من إيضاح لفظه ومصطلحه:

فالبطلان لغة: الكذب والفساد والشر والبهتان، وكل ما كان خلاف الحق، وما ذهب ضياعاً وخُسرأً. (١)

أما في الاصطلاح فقد تناولته كتب الأصول بالتفصيل ضمن مباحث: «الصحة والفساد». (٢)

ونجد الجمهور متفقين على تعريف واحد له، وعدم التفريق بينه وبين الفاسد فعرفوهما في العبادات بأنهما عبارة عن: «عدم ترتب الأثر عليها، أو عدم سقوط القضاء، أو عدم موافقة الأمر»، وفي المعاملات عبارة عن: «عدم ترتب الأثر عليها». وترى الحنفية أن الفاسد والباطل بمعنى واحد في العبادات، ويفرقون بينهما في المعاملات، فقال أبو حنيفة: الفاسد: «هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، ويفيد الملك عند اتصال القبض به». والباطل: «ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه». (٣)

(١) «القاموس المحيط» للفيروز آبادي «١٢٤٩» مادة «بطل»، مؤسسة الرسالة ت: مكتب تحقيق التراث في المؤسسة ط ٣ - ١٤١٣ هـ، و«معجم متن اللغة» لأحمد رضا (٣٠٨/١)، منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت - ١٣٧٧ هـ، و«كشاف اصطلاحات الفنون» للتهانوي (٣٤٠/١) ت: د. علي دحروج ط ١ - ١٩٩٦ - مكتبة لبنان.

(٢) انظر: «الصحة والفساد عند الأصوليين» لجبريل بن المهدي آل أسكيا (٣١٣)، دار الصابوني - سوريا - ط ١ - ١٤١٨ هـ.

(٣) انظر في كل: «تيسير التحرير» لأمير بادشاه (٢٣٦/٢) دار الكتب العلمية، و«روضة الناظر» لابن قدامة (٥٨) ت: د. عبدالعزيز السعيد مطابع الرياض سنة ١٣٩٧ هـ ضمن منشورات =

أما البطلان في القانون فقريب من الاصطلاح الأصولي، إذ يعرف فيه باعتباره جزءاً إجرائياً بأنه: «وصف يلحق بالعمل الإجرائي الذي تخلف فيه عنصر، أو أكثر من عناصره، أو شرط أو أكثر من شرائط صحته، ويمنعه من ترتب الآثار القانونية التي كان يرتبها لو كان صحيحاً». (١)

وبعبارة أخرى: «عقوبة تلحق بعمل قانوني «عقد، عمل إجرائي، حكم» مشوب بعيب في الشكل - عدم مراعاة شكلية مطلوبة، أو مخالفة قاعدة أساسية». (٢)

= كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، و«شرح الكوكب المنير» لابن النجار (٤٧٣/١) مع حاشية المحققين: د. محمد الزحيلي، ود. نزيه حماد، دار الفكر بدمشق، من منشورات جامعة الملك عبدالعزيز ط ١٤٠٠هـ. و«معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية» للدكتور محمود عبدالمنعم (٣٨٨/١) ط دار الفضيلة - القاهرة.

(١) «إجراءات التقاضي والتنفيذ» للدكتور محمود هاشم (٩٥)، نشر عمادة شؤون المكتبات - جامعة الملك سعود - ط: ١٤٠٩هـ.

ويسجل الدكتور عبدالرزاق السنهوري - رائد القانون المدني في عصره (١٣١٢هـ - ١٣٩١هـ) - للفقه الإسلامي ارتقاء نظرية البطلان فيه، فيقول: «ارتقت في هذا التدرج المحكم في مراتب البطلان فمن عقد باطل؛ إلى عقد فاسد، إلى عقد موقوف، إلى عقد نافذ، إلى عقد لازم، وارتقت في ابتداء فكرة العقد الفاسد، وارتقت في تصويرها الفني للعقد الموقوف، فهو أرقى في الصناعة كما رأينا من العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي» أهـ. «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» (٢٨٥/٤) دار إحياء التراث العربي - بيروت -.

(٢) «معجم المصطلحات القانونية» لجيرار كورنو ترجمة: منصور القاضي (٣٥٠/١)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر - بيروت - ط ١، ١٤١٨هـ، وانظر: «معجم مصطلحات الشريعة والقانون» للدكتور عبدالواحد كرم «٨٧» ط ٢ - ١٤١٨هـ.

وليس كل عيب في الشكل يعود بالبطلان على الإجراء، فالعبارة في هذا التعريف ليست على إطلاقها، كما أن عبارة من يقول: «إذا عاد الشكل على الموضوع بالإبطال فلا يعول عليه» ليست أيضاً على إطلاقها، والمسألة فيها تفصيل انظر: «القضاء الإداري - قضاء الإلغاء» - للدكتور سليمان الطماوي (١/٦٣٨ فما بعدها)، دار الفكر العربي، ط ٧، ومباحث عيب الشكل ألصق بالقضاء الإداري من غيره، من حيث التناول والتفصيل لكثرة دورانها في قضاياها ومباحثه.

## الإجراء

الإجراء لغة: مأخوذ من جريان الشيء كجريان الماء، وجريان السفينة وهكذا...»<sup>(١)</sup> وعرفه المناوي في التوقيف<sup>(٢)</sup> بأنه: «العادة التي يجري عليها الإنسان». وهذا المصطلح كثير الاستعمال في المباحث القانونية، وهو من الناحية العلمية يعد ألسق بالمصطلحات القانونية منه بالمصطلحات الفقهية، بل إنه يجري على ألسنة الفقهاء مجرى سياق اللفظ بحكم وضعه اللغوي، لا لكونه مصطلحاً فقهياً أو أصولياً كما تقدم في البطلان.

### وللإجراء في القانون عدة معانٍ

١- فرع من علم القانون، موضوعه تحديد قواعد التنظيم القضائي والصلاحيات، والتحقيق في الدعاوى، وتنفيذ قرارات العدالة، ويشتمل على الإجراء الإداري والمدني والجزائي.

٢- مجموعة القواعد التي تسوس نموذج دعوى<sup>(٣)</sup>.

ويعرف مصطلح: «الإجراءات» بعمومه بأنه «مجموعة القواعد الشكلية التي يجب اتباعها في إقامة الدعوى»<sup>(٤)</sup> وهناك عدة إجراءات، منها الإجراءات التأديبية والجزائية والإجراءات المادية والإجراءات التحفظية التي تقررها المحكمة للحفاظ على حق معين، والوصف الإجرائي في القانون ما له سمة الإجراء.

(١) «لسان العرب» لابن منظور «١٤ / ١٣٩» مادة «جرا»، دار صادر - بيروت.

(٢) «التوقيف على مهمات التعاريف» (٣٦) ت: د. محمد الداية ط ١ - ١٤١٠هـ، دار الفكر - بيروت.

(٣) معجم المصطلحات القانونية (١ / ٦٢) - مرجع سابق - .

(٤) معجم مصطلحات الشريعة والقانون (١٧) - مرجع سابق - .

### البطلان الإجرائي:

من العرض السابق يتضح لنا مفهوم هذا المصطلح، الذي لا يعدو البطلان فيه كونه وصفاً له سمة الأثر والنتيجة لمصطلح الإجراء الذي يشتمل على تنظيم معين. ولو كان هذا المصطلح الذي تواضع عليه أهل الاختصاص من المعاصرين بصيغة «بطلان الإجراء» لكان أسعد بالصواب من «البطلان الإجرائي»، ومثله: «البطلان العقدي»، و«بطلان العقد».<sup>(١)</sup>

(٢) وفي سياق ذلك قولهم: «الفساد الأخلاقي»، ولم أجد حسب الاستقراء والتتبع أن فقهاءنا الأوائل استعملوا: «البطلان العقدي»، بل: «بطلان العقد»، وهو من إضافة العامل إلى معموله، والمصدر إلى فاعله، والجملة فيه تدل على الحدث الدال على التجدد، أما البطلان العقدي والإجرائي فالجملة فيه اسمية تدل على الثبات والاستمرار كأن العقد فيها باطل على الدوام، والبطلان في (بطلان العقد) وإن كان مبتدأ إلا أنه مصدر يدل على الحدث، لكن ما دام استعمل الآخر، وجرى التواضع عليه بمعناه المعهود ففي الأمر سعة، ولا مشاحة في مثل هذا الاصطلاح.

## المسألة الأولى البطلان الإجرائي في الفقه الإسلامي

لا خلاف أن فقهاء الإسلام أعملوا مبدأ بطلان الإجراء، بل إن غالب المباحث الفقهية - لا سيما المعاملات والمعاوضات والأقضية - تقرر هذا بوضوح، وله في مجمله عدة صور:

- (أ) مخالفة النص الشرعي، أو السلطاني «النظامي - القانوني»<sup>(١)</sup>.
  - (ب) تخلف الشرط.
  - (ج) وجود المانع.
  - (د) مخالفة ما استقرّ عليه الناس في أعرافهم، واطردت به عوائدهم ما لم تخالف نصاً.
  - (هـ) مخالفة ما استقرّ عليه العمل، مع مراعاة ما يسوغ فيه الاجتهاد، وهذا يكثر في المباحث القضائية، ويندرج كثير من مسائله تحت قاعدة: «ما ينفذ من تصرفات القضاة وما لا ينفذ»<sup>(٢)</sup>.
- وهذا الأخير هو أكثر المباحث اتساعاً وتفرعاً، وقد تعددت المصطلحات التي استخدمها الفقهاء للدلالة على بطلان الحكم القضائي فمنها:

- ١ - البطلان، الباطل، الإبطال.
- ٢ - عدم النفاذ لا ينفذ قضاؤه.
- ٣ - عدم الصحة، لم يصح، غير صحيح.

---

(١) يدخل في ذلك بعض عيوب الشكل.

(٢) «ترتيب الفروق واختصارها» للبقوري (١/٢٩٥)، وزارة الأوقاف - المغرب - ط ١٤١٦ هـ  
ت: عمر ابن عباد، وفيه تهذيب حسن لهذه القاعدة، وانظرها في الأصل: «الفروق» للقرافي (٤/٣٩)، عالم الكتب - بيروت - .

- ٤ - عدم الجواز.
- ٥ - عدم الاستقرار.
- ٦ - النقض.
- ٧ - الرد، مردود.
- ٨ - الفسخ.
- ٩ - النبذ.
- ١٠ - النسخ.
- ١١ - الطرح.
- ١٢ - الإلقاء.
- ١٣ - الانعدام.
- ١٤ - عدم الاعتبار.
- ١٥ - الرجوع عن الحكم.
- ١٦ - الخطأ.
- ١٧ - عدم الإمضاء. (١)

وغير خاف أن الإجراء الباطل هو ما جرى عليه الاتفاق، أما ما ساغ فيه الاجتهاد فلا، لأن القضاء في المجتهدين نافذ بالإجماع،<sup>(٢)</sup> إلا إذا كان هناك أمر سلطاني «النظام - القانون» بوجوب العمل بمذهب أو تقنين معين، فإنه يتعين الأخذ به، وإلا بطل الإجراء.

ويتجلى هذا على وجه الخصوص في مسائل سماع الدعوى وتحديد مددها، لاسيما تحصن الملكية بوضع اليد لمضي الزمن كما في مباحث: «التقادم».

---

(١) «نظرية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون» - مرجع سابق - .  
(٢) «شرح أدب القاضي» للخصاف (٣/ ١١٠)، مطبعة الإرشاد - بغداد - ١٣٩٨ هـ - ت: يحيى هلال سرحان، وانظر: «الأشبه والنظائر» لابن نجيم (٢٢١) دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١٤٠٠ هـ.



## ندوة القضاء والأنظمة العدلية

ولا يفوت أن الإجراء قد يكون أحياناً خلاف الأولى، وهذا لا يؤثر عند الفقهاء ما دام المفضول سائغاً، ومثاله ما يذكره الفقهاء من تقديم النظر بين المسافرين والمحوسين،<sup>(١)</sup> فلو قدم على أي منهم مسبقاً بهم مضي الإجراء صحيحاً، ولو كان خلاف المتعين.

(١) «المغنى» لابن قدامة (٢٢/١٤) طبعة هجر، ت: التركي والحلو، ط ١ - ١٤١٠هـ، و«أدب القاضي» للماوردي (٢/٢٨٤) مطبعة الإرشاد - بغداد - ط ١٣٩١هـ، ت: يحيى هلال السرحان.



## المسألة الثانية

### البطلان الإجرائي في نظام المرافعات الشرعية

نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم م/ ٢١ وتاريخ ٢٠ / ٥ / ١٤٢١ هـ كغيره من أنظمة وقواعد المرافعات القضائية تضمنت مواده الترتيب النظامي للبطلان الإجرائي.

وفي هذا نصت المادة السادسة منه على:

أن الإجراء يكون باطلاً إذا نص النظام على بطلانه، أو شابه عيب تخلف بسببه الغرض من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان - رغم النص عليه - إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء. ا.هـ.

وهذا النص واضح في رسم قاعدة البطلان الإجرائي في النظام وهو على ثلاثة أقسام: الأول: ما نص النظام على بطلانه، والنظام هنا جنس النظام لا معهوده؛ فلو نص أي من أنظمة الدولة على بطلان إجراء ما دخل في مشمول هذه المادة، وليس صحيحاً أن نصها قاصر على مواد نظام المرافعات ولوائحه التنفيذية، لأن جميع أنظمة الدولة لها نفس القوة والنفاد.

وتكثر الصور القضائية في هذا لدى القضاء الإداري على وجه الخصوص، فقضاؤه بالإلغاء في كثير من القرارات الإدارية مبني على بطلان إجراءاتها لمخالفتها مواد النظام ولوائحه.

والنص على بطلان الإجراء يُستفاد من ذلك بحروفه «إجراء باطل»، أو بمرادفه<sup>(١)</sup> وله عدة صيغ منها: «لا يجوز، لا يصح، لا يكون، لا يعتبر، لاغ، لا تترتب عليه آثاره.. إلخ».

والمفهوم هنا له دلالة النص، وهذا لا حد له، فالغالب الأعم من مواد النظام على هذا النسق، من ذلك: «يتعين، يلزم، على المحكمة.. إلخ».

(١) من ذلك ما جاء في المادة «١٩٠» من نظام المرافعات: «يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع القرارات والإجراءات اللاحقة للحكم المنقوض، متى كان ذلك الحكم أساساً لها».

الثاني: ما شابه عيب تخلف بسببه الغرض من الإجراء.

وصور هذا تكثر على وجه الخصوص في المكاتبات وإفاداتها، فمثلاً نصت المادة «٢٥٤» على أنه يتعين على المحكمة قبل البدء في تدوين الإنهاء والشروع في إجراءات الإثبات لذلك على المحكمة أن تكتب إلى كل من البلدية ووزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ووزارة المالية والاقتصاد الوطني...إلخ.

فلو جرت الكتابة لأي من هذه الجهات إلى غير مختص، أو جاءت الإفادة من غير مختص لكانت مشوبة بعيب يتخلف بسببه الغرض من الإجراء.

الثالث: ما تحققت الغاية منه، ولو كان الإجراء باطلاً في ذاته، وصورة هذا تتضح بجلاء في إجراءات التبليغ، فمثلاً نصت المادة «١٣» من النظام على أنه: «لا يجوز إجراء أي تبليغ، أو تنفيذ في محل الإقامة قبل شروق الشمس ولا بعد غروبها، ولا في أيام العطل الرسمية إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من القاضي».

فلو جرى التبليغ في أي من الأوقات المنوعة، وحضر المدعى عليه في الموعد المحدد، فالتبليغ صحيح لتحقق الغاية وفق المادة السادسة.

وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٣) من اللوائح التنفيذية<sup>(١)</sup>. وذلك أن الإجراء إذا تحققت الغاية منه صح، ولا يشترط أن يكون وفق الإجراء المرسوم في النظام على القول الصحيح في هذه المسألة.

وفي ختام هذا المبحث أشير إلى أن الإجراء قسماً منصوص عليه وغير منصوص. والمنصوص نوعان: ما كان نصه شرعياً، وما كان نظامياً، وهذا الأخير مضي.

(١) وقريب من هذا قول الفقهاء في كتاب القاضي للقاضي: ينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسم المحكوم له، والمحكوم عليه، وكنيتهما، واسم أبييهما، وجديهما، وحليتهما، وصنعتهما وقبيلتهما ليسهل التمييز، وإن كان مشهوراً ظاهر الصيت وحصل الإعلام ببعض ما ذكر اكتفي به «روضة الطالبين» (١١/ ١٨١-١٨٢)، فإذا حصل الإعلام بالبعض للشهرة تحققت الغاية من هذا الإجراء، وإن كان في أصله يخالف الإجراء المتعين.

أما الأول: فلا إشكال في اعتباره، وسبق في مستهل البحث أن المادة (٤٨) من النظام الأساسي للحكم نصّت على أن تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دلّ عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معهما. أهـ.

وفي معناها ما نصت عليه المادة الأولى من نظام القضاء على ما سبق في مستهل البحث.

أما غير المنصوص عليه، فهو ما خالف قاعدة عامة،<sup>(١)</sup> أو عرفاً مطرداً جرى الاستقرار عليه، وهذا أيضاً لا إشكال في اعتباره ما لم ينص على خلافه، لأن القواعد العامة والعوائد المطردة لها اعتبارها في الشريعة والنظام، فإذا خالف أياً منها الإجراء كان باطلاً، وإن لم تنص على ذلك مواد النظام.

وفي طليعة القواعد العامة قواعد الشريعة الإسلامية، ويأتي بعدها القواعد التي جرى الاستقرار عليها قضاءً، إما بتفسير قضائي.<sup>(٢)</sup> أو توارد الاجتهاد على حكم معين بما يشكل مبدئاً لا تسوغ مخالفته،<sup>(٣)</sup> وكذلك قواعد النظام ومبادئه العامة.

ونجد أن القواعد الشرعية، والقواعد والمبادئ النظامية تتفق فيما بينها من حيث مجالها؛ فهي تختص بباب واحد، ومن حيث الكلية والاستيعاب، والإلزام بها. وتختلف عنها من عدة وجوه: منها أن مصدر القواعد والمبادئ النظامية من وضع البشر، وتعتمد في الغالب على الأعراف والعوائد التي تستقر في المجتمع.

أما القواعد الفقهية فمصدرها الكتاب والسنة، واجتهاد أهل العلم في ضوءهما.

(١) قد يرد أن القاعدة العامة لها أصل وهو دليلها، ومن هذا الوجه تكون منصوصاً عليها، لكن يبقى أن الاستدلال في الغالب يكون بها لا بأصلها، ثم إن القاعدة العامة قد تتظمها عدة أدلة ليست نصاً فيها بأحاديها لكن مجموعها.

(٢) «التفسير القضائي» للدكتور رضا المرغني والدكتور عبدالمجيد عبوده (١٦٠ فما بعدها)، نشر إدارة البحوث بمعهد الإدارة العامة - الرياض - ط: ١٤٠٣ هـ.

(٣) يدخل في هذا «النظائر القضائية» إذا اتحدت وتعدت.

كما يلاحظ أن القواعد والمبادئ النظامية، تحكم الجانب القضائي فقط، فلا تشتمل على العقائد والعبادات والأخلاق، بخلاف القواعد الشرعية. كما أن القواعد والمبادئ النظامية تأخذ بالظاهر ولا تلتفت إلى بواطن الأمور، في حين أن القواعد الشرعية تأخذ بالظاهر والباطن، كما تتميز أيضاً بدقة صياغتها، وجودة عبارتها، وفق تأصيل لغوي وشرعي متقن.<sup>(١)</sup>

أما العرف :

فمن المفيد في هذا السياق إيضاح شروط اعتباره باقتضاب وهي:

- ( أ ) التكرار، وهو يختلف من حالة إلى أخرى.
- ( ب ) الاطراد والغلبة ، وفي هذا يقول الأصوليون: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا».
- ( ج ) العموم، وهو الشيوخ والاستفاضة بين أهله.
- ( د ) أن يكون مقارناً لإنشاء التصرف، أو سابقاً له.
- ( هـ ) ألا يتفق المتعاقدان على خلافه.
- ( و ) ألا يعطل العرف نصاً ، أو يتعارض مع أصل من الأصول القطعية.<sup>(٢)</sup>

(١) «القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية» للدكتور محمد عثمان شبير (٣٨) دار الفرقان ط ١ - ١٤٢٠هـ، وقد نسب دقة الصياغة إلى القواعد والمبادئ القانونية، وهو وصف لا تساعد عليه عباراتها التي يكثر الإيراد عليها، مع عدم سبك السياق في غالبها، وكثرة احتمالاته، والخلط بين المصطلحات لا سيما الأركان والشروط.

(٢) «تاريخ الفقه الإسلامي» لبدران أبو العينين بدران (٢١٥)، دار النهضة العربية - بيروت -، و «الاجتهاد فيما لا نص فيه» للدكتور الطيب خضري السيد (٢/٢٠٣) مكتبة الحرمين ، ط ١ - ١٤٠٣هـ وانظر في هذا الموضوع مسائل مهمة جمعها ابن عابدين في كتابه: «نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف» ضمن مجموعة رسائله.

**وهذا كله:** من أقوى الدلائل على خصوبة المادة الشرعية، ورحابة أحكامها الفقهية، وسعة أفق مجتهديها، وهذه خاصية تميّز بها فقهاء الإسلام عبر تاريخه الممتد الحافل بسعة نصوصه وشمولها، وبمفهوم أعلامه بالشرح والاستنباط .  
وبالله التوفيق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم،،

## إعداد

**د. محمد بن عبدالكريم بن عبدالعزيز العيسى**

