2008/.....

السيـــب
المحكمة الشرعية

صدر من دائرة المحكمة الشرعية بالجلسة العلنيّة المنعقدة بمقر المحكمة الابتدائيّة بالسيب في يوم الأحد 13/9/1429هـ الموافق له 14/9/2008م.

من الدائرة المشكلة على النحو التالي:-
فضيلة القاضي/ ..... رئيساً للجلسة
الفاضل/ .....أميناً للسرّ

الحكم في الدعوى الشرعية رقم .../ 2008

المدعية: .....
الخصوم المتدخِّلون: ... و... و... و... و... و...
أولاد منصور بن وهب الضنكي
عنوانهم: .....
المدعى عليه: .....
يمثله: المحامي .....

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة

وحيث إنّ الدعوى تتلخص **وقائعها** المستقاة من سائر أوراقها في أنّ المدعية أقامتها بموجب صحيفة أودعهتاأمانة سرّ المحكمة بتاريخ 2008/2/16م، فقيّدت ابتداءً لدى الدائرة المدنية برقم 2008/201م، فانعقدت الخصومة ضدّ المدعى عليه بإعلانه بصحيفتها قانوناً، طالبت فيها بمنع المدعى عليه من التصرف في عقار وبتغيير سند الملكية ليكون باسم الأولاد ومخاطبة وزارة الإسكان بذلك، بسبب القبض عليه في أكثر من قضية وأخذه عدة قروض من البنوك و ود رهن المنزل.

وسنداً لدعواها قدّمت صوراً من فصل الدعوى الصادر من محكمة مسقط الشرعية بالتسجيل رقم .... بتاريخ 1995/8/21م، ومن سند توكيل المدعى عليه لمكتب ..... صادر من دائرة الكاتب بالعدل بالسيب بالمتسلسل اليومي رقم ....، ومن شهادة تسجيل ملكية المدعى عليه للعقار رقم .... بالمربع ... بحيل العوامر بالسيب البالغ مساحته 540م2، ومن الرسم المساحي له، ومن إفادتين من قبل بنك الإسكان العماني بأنّ القرض الممنوح للمدعى عليه قد تمّ سداده، ومن كشف حساب بنكي.

وحيث إنّ المحكمة بالدائرة المدنية **باشرت** نظر الدعوى كما هو ثابت في محاضر الجلسات، حيث حضرت المدعية والمدعى عليه بوكيله الذي قدّم مذكرة ردّ ضمّنها أصلياً طلب الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، وبعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، واحتياطياً برفض الدعوى وإلزام رافعتها بالمصاريف، وأرفق بها صوراً من خطاب مسؤول منطقة ... بولاية ... إلى سعادة نائب والي مسقط بكون المدعية قد تزوجت بعد تطليقها من المدعى عليه وأنّ الأولاد ظلّوا في رعاية والدهم، ومن الحكم الصادر من هذه المحكمة في الدعوى الشرعية رقم ..../2007م، ومن الحكم الصادر من محكمة

بالسيـــب ...2008/
المحكمة الشرعية

الاستئناف بمسقط في الاستئناف رقم .../2007م، ومن شهادتي ميلاد ... و.... ابنتي المدعى عليه، ومن تقدير سن ابنته ...، وقدّمت المدعية مذكرة تعقيب تعرّضت فيها لما أثار وكيل المدعى عليه في مذكرته المشار إليها سلفاً كما قدّمت المدعية صوراً من صكّي دين المدعى عليه لها الأول صادر من المحكمة الشرعية بالسيب بالتسجيل رقم .../87م، والثاني من المحكمة الشرعية بمسقط بالتسجيل رقم ....

وحيث إنّ الخصوم المتدخّلين قد تقدموا بصحيفة إدخال دفعوا رسمها وطالبوا في ختامها بإنفاذ الوصية لمصلحة المتدخّلين وفق فصل الدعوى المشار إليه سابقاً وبنقل الملكية من اسم المدعى عليه إلى اسم المتدخّلين، وبمخاطبة وزارة الإسكان بذلك، وقدّم وكيل المدعى عليه مذكرة ردّ ختمها بطلب عدم قبول تدخّل الخصوم المتدخّلين لبطلان الصحيفة، وبرفض الدعوى لرجوع الموصي عن وصيّته.

وحيث إن المحكمة بالدائرة المدنية قد أحالت الدعوى إلى دائرة المحكمة الشرعية لتعلّقها بوصيّة، فقيّدت برقم الدعوى الشرعية المذكور في ديباجة الحكم ، فباشرت دائرة المحكمة الشرعية نظر الدعوى كما هو ثابت بمحاضر الجلسات؛ حيث حضرت المدعية و... و.... من الخصوم المتدخّلين عنهما أصالة و... عن بقيّة الخصوم المتدخّلين ما عدا ...، وحضر وكيل المدعى عليه، وكان الطلب الأخير للمدعية والخصوم المتدخّلين نقل مكلية المنزل موضوع النزاع إلى الخصوم المتدخّلين.

وحيث إنّ الدعوى قد **حجزت للحكم** بجلسة اليوم.

وحيث إنّه عن الدفع المُبدَى من قبل المدعى عليه بعدم صفة المدعية في الدعوى، **فإنّه من المقرّر قانوناً طبقاً للمادة (3) من قانون الاجراءات المدنية والتجارية أنه "لا يقبل أيّ طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة ومشروعة يقرها القانون ..."، ومن المعلوم فقهاً أنّ المصلحة التي يشترط توافرها لقبول الدعوى لا بدّ أن تكون شخصية ومباشرة، وهو ما يعبّر عنه بعضهم بالصفة في الدعوى بأن يكون المدعي يطالب بحق له أو لمن يمثله.**

لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أنّ طلب المدعية الختامي هو نقل ملكية المنزل موضوع النزاع للخصوم المتدخّلين، فالمدعية تطالب بحق لأولادها وهم الخصوم المتدخّلون، وكان الثابت من الأوراق كذلك أنّ هؤلاء الأولاد منهم من هو بالغ سنّ الرشد كما يظهر من سندات الوكالة المرفقة بالملف وهم ... و... و.... و... و....، وعليه فلهم ممارسة كافة الحقوق المدنية ومنها رفع الدعاوى، فليس لأمهم المدعية صفة في رفع الدعوى عنهم، وأما الولد الأخير وهو ... فالثابت من الأوراق أنّه لا يزال قاصراً (فعمره ستة عشر عاماً) وهو في كفالة أمه المدعية - حسب الحكم الصادر من هذه المحكمة في الدعوى الشرعية رقم .../2007م-، فذلك كافٍ في توافر المصلحة لدى المدعية في المطالبة بحقوق ولدها ... المذكور، وعليه يكون الدفع سديداً بالنسبة لـ... و.... و... و....، وغير سديد بالنسبة لـ....

وحيث إنّه عن الدفع المبدَى من المدعى عليه بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، فإنّه **من المقرّر قانونا وعلى ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا (الطعن 2006/243م تجاري عليا بجلسة 2006/11/8م) أنّ "الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي فيه تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلّق بذات الحق محلاً وسبباً"، ومن المقرّر فقهاً أنّ الحكم يحوز حجية الأمر المقضيّ فيه إذا كان قطعيّاً فاصلاً في خصومة سواء كان نهائياً أو ابتدائياً حضورياً أو غيابياً، وتبقى له هذه الحجية إلى أن يزول بإلغائه في المعارضة إن كان غيابياً - وهذا في**

بالسيـــب ...2008/

المحكمة الشرعية

الحكم الجزائي - أو في الاستئناف إن كان ابتدائياً، أو بنقضه أو بقبول التماس إعادة النظر فيه إن كان نهائياً (ينظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد للسنهوري 2/620-634).

لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أنّ الحكم الذي يتمسك المدعى عليه بحجيّته وهو الحكم الصادر من هذه المحكمة في الدعوى الشرعية رقم .../2007م وقد تمّ إلغاؤه في الشقّ المتعلّق بالدعوى الماثلة بموجب الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بمسقط في الاستئناف رقم .../2007م، وعليه تكون حجيته قد زالت، فيضحى الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها قائماً على غير أساس.

وحيث إنّه عن تدخّل الخصوم المتدخّلين، **فإنّه من المقرّر قانوناً ما سبق ذكره طبقاً للمادة(3) من قانون الاجراءات المدنية والتجارية، ومن المقرّر في قضاء هذه المحكمة جمعاً بين المادة المذكورة والمادة رقم (116) من القانون ذاته أنّ الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعي أو لانتفاء صفة المدعى عليه من النظام العام، للمحكمة أن تتصدّى له من تلقاء نفسها؛ إذ كيف تحكم المحكمة في طلب ليس لطالبه صفة، ، أليس عدم جواز الحكم في حال عدم توافر الصفة أولى من عدم جواز حكم المحكمة بأكثر مما طلبه الخصوم؟.**

لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق – كما سبق ذكره – أنّ ... ابن المدعى عليه قاصر، فليس لمقدّمة صحيفة التدخّل - وهي أخته - أيّ صفة تخوّلها بذلك عنه، فهي ليست بالوليّ ولا بالكفيل له، ولا موكّلة من أحدهما، وعليه تقضي المحكمة بعدم قبول التدخّل من قبل ... لتقديمه من غير ذي صفة، كما تقضي المحكمة بقبول تدخّل بقيّة المتدخّلين شكلاً، عملاً بالمادة (121) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

وحيث إنّه عن الدفع المبدَى من المدعى عليه ببطلان صحيفة التدخّل لعدم توقيعها من محامٍ، فهو دفع غير سديد؛ إذ إنّ الدعوى الماثلة دعوى تتعلّق بوصيّة، والوصيّة من المسائل المتعلّقة بالأحوال الشخصيّة، ومن المقرّر قانوناً طبقاً للمادة (272) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية أنّ صحف الدعاوى المرفوعة أمام المحكمة الابتدائية في مسائل الأحوال الشخصية لا يلزم توقيعها من محامٍ، **ولا يضير ذلك** أنّ الدعوى قيّدت ابتداءً دعوى مدنية؛ إذ إنّه وعلى ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا(الطعن 2006/77م، شرعي عليا، بجلسة 2006/12/16م) أنّ العبرة بموضوع الدعوى وليست العبرة بالدائرة التي تنظرها، فتطبّق عليها القواعد والإجراءات المتعلّقة بالموضوع بغضّ النظر عن الدائرة، وموضوع الدعوى متعلّق بمسألة نظّمها قانون الأحوال الشخصيّة وهي الوصيّة، أما ما تمسّك به وكيل المدعى عليه في دفعه ببطلان صحيفة الدعوى من المادة (31) من قانون المحاماة فهي خاصّة بالدعاوى المدنية والتجاريّة والضريبية بالنسبة للأفراد بنصّ المادة نفسها.

لما كان ذلك وكان الطلب بنقل ملكية المنزل القائم على العقار رقم ... بالمربع .... بحيل العوامر بالسيب البالغ مساحته 540م2، لاسم أولاد المدعى عليه من المدعية وهم ... و... و... و... و... و...، مقبولاً شكلاً من قبل المدعية عن ابنها ... ومن قبل الخصوم المتدخّلين جميعاً ما عدا ....، فإنّ **المحكمة تكتفي بذكر كلّ ما سبق من قضاء في الدفوع الشكلية في أسباب الحكم دون التعرّض لها في منطوقه.**

وحيث إنّه عن **موضوع الدعوى فإنّه من المقرّر أنّ الوصيّة هي تصرف مضاف لما بعد الموت، ومن العلوم شرعاً أن الموصي يصح له الرجوع في الوصية قبل موته، لكونه تصرفاً مضافاً لما بعد الموت،**

بالسيـــب
المحكمة الشرعية

ولأنها هبة لم تُزل الملك فيجوز الرجوع فيها كهبة ما يعتبر قبضه قبل قبضه، وقد حكي على ذلك الإجماع فيما عدا العتق والتدبير، وعلى هذا جرى قانون الأحوال الشخصيّة في المادة (228) حيث نصّت على أنّ من مبطلات الوصية رجوع الموصي عن وصيّته، هذا إلا أنّه من المتقرّر شرعاً أنّه إذا كانت الوصيّة بدين فرجوع الموصِي لا يفيده؛ إذ بوصيته أقرّ على نفسه بذلك، فيؤخذ بإقراره ويجب عليه الدين ما لم يثبت أنّه قد وفاه (ينظر في كل ما سبق مدارج الكمال، كتاب النيل وشرحه 614/12، حاشية ابن عابدين 658/6، المغني 97/6، المهذّب 461/1).

لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق - حسب فصل الدعوى المشار إليه سلفاً - أنّ المدعى عليه قد أوصى بمنزله الكائن في الحيل - وهو المشار إليه سابقاً - لأولاده من المدعية، ونصّ ذلك في الفصل المذكور: **"فقد تمّ الاتفاق بينهما بأن تنازلت ...(المدعية) عن مطالبتها ... (المدعى عليه) بثلاثين الألف الريال التي في الصكين المذكورين أعلاه مقابل أن أوصى ... (المدعى عليه) لأولاده منها وهم** ... و... و... و... و... و... **أوصى لهم بعد موته ببيته الواقع في منطقة الحيل الذي آل إليه بالشراء من ... عن طريق بنك الإسكان العماني، وافقت ... (المدعية) على ذلك، وبذلك تعتبر هذه الوصية من ضمان هذا المبلغ الذي لأمهم"، وقد صرح المدعى عليه كما في مذكّرات وكيله بأنّه راجع في وصيّته،** فله الحق في ذلك ما دام على قيد الحياة، فلا يبقى من حقّ المدعية ولا الخصوم المتدخّلين المطالبة بنقل ملكية المنزل باسم الأولاد، وعليه تقضي المحكمة برفض الدعوى.

ولا ينال من الحكم بذلك ما أثارت المدعية والخصوم المتدخّلون من أنّ هذه الوصية ليست تبرعاً محضاً وإنما هي في مقابل ضمان ما كان على المدعى عليه للمدعية من الدين ومقداره ثلاثون ألف ريال عماني (30000ر.ع)، وهذا ما يفيده نصّ الفصل؛ فالجواب أنّه قد تقرّر أنّ الوصيّة إذا كانت في مقابل دين، ورجع الموصِي في وصيّته بطلت الوصيّة ووجب الدين، فإن كان لها من حق في ذلك فلها المطالبة بحقّها بالطرق المتبعة قانوناً، ولا يقال بأنّ المحكمة تقضي بالدين عليه ما دام قد رجع عن وصيّته؛ إذ مما هو مقرّر قضاءً أنّ المحكمة ملزمة بالحكم في نطاق طلبات الخصوم وأنّه لا حكم إلا بطلب، وفي هذا جاء في جوهر النظام238/4:

وليس للحاكم والفقيه * زيادة عمّا تدوعي فيه**

وجاءت المادّة (232/د) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية مؤكّدة ذلك، وعلى هذا جرى قضاء المحكمة العليا (المبدأ رقم 110، في الطعن رقم 2006/236م تجاري عليا، بجلسة 2006/11/8م)، وقد كانت الطلبات الختامية نقل ملكية المنزل إلى الخصوم المتدخّلين، وعليه فينحصر نظر المحكمة في مدى ثبوت الحق في ذلك من عدمه، فإن ثبت قضت به وإلا رفضت الدعوى، دون التعرّض لما عداه وإلا تكون قد حكمت بشيء لم يطلبه الخصوم.

ولا ينال من الحكم بذلك ما أثارت المدعية والخصوم المتدخّلون من أنّ حقيقة التصرف الذي كان من قبل المدعية والمدعى عليه المثبّت في فصل الدعوى المشار إليه سلفاً هي أنّه بيع؛ إذ كان بمقابل الدين الذي تنازلت عنه المدعية، فكان مبادلة مال بمال، وإنما سجّل في الفصل وصيّة لعدم إمكان إثباته بيعاً لكون المنزل كان مرهوناً حينها لبنك الإسكان العماني، وبيع المرهون لا يصح؛ فالجواب عن ذلك، أنّ القاعدة الفقهية تقتضي بأنّ **"العبرة في التصرفات بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني"**، إلا أنّه لا يمكن إعمال هذه القاعدة على هذا التصرف لأنه يشترط لإعمال هذه القاعدة أن لا يعارض المقصد والمعنى مانع

شرعي(ينظر شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن محمد الزرقا ص73)، وفي هذا التصرّف أكثر من مانع، فمن ذلك:

الأول: أنّه من المقرّر **أنّ العقد الباطل هو ما لا يقرّه الشارع بسبب أنّ فيه خللا في الأركان أو الأوصاف، كما أنّه من المعلوم فقها أنّ الرهن هو جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع وثيقة بدين بحيث يمكن أخذ الدين كلّه أو بعضه من تلك العين**، وأنّ المحكمة ترتضي العمل بالقول بأنّ بيع الراهن (المدين) العين المرهونة باطل مطلقا ولو أوفى المرتهن (الدائن) حقّه حتى يجدّد البيع من بعد وفاء الحق (المصنّف 25/189)؛ **فالعمل بهذا القول في هذا العصر له وجاهته؛ وذلك لما تعلّق به من حقّ الغير فيه، وسدّا لما يترتب على إمضاء البيع من مفاسد حريّة بأن تجتنب، منها النزاعات التي جاء الشرع الشريف بسدّ منافذها، وتفادياً للأضرار المترتبة على بقاء المبيع على مسؤولية من سُجّل باسمه لدى الجهات المختصّة، على أنّ من شروط المبيع أن يكون مقدوراً على تسليمه فأنّى للراهن أن يسلّم المبيع إلى المشتري منه وقد تعلّق به رهن لا يدري أيفكّه أم لا؟، وأنّى للمشتري أن يكون طليق اليد في التصرّف في المبيع وقد أُشّر على سند ملكية المبيع بأنّه مرهون لصالح كذا فيمنع من التصرّف فيه، كما أنّه من المقرّر على ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا أنّه عند اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في أمر فحكم القاضي بأحد الأقوال فلا يقال إن حكمه خارج عن دائرة الصواب ما دام موافقاً لأحد أقوال العلماء وهذا ما استقرت عليه الأحكام، (د.م2.قرار 47 في الطعن 40/2004م بجلسة 10/10/2004م)**، فلما كان ذلك وكانت المدعية والخصوم المتدخّلون قد أقروا بأنّ المنزل كان مرهوناً لصالح بنك الإسكان العماني حين كان ذلك الصلح بين المدعية والمدعى عليه، بل هو ما يفيده فصل الدعوى المذكور، فالتصرف لو حمل على أنّه بيع فهو باطل شرعاً، والبطلان مانع من إعمال القاعدة المذكورة.

الثاني: أنّه من المقرّر شرعاً أنّ من شروط البدل في البيع عدم الجهالة في الصفة أو القدر أو الأجل إن أجّل أو الوجود أو تعذّر القدرة عليه أو تعذّر إبقائة، وذلك لورود النهي عن الغش عموماً لقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - : (ألا من غشّنا فليس منّا)، ولورود النهي عن بعض المعاملات لما فيها من ا لغرر بسبب الجهالة (ينظر النيل وشرحه ج1/8 ص94-95)، وفي هذا التصرّف لو حمل على أنّه بيع الجهالةُ في الأجل؛ إذ أُجّل تسليم المبيع - وهو المنزل - إلى حين موت المدعى عليه، بسبب أنّه ورد على لفظ وصيّة وهي مضافة لما بعد الموت، أو أن يقال - على تكلّف كذلك بالنظر للمعنى- بأنّه بيع على شرط تأجيل تسليم المبيع إلى حين الوفاة، وموت المدعى عليه مجهول الوقت؛ هل يكون بعيداً أو قريباً؟، ثم هل يكون موته قبل موت أولاده الموصى لهم أو بعدهم؟ فلا ينتقل المبيع إليهم، كلّ ذلك مجهول فهي جهالة تورث الغرر، ثم فيه كذلك الجهالة بسبب احتمال تعذّر التسليم كلّاً أو بعضاً فيما لو أحاطت بالمدعى عليه الديون عند وفاته واستغرقت أمواله كلّها، فهذه الجهالات ترجع إلى التصرف بالبطلان، وهو مانع من إعمال القاعدة المذكورة.

ولا ينال من الحكم بذلك ما قالت المدعية والخصوم المتدخلون في معرِض التدليل لعدّ التصرّف بيعاً بأنّ الوصيّة تصرّف يرد على سبيل التبرع، فالجواب أنّ هذا هو الأصل في الوصيّة ولكنها تكون كذلك بإثبات واجبٍ على الإنسان يخشى أن يدركه الموت قبل إنفاذه في الحياة كالدين والكفارة ونحوهما، وما كان في هذه الوصيّة من هذا القبيل.

ولا ينال من الحكم بذلك أيضاً ما أثارت المدعية والخصوم المتدخّلون من أنّـه لا يعقل أن يكـون التنـازل عن ذلك المبلغ بدون مقابل له سوى وصية يجوز الرجوع عنها في حياة الموصِي، وأنّ مـن أثبـت ذلـك هـو القاضي الشرعي؛ إذ إنّ ذلك الذي تمّ إبرامه في فصل الدعوى المذكور إنّما هو صلح، والصـلح راجـع إلـى إرادة المتصالحين، فما دامت المدعية قد اكتفت في أن يكون مقابل تنازلهـا هـو تلـك الوصـيّة فـلا مـانع مـن انعقاد الصلح على ذلك، ولن يكون دور فضيلة القاضي الناظر للدعوى بينهما إلا إثبـات ذلـك الصـلح الـذي اجتمعت عليه إرادة الطرفين ما دام ليس في الصلح ما يخالف الأحكام الشرعية ولا النظام العام.

وحيث إنه عن **المصاريف** فإنّ المحكمـة تلـزم بهـا المدعيـة والخصـوم المتـدخّلين مناصـفة عمـلا بالمـادة (183) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

"فلهذه الأسبـاب"

"حكمـت المحكمـة بـرفض الـدعوى، وبـإلزام المدعيـة والخصـوم المتـدخّلين مناصـفة بالمصاريف".

أمين السرّ **فضيلة القاضي/**

الهيئة المذكورة في ديباجة الحكم نطقت بالحكم، وأما من سمع المرافعة وحرّر مسوّدة الحكم ووقّع عليها فهو فضيلة القاضي/ سيف بن سعيد العزري.

أمين السرّ **فضيلة القاضي/ سيف بن سعيد العزري**