ترخيص الهيئة العامة للمعارض والمؤتمرات - رقم الترخيص: 22/6914 بتاريخ: 2022/7/27م

كتاب أبحاث
مؤتمر مكة الدولي للدراسات القانونية:
الأنظمة والاتجاهات الحديثة

المملكة العربية السعودية - مكة المكرمة - فندق هيليتون مكة للمؤتمرات

خلال الفترة 19 - 21 جمادى الأولى 1444 هـ الموافق 13 - 15 ديسمبر2022م

جميع الأراء المطروحة في البحوث والدراسات المشاركة في المؤتمر تعبر عن أراء أصحابها ولا تعبرعن رأى اللجنة المنظمة واللجنة العلمية للمؤتمر

إدارة وتنظيم
مركز إثراء المعرفة
للمؤتمرات والأبحاث والنشر العلمي

كتاب أبحاث
مؤتمر مكة الدولي للدراسات القانونية:

فندق هيليتون مكة للمؤتمرات – مكة المكرمة – المملكة العربية السعودية

خلال الفترة 19 – 21 جمادى الأولى 1444 هـ الموافق 13 – 15 ديسمبر 2022م

إدارة وتنظيم

مركز إثراء المعرفة
للمؤتمرات والأبحاث والنشر العلمي

(إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا)

سورة النساء - الآية (٥٨)

المقدمة

شهد قطاع القضاء والقانون والأنظمة خلال السنوات الماضية تغيرات متسارعة في مختلف المجالات على المستوى العالمي بشكل عام والعالم العربي والإسلامي بشكل خاص، وذلك لأهمية القضاء والقانون والأنظمة في تسير حياة البشر من أجل دعم السلام في المجتمع، فلا ينعم أي مجتمع بالسلام والاستقرار ما لم يكن الأمن أساسه، حيث تحمي القوانين مصالح الأفراد من التعدي عليها مما يمنع وقوع المشاكل والنزاعات، ويستطيع الجميع ممارسة أعماله بكل ثقة وأمان، مما يساهم في تقدم ورقي المجتمعات.

ويتناول مؤتمر مكة الدولي للدراسات القانونية: الأنظمة والاتجاهات الحديثة، العديد من الموضوعات والدراسات والأبحاث في مختلف مجالات القضاء والقانون والأنظمة، من خلال الجلسات والملصقات العلمية وورش العمل التي يقدمها الباحثون المشاركون في المؤتمر من أعضاء هيئة التدريس بالجامعات الحكومية والأهلية والباحثين والمختصين في هذا المجال من أعضاء السلك القضائي والمحامين والمستشارين القانونين وطلاب الدراسات العليا بالعالم العربي والإسلامي من أجل إبراز أثر الجهود العلمية الحديثة في دراسات القانون والأنظمة.

ويتطرق المؤتمر أيضا من خلال العروض البحثية لعدد من القضايا والمشكلات في مجال القانون والأنظمة، ودراسة الواقع الحالي للأنظمة والقانون والتشريعات في العالم العربي، واستشراف مستقبله والتحديات التي تواجهه، ووسائل تطوير مكاتب المحاماة، إضافة إلى تسليط الضوء على مستوى وعي الشعوب بالأنظمة والقوانين وما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات.

رئيس اللجنة المنظمة للمؤتمر

د. عبد الرحمن محمد الزهراني

الفهـــــرس

تسلسل	الاسم	عنوان البحث	رقم الصفحة
1	د. رامي بن عبد العزيز الشبل	مناهج التفسير في القضاء العربي (تفعيل قواعد أصول الفقه في أحكام التفسير - الأردن ومصر أنموذجاً -)	1
2	د. فهد بن عبد الله بن إبراهيم آل طالب	بناء الأحكام القضائية القديمة دراسة نظرية تطبيقية	13
3	د. سامح أحمد بلتاجي سعيدة	الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي والنظام الموحد للإجراءات الجزائية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (دراسة مقارنة)	24
4	أ.نوف عبدالله السويعدي	أثر خصخصة القطاعات الحكومية على الموظف العام في المملكة العربية السعودية	40
5	د. محمد زياد عزت جرادات	نفاذ القرار الإداري الإلكتروني في فلسطين" دراسة تحليلية "	54
6	د. منصور فؤاد مساد	حجية وسائل الاثبات الالكترونية غير المكتوبة في الدعوى المدنية	67
7	د. عبد الله محمد الحكيم	الحق الخاص في قانوني الإجراءات الجزائية اليمني والسعودي دراسة مقارنة	86
8	د. فاطمة رزق مصطفي	سيادة القانون والتنمية الاقتصادية	99
9	أ.سعد بن ناصربن عبد الله الراجحي	القانون المدني في القران	106
10	د. محمد حسن عبد الله	الطبيعة الخاصة للبرامج المعلوماتية بين القانون الجنائي والقانون المدني	118
11	أ. أزد بن عوض توفيق موسى	فترة التجربة في عقد العمل ماهيتها وأحكامها في ضوء نظام العمل السعودي	140
12	أ. أحمد إبراهيم المحيميد	إدارة وتطوير مكاتب المحاماة (حوكمة مكاتب المحاماة)	153
13	د. أمين سيدي	المعاهدات الدولية بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة	159
14	أ. عبد الله بن عوض بن ظافر القرني	الجريمة المنظمة وآثرها على المجتمع والجهود المبذولة لمحاربتها بالمملكة العربية السعودية	177
15	د. يوسف أحمد عمر	تقنين أحكام المعاملات المالية الإسلامية	198
16	أ. محمد أحمد محمد دره	دعوى بطلان حكم التحكيم في ضوء أحكام القضاء السعودي والقضاء العربي	207

288	THE ROLE OF POLITICAL LEADERSHIP IN THE FIGHT AGAINST ADMINISTRATIVE CORRUPTION IN CONTEMPORARY GOOD GOVERNANCE AND THE ISLAMIC SYSTEM	DR.Nayel Musa Alomran	17
245	المحاماة في القانون السعودي	د. العنود عويضة الحربي	18

مناهج التفسير في القضاء العربي
(تفعيل قواعد أصول الفقه في أحكام التفسير ـ الأردن ومصر أنموذجاً-)

Interpretation methods in the Arab judicially
(Activating the rules of jurisprudence in interpretation Provisions-Jordan and Egypt as a model)

د. رامي بن عبد العزيز الشبل ـ أستاذ القانون المساعد ورئيس قسم الدراسات الإسلامية والعربية- جامعة الملك فهد للبترول والمعادن – المملكة العربية السعودية

Email: ralshebl@kfupm.edu.sa

الملخص:

التفسير القانوني من أهم أعمال القاضي التي تواجهه أثناء التصدي لتفسير نص قانوني غامض أو غير واضح الدلالة أو يحتاج إلى التوفيق بين نصين متعارضين، أو تفسير كلمة مبهمة أو عامة وغيرها من الأحوال التي تحتاج إلى تحليل واجتهاد، ويتميز القضاة على كافة مدارسهم في التفسير أنهم بين اتجاه نصي أو اتجاه مقاصدي وكلا الاتجاهين فيه مدارس فرعية وتفاصيل في طريقة التعاطي والتطبيق مع النص القانوني. وإن من أهم ما أبدعه وأنتجه علماء الإسلام من علوم الآلة هي قواعد أصول الفقه التي كان لها الأثر البالغ في الفقه الإسلامي، فهل استفادت وقامت بتفعيل تلك القواعد المحاكم العربية في أحكامها للتفسير؟ لاسيما أن قواعد أصول الفقه لا تخدم الاتجاه النصي فقط، بل تخدم كلا الاتجاهين النصي والمقاصدي من خلال مجموعة من القواعد. وغالب أحكام التفسير القضائي توجد في أحكام المحاكم الدستورية التي يلجأ إليها للفصل في تفسير نص اختلفت المحاكم في تفسيره، فاستقراء تلك الأحكام وملاحظة مدى تفعيل قواعد أصول الفقه فيها ومدى اطراد المحكمة في تطبيق تلك القواعد على الوقائع المشابهة هو ما يسعى إليه هذا البحث.

الكلمات الدلالية:

مناهج التفسير القانوني ـ أصول الفقه في التفسير القانوني ـ التفسير القانوني ـ التفسير النصي والتفسير المقاصدي

Abstract:

Legal interpretation is one of the most significant acts a judge faces while addressing and interpreting a legal text that is ambiguous or unclear, or that needs to reconcile two conflicting texts, or the interpretation of an ambiguous or general word, and other situations that require analysis and diligence. Judges usually are between two methodologies in interpretation; a textual school of interpretation or an intentional methodology, and both schools have sub-schools and details in the way of dealing and applying the legal text. One of the most important things that Islamic scholars have created and produced are the rules of *Usul al-Fiqh*, which had a profound impact on Islamic jurisprudence. Especially since the rules of *Usul al-Fiqh* do not serve the textual methodology only, but rather serves both the textual and intentional methodologies. Most of the provisions of judicial interpretation are found in the rulings of the constitutional courts that resorts to decide on the interpretation of a text that the courts have differed in its interpretation. Hence, extrapolating those provisions and observing the extent to which the rules of jurisprudence are activated and the extent to which the court applies these rules to similar facts is what this paper seeks.

Keywords: Legal Interpretation – Usul al-Fiqh in Legal interpretation – Legal Interpretation Methodologies – Textual Interpretation & Intentional Interpretation

مقدمة الدراسة:

يشغل تفسير النص تفكير الكثير من الفلاسفة وعلماء الشريعة والقانون والأديان، ويكاد يعرف ويتفق الكل على أن منهجية التفسير هي التي تضبط فهم النص وتنزيله وتطبيقه على أرض الواقع، فبخلو الساحة من هذه المنهجية يستطيع قراء النص الواحد أن يصلوا لعدة نتائج متباينة بالرغم من صدورهم عن نص ومنبع واحد.

وإذا كان الموضوع يتصل بالعمل القانوني الذي ينبني عليه الحكم القضائي وتحديد الحقوق بين الناس، فإن الموضوع يعتبر في غاية الأهمية؛ حيث إن إعمال النص ومفهومه ومقصده من أهم أعمال رجال العدالة. وخلاف ذلك، من عدم وجود منهجية للتفسير، يعتبر إرباكاً للمجتمع في تعدد مخرجات أحكام القضايا بالرغم من أن القانون الحاكم على وقائع القضايا المتشابهة واحد.

وتختلف المحاكم في الدول في طريقة تفسيرها حسب الإطار المتعارف عليه والمنهجية السائدة في المحاكم للتفسير، بين الاتجاه الملتزم بالنص والاتجاه المقاصدي الذي يخرج عن حرفية النص.

أهمية الدراسة:

تفسير النصوص يعتبر من الأمور المهمة والواجبة لاسيما في الإطار القانوني الذي يسعى للعدالة والذي يتعاطى مع النص القانوني عند إصدار أحكامه. والأدوات الموضوعة للتفسير وتحليل النص في غاية الأهمية، فقد تكون وسيلة دعم وبناء لقيمة العدالة وقد تكون بالعكس من ذلك، فتكون وسيلة لهدم قيمة النص والخروج بنتائج عكسية قد لا يريدها النص.

وتظهر هذه الإشكالية مع الاتجاه المقاصدي (الذي يفترض مقصد المشرع أو الذي يبحث عن نيته من خلال التاريخ التشريعي والأعمال التحضيرية) إذا ظهر وزاحم الاتجاه النصي دون وجود قواعد وإطار ينظمها من التعدي على النص وتعطيله.

كما أن التزام المنهج النصي قد يوحي بالانضباط والحياد، إلا أنه قد يكون أيضاً هادماً لقيمة النص إذا طبق حرفياً وكان تطبيقه يؤدي إلى نتائج غريبة وشاذة وظالمة، بحجة عدم تعدي المحاكم لسلطتها القضائية والدخول في السلطة التشريعية.

وتكمن أهمية البحث في أن كلا الاتجاهين مشكل، ويحتاج إلى موازنة بين المنهجين لمعرفة أي الاتجاهين أليق عند معالجة قضية بعينها. وعدم وجود آلية ملزمة واتجاه مفروض على المحاكم في طريقة التفسير.

كما أن المدونة الأصولية والقواعد الفقهية غنية بالأدوات والآليات التي تدعم الاتجاهين (التفسير النصي والمقاصدي) فهل قامت المحاكم العربية بتفعيلها واستخدامها، وهل المحاكم مطَّردة في استخدامها؟ هذا ما ستحاول هذه الورقة استكشافه وتوضيحه.

أهداف الدراسة:

1- وصف الاتجاهات السائدة في التفسير القانوني عند القضاء العربي.
2- الموازنة بين الاتجاهات وتوضيح الاتجاه الأضبط والأليق بالعملية القضائية.
3- محورية القواعد الأصولية في التفسير القانوني في واقع القضاء العربي.
4- مدى تفعيل المحاكم العربية للقواعد الأصولية في أحكامها ومدى اطِّرادها في ذلك.
5- محاولة إيجاد منهج مناسب للتفسير من خلال تفعيل قواعد أصول الفقه.

أسئلة الدراسة:

1- ما هو الاتجاه التفسيري السائد في المحاكم العربية من خلال أحكام التفسير الدستورية؟

2- ما هو الاتجاه الأنسب والأكثر قرباً للعدالة والمواكب لمتطلبات العصر؟
3- هل هناك قوانين خاصة بآلية ومنهجية التفسير في الدول العربية؟
4- ما مدى تفعيل المحاكم لقواعد أصول الفقه في أحكام التفسير الدستورية؟
5- هل المحاكم العربية التي تستخدم قواعد أصول الفقه تتبع مذهباً فقهياً محدداً؟

الدراسات السابقة:

قام بالكتابة حول مناهج التفسير القانوني الكثير من القانونيين في الشرق والغرب، ولكن من حاول تتبع المناهج القانونية في التفسير ومقارنتها بقواعد أصول الفقه وتطبيقها قانونياً من خلال أحكام المحاكم الدستورية التي يتجلى فيها المنهجية التفسيرية؛ قليل.

ولعل أبرز ما نستطيع اعتباره من الدراسات السابقة حول الموضوع:

1. الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان، حيث تناول الكتاب مباحث أصول الفقه وضرب أمثلة فقهية وقانونية على أغلب القواعد المذكورة. لكنه كما يظهر كتابٌ أصولي لا يسعى لتتبع أحكام المحاكم ولا إبراز المناهج التفسيرية في القانون.
2. تفسير النصوص في القانون المدني والشريعة الإسلامية، لمحمد صبري السعدي، تناول الكتاب تفسيرات المحاكم مقارنة بالشريعة وطريقة تفسير الفقهاء وأظهر بعض القواعد الأصولية ولكنه مقصور على القانون المدني فقط ولم يتتبع الأحكام القضائية في غير القانون المدني.
3. تفسير النصوص في القضاء الدستوري "دراسة في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية"، المجلة القانونية، للمستشار جابر محمد حجي، وهو بحث علمي محكم تناول مناهج التفسير في القضاء المصري من خلال أحكام المحكمة الدستورية المصرية ولكنه لم يتناول جوانب القواعد الأصولية المبثوثة في أحكام التفسير.
4. الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، لعوض المر، كذلك قام هذا الكاتب بتتبع المناهج التفسيرية في القضاء ولكنه لم يتطرق للقواعد الأصولية من خلال أحكام المحاكم.
5. قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني – دراسة أصولية مقارنة – أطروحة لنيل درجة الدكتوراه للباحث عبدالمهدي العجلوني، وهي من أوسع ما كتب حول المناهج التفسيرية في القانون وأحكام محكمة التمييز الأردنية وما ذكر فيها من قواعد أصولية. ولكن بحكم أن البحث أصولي مقارن فهو يبحث ويتتبع القواعد الأصولية المذكورة في الأحكام كشواهد ويناقشها من جوانب علم أصول الفقه ويقارنها بين المذاهب والأقوال الأصولية، ولا يتتبع منهج المحكمة نفسها في قواعد أصول الفقه كاملة ويحاول رسم منهج للمحكمة في استعمالها لقواعد أصول الفقه.

إجراءات وأدوات الدراسة:

تعتمد الدراسة على المنهج البحثي الوصفي من خلال تتبع واستقراء أنظمة الدول العربية الخاصة بتفسير القوانين وكذلك استقراء أحكام المحاكم الدستورية لدولتي مصر والأردن. كما تم استخدام المنهج التحليلي والنقدي لتحليل ما تم الوقوف عليه ورصده من خلال تتبع واستقراء القوانين والأحكام في الدول العربية وتتبع القواعد الأصولية المستند عليها في الأحكام وتأصيلها من مواطنها الأصولية وتحليل توجه المحكمة في ذلك.

النتائج:

أولا: إن المنهج الذي سارت عليه التجارب العربية السابقة هو الجمع بين منهج مدرسة التزام النص، من حيث الأصل، مع المنهج المقاصدي والاجتهادي في التعليل والبحث عن مقاصد المشرع وغاياته عند وضع هذا النص، وهو منهج

مستمد من المنهج الأصولي الإسلامي وغيره من مناهج التفسير القانوني؛ مثل مدرسة الشرح على المتون، والبحث العلمي الحر، والتاريخية والاجتماعية والديناميكية.[1]

ثانياً: أهم طرق التفسير والقواعد الأصولية التي تكررت في أحكام المحكمة الدستورية العليا:

1- مقاصد المشرع وأهدافه وغاياته.
2- تفسير اللفظ لغوياً واصطلاحياً من اللغة العربية أو من المعنى القانوني.
3- القياس وعدم القياس على المستثنيات.
4- العام والخاص والمطلق والمقيد.
5- مفهوم المخالفة.
6- الاعمال التحضيرية.
7- دلالة السياق واستقراء القوانين ذات العلاقة.
8- قواعد متفرقة، مثل: دلالة الإشارة، مفهوم الشرط والمانع ودوران الحكم وجوداً وعدماً.

ثالثاً: يظهر من هذه التجارب أنها لم تنص صراحة على اسم القاعدة التفسيرية كما هي في علم أصول الفقه في أكثر أحكامها، مثل عدم تسميتهم العام والخاص والمطلق والمقيد ومفهوم المخالفة، وكذلك لم تلتزم بمذهب فقهي معين عند الإحالة على قواعد أصول الفقه، أو القواعد الفقهية، ولم نقف على ما يدل على التزام مذهب بعينه.

رابعاً: نظرا لعدم اكتمال التجارب العربية ونضوجها في تفعيل القواعد الأصولية في الميدان القضائي، فإن الملاحظ عدم مراعاة مدلولات المصطلحات الأصولية عند الاستدلال بها في الأحكام التي وقفنا عليها، فيُلحظ التداخل في الأحكام بين مفهومي العموم والإطلاق، وكذلك بين كل من السبب والشرط والركن، وإطلاق الاستثناء والمراد التخصيص بدليل خارجي، والاستثناء نوع من التخصيص فقط، وهو واجب الاتصال في اللغة والاصطلاح، بينما كان المراد التخصيص بنصوص قانونية خارجية أخرى، وغير ذلك، مما يوحي بعدم التدقيق في المصطلح الأصولي أو انتهاج مذهب أصولي محدد.

والظاهر أن ذلك لم يكن راجعا لخلاف اصطلاحي معهود بل لعدم مراعاة هذه الاصطلاحات، ولا مشاحة في الاصطلاح متى ظهر المقصود، ولكن الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم العليا الدستورية تتسم بالإلزام في أحكامها وفي منهجية الوصول للحكم في المحاكم الأدنى، مما يحتم مراعاة الدقة في المصطلحات حتى يستقر لقضاء على منهجية ثابتة في التفسير.

خامساً: من أوجه الحاجة للمشروع إضافة لما سبق، أنه قد يقع نوع تضارب في تطبيق بعض القواعد الأصولية بحسب اجتهاد اللجان عند التفسير، فقد صرحت المحكمة الدستورية العليا المصرية في الكثير من أحكامها التي مرت بنا أن " **المقرر في القواعد الأصولية في تفسير النصوص أن الاستثناء لا يجوز التوسع في تطبيقه أو القياس عليه"،** لكن نجدها في حكم آخر تنص على الآتي: **"استثنى المشرع من الإحالة إلى محكمة القيم طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة السادسة من القانون المشار إليه، الدعاوى التي قفل فيها باب المرافعة، فإن هذا الاستثناء ينسحب من باب أولى إلى الدعاوى التي تم الفصل فيها بحكم نهائي".**[2] وهنا قياس أولوي على مستثنى، وهو يؤكد عدم دقة إطلاق المنع من القياس على المستثنيات خاصة في مجال تفسير النصوص القانونية التي يمكن الكشف عن عللها ومقاصدها، التي

[1] المستشار جابر محمد حجي، تفسير النصوص في القضاء الدستوري "دراسة في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية"، المجلة القانونية، العدد 3، 2015، ص 159-161.

[2] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 2 لسنة 5 تفسير جلسة 2-4-1988.

يمكن تلمس غايتها من خلال السياسات العامة التي وضعها البرلمان للقانون الخاضع للتفسير وفي الأعمال التحضيرية وغيرها، عند أرباب المنهج المقاصدي.

سادساً: يظهر عدم تفعيل القواعد الأصولية بشكل كبير في تفسير القوانين لدى المحاكم في الأردن وحتى في مصر، وإن كانت الأخيرة ظهرت القواعد الأصولية فيها أكثر نسبياً من الأولى. إلا أنها لم تذكرها نصاً بالنص على المصطلحات المستخدمة عند علماء أصول الفقه ولا تلتزم بمدلول العبارات والقواعد، ولا تلتزم مذهباً أصولياً معيناً تطّرد فيه، بل إنها تخرج عن المدرسة النصية كلها وفي كل حكم لها منهجاً تنتهجه كما رأينا.

مناقشة وتفسير النتائج:

تمهيد:

إن أهم عمل يقوم به القضاة هو معالجة النص القانوني سواء كان تشريعاً أو دستوراً وتفسيره وممارسة حق السلطة القضائية في ذلك دون تجاوز لهذا الحق.

فنجد أن القاضي يحتاج إلى التوفيق بين نصين متعارضين، أو تفسير كلمة مبهمة أو عامة وغيرها من الأحوال التي تحتاج إلى تحليل واجتهاد؛ وفي هذه الأحوال يكون بحاجة لإعمال قواعد في الاستدلال والتفسير للوصول إلى نتيجة تتوافق مع أهداف القانون وتجمع بين نصوصه من خلال تفسير عموم أو تقيد مطلق.

وقواعد أصول الفقه وإن كانت في أصل وضعها كعلم قائم مستقل إنما وجد من أجل ضبط اجتهاد الفقيه في النصوص الشرعية من التراث الإسلامي من الكتاب والسنة، إلا أنها قواعد مستمدة من نصوص عربية وقواعد عقلية، لذا؛ فما الذي يمنع أن تكون صالحة لمعالجة سائر النصوص العربية بما في ذلك النصوص القانونية إذا تمت مراعاة الشروط المعتبرة في تفسير النصوص القانونية مع حسن استخدام وتفعيل لهذه القواعد.

وقد أشارت لهذا المعنى تجارب قانونية عربية، فمن ذلك ما ورد في المادة (3) من القانون المدني الأردني: "**يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي**" وجاء مثل هذا النص في المادة (2) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

التجارب القانونية العربية:

لم يظهر في التجارب القانونية العربية تجربة مكتملة في تفسير النص القانوني، وإنما وجدت إشارات لذلك تدل على وجود الحاجة لمثل هذه المشاريع، وقد سبقت الإشارة في مدخل هذه الورقة إلى أن قانون المعاملات المدنية الأردني وكذلك قانون المعاملات المدنية الإماراتي ورد فيهما النص على أنه يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي.

وبعد البحث في التجارب العربية، وجدنا أن أبرز ثلاثة تشريعات عربية في هذا الشأن هي:

القانون السوداني:

من التجارب العربية في التفسير القانوني التجربة السودانية، حيث يحاكي القانون السوداني طريقة القانون البريطاني في التفسير، فقد صدر في عام 1974م قانون تفسير القوانين والنصوص العامة. وتضمن هذا القانون عدة أمور منها:

- تعريف المصطلحات الواردة في القوانين السودانية.
- قواعد محدودة في التفسير وردت في مادة واحدة فقط وهي المادة (6) ونصها: "**تفسر نصوص أي قانون بما يحقق الغرض الذي شرع من أجله ويفضل في جميع الحالات التفسير الذي يحقق هذا الغرض على سواه. إذا تعارض أي نص في أي قانون مع أي حكم من أحكام الدستور تسود أحكام الدستور بالقدر الذي يزيل ذلك التعارض. تسود**

أحكام القانون اللاحق على القانون السابق بالقدر الذي يزيل التعارض بينهما. يعتبر أي قانون خاص أو أي حكم خاص بأي مسألة في أي قانون استثناء من أي قانون عام أو نصوص عامة في أي قانون يحكم تلك المسألة".[3]

- أحكام عامة بشأن التشريعات والسلطات الممنوحة في التشريعات مثل سطات التعيين والعزل والتفويض وغيرها.

كما صدر في السودان عام 1983م قانون أصول الأحكام القضائية، وقد جاء في مادته (2) ما يلي: **"في تفسير النصوص التشريعية، ما لم يكن النص مفسراً أو قطعي الدلالة: (أ) يستصحب القاضي، أن المشرع لا يقصد مخالفة الشريعة الإسلامية تعطيلاً لواجب قطعي أو إباحة لمحرم بيّن وأنه يراعي توجيهات الشريعة في الندب والكراهية. (ب) يفسر القاضي المجملات والعبارات التقديرية بما يوافق أحكام الشريعة ومبادئها وروحها العامة. (ج) يفسر القاضي المصطلحات والألفاظ الفقهية على ضوء القواعد الأصولية واللغوية في الفقه الإسلامي".**[4]

القانون الأردني:

نص القانون المدني الأردني في المادة الثالثة: **"يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته الى قواعد أصول الفقه الإسلامي".**[5]

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني بخصوص مادته الثالثة نفسها التأكيد على أهمية أصول الفقه في القضاء وكيف أنه لم تحفل به القوانين العربية ولم تنص عليه كأحد أدوات الاستنباط التي فيها من القواعد الكثيرة التي تفوق علم الأصول أو مناهج التفسير القانونية. فقد ذكرت المذكرة بخصوص المادة الثالثة أنه: **"رؤي وضع هذه المادة لتثبيت ما يتميز به هذا المشروع من ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله خصوصاً أن أصول الفقه الإسلامي هي عبارة عن مبادئ التفسير وقواعده حسب ما ارتضاه أئمة ذلك العلم، وقواعد اللغة العربية، وأن هذا المشروع بيّن المرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته على الأحكام، فأحال على علم أصول الفقه، أخذا بيد القضاة، وجمعا لهم على مرجع واحد..... وقد سد المشروع بذلك نقصاً موجوداً في التقنينات العربية الحالية إذ لم يورد أيها نصاً في ذلك تاركاً الأمر للسليقة أو لما يرد في كتب أصول القانون من قواعد قليلة تتضاءل بل تتلاشى أمام مفخرة العقل الإسلامي؛ وهو علم أصول الفقه بما يحوي من قواعد وضوابط، وكان لهذا الإهمال أثره في بعد القضاة عن علم الأصول ففقدوا بذلك معيناً لا ينضب في استنباط الأحكام على أسس ثابتة تسدد خطاهم وتقرب بين منحاهم وتصل بهم سواء السبيل".**[6]

ويظهر أن المدرسة التي أخذ بها القانون الأردني في التفسير -من حيث الأصل- هي مدرسة التزام النص، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون المدني الأردني على أنه: "تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص".[7]

---

[3] قانون تفسير القوانين والنصوص العامة، 1974، مجموعة القوانين السودانية، ج 2، ص 380.

وقامت بمحاكاتها بعض الدول العربية الأخرى في قوانين مشابهة مثل قانون التفسير الليبي والعماني وبعض إمارات دولة الإمارات العربية المتحدة مثل إمارة أبوظبي ورأس الخيمة.

[4] قانون أصول الأحكام القضائية، 1983، مجموعة القوانين السودانية، ج 2، ص 309.

[5] القانون المدني الأردني رقم ٤٣ سنة ١٩٧٦، (١٩٩٢)، منشورات نقابة المحامين، عمان، إعداد: المكتب الفني بإدارة المحامي إبراهيم أبو رحمة.

[6] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج 1، ص 35-37.

[7] القانون المدني الأردني رقم ٤٣ سنة ١٩٧٦.

لكن المشرع الأردني لم يقتصر على هذه المدرسة في التفسير، ولكنه جعلها الأولى من غيرها في ترتيب منهجية التفسير، ثم أحال إلى مصادر أخرى، فقد أحال على مبادئ الشريعة الإسلامية، وكذلك أحال إلى الفقه الإسلامي (دون أن يقيد ذلك بمذهب فقهي محدد) والعرف وأخيراً بمبادئ العدالة.[8]

وكذلك فلا يعني هذا أن القانون الأردني إنما يعتمد منطوق النص، بل إنه قد حدد طريق التفسير عند عدم النص، حيث إن المادة الثالثة من القانون المذكور قد نصت على اعتماد قواعد أصول الفقه –كما تقدم-، والقانون الأردني بهذا النص يفتح المجال لجميع أوجه قواعد تفسير النص الأصولية، ويشهد لذلك اعتماد كثير من أحكام محكمة التمييز الأردنية طريق الاجتهاد بالقياس على النصوص، أو الأخذ بمقاصد المشرع عند وضعه للنص، وفي ذلك خروج ومخالفة لحدود مدرسة التزام النص.[9]

وعلى الرغم من هذا، فلم يعط المشرع الأردني -كغيره من التشريعات العربية- لتفسير النصوص الاهتمام الكافي، ولم يضع قانونا يعنى بتفسيرها أو دليلا مرشداً يكشف عن هذه القواعد ويحددها، ولكنه استعمل عددا من القواعد في التفسير، فقد ورد في بعض مواد القانون المدني، وكذلك في قرارات محكمة التمييز الأردنية؛ الاستناد إلى عدد من قواعد تفسير النصوص، ومن هذه القواعد:

1. قواعد دلالات الألفاظ في استنباط الأحكام وتفسيرها، ومنها:

- مفهوم المخالفة؛ وهو كما عرفه الآمدي: **" ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفاً لمدلوله في محل النطق"**، ومثاله ما ورد في أحد أحكام محكمة التمييز: **"إن قواعد تفسير القانون تمنع القياس حينما يكون الحكم الوارد في النص حكما استثنائيا خرج فيه الشارع على القواعد العامة. إن مفهوم المخالفة هو ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم ..."**.[10]
- العموم والخصوص، واللفظ العام هو : اللفظ الذي يستغرق جميع ما يصلح له بوضع واحد دفعة واحد من غير حصر أو هو اللفظ الواحد الدال على مسميين فصاعدا مطلقا معا، وأما الخاص فهو: كل عام قصر العام على بعض أفراده في الحكم، أي أن الأفراد الخارجة عن العام لم تكن مرادة للشارع عند إطلاق اللفظ العام.[11]

ومن ذلك ما ورد في أحد قرارات محكمة التمييز: " يعتبر هذا السائق من عمال النقل البري المنصوص عليهم في المادة الخامسة من قانون العمل التي وردت بصورة مطلقة، فتشمل أحكامها النقل الداخلي والخارجي معا ما دام أنها لم تخصص بالنقل الخارجي".[12]

-الإطلاق والتقييد، والمطلق كما عرفه الأصوليون: هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه.[13]

وهذا النوع بالإضافة للعموم والخصوص، من أكثر الأنواع استعمالا في القضاء الأردني بحسب اطلاعي، وقد نص القانون المدني الأردني في المادة 218 منه على أن: **"المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة"**.[14]

---

[8] القانون المدني الأردني رقم ٤٣ سنة ١٩٧٦، حيث أشارت الفقرة الثانية من المادة الثانية أن للمحكمة الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنص القانون، فإن لم توجد فبمبادئ الشريعة الإسلامية، ونصت الفقرة الثالثة من نفس المادة فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى العدالة. كذلك نص قانون الأحوال الشخصية الأردني الرجوع إلى مذهب أبي حنيفة عند عدم النص على الحكم في القانون.

[9] سنذكر أمثلة على ذلك في الفقرة التالية.

[10] تمييز حقوق، 75/328، 1976، ع 3، ج 4، ص 916. انظر: أبو الحسن الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 69 وما بعدها.

[11] الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج 2 ص 196، 281 وما بعدها.

[12] تمييز حقوق، 86/494، 1988، ع 1 ، ج 6، ص 2014. وهذا ما ذكره الأصوليون أن العام لابد من دليل يخصصه يسمى المخَصِّص. المرجع السابق.

[13] الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3، ص 3.

[14] القانون المدني الأردني رقم ٤٣ سنة ١٩٧٦. المرجع السابق.

ومن أمثلته في التفسير ما ورد في أحد أحكام محكمة التمييز: "**إن المادة 1/4/ب من قانون المالكين والمستأجرين قد خولت المؤجر طلب تخلية المأجور إذا أضر به المستأجر بصورة مطلقة، ومعلوم بأن المطلق يجري على إطلاقه...**"[15]

2. قواعد في التعارض ودفعه، ومنها:

- أن الخاص مقدم على العام عند التعارض، ومن أمثلته ما ورد في أحد أحكام محكمة التمييز: " **إن القانون المدني عام، وقانون المالكين والمستأجرين خاص، ويعمل بقانون المالكين والمستأجرين باعتباره قانونا خاصا في حدود التعارض بين القانونين**".[16]

3. القواعد الفقهية، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني (ج1/ص36) الإحالة في استنباط الأحكام وتفسير النصوص إلى القواعد الفقهية كقاعدة (الخراج بالضمان).

ومعنى القاعدة كما عرفها الزحيلي في القاعدة(79)[17] :

الخراج: هو الغلة التي تحصل من الشيء إذا كانت منفصلة عنه، وغير متولدة منه، كسكنى الدار، وأجرة الدابة، ومنافع الشيء. والضمان :هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير، و"الخراج بالضمان " أي

بمقابلة دخوله في ضمان من سلم له خراجه، هما لم يدخل في ضمانه لم يسلم له خراجه، وقد نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ربح ما لم يضمن.

4. مقاصد المشرع: ومن ذلك ما جاء في أحد قرارات محكمة التمييز "**إن تقرير المحكمة بقاء المستأجر بالمأجور لسبب واحد هو أن الوحدة التي خصصت له من قبل مؤسسة الإسكان لم تسجل باسمه، فيه خروج على الغاية التي أرادها المشرع من قانون المالكين والمستأجرين**..".[18]

وجاء في أحد القرارات: "**أن قصد المشرع من قانون المالكين والمستأجرين هو حل أزمة السكن**...".[19] فقد كانت المحكمة في حكمها تتلمس غاية المشرع من التشريع من وجود حلول لأزمة السكن وعدم إخراج المستأجِر من العقار

المستأجَر في حال عدم وجود عقار آخر، فالمحكمة بذلك تتلمس الغاية والقصد من وراء التشريع حتى لا تجمد أمام النص الذي لا يخدم الحالة المعروضة على القضاء.

كما نصت في حكمها على قصد المشرع وذكرت أن: "**العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ولا يجوز التقيُّد بحرفية النص بل لابد من مراعاة القصد الذي هدف إليه المشرع**".[20] وهذه قاعدة اشتهرت عند الأصوليين أن العبرة للمقاصد والمعاني، ويقصد بها: أن العقد مثلاً، ليست العبرة بصيغته العقد بقدر ماهي للمعنى المراد من العقد، فمثلاً لو كان العقد بصيغته عقد هبة ولكن اشترط فيه مقابلاً مالياً؛ أصبح بيعاً وأخذ أحكام البيع.[21]

ويمكن تلمس قصد المشرع من خلال عوامل متعددة كالأعمال التحضيرية، وقد ورد الاعتماد عليها في مواضع كثيرة من قرارات محكمة التمييز الأردنية.[22]

---

[15] تمييز حقوق 81/585، 1982، ع1، ج5، ص 664.

[16] تمييز حقوق 86/596، 1989، ع 1، ج 6، ص 241. ويفرق بينه وبين النسخ، أن العموم الوارد في القانون المدني لم يراد منه الخصوص المقصود في قانون المالكين والمستأجرين فلذلك يقدم الحكم الوارد في القانون الأخير.

[17] محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج 1، ص 172.

[18] تمييز حقوق 330/74 ، مجلة نقابة المحامين ، 1975م، ع 1، ج 3، ص 925.

[19] تمييز حقوق 189/75، مجلة نقابة المحامين ، 1976م، ع 1، ج 4، ص 236.

[20] المرجع نفسه.

[21] الزحيلي، القواعد الفقهية، القاعدة 66، ج 1، ص 103.

[22] السعدي، محمد صبري، تفسير النصوص في القانون المدني والشريعة الإسلامية، ص 197-198، ط 1 ، القاهرة دار النهضة العربية، 1979م.

القانون المصري:

إن نظرة القضاء المصري للنصوص الدستورية ودلالاتها غير مقتصرة على الدلالة اللفظية للنص فحسب، فبحسب استقراء قرارات المحكمة العليا المصرية في تفسير النصوص، وهي صاحبة السيادة في مراجعة دستورية القانون وتفسيره بقرارات ملزمة لكافة المحاكم وغيرها من الجهات، فإن الظاهر التزامهم بالنص قدر الإمكان. ومع ذلك فلم تعتبر النص الوسيلة الوحيدة المعبرة عن الإرادة، بل استعملت القياس والتعليل والاستدلال بمقاصد المشرع في عدة مواضع، بل راحت أبعد من ذلك، واختارت في أحد أحكامها منهج التفسير الديناميكي أو المقاصدي الذي يُنشئ قصداً جديداً قد يخالف منطوق النص. فقد نصت في أحد أحكامها أنها تعتبر الدستور وثيقة حية يجب النظر إليه حسب تغيرات المجتمع **" الدستور بالحقوق التي يقررها والقيود التي يفرضها وأياً كان مداها أو نطاقها لا يعمل في فراغ، ولا ينتظم مجرد قواعد آمرة لا تبديل فيها إلا من خلال تعديلها وفقاً للأوضاع التي ينص عليها، إذ هو وثيقة تقدمية نابضة بالحياة، تعمل من أجل تطوير مظاهرها في بيئة بذاتها متخذة من الخضوع للقانون إطاراً لها.."**.[23]

ويهمنا في بحثنا هذا هو استقراء أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية في أحكامها التفسيرية، حيث أصدرت المحكمة الدستورية العليا حتى عام 2020 م أربعة وثلاثين قراراً بالتفسير، قبلت منها ستة عشر طلباً بالتفسير وأصدرت فيها قرارات بالتفسير ملزمة، وقررت عدم قبول ستة عشر طلباً آخر لعدم استيفائهم الشروط المتطلبة في طلب التفسير، وتم التنازل عن طلبي تفسير من وزير العدل.

ونرغب من خلال استقرائنا لتفسيرات المحكمة الوقوف على قواعد أصول الفقه التي استعملتها المحكمة في طريقة تفسيرها، وإن كانت المحكمة تنتهج عدة مناهج في التفسير، إلا أنها تلتزم بالنص أولاً إذا كان ظاهراً واضح الدلالة، فقد ذكرت المحكمة في أحد أحكامها: **"من المستقر عليه في أصول التفسير أنه إذا كانت عبارة النص واضحة الدلالة فلا يجوز تأويلها بما يُخرجها عن معناها المقصود منها، أو الانحراف عنها بدعوى تفسيرها، كما أنها إذا جاءت عامة فإنها تجري على إطلاقها، مالم يوجد ما يقيدها أو يُخصص حكمها"**.[24]

ومعلوم أن قواعد اللغة وأصول الفقه هما ركائز التفسير النصي، إذ من خلال اللغة يفهم معنى الكلمة ودلالتها، ومن خلال أصول الفقه يزال التعارض بين النصوص باستخدام قواعده الكثيرة مثل المطلق والمقيد والعام والخاص والناسخ والمنسوخ وغيرها من القواعد الكثيرة.

ولم نقف على ما يدل على اعتماد المحكمة المصرية العليا مذهبا معينا في القواعد الأصولية، بل إن التصريح باستنادهم للقواعد الأصولية كان قليلا في إشارات معدودة، وكذلك في أحكام عامة شبه متفق عليها عند الأصوليين، سوى ما يتعلق بإطلاقهم منع القياس على المستثنيات، ولعله راجع إلى اعتمادهم منهج مدرسة التزام النص من حيث الأصل، كما هو الحال في القضاء الأردني.

وعلى الرغم من أن المشرع المصري لم يضع قانونا لتفسير النصوص أو دليلا استرشاديا يضبط قواعده، إلا أن أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية في تفسيرها للنصوص؛ قد استندت لعدة قواعد في التفسير، ومنها:

---

[23] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 22 لسنة 8 ق جلسة 4-1-1992. وقد واجه هذا المنهج الكثير من النقد بين فقهاء القانون، لا سيما من قبل النصيين، الذين انتقدوه بأن هذا المنهج غير منضبط في طريقة تفسيره إذ يفتح المجال لأي تفسير وتغيير حسب قناعات قضاة المحكمة، وبذلك تصبح الوثيقة الدستورية أو القانونية بألفاظها ودلالاتها عديمة المعنى. فالدستور في الغالب يحوي قيم المجتمع الثابتة الغير متغيرة وإن كان ثمة حاجة للتغيير فإن مجال التعديلات الدستورية هو الطريق الصحيح لتعديل الدستور، لا عن طريق نظرة قضاة المحكمة، فتفسيرهم بهذه الطريقة مجاوزة واقتحام للسلطة التشريعية في صلاحياتها وتعدي على حق المجتمع. انظر على سبيل المثال: د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية، ص 2، 5، 71-82 ، ط 1، 2002.

وانظر كذلك: Scalia, Antonin. "A matter of interpretation." *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press, 2018, at 47.

[24] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 1 لسنة 26 تفسير جلسة 7-2-2004.

1. قواعد دلالات الألفاظ في استنباط الأحكام وتفسيرها، ومنها:

- العموم والخصوص، وهي من أوسع القواعد استعمالا، ومن ذلك ما ورد في أحد الأحكام:
" ظاهر من هذا النص أنه ورد في خصوص توالى الدرجات عاماً مطلقاً دون تقييد أو تخصيص"، ومثاله أيضا ما جاء في التسبيب لأحد القرارات: " لما هو مسلم به من أن العام لا يجوز أن يخصص بغير مخصص".[25]
-ذكرت في أحد أحكامها: **" النص العام لا يُخصص إلا بدليل، ولا يُقيد المطلق إلا بقرينة، فإذا ما انتفى ذلك الدليل وتلك القرينة؛ فإنه لا يجوز إسباغ معنى آخر على النص التشريعي، وإلا كان تأويلاً له غير مقبول".**[26]
-مفهوم المخالفة: على اختلاف أنواعه التي وصلت إلى عشرة وعلى اختلاف درجات قوة حجيته، والملاحظ أن أكثر ما اعتمدت عليه قرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية، هو مفهوم الشرط، بحيث إذا انتفى الشرط انتفى الحكم عنه وعن ما يشبهه.[27]
لكن لم نقف على تصريح في تلك الأحكام باستعمال مفهوم المخالفة بهذا المصطلح، رغم تطبيقهم له في عدة أحكام، ومن ذلك ما ورد في أحد الأحكام: **"من حيث إنه يشترط للإفادة من هذا الرسم المخفض أن يصدر العقد من جمعية تعاونية لبناء المساكن إلى أحد أعضائها ... فإذا انتفى هذا الشرط بأن صدر البيع من أحد أعضاء الجمعية إلى عضو آخر بها فإنه لا يفيد من الرسم المخفض المشار إليه بل يسرى عليه الرسم الأصلي".**[28]

2. مقاصد المشرع، وهي من أكثر الطرق التي اعتمدت عليها المحكمة الدستورية العليا في التفسير، على الرغم من أنها في كثير من الأحيان لم تنص على ذلك، أو عبرت عنها بعبارات مختلفة مثل: الغاية، والهدف وغيرها. وسواء كانت المقاصد كلية، أو مقاصد خاصة، ومن ذلك ما ورد في إحدى أحكامها: **" الأمر الذي يدل بوضوح – إزاء تكرار النص على هذه الميزة في المعاملة التقاعدية لشاغلي المناصب القضائية الكبرى – على قصد الشارع اعتبارها جزءاً من الكيان الوظيفي لرجال القضاء..."**.[29]

ويمكن تلمس إرادة المشرع من خلال عوامل متعددة كالأعمال التحضيرية، وقد ورد الاعتماد عليها في مواضع كثيرة من قرارات المحكمة العليا المصرية.[30]

3. القياس بأنواعه، وكذلك ما يتعلق به من مسائل.

وهذه الطريقة كثر استعمالها في قرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية، ولكن لم يصرحوا بها إلا في مرات قليلة، ومن ذلك ما ورد في إحدى الأحكام: **" كفل الشارع بالفقرة الثالثة من البند تاسعا من الجدول الملحق بقانون السلطة القضائية للمستشار بمحكمة النقض كافة المزايا التي يحصل عليها من يكون أحدث منه من المستشارين بمحكمة الاستئناف وذلك قياسا على حالة تعيين المستشار بمحكمة الاستئناف رئيسا أو نائبا لرئيس هذه المحكمة.."**[31]

ومن المسائل المتعلقة بالقياس والتي تعدد استعمالهم لها: أن المستثنيات لا يقاس عليها، ومن أمثلة ذلك ما ورد في أحد الأحكام: **" لئن خرج الشارع في القانون المشار إليه على هذا الأصل العام بنص صريح ... فإنما فعل ذلك على**

---

[25] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 2 لسنة 5 تفسير جلسة 2-4-1988.

[26] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 1و2 لسنة 33 تفسير جلسة 5-12-2015.
[27] الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 70.
[28] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 2 لسنة 3 تفسير جلسة 2-12-1972.

[29] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 3 لسنة 8 تفسير جلسة 3-3-1990. القضية حول مدى استحقاق أعضاء النيابة ما يستحقه القضاة في سلمهم الوظيفي من بدلات وامتيازات.

[30] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 1 لسنة 15 تفسير جلسة 30-1-1993.
[31] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 2 لسنة 8 تفسير جلسة 2-4-1977.

سبيل الاستثناء من الأصل المتقدم ذكره، ومن المقرر في القواعد الأصولية في تفسير النصوص أن الاستثناء لا يجوز التوسع في تطبيقه أو القياس عليه".[32]

وهذه القاعدة تكررت كثيراً في أحكام المحكمة، وهي ما ذكره الأصوليون في قواعدهم: أن ما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه.[33]

التوصيات والمقترحات:

إن من الأهمية بمكان بعد استعراض التجارب العربية ووضوح ضرورة الالتفات لموضوع التفسير والعناية به وتفعيل ما يمكن تفعيله من القواعد الأصولية وغيرها، محاولة إيجاد حلول عملية أخرى لضبط التفسير وتتبع آلية تفسير المحاكم على اختلاف درجاتها للنص القانوني بشكل دوري ومستمر لضمان التحقق من عدم التباين في الأحكام حول مدلول النص القانوني. ولا يخفى أنه قد تكون أحد أهداف المشرع هو قصد التباين في الأحكام وجعل التقدير خاضعاً للسلطة القضائية، فيكون هذا الحل يتلمس التباين الغير المقصود ويضبطه، ويؤكد التباين المقصود ويثبته.

من أفضل م يعين على ضبط التباين هو إنشاء دائرة في المحكمة العليا تسمى دائرة التفسير، ومكاتب فنية على مستوى كل درجة من درجات التقاضي.

وتتلخص آلية هذا المقترح على النحو الآتي:

أولاً: إنشاء مكاتب فنية على مستوى كل درجة من درجات التقاضي.

تكون هذه المكاتب مهمتها تتبع التطبيق القضائي للنص القانوني؛ لبيان ما إذا كان التطبيق العملي قد أدى إلى تضارب في التفسير من عدمه ويكون تقسيمها كالتالي:

1-مكتب فني للمحكمة العامة.

2-مكتب فني لمحمة الاستئناف.

3-مكتب فني للمحكمة العليا.

ثانياً: تنظيم آلية عمل هذه المكاتب على نحو يحقق التكامل فيما بينها وذلك وفقاً لما يلي:

1- يتولى المكتب الفني بالمحاكم العامة تتبع التطبيق القضائي للنص القانوني لبيان ما إذا كان التطبيق العملي
2- قد أدى لتضارب في التفسير من عدمه.
3- في حالة ما إذا وجد نص تم الاختلاف في تفسيره بين القضاة يقوم المكتب الفني بإعداد تقرير حول النص والخلاف
4- الذي أثاره في التفسير، واتجاهات المحاكم في تفسيره.
5- يقوم المكتب الفني للمحكمة العامة برفع التقرير للمكتب الفني بمحكمة الاستئناف الذي يقوم بدوره بمتابعة تطبيق
6- النص من خلال مراجعة الأحكام القضائية الصادرة من الاستئناف بشأنه؛ للوقوف عما إذا كان الخلاف في التفسير
7- له محل في أحكام الاستئناف من عدمه.
8- وفي كلا الحالتين يقوم بإعداد تقرير يتضمن ما انتهى إليه ويرفقه تقرير المكتب الفني للمحكمة العامة.
9- يرفع التقرير السابق للمكتب الفني للمحكمة العليا الذي يقوم بدراسته وإعداد تقرير برأيه حول النص محل الخلاف.

ثالثاً: إنشاء دائرة في المحكمة العليا تسمى دائرة التفسير.

بحيث تعرض على الدائرة التقارير الخاصة بالنص محل الخلاف في التطبيق، ثم تصدر بشأنها قرارا يتضمن أحد أمرين:

---

[32] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم 14 لسنة 8 تفسير جلسة 3-6-1978.

[33] الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، القاعدة 84، ج 1، ص 502.

1- أن النص ليس محل خلاف في التفسير، وأن التفاوت في التطبيق من باب السلطة التقديرية للقاضي الذي لا يؤثر
2- على تطبيق النص.
3- أن النص محل خلاف في التفسير، وتقرر التفسير السليم للنص والذي يكون ملزماً لكافة المحاكم.

رابعاً: تحديد الإجراءات العملية للصلاحيات الممنوحة للأشخاص الذين لهم الحق في رفع طلب التفسير للمحكمة.

الخاتمة والمراجع:

الخاتمة:

لا شك أن قواعد أصول الفقه من أعظم ما أنتجه علماء الإسلام من علوم الآلة التي تضبط تمحيص ما هو النص المستدل به وآلية الاستدلال من ذلك النص وأحوال المستدل. ولكن يظهر أنها لم تفعل بالشكل المطلوب كما تبين من أحكام المحكمة الأردنية والمحكمة المصرية لأسباب عدة تم التطرق لها، ويظهر أن المجال القانوني والقضائي لا يحفل بقواعد أصول الفقه كما يحفل بها المجال الفقهي الشرعي، ولعل من أهم أسباب ذلك هو أن قواعد أصول الفقه تطبق على النص الإلهي المقدس المتفق عليه الذي يقصد المشرع فيه كل تشريع ينزل علي البشر ولا يتعرض للخطأ أو النقص أو التناقض وغيرها من إشكاليات التشريعات والقوانين. لذلك يجب أن تلتفت وزارات العدل والمحاكم إلى الطرق العملية لحل إشكاليات تفسير القوانين وتتبع التباين بين المحاكم لا سيما المواضع التي يظهر التباين في تفسيرها أثراً جوهرياً مخلاً بقيمة العدالة التي تنشد الاستقرار والمساواة في حالات التماثل.

المراجع:

المراجع العربية:

1- **مجموعة القوانين السودانية. https://moj.gov.sd/sudanlaws/#/reader .**
2- **القانون المدني الأردني رقم ٤٣ سنة ١٩٧٦، (١٩٩٢)، منشورات نقابة المحامين، عمان، إعداد: المكتب الفني بإدارة المحامي إبراهيم أبو رحمة.**
3- **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ط 2، عمان، مطبعة التوفيق، منشورات نقابة المحامين، إعداد: المكتب الفني بإدارة المحامي إبراهيم أبو رحمة.**
4- **شرح أحكام قانون المالكين والمستأجرين في ضوء قضاء محكمة التمييز، علي هادي العبيدي، ط 1، عمان، المركز القومي للنشر.**
5- **موسوعة التشريع الأردني، نقابة المحامين الأردنيين، إعداد المكتب الفني، إدارة المحامي طارق نبيل وعضوية المحامي توفيق سالم ومنير مزاوي.**
6- **الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن الآمدي، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي بيروت.**
7- **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر دمشق، ط 1، ج 1، 2006.**
8- **تفسير النصوص في القانون المدني والشريعة الإسلامية، محمد صبري السعدي، ط 1، القاهرة دار النهضة العربية، 1979م.**
9- **أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، قرارات التفسير التشريعي: https://www.sccourt.gov.eg/SCC/ .**
10- **تفسير النصوص في القضاء الدستوري "دراسة في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية"، المجلة القانونية، المستشار جابر محمد حجي، العدد 3، 2015، ص 159-161.**
11- **الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، عوض المر، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية، ط 1، 2002.**

المراجع الأجنبية:

A matter of interpretation. Antonin Scalia. Princeton University Press, 2018.

بناء الأحكام القضائية القديمة دراسة نظرية تطبيقية

The construction of ancient judicial rulings: an applied theoretical study

د. فهد بن عبد الله بن إبراهيم آل طالب ـ المحكمة العامة في الرياض (سابقا) المملكة العربية السعودية

Email: fata1427@hotmail.com

ملخص البحث باللغة العربية

بناء الأحكام القضائية القديمة معناه: كتابة الدعاوى القضائية القديمة على صيغة الدعاوى الحديثة، بذكر زمان الدعوى ومكانها واسم القاضي والمدعي والمدعى عليه، ثم الدعوى والجواب والمرافعة، ثم أسباب الحكم والحكم، على التراتيب والأوضاع المعروفة حديثا.

ويستمد بناء الأحكام القضائية القديمة أهميته من أهمية الأحكام القضائية القديمة عموما، ومن كونه عاصما من الوهم والخطأ الحاصل بسبب الإجمال في حكاية الواقعة القديمة، ومانعا من التقصير في النظر بتوهم عدم استيفاء الأحكام القضائية القديمة للبينات والحجج والأيمان.

ويقوم بناء الأحكام القضائية القديمة على خمسة أركان: **الأول:** معرفة الأصول القضائية الشرعية، **والثاني:** معرفة المذاهب الفقهية زمن الواقعة، **والثالث:** جمع روايات الحكم القضائي القديم، **والرابع:** استبطان الحكم القضائي القديم، **والخامس:** معرفة أصول صياغة الدعاوى الحديثة.

وختم الباحث بأربعة تطبيقات قضائية على موضوع البحث، مع التعليق على كل واحد منها.

الكلمات المفتاحية: بناء ـ أحكام ـ قضاء ـ قديمة – تطبيقات

Research summary in English

Building the old judicial judgments means: writing the old cases in the form of the current modern cases.

The building of the old judicial judgments derives its importance from the importance of the old judicial judgments in general, and from the fact that it prevents the error that occurs due to the generalization of the old incident, and is useful in understanding and imagination of the old cases.

The building of old judicial judgments is based on five pillars: the first: knowing the legal judicial principles, the second: knowing the Islamic juristic schools at the time of the incident, the third: collecting the old judgment narratives, the fourth: introspection of the old judicial judgment, the fifth: knowing the principles of the modern cases formulation.

The researcher concluded his research with four judicial examples on the subject with comments on each of them.

key words: Building - provisions - judiciary - old - applications

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فقد رغبت المشاركة في مؤتمر مكة المكرمة للدراسات القضائية المنعقد في تاريخ 19-21 من شهر جمادى الأولى لعام 1444هـ بهذا البحث الذي اخترت له عنوانا: (بناء الأحكام القضائية القديمة).

وذلك لما رأيته من أهمية هذا الموضوع للقضاة خصوصا والمحامين والمهتمين، ولما فيه من جدة وابتكار فلم أجد من سبقني إليه، ولما أرجو فيه إن شاء الله أن يكون نواة لأبحاث ودراسات قضائية موسعة تتناول بناء الأحكام القضائية القديمة في مدونات معينة أو لدى قاض معين.

وأقمت هذا البحث على أربعة مباحث:

الأول: تعريف بناء الأحكام القضائية القديمة.

الثاني: أهمية بناء الأحكام القضائية القديمة.

الثالث: أركان بناء الأحكام القضائية القديمة.

الرابع: تطبيقات بناء الأحكام القضائية القديمة.

وأسأل الله تعالى الهدى والسداد.

تعريف بناء الأحكام القضائية القديمة:

عنوان البحث مكون من شطرين: الأول (بناء) والثاني (الأحكام القضائية القديمة)، ولابد من التعريف بشطري العنوان على سَنن ما جرت به الأبحاث، ليستقيم الفهم ويتضح المراد.

فأما الشطر الثاني وهو الأحكام القضائية فهي الأحكام الصادرة من القضاة بالفصل في الخصومات والإلزام بها، وقيدت في عنوان هذا البحث الأحكام القضائية بـ (القديمة)؛ لأن من الأحكام القضائية ما كان بعد وضع الأنظمة وترتيب إجراءات الترافع، على أن حد القديم في العنوان غير منضبط؛ إذ ما من حديث إلا وله قديم، لكن يمكن التقريب والقول بأن المراد بالأحكام القضائية القديمة ما كان قبل القرن الرابع عشر الهجري؛ حيث انتشرت بعد ذلك الطباعة ووضعت الأنظمة الحديثة واستقرت كثير من الأوضاع.

ولم أجعل عنوان البحث (السوابق القضائية) مكان (الأحكام القضائية القديمة)؛ لأن مصطلح السوابق القضائية يراد به معنى خاص، وهو: "ما صدر من الأحكام القضائية على وقائع معينة لم يسبق تقرير حكم كلي لها" (عبد الله بن خنين، توصيف الأقضية 441/1)، والمقصود في بحثنا هذا أوسع من ذلك، فإنه يشمل عموم الأحكام سواء المقررة لأحكام كلية جديدة أو الأحكام المؤكدة.

وأما الشطر الأول من التعريف وهو (البناء) فهو كالعمارة يشمل البناء الحسي والمعنوي، كما قال تعالى: (إنما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر) الآية. والبناء أيضا يشمل الإنشاء والترميم والتجديد كما فعل عثمان رضي الله عنه في بناء مسجد النبي صلى الله عليه وسلم، قال ابن حجر: "ولم يبن عثمان المسجد إنشاء، وإنما وسعه وشيده، فيؤخذ منه إطلاق البناء في حق من جدد، كما يطلق في حق من أنشأ" (فتح الباري 544/1).

وعليه فيكون المقصود بـ (بناء الأحكام القضائية القديمة): كتابة الدعاوى القضائية القديمة على صيغة الدعاوى الحديثة، بذكر زمان الدعوى ومكانها واسم القاضي والمدعي والمدعى عليه، ثم الدعوى والجواب والمرافعة، ثم أسباب الحكم والحكم، على التراتيب والأوضاع المعروفة حديثا.

أهمية بناء الأحكام القضائية القديمة:

حوادث الزمان تتكرر، والماضي أشبه بالآتي من الماء بالماء، كما يقول ابن خلدون (المقدمة ص42)، ومن ثَمَّ كان لزاما على القاضي أن ينظر في أحكام من سبقه من القضاة؛ لأن الغالب فضل السابق على اللاحق، وليستضيء بتلك الأحكام ويستنير في أحكامه، وليرى كيف توصلوا إلى الحكم فيسير كما ساروا، وليحكم بمثل ما حكموا إذا اتحدت الوقائع والحوادث (ينظر: فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ 333/12).

والنظر فيما حكم به السابقون فيه معنى آخر، وهو أن لا يخالف القاضي حكم من سبقه، سواء أكان إجماعا، أو كان عمل أهل البلد، قال عبدالله بن مسعود رضي الله عنه: "فمن عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله، فإن جاءه أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم، فإن جاءه أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم فليقض بما قضى به الصالحون، فإن جاءه أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم ولا قضى به الصالحون، فليجتهد رأيه .."، أخرجه النسائي في سننه (230/8) وقال: "هذا حديث جيد جيد"، وبوب عليه: باب الحكم بما اتفق عليه أهل العلم.

وإذا كانت هذه أهميةَ الأحكام القضائية القديمة، فإن إعادة بنائها ليستفيد منها الباحثون والقضاة والمحامون مهم كذلك، وهو عاصم من الوهم والخطأ الحاصل بسبب الإجمال في حكاية الواقعة، وهو أيضا: مانع من التقصير في النظر بتوهم عدم استيفاء الأحكام القضائية القديمة للبينات والحجج والأيمان، وهو أيضا: دافع إلى الاستفادة المثلى من الأحكام القضائية القديمة، وذلك بتيسير عرضها وترتيب الدعوى فيها، فتكون مطالعتها أشوق، وقراءتها أمتع (ينظر: الخوالدة، الخيال التاريخي ص57).

أركان بناء الأحكام القضائية القديمة:

اجتهدت في هذا المبحث في بيان الأركان التي يقوم عليها بناء الأحكام القضائية القديمة لتحسن صياغتها في شكل الدعاوى الحديثة، وهذه الأركان يمكن الزيادة عليها وتعقبها، كما أنه ينبغي الاستفادة في بناء الأحكام القضائية من الدراسات الحديثة في بناء الواقعة التاريخية (ينظر مثلا: د أسمهان سعيد، الواقعة التاريخية وكيفية بنائها).

الركن الأول: معرفة الأصول القضائية الشرعية، التي يبني عليها القاضي في العادة قضاءه ويسيّر بها الدعوى؛ وذلك أن الظن بقضاة المسلمين السير على الأصول التي قررتها الشريعة، وعدم العدول عنها، فإذا حصل إغفال لذكر هذه الأصول في الأحكام القضائية القديمة فإنما هو باعتبار العلم بها وأنها متقررة لا يلزم ذكرها، كما قال الجويني فيما يشبه ذلك: "ومعظم العمايات في مسائل الفقه من ترك الأولين تفصيل أمور كانت بينة عندهم، ونحن نحرص جهدنا في التفصيل، ولا نبالي بتبرم الناظر" (نهاية المطلب 185/5)، ومن أهم هذه الأصول: (1) لا قضاء إلا بعد سماع حجة الخصمين (2) إنما يقضي القاضي على نحو ما يسمع (3) البينة على المدعي واليمين على من أنكر (4) لا قضاء إلا بوسائل الإثبات الشرعية، ونحو هذه الأصول التي من خلالها يمكن ملء الفجوات الواقعة في نص الحكم القضائي القديم.

الركن الثاني: معرفة المذاهب الفقهية زمن الواقعة، وكذلك معرفة الاختيارات الفقهية لقاضي الدعوى، وهذا وإن كان يمكن إدخاله في الركن الأول إلا أني أفردته لأهميته، فلا يصح مثلا الحكم بالشاهد واليمين من قاض حنفي، ولا الاكتفاء

في التحليف بصيغة (والله) عند قاض مالكي، حتى يكون التحليف بـ (والله الذي لا إله إلا هو)، ولا الحكم بعدم تخيير المحضون بين أبويه عند قاض شافعي، ولا إحضار المرأة غير البرزة مجلس القضاء عند قاض حنبلي، وهكذا في نظائر تلك المسائل.

الركن الثالث: جمع روايات الحكم القضائي القديم حتى تكتمل صورة الواقعة، كما قال علي بن المديني: "الباب إذا لم تجمع طرقه لم يتبين خطؤه" (البغدادي، الجامع لأخلاق الراوي 212/2)، والطريق إلى ذلك مراجعة المدونات الحديثية وكتب الأخبار، وبعد مرحلة الجمع تأتي مرحلة التأليف بين الأخبار ونقدها، وتمييز الصحيح من الضعيف، على أنه قد يتسامح في إسناد بعض الروايات الكاشفة عن بعض المعاني إذا كان أصل القصة ثابتا.

الركن الرابع: استبطان الحكم القضائي القديم، وهو من أهم أركان عملية البناء، وبه يقع التفاوت والتفاضل في إحسان بناء الأحكام القضائية القديمة، وذلك أن على الباحث إدراك زمان الواقعة ومكانها، ومكان التقاضي في ذلك الزمان، وأسماء المتداعين، وعادات الناس في ذلك الزمان، والعملة التي كانت رائجة في الأسواق إلخ، ولا بد في هذه المرحلة من شيء من الخيال الذي تكتمل به الصورة، "ولكنه هنا خيال منضبط تماما، خيال مختلف عن الخيال السائب؛ لأنه لا ينطلق إلا بعد استنفاذ منهج البحث قواعده؛ من درس دقيق لكل تفاصيل الحدث" (د عماد عبدالرؤوف، من هو المؤرخ).

الركن الخامس: معرفة أصول صياغة الدعاوى الحديثة، ويكون ذلك بالمعاناة لعمل القضاء أو الاطلاع على المدونات القضائية الحديثة وكيفية صياغة الأحكام، وذلك أن المقصود ببناء الأحكام القضائية القديمة هو إعادة بنائها على صيغة الدعاوى الحديثة، فإذا لم يعرف الباحث شكل الدعاوى الحديثة لم يتم له المقصود، بل يكون حاله كحال من أراد نقل قصيدة مترجمة من لغة أجنبية إلى اللغة العربية، ولكنه لا يعرف أوزان الشعر العربي وعروضه، والباحث مخير في صياغة الدعوى بين جعلها على لسان المتداعيين بإضافة الكلام والمرافعة إليهما، أو صياغتها حكاية عن الواقع وتلخيصا للمرافعة، وكلا الطريقين من طرق صياغة الدعاوى الحديثة، وفي التطبيقات زيادة إيضاح لهذا الذي قلناه.

تطبيقات بناء الأحكام القضائية القديمة:

أذكر في هذا المبحث أربعة تطبيقات قضائية مع التعليق عليها بصورة وجيزة تقرب المعنى المراد، وسيكون التطبيقان الأولان على لسان أطراف الدعوى، والآخران بصفة حكاية الواقعة، وحاولت تطبيق ما سبق ذكره في أركان البناء من جمع الروايات واستبطان الحكم القضائي القديم، ما ساعد الوقت وما استطعت إلى ذلك سبيلا.

التطبيق الأول: قضاء عثمان في خصومة رجل وابن عمر

المحكمة: المسجد النبوي. **تاريخ القضية:** 24-35هـ. **القاضي:** عثمان بن عفان. **المدعي:** زيد بن ثابت. **المدعى عليه:** عبد الله بن عمر.

الدعوى: اشتريت من عبد الله بن عمر غلاما اسمه رباح بثمانمائة درهم فوجدت به عيبا وداء خفيا، "قد علمه لم يبينه لي" (مسائل أحمد برواية ابنه صالح 39/2)، أطلب فسخ البيع وإعادة الثمن وقدره ثمانمائة درهم والحكم بذلك هذه دعواي.

الجواب: ما ذكره زيد من بيعي عليه الغلام بالثمن المذكور فصحيح، ولكني بعته بشرط البراءة من كل عيب، هكذا أجاب.

المرافعة:

القاضي: ما تقول يا زيد؟

زيد: صحيح أنه باعني بشرط البراءة من كل عيب، ولكن كان في الغلام عيب خفي علمه ولم يسمه لي.

عثمان: ألك بينة يا زيد على أن عبدالله يعلم هذا العيب في الغلام حين باعه عليك؟

زيد: لا بينة لدي.

عثمان: فلك يمين عبدالله على أنه لم يكن يعلم عيب الغلام حين باعه عليك.

زيد: أطلب يمين عبدالله إذا على نفي ذلك.

عثمان لعبدالله: "تحلف بالله لقد بعته وما به من عيب تعلمه"؟ (ابن أبي شيبة 21100)

عبدالله بن عمر: لا أحلف، "بعته بالبراءة" (ابن أبي شيبة 21100).

عثمان: إن لم تحلف قضيت عليك بالنكول.

يصر عبدالله بن عمر على عدم الحلف.

قررت الدائرة قفل باب المرافعة.

الأسباب: فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة. ولعجز المدعي عن إحضار البينة على علم المدعى عليه بعيب الغلام حين باعه عليه. ولطلبه يمين المدعى عليه على نفي علمه بالعيب. ولأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر. ولامتناع المدعى عليه عن أداء اليمين. ولأن المدعى عليه ينفرد بعلم وجود العيب في الغلام من عدمه. ولكل ما تقدم.

الحكم: فقد فسخت البيع بين الطرفين وألزمت المدعى عليه بدفع ثمانمئة درهم للمدعي كما ألزمت المدعي بتسليم الغلام للمدعى عليه وبذلك حكمت، وختمت الجلسة.

التعليق

1- وفاة عمر رضي الله عنه في شهر ذي الحجة آخر عام 23هـ.
2- أصل هذه الواقعة ما رواه مالك في الموطأ (1793) عن يحيى بن سعيد عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان. فقال الرجل: باعني عبدا وبه داء لم يسمه. وقال عبد الله: بعته بالبراءة. فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له: لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد، فصحَّ عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم.
3- ورواه عبد الرزاق في المصنف (14721) وابن أبي شيبة (21100) وأبو عبيد (كما في الطرق الحكمية ص316) وأحمد في المسائل برواية ابنه صالح (39/2)، ثم البيهقي (10888)، وغيرهم (ينظر: تخريج الأثر في البدر المنير لابن الملقن 557/6).
4- تسمية المدعي: زيد بن ثابت. قال ابن حجر: "وتعيين هذا المبهم، ذكره في الحاوي للماوردي وفي الشامل لابن الصباغ بغير إسناد" (التلخيص الحبير 67/3).
5- مسألة البيع بشرط البراءة من العيوب مختلف فيها بين أهل العلم، قال ابن تيمية: "والصحيح في مسألة البيع بشرط البراءة من كل عيب: الذي قضى به الصحابة وعليه أكثر أهل العلم: أن البائع إذا لم يكن علم بذلك البيع فلا رد للمشتري، لكن إذا ادعى أن البائع علم بذلك فأنكر البائع حلف أنه لم يعلم، فإن نكل قضي عليه" (الاختيارات ص184).

6- هذه الواقعة أصل في الحكم بالقضاء بالنكول.

قضاء عمر في خصومة المقداد وعثمان رضي الله عنهم أجمعين

المحكمة: المسجد النبوي. **تاريخ القضية:** 13-23هـ. **القاضي:** عمر بن الخطاب. **المدعي:** عثمان بن عفان. **المدعى عليه:** المقداد بن الأسود.

الدعوى: إنني أقرضت المقداد عام الأول سبعة آلاف درهم، فلما قضاها أتاني بأربعة آلاف درهم فقط، أطلب إلزامه بسداد ما بقي في ذمته وقدره ثلاثة آلاف درهم والحكم بذلك، هذه دعواي.

الجواب: ما ذكره عثمان من القرض صحيح، ولكنني ما اقترضت منه سوى أربعة آلاف درهم فقط رددتها عليه كاملة، هكذا أجاب.

المرافعة:

القاضي: ألك بينة يا عثمان على ما تدعيه؟

عثمان: ليس لي بينة.

عمر: فلك يمين المقداد أنه لم يقترض منك سوى أربعة آلاف درهم.

عثمان: أطلب يمينه إذا يا أمير المؤمنين.

عمر للمقداد: أتحلف على نفي اقتراضك سبعة آلاف درهم من عثمان؟

المقداد: لا أحلف على ذلك يا أمير المؤمنين، ولكن "ليحلف عثمان أنها سبعة آلاف وليأخذها".

عمر: "أنصفك، احلف أنها كما تقول وخذها".

عثمان: لا أحلف، أخاف أن "يوافق قدر بلاء، فيقال: بيمين عثمان" (المغني 491/9).

عمر: "أما لا، فخذ ما أعطاك" (أدب القاضي لابن القاص 283/1).

قررت الدائرة قفل باب المرافعة.

الأسباب: فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، ولعجز المدعي عن إحضار البينة على ما ادعاه من إقراضه المدعى عليه سبعة آلاف درهم، ولامتناع المدعي عن اليمين بعد ردها عليه من المدعى عليه، ولأن المدعى عليه لا ينفرد بالعلم بل يشترك هو والمدعي في معرفة الواقعة، ولو كان المدعى عليه منفردا بالعلم لقضي عليه بالنكول، ولامتناع الطرفين عن أداء اليمين، ولكل ما تقدم

الحكم: فقد حكمت برد الدعوى، وختمت الجلسة.

التعليق

1- أصل هذه الواقعة رواها أبو عبيد (كما في الطرق الحكمية لابن القيم ص318) والطبراني (237/20) والبيهقي (20777) وابن القاص في أدب القاضي (282/1)، ولفظ أبي عبيد: "استسلف المقداد بن الأسود من عثمان بن عفان سبعة آلاف درهم، فلما قضاه أتاه بأربعة آلاف، فقال عثمان: إنها سبعة آلاف، فقال المقداد: ما كانت إلا أربعة

آلاف، فارتفعا إلى عمر، فقال المقداد: يا أمير المؤمنين ليحلف أنها كما يقول ويأخذها، فقال له عمر: أنصفك، احلف أنها كما تقول وخذها"، زاد الطبراني: "فأبى أن يحلف فقال: خذ ما أعطاك، فقال: والله الذي لا إله غيره إنما هي سبعة آلاف، قال: فما يمنعك أن تحلف إن هذا الليل وهذا النهار".

2- في بعض الروايات: المقداد، وفي بعضها: المقداد بن الأسود، وفي بعضها زيادة على بعض، وفي بعضها أن تعليل امتناع عثمان عن اليمين في حادثة أخرى، وفي بعضها أنه متعلق بهذه الحادثة، وبكل حال فهو مذهب اتبعه عثمان رضي الله عنه في افتداء يمينه، وكان يقول: "خفت أن يوافق قدر بلاء فيقال: بيمين عثمان" (الأم للشافعي 38/7)، وبجمع الروايات تكتمل صورة الواقعة.

3- هذه الواقعة أصل في الحكم بالرد، وعدم الحكم بالنكول، وسبب عدم الحكم بالنكول أن المدعي لا ينفرد بالعلم، وإنما يشترك الطرفان في علم الواقعة، وبهذا أخذ نظام الإثبات السعودي في المادة (97) جمعا بين الروايات عن الصحابة في المسألة، وهذا القول رواية عن أحمد واختيار ابن تيمية، ونص المادة: "لا ترد اليمين فيما ينفرد المدعى عليه بعلمه، ويقضى عليه بنكوله".

4- وقع من بعض أهل العلم توهم أن الاستدلال بهذه الرواية على عدم الحكم بالنكول هو في حق عثمان (الطرق الحكمية ص325)، ومرد هذا التوهم الإجمال الحاصل في الرواية، وقد ظهر لنا أن الاستدلال بهذه الرواية على عدم الحكم بالنكول إنما هو في حق المقداد فإنه لم يحلف وهو المدعى عليه، فلم يقض عليه عمر بالنكول وإنما رد اليمين على المدعي وهو عثمان.

قضاء شريح في دعوى زوجة ضد زوجها في قضية مالية

المحكمة: مسجد الجامع في الكوفة. **تاريخ القضية:** 17-77هـ. **القاضي:** شريح بن الحارث. **المدعية:** فاطمة بنت محمد النهرية. **المدعى عليه:** زيد بن عبد الله الرؤاسي.

الدعوى: ادعت فاطمة على زوجها زيد أنه أمهرها ألف درهم ودخل بها، وأنه دفع لها من المهر خمسمئة درهم فقط، ثم إن المدعى عليه طلب منها في محضر أهله وأمام جمع من الناس أن تترك له من مهرها الخمسمئة درهم المتبقية، فأجابته إلى ذلك حياء من الحاضرين ولم تكن راضية بذلك، وطلبت الحكم بإلزام المدعى عليه أن يدفع لها خمسمئة درهم.

جواب المدعى عليه: صادق على الزوجية والدخول وقدر المهر، إلا أنه ذكر أن المدعية أبرأته من الخمسمئة درهم بطيب نفس منها، وقد قال تعالى: (فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا)، وطلب رد دعوى المدعية.

القاضي شريح يقول للطرفين: اصطلحوا، فلم يصطلحا على شيء.

القاضي شريح: يطلب البينة من المدعى عليه، ويقول: "شاهدان ذوا عدل أنها تركت لك المهر من غير كره ولا هوان؟" (رواه ابن أبي شيبة في المصنف 20735، أخبار القضاة لوكيع 345/2)، "وإلا فيمينها بالله ما وهبتها لك بطيب نفسها إلا بعد كره لها وهوان" (مصنف عبد الرزاق 16557).

المدعى عليه: كيف تطلب مني البينة وقد طابت نفسها بذلك؟

القاضي شريح: "لو طابت نفسها بالمهر لما خاصمتْك" (رواه ابن أبي شيبة في المصنف 20734)، "هي ذه إن طابت نفسا فخذه" (أخبار القضاة لوكيع 285/2)، وبعرض اليمين على المدعية استعدت بأدائها، فأذن لها فحلفت قائلة: والله إنني لم أرض ولم تطب نفسي بإبراء المدعي زوجي من بقية مهري وقدره خمسمئة درهم، هكذا حلفت.

الأسباب والحكم:

فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة. ولعجز المدعى عليه عن إحضار البينة على أن إبراء المدعية له من باقي المهر كان عن طريق الرضى وعدم الإكراه. ولأن الظاهر عدم رضى المدعية بذلك؛ لأن ذلك غالب عادة النساء، وبدليل مطالبتها له في هذه الدعوى ولو طابت نفسها لما خاصمته. ولقوله تعالى: (فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا)، فعلق جواز الأكل على طيب نفس المرأة ولم يوجد هذا. ولقول عمر رضي الله عنه: "إن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة، فأيما امرأة أعطت زوجها شيئا ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به". ولحلف المدعية على عدم طيب نفسها بالإبراء. ولكل ما تقدم.

فقد حكمت بإلزام المدعى عليه بدفع مبلغ خمسمئة درهم للمدعية، وختمت الجلسة.

التعليق:

1- القاضي شريح ولاه عمر قضاء الكوفة فأقام على قضائها ستين سنة، واستعفى قبل موته بسنة، فيكون تاريخ القضية بالتقريب (17-77هـ) لأن وفاة شريح سنة 78هـ (سير أعلام النبلاء 107/4).
2- كان شريح يجلس للناس للقضاء في برنس خز (أخبار القضاة لوكيع 251/2).
3- عن إسماعيل بن أبي خالد قال: رأيت شريحا يقضي في المسجد، وعن الجعد بن ذكوان قال: فإذا كان يوم مطر جلس يقضي في داره (أخبار القضاة لوكيع 316/2).
4- قضاء شريح هذا في مهر المرأة روي عنه من وجوه كثيرة خرجها وكيع في أخبار القضاة، منها: "أن امرأة خاصمت إلى شريح في شيء أعطته زوجها فرأى شريح أن يرجع فيه، وقال: لو طابت نفسا لم تجئ تطلبه فلم يجزه له" (أخبار القضاة لوكيع 264/2، ورواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في المصنف).
5- عن الجعد بن ذكوان عن شريح أنه كان يقول للخصوم اصطلحوا (أخبار القضاة لوكيع 309/2).
6- وكان شريح ينظر ما يقول المدعي، ويقول: بينتك على ما تقول، ويأخذه به (أخبار القضاة لوكيع 345/2).
7- الأصل طلب البينة من المدعية، إلا أن القاضي شريحا رحمه الله طلب البينة من المدعى عليه، وقدَّم الظاهر وهو أن المرأة لم تطب نفسها بالمهر بدليل العادة الغالبة وقرائن الأحوال قدمه على الأصل وهو عدم إكراه المدعى عليه للمدعية، والبينة تُطلب ممن يدعي خلاف الظاهر (ينظر: القواعد لابن رجب 131/3).

قضية مالية مطالبة امرأة بهبة والديها لها:

المحكمة: المحكمة العامة في غرناطة. **تاريخ القضية:** (750-782هـ). **القاضي:** ابن علاق الغرناطي. **المدعية:** ولادة بنت محمد الطنجالية. **المدعى عليها:** أم الحسن بنت عمرو القيسية (والدة المدعية).

الدعوى: ادعى وكيل المدعية أن الدار الواقعة قرب النهر في غرناطة -ووصفها وذكر حدودها-، قد وهبها للمدعية كل من والد المدعية المتوفى رحمه الله ووالدتها المدعى عليها، ولدى موكلتي البينة على الدعوى وهم شهود الهبة، أطلب الحكم بإلزام المدعى عليها بتسليم الدار بكامل حقوقها ومنافعها إلى موكلتي والحكم بذلك، هذه دعواي.

الجواب: صادقت المدعى عليها على الهبة، وادعت أن الإقرار بالهبة والإشهاد عليها إنما كان حياء وخجلا من الناس، وذلك أن والد المدعية طلب مني في محضر جماعة من الناس الموافقة على هبة الدار للمدعية فأجبت إلى ذلك حياء وخجلا.

القاضي: يطلب البينة من المدعى عليها على أن الإقرار بالهبة كان حياء وخجلا من الناس ولم يكن عن رضى واختيار.

المدعى عليها: تحضر الشهود، فيؤدي الشهود شهادتهم على ما فهموا من حال الأم من خجلها وعدم طيب نفسها.

القاضي: يطلب من المدعى عليها أن تحلف على ذلك، فتحلف المدعى عليها قائلة: والله الذي لا إله إلا هو إنني لم أقصد بهبة نصف الدار لبنتي المدعية عمارة ذمتي، ولا تعلق شيء من الهبة بمالي وإنما كان ذلك حياء وخجلا من والدها ومن الناس هكذا حلفت.

الأسباب الحكم:

فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة. ولإحضار المدعى عليها البينة على أن هبة الدار للمدعية كانت عن طريق الحياء والخجل والإكراه. ولقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل). ولحديث: "لا يحل مال امرئ مسلم بغير طيب نفس منه" رواه أحمد. ولحلف المدعى عليها على أن الهبة وقعت عن طريق الحياء والخجل، وأنها لم تقصد عمارة ذمتها، ولا تعلق شيء من النحلة بمالها. ولكل ما تقدم.

فقد حكمت برد دعوى المدعية في المطالبة بنصف الدار الموصوفة، وختمت الجلسة.

التعليق:

1- هذه الدعوى مستفادة مما نقله عليش في فتح العلي المالك (277/2)، فقال: "من وَهب هبة ثم رجع واعتذر بأنه إنما فعل حياء، فظاهر ما قدمنا أولا عن نوازل المازني: أن ذلك عذر في الرجوع، وكذا ظاهر ما أجاب به ابن لب في مسألة أبوين نحلا بنتهما كذا وكذا، فلما مات الأب وطولبت الأم بنصفها ادعت أن الإشهاد عليها إنما كان حياء وخجلا من الناس، ونصه: "الحكم في ذلك أن يؤدي الشهود شهادتهم على ما فهموا من حال الأم من خجلها وعدم طيب نفسها، وتحلف على أنها لم تقصد عمارة ذمتها، ولا تعلق شيء من النحلة بمالها" انتهى الغرض منه نقله ابن هلال وصاحب المعيار في نوازل النكاح".
2- لعل قاضي الدعوى: هو ابن علاق الغرناطي تلميذ الفقيه أبي سعيد ابن لب، وقاضي الجماعة في غرناطة (ينظر: ابن مخلوف، شجرة النور الزكية 355/1، زين العمودي، الوظائف القضائية في الأندلس).
3- ولأن القضية وقعت في غرناطة وأهلها مالكية، فقد اخترنا في لفظ اليمين (والله الذي لا إله إلا هو) لأنه لا يجزئ غيرها عند المالكية، قال ابن فرحون: "أما صفتها فهي في الحقوق كلها بالله الذي لا إله إلا هو" (تبصرة الحكام 224/1).
4- هذه الدعوى بخلاف الدعوى السابقة في قضاء شريح، حيث طلب القاضي هنا البينة من المدعى عليها أن الإقرار بالهبة كان حياء وخجلا، لأنها ادعت ذلك وهو خلاف الأصل، بخلاف قضاء شريح فلم يطلب البينة من المدعية على كون الإقرار حياء وخجلا.

الخاتمة:

أحمد الله على تيسيره وإعانته على كتابة هذا البحث، وأختم ببيان خلاصة البحث وأهم التوصيات:

1- بناء الأحكام القضائية القديمة معناه: كتابة الدعاوى القضائية القديمة على صيغة الدعاوى الحديثة، بذكر زمان الدعوى ومكانها واسم القاضي والمدعي والمدعى عليه، ثم الدعوى والجواب والمرافعة، ثم أسباب الحكم والحكم، على التراتيب والأوضاع المعروفة حديثا.

2- يستمد بناء الأحكام القضائية القديمة أهميته من أهمية الأحكام القضائية القديمة عموما، ومن كونه عاصما من الوهم والخطأ الحاصل بسبب الإجمال في حكاية الواقعة القديمة، ومانعا من التقصير في النظر بتوهم عدم استيفاء الأحكام القضائية القديمة للبينات والحجج والأيمان.

3- بناء الأحكام القضائية القديمة على خمسة أركان: **الأول:** معرفة الأصول القضائية الشرعية، **والثاني:** معرفة المذاهب الفقهية زمن الواقعة، **والثالث:** جمع روايات الحكم القضائي القديم، **والرابع:** استبطان الحكم القضائي القديم، **والخامس:** معرفة أصول صياغة الدعاوى الحديثة.

4- ذكر الباحث أربعة تطبيقات قضائية على موضوع البحث: واحد عن عمر، والثاني عن عثمان، والثالث عن شريح، والرابع من قضايا الأندلس في القرن الثامن الهجري، مع التعليق على كل واحد منها.

ويوصي الباحث بما يلي:

1- التعمق في دراسة موضوع بناء الأحكام القضائية القديمة، وتوسيع الدراسات في هذا الباب.

2- جمع الأحكام القضائية من كتاب معين سواء أكان كتابا فقهيا أو تاريخيا وإعادة بنائها، وفي كتب السير وأخبار القضاة مادة واسعة.

3- جمع الأحكام القضائية لدى قاض من القضاة المتقدمين كشريح وإياس وإعادة بنائها.

والحمدلله أولا وآخرا، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أهم مراجع البحث:

الاختيارات (الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية)، للبعلي، تحقيق أحمد الخليل، دار العاصمة، ط1 1418هـ.

أخبار القضاة لوكيع، ت عبدالعزيز المراغي، المكتبة التجارية، ط1، 1366هـ.

أصول المحاكمات القضائية، ناصر بن محمد الغامدي، جامعة أم القرى، 1429هـ.

البدر المنير لابن الملقن، ت جمال السيد، دار العاصمة، ط1، 1430هـ.

تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي (ابن فرحون)، ت محمد الشاغول، المكتبة الأزهرية للتراث، 2005م.

التلخيص الحبير لابن حجر، ت أشرف عبدالمقصود، دار أضواء السلف، ط1 1428هـ.

توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، عبدالله بن محمد آل خنين، ط1 1423هـ.

الجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع، الخطيب البغدادي أحمد بن علي، تحقيق محمود الطحان، مكتبة المعارف، الرياض 1403هـ.

الخيال التاريخي والتفكير الناقد، د محمد عبدالله الخوالدة، دار الخليج، الأردن، ط1 2015م

السنن الصغرى للنسائي (المجتبى)، تحقيق عبدالفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2 1406هـ.

السنن الكبير للبيهقي، ت عبدالله التركي، مركز هجر للبحوث، ط1 1432هـ.

سير أعلام النبلاء، الذهبي، تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط3 1405هـ.

شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ابن مخلوف محمد بن محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1 1424هـ.

الطرق الحكمية لابن القيم، ت نايف الحمد، دار عالم الفوائد، ط1، 1428هـ.

فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ، ت محمد بن قاسم، مطبعة الحكومة، ط1، 1399هـ.

فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.

فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، عليش محمد بن أحمد، دار المعرفة.

القضاء في الأندلس منذ عصر الخلافة وحتى سقوط غرناطة، ميسر ضرار البجاري، 2019م، ط1، دار الصايل للنشر والتوزيع، الأردن.

القواعد (تقرير القواعد وتحرير الفوائد)، لابن رجب عبدالرحمن بن أحمد، تحقيق مشهور سلمان، دار ابن عفان، ط1 1419هـ.

مسائل أحمد برواية ابنه صالح، الدار العلمية الهند.

مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، ط1 1409هـ.

مصنف عبدالرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي الهند، ط2 1403هـ.

مقدمة ابن خلدون، عبدالرحمن بن خلدون، اعتناء أحمد الزعبي، دار الأرقم، بيروت.

من هو المؤرخ؟ د عماد عبدالسلام عبدالرؤوف، مقالة منشورة على موقع الألوكة.

الموطأ لمالك بن أنس رواية يحيى بن يحيى الليثي، ت بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط2، 1417هـ.

المغني لابن قدامة، ت عبدالله التركي وعبدالفتاح الحلو، دار هجر، ط2، 1412هـ.

نهاية المطلب في دراية المذهب، عبدالملك الجويني، تحقيق عبدالعظيم الديب، وزارة الأوقاف القطرية، ط3 1432هـ.

الواقعة التاريخية وكيفية بنائها د أسمهان سعيد، مركز البحوث الإنسانية جامعة السلطان قابوس.

الوظائف القضائية في الأندلس دراسة تاريخية وصفية، زين بن حسن العمودي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، رسالة ماجستير، عام 1439هـ.

الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي والنظام الموحد للإجراءات الجزائية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (دراسة مقارنة)

The matter of that there is no basis for filing a criminal case in the Saudi Criminal Procedure law and the Unified law of Criminal Procedure in the GCC countries (A comparative study)

د. سامح أحمد بلتاجي سعيدة - أستاذ القانون الجنائي المساعد - كلية الشريعة والقانون –جامعة جازان

Email: dbeltagy@jazanu.edu.sa

ملخص البحث:

يأتي هذا البحث لتسليط الضوء وتحليل جانباً من أعمال النيابة العامة، فإذا باشر المحقق التحقيق الجنائي في الجريمة فإنه بنهاية هذا التحقيق ينتهي إما إلى إحالة الدعوى للمحكمة الجزائية المختصة أو إصدار أمراً بالحفظ، وهذ الأخير هو مكمن هذا البحث وجوهره. والذي نبدأه بمقدمة تحوي بيان لمشكلته، وأهميته، وأهدافه، وفروضه، وتساؤلاته، ثم خطته التي نتناول من خلالها ايضاحاً لمفهوم الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية أو كما يعرف الأمر بحفظ الدعوى، ونوضح طبيعته النظامية من منظور نظام الإجراءات الجزائية السعودي ولائحته التنفيذية،، ثم نستعرض الضوابط النظامية للأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية، من خلال بيان السلطة المختصة بإصداره، وأسباب ومبررات إصدار هذا الأمر، بعد ذلك نتناول الشروط الواجب توافرها للأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية، ثم نعرض لآثار وحجية هذا الأمر. ونتبع ذلك بخاتمة للبحث تحوي أهم النتائج التي خلص إليها الباحث وأهم التوصيات المقترحة في ضوء ما انتهى إليه الباحث من نتائج دراسة الموضوع.

الكلمات المفتاحية: (حفظ الدعوى – ألا وجه - الأمر بالحفظ – إقامة الدعوى – الإجراءات الجزائية)

Abstract:

This research comes to shed light and analyze part of the work of the Public Prosecution. If the investigator proceeds with the criminal investigation into the crime, by the end of this investigation it ends with either referring the case to the competent criminal court or issuing an order to preserve, and the latter is the source and essence of this research. Which we start with an introduction containing a statement of its problem, its importance, its objectives, its assumptions, its questions, and then its plan through which we deal with a clarification of the concept of the matter that there is no reason to file a criminal case, or as the order is known to preserve the case, and we explain its regular nature from the perspective of the Saudi criminal procedure system and its executive regulations, Then we review the legal controls of the order that there is no reason to file a criminal case, through the statement of the authority competent to issue it, and the reasons and justifications for issuing this order, then we address the conditions that must be met for the order that there is no reason to file a criminal case, and then we present the effects and validity of this order. We follow this with a conclusion of the research containing the most important results that

the researcher concluded and the most important recommendations proposed in the light of the researcher's conclusions from the results of the study of the subject.

key words: (Filing the case - not issuing the order - order to file - filing the case - criminal procedures)

مقدمة البحث:

الحمد لله رب الأكوان، الذي رفع السماء بغير عمد ووضع الميزان، خلق الإنسان فكرمه وعلمه البيان، وعلى نبيه ورسوله صلاة وسلاما أتمان. وبعد،

فالنيابة العامة في كل نظام قضائي لها دور شديد الأهمية بالغ الأثر في تحقيق العدالة، من خلال تحريك الدعوى الجزائية ومباشرتها، إذ تعد بوابة عبور هذه الدعوى للمحكمة الجزائية المختصة، كما أن للنيابة دور لا يقل أهمية في تمحيص الادعاءات التي ترد ضمن شكوى أو بلاغ ومن ثم تقرر اتخاذ الاجراء اللازم بشأنه سواء إحالته إلى المحكمة أو حفظه إذا توافرت أسباب ومبررات الحفظ.

وإن أعمال النيابة العامة في الأنظمة(القوانين) التي تمنحها صلاحيات الجمع بين سلطتي التحقيق والاتهام إنما تهدف بالأساس إلى الوصول إلى الحقيقة والتثبت من صحة الوقائع المدعى بها، وذلك من خلال ما تقوم به من مختلف إجراءات التحقيق، فإذا باشر المحقق التحقيق في الجريمة فإنه بنهاية التحقيق تنتهي إجراءاته إلى أمر من أحد أمرين اثنين:

الأول: الوصول لأدلة يترجح معها صحة الاتهام الموجه للمتهم وفي هذه الحال يتم إحالة القضية إلى المحكمة الجزائية المختصة، لإصدار حكماً فاصلاً في موضوعها، بعد اتباع اجراءات المحاكمة المنصوص عليها نظاماً.

الثاني: عدم توافر أدلة تكفي لإدانة المتهم أو وجود أدلة يترجح معها براءة المتهم، وفي هذه الحال تُطوى صفحات التحقيق، ويخلى سبيل المتهم إذا كان موقوفاً. وهذا الأمر الثاني هو جوهر هذا البحث.

ومن هنا تتجلى أهمية الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية بنهاية التحقيق بعد تمحيص أدلة الاتهام وتفنيدها وتقدير مدى قوتها وكفايتها لتحريك الدعوى الجزائية.

ومن خلال هذا البحث فإنا نسلط شعاعاً وضاحاً من الضوء على طبيعة الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، والنظام (القانون) الموحد للإجراءات الجزائية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (وثيقة الرياض، 1422هـ)، وذلك وفقا لخطة البحث المتبعة في موضوع هذا البحث.

أولاً: مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث الرئيسة في أن استخدام مصطلح الأمر بأن وجه لإقامة الدعوى في نظام الإجراءات الجزائية السعودي يثير الخلط بين كل من الأمر الصادر من النيابة العامة بوصفها سلطة استدلال وهو حفظ الأوراق، والأمر الصادر عن ذات الجهة بوصفها جهة تحقيق وهو حفظ الدعوى (الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى).

ثانيًا: أهمية البحث:

يستمد البحث أهميته من الحاجة إلى تبيان طبيعة الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية والذي يأتي بطبيعة الحال بناءً على اتخاذ قرار بحفظ الدعوى.

ومن ثم يمكن القول بأن للبحث أهمية نظرية علمية، وأخرى تطبيقية عملية وفقاً لما يلي:

1- الأهمية النظرية العلمية:

أ – يأمل الباحث بأن يسهم هذا البحث في إيضاح حقيقة الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، ونظام الإجراءات الجزائية الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي.

ب – رصد أبرز خصائص الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، ونظام الإجراءات الجزائية الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي.

ج – الاسهام في زيادة الرصيد الثقافي والعلمي في مجال الإجراءات الجزائية لا سيما في المملكة العربية السعودية.

د –فتح المجال أمام الباحثين لدراسات وأبحاث أخرى في هذا المجال.

2- الأهمية التطبيقية العملية:

أ – اطلاع الجهات المسئولة على نتائج وتوصيات البحث للإحاطة به.

ب – اطلاع أصحاب الاختصاص على البحث ونتائجه للاستفادة منه.

ج – التعرف على مدى كفاية النصوص الحالية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، ونظام الإجراءات الجزائية الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي لإيضاح حقيقة الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى ومدى اتساق قواعدها مع حقيقته.

هـ ـ الوقوف على مدى الحاجة للتدخل بتعديل النصوص النظامية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، ونظام الإجراءات الجزائية الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي.

ثالثاً: أهداف البحث:

يهدف البحث – بصفة عامة – إلى التعرف على الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، ومن هذا الهدف الرئيس تنبثق الأهداف الفرعية **التالية:**

1. تسليط الضوء على الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي.
2. معرفة قواعد الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي.
3. معرفة مدى كفاية النصوص القانونية الحالية لبيان الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

رابعًا: فروض وتساؤلات البحث.

التساؤل الرئيس للبحث هو: ما هو الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، ومن هذا التساؤل تنبثق عدة تساؤلات فرعية **تتمثل فيما يلي:**

1. ما المقصود بالأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي؟ وما هي خصائصه؟
2. ما الفرق بين الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي والأمر الصادر بحفظ الأوراق.
3. ما حجية الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي؟
4. متى يمكن العدول عن الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي؟ وما الشروط الواجبة لهذا العدول؟

خامساً: منهج البحث:

لما كان الاتجاه الحديث في البحوث القانونية هو الاعتماد على أكثر من منهج داخل البحث نفسه، لذا فإننا سوف نتبع المنهج الوصفي التأصيلي التحليلي المقارن، فنتناول موضوع البحث من خلال الأنظمة والمراجع الرئيسة التي تحدثت عنها ثم

نحلله من كافة جوانبه، مع المقارنة مع بعض النظم القانونية عند الضرورة مع تركيز المقارنة مع النظام الموحد للإجراءات الجزائية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

مفهوم الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية:

تمهيد وتقسيم:

من خلال هذا المبحث نتعرف على مفهوم الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية وطبيعته النظامية من منظور نظام الإجراءات الجزائية السعودي لسنة 1435هـ، ولائحته التنفيذية لسنة 1436هـ. ونتناول ما أسلفناه مجملاً على نحو مفصلٍ من خلال ما يلي:

تعريف الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية:

لم يرد ضمن نظام الإجراءات الجزائية السعودي ولائحته التنفيذية تعريفاً للأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية وتجدر الإشارة إلى أن الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية يرادفه مصطلح أخر وهو الأمر بحفظ الدعوى، وقد استخدم نظام الإجراءات الجزائية السعودي كلا المصطلحين للدلالة على المعنى ذاته. وقد تعددت مسميات الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى في النظم الإجرائية - الجنائية - الجزائية العربية ومن هذه المسميات: القرار بحفظ التحقيق في التشريع الكويتي (م103) إجراءات جزائية، والتشريع العماني (م/121) من قانون الإجراءات الجزائية، والقرار بمنع المحاكمة في التشريع اللبناني (م/122) إجراءات جزائية، قرار حفظ الدعوى في التشريع الفلسطيني (م/149) إجراءات جزائية. الأمر بعدم المتابعة في التشريع المغربي (م/216) من قانون المسطرة الجنائية المغربي. القرار بأن لا وجه للتتبع في التشريع التونسي الفصل (106) من مجلة (قانون) الإجراءات الجزائية. الأمر بأن لا وجه لمتابعة المتهم في التشريع الجزائري (م/163) من قانون الإجراءات الجزائية.

وقد عرفه بعض الفقه الجنائي بأنه:" قرار المحقق إنهاء التحقيق الابتدائي وتوقف الدعوى عند هذه المرحلة، فهو قرار بعدم إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، ولهذا الأمر حجيته وقوته في إنهاء الدعوى". **(حسني، محمود،1988م، ص733).**

ويمكننا تعريف هذا الأمر بأنه يعني توقف مسبب من سلطة التحقيق مؤقتاً أو نهائياً عند حدٍ معينٍ من التحقيقات في الدعوى الجزائية على نحو لا ترى معه مبرراً لمواصلة التحقيق فيها أو لإقامتها أمام المحكمة الجزائية المختصة بعدما تقوم بالترجيح بين أدلة البراءة وأدلة الإدانة، فتقوى لديها أدلة البراءة وبالتالي تصدر أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية والسير فيها ضد المتهم.

وقد قررت محكمة النقض المصرية بأن:" الأمر بألا وجه لإقامة الدعوى، هو كل أمر تصدره النيابة العامة بعد التحقيق وتضمنه عدم السير في الدعوى ولو وصفته بأنه أمر حفظ، فالعبرة في ذلك – وكما قالت محكمه النقض المصرية في العديد من أحكامها، – هي بحقيقه الواقع لا بما تذكره النيابة العامة أو تطلقه عليه من مسميات" **(نقض جنائي 1984/12/4، س 35ق، رقم192، ص 863؛ نقض 1992/1/24 ، س 33ق، رقم 140 ، ص800 ؛ نقض 1973/11/26 ، س 24ق، رقم 222 ، ص1079؛ نقض 1972/5/7 ، س23ق، رقم147 ،ص652؛ نقض 1967/5/26 ، س 18ق ، رقم140 ،ص 712)**

وبناءً على ذلك فإن هذا الأمر يصدر بعد القيام ببعض أو كل إجراءات التحقيق التي تجريها النيابة العامة بوصفها سلطة تحقيق أي سلطة ذات طابع قضائي؛ وبالتالي يكون ما يصدر عن تلك السلطة من أعمال أو إجراءات ذات طابع قضائي

كذلك، مستمداً قضائيته من طبيعة السلطة – ذاتها - الصادر عنها هذا الإجراء. فهذا الأمر لا يصدر إلا في دعوى جزائية قد تحركت بالفعل من خلال مباشرة أي إجراء من الإجراءات الداخلة فيها، وكما هو معلوم أن إجراءات التحقيق من تلك الإجراءات التي تتحرك الدعوى الجزائية بأي منها.

ويعني تحريك الدعوى الجزائية:" الإجراء الذي ينقل الدعوى من حال السكون التي كانت عليها إلى حال الحركة، بأن يدخلها في حوزة السلطات المختصة باتخاذ إجراءاتها التالية". **(حسني، محمود،1988م، ص108).**

التمييز بين الأمر بحفظ الأوراق، والأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية (الأمر بحفظ الدعوى)

1. من حيث جهة الإصدار والطبيعة النظامية (القانونية):

النيابة العامة هي الجهة التي تصدر كلا الأمرين، إلا أنه يوجد اختلاف في توقيت إصدار كل منهما، فالأمر بحفظ الأوراق يصدر قبل أن تحرك النيابة العامة الدعوى الجزائية بما يعني صدوره قبل اتخاذ أي اجراء من أجراء التحقيق، فهو أمر يصدر عن النيابة العامة باعتبارها سلطة استدلال وهو بذلك قرار(إجراء) ذو طبيعة إدارية للنيابة العامة أن تعدل عنه في أي وقت ودون إبداء أي أسباب لتفسير هذا العدول. فقد نصت المادة (2/42) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي على أنه:" يكون حفظ الأوراق قبل اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق. ويعد إجراءً إداريًّا، وللهيئة أن ترجع عنه في أي وقت". والمقصود بالهيئة هنا أي النيابة العامة.

فهو يصدر عن النيابة العامة بوصفها السلطة الإدارية المهيمنة على جميع اجراءات جمع الاستدلالات، ويترتب على هذه الطبيعة الإدارية البحتة لهذا الأمر أنه لا يقبل التظلم منه ولا يمكن استئنافه من جانب المجني عليه أو المدعى بالحق الخاص، وكل ما لهما هو اللجوء إلى تحريك الدعوى بطريق الادعاء المباشر إذا أراد أي منهما تحريكها.

وهذا يعنى أنه إذا صدر من النيابة أمراً بمجرد الاطلاع على محاضر الاستدلالات دون أن يستدعي الحال اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، فهنا يكون هذا الأمر هو أمر إداري بحفظ الأوراق.

أما لو كان الأمر صادراً من النيابة العامة ومسبوقاً بأي إجراء من إجراءات التحقيق كندب أحد رجال الضبط القضائي للقيام بعمل أو أكثر من أعمال التحقيق، أو قيام النيابة العامة باستجواب المتهم، أو القبض عليه أو تفتيشه أو حبسه احتياطياً وما إلى ذلك من إجراءات التحقيق، فهو أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية له طبيعة قضائية ويمكن الاعتراض عليه، وللنيابة العامة حق العدول عنه في حال ظهور أدلة جديدة أو وجود مبرر نظامي(قانوني) لذلك.

فإذا انتهت مرحلة التحقيق الابتدائي بصدور أمر بألا وجه لإقامة الدعوى العمومية فإن هذا الإجراء يقطع مدة التقادم لأنه جزء متمم للتحقيق إذ به ينتهي. ويختلف الأمر الصادر بألا وجه بعد تحقيق عن الأمر بالحفظ الصادر من النيابة العامة بناء على محضر الاستدلالات فهذا الأمر الأخير لا يقطع التقادم إلا إذا صدر في مواجهة المتهم أو أخطر به بشكل رسمي. إذ بذلك يعتبر إجراء من إجراءات التحقيق وبدونه يعتبر مجرد إجراء متمم لإجراءات الاستدلال. **(الصيفي، عبد الفتاح/1985، ص91).**

2. من حيث الحجية:

الأمر بحفظ الأوراق (أوراق الاستدلال) هو إجراء إداري وليس قضائي ويجوز العدول عنه في أي وقت، طالما الدعوى قائمة، وبالتالي لا تنقضي به الدعوى الجزائية وليس له حجية.

على خلاف ذلك فإن الأمر الصادر بحفظ الدعوى (الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية) هو إجراء قضائي ومن ثم تنقضي به الدعوى الجزائية مكتسبا لحجية مؤقتة في إنهاء هذه الدعوى ومن ثم يكتسب المتهم بموجبه الحق في عدم العودة

إلى هذه الدعوى إلا بتوافر أدلة جديدة يترجح معها جانب التهمة في جانبه. كما واضح من المادة (125) من نظام الإجراءات الجزائية التي نصت على أنه:" القرار الصادر بحفظ الدعوى لا يمنع من إعادة فتح ملف القضية والتحقيق فيها مرة أخرى متى ظهرت أدلة جديدة من شأنها تقوية الاتهام ضد المدعى عليه. ويعد من الأدلة الجديدة شهادة الشهود والمحاضر والأوراق الأخرى التي لم يسبق عرضها على المحقق".

من حيث جواز الطعن أو الاعتراض:

لما كان الأمر بحفظ الأوراق إجراءً إدارياً فلا يجوز الطعن أو الاعتراض عليه لطبيعة الإدارية تلك. بينما الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية نظراً لكونه إجراءً قضائياً فإنه يمكن الاعتراض عليه أمام المحكمة الجزائية المختصة وفقاً للنظم الإجرائية المقارنة. لكن نظام الإجراءات الجزائية ولائحته التنفيذية لم تتضمن ما يشير إلى إمكانية الاعتراض على الأمر بحفظ الدعوى. وغاية ما هنالك أن المادة (1/69) من نظام الإجراءات الجزائية قد أعطت الحق لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يدّعي بحقه الخاص أثناء التحقيق في الدعوى، ويفصل المحقق في مدى قبول هذا الادعاء خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمه إليه. ولمن رُفِضَ طلبه أن يعترض على هذا القرار لدى رئيس الدائرة التي يتبعها المحقق خلال أسبوع من تاريخ إبلاغه بالقرار، ويكون قرار رئيس الدائرة في مرحلة التحقيق نهائيًا.

الضوابط النظامية للأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية:

تمهيد وتقسيم:

نتناول موضع هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين اثنين نعرض لهما على النحو التالي

إصدار الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية:

بدوره ينقسم موضع هذا المطلب إلى فرعين اثنين نعرض لهما على النحو التالي:

الفرع الأول

السلطة المختصة بإصدار الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية

أ. أولاً: طبيعة النيابة العامة واختصاصها في النظام القانوني السعودي:

وفقا للمادة (1/1) من نظام النيابة عامة (هيئة التحقيق والادعاء العام سابقا) فإن النيابة العامة جزء من السلطة القضائية، وتتمتع بالاستقلال التام، وترتبط تنظيمياً بالملك، وليس لأحد التدخل في أعمالها. وتتوجه بعض التشريعات ومنها قانون الإجراءات الجنائية الألماني في المادة رقم (152) نحو إلزام النيابة العامة بإحالة المتهم إلى المحاكمة الجزائية حال وقوع جريمة ما، طالما توافرت أركانها، وقامت بعض الأدلة ضد المتهم مهما كانت درجة ضعفها أو قوتها.

(152)Anklagebehörde; Legalitätsgrundsatz:

1-Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen,

2-Das Folgende ist eine gute Idee, eine sehr gute Idee, wir müssen zum Ausgangspunkt gehen. Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte .vorliegen.

ومن ثم فلا يتم منح النيابة العامة سلطة تقديرية فيما يتعلق بالموازنة بين أدلة الإدانة وأدلة البراءة ومن ثم تكون الإحالة أو يكون الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية، وتقوم هذه الفكرة على أساس المساواة بين جميع الأفراد حينما يكونوا متهمين بارتكاب الجرائم. فهذه التشريعات ترى أنه إذا تم منح النيابة العامة السلطة التقديرية فإن ذلك يعني أن بعض

مرتكبي الجرائم ستتم إحالتهم إلى المحاكمة الجنائية ومن ثم معاقبتهم ، بينما البعض الأخر لن تتم معاقبتهم لعدم إحالتهم من النيابة إلى المحكمة إذا أصدرت أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية.

بينما البعض الآخر من التشريعات ومنها قانون الإجراءات الجنائية المصري في المادة (154)، وقانون الاجراءات الجنائية الفرنسي في المادة (177) من والتي تنص على:

"Si le juge d'instruction estime que les faits ne constituent ni crime, ni délit, ni contravention, ou si l'auteur est resté inconnu, ou s'il n'existe pas de charges suffisantes contre la personne mise en examen, il déclare, par une ordonnance, qu'il n'y a lieu à suivre"

نرى أن هذه التشريعات نتوجه نحو منح النيابة العامة السلطة التقديرية في تقدير مدى ملاءمة ظروف الجريمة وأدلتها لإصدار الأمر بالإحالة إلى المحكمة المختصة أو لإصدار الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية أمام تلك المحكمة.

ويتفق المنظم السعودي مع غالبية التشريعات ويتوجه الوجهة ذاتها التي توجهها المشرع المصري والمشرع الفرنسي، فيمنح النيابة العامة سلطة تقديرية فيما يتعلق بإحالة الدعوى إلى المحكمة الجزائية المختصة أو إصدار الأمر بأن لا وجه لإقامتها؛ ومن ثم انهاء التحقيقات عن النقطة التي بلغتها.

ويأخذ أيضاً بمنهج جمع النيابة العامة بين سلطتي الاتهام والتحقيق وذلك مثلما يتضح من نص المادة (13) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي لسنة 1435هـ، والذي يتضمن منح النيابة العامة سلطة التحقيق والادعاء العام طبقًا لنظامها ولائحته. وكذلك نص المادة (15) من النظام ذاته والذي يتضمن اختصاص النيابة العامة - وفقًا لنظامها - بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام المحاكم المختصة. كما نصت المادة الثالثة من نظام هيئة التحقيق والادعاء العام لسنة 1409هـ، على أن الهيئة تختص بما يلي:

أ- التحقيق في الجرائم.
ب- التصرف في التحقيق برفع الدعوى الجزائية أو حفظها طبقاً لما تحدده اللوائح.
ت- الادعاء العام أمام الجهات الجزائية وفقا للائحة التنظيمية.

وجدير بالذكر أن النيابة العامة السعودية تسمى بهيئة التحقيق والادعاء العام وكانت تتبع وزير الداخلية قبل أن يتغير مسماها وتنظيميها وتبعيتها، لتصبح باسم النيابة العامة وتتبع الملك مباشرة ويكون رئيسها بمسمى النائب العام بدلاً من رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام. **(انظر: الأمر الملكي رقم (أ/240) بتاريخ 22 / 9 / 1438هـ).**

والنيابة العامة في النظام السعودي تتمتع بالاستقلال التام، وليس لأحد التدخل في عملها، **(انظر البند ثانياً من الأمر الملكي رقم (أ/240) بتاريخ 22 / 9 / 1438هـ)**، وبالتالي فهي مستقلة تماماً عن السلطة القضائية ولا تملك المحكمة التدخل في عملها من خلال توجيهها بتحريك الدعوى الجزائية أو أمرها بحفظها. وتجمع النيابة العامة بين كونها سلطة استدلال وكونها سلطة تحقيق، وبالتالي تختلف طبيعة الأعمال التي تؤديها أو تصدر عنها بحسب ممارستها لأي من السلطتين، فإذا ما باشرت بعض الأعمال باعتبارها سلطة استدلال كانت هذه الأعمال ذات طبيعة إدارية ومثال ذلك الأمر الصادر عنها بحفظ الأوراق، وأما إذا مارست البعض الأخر من هذه الأعمال باعتبارها سلطة تحقيق كانت هذه الأعمال ذات طبيعة قضائية ومثال ذلك الأمر الصادر بحفظ الدعوى (الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية).

ثانياً: الاختصاص بإصدار الأمر بان لا وجه لإقامة الدعوى:

إن الجهة التي تجرى التحقيق في الدعوى هي التي تملك بحسب الأصل التصرف فيها لذا فقد أجازت المادة (63) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي للمحقق إذا رأى أن لا وجه للسير في الدعوى أن يوصي بحفظ الأوراق، ولرئيس الدائرة التي يتبعها المحقق الأمر بحفظها.

كما أجازت المادة (114) من النظام (القانون) الخليجي الموحد للإجراءات الجزائية للنيابة العامة (الادعاء العام) بعد التحقيق الذي أجرته ان تصدر أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى وتأمر بالإفراج عن المتهم مالم يكن محبوسا لسبب آخر. ولا يكون صدور الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى في الجنايات إلا من رئيس النيابة العامة (الادعاء العام) او من يقوم مقامه.

الفرع الثاني

أسباب إصدار الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية:

تختلف الأسباب التي على أساسها تقوم النيابة العام بإصدار أمرها بحفظ الدعوى أي أنه لا وجه للسير فيها، وتتنوع هذه الأسباب إلى أسباب نظامية، وأسباب موضوعية أو متعلقة بالملاءمة.

أولاً: الأسباب النظامية(القانونية):

لقد نصت المادة 177 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي المعدلة ت بتاريخ 25 فبراير 2008 على أنه:" إذا رأى قاضي التحقيق أن الوقائع لا تشكل جناية، أو جنحة ، أو مخالفة ، أو إذا كان مرتكب الجريمة غير معروف، أو إذا لم تكن هناك أدلة كافية ضد المتهم، فإنه يصدر أمراً بأن لا وجه لملاحقته".**Article 177 En savoir plus sur**

(Modifié par LOI N ° 2008-174 du 25 février 2008 - art. 4)... cet article

والأسباب النظامية لأمر الحفظ نجدها في نصوص نظام الإجراءات الجزائية و نجدها ضمن نصوص أنظمة الجرائم التعزيرية المنظمة في المملكة العربية السعودية.

فمن أسباب الحفظ الواردة ضمن نظام الاجراءات الجزائية الحفظ لعدم تقديم الشكوى أو الإذن أو التنازل عنهما أو لسقوط الحق فيها والحفظ لانقضاء بوفاة المتهم أو بالعفو الشامل أو بسبق الفصل فيها بحكم نهائي.

ومن الأسباب النظامية المنصوص عليها نظاماً والتي بها تنقضي الدعوى الجزائية ما نصت عليه المادة (22) من نظام الإجراءات الجزائية من أنه تنقضي الدعوى الجزائية العامة في إحدى الحالات الآتية: (1- صدور حكم نهائي. 2- عفو ولي الأمر فيما يدخله العفو. 3- ما تكون التوبة فيه بضوابطها الشرعية مسقطة للعقوبة. 4- وفاة المتهم.)

ففي هذه الأسباب النظامية قد توافرت أركان الجريمة وقامت المسؤولية الجنائية عنها، ويستحق المتهم توقيع العقوبة المقررة نظاماً للجريمة المرتكبة إلا أنه بسبب حالة نظامية أوردها النظام فقد امتنع قيام هذه المسؤولية وامتنع توقيع العقوبة المقررة لهذه الأسباب. وكذلك ما نصت عليه المادة (23) من أسباب تنقضي بها الدعوى الجزائية الخاصة وتكون في إحدى الحالتين: الأولى: هي صدور حكم نهائي، والثانية: عفو المجني عليه أو وارثه.

ومن الأسباب النظامية الواردة ضمن نصوص أنظمة الجرائم التعزيرية المنظمة في المملكة العربية السعودية ومنها عدم انطباق النص العقابي على الواقعة، لأن الفعل لا يعد جريمة أو أن الفعل مباح في ذاته فجميعها من الأسباب النظامية التي يقوم عليها الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية لتوافر سبب من أسباب التبرير أو الإباحة ويقصد بها تلك الأحوال

التي يرتب القانون على توافرها تعطيل نص التجريم في تطبيقه على فعل يخضع له بحسب الأصل، فتحول دون اكتساب الفعل صفة الجريمة، وتجعله في حكم الفعل المباح الذي لم يرد نص بتجريمه،**(رمضان، عمر، 1991م، ص469)** ومنها الدفاع الشرعي (دفع الصائل)، أو استعمال الحق أو استعمال السلطة (للمزيد حول استعمال الحق أنظر:**الرشيدي،طه،2017م، ص110**). ويطلق الحفظ هنا الحفظ لعدم الجناية. وحيث إن أساس المسؤولية الجزائية هو الإدراك وحرية الاختيار، فمن انتفى لديه هذين العنصرين أحدهما أو كليهما امتنعت مسؤوليته الجزائية، ومنها الإكراه والسكر غير الاختياري والجنون وصغر السن.(للمزيد حول موانع المسؤولية أنظر**: شناق، زكي 2017م.، ص199وما بعدها).**

وتعد موانع العقاب أو الأعذار المعفية من العقوبة من الأسباب النظامية التي ينبني عليها الأمر بأن لا وجه ومنها ما يقرره المنظم بشأن بعض الجرائم نظراً لسريتها وإحاطتها بالكتمان وصعوبة كشفها فإنه يقرر الإعفاء من العقاب لكل من يرشد عن جريمة منها بضوابط يقررها المنظم ذاته. ومنها ما نصت عليه المادة (16) من نظام مكافحة الرشوة لسنة 1412وتعديلاته والتي تقرر إعفاء الراشي أو الوسيط من العقوبة الأصلية والتبعية إذا أخبر السلطات بالجريمة قبل اكتشافها. (للمزيد بشأن شرح النظام أنظر: **الشاذلي، فتوح، 2021م، ص39وما بعدها).**

فإذا ما توافر سبب من هذه الأسباب النظامية كان إصدار الأمر بأن لا وجه للسير في الدعوى الجزائية، وجوبياً ونهائياً يجب أن تصدره النيابة العامة.

ثانياً: الأسباب الموضوعية والمتعلقة بالملاءمة:

الأسباب الموضوعية هي تلك الأسباب التي تتعلق الوقائع وليس بالقواعد النظامية، ومن هذه الأسباب عدم كفاية الأدلة، وقد أوردت المادة (124) من نظام الإجراءات الجزائية هذه ذلك حينما نصت على أنه:" إذا رأى المحقق بعد انتهاء التحقيق أن الأدلة غير كافية أو أنه لا وجه لإقامة الدعوى، فيوصي رئيس الدائرة بحفظ الدعوى ..." ومن هذه الأسباب كذلك أيضاً عدم صحة الواقعة وعدم معرفة الفاعل، وعدم الأهمية حيث يحق للنيابة العامة أن تأمر بالحفظ ولو كانت جناية، لعدم الأهمية وبناء على محضر جمع الاستدلالات.

ومن المتصور أن يقوم الأمر بالحفظ بناء على أسباب لا علاقة لها بالأدلة القائمة في التهمة، بأن يكون أساسه الصلح الذي رأى الطرفان المتنازعان حسم النزاع به، وفض المشكلات على مقتضاه بحسب ما ارتآه كل منهما في مصلحته، فهو قرار نهائي، ومن شأن نهائيته هذه أنه يحوز قوة الشيء المحكوم فيه، ويقوم حائلاً دون تحريك الدعوى العمومية في المدة المحفوظة بأية حال. (أنظر:- https://specialties.bayt.com/ar/specialties/q/1150) كما يستفاد ذلك من مضمون نص المادة (1/17) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية والتي تقرر بأنه إذا نزل المدعي بالحق الخاص عن حقه فلا يجوز رفع الدعوى الجزائية العامة، إلا بمقتضى ما نصت عليه المادة (السابعة عشرة) من النظام والمادة (الرابعة) من لائحته التنفيذية، أي لابد من تقديم شكوى.

شروط صحة الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية:

1 – صدوره بعد إجراء تحقيق:

من طبيعة هذا الأمر يتضح ضرورة صدوره بعد القيام بإجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق، فقد اشترطت ذلك المادة (1/87) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية والتي تنص على أنه:" يشترط لحفظ الدعوى - وفق المادة (الرابعة والعشرين بعد المائة) من النظام - أن يسبقه إجراء من إجراءات التحقيق". وينبغي الإشارة إلى أنه يستوى في التحقيق السابق على صدور هذا الأمر، أن يجريه المحقق بنفسه أو بواسطة من يندبه لذلك من مأموري الضبط الجنائي، كما لا

يشترط أن يكون صدور الأمر بأن لا وجه مسبوقاً باستجواب المتهم. **(سرور، أحمد ، 1980 ،ج 2 ، ص 161)؛ (حسنى، محمود نجيب 1988، رقم 572 – ص 530)** . وأنظر: **(نقض 1936/66/15 – مجموعة القواعد القانونية، ص 616؛ نقض 1946/3/18، ص 111؛ نقض 1947/3/4م، ص305؛ نقض 1956/4/10 – ص 535).**

2 ـ صدور الأمر مكتوباً:

يتضح هذا الشرط جلياً من المادة (1/42) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية التي أوجبت أن يكون الأمر بحفظ الأوراق ـ المنصوص عليه في المادة (الثالثة والستين) من النظام ـ مكتوباً ولا شك أن هذا ينطبق على الأمر الصادر بحفظ الدعوى من باب أولى فقد أوجب المنظم تدوين كافة إجراءات التحقيق الذي تجريه النيابة العامة ولا شك أن الامر بحفظ الدعوى من ضمن تلك الإجراءات. فنظام الإجراءات الجزائية السعودي من الأنظمة التي تأخذ بضرورة تدوين إجراءات التحقيق ومن النصوص الواردة في هذا النظام المواد (96، 97، 101).

كما يتضح ذلك الشرط من المادة (114) (القانون) الخليجي الموحد للإجراءات الجزائية حينما أوجبت أن يبين بالأمر اسم المتهم ولقبه وسنه ومحل ميلاده ومحل اقامته ومهنته وجنسيته وبيان الواقعة المنسوبة اليه ووصفها القانوني. وأنه لا يكون نافذا الا بعد مصادقة النائب العام (المدعي العام) عليه.

وفي هذا الخصوص تقول محكمة النقض المصرية (يحب إثبات إجراءات التحقيق أو الأوامر الصادرة بشأنه لكي تبقى حجة) **(طنطاوي، إبراهيم ، 2000 ، ص68)** فضمانة التدوين بالنسبة للمتهم تتمثل في إمكانية قيام المتهم أو من يمثله قانوناً بمراقبة أعمال التحقيق وإجراءاته ، من حيث البدء وإقامة الدعوى بعد ذلك ، وبحث إمكانية التمسك بالدفع بالتقادم من عدمه. **(البراك، عبد الله،2007، ص120).**

3 – أن يكون الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية صريحاً:

نرى ضرورة أن يكون هذا الأمر بعبارات مكتوبة ومباشرة وصريحة وواضحة لا تحتمل التأويل أو تحمل أكثر من وجه. فالأصل أن عدم وجود وجه لإقامة الدعوى يجب أن يكون صريحاً ومدوناً بالكتابة، إلا أنه قد يستفاد استنتاجاً من تصرف أو إجراء آخر إذا كان هذا التصرف أو الإجراء يترتب عليه حتماً وبطريق اللزوم العقلي ذلك الأمر، و من المقرر أن الأمر بألا وجه لإقامة الدعوى ـ كسائر الأوامر القضائية والأحكام ـ لا يؤخذ فيه بالاستنتاج أو الظن، بل يجب ـ بحسب الأصل ـ أن يكون مدوناً بالكتابة، وصريحاً بذات ألفاظه في أن من أصدره لم يجد من أوراق الدعوى وجهاً للسير فيها، فيجب في هذا الأمر وبشكل خاص في مواد الجرائم الكبيرة (الجنايات) أن يكون صريحاً ولا يغني عنه أنه يوجد ضمن أوراق الدعوى مذكرة محررة برأي المحقق أو المدعي العام يقترح فيها على رئيس الدائرة إصدار الأمر بألا وجه لإقامة الدعوى اكتفاء بالجزاء الإداري. **(https://specialties.bayt.com/ar/specialties/q/1150)**

وعلى خلاف ذلك فقد ذهبت محكمة النقض المصرية حيث تقرر تلك المحكمة أنه: "يستوي في الأمر بألا وجه، أن يكون صريحاً بالكتابة، أو أن يكون ضمنياً يستفاد استخلاصاً أو استنتاجاً من أي إجراء آخر يدل عليه كالقيد الإداري مثلاً، أو استبعاد شخص أو تهمة من دائرة الاتهام". **(أنظر: نقض 1979/6/21 – ص 712؛ نقض 1976/1/26 ص 113؛ نقض 1972/11/19، ص 127؛ نقض 1971/4/5 ، ج 2 ص 345) (سرور، أحمد 1980م، ج 2، ص 166).**

4– أن يكون الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية مشتملاً على الأسباب التي بُني عليها:

ويتضح هذا الشرط جلياً من نص المادة (1/42) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية التي أوجبت تسبيب الأمر الصادر بالحفظ. وهو ذاته ما أكدت عليه المادة (114) من (القانون) الموحد للإجراءات الجزائية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية حيث أوجبت أن يشتمل الأمر على الأسباب التي بني عليها.

5 - وجوب إعلان الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية:

توجب المادة (64) من نظام الإجراءات الجزائية على المحقق في حالة صدور الأمر بالحفظ أن يقوم بإبلاغ المجني عليه والمدعي بالحق الخاص، وفي حال وفاة أحدهما يكون الإبلاغ لورثته جميعهم في مكان إقامة المتوفى. ونصت المادة (2/87) من اللائحة التنفيذية لهذا لنظام على أنه:" يحصل تبليغ جميع ورثة المدعي بالحق الخاص بأمر الحفظ؛ بتسليمهم صورة مصدقة من نموذج التبليغ في مكان إقامة المدعي بالحق الخاص قبل وفاته وإن تعددت أماكن إقامتهم.

كما أوجبت المادة (74) من ذات النظام إذا لم تكن أوامر المحقق وقراراته في شأن التحقيق الذي يجريه قد صدرت في مواجهة الخصوم، فعليه أن يبلغهم إياها خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره. كما أن المادة (114) (القانون) الخليجي الموحد للإجراءات الجزائية أوجبت أن يعلن الأمر بالحفظ للمدعي بالحقوق المدنية، وإذا كان قد توفي يكون الإعلان لورثته جملة دون ذكر اسمائهم وذلك في آخر موطن كان لمورثهم.

6 – وجوب المصادقة على الأمر بأن لا وجه:

توجب المادة (1/124) من نظام الإجراءات الجزائية على المحقق إذا رأى بعد انتهاء التحقيق أن الأدلة غير كافية أو أنه لا وجه لإقامة الدعوى، أن يرفع لرئيس الدائرة توصية بحفظ الدعوى وبالإفراج عن المتهم الموقوف، إلا إذا كان موقوفًا لسبب آخر. ويعد أمر رئيس الدائرة بتأييد ذلك نافذًا، إلا في الجرائم الكبيرة فلا يكون الأمر نافذًا إلا بتصديق النائب العام أو مَنْ ينيبه.

آثار وحجية الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية:

نتناول موضع هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين اثنين نعرض لهما على النحو التالي:

أثار الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية

<u>أولاً</u>: انقضاء الدعوى الجزائية:

أي يترتب عليه حفظ الدعوى ويقصد به كل أمر يصدر من سلطة التحقيق – بعد تحقيق – متضمناً عدم السير في الدعوى الجزائية لتوفر أحد الأسباب التي تحول دون ذلك. فتتوقف الدعوى وتنتهي عند الحد الذي وصل إليه التحقيق فيها لحظة صدور هذا الأمر. فقد نصت المادة (1/10) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية على أنه:" إذا انقضت الدعوى الجزائية العامة قبل رفعها إلى المحكمة فيصدر رئيس دائرة التحقيق أمراً بحفظ الأوراق وفق ما نصت عليه المادة (63) من النظام والمادة (42) من اللائحة، أو بحفظ الدعوى وفق ما نصت عليه المادة (124) من النظام والمادة (87) من اللائحة، وذلك بحسب الأحوال.

<u>ثانياً</u>: الإفراج عن المتهم الموقوف احتياطياً:

إذا ما رأى المحقق حفظ الدعوى وأصدر أمراً بأن لا وجه للسير فيها وكان يوجد متهماً موقوفاً احتياطياً، وجب عليها إطلاق سراحه ما لم يكن موقوفاً لأي سببا آخرا أو على ذمة تحقيق أو قضية أخرى، وذلك من خلال توصية يرفعها

المحقق لرئيس الدائرة المختص وتعتبر نافذة بمصادقته عليها، ويستثنى من ذلك الجرائم الكبيرة فلا تعتبر توصية المحقق نافذة إلا بمصادقة النائب العام أو من ينوب عنه. (أنظر المادة (114) من نظام الإجراءات الجزائية المعدلة بموجب المرسوم الملكي رقم (م/125) وتاريخ 1441/09/14هـ، لتصبح بالنص الآتي:" يحدد النائب العام – بعد الاتفاق مع وزارة الداخلية ورئاسة أمن الدولة – ما يعد من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف، وينشر ذلك في الجريدة الرسمية".

ثالثاً: الفصل في موضوع الأشياء المضبوطة أو المحرزة:

فقد أوجبت المادة (91) من نظام الإجراءات الجزائية عند صدور أمر بحفظ الدعوى - أن يُفْصَل في كيفية التصرف في الأشياء المضبوطة هل يتم مصادرتها أم يتم ردها للمتهم أو لمن ضبطت معه ما لم تكن حيازتها في حد ذاتها تشكل جريمة. وهذا ما أوردته المادة (61) من اللائحة التنفيذية للنظام والتي تقرر بأنه إذا كانت المضبوطات مما تُمنع حيازته شرعاً أو نظاماً، أو كانت محلاً للمصادرة؛ فعلى المحقق إجراء ما يلزم حيال إتلافها أو المطالبة بمصادرتها، وذلك بحسب الأحوال.

<u>رابعاً:</u> إفهام المدعي بالحق الخاص أو ورثته من بعده بحقهم في المطالبة بهذا الحق أمام المحكمة الجزائية المختصة.

حيث قررت المادة (2/124) من نظام الإجراءات الجزائية إفهام من له حق المطالبة بالحق الخاص أمام المحكمة المختصة وفق المادة (السادسة عشرة) من هذا النظام، وإذا كان قد توفي فيكون التبليغ لورثته جميعهم في مكان إقامته، ويكون التبليغ المذكور آنفًا وفق نموذج يعد لذلك، ويوقعه المحقق ورئيس الدائرة، وتسلّم صورة مصدقة منه إلى المدعي بالحق الخاص أو ورثته - بعد التوقيع على الأصل بالتسلّم - لتقديمها إلى المحكمة المختصة، ويسري ذلك على الأمر بحفظ الأوراق المنصوص عليه في المادة (الرابعة والستين) من هذا النظام.

<u>خامساً:</u> قطع مدة التقادم

رغم أن فكرة تقادم إجراءات الدعوى غير مستوفاة ومنظمة بشكل واضح في نظام الإجراءات الجزائية إلا أنه تجدر الإشارة إله –وبشكل عام- توجد عدة شروط يجب توافرها في أي إجراء يقطع مدة التقادم في الدعوى الجزائية أهمها: أن يكون هذا الإجراء قضائياً وجنائياً، وأن يكون الإجراء صحيحاً لا باطلاً، وأن يكون صادراً من شخص إجرائي له ولاية وسلطة إصداره. كما تجد الإشارة إلى أن الإجراءات التي تقطع التقادم في الدعوى الجزائية -بشكل عام- هي الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى وكافة إجراءات التحقيق، وإجراءات الاستدلال إذا اتخذت في مواجهة المتهم أو إذا أخطر بها بشكل رسمي على أن يكون الإخطار لشخص المتهم، والأمر الجنائي. وقد نصت المادة (24) للنظام (القانون) الخليجي الموحد للإجراءات الجزائية على أنه: "ينقطع سريان المدة بإجراءات الاتهام أو التحقيق أو المحاكمة وبالأمر الجزائي وكذا بإجراءات التحريات التي تكون قد اتخذت في مواجهة المتهم أو أُخطر بها بوجه رسمي. وإذا انقطعت المدة بإجراء أو أكثر، بدأ سريان مدة جديدة من تاريخ آخر اجراء. ولا يجوز في أية حالة أن تطول المدة بسبب الانقطاع الى أكثر من نصفها. وإذا تعدد المتهمون فان انقطاع المدة بالنسبة لأحدهم يترتب عليه انقطاعها بالنسبة للباقين.

حجية الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية:

لا شك أن الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية له حجية نهائية وباتة ما لم تظهر دلائل جديدة في الدعوى، فإن ظهرت هذه الدلائل الجديدة أصبحت هذه الحجية قاصرة أو مؤقتة، وقد نصت (125) من نظام الإجراءات الجزائية على أن:" القرار الصادر بحفظ الدعوى لا يمنع من إعادة فتح ملف القضية والتحقيق فيها مرة أخرى متى ظهرت أدلة جديدة من شأنها تقوية الاتهام ضد المدعى عليه. ويعد من الأدلة الجديدة شهادة الشهود والمحاضر والأوراق الأخرى التي لم يسبق عرضها على المحقق". كما ذهبت المادة (115) من النظام (القانون) الخليجي الموحد للإجراءات الجزائية إلى أن الأمر

الصادر من النيابة العامة (الادعاء العام) بأن لا وجه لإقامة الدعوى يمنع من العودة الى التحقيق إلا إذا ظهرت ادلة جديدة. ويعد من الادلة الجديدة شهادة الشهود والمحاضر والاوراق الاخرى التي لم تعرض على النيابة العامة (الادعاء العام) ويكون من شأنها تقوية الأدلة التي وجدت غير كافية او زيادة الايضاح المؤدي الى ظهور الحقيقة.

وحري بنا التأكيد على أن ما أسلفناه من القول بأن هذه الحجية وهذه القوة للأمر النهائي بألا وجه لإقامة الدعوى الجزائية، تثبت لكل أمر تصدره النيابة العامة بعد القيام بأي إجراء من إجراءات التحقيق أي بعد تحريك الدعوى الجزائية، ويتضمن عدم السير في الدعوى ولو وصفته بأنه أمر حفظ، فالعبرة في ذلك كما تقول محكمه النقض المصرية في العديد من أحكامها هي بحقيقه الواقع لا بما تذكره النيابة العامة عنه. (أنظر: **نقض مصري 1984/12/4 ص 863؛ نقض مصري 1982/1/24 ص 80؛ نقض مصري 1973/11/26، ص 1079)**

وفي حين نجد المشرع (المنظم) الخليجي من خلال المادة (116) من النظام (القانون) الموحد للإجراءات الجزائية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية يجيز للنائب العام في قضايا الجنح أن يلغي الأمر المشار اليه في المادة (114) خلال الثلاثين يوما التالية لصدوره بقرار مسبب ما لم يكن قد سبق الطعن فيه. فمن المقرر نظاماً، وفقاً لهذه المادة أن سلطة النائب العام في إلغاء الأمر الصادر بأن لا وجه، هي سلطة مقيدة بثلاثين يوماً بعدها يكون الأمر بأن لا وجه نهائياً وتكون حجيته وقوته في إنهاء الدعوى الجزائية حجية وقوة دائمة. فلا نجد نظام الإجراءات الجزائية أو لائحته التنفيذية في المملكة العربية السعودية تحدد مدة مماثلة لتلك المدة المذكورة في المادة (114) آنفة الذكر، اكتفاءً من المنظم السعودي بربط العدول عن هذا الأمر بظهور أدلة جديدة فقط. وقد ذهبت محكمه النقض المصرية إلى القول بأن: "الأمر الصادر من سلطة التحقيق بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية، له حجيته التي تمنع من العودة للدعوى، مادام أمر الحفظ قد صدر من النيابة العامة بناء على تحقيقات أمرت بها، فإنه لا يجوز مع بقائه قائماً، إقامة الدعوى العمومية بالواقعة ذاتها التي صدر فيها الأمر، فإذا أقيمت الدعوى رغم ذلك على ذات المتهم بذات الواقعة فإن الحكم الذى يصدر في الدعوى يكون باطلاً، حتى ولو كانت النيابة والمحكمة لم يصل إلى علمهما أمر الحفظ ، حتى ولو كان المتهم لم يتمسك به أمام محكمه الموضوع فإن لأمر الحفظ ما للأحكام من قوة الشيء المقضي به وأن الدعوى المدنية التي ترفع للمحاكم الجنائية هي دعوى تابعة للدعوى الجنائية أمامها، والقضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية بالنسبة لواقعة ما، يستوجب القضاء بعدم قبول الدعوى الناشئة عنها، لما كان ما تقدم فإن الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه – اذ قضى بعدم قبول الدعويين الجنائية والمدنية لسبق صدور – مازال قائماً – من النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى الماثلة ، يكون قد أصاب صحيح القانون." أنظر (نقض مصري 1978/5/15 ،ص 520 ، نقض مصري 1940/2/19 – مج القواعد القانونية، ج 5 ،ص109) وأنظر(سرور، أحمد المرجع السابق ج 2 ص 166 ؛ **(مصطفى، محمود، ص 318 ، نقض 1984/12/4 – س 35 – 192 – 863).وأنظر(https://adnanlawyer.com/)**

ويترتب على تمتع الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية بهذه الحجية امتناع العودة إلى التحقيق مادام قائماً لم يلغَ، إلا في الحالات وبالكيفية التي قررها المنظم في المادة (125) من نظام الإجراءات، وكذلك المادة (115) من النظام (القانون) الخليجي الموحد للإجراءات الجزائية ولو جاء الأمر في صيغة الحفظ الإداري، وسواء أكان مسبباً أم لم يكن. إذ له ما للأحكام من قوة الأمر المقضي ولو لم يعلن به الخصوم. والأصل أن الأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية المبني على أسباب عينية كحالة ثبوت أن الجريمة لم تقع أصلاً أو على أنها في ذاتها ليست من الأفعال التي يعاقب عليها القانون يكتسب ـ كأحكام البراءة ـ حجية بالنسبة لجميع المساهمين فيها ولا كذلك إذا كان مبنياً على أحوال خاصة بأحد المساهمين دون الآخرين، فإنه لا يحوز حجيته إلا في حق من صدر لصالحه. **(أنظر: نقض مصري جلسة 1981/2/25، ص 185).**

كما يترتب على اكتساب الأمر بأن لا وجه لهذه الحجية؛ أنه يجوز للمتهم التمسك بعدم جواز نظر الدعوى المرفوعة عليه لسبق الفصل فيها من النيابة العامة بطريق هذا الأمر. ولكن إذا كانت النيابة العامة قد قيدت الدعوى ضد مجهول، وحفظتها مؤقتاً لعدم معرفة الفاعل، فأمر رئيس الدائرة بإعادة تحقيقها وبوشر التحقيق، ورفعت الدعوى بعدئذٍ على المتهم، ففي ذلك ما يدل على أنه لم يكن في مبدأ الأمر متهماً وإذن فلا يصح له أن يتمسك بأمر حفظ لم يصدر في شأنه.

وبتوافر حجية الأمر المقضي به للأمر بحفظ الدعوى أو بأن لا وجه لإقامتها؛ أن يكون الدفع بعدم قبول الدعويين الجزائية والمدنية لسابقة صدور أمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى هو دفع جوهري يجب أن تعرض المحكمة له إيراداً ورداً. (انظر حكم محكمة النقض المصرية **(نقض جلسة 1980/10/29 س 31 ق 180 ص 925)** فالدفع بعدم قبول الدعوى العمومية لسابقة صدور قرار عنها من النيابة العامة بالحفظ هو من قبيل الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وبعبارة أخرى هو من قبيل التمسك بقوة الشيء المحكوم به، ولأجل أن يكون لهذا الدفع محل يجب أن تكون قد وجهت إلى المتهم تهمة في موضوع معين، وأن يكون قد صدر عن هذه التهمة قرار من النيابة العامة بحفظ الدعوى، أما القرار الذي يصدر بحفظ التهمة مؤقتاً لعدم معرفة الفاعلين فلا يصح الاستناد إليه في طلب عدم قبول الدعوى، لأن ذلك يتنافى مع المبادئ التي تقوم عليها حجية الشيء المحكوم به. **(انظر حكم محكمة النقض المصرية (نقض 1931/4/23 مجموعة القواعد القانونية ج 2 ق 251 ص 202)**

الخاتمة:

تناولنا من خلال هذا البحث الطبيعة والأحكام والقواعد النظامية للأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية وفي النظام الموحد للإجراءات الجزائية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية وبعض النظم المقارنة الأخرى حينما كان يستدعي الأمر إجراء تلك المقارنة للاستفادة منها في تقدير الواقع القائم في ظل نظام الإجراءات الجزائية السعودي وذلك لاستجلاء الغموض أو اللبس وللوقوف على أوجه القوة وتدعيمها وكشف مواطن القصور للمنظم بهدف معالجتها مستقبلاً. ومن خلال هذا البحثٍ انتهينا لعدة نتائج وعدة توصيات مبنية على هذه النتائج نوردها من خلال ما يلي:

أولاً: النتائج

1. ازدواجية استخدام مصطلح أو عبارة الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نصوص نظام الإجراءات الجزائية للدلالة على كل من القرار الصادر بحفظ الأوراق والقرار الصادر بحفظ الدعوى، مما يجعل هناك لبس في مفهوم هذا الأمر.
2. لم يتضمن نظام الإجراءات الجزائية ولائحته التنفيذية الإشارة إلى مدة صيرورة الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية أمراً نهائيا مثلما فعل المنظم (المشرع) الخليجي في المادة (114) من النظام (القانون) الموحد للإجراءات الجزائية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية حيث يجيز للنائب العام في قضايا الجنح أن يلغي الأمر المشار اليه في المادة (114) خلال الثلاثين يوماً التالية لصدوره بقرار مسبب ما لم يكن قد سبق الطعن فيه.
3. لم يتضمن نظام الإجراءات الجزائية ولائحته التنفيذية ما يشير إلى إمكانية الاعتراض على الأمر بحفظ الدعوى أو بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية ولا طريقة هذا الاعتراض ولا الأحكام التي تطبق بشأنه.

ثانياً: التوصيات

1. قصر استخدام مصطلح أو عبارة الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في نصوص نظام الإجراءات الجزائية للدلالة القرار الصادر بحفظ الدعوى، مما يمنع أي لبس أو تداخل في مفهوم هذا الأمر مع مفهوم الأمر بحفظ الأوراق.

2. تضمين نظام الإجراءات الجزائية ولائحته التنفيذية مدة صيرورة الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية أمراً نهائيا.
3. تضمين نظام الإجراءات الجزائية ولائحته التنفيذية ما يوضح صراحة إمكانية الاعتراض على الأمر بحفظ الدعوى أو بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية وطريقة هذا الاعتراض والأحكام التي تطبق بشأنه.

قائمة المراجع:

الكتب والمؤلفات القانونية:

- **البراك، عبد الله بن منصور بن محمد، أطروحة (دكتوراه)- حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائية السعودي والمواثيق الدولية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية،2007م.**
- **حسني، محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية النشر والتوزيع، القاهرة،1998م.**
- **الصيفي، عبد الفتاح مصطفى، تأصيل الإجراءات الجنائية، الفنية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1985م .**
- **الصيفي، عبد الفتاح مصطفى، الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية،2010م**
- **الرشيدي، طه السيد أحمد، النظام الجزائي السعودي، القسم العام، النظرية العامة للجريمة – النظرية العامة للعقوبة، ط1، 2017م.**
- **رمضان، عمر السعيد، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م**
- **سرور، أحمد فتحي – الوسيط في الإجراءات الجنائية، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة ،1980م**
- **الشاذلي، فتوح عبدالله، جرائم التعزير المنظمة في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، ط5، 2021م**
- **شناق، زكي محمد، النظام الجنائي السعوي (القسم العام)، نظرية لجريمة والعقوبة، ط1، مكتبة الشقري للنشر وتقنية المعلومات، 2017م.، ص199وما بعدها.**
- **طنطاوي، إبراهيم حامد، التحقيق الجنائي من الناحيتين النظرية والعملية، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000م.**
- **محمود، عمر محمود، مجموعة القواعد القانونية، ج2، ج3،ج5،ج7، مطبعة الاعتماد، مصر،1948م**
- **مصطفى، محمود محمود، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة دار نشر الثقافة، القاهرة،1953م.**

التشريعات والقوانين (الأنظمة) واللوائح التنفيذية:

التشريعات العربية:

- **نظام الإجراءات الجزائية السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/2) وتاريخ 1435/1/22هـ .**
- **اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي، صدرت بقرار مجلس الوزراء رقم (142) وتاريخ 1436/3/21هـ .**
- **وثيقة الرياض للنظام (القانون) الموحد للإجراءات الجزائية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية 1422 هـ - 2001م.**
- **نظام هيئة التحقيق والادعاء العام، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / 56) بتاريخ 24 / 10 / 1409هـ وتعديلاته،**
- **نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم م/36 بتاريخ 29 / 12 / 1412هـ**
- **قانون الاجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتيّ، رقم (17) لسنة 1960م.**
- **قانون الإجراءات الجزائية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٧ / ٩٩ والمنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم (٦٦١) الصادر في ١٥ / ١٢ / ١٩٩٩م.**
- **قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، رقم/328/ صـــادر في 2001/8/2م.**
- **قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، رقم 3 لسنة 2001م.**
- **قانون المسطرة الجنائية المغربي، رقم 22.01 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.02.255 بتاريخ 25رجب1423(23أكتوبر 2002م)**
- **مجلة (قانون) الإجراءات الجزائية التونسي، الصادر بتاريخ 1968/8/6م. والمنشور بالرائد الرسمي عدد (32) بتاريخ 2 و6 أوت 1968م.**
- **قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الصادر بالأمر رقم (66-155) المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966م .**

التشريعات الأجنبية:

- **Code de procédure pénale français**
- **Die deutsche Strafprozessordnung (StPO)**

- **الأوامر والمراسيم الملكية السعودية:**
- **الأمر الملكي رقم (أ/240) بتاريخ 22 / 9 / 1438هـ. والمنشور بالجريدة الرسمية (أم القرى) في العدد رقم(4678) وتاريخ 1438/10/12هـ.**
- **المرسوم الملكي رقم (م/125) وتاريخ 1441/09/14هـ، بتعديل المادة (114) من نظام الإجراءات الجزائية.**

مواقع الإنترنت: (THE INTERNET SITES)

- **https://specialties.bayt.com/ar/specialties/q/1150/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%A8%D8%A7%D8%A8-**
- **https://www.uqn.gov.sa/articles/1499422785348440300/**
- **https://specialties.bayt.com/ar/specialties/q/1150/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%A8%D8%A7%D8%A8-%**
- **https://adnanlawyer.com/%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%85%D8%B1-%D8%A8%D8%A3%D9%84%D8%A7-%D9%88%D8%AC%D9%87-%D9%84%D8%A5%D9%82%D8%A**
- **Légifrance - Le service public de la diffusion du droit (legifrance.gouv.fr)**

أثر خصخصة القطاعات الحكومية على الموظف العام في المملكة العربية السعودية

The impact of privatization of government sectors on the public employee in KSA

أ. نوف عبد الله السويعدي- مجموعة المحامي محمد السالمي القانونية- الطائف – المملكة العربية السعودية

Email: noufabdulaah00@hotmail.com

الملخص:

يهدف هذا البحث إلى معرفة أثر الخصخصة على الموظف العام وذلك في ضوء سعي المملكة العربية السعودية الى خصخصة القطاعات الحكومية ، تماشياً مع تحقيق رؤية 2030 طموحاً منها إلى تحقيق الفاعلية، وزيادة كفاءتها، مما يتطلب إعادة هيكلة الوزارات والأجهزة الحكومية لتحقيق أعظم الإنجازات المرجوة، ورفع مستوى الخدمات المقدمة للمستفيدين، لذلك حرصنا في هذا البحث على تسليط الضوء بداية على معرفة الخصخصة بشكل مختصر، وتسليط الضوء على ما جاء بشأنها من أنظمة وآليات ترسم الطريق للجهات الحكومية فيما يجب عمله واتباعه، لضمان انتقال الموظف من القطاع العام الى القطاع الخاص، وانتهت الدراسة بالتوصل الى أنه هناك تنظيمات واضحة نظامية يجب على الجهات اتباعها مما تضمن للموظف الاحتفاظ بأهم حقوقه المقررة وهي احتساب سنوات الخبرة مع المحافظة على حقوقه المالية، وفي ضوء ذلك نقدم عدة توصيات أهمها إبقاء القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص في النظر للقضايا التي هي بمواجهة القطاعات التي تقدم خدمة عامة ولو بعد انتقالها بيد القطاع الخاص.

Abstract:

This research aims to know the impact of privatization on the public employee, in light of the Kingdom of Saudi Arabia’s endeavor to privatize government sectors, in line with the achievement of Vision 2030, with an ambition to achieve effectiveness and increase their efficiency, which requires restructuring ministries and government agencies to achieve the greatest desired achievements, and raise the level of The services provided to the beneficiaries, so we were keen in this research to shed light first on the knowledge of privatization in a nutshell, and shed light on the regulations and mechanisms that came about it that chart the way for government agencies in what must be done and followed, to ensure the employee’s transition from the public sector to the private sector recommendations that provide services in the areas that provide services in a timely manner and that provide a public service, even after transferring them to the hands of the private sector

المقدمة:

نظراً لما تشهده مملكتنا الحبيبة من تطورات وتغيرات في إطار رؤية المملكة العربية السعودية2030 فقد أصبحت الخصخصة واقع يفرض نفسه في هذا الوقت وأصبحت كثير من القطاعات الحكومية مستهدفة بالتخصيص أي نقل هذه القطاعات من القطاع الحكومي الى القطاع الخاص والذي سينعكس على أداء القطاع الحكومي، فالبحث ينصب بشكل رئيسي على أثر الخصخصة على حقوق موظفين هذه القطاعات بعد التخصيص.

أهمية البحث:

أ- **الأهمية النظرية:** تكمن أهمية في معرفة الآليات المتبعة للتعامل مع الموظفين عند خضوع القطاعات الحكومية للخصخصة بالإضافة الى معرفة القصور في تنظيم هذه الآلية بالنسبة للمنظم.

ب- **الأهمية التطبيقية:** يمكن أن يسهم هذا البحث في مساعدة الموظفين للحد من كثرة الاشاعات وقلقهم من فقدان وظائفهم.

مشكلة البحث: تتمثل مشكلة البحث في مدى شعور العاملين في القطاع الحكومي بالأمن الوظيفي..

ومع ظهور الخصخصة واعتمادها على بعض القطاعات يظهر لنا الحاجة إلى الإجابة على السؤال الرئيسي التالي:

ما أثر الخصخصة على الموظف العام في المملكة العربية السعودية؟

ومتفرعاً منه عدة أسئلة وهي:

- ما هو مفهوم الخصخصة وأشكالها وأهدافها؟

- ما هي القطاعات المستهدفة بالتخصيص؟

- هل هناك قواعد وأنظمة واضحة؟

- كيف سيتم تحويل الموظف من موظف عام الى موظف في القطاع الخاص؟

- ما الضمانات التي سوف يحصل عليها الموظف؟

الهدف من البحث: يهدف هذا البحث عن أثر الخصخصة على الموظف العام ومعرفة أهم الضمانات التي سوف يحصل عليها

الدراسات السابقة: نأخذ نماذج لهذه الدراسات:

1-للدكتور ثامر ملوح المطيري بعنوان (الخصخصة في المملكة العربية السعودية الواقع والتطلعات الأمنية) وهي دراسة تحليله في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، للعام 1996 وهذه الدراسة تلقي الضوء بصورة تحليلية ميدانية على منهج الخصخصة وأبعاده وتوجهاته وجوانب التطبيق الملائمة في المملكة العربية السعودية، وهذه الدراسة وجدت الباحثة أنها سابقة الدراسات التي تناولت جوانب الخصخصة والأبعاد وتوصلت الى عدم صلاحية اخضاع التعليم والصحة الى الخصخصة، وبالتأكيد أن دراستنا البحثية مختلفة في انها في زمن الخصخصة تحديدًا في معالجة مركز الموظف الحكومي بعد الخصخصة.

2-للدكتور ياسين سالم الشواوره بعنوان (خصخصة التعليم الجامعي بالمملكة العربية السعودية من وجهة نظر بعض أعضاء هيئة التدريس بالجامعات السعودية) للعام 2019، تهدف الدراسة الى معرفة الدوافع والنتائج الإيجابية والسلبية الى خصخصة التعليم في المملكة العربية السعودية وما الحلول المقترحة لأبرز المشكلات التي قد تنشأ عنه، وبينت نتائج الدراسة أن هناك عدة نتائج إيجابية لخصخصة التعليم الجامعي مع تبين أن هناك سلبيات ناتجة عن ذلك و اقتصرت الدراسة بشكل عام على دراسة الإيجابيات والسلبيات لخصخصة التعليم الجامعي بالمملكة العربية السعودية واراء بعض أعضاء هيئة التدريس ولم تعالج آلية انتقال أعضاء هيئة التدريس الى القطاع الخاص إن دراستنا البحثية سوف تتناول كيف سيتم نقل الموظف بعد تخصيص القطاع الذي يعمل فيه الى موظف قطاع خاص.

حدود الدراسة:

الحدود الزمانية: تم اجراء هذا البحث في العام 1444 هـ

الحدود المكانية: تم اجراء هذا البحث في المملكة العربية السعودية في محافظة الطائف

الحدودالموضوعية: اقتصرت الدراسة على أثر خصخصة القطاعات الحكومية على الموظف العام
منهجية البحث: وبهذا كان لزاماً علينا للإجابة على تساؤلات البحث المطروحة حول ما أثر الخصخصة على الموظف العام اتبعت الباحثة

1- المنهج الوصفي في تفسير النصوص القانونية واستعراضها

2- المنهج التحليلي في تحديد وتحليل النصوص القانونية ولهذا تطلب منا تقسيم هذا البحث على مبحثين مقسمة كالتالي:

ماهية الخصخصة:

تمهيد وتقسيم:

قبل أن نتناول تأثير الخصخصة على الموظف العام بداية وجب علينا التعريف بماهية الخصخصة وذلك بتحديد ماهية الخصخصة بإيجاز من خلال مفهومها وأشكالها، وذكر أهدافها، والقطاعات المستهدفة بالتخصيص وهذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث مقسماً على النحو التالي:

مفهوم الخصخصة وأشكالها:

أولاً: مفهوم الخصخصة:

إن الخصخصة هي مصطلح حديث نسبياً، وتعد من سياسات التحرر الاقتصادي في وظهر هذا المصطلح في الربع الأخير من القرن الماضي بعد الحرب العالمية الثانية، بدأت مارجريت تاتشر عام 1979م بالعمل على الخصخصة في جزء من شركات مملوكة للدولة، وفي العقدين التي تعقبها انتشرت في كل أرجاء العالم، حيث اعتبرت عنصر من عناصر الإصلاح الجوهري (إسحق، 2013، ص 11) وظهرت عدة مفاهيم للخصخصة منها ما يلي: -

هي التعاقد مع القطاع الخاص على إدارة وتشغيل المشروعات الخدمية الحكومية أو العمل على تحويل ملكية هذه المشروعات للقطاع الخاص بصورة جزئية أو كلية وفقاً للأهداف المطلوب تحقيقها من عملية التحويل. (المطيري، 1996، ص131) وأشارت لها الدكتورة أغادير بوصفها مجموعة متكاملة من السياسات والإجراءات التي تكفل نقل ملكية المشاريع العامة إلى القطاع الخاص. (العيدروس،2019، ص 57)

وهناك عدة تعاريف نكتفي بهذا التعريف والذي نعتقد بأنه جامع ولا تنفك الاخريات عما توصل له من نتيجة.

تعريف الخصخصة في النظام السعودي:

ذكرها النظام السعودي بكلمة التخصيص (المادة الأولى نظام التخصيص)[34] بأنها الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو نقل ملكية الأصول وقد سبقها بذكر معنى نقل ملكية الأصول وذكر بأن نقل ملكية الأصول هي: ترتيب تعاقدي مرتبط بالبنية التحتيّة، أو الخدمات العامة، ينتج عنه نقل ملكية أي من الأصول من أي جهة حكومية إلى الطرف الخاص.

وذكر النظام في ذات المادة تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص **:**ترتيب تعاقدي مرتبط بالبنية التحتيّة أو الخدمة العامة، ينتج عنه علاقة بين الحكومة والطرف الخاص، وتتوافر فيه العناصر الآتية: -

1. أن تكون مدته (خمس) سنوات فأكثر.
2. أن يؤدي الطرف الخاص بموجبه أعمالًا تشمل اثنين أو أكثر مما يأتي: تصميم الأصول أو تشييدها أو إدارتها أو تشغيلها أو صيانتها أو تمويلها، سواءً أكانت الأصول مملوكة للحكومة أم للطرف الخاص أم لكليهما.
3. وجود توزيع نوعي وكمي للمخاطر بين الحكومة والطرف الخاص.
4. يكون المقابل المالي الذي يستحقه الطرف الخاص أو يلتزم به بموجب هذا الترتيب التعاقدي؛ مبنيًّا بشكل أساس على مستوى أدائه في تنفيذ الالتزامات المسندة إليه.

ومن ذلك تستنتج الباحثة بأن الخصخصة هي: عقد شراكة بين القطاع العام وأحد أطراف القطاع الخاص لا يقل مدته عن خمس سنوات فيه يلتزم الطرف الخاص بمقابل مادي ببناء أو بإدارة او تشغيل الأصول بشكل كلي أو جزئي وتقديم العامة للمستفيدين.

ثانياً: أشكال الخصخصة

تتم الخصخصة بأشكال وآليات تبعاً لظروف وأهداف كل دولة، وبالتالي ممكن تقسيم أشكال الخصخصة الى ما يلي:

1- الخصخصة الجزئية:

أما الخصخصة الجزئية فإنه في هذا النوع تحتفظ الدولة بحق الملكية للقطاع ولكنها تعطي الإدارة الى القطاع الخاص ويتم ذلك من خلال ابرام العقود الإدارية التي تبرمها الدولة مع القطاع الخاص فيتولى إدارة القطاع أو المرفق المعني بالخصخصة بمقابل أو بنسبة أرباح.

2- الخصخصة الكلية:

وتعني نقل حق الملكية والإدارة من الدولة الى ملكية القطاع الخاص سواء ببيع الأصول أو عن طريق طرح الأسهم في الاكتتاب العام، وحيث أن هذا الشكل يعتبر الطريق الأمثل للخصخصة من وجهة نظر معظم الكتاب، ويعتبر هذا الشكل الأكثر انتشارا في الدول النامية والاشتراكية في السابق، وبالتالي ليس هناك قاعدة أو طريقة موحدة للخصخصة تطبق بشكل موحد على جميع القطاعات، وذلك لأن كل طريقة سوف تختلف من مرفق الى اخر وحتى يتم تحديد الطريقة المثالية التي تتناسب مع طبيعة كل مرفق لابد من تحديد الهدف المرجو بدقة كي لا يترتب عليها اختلال في العمليات الإنتاجية.(شرننه والفرجاني، 2006،ص17)

[34]– نظام التخصيص، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦٣) وتاريخ ٥ /٨/ ١٤٤٢هـ

أهداف الخصخصة:

لطالما سعت المملكة العربية السعودية إلى التخطيط واتخاذ خطوات مدروسة بعناية بوضع طرق واتخاذ سياسات للوصول الى التنمية الشاملة، ومن أحد هذه السياسات التي لجأت اليها المملكة هي الخصخصة، ويمكننا تقسيم الأهداف الى أهداف خاصة وأهداف عامة.

أولا: الأهداف الخاصة:

وهذه الأهداف تكون خاصة بالقطاع الذي سوف يخضع للتخصيص وتختلف باختلاف المجالات بين القطاعات والخدمات التي يقدمها للعامة، ونظراً لصعوبة حصر الأهداف الخاصة بكل قطاع مع كثرة القطاعات المستهدفة فسنكتفي بذكر أهم الأهداف العامة للخصخصة.

ثانيا: الأهداف العامة:

أما هذه الأهداف هي النتائج العامة المرجوة من اللجوء الى خصخصة القطاعات الحكومية بصفة عامة والتي طالما سعت المملكة العربية السعودية الى تحقيقها، بالنسبة للمملكة لها تجارب سابقة وناجحة في خصخصة بعض القطاعات مثل قطاع الاتصالات سابقاً والذي لامسنا جميعا تحسن الخدمة فيه عن سابق عهده والتنافس بين شركات الاتصالات لتقديم افضل وايسر الخدمات للعملاء، وكذلك شركات النقل العام وغيرها، لطالما كانت الخصخصة علاجاً وحلاً لسوء الخدمات المقدمة من بعض القطاعات فلم تكن الخصخصة سوى حلاً لجأت لها دول العالم، واختلفت نتائج الخصخصة للقطاعات، فلم تكن الخصخصة سوى حلاً وعلاجاً لسوء الخدمات المقدمة من بعض القطاعات، واختلفت نتائج الخصخصة للقطاعات الحكومية في الدول ما بين النجاح المبهر كما حدث في ماليزيا أو تجربة باءت بالفشل كما حدث في مصر، ومن خلال تجارب الدول الأخرى فإن ليس من المسلمات نجاح الخصخصة، وتشير الدراسات في مصر الى نتائج واضحة ينبغي الاستفادة منها حيث أظهرت احدى الدراسات ارتفاع عدد الشركات المشتركة الخاسرة من 59 شركة في العام 1985م الى 73 شركة.(الدوري والشمري، 2007، ص12) وتبنت المؤسسات الدولية الاقتصادية وهي البنك الدولي وصندوق النقد الدوليين اهدافاً محصورة للخصخصة وهي كالتالي:

1- تشجيع الاستثمارات الخاصة

2- تخفيف العبء على ميزانية الدولة

3- تطوير الشركات عن طريق تنمية قدراتها

4- تطوير وتنشيط السوق المالية

5- جذب رؤوس الأموال سواء المحلية أو الدولية وذلك بخلق مناخ مناسب لها للاستثمار فيه (الحصري، *2018*، ص45**)**

القطاعات المستهدفة بالتخصيص:

في ظل رؤية 2030 وإصرار الحكومة على الإصلاحات العامة وتطوير البنية التحتية لاسيما لبعض القطاعات، وتحسين أداءها ورفع الكفاءة للخدمات المقدمة، وقد كان هناك عدة تجارب سابقة للخصخصة ناجحة منها تجربة شركة الاتصالات السعودية، وذلك بتحويل قطاع البريد والبرق والهاتف بوزارة البرق والبريد والهاتف إلى شركة الاتصالات السعودية، وتأسيسها في عام 1418هـ، بهدف تحويل ونقل حقوق وممتلكات الدولة واستثماراتها كافة المحلية والدولية الى الشركة

الجديدة.(السماني، 1440، ص15) وعليه سوف تخضع بعض القطاعات الى الخصخصة ولكن سوف تختلف شكل الخصخصة التي سوف يخضع لها كل قطاع حسب معطيات واحتياجات كل قطاع، وهذه بعض القطاعات التي سوف تكون محلاً للتخصيص: -

1- قطاع الإسكان ويشمل وزارة الإسكان

2- قطاع الصناعة والثروة المعدنية: ويشمل وزارة الصناعة والثروة المعدنية، الهيئة الملكية للجبيل وينبع، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، مدينة الملك عبد الله للطاقة الذرية والمتجددة، الهيئة السعودية للمدن الصناعية ومناطق التقنية (مدن)، والبرنامج الوطني لتطوير التجمعات الصناعية.

3- قطاع البلديات: ويشمل وزارة الشؤون البلدية والقروية، والأمانات.

4- قطاع العمل والتنمية الاجتماعية: ويشمل وزارة العمل والتنمية الاجتماعية.

5- قطاع النقل: ويشمل وزارة النقل، الهيئة العامة للطيران المدني، هيئة النقل العام، الهيئة العامة للموانئ، المؤسسة العامة للخطوط الجوية العربية السعودية، والمؤسسة العامة للخطوط الحديدية.

6- قطاع الطاقة :ويشمل وزارة الطاقة، ومدينة الملك عبد الله للطاقة الذرية والمتجددة.

7- قطاع الاتصالات وتقنية المعلومات: ويشمل وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات، البريد السعودي، وبرنامج الحكومة الإلكترونية "يسّر."

8- قطاع الإعلام و :يشمل وزارة الإعلام، وهيئة الإذاعة والتلفزيون، والهيئة العامة للإعلام المرئي والمسموع، ووكالة الأنباء السعودية.

9- قطاع الرياضة ويشمل وزارة الرياضة

10- قطاع البيئة والمياه والزراعة: ويشمل وزارة البيئة والمياه والزراعة، المؤسسة العامة لتحلية المياه المالحة، الهيئة العامة للأرصاد وحماية البيئة، وشركة المياه الوطنية.

11- قطاع التعليم: ويشمل وزارة التعليم، المؤسسة العامة للتدريب التقني والمهني والجامعات الحكومية.

12- قطاع الصحة: ويشمل وزارة الصحة، المجلس الصحي السعودي، والمؤسسة العامة لمستشفى الملك فيصل التخصصي ومركز الأبحاث.

13- قطاع الحج والعمرة: ويشمل وزارة الحج والعمرة.

14- قطاع المالية :ويشمل المنظومة المالية

15- قطاع الداخلية: ويشمل وزارة الداخلية[35].

[35] – تم حصر وذكر جميع القطاعات في الموقع الالكتروني الرسمي للمركز الوطني للتخصيص، القطاعات المستهدفة بالتخصيص https://www.ncp.gov.sa/ar/Pages/Targeted-Sectors.aspx

أثر الخصخصة على الموظف وضماناته:

تمهيد وتقسيم:

الموظف العام ذكر في نظام الانضباط الوظيفي هو من يعمل لدى الدولة، أو لدى أحد الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة بوظيفة مدنية بأي صفة كانت سواء كان يعمل بصورة دائمة أو مؤقتة' وكما هو معلوم أن الموظف العام هو الذي يعمل في خدمة مرفق عام تديره الدولة وهو خاضع لنظام الخدمة المدنية أي تربطه علاقة تنظيمية بالجهاز الحكومي الذي يعمل فيه، ومما سبق اتضح لنا أن الخصخصة أصبحت تفرض نفسها على بعض القطاعات الحكومية.

وعلى هذا سنقوم بتقسيم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي: _

القواعد المنظمة لانتقال الموظف الى نظام العمل:

مع اتجاه المملكة العربية السعودية الى سياسة الخصخصة الا انه حرصت على اتخاذ إجراءات وتنظيمات واضحة وأهم هذه التنظيمات الصادرة ما يلي: -

أولاً: نظام التخصيص

وقد صدر هذا النظام برقم م/63 وتاريخ 1442/8/5ه والمكون من خمسة واربعون مادة نظمت الأحكام العامة لمشاريع التخصيص والتي استنتجت منه الباحثة أن أحكام هذا النظام يطبق على جميع العقود التي تجريها الوزارات والقطاعات الحكومية وكذلك الشركات التي تصل ملكيتها فيها أكثر من 50% من رأس المال بشكل مباشر أو غير مباشر والتي تكون الغاية من تأسيسها أو التملك فيها تنفيذ مشروع التخصيص.

ثانيا: تنظيم المركز الوطني للتخصيص

استكمالاً وحرصاً من حكومة المملكة العربية السعودية الرشيدة فقد حرصت على تأسيس المركز الوطني للتخصيص بصدور قرار مجلس الوزراء رقم 355 بتاريخ 1438/6/7هـ حيث يقوم المركز بتمكين وتحديد عمليات تخصيص أصول وخدمات القطاعات الحكومية المستهدفة، وكذلك أوكل نظام التخصيص في المادة 44 الى مجلس إدارة المركز اصدار ما يلي: -

1- اللائحة التنفيذية

2- اصدار نماذج المنافسة والعقود المتعلقة بمشروع التخصيص

3- اصدار نموذج بنود التعاقد الإلزامية الاسترشادية المتعلقة بجميع مشاريع التخصيص

ثالثاً: قرار مجلس الوزراء بالموافقة على القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال بالقطاعات المستهدفة بالتخصيص.

صدرت الموافقة على هذا القرار برقم 616 بتاريخ 1442/10/20هـ وحددت 28 مادة ماهي القواعد والترتيبات الخاصة بطريقة معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحول التخصيص، وذلك وفق معايير واضحة وعادلة، تحدد ماهي أسس المفاضلة بين كل من الموظفين مع احتواءه على ضمانات ضامنة لحقوق الموظف من حفظ سنوات خدمته الى الحقوق المالية المقررة له ويأتي تفصيلها في المطلب الثاني.

ضمانات الموظف العام:

من المسلمات انه يترتب على عمل أي موظف حقوق وواجبات وعليه فإن مقابل قيامه بأداء الواجبات المفروضة عليه يتمتع بحقوق مترتبة على الجهة الإداريَّة التي يعمل فيها محددة بنظام الخدمة المدنية وما صدر بشأنه من لوائح وتعاميم، وحيث انه تتمثل حقوق الموظف في نوعين من الحقوق النوع الأول الحقوق المالية وهي مقررة للوظيفة حسب طبيعتها وواجباتها ومسؤولياتها حتي تكفل للموظفين حياة كريمة تتناسب مع أهمية الوظيفة وتتمثل في الرواتب والبدلات والمكافآت والتعويضات، والنوع الثاني هي الحقوق المعنوية وهي حقوق يغلب عليها العنصر المعنوي حتى وإن دخل فيها العنصر المالي بشكل أقل كالترقيات والاجازات. (الرشيد، 1430هـ، ص67)

ولأهمية حقوق الموظفين وانعكاساتها على الموظف خصوصاً بعد كثرة التساؤلات وتخوف الموظفين عن فقد وظائفهم، وحرصاً من الحكومة على ذلك كما تم ذكره سابقاً صدرت الموافقة على الضوابط والترتيبات لمعاملة الموظف بعد التخصيص بكيفية التعامل معه بالقطاعات المستهدفة بالخصخصة وجاءت هذه الضوابط كضوابط عامة لجميع موظفي الجهات الحكومية الخاضعة للتخصيص وبعد الاطلاع وفحص ما جاءت به هذه الترتيبات سنذكرها كالتالي: -

بعد أن تضع الجهة المختصة بالتنسيق مع وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية معايير عادلة تحدد آلية المفاضلة وأسسها بين الموظفين وذلك لتحديد الموظفين الذين سوف يختارون للتخصيص. (المادة رقم 12 من القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال القطاعات المستهدفة بالتحول والتخصيص)

وبالتالي سينتج عن هذه المعايير بلا شك تقسيم الموظفين الى قسمين قسم منهم من توافرت فيه المعايير للانتقال مع التحول أو التخصيص والقسم الآخر من لم تتوافر فيه تلك المعايير وبالتالي سيعامل كل قسم معاملة مختلفة سيتم تفصيلها كالتالي:

أولا: معاملة الموظفين الذين توافرت فيهم معايير المفاضلة للانتقال الى مرحلة التخصيص

فصلت المادة الثالثة عشر من القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحول والتخصيص فيمن توافرت فيهم معايير الانتقال، حيث أتاح النظام بأن يكون للموظف الخيار في أن ينتقل الى القطاع الخاص او لا حسب رغبته، وبالتالي سيكون هنا الخيار للموظف نفسه وحدد النظام اليه معاملة كل فئة كالتالي:

1- من انطبقت عليه المعايير وكان يرغب بالانتقال الى القطاع الخاص

إذا كانت خدمته تقل عن 25 سنة فإنه تنهى خدماته من الوظيفة التي يشغلها ويخير بين كلاً من

أ- تصفية حقوقه التقاعدية وفق الفقرة الثانية من المادة 18 والمادة 23 من نظام التقاعد المدني [36] وعليه سيكون الموظف الذي تقل خدمته عن 25 سنه والذي اختار أن تصفى حقوقه أحال النظام معاملته الى نظام التقاعد المدني حيث أن الموظف الذي لم تبلغ مدة خدمته عشر سنوات فإنه يستحق 14% من المرتب السنوي عن كل سنة محسوبة في التقاعد من مرتبه السنوي والمرتب السنوي هو اخر راتب شهري استحقه الموظف مضروب في12. (المادة رقم 13 من نظام التقاعد المدني)

36 – نص الفقرة الثانية من المادة 18 من نظام التقاعد المدني الصادر بمرسوم ملكي رقم م/41 بتاريخ 29 / 7 /1393هـ. " إذا لم يبلغ مجموع مدتي الخدمة المدنية والعسكرية المدة التي تعطي الحق في المعاش وفقًا لنظام التقاعد المدني فتسوى المكافأة عن خدمته المدنية وفق نظام التقاعد المدني، وتسوى المكافأة عن خدمته العسكرية وفق نظام التقاعد العسكري المعمول به وقت انتهاء خدمته الأخيرة ويصرف مجموع المكافأتين من صندوق التقاعد المدني"

ب- أن تضم مدة خبرته السابقة الى مدة خبرته الجديدة أي عند انتقال الموظف الى نظام العمل فإنه ستحسب نفس عدد سنوات الخبرة السابقة وهذا لمن اختار أن ينتقل مع القطاع الذي يعمل فيه الى التخصيص وهنا سوف تنهى خدماته وينتقل الى العمل لدى القطاع الخاص ويبرم عقد عمل جديد مع القطاع الخاص على ألا يقل راتبه الأساسي عن الراتب الأساسي الذي يتقاضاه قبل التخصيص بشرط ألا يقل الراتب الفعلي الذي سوف يتقاضاه عن الراتب الفعلي الذي يتقاضاه في الوظيفة قبل التخصيص.

إذا كانت خدمته تقل عن 25 سنة فإنه كذلك تنهى خدماته من الوظيفة التي يشغلها ويخير بين:

أ- يحال الى التقاعد المبكر طبقاً لنظام التقاعد المدني وتفصيلها أنه يستحق الموظف معاش تقاعدي عند نهاية خدمته متى بلغت خدمته خمسة وعشرين سنة على الأقل، ويجوز للموظف أن يطلب الإحالة على التقاعد ويحصل على المعاش التقاعدي بعد انقضاء مدة خدمته في أنظمة التقاعد على لا تقل عن عشرين سنة وبشرط الموافقة على الإحالة من قبل الجهة المختصة التي تملك حق التعيين لمثله فإذا كان انتهاء الخدمة بسبب إلغاء الوظيفة أو الفصل بقرار من مجلس الوزراء أو بأمر سامي ما لم ينص على أن الفصل بسبب تأديبي فيستحق الموظف معاش تقاعدي متى بلغت مدة خدمته المحسوبة في التقاعد خمس عشر سنة على الأقل (الفقرة 1 من المادة رقم 18 من نظام التقاعد المدني)

ب- أن يختار الانتقال الى نظام العمل وتنهى خدماته فيبرم معه عقد وفقاً لنظام العمل مع الجهة الخاصة فسوف تضم سنوات خبرته السابقة الى خبرته الجديدة بشرط ألا يقل الراتب الفعلي الذي سوف يتقاضاه عن الراتب الفعلي الذي يتقاضاه في الوظيفة قبل التخصيص. (المادة رقم 13 من القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحول والتخصيص)

ونلاحظ هنا أن الموظف الذي انطبقت عليه المعايير واختار الانتقال مع القطاع الحكومي الى القطاع الخاص فإنه ضمن له النظام حق الخبرة السابقة وحق الراتب الذي يتقاضاه قبل التخصيص بالإضافة على ذلك ألزم النظام الجهة التي يتبع لها الموظف قبل التخصيص مراعاة ما يلي في معاملته للموظفين الذين انطبقت عليهم المعايير للانتقال الى القطاع الخاص بما يلي:

1- صرف جميع مستحقاته المالية.

2- مكافأة تحتسب على اساس ١٦٪ من راتبه الأساسي لكل سنة من سنوات خدمته أو على أساس المكافأة المستحقة له عند انتهاء خدمته وفق النظام الوظيفي التابع له ايهما أكثر.

3- التعويض عن رصيده من الاجازات وفق النظام الوظيفي الذي يخضع له قبل التخصيص. (المادة رقم 13 من القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحول والتخصيص)

2- من انطبقت عليه المعايير ولا يرغب بالانتقال الى القطاع الخاص

من انطبقت عليه المعايير ولكنه لا يرغب بالانتقال الى القطاع الخاص فإن له أحد هذه الخيارات التالية:

1- على الجهة الذي يتبع لها الموظف أن تضمه الى مالا يشمله التخصيص لمدة لا تزيد عن سنة من تاريخ قرار التخصيص.

2- إذا تعذر على الجهة ضمه فإنه ينقل خدماته الى أي وظيفة حكومية أخرى خلال مدة ستة أشهر من تاريخ اشعاره بقرار التخصيص وهذه المدة قد تمدد الى ستة أشهر أخرى بعد موافقة الجهة المختصة.

3- يسمح للموظف خلال هذه الستة أشهر التغيب عن العمل يوم في الأسبوع للبحث عن جهة ينقل خدماته لها.

4- إذا تعذر على الموظف خلال هذه المدة التي أقصاها سنة نقل خدماته الى وظيفة حكومية أخرى فأنه تنهى خدماته وتصفيه حقوقه التقاعدية إذا كانت خدمته أقل من 25 سنه، ويحال الى التقاعد من كانت خدمته 25 سنة فأكثر مع احتفاظ كلا الفئتين بحق ضم الخدمة السابقة الى الخدمة الجديدة في حالة انتقاله الى وظيفة تخضع لنظام العمل(انظر المادة 15 من القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحول والتخصيص)

ثانيا: معاملة الموظفين الذين لم تتوافر فيهم معايير المفاضلة للانتقال الى مرحلة التخصيص

سيتم معاملة من لم تنطبق عليهم المعايير وفق التالي:

1- على الجهة التي يتبع لها الموظف أن تضمه الى مالا يشمله التخصيص لمدة لا تزيد عن سنة من تاريخ قرار التخصيص.

2- إذا تعذر ضمه فإنه يتم التنسيق مع وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية ووزارة المالية لنقل خدماته الى وظيفة حكومية أخرى.

3- في حال انهاء خدماته فإنه سيعامل مثل من تنتهي خدماته ممن انطبقت عليهم المعايير ولا يرغب بالانتقال الى القطاع الخاص (المادة 17 القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحول والتخصيص)

ومما سبق يتضح أن النظام حدد الطرق المتبعة عن طريق التعامل مع الموظفين كلاً حسب فئته وجعل سنوات الخبرة معيار لتحديد الطرق المتبعة مع كل فئة بالإضافة الى معيار المفاضلة لتحديد الموظفين الذين سيجتازون هذه المعايير، ويثار تساؤلاً هنا وهو لماذا لم يكتفي المنظم بالمعايير التي تم تعيين الموظفين بناء عليها والزم القطاع الخاص بها بدلاً من وضع معايير جديدة؟

ومن وجهة نظر الباحثة فإن عدم إلزام القطاعات الخاصة بالكفاءات العاملة في القطاع العام ما هو الا اعتراف بعدم كفاية المعايير التي بناءً عليها تم تعين هؤلاء الموظفين في القطاعات الحكومية، بالإضافة الى تضخم عدد الموظفين فيها، وليس يعني هذا أن الخصخصة الهدف منها تخفيض الأعداد وانما انتقاء الكفاءات العاملة التي ستساهم في العملية التطويرية.

إلا أنه وعلى صعيد ذلك أشارت دراسة الى ازدياد اعداد العاملين بعد الخصخصة، فزيادة الاستثمار والكفاية التشغيلية تقود إلى ارتفاع الإنتاج والعمالة، كما أشار الزيادة في عدد العاملين كانت مهمة بالنسبة للمنشأة في القطاعات غير التنافسية وللمنشآت التي تمت خصخصتها جزئيا، وكذلك تلك التي تمت خصخصة إيراداتها، عكس كما كان متوقعا نحو تخفيض العمالة. (عساف، د.ت.

أثر الخصخصة على الاختصاص الولائي للقضاء:

بما أن قواعد الاختصاص الولائي تتعلق بالنظام العام والذي يترتب عليه أنه لا يجوز لجهة قضائية أن تنظر في نزاع قضائي يدخل في اختصاص جهة قضائية أخرى، مما ينتج عنه عدم قبول الدعوى من المحكمة الغير مختصة. (المرسي،2017 م، ص138) وكما نعلم أن ديوان المظالم هو المختص ولائياً في الدعاوي المتعلقة بالحقوق المقررة في

نظم الخدمة المدنية والعسكرية والتقاعد لموظفي ومستخدمي القطاعات الحكومية، وكذلك دعاوي التعويض التي يقدمها أصحاب الشأن عن قرارات أو أعمال جهة الإدارة هو اختصاص أصيل لمحاكم ديوان المظالم. (الموجان،1438ه، ص46) ويثور التساؤل هنا حول أثر الخصخصة على الاختصاص الولائي لاسيما بعد انتقال القطاع الحكومي الى القطاع الخاص، والمعمول به حالياً في ديوان المظالم بالمملكة هو بمجرد تخصيص أي من القطاعات الحكومية، وتشغيله من قبل شركات القطاع الخاص حتى لو كان القطاع مملوك بالكامل للدولة فإنه يقضي بعدم اختصاصه ولائياً بنظر النزاعات الناشئة عن العقود التي تكون تلك الشركة طرفاً فيها بغض النظر عن محل وموضوع هذه العقود حتى لو كانت لتشغيل أو تنفيذ مشروعات عامة. (الجذلاني، 1436هـ) وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة والعشرون من القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحول والتخصيص.

وبالتالي فإنه يمكن تقسيم الاختصاص الولائي للقضاء بما هو مترتب على خصخصة القطاعات الحكومية كالتالي:

أولا: المحكمة المختصة بالنظر في الدعاوي الناشئة عن تطبيق القواعد والأنظمة المنظمة لعملية التخصيص.
إن أي منازعة تعاقدية سواء عقد أكان عقد إداري ام لا ويكون أحد طرفيها جهة حكومية فلأصل فيه أنه ينعقد الاختصاص للفصل فيه الى ديوان المظالم (العجمي،1442هـ، ص246) ومما لا شك فيه أنه قد ينشأ نزاعات عند تطبيق الأنظمة وتنفيذ برنامج الخصخصة، سواء النزاعات تكون بين القطاع الخاص والجهة الإدارية أو بين موظفي القطاعات الحكومية والجهات التابعين لها.

أ- النزاعات الناشئة بين القطاع الخاص وجهة الإدارة:
العلاقة التي تربط بين الجهة الحكومية والقطاع الخاص المشغل للقطاع الحكومي هي علاقة تعاقدية وعليه ستكون الإدارة أحد أطراف العقد، أجاز النظام أن يتم الاتفاق على فض المنازعات التي تنشأ عن عقد التخصيص، وأي عقد تابع له من خلال التحكيم وفق قواعد يصدرها المركز الوطني للتخصيص [37].

بالإضافة الى أن هناك لجنة سوف تكوّن بقرار من مجلس إدارة المركز الوطني للتخصيص للنظر بداية في التظلمات المقدمة ضد هذه القواعد والإجراءات في طرح مشاريع التخصيص والترسية، وستكون قرارتها قابلة للطعن فيها أمام المحكمة المختصة وهي ديوان المظالم. (المادة رقم 39 من نظام التخصيص)

ب- النزاعات الناشئة بين الموظف وجهة الإدارة:

جاء النص في قواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال في القطاعات المستهدفة بالتحول والتخصيص واضحاً في حال اعتراض الموظف أو التظلم على الإجراءات والأليات المتبعة معه في حال كان القطاع الذي يعمل فيه خاضع الى عملية خصخصة فيستطيع أن يتظلم أو يعترض على هذه الإجراءات أمام ديوان المظالم حيث جاء في نص المادة الرابعة والعشرون كالتالي: " يكون اختصاص الفصل في المنازعات ذات العلاقة بالقواعد والترتيبات؛ أمام المحاكم الإدارية، ما لم يكن الحق محل النزاع ناشئاً بناءً على علاقة تعاقدية تخضع لنظام العمل، فيكون اختصاص الفصل للمحاكم العمالية". ويتضح مما سبق أن طالما لم ينتقل الموظف بعقد خاضع الى نظام العمل فإنه لايزال في مواجهة الإدارة موظف حكومي تابع لنظام الخدمة المدنية فالاعتراض او التظلم على الإجراءات يكون الى ديوان المظالم.

[37] – راجع قرار مجلس الوزراء رقم م/63 وتاريخ 1442/8/5هـ البند الثاني في فقرته الثانية.

ثانياً: المحكمة المختصة بالنزاعات الناشئة بعد تنفيذ التخصيص

بعد انتقال القطاع الحكومي الى القطاع الخاص واستلام الجهة المشغلة له فإن الحكومة ستفض الحكومة عن هذا القطاع وبالتالي المتضرر من هذا القطاع سواء من الغير أو الموظف الذي يعمل فيه سيكون في مواجهة القطاع الخاص المشغل له، وعليه سيخرج كذلك اختصاص ديوان المظالم

أ. النزاعات بين الموظف وجهة عمله بعد تطبيق الخصخصة ونقل خدماته الى نظام التأمينات الاجتماعية

بعد انتقال الموظف الى القطاع الخاص فإنه سيكون العقد المنظم له عقد خاضع لنظام التأمينات الاجتماعية وعليه سيكون صاحب الاختصاص للنظر في النزاعات الناشئة عن هذا العقد هي المحاكم العمالية حيث تختص في المنازعات المتعلقة بنظام العمل وعقود العمل وكذلك النزاعات الناشئة عن تطبيق نظام العمل والتأمينات الاجتماعية. (أحمد،1441هـ، ص54)

ب. النزاعات بين الغير والطرف الخاص المشغل للقطاع الحكومي الناشئة عن تنفيذ مشاريع التخصيص

وبهذا الشأن فقد قرر ديوان المظالم بعدم اختصاصه بالنظر في الدعاوي المقامة ضد القطاع الحكومي بعد الخصخصة مقرراً ما يلي: إن مسألة الاختصاص مسألة أولية يتعين النظر فيها قبل النظر في الدعوى شكلًا أو موضوعا وحيث إن دعوى المدعي قد قامت ضد شركة الاتصالات السعودية والذي نص قرار مجلس الوزراء رقم (١٣٥) في 15/8/1418هـ في البند أولا على: "تحويل مرفق الاتصالات (البرق والهاتف) بمختلف مكوناته وتجهيزاته الفنية والإدارية بما في ذلك الهاتف الثابت ونظام نقل المعلومات والنداء الآلي والجوال والهواتف العمومية والشبكة العامة إلى شركة مساهمة سعودية تنشأ باسم (شركة الاتصالات السعودية) تدار على أسس تجارية سليمة على أن تباشر أعمالها خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا القرار". كما نص ذلك القرار في البند رابعا على أنه: "تنقل كافة حقوق وممتلكات الدولة واستثماراتها المحلية والدولية فيما يتعلق بالاتصالات بكافة أنواعها إلى هذه الشركة". وحيث إن قرار مجلس الوزراء رقم (٢١٣) وتاريخ ٢٢/١٢/١٤١٨هـ نص على:"1- الموافقة على تأسيس شركة مساهمة سعودية باسم (شركة الاتصالات السعودية) وفقا لنظامها الأساسي المرفق. وقد أعد مشروع مرسوم ملكي بذلك صيغته مرفقة بهذا.٢- تبدأ الشركة مزاولة أعمالها خلال شهر من تاريخ صدور المرسوم الملكي بتأسيسها". وحيث إن دعوى المدعي منحصرة في طلب إلغاء مطالبة شركة الاتصالات له بالمبالغ المترتبة على جهاز التلكس له حيث إن التلكس من مرفقات الاتصالات التي ثبت من النصوص السابقة أن شركة الاتصالات قد ورثت ذلك المرفق من الوزارة وحيث إن المستفاد من تلك النصوص أن شركة الاتصالات أضحت تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخصية الحكومة ولها ذمتها المالية المستقلة عن ذمة الحكومة ولا أدل على ذلك من كون البند الأول من قرار مجلس الوزراء رقم (135) 2 15/8/1418هـ قد تضمن أن تلك الشركة تدار على أسس تجارية سليمة. أي أن عنصر الربح مأخوذ ي الاعتبار لدى تلك الشركة بعكس المرفق الحكومي الذي القصد منه تقديم الخدمة دون النظر إلى عنصر الربحية وبالتالي فإن شركة الاتصالات تعد شركة تجارية. وحيث إن ديوان المظالم بصفته هيئة قضاء إداري لا يختص بالنظر في الدعاوى الموجهة ضد الشركات التجارية ما لم يكن النزاع تجاريا فتختص به الدوائر التجارية وهذه الدعوى ليست منها، وبالتالي فإن هذه المطالبة خارجة عن اختصاص ديوان المظالم ولائياً [38].وبهذا نستنتج أن بعد انتقال القطاع الحكومي الى القطاع الخاص واستلام الجهة المشغلة له فإن الحكومة ستتحلل عن

38- حكم المحكمة الإدارية الابتدائية، الصادر من الدائرة في قضية رقم 1/591/ق لعام 1419هـ، المؤيد بحكم هيئة التدقيق 22/ت/6 لعام 1420هـ، حكم منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية للأعوام1402-1426هـ، المجلد الأول، ص 158.

هذا القطاع وبالتالي المتضرر من هذا القطاع سواء من الغير أو الموظف الذي يعمل فيه سيكون في مواجهة القطاع الخاص المشغل له، وعليه سيخرج كذلك عن اختصاص المحكمة الإدارية.

الخاتمة:

نرى ان خصخصة القطاعات الكبرى في الدولة وان كانت من السياسات التي تبنتها الدولة حديثاً وأصدرت لها من الأنظمة ما يضمن استمرارها واستقرارها، وتظل تجربة فريدة تخوضها الدولة وثقتها في مؤسسات القطاع الخاص بتحفيز وتشجيع مستمر وصولا للأهداف التي ترمي اليها الدولة، وبناء على كل ما تقدم يمكن تعداد النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث كالتالي:

النتائج:

1- من خلال استعراضنا للأنظمة الصادرة بهذا الخصوص نجد ان حكومتنا الرشيدة حريصة في وضع خطط مدروسة مما يبعث الطمأنينة في تنفيذ هذه السياسة.

2- ان المراكز القانونية للأشخاص لا تتغير حيث يظل الموظف في عمله بما يتناسب مع مؤهلاته العلمية او العملية، وما يطرأ عليه التغير هو حالة الموظف من قطاع عام الى قطاع خاص ويظل الموظف يتمتع بكافة حقوقه التي كفلتها له الأنظمة ذات العلاقة.

3- أن بعد التخصيص ونقل خدمات الموظف الى نظام التأمينات الاجتماعية فإن الاختصاص بالنظر في النزاعات ليس من اختصاص المحاكم الادارية.

4- أن اعتماد وطرح معايير جديدة للمفاضلة بين الموظفين اعتراف صريح من المنظم بأن المعايير الأولية التي تم تعيين الموظفين بناء عليها تتسم بالقصور وغير كافيه لتحديد الكفاءات العملية.

التوصيات:

1- جعل الأولية للشركات والمؤسسات الوطنية في إدارة المرافق الوطنية مع الاستعانة بشركات ومؤسسات اجنبية تكون ذات خبرة في مجال التشغيل ابتداءً مع ترك مجال للمؤسسات والشركات الوطنية للدخول في شراكات مع هذه المؤسسات الأجنبية لاكتساب الخبرات.

2- التشديد بالرقابة على كيفية تطبيق المعايير التي بناء عليها سيتم اختيار الموظفين المرشحين الى الانتقال الى القطاع الخاص وتشجيع وتطوير الموظفين في القطاعات الحكومية.

3- إبقاء ديوان المظالم هو صاحب الاختصاص بالنظر في النزاعات بين الموظفين وجهة عملهم طالما يعمل في مرفق عام لتقديم خدمة عامة حيث سيزيد الضغط على المحاكم العمالية مع توسع الخصخصة وكثرة القطاعات المستهدفة وعليها سيتقلص دور ديوان المظالم تدريجياً.

4- وضع معايير ضامنة لكفاءة المتقدمين عند طرح الوظائف في القطاعات الحكومية لضمان صلاحية موظفين القطاعات الحكومية مما سيساعد في توفير الوقت والجهد بعدم وضع معايير أخرى.

قائمة المراجع والمصادر:

1- أحمد، حسيني إبراهيم. (1441هـ). *الوافي في شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية السعودي* (ط.1). دار الإجادة.

2- الجذلاني، محمد. (23 شعبان 1436هـ). جريدة الرياض. https://www.alriyadh.com/1055588

3- الحصري، نبيه فرج. (2018م). *الخصخصة تجربة مصر وماليزيا مع الإشارة للتجارب الغربية* (ط.1). دار الفجر للنشر والتوزيع.

4- الدوري، عمر علي، الشمري، احمد اضرار. (2007). *الخصخصة بدائل التحول من الملكية العامة إلى الملكية الخاصة*، كلية المنصور الجامعة.

5- الرشيد، محمد بن الشيخ عبد العزيز بن ناصر. (1430هـ). *حقوق الموظف العام في المملكة العربية السعودية* (ط.1). مكتبة الملك فهد الوطنية.

6- السماني، محمد أحمد. (1440). *التخصيص برؤية المملكة العربية السعودية 2030* {ورقة عمل} ادارة الدعم والتأثير المرصد الاقتصادي.

7- شرننة، فرحات صالح، الفرجاني، سلم أحمد. (2006). *الخصخصة والشراكة (ط.1)*. دار الكتب الوطنية، ليبيا.

8- العجمي، أحمد محمد. (1442هـ). *الوجيز في العقود الإدارية في النظام السعودي* (ط.1). دار الإجادة.

9- العيدروس، أغادير. (2019). *الكفايات الجوهرية للموظفين في ضوء متطلبات الخصخصة {دراسة منشورة}* مجلة كلية التربية، جامعة عين شمس، العدد 327.

10- المرسي، متولي عبد المؤمن محمد. (2017م). *الوجيز في نظام المرافعات الشرعية* (ط.1). دار الإجادة للنشر والتوزيع.

11- المطيري، ثامر ملوح. (1996). *الخصخصة في المملكة العربية السعودية الواقع والتطلعات والأبعاد* الأمنية {بحث منشور} المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب.

12- الموجان، إبراهيم حسين. (1438هـ). *شرح نظام المرافعات أمام ديوان المظالم (ط.1)*. مكتبة الملك فهد للنشر والتوزيع.

المدونات القضائية:

1- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية للأعوام1402-1426هـ، المجلد الأول.

2- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية للعام 1433هـ، المجلد الأول.

الأنظمة واللوائح:

1- القواعد والترتيبات الخاصة بكيفية معاملة الموظفين والعمال القطاعات المستهدفة بالتحول والتخصيص الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم 616 وتاريخ 1442/10/20هـ.
2- نظام الانضباط الوظيفي الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/18) وتاريخ1443/2/8هـ.
3- نظام التخصيص الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/63) وتاريخ 5 /8/ 1442هـ.
4- نظام التقاعد المدني الصادر بمرسوم ملكي رقم م/41 بتاريخ 29 / 7 /1393هـ.

نفاذ القرار الإداري الإلكتروني في فلسطين" دراسة تحليلية "

" The entry into force of the electronic administrative decision in Palestine" An analytical study

د. محمد زياد عزت جرادات - أستاذ ورئيس قسم القانون العام المساعد -الجامعة العربية الامريكية -جنين - فلسطين

Email:Mohammed.jaraddat@aaup.edu

الملخص:

لجأت الإدارة إلى الواقع الإلكتروني لتأدية نشاطها، وسير مرافقها بالصورة الحديثة حتى تتماشى مع التطور التكنولوجي في الاتصال، والتواصل بينها وبين الأفراد، حيث شكل هذا الواقع موطناً جديداً للأعمال والتصرفات القانونية، وذلك عبر ظهور نظام الإدارة الإلكترونية الذي أدى لإرساء الثقافة الإلكترونية على حساب نظيرتها الورقية التقليدية، فقد أصبح القرار الإداري يخرج إلى الوجود بإجراءات إلكترونية يعتمد عليها في تحقيق نفاذه، بالاستناد إلى وسائل إلكترونية تختلف عن تلك التقليدية.

وهدفت هذه الدراسة لبيان ماهية القرار الإداري الإلكتروني، وأحكام نفاذه معرجةً على الوسائل الإلكترونية المستخدمة للعلم بفحوى هذا القرار، وإمكانية الاحتجاج به أمام القضاء، من خلال اتباع المنهج الوصفي والتحليلي للأنظمة والقوانين المتعلقة بالموضوع، واختتمت بذكر عدة نتائج بحيث إن القرار الإلكتروني ووسائل نفاذه تستمد مشروعيتها من القواعد ذاتها والأحكام المنظمة لسلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية، وفي النهاية توصلت الدراسة إلى أهمية وضع نظام خاص ينظم بموجبه كافة المسائل الالكترونية، وتحديدا المتعلقة بالقرارات الإدارية الإلكترونية من لحظة إصدارها وحتى نفاذها، وتنفيذها باستخدام الوسائل الإلكترونية .

كلمات مفتاحية: الإدارة الإلكترونية، النشر الإلكتروني للقرار، النفاذ الإلكتروني للقرار، المعاملات الإلكترونية.

Abstract:

The administration resorted to the electronic reality to perform its activities and the functioning of its facilities in a modern way in order to be in line with the technological development in communication and communication between it and individuals. The administrative decision has come into being with electronic procedures that are reliable in achieving its effectiveness, based on electronic means that differ from the traditional ones.

This study aimed to clarify the nature of the electronic administrative decision, and the provisions of its enforcement by referring to the electronic means used to know the content of this decision, and the possibility of invoking it before the judiciary, by following the descriptive and analytical approach to the regulations and laws related to the subject, and concluded by mentioning several results so that the electronic decision and its means of enforcement derive their legitimacy Of the same rules and provisions regulating the authority of the administration in issuing administrative decisions, and in the end the study found the importance of developing a special system that regulates all electronic issues,

specifically those related to electronic administrative decisions from the moment of their issuance until their enforcement and implementation using electronic means.

Keywords:

Electronic management, electronic publication of the decision, electronic access to the decision, electronic transactions

مقدمة:

يشهد العالم ثورة حقيقة تسعى للسيطرة المعلوماتية على كافة مجالات الحياة، باستخدام التقنيات الحديثة التي أصبح الإنسان يحتاجها في حياته العلمية، والاقتصادية، والاجتماعية، وحتى أبسط نشاطاته الفردية، وتسعى المؤسسات لمواكبة هذا التطور، وتتسارع لتقديم طرق مستحدثة مستمدة من البيئة الإلكترونية الحديثة تتميز بها عن غيرها، لما لها من ميزات تهدف لترقية نشاطها بشكل منتظم ودقيق بعيداً عن الواقع التقليدي والروتيني، الذي أصبح تطويره متطلباً أساسياً للإنسان بغض النظر عن مكانته في المجتمع، وطبيعة عمله.

وبطبيعة الحال فإن التطور التكنولوجي يولد رغبة لدى معظم الإدارات المعاصرة؛ لنقل النشاط الإداري من واقعه التقليدي إلى الواقع الإلكتروني نظراً لدقة مستحدثات التكنولوجيا في عملية إدارة المرافق العامة باستخدام شبكة الإنترنت، والحاسوب، والهاتف المحمول، وغيرها من الوسائل الحديثة التي تساعد الإدارة في التعبير عن إرادتها المنفردة، أو الاتفاق مع غيرها من أجل تأدية نشاطها بكفاءة وفاعلية.

وتأسيساً على ما سبق، أصبح من الضروري ظهور وسائل حديثة لإدارة المرافق العامة؛ لضمان سيرها وتحقيق الغاية منها، فبرزت مصطلحات جديدة كالقرار الإداري الإلكتروني، والعقد الإداري الإلكتروني، ونتج عن ذلك التوقيع الإلكتروني، كما نُظمت الحجية القانونية لهذه الوسائل بالإثبات الإلكتروني المبني على وسائل مستمدة من الواقع الإلكتروني.

ويُعد القرار الإداري من أهم الوسائل القانونية التي تعبر بها الإدارة العامة عن إرادتها، وذلك بالاستناد إلى القانون الإداري الذي يمتاز بأنه قضائي، ومتأثر بطابع السلطة العامة، وغير مقنن، وحديث النشأة، ومرن وسريع التطور، ولعل هذه الميزات تؤهله لاستيعاب مستجدات، ومتطلبات الحياة الإدارية، والعلمية من خلال استغلال التكنولوجيا في تطوير عمل الإدارات العامة، وتحسين خدماتها؛ لمواكبة التطور العالمي الحديث، وتطبيق الإدارة الإلكترونية في عمل المرافق العامة العمومية.

ولما للقرار الإداري من أهمية باعتباره لسان حال الإدارة، والمترجم الحقيقي لإدارتها، ومحور العملية الإدارية التي تطورت باتساع النشاط الإداري، أثيرت عدة تساؤلات قانونية حول القرار الإداري الإلكتروني ومدى الاعتراف به وآلية الاحتجاج به سواء في مواجهة الإدارة أم في مواجهة الأفراد، وتحديد اللحظة التي يعد بها القرار الإداري الإلكتروني نافذاً، لما له من آثار قانونية.

وانعكس التطور التكنولوجي للقرار الإداري على تحديث وسائل العلم به المبنية على إجراءات، وأساليب الكترونية مختلفة عن تلك المتبعة في الواقع التقليدي، ويتعين على الإدارة إثبات الوسيلة التي أدت إلى نفاذ قرارها الإلكتروني.

أهمية البحث:

تنبع أهمية البحث من كونها واقعة مستحدثة أرساها تطور العمل الإداري، وتطبيق نظام الإدارة الإلكترونية من خلال تطلع الإدارة إلى تحديث وسائلها في ضوء التطور التكنولوجي مما يجعل عملها منسجماً مع الثقافة السائدة في المجتمع من جهة، وبيان الأساس القانوني للقرار الإداري الإلكتروني والأحكام الناظمة لنفاذه من جهة أخرى، تماشياً مع قواعد القانون الإداري التي لا تعرف الجمود، وقدرتها على ملاحقة تطور الحياة الإدارية حتى لا نكون أمام فراغ قانوني.

الهدف من البحث:

يتمثل الهدف الرئيسي من هذه الدراسة في بحث الطبيعة المستجدة للقرار الإداري الإلكتروني من خلال بيان خصوصية نفاذه بالشكل الحديث، وبيان ماهية النشر الالكتروني، وبيان سنده القانوني، وكذلك معرفة مفهوم الإعلان الإلكتروني والعلم اليقيني الإلكتروني للقرار الإداري الإلكتروني.

مشكلة البحث:

تبرز إشكالية البحث في تحديد مدى كفاية التنظيم القانوني الفلسطيني للقرار الإداري الإلكتروني وأحكام نفاذه، وهل يتفق أم يتعارض مع القواعد العامة المتعلقة في القرار الإداري التقليدي؟ ويتفرع عنه التساؤلات الآتية:

1. ما هو مفهوم القرار الإداري الإلكتروني والأساس القانوني له؟
2. ما هي وسائل نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، وطرق إثباتها؟

منهجية البحث:

اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي لبيان ماهية القرار الإداري الإلكتروني وأحكام نفاذه، من خلال دراسة الأنظمة والقوانين المتعلقة بالشأن ذاته.

خطة البحث:

سيقوم الباحث بتقسيم هذا البحث إلى مطلبين بحيث يتناول بالمطلب الأول ماهية القرار الإداري، من خلال الحديث عن مفهومه، ومن ثم بيان أساسه القانوني، ويُبيّن بالمطلب الثاني أحكام نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، من خلال الحديث عن ماهية النفاذ، ومن ثم وسائل النفاذ، وطرق إثباتها.

ماهية القرار الإداري الإلكتروني:

تمتلك الإدارة عدة وسائل تتمكن من خلالها من أداء مهامها، من بينها القيام بعمل قانوني يصدر بإرادتها المنفردة متمثلاً بالقرار الإداري، ونظراً لتطور طبيعة الوسائل والإمكانات التي تعتمدها الإدارة ظهر القرار الإداري الإلكتروني، وهو يُعد بمثابة الوجه الحديث للقرار الإداري، والذي يصدر بوسائل إلكترونية كالحاسوب، وشبكة الإنترنت، والهاتف المحمول، وغيرها من الوسائل الإلكترونية التي يتم تطويرها بين الحين والآخر.

وفي ضوء ذلك سيقوم الباحث بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، بحيث يتناول بالفرع الأول مفهوم القرار الإداري الإلكتروني، ويُعرج بالفرع الثاني على الأساس القانوني للقرار الإداري الإلكتروني.

مفهوم القرار الإداري الإلكتروني:

يتطلب العمل بالإدارة الإلكترونية ضرورة إعادة النظر في طبيعة القرار الإداري التقليدي، وكيفية تعبير الإدارة عن إرادتها المنفردة دون الاعتماد على شخص طبيعي للقيام بذلك، فالحاسب الآلي أصبح ركيزة أساسية في عمل الموظف العمومي، مما يعني أن القرار الإداري أصبح ممكناً إصداره بالشكل الإلكتروني مشتملاً على جميع أركان، وخصائص القرار التقليدي، مع إمكانية الطعن به قضائياً عند الحاجة (الأحباني، 2018، ص 101).

وخلت النصوص التشريعية من تعريف محدد للقرار الإداري الإلكتروني، لذلك سيتم التطرق لما فسره الفقهاء وبعض الباحثون المختصون في الدراسات القانونية، مع بيان موقف القضاء الإداري الفلسطيني من تعريفه للقرار الإداري الإلكتروني، فقد عُرف القرار الإداري الإلكتروني بـ:

1. "تلقي الإدارة العامة الطلب الإلكتروني على موقعها، وإفصاحها عن رغبتها الملزمة بإصدار القرار، والتوقيع عليه إلكترونياً، وإعلان صاحب الشأن على بريده الإلكتروني، وذلك بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، بقصد إحداث أثرٍ قانونيٍ معين يكون جائزاً وممكناً قانوناً ابتغاء المصلحة العامة" (شبير، 2015، ص 40).
2. "افصاح عن إرادة منفردة تصدر عن سلطة إدارية عبر وسائل إلكترونية، وترتب آثاراً قانونية"(نكتل، 2020، ص 362).
3. "عمل قانوني انفرادي، صادر عن سلطة إدارية بأسلوب إلكتروني، ويترتب عليه إحداث آثار قانونية"(العقون، 2018، ص 4).

وبالتدقيق بالتعريفات المشار إليها أعلاه **يرى الباحث** بأن التعريف الأول يؤخذ عليه أنه رهن سلطة الإدارة في اتخاذ القرار الإداري الإلكتروني بتلقي الطلب من قبل الأفراد، وهو بذلك يخالف ما هو ثابت بشأن القرار الإداري باعتباره امتيازاً بيد الإدارة وحدها، وتعبيراً عن إرادتها المنفردة، ولا يتوقف في إصداره على إرادة الأفراد، كما أنه تطرق لشكليات القرار "التوقيع الإلكتروني" ونفاذه بالإعلان من خلال البريد الإلكتروني، مما يشير إلى أنه اقتصر على القرار الفردي دون التنظيمي وحدد وسيلة واحدة لنفاذه على الرغم من تعددها.

كما ويلاحظ في التعريف الثاني أن القرار يأتي بإفصاح الجهة الإدارية عن ارادتها المنفردة، مع أن القرار قد يأتي ضمنياً أو سلبياً، أما التعريف الثالث فهو الأصح بينها كونه تحدث عن عمل قانوني إنفرادي ويصدر عن سلطة إدارية، ويرتب أثراً قانونياً.

أما بخصوص القضاء الفلسطيني، فقد عرفت محكمة العدل العليا الفلسطينية القرار الإداري في أكثر من مناسبة بأنه" إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث أو تعديل مركز قانوني معين" (محكمة العدل العليا، قضية رقم 2008/143).

وفي حكم أخر عرفت القرار الإداري بأنه" إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة، وذلك بقصد إحداث أو تعديل مركز قانوني معين، متى كان ذلك ممكناً أو جائزاً" (محكمة العدل العليا، قضية رقم 2005/17)، ويلاحظ مما سبق أن القضاء الإداري الفلسطيني لا يمانع إصدار القرارات الإدارية بالشكل الإلكتروني إمتثالاً لقاعدة أن الأصل في القرار الإداري أنه لا شكل له.

ووفقاً لما سبق يمكن القول بأن القرار الإداري الإلكتروني عبارة عن "عمل قانوني إنفرادي صادر عن سلطة إدارية عامة عبر وسائل إلكترونية مرتباً أثراً قانونياً معيناً"، وتسمح البيئة الإلكترونية بوسائلها المتعددة للإدارة أن تخاطب فرداً بعينه أو مجموعة غير محددة من الأفراد، بحيث يكون القرار الإداري الإلكتروني عبارة عن قرار تنظيمي ويُعرف بمسمى "اللائحة الإلكترونية" وتكون بهذه الحالة مخاطبة الأفراد بصفاتهم وليس بذواتهم، وقد يأتي في صورة القرار الإداري الفردي بحيث يكون مخاطبة الشخص بذاته وليس بصفته (البداوي،2018، ص 220).

وعليه فإننا نتفق مع الرأي القائل بعدم صحة المطالبة بضرورة إعادة النظر في المفهوم التقليدي للقرار الإداري وهو التعبير عن إرادة الإدارة، فالأمر كله ليس إلا أننا أمام قرار إداري بصورة جديدة لا تمس بذاتية القرار أو مدلوله (شبير، 2015، ص 347).

وبذلك فإن القرار الإداري الإلكتروني كالقرار الإداري بصورته التقليدية، كون سلطة الإدارة بالبيئة الإلكترونية امتداداً طبيعياً لسلطتها الأصيلة بالواقع التقليدي مع اختلاف وسيلتها، فيعكس صورته المتطورة نتيجة لجوء الإدارة للوسائل الحديثة في ممارسة سلطاتها الممنوحة لها، ويقتضي اعتبار العمل الصادر عن الإدارة من قبيل القرارات الإدارية توافر مجموعة من الخصائص والأركان للقرار الإداري التقليدي، وكذلك الإلكتروني لتمييزها عن الأعمال الإدارية الأخرى، والتي سيتم توضيحها على النحو الآتي:

الغصن الأول: خصائص القرار الإداري الإلكتروني:

إن خصائص القرار الإداري التقليدي هي ذاتها خصائص القرار الإداري الإلكتروني مع اختلاف اعتماده على الوسيلة الالكترونية في إصداره، وهي على النحو الآتي:

1. **عمل صادر من جهة إدارية عامة:** أي أنه عملٌ إداريٌ يصدر عن السلطة الإدارية العامة سواء كانت مركزية أم لا مركزية، ويشترط أن تكون السلطة مصدرة القرار وطنية غير أجنبية، وبصدوره باعتماده على الوسائل الإلكترونية يكفي لتحقيق الخاصية المتقدمة بالنسبة له، ولا يؤثر في ذلك تطوره أو طريقة صدوره الحديثة كون العبرة بمن أصدره.
2. **عمل إنفرادي يصدر من جهة الإدارة بإرادتها المنفردة:** تنفرد جهة الإدارة في إعداده وإصداره بالوسائل الإلكترونية دون أن تشترك معها أي إرادة أخرى، وبهذا يتميز القرار الإداري الإلكتروني عن العقود الإلكترونية التي تشترك بها إرادتي الإدارة والمتعاقد معها (الصغير، 2010، ص54).
3. **عمل قانوني تسعى الإدارة من خلاله لترتيب أثر قانوني:** يتمثل هذا الأثر في إنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إلغاءه، سواء كان الأثر القانوني عاماً أو خاصاً، تنظيمياً أم فردياً، ويخرج من نطاق القرار الإداري الإلكتروني الأعمال المادية الإلكترونية للإدارة، كونها لا يتحقق بها صفة القرار، ولا يجوز الطعن بها بالإلغاء؛ ولذلك فإن صفة العمل القانوني تتحقق لهذا القرار طالما قصدت الإدارة ترتيب أثرٍ قانونيٌ معين على القرار الإداري الذي صدر بالوسائل الإلكترونية ابتغاءً للمصلحة العامة.
4. **أن يكون القرار الإداري الإلكتروني نهائياً:** أي أن يكون نافذاً بمجرد توافر أركانه، واستكمال اجراءاته الإلكترونية، دون الحاجة للمصادقة عليه من قبل سلطة أخرى، وعلى سبيل المثال فإن قرار المجلس البلدي القاضي بالتصرف بأملاك البلدية لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات لا يعدُ نهائياً إلا بعد المصادقة عليه من قبل وزير الحكم المحلي (قانون الهيئات المحلية الفلسطيني،1997).

الغصن الثاني: أركان القرار الإداري الإلكتروني:

من المسلم به أن للقرار الإداري خمسة أركان لا بد من توافرها لصحة القرار، وإذا تخلف ركنٌ من هذه الأركان يصبح القرار غير مشروع، فما مدى تأثير التطور التكنولوجي على أركان هذا القرار بعد تطبيق الإدارة الإلكترونية وانتقال القرار الإداري من واقعه التقليدي إلى البيئة الإلكترونية؟

1.ركن الاختصاص: يجب أن يكون القرار صادراً ممن يملك الصلاحية، والاختصاص في إصداره، وإلا اعتبر القرار المطعون فيه باطلاً إذا صدر من جهة إدارية غير مختصة بإصداره، وفي السياق ذاته أكد القضاء الإداري الفلسطيني على أنه إذا أناط القانون لجهة معينة سلطة محددة فإنه من الواجب احترام ذلك الاختصاص من الجهات الأخرى، فهذه السلطة لا يمكن أن تمارس إلا من الجهة المختصة بذلك، وإذا ما تحقق غير ذلك اعتبر القرار صادراً بشكل معيب، وموجب لإلغائه (قضية رقم 24 لسنة 2010).

وفي ظل نقل أعمال الإدارة لواقعها الإلكتروني فإنها تلتزم باحترام قواعد الاختصاص كونها واجبة لصحة القرار أياً كان موطنه، وكيفية صدوره، ويمكن القول بأن ركن الاختصاص بصورته الجديدة "يعكس صلاحية الإدارة لاتخاذ قرارها بالإجراءات الإلكترونية، وتمتعها بسلطة إصداره في المستند الإلكتروني وفقاً لما تملكه من وسائل فنية، وبرمجية تؤدي لتحقيق ذلك"(شبير، 2015، ص82).

ولذلك فإن اختصاص الإدارة بإصدار القرار الإداري الإلكتروني يتفرع عن اختصاصها الأصيل بإصدار القرار الإداري التقليدي، وإن التطور في اصدار القرارات الإدارية سيؤدي لبروز نظرية الاختصاص البرمجي أو الإلكتروني، على أن يكون هذا الاختصاص مستمداً من الاختصاص التقليدي ويخضع للأحكام ذاتها والقواعد المنظمة له.

2.ركن المحل: لكل قرار يجب أن يكون له محل معين، ويقصد بمحل القرار موضوعه أو أثره القانوني الناتج عنه، المترتب فور صدوره بشكل حال ومباشر، وإن غياب الأثر القانوني يعدم وجود القرار الإداري، وإن وجود هذا الأثر يميزه عن الأعمال المادية للإدارة التي من الممكن أن تباشرها بذات الوسائل والإجراءات الإلكترونية التي تعتمدها في إصدار القرار الإداري، أما القضاء الإداري الفلسطيني فلم يتطرق إلى تعريف محل القرار الإداري بشكل واضح إلا أنه يمكن الاستدلال عليه من خلال استقراء أحكامه التي دائماً ما كانت تربط بين وجود القرار، ومحله المتمثل في الأثر القانوني الذي يحدثه، حيث قضت المحكمة الإدارية في هذا الشأن بقولها:" ....أما القرار الثاني فهو لا يقبل الطعن في هذه الحالة لأنه لم يؤثر في المركز القانوني للمستدعية، ولم يحدث أي أثر من شأنه التغيير في وضعها القائم، وحيث أن القرار المشار إليه لا يعتبر من عداد القرارات الإدارية القابلة للطعن أمام محكمة العدل العليا فإننا نقرر عدم قبول الطعن المتعلق به ورد الدعوى بشأنه" (قضية رقم 107 لسنة 2008).

ويشترط في محل القرار الإداري الإلكتروني والتقليدي: "أن يكون ممكن حدوثه من الناحية العملية وليس مستحيلاً، وأن يكون جائزاً قانوناً وشرعاً، أي أن يكون متوافقاً مع النظم والأحكام القانونية المتعلقة به"(عمار، 2010، ص29).

3. ركن الشكل والإجراءات: يقصد به "افصاح الإدارة عن إرادتها في الشكل الذي حدده القانون، بحيث تتخذ جملة من التدابير للتعبير عنها بصورة معينة صريحة أو ضمنية".

ويقصد بالشكل "الإطار أو المظهر الخارجي للقرار، أو القالب الذي تعبر من خلاله الإدارة عن إرادتها"، أما الإجراءات فهي "خطوات بناء القرار بدءاً من مرحلة إعداده وحتى صدوره"، والأصل حسبما استقر عليه القضاء فإن "الإدارة ليست ملزمة باتباع شكل أو إجراء محدد عند إصدارها لقرارها ما لم يلزمها القانون بذلك، وحينها يجب أن تلتزم بذلك وإلا كان قرارها معيباً بشكله أو اجراءاته"(عمرو، 2011، ص 87).وبناءً على ما سبق فإن المقصود بالشكل والإجراءات ليس الوسيلة التي صدر بها القرار الإداري، وإنما صدوره وفقاً للإجراءات التي حددها القانون وفي الشكل

المرسوم له، فهذه القواعد وضعت لمصلحة الأفراد والمصلحة العامة، ومخالفتها لما نص عليه القانون تستوجب بطلانها دون الحاجة للنص على ذلك لأنها تكون عندئذ قد أهدرت ضمانة من الضمانات المقررة للأفراد (المحكمة الإدارية الفلسطينية قضية رقم 291 لسنة 2008)، بمعنى إن اصدار القرار بالوسيلة الإلكترونية لا يمس شكل القرار الإداري واجراءاته المتعارف عليها بالواقع التقليدي، ويتوجب على الإدارة احترام القواعد الشكلية والاجرائية في إصدار القرار الإداري الإلكتروني.

4.ركن السبب: ما يدفع الادارة لإصدار قراراتها التقليدية هو ذاته في القرارات الإلكترونية، ويقصد في السبب "الدافع أو الباعث وراء إصدار قرار ما من قبل الجهات المختصة، بحيث لا يمكن إصدار أي قرار دون أن يكون هناك سبب قانوني، أو مادي، أو مجموعة أسباب مجتمعة تدفع الإدارة إلى إحداث أثر قانوني من خلاله"، ويمكن أن تكون الأسباب القانونية نصاً دستورياً أو نصاً تشريعياً أو حكماً قضائياً أو مبدأ من مبادئ القانون العام أو غيرها من القواعد التي تعد أساساً لإصدار القرار، أما الأسباب المادية أو الواقعية فهي الأعمال، أو، الوقائع، أو التصرفات الدافعة لإصدار القرار الإداري (كنعان، 2005،ص 247)، وفي الشأن ذاته عرف القضاء الإداري الفلسطيني ركن السبب بأنه: " السبب في القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي توحي للأفراد باستعمال صلاحيتها..."(قضية رقم 702 لسنة 2010). ومن خلال استخدام التقنيات الحديثة لإصدار القرار الإداري الإلكتروني ولضمان تحقق ركن السبب تقوم الإدارة بإدراج الأسباب القانونية أو المادية والشروط الواجب توافرها لإصدار القرار، وذلك بتعبئة مستند إلكتروني مخصص لهذا الغرض.

5.ركن الغاية: يقصد به "النتيجة النهائية التي تهدف الإدارة العامة إلى تحقيقها من وراء إصدار القرار الإداري" (بعلي، 2005، ص83)، بحيث يجب أن تكون الغاية منه تحقيقاً للمصلحة العامة، وأي قرار يكون الغاية منه تتنافى مع الصالح العام يكون معيباً في غايته، أو بالانحراف في استعمال السلطة.

وهذا ما أكد عليه قضاء المحكمة الإدارية الفلسطينية بقولها:"...وحيث إن عيب التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة وكما استقر عليه الفقه والقضاء لا يتحقق إلا حينما تستخدم الإدارة صلاحياتها القانونية لتحقيق هدف آخر غير ذلك الهدف الذي من أجل تحقيقه أنيطت فيها تلك الصلاحيات أو لتحقيق غايات شخصية" (قضية رقم 20 لسنة 2008). كما تجدر الإشارة إلى أن الغاية من إصدار قرارات إدارية إلكترونية تأتي تحقيقاً للمصلحة العامة، وذلك من خلال استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة والتي تهدف لترقية الأعمال الإدارية وتحسين أداء الإدارة في القيام بأعمالها ورفع مستوى النزاهة، والشفافية عند تعاملنا مع برنامج إلكتروني مبرمج بشكل دقيق ومنتظم.

واستناداً إلى ما سبق يتوجب على الإدارة أن تراعي في إصدار القرار الإداري الإلكتروني تحقق كافة القواعد، والأحكام كما هو الحال بصورته التقليدية، كون انتقال القرار الى البيئة الإلكترونية يؤدي إلى انتقال كافة القواعد، والأحكام التي تحكمه في جميع أركانه، وشروطه.

الأساس القانوني للقرار الإداري الإلكتروني:

من البديهي حين تُعبر الإدارة عن إرادتها المنفردة بإصدار القرار الإداري الذي يترتب عليه آثاراً قانونية، تحتاج إلى سند قانوني يجعل من تعبيرها، أو تصرفها صحيحاً ومشروعاً، سواء كان ذلك القرار بصورته التقليدية أم بصورته الحديثة "الإلكترونية".

وبالعودة للتشريعات المعاصرة لم نجد ما يمنع من قيام الإدارة بإصدار قرارها الإداري بوسائل إلكترونية، طالما حققت الغاية ذاتها التي تحققها القرارات التي تصدر بشكلها التقليدي، وذلك عندما يكون القرار مستوفياً كافة شروطه وأركانه، ولا سيما أن المشرع لم يشترط في صدور القرار أن يكون مكتوباً أو شفوياً، فالنصوص القانونية تستوعب أن

يصدر القرار الإداري إلكترونياً، كما أن غالبية الفقه والقضاء لم يوجب اتخاذ القرار الإداري وفق شكلٍ معين، ويمكن أن تفصح الإدارة عن إرادتها بأي شكل من الأشكال بما في ذلك استخدام النظام الإلكتروني(العجارمة، السلامات،2013، ص 1026).

ويمكن القول إن الوصف القانوني الذي يلازم القرار الإداري الإلكتروني يمر بمرحلتين هما إصداره وتطبيقه، فينبغي عند إصداره أن يكون القرار مبنياً في وجوده على مقومات قانونية تسمح بذلك، فالقرار الإداري الإلكتروني يكتسب مشروعية وقانونية وجوده بصدوره عن السلطة ذاتها الأصيلة التي تتمتع بها الإدارة في الواقع التقليدي، وعند تطبيق القرار يدخل حيز التنفيذ بتوافر أركانه وشروطه، وبهذه الصورة يكتسب القرار الإداري الإلكتروني مشروعية وجوده، وصلاحية تطبيقه.

وبالنظر إلى التشريعات ذات الصلة بالموضوع نجد أن هنالك نصوصاً تشير بشكل صريح إلى إمكانية استخدام الوسائل الإلكترونية في مجال المعاملات التي تكون الدوائر الحكومية طرفاً بها، حيث نص قانون المعاملات الأردني رقم (15) لسنة 2015 المعدل إلى أنه "يجوز لأي وزارة أو مؤسسة رسمية عامة أو مؤسسة عامة أو بلدية إجراء معاملاتها باستخدام الوسائل الإلكترونية"

وكذلك الأمر في فلسطين فقد نص القرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية على أنه "يجوز لأية وزارة أو مؤسسة عامة إجراء معاملات باستخدام الوسائل الإلكترونية، شريطة توافر متطلبات التعامل الإلكتروني الواردة في هذا القرار بقانون، والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه".

ومما لا شك فيه وجود حاجة وأسباب جمة للتحول نحو الإدارة الإلكترونية، إلا أن التشريعات ما زالت تتقدم ببطء أمام التطور التكنولوجي الذي يقود للحكومة الإلكترونية واتباع الإدارة الإلكترونية في كافة نشاطاتها وتسيير مرافقها، ويُشار في هذا السياق إلى أن المشرع الفلسطيني لم يتطرق في قانون المعاملات الإلكترونية رقم (6) لسنة 2013، والقرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية إلى القرار الإداري الإلكتروني.

وعلى الرغم من منح الصبغة القانونية للإدارة بإصدار قراراتها الإدارية بالوسيلة الإلكترونية، باعتبارها امتداداً طبيعياً لسلطتها الأصيلة بإصدار القرار التقليدي، إلا أن **الباحث** يرى أفضلية وجود نظام خاص بالقرار الإداري الإلكتروني وما يتضمنه من أساليب جديدة في نشر، وإعلان القرار الإداري، باعتباره من أهم الوسائل التي تمارس به الإدارة نشاطاتها، وسلطاتها.

أحكام نفاذ القرار الإداري الإلكتروني:

لا يختلف النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري في صورته الحديثة عن نظيره التقليدي، إلا أن إصداره إلكترونياً يحتم علينا استخدام وسائل إلكترونية في نفاذه تختلف تماماً عن تلك الوسائل التي تستخدم في نفاذ القرار التقليدي، نظراً لوجود أساليب حديثة للعمل الإداري.

ويتمثل نفاذ القرار الإداري الإلكتروني في سعي الإدارة باتجاه تبني نظم إلكترونية في العمل الإداري، وكذلك نقل امتيازات الإدارة وأساليبها للواقع الإلكتروني الجديد وخصوصاً القرار الإداري (عبد الناصر، قريشي، 2011، ص 89).

وتوضيحاً لما سبق سيقوم الباحث ببيان ماهية النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري بالفرع الأول، ويُعرج على وسائل نفاذ القرار الإداري الإلكتروني وطرق اثباتها بالفرع الثاني.

ماهية النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري:

يُقصد في نفاذ القرار الإداري "دخول القرار الإداري حيز التنفيذ من تاريخ صدوره من السلطة المختصة مستوفياً لشروطه، منتجاً لآثاره القانونية"(محسن، 2014، ص312) ويختلف نفاذ القرار عن تنفيذه - فالأخير يأتي لاحقاً على النفاذ - وهو التطبيق العملي للأثر القانوني المترتب على القرار وتحقيق الغاية منه سواءً من الإدارة أو من الأفراد أنفسهم.

أما تنفيذ القرار الإداري الإلكتروني من قبل الإدارة الإلكترونية فيتم من خلال نقل، وتحويل الإجراءات المتبعة تقليدياً إلى إجراءات إلكترونية من خلال استجابة أجهزة الحاسوب الإلكتروني لتنفيذ الأوامر كلياً أو جزئياً حسب الطلب دون أي تدخل من الموظفين، وهذا كله بناءً على بيانات مدخلة مسبقاً للحاسب الآلي (عمر، 2021، ص 15).

ويشير الدكتور سليمان الطماوي إلى أنه "يجب التفرقة بين نفاذ القرار الإداري، وسريانه في حق الغير، فإن كانت القاعدة أن الأمر الإداري يصبح نافذاً منذ توافر أركانه إلا أنه لا يسري في حق الغير إلا إذا علم به" (2006، ص35)، واستناداً لذلك يشترط العلم بالقرار حتى يمكن الاحتجاج به، وذلك من خلال إحدى وسائل العلم بالقرار المتمثلة بالنشر فيما يتعلق بالقرار التنظيمي، أو العلم الشخصي بالنسبة للقرار الفردي.

ولا مناص من القول بأن مفهوم النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري لا يختلف في صورته المستحدثة عن واقعه التقليدي، لا في طبيعته - كون كليهما يُدخل القرار الإداري مرحلة بدء العمل به في مواجهة أطرافه - ولا في غايته المتمثلة - بتحقيق العلم بالقرار - إلا أنه مبني على إجراءات وأساليب إلكترونية، باعتباره ينشأ في بيئة إلكترونية مغايرة عن تلك البيئة الورقية التي ينمو بها النفاذ التقليدي (الرابطي، 2020، ص 352).

واستخلاصاً لما سبق فإن الصورة الجديدة للنفاذ الإلكتروني تتجسد في ضوء السلوك الإداري المتجه للاستفادة من واقع الإدارة الإلكتروني واجراءاتها الفنية، دون الاعتماد على الأساليب التقليدية الورقية، ويرتكز دور الإدارة الإلكترونية في نفاذ القرارات الإدارية من خلال استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة، واستغلال شبكة الإنترنت ووسائل الهاتف المحمول، والبريد الإلكتروني، كوسيلة للعلم بالقرار الإداري التنظيمي منها أو الفردي، مع الأخذ بعين الاعتبار مراعاة "القواعد القانونية التي تحكم نفاذ القرارات الإدارية" (العجارمة، السلامات، 2013، ص 1025) بصورتيها التقليدية والإلكترونية والمتمثلة بالآتي:

1. يعد القرار نافذاً في حق الإدارة اعتباراً من تاريخ إصداره من قبل السلطة المختصة بإصداره، ويمكن الاحتجاج من هذا التاريخ في مواجهتها، غير أنه يرد استثناءً على الأصل عندما يلزم لنفاذ بعض القرارات إجراءات أخرى مثل "وجود اعتماد مالي"، فيُنفذ القرار من تاريخ استيفاء هذا الاجراء.
2. عدم رجعية القرارات الإدارية، فالأصل أن تسري آثارها على المستقبل وليس بأثر رجعي، وذلك احتراماً للحقوق المكتسبة، واستقرار المعاملات بين الأفراد، واحترام قواعد الاختصاص (العبادي، 2014، ص72)، غير أن هذه القاعدة بدأ القضاء يخفف من حدتها، وبرزت بعض الاستثناءات عليها، كإصدار قرارٍ بأثر رجعي بموجب نص قانوني، أو لمقتضيات الصالح العام، أو تنفيذاً لحكم الإلغاء، أو إذا كان مفسراً أو مؤكداً لقرار، أو في القرار المنعدم.
3. إذا كان القرار الإداري يُنفذ في حق الإدارة من تاريخ صدوره، فلا يكون كذلك في مواجهة الأفراد، وذلك نظراً لما للقرارات الإدارية من تأثير على حقوق الأفراد في بعض الحالات، فيشترط عدم نفاذها في حقهم إلا بعد العلم بالقرار

بإحدى الوسائل المحددة قانوناً كالنشر، أو الإعلان، أو العلم اليقيني بالقرار، ويكون الطعن خلال ستين يوماً من اليوم التالي للعلم به.

وسائل نفاذ القرار الإداري الإلكتروني وطرق اثباتها:

يتخذ القرار الإداري بحلته المستحدثة إلكترونياً أساساً يرتكز عليه لاستحداث، وتطوير وسائل العلم به حتى تتماشى مع الواقع الإلكتروني بكافة مكوناته، كون نفاذ القرار الإداري لا يمكن أن يتحقق بمعزل عن هذه الوسائل الثلاثة، وهي: النشر الإلكتروني، والإعلان الإلكتروني، والعلم اليقيني للقرار، والتي سيتم تفصيلها على النحو الآتي:

الغصن الأول: النشر الإلكتروني للقرار الإداري:

يعد النشر الوسيلة المتبعة للعلم في القرارات التنظيمية الصادرة عن جهة الإدارة، لما تتضمنه هذه القرارات من قواعد عامة، ومجردة موجهة لعدد غير محدد من الأفراد، وللإدارة حرية اختيار وسيلة النشر التي تحقق الهدف المتمثل بعلم المخاطبين بالقرار، ما لم يلزمها القانون اتباع وسيلة معينة فيتوجب على الإدارة الالتزام بالوسيلة التي حددها القانون للاعتداد بالنشر في ترتيب الأثر القانوني للقرار، وفي حال عدم تقيدها بالوسيلة المحددة قانوناً، واتبعت وسيلة أخرى في نشر قرارها يكون النشر باطلاً، ويترتب عليه عدم التسليم بنفاذ القرار الإداري في مواجهة الأفراد، ويبقى ميعاد الطعن مفتوحاً (فودة، 2010، ص 108).

كما أن النشر الإلكتروني إحدى وسائل العلم بالقرار الإداري الذي ينمو في بيئة إلكترونية، وقد ظهر ليحل تدريجياً محل نظيره الورقي استناداً للدور الذي يؤسسه الواقع الإلكتروني، ويتميز النشر الإلكتروني عن نظيره الورقي بأنه يساهم في خفض النفقات العامة مقارنة بالنشر الورقي الذي يحتاج لطباعتها بعدة نسخ، وتوزيعها بين الدوائر والأقسام، كما ويمتاز بارتكازه على مجموعة إجراءات إلكترونية يتم تنفيذها بشكل منتظم ودقيق، والسرعة العالية في نشر القرار، ووصوله للمخاطبين به بغض النظر عن مكان تواجدهم.

ومن تطبيقات النشر الإلكتروني "النشر في الجريدة الرسمية الفلسطينية – الوقائع"، وفي الصحف المحلية التي تصدر على شكل أعداد الكترونية بصورة يومية إلى جانب أعدادها الورقية، وتجدر الإشارة هنا لأهمية أن يتم النشر ورقياً وإلكترونياً في وقت واحد وفي العدد ذاته والتاريخ، كما بدأ أيضا الاعتماد على الشاشات الالكترونية وشاشات العرض المرئية التي تستخدم كبديل عن لصق القرارات الورقية في لوحة الإعلانات، كما أن المؤسسات العامة خطت خطوات جادة تجاه النشر الإلكتروني من خلال انشاء بوابة وظيفية لكافة العاملين لديها عبر الموقع الرسمي للمؤسسة يتم بوساطتها نشر القرارات الصادرة بشأنهم (شبير، 2015، ص528).

وتلتزم الإدارة **بإثبات** قيامها بنشر القرار الإداري عبر المواقع الإلكترونية المخصصة لذلك، أو من خلال الشاشات المرئية الموجودة بداخل مرافقها، ويتبين ذلك من خلال تمكين القاضي من الاطلاع على الوسيلة المستخدمة بنشر قرارها الإداري، مثل الاطلاع على الجريدة الرسمية الإلكترونية التي قامت باستخدامها، ويتعين عليها إثبات تاريخ النشر لما له من أهمية في تحديد ميعاد الطعن، ومدى التزام صاحب الشأن بالمدة المحددة قانوناً

الغصن الثاني: الإعلان الإلكتروني للقرار الإداري:

يعد الإعلان الوسيلة الأساسية للعلم بالقرارات الإدارية الفردية، وهو بمثابة تبليغ الأفراد بالقرار الصادر عن جهة الإدارة وذلك بمخاطبة فردٍ بعينه أو أفراد معينين بذواتهم، والأصل أن الإدارة غير ملزمة باتباع وسيلة محددة، فقد

يتم إعلان صاحب الشأن من خلال محضر استلام للقرار، أو من خلال البريد العادي، أو من خلال البريد الإلكتروني أو أي وسيلة تراها الإدارة مناسبة تحقق الغاية المتمثلة بعلم صاحب الشأن، إلا أنه إذا نص القانون على اتباع وسيلة محددة وجب اتباعها وإلا اعتبر الإعلان لم يتحقق، ويبقى ميعاد الطعن مفتوحاً (الرابطي، 2020، ص356).

ومع بروز فكرة القرار الإداري الإلكتروني أصبح من الضروري اتباع وسائل الكترونية لإعلان صاحب الشأن بالقرار الإداري، ولعل أهمها البريد الإلكتروني، وهو تبليغ إلكتروني بالقرار الإداري الصادر عن جهة الإدارة ويصل للبريد الإلكتروني الخاص بالفرد باستخدام شبكة الإنترنت والحاسب الآلي أو الهاتف المحمول الحديث.

ويثور التساؤل في هذا المقام متى يعد صاحب الشأن مبلغاً في القرار الإداري الإلكتروني؟ هل من تاريخ إرسال الرسالة الإلكترونية إلى البريد الإلكتروني الخاص به؟ أم من تاريخ فتح البريد الإلكتروني دون فتح الرسالة الإلكترونية؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها من الإشكاليات التي قد تواجهنا في الواقع الإلكتروني واستخدام الوسائل الفنية بنفاذ القرارات الإدارية يحتاج لقانون يعالج كافة المسائل المتعلقة بالمراسلات الإلكترونية، وعلى الرغم من ذلك يمكن اعتبار تاريخ إرسال البريد الإلكتروني لصاحب الشأن تاريخ العلم بالقرار، ما لم يكن هناك تقنية فنية تثبت تاريخ ووقت قراءة الرسالة الإلكترونية، ومما لا شك فيه أن هناك عدة صعوبات فنية قد تحول دون وصول القرار الإداري الإلكتروني إلى علم المخاطب به، مثل: (سياب، 2014، ص 45).

1. وصول الرسالة الإلكترونية مشفرة، بسبب عدم وجود برامج محددة لقراءتها بشكلها الصحيح، والمفهوم أو لأي سبب تقني آخر.
2. تعرض الرسالة الإلكترونية للفيروسات والبرامج الضارة مما تؤدي لعدم قابليتها للاستخراج أو القراءة.
3. تعرض البريد الإلكتروني أو الحاسب الآلي للاختراق.

وبناءً على ما سبق يرى الباحث أنه إذا ثبتت إحدى هذه العوائق أو ما يماثلها، والتي حالت دون تحقق الإعلان الإلكتروني وتبليغ صاحب الشأن بالقرار الإداري الإلكتروني، لا يسري ميعاد الطعن القضائي بحقه ولا تتمكن الإدارة من الاحتجاج بتبليغ هذا القرار في مواجهة صاحب الشأن.

ولا يختلف عبء **الإثبات في الإعلان الإلكتروني** عنه في النشر حيث تبقى الإدارة ملزمة بذلك، بحيث تُمكن القاضي وفقاً لسلطته التقديرية من الوقوف على حقيقة تبليغ المخاطب بالقرار الإداري عبر البريد الإلكتروني أو الهاتف المحمول واستلامه لها، مما أدى لاطلاعه على مضمون القرار، وعلمه الشخصي به، وتلجأ الإدارة في هذا المقام إلى إقرار يتم تعبئته بشكل مسبق يتضمن البريد الإلكتروني ورقم الهاتف المحمول الذي يرغب الفرد باستقبال القرار الإداري بموجبهما، لما في ذلك من أهمية بالكشف عن قبوله بهذه الطريقة من الإعلان والتأكد من صحة بياناته الشخصية، كما أن الإدارة تسعى لإثبات صحة إجراءات الإعلان الإلكتروني المتمثلة في الإرسال للتأكيد على قيامها بما يلزم من خطوات تؤدي لنقل قراراها إلى صاحب الشأن وانطلاقه من نظامها المعلوماتي ووصوله لنظام المرسل إليه "صاحب الشأن"، وتحقق العلم بالقرار، والتي يمكن الاستدلال عليها من خلال اشعارات التسليم التي عادت للجهة المرسلة فنياً لمجرد قيامه بفتح الرسالة الإلكترونية، وقيمة هذه الاشعارات مبنية على أساس وجود تاريخ لها، لاتصالها بتحديد ميعاد الطعن بالقرار المبني على أساس العلم بالقرار (أبو احمد، 2009، ص 141).

الغصن الثالث: العلم اليقيني بالقرار الإداري الإلكتروني:

أضاف القضاء الإداري إلى وسائل نفاذ القرار الإداري وسيلة أخرى تتمثل بالعلم اليقيني بالقرار، بحيث إذا علم صاحب الشأن بفحوى القرار علماً يقينياً نافياً للجهالة، لا ضمنياً ولا افتراضياً قام هذا العلم مقام النشر والإعلان ويعد سبباً كافياً لبدء سريان ميعاد دعوى الإلغاء.

ويمكن استنباط العلم اليقيني بالقرار من أية واقعة، أو قرينة تفيد حصوله، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في استخلاصه من أية واقعة، أو قرينة تفيد حصوله، أو من تظلم من أضر به القرار"(الرابطي، 2020، ص 358).

كما تجدر الإشارة إلى أن العلم اليقيني في القرار الإداري إذا ما تحقق بالوسائل الالكترونية لن يكون مختلفاً عن وسائله التقليدية من حيث ثبوت نفاذ القرار الإداري في مواجهة أصحاب الشأن، وبذلك إذا تظلم الفرد من القرار الإداري الوارد على بريده الإلكتروني في الميعاد المحدد لذلك فهو دليل على علمه بالقرار الإداري الإلكتروني.

وفضلاً عن ذلك إن التطور التكنولوجي في وسائل الاتصالات الحديثة سيؤدي للتخفيف من نطاق العلم اليقيني، استناداً لما تمتاز به الوسائل الإلكترونية من إيصال العلم بالقرار الإداري الإلكتروني بصورة حاسمة لا مجال للاجتهاد بها، وهذا لا يعني إلغاء نظرية العلم اليقيني بالقرار الإلكتروني كونها تتحقق ما لم تقم الإدارة بنشر قرارها الإداري الإلكتروني أو تبليغه لصاحب الشأن، متى توافرت قرينة أو دلالة مستمدة من الواقع الإلكتروني تدل على ثبوت العلم اليقيني بالقرار، وكون الإدارة من تدعي العلم اليقيني بالقرار فيتوجب عليها **إثبات** ذلك، ولا يكفي أن تستند الإدارة إلى وجود الإجراء الإلكتروني الذي يدلل على تحقق العلم اليقيني بالقرار، بل يتوجب إلزامها بتحديد تاريخ هذا الاجراء .

الخاتمة:

جاءت هذه الدراسة لتسليط الضوء على التطور الحاصل في جوانب القرار الإداري، كنفاذه الذي يدخل القرار إلى النظام القانوني القائم، ويجعله مؤثراً في مراكز الأفراد القانونية، وذلك بالاعتماد على خطوات وإجراءات إلكترونية لم تكن الإدارة تلجأ إليها في واقعها التقليدي، وهو ما يعني أننا أمام تطور حقيقي أصاب واقعة النفاذ التي بدأت تظهر في وقتنا الحالي بثوبها الجديد، وفيما يلي نستعرض ما توصل إليه الباحث من نتائج، وتوصيات يرى أهميتها في هذا الشأن:

النتائج:

1. القرار الإداري الإلكتروني يكتسب مشروعية وقانونية وجوده بصدوره عن ذات السلطة الأصيلة التي تتمتع بها الإدارة في نظيره التقليدي.
2. التشريعات ما زالت تتقدم ببطء أمام التطور التكنولوجي الذي يقود للحكومة الإلكترونية واتباع الإدارة الإلكترونية في كافة نشاطاتها وتسيير مرافقها، كما أنها تفتقر لتعريف محدد للقرار الإداري الإلكتروني وأحكام نفاذه وطرق إثباته.
3. نمو القرار الإداري في بيئة إلكترونية يحتم عليه الاعتماد على وسائل إلكترونية في نفاذه، والتي يُمكن الاعتداد بها لإثبات العلم بالقرار.
4. استخدام الوسائل الإلكترونية يوفر الجهد والوقت، وتمتاز بالدقة والسرعة العالية في نشر، وإعلان القرار الإداري الالكتروني، ووصوله للمخاطبين به بغض النظر عن أماكن تواجدهم.

التوصيات:

1. إصدار قانون يختص بتنظيم المسائل الإلكترونية، وتحديداً المتعلقة بالقرارات الإدارية الإلكترونية من لحظة إصدارها وحتى نفاذها وتنفيذها باستخدام الوسائل الإلكترونية لما ترتبه من آثار قانونية، بحيث تحتوي على نصوص واضحة لا اجتهاد فيها تُمكّن القضاء من الفصل في المنازعات الإدارية التي تنشأ في البيئة الإلكترونية.
2. قيام الحكومة بنشر ثقافة التعامل الإلكتروني، وتفعيل فكرة المرافق العامة الإلكترونية، وضرورة تفهم الأفراد وتقبلهم لفكرة الحكومة الإلكترونية، ورفع مستوى الإدراك الفني للأفراد لاستغلال الوسائل الإلكترونية.
3. أن تقوم الإدارة بتوسيع نطاق دائرة الحماية القانونية للأموال العامة، لتشمل الممتلكات الفنية، والبرمجية لجهة الإدارة؛ وذلك لحماية أنظمتها الحاسوبية من الاختراق، والتصدي لأي أعمال تستهدف المستندات الإلكترونية

المصادر والمراجع:

القوانين:

1. **قانون المعاملات الإلكترونية رقم (15) لسنة 2015، الأردن.**
2. **قانون الهيئات المحلية، رقم (1) لسنة 1997، وتعديلاته.**
3. **القرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية.**

الكتب:

1. **الأحباني، نبراس، (2018)، أثر الإدارة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.**
2. **بعلي، محمد، (2005)، القرارات الإدارية، الجزائر، دار العلوم للنشر والتوزيع، (د.ط).**
3. **سياب، حكيم، (2014)، الإعلام الآلي والقانون، الأردن، دار وائل للنشر والتوزيع، (د.ط).**
4. **الصغير، رحيمة، (2010)، العقد الإداري الإلكتروني، ب.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.**
5. **الطماوي، سليمان، (2006)، النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة، مصر، دار الفكر العربي، ط 7.**
6. **العبادي، محمد، (2014)، المبادئ العامة للقرار الإداري، الأردن، دار وائل للنشر والتوزيع، ط 1.**
7. **عمرو، عدنان، (2011)، مبادئ القانون الإداري، فلسطين، دار منشأة المعارف، ط2 .**
8. **فودة، رأفت، (2010)، النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، (د.ط).**
9. **كنعان، نواف، (2005)، القانون الإداري، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2.**

الرسائل والأبحاث العلمية:

1. **أبو أحمد، علاء، (2009)، القرار الإداري الإلكتروني كأحد تطبيقات الحكومة الإلكترونية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي.**
2. **البداوي، محمد، (2018)، القرار الإداري الإلكتروني، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع (23)، الرباط، المغرب.**
3. **الرابطي، إيمان، (2020)، نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، ع 2، جامعة المرقب، ليبيا.**
4. **- شبير، محمد، (2015)، أثر التطور الإلكتروني على التصرفات القانونية للإدارة في دولة فلسطين، مجلة جامعة الأزهر، المجلد (17)، العدد (2 ب)، غزة، فلسطين.**
- **(2015)، النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري، أطروحة دكتوراه، غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر.**
5. **عبد الرحمن، نكتل، (2020)، نطاق السلطة التقديرية للإدارة في القرار الإداري الإلكتروني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (9)، العدد (33)، جامعة كركوك، العراق.**
6. **عبد العزيز، عمار، (2010)، أركان القرار الإداري الإلكتروني، العراق، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2010.**
7. **عبد الناصر، موسى، قريشي، محمد، (2011)، مساهمة الإدارة الالكترونية في تطوير العمل الإداري بمؤسسات التعليم العالي- دراسة حالية بكلية العلوم والتكنولوجيا-جامعة بسكرة- الجزائر، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد 9.**
8. **العجارمة، نوفان. السلامات، ناصر، (2013)، نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد (40)، الأردن.**
9. **العقون، مرية، (2018)، القرار الإداري الإلكتروني كأسلوب حديث للمرافق العامة، ورقة بحثية، جامعة محمد بوضياف، الجزائر.**
10. **عمر، عبد الحفيظ، (2021)، وسائل نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 1.**
11. **محسن، زينب، (2014)، الإدارة الإلكترونية وأثرها في القرار الإداري، مجلة كلية الحقوق، مج (16)، ع (1)، جامعة النهرين، العراق.**

حجية وسائل الاثبات الالكترونية غير المكتوبة في الدعوى المدنية

Authentic unwritten electronic means of proof in a civil lawsuit

د. منصور فؤاد مساد ـ محاضر غير متفرغ ـ كلية الحقوق الجامعة العربية الأمريكية – فلسطين

Email: mansour.massad@aaup.edu

الملخص:

تنقسم وسائل الإثبات محل الدراسة إلى وسائل إثبات مكتوبة وأخرى غير مكتوبة؛ فإنني في هذا البحث بينت حجية وسائل الإثبات الإلكترونية غير المكتوبة؛ إذا ليس من المنطق أن نتجاهل وسائل إثبات استخدمت على نطاق واسع في المعاملات؛ لأنها لم تستوف الشكل القانوني المتطلب في الدليل التقليدي؛ لذا كان لابد من التفكير في حل قانوني يسمح بالأخذ بالمخرج الإلكتروني غير المكتوب كوسيلة إثبات.

ونتيجة تأثير التقدم التقني تأثرت فكرة السمع والرؤية كثيرا بالتطور التقني وتقدم وسائل الاتصال، فقد ظهرت المخرجات السمعية والبصرية بصورتها الإلكترونية التي تتكون من استعمال إشارات ورموز مما نتج عن هذا التطور تقدم التسجيلات الصوتية والصورة بشكل مذهل. فبظهور هذه الوسائل الإلكترونية غير المكتوبة تطورت الأفكار الأساسية للمعاملات القانونية وكانت تثير مشكلة صعوبة الإثبات عند النزاع بين طرفي الخصومة المدنية بهذه الوسائل..

كلمات مفتاحية: المخرجات الالكترونية- التقاضي الالكتروني -التوقيع الالكتروني - القرينة القضائية

Abstract:

The means of proof under study are divided into written and non-written means of proof; In this research, we demonstrated the authenticity of the non-written electronic means of proof; Therefore, it is neither logical nor reasonable to sacrifice means of proof that have been widely used in transactions; because it did not meet the legal form required by the traditional evidence; Therefore, it is necessary to think of a legal solution that allows the use of the unwritten electronic output as a means of proof.

Under the influence of technical progress, the idea of hearing and vision has been greatly affected by technical development and the advancement of means of communication. Audio-visual outputs have appeared in their electronic form, which consists of the use of signals and symbols, which resulted in the amazing progress of audio and image recordings. With the emergence of these unwritten electronic means, the basic ideas of legal transactions developed, and they raised the problem of the difficulty of proof when conflicting between the two parties to the civil litigation by these means.

Keywords: electronic outputs- electronic litigation- electronic signature- judicial presumption

المقدمة:

يشهد العالم حاليًا وبشكل كبير تطورات متلاحقة في مجال نظم المعلومات، والتي واكبتها تطورات أخرى في مجال نظم الاتصالات، وقد نجم عن الاقتران بين المجالين ظهور "ثورة تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات"، أو "الثورة المعلوماتية"، ويرجع الفضل في التقدم في مجال المعلومات إلى التقدم والتطور المذهل في وسائل وتقنية الاتصالات الحديثة، وبصفة خاصة الحاسب الآلي، وشبكة الاتصالات الدولية المعروفة بالإنترنت، وقد تحول العالم في ظل انتشار شبكة الإنترنت، إلى قرية كونية صغيرة، تحلق في فضاء إلكتروني، تتقلص فيه المسافات وتتلاشي فيه الحدود الجغرافية ، الأمر الذي كان له بالغ الأثر على كافة مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والقانونية، ونتيجة لطبيعة استخدام شبكة الإنترنت، فقد ازداد التعامل بالتجارة الإلكترونية والتجارة عبر الإنترنت ممن يقومون بإبرام العقود عن طريق الوسائل التكنولوجية الحديثة، الأمر الذي ترتب عليه ازدياد النزاعات الناشئة عن هذا الاستخدام.

من ذلك ظهرت الحاجة ملحة لوجود التقاضي الإلكتروني، والعمل على تقنين وسائل الاثبات الالكترونية والاستفادة من تكنولوجيا المعلومات، وتهيئة وسائل ونظم حديثة تمكن الأشخاص من تسجيل دعواهم ، ودفع رسومها وحضور أطرافها، أو وكلائهم وتقديم أدلة الإثبات والترافع وتقديم الطعون والقيام بكافة الإجراءات من خلال وسائل إلكترونية تختلف عن الوسائل التقليدية كونها تتميز بسرعة إنجاز الدعاوي وتبسيط إجراءات التقاضي من أي مكان دون الحضور الشخصي للمحكمة كل ذلك مصحوب بالمحافظة على أمن المستندات المقدمة إلكترونيًا وحفظها من التلاعب مع إمكانية الاطلاع عليها للأشخاص المصرح لهم.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بحث دور الوسائل الإلكترونية في الإثبات وأثرها على التقاضي في الدعوى المدنية وفقًا لقانون التوقيع الإلكتروني والإثبات المصري والتشريعات المقارنة التي أخذت بالوسائل الإلكترونية الحديثة وأعطتها حجية في تعاملاتها، حيث اتفقت نصوص القوانين على إعطاء المحررات الإلكترونية حجية كاملة في الإثبات إذا استوفت الشروط القانونية.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في توضيح أثر الوسائل التكنولوجية الحديثة على التقاضي الإلكتروني، خصوصًا في ظل تسوية المنازعات الناشئة عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة ومدى حجيتها، ولأن الإثبات يحظى بأهمية كبيرة في حماية الحقوق، كما تشر الدراسة إلى مدي الدور التي تلعبه الوسائل الإلكترونية أمام القضاء الإلكتروني.

منهج الدراسة:

تم استخدام المنهج الوصفي من خلال جمع المعلومات وتصنيفها بغية الوصول إلى الحقائق الشاملة المحيطة بالدراسة، وتطلب الأمر من الباحث استخدام المنهج التحليلي والاستقرائي من خلال الاطلاع على التشريعات القانونية المنظمة في هذا الشأن إضافة إلى التشريعات المنظمة للتعاملات الإلكترونية واستقراء هذه النصوص وتحليلها وتفسيرها، بما يساهم في الوصول إلى مدى إمكانية تطوير مرفق القضاء من خلال اللجوء إلي التقاضي الإلكتروني، كما تم الاعتماد أيضًا على المنهج المقارن من خلال تسليط الضوء على ما توصلت إليه التشريعات المقارنة في نطاق التقاضي الإلكتروني بشكل عام.

خطة الدراسة:

ولقد بنيت قواعد هذا البحث على النحو التالي:

مبحثين المبحث الأول حجية وسائل الاثبات الالكترونية غير المكتوبة في التشريعات المستحدثة وقسمته الى مطلبين: المطلب الأول: حجية وسائل الإثبات الإلكترونية ذات القوة المحدودة. والمطلب الأول الى فرعين: الفرع الأول: حجية الشهادة (البينة) الإلكترونية. الفرع الثاني: حجية القرائن القضائية والخبرة الإلكترونية. والمطلب الثاني: حجية وسائل الإثبات الإلكترونية المعفية من الإثبات والوسائط السمعية والبصرية، قسمته الى فرعين: الفرع الأول: حجية الإقرار الإلكتروني والقرائن القانونية واليمين الإلكتروني، الفرع الثاني: حجية الوسائط السمعية والبصرية.

حجية وسائل الإثبات الإلكترونية غير المكتوبة في ظل القواعد العامة:

للاستفادة من التقدم العلمي والتطور الكبير في الوسائل الإلكترونية ذات الاستخدام اليومي في المعاملات من قبل الأفراد لابد من مواجهة تلك المتغيرات من خلال الإصلاح التشريعي لمواكبة التطور التكنولوجي ووضع الصيغة الملائمة؛ وباعتبار أن قانون الإثبات يتميز عن غيره من فروع القانون الأخرى بعدة خصائص؛ من بينها أنه يتسم بالمرونة وسرعة التطور، فكان من الطبيعي أن يستجيب للتعاملات الجديدة، ولكل تطور يسهم في توفير الحاجات اليومية للمجتمعات بقصد تحقيق المصلحة العامة.

فقد منح قانون الإثبات للأطراف الإثبات بغير وسائل الإثبات المكتوبة التقليدية في المواد التجارية؛ بسبب الطبيعة الخاصة للمعاملات التجارية التي تعتمد على الأمان والثقة في التعامل، وما تتطلبه هذه المعاملات من سرعة في التعامل؛ فقد أخذ المشرع بنظام الإثبات الحر في المعاملات التجارية والوقائع المادية حيث أجاز إثباتها بكل طرق الإثبات، كما أنه في المعاملات المدنية أجاز إثباتها بكل طرق الإثبات في حالات عدم تجاوز قيمة التصرف مبالغا معينا نظرا لطبيعتها.

مدى حجية وسائل الإثبات الإلكترونية غير المكتوبة في ظل التصرفات القانونية:

لوسائل الإثبات غير المكتوبة أهمية محدودة بالنسبة للتصرفات القانونية أمام الوقائع المادية فهي الطريق الأصلي؛ لأنه يتعذر فيها إعداد الدليل مقدما (ولما كان محل الإثبات يتمثل في واقعة قانونية بالمعنى العام، سواء كانت واقعة مادية أو تصرف قانوني؛ فإن المشرع تطلب شروطا معينة ينبغي توافرها في الواقعة محل الإثبات وهي:

- أن تكون محددة لأن الواقعة غير المحددة لا يمكن إثباتها.
- أن تكون متنازع فيها لأن الواقعة غير المتنازع فيها فلا داعي لإثباتها لعدم وجود الغاية منه.
- أن تكون متعلقة بالدعوى أي متصلة بموضوع النزاع.
- أن تكون منتجة فيها.
- أن تكون جائزة الإثبات بمعنى أن لا تكون الواقعة مستحيلة وألا يكون في القانون ما يمنع إثباتها (المادة (2) قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968م وكذلك المادة 3 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4لسنة 2001).

لذلك أخذ المشرع بمبدأ حرية الإثبات في التصرفات القانونية وهو عدم تقيد المدعي في إثبات ما يدعيه بطريق معين من طرق الإثبات، وإنما يكون له إثبات ما يدعيه بكل الطرق بما فيها الوسائل الإلكترونية

مدى حرية الإثبات في المعاملات التجارية الإلكترونية:

طالما أن المبدأ في إثبات المواد التجارية هو حرية الإثبات؛ فإنه يمكن الاستعانة بالمخرج الإلكتروني غير المكتوب لإثبات وجود مضمون التصرف الذي يتم عن طريق شبكة الانترنت، وليس ثمة أي خوف، أو أية مخاطر في ذلك؛ لأن الأمر يخضع في جميع الأحوال لتقدير القاضي. وقد نظمت محكمة القضاء الإلكتروني الكندية إثبات دعوى التحكيم الإلكتروني في المعاملات التجارية، حيث نصت المادة العشرين على أن: "للأطراف في كافة مراحل الدعوى وفي حالة

عدم وجود اتفاق يخالف ذلك، أن يلجأوا في إثبات ادعاءاتهم لكافة أدلة الإثبات التي يرونها مناسبة وللسكرتارية أو لهيئة التحكيم أن تطلب في أي لحظة أصل أي مستند يتم تقديمه أن وجد".

ويرى بعض الفقه (زمزم، 2011،ص 221). هذا النص هو السند التشريعي لمبدأ حرية الإثبات في المجال الإلكتروني ملبيا بذلك رغبة المتعاملين في المجالات التجارية في أن يلجأوا لكافة طرق الإثبات ومختلف الأدلة التي يرونها مناسبة ومنتجة في إثبات ادعاءاتهم ما لم يقيد هؤلاء المتعاملون أنفسهم من هذا المبدأ؛ كالاتفاق علي استبعاد بعض الأدلة مثل شهادة الشهود، أو الاتفاق علي عدم إثبات الالتزامات المالية إلا بالكتابة وسواء كان هذا أو ذاك؛ أي سواء ورد مبدأ حرية الإثبات مطلقا أو تم تحديده باتفاق الأطراف؛ فإن ذلك لا يخل بحق المحكمة في المطالبة بأصل أي مستند يتم تقديمه من الطرفين إن وجد هذا الأصل. غير أن المشرع قد استثنى بعض المعاملات التجارية من مبدأ حرية الإثبات، والتي لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة، وعلى سبيل الحصر بالإضافة إلى جواز الاتفاق بين طرفي المعاملة على الإثبات بأي وسيلة من وسائل الإثبات كون قواعد الإثبات ليست من النظام العام وتخضع لمبدأ سلطان الإرادة.

مدى حرية الإثبات في المعاملات المدنية الإلكترونية التي لا تزيد قيمتها عن نصاب معين:

حرية الإثبات في المعاملات المدنية في حدود النصاب، هو عدم تقيد المدعي في إثبات ما يدعيه بطريق معين من طرق الإثبات؛ وإنما يكون له إثبات ما يدعيه بكل الطرق بما فيها وسائل الإثبات غير المكتوبة.

بينما وضعت أغلب التشريعات نصابا ماليا معينا لإثبات التصرف القانوني المدني بغير الكتابة، بحيث يمكن للأطراف إقامة الدليل علي حصول التصرف القانوني، وعلى مضمونه بكافة طرق الإثبات، دون اعتبار لطبيعة المعاملة تجارية، أو مدنية، فهذا الاستثناء ذو نطاق عام وشامل.

فيمكن إثبات التصرف القانوني المدني بكل طرق الإثبات بما في ذلك الشهادة والقرائن إذا لم تتجاوز قيمة هذا التصرف حدا معينا أو كانت غير محددة القيمة ونتيجة للتضخم المالي، وانخفاض القوة الشرائية للعملة الوطنية مع مرور الزمن تتجاوز الأحداث القيمة الشرائية للنصاب المحدد ويصبح المبلغ زهيدا وغير مناسب ولا يمكن أن نتصور قيام النزاع بصددها وبالتالي يصبح هذا المبدأ معطلا، وهو ما نوصي معه المشرع أن يحدد النصاب بوحدات نقدية ذات قوة شرائية معينة تساوى وزن معين من معدن نفيس بين الثبوت في القوة الشرائية كالذهب أو يجعل تحديد هذا الحد أو النصاب في اللائحة التنفيذية للقانون حتى يمكن تعديل قيمة التصرف القانوني تبعا للقوة الشرائية للعملة الوطنية، وبشكل دوري من قبل الوزارة المختصة (وزارة التجارة).

لذا فقد بات واضحا الحاجة إلى تعديل تشريع للقواعد التقليدية المنظمة لإثبات التصرفات القانونية من أجل وضع قواعد قانونية من شأنها أن تكفل الاعتراف للمخرجات الإلكترونية غير المكتوبة بحجية في الإثبات مساوية لحجية وسائل الإثبات التقليدية غير المكتوبة كالشهادة المباشرة.

مدى حجية وسائل الإثبات الإلكترونية غير المكتوبة في ظل الوقائع المادية:

الوقائع المادية هي كل واقعة تحدث فيترتب عليها في القانون أثرا ما. وهذه الوقائع تمثل مصدرا للحق وقد تكون طبيعية أو من فعل الإنسان؛ فالطبيعة هي التي تحدث دون أن يكون للإنسان دخلا في أحداثها وهذه الوقائع قد تكون غير متصلة بالإنسان كمضي الزمن بتعاقب الليل والنهار ونضوج الثمار ويترتب عليه انقضاء الأجل وبالتالي حلول الالتزام وكحدوث الزلازل والبراكين أو فيضانات قد يرتب عليه القانون إعفاء المدين من التزامه لاستحالة الوفاء به باعتبارها صورة من صور القوة القاهرة" (بكر، 2016، ص38)"

وأما الوقائع التي تحدث بفعل الإنسان واختياره، فهي تشمل سائر الأعمال المادية التي تصدر من الإنسان فتترتب عليها آثار قانونية دون النظر إلى إرادته أو نيته، ومن ذلك مثلا إتلاف مال الغير، أو قتل الغير عمدا أو بغير عمدا، فالقانون يكتفي بالوقوع المادي لهذه الوقائع ويرتب عليه أثر معين، بصرف النظر عن إرادة من صدر منه العمل المادي، أي

سواء أكان الشخص يقصد إحداث الأثر المترتب عليه أو لم يقصده فالقانون في جميع الأحوال هو الذي يحدث هذا الأثر (عبد العال، ص201)

مدى حجية وسائل الإثبات الإلكترونية غير المكتوبة في ظل الوقائع المادية استنادا لمبدأ حرية الإثبات:

الواقعة المادية هي أمر حادث بالفعل سواء أراده الإنسان أم لم يرده؛ ولكن القانون يرتب عليه حقوقا للإنسان أو عليه وذلك كميلاد الإنسان وموته ونسبة شيوع الملك والجوار فيه وكون الإنسان موظفا في الحكومة، أو عاملا لدى آخر، وغير ذلك من العلاقات العامة أو الخاصة وبينهما بعض الفقهاء"(السنهوري، ص1و 2)" بأنها واقعة مادية يرتب القانون عليها أثرا. والمقارنة فيما بين التصرف القانونية والواقعة المادية هي كما قدمنا، مقابلة ما بين الإرادة والعمل المادي فحيث تمخضت الإرادة لإحداث أثر قانوني فثم تصرف قانوني، وحيث وقع عمل مادي ولو خالطته الإرادة فرتب عليها القانون أثرا فثم واقعة مادية.

وكذلك يطلق عليها الوقائع الطبيعية، أو المادية المجردة وهي كل حدث مادي يرتب عليه القانون آثرا ويحدث هذا الأثر تغييرا في الأوضاع القانونية القائمة أو ينشئ وقعا قانونيا جديدا لم يكن قائما قبل وقوعه، وقد تكون الواقعة حادثا ماديا من فعل الطبيعة. كحدوث زلزال وثورة بركان، وفيضان نهر، ونزول صاعقة وهبوب عواصف وقد تكون من عند الخالق كالميلاد والوفاة وقد تكون الواقعة من فعل الإنسان كالاعتداء على مال الغير، وقد تكون ثراء علي حسابه وقد تتمثل في اعتداء يقع علي الكيان المادي أو المعنوي لشخص معين.. الخ

وقد يرتب القانون بعض الآثار أو النتائج القانونية علي وقوع مثل هذه الحوادث في بعض الأحيان مثل انقضاء الالتزام لاستحالة الوفاء به إذا بلغت هذه الأحداث حدا يجعل وفاء المدين بالتزامه مستحيلا ويلحق بهذا الوقائع الطبيعية ما كان من أفعال الجماد، أو النبات أو الحيوان؛ فالجوار بالنسبة للجماد ينشئ حقوقا والتزامات فيما بين مالكي العقارات المتجاورة ونضوج الثمر بالنسبة للنبات قد يترتب عليه انقضاء الإيجار، أو استحقاق الأجرة، كما يلحق بذلك بعض الوقائع التي تتصل بالإنسان، دون أن يكون لإرادته دخل في حدوثها كالميلاد والوفاة والقرابة فمجرد الوفاة تنفتح التركة للورثة وتنقضي العلاقات الزوجية وتنقض بعض الدعاوى التي كانت مرفوعة ضده كالدعوى الجنائية.

وكل هذه الوقائع يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات بما فيها وسائل الإثبات الإلكترونية وإن وردت عليها استثناءات فهي على سبيل الحصر، فالوقائع القانونية التي تقع بفعل الإنسان، ويعتد بها القانون، ويرتب عليها آثار وينشأ عها حقوق شخصية (التزامات) كما قد تكون مصدرا للحق العيني

الاستثناء من حرية الإثبات في ظل الوقائع المادية:

إثبات الوقائع المادية بوسائل الإثبات غير المكتوبة هو الأصل، ويوجد بعض الوقائع التي تحدث دون إرادة الإنسان، والتي تسمح ظروفها تسجيلها بالكتابة عند وقوعها، وهي على سبيل الحصر، وهو ما جعل المشرع يعمد إلى وجوب تسجيلها نظرا لأهميتها وما يترتب عليها من حقوق والتزامات.

ومن هذه الوقائع كالميلاد والوفاة فأوجب المشرع)حيث تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة؛ لذلك فإذا لم توجد سجلات، أو وجدت وتبين عدم صحة ما أدرج فيها جاز الإثبات بأي طريقة شرعية، المادة (1/30) من القانون المدني المصري، وبالنسبة للولادة يقابلها المادة (55) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت علي أن تقدم التصاريح بالولادة، خلال الثلاثة الأيام التي تلي الولادة، إلي مأمور الأحوال المدنية في محل الولادة، وعندما لا يحصل التصريح ضمن المهلة القانونية، لا يستطيع مأمور الأحوال المدنية أن يذكره ف سجلاته إلا بموجب حكم صادر عن محكمة الدائرة التي ولد فيها المولود، وتوضع تأشيرة موجزة علي الهامش بتاريخ الولادة ، أما بالنسبة لإثبات الوفاة في القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة (78) علي: "أن وثيقة الوفاة تنظم من قبل مأمور الأحوال المدنية في البلدة حيث حصلت الوفاة، بناء علي تصريح أحد أقارب المتوفي أو أحد الأشخاص الذين يملكون المعلومات الأكثر دقة. "(تسجيلها بالكتاب

على نحو خاص، أما بقية الوقائع المادية فهي غالبا تحدي إمام أعين الناس، وبالتالي تستطيع العامة من الناس روايتها بشكل لا يختلف كثيرا عن الواقع.

حجية وسائل الإثبات الإلكترونية غير المكتوبة في التشريعات المستحدثة:

لم تتناول التشريعات المستحدثة حجية وسائل الإثبات الإلكترونية غير المكتوبة كوسائل الإثبات الإلكترونية المكتوبة، وأصبح تقنين وسائل الإثبات الإلكترونية غير المكتوبة ضرورة واقعية وخصوصا مع ظهور المحكمة الإلكترونية والتي تعد حيزا تقنيا معلوماتياً ثنائي الوجود يسمح ببرمجة الدعوى الإلكترونية ويتألف من شبكة الربط الدولية إضافة إلي مبنى المحكمة، بحيث يتيح الظهور المكاني الإلكتروني لوحدات قضائية وإدارية عبر موقع علي شبكة الإنترنت يعتبر عنوانا إلكترونيا للدائرة أو المحكمة ويباشر من خلاله مجموعة من القضاة مهمة النظر في الدعاوى والفصل فيها بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الإجراءات القضائية مع اعتماد آليات تقنية فائقة الحداثة لتدوين الإجراءات القضائية وحفظ وتداول ملفات الدعوى

حجية وسائل الإثبات الإلكترونية ذات القوة المحدودة:

تعد البينة والقرائن القضائية واليمين المتممة من وسائل الإثبات غير المكتوبة ذات القوة المحدودة حيث جعل القانون البينة والقرائن القضائية طريقتين متعادلتين من حيث ثبوتهما القانونية في الإثبات فما يمكن إثباته بأحد الطريقين يمكن إثباته بالطريق الآخر، وهي ذات قوة محدودة في الإثبات إذ لا يجوز أن تثبت بها إلا الوقائع المادية، والتصرفات القانونية التي لا تجاوز قيمتها حدا معينا وهي من الطرق غير الملزمة للقاضي، حيث يتمتع القاضي فيها بسلطة تقديرية واسعة من حيث الأخذ بها أو طرحها حسب تقديره واقتناعه ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض.

وقد رأينا أن البينة والقرائن القضائية لا تكون طرقا أصلية في الإثبات إلا في نطاق الحدود التي قررها القانون كما أن الخبرة وسيلة إثبات ذات قوة محدودة فهي تخضع لتقدير القاضي، كاستنباط القرائن في الدعوى وتقدير أقوال الشهود فيها من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع، ويعتمد عليها في تكوين عقيدته، ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان ذلك بأسباب سائغة.)" نقض مدني 76مصري 1965م، ص594، نقض قضية رقم 73، ص584. (" فالخبرة تتفق مع الشهادة والقرائن القضائية من حيث أن للقاضي سلة تقدير واسعة كونها تخضع لمبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي، لذلك سوف نبين حجيتهما في هذا المطلب وذلك في فرعين وعلى النحو التالي:

حجية الشهادة (البينة) الإلكترونية:

للشهادة حجية محدودة باعتبارها طريقا من طرق الإثبات ولم يخالف أحد في حجيتها في إثبات كافة الحقوق سواء مدنية أو تجارية أو أحوال شخصية أو إدارية وحالات معينة إذا توافرت شروطها في بعض التشريعات ولبيان الحالات التي لا يكون للشهادة حجية في إثباتها والتي يكون للشهادة حجية في إثباتها والتزامات الشاهد، وذلك على النحو التالي:

أولا: الحالات التي لا يجوز أن يكون للشهادة حجية في إثباتها:

عمل المشرعان المصري والفرنسي على استثناء التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على نصاب معين، وكذا ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي ففي هاتين الحالتين لا يكون للشهادة حجية، ولا يجوز الإثبات بها

ثانياً: الحالات التي يكون للشهادة حجية في إثباتها:

بالإضافة إلى الحالات التي يكون فيها حجية للشهادة على سبيل الاستثناء هناك حالات يجوز إثباتها أصلا بشهادة الشهود ومنها:

الوقائع المادية: يجوز إثباتها بشهادة الشهود مهما كانت قيمتها.

التصرفات التجارية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود.

الغش نحو القانون إذا كان هناك غش نحو القانون، أو تحايل على القانون من جانب المتعاملين أو أحدهما بالتواطؤ أو التهرب من قاعدة قانونية آمرة تتعلق بالنظام العام فالرأي السائد هو جواز كشف الغش، والتحايل بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة باعتبار الغش واقعة مادية.

ثالثاً: الالتزامات التي تقع على عاتق الشاهد:

حيث يقع على عاتق الشاهد الكثير من الالتزامات لكي يعتد بشهادتها، ومنها:

حضور الشاهد: موضع هذا الالتزام هو حضور الشاهد بنفسه في المكان والوقت المحددين للاستماع إلى شهادته أمام القضاء، ويعني ذلك الحضور المادي، مما يثير التساؤل عن كيفية التغلب علي شرط الحضور المادي في الشهادة عن بعد؟

من أجل التغلب علي شرط الحضور الفعلي للشاهد أمام المحكمة يرى البحث أنه طالما أن شبكة الإنترنت توفر من خلال شاشة الحاسب الآلي إمكانية عرض الأطراف بشكل متزامن إلى وقت واحد كلا في مكانه، فإن هناك تزامن في عملية ظهور الشهود والأطراف على الشاشة أمام القاضي، أو المحكمة الإلكترونية المختصة، ويكون بالوقت ذاته القاضي على الشاشة أمام الشهود وأمام الأطراف.

فمع انتشار الحكومات الإلكترونية من الممكن أن يتحقق حضور الشاهد متزامن مع باقي الأطراف عند إجراء المحاكمة الإلكترونية من خلال وجود الشاهد أمام المحكمة الإلكترونية أو أمام محكمة عادية اقتراح أن يتم إعداد سجل بالمواقع الإلكترونية الخاص بالمحاكم الإلكترونية عبر الدول ويتم إرسال إنابة قضائية عبر الوسائط الإلكترونية للقاضي الإلكتروني في مدينة تواجد الشاهد والذي بدوره يتخذ إجراءات التحق من الشاهد وأخذ بياناته وشهادته أمام المحكمة وبثها إلكترونيا ثم يتم إرسالها إلي المحكمة التي يتم نظر الدعوى أمامها وبذلك يمكن اعتبار حضور الشاهد أمام المحكمة حضورا حكمياً.

فالإنابة القضائية هي: إنابة محكمة المحل المنظور أمامها الدعوى محكمة أخرى الاستشهاد الشاهد لضرورة ما وما دام أن الضرورة أباحت الاستثناء، وهذه الضرورة قد يكون الشاهد فيها بعيدا أو يكلف حضوره نفقات لا يستطيع دفعها الخصوم، أو قد يكن في دولة أخرى يكلف حضوره مبالغ طائلة أباحت القوانين إجراء الاستنابة في هذه الحالة، وخصوصا وجد اتفاق بين الدول المتواجدين فيها الأطراف يجيز الإنابة فيجوز بموجبه هذا الإجراء لماذا لا يستفاد من التطور الهائل في مجال تقنية المعلومات وتسمع شهادات تفيد الفصل في دوري الأطراف المتعاملة والمتواجدة في أماكن متعددة ومتباعدة عن طريق برنامج ينقل الصوت والصورة معا (الأسكاي بي، الماسنجر، الأيمو، كونفرانس، ...) أمام المحكمة، وبعد أن يتعرف الطرفان علي الشهود، إلا تعتبر هذه الشهادة أمام المحكمة أو في مجلس القضاء أن قانون الدليل منوط حقيقة بثقة القضاء به، فإذا استوثقت المحكمة م شخصية الشاهد، وأقر الخصوم في الدعوى بأنه هو الشاهد نفسه .

بينما يرى بعض الفقهاء) أحمد، 2017، ص26 (إ"ذا تعذر حضور الشاهد إلي المحكمة لسفره للخارج، أو لمرضه الشديد وإقامته بالمستشفى أو لوجود كوارث طبيعية كفيضان وغيره يستحيل معها مثول الشاهد بنفسه أمام المحكمة فإن إجراء استجوابا للشهود عبر الإنترنت عن طريق استخدام تقنية الفيديو كونفرانس إجراء لابد منه وجائز وضروري للغاية ويمكن التأكد من شخصية الشاهد عن طريق ذهابه لمقر أقرب محكمة متواجدة في دائرة موطن الشاهد ويتم الاتصال بين المحكمين وسماع الشاهد رسميا بعد التأكد من هويته، وفي حالة تعذر انتقال الشاهد إلي المحكمة يجوز انتقال الموظف المختص بالمحكمة الواقعة في دائرة موطن الشاهد ومعه الأجهزة اللازمة وذلك لسماع شهادته عن بعد.

وأما في حالة ما إذا كان الشاهد مقيما بالخارج فإنه يمكن استدعائه عن طريق السفارة الوطنية بالدولة التي يقيم بها ويحضر في موعد الجلسة المحددة لمقر السفارة ويتم الاتصال بالسفارة من قبل المحكمة أثناء انعقاد الجلسة عبر تقنية

الفيديو كونفرانس وسماع شهادته وكذلك الشاهد المنتمي لدولة أجنبية يتم مخاطبة البعثة الدبلوماسية للبلد التابع لها وأخذ موافقتها على سماع شهادته بمقر السفارة الوطنية بالخارج.

حلف اليمين:

يجب لأداء الشهادة إلزام الشاهد أن يحلف اليمين قبل أدائه الشهادة وذلك كضمانة تضفي على الشهادة الثقة كي تكون دليلا يستمد منه القاضي اقتناعه وتعطي لها قيمتها القانونية من جهة ومن جهة أخرى تجلب هذه الشكلية انتباه الشاهد إلي خطورة ما سيدلي به حيث تجعله حريصا على قول الحق.

فعلي الشاهد أن يحلف يمينا بأن يقول الحق وإلا يقول سوى الحق وإلا كانت شهادته باطلة ويكون الحلف حسب الأوضاع الخاصة بديانته أن طلب ذلك"(المادة (86) من قانون الإثبات المصري والمادة 93 من قانون البينات الفلسطيني ("ويمكن للمحكمة إرسال صيغة اليمين عبر الوسائط الإلكترونية إلي القاضي الذي تم إنابته في أخذ الشهادة في مكان تواجد الشاهد والذي بدوره يلزم الشاهد بالحلف بموجب الصيغة قبل أداء الشهادة وبثها مباشرة مع كتابة نسخة ترسل إلكترونيا إلى المحكمة المنيبة.

الالتزام بالإدلاء بالشهادة:

بالإضافة إلى التزام الشاهد بالحضور وحلف اليمين؛ فإنه يجب عليه الالتزام بأداء الشهادة القضائية أمام القاضي. وللقاضي مطلق الحرية في الأخذ أو عدم الأخذ بشهادة الشاهد الذي لا يطمئن إلي شهادته حسبما يرى من ظروف الدعوى ما دام عدم اطمئنانه سائغا عقليا وألا يكون التقدير مبنيا علي ما يخالف الثابت بالأوراق أو تحريف لأقوال الشهود أو الخروج بها عن ما يؤدي إليه مدلولها ولا عبرة بكثرة الشهود أو قلتهم كما أنه لا عبرة بمركزهم في الهيئة الاجتماعية ما دامت شهادتهم لا تتفق مع ظروف الدعوى ولا توحي بالثقة بها (.) نشأت، ص51. (" فللمحكمة أن تعتمد في قضائها علي قول الشاهد دون قول آخر له متى اقتنعت بصدقه) الطعن الجنائي المصري رقم 1245، لسنة 1949صفحة 37) والاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده إلي وجدان القاضي فهو غير ملزم بإبداء أسباب لتبريره ولا معقب عليه في ذلك.") الطعن المدني المصري رقم 0083، ل سنة1950، صفحة 289) "

كذلك يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تفحص من جديد أقوال الشهود الذين سمعوا أمام محكمة الدرجة الأولي وأن تستخلص منها ما يطمئن إليه وجدانها، ولو كان استنتاجا مخالفا لما استخلصته المحكمة الابتدائية) الديناصورى، عكاز، ص539)"

وفي حالة تعارض شهادتين ذهبت المحكمة العليا إلى أن الشهادتين إذ تعارضتا تساقطتا ما لم يوجد مرجح لأحدهما.

وبذلك يقصد بمصطلح الشهادة الإلكترونية: نوعية من الشهادة التي لا يكون فيها الشاهد حاضرا في الجلسة بذاته أي جسديا وإنما يكون عبر الوسائل الإلكترونية الرقمية مما يثير التساؤل حول مدى قابلية وصحة مثل هذه الوسائل في عرض الشهادة عن بعد؟

فبعد ظهور الدوائر التلفزيونية المغلقة وبرامج البث المباشر للصوت والصورة أخذ القضاء الأمريكي بنظام الشهادة الإلكترونية الفورية طالما كانت هناك أسباب في القانون تدعو إليه ففي قضية استلزمت إدلاء شخص محصن ببرنامج حماية الشهود قام القاضي بتقرير قبول طلب بسماع شاهد عبر الدوائر التلفزيونية المغلقة شريطة حضور الشاهد عبر الدوائر المذكورة كما لو كان حاضرا الجلسة بالفعل بحيث كان كل ما يدور في الجلسة مرئيا له بالمقابل رؤية من هو في الجلسة له، كما قامت المحكمة العليا الأمريكية في عام 1996م بتعديل تفسير المادة (43) من القواعد الفيدرالية للإجراءات المدنية بحيث سمحت بالأخذ بالشهادة عبر الدوائر المغلقة عن بعد) بن يونس، ، ص95).

ورغم ذلك يجب أن يتوافر لدى الطرفين تقنية تكنولوجيا متساوية للاتصال الإلكتروني حتى يمكن تحقيق النتائج المرجوة من استخدامها وتطبيقا لذلك إذا كان أحد الأطراف مستقرا في مصر فإنها يمكنهما المواجهة والمثول أمام محاكم إلكتروني بمقره الكائن في فرنسا مثل عن طريق نظام مؤتمرات الفيديو حيث يمثل كل منهما نقطة اتصال مع المحكم الإلكتروني

الذي يمثل نقطة اتصال ثالثة؛ وبذلك تتحقق المواجهة الكاملة بين الجميع علي النحو الذي يمكنهم من طرق إدعاءاتهم وإثباتها بطريقة حية وكأن يستقر الشاهد المراد استجوابه مقيما في ولاية كاليفورنيا ممثلا في نقطة اتصال يمكن بمقتضي شاشة العرض الموجود في نقاط الاتصال سماع أقوال الشاهد، وكأنه حاضر في ساحة المحكمة) زمزم، ص225، وما بعدها.(

فمصطلح المحكمة الإلكترونية يعد من المصطلحات والمفاهيم الحديثة، حيث أنه لم يظهر إلا قبيل سنوات بعد انتشار مصطلح الحكومات الإلكترونية، وتقوم فكرة المحكمة الإلكترونية على تشبيك الأجهزة القضائية كلها وضمها ضمن إطار تفاعلي واحد وفي ظل هذه المحكمة يقع الدور الكبير عل عاتق موظف المحكمة المختص والذي يقوم بأتمة المعلومات الخاصة بأي دعوى من اللحظة الأولي لتسجيلها وتحديث البيانات تبعا لتقدم إجراءات الدعوى وحتى آخر مرحلة من مراحل التقاضي وذلك مما يستلزم ابتداء بأتمة عمل كل دائرة قضائية على حدة وربطها معا لتؤدي عملها عبر الوسائل الإلكترونية ولتجري الاتصالات بين المؤسسات القضائية عبر الوسائل ذاتها وإنجاز إجراءات التقاضي والمرافعات أمام المحاكم بواسطة الإنترنت ولتقوم قواعد البيانات مقام الوثائق والأدلة التقليدية.

ويمكن تعريف المحكمة الإلكترونية بأنها: "حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود، يسمح ببرمجة الدعوى الإلكترونية ويتألف من شبكة الربط الدولية إضافة إلي مبنى المحكمة بحيث يتيح الظهور المكاني الإلكتروني لوحدات قضائية وإدارية ويباشر من خلالها مجموعة من القضاة مهمة النظر في الدعاوي والفصل فيها بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الإجراءات القضائية مع اعتماد آليات تقنية فائقة الحداثة لتدوين الإجراءات القضائية وحفظ وتداول ملفات الدعاوى") أوتاني، 2012، ص170.(" .

كما تقوم المحكمة بتزويد المحامين وذوى الشأن من خبراء وغيرهم بكلمة مرور خاصة بكل منهم، يمكنهم من الاطلاع على مواعيد الجلسات وأدق التفاصيل حول دعواهم والاطلاع علي مستندات الدعوى وتبدأ إجراءات الخصومة بدخول المدعي إلي موقع المحكمة وتقديم البيانات في استمارة مخصصة لذلك على هذا الوقع ويستلم على الفور رقم دعواه وكلمة مرور ثم يتم تبليغ الطرف الثاني (المدعى عليه) خلال ثلاثة أيام من قيد الدعوى؛ وذلك بواسطة البريد الإلكتروني، والذي بدوره يقوم بالرد على الدعوى وبيان دفوعه بإملاء النموذج المخصص لذلك ويقوم المختصون بتزويده بكلمة مرور تخوله دخول الموقع وتتبع إجراءات سير الدعوى. وتعد محكمة جدة أول محكمة في المملكة العربية السعودية تعمل بالنظام الشامل بدءا من استقبال الدعوى الاستدعاء إلكترونيا وانتهاء باستخراج الصك القضائي وتقوم المحكمة باستلام أوراق الادعاء من خلال دخول ا لمدعي إلي موقع المحكمة لتسجيلها إلكترونيا ثم تتابع إجراءاتها في المحكمة أليا فتدون الجلسات وتتخذ الإجراءات باستخدام الحاسب الآلي حتى صدور الحكم القضائي")أوتاني، ص195.("

ومن المتوقع أن يشغل القضاء عبر الوسائل الإلكترونية مكانة واسعة في حل المنازعات في المستقبل القريب، فبعد أن أصبح العالم قرية صغيرة، وتحولت المعاملات إلى العالم الافتراضي عبر الإنترنت أصبح لزاما أن يتحول القضاء معها لتحقيق المقاصد الشرعية والقانونية من وجود القضاء. ومن أجل ذلك لابد من الأخذ في الحسبان بعدد من النقاط التي يجب مراعاتها وأهمها: عدد العاملين في السلك القضائي الذين لديهم القدرة في التعامل مع الوسائل الإلكترونية وعدد العاملين في السلك القضائي الذين يحملون مؤهلات علمية عليا ووجود بنية تحتية متكاملة تسمح بالتحول إلي نظام الحكومات والإثبات القضائي الإلكتروني.

حجية القرائن القضائية والخبرة الإلكترونية:

أولا: حجية القرائن القضائية:

فالقرينة هي الإمارات التي تدل على إثبات ما خفي من الوقائع والدلائل المصاحبة للواقعة المراد إثباتها "(المادة (99) من قانون الإثبات المصري. ("وتنقسم القرائن إلي قرائن قانونية وأخرى قضائية؛ فالقضائية: هي التي يستنبطها القاضي

من الدعوى وكلا القرينتين تفترضان ثبوت أمر ما، وهنا يثير التساؤل عن مدى اعتبار المخرجات الإلكترونية قرائن على ثبوت أمراً ما. فالقرينة القضائية أو الموضوعية هي التي يستنبطها القاضي من موضوع الدعوى وظروفها وسميت قضائية لأنها من استنباط القاضي؛ وسميت موضوعية لأنها تستنبط من موضوع الدعوى وظروفها فهي دليل غير مباشر، لأن الإثبات فيها لا يقع على الواقعة ذاتها مصدر الحق، وإنما على واقعة أخرى إذا ثبتت فإنه يمكن أن يستخلص منها ثبوت الواقعة المراد إثباتها)" الدناصورى،عكاز، ص576 "(.

كما أن القرينة القضائية لا تتسم بطابع العموم والشمول في الغالب من الأحوال بيد أنه إذا تواتر القضاء على إعمال قرينة قضائية محدودة عند توافر واقعة بعينها؛ فإن القرينة تكتسب بفضل هذا التواتر طبعا إلزاميا آمرا وعندئذ تتحول إلى قرينة قانونية وهذا هو الغالب في القرائن القانونية إذا بدأت قضائية ثم تحولت إلي قرائن قانونية. ويجب ألا يلجأ القاضي إلي الإثبات بالقرائن إلا إذا تعذر الإثبات بالأدلة المباشرة ذلك أن الإثبات بالقرائن القضائية يشوبه الظن والشك بما لا يصح معه أن يبقي القاضي ضحية الإيحاء لنفسه بالرغم من أن يظفر بما يتيقن أنه الحقيقة (حق، 2005 ص383) فصدور الحكم يجب أن يصدر على سبيل الحزم واليقين لا على الشك والتخمين. لذلك فإنه لا يمكن استخلاصها بغير العقل والمنطق والتراوى؛ فالمحكمة أن تستنبط الوقائع والقرائن مما تراه مؤديا عقلا إلي النتيجة التي انتهت إليها، وأنه لا يشترط في الدليل أن يكون صريحا دالا بنفسه على الواقعة المراد إثباتها؛ بل يكفي أن يكون ثبوتها منه عن طريق الاستنتاج، مما يتكشف للمحكمة من الظروف والقرائن وترتيب النتائج على المقومات والمعطيات (الجابري، ، 2002م، ص393(.

ونص المشرع") المادة (104) من قانون الإثبات العراقي. (" على أن: "للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية، وبذلك النص يجوز للقاضي استنباط القرائن من المخرجات الإلكترونية وتصبح وسائل التقدم العلمي دليلا في الإثبات". وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلي أن لقاضي الموضوع أن يستنبط من وقائع الدعوى ومن مسلك الخصوم فيها القرائن التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته) نقض مدني مصري، الطعن رقم 15901 لسنة2014 (والقاضي ليس ملزما بدليل معين متى وجد ظروف الدعوى دليلا أقوى أو أظهر دلالة بما في ذلك ما يستنبطه من قرائن قضائية شريطة أن يكون هذا الاستخلاص سائغا وإذا بنى الحكم علي جملة من القرائن متساندة لا يعرف أي منها كان أساسه؛ فإن فساد أحدهما يؤدي إلي بطلان الحكم.) نقض مدني مصري، الطعن رقم 5447 لسنة 2009، ص60)"..

ومن هنا يبرز دور المخرجات الإلكترونية في استنباط واستنتاج القرائن القضائية وتقديم الأدلة في صورة دعائم إلكترونية أو معاملات غير موثقة متبادلة بين الأطراف عن طريق الوسائل الإلكترونية وتم تجميعها وعرضها على القاضي ليختار منها الأدلة المناسبة لإثبات القرائن المتعلقة بموضوع الدعوى محل الإثبات مما يؤكد مساندة هذه المخرجات المعاصرة لدور القاضي في إثبات القرائن وتسهيل مهمته والقيام بدور فعال في الإثبات. حيث يستطيع إلقاء الملم بعملية المخرجات الإلكترونية استنباط القرائن القضائية من خلال الواقعة المعروضة أمامه قرينة قابلة لإثبات العكس.

ومن القرائن الإلكترونية التسجيل المشروع من قبل جهات توثيق أو تحقيق رسمية للتسجيل الصوتي؛ أما إذا تم التسجيل الصوتي من قبل جهات أو أشخاص غير مختصين لا يجوز الاعتداد بها منفردة، وإما يؤخذ بها من أدلة أو قرائن أخرى ترجحها.

ثانيا: حجية الخبرة الإلكترونية:

فالخبرة وسيلة من وسائل الإثبات التي تهدف إلي كشف بعض الدلائل أو الأدلة أو تحديد مدلولها بالاستعانة بالمعلومات العلمية، والفنية والتي لا تتوافر لدى القاضي (مصطفي، ص85) " ليهتدي بها للوصول غلي الحقيقة القضائية) تعتبر الخبرة القضائيين من أهم الإجراءات المساعدة للقضاة، واتي يأمر بها القاضي في ظروف خاصة، وشروط معينة قصد

إجراء تحقيق في مسائل فنيه، لا يمكن للمحكمة أن تفصل ففي النزاع المعروض عليها دون توضحي بعض المسائل أو الأمور الفنية البحتة من الأشخاص ذوى المعارف الخاصة كي يستطيع القاضي الحكم فيها بارتياح(والخبرة وسيلة إثبات يلجأ إليها القاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أطراف الدعوى لتكوين قناعته من الأدلة المتحصلة عن طريقها للفصل في الدعوى على ألا تمتد إلي تقدير المسائل القانونية أو إثبات المسائل المتعلقة بالمسائل والمعلومات العامة، والمشهورة لأن مثل هذه الأمور هي من اختصاص القضاة. "(خدر2015، ص39)".

فالخبرة تتم بواسطة الخبراء، وهو ثلة من أعوان القضاة متخصصون في الجوانب الفنية التي يحتاج إليها القضاة كالطب والهندسة والمحاسبة والكيمياء والزراعة وغيرها؛ حيث يستعين بهم القاضي في الجوانب التي تساعده في الوصول إلي جوهر الحقيقة كون عمل الخبير عنصر من عناصر الإثبات الواقعية في الدعوى. وقد ظهر حديثا نظام الأدلة أو الوسائل العلمية التي تقوم على أساس الاستعانة بالأساليب الفنية التي كشف عنها العلم الحديث في الإثبات، ويعطي القانون () حيث نص القانون عي أن: "للمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء عي طلب الخصوم أن تعيين خبيرا أو أكثر في الدعوى" المادة (292) من قانون الإجراءات الجنائية المصري. (الدور الرئيس في إثبات التصرفات للخبير، ويجعلها أهم الأدلة التي تخضع للفحص العلمي الدقيق، ويستخرج منها الدليل المناسب وقد لقي هذا النظام رواجاً وتفضيلا من أنصار المدرسة الوضعية الذين تنبؤوا له بمستقبل كبير") المنشاوي، 2012، ص539)".

ومن خلال الاطلاع على قانون الإثبات المصري يلاحظ أنهما قد منحا القاضي سلطة تقديرية واسعة في الاستعانة بخبير. وقبل أن يمكن الخبير أن يشهد في الدعاوى القضائية؛ يجب علي المحكمة أن تقرر ما إذا كان هذا الخبير الذي سوف يقوم بالشهادة مؤهلا بالمعرفة العلمية والفنية والمعلومات المتخصصة كي يساعد القاضي في تكوين عقيدته) جستنية، ص212 (فالخبرة علم وفن وإجراء في آن واحد؛ فهي علم يتطور مع التطور العلمي والتكنولوجي على جميع المستويات؛ مما يستوجب وجود متخصصين يواكبون هذا التطور وعلى دراسة كافية به، يمكن للقضاء الاستعانة بهم لاستجلاء اللبس، والغموض المحيط بالمسائل التقنية والفنية موضوع الخبرة حتى يتسنى للقاضي البت فيها.

كما يجوز للخبير أن يستعين عند القيام بمهمته بما يرى ضرورة له من المعلومات الفنية التي ينتقيها من مصادرها والرأي الذي ينتهي إليها في تقريره نتيجة أبحاثه الشخصية محل مناقشة من الخصوم، ومحل تقدير موضوعي من المحكمة مما لا وجه معه للنعي بأن الخبير الذي باشر المأمورية خبير زراعي لا دراية له بالمسائل الهندسية التي يتطلبها بحث موضوع النزاع) نقض مدني رقم 213 سنة 1979،ص 540.(فإذا طل الخصم سواء أكان مدعيا أو مدعاً عليه ندب خبير في الدعوى لإثبات مسألة معينة، وكان إثبات هذه المسألة مؤثرا في الدعوى؛ وكان ذلك هو وسيلته الوحيدة في الإثبات؛ فلا يجوز للمحكمة عدم الالتفات لهذا الطلب دون أن تقسطه حقه من الرد وإلا كان حكمها مشوبا بالإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب (الدناصورى، عكاز ، ص960.(". ومن المستقر عليه في قضاء النقض أن المدعي هو المكلف قانونا بإثبات دعواه وبتقديم الأدلة التي تؤيد ما يدعيه وأن محكمة الموضوع هي صاحبة الحق في تقدير ما يقدمه الخصوم من أدلة وقرائن وهي غير ملزمة بتتبع الخصم في جميع نواحي دفاعه") طعن تجاري مصري رقم 1910 لسنة 1989، ص رقم 760 (وبحسب محكمة النقض المصرية؛ فإنه يتم انتداب خبير ممن لديه المعرفة في الوسائل الإلكترونية وقد انتدبت محكمة استئناف القاهرة خبيرا للوقوف علي صحة مراسلات التلكس"(طعن مدني مصري، رقم 4773 لسنة 2003، ، ص823).

ويرى بعض الفقهاء "(عبد الرحمن، 2004، ص333)" أن الخبرة دليل من أدلة الإثبات وأن القاضي لا يستطيع مخالفة الدليل الفني إلا إذا وجد في المحررات دليلا فنيا آخر يخالف الدليل الأول؛ فهنا توجد حرية للقاضي في أن يطمئن إلي دليل فني دون آخر تم استخراجه من خبرة فنية. ويرى البعض إذا كان تقرير الخبير يعد دليلا من أدلة الإثبات إلا أنه ليس بالدليل الحاسم في الدعوى وإنما يخضع لسلطة المحكمة "(منصور، ص261 ("ويترتب على ذلك النتائج التالية:

لمحكمة الموضوع أن تعتمد على تقرير الخبير بوصفه دليلا كاملا في الإثبات متى اقتنعت بصحته.
كما أن للمحكمة أن تأخذ ببعض ما جاء في تقرير الخبير من آراء وتطرح الباقي منه ولكن لا تملك المحكمة استبعاد الخبرة نهائيا لما في ذلك من حرمان للخصم من وسيلة قانونية من وسائل الإثبات.
للمحكمة ألا تأخذ بتقرير الخبير وتحكم بالرأي الذي يتعارض مع ما أثبته، لأن رأي الخبير لا يقيد المحكمة فهي الخبير الأعلى في الدعوى ورأيها هو القول الفصل في الأمور التقديرية التي لا تستلزم بحثا فنيا متعمقا ولا رقابة عليها من المحكمة العليا متى أقامت قضاؤها على أسباب سائغة والمحكمة غير ملزمة بالرد استقلالا على ما يوجه من طعون إلى تقرير الخبير.
الحكم المعلن على تقرير الخبراء غير منهي للخصومة. يجب أن يكون الحكم بموجب الخبرة منهي للخصومة حيث ذهبت المحكمة العليا إلي أن الحكم الذي لم ينه الخصومة وعلقها على قرار الخبراء يعطي الخبراء الصلاحية في تقرير مصير الخصومة؛ وحيث أن هذا النهي في محله، وأن الحكم الاستئنافي علق القضية علي قرار الخبراء، ولم ينه الخصومة وأحالتها على ما سيصدر من الخبراء وبهذا تبين أن الحكم لم ينه الخصومة؛ بل علقه على قرار الخبراء مما يجعل حكمها غير قابل للطعن فيه طبقا للمادة (119) مرافعات، وبناء عليه تقرر إرجاع القضية لمحكمة الاستئناف لمواصلة السير في القضية من بعد صدور قرار تعيين الخبراء وإصدار حكم في القضية منهي الخصومة على ضوء تقرير الخبراء. والمحكمة غير ملزمة بإجابة الخصومة إلى طلب مناقشة الخبراء متى كانت قد رأت من الأدلة والأوراق المقدمة إليها ما يكفي للفصل في الدعوى) طعن مدني مصري رقم 039، لسنة 1954، ص 133).
بالإضافة إلي أن بعض الفقهاء "(حسن، 2010، ص106)"يوصي بالأخذ بفكرة قاضي الرقابة، والإشراف في مباشرة الخبير لأعمال الخبرة المنتدب من أجلها وهي فكرة معمول بها في فرنسا.
بذلك فإن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها والأخذ بما يقتنع به منها، وطرح ما عداها وحسبه في ذلك أن يقيم قضاءه على أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق") نقض مدني مصري، الطعن رقم 788 لسنة 1993، ص365"(.
ونخلص مما تقدم أن وسائل الإثبات الإلكترونية تعتبر من أعمال الخبرة ؛ حيث يتمكن الخبير في فحص ودراسة مراحل إنتاج هذه المخرجات عبر الوسائل الإلكترونية، وتقرير ما يراه شأنها، وحسم النقاط الفنية المتعلقة بالمسائل الفنية أو بإعداد وتجهيز وتخزين المعلومات على الوسائط الإلكترونية الممغنطة وغير الممغنطة وكذلك حسم المشاكل الفنية المتعلقة بإرسال واستقبال برقيات المخرجات الإلكترونية بهدف الصول إلي حقيقة ما انتهي إليه وفي هذه ما يدعوه إلي الطمأنينة في الوسائط الإلكترونية حيث يستطيع الخبير الفني المتخصص كشف أي عبث أو تلاعب قد تم بهذه الوسائط بدقة وثقة مما يستدعي منح حجية قانونية في الإثبات للمخرجات الناتجة عن أعمال الخبرة.
حجية وسائل الإثبات الإلكترونية المعفية من الإثبات والوسائط السمعية والبصرية:
أن الإقرار والقرائن القانونية، واليمين تصلح للإعفاء من إثبات أية واقعة مادية أو أي تصرف قانوني مهما بلغت قيمته؛ فهي من هذه الناحية كالكتابة قوتها مطلقة والإعفاء من الإثبات في الإقرار، وفي اليمين مقصور على الخصمين فحجية الإقرار واليمين غير متعدية إلى الغير، ومن ثم تكون حجية قاصرة، أما حجية القرائن القانونية فغير مقصورة على الخصمين فهي حجية متعدية وهو ما يستلزم بيان حجية الإقرار الإلكتروني، والقرائن القانونية واليمين الإلكتروني والوسائط السمعية والبصرية.

حجية الإقرار الإلكتروني والقرائن القانونية واليمين الإلكتروني:

أولاً: الإقرار الإلكتروني:

يعد الإقرار وسيلة إثبات مهمة وخطيرة لما لهم أثر حاسم ينهي النزاع المعروض علي القضاء وهو لا يعتبر دليل إثبات بالمعنى الدقيق للكلمة؛ وإنما هو وسيلة تغني عن اللجوء لطرق الإثبات الأخرى التي حددها القانون (أفندى، ص409."إذا يجوز الإقرار في جمع التصرفات القانونية والوقائع المادية؛ فيجوز الإقرار في التصرفات أيا كانت قيمتها، كما يجوز الإقرار حتى لو خالف ما هو ثبات بديل كتابي، بل إنه يجوز الإقرار لنقض ما هو ثابت ببعض القرائن القانونية القاطعة (فايد، ص209" (فالإقرار حجة قاطعة على المقر، ويجب إلزامه بما أقر به) المادة (104) من قانون الإثبات المصري. (ويجوز الإقرار في التصرفات القانونية، والوقائع المادية وتكون حجيته قاصرة على من صدر منه. ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا أنصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخر.) المادة (104) من قانون الإثبات المصري. (ويشترط في الإقرار وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض ما يشترط في سائر التصرفات القانونية من أن يكون صادرا عن إرادة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا؛ لأنه ينطوي على تصرف من جانب واحد، ويتضمن نزول المقر عن حقه قبل خصمه في إثبات ما يدعيه ()طعن مدني مصري رقم 0072، لسنة 1969، ص 404) وحتى يعد الإقرار قضائيا يجب أن يتوافر فيه شرطان، أو ركنان مهمان "(نشأت ، ص193")

الأول: يجب أن يكمن الإقرار أمام المحكمة بصيغة تفيد الثبوت:

حتى يستطيع القاضي الحكم بموجب الإقرار يتطلب أن يتم الإقرار أمام القضاء، ويشترط في الإقرار أن يكون صادرا من الخصم عن قصد الاعتراف بالحق المدعي به لخصمه وفي صيغة تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل اليقين والجزم) طعن مدني مصري رقم 0008، لسنة 1965، ص 480)

الثاني: يجب أن يكون الإقرار في أثناء سير الدعوى الخاصة بالحق المقر به:

ولكي يعتد بالإقرار القضائي أمام المحكمة يجب أن يكن هذا الإقرار قد تم أثناء سير إجراءات الدعوى الخاصة بالحق المقر به؛ فالإقرار الوارد بإحدى الشكاوى الإدارية، يعد إقرارا غير قضائي، ويخضع بهذه المثابة لتقدير التقاضي الذي له مطلق الحرية في تقدير قوته في الإثبات) طعن مدني مصري رقم 0531، لسنة 1979، ص232) ويحكم حجية الإقرار القضائي ثلاث قواعد هي") العدوى، ص467).

القاعدة الأولي: الإقرار حجة حاسمة وهي تفيد ما يلي:

أولا: حجية الإقرار قاطعة على المقر:

الإقرار حجة على ثبوت الواقعة المقر بها من ناحية، ومن ناحية إذا تعتبر حجية الإقرار حجية قاطعة بالنسبة للمقر؛ بحيث لا يجوز له إثبات عكسه بأي طريق من طرق الإثبات، كما لا يجوز له الرجوع فيه ولو قبل أن يتصل بعلم من وجه إليه، إلا أنه ينبغ عدم الخلط بين عدم جواز نفي الإقرار بإثبات عكسه، والمطالبة بإبطاله أو الطعن فيه بالصورية؛ فالذي يجوز الحجية فلا يجوز الرجوع فيه، أو أثبات عكسه هو الإقرار الحقيقي الذي يصدر عن إرادة جدية سليمة من العيوب.

ثانياً: حجية الإقرار مقيدة للقاضي:

حجية الإقرار الحقيقي المستوفي للشروط حجية مقيدة للقاضي يتعين عليه الأخذ بها؛ فيعتبر ما تم الإقرار به ثابتاًُ في الدعوى المطروحة عليه، دون أن يكون له في ذلك أية سلطة تقديرية فالإقرار ليس من الأدلة التي يكون للقضاء سلطة تقديرية حجيتها كشهادة الشهود، وإنما من الأدلة التي يتقيد القاضي بحجيتها كالكتابة.

القاعدة الثانية: للإقرار حجية قاصرة:

لما كانت حجية الإقرار تقتصر علي بعض الأشخاص دون سواهم لهذا توصف هذه الحجية بأنها حجية قاصرة يضاف إلي ذلك أن حجية الإقرار القاطعة تكون قاصرة على بعض من يحتج عليهم بالإقرار دون البعض الآخر الذي تكون حجية الإقرار عليهم حجية غير قاطعة حيث تقتصر الحجية القاطعة للإقرار على المقر، ويلحق به خلفه العام ما لم يكن الإقرار قد صدر إضرارا بحق الورثة كما تقتصر حجية الإقرار غير القاطعة على دائني المقر؛ وخلقه الخاص دن سواهم من الأشخاص") العدوى، ص469):والإقرار حجة قاصرة علي المقر، فالشخص قد يقر علي نفسه بأمر غير حقيقي رغبة في التخلص مما هو أشد من المقر به، أو قصد إلحاق الضرر بغيره فلا يكون إقراره مطابقا للواقع") مرقص، 1957م، ص28 ("ومن ثم فإقرار بعض الورثة بالدين الثابت في ذمة مورثهم لا يترتب عليه قطع عدم التقادم بالنسبة لمن عداهم" الطعن مدني مصري رقم 0495، لسنة 1962، ص 774)"

ويرى بعض الفقهاء (العبودي، ص310("أن شريط التسجيل المعد بواسطة الوسائل الإلكترونية يعد بمنزلة الإقرار غير القضائي)" الصباحين، ص221 ("ويستلزم للاحتجاج به توفر الشروط التالية:

أن يكون الخصم قد حصل على شريط التسجيل الصوتي بطريقة مشروعة".

أن يصدر من الشخص المنسوب إليه التسجيل إذن بتسجيل صوته.

ألا يتضمن التسجيل الصوتي أمورا سرية تتعلق بالشخص الذي نسب إليه.

فإذا توفرت هذه الشروط التي ذكرناها، فإن الدليل المستمد من المخاطبة الهاتفية المسجلة يعد مشروعا ويجوز للمحكمة أن تستند إليه بإصدار قرارها باعتبارها إقرارات قضائية إذا أكدها المقر أمام المحكمة وإذا أنكرها يحتاج إلي أدلة أخرى.

ونخلص مما تقدم بأن المخرج الإلكتروني إذا لم يستوف الشروط الفنية يمكن اعتباره قرينة تكمل بأي وسيلة إثبات أخرى؛ فإذا أقر بها المدعى عليه يتحول إلي إقرار، وبذلك يمكن القول بأن الإقرار يلعب دورا كبيرا في إثبات التعامل الإلكتروني؛ ويعتبر وسيلة من وسائل إثباته، فكل ادعاء صادر من أحد أطراف التعامل ويكون مصدره التصرف القانوني، أو الرافعة المادية يكون ثابتاً إذا أقر به الطرف الآخر، ومثل هذا الإقرار لا يحتاج إلي ما يؤيده، ويكفي لوحده في إنهاء الادعاءات والمنازعات المتعلقة بالتعامل المبرم عبر الوسائل الإلكترونية.

ويرى الباحث إمكانية الإقرار الإلكتروني عن بعد لأنه طالما أن شبكة الإنترنت توفر، من خلال شاشة الحاسب الآلي إمكانية عرض جميع الأطراف في وقت واحد كلاً في مكانه من خلال برامج تبث الصوت والصورة معاً؛ فإن هناك تزامن في عملية العرض على الشاشة أمام المحكمة المختصة وأطراف الدعوى ويكون بالوقت ذاته على الشاشة أمام المقر والمحكمة التي يقر أمامها.

ثانياً: حجية القرائن القانونية واليمين الإلكترونية:

أ- حجية القرائن القانونية:

القرائن القانونية هي القرائن التي نص عليها القانون صراحة، ويقصد المشرع من النص علي القرائن القانونية منع الأفراد من التحايل على القانونية ومن ذلك مثلا ما نص عليه المشرع من أن التصرف الذي يصر في مرض الموت يكون مقصودا به التبرع، ويأخذ حكم الوصية؛ وذلك حفاظا علي حقوق الورثة"(فرج، ص125 (" والقرينة أما قرينة قاطعة فهي التي لا تقبل إثبات العكس وتعفي من تقررت لصالحه من عبء الإثبات مثل حجية الأمر المقضي فيه، ومسئولية حارس الحيوان، والآلات الميكانيكية التي تتطلب حراستها عناية خاصة، فالخطأ مفترض في جانبهم.

وأما القرينة غير القاطعة: فهي التي لا تعفي من تقررت لصالحها نائيا من عبء الإثبات وإنما هي تنقل هذا العبء من الطرف الذي يتمسك بها إلي خصمه وكل قرينة قانونية قاطعة لا يجوز نقضها ويعين الأخذ بها والحكم بمقتضاها. ونظراً لأن القرينة القانونية إعفاء استثنائي من عبء الإثبات") سيد، وأخرون، 2016، ص27" (الذي تقضي به القواعد العامة

في الإثبات والاستثناء لا يتوسع في تفسيره، و لا يقاس عليه؛ ومقتضي ذلك أنه لا قرينة قانونية إلا بنص، وما نص عليه منها لا يتوسع في تفسيره؛ وبذلك كان لابد للأخذ بها في كل حالة وجود نص قانوني عليها وثبت قيام أساس القرينة" (الدناصورى، عكاز، ص560")

ب- حجية اليمين:

وإذا لم يجد الخصم دليلا يقدمه للإثبات كان من حقه أن يلجأ إلي توجيه اليمين إلي خصمه ليحسم بها النزاع، محكما في ذلك إلي ذمة خصمه وضميره بحسب الظاهر"(مرقس، 1957م، ص28(وهذا ما لا يخلوا من مجازفة لأنه إذا حلف من وجهت إليه اليمين حكم له، وخسر من وجهها دعواه"(العدوى، ص480." حيث يوجه أحد الخصوم للآخر يمينا يحتكم لذمته وضميره، إذا حلف من وجهت إليه فقد ثبت حقه بيمينه، وإذا نكل ولم يردها علي من وجهها يثبت حق من وجهها بهذا النكول؛ ويمين يؤدي إلي الإعفاء من الإثبات"(محمود، ص14 (" ولا يجوز توجيه اليمين إلا بشأن واقعة خاصة بالطرف الذي توجه إليه() المادة (1359) من القانون المدني الفرنسي. (وعندما تكون اليمين موجهة إلي شخص اعتباري، فلا يمكن أن توجه إلا إلى الممثل القانوني لهذا الشخص ") نقض تجاري فرنسي ، 22 نوفمبر، 1972" (فاليمين قسمان يمين تؤدي من المدعىٰ عليه لدفع الدعوىٰ، أو تصحيحها، وهي اليمين الحاسمة، ويجوز ردها علي المدعي، بينما اليمين المتممة، أو يمين الاستظهار تؤدي من المدعي لإتمام البينة القانونية اللازمة لإثبات الحق الذي يدعيه قبل المدعىٰ عليه، ولا يجوز ردها علي الخصم الآخر وإذا حلفها المدعي اعتبرت دعواه ثابتة بقوة القانونية ويحكم بطلباته التي أدعىٰ بها وإذا نكل عنها خسر دعواه وحكم برفضها.

ونظرا لأهمية اليمين فقد قضت المحكمة العليا بعدم جواز توجيه اليمين أو قبولها من غير أطراف الدعوىٰ إلا بتوكيل خاص. فنجد أن اليمين الحاسمة تؤدي إلي سقوط كل ما عداها من وسائل الإثبات؛ فلا يجوز لمن طلبها من خصمه الذي حلفها بالصيغة"(نقض اجتماعي فرنسي 29 نوفمبر ، 1973، رقم 622م" (والتي وجهت إليه أن يثبت كذبها بعد ذلك بأي طريق وإما عليه أن يمتثل لسقوط حقه في الدعوى كما لا يمكنه بعدئذ أن يثبت الأمر الذي وقع الحلف عنه، ولا أن يطلب رده؛ بل لم يعد بعدها من سبيل للاستئناف (محمود، ص14(وعندما يتم توجيه اليمين أو ردها، لا يعود جائزا للخصم أن يقيم الدليل علي عدم صحتها (المادة (1363) من القانون المدني الفرنسي (واليمين الحاسمة() نقض مدني مصري، رقم 6086 لسنة 2003، ص571) كالإقرار حجيتها قاصرة على من وجهها ومن وجهت إليه ولا يتعدى أثرها إلي غيرها من الخصوم، ويبني على ذلك أنه إذا شاب اليمين الموجهة إلي أحد الخصوم بطلان فلا يمتد أثر هذا البطلان إلي غيره ممن وجهت إليه اليمين صحيحة كما أنه ليس لغير من وجهت اليمين الحاسمة إليه أن ينازع فيها، أو يعترض علي توجيهها وكل ما للغير هو ألا يحاج بأثر هذه اليمين.

آثار القضاء باليمين الحاسمة: يجوز توجيه اليمين الحاسمة في أي حال كانت عليه القضية"(المادة (1360) من القانون المدني الفرنسي)". ويترتب على توجيه اليمين الحاسمة العديد من الآثار، والتي يمكن بيانها على النحو التالي:

أولا: أثر اليمين الحاسمة على من وجه إليه نتيجة الفروض الثلاثة؛ أما الحلف، أو الرد، أو النكول العديد من الآثار، وهي حسب التالي:

الفرض الأول: حليف اليمين:

تؤدي صيغة اليمين (شاهين، 2009، ص1326 "(العبارة بأن يقوم الحالف (أحلف بالله العظيم)، ثم يذكر الواقعة المراد الحلف عليها؛ ويجوز أن تكون بالكتابة الدالة على ذلك، أو بالإشارة المفهومة من الأخرس إن كان لا يعرف الكتابة. وإذا حلف من وجهت إليه اليمين انحسم النزاع، ويتعين علي القاضي إصدار حكمه على من وجه اليمين ولا يجوز بعد ذلك لمن خسر الدعوى أن يعود إلى مخاصمة من حلف اليمين مرة أخرى في الموضوع نفسه ليثبت كذب اليمين، سواء كان ذلك عن طريق دعوى مبتدأه أو عن طريق الطعن في الحكم الذي صدر بناء على حلف اليمين. وبذلك يترتب على حلف

المدعي عليه اليمين الموجهة إليه قطع النزاع مطلقا إذا لم يجوز مطالبته بالحق الذي وقع عليه الحلف مرة أخرى، ولو أقام على ذلك بينة تدلل على أنه صاحب الحق وليس الخصم

الفرض الثاني: رد اليمين:

رد اليمين هو طلب الخصم الذي وجهت إليه أصلا بردها إلى خصمه ليحلفها هو بالصيغة التي تقرها المحكمة. ولعل نظام رد اليمين الحاسمة يمثل قمة العدالة؛ لأنه يوازن بين مصلحتين: مصلحة موجهة اليمين في حسم النزاع مرة واحدة متنازلا عن كل ما عداه من وسائل الإثبات ومصلحة الخصم الموجهة إليه اليمين، والذي يمكنه ردها على موجهها فإن حلفها الأخير يكون قد خسر الدعوى. ولا يجوز للطرف الذي وجهت إليه اليمين أو ردها أن يرجع عن ذلك متى صرح خصمه استعداده لأداء اليمين) المادة (1364) من القانون المدني الفرنسي. (وبذلك يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها علي خصمه، وفي هذه الحالة يتعين علي من ردت عليه اليمين أن يحلفها وإذا نكل عنها خسر دعواه، وتعين علي القاضي الحكم عليه.

وإذا ردت اليمين على من وجهها فلا يكون له الخيار إلا بين أن يحلفها فيحكم له، أو ينكل عنها فيحكم عليه، دون أن يكون له أن يردها ثانية على من سبق أن ردها عليه، ويلزم أن يكون رد اليمين عن الواقعة نفسها التي وجهت عنها أصلا، وإلا فإننا نكون بصدد يمين جديد موجهة ابتداء أي لأول مرة، وبالتالي فإنه يجوز ردها،

وهذا هو الشأن إذا وجه خصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ليحلف أنه غير مدين له فقام هذا بردها طالبا ممن كان قد وجه إليه اليمين أن يحلف هو علي أنه لم تحصل مقاصة بينهم ففي هذه الحالة نكون بصدد يمين جديدة يجوز ردها(.)" العدوى، ص487"(.

الفرض الثالث: النكول:

النكول هو امتناع الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن حلفها الواجب عليها دون أن يردها على خصمه في الأحوال التي يجوز فيها الرد.

وإذا نكل من وجهت إليه اليمين عن الحلف خسر دعواه، سواء كان الناكل هو من وجهت إليه اليمين، أو من ردت إليها، ويترتب على نكول من وجهت إليه اليمين، أو من ردت عليه أن يحسم النزاع ما هو الشأن تماما بالنسبة لحالة الحلف.

فمن وجهت إليه اليمين الحاسمة فرفضها دون أن يوافق على توجيهها إلى خصمه، أو الخصم الذي وجهت إليه فرفضها يجب أن يخسر ما أدعاه أو الدفع الذي تمسك به.) المادة (1361) من القانون المدني الفرنسي

ثانيا: أثر اليمين على من وجهها:

يترتب على توجيه اليمين الحاسمة ممن يملكها، وقبول حلفها ممن وجهت إليه الحكم بموجبها ولا يجوز له الرجوع.

الفرع الثاني: حجية الوسائط السمعية والبصرية

باعتبار الوسائل الإلكترونية المسجلة والمصورة من وسائل الإثبات للمعاملات المدنية والتجارية الغير مكتوبة مما يثير التساؤل عن مدى مشروعية هذا الدليل وحجيته في المعاملات المدنية والتجارية؟ وللإجابة على هذا التساؤل يستلزم بياناً بحسب التفصيل الآتي:

لم تكن هناك وسائل إلكترونية لإثبات التعامل قبل فترة وجيزة فقد كانت هذه المخرجات تندرج ضمن موضوعات الخيال العلمي وكان يتم الإثبات بالإقرار، أو شهادة الحضور فيكون هناك شهود على طرفي التصرف أو أحدهما بحسب موضوع النزاع المعروض على القضاء. وقد بزغت أساليب تقنية حديثة للتسجيل على أوعية غير تقليدية مثل المواد السمعية والبصرية "الأفلام الثابتة، والصور، وشرائط الكاست، والفيديو، والمصغرات الفيلمية، الأقراص الممغنطة، والأسطوانات ... الخ، حيث تباينت التشريعات في بيان مدى مشروعية الدليل المستمد عن طريق الصورة أو التسجيل الصوتي للمخاطبة الهاتفية، فمنها من نص صراحة علي مشروعية هذا الدليل وفق ضوابط معينة تحمي الحق في

الخصوصية ومنها الحق في الصورة والبعض الآخر سكت دون أن ينص علي مشروعية استخدام هذا الدليل أو حظر اللجوء إليه.

فاحترام حق الحياة الخاصة يسمح لكل شخص، أن يعترض علي البث دون ترخيصه الصريح بذلك للصورة المميز لشخصيته ولو كانت في صفحته على الفيس بوك. والترخيص باستخدام الصورة لا يبرر استخدامها لهدف لم يرخص له صاحب الصورة، وبذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية (نقض مدني فرنسي 1 مايو 2000م، ونقض مدني 4 نوفمبر 2004م، رقم 487.) إلى أن: "يشكل خرقا للحياة الخاصة نشر صورة لا تراعي الهدف الذي منح لأجله صاحبها الترخيص".

كذلك في المادة الثانية من القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001م بشأن المعاملات الإلكترونية قد أجازت في تعريف التوقيع الإلكتروني استخدام الأصوات الإلكترونية لإجرائه وهو ما يفيد اعترافه بالصوت واعتباره كمحرر.

كما أجاز المشرع الأردني الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما فيها تسجيلات الهاتف في المادة (6/72) من قانون الأوراق المالية المؤقت رقم 23 لسنة 1997م، حيث نص على أن: "يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف ... الخ".

. ويرى بعض الفقهاءان قانون التوقيع الإلكتروني المصري وغيرها من القوانين المعاصرة التي عرفت المحرر الإلكتروني هي جميعها تعريفات تسمح باعتبار الصوت (الرسالة لصوتية) أو البيانات المسجلة صوتيا هي من قبيل المحررات وذلك لأن المشرع لم يضع حصرا للوسائل التي يتم بها تسجيل البيانات وإنما قرر أن المحرر الإلكتروني هو رسالة تنشأ، أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا، أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة. وبذلك فإن هذا التعريف يسرى على الرسالة الصوتية المرسلة من أو إلى الجهاز الإلكتروني وكذلك المخزنة عليه؛ لأنه بيانات ترسل وتخزن وتستقبل بطرق إلكترونية فهذه المقاطع الصوتية أو المصورة قد تكون تحتوى على معلومات تقدم بمبالغ طائلة؛ لذلك فيرى الباحث أنها تعتبر وثائق إلكترونية ويسرى عليها الحماية المقررة للمحررات الإلكترونية.

ولذلك يرى بعض الفقهاء أنه يجب تعديل القوانين بما يعتبر معه مبدأ ثبوت بالكتابة كل ما يصدر من الخصم، ويكون من شأنه أن يجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال، وقد يكون ما يصدر عن الخصم "كتابة" كما قد يكون تسجيلاً صوتياً أو شريطاً ممغنطا.. الخ. وليس هناك ما يبرر استبعاد هذه المخرجات طالما أنها تجعل الأمر محل النزاع قريب التصديق، وبالتالي تقتصر شروط مبدأ الثبوت بالكتابة على أثنين فقط: مصدره وأثره، وهكذا يمكن – في ضوء هذا التعديل – اعتبار مخرجات الحاسب الآلي "بداية" ثبوت الكتابة كالأشرطة، والأسطوانات الممغنطة، والتسجيلات الصوتية وغير ذلك.

ويرى الباحث أن قانون التوقيع الإلكتروني المصري من القوانين المعاصرة التي عرفت المحرر الإلكتروني بتعريفات تسمح باعتبار الصوت، أو البيانات المسجلة صوتيا أو المصورة (الطعن الجنائي المصري رقم 0563، لسنة 20 مكتب فني 01 صفحة رقم 705، فقرة رقم: 4، بتاريخ 1950/5/29م، فليس في القانون ما يمنع من اتخاذ الصور الشمسية أساسا للمضاهاة.) من قبيل المحررات؛ وذلك لأن المشرع لم يضع حصرا للوسائل التي يتم بها تسجيل البيانات وإنما قرر أن المحرر الإلكتروني هو رسالة تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة. وبذلك فإن هذا التعريف يسرى على الرسالة الصوتية والمرئية المرسلة من أو إلى الجهاز الإلكتروني، وكذلك المخزنة عليها لأنها بيانات ترسل وتخزن وتستقبل بطرق إلكترونية، فهذه المقاطع الصوتية قد تكون تحتوي علي معلومات تقدر بمبالغ طائلة؛ لذلك فيرى الباحث أنها تعد وثائق إلكترونية غير مكتوبة تسرى عليها الحماية المقررة للمحررات الإلكترونية، وتنال الحجية نفسها في إثبات المعاملات وخصوصا في المسائل

التجارية التي تحتاج إلي السرعة والثقة والائتمان. وتكاد تجمع النظم القانونية، في الوقت الراهن على حجية الملفات المخزنة في الحاسوب والبيانات الوسائط المستخرجة من نظم الاتصالات الإلكترونية، وستشهد الأيام القادمة تطورا أيضا في الاتجاه نحو قبول الملفات الصوتية، والتناظرية والملفات ذات المحتوى المرئي وغيرها بشكل واسع إذا تم تأمينها بوسائل الحماية والأمان مستقبلا

الخـاتمـة:

تسعي الإدارات الحكومية دومًا إلى مواكبة التطور التكنولوجي وإدخال وسائل الاتصال الحديثة في جميع نشاطاتها استجابة منها للتحول الرقمي والتوجه نحو العالم الافتراضي، ففي ظل الثورة التكنولوجية ظهرت المصطلحات الحديثة التي أضفت على أعمال ونشاط الإدارة صفة الحداثة والتحول من الطابع الورقي إلى الطابع اللاورقي، إذ أضحت الإدارة ساعية لممارسة كافة أعمالها في مجال العالم الافتراضي، ويجب أن ينسجم ذلك التطور مع خصوصية الإدارة وأعمالها من حيث الطبيعة المختلفة لها عن أي أعمال قانونية أخرى لاسيما في مجال القرارات الإدارية التي أصبحت لزامًا أن تتخذ الشكل الإلكتروني كمظهر من مظاهر التحول الإداري الإلكتروني ليشمل كافة التصرفات القانونية للإدارة.

وعليه فإننا نختم هذه الدراسة في سرد أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال ما جاء في متن الدراسة ذلك على النحو التالي:

أولا: النتائج:

أخذت الشرائع بأغلب وسائل الإثبات بما فيها الكتابة والشهادة وغيرها كوسائل يتم اللجوء إليها أمام القضاء لإثبات الوقائع والتصرفات القانونية.

أن الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية في مختلف الحضارات القانونية القديمة كان يعتمد بالإضافة إلى الكتابة في المقام الأول- على الإقرار فضلاً عن شهادة الشهود، وتوجيه اليمين إذا لم تكن هناك أدلة.

يواجه النظام القضائي موانع عديدة تعترض مسيرته الإجرائية أهمها البطء في فصل المنازعات، وتراكم القضايا، وتعقيد عملية تنفيذ الأحكام، ويرجع ذلك للعديد من العوامل منها قلة القضاة والمعالجة الجزئية في التعديلات التشريعية وليس المعالجة للتشريع المراد تعديله وتطويره لمواكبة التشريعات الأخرى.

عدم تفاعل التشريعات النافذة مع التشريعات الحديثة العالمية والقوانين النموذجية التي صدرت عن الأمم المتحدة وخاصة التشريعات الإرشادية المتعلقة باستخدام الوسائل الإلكترونية في المعاملات المدنية والتجارية، كالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وكذلك استخدامها في حل المنازعات كقواعد التحكيم الإلكتروني، وضرورة مواكبة تلك التغييرات التشريعية على المستويين الوطني والدولي.

يعتبر التقدم العلمي والتقني لكل مرافق الحياة المختلفة هو الطابع المميز للعصر الحديث وهو عنوان تقدم الدول ورقيها فلابد من تطور العمل القضائي وتوصيل العدالة للمتقاضين بأيسر السبل وأسرعها، من خلال استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة التي أصبحت واقعًا يجب التعامل معه، وعدم تجاهل أو غض الطرف عنها.

لقد ساعد انتشار العمل بالحاسوب في كل مجالات الحياة، كثيرًا من مشرعي الدول إلى مسايرة هذا الانتشار والتقدم التقني إلى جانب تطور شبكة الاتصالات الدولية المتمثلة بالأنترنت، إلى محاولة إدخال العمل به في مجال القانون.

التوصيات:

قيام الحكومة بنشر ثقافة التعامل الإلكتروني، وتفعيل فكرة المرافق العامة الإلكترونية، وضرورة تفهم الأفراد وتقبلهم لفكرة الحكومة الإلكترونية، ورفع مستوى الإدراك الفني للأفراد لاستغلال الوسائل الإلكترونية.

اصدار قانون يتعلق بتنظيم وسائل الاثبات الالكترونية وشروطها ومدى حجيتها

أن تقوم الإدارة بتوسيع نطاق دائرة الحماية القانونية للأموال العامة، لتشمل الممتلكات الفنية، والبرمجية لجهة الإدارة؛ وذلك لحماية أنظمتها الحاسوبية من الاختراق، والتصدي لأي أعمال تستهدف المستندات الإلكترونية

المصادر:

قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968

قانون البينات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية رقم 4لسنة 2001

القانون المدني المصري

القانون المدني الفرنسي

قانون البينات الأردني رقم 85 لسنة 2001م

المراجع:

بكر، محمد أحمد، (2016). محاضرات في أحكام الالتزام والإثبات، دون دار نشر،

زمزم، عبد المنعم، (2011) قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية،

السنهوري، عبد الرزاق 1964، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت، دار احياء التراث العربي

عبد العال، محمد حسين، (2014) عقود إنتاج المصنفات التليفزيونية، جامعة أسيوط عدد خاص بالمؤتمر العلمي السنوي الثامن بكلية الحقوق.

العدوي، جلال علي، (1996)، أصول أحكام الالتزام والإثبات، الإسكندرية، منشأة المعارف

فرج، توفيق حسن (1983) قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، المؤسسة الجامعية

محمود، جمال الدين محمد، (1969)، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي،

محمود، سيد أحمد، (2008). دور الحاسب الإلكتروني أمام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة،

مرقص، سليمان، (1970م)، من طرق الإثبات الإقرار واليمين وإجراءاتهما في تقنيات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية،

نشأت، أحمد، (د.ت) رسالة الإثبات الجزء الأول، الطبعة السابعة منقحة ومزيدة،

رسائل الماجستير والدكتوراه: 1عثمان، سرير نظام، (2014) الجريمة الجنائية الناشئة عن إساءة استخدام الهواتف النقالة،

مصطفى، عائشة بن قارة، (2004.) حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي "دراسة

عبد القوي، عباد عبد السلام، (2012،) حجية الكتابة الرقمية في الإثبات المدني، القاهرة، رسالة

الإسلامي والقانون المدني، جامعة الأزهر بأسيوط رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون.

الجابري، إيمان محمد علي، (2002). يقين القاضي الجنائي، جامعة الإسكندرية رسالة دكتوراه.

جامعة المنصورة رسالة ماجستير.

عبد الجواد، صابر محمد سيد، (1993م) ، توثيق الدين بتضامن الملتزمين به في الفقه، ماجستير معهد البحوث والدراسات القانونية.

يونس، عمر عبد الفتاح علي، (2008)، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون

الأحكام:

1- نقض مدني، الطعن رقم 788 لسنة 59 جلسة 1993/5/9م، س44، ع

2 -ص365 ق1982- الطعن المدني رقم 0083، لسنة 18 مكتب فني 1 صفحة رقم 289، فقرة رقم:

2 بتاريخ 1950/3/2م.

3-نقض 1979/6/4م سنة 30 ص 540.

4-طعن مدني، رقم 4773 لسنة 71 جلسة 2003/5/22م، س54 ع1، ص823، ق142.

5-طعن مدني رقم 0008، لسنة 33 مكتب فني 16 صفحة رقم 849، فقرة رقم: 3 بتاريخ 1965/6/30م.

6- نقض مدني، جلسة 1965/5/20م، مجموعة المكتب الفني سنة 16، ص594

7- الطعن المدني رقم 0083، لسنة 18 مكتب فني 1 صفحة رقم 289، فقرة رقم: 2 بتاريخ 1950/3/2م.

8-نقض 1979/6/4م سنة 30 ص 540.

9-طعن مدني، رقم 4773 لسنة 71 جلسة 2003/5/22م، س54 ع1، ص823، ق142.

10-طعن مدني رقم 0008، لسنة 33 مكتب فني 16 صفحة رقم 849، فقرة رقم: 3 بتاريخ 1965/6/30م.

11-طعن مدني رقم 0531، لسنة 35 مكتب فني 21 صفحة رقم 232 فقرة: 1، بتاريخ 3-2-1970م.

12-الطعن مدني رقم 0495، لسنة 26 مكتب فني 13 صفحة رقم 774، فقرة رقم 3، بتاريخ 1962/6/7م.

13- نقض مدني، رقم 6086 لسنة 71 جلسة 2003/3/26م، س54 ع1 ص571 ق98.

نقض مدني، جلسة 1965/5/20م، مجموعة المكتب الفني سنة 16، ص594

الحق الخاص في قانوني الإجراءات الجزائية اليمني والسعودي دراسة مقارنة

The private right in the Yemeni and Saudi criminal procedures laws:

A comparative study

د. عبد الله محمد الحكيم- محامي وأستاذ القانون الجنائي المساعد - كلية الحقوق - جامعة تعز اليمن - أستاذ زائر في معهد البحوث والدراسات العربية في القاهرة- رئيس الجامعة العالمية سابقاً

Email: alhakem@taiz.edu.ye

ملخص البحث:

الحق الخاص هو: حق المجني عليه أو ورثته من بعده في المطالبة بمعاقبة الجاني أو العفو عنه أو التصالح معه في الجرائم التي حددها القانون.

وقد منحا المشرعان اليمني والسعودي المجني عليه وورثته حقاً خاصاً في الدعوى الجزائية يمكنه من المطالبة بمعاقبة مرتكب الجريمة فيما يتعلق بحقه الخاص، والحق في تقييد ولاية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية بتقديم شكوى من المجني عليه، كما منحاه الحق في العفو عن الجاني أو التصالح معه أو التنازل عن الشكوى في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية وبعد صدور الحكم.

الكلمات الدالة:

حق خاص - مجني عليه - دعوى جنائية خاصة - شكوى - صلح - عفو – تنازل

Abstract:

Private Right: The right to demand the punishment of the offender, pardon, or reconciliation for the crimes specified by law.

It has been reformed in the attached lawsuit, as well as reformed in the attached lawsuit, as well as the reform of the Public Prosecution Office. Or waiving the complaint at the stages of the criminal case and after the issuance of the judgment.

key words: Private right - victim - private criminal action - complaint - conciliation - pardon - waiver

مقدمة:

اتجهت السياسة الجنائية الحديثة إلى منح المجني عليه دوراً فاعلاً في الدعوى الجزائية، بهدف خلق توازن بين مصلحة المجتمع في معاقبة الجاني عما اقترفه من جرم، ردعاً له وزجراً لغيره، وبين مصلحة الفرد في الثأر المشروع من مرتكب الجريمة، عبر الدعوى الجزائية، وسارت على هذا النهج التشريعات حيث قيدت ولاية النيابة العامة في تحريك الدعوى في جرائم محددة بتقديم شكوى من المجني عليه أو من ينوب عنه، كما منحت المجني عليه الحق في التصالح مع الجاني في الجرائم غير الجسيمة.

وقد كانت الشريعة الإسلامية السباقة في هذا التوجه، حيث منحت المجني عليه أو ورثته، الحق في المطالبة بمعاقبة الجاني في الجرائم المتعلقة بحقه الخاص، والحق في العفو عن مرتكب الجريمة أو التصالح معه في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، وحتى بعد صدور الحكم.

وهذا نهج قانوني الإجراءات الجزائية اليمني والسعودي، حيث قسما الدعاوى الجزائية إلى دعوى جزائية خاصة بالمجني عليه وورثته من بعده، ودعوى عامة تمثل المجتمع فيها النيابة العامة.

أولا: أهمية البحث:

يكتسب هذا البحث أهمية خاصة كونه يتناول موضوع يختص به قانوني الإجراءات الجزائية اليمني والسعودي، كونهما سلكا نهج الشريعة الإسلامية بتقسم العقوبة إلى حق لله وهو الحق العام، وحق لله يشوبه حق للعباد، وحق خالص للعباد وهذا ما مكن المجني عليه أو ورثته من بعده من المطالبة بمعاقبة الجاني في جرائم الحق الخاص، أو المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن ارتكاب الجريمة.

ثانياً: إشكالية البحث

إن دراسة الحق الخاص تثير التساؤل حول ماهية الحق الخاص في قانوني الإجراءات الجزائية اليمني والسعودي، وما دور المدعي بالحق الخاص في الدعوى الجزائية.

المنهج الدراسي:

سأتبع في دراسة بحث الحق الخاص في قانوني الإجراءات الجزائية اليمني والسعودي المنهج الوصفي التحليلي المقارن.

خطة البحث:

سنقسم البحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لدراسة ماهية المدعي بالحق الخاص، والمطلب الثاني دور المدعي بالحق الخاص في مباشرة الدعوى الجزائية.

ماهية المدعي بالحق الخاص:

تميزا قانوني الإجراءات الجزائية اليمني والسعودي بمفهوم خاص للحق الخاص وللمدعي بالحق الخاص يختلف عن مفهومهما في القوانين العربية، كونهما قد أخذا بأحكام ومبادئي الشريعة الإسلامية، التي منحت المجني عليه أو ورثته دوراً فاعلاً في مباشرة الدعوى الجزائية وإنهائها، بالإضافة إلى حقه المدني الذي ينمحه الحق في الادعاء مدنياً بالدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة ارتكاب الجريمة، وهذا يثير التساؤل حول ماهية الحق الخاص والمدعي بالحق الخاص في قانوني الإجراءات الجزائية اليمني والسعودي، وما أوجه الشبه والاختلاف بينهما؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه بإيجاز فيما يأتي:

الفرع الأول: ماهية الحق الخاص

سنتناول الحق الخاص في القانون اليمني، ثم الحق الخاص في النظام السعودي فيما يأتي:

أولاً: الحق الخاص (الحق الشخصي) في القانون اليمني

لم يرد تعريفاً للمدعي الشخصي في القانون اليمني، ولم نجد تعريفاً له عند الفقها بمعناه الشامل الذي يشمل الحق في المطالبة بمعاقبة الجاني في حقه الخاص وكذلك الحق المدني، لذلك يمكن أن نعرف الحق الخاص بأنه: حق المجني عليه أو ورثته من بعده في المطالبة بمعاقبة الجاني أو العفو عنه أو التصالح معه في جرائم الحق الخاص[39].

[39] - قسم قانون الجرائم والعقوبات اليمني الصادر بالقرار الجمهوري رقم (12) لسنة 1994م الجرائم إلى حدود وتعازير في الفصل الثاني كما يأتي:

مما سبق يتبين بأن الحق الخاص في القانون اليمني يشمل الحق الجنائي الخاص المتمثل في المطالبة بمعاقبة المتهم في القصاص والدية والأرش، وكذلك الحق المدني المتمثل في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن ارتكاب الجريمة.

ثانياً: الحق الخاص في النظام السعودي

لم يرد تعريفاً للحق الخاص في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، وقد عُرف في دليل الأسئلة العدلية الصادر عن وزارة العدل[40]، بأنه " مصلحة يقررها الشرع أو النظام لمن يلحقه أو ورثته ضرر بسبب الجريمة".

والضرر هنا له مدلول واسع لا يقتصر على المطالبة بالتعويض فقط[41] بل يشمل جميع الجرائم التي تكون حقاً خالصاً للعباد كما في الجرائم المعاقب عليها بالقصاص والدية والأرش، والجرائم التي تكون حقاً لله وحقاً للعباد كجريمة السرقة وخيانة الأمانة، وهي التي يكون فيها حقا عاماً وحقا خاصاًكما يندرج تحت الحق الخاص حق الشخص في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة ارتكاب الجريمة.

والمتدبر لتعريف الحق الخاص في قانوني الإجراءات الجزائية السعودي واليمني يتبين له بأن الحق الخاص هو حق المجني عليه أو ورثته من بعده في المطالبة بمعاقبة الجاني ويتم ذلك عبر الدعوى الجزائية الخاصة، وحقه في المطالبة

جرائم الحدود و القصاص و جرائم التعزير

مادة (11) الجرائم قسمان:

1- الجرائم المعاقب عليها بالحدود والقصاص. 2- الجرائم التي يعزر عليها

تعريف جرائم الحدود وتعدادها

مادة (12) الجرائم التي يجب فيها الحد هي ما بين عقوبتها نص شرعي وكانت حقاً لله تعالى خالصاً أو مشوباً و يعبر عنها شرعاً بالحدود وهي سبع :

1- البغي2- الردة 3- الحرابة 4- السرقة 5- الزنا 6- القذف 7- الشرب

تعريف جرائم القصاص وتعدادها

مادة (13) الجرائم التي يجب فيها القصاص هي ما بين عقوبتها نص شرعي وكانت حقاً للعباد وهي نوعان :

1- جرائم تقع على النفس مطلقاً وتؤدي إلى القتل.

2- جرائم تقع على ما دون النفس وهي الجرائم التي تمس جسم الإنسان ولا تهلكه .

تعريف جرائم التعزير

مادة (14) الجرائم التي توجب التعزير هي كل فعل معاقب عليه بمقتضى هذا القانون .

40- 55 سؤالاً في القضاء الجزائي الوارد عبر حساب التواصل العدلي، الصادر عن الإدارة العامة للإعلام والاتصال المؤسسي، وزارة العدل الموقع الإلكتروني :

https://www.moj.gov.sa/ar/MediaCenter/Documents/MOJ-Care-FAQ-JAZ.pdf

في يوم 2022/11/6 الساعة9 صباحا.

41 - أحمد بن محمد آل الشيخ "التدخل بالحق الخاص في الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، دراسة تأصيلية مقارنة" رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، أكاديمية ن، الرياض، سنة 1433هـ-2012م، ص54.

بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة ارتكاب الجريمة، ويتم ذلك عبر الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية، أو الادعاء أمام المحكمة المدنية العامة لأنها صاحبة الاختصاص الأصيل في نظر الدعاوى المدنية.

لذلك فإن الحق الخاص (الشخصي) يتفق ويختلف مع الحق المدني في عدة نقاط أهمها:

1. الحق الخاص والحق المدني ينشأن نتيجة ارتكاب الجريمة.
2. محل الحق الشخصي هو العقوبة، بينما محل الحق المدني هو التعويض.
3. تتم المطالبة بالحق الخاص والحق المدني بالانضمام إلى جوار النيابة العامة في الدعوى الجزائية، فلا يتم الادعاء بالحق المدني إلا بعد تحريك الدعوى الجزائية.
4. الدعوى الجزائية الخاصة أمام المحاكم الجزائية حقٌ أصليٌ، بينما الادعاء بالحق المدني أمامها حقٌ استثنائيٌ والأصل في المطالبة به أمام المحكمة المدنية.
5. يكون المدعي بالدعوى الجزائية الخاصة مدعياً مدنياً، ولا يمكن أن يكون المدعي المدني مدعياً شخصياً في كل الأحوال.
6. يجوز لكل من المدعي بالدعوى الجزائية الخاصة والمدعي المدني إسقاط حقهما في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية وحتى بعد صدور الحكم[42].

الفرع الثاني: تعريف المدعي بالحق الخاص

أطلق نظام الإجراءات الجزائية السعودي عليه مصطلح المدعي بالحق الخاص، بينما أطلق عليه نظيره اليمني المدعي بالحق الشخصي، وهذا ما يجعلنا نتسأل حول ما مفهوم المدعي بالحق الخاص والمدعي بالحق الشخصي وما وجه الشبه والاختلاف بينهما؟ وسنحاول الإجابة عليه بإيجاز فيما يأتي:

أولاً: تعريف المدعي بالحق الخاص

عرف قانون الإجراءات الجزائية اليمني فقد عرف المدعي الشخصي بأنه: "المجني عليه أو أولياء الدم أو ورثة المجني عليه الشرعيون، أو من يقوم مقامه قانوناً"[43]. كما عرفه قانون المرافعات المدنية اليمني بأنه: "المجني عليه أو ورثته الشرعيون أو من يقوم مقامه"[44].

والمتدبر للتعريفين السابقين يجد أن قانون المرافعات كان أوجز وأدق من قانون الإجراءات الجزائية؛ لأنه تلافى تكرار مصطلحي أولياء الدم وورثة المجني عليه الذي وقع فيه قانون الإجراءات الجزائية، كون المصطلحين يدلان على مفهوم واحد[45]. لذا تعد عبارة "أو ورثة المجني عليه الشرعيون" الواردة في تعريف المدعي الشخصي تكراراً لا مبرر له ويستوجب حذفها.

---

42 - للمزيد أنظر: خالد بن محمد بن إبراهيم الجار الله: أسقاط الحق الخاص وأثره على العقوبة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية" بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، إلى قسم العدالة الجنائية كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، سنة1425-2004، ص60 وما بعدها.

43 - المادة (2) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، القرار الجمهوري بالقانون رقم (12) لسنة 1994م.

44 - المادة (2) في الفقرة الثانية عشر من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (40) لسنة 2002م.

45 - تنص المادة (1) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني القرار الجمهوري بالقانون رقم (13) لسنة 1994م، والمعدل بالقرار الجمهوري رقم (16) لسنة 1995م، على أن "أولياء الدم: يقصد بهم الورثة الشرعيون للمجني عليه، أو من يقوم مقامهم قانوناً".

كما يتبين من التعريف السابق أن المدعي الشخصي قد يكون المجني عليه في حياته أو ورثته بعد وفاته. ولم يُعرف نظام الإجراءات الجزائية السعودي[46] المدعي بالحق الخاص، ولكنه عرف الدعوى الجزائية الخاصة بأنها " دعوى يرفعها من لحقه ضرر من الجريمة -أو وارثه من بعده- يطالب بحقه الخاص أمام المحكمة المختصة، حتى لو لم يقبل طلبه أثناء التحقيق"[47]. كما نصت المادة (16) من نظام الإجراءات الجزائية على أنه" للمجني عليه – أو من يونب عنه من بعده، حق رفع الدعوى الجزائية في جميع القضايا التي يتعلق بها حق خاص، ومباشرة هذه الدعوى أمام المحكمة المختصة...".

ومما سبق يستشف بأن المدعي بالحق الخاص هو المجني عليه أو ورثته من بعده، الذي وقع عليه الفعل الجرمي أو أصابه بضرر.

ثانيا: أشخاص المدعي الشخصي

سبق القول بأن المدعي بالحق الخاص (المدعي الشخصي) هو المجني عليه وورثته الشرعيون، وهذا يتطلب تعريف المجني عليه وكذلك ورثته الشرعيون فيما يأتي:

1- تعريف المجني عليه:

لم يرد في قانوني الإجراءات الجزائية اليمني والسعودي تعريفاً للمجني عليه، ولم نعثر له على تعريف في القوانين المناظرة لهما[48]، وقد عرفه بعض الفقهاء بتعاريف عدة، فمنهم من عرفه بأنه: "الشخص الذي وقعت عليه نتيجة الجريمة، أو الذي اعتدي على حقه الذي يحميه القانون[49]".

ويعاب على هذا التعريف أنه عرف المجني عليه بتعريفين مختلفين-عندما استخدم أو-، فالأول قصد به من وقعت عليه نتيجة الجريمة، وأخرج جريمة الشروع التي لا تتحقق فيها نتيجة. أما الثاني: فقد عرف المجني عليه بأنه: "الذي أُعتدي على حقه الذي يحميه القانون". وبما أن الحق الذي يحميه القانون قد يكون مدنياً أو جنائياً، وأن المعتدى على حقه المدني لا يعد مجنياً عليه، فكان من الأولى أن يحصر الاعتداء على قانون العقاب.

كما عُرف المجني عليه بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي، مس الفعل الجرمي احدى مصالحه المحمية بنصوص قانون العقوبات والقوانين المكملة له"[50].

وهذا التعريف كان أدق من التعاريف السابقة، إلا أن فيه تكراراً لمصطلح الشخص الطبيعي والمعنوي والمعروف أن لفظ الشخص يشملهما معا[51].

---

46 - الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/2 وتاريخ 1435/1/22هـ وتعديلاته

47 - 55 سؤالاً في القضاء الجزائي الوارد عبر حساب التواصل العدلي، مرجع سابق.

48 - قانون أصول المحاكمات الأردني لسنة 1961. وقانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني رقم (328) بتاريخ 7 آب 2001م والمعدل بقانون رقم (359) بتاريخ 2001/8/16م، وقانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971م وتعديلاته، وقانون المسطرة الجنائية المغربي رقم 01-22، 3 أكتوبر 2002، وقانون الإجراءات الجنائية المصري، رقم (150) لسنة 1950م وتعديلاته 2003م، و قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الصادر بالأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18صفر عام 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966م، الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

49 - محمود محمود مصطفى: "حقوق المجني عليه في القانون المقارن" ط1، مطبعة جامعة القاهرة، 1975م، ص112.

50- حمدي رجب عطية: "نزول المجني عليه عن الشكوى دراسة مقارنة" دون ناشر، ودون تاريخ، ص18.

51 - تنص المادة (2) الفقرة (8) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أن "شخص": تشمل الأشخاص الطبيعيين أو الشخص الاعتباري أو الشركات والجمعيات أو مجموعة من الأشخاص ولو لم يكونوا متمتعين بالشخصية الاعتبارية".

ومن التعارف السابقة يمكن أن يستخلص بأن المجني عليه هو: كل شخص مس النشاط الإجرامي حقوقه المحمية بنص عقابي.

ويقصد "بالشخص" ما كان طبيعياً أو معنوياً، ويقصد بعبارة "مس النشاط الإجرامي" كل فعل أو ترك سواء حقق نتيجة أم لم يحققها كما في جريمة الشروع، وفي القول "حقوقه المحمية بنص عقابي" الأفعال التي جرمها المشرع سواء تضمنها قانون العقوبات أو تضمنتها القوانين الخاصة والمكملة له.

2- تعريف أولياء الدم:

ولي الدم مصطلح أخذه المشرع اليمني من أحكام الشريعة الإسلامية وقد ورد في قول الله تعالى: {وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا[52] فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا}[53]. وقد عُرف ولي الدم في الفقه الإسلامي بأنه: ورثة المجني عليه[54].وقد سار المشرع اليمني على نهج الفقه الإسلامي عندما عرف أولياء الدم بقوله: "يقصد بهم الورثة الشرعيون للمجني عليه، أو من يقوم مقامهم قانوناً"(55)، والمقصود بالورثة هم الذين يرثون حقوق المتوفي بما فيها حق القصاص أو الدية أو الأرش.

وخلاصة القول بأن المدعي بالحق الخاص في نظام الإجراءات الجزائية السعودي هو نفسه المدعي بالحق الشخصي في قانون الإجراءات الجزائية اليمني وهو المجني عليه أو ورثته من بعده.

حق المدعي الخاص في مباشرة الدعوى الجزائية:

---

52 - قال الإمام الشوكاني عند تفسيره لقول الله تعالى: {فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا}: "فقد جعلنا لولي المقتول ظلماً سلطاناً على قاتل وليه فإن شاء استقاد منه فقتله بوليه، وإن شاء عفا عنه، وإن شاء أخذ الدية، عن ابن عباس قوله في تفسير هذه الآية (بينة من الله عز وجل أنزلها يطلبها ولي المقتول العقل أو القود وذلك السلطان)".

انظر: محمد بن علي بن محمد الشوكاني: "فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير"، ط1 دار أبن حزم بيروت، 1421هـ - 2000 م، ص996.

- جاء في "تفسير السمعاني": (أي سلطان القود وهذا قول قتادة، أما الضحاك فقال إن السلطان هو تخيير ولي القتيل بين أن يقتل أو يعفوا أو يأخذ الدية، وأصل السلطان هو الحجة فلما ثبت هذا لولي القتيل بحجة ظاهرة سماه سلطانا).

انظر: أبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط 1، جـ 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010.

53 - الآية (33) من سورة الإسراء.

54 - قال الشوكاني: "لوليه أي لمن يلي أمره من ورثته إن كانوا موجودين أو ممن له سلطان إن لم يكونوا موجودين".

- محمد بن علي الشوكاني: "فتح القدير"، المرجع السابق، ص996.

- قال وَهْبَة الزُّحَيْلِيّ: ولي الدم: "هو - عند الحنفية والحنابلة، والصحيح عند الشافعية-: كل وارث يرث المال، سواء أكان من ذوي الفروض أم العصبة، أي جميع الورثة نساءً ورجالاً، أزواجاً وزوجات. أما المالكية فقالوا بأن ولي الدم هو العاصب الذكر فقط دون الإناث، وبعضهم شملوا الإناث بشروط ... ".

انظر: "الفقه الإسلامي وأدلته- الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها" جـ7، ط4، دار الفكر، سوريَّة دمشق، بدون تاريخ، ص592. وما بعدها.

55 - المادة (1) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

ينشأ عن ارتكاب الجريمة حقان، حق جنائي وحق مدني، وينقسم الحق الجنائي إلى حق المجتمع في المطالبة بمعاقبة الجاني عبر النيابة العامة، وحق للمجني عليه وورثته من بعده في المطالبة بمعاقبة الجاني فيما يتعلق بحقه الخاص، أما بالانضمام إلى جوار النيابة العامة في الدعوى الجزائية، أو بالادعاء المباشر أمام المحكمة.

كما يجوز للمدعي بالحق الخاص التنازل عن الشكوى وإسقاط حقه الخاص إما بالعفو عن الجاني أو التصالح معه، وهذا ما سنتناوله في فرعين كما يأتي:

الفرع الأول: حق المدعي الخاص في مباشرة الدعوى الجزائية الخاصة

منح قانون الإجراءات الجزائية اليمني المدعي الشخصي الحق في الانضمام إلى جوار النيابة العامة للمطالبة بحقه الشخصي، والحق في العفو عن المتهم والتصالح معه، كما منحه الحق في تقييد ولاية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية إلا بعد تقديم شكوى منه، وتكاد تكون نفس الحقوق التي منحها نظام الإجراءات الجزائية السعودي للمدعي بالدعوى الجزائية الخاصة، وهذا ما سنوضحه فيما يأتي:

أولا: الحق في الانضمام إلى جوار النيابة العامة في الدعوى الجزائية

منح القانون اليمني المجني عليه الحق في الانضمام إلى جوار النيابة العامة في الدعوى الجزائية التي سبق وأن حركتها النيابة، للمطالبة بالحق الشخصي، المتمثل في القصاص والدية والأرش، ولم تمنحه الحق في تحريك الدعوى الجزائية أو رفعها أمام المحكمة مباشرة، حيث تنص المادة (24) من قانون الإجراءات الجزئية على انه "يعتبر المجني عليه، أو المدعي بالحق الشخصي، أو المدعي بالحق المدني، خصماً منضماً للنيابة العامة في الدعوى الجزائية، ومدعياً في الدعوى المدنية المرتبطة بها، إذا كانت له طلبات ما".

أما نظام الإجراءات الجزائية السعودي فقد منح المدعي بالحق الخاص الحق في الانضمام إلى جوار النيابة العامة للمطالبة بحقه الخاص، أو الحق في تحريك الدعوى الجزائية مباشرة أمام المحكمة عبر الادعاء المباشر حيث نصت المادة (16) على أنه "للمجني عليه – أو من يونب عنه من بعده، حق رفع الدعوى الجزائية في جميع القضايا التي يتعلق بها حق خاص، ومباشرة هذه الدعوى أمام المحكمة المختصة، وعلى المحكمة في هذه الحالة إبلاغ المدعي العام بالحضور". ويقصد بالدعوى الجزائية المشار إليها في هذه المادة بالدعوى الجزائية الخاصة التي تشمل الحق العام والحق الخاص[56].

وقد أخذ النظام السعودي بالادعاء المباشر، بينما لم يأخذ به القانون اليمن، وهذا الاختلاف بين القوانين كان نتاجاً لاختلاف الفقهاء حول حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية بين مؤيد ومعارض له، وكلٌ له حججه التي استند إليها، فقد أستند المؤيدون لمنح المجني عليه حق الادعاء المباشر إلى إن تخويل المضرور من الجريمة حق الادعاء المباشر يسهم في تحقيق العدالة، بمراقبة النيابة العامة من أي إهمال أو سهو قد تقع فيه، فيمنعها من تحريك الدعوى العمومية عند أداء وظيفتها[57].

كما يعد الادعاء المباشر رقابة على النيابة العامة عند تقديرها مدى ملاءمة تحريك الدعوى العمومية، فقد تأمر بحفظ الأوراق، أو بأن لا وجه لإقامة الدعوى العمومية منفردة باتخاذ رأيها، كونها ممثله للمجتمع، فشُرّع الادعاء المباشر لخلق

---

56 - المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه " الدعوى الجزائية المشار اليها في المادة (16) من النظام هي الدعوى الجزائية التي تشتمل على حق خاص وحق عام".

57-فوزية عبد الستار:"الدعاء المباشر في الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة" **دار النهضة العربية، القاهرة، 1986**، ،ص20.

توازن بين حق المجني عليه، وحق المجتمع في إيقاع العقاب، وما تخويل المشرع حق الادعاء المباشر للمجني عليه إلا وسيلة للدفاع عن هذا الحق في الرقابة على هذه القرارات[58].

بالإضافة إلى إن المحكمة الجنائية هي التي تنظر في الضرر الذي أصاب المجتمع نتيجة ارتكاب الجريمة، لذلك فإنها الأقدر على النظر في الضرر الذي أصاب المضرور منها؛ حتى يتمكن القاضي من دراسة دور المجني عليه في ارتكابها والذي قد يؤثر على العقوبة، ولا يتم ذلك إلا إذا كان طرفا في الدعوى الجنائية.

وقد أستند المعارضون للادعاء المباشر إلى عدد من الحجج أهما: إن تخويل المجني عليه هذا الحق ليس نوعاً من الرقابة على أعمال النيابة العامة؛ لأن المشرع قد اختصها بولاية تقوم بها متى تشاء، بمطلق حريتها وتقديرها دون رقيب عليها، ومنح حق التظلم لمن يظن خطأ تقديرها لسلطاتها، ولو كان في الادعاء المباشر رقابة على النيابة العامة، لألزم المشرع المجني عليه بإبلاغ النيابة بالجريمة قبل اللجوء إلى المحكمة، ولكنه منحه حق اللجوء للمحكمة حتى قبل علم النيابة بالجريمة[59].

كما إن الادعاء المباشر يُحرم المتهم من مرحلة جوهرية من مراحل الخصومة الجنائية هي مرحلة التحقيق الابتدائي التي قد تثبت فيها براءته، ومن ثم لا يقدم إلى المحاكمة التي قد تسيء إلى مركزه واعتباره، كما أنه يفتح المجال للدعاوي الكيدية التي تؤدي إلى إهدار وقت القضاء، فضلاً عن الأضرار التي تلحق بالمتهم نتيجة ذلك[60].

وقد أخذ النظام السعودي بحجج المؤيدين وأجاز للمدعي بالدعوى الجزائية الخاصة الادعاء مباشرة أمام المحكمة مباشرة ونص على ذلك في المادة (16) من نظام الإجراءات الجزائية[61] والتي بينتها المادة (3) من اللائحة التنفيذية[62]، وهذا يخالف مفهوم الادعاء المباشر في القانون المصري الذي منح المدعي المدني الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الشخصي والمباشر الذي إصابة نتيجة ارتكاب الجريمة، مباشرة أمام المحكمة الجزائية وينتهي دوره في الدعوى الجزائية بتحريكها ويكون خصماً منضماً في الدعوى المدنية[63].

أما النظام اليمني فقد تلافى عيوب نظام الادعاء المباشر واخذ بأغلب مميزاته ومنح المجني عليه أو ورثته الحق في الانضمام إلى جوار النيابة العامة في الدعوى الجزائية للمطالبة بالحق الشخصي[64]، كونها صاحبة الولاية في تحريك

58- محمد محمود سعيد: "حقوق المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية" دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت، ص383.

- عبد الواحد العلمي: "شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية" ج2، ج2، ط1، د، ن، 2009، ص151.

59- حسن صادق المرصفاوي:"المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية" منشأة المعارف بالإسكندرية، 2007، ص114.

60 - يسري أنور، و آمال عثمان: "شرح قانون الإجراءات الجنائية" د. ن، 1997، ص129.

61 - نصت المادة (16) من نظام الإجراءات الجزائية على أنه للمجني عليه – أو من يونب عنه من بعده، حق رفع الدعوى الجزائية في جميع القضايا التي يتعلق بها حق خاص، ومباشرة هذه الدعوى أمام المحكمة المختصة، وعلى المحكمة في هذه الحالة إبلاغ المدعي العام بالحضور".

62 - تنص المادة (3) من اللائحة التنفيذية على أن " الدعوى الجزائية المشار إليها في المادة (16) من النظام هي الدعوى الجزائية التي تشتمل على حق خاص وحق عام".

63 - المادتان (232-233) من قانون الإجراءات الجزائية المصري رقم 150 سنة 1950 المعدل بالقانون رقم 189 لسنة 2020.

64 - للمزيد أنظر: عبد الله محمد الحكيم: حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة" دار الفكر الجامعي الاسكندرية2013، ص36.

الدعوى ورفعها ومباشرتها[65] وهذا ما قررت المادة (24) من قانون الإجراءات الجزائية السابق ذكرها، وبموجب ذلك يجوز للمجني عليه أو ورثته مباشرة الدعوى الجزائية بالتساوي مع الخصوم فيما يتعلق بحق الشخصي[66].

ثانيا: الحق في الشكوى

ما من شك بأنه لا عقاب دون دعوى جزائية، وأن الأصل في تقدير مدى ملائمة تحريك الدعوى الجزائية من عدمه من ولاية النيابة العامة، ولكن المشرع استثنى من ذلك في جرائم محددة رأى بأن المجني عليه هو الأقدر على تقدير مدى ملائمة تحريك الدعوى الجزائية من عدمه عند وقوعها، وتقدير أثر ذلك على الروابط الأسرية والاجتماعية، فقيَّد ولاية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية في جرائم ذكرها على سبيل الحصر، بتقديم شكوى من المجني عليه، فإن رأى معاقبة الجاني فما عليه إلا أن يقدم شكوى وعندها تعود للنيابة العامة ولايتها في تحريك الدعوى الجزائية، وأن رأى عدم معاقبته فلا يقدم الشكوى وعندها تقيد ولاية النيابة العامة في تحريكها.

والشكوى[67] هي: ادعاء يدل على إرادة المجني عليه في مطالبة السلطة المختصة بتحريك الدعوى الجزائية لمعاقبة من ارتكب في حقه جريمة علق المشرع سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية بصددها على تقديمه.

وقد قيد القانون اليمني ولاية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية في جرائم محددة ذكرت على سبيل الحصر كونها استثناء من الأصل المتمثل بولاية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية، وقد حددت هذه الحالات على سبيل الحصر[68].

وفور تقديم الدعوى يصبح المجني عليه خصماً منضماً إلى جوار النيابة العامة يجوز له مباشرة الدعوى الجزائية إلى أن يصدر الحكم، وفقا لنص المادة(24) من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على "يعتبر المجني عليه أو المدعى بالحق الشخصي أو المدعي بالحق المدني خصما منضماً للنيابة العامة في الدعوى الجزائية و مدعياً في الدعوى المدنية المرتبطة بها إذا كانت له طلبات ما".

---

65 - تنص المادة (21) من قانون الإجراءات الجزائية على أن" النيابة العامة هي صاحبة الولاية في تحريك الدعوى الجزائية و رفعها و مباشرتها أمام المحاكم، و لا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون".

66 - تنص المادة (324) من قانون الإجراءات الجزائية التي على أنه: "يتساوى جميع أطراف القضية في الحقوق والواجبات بما فيهم المتهم وممثل الدفاع والمدعي المدني والمسؤول مدنياً، ولهم الحق في تقديم الأدلة ومناقشتها وطلب فحصها عن طريق الخبراء بعد موافقة المحكمة".

67 - عرف قانون الإجراءات الجزائية اليمني الشكوى في المادة (2) الفقرة (16) بأنها "الادعاء الشفهي أو الكتابي المقدم إلى النيابة العامة بأن شخصاً ما معلوماً كان أو مجهولاً قد ارتكب جريمة".

68 - المادة (27) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني التي تنص على أنه "لا يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجزائية أمام المحكمة، إلا بناءً على شكوى المجني عليه، أو من يقوم مقامه قانوناً في الأحوال الآتية:

1- في جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار الخاصة، والإهانة والتهديد بالقول أو بالفعل، أو الإيذاء الجسماني البسيط، ما لم تكن الجرائم وقعت على مكلف بخدمة عامة أثناء قيامه بواجبه أو بسببه.

2- في الجرائم التي تقع على الأموال فيما بين الأصول، والفروع، والزوجين، والإخوة، والأخوات.

3- في جرائم الشيكات.

4- في جرائم التخريب، والتعييب، وإتلاف الأموال الخاصة، وقتل الحيوانات بدون مقتضى، أو الحريق غير العمد، وانتهاك حرمة ملك الغير، وكذلك في الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون".

أما نظام الإجراءات الجزائية السعودي فقد قيد ولاية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية في جميع جرائم الحق الخاص وذلك في المادة (17) منه التي تنص على أن " لا يجوز إقامة الدعوى الجزائية وإجراء التحقيق في الجرائم الواجب فيها حق خاص للإفراد إلا بناء على شكوى من المجني عليه، أو من ينوب عنه، أو وارثه من بعده إلى الجهة المختصة، إلا إذا رأت النيابة العامة مصلحة عامة في رفع الدعوى والتحقيق في هذه الجرائم".

والمتدبر لما سبق يتبين له أن قانوني الإجراءات الجزائية اليمني والسعودي قد قيدا ولاية النيابة العامة بتقديم شكوى من المجني عليه أو وارثه من بعده، وقد ذكر القانون اليمني ذلك في جرائم محددة ذكرت على سبيل الحصر، أما النظام السعودي فقد جعلها في الجرائم التي تتعلق بحق خاص للأفراد.

الفرع الثاني: دور المدعي بالحق الخاص في انقضاء الدعوى الجزئية

أجاز القانون اليمني ونظيره السعودي للمدعي بالحق الخاص أسقاط الدعوى الجزائية فيما يتعلق بحقه الخاص سواء بالعفو أو الصلح أو التنازل، لذلك سنتناول سقوط الدعوى الجزائية بالحق الخاص بالعفو والصلح والتنازل عن الشكوى فيما يأتي:

أولا: العفو عن الجاني

لم يرد في قانون الإجراءات الجزائية اليمني تعريف للعفو، ولكن عرفه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية بقولهم: "أن يستحق حقا فيسقط عنه من قصاص أو غرامة"[69].

ويمكن أن نعرفه بأنه: إجراء يصدر بإرادة منفردة من المدعي الشخصي، يسقط بموجبه الحق في معاقبة الجاني، في الجرائم المعاقب عليها بالقصاص، والدية، والأرش، في مراحل الدعوى العمومية كافة، وبعد صدور الحكم البات.

وقد منحت الشريعة الإسلامية المجني عليه وأولياء الدم حق العفو عن المتهم في الجرائم المعاقب عليها بالقصاص أو الدية أو الأرش، وحثتهم على العفو في كتاب الله تعالى[70]، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم[71].

---

69 - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي: "إحياء علوم الدين"ج2، درا المعرفة بيروت، لبنان، ص182.

70 - قال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ" سورة البقرة الآية 178. وقال تعالى "وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ " سورة المائدة الآية 45.

وقد نزلت هذه الآية في اليهود، وهي ملزمة لنا، لأن شرع من قبلنا شرع لنا إذا حكي مقررا ولم ينسخ. وهذا المشهور عند الجمهور. أنظر: ابن كثير: "تفسير القران العظيم" تحقيق سامي بن محمد سلامة: ج3، دار طيبة للنشر، 1420- 1999، ص120.

وقال تعالى "وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إنه لا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ" سورة الشورى الآية 40. فبعد أن اقر الله تعالى الحق في القصاص للمجني عليه، أو ولي الدم حث على العفو وحبب فيه حتى تستقر النفوس ويسود الود بين الناس.

71 - أكدت السنة النبوية شرعية العفو وحثت عليه فقد روي عن انس بن مالك أنه قال: ما رأيت رسول الله صلي الله عليه وسلم رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو". أخرجه الخمسة/إلا الترمذي

وفي حديث عن قصة الربيع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص فعفا القوم ". متفق عليه، وعن أبي الدرداء قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "ما من رجل يصاب بشيء في جسده فيتصدق به إلا رفعه الله به درجة وحط عنه خطيئة".

وقد سار على نهجها القانون اليمني عندما منح المجني عليه وورثته العفو عن الجاني، إذ تنص المادة (51) من قانون الجرائم والعقوبات على أنه "من يملك القصاص يملك العفو...". ويملك العفو المجني عليه في حياته، وورثته أنفسهم في حالة وفاته أو عجزه، كأن يصاب بمرض يفقده عقله أو يفقده التمييز[72]، وقد يتم العفو باتفاق بين الجاني والمجني عليه سواء بمقابل أو بدون مقابل.

كما سار نظام الإجراءات الجزائية السعودي على نهج الشريعة الإسلامية حيث نص على انقضاء الدعوى الجزائية بالعفو في المادة (23) التي تنص على أن " تنقضي الدعوى الجزائية الخاصة في إحدى الحالتين الآتيتين:

1- صدور حكم نهائي 2- عفو المجني عليه أو وارثه.

ولا يمنع عفو المجني عليه أو وارثه من الاستمرار في دعوى الحق العام".

وفي حالة تعدد المجني عليهم أو الورثة، فإنه يكون لكل واحد منهم الحق في العفو عن الجاني، ولا يتم العفو عنه إلا بموافقتهم جميعاً[73]. فإذا صدر العفو من أحدهم، أو بعضهم مع رفضه من البعض الآخر يسقط القصاص، وتستمر الدعوى الجزائية لتقضي بالدية[74] أو الأرش[75]، فإذا صدر العفو من احد الورثة فإنه يستحيل تنفيذ القصاص سواء أكان القصاص واقع على النفس أو العضو؛ لأنه لا يمكن تجزئته.

ويشترط في العافي سواء أكان المجني عليه أم ورثته، أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً، وأن يكون صاحب حق في العفو[76].

ويثبت العفو بكل ما يدل على صدوره، من قول أو كتابة أو إشارة[77].

ثانيا: التنازل عن الشكوى

منح القانون اليمني المجني عليه حق التنازل عن الشكوى في أي مرحلة من مراحل الدعوى العمومية، وحتى بعد صدور الحكم البات[78]، إذ تنص المادة (31) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "يجوز لمن له الحق في الشكوى في الحالات المنصوص عليها في المادة (27) أن يتنازل عنها في أي وقت".

---

72 - المادة 52 من قانون الجرائم والعقوبات اليمني التي تنص على أنه "لا يكون لغير المجني عليه أو لغير ورثته أنفسهم حق العفو".

73 - المادة (57) من قانون الجرائم والعقوبات التي تنص على أنه "لا يجوز الجمع بين القصاص وبين الدية، أو الأرش في جريمة واحدة عن نفس واحدة، وإذا تعدد المجني عليهم كان لكل منهم حق القصاص، أو الدية، أو الأرش، كما يكون لهم حق العفو، سواء اتفق طلبهم أو اختلف".

كما نصت المادة (11) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي على أن "إذا كان هناك أكثر من مجني عليه في الدعوى الجزائية الخاصة أو كان له أكثر من وارث، فلا يمنع عفو البعض من استمرار دعوى الباقون".

74 - جعل القانون اليمني الدية عقوبة، إذ تنص المادة 70 من قانون الجرائم والعقوبات على أن " الدية والأرش عقوبة بديله عن القصاص، في أحوال سقوطه على النحو المبين في الفصل السابق، وعقوبة أصلية في الأحوال التي ينص عليها القانون الشرعي فيما عدا ذلك".

75 - عقوبة الأرش: هي ما لم يرد فيه نص وترك للقاضي تقديره.

- للمزيد من التفصيل انظر: أحمد يوسف حربة: "النظام العقابي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنه بالقانون اليمني والسوداني" **دراسة مقارنة** بالقانونين اليمني والسوداني، د. ن، ط1، 2004، **ص93.**

76 - مسعود عيسى العزاني: "العفو الجنائي في الشريعة الإسلامية" ط1، 1997، ص77.

- تميم بن محمد بن سالم العنيزان: "عفو المجني عليه بعد الجناية عن الدم والجرح عمدا وجناية الخطأ قبل الموت" مجلة العدل، ع 7، رجب 1421هـ، ص81.

77 - انظر: زيد بن عبد الكريم بن على بن زيد: "العفو عن العقوبة في الفقه الإسلامي" دار العاصمة الرياض، 1408 هـ، ص73.

78 - هو الحكم الذي استنفد طرق الطعن كافة.

وفي تقديري أن هذا النص قد ورد عاماً، ولم يرد ما يخصصه، لذلك يجوز التنازل عن الشكوى في مراحل الدعوى العمومية كافة، وبعد صدور الحكم البات، وفي أثناء تنفيذه؛ وتبرير ذلك أن المشرع اليمني عند ما قيد سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية بتقديم شكوى من المجني عليه، وضع عقاب الجاني في جرائم محددة مرهوناً بإرادة المجني عليه، فمنحه الحق في المطالبة بمعاقبته بتقديم الشكوى، أو عدم معاقبته بعدم تقديمها أو بالتنازل عنها في أي مرحلة من مراحل الدعوى العمومية.

وبما أن المشرع منحه الحق في التنازل عن الشكوى في أي مرحلة من مراحل التقاضي، فإن من حقه التنازل عن آثار الحكم بعد صدوره، ولا يؤدي ذلك في تقديري إلى عدم استقرار الأحكام القضائية؛ لأن التنازل يقتصر على آثار الحكم، ولا يتعداها إلى الحكم ذاته.

أمام نظام الإجراءات الجزائية السعودي فقد أجاز للشاكي النزول عن دعواه وهذا ما نصت عليه المادة (29) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أنه " تعد الشكوى المقدمة ممن أصابه ضرر بسبب الجريمة مطالبة بحقه الخاص، إلا إذا قرر صراحة أمام المحقق نزوله عن الحق في القصاص وحد القذف".

والمتدبر لصريح نص المادة يتبين له بأن التنازل لا يكون إلا أمام المحقق، ولكن يستشف من نص المادة (17) من اللائحة جواز التنازل أمام المحكمة أو في أي مرحلة من مراحل الدعوى وحتى بعد صدور الحكم، كون الحق الخاص ملك للمجني عليه أو وارثه من بعده له حق المطالبة بتنفيذه أو النزول عنه.

النتائج والتوصيات:

الحق الخاص: هو حق المجني عليه أو ورثته من بعده في المطالبة بمعاقبة الجاني أو العفو عنه أو التصالح معه في جرائم الحق الخاص، والمدعي الخاص هو الجني عليه وورثته من بعده، أما المدعي المدني فهو من أصابه ضرر شخصي ومباشر من الجريمة.

وقد منح قانون الإجراءات الجزائية اليمني المجني عليه الحق في الانضمام إلى جوار النيابة العامة في الدعوى الجزائية، للمطالبة بالحق الشخصي المتمثل بالقصاص والدية والأرش، بينما منحه النظام السعودي حقوقاً أكثر من حقوقه في القانون اليمني، حيث منحه بالإضافة إلى الحق في الانضمام إلى جوار النيابة العامة للمطالبة بحقه الخاص، منحه الحق في رفع الدعوى الجزائية الخاصة مباشرة، أمام المحكمة فيما يسمى بالادعاء المباشر، الذي لم يعمل به في القانون اليمني.

واتفقا النظام السعودي والقانون اليمني على منح المدعي بالحق الخاص الحق في العفو عن الجاني والتصالح معه في أي مرحلة من مراحل الدعوى، كما خولاه الحق في تقييد ولاية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية إلا بعد تقديم شكوى من المجني عليه، ومنحاه الحق في التنازل عن الشكوى في أي مرحلة من مراحل الدعوى وحتى بعد صدور الحكم، في جرائم حددها القانون اليمني على سبيل الحصر، ونعتقد بأن النظام السعودي سيحدده بعد صدور قانون العقوبات إن شاء الله.

بالإضافة إلى أنهما اتفقا على منح المضرور من الجريمة الحق في الادعاء مدنيا إما بالانضمام إلى الدعوى الجزائية المرفوعة للمطالبة بالتعويض الذي إصابة نتيجة ارتكاب الجريمة، أو بالادعاء مدنيا أمام المحكمة المدنية.

قائمة المراجع:

1. **"الفقه الإسلامي وأدلته- الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها" جـ7، ط4، دار الفكر، سوريَّة دمشق، بدون تاريخ.**

2. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي: "إحياء علوم الدين"ج2، درا المعرفة بيروت، لبنان.
3. أبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط 1، جـ 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010.
4. أحمد بن محمد آل الشيخ "التدخل بالحق الخاص في الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، دراسة تأصيلية مقارنة" رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، أكاديمية نايف، الرياض، سنة 1433هـ-2012م.
5. أحمد يوسف حربة: "النظام العقابي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنه بالقانون اليمني والسوداني" دراسة مقارنة بالقانونين اليمني والسوداني، د. ن، ط1، 2004.
6. تميم بن محمد بن سالم العنيزان: "عفو المجني عليه بعد الجناية عن الدم والجرح عمدا وجناية الخطأ قبل الموت" مجلة العدل، ع 7، رجب 1421هـ .
7. حسن صادق المرصفاوي:"المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية" منشأة المعارف بالإسكندرية، 2007.
8. حمدي رجب عطية: "نزول المجني عليه عن الشكوى دراسة مقارنة" دون ناشر، ودون تاريخ.
9. زيد بن عبد الكريم بن على بن زيد: "العفو عن العقوبة في الفقه الإسلامي" دار العاصمة الرياض، 1408 هـ.
10. خالد بن محمد بن إبراهيم الجارالله: أسقاط الحق الخاص وأثره على العقوبة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية" بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، إلى قسم العدالة الجنائية كلية الدراسات العليا، جامع العربية للعلوم الأمنية، سنة1425-2004.
11. عبد الله محمد الحكيم: :حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة" دار الفكر الجامعي الاسكندرية2013.
12. عبد الواحد العلمي: "شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية" ج2، ج2، ط1، د، ن، 2009.
13. فوزية عبد الستار:"الإدعاء المباشر في الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
14. محمد بن علي بن محمد الشوكاني: "فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير"، ط1 دار أبن حزم بيروت، 1421هـ - 2000 م.
15. محمد محمود سعيد: "حقوق المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية" دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت.
16. محمود محمود مصطفى: "حقوق المجني عليه في القانون المقارن" ط1، مطبعة جامعة القاهرة، 1975م.
17. مسعود عيسى العزاني: "العفو الجنائي في الشريعة الإسلامية" ط1، 1997.
18. يسري أنور، و آمال عثمان: "شرح قانون الإجراءات الجنائية" د. ن، 1997.
19. نظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/2 وتاريخ 1435/1/22هـ وتعديلاته.
20. قانون أصول المحاكمات الأردني لسنة 1961.
21. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971م وتعديلاته.
22. قانون المسطرة الجنائية المغربي رقم 01-22، 3 أكتوبر2002.
23. قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني رقم (328) بتاريخ 7 آب 2001م والمعدل بقانون رقم (359) بتاريخ 2001/8/16م.
24. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الصادر بالأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18صفر عام 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966م، الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
25. قانون الإجراءات الجزائية اليمني، القرار الجمهوري بالقانون رقم (12) لسنة 1994م.
26. قانون الإجراءات الجنائية المصري، رقم (150) لسنة 1950م وتعديلاته 2003م،
27. قانون الجرائم والعقوبات اليمني القرار الجمهوري بالقانون رقم (13) لسنة 1994م، والمعدل بالقرار الجمهوري رقم (16) لسنة 1995م.
28. قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم (40) لسنة 2002م.
29. 55 سؤالاً في القضاء الجزائي الوارد عبر حساب التواصل العدلي، الصادر عن الإدارة العامة للإعلام والاتصال المؤسسي، وزارة العدل الموقع الإلكتروني :

https://www.moj.gov.sa/ar/MediaCenter/Documents/MOJ-Care-FAQ-JAZ.pdf

سيادة القانون والتنمية الاقتصادية

The rule of law and economic development

د. فاطمة رزق مصطفي - أستاذ مساعد - كلية دراسات إدارة الاعمال -الجامعة العربية المفتوحة- الرياض

Email: f.mostafa@arabou.edu.sa

مستخلص:

تظل التدابير التي تتخذها الدول، على طريق الانتقال نحو تحقيق التنمية الاقتصادية، هشة؛ ما لم تستحضر ضمن مقوماتها تعزيز سيادة القانون؛ على اعتبار أنه يشكل الدعامة الأساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية وتقويتها، ففرض سيادة القانون وتعزيز القوة والفعالية للمؤسساتً القانونية والقضائية وسيلة وهدفاً لتحقيق استقرار المجتمع وحماية الأفراد.

لذلك يجب التركيز على سيادة القانون باعتبارها مقوماً أساسيا لتحقيق التنمية الاقتصادية، وتحقيق ذلك يستلزم ان تتسم القوانين التي تحكم النشاط الاقتصادي بالشفافية، والنزاهة، والفاعلية، والعدالة. فالعديد من القواعد القانونية التي تبني عليها الأنشطة الاقتصادية كالقانون التجاري وقانون البنوك والتمويل يجب ان يتم مراجعتها لتتلاءم مع خطط التنمية الاقتصادية بحيث يكون هناك توازن حقيقي بين أطراف العلاقة القانونية.

الكلمات المفتاحية: القانون- الاقتصاد -التنافسية

Summary:

States' actions towards the transition towards economic development remain fragile; Unless it evokes the strengthening of the rule of law; As the mainstay of economic development and its strengthening, the imposition of the rule of law and the strengthening of the strength and effectiveness of legal and judicial institutions is a means and objective for the stabilization of society and the protection of individuals.

Emphasis must therefore be placed on the rule of law as an essential component of economic development, which requires that the laws governing economic activity be transparent, impartial, effective and just. Many of the legal rules underpinning economic activities such as the Commercial Code and the Banking and Finance Act must be reviewed to fit into economic development plans so that there is a real balance between the parties to the legal relationship.

key words: Law _ Economics - Competitiveness

مقدمة:

تظل التدابير التي تتخذها الدول، على طريق الانتقال نحو تحقيق التنمية الاقتصادية، هشة؛ ما لم تستحضر ضمن مقوماتها تعزيز سيادة القانون؛ على اعتبار أنه يشكل الدعامة الأساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية وتقويها، ففرض سيادة القانون وتعزيز القوة والفعالية للمؤسساتً القانونية والقضائية وسيلة وهدفاً لتحقيق استقرار المجتمع وحماية الأفراد.

فسيادة القانون هو الأساس الحقيقي الذي تقوم عليه الاقتصاديات المتطورة، فلا يمكن تحقيق التنمية الاقتصادية بدون تعزيز مبدأ سيادة القانون. وهو ما اكدته تقارير التنافسية العالمية فسيادة القانون أحد المؤشرات التي تدل على تنافسية الدول وسهولة العمل في الاقتصادات، وتطبيق مبدأ سيادة القانون بنزاهة وشفافية أحد الأمور التي يقيس من خلالها المستثمر الاجنبي رغبته في الدخول الى أي اقتصاد.

كما اكدته أيضا الجمعية العامة للأمم المتحدة بقولها: " أن سيادة القانون لا تتعلق بمجرد مسائل القانون الدولي العام، وحقوق الإنسان، والقانون الجنائي والعدالة الجنائية، التي تكتسب أهمية واضحة. سيادة القانون تتعلق أيضا بقدرة الدول على حشد الموارد للاستثمار في العناصر الرئيسية لسيادة القانون مثل كفالة الإجراءات القانونية الواجبة وتوفير الهياكل الأساسية القضائية والقانونية، بمن في ذلك المحامون والقضاة المدربون جيدا. كما تتعلق بالاعتراف بحقوق الملكية والعقود وإنفاذها. وبطبيعة الحال، تنطوي أيضا على كفالة الأمن القانوني المطلوب لتعزيز القدرات على تنظيم المشاريع، والاستثمار وإيجاد فرص العمل.

لذلك يجب التركيز على سيادة القانون باعتبارها مقوماً أساسيا لتحقيق التنمية الاقتصادية، وتحقيق ذلك يستلزم ان تتسم القوانين التي تحكم النشاط الاقتصادي بالشفافية، والنزاهة، والفاعلية، والعدالة. فالعديد من القواعد القانونية التي تبني عليها الأنشطة الاقتصادية كالقانون التجاري وقانون البنوك والتمويل يجب ان يتم مراجعتها لتتلائم مع خطط التنمية الاقتصادية بحيث يكون هناك توازن حقيقي بين أطراف العلاقة القانونية.

مقدمة البحث:

أصبحت العلاقة بين ما هو قانوني وما هو تنموي مثار اهتمام الباحثين في الدراسات القانونية، حيث لم يعد ممكناً إغفال التطورات التي تقع في مجالات التنمية المختلفة. والدليل على ذلك ما شهدته السنوات الأخيرة من استخدام أدوات التحليل القانوني لفهم القضايا الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، والبيئية.

وهذا الوعي ساعد على تطوير الدراسات القانونية التي صارت تتأثر وتؤثر فيما هو تنموي. ويتصدى بحثنا لهذا النوع من العلاقات بين ما هو قانوني، وما هو تنموي، والذي اخترنا له إشكالية منطلقها أن بين سيادة القانون والتنمية علاقة مركبة. والإشكالية المترتبة على ذلك هي: هل يؤثر مبدأ سيادة القانون في التنمية، أم العكس؟ [79].

وقد رأينا أن نورد هذا البحث، توضيحا لمفهوم التنمية وهل تؤثر سيادة القانون في تحقيق التنمية الاقتصادية؟ وعليه سوف نقسم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب رئيسية:

مفهوم التنمية الاقتصادية:

اختلفت الأقوال في تحديد مفهوم التنمية، وسبب ذلك اختلاف الآراء حول عملية التنمية من حيث مجالاتها وشموليتها، فالبعض حددها على نحو مضيق بحيث يقتصر في تحديده على مجال معين كالمجال الاقتصادي على سبيل المثال ، فيقوم بتعريفها من خلال هذا المجال المحدد ، بينما حددها آخرون على نحو موسع بحيث اعتبرها عملية شاملة لمختلف المجالات ، فيكون تحديد المفهوم تبعاً لهذه الرؤية الشاملة للعملية التنموية ، وهو ما ورد فى مقدمة الاعلان العالمي عن الحق في التنمية الذي عرفها بكونها : "عملية اقتصادية واجتماعية وثقافية وسياسية شاملة تستهدف التحسين المستمر

[79] انظر في ذلك : مصطفي الفضالي ،القانون والتنمية ، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية ، 2015، ص 6.

لرفاهية السكان بأسرهم والأفراد جميعهم على أساس مشاركتهم، النشطة والحرة والهادفة في التنمية وفي التوزيع العادل للفوائد الناجمة عنها " .[80]

وبرغم ذلك، فإن كلمة التنمية كمصطلح له معني محدد إذا أطلقت فتنصرف إلى معني التنمية الاقتصادية في الغالب، ذلك ان الفكر الاقتصادي الغربي هو الذي وضع مؤشرات التنمية في العصر الحديث من منظور اقتصادي.[81]

معني التنمية الاقتصادية:

نعني بالتنمية الاقتصادية الزيادة المادية الحاصلة في الانتاج القومي التي تقاس معدلاتها بزيادة الدخل القومي لبلد معين وتنسب الزيادة الي متوسط الدخل الفردي لذلك البلد، أي مجموع الدخل القومي مقسماً على عدد السكان.

وتقتضي ظاهرة تزايد عدد السكان نسبة الزيادة إلى متوسط الدخل الفردي لأن نمو الانتاج قد يحصل ولو لم تصاحبه زيادة في الدخل القومي حتى ولو هبط متوسط الدخل الفردي بسبب استغراق زيادة عدد السكان للزيادة الحاصلة في الانتاج الاهلي الحقيقي.

ومثل هذا النمو ليس هو هدف التنمية بمعناها الذي نقصده في هذا البحث ذلك لأن النمو الاقتصادي الطبيعي قدي يحصل حتى في أكثر المجتمعات تخلفاً ولو لم يكن مقصوداً. بل المراد من بحثنا هنا الزيادة التي تحصل لمتوسط الدخل الفردي والاسراع في معدل هذه الزيادة في قترة زمنية معينة هي السنة او المدة المخصصة لتنفيذ الخطط الاقتصادية التي تتراوح بين السنة والعشرين سنة.

ويمكن تعريف التنمية الاقتصادية إذن بأنها عملية اقتصادية ترمي الي زيادة الانتاج القومي زيادة تواكب زيادة عدد السكان وتزيد عليها وتحاول اختصار مراحل الزمن اللازمة لمثل هذه الزيادة بالنسبة للدول النامية، واليت تظهر متخلفة بالمقارنة مع دول أخرى تعتبر متطورة لأنها تحقق معدلات نمو عالية في تطورها الاقتصادي.[82]

بمعني آخر، تشير التنمية الاقتصادية إلى التطورات الإيجابية التي تلحق التغييرات الهيكلية داخل منطقة معينة. وتمس خاصة الجوانب: الديمغرافية، التقنية، الصناعية، الصحية، والثقافية، الاجتماعية. وهذه التغييرات تهدف بالأساس إلى تحقيق الثروة للإفراد وتحسن ظروفهم المعيشية، ولعل هذا ما يجعل التنمية الاقتصادية لها ارتباط مع النمو.

وتوضيحا لذلك يجب التمييز بين النمو الاقتصادي والتنمية الاقتصادية، فالنمو يحدث عادة بسبب نمو السكان والثروة والادخار، في حين أن التنمية تنتج من التقدم والابتكار التقنيين، وأن النمو يتمثل في حدوث تغيرات كمية في بعض المتغيرات الاقتصادية. أما التنمية فتتضمن حدوث تغيرات نوعية في هذه المتغيرات.

---

[80] وجدير بالذكر ان مصطلح التنمية إلى مجموعة من التحولات الهامة التي تطال المجتمع في مختلف المجالات (الاجتماعية، والسياسية، والاقتصادية، والمعرفية، والتقنية..) بالصورة التي توفر الشروط اللازمة لحياة أفضل داخل المجتمع وتحقق التطور والرفاه لأفراده. انظر في تفصيل ذلك: إدريس لكريني، استقلالية القضاء ورهانات الديمقراطية والتنمية، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، المغرب، ع35،36، 2015.

[81] مصطفي الفضالي، القانون والتنمية، مرجع سابق، ص 7.

[82] خالد الشاوي، دور القانون في التنمية الاقتصادية، مجلة الدراسات القانونية، كلية القانون، جامعة بنغازي ،1973، ص48.

وعليه فأن النمو الاقتصادي يسبق التنمية وهو ظاهرة تحدث في المدى القصير، في حين أن التنمية لا تحل إلا على المدى الطويل، ولا يمكن الحكم عليها إلا بعد مضي فترة زمنية طويلة نسبيا ويعتمد هذا النوع من التنمية على مؤشرات ذات طابع اقتصادي قصد قياسه مثل: الناتج الداخلي الخام والدخل الفردي ونوع وبنية الاقتصاد.

وقد اكدت العديد من التجارب العالمية في عدد من الدول التي قطعت أشواطاً في هذا المجال ، ان تحقيق التنمية يتطلب استحضار مجموعة من المقومات والعناصر القانونية والمؤسساتية والاجتماعية والتقنية ، كا يستلزم أيضا توافر ما يسميه البعض "الملاذ الآمن" أو "جهاز المناعة" و الذي يتجسد في سيادة القانون ووجود جهاز قضائي عادل قادر على حماية جسم الاقتصاد وجسم المجتمع على نحو يسمح بفرض احترام المعاملات والاتفاقيات التجارية والاقتصادية وحفظ الحقوق التعاقدية [83].

وبعد ان تعرضنا لمفهوم التنمية الاقتصادية، سوف نتعرض لمفهوم سيادة القانون في مطلب ثاني.

مفهوم سيادة القانون:

مبدأ سيادة القانون[84] من المبادئ القانونية الرئيسية في جميع النظم القانونية، بغض النظر عن الفلسفة الاجتماعية والسياسة التي تحكم النظام القانوني للدولة؛ فهو ليس قاصراً على نظام دون غيره بل هو مبدأ عام ينطبق حكمه باستمرار في كل مجتمع وعلى كل سلطة .[85]

وقد ظهرت فكرة سيادة القانون بأشكال متعددة في النظم القانونية المختلفة، ولكن كل هذه الاشكال المتباينة كانت تهدف إلى غرض واحد مشترك هو تحقيق الحرية الشخصية للأفراد. ومما لا ريب فيه أن الحرية الشخصية لا يمكن أن توجد إلا إذا كان الفرد يعيش في مجتمع أو وسط تتوفر فيه الضمانات القانونية لحريته في العمل والنشاط وحيث يكون قادراً على الدفاع عن هذه الحرية في حدود القانون.[86]

ويعني مبدأ سيادة القانون: سيادة أحكام القانون في الدولة، بحيث تسمو أحكام القانون على كل الإرادات في الدولة (الحكام والمحكومين).

وقد تقرر هذا المبدأ منذ العصور الوسطى كمبدأ دستوري في النظام الإنجليزي، ويقصد به أن السلطة التنفيذية يجب أن تقيم تصرفاتها على أساس من القانون، هذا القانون الذي يتمثل في التشريع والقانون القضائي، ولكن هذا لا يعني أن المجتمعات القديمة لم تعرف سيادة القانون. فقد ساهمت الديمقراطيات القديمة والتعاليم الدينية الإسلامية والمسيحية،

---

[83] إدريس لكريني، استقلالية القضاء ورهانات الديمقراطية والتنمية، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، المغرب، ع35،36 ، 2015.

[84] يعتبر اصطلاح سيادة القانون من أهم المفاهيم التي تعتبر من ركائز الفكر القانوني والسياسي العالمي، ولقد أثار هذا المصطلح خلافات كبيرة حول تسميته ومضمونه بين رجال الفقه والقانون، انظر: د. محمد عصفور: سيادة القانون، الصراع بين القانون والسلطة في الشرق والغرب، القاهرة، ط 1961، ص 1 وما بعدها.

[85] د. فايز محمد حسين، سيادة القانون والحق في التقاضي والمساعدة القانونية، مجلة الحقوق للبحوث الاقتصادية والقانونية، جامعة الاسكندرية ،2012، ص 1

[86] هانس كليكاتسكي، نظرات في سيدة القانون، ترجمة فؤاد عبد المجيد الأعظمي، 1964، ع 3، بحث في مجلة اللجنة الدولية لرجال القانون في جنيف، الناشر : وزارة الثقافة والاعلام ، ص 48.

مساهمة فعالة في إضافة إبعاد جديدة على مبدأ سيادة القانون؛ وبوجه خاص التعاليم الدينية؛ حيث ركزت الأخيرة على حرية العقيدة والمساواة بين الحكام والمحكومين، وسيادة الشرع في مواجهة الجميع.

ويسود مبدأ سيادة القانون الأنظمة القانونية المعاصرة على اختلاف أشكالها، إذ تواتر الأمر على أنه يجب أن يستند كل عمل أو تصرف قانوني سواء كان عاماً او خاصاً إلى قاعدة قانونية مجردة وسابقة على التصرف أو العمل، وأن يخضع الأفراد في علاقاتهم القانونية بعضهم ببعض وفي علاقاتهم القانونية بالدولة لحكم القانون.

وتنقسم مصادر سيادة القانون إلى مصادر مكتوبة وهي: الدستور والقانون واللوائح ، ومصادر غير مكتوبة كالعرف والمبادئ العامة للقانون ، ويتطلب إعمال مبدأ سيادة القانون الخضوع لأحكام القانون بالمعنى الواسع أي الخضوع لكافة القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني؛ بغض النظر عن مصدر هذه القواعد أو مركزها في هرم تدرج القواعد القانونية أو كونها مكتوبة أو لا؛ فسيادة القانون بوجه عام تتطلب احترام كل القواعد القانونية وضرورة الفصل بين السلطات، ووجود تحديد واضح لسلطات واختصاصات الإدارة، وتوافر الرقابة القضائية .[87]

ومما تجدر الإشارة إليه أن هناك مبادئ رئيسية لابد من منها لوجود سيادة القانون والتي ظهرت نتيجة لتجارب الأجيال العديدة من رجال القانون في الأمم والشعوب المختلفة ويمكن إجمال هذه المبادئ فيما يلي :

1-مبدأ الفصل بين السلطات الذي يطبق ليس فقط فيما يتعلق بالسلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وإنما يطبق على جميع المجالات التي تتركز فيها السلطة العامة في موضع واحد.

2- مبدأ استقلال رجال القضاء عن السلطة التنفيذية وعن جميع المؤثرات والعوامل الخارجة عن القانون.

3- مبدأ توافق السلطة العامة وخاصة التشريعية والادارية مع الحقوق الأساسية والحريات التي تحمي الفرد المواطن وتصونه من التعسف.

4- مبدأ شرعية العمل الإداري.

5- مبدأ المراجعة القضائية للتشريع والإدارة عن طريق القضاة المستقلين.

6- ايجاد هيئة من رجال القانون المستقلين عن السلطات العامة لغرض الدفاع عن فكرة سيادة القانون.

ولا يمكن لأي واحد من تلك المبادئ أن يوجد منفصلاً عن الآخر، لأنها متحدة ومتصلة مع بعضها اتصالا وثيقاً وهذه الحقيقة تعنى أنها أما أن تقف سوية أو تسقط جميعاً مرة واحدة لأنها تشكل وحدة بنائية واحدة.[88]

أهداف حكم وسيادة القانون:

لمفهوم سيادة القانون أهداف تقف وراء إقراره واعتماده وصياغته سواء على المستوي المحلي او العالمي، منها:

أولا- حماية المجتمع والوطن من الفوضى وعدم الاستقرار، والعنف، والاضطهاد، والظلم.

[87] ، مرجع سابق، ص 2 وما بعدها. د. فايز محمد حسين، سيادة القانون والحق فى التقاضي والمساعدة القانونية

[88] هانس كليكاتسكي، نظرات فى سيدة القانون ، مرجع سابق ، ص 49 وما بعدها .

ثانيا - تعزيز الثقة ما بين الفئات والقطاعات المختلفة من المواطنين والمقيمين، فيما يتعلق بإدارة وتدبير شئونهم، على قدر من المسئولية وإدراك العواقب والتبعات القانونية لأعمالهم.

ثالثا –حكم القانون وسيادته يتطلب توفير ضمانات وحماية المواطنين من إمكانية حدوث ممارسة تتسم بالتعسف أو انتهاك الحقوق الأساسية للإنسان.

رابعا-تعزيز الانتماء للوطن يتحقق من خلال ترسيخ حكم القانون وسيادته.

وبعد ان تعرضنا لمفهوم سيادة القانون، سوف نتعرض للعلاقة بين سيادة القانون والتنمية الاقتصادية في مطلب ثالث.

العلاقة بين سيادة القانون والتنمية الاقتصادية:

تظل التدابير التي تتخذها الدول، على طريق الانتقال نحو تحقيق التنمية الاقتصادية، هشة؛ ما لم تستحضر ضمن مقوماتها تعزيز سيادة القانون؛ على اعتبار أنه يشكل الدعامة الأساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية وتقويها، ففرض سيادة القانون وتعزيز القوة والفعالية للمؤسسات ً القانونية والقضائية وسيلة وهدفاً لتحقيق استقرار المجتمع وحماية الأفراد.

فسيادة القانون هو الأساس الحقيقي الذي تقوم عليه الاقتصاديات المتطورة، فلا يمكن تحقيق التنمية الاقتصادية بدون تعزيز مبدأ سيادة القانون. وهو ما اكدته تقارير التنافسية العالمية [89]فسيادة القانون أحد المؤشرات التي تدل على تنافسية الدول وسهولة العمل في الاقتصادات، وتطبيق مبدأ سيادة القانون بنزاهة وشفافية أحد الأمور التي يقيس من خلالها المستثمر الاجنبي رغبته في الدخول الى أي اقتصاد.

كما اكدته أيضا الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها السابعة والستون عام 2012 [90] بقولها: " أن سيادة القانون لا تتعلق بمجرد مسائل القانون الدولي العام، وحقوق الإنسان، والقانون الجنائي والعدالة الجنائية، التي تكتسب أهمية واضحة. سيادة القانون تتعلق أيضا بقدرة الدول على حشد الموارد للاستثمار في العناصر الرئيسية لسيادة القانون مثل كفالة الإجراءات القانونية الواجبة وتوفير الهياكل الأساسية القضائية والقانونية، بمن في ذلك المحامون والقضاة المدربون جيدا. كما تتعلق بالاعتراف بحقوق الملكية والعقود وإنفاذها. وبطبيعة الحال، تنطوي أيضا على كفالة الأمن القانوني المطلوب لتعزيز القدرات على تنظيم المشاريع، والاستثمار وإيجاد فرص العمل. ذلك هو ما تسعى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن الاشتراء العمومي إلى تحقيقه تحديدا."

كما اتفق أعضاء اللجنة بالإجماع على وجوب أن تشير أي وثيقة ختامية للاجتماع إلى عمل اللجنة، وتنوه بإسهامها في تعزيز سيادة القانون في المجال الاقتصادي باعتباره عنصرا أساسيا لتعزيز سيادة القانون في السياق الأوسع نطاقا. وهذه

---

[89] انظر بشان تلك التقارير :

https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2017-2018

[90] انظر : التقرير الصادر عن الجمعية العامة للامم المتحدة ، الدورة السابعة والستون ، الجلسة العامة 5، الاثنين ، 24 سبتمبر ، 2012 .

https://digitallibrary.un.org/record/737042/files/A_67_PV.5-AR.pdf

النتيجة المتوخاة تتماشى مع إقرار الجمعية العامة بالتأثير المتعدد الأوجه الذي يحدثه عمل اللجنة فيما يتعلق بالسلام والاستقرار ورفاه جميع الشعوب - وبالتالي، على تعزيز سيادة القانون في السياق الأوسع نطاقا.

الواقع أن سيادة القانون والتنمية الاقتصادية يعززان بعضهما بعضا. وتعزيز سيادة القانون في العلاقات التجارية يجب أن يصير جزءا لا يتجزأ من جدول أعمال الأمم المتحدة بصورة عامة لتعزيز سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، مثلما أقرت الجمعية العام بذلك في العديد من المناسبات. وإعلاء شأن سيادة القانون يجب أن يصبح عملية جامعة وشاملة تتفادى التركيز على بعض مجالات الإصلاح القانوني على حساب المجالات الأخرى التي قد تكون أقل بروزا أو تتطلب خبرة تقنية متخصصة. ثالثا، بينما تقر الدول بالتطور المستمر للممارسات التجارية في عالم يتغير بسرعة، يجب عليها أن تبني القدرة على تحديث قوانينها التجارية استجابة لتلك الممارسات، وتوجد الأطر القانونية التي تدعم التجارة وتعززها. والإصلاحات التشريعية يجب أن تقترن بالإصلاحات المؤسسية المناسبة لكفالة تنفيذ القوانين وإنفاذها بصورة فعالة ".[91]

ونخلص من هذا البحث إلى ضرورة التركيز على سيادة القانون باعتبارها مقوماً أساسيا لتحقيق التنمية الاقتصادية، فلا يمكن للتنمية الاقتصادية ان تحدث في بيئة تنعدم فيها سيادة القانون، وتحقيق ذلك يستلزم ان تتسم القوانين التي تحكم النشاط الاقتصادي بالشفافية والنزاهة والفعالية والعدالة فالعديد من القواعد القانونية التي تبني عليها الأنشطة الاقتصادية كالقانون التجاري وقانون البنوك والتمويل يجب ان يتم مراجعتها لتتلاءم مع خطط التنمية الاقتصادية بحيث يكون هناك توازن حقيقي بين اطراف العلاقة القانونية.

المراجع:

-مصطفي الفضالي، القانون والتنمية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، 2015.

-إدريس لكريني، استقلالية القضاء ورهانات الديمقراطية والتنمية، مجلة مسالك فى الفكر والسياسة والاقتصاد، المغرب، ع36،35 ، 2015.

-خالد الشاوي، دور القانون فى التنمية الاقتصادية، مجلة الدراسات القانونية، كلية القانون ، جامعة بنغازي ،1973.

-د. محمد عصفور: سيادة القانون، الصراع بين القانون والسلطة في الشرق والغرب ، القاهرة ، ط 1961 .

-د. فايز محمد حسين ، سيادة القانون والحق فى التقاضي والمساعدة القانونية ، مجلة الحقوق للبحوث الاقتصادية والقانونية ، جامعة الاسكندرية 2012

-هانس كليكاتسكي ، نظرات في سيدة القانون ،ترجمة فؤاد عبد المجيد الأعظمي ، 1964 ، ع 3 ، بحث في مجلة اللجنة الدولية لرجال القانون في جنيف ، الناشر : وزارة الثقافة والاعلام .

المواقع الالكترونية

https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2017-2018

-التقرير الصادر عن الجمعية العامة للامم المتحدة، الدورة السابعة والستون ، الجلسة العامة 5، الاثنين ، 24 سبتمبر ، 2012

https://digitallibrary.un.org/record/737042/files/A_67_PV.5-AR.pdf

[91] انظر : التقرير الصادر عن الجمعية العامة للامم المتحدة ، الدورة السابعة والستون ، الجلسة العامة 5، الاثنين ، 24 سبتمبر ، 2012 ، ص 22 .
https://digitallibrary.un.org/record/737042/files/A_67_PV.5-AR.pdf

القانون المدني في القران

Civil law in the Qur'an

أ. سعد بن ناصر بن عبد الله الراجحي - محامي – الطائف - تربة -المملكة العربية السعودية
Email: Saadalrajhi5@gmail.com

مستخلص:

القانون المدني هو مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات المالية بين الأشخاص الطبعين والاعتبارين - فيما عدا ما يتعلق منها بالتجارة.

حيث ينظم القانون المدني مصالح تختص بالأشخاص الذي يقومون في ظله بتنظيم المصالح من خلال العديد من العلاقات التي تتمثل في العقود، المسئولية التقصيرية والوصاية وغير ذلك من العلاقات، وفقاً للعديد من القواعد المنظمة للعلاقات في القانون المدني. وتستند هذه الورقة العلمية على مرجعية مهمة وهي كتاب فتح الرحيم الملك العلام في علم العقائد والتوحيد والأخلاق ولأحكام المستنبطة من القران الجزء المتعلق بالأحكام في الأحوال الشخصية والمعاملات.

الكلمات المفتاحية: القانون - المدني – القران

Abstract

The civil law is a set of rules that regulate financial relations between natural and judicial persons - with the exception of those related to trade. The civil law regulate the interests of the persons under whom they organize the interests through many relationships that are represented in contracts, tortious liability, guardianship, and other relationships, according to many rules regulating relations in civil law. This scientific paper is based on an important reference, which is the book Fath Al-Rahim Al-Malik Al-Alam in the science of beliefs, monotheism, morals, and rulings derived from the Qur'an, the part related to rulings in personal status and transactions.

Keywords: Law - civil - the Qur'an

مقدمة:

القانون المدني / هو القانون الذي ينظم الروابط الخاصة بين الأفراد في المجتمع، روابط أسرية أو روابط مالية

والقانون المدني هو أصل القانون الخاص وما الأقسام الأخرى إلا فروع انفصلت عن أصلها فانفصل عنه القانون التجاري وقانون المرافعات والقانون الدولي الخاص، وقوانين أخرى أقل أهمية منه، كتشريع العمال والتشريع الزراعي، ومازال القانون المدني بعد هذا الانفصال يعتبر أساس القانون الخاص، ومازال يوصف بأنه الشريعة العامة عند أمة من الأمم

(أولا) لأنه الذي يطبق على جميع الناس دون استثناء، فلا يستطيع فرد في مجتمع أن يعيش بغير الدخول في علاقات يحكمها القانون المدني خلافا للفروع الأخرى، فإنها لا تطبق الا على طوائف خاصة وبالنسبة لبعض الأعمال التي يقومون بها (القانون التجاري) أو في حالات معينه أو لأنها متعلقة بالإجراءات (قانون المرافعات).

ثانيا/ لأنه القانون الذي يطبق في حالة سكوت أحد فروعه عن وضع قاعده لحالة معينه.

تقسيم القانون المدني الى قانون الأحوال الشخصية وقانون المعاملات

القانون المدني ينظر الى الفرد، وينظر اليه باعتبارين

أولا / باعتباره عضو في أسره، فتنظيم الروابط التي تربطه بهذه الأسرة يدخل في دائرة قانون الأحوال الشخصية.

وقد صدر نظام الأحوال الشخصية السعودي مؤخرا 1443
https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/4d72d829-947b-45d5-b9b5-ae5800d6bac2/1
ثانيا / باعتباره عضوا في المجتمع من حيث نشاطه المالي، وتنظيم الروابط التي تربطه بأفراد المجتمع من هذه الناحية يدخل في دائرة قانون المعاملات.

وفي انتظار صدور نظام المعاملات المدنية قريبا بعد أيام فقد وافق مجلس الشورى على المشروع (مشروع نظام المعاملات المدنية) "موقع مجلس الشورى على تويتر ونشر الخبر يوم 29 / 1443/10 الموافق" 30 / 5/ 2022

مشكلة وأسئلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في حاجة القانون المدني للتطوير والتحديث ليواكب مستجدات العلاقات في كل التطور التقني التكنلوجي الذي أدي إلي تغيير كثير من العلاقات في ظلال الاقتصاد الرقمي والتجارة الإلكترونية وثورة الاتصالات التي خلقت واوجدت انواع جديدة من المشكلات والجرائم لم تكن معروفة من قبل.

أسئلة البحث:

أ- هل قواعد القانون المدني الوضعية قادرة على مواكبة التطور المتسارع في الحياة الاجتماعية والاقتصادية؟

ب- كيف يمكن تطوير قواعد القانون المدني من خلال المبادئ والقواعد التي تنظم الحياة الاجتماعية والاقتصادية بين الافراد الواردة في القران الكريم؟

ج- هل يوجد في القران الكريم مبادي عامة وقواعد للقانون المدني

أهمية البحث:

يستمد هذا البحث أهميته من خلال أهمية البحوث في مجال القانون المدني في ظل التعديات والمستجدات التي حدثتها التطورات التكنولوجيا في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والحاجة المستمرة لتطوير القانون المدني ولفت انتباه الباحثين إلي الرجوع إلي القران الكريم كمصدر دائم ومواكب لكل التطورات التي تحدث للإنسانية إلي أن يرث الله الأرض وما عليها .

أهداف البحث:

•يهدف البحث إلى الاتي: -

أ- التعرف على قواعد ومبادئ القانون المدني ومصادرها الوضعية.

ب- إلغاء الضوء على مبادي وقواعد القانون المدني في القران الكريم.

ج- لفت انتباه الباحثين إلي الرجوع إلي القران الكريم لاستنباط مبادئ وقواعد متطورة للقانون المدني من القران الكريم السنة النبوية وتجربة الخلافة الراشدة والفكر الإسلامي .

منهج البحث:

يتم في هذا البحث إتباع المنهج التاريخي والمنهج الوصفي

حدود البحث:

الحد الزماني: (2022م -2023م)

الحد الموضوعي: القران الكريم

الأحوال الشخصية:

تتضمن ما يلي:

(1) تحديد شخصية الفرد من الناحية القانونية، أي الأهلية، من أهلية وجوب وأهلية أداء.

(2) تنظيم روابط الفرد بأسرته ، فالفرد منذ يولد ينتمي الى أسره معينة ، وهنا تعرض مسائل النسب وكيف تثبت البنوة الشرعية ، فإذا ما ثبت نسب الولد لأبيه التزم الأب بالإنفاق عليه ،وللولد في الرضاع والحضانة حتى يبلغ اشده ثم يتزوج ، فعقد الزواج وما يجتمع

حوله من مسائل (تكوين العقد وشروطه وما يترتب عليه من التزامات من جانب كل من الزوجين والمهر والنفقة وفرق النكاح من طلق وغيره وما يتبع ذلك من عده وغير ذلك من وسائل الزوجية المعروفة) ويدخل في دائرة الأحوال الشخصية أيضا الميراث ، إذ ينظم كيف يوزع مال الشخص بعد موته على أفراد أسرته ، فالميراث يحدد من هذه الناحية علاقة الفرد بأسرته ويلحق بالميراث الوصية ، كما يدخل فيهال الهبة والوقف ، هذه هي أمهات مسائل الأحوال الشخصية .

المعاملات:

قانون المعاملات فيمكن أن نركزه في سلطة الشخص على المال، فيجب أولا تعريف المال ثم تقسيمه الى اقسام متنوعة، ملك ووقف ومباح ... الخ

ثم ان الشخص يتسلط على المال إما بطريقة مباشر، بأن يخول له القانون سلطة معينة على شيء معين، وهذا هو الحق العيني

أو بطريق غير مباشر بأن يرتب له التزاما ذا قيمة مالية في ذمة شخص آخر، وهذا هو الحق الشخصي.

والقران أنزله الله تبيانا لكل شيء والنزاعات بين الناس هي مما علم الله انها ستكون وبينها وفصلها وبين الحلول فيها وحسمها بالطريقة المرضية لكل الأطراف

قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ} [المائدة:١] ، {وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا} [البقرة:٢٧٥] ، {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ} [النساء:٢٩] ، {هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً} [البقرة:٢٩] ، {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا أَضْعَافاً مُّضَاعَفَةً} [آل عمران:١٣٠] ، {إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ * فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ} [الجمعة:٩، ١٠] ، {رِجَالٌ لَّا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَن ذِكْرِ اللَّهِ} [النور:٣٧] الآية، {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُلْهِكُمْ أَمْوَالُكُمْ وَلَا أَوْلَادُكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ} [المنافقون:٩] ، {إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ} [المائدة:٩٠] ، {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى} إلى قوله: {عَلِيمٌ} [البقرة:٢٨٢] ، {أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ} [البقرة:٢٦٧] .

علاقة ذلك بالقانون المدني

يستفاد من هذه النصوص كثير من أحكام المعاملات بين الأفراد (القانون المدني).

فمنها: أنها دلت على أن الأصل صحة جميع البيوع والمعاملات، إلا ما استثناه الشارع وأباحت جميع أنواع التجارة، تجارة الإدارة، وتجارة التربص والانتظار بالسلع فرصها ومواسمها، وتجارة الإيجارات، وتجارة الديون، وكل ما دخل في اسم التجارة.

ومنها: أن جميع العقود تنعقد بما دل عليها من قول وفعل، لأن الله أباحها ولم يحدد لها ألفاظا مخصوصة، فكلما عده الناس بيعا وتجارة ومعاملة انعقدت به المعاملات.

ومنها: وجوب الوفاء بجميع العقود والشروط في كلِّ المعاملات، إلا ما استثناه الشارع كالعقود والشروط التي تحل حرامًا، أو تحرم حلالاً، أو ما جعل له الشارع خيار مجلس أو عيب ونحوه أو ما اتفق المتعاقدان على استثناء خيار شرط أو غيره، أو ما كان في الأصل غير لازم كعقود الوكالات ونحوها.

ومنها: أنَّ المعاملات مع إباحتها فالمشتغل بها غير مذموم، إذا لم تلهه عن ذكر الله الواجب من صلاة ونحوها، فإن ألهت عن ذلك فهي مذمومة وصاحبها خاسر.

ومنها: اشتراط التراضي من المتعاملين في كلِّ المعاملات، بأن يأتي بذلك اختيارا فإن أكره أحدهما بغير حق لم تكن المعاملة صحيحة، فإن امتنع أحدهما مما وجب عليه وأكره على الواجب كانت المعاملة صحيحة.

ومنها: أنَّه يستفاد من اشتراط التراضي أنَّ من اشترى معيبًا لم يعلمه، أو غبن بنجش، أو تلقي جلب، أو اغترار أو نحو ذلك أنَّ له الخيار، لكونه لم يحصل الرضى المعتبر.

ومنها: أنَّ الربا بجميع أنواعه من أعظم المحرمات، وأنَّه مفسد للعقد وإن تراضى به المتعاقدان، لأنَّه ليس لهما أن يتراضيا على مالا يرضي الله ورسوله.

وأنواع الربا ثلاثة: ربا الفضل: بأن يبيع مكيلاً بمكيل من جنسه متفاضلاً، أو موزونًا بموزون من جنسه متفاضلاً، فإن الشارع شرط في بيع الشيء بجنسه إذا كان مكيلاً أو موزونًا شرطين التماثل في القدر والقبض قبل التفرق.

وربا النسيئة: أن يبيع المكيل بالمكيل أو الموزون بالموزون ولو من غير جنسه، ويتفرقا قبل قبض العوضين، وأشد أنواعه ما ذكره الله بقوله: {لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا أَضْعَافاً مُّضَاعَفَةً} [آل عمران:١٣٠] وذلك أن يحل الدين عليه، ثم يقلبه عليه ببيعة أخرى إلى أجل فيتضاعف ما في الذمة من غير منفعة، ولا مصلحة تعود على المعامل، وذلك ظلم من صاحب الدين، وسواء تعاملا هذه المعاملة صريحا، أو تحيلا عليها بحيلة من الحيل وصورة عقد غير مقصود، فكل حيلة يتوسل بها إلى إسقاط الواجبات، أو استحلال المحرمات فإنها باطله غير نافذة، لأن العبرة في المعاني والمقاصد لا عبرة بالألفاظ التي لا يقصد معناها.

وأما ربا القرض فأن يقرضه شيئًا ويشترط في مقابلة ذلك نفعًا أي نفعٍ يكون، فهذا الشرط هو الذي أخرجه من موضوع القرض والإحسان، وأدخله في موضوع المعاملات فصارت حقيقته دراهم بدراهم إلى أجل -مثلاً- ذلك النفع المشروط هو الربح. في النسخة الأولى: "قصر دراهم بدراهم والربح ذلك النفع".

وأما الميسر فإنه نوعان: فمتى كانت المعاملة فيها خطأ وغرر وجهالة فهي من الميسر، وهو أنواع كثيرة مثل: بيع الآبق وبيع المجهولات أعيانها، أو صفاتها، أو مقاديرها، أو بيع المنابذات، أو الملامسات، أو استثناء المجهول من المعلوم، أو يشرط في المزارعة، أو المساقاة أو المغارسة، أو المضاربة، أو المشاركات كلها مصلحة أحد المعينات، وللآخر الآخر فيكون كلاً منهما مخاطرًا، وذلك أن مبنى المشاركات على العدل، واستواء المتعاملين في المغنم والمغرم، فشرط خلاف ذلك ميسر وخطر وفي ذلك مفاسد كثيرة.

ومن عامل معاملة محرمة فعليه أن يتوب إلى الله، ويرجع المعاملة إلى العدل الذي أباحه الله، ويرفض ما فيها من ربا وميسر وتغرير وغش ونحوها من المحاذير الشرعية.

وأما آية الدين فما أجمعها لأحكام المعاملات وأكثر فوائدها، فإن الله أرشد عباده إلى حفظ أموالهم ونظامها في المعاملات، وإلى تحريرها بالكتابة والشهود وضبطها بالوثائق، وذكر الطرق وأرشد إلى سلوكها ويسرها غاية التيسير ونفى كل ضرر وظلم فيها من الجانبين، وأمر بغاية العدل وهي من البراهين على أن دين الإسلام قد تكفل للبشر بصلاح دينهم ودنياهم، حيث أباح كل معاملة نافعة وحرم كل معاملة ضاره، وبين الطرق التي تحفظ بها وتضبط المعاملات والحقوق.

فمن فوائدها: جواز الديون كلها سواء كانت دين سَلَم، بأن يسلم الثمن ويكون المثمن مؤجلاً إلى أجل مسمى، أو دينًا مطلقًا كأن يشتري شيئًا حاضرًا بثمن في ذمته إلى أجل مسمى، لأن الله نسبه للمؤمنين وأقرهم عليه وهذا خاصية المباح.

ومنها: اشتراط العلم بالمبيع والثمن والأجل. أمَّا الأجل فمصرّح به في قوله: {إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى} [البقرة:٢٨٢]. وأمَّا علم الثمن والمثمن فمن باب التنبيه، إلى أنَّه إذا شرط العلم بالأجل الذي هو فرعه، فالأصل من باب أولى وأحرى.

ومنها: الأمر بكتابة الديون المؤجلة، والرخصة في ترك الكتابة في المعاملات الحاضرة، والحكمة في ذلك ظاهرة وهو الحاجة والضرورة في المؤجلة، والمشقة في الحاضرة المتكررة.

ومنها: الإرشاد إلى الإشهاد في المعاملات كلها حاضرة أو مؤجلة، وهي أعظم الوثائق وأنفعها وأوسعها.

وقد أمر بأعلى ما يكون فيها بإرشاد رجلين أو رجل وامرأتين من الشهود المرضيين بين الناس، وبَيَّن الحكمة في كون المرأة الواحدة لا تقوم مقام الرجل أنَّ ذاكرة الرجل أقوى من المرأة، فلهذا جبر هذا النقص بزيادة العدد، وبَيَّن الحكمة في ذلك بقوله: {أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى} [البقرة:٢٨٢].

ومنها: أمر الشهود أن ينقادوا للشهادة، وأن لا يأبوا إذا دعوا للتحمل أو للأداء لما في ذلك من القيام بحق المسلم، وفك المنازعات، ولما فيه من الخير والأجر عند الله تعالى.

ولهذا ينبغي للشاهد أن يقصد بتحمله للشهادة وأدائها وجه الله والقيام بالواجب لقوله تعالى: {وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ} [الطلاق:٢] وزَجَر غاية الزجر عن كتمان الشهادة ومن باب أولى شهادة الزور، فكلاهما من كبائر الذنوب كتمان الشهادة، والشهادة بالباطل، فإنه ظلم في

حق الله وظلم للمتعاملين كليهما. أما المظلوم فظاهر وأما الظالم فإن شاهد الزور له وكاتم الشهادة الحق عليه قد أعانه على الظلم والعدوان.

وفيها دليل أن شهادة الرجلين والرجل والمرأتين مقبولة في جميع المعاملات والأموال، وليس في ذلك نفي لقبول غيرها لأن الله إنما ذكر أعلى الحالات التي يحفظ بها الحقوق، وما يحكم به الحاكم أعم من ذلك. فقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالشاهد الواحد ويمين صاحب الحق أخرجه الترمذي (رقم:١٣٤٥)، وابن ماجه (٢٣٦٨)، وصححه الألباني في صحيح الترمذي..

ومنها: أن الله أقام المرأتين مقام الرجل، وكذالك النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال: (أليس شهادة المرأة نصف شهادة الرجل) أخرجه البخاري (رقم:٣٠٤)، ومسلم (رقم:٧٩).

وأطلق ذلك. ومقتضاه أن يكون في كل الأحوال ولأهل العلم هنا تفصيلات كثيرة، وما دلت عليه النصوص يجب تقديمه على كل قول.

ومنها: أن من نسي شهادته ثم ذكرها، أن شهادته صحيحة لقوله تعالى: {أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى} [البقرة:٢٨٢].

وقوله: {وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ} [البقرة:٢٨٢] يدل على أنه ينبغي أن يكون الكاتب كامل الصفات، عالمًا بالعدل، سالكًا لطريق العدل، معتبرًا عند الناس، وأنه لا يحل له أن يميل مع أحد المتعاملين لقرابة، أو صحبة أو نحوهما، فإنه خلاف العدل.

ومنها: أن معرفة الكتابة من نعمة الله على العبد، وكونه معتبرًا عند الناس مرضيًا عندهم، وتتوجه له حاجاتهم، ويمن الله عليه بقضائها والقيام بها، فبهذا تتم عليه النعمة وعليه أن يشكر الله على ذلك ولهذا قال: {وَلاَ يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللّهُ} [البقرة:٢٨٢]

وقوله: {وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ} [البقرة:٢٨٢]، لأنه يكتب الحق الذي يُقِرُّ بِهِ، وفي هذا أن الإقرار من أعظم الطرق التي تثبت بها الحقوق، وأنه لا عذر لمن أقر، وأنه لو أقر ثم أنكر بعد ذلك، أو ادعى غلطًا أو نسيانًا أنه لا يقبل منه؛ لأن الحق ثبت باعترافه، فدعواه ارتفاع ذلك دعوى مجردة لا تقبل.

وفي هذا أنه لا يكتب ما أملاه من له الحق حتى يعترف به من عليه الحق اعترافًا معتبرًا.

{فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً} [البقرة:٢٨٢]، أي: لا يعرف المصلحة ولا يحسن المعاملة {أَوْ ضَعِيفاً} [البقرة:٢٨٢] ، أي: صغيرًا، ومن باب أولى المجنون، {أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ} [البقرة:٢٨٢] لخرس أو حياء الأنثى {فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ} [البقرة:٢٨٢] ، فيها إثبات الولاية على القاصرين وأن وليهم ينوب منابهم في التصرفات والإقرارات، ويترتب عليه أنه لو زالت عنهم الموانع وأرادوا إلغاء تصرفات وليهم أو اتهموه بغير بيّنة فليس لهم ذلك لكونه قام مقامهم.

وفيه أنه لا عبرة بإقرار الصغير والسفيه والمجنون ولا بتصرفاتهم، لأن الله لم يجعل لهم هنا إقرارًا ولا معاملة ولا إملاء، بل جعل ذلك لوليهم، ففيه إثبات الحجر عليهم، ومنعهم من التصرفات والتبرعات والإقرارات على أموالهم، وذلك عين مصلحتهم وهذا من محاسن الشريعة، حيث لم يمكن القاصرين من أموالهم خوف الضرر عليهم. ويدل عليه أيضًا قوله تعالى: {وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً} [النساء:٥].

وإثبات النيابة عن المرأة الخفرة، فيه إثبات الوكالة، وأن الوكيل إذا أقرّ فيما وكّل فيه فإقراره مقبول. وفيه دليل على أنه ينبغي معرفة حسن الإملاء وتعليم ذلك، وكذلك الكتابة خصوصًا تعلم كتابة الوثائق ومعرفة اصطلاح الناس فيها، فإن ذلك نعم العون على هذا المقصود.

ثم حث على كتابة الصغير والكبير فقال: {وَلاَ تَسْأَمُوْاْ أَن تَكْتُبُوْهُ صَغِيراً أَو كَبِيراً إِلَى أَجَلِهِ} [البقرة:٢٨٢]. ففي هذا أن التدقيق في المعاملات والمحاسبات أولى من الإهمال وبناء الأمور على المساهلة، فالتدقيق وتحرير المعاملة لها محل، وباب المعروف والإحسان له محل آخر، والتمييز بين الأمرين له أهمية كبيرة، بل الغالب أن الإحسان لا يكون له ذلك الموقع حتى تعلم الأمور على سواء بين المتعاملين.

ثم بين تعالى الحِكَم والمصالح العظيمة المترتبة على هذه الإرشادات القرآنية فقال: {ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللّهِ} [البقرة:٢٨٢]، أي: أقرب لسلوك العدل وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ، أي: أثبت لها لانبنائها على الكتابة وتأيدها وتذكرها بها، {وَأَدْنَى أَلاَّ تَرْتَابُواْ}، أي: يزول بذلك الشك في المعاملة، ولا يستريب بعض المتعاملين ببعض. فكلُّ هذه مقاصد جليلة تدعو الضرورة والحاجة إليها.

وفيه دليل على أن الوثائق يؤيد بعضها بعضًا، وأن الله يحب من المتعاملين أن تكون المعاملة صريحة لا امتراء فيها، وبهذا تدوم المعاملة ويزول الريب.

وقال: {فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ} [البقرة:٢٨٣] ، أي: ولا حرج إذا لم يتوثقوا بكتابة ولا شهادة، ولكن على كل واحد ممن أمنه صاحبه ووثق به أن يؤدي أمانته ويشكر أخاه الذي وثق به، فيكون واجبًا عليه من جهتين: من جهة لزوم تقوى الله ووجوبها في كل حال، ومن وجهة أن أخاك إذا وثق بك وأمنك فقد فعل معك معروفًا، فعليك أن تقابل الإحسان بالإحسان وفي هذا تنبيه على كل ما في معناه، وأن من عمل معك معروفًا في المعاملة فما جزاؤه إلا الوفاء معه ومقابلته بمثل عمله، كما أن في قوله: {أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللهُ} تنبيه على أن من خصه الله بنعمة يحتاج الناس إليها، أن من شُكر الله على هذه النعمة أن يبذلها للناس إذا احتاجوا إليها، وهو لا مضرة عليه فيغنم ولا يغرم.

ومنها: مشروعية وثيقة الرهن وخصوصًا في السفر عند الحاجة إليه لفقد الكاتب أو الشاهد، وأن المقصود من الرهن أن يكون وثيقة بالدين إذا تعذر الوفاء بيع بالدين، وله مقصود آخر وهو أنه إذا كان له غرماء غيره قدم صاحب الرهن به عليهم.

وفيه أن أكمل حالات الرهن أن يكون مقبوضًا، وليس في الآية دليل على أنه لا يكون رهنًا إلا إذا قبض، لأن الله إنما ذكر أعلى الحالات، بل مفهوم قوله: {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} [البقرة:٢٨٣] أنها قد تكون غير مقبوضة، لكنها أقل توثقه من المقبوضة، كما أن الشيء القليل أو الذي في الذمة أقل توثقه من الكثير أو من العين.

ومنها: النهي عن مضارة الكاتب والشهيد أو يضاران هما للمتعاملين فعلى كل منهما سلوك الطريق الذي فيه إرفاق وسهولة.

ومنها: أنه تعالى تعاهد من يُخشى منه خيانة تخفى كالمملي للحق الذي عليه، والمؤتمن الذي وثق المعامل بأمانته وذمته بالحث على لزوم التقوى وتذكيره برعاية حق أخيه لكون الحق لا بينة به.

قوله تعالى: {وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ} [يوسف:٧٢]. استدل بها على صحة الكفالة والضمان والجعالة، وأنه يجوز تقدير الجعالة بما يتقارب علمه كحمل البعير ونحوه.

وقوله: {إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا} [النساء:٥٨]. استدل به على ثبوت الأمانات ووجوب حفظها في حرز مثلها وأدائها إلى أهلها: الذي ائتمن الإنسان، أو إلى وكيله ومن يحفظ ماله عادة، وأن كل مؤتمن مقبول قوله في التلف وعدم التفريط، وأن الإنسان مقبول قوله على ما تحت يده من الأمانات لأن هذا مقتضى التأمين.

وقوله: {إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ} [القصص:٢٦] فيه مشروعية الإجارة وجوازها في كل المنافع المباحة، وأن خير من عاملته بإجارة أو غيرها من جمع الوصفين، القوة التي هي الكفاءة للعمل المقصود من الإنسان والأمانة، فإن النقص إما فقد الصفتين أ إحداهما.

قوله تعالى: {وَالصُّلْحُ خَيْرٌ} [النساء:١٢٨]، {فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ} [الحجرات:١٠] وهذا عام في جميع الحقوق المالية وغيرها، وسواء عند الإقرار أو الإنكار. فالصلح جائز ومأمور به بين الناس إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرّم حلالاً، وعموم ذلك يقتضي جواز الصلح عن جميع الحقوق حتى حقوق الخيار والشفعة وغيرها، ويقتضي جواز الصلح عن المؤجل ببعضه حالاً، والصلح بين الجيران في الحقوق المتعلقة بالجوار.

وقد أمر تعالى بالإحسان إلى الوالدين والأقربين والجيران والمساكين وغيرهم، فيشمل ذلك الإحسان القولي والفعلي، ويختلف باختلاف الأشخاص والأوقات وجميع الأحوال.

وقوله تعالى: {وَلاَ تَقْرَبُواْ مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ} [الأنعام:١٥٢] فيها الولاية على اليتيم وإحسان تدبير ماله، وقد أمر باختباره عند بلوغه، فإذا علم رشده وهو حفظ ماله ومعرفته للتصرف والتصريف دفع له ماله.

قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة:١٨٠] نُسخت الوصية للورثة بآيات الميراث، وبقيت في غيرهم من الأقارب ونحوها من طرق البر والخيرات.

ويُسْتَدَلُّ على الوقوف والهبات والوصايا، وكذلك على القرض والعارية ونحوها من التبرعات في الأعيان أو في المنافع، بعموم أمره تعالى بالإحسان وثنائه على المحسنين، وبيان فضائلهم وثوابهم. فهذه المذكورات كلها داخلة في الإحسان، ولكن ينبغي أن يعلم أن الإحسان إنما يكون إحسانًا حقيقيًا إذا لم يتضمن ظلمًا وجورًا، وإلا فترك الإحسان هو الإحسان مثل أن يكون تبرعه يتضمن ترك واجب من دين، أو مضارة وارث، أو إضرار بمن لا تحل مضارته فهذا لا يجوز.

وقوله: {مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ} [التوبة:٩١] يدل على أن المؤتمن إذا كان بغير جُعْل أنَّ قوله مقبول في رد الأمانة، كما يقبل قول كل مؤتمن في دعوى التلف وعدم التفريط.

وقوله تعالى: {فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ} [البقرة:١٨٢] فيها إرشاد إلى تنبيه المعتدي في وصيته، ونصيحة من بعده في تعديل وصيته إذا كانت جائزة.

وقوله تعالى: {يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ} [المائدة:١٠٦] إلى آخر الآيات. فيها: أن الوصية مشروعة وأنه يكفي فيها شهادة اثنين من المسلمين، فإن لم يحضر المحتضر إلا كفار، قبلت فيها شهادة اثنين منهم للضرورة، فإن خيف منهما خيانة حلفا بعد الصلاة ما خانا وما كتما، وإن اطّلع على خيانة منها بأن قامت الشواهد على ذلك، حلف اثنان من أولياء الميت على خيانتهما، وأن شهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا ثم يغرمان المال.

أحكام المواريث:

قال تعالى: {يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ} إلى قوله: {إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيما حَكِيماً} [النساء:١١] والآية التي في آخر السورة. لقد فصّل الله في هذه الآيات أحكام المواريث تفصيلاً تامًا، فذكر ميراث الأولاد وهم أولاد الصُلْب الذكور والإناث وأولاد البنين، كذلك الذكور والإناث دون أولاد البنات، فذكر أنهم إذا اجتمع منهم ذكور وإناث في درجة واحدة فللذكر مثل حظ الأنثيين، وأنهم في هذه الحال يكونون عَصَبَةً لا يستحق معهم أحد من القرية شيئًا سوى الوالدين فقط، لكل واحد السدس. ومن باب أولى إذا كان الأولاد ذكورًا خلّصًا وإذا كانوا إناثًا فللواحدة التي ليس معها في درجتها أحد النصف، وللثنتين فأكثر الثلثان، فإن كانت الواحدة في الدرجة العالية كبنت الصلب ومعها بنت أو بنات ابن، فللعالية النصف ويبقى السدس تكملة الثلثين لبنات الابن.

وذكر ميراث الأبوين مع الأولاد لكل واحد منها السدس. أما الأم فلا تزيد عليه، وكذلك الأب مع الأولاد الذكور أو مع البنات إذا استغرقت الفروض، فإن بقي شيء بعد أخذ البنات فروضهن أخذه الأب تعصيبًا لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس الذي في الصحيح: (الحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فلأولى رجل ذكر) أخرجه مسلم (رقم: ١٦١٥).. وهو أولى من الأبعدين، فإن كان أم أو أب ومعهما أحد الزوجين أخذ أحد الزوجين فرضه والباقي للأم ثلثه وللأب الباقي، فإن كان للميت إخوة فلأمه السدس.

والجد حكمه حكم الأب في جميع أحكام الفرائض بالاتفاق، إلا في العمريتين المذكورتين فإن للأم مع الأب ثلث الباقي، ومع الجد ثلث المال كله، وإلا مع الإخوة لغير أم، فإن العلماء اختلفوا فمنهم من ورثهم مع الجد على تفاصيل كثيرة معروفة كزيد بن ثابت رضي الله عنه، ومن وافقه من الصحابة والأئمة، ومنهم من أسقطهم بالجد كقول أبي بكر رضي الله عنه، ومن وافقه من الصحابة والأئمة وهو القول الذي ترجحه الأدلة الكثيرة.

وذكر ميراث الزوجين وأن للزوج نصف ما تركت زوجته، إذا لم يكن لها ولد ذكر أو أنثى واحد أو متعدد ولدُ صُلْبٍ، أو ولدُ ابن منه، أو من غيره، والربع بوجود الولد المذكور، وأن للزوجة الثمن مع الولد والربع مع عدمه.

وذكر ميراث الإخوة من كل جهة: أما الإخوة من الأم فلم يورثهم إلا في الكلالة، أي: إذا كان الميت ليس له أولاد صلب ولا أولاد ابن لا ذكور ولا إناث ولا أب، ولا جد، فللواحد منهم السدس وللاثنين فأكثر الثلث ذكورهم وإناثهم واحد. وأما الإخوة الأشقاء أو الأب فالذكور منهم عصبة، وكذلك إذا كان معهم إناث كان للذكر مثل حظ الأنثيين، والواحدة من الإناث لها النصف والثنتان فأكثر الثلثان، فإن كانت شقيقة ومعها أخت من أب أو أخوات كان للشقيقة النصف وللتي لأب السدس تكملة الثلثين.

وقوله: {وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ} [الأنفال:٧٥]. يستدل بعمومها على إرث جميع عصبة الأقارب، ولم يورث الله الأخوات مع إخوتهن إلا البنات والأخوات للميت.

وأما أولاد الإخوة والأعمام وأولادهم مهما تفاوتت درجاتهم، فإنه يختص الذكر بالميراث دون أخواته.
وأما الجدة من جهة الأم أومن جهة الأب إذا عدمت الأم، فقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم جعل لها السدس ولا تزيد عليه.
وأما مسائل العول فأخذها الصحابة رضي الله عنهم من عموم أمره تعالى بالعدل، والعول هو العدل المستطاع، كما بسط ذلك في غير هذا الموضع.
وقوله في عدة مواضع {مِمَّا تَرَكَ} يدل على أن جميع الورثة يرثون كلَّما خلفه ميتهم من الأعيان والديون والحقوق، حتى ما يجب له بعد موته من دية ونحوها.
وأما ميراث الرد فيؤخذ أيضًا من مأخذ العول، لأن القاعدة الشرعية أن الأموال المشتركة زيادتها أو نقصها بين المشتركين بحسب حصصهم، والعولُ والردُ فرد من أفراد ذلك.
وكذلك ميراث ذوي الأرحام مأخوذ من قوله تعالى: {وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ} [الأنفال:٧٥] فعند عدم أهل الفروض والعصبات يكون ذوو الأرحام أولى من غيرهم. وأما صفة إرثهم فحيث كانوا مدلين بأصحاب فروض أو عصبات جعلوا بمنزلتهم لأنهم فرعهم.
الأحكام المتعلقة بالنساء وهي كثيرة جدًا ذكرها الله في كتابه لامتزاج أحكام النساء بالرجال وكثرة الحقوق بينهما والتعليقات.

أحكام النكاح والصداق:

قد أمر الله بالنكاح في عدة آيات وقال: {فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ وَآتُواْ النِّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً} [النساء:٣و٤] ، {وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُّبِيناً وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقاً غَلِيظاً} [النساء:٢٠و٢١] ، وقال: {أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم} [النساء: ٢٤] ، وذكر قصة تزوج موسى لابنة صاحب مدين على أن يأجره ثمان أو عشر حجج، وقال: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُواْ شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً} [النساء:١٩] ، {وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة:٢٢٨] الآية.
فدلت هذه الآيات على الأمر بالتزوج وجوبًا أو استحبابًا بحسب الأحوال، وحث على تخير النساء الكمل، {فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ} [النساء:٣٤]. وقال صلى الله عليه وسلم: (تنكح المرأة لأربع: لمالها وجمالها وحسبها ودينها، فاظفر بذات الدين تربت يمينك) (١) أخرجه البخاري (رقم:٥٠٩٠)، ومسلم (رقم: ١٤٦٦).، وذلك لنفعها زوجها في دينه ودنياه، وحفظها نفسها وماله وحسن تدبيرها ونفعها للعائلة وتربية الأولاد تربية دينية.
وأباح للرجل أن يتزوج إلى أربع من الحرائر، ومن الإماء ما شاء بملك اليمين، وحث على الاقتصار على واحدة عند الخوف من الظلم.
وأمر بإيتاء النساء صدقاتهن، وأن المهر يصح بالقليل والكثير والأموال والمنافع، وأمر من عنده يتيمة هو وليها أن لا يظلمها، وأنه إن رغب في نكاحها أن يقسط لها في مهرها فلا ينقصه عما تستحقه، ومن رغب عنها أن لا يعضلها ويمنعها الزواج حتى تعطيه شيئًا من مالها، أو حتى يُعطى من صداقها فإن هذا ظلم بل يتعين عليه أن يجتهد في مصلحتها كما يجتهد لبناته، وأن المرأة إذا كانت رشيدة وطابت نفسها له بشيء من صداقها، فله أكله بلا حرج إن لم يكن ذلك بسبب عضله لها، فإن عضلها ظلمًا لتفتدي منه بما أتاها أو ببعضه، فقد أتى إثمًا عظيمًا. وبيّن تعالى أن الحكمة في ذلك أنه كيف يأخذه وقد استوفى المنفعة وأفضى بعضهم إلى بعض، {وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقاً غَلِيظاً} [النساء:٢١] وهو التزام الزواج المتضمن للقيام بجميع الحقوق التي أولها إيفاؤها الصداق، وإنما يتنصف الصداق إذا طلق قبل الدخول وقد فرض لها مهرًا، فلها نصف ما فرض إلا إن عفي أحدهما عن نصفه فيكون للآخر. ففي هذه الآيات أن الصداق ملك للزوجة، وأنه يتقرر كله بالدخول وكذلك بالموت لتمام وقته.
وأمر تعالى كلا من الزوجين أن يعاشر الآخر بالمعروف من الصحبة الجميلة اللائقة بحالهما وكف الأذى، وأن لا يمطل كل منهما بحق الآخر، ولا يتكره لبذله ويدخل في المعاشرة بالمعروف أن النفقة والكسوة والمسكن وتوابع ذلك راجع إلى العرف إذا اختلفا في

تقديره وتحديده، وأنه تابع ليسر الزوج وعسره. قال تعالى: {لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا} [الطلاق:٧] وقد أرشد الله وحث على الصبر على الزوجات ولو كرهها الزوج، فعسى أن يكون منها خير كثير يبدل الله الكراهة بالمحبة، وتتبدل طباعها أو يرزق منها أولادًا أو يكون له من مقارنتها وصحبتها وتوليها لماله مصالح كثيرة.

وقوله: {وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً} [النساء:٢٠] يدل على جواز كثرة المهر مع أن الأولى السهولة فيه وفي غيره فخير النساء أسهلهن مؤنة.

وقد حرّم تعالى من الأقارب سبعًا: الأمهات وهن كل أنثى لها عليك ولادة، والبنات وهن كل أنثى لك عليها ولادة، والأخوات من كل جهة، وبناتهن وبنات الإخوة وإن نزلن، والعمات وهن كل أنثى أخت لأبيك أو لأحد أجدادك، والخالات وهن كل أنثى أخت لأمك أو لأحد جداتك وما سواهن من الأقارب حلال؛ كبنات العم وبنات العمات في الأصل: "الأعمام". وبنات الأخوال وبنات الخالات، ويحرم من الرضاع نظير ما يحرم بالنسب من جهة المرضعة، ومن جهة زوجها الذي له اللبن، وأما من جهة الطفل الراضع فلا ينتشر التحريم في الرضاع إلا عليه وعلى ذريته.

وحرم تعالى من الصهر أربعا ثلاث بمجرد العقد وهن أمهات زوجاتك، وحلائل أولادك، وحلائل أبائك، وبنات الزوجات إذا دخل بأمهن، فإن لم يدخل بها فلا جناح عليه في الربائب.

وحرم تعالى الجمع بين الأخوات، وحرمت السنّة الجمع بين المرأة وعمتها، وبينها وبين خالتها، وحرم المملوكة على الحر إلا إذا عدم الطول وخاف العنت وهي مسلمة.

وحرم على المسلم نكاح الكافرة والإمساك بعصمتها إلا المحصنات من اللذين أوتوا الكتاب من اليهود والنصارى، وحرم إنكاح المسلمة للكافر، وحرم نكاح الزانية حتى تتوب، ومن طلقها ثلاثًا حتى تنكح زوجًا غيره نكاحًا صحيحًا ويطأها ويطلقها وتنقضي عدتها.

وقوله تعالى: {وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ} [الأحزاب:٥٠]. صريح على أنه ليس للمؤمنين أن ينكحوا إلا بمهر مسمى أو مفروض بعد ذلك، وأنه إذا شرط نفيه لغي الشرط، وهل يبطل مع ذلك النكاح أو يجب مهر المثل مع صحة العقد. فيه قولان لأهل العلم، وهذا أيضًا يدل على تحريم النكاح الشغار بأن يزوج كل واحد الآخر موليته، ومهر كل واحدة بضع الأخرى.

وقد ذكر الله أنه لو تزوجها ولم يفرض لها صداقًا ثم يطلقها قبل المسيس، أن لها المتعة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره.

وأمَّا متعة الزوجة المطلقة في غير هذه المسألة فإنها سنّة مؤكدة كما قال تعالى: {وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ} البقرة:٢٤١

وقد ذكر الله خطاب الأولياء في شأن النساء في عدة مواضع، مثل قوله: {وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ} [البقرة:٢٣٢] وذلك دليل على اعتبار الولي في النكاح، كما أن قوله: {وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقاً غَلِيظاً} [النساء:٢١] دليل على الإيجاب والقبول، لأن من جملة الميثاق الغليظ إيجاب النكاح، وقبوله المتضمن للقيام بجميع حقوق الزوجية ومنه المهر وتوابعه. وفي قوله: {إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة:٢٣٢] دليل على اعتبار رضى الزوجين وأن ذلك التراضي مقيد بالمعروف، فلو رضيت غير كفو لها فلأوليائها منعها من تزوجه.

وقد أمر الله الزوج إذا نشزت زوجته أن يعظها ويهجرها في المضجع، فإن لم تعتدل أن يضربها، وأنه إذا خيف الشقاق بينهما وخيف ألا تقبل الحالة الالتئام أن يجتمع حكمان: واحد من أهل الزوج وواحد من أهل الزوجة، فينظران في الاجتماع بينهما إن أمكن بطريقة من الطرق، إما ببذل عوض أو إسقاط حق من الحقوق أو بغير ذلك، فلا يعدلا عن ذلك وإلا فلهما التفريق بينهما بخلع أو بتطليق بحسب ما تقتضيه الأحوال.

أحكام الطلاق والخُلع والعِدَد والنفقة والرضاع والإيلاء:

قال الله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ} [الطلاق:١] الآية، {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً} [الأحزاب: ٤٩] ، {وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ

بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ وَلاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ} [البقرة:٢٢٨] إلى أن قال: {الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ} [البقرة:٢٢٩] إلى أن قال: {فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ} [البقرة:٢٣٠] ، {وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلاَتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ} [الطلاق:٤] ، وقال: {وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً} [البقرة:٢٣٤] .

يستفاد من هذه الآيات أحكام كثيرة في الطلاق والرجعة والعدة. تقدم أن الله حث على إمساك النساء والصبر عليهن، وأنه عسى أن يكون فيه خير كثير، وهذا يدل على محبة الله للاتفاق بين الزوجين وكراهته للفراق، وهذه الآيات دالة على إباحة الطلاق وهو من نعمه على عباده، إذ فيه دفع ضرر ومشاق كثيرة عند الاحتياج إليه.

ومع ذلك فقد أمر عباده إذا أرادوا أن يطلقوا أن يلزموا الحدود الشرعية التي هي صلاح دينهم ودنياهم فيطلقونهن لعدتهن، فسرها صلى الله عليه وسلم بأنها تكون طاهرة من الحيض من غير جماع حصل بهذا الطهر، فبهذا تكون مطلقه لعدتها وتعرف أنها شرعت فيها، وكذلك إذا طلقت بعدها استبان حملها. وهذا يدل على أن الطلاق في الحيض أو في الطهر الذي حصل فيه وطء، ولم يستبن حملها أنه حرام، وكذلك لا يحل أن يطلقها أكثر من واحدة لقوله: {وَلاَ تَتَّخِذُوَاْ آيَاتِ اللّهِ هُزُواً} [البقرة:٢٣١]، ولم يذكر الله الألفاظ التي يحصل بها الطلاق ولم يعينها، فدل على أنه كل لفظ يفهم منه الطلاق بصريحه أو كنايته إذا تعينت بالنية أو القرينة، فإنه يقع بها الطلاق.

ودل على أن الطلاق الذي تحصل به الر جعة طلقة أو طلقتان، فإن طلقها الثالثة لم تحل له إلا بعد زوج ينكحها نكاحًا صحيحًا ويطؤها، ثم يطلقها وتعتد بعده. وفي قوله: {حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ} [البقرة: ٢٣٠] يدل على تحريم نكاح التحليل لأنه ليس بنكاح شرعي ولا يفيد الحل.

ودل قوله: {وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ} [البقرة:٢٢٨] على أن الرجعية زوجة حكمها حكم الزوجات في كل شيء، إلا أنه لا قسم لها، وأنه له رجعتها رضيت أو كرهت لكونه أحق بها.

واشترط الله للرجعة شروطًا:

أحدهما: أن يكون في طلاق، فإن كان في فسخ من الفسوخ، فلا رجعة فيها لقوله: {وَالْمُطَلَّقَاتُ} البقرة:٢٢٨

الثاني: أن يكون الطلاق واحدة أو اثنتين لأن قوله: {الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ} [البقرة:٢٢٩] يعني الذي يحصل به الرجعة، ثم صرح بعد ذلك أنه إن طلقها لم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره.

الثالث: أن تكون في العدة لقوله: {أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ} [البقرة:٢٢٨

الرابع: ألا يقصد برجعتها الإضرار بها، بل يقصد إرجاعها لزواجه الحقيقي.

الخامس: ألا يقع الطلاق على عوض، فإن وقع على عوض فهو الخلع أو معناه، والله تعالى سمى الخلع فداء، فلو كان له عليها رجعة لم يحصل الفداء.

السادس: ألا يكون الطلاق قبل الدخول لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا} الأحزاب:٤٩.

ودلت هذه الآية على أن الطلاق لا يقع إلا بعد النكاح، فلو عَلَّقَهُ على نكاحه لها أو نَجَّزَهُ لأجنبية لم يقع.

ودلت على أن المفارقة في الحياة لا عدة عليها، وأما بعد الدخول فإن كانت تحيض فعدتها ثلاثة أقراء كاملة، تبتدي بها بعد الطلاق. وظاهر الآية طالت مدتها أو قصرت، فإن كانت صغيرة أو لم تحض، أو كانت آيسة من الحيض فعدتها ثلاثة أشهر، وإن كانت حاملاً فعدتها بوضع الحمل كله، وإن أشكل أمرها فلم يُدْرَ هل هي حامل أم لا، بعدما كانت تحيض ولم تيأس مكثت تسعة أشهر احتياطًا للحمل، ثم اعتدت بثلاثة أشهر.

وأما المتوفى عنها فعدتها إن كانت حاملاً بوضع الحمل، وإن لم تكن حاملاً فبأربعة أشهر وعشر احتياطًا عن الحمل.

وفي قوله: {فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِيَ أَنفُسِهِنَّ} [البقرة:٢٤٠] فيها تنبيه على الإحداد على المتوفى عنها زوجها، وأنها تترك في وقت عدتها كلما يدعوا إلى نكاحها من ثياب الجمال والحلي والطيب والكحل والحنا ونحوها، كما وردت مفصلة في السنة.

وقوله تعالى: {وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاء} [البقرة: ٢٣٥] الآية. التعريض الذي نفى الله الحرج فيه في خطبة البائن بوفاة أو ثلاثة أو فسخ. فالتصريح لا يحل والتعريض الذي يحتمل الخطبة ويحتمل غيرها لا بأس به، وأما الرجعية فلا تحل خطبتها لا تصريحًا ولا تعريضًا لأنها في حكم الزوجات، وفي هذه الآية تحريم العقد على المعتدة، لأنه إذا حرمت خطبتها، فمن باب أولى نفس العقد فهو حرام غير منعقد.

وأما نفقة المطلقة ما دامت في العدة، فإن كانت رجعية فلها النفقة، لأن الله جعلها زوجة وزوجها أحق بها، فلها ما للزوجات من النفقة والكسوة والمسكن.

وأما البائن فإن كانت حاملاً فلها النفقة لأجل حملها لقوله تعالى: {وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ} [الطلاق:٦] وإن لم تكن حاملاً، فليس لها نفقة واجبة ولا كسوة.

وأما نفقة الرضاع فهي على الأب؛ فإن كانت أمه في حبال أبيه فنفقه الزوجة تندرج فيها نفقة الرضاع لقوله: {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ} [البقرة:٢٣٣] فلم يوجب غيرها، وإن لم تكن في حباله، فعليه لها أجرة الرضاع لقوله: {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [الطلاق:٦] وأمر تعالى أن {لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ} [البقرة: ٢٣٣] وهذا شامل لكل ضرر.

وقوله: {وعلى الوارث مثل ذلك} [البقرة:٢٣٣]. استدل بها على نفقة القريب المحتاج إذا كان وارثه غنيًا وارثًا له، وهذا الشرط الأخير في غير الأصول والفروع، فالغني منهم عليه نفقة الفقير وارثًا كان أو غير وارث.

وقوله: {فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} [البقرة:٢٢٩] فيه جواز الخلع عند خوف أن لا يقيما حدود الله، وأنه يجوز بالقليل والكثير، وأنه فدية لا يحسب من الطلاق، وليس فيه رجعة.

قوله: {وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة:٢٤١] يشمل كل مطلقة فينبغي لمن طلق زوجته أن يمتعها بالمتيسر من المال، وذلك من أفضل الإحسان، ومن مكارم الأخلاق لأنها في هذه الحال منكسر خاطرها، قليل في الغالب ما في يدها، ولا تجب إلا إذا طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرًا.

وقد أرشد الله الزوج إلى أن يمسك زوجته بمعروف أو يفارقها بمعروف، وذلك للسلامة من التبعة ولراحة الطرفين وبقاء الألفة بين الأصهار، وحصول الحياة الطيبة المانعة من الأكدار، فهل أحسن من هذا الحكم لقوم يوقنون.

واستدل بقوله تعالى: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ} [البقرة: ٢٣٣] مع قوله: {وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْراً} [الأحقاف:١٥]. أن أقل مدة يمكن حياة الحمل فيها ستة أشهر، لأنك إذا ألقيت الحولين من الثلاثين شهرًا بقي ستة أشهر للحمل.

قوله تعالى: {لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَآؤُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} [البقرة:٢٢٦و٢٢٧]. فيها حكم الإيلاء وهو حلف الزوج على ترك وطء زوجته أبدًا، أو مدة تزيد على أربعة أشهر، فإذا طلبت الزوجة حقها من الوطء وامتنع لإيلائه ضربت له مدة أربعة أشهر، ثم إما أن يطأ ويكفر عن يمينه، وإما أن تلزمه بالطلاق.

ويؤخذ من معنى الآية أن الزوج إذا امتنع مما يجب عليه من فراش، أو وطء، أو نفقة، أو كسوة، أو مسكن، أو نحوها من الواجبات التي لا عذر له في تركها، والحث في طلبها حقها أن لها الفسخ.

قوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ} [النور:٦] الآيات. لما ذكر تعالى أن من قذف غيره بالزنا، فعليه حد القذف ثمانون جلدة إن لم يأت بأربعة شهداء. استثنى من رمى زوجته بالزنا وأنكرت، فإن له أن يلاعنها بأن يشهد أربع شهادات إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا، ويزيد في الخامسة وأن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تقابله فتشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا، وتزيد في الخامسة أن غضب الله عليها إن كانت من الصادقين. فإذا تم اللعان بينهما ترتب عليه سقوط حد القذف عنه وسقوط العذاب عنها وهو حد الزنا أو الحبس، وانتفى الولد المنفي بهذا اللعان وحصلت الفرقة المؤبدة بينهما.

قوله تعالى: {قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا} [المجادلة:١] الآيات. ذكر الله حكم الظهار، وأنه منكر من القول وزور، وأنه إذا أراد أن يعود لوطئها بعد هذا التحريم بأن يحرمها صريحًا أو يقول: هي على كظهر أمي أعتق رقبة مؤمنة من قبل أن يتماسا فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا.

المراجع:

- فتح الرحيم الملك العلام (علم العقائد والتوحيد والأخلاق والأحكام المستنبطة من القرآن) دار النشر / دار ابن الجوزي الطبعة الأولى ١٤٣٨هـ.
- عبد الرزاق السنهوري رئيس مجلس الدولة المصري ـ الدكتور / أحمد حشمت أبو ستيت / (أصول القانون أو المدخل لدراسة العلوم القانونية) القاهرة/ مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ١٩٥٠م.
- خالد بن عبد العزيز الرويس ـ رزق بن مقبول الريس (المدخل لدراسة العلوم القانونية) الناشر: مكتبة الشقري الطبعة: الثامنة 1441هـ-2019 م
- محمد بن أحمد البديرات (المدخل لدراسة القانون) دراسة خاصة في الأنظمة والحقوق في المملكة العربية السعودية- الناشر: مكتبة المتنبي -الطبعة الثانية.٢٠١٩م.

الطبيعة الخاصة للبرامج المعلوماتية بين القانون الجنائي والقانون المدني

The special nature of information programs between criminal law and civil law

د. محمد حسن عبد الله -أستاذ القانون المدني المساعد كلية القانون جامعة العلوم والتقنية في الفجيرة - الامارات

Email:mohd.abdullah@ustf.ac.ae

ملخص:

تناول البحث الطبيعة المزدوجة للبرامج المعلوماتية (برمجيات الحاسب) من حيث أنها رموز مكتوبة وتتحول إلى ذبذبات الكترونية في نظام الحاسب حيث تؤدي مهاماً مادية ملموسة. ولذلك بدأ المشرع في حمايتها من بعض الاعتداءات الإجرامية التي كان محلها حكراً على الأشياء المادية.

وهو الأمر الذي جعل هذه البرامج لا تتوطن بسهولة في التقسيم التقليدي للأشياء: مادي ومعنوي. فهي تجمع الخاصية المعنوية والمادية وهو ما دعا الباحث إلى التوصية بإعادة النظر في التوصيف القانوني لمفهوم الشيء في النظام القانوني، وبحث هذه الطبيعة غير المسبوقة في عالم الأشياء.

.الكلمات المفتاحية: البرامج المعلوماتية (برمجيات الحاسب)، الشيء، الشيء المعلوماتي

Abstract:

The research dealt with the dual nature of information programs (computer software). They are written codes and turn into electronic vibrations in the computer system as they perform tangible physical tasks. Therefore, the legislator began to protect it from some criminal attacks, which were the preservation of material things.

This is why these programs do not easily reside in the traditional division of things: material and moral. It combines moral and material property, which prompted the researcher to recommend reconsidering the legal description of the concept of the thing in the legal system, and examining this unprecedented nature in the world of things.

Key words: Informatics programs (computer software), the thing, the informational thing.

تمهيد:

إن الاعتداءات الواقعة على البرامج المعلوماتية (برمجيات الحاسب) من التعدد والتنوع بحيث لا يمكن جمعها في طائفة محددة من الجرائم. ويعود ذلك إلى تنوع استخدام هذه البرامج في إطار تكنولوجيا المعلومات وتعدد النصوص القانونية الحاكمة لهذه الاعتداءات.

فحماية البرنامج المعلوماتي بقانون حق المؤلف بوصفه مصنفاً أدبياً تسمح بتطبيق النصوص التي تجرم أفعال الاعتداء على المصنفات المحمية بحق المؤلف.

كما أن مد حماية قانون براءة الاختراع للبرنامج في بعض الأنظمة القانونية يسمح بتطبيق النصوص التي تجرم أفعال الاعتداء على الاختراعات [92].

كما تتيح إمكانية أن يكون برنامج الحاسب سراً تجارياً -متى توافرت فيه شروط السر التجاري - تطبيق نصوص تجريم أفعال الاعتداء على مثل هذه الاسرار.

وإذ تتأسس الحماية المذكورة على أساس نظام حماية حقوق الملكية الفكرية فإنها لم تستبعد تطبيق تشريعات جزائية خاصة كقوانين مكافحة جرائم تقنية المعلومات [93] على أفعال إجرامية يثير تكييفها بوصفها جرائماً معاقباً عليها بقانون العقوبات مثل جريمة الإتلاف جدلاً واسعاً في أوساط الفقه الجنائي [94]، نظراً لأن جرائم مثل السرقة وإتلاف الاموال لا تكتمل أركانها إلا إذا كان محل الاعتداء مالاً مادياً، سواء أكان ثابتاً أم منقولا في حالة جريمة الإتلاف، أو منقولاً في حالة جريمة السرقة.

ولذلك تتعدد آوجه الحماية للبرامج المعلوماتية (برامج الحاسب) في إطار النظام القانوني المقارن فهي محل لحماية قانون حق المؤلف بعد تقرير حمايتها به بوصفها مصنفاً ادبياً بحسب اتفاقية تريبس تغليباً للطبيعة المعنوية في البرامج.

وأيضاً يأتي تقرير حمايتها بقوانين مكافحة جرائم تقنية المعلومات تأكيداً لطبيعة مادية تتوفر عليها البرامج ولم تكن ظاهرة في السابق عند تقرير حماية البرامج بوصفها مصنفات أدبية. حيث نرى أن نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي يعرف برامج الحاسب الآلي بأنها: مجموعة من الأوامر، والبيانات التي تتضمن توجيهات أو تطبيقات حين تشغيلها في الحاسب الآلي، أو شبكات الحاسب الآلي، وتقوم بأداء الوظيفة المطلوبة. حيث يشير التعريف إلى الطبيعة المزدوجة المادية والمعنوية للبرنامج.

بيد أن النص على جريمة إتلاف البرامج في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي والقانون الإماراتي الاتحادي بشأن مكافحة الشائعات والجرائم الالكترونية وفي ظل الأحكام التقليدية لقانون العقوبات التي تنص على إتلاف المال المادي (الثابت والمنقول) من جانب والنص على حماية البرامج بوصفها أموالاً معنوية بكونها مصنفات أدبية من جانب أخر يلقي بظلال من الغموض على محاولة تحديد الطبيعة القانونية للبرامج.

ولما كانت البرامج المعلوماتية تتوفر على هذه الطبيعة المعنوية والمادية المزدوجة غير المسبوقة في عالم الأشياء فلابد كذلك من إعادة النظر في تحديد مفهوم الشيء وانواعه في القانون المدني.

ولذلك سوف نبحث الاعتداءات المنصوص عليها في بعض التشريعات الجزائية (المبحث الأول) ثم نعمل على تناول مفهوم الشيء في القانون واقتراح مفهوم قانوني للبرنامج يستقيم مع طبيعته الفنية واستخداماته وتنوع وتعدد الاعتداءات الواقعة عليه (المبحث الثاني).

---

(1) أنظر تفصيلاً: محمد حسن عبد الله (2011) حماية برامج الحاسب بقانون براءة الاختراع في الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون.

(2) أنظر نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/17 بتاريخ 8 / 3 / 1428 الموافق 27 مارس 2003. وكذلك المرسوم بقانون اتحادي اماراتي رقم (34) لسنة 2021 في شأن مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية.

(3) أنظر على سبيل المثال: د. هدى حامد قشقوش. جرائم الكمبيوتر والجرائم الاخرى في مجال تكنولوجيا المعلومات. المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي. القاهرة 25-28 أكتوبر 1993. دار النهضة العربية. 1993. ص 563-570. حيث أشارت الاستاذة هدى الى تبني المشرع الفرنسي لتجريم الإتلاف العمدي للبرمجيات والبيانات (المال المعلوماتي المعنوي) بنص المادة 4/462 من قانون العقوبات الفرنسي. وأنظر كذلك: د. محمد سامي الشوا. ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات. الهيئة المصرية العامة للكتاب. 2003.ص 250-251. حيث يشير الى رأي بعض الفقه الفرنسي في توصيف البرمجيات باعتبارها من الاموال المادية غير المرئية قياسا على ادراج الطاقة الكهربائية وهي غير مرئية في طائفة الاموال المادية ذات التكوين الخاص.

الاعتداءات المعاقب عليها بقانون العقوبات وتشريعات مكافحة جرائم تكنولوجيا المعلومات:

سنحاول أن نتناول بإيجاز بعض الجرائم المنصوص عليها بقانون العقوبات وتطبيقها على اعتداءات واقعة على برمجيات الحاسب ونتناول الاعتداءات المعاقب عليها المرسوم بقانون اتحادي رقم 34 لسنة 2021 في شأن مكافحة الشائعات والجرائم الالكترونية والتشريعات المناظرة له في الانظمة القانونية الأخرى خدمة للهدف الأساسي من البحث في التأكيد على الطبيعة المميزة للبرمجيات والتي تسمح بتنوع الاعتداءات عليه.

أولاً: جريمة سرقة البرمجيات:

لازالت جريمة سرقة البرمجيات تلقى ممانعة في تكييفها بوصفها جريمة سرقة لدى أوساط واسعة من الفقه والقضاء ومرد ذلك هو النظر إلى البرنامج باعتباره مجموعة من المعلومات بمعزل عن الوسيط الذي يحمله. فتعريف جريمة السرقة في التشريعات المختلفة لا يسمح بإسباغ وصف هذه الجريمة على الفعل المتمثل في الحصول غير المشروع على البرمجيات في ذاتها طالما وأنها مجرد معلومات منفصلة عن وسيطها أو اطارها المادي.

حيث يشترط أن يكون المحل قابلاً للتملك وأن يكون ذا طبيعة مادية كما أن ضرورة نقل الشيء محل جريمة السرقة من حيازة المجني عليه إلى حيازة الجاني يتعارض وطبيعة البرمجيات إذا ما نظرنا إليها بمعزل عن الوسيط الذي يحملها.

غير أن جانباً من التشريعات والفقه والقضاء يرى أن برمجيات الحاسب يمكن أن تكون محلاً لجريمة سرقة حيث نصت بعض التشريعات على سرقة المعلومات المبرمجة آليا فعلى سبيل المثال تنص المادة 143 من قانون العقوبات السويسري على معاقبة:" كل من يقوم بنية تحقيق ربح غير مشروع له أو للغير باختلاس معلومات تم تخزينها أو نقلها الكترونيا أو بأية وسيلة أخرى مماثلة متى كانت هذه المعلومات قد تمت حمايتها من الدخول إليها من قبل الفاعل"[95].

وأثار هذا النص عدداً من الانتقادات نظراً لأنه يتطلب قصداً خاصاً يتمثل في نية تحقيق ربح غير مشروع للفاعل أو لغيره وذلك يعني استبعاد الحالات التي يتم فيها الحصول على المعلومات دون أن تتوافر لدى الفاعل هذه النية.

كما أن النص يتطلب أن تكون المعلومات محل السرقة قد تمت حمايتها من الدخول غير المشروع إليها في مواجهة الفاعل. ويؤدي ذلك إلى نتيجة مؤداها استبعاد كثير من الحالات التي يتم فيها الحصول على المعلومات من قبل أشخاص لم تتقرر الحماية خصيصاً في مواجهتهم، على الرغم من عدم مشروعية الحصول على هذه المعلومات، وهو ما يتحقق في كثير من الحالات التي يتم فيها الحصول على المعلومات من قبل الأشخاص المصرح لهم بالدخول عليها[96].

وأخيراً فإن النص يجرم فعل الاختلاس مما يدل على أن المعلومات لم تعد في حوزة صاحبها بعد حصول الفاعل عليها مما دعا البعض [97] إلى القول بأن الاختلاس الذي يتحدث عنه النص ليس الاختلاس بمفهومه التقليدي الذي

---

(4) القانون الجنائي السويسري الصادر في 21 سبتمبر 1937 حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 143 على:
Any person who for his own or for another's unlawful gain obtains for himself or another data that is stored or transmitted electronically or in some similar manner and which is not intended for him and has been specially secured to prevent his access shall be liable to a custodial sentence not exceeding five years or to a monetary penalty.

(5) Pascal Verguch.(1996) La Reprèssion des Dèlits Informatiques dans une Pèrspèctive Internationale. Thèse Universitè de Montpellier 1.. p.109.

(6) Gèrald Page. (1995) , Criminalité informatique : les nouvelles dispositions du Code pénal suisse sont en vigueur. : http://doi.org/10.5169/seals-886513.

(7) Manfred Mohrenschlager (1993), Computer Crime and other crimes against Information Technology In Germany. I.R.P.L, Vol.64.p339.

يتمشى مع جريمة السرقة العادية التي تتطلب انتقال الشيء المسروق من حيازة إلى أخرى، بل الاختلاس الذي يتوافق مع طبيعة المعلومات الذي يتحقق أيضاً في الحالات التي يتم فيها نقل المعلومات على وسيط أخر مع بقاء الأصل في حيازة المجني عليه.

وخلافاً للنص السويسري جاءت المادة 202 (أ) من قانون العقوبات الألماني أكثر اتساعاً حيث تعاقب " كل من يحصل له أو للغير بشكل غير مصرح به على معلومات تمت حمايتها ضد الدخول غير المصرح به إليها".

فالقانون الألماني لم يتطلب قصداً خاصاً كما هو الحال في القانون السويسري حيث تمتد حماية القانون الألماني لتشمل جميع حالات الحصول غير المشروع على المعلومات. كما أنه لم يتحدث عن الفعل المعاقب عليه بوصفه اختلاساً بل بكونه حصولاً غير مصرح به، وبالتالي فهو لا يتسع للحالات التي يتم فيها نقل المعلومات من وسيط إلى أخر فحسب، بل يشمل أيضا الاطلاع على المعلومات دون نقلها على أي وسيط أخر.

وفي المقابل تطلب القانون الألماني أن تكون المعلومات مشمولة بالحماية ضد الدخول غير المصرح به. فتأكيد الحماية الأمنية للمعلومات دليل على سريتها وأهميتها واستحقاقها للحماية الجنائية. وهو ما يتفق مع حماية المعلومات بشكل عام والتي ترى في سرقة المعلومات شكلاً من أشكال الاعتداء عليها وفعلاً يتنافى مع قواعد الممارسة الشريفة الذي يستنهض في مواجهة الفاعل قواعد المنافسة غير المشروعة[98].

وفي بلجيكا قضت محكمة استئناف Anvers في 13 ديسمبر من عام 1984 بأن: " قيام المتهم بنسخ ثلاثة برامج ملكاً للمؤسسة التي يعمل بها مستهدفا تحقيق منفعته الخاصة يشكل جريمة سرقة" [99]. وقد أسست المحكمة حكمها على أن كلمة "شيءthing" التي وردت في الفقرة الأولى من المادة 461 من قانون العقوبات البلجيكي، والتي تنص على أن كل من يختلس شيئاً مملوكاً للغير يعد مرتكباً لجريمة سرقة، إنما يجب أن ينظر إليها في إطار المعنى الشائع أو المألوف للكلمة بحيث يكون هذا المعنى متوافقاً مع مفهوم الاختلاس، أي أن يكون هذا الشيء قابلاً للاختلاس، وهو ما يتحقق في حالة نسخ البرامج التي تعد من عناصر الذمة المالية للشركة التي تمتلكها.

ورأت المحكمة على غير ما يدعيه المتهم بأن البرامج ليست مجرد مجموعة من التعليمات ذات طبيعة غير مادية والتي لا تصلح لأن تكون محلاً للاختلاس وإنما هي أشياء قابلة للنقل وإعادة الإنتاج ناهيك عن قيمتها الاقتصادية الباهظة.

واتبعت محكمة استئناف Bruxelles هذا النهج في حكم لها صادر في 5 ديسمبر من عام 1986 حيث أدانت المحكمة المتهم بتهمة السرقة لقيامه بنسخ بعض البرامج الخاصة بالمؤسسة التي يعمل بها لإنشاء مؤسسة منافسة. وجاء في حكمها: " إن كلمة شيء الواردة في المادة 461 الخاصة بجريمة السرقة لم تعد متناسبة في تفسيرها الضيق مع متطلبات العصر، وأنه ينبغي التوسع في تفسيرها في الحدود التي لا تتعارض مع إرادة المشرع بحيث تشمل البرمجيات لما لها من قيمة اقتصادية كما أن نسخ هذه البرمجيات ينجم عنه صورة مطابقة للأصل.

(8) نائلة عادل محمد فريد قورة (2004)، جرائم الحاسب الاقتصادية، دار النهضة العربية.ص، 132-137.

وبالنسبة للنظام الأمريكي فان القانون الفيدرالي يعاقب على سرقة أي شيء له قيمة يمكن التحقق منها thing of value ، وتندرج سرقة البرمجيات في إطار هذا المبدأ. (100)

ثانيا: التجسس المعلوماتي:

لا ينحصر التجسس المعلوماتي على البرمجيات وحدها وإنما يمتد تأثيره إلى كل أنواع المعلومات التي تعد أسراراً ذات أهمية كبيرة لأصحابها.

حيث أن التقدم الهائل في خزن ونقل واسترجاع وتداول المعلومات الذي نجم عن الاعتماد المتزايد على تكنولوجيا المعلومات أدى إلى بروز وسائل أكثر فاعلية للتجسس المعلوماتي الذي ينصب على البرمجيات التي تنطوي على الأسرار الخاصة بالشركات وبصفة خاصة المتعلقة بالإنتاج أو بحسابات الشركة أو عمليات التسويق والمبيعات.

ناهيك عن أن صناعة البرمجيات ذاتها والتطورات المتسارعة التي صاحبتها جعلها صناعة باهظة التكاليف سواء من حيث ضرورة توفير القدرات البشرية المميزة(المبرمجين) أو الوقت الذي تستلزمه والأبحاث المصاحبة لها. وهو الأمر الذي جعلها سبباً رئيسياً وراء لجوء الكثير من الشركات للتجسس للحصول على المعلومات الخاصة بإنتاج هذه البرمجيات إما لإنتاج برنامج مماثل وتسويقه أو لزيادة الخبرة في هذا المجال أو للتعرف على مستوى التطور الذي وصلت إليه شركة منافسة.

وقد دعا المجلس الأوربي في توصيته الخاصة بجرائم الحاسب إلى إدراج التجسس المعلوماتي ضمن الأفعال التي ينبغي على الدول الأعضاء تجريمها عند مراجعة قوانينها العقابية واقترح أن يتم تجريم:" الحصول بوسائل غير مشروعة أو الإفشاء أو النقل أو الاستعمال لمعلومات صناعية أو تجارية ذات طابع سري، بدون وجه حق أو بدون أي مبرر قانوني آخر، على أن يكون ذلك بنية إلحاق خسارة اقتصادية للشخص المعني بهذه المعلومات أو الحصول على مكاسب اقتصادية غير مشروعة للفاعل أو لغيره". (101)

وقد اتجهت بعض التشريعات إلى تجريم التجسس المعلوماتي بنصوص منفصلة فمثلا تعاقب المادة 370 (ب) من قانون العقوبات اليوناني" كل من يقوم على نحو غير مشروع بنسخ أو طباعة أو استعمال أو إفشاء معلومات مبرمجة أو برامج للحاسب تحتوي على أسرار تتعلق بالدولة ، أو أسرار علمية، أو أسرار مهنية، أو أسرار تتعلق بالمؤسسات الاقتصادية في القطاعين الخاص والعام، أو اعتدى بأي وسيلة أخرى على مثل هذه المعلومات". (102)

ونلاحظ أن كلاً من القانون الإماراتي والنظام السعودي قد نصا على معاقبة كل من حصل أو استحوذ أو عدل أو أتلف أو أفشى أو سرب أو ألغى أو حذف أو نسخ أو نشر أو أعاد نشر بغير تصريح بيانات أو معلومات حكومية سرية (103).

---

(9) تعد قضية State. V. Hancock. 1966.أول قضية تعرضت لموضوع إساءة استخدام الحاسبات بشكل عام وتتلخص وقائع هذه القضية في اتفاق مبرمج بإحدى الشركات مع صديق له يعمل في شركة أخرى، على أن يقوم الأول بطبع 59-برنامج ملكا للشركة التي يعمل بها وتسليمها إلى الشركة الأخرى مقابل 5-ملايين دولار . وعند المحاكمة دفع المتهم بان ما ارتكبه لا يعدو أن يكون جنحة نظرا لان المال محل السرقة لا تتجاوز قيمته 35 دولار وهي قيمة الأوراق التي تم طبع البرامج عليها، كما إن البرامج لا يمكن أن تكون محلاً لجريمة السرقة لأنها مجرد معلومات وليست مالاً بمفهوم قانون العقوبات لولاية تكساس وانه لم ينوي تملك البرامج وإخراجها من حيازة الشركة. ورفضت المحكمة دفع المتهم وقضت بان المادة 1418 من قانون العقوبات لولاية تكساس تضمنت الأموال التي تصلح أن تكون محلا لجريمة السرقة الكتابات من أي نوع طالما إنها تنطوي على قيمة يمكن التحقق منها. وعليه فإنها رأت بان البرامج تندرج في تعريف القانون للأموال محل السرقة وبالنسبة لقيمة المال فقد رأت المحكمة عدم تقييم المال على أساس الأوراق التي تمت طباعة البرامج عليها وإنما العبرة بقيمة البرامج التي تمت طباعتها على هذه الأوراق والتي تم تقديرها بحوالي 52 مليون دولار

(10)The Recommendation Nº R (89) 9 on Computer Related Crime.

(11) Pascal Verguch.op.cit., p.250

(12) المادة (7) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (34) لسنة 2021 في شأن مكافحة الشائعات والجرائم الالكترونية. والمادة (5) من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي

وعاقبا أيضـــاً الاعتداء الواقع على البيانات والمعلومات الخاصـــة بالمنشـــآت المالية والمنشـــآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية.

ولم ينصـــا صـــراحة على البرامج وإنما البيانات والمعلومات. ونرى أنه بالإمكان اعتبار البرامج الســـرية من قبيل البيانات أو المعلومات السرية بيد أننا نفضل أن يتم النص صراحة على البرامج السرية.

ثالثا: إتلاف البرمجيات: سنتناول أولاً الوسائل المختلفة لإتلاف البرمجيات ثم نعرض لمدى صلاحية البرمجيات كمحل في جريمة الإتلاف.

أولا: وسائل إتلاف البرمجيات:

تتعدد وســـائل إتلاف البرمجيات ولعل أهم هذه الوســـائل هي الفيروســـات (البرمجيات الخبيثة) وأكثرها ضـــرراً وانتشاراً. وسنتناولها بداية ثم نعرض للوسائل الأخرى المستخدمة لإتلاف البرمجيات.

1- الإتلاف بواسطة استخدام البرامج الخبيثة(الفيروسات):

الفيروســـات عبارة عن برامج مصـــممة لأهداف تخريبية تتميز بقدرتها على الاختفاء والتكاثر والانتشـــار من نظام إلى أخر بواســـطة البرمجيات نفســـها أو شـــبكة الانترنت وتســـتهدف تدمير برامج أو تغييرها ولا تســـبب في الغالب تدميرا للمكونات المادية

ويســـتخدم تعبير الفيروس للدلالة على كل البرمجيات التخريبية لأنظمة الحاســـب إلا أن الفيروس هو أحد أنواع هذه البرامج حيث توجد إلى جانبـه مجموعـة أخرى تتمثل في البـك تيريـاBacterium، ال ديدانWorms، حصـــــان طروادةTrojan Horses، القنابل ال منطقيةLogic Bombs.

وتتسـبب هذه البرامج جميعها في إتلاف برمجيات الحاسـب وتنبع التفرقة بين هذه البرامج من أسـلوب كل منها في أداء مهامه التخريبية. فالفيروس هو برنامج قادر على التكاثر وإرســـال النســـخ الجديدة إلى أنظمة أخرى بحيث يصـــعب معرفة مصدره. أما البكتيريا فهو برنامج مصمم لإتلاف نظام الحاسب عن طريق إعاقة استخدامه وهو قادر أيضا على التكاثر ولكن إلى الحد الذي يستطيع فيه النظام منعه من أداء أية مهمة أخرى.

ويصمم برنامج الدودة للانتقال عبر شبكة الانترنت من حاسب إلى أخر وهو يعطل النظام عن أداء عمله عن طريق محو بعض الأجزاء من البرمجيات. أما حصـــان طروادة فيقوم بتدمير الملفات والبرامج الموجودة على وســـيط التخزين عند وقت معين أو عند حدوث حدث معين ولكن لا يمتد تأثيره خارج نطاق الجهاز الموجود عليه ولا ينســـخ نفســـه ولا ينتقل إلى الأجهزة الأخرى من خلال أقراص التخزين المرنة. والقنابل المنطقية هي برامج تظل خاملة إلى أن تتحقق لها بعض الشروط فتنفجر وتدمر برمجيات معينة تستهدفها القنابل.

2- الإتلاف بواسطة وسائل أخرى:

إلى جانب اســـتخدام البرامج الخبيثة كوســـيلة لإتلاف برمجيات الحاســـب ثمة وســـائل أخرى يتم الاســـتعانة لتحقيق هذا التلف ومنها على ســـبيل المثال: محو البرمجيات عن طريق تعريض الاســـطوانات أو الأقراص أو الأقراص الممغنطة المثبتة عليها لقوى مغناطيسية أو وضع شريحة أو دائرة مطبوعة في غير مكانها الصحيح [104].

ثانيا: البرمجيات كمحل لجريمة الإتلاف:

---

(13) الشريحة هي قطعة مسطحة من مادة السليكون تحوي دائرة الكترونية متكاملة صغيرة من مادة شبه موصلة تستخدم في صناعة العناصر الالكترونية. والدائرة المطبوعة هي دائرة كهربائية تشتمل على مركبات دقيقة مثبتة على لوحة صغيرة من البلاستيك غالبا، ومرتبطة مع بعضها بخطوط من النحاس المذاب مطبوعة على اللوحة كما تشتمل أيضا على مقاومات، مكثفات، صمامات ثنائية، ترانزستورات، وغيرها من عناصر الدائرة مثبتة جميعها على اللوحة ومتصلة ببعضها. معجم الكيلاني لمصطلحات الحاسب الالكتروني، (1999)، مكتبة لبنان ناشرون. ص90.

إن الأحكام التقليدية لجريمة الإتلاف لا تنص على البرمجيات أو المعلومات عموماً كمحل لجريمة الإتلاف حيث أن جميع النصوص التي تتناول أحكام هذه الجريمة في التشريعات المختلفة تجرم إتلاف المنقولات [105].

لذلك اتجهت الكثير من التشـــريعات إلى تجريم إتلاف البرمجيات والمعلومات المبرمجة بشـــكل عام بنصـــوص خاصة لهذا الغرض.

حيث جاءت المادة 323-3 من قانون العقوبات الفرنســـي الجديد والمتعلقة بجريمة الإتلاف المعلوماتي على النحو التالي:" يعاقب بالحبس مدة ثلاث سـنوات وبغرامة قدرها 300,000 فرنك كل من ادخل غشـا إلى نظام للمعالجة الآلية للمعلومات بيانات أو قام بمحو أو تعديل البيانات التي يحتوي عليها".

ويلاحظ إن المشـرع الفرنسـي لم يضـع شـروطا تتعلق بطبيعة المعلومات محل الإتلاف بل ترك النص عاماً ليتسـع لكافة أنواع المعلومات [106] . كما إن طرق إتلاف المعلومات الواردة به تتســـع لتشـــمل كافة أشـــكال الاعتداء على المعلومات بما في ذلك استخدام البرامج الخبيثة أيا كانت وسيلة إدخالها إلى نظام الحاسب

كما تنص المادة 430 من قانون العقوبات الكندي في الفقرة الأولى على أنه: يعد مرتكباً لجريمة الإتلاف كل من يقوم بتدمير أو محو المعلومات أو يقوم بأي عمل من شانه أن تصبح المعلومات معه لا معنى لها أو عديمة النفع والفائدة أو يقوم بإعاقة نظام الحاسب الآلي عن أداء وظيفته".

وفي المملكة المتحدة تنص المادة الثالثة من قانون إساءة استخدام الحاسبات لعام 1990 في فقرتها الأولى على أنه: يعد مرتكباً لجريمة الإتلاف المعلوماتي كل من يقوم بعمل من شـــأنه إحداث تغييرات غير مصـــرح بها في محتوى أي حاسب متى توافر لديه العلم والإرادة وقت قيامه بهذا الفعل".

وعرفت المادة الســـابعة عشـــرة إحداث تغييرات في محتوى الحاســـب بأنه تعديل أو محو البرامج أو المعلومات أو إضافة معلومات أو برامج إلى الحاسب وتعد إضافة المعلومات والبرامج إلى الحاسب إتلافا كما في حالة إدخال البرامج الخبيثة إلى الحاسب.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية تنص الفقرة الخامســـة من المادة 1030 (أ) من قانون حماية بنية المعلومات القومية لعام 1996 The N I I Protection Act على تجريم:"1- تعديلات المعلومات والبرامج والشفرات والأوامر داخل أنظمة الحاسبات مما يترتب عليه أضرار تلحق بحاسب يتمتع بالحماية متى كان إحداث الضرر قد تم عمدا.

2- الدخول العمدي وغير المصـرح به إلى حاسـب يتمتع بالحماية متى ترتب عليه أضـرار تلحق بالحاسـب على الرغم من توقع الجاني.

---

(14) على سبيل المثال تجرم المادة(361) من قانون العقوبات المصري التخريب والإتلاف الواقع على المال الثابت أو المنقول، وكذلك الفقرة الأولى من المادة 322 من قانون العقوبات الفرنسي والتي تجرم أفعال التخريب والإتلاف التي تقع على المنقول والعقار، كذلك المادة 291 من قانون العقوبات الدانمركي والمادة الأولى من الباب الثاني عشر من قانون العقوبات السويدي تجرمان إتلاف الأشياء المادية المملوكة للغير. كما تجرم الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون الإنجليزي الصادر عام 1971 الخاص بالإتلاف أي فعل يعرض الأموال المنقولة المملوكة للغير للإتلاف. انظر تفصيلا: د. نائلة عادل محمد فريد قورة (2004)، جرائم الحاسب الاقتصادية، دار النهضة العربية. ص 119 وما بعدها.

(15) كما إن المشرع الفرنسي ميز بين جريمة إتلاف البرمجيات لذاتها وبين جريمة إعاقة أنظمة الحاسبات باعتبارهما جريمتين مستقلتين حيث نصت المادة 323-2 على أنه: " يعاقب بالحبس مدة ثلاث سنوات وبغرامة قدرها 30,000 فرنك كل من قام بإعاقة أو إفساد نظام للمعالجة الآلية للمعلومات" ولم يتضمن النص اشتراط أن يسبق إعاقة النظام أو إفساده دخول غير مشروع إلى النظام ويتسع النص أيضا ليشمل كل سلوك من شانه إعاقة النظام سواء كانت هذه الإعاقة كلية أو جزئية أو اقتصرت على مجرد الإبطاء من سرعة النظام وتقليل فاعليته. المرجع السابق، ص 209-211.

3-الدخول العمدي وغير المصرح متى ترتب عليه أضرار تلحق بالحاسب. وقد حددت الفقرة الثامنة من المادة1030 (د) المقصود بالإضرار التي تلحق الحاسب بأنها" كل إتلاف أو إفساد لسلامة المعلومات والبرامج وأنظمة الحاسبات ...".

وقد نصت المادة (2) من القانون الإماراتي على الآتي:

1. يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن (100,000) مائة ألف درهم ولا تزيد على (300,000) ثلاثمائة ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من اخترق موقع إلكتروني أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلومات أو وسيلة تقنية معلومات.

2. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن (6) ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن (150,000) مائة وخمسون ألف درهم ولا تزيد على (500,000) خمسمائة ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا ترتب على الاختراق إحداث أضرار أو تدمير أو إيقاف عن العمل أو تعطيل موقع إلكتروني أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلومات أو وسيلة تقنية المعلومات، أو إلغاء أو حذف أو تدمير أو إفشاء أو إتلاف أو تغيير أو نسخ أو نشر أو إعادة نشر أو الحصول على أي بيانات أو معلومات أو خسارة سريتها.

3. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ســـنة والغرامة التي لا تقل عن (200,000) مائتي ألف درهم ولا تزيد على (500,000) خمســـمائة ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا كان الاختراق بغرض الحصـــول على البيانات أو المعلومات لتحقيق غرض غير مشروع.

ونصت المادة الخامسة من النظام السعودي على:

يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على أربع سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ كل شخص يرتكب أيًا من الجرائم المعلوماتية الآتية:

1-الدخول غير المشروع لإلغاء بيانات خاصة، أو حذفها، أو تدميرها، أو تسريبها، أو إتلافها أو تغييرها، أو إعادة نشرها.

2-إيقاف الشبكة المعلوماتية عن العمل، أو تعطيلها، أو تدمير، أو مسح البرامج، أو البيانات الموجودة، أو المستخدمة فيها، أو حذفها، أو تسريبها، أو إتلافها، أو تعديلها.

3-إعاقة الوصول إلى الخدمة، أو تشويشها، أو تعطيلها، بأي وسيلة كانت.

رابعاً: خيانة الأمانة:

تنص المادة 453 من المرسـوم بقانون رقم (31) لسـنة 2021 بإصـدار قانون الجرائم والعقوبات الإماراتي على أن:" يعاقب بالحبس أو بالغرامة كل من اختلس أو اســتعمل أو بدد مبالغ أو ســندات أو أي مال آخر منقول إضــراراً بأصحاب الحق عليه متى كان قد سلم إليه على وجه الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو الوكالة ".

ويعرف الفقه جريمة خيانة الأمانة بأنها:" اختلاس أو استعمال أو تبديد مال مملوك للغير سلم إلى الجاني بناء على عقد من عقود الأمانة المحددة حصرا وذلك إضرارا بمالكه أو صاحبه أو واضع اليد عليه مع توافر القصد الجنائي".

ويتبين مما تقدم أن المشـرع الإماراتي حدد محل جريمة خيانة الأمانة بأنه مال منقول مملوك للغير سلم للجاني بناء على عقد من عقود الأمانة المحددة. وضـــرب للمال محل عقد الأمانة أمثلة بأشـــياء تفترض تســـليماً مادياً يرد على موضـــوعها. وهو ما يتطلب أيضـــاً أن يكون المحل مادياً بطبيعته. وعليه فان البرمجيات بمعزل عن الوســـيط المادي

المثبتة فيه لا يمكن أن تكون محلاً لجريمة خيانة الأمانة إلا أن القضاء البلجيكي قرر صراحة: "إن البرمجيات في ذاتها يمكن أن تكون محلاً في جريمة الخيانة وليس فقط الأقراص الممغنطة التي تحتوي على هذه المعلومات" [107].

وفي هولندا قضت محكمة استئناف Arnhem بتحقق جريمة خيانة الأمانة بشأن محلل برامج في إحدى الشركات حيث كانت طبيعة عمله تقتضي تردده على عملاء الشركة لصيانة برامجهم بواسطة أقراص ممغنطة تخص الشركة، فقام بنسخ تلك الأقراص بهدف إنشاء مشروع خاص به [108].

وفي اسبانيا أضاف المشرع عام 1995 إلى المادة 252 الخاصة بجريمة خيانة الأمانة عبارة عن "القيم المالية" حتى يتسنى تطبيق أحكام جريمة خيانة الأمانة عند اختلاس الأشياء غير المادية كالبرمجيات [109].

خامساً: الحصول على المال بالتهديد:

ينص قانون العقوبات الإماراتي على جريمة الحصول على المال بالتهديد في المادة 398 بالقول:" يعاقب بالحبس وبالغرامة كل من حمل آخر بطريق التهديد على تسليم نقود أو أشياء أخرى ...".

ويستخلص من هذا النص ثلاثة عناصر للجريمة هي: محل تنصب عليه هو النقود أو أي شيء أخر، وركن مادي يتمثل في نشاط يقوم على فعل التهديد ويؤدي إلى تسليم المال نتيجة لهذا التهديد وأخيراً ركن معنوي يتخذ صورة القصد الجنائي. ولذلك لا خلاف على الحالة التي يسفر فيها التهديد عن تسليم برنامج مثبت على وسيط مادي، ففي هذه الحالة نكون أمام منقول مادي يصلح أن يكون محلاً لجرائم الاعتداء على الأموال بشكل عام. ولكن الخلاف يثور حول البرمجيات منفصلة عن وسيطها المادي فنص المادة يشير إلى أن محل الجريمة هو النقود أو أي شيء أخر، فهل يمكن أن يتسع تعبير أي شيء أخر كي يشمل البرمجيات؟

انعقد الرأي في الفقه الجنائي على أن محل الجريمة وإن كان يتسع لجميع الأشياء إلا أنه يظل محصوراً في المنقول بما يتطلبه من طبيعة مادية [110].

وبالمقابل حددت الفقرة الأولى والفقرة العاشرة من المادة 312 من قانون العقوبات الفرنسي الحالات التي يتم فيها الحصول غير المشروع على المال عن طريق التهديد فقد أوردت الفقرة الأولى العنف أو التهديد باستخدام العنف أو الإكراه سواء على توقيع أو التزام أو تنازل أو إفشاء سر أو تسلم نقود أو قيم أو أي مال أخر.

في حين تعلقت الفقرة العاشرة بالحصول عن طريق التهديد بإفشاء أو نسبة أمور إلى المجني عليه تمس سمعته وشرفه واعتباره سواء على توقيع أو التزام أو تنازل أو إفشاء سر أو تسلم نقود أو قيم أو أي مال أخر.

أي أن القانون الفرنسي توسع وأضاف إلى محل الجريمة الأسرار -وهي أشياء ذات طبيعة معنوية - ويستوي بذلك أن يكون البرنامج من الأسرار المهنية أو الصناعية أو البحثية ويستوي أن يكون مثبتاً في وسيط مادي كالأقراص والاسطوانات أو أن يكون في نطاق نظام معلوماتي أو محملاً في ذاكرة حاسب فالعبرة هنا بسرية البرنامج.

وفي هولندا عدل المشرع الهولندي بعض نصوص قانون العقوبات عام 1993 ومنها جريمة التهديد للحصول على المال حيث تنص المادة 317 على إن :" كل من حصل لنفسه أو لغيره على ربح غير مشروع عن طريق استعمال

Corr. De Bruxelles, 16 Decembere 1987 et ca de Bruxelles, 21 Novembre 1990.(16)

(17) هشام محمد فريد رستم، (1992) قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة. ص 293.

(18) عمار عباس الحسيني (2017)، جرائم الحاسوب والانترنت، منشورات زين الحقوقية. ص 222.

(19) نائلة، مرجع سابق. ص 180 وما بعدها.

العنف أو التهديد باستعماله لحمل شخص على تسليم مال ملك له أو للغير ، أو الموافقة الكتابية على إنشاء التزام أو إلغاء دين مستحق الأداء أو إبلاغه بمعلومات لها قيمة يمكن تقديرها وفقا لسعر السوق".

كما تعاقب المادة 318 : " كل من حصل لغيره أو لنفسه على ربح غير مشروع عن طريق التهديد بإفشاء أو نسبة أمور تتصل بالشرف لحمل المجني عليه...أو إبلاغه بمعلومات لها قيمة يمكن تقديرها وفقا لسعر السوق"

ويلاحظ إن القانون الهولندي نص صراحة على المعلومات كموضوع لجريمة الابتزاز ولم يتطلب فيها السرية التي تطلبها القانون الفرنسي إلا انه اشترط أن يكون لهذه المعلومات قيمة تقوم بسعر السوق وهو ما يترك لتقدير قاضي الموضوع

وتناول القانون الفيدرالي لجرائم الحاسب Federal Computer Fraud and Abuse Act في الولايات المتحدة الأمريكية جريمة الابتزاز المعلوماتي في الفقرة السابعة من المادة 1030 حيث جرمت التهديد بإحداث تلف في حاسب يتمتع بالحماية بنية الحصول على أموال أو أي شيء ذي قيمة من شخص طبيعي أو معنوي.

وتعد البرمجيات من قبيل الأشياء ذات القيمة في تطبيق هذه المادة. وتتحدد العقوبة المقررة وفقا لعدة اعتبارات منها: إذا كان المتهم يهدف إلى تحقيق ربح مادي أم لا ومدى جسامة الضرر الذي لحق المجني عليه وإذا كان نشاط المتهم تنفيذاً لمخطط إجرامي وأخيراً إذا كان المتهم قد ارتكب جرائم معلوماتية من سابق.

المفهوم المقترح للبرنامج المعلوماتي:

الطبيعة التكنولوجية للبرمجيات:

نتناول موقع البرنامج المعلوماتي في تكنولوجيا المعلومات في فرع أول ومفهوم الشيء في القانون المدني في فرع ثاني.

الفرع الأول: موقع البرنامج في تكنولوجيا المعلومات:

يرى علماء المعلوماتية أنه إذا كان لكل تكنولوجيا مادتها الخام، التي تتعامل معها وأداتها الأساسية التي تعالج بها هذه المادة، ومصدر طاقتها الرئيسي الذي تستخدمه هذه الأداة، لتحويل تلك المادة الخام، إلى منتجات يتم توصيلها للمستفيدين، من خلال وسائل توزيع مختلفة. كذلك الحال مع تكنولوجيا المعلومات، فإن مادتها الخام هي البيانات والمعلومات والمعارف، وأداتها الأساسية هي عتاد الحاسب وبرمجياته، التي تستخدم طاقته الحسابية والمنطقية، في تحويل هذه المادة الخام إلى سلع وخدمات معلوماتية، أما التوزيع فيتم من خلال التفاعل الفوري بين الإنسان والآلة، أو من خلال أساليب البث المباشر وغير المباشر، كما هي الحال في أجهزة الإعلام، أو من خلال شبكات البيانات التي تجمع بين مجموعة من الحاسبات أو بين وحداتها الطرفية [111].

والبرمجيات عنصر أساسي في تكنولوجيا المعلومات، التي تتكون من ثلاثة عناصر أساسية هي: العتاد والبرمجيات وشبكات الاتصال [112] . وهي تجمع بين مفهوم التكنولوجيا ومفهوم التقنية، فالبرمجة كمجموعة من المعارف المتعلقة بوضع البرمجيات، ينطبق عليها وصف التكنولوجيا، بينما البرنامج كمنتج نهائي ينفذ المهام الموكلة له في نظام الحاسب يمكن وصفه بالتقنية.

(111) يطلق اصطلاح الوحدات الطرفية على على الاجهزة الخارجية الملحقة كالطابعات ومكبرات الصوت ...الخ. نبيل علي. (2001) الثقافة العربية وعصر المعلومات. سلسلة عالم المعرفة الكويتية. العدد 265. ص 45.

(112) نبيل علي. المرجع السابق. ص، 46.

وهذا التكييف الفني -إن جاز لنا التعبير-لا يجد تأكيدا له في كتابات المختصين بتكنولوجيا المعلومات وفقه القانون [113] فحسب، وإنما أكد عليه أيضا المشرع الأوربي، في التوجيه الأوربي الصادر في عام 1991 بشان حماية البرمجيات، في دول الاتحاد الأوربي، حيث جاء في ديباجة القرار بإن: من الأسباب الداعية إلى تنسيق أحكام حماية البرمجيات في دول الاتحاد، هو الدور الهام والمتزايد الذي تلعبه البرمجيات، في مختلف مجالات الصناعة، مما يجعل لتكنولوجيا البرمجيات، أهمية أساسية فيما يتعلق بالتطور الصناعي لدول الاتحاد [114].

ومن خصائص البرامج المعلوماتية الآتي:

- التكاليف الباهظة لابتكارها والسهولة الشديدة في نسخها أو إتلافها.

- اعتمادها على العمل، ولكنها تفترق عن المهن الحرة التي تعتمد على العمل وليس على رأس المال في أنها تجمع بين الاثنين معاً، فهي صناعة ذهنية، حيث البرنامج هو نتاج فكر المبرمج/المبرمجين، إلا ان العمل يتسم فيها بالطابع الجماعي المنظم وأغلب القائمين على إنتاج البرمجيات هي شركات تجارية أو مجموعات تطوعية[115].

- انفصال العمل(الابداع) عن المنتج النهائي. فالمؤلف الذي يؤلف كتاباً منشوراً وموزعاً على الجمهور، لا تنقطع صلته بمصنفه، أما الصلة بين المبتكر/المبتكرين للبرنامج وناتج عملهم -في الغالب-تنقطع، لأن الحقوق على البرمجيات تصبح حقوقاً على المنتج، وليس على العمل، نظرا لسيطرة شركات كبرى على انتاج البرمجيات، فتنسب الحقوق لها [116].

- تطوير البرمجيات أو صناعتها ليس صناعة مستقلة، ولكنها صناعة مرتبطة بكل الصناعات والانشطة الانسانية، فلم يعد متخيلا وجود أي نشاط تجاري أو علمي يخلو من البرمجيات تطويرا واستخداما [117] .

---

(113) يرى الاستاذ دينيس كارجالا إن برمجيات الحاسب بكلمات مختصرة ، تكنولوجيا، إنها تكنولوجيا لاستخدام الحاسبات، إنها وبدون مبالغة تضع في جوف الآلة مجموعة من المحولات أو المفاتيح بشكل متسلسل بحيث تبدو لنا النتائج بلغة انسانية بإعتبارها معالجة بيانات. أنظر:

Denis S. Karajala. The relative roles of patent and copyright in the protection of computer programs.17. marshall J. computer & Info. L.41- 61.p 42.

ويشير إلى أن البرمجيات في بداية تطور الحاسب كانت معادلة لمجموعة من الكابلات أو المفاتيح في اللوحات الخارجية لجهاز الكتروني ولكن ما إن تطورت الوسائل اللغوية Linguistic means للتحكم في سلوك الحاسب حتى أصبح بالامكان التعبير عن البرمجيات بلغة انسانية والتي يمكن ان تصف وتسيطر على سلوك الآلة.انظر:

Denis S. Karajala. Copyright Protection of computer program structure. Summer, 1998. 64Brooklyn L.Rev.519-543.p.520.

واصبح بالامكان ان تحل البرمجيات ليس محل عتاد الحاسب فحسب، وانما في عتاد مختلف الاجهزة الالكترونية الاخرى والقيام بوظائفها والعكس صحيح. انظر : نبيل علي. المرجع السابق . ص 139.

(23) Whereas computer programs are playing an increasingly important role in a broad range of industries and computer program technology can accordingly be considered as being of fundamental importance for the Community's industrial development

التوجيه الأوربي بشان الحماية القانونية لبرمجيات الحاسب

Copyright (Computer Programs), Council Directive, 14/05/1991, No. 91/250

(24) كما هو الحال مع جماعات برمجيات المصدر المفتوح. أنظر تفصيلاً: محمد عبدالله، عامر الناصري (2011)، الطبيعة الخاصة لترخيص برمجيات الحاسب ذات المصدر المفتوح، أمارابك، المجلد الثاني، العدد الرابع.

(25) حيث يتصف البرنامج في هذه الحالة باعتباره مصنفا جماعيا والذي يكون للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي وجه إلى ابتكار المصنف الجماعي التمتع وحده بالحق في مباشرة حقوق المؤلف عليه.(مادة 175) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

(26) يشار إلى إن إعداد وتطوير البرمجيات، أضحت تساوي نسبة خمسين إلى تسعين بالمئة من أي نظام صناعي أو علمي. "

-الطبيعة التقنية الوظيفية الخالصة، واتصافها بالتكوين المركب وحاجتها الملحة للتوافق، عند التشغيل مع خصائص البرمجيات والعتاد الذي يشاركها التشغيل في إطار نظام الحاسب([118]).

– يرحب جانب من الفقه الجنائي بالتأكيد على التأثير المادي للبرمجيات، نظرا لتجريم إتلاف البرمجيات واعتبارها محلا لكثير من الجرائم الواقعة على الأموال كما رأينا. ولهذا نرى إن التعريف الأمثل للبرمجيات هو الذي ينظر إليها كعنصر عضوي ووظيفي في إطار نظام موحد هو نظام الحاسب.

فالعلاقة بين العتاد والبرمجيات يمكن فهمها إذا نظرنا إلى الحواسب كآلات متعددة الأغراض أو باعتبارها آلات شاملة universal machines. لان عتاد الحاسب يشبه قائمة خالية قابلة لان تملأ بأي بيان يحدد مضمونها، والتي بالإمكان تحديدها ببرنامج حاسب مكتوب بلغة برمجة يستطيع فهمها عتاد الحاسب.

لقد أضحت الحواسب آلات أغراض متعددة لا حدود لها، إلا حدود القدرة الإنسانية والإمكانيات الفنية للأجهزة، مقارنة بالآلات ذات الأغراض المحددة، التي تصمم لأداء وظيفة محددة، وعلى الرغم من إن العتاد يؤدي أغراضا عامة، إلا انه لا يؤدي أي وظيفة بدون البرمجيات، وكل برنامج من تلك البرمجيات له وظيفة أو مهمة محددة.
فالبرمجيات تتكون من مجموعة من التعليمات التي توجه تشغيل الحاسب لتحقيق نتيجة مقصودة[119]

"consist of a set of instructions designed to guide the operation of a computer to achieve a desired result."

John C. Phillips, (1992). Note, Sui Generis Intellectual Property Protection for Computer Software, 60 GEO. WASH. L. REV. 997, 1001

(27) أصدر مكتب سياسة التجارة والمعلومات Commerce and Information Policy Bureau التابع للاتحاد الأوربي تقريرا حول الحماية القانونية للبرمجيات وتشجيع الابتكار في 11 أكتوبر 2005. استعرض فيه خصائص البرمجيات كمنتج، وخصائص صناعة البرمجيات كصناعة قائمة بذاتها. وأشار إلى إن أهم خصائص البرمجيات تتمثل في كونها:

ذات تركيب متعدد المستويات وذات طبيعة اتصالية Multilayered structure and communication .structure بحيث لا يعمل نظام التشغيل إلا وفق خصائص عتاد ملائمة = ولا تعمل برمجيات التطبيق إلا إذا كانت متوافقة مع نظام التشغيل والبرمجيات الأخرى. وأشارت إلى خصائص خمس تميز صناعة البرمجيات وهي:

أولا: يتسم الابتكار في صناعة البرمجيات بطابع تراكمي. ثانيا: تتسم صناعة البرمجيات بتكاليف رأسمالية أقل من نظيراتها كصناعة الأدوية والتكنولوجيا الحيوية أو حتى بالنسبة لصناعة عتاد الحاسب. ثالثا: يتسم المنتج (البرنامج) بدورة حياة قصيرة نظرا للتطور التكنولوجي العاصف فيها. رابعا: تنوع الوسائل القانونية المتاحة من خلال قانون حق المؤلف أو قانون براءة الاختراع أو من خلال تنظيم برمجيات المصدر المفتوح.

Interim Report of “Study Group on the Legal Protection of Software and Promotion of Innovation” October 11, 2005 Commerce and Information Policy Bureau.

http://www.meti.go.jp/english/information/downloadfiles/051017LegalProtectionSoftware.pdf.

(28) محمد حسام محمود لطفي. الجرائم التي تقع على الحاسبات وبواسطتها. المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي. القاهرة 25-28 أكتوبر 1993. ص 488-502. حيث يرى الأستاذ محمد حسام إن الحاسبات ومكوناتها وملحقاتها وبرامجها تعد كلها أموالا منقولة مقومة بالمال وبالتالي محلا للجرائم التقليدية: اختلاس، استيلاء، سرقة، إتلاف ...الخ. انظر ص 492 وكذلك 494-495.

فالبرنامج يوجه تشغيل الحاسب، أما الحاسب فهو البرنامج والعتاد في حالة التفاعل والتشغيل لإنجاز مهمة محددة لا يمكن إنجازها إلا باتحادهما معا. وهكذا فإن خزن برنامج معين في ذاكرة الحاسب المتعدد الأغراض، يحول الحاسب إلى آلة محددة الغرض لإنجاز المهمة المحددة بواسطة البرنامج.

ويمكن للمرء في ضوء هذه الاعتبارات، أن يرى العتاد الجزء الثابت في الحاسب بينما البرمجيات هي الجزء المتغير[120].

فتعريف البرمجيات باعتبارها مجرد تعليمات موجهة للحاسب، ربما كان يتفق مع منهج البرمجة التقليدي، الذي يتسم بكتابة أوامر البرنامج بصورة تفصيلية، وينفذها الحاسب بشكل متسلسل حتى الانتهاء من أخر أمر، بيد إن منهج البرمجة الحديثة والمسمى بأسلوب البرمجة الشيئية أو البرمجة بالكائنات، يعتمد على استخدام مكونات برمجية جاهزة، وتحول معه البرنامج من سلسلة أوامر، إلى تركيب معقد من العناصر، وهو الأمر الذي يجعل من إعداد البرنامج عملية تصميم design وليست كتابة writing ،كما يحلو للفقه التقليدي تسمية إعداد البرنامج.

– يبرر الفقه ذلك بان البرمجة لم تصل حينها إلى ما وصلت إليه اليوم من تطور وتعقيد كما إن اعتبارات المنافسة هي التي عجلت باللجوء إلى نظام حق المؤلف كنظام يحظى باعتراف دولي مما يوفر الحماية المطلوبة لمنتجي البرمجيات[121].

– ويشير الأستاذ مايكل درايجه إلى إن البرمجة حينها كانت تتبع نظاما يسمى نظام تيورنج The Turing Model وهو احد أهم العلماء الذين ساهموا في اختراع الحاسب وهذا النظام كان البرنامج في ظله مجموعة من التعليمات التي لها بداية ونهاية ولابد أن تنفذ وتتبع بتسلسل خطوة وراء الأخرى.الأمر الذي لم يعد متبعا حاليا حيث ظهرت منهجية جديدة في البرمجة تسمى" البرمجة الشيئية أو البرمجة بالكائنات The Object-Oriented Model بحيث يصبح البرنامج كائنا معقدا له وحدات تفصيلية متفرعة إلى وحدات أكثر تفصيلا في ترابط شامل بحيث يمكن للعتاد أن ينفذ البرنامج بحسب إرادة المستخدم وليس وفق تسلسل ملزم.
عبارة عن مجموعة من الأوامر والمعدة من تراكيب رياضية منطقية، والقابلة للتحول إلى عنصر آلي في منظومة تشغيل الحاسب، لتحقيق نتيجة محددة.

الفرع الثاني: مفهوم الشيء:

أولاً: المفهوم القانوني للشيء:

الشيء في حكم القانون، هو كل ما يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية، وتتوافر فيه هذه الصلاحية، متى كان يقبل التعامل فيه، وهو يكون كذلك، متى كان غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون. فالشيء يكون غير قابل

(29) إن الأداء أو التأثير المادي للبرنامج في نطاق نظام الحاسب، أو ذلك الذي يتعداه إلى أجهزة خارجية لم يعد رأيا فنيا أو فقهيا، وإنما صار حقيقة قانونية تتعامل معها بعض الأنظمة القانونية. أنظر محمد حسن عبد الله (2011) حماية برامج الحاسب بقانون براءة الاختراع في الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون.

(30) انظر تفصيلا: Michael A. Dryja.(1997), Looking to the Changing Nature of Software for Clues to its Protection. the University of Baltimore Intellectual Property Law Journal. volume 3, number 2.

للتعامل فيه إذا كانت طبيعته، أو الغرض الذي خصص من اجله يأبى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع. ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بطبيعته، إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد، كالشمس والهواء والبحر. وكذلك يكون الشيء غير قابل التعامل فيه، لان التعامل فيه غير مشروع، وعدم المشروعية تعود إما إلى نص في القانون، أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب.

ويفرق القانون بين الشيء من جانب، وبين ما يرد عليه من حقوق من جانب أخر، و هذه الحقوق يطلق عليها أحيانا " الأموال". فالمال هو الحق المالي الذي يرد على الشيء، في حين أن الشيء هو محل هذا الحق. فالمال في عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أياً كان ذلك الحق عينياً أو شخصياً أو حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية... الخ. أما الشيء سواء كان مادياً أم غير مادي فهو محل ذلك الحق.([122])

ولم تعرف نصوص القانون المدني المنقول تعريفاً مباشراً، بل اقتصرت على ما ورد في نص ال مادة82 مدني مصري والمادة المقابلة في القانون اليمني 115 مدني، على اعتبار كل ماعدا العقار من شيء فهو منقول. لذلك يعرف المنقول، بمفهوم المخالفة، هو كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، لأنه شيء غير مستقر بحيزه، وغير ثابت فيه، فما لا يكون عقاراً بطبيعته يكون منقولاً بطبيعته.

ثانيا: الأشياء المادية والأشياء غير المادية:

كانت الأرض والمباني (العقار) إلى ما قبل ظهور الطباعة، وإنجازات الثورة الصناعية هي الأصل في الثروة والأشياء، ولم يكن يعرف القانون غير هذه الأشياء، لذلك جاء تعريفه للأشياء محدداً لهذه الأشياء المادية، بأن عرفها كعقار، بأنها شيء يتميز باستقراره في حيز يثبت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف. ومادون ذلك من الأشياء التي لا ينطبق عليها الوصف المتقدم فهي منقول، أي شيء يسهل نقله دون تلف.

وقد أفرزت حركة التطور الإنساني قيماً جديدة، ليست نتاج الطبيعة أو التعديل فيما هو موجود من قيم طبيعية، وإنما هي قيم من مبتكرات الجهد الفكري الإنساني، كالآداب والفنون والاختراعات الصناعية، ولكونها من ابتكار الفكر الإنساني فهي لا تدرك بالحس لذاتها وان تجسدت في حامل مادي، لذا فقد وصفت بكونها قيم غير مادية أو أشياء معنوية، وأطلق على الحقوق الواردة عليها بالحقوق المعنوية أو الفكرية.

وتختلف أحكام الأشياء غير المادية بحسب طبيعة الابتكار ذاته، ولا ينظمها نظام قانوني واحد فهي استثناء من أحكام النظام القانوني للمنقول المادي، فهي تتصف بالتنوع فهناك الحقوق التي يتكون منها المتجر، ويطلق عليها هي وسندات التداول: الملكية التجارية. ويطلق على الحقوق الواردة على الابتكارات الأدبية والفنية والعلمية تسمية: الملكية الأدبية والفنية أوحقوق المؤلف، أما الابتكارات المتعلقة بالفن الصناعي، فيطلق على الحقوق الواردة عليها: الملكية الصناعية أو حقوق المخترع.

إن ما يجمعها ويعد قاسما مشتركا بينها، هو أنها من مبتكرات الفكر الإنساني. ولذا يطلق على الحقوق الواردة عليها جميعها حقوق الملكية الفكرية intellectual property rights ومناط اعتبار الشيء غير مادي، هو انه من نتاج الذهن، وليس من نتاج الطبيعة، وهو في ذاته، ما لم يجسده وسيط مادي، ليس له جسم مادي محسوس، فيكون إدراكه بالفكر دون الحواس.

(31) يراجع تفصيلاً عند د. عبد الرزاق احمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثامن . حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال . دار النهضة العربية . القاهرة .ط 1991 . ص 5-9.

ثانياً: تطبيق تقسيم الاشياء على البرمجيات:

عند النظر إلى التقسيم التقليدي للأموال في القانون المدني الذي أوردناه، يمكن لنا التساؤل بداية: هل يمكن اعتبار البرمجيات شيئا غير مادي، وليس له وجود محسوس وملموس؟.الواقع إن اعتبار البرمجيات أشياء غير مادية منتقد لدى جانب من الفقه([123]) للأسباب التالية:

1- البرمجيات لا تخاطب العقل الإنساني بل تتجه نحو المكونات المادية للحاسب.

2- البرمجيات لكونها لا ترى ولا تلمس، فقد جرى وصفها بأنها غير ملموسة intangible أو مجردة abstract,على الرغم من البرمجيات القابلة للتنفيذ و المخزونة في ذاكرة الحاسب تعد مكونا ماديا من مكونات الحاسب حيث تخزن الذاكرة البرمجيات كإشارات(نبضات) كهرومغناطيسية أو ضوئية، وإن كان لا يمكن للحواس المباشرة أن تتعامل معها شأنها شأن التيار الكهربائي أو الفوتونات الضوئية، إلا إنها بهذا الفهم تعتبر تركيبا معينا من الطاقة يتعامل ماديا مع عتاد الحاسب، لكي ينفذ الحاسب أفعالا مادية محددة. وكون إن احد عناصر تشغيل الآلة غير مرئي للإنسان، فهذا لا يكفي لاعتباره غير مادي، ولهذا يتساءل بعض الفقه ([124])عما إذا كان الأمر يتعلق بادراك البرمجيات، أكثر من كونه متعلقا بالمادية.

ويرى البعض ([125]) أن البرنامج له كيان مادي ملموس، حيث أنه يشغل حيزا ماديا معينا، من ذاكرة الحاسب التي هي عبارة عن شرائح الكترونية يمكن رؤيتها بالعين المجردة، ولها مكان معلوم في جهاز الحاسب، ويمكن قياس البرنامج بحجم البتات التي يشغلها في ذاكرة الحاسب.

وذهب بعض الفقه([126]) إلى توصيف البرنامج كشيء مادي، باعتبار إن البرنامج في وضعه الأول، هو مجرد مجموعة معلومات أو أوامر موضوعة بشكل منطقي، لا يمكن الاستفادة منه إلا إذا وضع في شيء مادي يمكن تعامله

---

(32) انظر على سبيل المثال أراء كل من الأستاذة باميلا ساموبلسون وعالم الحاسب راندل ديفيز واخرين في دراستهم القيمة: بيان متعلق بالحماية القانونية لبرامج الحاسب
Pamela Samuelson, Others. (1994) A MANIFESTO CONCERNING THE LEGAL PROTECTION OF COMPUTERPROGRAMS. Columbia Law Review. December,. 94 Colum. L. Rev. 2308-2431.

وكذلك:

Robert Plotkin. From Idea to Action : Toward a Unified Theory of Software and the Law.http://www.bileta.ac.uk/03papers/plotkin.html.

وكذلك:

Martin Kretschmer. Software as Text and Machine: The Legal Capture of Digital Innovation.http://www.cippm.org.uk/pdfs/JILT%20kretschmer%2011_03.pdf.

(33) خالد حمدي (2003). حماية برامج المعلومات. دار النهضة العربية. ص 84.

(34) عزة محمود أحمد خليل. (1994) مشكلات المسئولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب. القاهرة. ص 351-356. وأنظر كذلك: هدى حامد قشقوش. جرائم الكمبيوتر والجرائم الاخرى في مجال تكنولوجيا المعلومات. المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي. القاهرة 25-28 أكتوبر 1993. دار النهضة العربية. ص 558-579. ص 568-569.

(35) أنور احمد الفزيع. (1995) مسئولية مصممي برامج الحاسوب التقصيرية. مجلة الحقوق الكويتية الصادرة عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت. مارس. ص131 – 177.

مع الجهاز، وهي الاسطوانة التي يوضع فيها، والذي لها وجود مادي ملموس، فمتى ما تم إعداده وتسجيله عليها يصبح أداة تستخدم مباشرة بواسطة الآلة.

ويستند هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج القانونية والمنطقية نذكر منها:

اولا: إن البرنامج يشمل عنصرين مادي ومعنوي بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الأخر، فلا يتصور أن يوجد البرنامج دون الوسيط المادي أو بعبارة أدق لا يمكن الاستفادة من البرنامج دون الوسيط، وعلى هذا الأساس اعتبرت بعض المحاكم خريطة الملاحة الجوية شيئا ماديا لمعرفة مدى انطباق المسئولية الموضوعية للصانع، ومعلوم إن الخريطة تتكون من عنصرين: معنوي وهو مجموعة المعلومات والحقائق العلمية. وعنصر مادي وهو الورق أو الجهاز الذي يمكن من استخدام هذه المعلومات، وفي المعنى نفسه حكمت إحدى المحاكم، بانطباق المسئولية الموضوعية للصانع، في حالة صالون حلاقة قام باستعمال مسحوق تجميل على إحدى النساء، علما بان عقد التجميل ليس بيع أشياء وإنما هو عقد خدمة.

ثانيا: يصعب التمييز في كثير من الأحيان بين الأشياء المادية والخدمات وخاصة بعد التطور الهائل في عالم التكنولوجيا الذي احتلت فيه المعلومات مركزا مهما يمكن على أساسه القول بأنها تصلح أن تكون محلا للملكية وعلى هذا الأساس يمكن اعتبارها شيئا ماديا له قيمة اقتصادية.

وهذا الاتجاه يرى إن مادية البرنامج تتمثل في الوسيط المادي الذي يحمل البرنامج وهي الاسطوانة أي انه لا يرى مادية البرنامج في ذاته بل في الوسيط الذي يحمله بخلاف الاتجاه السابق الذي يرى مادية البرنامج متمثلة في توجهها المباشر للتعامل مع الآلة وفي تكوينها الذاتي المادي الخاص المتمثل في إشارات الكترونية.

ونخلص إلى إن مناط التفريق بين الأشياء المادية والأشياء غير المادية هو في مدى تجسيد الشيء تجسيدا ماديا يمكن معه إدراكه بالحواس المباشرة من عدمه وهذه التفرقة قبل ظهور البرمجيات كانت تتم بسهولة بين الأشياء غير إن بروز تكنولوجيا البرمجيات يثير تساؤلا جديرا بالتوقف عنده، وهو إن البرمجيات وان كانت من مبتكرات الذهن شانها شان الاختراعات والمصنفات المحمية بحق المؤلف إلا إنها تتميز بتأثيرها المادي عند تفاعلها مع عتاد الحاسب وتحقيق مهام واقعية ملموسة.

وتختلف البرمجيات عن الأشياء المادية التقليدية في عدم إمكانية إدراك تفاعلها بالحواس المباشرة وما يدرك بالحواس هو تأثيرها في عتاد الحاسب لإنجاز مهام مادية ملموسة ويمكن القول إنها تقع في منطقة وسط بين الشيء المادي والشيء المعنوي. فالبرمجيات هجين حقيقيreal hyper فكتابة البرمجيات هي صياغة مجموعة من الاوامر، لإعادة تشكيل مجموعة من البوابات المنطقية الالكترونية وخلايا ذاكرة الحاسب، الى تركيب افتراضي قابل لتحقيق هدف محدد. إنها تبدأ كتابة مشفرة وتنتهي شبكة من الاشارات الالكترونية.

ولذلك فان أي كتابة ايا كان موضوعها، فهي تعبير بالمفاهيم ولأيمكن ان تفعل فعلها في دوائر منطقية الكترونية، وبالمقابل فإن أي نظام الكتروني لا يمكن ان يعمل بشكل كامل على نحو كتابي.

ونظرا لهذا الجدل حول تحديد طبيعة البرمجيات وفق التقسـيم التقليدي للأشـياء ([127]) فقد ظهرت أراء فقهية متعددة تحاول أن تكيف طبيعة البرمجيات بذاتها بعيدا عن التكييف بحسب القواعد التقليدية لمفهوم الأشياء المادية وغير المادية وهذا ما سنتناوله في المطلب اللاحق.

الطبيعة الخاصة للبرمجيات:

تباينت الآراء حول تحديد الطبيعة القانونية الخاصـة للبرمجيات بين من يراها عبارة عن آلات فعلية، وفريق أخر يرى إنها آلات افتراضـية، وفريق ثالث يرى إنها ذات طبيعة مركبة، فهي نص وآلة وخدمة، ورابع يراها أدوات معلوماتية، وسنتناول هذه الآراء ثم نختم برأي الباحث.

أولا: البرمجيات آلات مادية:

يرى أنصار هذا الرأي ([128]) إن الحاسبات الحديثة تخزن البرمجيات، كإشارات كهرومغناطيسية أو ضوئية، والتي لا يمكن التعامل معها بالعين أو اليد الإنسـانية، إلا إننا ندرك ماديتها باعتبارها تكوينات خاصـة من الطاقة، التي تتفاعل ماديا مع عتاد الحاسب لجعل الحاسب يؤدي أفعالا مادية محددة.

ويدافع هذا الفريق عن وجهة نظره، باعتبار البرمجيات آلات مادية، بالقول إن أي آلة ما هي إلا تجميع لأجزاء، يمكنها أن تنقل القوى أو الطاقة أو الحركة، من جزء إلى أخر بأسلوب مقرر سلفا. فمع ظهور الحاسب القابل للبرمجة، فإن الإشارات الكهربائية أصبح لديها القدرة لان تتشكل إلى ترتيبات وتشكيلات محددة، لإنجاز كل هذه المهام، ويرون أن التطورات المستقبلية في تقنية الحاسب، يمكن أن تنتج برمجيات في أشكال مادية، يمكن إدراكها بسهولة على سبيل المثال الحاسـبات البيولوجية، يمكن أن تجسـد البرمجيات في خيوط الحامض النووي (DNA) أو أي مواد بيولوجية أخرى، ذات طبيعة مادية أكثر وضوحا من الإشارات الكهربائية.

(36) محمد سامي الشوا. (2003) ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات. الهيئة المصرية العامة للكتاب. ص 250-251. حيث يشير الى رأي بعض الفقه الفرنسـي في توصـيف البرمجيات باعتبارها من الأموال المادية غير المرئية قياسـاً على ادراج الطاقة الكهربائية وهي غير مرئية في طائفة الأموال المادية ذات التكوين الخاص.

(37) Robert Plotkin.(, 2003) From Idea to Action: Toward a Unified Theory of Software and the Law. **18th** BILETA Conference: Controlling Information in the Online Environment April.QMW, London.p.2. www.bileta.ac.uk/03papers/plotkin.html. .

ثانيا: البرمجيات آلات افتراضية:

يرى هذا الفريق ([129]) إن البرمجيات يجب إن تكيف كآلات افتراضية virtual machines ، حيث أن للبرمجيات طبيعة مزدوجة، فهي أعمال كتابية ابتكرت تحديداً لإحداث مجموعة من الأفعال ،ويرون أن أفضل تكييف لهذه الطبيعة المزدوجة غير المسبوقة في تاريخ التكنولوجيا، هو في تكييفها بأنها آلات صادف إن وسيلة إنشائها عبارة عن نص، ويضيفون بان هذا التكييف ليس من قبيل التعبير البلاغي، وإنما تكييف يبرره الكثير من القواسم المشتركة بين الآلات المادية التقليدية، وبين البرمجيات ويحددون هذه القواسم المشتركة بالتالي:

1- يعد السلوك behave أو الفعل قاسم مشترك بينهما معا. فالآلات المادية كالسيارات وأجهزة التلفاز تنتج سلوكيات أو أفعال، وكذلك هو الأمر مع البرمجيات التي تبتكر في واقع الحال، لإحداث نتائج محددة وهي بعض السلوكيات أو الأفعال.

2- البرمجيات مثلها مثل الآلات الأخرى، دائما تعمل مع برمجيات أخرى وآلات أخرى لإحداث نتائجها، فالبرامج التطبيقية، على سبيل المثال، تتطلب برامج التشغيل، والأخيرة تتطلب البرمجيات المشفرة في العتاد، لتنفيذ وظائف البرنامج.

ولتمكين البرنامج من التفاعل مع برامج أخرى، فان المبرمج عليه التأكد من إن برنامجه يرسل ويستلم إشارات، بالطريقة والأسلوب الذي تتطلبه تلك البرامج، وهو ما يسمى بقابلية التشغيل المتكامل Interoperability، والتي تتجسد في الروابط البينية، ومنها واجهة المستخدم للبرنامج، التي تعد المعادل المعلوماتي لوسائل مادية مثل: سن الترس، الرافعة ،البكرة ،الحزام ،التي تستخدم في الآلات المادية الملموسة للتشغيل المتكامل.

3- إنشاء البرامج عبارة عن عملية بناء وتركيب عناصر وظيفية، مثلما الآلات المادية الملموسة تبنى من الهياكل المادية الملموسة، كالتروس والأسلاك واللوالب، فان البرامج تبنى من هياكل معلوماتية كالخوارزميات وهياكل البيانات.

ويرون في الأخير إن توصيف البرمجيات كآلات افتراضية يحل مشكلة الطبيعة المزدوجة باعتبار إن برنامج المصدر هو الوسيط أو الوسيلة التي من خلالها ينشأ البرنامج، وحال برنامج المصدر هنا كحال المواد الأولية في الآلات المادية الملموسة.

ثالثا: البرمجيات نص وآلة وخدمة:

يرى هذا الفريق ([130]) إن البرمجيات تتخذ أكثر من طبيعة في كل مرحلة من مراحلها، لذلك فهم يقترحون تكييفاً قانونياً متعدداً لها، بحيث تعامل كشكل من أشكال التعبير في مرحلة برنامج المصدر، وأن تعامل كصنف من الآلات في مرحلة برنامج الهدف، وان يعامل البرنامج المباع لعميل واحد كخدمة مهنية.

---

(38) Pamela Samuelson, Randall Davis .Op.cit.p2320-2324..

(39) L Jean Camp & Serena Syme .(2001)Code as Embedded Speech, Machine, and Service. The Journal of Information, Law and Technology (JILT). July. http://www.ljean.com/files/JILT.pdf

رابعاً: البرنامج شيء معلوماتي:

ويؤثر فريق رابع ([131]) تكييف البرمجيات كأشياء معلوماتية، حيث أن أهم خصائصها تتمثل في أنها تتكون من معلومات.

فإذا كان دور المعلومة يتمثل في نقل المعرفة إلى الإنسان، من خلال صياغة فكرة ما، وإعطائها شكلاً محدداً، وكان البرنامج هو مجموعة تعليمات موجهة إلى عتاد الحاسب وفقا لصياغة معينة: لغة خاصة يفهمها الجهاز، فإننا نلاحظ الارتباط القائم بين المعلومة ودورها (نقل المعارف) وبين البرنامج بمفرداته التي تعد مجموعة معلومات، تهدف إلى نقل معرفة محددة إلى عتاد الحاسب. فالبرنامج يوضح للجهاز كيف يتعامل مع معطيات يتلقاها سواء من إنسان أو من جهاز أخر. فهو ينقل لعتاد الحاسب معرفة معينة يتعامل معها.

وما يميز البرنامج عن الأعمال الذهنية هي أنه يجمع بين خاصيتين: الأولى أنه يتكون من معلومات، والثانية كونه أداة تستخدم فوراً، مما يجعله أول أداة معلوماتية. فالبرنامج من وجهة نظر هذا الفريق كيان معلوماتي، أو هي شيء معلوماتي يتميز بكونه أداة يمكن استخدامها مباشرة وبكونه غير مادي في الوقت ذاته.

الخاتمة:

يمكن القول بصفة مبدئية بناءً على ما تقدم أن الشيء غير المادي هو ما لا يمكن إدراكه بالحس، وإنما يدرك بالفكر بعد تجسيده في وسيلة مادية. والبرمجيات أشياء من نتاج الذهن، وليست من نتاج الطبيعة، وهذا أمر لا خلاف فيه، وبهذا تتحقق فيها الخاصية الأولى للأشياء غير المادية، أي في كونها إبتكار ذهني.

ولكن الخاصية الأخرى للأشياء غير المادية والمتمثلة إنها في ذاتها -بعيداً عن الوسيط المادي الذي يجسدها-ليس لها وجود مادي محسوس، تحتويه اليد ويقبل الحيازة، هذه الخاصية هي التي كانت مثار الجدل والاختلاف، فالبرمجيات كأداة لها وظيفة نفعية تتمثل في تشغيل آلة وتحقيق نتيجة، تتشكل من إشارات الكترونية، وهذه الإشارات ليست حاملاً مادياً للبرنامج كما قد رأى البعض وإنما هي البرنامج ذاته في صورته النهائية.

ومن جهة أخرى هذه الإشارات لا يتعامل الإنسان معها بيديه، أو يحوزها حيازة مادية، ما لم تكن على وسيط مادي (قرص/ اسطوانة)، أو مخزونة في ذاكرة الحاسب، فهي إشارات الكترونية يمكن إدراكها بالفكر من جانب، ويمكن التحقق من تأثيرها المادي المباشر من جانب أخر، من خلال المهام والنتائج المؤداة بواسطة التفاعل التلقائي لهذه الإشارات مع المعالج والأجهزة المادية الأخرى في الحاسب.

لذلك فإن القول بان البرمجيات نصوص text أو تعبير expression فقط، قول يجانبه الصواب، بعدما تبين لنا التحول الذي يطرأ على البرنامج، عند ترجمته إلى لغة الآلة، إلى أشارات كهربائية لها تأثيرها المادي الملموس.

والقول بان البرمجيات آلات افتراضية، يسبق حركة القانون بأشواط واسعة، فما زالت حركة التشريع المتابعة للمعلوماتية وتأثيراتها على مختلف جوانب الحياة الإنسانية، تسير ببطء وحذر شديد، وقد لا تستوعب هذا المفهوم الجديد الذي يفتح الباب واسعا لمفهوم العالم الافتراضي Cyberspace.

(40) د. خالد حمدي . المرجع السابق. ص 317- 318.

واعتبار البرنامج آلة افتراضية فيه من الصحة، عند النظر إلى البرنامج من ناحية وظيفية ولكن هذا الرأي يغفل إن البرنامج من ناحية تكوينه يبدأ نصـــاً ثم يتحول إلى إشـــارات كهربائية، هي ترجمة لما يحتويه النص. فالنص لا يكون حكمه حكم المخطط بالنســـبة للآلات التقليدية، ولكنه هو البرنامج بذاته في صـــورته الكتابية، قبل ترجمته تلقائيا إلى إشارات كهربائية.

وبهذا الفهم فان برنامج الحاسـب لديه خاصـية فريدة وغير مسـبوقة فعلاً والمتمثلة في أنه: عبارة عن مجموعة من الأوامر المكتوبة والمقروءة إنسـانياً التي تصـف أفعالاً بتعابير منطقية فقط والقابلة للتحول إلى عنصـر آلي في منظومة تشغيل الحاسب، لتحقيق نتيجة محددة.

حيث وأن البرنامج قيمة معلوماتية تعدٌ في نظر علماء تكنولوجيا المعلومات تعبير عن ظهور قيمة جديدة غير مرئية، ذات تأثير مادي شـــانها شـــان الطاقة، فالقيم المعلوماتية ليســـت معلومات مجردة، وإنما هي معلومات جرى معالجتها، وأصـبحت قابلة للتأثير المادي من خلال تشـغيلها للمكونات المادية للحاسـب، ووسـائل الاتصـالات، والتنفيذ التلقائي للكثير من الوظائف والمهام بالتفاعل المادي مع الأخيرة.

فلا يمكن الحديث عند بحث طبيعة البرمجيات، عن أفكار أو معلومات مجردة، يجري تثبيتها في حامل مادي، كما هو عليه الحال بالنســـبة للمصـــنفات المحمية بقانون حق المؤلف، أو لفكرة الاختراع، التي تجســـد لاحقاً بمواد مادية ملموسة، فالبرمجيات تتسم بهذه الطبيعة حيث تنشأ كنص، ولكن النص لا يثبت في حامل أو ووسيط، ولكنه يتحول إلى إشـــارات مادية من خلال عملية ترجمة للرموز المكتوبة، إلى ما يقابلها في النظام الرقمي من تشـــكيلات متنوعة من الاصـفار والآحاد، والتي يسـتقبلها معالج الحاسـب كإشـارات كهربائية، تحمل وتنفذ مضـمون التعليمات المكتوبة في برنامج المصدر.

الحقيقة إن البرنامج ذو طبيعة مزدوجة، فهو يجمع خاصـــية الابتكار المجرد كالمصـــنف الفكري أو كالتصـــميم الصـناعي من جانب، ويتضـمن أيضـا خاصـية التأثير المادي الملموس نتيجة تفاعله المادي مع عتاد الحاسـب وتحقيقه لنتائج واقعية ملموســـة من جانب أخر، وهو ما يعبر عنه فريق واســـع من الفقه بالقول إن البرنامج نص Textوآلة Machine.

لذلك فإننا نقترح أن يتبنى المشـــرع في النظام القانوني المقارن مفهوماً قانونياً جديداً للأشـــياء يســـتوعب الأشـــياء المعلوماتيـة (البرمجيـات) التي جعلت فكرة الفصـــل المطلق بين المـادي الملموس والمعنوي المجرد غير ممكنـة في نطاقها.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع العربية:

- **الكتب:**

1. **معجم الكيلاني لمصطلحات الحاسب الالكتروني، (1999)، مكتبة لبنان ناشرون.**
2. **خالد حمدي (2003). حماية برامج المعلومات. دار النهضة العربية.**
3. **عزة محمود أحمد خليل. (1994) مشكلات المسئولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب. القاهرة.**
4. **عبد الرزاق احمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثامن . حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال . دار النهضة العربية .ط 1991 .**
5. **عمار عباس الحسيني (2017)، جرائم الحاسوب والانترنت، منشورات زين الحقوقية.**

6. محمد سامي الشوا. (2003) ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات. الهيئة المصرية العامة للكتاب.
7. نائلة عادل محمد فريد قورة (2004)، جرائم الحاسب الاقتصادية، دار النهضة العربية.

8. نبيل علي. (2001) الثقافة العربية وعصر المعلومات. سلسلة عالم المعرفة الكويتية. العدد 265.

9. هشام محمد فريد رستم، (1992) قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة

الدوريات:

1. أنور احمد الفزيع. (1995) مسئولية مصممي برامج الحاسوب التقصيرية. مجلة الحقوق الكويتية الصادرة عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت.
2. محمد حسام محمود لطفي. الجرائم التي تقع على الحاسبات وبواسطتها. المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي. القاهرة 25-28 أكتوبر 1993

3. محمد حسن عبد الله (2011) حماية برامج الحاسب بقانون براءة الاختراع في الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون
4. محمد عبدالله، عامر الناصري (2011)، الطبيعة الخاصة لترخيص برمجيات الحاسب ذات المصدر المفتوح، أماراباك، المجلد الثاني، العدد الرابع.
5. هدى حامد قشقوش. جرائم الكمبيوتر والجرائم الاخرى في مجال تكنولوجيا المعلومات. المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي. القاهرة 25-28 أكتوبر 1993. دار النهضة العربية.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

1. Denis S. Karajala. The relative roles of patent and copyright in the protection of computer programs.17. marshall J. computer & Info. L.41- 61.

2. Denis S. Karajala. Copyright Protection of computer program structure. Summer, 1998. 64Brooklyn L.Rev.519-543.
3. Gèrald Page. (1995) , Criminalité informatique : les nouvelles dispositions du Code pénal suisse .
4. sont en vigueur. : http://doi.org/10.5169/seals-886513.
5. John C. Phillips, (1992). Note, Sui Generis Intellectual Property Protection for Computer Software, 60 GEO. WASH. L. REV. 997, 1001

6. Manfred Mohrenschlager (1993), Computer Crime and other crimes
7. against Information Technology In Germany. I.R.P.L, Vol.64.
8. Martin Kretschmer. Software as Text and Machine: The Legal Capture of DigitalInnovation.http://www.cippm.org.uk/pdfs/JILT%20kretschmer%2011_03 .pdf.

9. Michael A. Dryja.(1997), Looking to the Changing Nature of Software for Clues to its Protection. the University of Baltimore Intellectual Property Law Journal. volume 3, number 2.

10. **Pamela Samuelson, Others. (1994) A MANIFESTO CONCERNING THE LEGAL PROTECTION OF COMPUTERPROGRAMS. Columbia Law Review. December,. 94 Colum. L. Rev. 2308-2431.**

11. **Pascal Verguch. La Reprèssion des Dèlits Informatiques dans une Pèrspèctive Internationale. Thèse Universitè de Montpellier 1. 1996.**

12. **L Jean Camp & Serena Syme .(2001)Code as Embedded Speech, Machine, and(39) Service. The Journal of Information, Law and Technology (JILT). July. http://www.ljean.com/files/JILT.pdf**

13. **Robert Plotkin. From Idea to Action : Toward a Unified Theory of Software and the Law.http://www.bileta.ac.uk/03papers/plotkin.html.**

فترة التجربة في عقد العمل ماهيتها وأحكامها في ضوء نظام العمل السعودي

The probationary period in the work contract, its nature and provisions in the light of the Saudi labor law

أ. أزد بن عوض توفيق موسى ـ مستشار قانوني نظم خاصة ـ شركة درعه- الرياض – المملكة العربية السعودية

Email: AZD1992AWAD@GMAIL.COM

الملخص:

فترة التجربة هي النواة واللبنة الأساسية لعقد العمل ، وقد أفرد لها المنظم عدد من المواد النظامية في نظام العمل ولم يترك أمر تنظيمها للأفراد ، وذلك منعا من التعسف في استعمال الحق من قبل صاحب العمل ، ومن أهم أحكام فترة التجربة أن لا تتجاوز مدتها تسعون يوما ويجوز تمديد هذه المدة إلى مائة وثمانون يوما باتفاق الطرفين ، وأن ينص عليها كتابة في العقد كما أنه لا يجوز أن يخضع العامل لفترة تجربة أخرى لدى صاحب عمل واحد واستثناء من ذلك يجوز أن تكون التجربة الثانية في مهنة أخرى ، كما أن الحق في الانهاء خلال فترة التجربة قد يكون مقررا لمصلحة صاحب العمل، وقد يكون شرط التجربة مقررا لمصلحة العامل، وقد يكون شرط التجربة مقررا لمصلحة الطرفين معا، ولا يستحق أيًا من طرفيه التعويض إذا أنهي العقد خلال فترة التجربة كما لا يستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة ، وأخيرًا أن المنظم لم يفرق بين فترة التجربة والتعيين تحت الاختبار الواردة في المادة الثمانون من نظام العمل.

الكلمات المفتاحية: العامل – فترة التجربة – نظام العمل – عقد العمل.

Abstract

Training period is mandatory in the beginning of any new job, it makes the basic building block of every working contract, and the Saudi labor law enact a group of provisions to control this period to prevent any abuse or injustice from employers. of these provisions, one of the most important is the duration of the training period, by law it is 90 Days and can be extended up to 180 days with the approval of both the employer and the employee, this must be documented in the contract and the employee cannot do another training period with the same employer unless it was in another profession .

The termination of the contract during the training period can be the right of the employer, the employee or both and in case of termination none of the parties will deserve a reparation or repayment. Also, the severance pay is not a right of the employee if the contract terminated during this period .

At last we have to pay attention that the labor law does not differentiate between the training period and the employment under experiment period that mentioned in article number 80 in labor law

Key word: employee, training period, labor law, working contract

المقدمة:

يعتبر العمل حق وواجب لكل إنسـان في ذات الوقت، كما أن الإنسان لا يشعر بقيمته وقدره إلا بما يؤديه من عمل، أيا كانت طبيعة هذا العمل، بالإضافة إلى أن العمل هو مصدر رزق غالبية أفراد المجتمع.

وأكدت على ذلك المادة الثامنة والعشرون من النظام الأساسي للحكم "تيسر الدولة مجالات العمل لكل قادر عليه، وتسن الأنظمة التي تحمي العامل وصاحب العمل".

وقررت المادة الثالثة من نظام العمل هذا الحق "العمل حق للمواطن، لا يجوز لغيره ممارسته إلا بعد توافر الشروط المنصوص عليها في هذا النظام، والمواطنون متساوون في حق العمل دون أي تمييز على أساس الجنس أو الإعاقة أو السن أو أي شكل من أشكال التمييز الأخرى، سواءً أثناء أداء العمل أو عند التوظيف أو الإعلان عنه".

وقد أشارت التقارير الصادرة عن بيانات السجلات الإدارية لإحصاءات سوق العمل للربع الثاني لعام 2021م الهيئة العامة للإحصاء أنه بلـغ عـدد المشتركين في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية علـى رأس العمـل فـي الربع الثاني لعام 2021م 8.190.170 مشترك، منهم 395.044 مشترك في القطاع الحكومي و7.795.126 مشترك في القطاع الخاص.

وهؤلاء جميعهم خاضعين لنظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/51) وتاريخ 1426/08/23هـ المعدل بالمرسوم الملكي رقم(م/5) وتاريخ 1442/01/07هـ كما أن المملكة العربية السعودية تشهد تحولا كبيرا في تخصيص الجهات الحكومية والذي سينتج عنه انتقال الموظفين الحكوميين من نظام الخدمة المدنية وسيحكمهم نظام العمل التابع لوزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية.

وأما عن الغاية من وجود فترة التجربة في عقد العمل فإن الغرض الأساسي من إبرام عقد عمل يتضمن فترة التجربة هو استيضاح مدى مصلحة طرفي العقد لإبرام العقد النهائي. بالنسبة لصاحب العمل: حتى يتمكن خلالها من الحكم على مدى كفاءة العامل والتزامه الدقة والإخلاص في الأداء وأنه يمكّن صاحب العمل من إنهاء علاقته بالعامل متى ما تبين له عدم صلاحيته للعمل دون الالتزام بالتعويض أو الاشعار الواردين في نظام العمل حال إنهاء العقد (الزقرد، 2017، ص. 114)

وبالنسبة للعامل هي: تفحص ظروف العمل ومدى تناسق الأجر مع الخبرات والقدرات التي يبذلها العامل من جهة، وفي أغلب الأحيان تعلم المزيد من المهارات وكسب الخبرات للاستفادة منها باستخدامها في الأعمال المستقبلية التي قد يقوم بها العامل مع صاحب عمل آخر في مكان وزمان آخرين (شنب،2010، ص.154)

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث إلى أنه يتناول شريحة كبيرة من العاملين في سوق العمل السعودي بالإضافة إلى أن هذا العدد يتزايد يوما بعد يوم لا سيما وأن كثير من الموظفين الحكوميين سيتحولون إلى القطاع الخاص بعد أن يتم تخصيص الجهات الحكومية التي يعملون بها والتي بدورهم سيكونون خاضعين لنظام العمل.

أسئلة البحث:

يجيب ها البحث عن التساؤلات التالية:

1- ما المقصود بفترة التجربة؟
2- هل فترة التجربة محددة أم غير محددة؟
3- ما الفرق بين فترة التجربة والتعيين تحت الاختبار؟

4- الفرق بين التجربة والتدريب أم أنهما معنى واحد؟

الدراسات السابقة:

1 - م. سناء عبد طارش، المركز القانوني للموظف والعامل أثناء فترة التجربة (دراسة مقارنة)، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد: الثاني المجلد: الرابع 2011م، وقد اختصت هذه الدراسة في نطاق القانون العراقي، وأما موضوع بحثي فهو منحصر في نظام العمل السعودي.

2 – د. علي فقيهي، المركز القانوني للموظف أثناء فترة التجربة في النظام السعودي، المجلة العلمية كلية الشريعة والقانون بأسيوط، العدد: الرابع والثلاثون الإصدار الأول يناير 2022م، هذا البحث يتعلق بالموظف العام الذي يخضع لنظام الخدمة المدنية أما بحثي فيتحدث عن العامل الذي يخضع لنظام العمل.

منهج البحث:

اعتمدت في بحثي على المنهج التحليلي وهو المنهج المتوافق مع عنوان البحث وذلك من خلال تحليل المواد النظامية المتعلقة بفترة التجربة الواردة في نظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/51) وتاريخ 1426/08/23هـ المعدل بالمرسوم الملكي رقم(م/5) وتاريخ 1442/01/07هـ.

وقد اختتمت البحث بخاتمة تضمنت أبرز النتائج والمقترحات التي توصلت إليها من خلال هذا البحث.

خطة البحث: شمل بحثي على تمهيد وثلاثة مباحث تتخللها عدة مطالب وخاتمة على النحو التالي:

تمهيد:

قبل الولوج إلى متن البحث وجب التنبيه على أن المعنيين بهذا البحث هم الذين يحكمهم نظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/51) وتاريخ 1426/08/23هـ المعدل بالمرسوم الملكي رقم(م/5) وتاريخ 1442/01/07هـ. وبالتالي فإن الموظفين الحكوميين لا يشملهم هذا البحث كونهم خاضعين لنظام الخدمة المدنية.

وقد نص نظام العمل على المعنيين به وهم: أي شخص بالعمل لمصلحة صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه؛ مقابل أجر، وعمال الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة، بمن فيهم الذين يشتغلون في المراعي أو الزراعة، وعمال المؤسسات الخيرية وكذلك عقود التأهيل والتدريب مع غير العاملين لدى صاحب العمل في حدود الأحكام الخاصة المنصوص عليها في هذا النظام.

إلا أن النظام قد استثنى فئات معينة من تطبيق أحكام هذا النظام وهم: أفراد أسرة صاحب العمل، وهم زوجه وأصوله وفروعه الذين يعملون في المنشأة التي لا تضم سواهم، ولاعبو الأندية والاتحادات الرياضية ومدربوها، والعمالة المنزلية ومن في حكمهم، وعمال الزراعة والرعاة الخاصون ومن في حكمهم، وعمال البحر الذين يعملون في سفن تقل حمولتها عن خمسمائة طن، والعاملون غير السعوديين القادمون لأداء مهمة محددة ولمدة لا تزيد على شهرين، وقد أصدر وزير الموارد البشرية لوائح تنظم عمل هذه الفئات.

ماهية فترة التجربة وعقد العمل:

قبل أن أتطرق إلى ماهية فترة التجربة وتعريفها ناسب أن أعرّف عقد العمل كون فترة التجربة جزء لا يتجزأ من عقد العمل كما أن نظام العمل قد تطرق لتعريف العمل وصاحب العمل والعامل وبيانهم كالتالي:

تعريف عقد العمل:

تعريف العمل: عرفته المادة الثانية من نظام العمل بأنه الجهد المبذول في النشاطات الإنسانية كافة، تنفيذًا لعقد عمل (مكتوب أو غير مكتوب) بصرف النظر عن طبيعتها أو نوعها، صناعية كانت أو تجارية، أو زراعية، أو فنية، أو غيرها، عضلية كانت أو ذهنية.

تعريف صاحب العمل: عرفه نظام العمل بأنه كل شخص طبيعي أو اعتباري يشغِّل عاملًا أو أكثر مقابل أجر.

تعريف العامل: عرفه نظام العمل بأنه كل شخص طبيعي - ذكرا أو أنثى - يعمل لمصلحة صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر، ولو كان بعيداً عن نظارته.

تعريف عقد العمل: جاء في تعريف عقد العمل بأنه " اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين بإنجاز أعمال مادية ذات طبيعة حرفية على العموم لصالح آخر وتحت إشرافه مقابل عوض". (الفوزان،2013، ص. 67) كما تم تعريفه بأنه" اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه بأداء عمل مادي تحت إدارة طرف آخر في مقابل أجر يحصل عليه". (عمران،2015، ص.80)

وقد أحسن المنظم في تعريفه لعقد العمل بأنه "كل عقد عمل يلتزم بمقتضاه أي شخص بالعمل لمصلحة صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر"، وهذا هو التعريف الذي جاءت به المادة الخامسة من نظام العمل، كما عرفته المادة الخمسون بأنه "عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل، يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه مقابل أجر."

ويشترط لعقد العمل ثلاثة شروط حتى يكون خاضعًا لنظام العمل وهي: أن يكون العقد بين العامل وصاحب العمل، والتبعية بأن يكون العامل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه، وأن يقابل هذا العمل أجرًا فإن خلا هذا الشرط أصبح العقد تبرعًا أو تطوعًا(ناقرو،2017)

تعريف فترة التجربة:

التجربة لغةً: اختبار الشيء مرة بعد أخرى، والاسم التجربة والجمع التجارب مثل المساجد. (الفيومي، 1978، ص.95)

وهي الاختبار (ابن منظور،2021، ص.261)، ومن ضرورة التجربة التكرار فهي: ما يحصل من المعرفة بالتكرار. (الجرجاني، 1987، ص.160)

ولا يختلف المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي للتجربة إذ مؤداهما واحد وهو الاختبار.

أما تعريف التجربة اصطلاحًا فهو : عرف بعض فقهاء القانون عقد العمل المتضمن فترة التجربة أنه: "العقد الذي يتفق عليه كل من صاحب العمل والعامل على ألا يكون العقد المبرم بينهما باتًّا ولكنه يبين منه أن كل منهما يريد أن يعطي لنفسه فترة من الوقت ليتحقق فيما إذا كان من مصلحته الاستمرار في العمل أو عدم الاستمرار فيه"(عمران، 2005) و عرفه آخرون أنه: عقد يبرمه صاحب العمل والعامل ويضمناه شرط التجربة، بمعنى أن من تقرر هذا الشرط لمصلحته يمكن أن يختبر مدى ملائمة العقد له خلال فترة الاختبار ، فإذا وجد أنه يحقق الغرض الذي ينشده من التعاقد مضى قدمًا في تنفيذه، وإذا وجد على العكس أن العقد لا يناسبه استخدم الشرط المقرر لمصلحته للتخلص من هذا العقد خلال الفترة المحددة للاختبار" (البرعي،2003)

من خلال ما سبق من تعريف عقد العمل وفترة التجربة يتبين لنا أن ورود شرط التجربة في عقد العمل محدد المدة يخالف الأصل في العقود، فالأصل اللزوم في العقود وعدم الرجوع فيها، كما نستنتج من التعريفات السابقة: أن عقد

العمل المتضمن فترة التجربة هو عقد مكتمل الأركان وهو عقد معلق على شرط فاسخ هو عدم نجاح التجربة، بعبارة أخرى من النادر أن يكون هناك عقد مستقل بذاته مسماه" عقد فترة التجربة" ولكنه عقد عمل من بنوده فترة التجربة.

وقد يكون شرط التجربة مقررا لمصلحة صاحب العمل ليتحقق من كفاءة العامل أو عدم كفاءته، وقد يكون شرط التجربة مقررا لمصلحة العامل، وذلك إذا أراد أن يتأكد من مدى ملاءمة العمل أو ظروف العمل وهذا قليل الوجود وقد يكون شرط التجربة مقررة المصلحة الطرفين معا في ذات الوقت بحيث يجوز لكل طرف منهما إنهاء العقد بإرادته المنفردة إذا تبين له عدم نجاح التجربة في تحقيق مصلحته. (الريس والعبد، 2017، ص.162)

الفرق بين فترة التجربة: والتعيين تحت الاختبار، والتدريب

أولا: الفرق بين فترة التجربة والتعيين تحت الاختبار:

انقسم شراح القانون في التفرقة بين فترة التجربة والتعيين تحت الاختبار إلى قسمين:

الرأي الأول: أن فترة التجربة والتعيين تحت الاختبار مؤداهما واحد وهذا الذي اختاره المنظم السعودي في نظام العمل وذلك من خلال المادة الثمانون الفقرة السادسة " إذا كان العامل مُعيَّناً تحت الاختبار." من ذات النظام وهو الذي عليه العمل في المحاكم والدوائر العمالية – صك الحكم رقم ٤٢١١٥٢٣٧٦ الصادر من المحكمة العمالية بالرياض والمؤيد من محكمة الاستئناف بمنطقة الرياض- وقبل ذلك في القرارات العمالية في مدونة المبادئ والقرارات العمالية ، وهو الرأي الذي أخذت به وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية ، وهو المعمول به في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية عند الرغبة في استبعاد العامل خلال فترة التجربة فلا يوجد أمام صاحب العمل سوى الاستبعاد بناء على المادة (80) من نظام العمل، وتم تلافي هذا الإشكال في التحديث الجديد للموقع الالكتروني للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية . وأن فترة تجربة العامل هي المسمى الآخر الذي أتى به نظام العمل الجديد حيث كانت تسمى تلك الفترة في نظام العمل الملغي بعقد العمل تحت الاختبار. (الفوزان،2015، ص.152)

الرأي الثاني: عرف أصحاب القول الثاني التعيين تحت الاختبار بأنه "عقد عمل موصوف بوصف الاختبار وهو وصف يسمح لطرفه أو لأحدهما إذا لم يرض عن نتيجة الاختبار" كما أن فترة التجربة تختلف عن التعيين تحت الاختبار وأن الحق في الانهاء يكون للطرفين صاحب العمل والعامل إذا كان العقد تحت الاختبار إلا إذا نص العقد على حق الإنهاء لأحدهما. أما التعيين تحت الاختبار فحق الانهاء يكون خاصا بصاحب العمل دون العامل وذلك حتى يتسنى لصاحب العمل معرفة مدى صلاحية العامل للعمل المنوط به (مصطفى مندروس)

وأن عقد العمل تحت الاختبار يعطي لصاحب العمل الحق في انهائه في أي وقت خلال الفترة المذكورة دون أن يلتزم بإخطار العامل قبل الانهاء او يدفع له مكافأته عن خدمته، وأنه ليس هناك مدة محددة للتعيين تحت الاختبار في نظام العمل بل يتم احتسابها حسب المتفق عليه في عقد العمل بخلاف فترة التجربة فقد نص المنظم على ألا تزيد عن تسعين يوما. (السحمة، 2021)

الذي أرجحه أن فترة التجربة هي ذاتها التعيين تحت الاختبار ويعضد ما رجحته: مفهوم المادة السادسة عشر البند: ثانيا من اللائحة التنفيذية لنظام العمل "لصاحب العمل تحميل العامل نفقات تدريبه أو تأهيله التي صرفت عليه في الحالات التالية: ب. إذا تم فسخ عقد عمل العامل وفق إحدى الحالات الواردة في المادة (الثمانون)من نظام العمل عدا الفقرة (6) منها". ومفهوم ذلك أن استثناء المنظم للفقرة السادسة المشار إليها "إذا كان معينا تحت الاختبار" من تحمل رسوم التدريب في عقد العمل متوافق مع ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من اعتبار فترة التجربة والتعيين تحت الاختبار مفهوم واحد.

ثانيا: الفرق بين فترة التجربة والتدريب:

جاء في مدونة المبادئ العمالية "تختلف فترة التدريب عن فترة التجربة ذلك أن الأخيرة يجب أن ينص عليها في العقد ولا تتجاوز تسعين يومًا، أما فترة التدريب فتدخل في عقد العمل بحسب طبيعته، ويحصل فيها العامل على الخبرة التي تؤهله لشغل مهام الوظيفة المسندة إليه" "لا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل خلال فترة التدريب دون سبب مشروع" (قرار رقم 431/2/91 مدونة المبادئ العمالية)

يعرف عقد التأهيل والتدريب كما نصت عليه المادة الخامسة والأربعون من نظام العمل "بأنه عقد يلتزم بمقتضاه صاحب العمل بتأهيل او تدريب شخص لإعداده في مهنة معينة من غير العاملين لدى صاحب العمل"

كما أن المنظم أورد نصوص فترة التجربة في الباب المخصص لعقد العمل فدل ذلك على أنه عقد عمل بعكس عقد التدريب فقد أفرد له بابًا مستقلًا وهذا دليل على التفرقة بينهما، كما أن المتدرب لا يقوم بأداء عمل لصاحب العمل بل أن الأصل أن يقوم صاحب العمل بتدريب وتأهيل العامل على العمل ولا يعطيه على ذلك أجرا وإنما مكافأة من نوع خاص (الزقرد، 2017)

كما أن عقد التدريب والتأهيل قد يكون للعاملين ولغير العاملين لدى صاحب العمل، أما عقد التجربة فيكون قبل بدء العلاقة العمالية، وأن عقد التدريب لم يحدد النظام مدة محددة لإنتهائه بخلاف فترة التجربة فقد نص على مدتها وبين كيفية تمديدها.

آثار عقد العمل المتضمن فترة التجربة:

يعتبر عقد العمل من العقود التبادلية، فيرتب بمجرد انعقاده صحيحا، التزامات على عاتق كل من طرفيه أهمها أنه ينشئ من جانب: التزام على عاتق العامل بالعمل، وعلى الجانب الآخر ينشئ التزام على عاتق صاحب العمل بدفع الأجر للعامل، فالتزامات العامل تقابل التزامات صاحب العمل وترتبط معها برابطة سببية(الريس والعبد،2017)، كما أن عقود العمل ليست من عقود الإذعان ومفاد ذلك أن طرفي العقد قد التزما ببنوده بمحض إرادتهما، وعلى كل منها الالتزام بما جاء في بنوده، وسأتطرق في هذا المبحث إلى التزامات العامل وصاحب العمل خلال وبعد فترة التجربة.

قد سبق التوضيح بأن الغاية من فترة التجربة بالنسبة لصاحب العمل هي تجربة العامل، والغاية من فترة التجربة بالنسبة للعامل تجربة صاحب العمل، فإذا لم يلتزم طرفا العقد بالتزاماتهما فحري بفترة التجربة ألا يكتب لها النجاح، وسأبين من خلال هذين المطلبين ما لطرفي العقد من حقوق وما عليهما من واجبات والتزامات:

التزامات صاحب العمل أثناء وبعد فترة التجربة:

نصت المادة الحادية والستون من نظام العمل على أن يلتزم صاحب العمل بأن يمتنع عن تشغيل العامل سخرة، وألا يحتجز دون سند قضائي أجر العامل أو جزءًا منه، وأن يعامل عماله بالاحترام اللائق، وأن يمتنع عن كل قول أو فعل يمس كرامتهم ودينهم كمل يجب على صاحب العمل أن يعطي العمال الوقت اللازم لممارسة حقوقهم المنصوص عليها في هذا النظام دون تنزيل من الأجور لقاء هذا الوقت، وله أن ينظم ممارسة هذا الحق بصورة لا تخل بسير العمل"

وقد وضحت المادة الثانية والعشرون من اللائحة التنفيذية لنظام العمل بالمقصود من تشغيل العامل سخرة "جميع الأعمال أو الخدمات التي تفرض عنوة على العامل ولم ينص عليها في عقد العمل وتتم تحت التهديد بأي عقاب والتي لا يكون أداها العامل بمحض إرادته"

أولا: من حقوق العامل على صاحب أثناء فترة التجربة:

1 – الأجر الفعلي بناء على المادة التسعون من نظام العمل "يجب دفع أجر العامل وكل مبلغ مستحق له بالعملة الرسمية للبلاد طبقاً للأحكام الآتية: العمال ذوو الأجور الشهرية: تصرف أجورهم مرة في الشهر. "

ويجب أن يكون استلام الأجر عن طريق الحساب البنكي للعامل كما وضحت ذلك المادة السابقة "تلزم المنشآت بدفع الأجور في حسابات العمال عن طريق البنوك المعتمدة في المملكة، بشرط ألا يتجاوز موعد استحقاقها المواعيد المحددة أعلاه، ويجوز للوزير استثناء بعض المنشآت من ذلك" وإذا وجد خلل في الحساب البنكي وجب الدفع نقدا على أن يكون بسند قبض حفظًا لحق الطرفين.

ويلاحظ أن بعض عقود العمل تنص على أن الأجر بعد انتهاء فترة التجر به يختلف عنه أثناء فترة التجربة ويمكن تكييفه على أنه زيادة في الأجر متى ما تم الاتفاق على ذلك بين الطرفين، وتجدر الإشارة إلى أن بعض العمال يعتقد أنه لا يستحق أجرًا خلال فترة التجربة وذلك بسبب استغلال صاحب العمل لجهل عماله وهذا التصرف مخالف شرعًا ونظامًا.

2 – توفير العناية الصحية والتأمين الصحي بناء على المادة الرابعة والأربعون بعد المائة من نظام العمل "على صاحب العمل أن يوفر لعماله العناية الصحية الوقائية والعلاجية طبقاً للمستويات التي يقررها الوزير، مع مراعاة ما يوفره نظام الضمان الصحي التعاوني. والمادة الخامسة من اللائحة التنفيذية لنظام الضمان الصحي "يلتزم صاحب العمل بإبرام وثيقة تأمين صحي مع إحدى شركات التأمين تغطي جميع العاملين لديه الخاضعين لهذا النظام وأفراد أسرهم المشار إليهم في المادة الثانية من هذه اللائحة. ويكون التأمين له ولأسرته وليس لصاحب العمل حصر التأمين على عدد محدد من الأبناء أو الزوجات بناء على المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لنظام الضمان الصحي.

3 - نقل الخدمات لغير السعودي ورسوم النقل بناء على المادة الأربعون من نظام العمل" يتحمل صاحب العمل رسوم استقدام العامل غير السعودي، ورسوم الإقامة ورخصة العمل وتجديدهما وما يترتب على تأخير ذلك من غرامات، ورسوم تغيير المهنة، والخروج والعودة، وتذكرة عودة العامل إلى موطنه بعد انتهاء العلاقة بين الطرفين."

4 - نفقات تجهيز جثمان العامل ونقله إلى الجهة التي أبرم فيها العقد أو استقدم العامل منها، ما لم يدفن بموافقة ذويه داخل المملكة، ويعفى صاحب العمل في حالة التزام المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بذلك وقد أشار ت إلى ذلك المادة السابقة.

5 - استلام نسخة مكتوبة من العقد بناء على المادة الحادية والخمسون التي نصت على "يجب أن يكتب عقد العمل من نسختين، يحتفظ كل من طرفيه بنسخة. ويعد العقد قائمًا ولو كان غير مكتوب، وفي هذه الحالة يجوز للعامل وحده إثبات العقد وحقوقه التي نشأت عنه بجميع طرق الإثبات، ويكون لكل من الطرفين أن يطلب كتابة العقد في أي وقت، كما يجب أن يكون العقد موثقًا ولا ينتظر إلى أن تنتهي فترة التجربة ليتم التوثيق وذلك حسب الموقع الرسمي لمنصة قوى، كما اشترط النظام أن يكون عقد غير السعودي مكتوبا ومحدد المدة.

6 -الساعات الإضافية بناء على المادة السابعة بعد المائة" يجب على صاحب العمل أن يدفع للعامل أجراً إضافيًّا عن ساعات العمل الإضافية يوازي أجر الساعة مضافًا إليه 50% من أجره الأساسي، وإذا كان التشغيل في المنشأة على أساس المعيار الأسبوعي لساعات العمل تعد الساعات التي تزيد على الساعات المتخذة لهذا المعيار ساعات عمل إضافية كما تعد جميع ساعات العمل التي تؤدَّى في أيام العطل والأعياد ساعات إضافية".

7 -العمولات إن وجدت وتم النص عليها وتحديدها في العقد أو لائحة تنظيم العمل.

ثانيًا: من حقوق العامل على صاحب بعد انتهاء فترة التجربة:

1 - بدل الاجازة بنسبة عدد الأيام التي باشرها بناء على المادة الحادية عشرة بعد المائة من نظام العمل "للعامل الحق في الحصول على أجرة عن أيام الإجازة المستحقة إذا ترك العمل قبل استعماله لها، وذلك بالنسبة إلى المدة التي لم يحصل على إجازته عنها، كما يستحق أجرة الإجازة عن أجزاء السنة بنسبة ما قضاه منها في العمل."

2 - شهادة الخدمة بناء على المادة الرابعة والستون من نظام العمل ونصها "يلتزم صاحب العمل عند انتهاء عقد العمل بما يأتي: أن يعطي العامل – بناءً على طلبه – شهادة خدمة دون مقابل، يوضح فيها تاريخ التحاقه بالعمل، وتاريخ انتهاء علاقته به، ومهنته، ومقدار أجره الأخير. ولا يجوز لصاحب العمل تضمين الشهادة ما قد يسيء إلى سمعة العامل أو يقلل من فرص العمل أمامه. وأن يعيد إلى العامل جميع ما أودعه لديه من شهادات أو وثائق"

3 - تذكرة العودة إذا كان الانهاء خلال فترة التجربة من قبل صاحب العمل وقد نصت صراحة على ذلك المادة الأربعون من نظام العمل" وتذكرة عودة العامل إلى موطنه بعد انتهاء العلاقة بين الطرفين."

4- تصفية حقوقه خلال أسبوع من آخر يوم عمل "إذا انتهت خدمة العامل وجب على صاحب العمل دفع أجره وتصفية حقوقه خلال أسبوع- على الأكثر- من تاريخ انتهاء العلاقة العقدية، أما إذا كان العامل هو الذي أنهى العقد وجب على صاحب العمل تصفية حقوقه كاملة خلال مدة لا تزيد على أسبوعين. ولصاحب العمل أن يحسم أي دين مستحق له بسبب العمل من المبالغ المستحقة للعامل وهذا هو نص المادة الثامنة والثمانون من نظام العمل.

التزامات العامل أثناء وبعد فترة التجربة:

قد يظهر بعض العمال أحسن ما عندهم خلال فترة التجربة من الالتزام بوقت الحضور والانصراف وأداء المهام على أكمل وجه والقيام بجميع ما يطلب منه من قبل رؤسائه في العمل دون تذمر أو اعتراض، وما أن تنتهي فترة التجربة حتى يظهر خلاف ما كان عليهK فعليه أن يحذر من هذا التصرف ينافي الأخلاق والأعراف وقد يعود عليه هذا التصرف بالضرر من قبل صاحب العمل وتتسم معاملته معه بالجور والظلم.

أولا: من حقوق صاحب العمل على العامل أثناء فترة التجربة:

لقد حرص المنظم على النص على التزامات العامل تجاه صاحب العمل والذ ينبغي عليه أن يلتزم بها وذلك حتى يترك أثرا طيبا لدى صاحب العمل لا سيما أنه خلال فترة التجربة وأن صاحب العمل بإمكانه إنهاء هذه الفترة دون حاجة إلى تعويض العامل أو حتى ذكر سبب هذا الإنهاء، ومن ضمن ما نصت عليه المادة الخامسة والستون من نظام العمل بالإضافة إلى الواجبات المنصوص عليها في هذا النظام واللوائح والقرارات الصادرة تطبيقًا له، يجب على العامل:
1 - أن ينجز العمل وفقًا لأصول المهنة ووفق تعليمات صاحب العمل، إذا لم يكن في هذه التعليمات ما يخالف العقد

أو النظام أو الآداب العامة، ولم يكن في تنفيذها ما يعرض للخطر.

2 - أن يعتني عناية كافية بالآلات والأدوات والمهمات والخامات المملوكة لصاحب العمل الموضوعة تحت تصرفه،

أو التي تكون في عهدته، وأن يعيد إلى صاحب العمل المواد غير المستهلكة.
3 - أن يلتزم حسن السلوك والأخلاق أثناء العمل.
4 - أن يقدم كل عون ومساعدة دون أن يشترط لذلك أجرًا إضافيًّا في حالات الكوارث والأخطار التي تهدد سلامة مكان العمل أو الأشخاص العاملين فيه.
5 - أن يخضع- وفقًا لطلب صاحب العمل- للفحوص الطبية التي يرغب في إجرائها عليه قبل الالتحاق بالعمل أو أثناء، للتحقق من خلوه من الأمراض المهنية أو السارية.

6 - أن يحفظ الأسرار الفنية والتجارية والصناعية للمواد التي ينتجها، أو التي أسهم في إنتاجها بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وجميع الأسرار المهنية المتعلقة بالعمل أو المنشأة التي من شأن إفشائها الإضرار بمصلحة صاحب العمل.

ثانيًا: من حقوق صاحب العمل على العامل بعد فترة التجربة:

1 - يلتزم العامل بحفظ أسرار العمل أي الأسرار الفنية أو التجارية أو الصناعية للمواد التي ينتجها صاحب العمل سواء تم الانتاج بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة. ويشمل هذا الالتزام جميع الأسرار المهنية والتي من شأنها إذا أذيعت أن تضر بمصلحة صاحب العمل وقد عالج العمل السعودي هذه الالتزام في المادة الخامسة والستون وركز عليه باعتباره من أهم الالتزامات الجوهرية الواقعة على عاتق العامل. (الريس والعبد، 2017، ص. 207) ولأهمية حفظ الأسرار نجد أنها التزام أثناء وبعد التجربة ويجب لصحة هذا الشرط أن يكون محرراً ومحدداً، من حيث الزمان والمكان ونوع العمل حسب المدة المتفق عليها في العقد.

2 - يلتزم العامل بعدم منافسة صاحب العمل – إن وجد هذا الشرط بالعقد – وذلك بناء على المادة السابقة وقد يقع بعض اللبس بين عدم منافسة صاحب العمل وبين عمل العامل لدى منافس لصاحب العمل ويرجع تقدير ذلك إلى المحكمة ناظرة الخلاف.

3 - يتحمل العامل تكاليف عودته إلى بلده في حالة عدم صلاحيته للعمل أو إذا رغب في العودة دون سبب مشروع وها الذي نصت عليه المادة الأربعون من نظام العمل إذ أن تقدير العامل لصلاحيته لأداء مهام عمله من عدم صلاحيته تكون خلال فترة التجربة (ناقرو، 2017، ص. 74).

جزاء مخالفة العامل لالتزاماته: في حال قيام العامل بإتلاف ممتلكات صاحب العمل فإنه يتحملها بناء على المادة الحادية والتسعون: إذا تسبب عامل في فقد أو إتلاف أو تدمير آلات أو منتجات يملكها صاحب العمل أو هي في عهدته وكان ذلك ناشئًا عن خطأ العامل أو مخالفته تعليمات صاحب العمل ولم يكن نتيجة لخطأ الغير أو ناشئًا عن قوة قاهرة، فلصاحب العمل أن يقتطع من أجر العامل المبلغ اللازم للإصلاح أو لإعادة الوضع إلى ما كان عليه على ألا يزيد ما يقتطع لهذا الغرض على أجر خمسة أيام في كل شهر، ولصاحب العمل الحق في التظلم عند الاقتضاء، وذلك بطلب ما هو أكثر من ذلك إذا كان للعامل مال آخر يمكن الاستيفاء منه.

أحكام فترة التجربة:

تطرق نظام العمل في المادة الثالثة والخمسون والمادة الرابعة والخمسون لفترة التجربة وأشار إلى التعيين تحت الاختبار في المادة الثمانون في الفقرة السادسة أما اللائحة التنفيذية لنظام العمل فقد تطرقت لفترة التجربة في المادة العشرون وسأتطرق إلى تحليل هذه النصوص وأستنتج أحكامها.

المادة الثالثة والخمسون "إذا كان العامل خاضعاً لفترة تجربة، وجب النص على ذلك صراحة في عقد العمل، وتحديدها بوضوح، بحيث لا تزيد على تسعين يوماً. ويجوز باتفاق مكتوب بين العامل وصاحب العمل تمديد فترة التجربة، على ألا تزيد على مائة وثمانين يوماً. ولا تدخل في حساب فترة التجربة إجازة عيدي الفطر والأضحى والإجازة المرضية. ولكل من الطرفين الحق في إنهاء العقد خلال هذه الفترة ما لم يتضمن العقد نصّا يعطي الحق في الإنهاء لأحدهما"

المادة الرابعة والخمسون "لا يجوز وضع العامل تحت التجربة أكثر من مرة واحدة لدى صاحب عمل واحد. واستثناء من ذلك يجوز باتفاق طرفي العقد - كتابة - إخضاع العامل لفترة تجربة أخرى بشرط أن تكون في مهنة أخرى أو عمل آخر، أو أن يكون قد مضى على انتهاء علاقة العامل بصاحب العمل مدة لا تقل عن ستة أشهر. وإذا أنهي العقد خلال فترة التجربة فإن أيًّا من الطرفين لا يستحق تعويضاً، كما لا يستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة عن ذلك".

المادة (20) اللائحة التنفيذية لنظام العمل " في تنفيذ حكم المادة (الثالثة والخمسون) من النظام إذا اتفق الطرفان على تمديد فترة التجربة، فيجب أن يكون التمديد بعد البدء في تنفيذ عقد العمل، وخلال سريان فترة التجربة، ويجوز أن يكون التمديد لمرة أو لمرات متعددة على أن يكون ذلك باتفاق كتابي مستقل في كل مرة، وفي جميع الأحوال يجب ألا تزيد فترة التجربة الأصلية مع مدة أو مدد التمديد على مائة وثمانون يوما".

يمكن القول بأن مراحل توقيع عقد العمل المتضمن فترة التجربة على النحو التالي:1- تلاقي الإرادتين 2- توقيع العقد الذي ينص على فترة التجربة 3- تمديد فترة التجربة 4- انتهاء فترة التجربة 5- سريان العقد. ومن خلال هذه المطالب سأتناول تحليل النصوص آنفة الذكر والتي توضح أحكام فترة التجربة.

مدة فترة التجربة:

عندما تحدد فترة التجربة في عقد العمل فإن تحديدها يكون باتفاق الطرفين ولكن حريتهما في هذا التحديد ليست مطلقة بـل مقيدة بحسب النظام وأن الحد الأقصى في فترة التجربة الأصلية تسعون يومًا ولا يوجد حد أدنى لفترة التجربة بل أنه إذا لم ينص كتابة في العقد على وجود فترة تجربة لكان العقد نافذا و منعقدا منذ مباشرة العامل للعمل، وهذه التسعون يوما يتم احتسابها بالأيام وليس ثلاثة أشهر وهذا الذي أراده المنظم في المادة آنفة الذكر، وإذا نص في العقد أن مدة التجربة ثلاثة أشهر فهنا إن كان مجموع الثلاثة أشهر يزيد عن تسعين يومًا فلا يتم احتساب سوى التسعون يوما حسب ما ورد في النظام، ويبدأ احتساب فترة التجربة من المباشرة الفعلية للعمل من قبل العامل وليس من تاريخ إبرام العقد إذ أنه قد يتم توقيع العقد في يوم محدد ولا يتم البدء الفعلي في تنفيذ بنوده إلا بعد عدة أيام أو أشهر.

وكما نصت المادة على أنه لا يتم احتساب أيام الإجازات أثناء فترة التجربة وهي: العيدين عيد الفطر وعيد الأضحى، الإجازة المرضية ولا تحتسب من ضمن فترة التجربة بنص النظام "ولا تدخل في حساب فترة التجربة إجازة عيدي الفطر والأضحى والإجازة المرضية" وهذه الإجازات المنصوص عليها وإن كانت لا تحتسب ضمن فترة التجربة إلا أن للعامل أجر هذه الأيام كاملا، بينما نجد أن النظام سكت عن الاجازات الأخرى ولم ينص عليها في معرض فترة التجربة كيوم التأسيس، اليوم الوطني، الزواج، الوفاة للرجل والمرأة، الوضع، وعدم النص عليها يسبب إشكالا لدى طرفي العلاقة وكان الأولى بالمنظم أن يتطرق إلى جميع أنواع الاجازات.

وترجع الحكمة من تحديد حدا أقصى لمدة التجربة إلى رغبة المشرع في سد الباب أمام أصحاب الأعمال للتحايل على أحكام عقد العمل، فلا يعمدون إلى إبرام عقودهم مع العمال بشرط التجربة ليتمكنوا من إنهاء العقد في أي وقت دون سابق إخطار. (الريس والعبد، 2017، ص. 164)

أما عن تمديد فترة التجربة: فالأصل أنه لا يجوز تمديد فترة التجربة ولكن استثناء من هذا الأصل أجاز المنظم تمديد فترة التجربة بشرط أن يكون باتفاق كتابي بين الطرفين وألا تتجاوز مدة التمديد مائة وثمانون يوما، كما يشترط أن يكون التمديد قبل انتهاء المدة الأولى للتجربة.

فترة التجربة الثانية: يثور التساؤل عن مدى أمكانية إخضاع العامل للتجربة أثناء سريان العقد في وظيفة أخرى عند صاحب العمل والجواب عن ذلك أن الأصل **عدم جواز تعيين العامل بشرط التجربة في نفس العمل أكثر من مرة عند صاحب عمل واحدة بحسب** نص المادة الرابعة والخمسون أنه لا يجوز وضع العامل تحت التجربة أكثر من مرة واحدة لدى صاحب عمل واحد واستثناء من ذلك يجوز باتفاق طرفي العقد – كتابة – إخضاع العامل لفترة تجربة أخرى بشرط أن تكون في مهنة أخرى أو عمل آخر، أو أن يكون قد مضى على انتهاء علاقة العامل بصاحب العمل مدة لا تقل عن ستة أشهر.

شروط فترة التجربة:

حتى تكون فترة التجربة منتجة لآثارها لابد من توافر عدة شروط لصحتها وهي:

1 – أن يكون شرط التجربة مكتوبا ولكن هل يجب أن ينص صراحة على لفظ "التجربة" بحسب منطوق هذه المادة؟ أم أنه يجوز النص ضمنا بغير هذا اللفظ كالتعيين تحت الاختبار أو التعيين بشرط الاختبار أو الخضوع للامتحان، هنا يرجع إلى الخلاف بين فترة التجربة والتعيين تحت الاختبار، وقد بينا سابقا عدم الفرق بين اختلاف الألفاظ لأن مؤداهما واحد.

وتجد الإشارة إلى أن الكتابة هنا وسيلة اثبات وليس شرط لصحة العقد.

2 - إذا لم يرد النص بشرط التجربة فإن صاحب العمل لا يستطيع اثبات أن العقد متضمن فترة التجربة ويعتبر عقد عمل غير محدد المدة إذ لا بد من النص على فترة التجربة في العقد.

2 - ألا يزيد عدد الأيام عن تسعين يومًا، كما لا يزيد عدد الأيام عن مائة وثمانون يوما بعد التمديد.

3 – ان يكون التمديد مكتوبا وباتفاق الطرفين.

مسألة: هل فترة التجربة تكون في العقود محددة المدة فقط أم تسري على العقود غير محددة المدة؟ من خلال استقراء نظام العمل ولائحته التنفيذية يتبين أن فترة التجربة تكون في العقود محددة المدة وغير محددة المدة مع الإشارة إلى أن عقد غير السعودي لا يكون غير محدد المدة بأي حال من الأحوال حسب ما نص عليه النظام أنه يكون محدد المدة مهما طالت: -مدته، -أو مدد تجديده. وفي جميع الأحوال، لا يتحول إلى عقد غير محدد المدة، حتى لو اتفق الطرفان على ذلك. وإذا خلا عقد غير السعودي من بيان مدته، تعد مدة رخصة العمل هي مدة العقد.

انتهاء فترة التجربة:

لا يخلو الاشعار في فترة التجربة من أربع حالات: الاشعار الأول: انهاء فترة التجربة وعدم الرغبة في الاستمرار، الاشعار الثاني: بتمديد فترة التجربة، الاشعار الثالث: باجتياز فترة التجربة والاستمرار في عقد العمل، الاشعار الرابع: بتقليص مدة فترة التجربة، وفي حال انتهاء فترة التجربة وعدم الإشعار فإن العقد يعد نافذا فإن كان محدد المدة فيكون بإكمال مدته وإن كان غير محدد المدة فحسب ما نصت عليه المواد من نظام العمل.

أما الاستمرار في العقد بعد انتهاء فترة التجربة- ولم يكن محدد المدة- فيعتبر العقد غير محدد المدة بالنسبة للسعوديين ومحدد بانتهاء رخصة العمل لغير السعوديين كما تبين بيانه سابقا.

مسألة: نصت المادة الثمانون من نظام العمل على أنه " بشرط أن يتيح له الفرصة لكي يبدي أسباب معارضته للفسخ" وذكر من ضمنها في الفقرة السادسة: إذا كان العامل معينا تحت الاختبار"، فهل يمكن المطالبة بمكافئة نهاية الخدمة لعدم اتباع الإجراءات النظامية عن الفسخ في فترة التجربة في حال عدم اتاحة الفرصة للاعتراض؟

فالجواب عن ذلك أنه لا يمكن المطالبة بالتعويض وذلك لوجود سبب مشروع للفسخ وهو فترة التجربة.

مسألة: نصت المادة الثالثة والخمسون من نظام العمل"...ولكل من الطرفين الحق في إنهاء العقد خلال هذه الفترة ما لم يتضمن العقد نصّا يعطي الحق في الإنهاء لأحدهما"، بينما جاء في نص المادة الرابعة والخمسين من النظام ذاته "وإذا أنهي العقد خلال فترة التجربة فإن أيًّا من الطرفين لا يستحق تعويضاً، كما لا يستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة عن ذلك"

من خلال استقراء المادتين يلحظ وجود تعارض في صياغة هاتين المادتين وبيان ذلك التعارض: أن المنظم في المادة الثالثة والخمسين أعطى الحق في إنهاء العقد خلال فترة التجربة لأحد الطرفين دون الآخر متى ما تم النص على ذلك في

العقد؛ ومؤدى ذلك أنه لو تم الانهاء خلال فترة التجربة من قبل الطرف الذي لا يملك حق الإنهاء فإن الطرف الآخر يستحق التعويض على هذا الإنهاء وفقا للمادة السابعة والسبعون من نظام العمل، إلا أن نص المادة الرابعة والخمسون جاء صريحا بأنه لا يستحق أيًا من الطرفين التعويض على الإنهاء خلال فترة التجربة وكان الأولى بالمنظم أن يأتي بصياغة مانعة جامعة درء للبس الذي قد يحصل.

يتبين من خلال استقراء المادة الثالثة والخمسون بأن المنظم حصر التجربة في العامل وغفل عن ذكر تجربة العامل لصاحب العمل وإن كان الأكثر هو ما أورده المنظم من تجربة صاحب العمل للعامل إلا أنه من وجهة نظري ينبغي أن يعاد صياغة المادة في التعديل الجديد للنظام لتكون صياغتها (إذا كان عقد العمل متضمنًا فترة التجربة ...).

الخاتمة:

أحمد الله سبحانه وتعالى على ما منّ به عليّ من إتمام هذا البحث والفضل والثناء له وحده سبحانه وقد خلصت إلى عدة نتائج في هذا البحث وأوصي بعدة توصيات في نظري أنها منتجة لا سيما وأن المنظم بصدد إجراء تعديلات على النظام لما تتطلب المرحلة الحالية التي تشهدها المملكة العربية السعودية من تطور وازدهار وزيادة في الاستثمار الأجنبي، وما يلي أهم النتائج والتوصيات.

أهم النتائج:

1 – أن فترة التجربة هي ذاتها التعيين تحت الاختبار ولم يفرق نظام العمل بينهما.

2 - أن النظام قد فرق بين التجربة وعقد التدريب والتأهيل.

3 – أن فترة التجربة ترد في العقود محددة المدة وغير محددة المدة.

4 – لا بد من النص صراحة على شرط التجربة في عقد العمل.

5 – الأصل أن فترة التجربة تكون لمرة واحدة واستثنى النظام التجربة للمرة الثانية ولكن بشروطها.

التوصيات:

1- أوصي المنظم السعودي أن يعيد صياغة المادة الثالثة والخمسون من نظام العمل بحيث يكون حق الإنهاء لطرفي العقد وعدم قصر حق الإنهاء على أحدهما والذي يكون في الغالب هو صاحب العمل، منعا من التعسف في استعمال الحق من قبل أصحاب العمل وذلك في صياغة المادة الحالية.

2-أوصي وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية أن تزيد من توعية العاملين الخاضعين لنظام العمل بأحكام فترة التجربة والتأني في قراءة بنود عقد العمل بدقة قبل توقيعه لاسيما عند انفراد الحق لصاحب العمل في الإنهاء أثناء فترة التجربة.

3 - أوصي بتعديل نص المادة (80) الفقرة السادسة من نظام العمل وذلك بتوحيد الألفاظ مع المادة (53) بحيث تكون بالصيغة التالية (إذا كان العقد متضمنا فترة التجربة)

4-تعريف فترة التجربة في نظام العمل بوضوح منعا للبس بينها وبين التعيين تحت الاختبار والتدريب.

5- إضافة مادة جديدة في نظام العمل بالصياغة التالية:(إذا رغب أحد الطرفين في إنهاء فترة التجربة فعليه أن يخطر الطرف الآخر قبل انتهاء المدة المحددة للتجربة بسبعة أيام).

المراجع:

1-أحمد السعيد الزقرد، شرح نظام العمل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى،2017م مكتبة الرشد.

2 – رضا العبد، شرح نظام العمل السعودي، مكتبة الشقري، الرياض، 1438هـ

3 – طلعت عبد الرحيم ناقرو، المختصر المفيد في شرح نظام العمل الجديد، الطبعة الأولى، الرياض، 2017م

4 - محمد براك الفوزان، التعليق على نظام العمل السعودي الجديد، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض،1435هـ

5 - السيد عمران، قانون العمل، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2015م،

6 - د. أحمد حسن البرعي، الوجيز في القانون الاجتماعي قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، دار النهضة العربية، 2003م

7 - د. رزق الريس و د. رضا العبد، شرح أحكام نظام العمل السعودي، الرياض، الطبعة الثانية، 2017م

8 - أحمد محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، اعتنى به د. خضر الجواد 95/1، المكتبة العلمية بيروت، 1978م

9 - محمد الأنصاري المعروف بابن المنظور، لسان العرب (جرب)261/1 دار صادر بيروت 2021م

10 – علي بن محمد الجرجاني، التعريفات تحقيق د. عبد الرحمن عميرة ص 160، عالم الكتب بيروت 1987

11 - د. محمد علي عمران، الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد، طبعة دار نصر للطباعة والنشر، 2005

12 - د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام قانون العمل، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010م

الأنظمة:

1 – نظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/51) وتاريخ 1426/08/23هـ المعدل بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٤) وتاريخ 1440/11/27هـ

2 – اللائحة التنفيذية لنظام العمل وملحقاتها.

إدارة وتطوير مكاتب المحاماة (حوكمة مكاتب المحاماة)

Management and development of law firms (governance of law firms)

أ. أحمد إبراهيم المحيميد -محامي ومستشار قانوني - مكتب المحامي احمد إبراهيم المحيميد محامون ومستشارون قانونيون – الرياض - المملكة العربية السعودية- الرياض

Email: almohimidlaw@gmail.com

ملخص البحث:

تم إعداد هذا البحث من عشر فقرات وهي كالتالي:

1. مفهوم الحوكمة
2. أبرز أنظمة ولوائح الحوكمة في السعودية
3. أهداف الحوكمة
4. إدارة وتطوير مكاتب المحاماة (الحوكمة)
5. مبادئ الحوكمة
6. أهمية الحوكمة لمكاتب المحاماة
7. الإطار القانوني لحوكمة مكاتب المحاماة
8. معايير تطبيق الحوكمة الفعالة لمكاتب المحاماة
9. الية تنفيذ الحوكمة في مكاتب المحاماة
10. أبرز العوائق المحتملة لحوكمة مكاتب المحاماة

الكلمات المفتاحية:

الحوكمة –النظام –اللائحة –الإدارة –التطوير– الجودة – تعارض المصالح – الإفصاح – الشفافية.

Research summary: This research has been prepared , are as follows:

1. The concept of governance
2. Systems of Governance Systems of Governance in Saudi Arabia
3. Governance objectives
4. Lawyer Development Department (Governance Offices)
5. Governance Principles
6. Governance Law Firm
7. The legal framework for the governance of law firms
8. The Institution of Governmental Governance for Law Firms
9. The mechanism for implementing governance in law firms
10. the obstacled to the governance of law firms

key words:

Governance – system – Regulation – Administration – Development – The quality – Conflict of interest - Disclosure – Transparency.

إدارة وتطوير مكاتب المحاماة (حوكمة مكاتب المحاماة):

أولاً: مفهوم الحوكمة: الحوكمة هي مجموعة من القوانين والنظم والقرارات التي تهدف إلى تحقيق الجودة والتميز في الأداء عن طريق اختيار الأساليب المناسبة والفعالة لتحقيق خطط وأهداف المنشأة، وبذلك فإن الحوكمة تعنى تطبيق الأنظمة واللوائح أي وجود نظام يعمل على التحكم في العلاقات بين الأطراف الأساسية التي تؤثر في الأداء، كما تشمل مقومات تقوية المنشأة على المدى البعيد وتحديد المسؤول والمسؤوليات وتفعيل الرقابة والمراجعة والافصاح والشفافية وعدم تعارض المصالح.

ثانياً: أبرز أنظمة ولوائح الحوكمة في السعودية:

بدأ مفهوم الحوكمة في المملكة العربية السعودية يظهر جلياً بعد

1- صدور نظام الشركات في عام 1437هـ.
2- أصدرت هيئة السوق المالية السعودية لائحة حوكمة للشركات والتي توضح القواعد والمعايير المنظمة لإدارة الشركة لضمان الالتزام بأفضل ممارسات حوكمة الشركات التي تكفل حماية حقوق المساهمين وأصحاب المصالح
3- أصدرت مؤسسة النقد العربي السعودي لوائح حوكمة الشركات المدرجة تحت قطاعي البنوك والتأمين.
4- لائحة شركات التأمين الصادرة عن الإدارة العامة للرقابة على شركات التأمين
5- لمبادئ الرئيسة للحوكمة في البنوك العاملة بالمملكة العربية السعودية والصادرة عن الإدارة العامة للرقابة على البنوك.
6- صدور لائحة الحوكمة للأندية الرياضية.
7- لائحة حوكمة المنشأة المتوسطة والصغيرة.

ثالثاً: أهداف الحوكمة: نصت المادة الثالثة من لائحة حوكمة الشركات المساهمة غير المدرجة على أن: تهدف هذه اللائحة إلى وضع إطار قانوني فعال لحوكمة الشركة، وتهدف بصفة خاصة إلى ما يأتي:

أ. تفعيل دور المساهمين في الشركة وتيسير ممارسة حقوقهم.

ب. بيان اختصاصات مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية ومسؤولياتهما.

ج. تفعيل دور مجلس الإدارة واللجان وتطوير كفاءتهم لتعزيز إجراءات اتخاذ القرار

د. تحقيق الشفافية والنزاهة والعدالة في التعاملات وبيئة الأعمال.

هـ. توفير أدوات فعالة ومتوازنة للتعامل مع حالات تعارض المصالح.

و. تعزيز إجراءات الرقابة والمساءلة للعاملين في الشركة.

ز. وضع الإطار العام للتعامل مع أصحاب المصالح ومراعاة حقوقهم.

ح. توعية الشركات بمفهوم السلوك المهني وحثها على تبنيه وتطويره.

رابعاً: إدارة وتطوير مكاتب المحاماة (الحوكمة) : الحوكمة أو كما يُطلق عليها في الإنجليزية (governance) من أهم المتطلبات والضروريات الحتمية التي أضحى تطبيقها أساساً في الآونة الأخيرة، لضمان تنظيم العمل في منظمات القطاع الخاص والعام على كلّ من المستوى المحلي والإقليمي والعالمي لغرض وضع قواعد ومبادئ لإدارة الشركات

والمؤسسات والرقابة عليها، وتطبيق أسلوب ممارسة الإدارة الرشيدة فيها لتشمل هذه القواعد المتينة ليس فقط منظمات القطاع الخاص فحسب، بل مؤسسات المجتمع المدني والقطاع العام، تستخدم الحوكمة السُبل الكفيلة بالتطبيق الفعال لها بصورة تضمن استمرار العمل، والقدرة على المنافسة، وعدم الانهيار أمام التغيرات ، وبشكل يضمن الحفاظ على حقوق أصحاب المصالح وتفعيل فوائد حوكمة مكاتب المحاماة والتي تتمثل في ضمان استقرار وديمومة المكاتب المهنية وتعزيز الكفاءة الإدارية، والحصول على الدعم والاستقرار المهني ، وتعزيز المنافسة ودعم المساهمة المجتمعية، وتفعيل الدور الرقابي، و تعزيز العدالة والشفافية، وفرض النزاهة ومكافحة الفساد والتنظيم الإداري السليم، والحفاظ على السمعة الحسنة، وتعزيز المكانة في المجتمع وتفعيل اخلاقيات المهنة لضمان نجاح اعمال مكاتب المحاماة

خامساً: مبادئ الحوكمة:

1/ الشفافية: وهي سهولة الحصول على المعلومة.

2/ العدالة: تفعيل الأنظمة واللوائح بعدل.

3/ الاستجابة: وتعني التفاعل مع المجتمع.

4/ المشاركة: الفعالة اجتماعيا.

5/ مكافحة الفساد: وفرض النزاهة.

6/ الكفاءة: بتقليل التكاليف وزيادة الإنتاجية.

7/ المساءلة: عبر تحمل الالتزامات.

8/ الالتزام: بالأنظمة واللوائح والتعليمات.

9/ الفعالية: عبر تفعيل معايير الجودة.

سادسا : أهمية الحوكمة لمكاتب المحاماة : تكمن أهمية حوكمة مكاتب المحاماة لدراسة معوقات العمل المهني للمحامي وسبل حلها والتحديات التقنية لأعمال مكاتب المحاماة في علاقاتها مع المحاكم والجهات ذات العلاقة حيث أولت الجهات الحكومية المختصة في تطوير نظام مكاتب المحاماة لضمان المحافظة علي استقرار هذه المكاتب من خلال ضبط وتنظيم العلاقة بين دارة المكاتب والجهات الإشراقية والعملاء المرتبطين بعمل وأداء المكاتب كون أي ضرر يلحق بسوء إدارة هذه المكاتب سوف يؤثر سلباً علي المجتمع ككل، وذلك لحفظ حقوق الاطراف المتعاملة مع المكاتب وخاصة الوكلاء والمتهمون وأصحاب الأعمال وكذلك القائمين على هذه المكاتب من المحامين والمتدربين والعاملين ولضمان التعريف بحقوق وحماية جميع الأطراف فضلا عن أهمية دعم العدالة الاجتماعية وحفظ الحقوق وضمان نزاهة المرافعة والمطالبة بالحقوق والحماية فضلا عن ترتيب تنظيمات مكاتب المحاماة مع الجهات الرقابية والإشراقية ومدى أهمية تقيد مكاتب المحاماة بالحوكمة وذلك لضمان الاستدامة والتميز وتنظيم العمل العدلي والإداري الداخلي للمكتب ووضع معايير مهنية عالية لتقديم الاستشارات والمرافعات والتحكيم والتوثيق والتدريب فضلا عن أهمية الحوكمة في دعم التخصص والتصنيف لمكاتب المحاماة وتنظيم عملية تدريب الخريجين الجدد

وقيدهم ووضع معايير لتسعير الخدمات القانونية وإبراز الشخصية القانونية لمكاتب المحاماة وتعزيز الثقة بمكاتب المحاماة فضلا عن الحوكمة سوف تسهم في تعزيز حصانة المهنة وخروج غير المرخصين عبر تفعيل الاشراف والرقابة والمساءلة.

كما أن من شأن الحوكمة دعم التوجه لسياسة الاندماج بين مكاتب المحاماة ذات الخبرة لتأسيس كيانات من الشركات المهنية للمحاماة يهدف إلى تطور المحاماة ومواكبة النهضة الكبيرة التي تقبل عليها السعودية خاصة بعد رؤية 2030. كما يمكن للحوكمة ان تدعم المحاميات السعوديات في اعمالهن وتمكينهن من المهنة عبر المشاركة في تأسيس الشركات المهنية ودعم المكاتب النسائية.

سابعا: الإطار القانوني لحوكمة مكاتب المحاماة:

إذا كانت مكاتب المحاماة تنشئ على إطار قانوني ينظم مختلف جوانبها ابتداء من تأسيسها إلى غاية انقضائها ، فإن مرحلة اشتغال هذه المكاتب تبقى محور الاهتمام باعتبارها المرحلة التي يكون فيها المكتب فعالاً ومساهماً اقتصادياً وعدلياً واجتماعياً ومن أجل الحفاظ على هذا الدور لا يكفي وجود إطار قانوني فقط ، بل لا بد من تبني مجموعة من الإجراءات والمبادئ التي تضمن تفعيل ما جاءت به الانظمة على نحو جيد و هي ما يطلق علية بمبادئ حوكمة مكاتب المحاماة لتعزيز علاقة المحامين مع المحاكم واللجان القضائية ومع الجهات الرقابية والجهات ذات العلاقة.

ثامنا: معايير تطبيق الحوكمة الفعالة لمكاتب المحاماة:

1/ الإفصاح والشفافية: الهدف من سياسة الإفصاح والشفافية وخاصة للجهات الرقابية وللمتعاملين هو التأكد أن مكتب المحاماة يضمن الافصاح عن جميع الأمور الجوهرية بدقة وفي الوقت المناسب، بما في ذلك الوضع الالتزامات التعاقدية والمالية للمكتب والأداء والحوكمة بالإضافة إلى الابلاغ عن القواعد المتعلقة بالإفصاح عن المعلومات وطرق تصنيف المعلومات وتوقيت الافصاح عنها.

2/ عدم تعارض المصالح: وضع سياسة مكتوبة وواضحة للتعامل مع حالات تعارض المصالح الواقعة أو المحتملة التي يمكن أن تؤثر على عمل المكتب.

3/ المسئولية والمساءلة: المسؤولية عن القرارات والأفعال التي يقوم بها متخذ القرار وتحمل تبعات واثار ذلك القرار.

4/ تفعيل أخلاقيات المهنة: أن سمعة أي مجموعة أو منظمة تنطبع بمسلك أعضائها وأن سلوك بعض المحامين إذا أو سيء فهمه ولو كان سليما بذاته يمكن أن يلحق أشد الأذى بالمهنة، ويطعن بشرف المهنة، وأن مهنة المحاماة مهنة حرة مستقله وعريقة في القدم ولكي تؤدي رسالتها على أحسن وجه يجب أن تجد ضماناتها الاولى في كفاءة واستقامة المحامين المزاولين، وفي تمسكهم بالقيم الخلقية وبمبادئ الشرف، والأمانة والاستقامة، والنزاهة ".

5/ الرقابة على سلامة الإجراء والأداء: مطابقة العمل للنظام او للقانون أو بمعنى أدق مطابقته لمختلف القواعد القانونية التي تحكمه شكلا وموضوعا سواء اكانت رقابة سابقة ام لاحقة وسواء اكانت على الأنظمة او اللوائح او الإجراءات.

6/ دعم النزاهة ومكافحة الفساد.

7/ التنسيق والتكامل مع الجهات ذات العلاقة.

تاسعاً: الية تنفيذ الحوكمة في مكاتب المحاماة:

عبر أفضل الممارسات والقواعد السليمة لإدارة مكاتب المحاماة والتي من أبرزها معايير وسياسات الإفصاح والشفافية والجودة وعدم تعارض المصالح وتغليب المصلحة العامة وسياسة المكافآت والتسعيرات وسياسة التبليغ عن الممارسة المخالفة وسرية المعلومات وتحديد العلاقة مع العملاء واختصاصات المحامين والمكاتب وحدود الصلاحيات بين جميع المستويات داخل مكاتب المحاماة، وأنشطة وسياسات وإجراءات الرقابة الداخلية وإدارة المراجعة الداخلية وإدارة المخاطر، وسياسة السلوك المهني وأخلاقيات العمل والتقيد بالأنظمة والتعليمات ونزاهة المرافعات والاستشارات والتحكيم والتوثيق والتدريب القانوني.

عاشراً: أبرز العوائق المحتملة لحوكمة مكاتب المحاماة:

1/ عدم وجود دراسات علمية ومهنية متخصصة عن حوكمة مهنة المحاماة.

2/ التكلفة المادية المتوقعة والتي ربما تكون مكلفة نوعاً ما على المكاتب الجديدة.

3/ عدم وجود تجارب مهنية متخصصة في هذا المجال.

4/ حداثة الحوكمة.

5/ تعدد الجهات الرقابية والمرجعية.

6/ عدم نشر ثقافة الحوكمة.

7/ عدم وجود معايير جودة للعمل القانوني.

الخاتمة:

نختم هذا البحث بالحمد الله رب العالمين على توفيقه وتيسيره فقد تيسر لنا الوصول الى نهاية بحثنا حيث توصلنا لنتائج هذا البحث والتوصيات على النحو التالي:

نتائج البحث:

1. يبرز مفهوم الحوكمة بتطبيق الأنظمة واللوائح وتحقيق كفاءة الأداء والقدرة على اتخاذ القرارات بالتزام عالٍ وقدرٍ كافٍ من المسؤولية والشفافية
2. تسعى الجهات المعنية في المملكة العربية السعودية لتعزيز صناعة بيئة استثمارية ملائمة وناجحة لرفع مستويات الجودة والحفاظ على حقوق الجميع من أبرز أنظمة ولوائح الحوكمة في السعودية هي (نظام الشركات)
3. من أهداف الحوكمة وضع قواعد ومبادئ لإدارة المنظمات والمؤسسات والرقابة عليها. تحقيق العدالة والشفافية وضمان حق المساءلة. حماية حقوق المساهمين وأصحاب المصلحة في المنظمات. توزيع الأدوار والمسؤوليات عبر هياكل تنظيمية مُحكّمة.
4. إدارة وتطوير مكاتب المحاماة (الحوكمة) عن طريق وضع اليات واستراتيجيات ولوائح تمكن فريق العمل من اتباع الأنظمة بوضوح
5. توصلنا الى ان مبادئ الحوكمة تشمل العناصر الأساسية وهي الشفافية والنزاهة والسياسة السليمة والمشاركة والمساءلة وغياب الفساد والمخالفات.

6. أهمية الحوكمة لمكاتب المحاماة تسـهم الحوكمة في رفع مسـتوى كفاءة الاقتصاد لما لها من أهمية في المساعدة على اسـتقرار الاسواق المالية ورفع مستوى الشفافية.
7. الإطار القانوني لحوكمة مكاتب المحاماة لتعزيز علاقة المحامين مع المحاكم واللجان القضائية ومع الجهات ذات العلاقة
8. معايير تطبيق الحوكمة الفعالة لمكاتب المحاماة
9. الية تنفيذ الحوكمة في مكاتب المحاماة عبر التقيد بالأنظمة والتعليمات
10. أبرز العوائق المحتملة لحوكمة مكاتب المحاماة عدم وجود دراسات علمية ومهنية متخصصة عن حوكمة مهنة المحاماة.

التوصيات:

في ضوء النتائج التي توصلت اليها فأنني اوصي بالتالي:

1. ضرورة العمل على نشر الثقافة القانونية بشكل كبير واوسع.
2. تفعيل الحوكمة.
3. عمل دراسات وبحوث لمعوقات تفعيل الحوكمة داخل مكاتب المحاماة.

المراجع:

1- الهباش، د. مريع، حوكمة الشركات 2021م

2- الشريف، د. طلال، تشن، ويوتشي، اداره الحوكمة الرقمية: القضايا والتحديثات والحلول - إصدار معهد الإدارة العامة عام 2020م

3- مراجعات من المواقع الالكترونية: وزاره العدل – الهيئة السعودية للمحامين

المعاهدات الدولية بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة

International conventions between Sharia and law: A comparative study

د. أمين سيدي- دكتوراه في القانون المقارن-استاذ قانون في جامعة الشيخ محمد الأمين الشنقيطي بنواكشوط موريتانيا

Email: a.m.alhdrami@gmail.com

الملخص:

لقد تناولت هذه الدراسة مفهوم المعاهدات الدولية وطرق ابرامها والمراحل التي تمر بها، وكذلك القانون الذي نظم طرق ابرام المعاهدات وآليتها، وتم مقارنته مع ما ورد من نصوص في الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال ابراز دور المعاهدات الدولية في بسط الأمن والسلم الدوليين، وكذلك تعزيز العلاقات الدولية عبر المعاهدات الدولية، وما أثمرته هذه المعاهدات، وكذلك حرص المشرع الإسلامي على تعزيز مبدأ السلم والأمن في العالم من اجل حفظ العنصر البشري من ويلات الحروب وكذلك دور القانون الدولي في المجال ذاته.

Abstract:

This study examined the concept of "international treaties" and the methods and stages of conclusion thereof. It then traced the law regulating the methods and mechanism of concluding treaties, which has been compared with the provisions of the Islamic sharia. Those procedures were maintained through highlighting the role of international treaties in the establishing international peace and security, as well as the strengthening of international relations through international treaties, the results of these treaties. It also handled Islamic legislator's concern to promote the principle of peace and security all over the world in order to save the human race from the scourge of war. Furthermore, the study did not forget the role of international law in the same field.

المقدمة:

الحمد لله ذوي السلطان، المتصف بالعزة والجبروت والإحسان، والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد القائد الأول والهادي إلى تحقيق الأمل، ومعلم الأمة ومخرجها من الظلمة إلى النور والعزة وعلى آله وصحبه الأخيار ومن اقتدى بهم إلى يوم الدين من الكبار والصغار.

وبعد:

فإن سبب اختيار هذا الموضوع هو ابراز دور المعاهدات الدولية في حفظ الأمن والسلم والحفاظ على العنصر البشري من الانقراض بسبب النازعات خاصة في ظل انتشار الخلافات والنزاعات بين دول العالم تارة بسبب الحدود وتارة بسبب الموارد ، لذا كان لابد من تناول المعاهدات الدولية لما لها من أثر في بسط الأمن والسلم الدوليين وتعزيز العلاقات الدولية ، ولكون معظم النزاعات في العالم اليوم هي في العالم الإسلامي والذي يعتبر أنه مرجعية دينية ملتزم بها ويحترم قواعدها وهي الشريعة الإسلامية لذا كان لابد من تناول المعاهدات الدولية من منظور إسلامي وكيف كانت الشريعة الإسلامية حريصة عليها وذلك من خلال المعاهدات التي ابرمها رسول الله صلى الله عليه وسلم وطرق ابرامها

وآلية تنفيذها وآلية انقضائها وذلك لكي نبرز دور الشريعة الإسلامية في الحفاظ على العنصر البشري من خلال حثها على الصلح وابرام المعاهدات واللجوء إليها قبل اللجوء إلى الحرب وذلك لكون المقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني أمر لابد منه في عصرنا الحاضر وذلك لإثبات أن الهدف واحد وهو الحفاظ على العنصر البشري ولكون فقهاء المسلمين لم يتناولوا المقارنة بين القانون الدولي ومصادره مقارنة بين ما وضعته الشريعة الإسلامية في هذا المجال بسبب نقضهم لمفهوم القانون لذا حرصت من خلال هذه الدراسة أن أقوم بعمل جديد وهو تناول المعاهدات الدولية من جانبين الشرعي والقانون والهدف لكل من التشريعين.

إن موضوع المعاهدات الدولية يعتبر من أهم مواضيع القانون الدولي العام وذلك لكونه احد وأهم مصادر القانون الدولي العام ، خاصة وأن العلاقات الدولة الآن وفي عصرنا الحاضر أصبحت متعمدة في علاقاتها على ما تبرمه من معاهدات لذا كان للمعاهدات الدور الكبير في نشر ثقافة الأمن والسلم والدوليين، كما كان لها الأثر في نشر العلوم بين العالم ، واستطاعت الدول من خلالها التعاون في جميع المجالات ، وهذا ما كانت تسعى إليه الشريعة الإسلامية من خلال حثها على الصلح والتعاون الإنساني في مجلات الحياة، لذا نجد أن بعض النداءات في القرآن الكريم كانت توجه للبشرية أجمع دون تخصيص وذلك لما لها من أهمية في حياة الانسان، وقد حرص المشرع على أن تكون العلاقة بين المجتمع البشري بنية على السلم والحفاظ على النفس البشرية ، لذا كان لابد من تناول المنهج الذي اعتمده كلا التشريعين في ابرام المعاهدات وطرق التزام بها.

ولقد حرصت من خلال هذه الدراسة على أن يكون طريقة الطرح لهذا الموضوع مختلفة عن الطرق التي سلكها آخرون في الموضوع ذاته، حيث عزمت على أن يكون تناولها محاب للعصر الحاضر ومشاكله والطرق التي تقوم بها الدول ابرام المعاهدات ومدى حفاظها على ما تبرمه من معاهدات.

أولا: أهمية الموضوع

1) إظهار أهمية المعاهدات الدولية في نشر الأمن والسلم الدوليين.
2) إبراز دور الشريعة الإسلامية في الحث على المعاهدات واللجوء إليها قبل الحرب.
3) دور المعاهدات في تعزيز العلاقات الدولية.
4) إبراز منظور المعاهدات الدولية في الشريعة والقانون.
5) أهمية المعاهدات الدولية في الشريعة والقانون.
6) دور المعاهدات الدولية في نشر العلوم بين الدول وتعزيز التعاون بينها في جميع المجالات.

ثانيا: أسباب اختيار الموضوع

1) إبراز دور المعاهدات الدولية في تطوير العلاقات الدولية.
2) إبراز دور الشريعة الإسلامية في التزام بالمعاهدات الدولية.
3) شعوري بغياب دور الفقه الإسلامي في ابراز دور الشريعة في الحث على المعاهدات الدولية.
4) إبراز الفرق بين الشريعة والقانون في مجال المعاهدات الدولية.
5) محاولة إثراء المكتبة العربية في مجال يفتقر إلى الدراسات الجادة لقضية المقارنة بين مواضيع القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية وهي إحدى القضايا المحورية التي أهملها الباحثون.

ثالثا: مشكلة البحث

المشكلة التي يتناولها البحث هي المعاهدات الدولية من المنظور القانوني والمنظور الإسلامي أو التشريع الإسلامي، ودور كل منهما في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين عموما والحفاظ على العنصر البشري خاصة من خلال اللجوء إلى المعاهدات الدولية في حال الخلاف أو النزاع وطرق أبرام هذه المعاهدات وطريقة التزام بها ونقضها

منهج البحث:

منهج البحث الذي سار عليه الباحث في هذه الدراسة: هو المنهج الاستقرائي والتحليلي مستصحبا المنهجين الوصفي التحليلي والتاريخي، متبعاً فيه الأساليب الآتية:

1- التزمت الكتابة وفق قواعد الإملاء الحديث.

2- في المسائل الفقهية والقانونية أتبع الخطة الآتية:

أ- ذكر حكم المسالة أو المادة القانونية بدليله- غالبا- إذا كانت من مواضع الاتفاق، مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

ب- إذا كانت المسالة من المسائل الخلافية فأتبع ما يلي:

- أذكر الأقوال في المسالة مع نسبتها إلى من قال بها من اهل العلم؛ ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية والقانونية.
- توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.
- استقصي أدلة الاقوال مع بيان وجه دلالتها، واذكر ما يرد عليها من مناقشات وما يجاب به عنها بعد ذكر الدليل مباشرة كل ذلك باختصار.

3- عني الباحث بقواعد اللغة العربية، بعلامات الترقيم الموضحة للنص والمزينة له؛ من اقواس وفواصل وعلامتي الاستفهام والتعجب وغير ذلك.

4- عرف" المصطلحات" من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح؛ او من كتب المصطلحات المعتمدة.

5- وثق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الاحالة عليها برقم الجزء والصفحة أو بالمادة – حيث إنها لا تختلف باختلاف الطبعات، أو بالاثنين معا.

6- لم آل جهدا في الاهتمام بلغة البحث، فتجنبت– قدر استطاعتي– الحشو والفضول والاسترسال في إرسال الاعتراضات والإجابة عنها.

المعاهدات في القانون:

إن المعاهدات الدولية تعتبر أحد المصادر الرئيسية للقانون الدولي العام، وهذا مما أكسبها أهمية لدى فقهاء القانون الدولي والمجتمع الدولي، وقد كان ذلك من الأسباب التي أدت إلى ان يقوم المجتمع الدولي باستصدار قانون خاص بها وهو قانون فينا للمعاهدات الدولية، لذا قما بتقديم نظرية القانون من أجل تناول هذه الاتفاقية والمنهج الذي صارت ومن ثم نتناول منهج الشريعة في تشريعها لكون الدراسة دراسة مقارنة.

المعاهدات الدولية:

إن المعاهدات الدولية لها معاني لغوية وتعريفات اصطلاحية ومعاني مرادفة، وكذلك أقسام وأنواع، لذا خصصنا هذا الفصل لتناول هذه المواضيع وذلك على النحو التالي: -

أولا: المعاهدات الدولية في اللغة:

وحيث أن المعاهدات الدولية مصطلح مركب فكان لابد من تعريف كل من الكلمتين على حدة وذلك على النحو التالي: -

1- المعاهدات: هي جمع ومفردها معاهدة، وهي مصدر عاهد يعاهد، يقال عاهده على كذا وعاهدت الرجل معاهدة، وأعهدته يعني أعطيته عهدا، وبين فلان وفلان عهد، وأعهده: أعطاه عهدا.

وقال صاحب لسان العرب: المعاهدة والاعتهاد والتعاهد والتعهد بمعنى واحد وهو إحداث العهد بما عهدته. ويقال للمحافظ على العهد: متعهد.

والعهد: أصل يدل على الاحتفاظ بالشيء ومراعاته حالا بعد حال، وقيل إنه الاحتفاظ بالشيء وإحداث العهد به.

2- دولية: وهي جمع مفردها دولة، الدولية: اسم مؤنث منسوب إلى دولة. وهي مصدر صناعي من دول.

الدولة: بالفتح في الحرب أن تدال إحدى الفئتين على الأخرى، يقال كانت لنا عليه الدولة، والجمع الدول، والدولة، بالضم، في المال، يقال صار الفي دولة بينهم يتداولنه مرة لهذا ومرة لهذا، والجمع دولات ودول وقال أبو عبيدة: الدولة، بالضم، اسم للشيء الذي يتداول به بعينه والدولة، بالفتح، الفعل.

دولة: انقلاب.

الدولة الحديثة: نظام البلاد وجهازها الإداري والسياسي والاقتصادي والاجتماعي.

ثانيا: تعريف المعاهدات الدولية اصطلاحا

لقد عرفت اتفاقية فينا المعاهدة الدولية وذلك من خلال ما نصت عليه المادة الثانية من الاتفاقية على أنه (اتفاق دولي يعقد بشكل كتابي بين دولتين أو أكثر ويخضع للقانون الدولي سواء تم في وثيقة واحدة أو أكثر وأيا كانت التسمية التي يطلق عليها).

كما عرفها فقهاء القانون الدولي عدة تعاريف وسوف نتناول هذه التعاريف على النحو التالي: -

- عرفت على أنها اتفاقا بين دول الغرض منه تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة (هيف).
- وعرفها آخرون على أنها (اتفاق مكتوب بين شخصين أو أكثر من الأشخاص الدولية من شأنه أن ينشئ حقوقا والتزامات متبادلة في ظل القانون الدولي (شكري، المدخل إلى القانون العام وقت السلم).
- هي اتفاق تعقده دول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة.

ومن خلال التعاريف السابقة نجد أن الفقهاء اتفقوا على أن المعاهدات الدولية هو اتفاق مكتوب واطرافه دول أو شخص من أشخاص القانون الدولي والهدف من هذه المعاهدة هو تنظيم العلاقة في موضوع معين وتحدد المعاهدة القواعد التي تخض لها وذلك من أجل تحديد الحقوق والالتزامات لكل من الطرفين، وبهذا تكون المعاهدة هي اتفاق يلزم طرفيه التزام بما ورد فيها، ولازال هذا التزام محل نظر حيث أنه لا يوجد ما يلزم الدول من تنفيذ المعاهدة سوى أدبيا وهذا يثبت عدم صحة من يقول أن المعاهدة هي عقد ملزم لطرفيه بل إن المعاهدة غير ملزمة لكونها لا توجد جهة تنفيذية تجبر أطرافها على تنفيذ بنودها وهذا الفرق بين العقد والمعاهدة حيث أن العقد يصنف حسب نصوص القانون الداخلي للدولة وبهذا يلزم طرفيه بتنفيذه لكون هناك جهة تنفيذية تلزم أطرافه على تنفيذه بعكس المعاهدة فهي عبارة عن اتفاق بين شخصين من أشخاص القانون الدولي لكل منهما عند الاخر مصلحة والاتفاق مبني على مصالح وهذه المصالح هي التي تجبر الطرفين على تنفيذ هذه المعاهدة وإلا لم يقم أطراف هذه المعاهدة بتنفيذها ، وبهذا يكون الفرق بين المعاهدة والعقد وذلك من خلال إلزامية.

ثالثا: المفردات

إن لفظ المعاهدات يأتي على معاني عدة في اللغة وهي على النحو التالي: -

1- المعاهدة والاعتهاد والتعاهد هذي جميعها بمعنى واحد وهي المعاقدة والمحالفة، يقال تعاهد القوم أي تحالفوا.
2- الموادعة: الموادعة تعني السلم والتصالح.
3- المعاقدة: وهو ما يبرم بين طرفين من تعاهد.
4- المحالفة: وهي أن المتحالفين أو المتعاهدين تحالفوا على الشيء.
5- الميثاق: فالمعاهدة ميثاق بين اثنين أو جماعتين.

فهذي المعاني كلها مرادفة لمعنى المعاهدة لذا نجد أن بعضها مستخدم الان في المصطلحات الدولية، فالميثاق يطلق على المعاهدة التي تبرم بين الدول لإنشاء منظمة دولية، كما أن التحالف يطلق على المعاهدات التي تبرم بين الدول من أجل الوقوف ضد دول أخرى أو لتحقيق هدف معين، فجميع المرادفات تستخدم في القانون الدولي وكلها تعني المعاهدة.

رابعا: خصائص المعاهدات الدولية

لقد اشتمل تعريف المعاهدات الدولية على عدة خصائص وهذه الخصائص تتمثل في الآتي: -

1- أن المعاهدات الدولية لا تبرم إلا بين أشخاص القانون الدولي.

2- ينبغي أن تصاغ المعاهدة الدولية في وثيقة مكتوبة

3- خضوع موضوع المعاهدة لأحكام القانون الدولي.

خامسا: أنواع المعاهدات

المعاهدات الدولية مثلها مثل غيرها من العلوم الأخرى فلها أقسام وأنواع وتختلف في ذلك من حيث تناول شكل الموضوع، لذا سوف نتناول كالتالي: -

1- **من حيث الأطراف**: تصنف المعاهدات من حيث أطرافها إلى معاهدات ثنائية ومعاهدات جماعية أو متعددة الأطراف وتعقد بين عدة دول وتفصيلها على النحو التالي: -

أ- **معاهدات ثنائية:** وهي معاهدة يتم إبرامها بين طرفين من الدول ذات السيادة وهذين الطرفين إما دولتين أو منظمتين أو دولة ومنظمة دولية، وعلى هذا النحو فالمعاهدة الثنائية لا يزيد عدد أطرافها عن اثنين، أما صفة أطراف المعاهدة فهذا شرحه سيأتي لاحقا.

ب- **معاهدات متعددة الأطراف (جماعية)** : المعاهدات الجماعية تشترك في أن عدد أطرافها يزيد عن دولتين، وهي قد تكون من حيث المدى الجغرافي إقليمية وقد تكون ذات اتجاه عالمي، وتنشأ المنظمات الدولية من هذا النوع من المعاهدات الذي تطبق عليه اتفاقية فيينا (المادة 5 من اتفاقية فينا).

2- **من حيث المدة**: إن المعاهدة إما ان تكون مؤقتة أو تكون مطلقة، فالمؤقتة هي التي لها زمن محددة ثم تنتهي وهذه لها أصناف عديد في القانون الدولي المعاصرة إلا إن المكان لا يسع لطرح أمثلة لكل نوع من أنواع هذه المعاهدات.

3- **من حيث المعيار الموضوعي**: أما من حيث المعيار الموضوعي فالمعاهدات على شكلين أما عقدية وأما شارعه.

من خلال ما سبق نكون قد تناولنا مفهوم المعاهدات الدولية وأقسامها وتعاريفها وذلك من أجل إيضاح مفهوم المعاهدات الدولية من منظور القانون الدولي، وسوف نتناولها من منظور الشريعة الإسلامية وذلك في المبحث الثاني.

قانون المعاهدات الدولية

تعتبر المعاهدات الدولية مصدر رئيسي من مصادر القانون الدولي العام والذي يعتبر المنظم للعلاقات الدولية ، لذا أولت الدول لها اهتماما كبيرا ، وتعتبر الدول هي المصدر الرئيسي لها حيث أن رضاء الدول بأي معاهدة تجعلها تضع قواعد دولية تحكم علاقتها فيما بينها من خلال رضائها لذا تعتبر الدول بمثابة المشرع الداخلي للدولة فالمشرع في الدولة يقوم بسن قوانين تنظم العلاقة داخل الدولة وهنا العكس الدول هي التي تشرع القواعد التي تحكم العلاقة فيما بينها من خلال الرضاء بالتعاقد كما أسلفنا ، لذا تعتبر المعاهدات عي المصدر الرئيسي لقواعد القانون الدولي وهي موضوع قانون المعاهدات ، ومن خلال موفقة الدول عليها فهي بذلك تضع قواعد جديدة تحكم العلاقة الدولية ، لذا قامت الدول من خلال لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة بسن قانون ينظم موضوع المعاهدات الدولية لكي تصبح ملزمة للدول وسوف نتناول هذه الاتفاقية في دراسة مختصرة لكونها هي المرجع القانوني للمعاهدات الدولية والمنظم لها وذلك على النحو التالي:-

- **أولا: الديباجة**

لقد اشتملت الديباجة على أمور عدة منها أهمية المعاهدات الدولية في توطيد العلاقات الدولية وتطويرها وتعزيز التعاون الدولي مما جعل لها أهمية متزايدة وتقديرا من قبل الدول، وكذلك أهمية المعاهدات الدولية كمصدر من مصادر القانون الدولي العام من أجل تطوير التعاون السلمي بين الدول على اختلاف أنظمتها.

كما اشتملت الديباجة على تأكيد الدول على أهمية انهاء المنازعات عبر الطرق السلمية ووفقا لمبادئ العدالة والقانون الدولي، وعلى أن المنازعات المتعلقة بالمعاهدات كمثلها من المنازعات الأخرى تحل بالطرق السلمية.

كما تطرقت الديباجة إلى ضرورة إقامة شروط يمكن معها الحفاظ على العدالة واحترام التزامات الناشئة من المعاهدات.

كما طرقت إلى مبادئ القانون الدولي المقررة في ميثاق الأمم المتحدة وأن تقنين وتطوير قانون المعاهدات الدولية سيدعم مبادئ الأمم المتحدة المنصوص عليها في الميثاق، وهي المحافظة على السلم والامن الدوليين وتطوير العلاقات الودية بين الدول والتعاون فيما بينها.

ومن خلال ما ذكر نجد أن الديباجة اشتملت على النقاط الرئيسية وهي أهمية المعاهدات الدولية للمجتمع الدولي وكذلك في مجال القانون الدولي والمنازعات الدولية، وضرورة تقنينها وتطويرها لتتواكب مع مبادئ القانون الدولي المقررة في ميثاق الأمم المتحدة وعلى رأسها الأمن والسلم الدوليين والعلاقات الدولية والتعاون الدولي، ولا يمكن الحفاظ على المبادئ إلا من خلال تقنين ينظمها وهذا التقنين يكون عبارة عن قانون ينظم المعاهدات وينظمها ويعطها الحق القانوني لكي تصبح ملزمة للدول.

ثانيا: التمهيد

وقد اشتمل التمهيد على خمس مواد وتناولت هذه المواد الموضوعات التالية (نطاق الاتفاقية - المصطلحات - الاتفاقيات التي لا تشملها هذه الاتفاقية - عدم رجعية هذه الاتفاقية) وتفصيلها كالتالي: -

1- تطبق الاتفاقية على المعاهدات الدولية: وخرج منها الاتفاقية التي أطرافها غير دوليين أو فيها طرف غير دولي، أي ان النص اشترط أن يكون أطراف الاتفاقية أشخاص القانون الدولي وهم الدول والمنظمات الدولية، إلا أنه وضع استثناءات على بعض المعاهدات في المادة الثالثة.
2- تعريفها وقد سبق وان تناولناه في المطلب السابق.
3- يقصد بالعبارات التالية (التصديق والقبول والموافقة والانضمام) الإجراء الدولي المسمى كذلك، والذي تقر الدولة بمقتضاه على المستوى الدولي رضاها الالتزام بالمعاهدة.
4- يقصد بالعبارة التالية (وثيقة التفويض الكامل) هي الوثيقة التي يتم من خلالها تفويض شخص من قبل الدولة لتمثيلها في المفاوضة أو في اعتماد نص المعاهدة أو الرضا به أو القيام بأي تصرف آخر يتعلق بالمعاهدة، وهو بمثابة الوكالة في القانون الداخلي للدول فالوكالة يحدد الشخص فيها الأمور التي يحق للوكيل القيام بها، إلا أن هذه الوثيقة تصدر من أشخص معينين في الدولة مثل رئيس الدولة أو وزير الخارجية.
5- **يقصد بالعبارات التالية: -**

1. التحفظ: اعلان من جانب واحد أيا كانت صيغته.
2. الدولة المتفاوضة: هي التي أسهمت في صياغة نص المعاهدة واعتماده.
3. الدولة المتعاقدة: هي التي رضيت الالتزام بالمعاهدة سواء دخلت حيز التنفيذ أم لا.
4. الطرف: هي الدولة التي رضيت التزام بالمعاهدة وكانت المعاهدة نافذه بالنسبة إليها.
5. الدولة الغير: هي التي ليست طرفا في المعاهدة.

6. المنظمة الدولية: هي المنظمة بين الحكومات.
7. كما نصت الاتفاقية على أن هذه الاتفاقية لا تسري إلا على المعاهدات التي عقدت بين الدول بعد دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ.
8. كما نصت الاتفاقية على أن المعاهدات المنشئة للمنظمات الدولية يطبق عليها نصوص هذه الاتفاقية وعلى أي معاهدة تعتمد في نطاق منظمة دولية.

ومن خلال النصوص السابقة نجد أن الاتفاقية وضع نطاق للتطبيق كما وضعت عبارات تطلق على الإجراءات التي تتخذ أثناء الاتفاق بين الدول عند ابرام أي معاهدة وهذه المسميات هي(التصديق - القبول - الموافقة - الانضمام)، وهذه إجراءات تقوم بها الدول اثناء ابرام أي معاهدة، والاتفاقية مثلها مثل غيرها من القوانين الأخرى وضعت عبارات معينة وكان لابد من شرح معاني هذه العبارات حيث أن هذه العبارات تستخدم عند صياغة الاتفاقية ، وأثناء التفاوض على قبولها، كما أن القانون أو الاتفاقية وضعت شروط للشخص الذي يمثل الدولة أثناء إجراءات ابرام المعاهدة وهو أنه لابد أن يقدم ما يثبت أهليته للتمثيل وهذه الشروط تمثلت في وجود تفويض تمثيل أو ما يطلق عليه وثيقة التفويض الكامل وهي عبارة عن تفويض كما أسلفنا.

ثالثا: إبرام المعاهدة

1- أهلية الأطراف:

قبل ابرام أي معاهدة دولية لا بد أن تكون أطراف المعاهدة ذو أهلية فمثلا الميلشيات لا تعتبر ذو أهلية ولا يمكنها ابرام أي معاهدة دولية، وذلك لكونها ليست دولة وقد نصت الاتفاقية على أن أهلية ابرام المعاهدات لا تكون إلا للدول أو من يمثلها، وبهذا النص تخرج أي جهات لا تكون لها الصفة الدولية.

كما نصت الاتفاقية على أن هناك أشخاص يعتبرون ممثلون رسميون لدولهم دون الحاجة إلى ابراز وثيقة التفويض الكامل وهم (رؤساء الدول، ورؤساء الحكومات، ووزراء الخارجية، رؤساء البعثات الدبلوماسية، الممثلون المعتمدون من قبل الدول لدى مؤتمر دولي أو لدى منظمة دولية أو إحدى هيئاتها وذلك من أجل اعتماد نص المعاهدة في ذلك المؤتمر أو المنظمة أو الهيئة) وبهذا تكون هذه الشخصيات لا تحتاج إلى وثيقة تفويض.

كما نصت الاتفاقية على ضرورة أن يكون الشخص الذي يمثل الدولة في التعبير عن رضاها عند اعتماد نص المعاهدة أو الوثيقة لديه وثيقة التفويض الكامل المناسبة وأيضا يمكن اعتبار الممثل ممنوحا تفويضا كاملا في حال اعتبرت الدول الشخص ممثلا من خلال التعامل وكان ذلك جليا من خلال الظروف (سابق).

ومن خلال نصوص الاتفاقية يتضح أنه لابد من وجود مصوغات قانونية تثبت أهلية الممثل للدولة قانونيا، ولا يمكن أن تعتبر المعاهدة صحيحة إلا إذا كان الممثل لديه الاهلية القانونية في التمثيل، وفي حال ثبت عكس ذلك لا يمكن أيكون لتلك المعاهدة الأثر قانوني إلا إذا أجازته الدول المعنية.

2- مراحل إبرام المعاهدات:

هناك مراحل تمر بها المعاهدات غالبا ن وذلك لكون معظم المعاهدات يتم ابرامها من أجل الوصول إلى اتفاق معين في مجال معين، ولا يمكن الاتفاق إلا من خلال حوار يتم فيه تبادل وجهات النظر بين الأطراف، وعندها يتم الاختلاف بين الأطراف في وجهات النظر وعندها لابد من اللجوء إلى التفاوض من أجل الوصول إلى اتفاق يرضي جميع الأطراف وهذه يطلق عليها مراحل ابرام المعاهدة وسنتناولها وذلك على النحو التالي: -

أ. مرحلة الاتصالات:

وهي اتصال الدولتين للاتفاق مبدئياً على موضوع المعاهدة والإجراءات اللازمة لانعقادها.

ب- المفاوضات

وهي من الوسائل التي تعتبر في نظر المختصين مؤثرة جدا في حال ابرام المعاهدات وخاصة في المعاهدات التي سببها نزاع دولي وغالبا ما تؤتي ثمارها، لذا أولى لها المختصين أهمية كبيرة مما دفع الكثير إلى التركيز عليها واعتبارها كأهم وسيلة للتوصل إلى أي اتفاق دولي أو معاهدة دولية لذا اعتبرها فقهاء القانون الدولي من أهم الوسائل الودية لحل الخلافات والنزاعات الدولية، وتولي لها الأمم المتحدة اهتماما كبيرا عند ابرام أي معاهدة وخاصة عند وجود نزاع مسلح، خاصة و أن جميع النزاعات بين الدول في العصر الحاضر تقوم الأمم المتحدة بالسعي لحلها عبر المفاوضات، لذا فهي لها سمات خاصة تتسم بها.

ولقد عرف الفقهاء المفاوضات على أنها (تبادل الرأي بين دولتين مختلفتين أو متنازعتين بقصد الوصول إلى تسوية للنزاع القائم بينهما (هيف د.، 1992).

وتعد المفاوضات أول القنوات الهامة التي ينبغي على الدول أن تسلكها عادة عند ابرام أي معاهدة وخاصة عند وجود نزاع وذلك من أجل إزالة أي خلاف أو توترات قد تنشأ فيما بينها، وذلك لما تتميز به من مرونة ويسر في تسوية جميع أشكال الخلافات والنزاعات تسوية مباشرة وودية، سواء كان النزاع سياسي أو قانوني أو تجاري، وتستخدم لتعزيز الظروف على استمرار العلاقات من خلال تذليل أو حل مواجهة أي مصاعب قد تقف في طريق تعزيز العلاقات الدولية (الخطيب، 1990).

فمن خلال التعاريف السابقة نستخلص أن المفاوضات هي عبارة عن حوار بين الأطراف المتخالفة أو المتنازعة تتم عبر الاتصال المباشر بينهما وذلك عبر الدبلوماسية أي عبر الوزراء المعنيين لكلا المتخالفين أو المتنازعين، حيث تقوم كل دولة بندب وزيرها أو مندوبها من أجل المفاوضة مع الطرف الآخر، وذلك عبر تبادل الآراء بين الطرفين عبر مذكرات، ويكون تبادل الآراء مكتوبة أو شفوية، إلا أن المفاوضات الشفوية ليس لها قيمة قانونية ملزمة، أما الكتابية فهي ملزمة لأطراف المعاهدة.

إن أقدم وسيلة لتسوية الخلافات والمنازعات، وأكثرها شيوعا، بل وأكثرها ازدحاما بالتفاصيل الإجرائية هي المفاوضات، لذا كانت العهود الوسطى تجعل من الضرورة الحتمية، التفاوض قبل اللجوء إلى استخدام القوة.

1-خصائص المفاوضات:

من الخصائص التي تختص بها المفاوضات أنها تكون عبر مندوبين خاصين من الدول المتنازعة، وتكون مهمة المفاوض هو الحصول على حل من شأنه إنهاء النزاع وإرضاء الطرفين، ويمكن أن يتم النزاع على إقليم أطراف النزاع وممكن أن يتم على إقليم دولة محايدة.

ومن خصائص المفاوضات أنها تكون من اختصاص السلطة التنفيذية والمتمثلة في (رئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو وزير الخارجية) ويكون المندوب مفوض من قبل السلطة التنفيذية بموجب نص كتابي محدد المدة.

ومن الخصائص أيضا أنه يشترط في المفاوض أن يكون من أطراف النزاع، فلا يصح أن يكون المفاوض من أطراف خارجية، وإذا دخلت دولة خارجية في المفاوضات غير المفاوض فيعتبر بمثابة وسيط.

هذه بعض الخصائص المهمة في المفاوضات أو بالأحرى الواجب مراعاتها أثناء التفاوض والحرص عليها، وذلك لكون المفاوضات لها خصائص معينة لابد من مراعاتها أثناء عملية التفاوض، وذلك لكون هذه الخصائص عند التدقيق نجد أنها هي الطريق إلى نجاح المفاوضات أو فشلها من حيث الآلية والجهات المناط بها عملية التفاوض.

2-شروط نجاح المفاوضات:

هناك بعض الشروط التي يجب توفرها في المفاوضات، فإذا توفرت فإنه يمكن أن يضيف إليها سمات النجاح، وتتمثل في ثلاث شروط (حسن النية – تناسب القوة أو وجود خطر مشترك – عدم تعقد الخلافات (بلفراق)، فهذه الثلاث شروط

إذا وجدت في المفاوضات فإنه يضيف إليها فرصة النجاح خاصة الشرط الأول وهو حسن النية لدى الأطراف بحيث يكون لكلا الطرفين المتنازعين النية في إيجاد حل للنزاع القائم بينهما أما المراوغة والطرق المماطلة في الحل فهذه هي المدمرة للمفاوضات، أما الشرط الثاني وهو تناسب القوة فإننا نجد أن معظم الصراعات القائمة الآن هي عبارة عن تنازعات بين الطرفين غير متناسبين من حيث القوة، لذا نجد أن المفاوضات بين الطرفين غالبا ما تنتهي بالفشل، أما الشرط الثالث وهو عدم التعقد الخلافات لأن التعقد الخلافات من الأسباب التي لا يمكن أن تؤدي إلى نجاح المفاوضات ، لأن المرونة هي السبب الرئيسي في نجاح المفاوضات، والخلاف الذي يتسم بالتعقد لا يمكن أن يتم التوصل من خلاله إلى مفاوضات ناجحة، لذا فإن من شروط نجاح المفاوضات هو عدم تعقد الخلاف.

إلا أن البعض يرى أن هناك سمات أخرى يمكن أيضا أن تساعد في نجاح المفاوضات، وهي سمات قريبة من السمات المذكورة وهي تتمثل في(مركز الخصومة – حالة العلاقات الدولية بوجه عام – الموضوع ومدى حساسيته (بالفراق)، وذلك لكون مركز الخصومة وهي موازية لسمة تناسب القوة، وهي من السمات التي تأثر في نجاح المفاوضات من عدمه، لأنه يبين مدى التساوي في القوة بين الطرفين وهو مرصد لحجم القوة بينهما، لذا فلابد من التساوي بين الطرفين من حيث القوة لكي تتسم المفاوضات بالنجاح وذلك مما حث عليه القرآن الكريم حيث نص قال تعالى: وإن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأخرى فَقَاتِلُوا الَّتِي تبغي[سورة الحجرات – الآية :9].

فجعل من الضروري التساوي في القوة وإذا اعتدت طائفة على أخرى فإنه لابد أن يتم ضعف الطائفة التي ترى أنها أقوى لكي يتم التواصل إلى حل حين القيام بالمفاوضات، وهذا يدل على أن الشاعر الكريم نص على ضرورة التساوي في القوة بين الخصوم من أجل الوصول إلى حل بين الطرفين المتنازعين عبر المفاوضات، ومن السمات الأساسية لنجاح المفاوضات حالة العلاقات الدولية، أي حالة علاقة بين الدولتين المتنازعتين، لأنه لابد أن تكون علاقة يمكن التأثير من خلالها عليهما، وذلك لكون العلاقات الدولية في الوقت الحالي لها تأثير كبير بسبب أنها تأثر على جميع قطاعات الدولة سواء الاقتصادية أو العسكرية أو الثقافية، لذا فإن العلاقة بين الدول ليست منحصرة في مجال معين، بل إن جميع الدول تعقد اتفاقات تعاون وتبادل في جميع المجالات، لذا فإنه عند النظر في حالة العلاقة بين الدول ومدى تأثيرها على المفاوضات فإنه يمكن أن نضعها في عين الاعتبار، بسبب أنها ممكن أن تؤثر على أحد الطرفين المتنازعين، ويمكن أيضا أن يقوم طرف آخر له علاقة جيدة مع أحد أطراف النزاع في التأثير من أجل نجاح المفاوضات، فحالة العلاقات بين الدول لها تأثير كبير في نجاح المفاوضات، لذا لابد من وضعها في عين الاعتبار عند القيام بإبرام المعاهدات.

أما المحور الثالث وهو مدى حساسية الموضوع وهو أيضا مقارب لسمة تعقد الخلافات المذكورة سلفا، ولابد من وضعه في الاعتبار عند إجراء مفاوضات وذلك لما له من تأثير في نجاحها حيث أن موضوع النزاع ومدى تعقيده لابد من تحليله لمعرفة مدى إمكانية الوصول إلى حل عبر المفاوضات، فحساسية النزاع بين الطرفين أمر هام حيث أنه لابد للمفاوض أن يدرك هذا الجانب لكي يتمكن من حل النزاع عبر المفاوضات ولكي يتمكن من نجاحها.

فالمفاوضات لها أسلوب خاص لا يمكن أن يتم انجاحها إلا من خلاله، وذلك لكونها من أهم طرق الحل الودي في النزاعات الدولية، وقد أولاها القانون الدولي أهمية خاصة وذلك لما من تأثير، حيث أن المنهجية التي يجب اتباعها في المفاوضات هي تحسيس كل من الطرفين بأنه ليس في موطن ضعف وذلك لكي يتسنى للمفاوضات تحقيق الغاية منها، ولكون عامل الرضا يجعل كلا الطرفين يسهم في التفاوض من أجل الوصول إلى اتفاق بين الطرفين دون اللجوء إلى استخدام القوة والانتقام من الآخر.

فالتفاوض عملية يقوم من خلالها الأطراف بتبادل الأدلة والحجج لإقناع الأطراف المتنازعة بتغيير وجهات نظرهم أو تعديل رأيهم فيما يحقق الفائدة لهم.

وقد أوضحت بعض الدراسات أن المفاوضات، لا يمكن الاستغناء عنها لحل النزاعات الدولية وذلك لما لها من ايجابية، حيث أن الدراسة أوضحت أنه بين كل (50) نزاعا يتم حل 15 نزاع منها عبر المفاوضات، وتلعب المنظمات الدولية أو الإقليمية دور هام في حل النزاعات عن طريق المفاوضات فالدور الذي تلعبه هذه المنظمات دور لا يستهان به وذلك لكون المفاوضات عبر المنظمات الدولية أو الإقليمية تكون لها آلية تختلف فيها كل منظمة عن الأخرى (بالفراق، النزاعات الدولية وحلها بالطرق السلمية - مرجع سابق).

3- خصائص المفاوض

في ظل التطور الذي يمر بها العالم اليوم في الدراسات العلمية وضع الباحثون سمات معينه للمفاوض، وهي مهارات تجعل من المفاوض الذي يكتسبها مفاوضا ناجح، حيث أن جميع المفاوضات التي يقوم بها تتسم بصفات النجاح، وهذه السمات تتمثل في الآتي: -

1. الحكم السليم للأمور والقدرة على التمييز بين القضايا الأساسية والفرعية.
2. الاستعداد والالتزام بالتخطيط الدقيق لكل التفاصيل وايجاد البدائل.
3. الحكمة والصبر والانتظار حتى تظهر الصورة بأكملها.
4. القدرة على الاستماع بعقل متفتح.
5. امتلاك البصيرة للنظر الي الموضوع بوجهة نظر الطرف الآخر.
6. الشجاعة في الاستعانة بالفريق المساعد في الوقت المناسب.
7. الثقة بالنفس القائمة على المعرفة.
8. الشخصية المتوازنة (مزج الدعابة مع الجد).
9. الالتزام بالنزاهة والقدرة على ارضاء كافة الاطراف.
10. القدرة على التفاوض بفاعلية مع الطرف الاخر وكسب ثقته (: http://www.alukah.net/social/0/90510/#ixzz56GiasWtP).

فهذه المهارات التي ينبغي للمفاوض أن يتحلى بها لكي يتسنى له القيام بإجراء مفاوضات، وذلك لكون هذه الصفات أو المهارات لا يمكن لأي شخص أن يتحلى بها فهي مهارات تكتسب، لذا فمن الضروري قبل أن تقرر أي جهة بعث مندوب لإجراء مفاوضات بين دول متنازعة أن تتأكد من أن هذا الرجل يتحلى بصفات المفاوض الماهر، وذلك لكي تتسم المفاوضات بالنجاح.

جـ- تحرير المعاهدة:

لقد نصت اتفاقية فينا على ضرورة أن تكون المعاهدة مكتوبة كما سبق، لذا لابد من الكتابة في حال الاختلاف بين الأطراف، وتعتبر الكتابة من الأمور المهمة في العصر الحاضر لكونها تحافظ على العلاقات الدولية وعدم الاختلاف أو النزاع، لذا من الضروري تحرير من تم الاتفاق عليه من المندوبين الذي كانت لهم الصفة القانونية في التفاوض.

أما لغة التحرير فتختار الدول المبرمة للمعاهدة اللغة أو اللغات التي تحرر بها، فيجوز أن تحرر بلغة واحدة ويجوز أن تحرر بأكثر من لغة، وقد نصت المادة (33) من ميثاق الأمم المتحدة في الفقرة (أ) على أنه يجوز إذا اعتمدت المعاهدة بلغتين أو أكثر أن يكون لكل نص من نصوصها نفس الحجية ما لم تنص المعاهدة أو يتفق أطرافها على أنه عند الاختلاف تكون الغلبة لنص معين (المتحدة).

د- التوقيع واعتماد النص

وعند الانتهاء من التحرير تأتي مرحلة التوقيع، وهنا نجد ان الاتفاقية نصت على أن هناك نوعين التوقيع وهي: -

1. التوقيع الكامل: ويكون للمثل الذي لديه التفويض الكامل من دولته بالتوقيع دون الرجوع للسلطة الداخلية لدولته، حيث أن هذا التوقيع ينتج عنه آثار قانونية لذا إذ أن الممثل لدية التفويض الكامل في التوقيع في هذه الحالة تكون الاتفاقية قد تم توقيعها وتحدث أثرها القانوني.
2. التوقيع بالأحرف الأولى: ويتم التوقيع بالأحرف الأولى من قبل ممثلي الدول على نص المعاهدة أو على المحضر الختامي للنص، وذلك التوقيع بشرط الرجوع إلى الحكومة، ولا يحدث أي أثر قانوني إلا بعد موافقة السلطة الداخلية لدولته، ويحق له رفض التوقيع النهائي.

هـ- تصديق المعاهدات

لقد نصت الاتفاقية على ضرورة تصديق المعاهدات في ثلاث حالات وهي كالتالي (فينا):-

1. إذا نصت المعاهدة على أن التعبير عن الرضا يتم بالتصديق.
2. إذا اتفقت الدلو على شط التصديق.
3. إذا كان ممثل الدولة قد وقعة المعاهدة بشرط التصديق.

وقد يكون التصديق صريحاً وقد يكون ضمنياً كأن تبدأ الدولة في تنفيذ المعاهدة التي تم التوقيع عليها، ولكن العرف والعمل الدولي جرى على أن يثبت التصديق في وثيقة مكتوبة تحوي نص المعاهدة أو الإشارة إليه وتوقع من رئيس الدولة ومن وزير خارجيتها وليحدث التصديق أثره لابد من علم الدول الأخرى الأطراف به ويكون ذلك عبر تبادل التصديقات.

والتصديق إجراء دولي يثبت بتمامه التزام الدولة بأحكام المعاهدة قبل الدول الأخرى الموقعة عليها وهو ما يختلف عن الإصدار الذي يعتبر إجراء داخلياً الغرض منه إضفاء صفة القانون على المعاهدة التي تم التصديق عليها حتى تتقيد بها سلطات الدولة المختلفة وأفرادها وتصبح نافذة في النطاق الداخلي للدولة.

و: تسجيل المعاهدات

لقد نص ميثاق الأمم المتحدة على ضرورة تسجيل المعاهدات الدولية وذلك سعيا إلى عدم الاعتراف الدولي بالمعادات السرية والدبلوماسية غير المعلنة حيث نصت المادة الثانية بعد المائة على أنه أ- (كل معاهدة أو اتفاق دولي يعقده عضو من أعضاء الأمم المتحدة بعد العمل بالميثاق يجب أن يسجل في أمانة الهيئة، وأن تقوم بنشره بأسرع وقت ممكن) ب- (ليس لأي طرف من أطراف المعاهدة أو الاتفاق لم يسجل وفقا للفقرة الأولى من هذه المادة أن يتمسك بتلك المعاهدة أو ذلك الاتفاق أمام أي فرع من فروع الأمم المتحدة).

ومن خلال النصوص السابقة نجد أن الأمم المتحدة حريصة على ن تكون جميع المعاهدات بين الدول علنية، وقد نصت الاتفاقية على (أن ترسل جميع المعاهدات بعد دخولها حيز التنفيذ إلى الأمانة العامة للمم المتحدة لتسجيلها وحفظها بحسب الحال وكذلك نشرها (فينا ا.).

لذا التوافق بين ما نص عليه ميثاق الأمم المتحدة وبين ما نصت الاتفاقية من ضرورة تسجيل المعاهدات لدى أمانة المتحدة، وهذا التسجيل مما يعطي المعاهدات الحق في أن تكون مرجعية قانونية ومصدر رسمي من مصادر القانون الدولي لكونها واضحة للجميع والعمل بها يعطي المجتمع الدولي الأمان.

4- العناصر التبعية للمعاهدات

أ. **الأجل**: غالباً ما يحدد في المعاهدة أجل بدء أو انتهاء العمل بالمعاهدة أو ببعض أحكامها، كأن تنص المعاهدة على سريان أحكامها بعد مضي فترة من الزمن من إيداع التصديقات، أو على انتهاء العمل بها بعد زمن معين من دخولها في دور التنفيذ، فإن لم تحو المعاهدة مثل ذلك أصبحت نافذة المفعول بمجرد ارتضاء جميع الدول الأطراف الالتزام بأحكامها

بأي من الطرق التي ذكرناها سابقاً والتي تدل على الارتضاء، ولقد قررت اتفاقية فيينا أنه إذا تم ارتضاء الدولة الالتزام بالمعاهدة في تاريخ لاحق لدخولها دور النفاذ فإن المعاهدة تعتبر نافذة في مواجهة هذه الدولة منذ هذا التاريخ ما لم تنص المعاهدة على غير ذلك.

ب- **الشرط:** الشرط هو عبارة عن حادثة مستقلة وغير مؤكدة تحدد بدء أو انتهاء العمل بالمعاهدة أو بعض أحكامها وتحتوي بعض المعاهدات على شروط.

ت- **التحفظ**: لقد عرف فقهاء القانون التحفظ عدة تعاريف وهي كالتالي: -

- هو تصريح رسمي صادر عن دولة أو منظمة دولية عند توقيعها على معاهدة أو التصديق عليها، أو الانضمام إليها، ويكون من أثره الحد من نطاق الآثار القانونية التي تنتجها المعاهدة في مواجهة الدولة أو المنظمة في علاقاتها مع غيرها من الأطراف في المعاهدة، أو أولئك اللذين يمكن أن يصبحوا أطرافا فيها.
- هو إعلان انفرادي من جانب واحد يصدر عن دولة أو منظمة وأيا كانت تسميته أو صيغته، وتلحقه الدولة أو المنظمة وقت توقيعها على المعاهدة، أو وقت إعلانها قبول التزام بها سوء كان ذلك بالقبول أو الانضمام أو التصديق أو التوقيع أو الإقرار، وذلك من أجل استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام المعاهدة أو لبعض بنودها، من حيث سيرانها على هذه الدولة أو المنظمة (حمودة).

هو إعلان كتابي تفصح به الدولة عن رغبتها في عدم الالتزام بحكم من أحكام المعاهدة، ويمثل التحفظ استثناء من الأصل وهو القبول الجماعي لكافة أحكام المعاهدة وهو مشروط بعدم مخالفة موضوع وغرض المعاهدة، حتى لا يكون التحفظ وسيلة للتملص من الأحكام الجوهرية التي تم التفاوض حولها لتحقيقها.

نستخلص من التعاريف السابقة أن التحفظ هو اعلان من الدولة أو المنظمة بعدم قبولها لجميع نصوص المعاهدة، وقد أجازت الاتفاقية التحفظ الأطراف المعاهدة إلا أنها قسمته إلى أنواع وجعلت له شروط ومن لم تتوفر فيه الشروط لا يحق له التحفظ، ولضيق البحث لم نتطرق إلى جميع البنود المذكورة أعلاه ونكتفي بذكرها جملة دون تفصيل.

المعاهدات في الشريعة:

لقد اولت الشريعة الإسلامية المعاهدات الدولية اهتماما كبيرا وذلك منذ عصر النبوة، والمتتبع للقران الكريم والسنة النبوية وهما المصدران الأساسيان في الشريعة الإسلامية يجد أن الشارع الحكيم أولى اهتماما كبيرا لها، وقد حث على الالتزام بها وعدم نقضها، وتوعد كل من نقض عهدا، وسوف نتناول من خلال هذا المبحث منظور الشريعة الإسلامية للمعاهدات الدولية وذلك في مطلبين.

مفهوم المعاهدات في الشريعة الإسلامية:

إن مفهوم المعاهدات الدولية في الشريعة الاسمية لم يكن كما هو اليوم ولم يصنف كما هو مصنف اليوم، حيث أن المشرع الحكيم جعل القرآن صالح لكل زمان ومكان لذا نجد أن تناوله للمعاهدات الدولية جعلها صالحة لكل زمان ومكان، إلا أن فقهاء الشريعة لم يتناولوا المعاهدات بمفهومها المعاصر فقد صنفوها وكيفوها على أنها عقود، وهذا ما نجده في تعريفاتهم، لذا كان لابد من التطرق لمفهوم المعاهدات الدولية في الشريعة الإسلامية.

تعريف المعاهدات في الفقه الإسلامي:

لقد جاء لفظ المعاهدات في القرآن عدة مرات وعلى عدت مرادفات، كما أن القرآن خصص سورة من أجل المعاهدات وحث على الالتزام بها فقال جل شأنه (وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ) سورة النحل الآية:91] هنا بصيغة العهد وقال جل جلالهُ أوان استنصر وكم فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا على قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ [سورة الانفال الآية:72] وهنا بصيغة الميثاق وقال تعالى:ُّأَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بالعقود [سورة المائدة الآية:1] وهنا بصيغة العقد. وقد جاء العهد بمعنى الوصية قال جل شأنه

ُ أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ[سورة يس الآية:60] وجاء العهد بمعنى الوفاء قال تعالى: وما وَجَدْنَا لِأَكْثَرِهِم مِّنْ عهد [سورة الاعراف الآية:102] ، لذا أطلق على المعاهدون من أهل الذمة أهل العهد.

أما التعريف الفقهي فقد اختلف فقهاء الشريعة في تعريف في المعاهدات وانفرد كل منهم بتعريف وقد كانت تعريفاتهم على النحو التالي: -

- الحنفية: موادعة المسلمين لأهل الحرب سنين معلومة.
- المالكية: عقد المسلم مع الحربي على المسالمة مدة ليس هو فيها تحت حكم الإسلام.
- الشافعية: المهادنة فهي المسالمة والموادعة عن عهد يمنع القتال والمنافرة.
- الحنابلة: الهدنة: أن يعقد لأهل الحرب عقدا على ترك القتال مدة بعوض أو بغير عوض، وتسمى مهادنة وموادعة ومعاهدة.

اما الفقهاء المعاصرين فقد تعددت تعارفيهم واختلفت ألفاظهم، وعرفوها أيضا بتعاريف مختلفة وهي على النحو التالي:

- هي ما يتفق عليه طرفان أو أكثر على التزامه لمصلحة مشتركة وعلى شروط يلتزمونها
- هي عقد العهد بين فريقين على شروط يلتزمونها
- هي اتفاق بين دولتين أو أكثر بغرض تنظيم العلاقة الدولية بينهما، وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة.

ونستخلص من خلال التعاريف السابقة أن الفقهاء الأقدمون صنفوا المعاهدة على أنها عقد وجعلوها أكثر إلزاما مما صنفها القانون الدولي، ومن خلال النصوص القرآنية ونصوص الأحاديث النبوية والتي استخلص منها الفقهاء التعاريف السابقة نجد أن المشرع الإسلامي جعل المعاهدة بمثابة العقد من حيث إلزام طال ما أن الطرف الآخر ملتزم بما تم الاتفاق عليه، وهذا مما يؤكد أهمية المعاهدات الدولية في التشريع الإسلامي.

ونستخلص من تعاريف المعاصرين أنه ليس هناك تعريف محدد للمعاهدة إلا أن اللفظ له عدة معاني مترادفة وجميعها بمعنى واحد، فنجد منهم من جعله عقد التزام ومنهم من ذكر أنه عهد وجعل العقد والعهد واحد، ومن من جعله اتفاق دولي إلا أنه جعل تكييف الاتفاق يرجع إلى موضوعه، لذا فجميع المفردات المذكورة هي المفردات التي ذكرناها سابقا في مطلب تعريف المعاهدات في القانون.

من خلال النصوص القرآنية السابقة ومن خلال تعريف الفقهاء ومقارنة مع تعاريف فقهاء القانون الدولي نجد أن الشريعة أعطت المعاهدات صفة إلزام وذلك من خلال التحذير وسوء العقاب لم ينقضها ووصفها بالعقد إلزامي ، وهذا عكس النصوص القانونية التي أعطت المعاهدات الدولية الصفة الغير الزامية ، وذلك من خلال العبارات التي صنفت المعاهدة على أنها تفاق وهناك فرق بين الاتفاق والعقد فالاتفاق غير ملزم لصاحبه أما العقد فهو ملزم ،(وكما قال أبو هلال العسكري الفرق بين العقد والعهد أن العقد أبلغ من العهد)، وأيضا من خلال عدم وجود جهة تلزم اطراف المعاهدة بتنفيذها فنجد ان الاتفاقيات التي يكون أطرافها دول ضعيفة فإنها تنفذ أما الاتفاقيات التي تكون أطرافها من الدول العظمي فلا تنفذ إلا ما فيه مصلحة لها ، وليس هناك من يجبرها على التنفيذ وهنا الفرق ؟ فالإسلام حث على التزام بالمعاهدات وتوعد كل من نقضها، كما أن الإسلام لم يفرق بين أنواع المعاهدات سواء كانت مع الافراد أو مع جماعات عكس القانون الدولي والذي نص على أن المعاهدة لا تكون إلا بين أشخاص القانون الدولي.

المعاهدات الدولية في الشريعة الإسلامية

لقد اجازت الشريعة صياغة المعاهدات مع الغير في حال الخلاف قال تعالى: وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى الله [سورة الانفال، الآية:61]، ومن السنة النبوية ما فعله الرسول حين قدم المدينة حيث عاهد أصنافا من المشركين ، منهم بن النضير وبنو قنقاع وقريظة وعاهد قبائل من قريش وبعد وقعت بدر حين نقض اليهود العهد الذي كان بينهم وبين

رسول الله فقال « يا معشر يهود أسلموا تسلموا، فوالله إنكم لتعلمون أني رسول الله »، وقد صالح الرسول الله قريش وهو ما يسمى صلح الحديبية.

أركان المعاهدات:

وقد نص بعض الفقهاء في الشريعة على أن المعاهدة لها اركان هي (الايجاب والقبول والألفاظ والدلالة) وهذا عكس القانون حيث أن القانون جعل أركانها الرضا والأهلية والكتابة، والاختلاف في الدلالة فقهاء الشريعة أجازوا الدلالة مستندين على مقولة سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال (أيما رجل من العدو أشار إليه رجل بأصبعه إنك إن جئت قتلتك، فجاءه فهو آمن فلا يقتله.

شروط المعاهدات:

أ- **الأهلية**: إن الأصل العام والقاعدة المستمرة أن يتولى ابرام المعاهدات الحاكم باعتباره ممثل للجامعة المسلمة ومعبرا عن إرادتها وناظرا لمصلحتها، أو من ينوب عنه، وبهذا يتفق المشرع الإسلامي مع القانون الدولي في وضعه للأهلية، وأنها لابد أن تكون ممن له سلطة (قندي).

ب- **الرضا**: اختلف فقهاء الشريعة في الاكراه هل يفسد المعاهدات مثل العقود أم أنه لا يفسدها وذهب الجمهور إلا أن فقدان الرضا يجعل العقد باطلا أو فاسدا أي غير منعقد، وهذا الرأي مخالف للقانون الدولي حيث أن بعض فقهاء القانون يرى أن الإكراه لا يؤثر على رضا الدلولة سواء كان الاكراه ماديا أو معنويا وهذا هو الواقع في الحياة الدولية.

ت- **المصلحة**: واشترط فقهاء الشريعة في المعاهدة أن تكون فيها مصلحة ولها حاجة تدعو إليها.

ث- خلوها من الشروط الفاسدة.

ج- مشروعية محل المعاهدة.

ح- شرط المدة: يجوز أن تكون المعاهدة محددة، ويجوز أن تكون مطلقة، ويجوز أن تكون مؤبدة، ومن هذا المنطلق نجد أن المشرع الإسلامي حرص على الاستفادة من العلاقات الدولية من خلال ابرام معاهدات مختلفة بحيث تكون مختلفة المدة أو مطلقة، وهذا موافق لحال المعاهدات اليوم فنجد أن المعاهدات في المجال العلمي يجب أن تكون مطلقة، أما المعاهدات في المجال العسكري والسياسي فتختلف، لذا نجد أن هذه المرونة التي أعطاها المشرع الإسلامي تخدم الوضع الراهن.

3-مراحل إبرام المعاهدات

المعاهدات في الشريعة الإسلامية لا تصبح سارية إلا بعد أن تمر بمراحل وهذه المراحل هي على النحو التالي: -

أ- المفاوضة: ويسميها الإمام أحمد المراوضة وهي مرحلة من مراحل ابرام المعاهدات الدولية كما أسلفنا فقد اتفقت الشريعة الإسلامية والقانون الدولي على مرحلة المفاوضات بل الشريعة الإسلامية سبقت القانون الدولي في وضع قانون التفاوض حيث أن الرسول صلى الله عليه وسلم اعطى أروع الدروس في مفاوضات صلح الحديبية، حيث أنه صنف المفاوض الناجح وجعل له دروس وقد كان هذا درس من دروس القانون الدولي إلا أن محاضرته كان قبل نشأة القانون الدولي الذي كان في القرن العشرين.

ب- يحتاج صلح الحديبية إلى دراسة مستقلة لكونه أعطى أروع الصور في المفاوضات ودورها في نشر الأمن والسلم وتعزيز العلاقات والحفاظ على الممتلكات، وقد أعطى الرسول أروع الدروس في المفاوضات في هذه الواقعة ، إلا أن دراستنا هذه لا تسمح بالتبحر، لذا سوف نختصر ونكتفي بالاستدلال بالواقعة بأن علم المفاوضات والبعد عن الحرب هي سمات الشرع الإسلامي، فقد قال الرسول لعيينة بن حصن الفزاري في غزوة الخندق « أرأيت لو جعلت لك ثلث ثمار الأنصار ، أترجع بمن معك من غطفان وتخذل بين الأحزاب فقال: إن جعلت لي الشطر فعلت » وهذا دليل على أن الرسول يميل إلى التفاوض قبل خوض الحرب.

ت- كتابة المعاهدة وتحريرها.
ث- التصديق.
ج- تبادل التصديق.
ح- النفاذ.

ومن خلال هذه النقاط المذكورة نجد أن المشرع الإسلامي والقانون الدولي اتفقا على مراحل ابرام المعاهدات، وهذا مما يدل على أن القانون الدولي لم يأتي بجديد للعالم الإسلامي، بل العالم الإسلامي هو الذي يستطيع أن يضيف الجديد إلى القانون الدولي من خلال تحليله للنصوص الشرعية الموجودة لديه، وذلك لكون هذه النصوص أنزلن من لدن الخالق عز وجل وهي تعالج أخطاء العنصر البشري، لذا كان القرآن صالحا لكل زمان ومكان.

4- دور المعاهدات الدولية في نشر السلم والأمن الدوليين.

إن دور المعاهدات الدولية هو تعزيز العلاقات الدولية ونشر الأمن والسلم الدوليين ، ورفض مبدأ القوة والقتال وذلك من أجل الحفاظ على العنصر البشري ، وقد كان الهدف من ابرام معاهدات دولية تم من خلالها انشاء منظمات دولية تعني بأمور السلم والأمن الدوليين هو النزاعات والحروب التي انتشرت في القارة الأوربية وراح ضحيتها العديد من البشر ، لذا لجأت تلك الدول إلى ابرام معاهدات مع غيرها من الدول من أجل تحقيق الأمن والسلم الدوليين، ومن ضمن المعادات التي أبرمت في هذا الشأن هي (ميثاق الأمم المتحدة) والذي من خلاله استطاع المجتمع الدولي أن يعزز علاقته من خلال هذه المعاهدة فأنش العديد من المنظمات الدولية تحت مظلة الأمم المتحدة والتي كانت تعني بعدة أنشطة مختلفة مثل (منظمة العمل الدولية ومنظمة الصحة العالمية) وغير من المنظمات المختلفة التي كانت لها دور كبير في تعزيز العلاقات الدولية وتطويرها.

كذلك الشريعة الإسلامية حرصت على التزام بالسلم واللجوء إليه فقال عز وجلُّ وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ" [سورة الانفال الآية: 61]، وحث على إبرام المعاهدات والتزام بها فقال جل شأنها وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ توكيدها [سورة النحل الآية :91] .

لذا نص الشارع الكريم بضرورة الحفاظ على الضروريات الخمس وهي (النفس والمال والعرض والعقل والنسل) وجعل لها أولوية وذلك سعيا منه في الحفاظ على العنصر البشر وقد قال تعالى:"ٱ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جميعا [سورة المائدة الآية: 32]. وخاصة إذا كنت النفس مسلمة، لذا صنف النزاعات نوعين نزاعات داخلية وخارجية ورسم لكل من الاثنين طرق حلها والتي كان على رأسها التفاوض، وخاصة التي تكون بين المسلمين، قال تعالى:

ٱ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأخرى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حتى تَفِيءَ إلى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ المقسطين[سورة الحجرات الآية: 9]، لقد أمر الإسلام بالإصلاح بين الجماعات المتنازعة ووضع آلية لحل النزاعات بين المسلمين فيما بينهم وأوجب على كل من أطراف النزاع اللجوء إلى الصلح وعدم البغي أو الطغيان على الآخر ، إلا أنه في حال قيام نزاع بين الجماعات المسلمة فيجب التدخل من قبل ولاة الأمر أو العلماء أو السواد الأعظم من الأمة الإسلامية من أجل حل تلك النزاعات بالطرق الودية وفي حال كان هناك تمرد لأي من الجامعات على الأخرى في هذه الحالة أوجب الشارع قتال المتمردة حتى ترجع عن طغيانها، ومن خلال الآية الكريمة نجد أن الشرع الإسلامي جعل الحل في النزاعات الداخلية بين المسلمين يختلف عن حلها مع غيرهم ، وذلك على مراحل ثلاث وهي كالتالي:-

1.المرحلة الأولى: الوساطة بين الطرفين:

لقد أوجب الشارع أن يقوم طرف ثالث بالتدخل من أجل الإصلاح بين الجماعات المتنازعة ووجوب السعي لحل النزاع قبل وقوع الاقتتال ، والأمر بالإصلاح واجب على المسلمين من أجل إنهاء النزاع قبل وقوع الاقتتال (عاشور)، لأن ذلك يتسبب في الخروج عن جماعة المسلمين وهو أشد أنواع الفتنة ، ولذا كانت هذه الآية مصدر تشريع عند وجود قتال أو اختلاف بين الجماعات المسلمة أو الطوائف المسلمة، حيث أو ضحت آلية حل النزاع ، وضرورة التدخل في حل النزاع عبر الطرق الودية ومعرفة أسباب التنازع بين الطرفين من أجل الوصول إلى حل يرضي الطرفين ويمنعهم من اللجوء الاقتتال.

2.المرحلة الثانية: التدخل لإنهاء العنف:

لقد أمر الشارع أنه في حال قامة إحدى الطائفتين أو الجماعتين بالبغي على الأخرى والاعتداء باستعمال القوة فتقوم جماعة المسلمين بقتال الطائفة الباغية أو المعتدية حتى ترجع إلى صوابها، ولم يترك الشارع الحكيم تفصيل نوع العدوان للطرفين ، فقد أوجب أن يكون التدخل في حال البغي أي الاعتداء، وعرف البغي على أنه الظلم والاعتداء على حق الغير، ومن هنا يتضح جليا أنه لابد من وقوع البغي على احدى الطائفتين حتى يمكن التدخل المسلح ، واشترط ضرورة أن يكون قد حصل اعتداء بالفعل على أحدهما وقد سلب حقها، اما ما نراه اليوم مما يتم التدخل فيه عند وجود تهديد من احدهما فهذا مخالف لما نص عليه الشارع ومخالف للقوانين الدولية والأعراف ، فلابد من وجود اعتداء وظلم ظاهر على حق احدهما حتى يحق التدخل المسلح بينهما.

وقد بين الشارع آلية التعامل مع الجيش المعتدي حيث ذكر أن حكم تصرف الجيش المقاتل للبغاة أو المعتدي كأحكام الجهاد إلا أنه لا يقتل أسير المعتدي ولا يتبع مدبرهم ولا يدفف جريحهم ولا تسبى ذراريهم ولا تغنم أموالهم ولا تقتسم أسراهم.

3.المرحلة الثالثة: المصالحة:

وقد أوجب الشارع على أئمة المسلمين وعلمائها ضرورة التدخل للإصلاح بين الجماعات المسلمة حين النزاع بينها، وذلك بعد ما تم انهاء القتال بينهما وانصياع الطائفتين للصلح ، وقد وضع الشرع للصلح آلية معينة بحيث لا يكون فيه انكسار لأي منهما ، كما نص على ضرورة الصلح في الأمور التي يمكن التراضي عليها، وقد وضع الشارع معيار العدل من أجل أن يكون مجزي للطرفين فلا يكون لأي منهما خسارة أو انكسار أمام الآخر، وجعل من الضروري أيضا عند الصلح عدم ذكر الخسائر التي لحقت بأي من الطرفين سواء المادية أو المعنوية ، وذلك لكون الحديث في مثل هذه الأمور يجعل من الصعب الوصول إلى حل عادل بين الطرفين و مرض لهما ، وأوجب العدل في الصلح فلا يضع المنافع إلا بقدر ما يقتديه الصلح ، لذا قال تعالى آ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ّ[سورة الحجرات، الآية: 9] أيأن يقسطوا في قتالهم الباغية لأن الفئة التي كانت خاضعة للقوة تكون مكسورة الخاطر شاعرة بانتصار الأخرى ، لإلزام أن يصلح بينهما بترغيبهما في إزالة القوة والرجوع إلى الأخوة.

إن الإسلام جعل الأخوة الإسلامية لا تقل ولا تنقص عن الأخوة الجسدية، فحث عليها ورغب في من وصلها ونصرها ، فقد قال تعالى: ّآ إنما المؤمنون إخوةّ[سورة الحجرات، الآية :10]، وقال الرسول » □المؤمن للمؤمن «كالبنيان يشد بعضه بعضا»[أخرجه البخاري- كتاب المظالم والغصب- باب نصر المظلوم]، وقال: « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ، ولا يخذله ، ولا يكذبه ، ولا يحقره... »[الأربعين النووية- للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي]، وكما أوجب على البشرية ضرورة الحفاظ على المجتمع من خلال التآخي والترابط بين الأسرة الصغيرة فقد حث على ذلك أيضا بين المسلمين عموما، لذا أوجب على المؤمنين ضرورة التآخي والإصلاح بين إخوتهم وعدم ترك أحد منهم أن يعتدي على

الآخر، لذا ألزم على من يقوم بالصلح بين الطائفيتين المتنازعتين تذكيرهم بضرورة الأخوة واستمراها بينهم وعدم التفرقة بينهم، وحثهم على الصلح وعدم المطالبة بالمال أو الخسائر والأضرار التي لحقت بهم أثناء النزاع.

ومن حرص الشارع على إتمام الصلح بين الطرفين جعل من الضروري في بادئ الأمر إخطار الطرفين بأنه لا ضمان عليهم في نفسٍ ولا مال أثناء النزاع أو الصراع بينهم، وذلك من أجل البدء في مرحلة جديدة ليس فيها أي منتصر أو مهزوم، الكل فيها متساوي.

وهذا كله من أجل الحفاظ على المجتمع من الاقتتال أو التنازع وحفاظ على الدماء أوجد هذه الحلول من أجل البعد عن اقتتال، وهذا يدل على حرص الشريعة على الإسلامية على الحفاظ على العنصر البشر قبل أن ينص على ذلك القانون الدولي.

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد بن عبد الله وعلى آله وأصحابه ومن اقتفى أثره إلى يوم الدين.

وبعد: -

ففي ختام هذه الدراسة وبعد هذه الجولة المتفحصة في المعاهدات الدولية من المنظور الإسلامي والقانون الدولي أصبح بالإمكان الخلوص إلى النتائج التالية:

1. حرص الشريعة الإسلامية على مبدأ السلم.
2. حرص الشريعة الإسلامية على التعاون الدولي عبر المعاهدات الدولية.
3. عدم الاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي في مجال ابرام المعاهدات إلا من حيث الإلزام.
4. التوافق بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي على نشر مبدأ السلم والأمن عبر ابرام المعاهدات.
5. توافق الشريعة الإسلامية والقانون الدولي على مبدأ التفاوض للوصل إلى اتفاق دون اللجوء للقوة.
6. توافق الشريعة الإسلامية والقانون الدولي على مراحل ابرام المعاهدات الدولية.

- هذه أبرز النتائج التي ظهرت لي من خلال هذا الدراسة، وفي ثناياها نتائج كثيرة، أسأل الله تعالى بمنه وكرمه أن ينفع بها إنه سميع مجيب.

وأحب أن أنوه إلى بعض التوصيات التي توصلت إليها من خلال هذا الدراسة وهي كالتالي: -

7. ضرورة البحث في مواضيع القانون الدولي ومقارنتها بأحكام الشريعة الإسلامية بأسلوب عصري.
8. مواضيع القانون الدولي لها الأثر الكبير على العالم الإسلامي لذا لابد من الاعتناء بها من خلال دراسة المقارنة مع الشريعة الإسلامية.
9. ابراز دور الإسلام في نبذ العنف واللجوء إلى السلم من خلال ابرام المعاهدات وذلك عبر الدراسات العلمية العصرية.
10. إبراز دور الإسلام وحرصه على التزام بالمعاهدات الدولية وعدم نقضها من خلال الدراسات في المؤتمرات العلمية.

وهذا آخر ما وقفت لتسطيره في هذه الدراسة؛ فما كان فيها من صواب فمن الله وحده وما كان فيها من خطأ أو سهو أو نسيان فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه براء ﴿رَبَّنَا آمَنَّا بِمَا أَنزَلْتَ وَاتَّبَعْنَا الرَّسُولَ فَاكْتُبْنَا مَعَ الشاهدين [سورة آل عمران: 53].

المراجع:

1- : .http://www.alukah.net/social/0/90510/#ixzz56GiasWtP
2- اتفاقية فينا، اتفاقية فينا للمعاهدات م 80، الفقرة (1) .
3- اتفاقية فينا، المادة 14 ، اتفاقية فينا، الفرة (أ ، ب ، ج).
4- السمر قندي، تحفة الفقهاء (3/507) .
5- العلامة الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر.
6- المادة السادسة والسبعون اتفاقية فينا للمعاهدات ـ مرجع سابق..
7- باسل الخطيب، (1990). المفاوضات الدبلماسية التقليدية. مجلة الدراسات الدبلماسية.
8- د. صادق أبو هيف، (1992). القانون الدولي العام. الاسكندرية: منشأة المعارف.
9- د. فريدة بالفراق، النزاعات الدولية وحلها بالطرق السلمية ـ مرجع سابق.
10- د. فريدة بالفراق، النزاعات الدولية وحلها بالطرق السلمية ـ مرجع سابق.
11- د. فريدة بلفراق، النزاعات الدولية وحلها بالطرق السلمية ـ مرجع سابق.
12- د. منتصر سعيد حمودة، القانون الدولي المعاصر.
13- علي صاديق أبو هيف، القانون الدولي العام.
14- محمد عزيز شكري، المدخل إلى القانون العام وقت السلم.
15- محمد عزيز شكري، المدخل إلى القانون العام وقت السلم.
16- ميثاق الأمم المتحدة، ميثاق الأمم المتحدة المادة 33، الفقرة (أ) .

الجريمة المنظمة وآثرها على المجتمع والجهود المبذولة لمحاربتها بالمملكة العربية السعودية

Organized crime, its impact on society and efforts to combat it in the KSA

أ. عبد الله بن عوض بن ظافر القرني- مستشار قانوني- الدمام- المملكة العربية السعودية

Email: abdullah.757583@gmail.com

ملخص البحث:

هدفت هذه الدراسة إلى تحديد مفهوم الجريمة المنظمة واساليبها وانواعها، تحديد الإشكال المتخذة لتلك الجريمة سواء لمنظمات علنية لها إسهامات في الناتج الوطني المحلى او منظمات غير معلنة، وبيان آثار الجريمة المنظمة على المجتمع السعودي، والتوضيح للجهود المبذولة من المملكة العربية السعودية لمكافحة الجريمة المنظمة .

واستخدم الباحث المنهج الوصفي لتعريف الجريمة المنظمة ومدى تأثيرها على المجتمع السعودي والجهود المبذولة من الدولة لمكافحتها وخلصت هذه الدراسة إلى بعض النتائج والتوصيات على سبيل المثال، ساهمت العولمة والانفتاح العالمي وتلاشى الحدود الجغرافية التقليدية في زيادة معدلات الجريمة المنظمة.

إن التمسك بالشريعة الإسلامية يحد من انتشار الجريمة المنظمة، وتنمية الوازع الديني يكون بمثابة حصن للأفراد وبخاصة الشباب لعدم الانخراط في عالم الجريمة الاهتمام بالأسرة والشباب يجعلهم ينموا في مجتمع صحي آمن.

واوصت هذه الدراسة بالآتي: سد ثغرات القانون التي يتمكن المجرمين من الإنفاذ منها والتهرب من العقاب، تقوية المجتمع داخلياً نفسياً وصحياً عن طريق توفير حياة كريمة والمساواة والعدل فيما بين مواطنيه، توفير فرص العمل المناسبة للأفراد ليتمكنوا من عيش حياة كريمة تمنعهم من الانخراط في ارتكاب الجرائم نظير الماديات، تنمية روح الانتماء والمواطنة في أفراد المجتمع التمسك بالشريعة الإسلامية في تحديد العلاقات والضوابط القانونية والتشريعية.

الكلمات المفتاحية: الجريمة المنظمة، محاربة، أثر الجريمة، التصدي للجريمة، الإرهاب.

Abstract:

This study aimed to identify the concept of organized crime, its methods and types, identify the problems caused by that crime, whether by public organizations that have contributions to the national domestic product or undeclared organizations, and to indicate the effects of organized crime on Saudi society, and to clarify the efforts made by the Kingdom of Saudi Arabia to combat organized crime.

The researcher used the descriptive approach to define organized crime and the extent of its impact on Saudi society and the efforts made by the state to combat it, and this study concluded with some results and recommendations, for example, globalization, global openness and the fading of traditional geographical boundaries contributed to increasing organized crime rates.

Adherence to Islamic law limits the spread of organized crime, and the development of religious conscience serves as a fortress for individuals, especially young people, not to engage in the world of crime, caring for the family and youth makes them grow in a healthy and safe society .

This study recommended the following: bridging the gaps of the law from which criminals can enforce and evade punishment, strengthening society internally psychologically and healthily by providing a decent life, equality and justice among its citizens, providing appropriate job opportunities for individuals so that they can live a decent life that prevents them from engaging in committing crimes in exchange for material, developing the spirit of belonging and citizenship in members of society,
adhering to Islamic law in determining legal and legislative relations and controls.

Keywords: Organized crime, fighting, the impact of crime, addressing crime, terrorism.

المقدمة:

لم تعد الجرائم الأن بطبيعة بسيطة واضحة ولم تعد ذات أطراف محدودة ولا تقتصر على مُرتكب الجريمة والمجني عَليه فقط ولكنها أصبحت عابرة للحدود مخترقة للدول غائرة في الجسد الوطني تتخذ أشكالا عدة وأساليب متنوعة مبتكرة كلما تطورت الحياة وتسارعت الأيام تشكلت الجريمة المنظمة في أعقد صُورها وتنوعت أساليبها فمثلاً الجرائم المالية لم تعد جرائم اختلاس على سبيل المثال ولكنها أصبحت بعد تطورها – غسيل أموال- تتخذ الشركات والمؤسسات التي تسهم في الناتج المحلى والاقتصاد الوطني كياناتها من خلال أموال تم ربحها من عمليات غير مشروعة فمثلاً المستشفيات الاستثمارية التي تقوم بعمليات الإتجار بالأعضاء البشرية فهي ككيان أمام الجهات المسؤولة بالدول مستشفى استثماري تقوم بدور حيوي في رعاية مواطنيها ولكن في حقيقة الأمر تمارس أعمال غير مشروعه وبالتالي تضُخ أرباح تلك العمليات لزيادة رأس المال في المشروع (الستار- الذى تتخفى ورائه) الأساسي وهو المستشفى.

فبالتالي تطور الحياة وتطور التكنولوجيا أدى إلى تطور كبير في الجرائم وبالأخص الجرائم المنظمة التي تتخذ الشكل الوطني كمشاريع استثمارية تنموية وفى باطن الأمور تكون على النقيض تماماً.

ولكي أستطيع توضيح الصورة بشكل أكثر تفصيلاً سأقوم بتعريف الجريمة المنظمة:

الجريمة المنظمة Organized crime:

يقصد بها ذلك الفعل الإجرامي المستمر الذي تقوم به مجموعة من الأفراد أو المنظمات لتحقيق أرباح مادية، ويتم تحديد المهمات المطلوبة من الأراد من قبل رئاسة تلك المنظمات ويسخر كافة موارده لتحقيق أهدافه بالطرق الغير مشروعة.

والمنظمة هنا تعكس العملية التنظيمية، وهذا يشير إلى كثرة الشركاء وتوفر الإمكانيات المطلوبة للاستمرارية والسعي لتحقيق الأهداف المرجوة تباعاً لمبدأ (الغاية تبرر الوسيلة).

ويكون منهج تلك المنظمات هو السيطرة والسطوة والانفراد في أداء العمليات الإجرامية بدون منافس أو منازع مثل عصابات (المافيا)[132] وهى مجموعات من الإفراد اتخذت من العمليات الإجرامية حرفة (مهنة) لها وفرضت نفسها على المجتمعات الغربية بالاكثر،ومثل هذه المنظمات التي تمارس أعمالها الإجرامية بشكل علني وباستخدام السلطة والنفوذ .

ولكن هناك من المنظمات المختلفة شكلاً وحجماً كما ذكرت بالمثال السابق منظمات أعمال متخفية وراء أعمالها الوطنية المشروعة.

---

[132] برزت تلك المجموعات في خلال القرن السابع عشر والثامن عشر الميلادى وسميت بالمافيا أي العائلة ، وقد تكونت من مجموعة الألبان المهاجرين والفارين من الغزو التركي، واستقروا في جزيرة صقلية وكالابرى وكونوا مع مرور الوقت عصابات مسلحة فرضت سيطرتها على أهالي الجزيرة ،وقد نشرت الرعب والخوف في قلوب المواطنين لتدفعهم لدفع الأتاوي مقابل حمايتهم:القرصنة البحرية وأمن الملاحة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض،1410هـ ، الشمرانى محمد مسفر عبدالخالق(2001): الجريمة المنظمة وسياسة المكافحة في التسريع الإسلامي والقانون الجنائي ، الرياض، عدد الصفحات 491.

ومن هنا تأتي **مشكلة الدراسة: -** حيث أن مثل هذه المنظمات تبعث الفساد في الأرض وتخرب المجتمعات تهدم ولا تبنى فكيف يكون لأمة حضارة أو مستقبل أو تستطيع الدولة فرض سيادتها على الأرض لتكون دولة قانون يحمى حقوق الضعفاء قبل الأقوياء وينصف الحق ويعاقب على الآثم.

لذا تواجهنا تساؤلات عدة وهي: -

1. ماذا تعنى الجريمة المنظمة؟ وهل تختلف عن الجرائم الأخرى المرتكبة؟
2. ما الشكل الذي تتخذه تلك الجريمة؟ وما هي أنواعها؟
3. ما هو أثر الجريمة المنظمة على المجتمع السعودي؟
4. ما هي الجهود المبذولة من قبل المملكة العربية السعودية، والأمم المتحدة والمنظمات الدولية الحقوقية لمناهضة الجريمة المنظمة؟

أهمية الدراسة:

تأتى أهمية تلك الدراسة كنتيجة للانفتاح العالمي الذى أنشأ التخوفات المستمرة على المجتمع السعودي من انتشار أفكار ومعتقدات غريبة عنه وبالتالي أنتشار الجريمة بكافة أنواعها ومنها موضوع بحثي هذا وهي الجريمة المنظمة والتي تستهدف الاقتصاد وبنية المجتمع الإنسانية والاجتماعية والفساد المالي والإداري والاتجار بالطرق الغير مشروعة والعنف والسطوة والبلطجة الأمور التي بدورها تهدم المجتمعات وتدمرها وبالتالي أهدف في هذا البحث التوصل الى :-

أهداف الدراسة:

1. تهدف الدراسة إلى إثراء المكتبة العربية بواحدة من الدراسات المتخصصة المتعمقة عن الجريمة المنظمة والجهود المبذولة لمناهضتها.
2. تحديد مفهوم الجريمة المنظمة واساليبها وانواعها.
3. تحديد الإشكال المتخذة لتلك الجريمة وبالأخص المؤسسات التي لها إسهامات في الناتج الوطني المحلى.
4. بيان آثار الجريمة المنظمة على المجتمع السعودي
5. تسليط الضوء والتوضيح للجهود المبذولة من المملكة العربية السعودية لمكافحة الجريمة المنظمة.

فرضيات الدراسة:

1. هناك تأثيرات سلبية كثيرة للجريمة المنظمة على كافة دول العالم منها انتشار الفساد المالي والإداري والعنف والاعمال الغير مشروعة.
2. تحتاج المملكة العربية السعودية الكثير من المجهودات الأمنية والمجتمعية لمكافحة تلك الجريمة المنظمة على كافة مستوياتها وانواعها.

حدود الدراسة:

الحدود المكانية: المملكة العربية السعودية

الحدود الزمانية: عام 2022 م

الحدود الموضوعية: الجريمة المنظمة والجهود المبذولة من المملكة العربية السعودية لمكافحتها

مصطلحات الدراسة:

الجريمة: ارتكاب أي فعل يخالف القانون والعدل أو الحق وتأتى هذه الكلمة (جريمة – إجرام) من قوله تعالى}

إِنَّ الَّذِينَ أَجْرَمُوا كَانُوا مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا يَضْحَكُونَ[133]}

الجريمة المنظمة: - الجريمة التي ولدتها الحضارة المادية لكى يتمكن الإنسان المجرم من تحقيق أهدافه الإجرامية بطريقة متقدمة ، ولا يتمكن القانون من ملاحقته بفضل ما احتاط به لنفسه من أساليب يخفى بها نشاطه الإجرامي ، وتحقق هذه الغاية بالتعاون بين المجرمين[134].

التشريع الإسلامي: هي ما نُزل من الوحي على النبي صلى الله عليه وسلّم من الأحكام او الشرائع التي تقضي لأحوال الناس وتُصلحها.

وهى ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده سواء كانت إيمانية أو عملية[135]

القانون الجنائي: يعرف القانون الجنائي بأنه مجموعة من القواعد الشكلية والموضوعية التي تحدد العقوبات المطبقة على الجرائم وأيضاً الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية من لحظة ارتكاب الجريمة وحتى صدور الحكم النهائي[136]

الدراسات السابقة:

الشمرانى:محمد مسفر عبدالخالق(2001) [137]:الجريمة المنظمة وسياسة المكافحة في التشريع الإسلامي والقانون الجنائي، الرياض – المملكة العربية السعودية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ،رسالة ماجيستير، عدد الصفحات 491.

وقد توصلت تلك الدراسة إلى النتائج والتوصيات التالية:

1- وضع ضوابط محكمة في وجه أي محاولة لاستغلال برنامج الاستثمار الأجنبي، لتصدير الجريمة المنظمة وأنشطتها.
2- الاهتمام بالتعاون الدولي والمشاركة في فعاليته على المستوى العالمي، الإقليمي أو الثنائي.
3- الاهتمام ببرنامج التوعية وخاصة في المؤسسات الأمنية كالكليات والمعاهد ضمن برنامج الوقاية واستعداد للمواجهة.
4- استمرار الحكم بالشريعة الإسلامية سيكون خياراً ليس استراتيجيا فقط بل وحيداً لمواجهة الجريمة المنظمة وقائياً.
5- الاهتمام بمسألة تحصين المؤسسات الرسمية ذات العلاقة بنشاط الإجرام المنظم وخاصة في مجال الأمن والاقتصاد، وزيادة الرقابة على الموظفين القائمين عليها، لأن هؤلاء هم الهدف الأول لاختراق الجريمة المنظمة بواسطة الرشاوى أو الابتزاز أو التهديد.
6- استمرار العمل على تطوير برامج التنمية، لدعم الاقتصاد الوطني والوفاء باحتياجات المواطن وأسباب رفاهيته والفقر والبطالة أرض خصبة للجريمة المنظمة.

سمير ، شعبان(2008) [138]: مكافحة الجريمة المنظمة من خلال التصدّي لعمليات تبييض الأموال ، جامعة لخضر- باتنة، كلية الحقوق.

وقد توصلت تلك الدراسة إلى: -

إن عمليات تبيض الأموال عملية مستمرة ومتكررة على الرغم من محاربتها حيث أن منظمات الأعمال تنوع من أساليبها وتطورها بشكل سريع لسرعة التقدم والتكنولوجيا مما يستدعى اليقظة الدائمة والبحث المستمر لتعزيز ذلك الجهد المبذول حتى الأن.

---

[133] سورة المصطفين: آية 29
[134] محمد، فاروق النبهان: مكافحة الإجرام المنظم، ص 44
[135] نور قاروت:السنة ومكانتها ، المدينة المنورة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ص 6
[136] محمد سعيد نمور(2014) : أصور الإجرائات الجزائية ، عمان- الأردن، دارالثقافة للنشر والتوزيع،ط4،ص22
[137]الشمرانى :محمد مسفر عبدالخالق(2001):الجريمة المنظمة وسياسة المكافحة في التشريع الإسلامي والقانون الجنائي، الرياض – المملكة العربية السعودية،أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ،رسالة ماجيستير، عدد الصفحات .491
[138] سمير ، شعبان(2008): مكافحة الجريمة المنظمة من خلال التصدّي لعمليات تبييض الأموال ، جامعة لخضر- باتنة، كلية الحقوق.

وأوصت تلك الدراسة بالآتي:

1- يمكن لأية استراتيجية توضع لمكافحة الجريمة المنظمة أن تنجح في أهدافها مالم تتوافر هناك إرادة سياسية من أصحاب القرار الوطني أو الدولي لضمان تطبيق الخطط الموضوعة، وإرساء آليات فعالة تعمل في ذلك الاتجاه

2- يجب على الدول التي تسعي بجد لمكافحة الجريمة المنظمة أن تعمل على صياغة قواعد تشريعية متطورة تحكم حالات المصادرة وتبيض الأموال المتحصلة من هذا النوع من الجرائم، وتعمل بتعديلها وتتميمها كلما استدعت الحاجة إلى ذلك من أجل مواكبة تطور الجريمة وأساليبها.

3- دعم التعاون الدولي والإقليمي والثنائي في مجال مكافحة الجريمة المنظمة، وذلك من خلال تسهيل تبادل المعلومات فيما بين الدول حول المشتبه بهم وعملياتهم غير المبررة اقتصادياً وتسهيل تبادل المجرمين.

4- خلق سياسات وطنية لمكافحة الإجرام المنظم، من خلال إيجاد وتشغيل مجموعات متعددة التخصصات في قطاع المكافحة وتكون مسؤولة عن رقابة الظاهرة الإجرامية وهي علي إدراك ووعي بعمليات البحث الجنائي ذات الأهمية، وتساهم في تطوير وتنشيط السياسات الوطنية في الصراع مع الإجرام المنظم.

- بالنظر إلى نتائج الدراسات السابقة نجدها قد اتفقت على ضرورة بذل المزيد من الجهد والتعاون في سبيل تقيق المزيد من الاستقرار في البلدان التي تعانى من الجريمة المنظمة وايضاً ضرورة التعاون الدولي فيما يختص بالجريمة العابرة للقارات وضرورة تبادل المجرمين وتبادل المعلومات المطلوب للقبض عليهم والحد من انتشار الجريمة المنظمة مثل جرائم الإرهاب أو تهريب الأموال لبنوك اجنبية .....الخ والتي أيضاً اتفقت معها الكثير من الدراسات السابقة التي تم الاطلاع عليها ولم نتمكن من الاستشهاد بها في هذا البحث نظراً لمحدودية عدد صفحاته.
- واتفقت الدراسات السابقة مع بحثي هذا بانه هناك ثغرات بالقوانين والأنظمة يجب معالجتها حتى يتم السيطرة المحكمة على الجرائم المنظمة.
- واختلفت معي في انه يجب بذل الكثير من المجهودات داخلياً حتى تمنع الجريمة وتسيطر عليها ثم خارجياً ولكنى أرى أن المملكة العربية السعودية بذلت مجهودات قوية ومؤثرة ذكرت منها ما استطعت على أن أقوم بعمل دراسة اكاديمية مستفيضة في الأيام القادمة، ولكنى أرى أنه يجب تعزيز التعاون الدولي أكثر من ذلك لتحجيم نفوذ الجرائم المنظمة الخارجية.

منهجية البحث:

استخُدم في هذا المنهج الوصفي التحليلي لمعرفة مدى مطابقة الجهود المبذولة من المملكة العربية السعودية للحد من انتشار الجريمة المنظمة بها ومدى قدرتها على السيطرة على ذلك النوع من الجرائم، ومدى مطابقة تلك الجهود للتطورات الحديثة.

الجريمة المنظمة (تعريفها ،خصائصها، اسبابها ،انواعها).

التعريف بالجريمة المنظمة:

1- التعريف اللغوي للجريمة :

"تفيد كلمة (جريمة) لغة (الجرم) أي الذنب، فيقال منه (جَرَم) و(أجرم) و(اجترم) ونظم : أي نظم اللؤلؤ جمعهُ فى السلك وبابه ضرب ونضمهُ تنظيماً"[139]

2- تعريف الإنتربول للجريمة المنظمة: بالملتقى الخامس بمقر مدينة ليون- فرنسا بتاريخ 1995/12/14م.

"تعتبر الجريمة، جريمة منظمة إذا شارك في الفعل أكثر من شخصين في إطار جغرافي يتعدى حدود البلد في فترة محدودة هدفهم الثراء والربح وكانت المهام مقسمة فيما بين أعضاء العصابة في إطار منظم مع استعمال القوة".

غير أن هذا التعريف وردت عليه ملاحظات عدة حيث أن هذا التعريف لم يشير إلى استخدام العنف لتحقيق أهداف المنظمة وهذا ما دعي الإنتربول لإعادة صياغة التعريف وأضافه شرط في التكوين وهو الهيكل التنظيمي واستخدام العنف والترهيب والإفساد[140].

3- ويعرفها الدكتور مُحمد فاروق النبهان كالاتي:

"الجريمة التي وفرتها الحضارة المادية لكى يتمكن الإنسان المجرم من تحقيق أهدافه الإجرامية بطريقة متقدمة ولا يتمكن القانون من ملاحقته بفضل ما أحاط به نفسه من وسائل يخفى بها أغراضه الإجرامية، ولابد لتحقيق هذه الغاية من تعاون مجموعة من المجرمين"[141]

خصائص وأسباب وانواع الجريمة المنظمة

اولاً: - خصائص الجريمة المنظمة

تختلف الجريمة المنظمة عن الجريمة الغير منظمة بعدة خصائص حيث أن الهيكل التنظيمي والاستمرارية يكسبها شكلاً مختلف كما سنتعرف على خصائصها كالتالي: -

أولاً : تعدد الفاعلين : لا تعتمد الجريمة المنظمة على شخص واحد ولكن ما يميزها انها تعتمد على فعلةً كُثر إذاً لا بد من تعدد الشركاء وقد حددت اتفاقية الأمم المتحدة عدد الأشخاص المؤلفين للجماعة الإرهابية المنظمة ثلاثة أو أكثر [142]، ولكن ليس شرطاً أن يقوم كل الأعضاء بفعل الجريمة نفسها ولكن توزع الإدوار بين أعضاء الجماعة.

ثانياً: التنظيم في العمل: تعمل مجموعة الإفراد المجرمين داخل منظمة أو مؤسسة لها هيكل إدارى وهنا تكمن خطورة تلك المنظمات من خلال تنظيم أعمالهم وتوزيع العمل فيما بينهم وغالباً ما يكون بشكل هرمي أو بشكل عنقودي حيث تتولى القيادة توجيه بقية الإفراد وتحديد مهامهم[143].

---

(139) محمد ابن أبى بكر عبدالقادر الرازي: مختار الصحاح ، دار الرسالة، الكويت،1983،ص 100 ، نقلا عن صالح،أديبة محمد(2009)، الجريمة المنظمة دراسة قانونية مقارنة ، العراق، مركز كردستان للدراسات الإستراتيجية،ص 9-10

(140) عباس أبو شامة: التعريف بالظواهر الإجرامية المستحدثة،حجنها ، أبعادها، نشاطها في الدول العربية، الظواهر الإجرامية المستحدثه وسبل مواجهتها،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض-المملكة العربية السعودية،2005 ، نقلاً عن د/بن عمارة، محمد: مفهوم الجريمة المنظمة دولياً ووطنياً،جامعة ابن خلدون- تيارت، مقال محكم بتاريخ 2016/7/14

(141) مُحمد، فاروق النبهان ، مكافحة الإجرام المنظم، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض- المملكة العربية السعودية،1989م، ص 44، نقلاً عن الشمرانى، محمد مسفر عبدالخالق(2001) ،الجريمة المنظمة وسياسة المكافحة في التشريع الإسلامي والقانون الجنائى، الرياض- المملكة العربية السعودية،رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير.

(142) د/خالد فهمي: النظام القانوني لمكافحة الإتجار بالبشر، دار الفكر ، مصر ،طبعة أولى ص90

(143) فهد فيصل الحلواني، مكافحة الجريمة المنظمة في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير جامعة حلوان سنة 2007-2008 صفحة68

ثالثاً : هدفها الأعمال الغير مشروعة: حيث تسعى تلك المنظمات باختراق القوانين لتحقيق أهدافها سواء الربح المادي أو إجازة عمل غير مشروع أو غسيلاً و تبييض أموال .....الخ.

رابعاً المرونة والتطور المتواصل : ما يميز مثل هذه التنظيمات الإجرامية المرونة في أداء الأعمال ووضع الخطط البديلة بالاستناد إلى التنظيم الهرمى وسلطتها وسطوتها ومواكبتها لتقنيات العصر الحديث.

خامساً الاستمرارية في العمل والثبات: ما يميز التنظيمات الإجرامية هي استمراريتها فهي ليست مجرد أفراد قاموا بعمل جريمة وتم القبض عليهم وتلقوا عقابهم ولكنها مستمرة حتى في حالة وفاة قائدها أو سجن قيادتها يظلوا يتلقون تعليماتهم منهم حتى وهم في السجون (مثل التنظيمات الإرهابية).

سادساً السرية في العمل: فمن الطبيعي أن من يزاولوا أعمال غير مشروعة ممارستها في سرية بل والكثير من ذلك من خلال مشروع مجتمعي يقدم منتجات سلعية او خدمية ويمارس التنظيم في هذه الحالة أعمال من الباطن وبشكل مخفى (مثل غسيل الأموال)

سابعاً استخدام العنف والفساد المالي (الرشاوي): لم يشترط تعريف الأمم المتحدة للجماعة الإجرامية عام 2000 باعتبار الجريمة المنظمة تستخدم الرشاوي أو الإرهاب ولكنه أكتفى باعتبار الجماعة الإجرامية المنظمة تقوم باقتراف الجرائم الخطيرة.

ثانياً: أسباب الجريمة المنظمة

بالطبع أي جُرم أو سلوك غير سوي وغير مألوف له عدة أسباب أو عوامل تؤدي إلى حدوثه وفى رأي الشخصي هذه العوامل هي:

1- **ثغرات القانون:** من الممكن أن يكون لدينا الكثير من القوانين المُحكمة ولكننا نغفل بها ثغرات بسيطة تكون نافذة للمجرمين ليتهربوا من تطبيق القانون ويأمنوا العقاب.

2- **ضعف الإجراءات والقوانين والتشريعات**: على كافة منظمات الأعمال التي لا تكاد تصل إليها أجهزة الرقابة بالدولة بداية من المشروعات الصغيرة إلى المؤسسات ذات حجم الأعمال الضخم.

3- **الفساد الإداري في مؤسسات**: الدول والاهتمام بالمصلحة الذاتية المؤقتة وإغفال الصالح العام للدولة ككل.

4- **الأقليات الوافدة على المجتمعات**: والتي تلجأ إلى الأعانات الخارجية والتي تستغلها بعض التنظيمات كمنفذ للدخول إلى مجتمعات جديدة لتوسيع مهامها ونشاطها.

ثالثاً: أنواع الجريمة المنظمة: -

1- **الإرهاب: -** يشتمل على مجموعة من التهديدات المجتمعة منها الجريمة المنظمة في منطقة الصراع والمقاتلين هو الإرهابين الأجانب، والذين تشربوا الفكر الإرهابي وثقافة التطرف والعنف والاعتداء باستخدام الأسلحة الكيميائية والبيولوجية والمتفجرات.

2- **الفساد: -** مِن لا يملك لمن لا يستحق، التربح من المناصب القيادية، الرشاوي التلاعب بالمعلومات المالية للشركات حتى يتم التربح من جراء هذا التصرف في سوق التداولات على سبيل المثال في الفساد المالي، تهريب المنشطات البدنية والمُخدرات عبر حدود الدول

3- **العملات المزيفة والوثائق المأمونة المقلدة:** التزييف جريمة ليست بالجديدة فهي لها تاريخ طويل في دول العالم سواء تزييف العملات او الأوراق الرسمية ولكن اليوم أصبحت أشد تأثير من ذي قبل نظراً لتطور الإمكانيات

التكنولوجية التي تساعد على ذلك وهو ما يضر بالاقتصادات الوطنية وبالمؤسسات المالية ويهدد سبل عيش الناس فهو يغذى الاقتصاد الغير قانوني ويمول أنشطة شبكات الجريمة المنظمة

4- **الجرائم المرتكبة ضد الأطفال** : الاعتداء الجنسي، والاستغلال، والاتجار، والعمل القسري، والاختطاف، ليست سوى بعض المخاطر التي يواجها الأطفال في جميع أنحاء العالم اليوم، ويسعى الإنتربول إلى مكافحة هذه الجرائم ذات البعد الدولي.

5- **الإتجار بالسلع الغير مشروعة:** الإتجار بالسلع المقلدة جريمة عبر وطنية تقوم بها مجموعات إجرامية واسعة النطاق وتضر بالاقتصاد العالمي والصحة العامة في جميع أنحاء العالم.

6- **الجريمة المنظمة :** تنخرط شبكات الجريمة المنظمة بشكل عام في أنواع كثيرة من الأنشطة الإجرامية السابقة الذكر (وغيرها الكثير التي لن يتثنى لي ذكرها بالتفصيل في هذا البحث نظراً لمحدودية عدد صفحاته وإلا كنت قد ضممت المزيد من الفصول والمباحث المتعلقة بهذه الجرائم المؤرقة للعالم أجمع)، ومنها الاتجار بالبشر، والمخدرات، والسلع والأسلحة الغير مشروعة، والسطو المسلح والتزوير وغسيل الأموال ، وتشبه مؤسستها الإجرامية إلى حد كبير الشركات التجارية الدولية المشروعة فهى تعتمد أساليب وطرق خاصة بها ولها استراتيجيات طويلة المدي بهدف تحقيق أكبر قدر من الأرباح[144] .

7- **الجرائم المرتكبة ضد التراث الثقافي:** - يُعتبر الاتجار بالممتلكات الثقافية نشاطاً ينطوي على مخاطر قليلة ويدرّ أرباحاً كبيرة على المجرمين ويتصل بالجريمة المنظمة، ويتمثل دور الأمانة العامة للإنتربول هنا بالدرجة الأولى في دعم البلدان الأعضاء وإداراتها المتخصصة في هذا المجال.

8- **الجريمة السيبيرية :-** يشير مصطلح "الجريمة السيبرية البحتة" إلى الجرائم المرتكبة ضد أجهزة الكمبيوتر وأنظمة المعلومات، حيث يتمثل الهدف في الوصول غير المأذون به إلى جهازٍ ما أو منع الوصول إلى مستخدم شرعي. كما تطورت الأشكال التقليدية للجريمة مع توجه المنظمات الإجرامية المتزايد نحو الإنترنت لتسهيل أنشطتها وتعظيم ربحها في أقصر وقتٍ ممكن. هذه الجرائم "المتاحة عبر الإنترنت" ليست جديدة بالضرورة - مثل السرقة والاحتيال والمقامرة غير المشروعة وبيع الأدوية المقلّدة - ولكنها اتخذت بعداً جديداً عبر الإنترنت.

9- **الاتجار بالمخدرات:-** تقوم الشبكات الإجرامية بالاتجار بمجموعة من المخدرات ولا سيما الحشيش والكوكايين والهيروين والميثامفيتامين، ومع ازدياد سهولة اختراق الحدود الدولية، ما فتئ تعاطي المخدرات والحصول عليها ينتشران في جميع أنحاء العالم، ويشارك في هذه التجارة الدولية مزارعون ومنتجون وناقلون ومورّدون وتجار، وهي تلحق الضرر بجميع البلدان الأعضاء في الإنتربول تقريبا، وتقوض الاستقرار السياسي والاقتصادي، وتدمر حياة الأفراد والمجتمعات، وغالبا ما يكون المستهلكون والمدمنون ضحايا لشبكات تجارية قوية ومخادعة.وفي كثير من

[144] السعودي، الأنتربول : أساليب الإجرام تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/9/8 متاح على الرابط التالى
https://www.moi.gov.sa/wps/portal/Home/sectors/interpol/contents/!ut/p/z0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfIjo8ziDTxNTDwMTYy8LUwC3AwcA428nB2dPY38ncz1gxOL9L30o_ArApqSmVVYGOWoH5Wcn1eSWlGiH1GcWJqSqZAJ5BUV5OeoGqDyFRKLVA2SizJzU4Gs1MRi_YJs93AArcCz2g#/!!

الأحيان، يرتبط الاتجار بالمخدرات بأشكال أخرى من الجريمة، مثل غسل الأموال أو الفساد، كما يمكن للشبكات الإجرامية أن تستخدم مسالك الاتجار لنقل منتجات أخرى غير مشروعة.ويقدم الإنتربول المساعدة إلى أجهزة إنفاذ القانون الوطنية والإقليمية والدولية لمكافحة إنتاج المخدرات والاتجار بها وتعاطيها على نحو غير مشروع، وذلك من خلال:

- العمليات العالمية لمكافحة الاتجار بالمخدرات والمساعدة في التحقيقات الجارية.
- التحليل الجنائي لبيانات الاستخبار عن مسالك الاتجار بالمخدرات، والأساليب الإجرامية ذات الصلة، والشبكات الإجرامية المعنية.
- تدريب شامل للشرطة في جميع أنحاء العالم لمكافحة الاتجار بالمخدرات على نحو أفضل.

10 . **الجريمة البيئية:-** والجرائم البيئية لا تقيّدها الحدود، ومنها مثلاً الاتجار بالعاج، والإفراط في صيد الأنواع المحمية من الأسماك، وقطع الأشجار غير المشروع، ورمي النفايات الخطرة. وغالباً ما تكون الطرق المستخدمة لتهريب الحيوانات البرية عبر البلدان والقارات هي نفسها المستخدمة للاتجار بالأسلحة والمخدرات والبشر. والواقع أن الجرائم البيئية غالباً ما تُرتكب إلى جانب جرائم أخرى كتقليد جوازات السفر والفساد وغسل الأموال، لا بل حتى إلى جانب جريمة القتل.

11 . **الجرائم المالية:-** تشمل الجرائم المالية السرقةَ العادية أو الاحتيال الذي يرتكبه أفراد ذوو نوايا سيئة، وعمليات واسعة النطاق تديرها مجموعات إجرامية منظمة لها موطئ قدم في كل قارة، وتشكل هذه الأنشطة الإجرامية أعمالا خطيرة ينبغي عدم التقليل من أهميتها إذ إنها بالإضافة إلى تبعاتها السلبية الاجتماعية والاقتصادية، غالبا ما تكون مرتبطة ارتباطا وثيقا بالجرائم العنيفة، لا بل حتى بالإرهاب.

12 . **الاتجار بالأسلحة النارية :** يهدد استخدام الأسلحة النارية من قِبل المجرمين سلامةَ المواطنين في جميع بلدان العالم، وهذه الأسلحة بالإضافة إلى استخدامها البديهي في عمليات السطو المسلح والقتل، ترتبط أيضا بمجموعة كبيرة من الجرائم الأخرى التي تشمل الفساد، والجريمة البيئية، والاتجار بالبشر، والقرصنة البحرية، والجريمة المنظمة، والأنشطة الإرهابية.

13 . **الاتجار بالبشر** :- يرتبط الإتجار بالبشر بعدد من الجرائم، بما في ذلك تدفقات الأموال غير المشروعة، واستخدام وثائق السفر المزورة، والجريمة السيبرية.

14 **. الجريمة البحرية** :- يتم نقل أكثر من 80 ٪ من سلع العالم عن طريق البحر لذلك تُعتَبر البيئة البحرية الآمنة ضرورية لحرية تدفّق التجارة العالمية، ورغم هذا فإن السفن التجارية والملاحين عرضة للأعمال الإجرامية من القرصنة والاختطاف والسرقة ما يؤثر سلباً على حرية الملاحة والتجارة العالمية، كما تشكّل الأنشطة البحرية الأخرى غير المشروعة، مثل الاتجار بالأسلحة والمخدرات والبشر، تهديداً للأمن الدولي والسلامة الشخصية.

15 **. تهريب المهاجرين :-** يرتبط تهريب المهاجرين ارتباطا وثيقا باستخدام وثائق السفر المزورة ويتصل بجرائم أخرى مثل تداول الأموال غير المشروعة، والفساد، والإرهاب، والاتجار بالسلع غير المشروعة والبشر.

16 . **الجرائم المتصلة بالمركبات:-** السرقة المنظمة للمركبات الآلية، لئن كانت تعني أولا مالكها، تستتبع أيضا عواقب مالية على شركات التأمين وتضر بسمعة شركات تصنيع السيارات وهي - في معظم الحالات - مرتبطة بجرائم منظمة أخرى. وبالنسبة لجماعات الجريمة المنظمة، يشكل الحصول على مركبات مسروقة وشحنها وبيعها وسيلة قليلة المخاطر لتحقيق الأرباح، وفي كثير من الأحيان يتم الاتجار بالمركبات المسروقة لتمويل أنشطة إجرامية أخرى وتنفيذها، تشمل تهريب المخدرات والاتجار بالأسلحة وتهريب البشر والإرهاب الدولي. والاتجار غير المشروع بقطع الغيار هو أيضا مصدر إيرادات هامة للمنظمات الإجرامية ويمنحها فرصا لاستخدامها بطرق عملية متعددة، ولهذه الظاهرة تبعات مالية على قطاع تصنيع قطع الغيار لكن الأمرلا يقتصر على ذلك إذ إنها أيضا تعرض حياة السائقين للخطر لأن قطع الغيار غير المشروعة غالبا ما لا تستوفي معايير السلامة المعترف بها.

17 . **جرائم الحرب:-** تشكل بعض الجرائم كالإبادات الجماعية وجرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية قلقاً بالغاً للأسرة الدولية.

رابعاً: المحكمة المختصة بالنظر في الجرائم المنظمة :-

بحسب ما ذكر في نظام الإجراءات الجزائية الصادر بتاريخ 1435/01/22هـ الموافق 2013/11/25م والصادر بالمرسوم الملكى رقم (م/2) بتاريخ 1435/1/22هـ

وبحسب المادة السابعة والعشرون بعد المائة؛ ونصها كالتالى: -

"إذا شمل التحقيق أكثر من جريمة من اختصاص محاكم متماثلة الاختصاص وكانت مرتبطة، فترفع جميعها بأمر واحد إلى المحكمة المختصة مكانًا بإحداها. فإذا كانت الجرائم من اختصاص محاكم مختلفة الاختصاص، فترفع إلى المحكمة الأوسع اختصاصًا. "

المادة الثامنة والعشرون؛ وتنص على اختصاص المحاكم الجزائية بالنظر في القضايا الجزائية مع عدم الاختلال في اختصاصات المحاكم الأخرى ونصها كالاتي: -

"مع عدم الإخلال باختصاصات المحاكم الأخرى، تختص المحكمة الجزائية بالفصل في جميع القضايا الجزائية."

المادة الثلاثون بعد المائة:

"يتحدد الاختصاص المكاني للمحاكم في مكان وقوع الجريمة، أو المكان الذي يقيم فيه المتهم، فإن لم يكن له مكان إقامة معروف يتحدد الاختصاص في المكان الذي يقبض عليه فيه."

المادة الثانية والثلاثون بعد المائة:

"تختص المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجزائية المرفوعة أمامها، إلا إذا نص النظام على خلاف ذلك."[145]

دور مجلس الأمم المتحدة في الحد من الجريمة المنظمة

المبحث الأول: - تبرز جهود الأمم المتحدة من خلال الاتفاقية التي تم عقدها في شهر نوفمبر لعام 2000م والى نذكر منها على سبيل المثال وليس الحصر نظراً لعدم الإطالة ولمحدودية عدد صفحات البحث:-

أولاً: -

---

[145] نظام الإجراءات الجزائية الصادر بتاريخ 1435/01/22هـ الموافق 2013/11/25م والصادر بالمرسوم الملكى رقم (م/2) بتاريخ 1435/1/22هـ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/9/10 متاح من خلال الرابط التالى ؛
https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/8f1b7079-a5f0-425d-b5e0-a9a700f26b2d/1

اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية

اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 تشرين الثاني/نوفمبر 2000

المادة 1

بيان الغرض

الغرض من هذه الاتفاقية تعزيز التعاون على منع الجريمة المنظمة عبر الوطنية ومكافحتها بمزيد من الفعالية.

المادة 3

نطاق الانطباق

1- تنطبق هذه الاتفاقية، باستثناء ما تنص عليه خلافا لذلك، على منع الجرائم التالية والتحقيق فيها وملاحقة مرتكبيها:

(أ) الأفعال المجرمة بمقتضى المواد 5 و 6 و 8 و 23 من هذه الاتفاقية؛

(ب) الجريمة الخطيرة حسب التعريف الوارد في المادة 2 من هذه الاتفاقية؛

حيثما يكون الجرم ذا طابع عبر وطني وتكون ضالعة فيه جماعة إجرامية منظمة.

2- في الفقرة 1 من هذه المادة، يكون الجرم ذا طابع عبر وطني إذا:

(أ) ارتُكب في أكثر من دولة واحدة؛

(ب) ارتُكب في دولة واحدة ولكن جرى جانب كبير من الإعداد أو التخطيط له أو توجيهه أو الإشراف عليه في دولة أخرى[146].

(ج) ارتُكب في دولة واحدة، ولكن ضلعت في ارتكابه جماعة إجرامية منظمة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة واحدة؛

(د) ارتُكب في دولة واحدة، ولكن له آثارا شديدة في دولة أخرى.

المادة 4

صون السيادة

1- تؤدي الدول الأطراف التزاماتها بمقتضى هذه الاتفاقية على نحو يتفق مع مبدأي المساواة في السيادة والسلامة الإقليمية للدول، ومع مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى.

2- ليس في هذه الاتفاقية ما يبيح لدولة طرف أن تقوم في إقليم دولة أخرى بممارسة الولاية القضائية وأداء الوظائف التي يناط أداؤها حصرا بسلطات تلك الدولة الأخرى بمقتضى قانونها الداخلي[147].

المادة 5

تجريم المشاركة في جماعة إجرامية منظمة

1- تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية جنائيا عندما تُرتكب عمدا:

(أ) أي من الفعلين التاليين أو كلاهما، باعتبارهما فعلين جنائيين متميزين عن الجرائم التي تنطوي على الشروع في النشاط الإجرامي أو إتمامه:

---

(146) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 تشرين الثاني/نوفمبر 2000

(147) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية،اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 تشرين الثاني/نوفمبر 2000

(1) الاتفاق مع شخص آخر أو أكثر على ارتكاب جريمة خطيرة لغرض له صلة مباشرة أو غير مباشرة بالحصول على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى وينطوي، حيثما يشترط القانون الداخلي ذلك، على فعل يقوم به أحد المشاركين يساعد على تنفيذ الاتفاق، أو تكون ضالعة فيه جماعة إجرامية منظمة؛

(2) قيام الشخص، عن علم بهدف جماعة إجرامية منظمة ونشاطها الإجرامي العام أو بعزمها على ارتكاب الجرائم ' المعنية، بدور فاعل في:

أ - الأنشطة الإجرامية للجماعة الإجرامية المنظمة؛

ب- أي أنشطة أخرى تضطلع بها الجماعة الإجرامية، مع علمه بأن مشاركته ستسهم في تحقيق الهدف الإجرامي المبين أعلاه؛

(ب) تنظيم ارتكاب جريمة خطيرة تكون ضالعة فيها جماعة إجرامية منظمة، أو الإشراف أو المساعدة أو التحريض عليه أو تيسيره أو إسداء المشورة بشأنه.

2- يستدل على العلم أو القصد أو الهدف أو الغرض أو الاتفاق، المشار إليها جميعا في الفقرة 1 من هذه المادة، من الملابسات الوقائعية الموضوعية.

3- تكفل الدول الأطراف التي يشترط قانونها الداخلي ضلوع جماعة إجرامية منظمة لتجريم الأفعال المنصوص عليها في الفقرة 1 (أ) (1)، من هذه المادة، شمول قانونها الداخلي جميع الجرائم الخطيرة التي تضلع فيها جماعات إجرامية منظمة. وتبادر تلك الدول الأطراف، وكذلك الدول الأطراف التي يشترط قانونها الداخلي إتيان فعل يساعد على تنفيذ الاتفاق، لتجريم الأفعال المنصوص عليها في الفقرة 1 (أ) (1)، من هذه المادة، إلى إبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة بذلك وقت توقيعها على هذه الاتفاقية أو وقت إيداعها صكوك التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها أو الانضمام إليها.

المادة 6

تجريم غسل عائدات الجرائم

1- تعتمد كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية جنائيا عندما ترتكب عمدا:

(أ) (1)، تحويل الممتلكات أو نقلها، مع العلم بأنها عائدات جرائم، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجرم الأصلي الذي تأتت منه على الإفلات من العواقب القانونية لفعلته؛

(2) إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو ' الحقوق المتعلقة بها، مع العلم بأنها عائدات جرائم؛

(ب) ورهنا بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني:

(1) اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع العلم، وقت تلقيها، بأنها عائدات جرائم؛

(2) المشاركة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة، أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها، ومحاولة 'ارتكابها والمساعدة والتحريض على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه.

2- لأغراض تنفيذ أو تطبيق الفقرة 1 من هذه المادة:

(أ) تسعى كل دولة طرف إلى تطبيق الفقرة 1 من هذه المادة على أوسع مجموعة من الجرائم الأصلية؛

(ب) تدرج كل دولة طرف في عداد الجرائم الأصلية كل جريمة خطيرة، حسب التعريف الوارد في المادة 2 من هذه الاتفاقية، والأفعال المجرمة وفقا للمواد 5 و 8 و 23 من هذه الاتفاقية. أما الدول الأطراف التي تحدد تشريعاتها قائمة جرائم أصلية معينة، فتدرج في تلك القائمة، كحد أدنى، مجموعة شاملة من الجرائم المرتبطة بجماعات إجرامية منظمة[148].

المبحث الثاني: -الجهاز (التنفيذي) الأساسي في منظمة الأمم المتحدة

الجمعية العامة تعتبر هي الجهاز الأساسي في منظمة الأمم المتحدة، الذي له الحق في مناقشة أي مسألة تدخل في نطاق ميثاق منظمة الأمم المتحدة، و هي تعمل على تحقيق التعاون بين الدول الأعضاء في مختلف المجالات السياسية، و الاقتصادية، و الاجتماعية، و الثقافية، و تتكون من جميع أعضاء منظمة الأمم المتحدة

انطلاقا من المادة 68 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة التي ترخص للمجلس الاقتصادي والاجتماعي إنشاء الأجهزة الفرعية التي يقتضيها قيامه بأداء وظائفه ، و ذلك لإنشاء لجان للشؤون الاقتصادية وحماية حقوق الإنسان، و انطلاقا من هذه المادة قام المجلس الاقتصادي والاجتماعي بإنشاء العديد من الأجهزة الفرعية، و التي من بينها لجنة المخدرات ،و لجنة منع الجريمة، و العدالة الجنائية[149].

1- لجنة المخدرات: وتضم ثلاث فئات من الدول

الفئة الأولى: تضم الدول التي تم فيها زراعة نباتات الكوكا، و خشخاش الأفيون.

الفئة الثانية: تضم الدول ذات الأهمية في صناعة المخدرات، و المؤثرات العقلية.

. الفئة الثالثة: تضم الدول التي تضررت مصالحها من الاتجار في المخدرات، والإدمان عليها

اختصاصها: - (على سبيل المثال لا الحصر نظراً لعدم الإطالة لمحدودية عدد صفحات البحث)

مساعدة المجلس الاقتصادي والاجتماعي في ممارسة الإشراف على تطبيق الاتفاقيات الصادرة في شأن المخدرات، و المؤثرات العقلية.

- تقدم المشورة للمجلس في آل الموضوعات المتعلقة بالرقابة على المخدرات، و إعداد مشاريع الاتفاقيات الدولية الصادرة في شأن المخدرات.

- تقدم للمجلس الاقتصادي والاجتماعي ما تراه ضروريا من اقتراحات من شأنها إضفاء الفاعلية على الرقابة الدولية على المخدرات.

2- لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية

اختصاصها: -

كُلفت اللجنة منذ إنشائها، بالرقابة على تنفيذ وتطوير برنامج الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة ومراجعتها كلما اقتضت الضرورة وذلك:

- تقديم الدعم للدول الأعضاء في الأمم المتحدة والتنسيق في هذا الشأن.
- تحقيق العمل الدولي لمكافحة الجريمة الوطنية والجريمة عبر الوطنية، والتي تشتمل على الخصوص الجريمة المنظمة، والجريمة الاقتصادية، و خاصة جريمة تبيض الأموال.
- تطوير دور القانون الجنائي في حماية البيئة.

---

[148] اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية،اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 تشرين الثاني/نوفمبر 2000

[149] المادة 68 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة "ينشئ المجلس الاقتصادي والإجتماعي لجاناً للشؤون الاقتصادية والإجتماعية ولتعزيز حقوق الإنسان ، كما ينشئ غير ذلك من اللجان التي قد يحتاج إليها لتأدية وظائفه"

- العمل على إنفاذ القوانين((150)).

آثر الجريمة المنظمة على المجتمع السعودي

تطور الجريمة:

تم تطوير مفهوم سوق الأنشطة الإجرامية حيث أن العرض (عرض الجريمة) يعتبر دالة لتكاليف، ومنافع الأنشطة وتفضيلات الفرد للمخاطرة.

وطلب الجريمة مشتق من نظرية الغذاء المجاني free lunchTheorem ومتوقف على تصور الفرد لاحتمالات القبض عليه وإدانته ومعاقبته بالإضافة إلى عوامل أخرى ومنها العائد او الدخل(151).

وبالتالي فأن هناك تميزاً سعرياً حيث إن يتحمل الفرد العقوبة المفروضة عليه في حالة إدانته فقط أي أن عرض الجرائم يتوقف على درجة الاحتمالات أكثر من العقاب أو كفائة الأجهزة المعنية بعقابه.

الجريمة بأنواعها تواجه كافة المجتمعات ولكن السلوك الإجرامي نفسه يختلف من مجتمع لآخر.

والمملكة العربية السعودية مثل كافة المجتمعات الآخرى تواجه تطور أنماط واعداد الجرائم ولكنها تختلف عنهم في نقطة هامة جدا وهي تمسكها بالشريعة الإسلامية وتطبيقاتها ومحاولتها الدؤوبة إلى تعميق الأمن والأمان لتتميز عن بقية المجتمعات.

بالرغم من أنخفاض معدلات الجريمة بالمملكة العربية السعودية عن غيرها من الدول سواء متقدمة أو نامية(152) إلا أن مع التطور والتنمية الاقتصادية أدى إلى رفع تلك المؤشرات مرة أخرى.

وبتتبع تلك المؤشرات وإحصائيات وزارة الداخلية السعودية عن ارتفاع معدلات الجريمة يلاحظ أنها كانت تتناقص في الفترة من 1386وحتى 1396 هـ ، ثم بدأ ت في الزيادة.

كما أن بفحص تلك المؤشرات والإحصائيات تلاحظ أن النسبة الأكثر للجرائم هي الاعتداء على الأموال يليها الجرائم الأخلاقية وأقل نسبة هي القتل. وتكُثر تلك النسب في المدن أكثر منها في القرى الصغيرة (153)

وترجع أسباب أنتشار الجريمة المنظمة إلى التقدم الهائل في التكنولوجيا والعولمة والتوسع في التجارة والانتشار بين الدول مما أدى إلى تلاشي الحدود الجغرافية التي كانت تسهل على الدولة حماية أراضيها من أي غزو خارجي ولكننا نتحدث عن الغزو الفكري الثقافي أو القوة الناعمة (بحد تعبيري الشخصي) في عصر المعلومات وبفعل وجود تقنيات عالية التقدم فإصبحت حدود الدول مستباحه(154) ويسهل دخول وخروج العناصر الإجرامية بشكل متخفي وراء التجارة والاستثمار الأجنبي ....الخ.

لذلك فهناك أعتقاد أن عمليات الجرائم المنظمة هي من أنواع الجرائم التي أفرزها التقدم العلمي والتكنولوجي حيث أصبح التحكم في العملية الإجرامية عن بعد من مكان الجريمة لتوفر تقنيات الاتصالات الحديثة المتطورة والسريعة الاستخدام (155)

---

(150) صالح، محمد فوزي: الجريمة المنظمة وآثرها على حقوق الإنسان(2009)، رسالة ماجيستير، جامعة يحي فارس، كلية الحقوق، ص 37

(151) الخولي، سيد فتحى أحمد : آثر التغيرات الأقتصادية على الجريمة في المملكة العربية السعودية(1421هـ)،جدة المملكة العربية السعودية، دراسة سابقة منشورة بتاريخ 1421/2/24هـ، جامعة الملك عبدالعزيز، ص 46

(152) فاروق عبدالرحمن مراد: دراسة عن مكافحة الجريمة في المملكة وآثر تطبيق الشريعة الإسلامية، وثائق الندوة العلمية لدراسة تطبيق الشريعة وآثرها في مكافحة الجريمة، الرياض ،16-21 شوال 1396هـ،وزراة الداخلية ،ص135 نقلاً عن الخولي، سيد فتحى أحمد : آثر التغيرات الأقتصادية على الجريمة في المملكة العربية السعودية(1421هـ) ، المرجع السابق

(153) الخولي، سيد فتحى أحمد ، مرجع سابق

(154) د/ ذياب موسي البداينة، الظواهر الإجرامية المستحدثة وسبل مواجهتها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، بحث مقدم بعنوان " جرائم الحاسب والإنترنت"إلى ندوة علمية عقدت في تونس في الفترة من 28-1999/6/30. الرياض ، ص100

(155) صالح،أديبة محمد(2009)، الجريمة المنظمة دراسة قانونية مقارنة ، مرجع سابق ، ص 35-36.

ولتلك الأسباب زادت الجرائم المنظمة من حيث الكم والنوع حيث تطورت المنظمات الإجرامية نفسها حديثاً مستخدمة ما يعرف بالجريمة الإليكترونية على سبيل المثال جرائم غسيل الأموال المحصلة من الأنشطة الغير مشروعة وبتحويل تلك الأموال عن طريق شبكة الانترنت ويقوا باختراق أنظمة المؤسسات والشركات ويقوموا بتدميرها أو بيعها لصالح منافسيهم وبالتالي ابتزازهم لدفع المبالغ الطائلة [156]

وهناك سببين أخرين وهما:

العولمة مما يعطى المزيد من الأتساع لانتشار تلك الجرائم بشكل يتجاوز الرقابة والمراقبة الداخلية والخارجية.

وتطور الأسلحة واستخدامها في جرائم العنف (مثل الجماعات الإرهابية) وكذلك المواد الغازية المذهبة للوعى وتهريب الأسلحة المتطورة .....الخ.

<u>قرار النائب العام رقم (1) بتاريخ 1442هـ :-</u>

هذا القرار لم يكن هو الأول من نوعه ولكن يسبقه قرار أخر حُدد فيه الجرائم الكبيرة المؤجبة للتوقيف (قرار رقم 2000) تم إصداره بناءً على المادة 12 من نظام الإجراءات الجزائية قبل التعديل وكانت المادة تنص على أن الصلاحية لوزير الداخلية في تحديد هذه الجرائم

وكان نص المادة كما يلى:-

" المادة الثانية عشر بعد المائة: يحدد وزير الداخلية – بناء على توصية النائب العام – ما يعد من الجرائم الكبيرة المُوجبة للتوقيف، وينشر ذلك في الجريدة الرسمية."

وعُدلت بالاتي: -

" تعديل المادة (الثانية عشر بعد المائة) بقرار مجلس الوزراء رقم (593) وتاريخ 12-9-1441هـ، "يحدد النائب العام- بعد الاتفاق مع وزارة الداخلية ورئاسة أمن الدولة – ما يعد من الجرائم الكبيرة المُوجبة للتوقيف، وينشر ذلك في الجريدة الرسمية"

الموافق عليه بموجب المرسوم الملكي رقم (م/125) ، وتاريخ 1441/9/14هـ

- في القرار رقم (2000) حتى تعتبر الجرائم المنصوص عليها في الأنظمة جرائم كبيرة مُوجبة للتوقيف يعاقب عليها بالسجن يزيد حده الأعلى عن سنتين ، ولكن تم تعديل هذا الحد في القرار رقم (1) تم تعديل هذا الحد لتكون الجرائم الموجبة للتوقيف تلك المعاقب عليها نظاماً بالسجن لمدة تزيد على ثلاث سنوات ومن هذه الأنظمة التي نصت على عقوبات لمدة تزيد على ثلاث سنوات :
  - نظام مكافحة غسل الأموال
  - نظام مكافحة جرائم المعلوماتية م 5،6،7
  - نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية م 38،39،40
  - نظام مكافحة الرشوة
  - نظام مكافحة التستر
  - النظام الجزائي لجرائم التزوير

<u>وقد جاء نص البيان كالاتي:</u>

[156] صالح،أديبة محمد(2009)، مرجع سابق، ص 36

أن النائب العام بناء على الصلاحيات المخولة له بموجب المادة الثانية عشر بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية المعدلة بالمرسوم الملكي رقم (م/152) بتاريخ 1442/9/14هـ ، بما نصه " يحدد النائب العام – بعد الاتفاق مع وزارة الداخلية ورئاسة أمن الدولة – ما يعد من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف وينشر ذلك في الجريدة الرسمية " وبعد الاتفاق مع وزارة الداخلية ورئاسة أمن الدولة يقرر الاتي:-

أولاً: الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف :-

1. جرائم الحدود المعاقب عليها بالقتل أو القطع.
2. جرائم قتل العمد، أو شبه العمد.
3. الجرائم المخلة بالأمن الوطني.
4. الجرائم المعاقب عليها نظام، بالسجن مدة تزيد عن ثلاث سنوات.
5. كل جريمة ورد بشأنها نص خاص في النظام بأنها من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف[157] .....الخ.

(لن يتثنى لنا ذكر تفاصيل البيان بأكمله ولكن سيقوم الباحث في الأيام القادمة بدراسة أكاديمية مستقلة وسيضاف فيها الدور الميداني من قبل الباحث نفسه)

جهود المملكة العربية السعودية في التصدي للجريمة المنظمة ومحاربتها

المجتمع السعودي مجتمع مُسلم ويغلب عليه الطابع القبلي يستمد عاداته وتقاليده وقيمه من الشريعة الإسلامية وبعض العادات العربية التي توارثها عبر التاريخ، وبالتالي فهو عبارة عن عدد من القبائل العربية تتوزع بين المدينة والريف والبادية.

ومن الركائز الأساسية التي تقوم عليها بنية المجتمع السعودي وهو الدين حيث أن المجتمع السعودي من أكثر المجتمعات تمسكاً بالدين ويقضى بأحكام الشريعة الإسلامية التي حدت بشكل كبير من انتشار الجرائم المنظمة بداخله.

اولاً: تطور الجريمة:

مع بداية الفترة من (1975-1995م) حدث طفرة اقتصادية وارتفاع في أسعار النفط الذي تتميز به المملكة عن غيرها من الدول وساعد ذلك في تغيرات اقتصادية واجتماعية كبيرة ومن بينها أيضاً ظاهرة الجريمة المنظمة

حيث أن في تلك الفترة وحتى الوقت الحاضر تغيرت أنماط العلاقات الاجتماعية علاوة على صراع الثقافات وتوافد العمالة الإجنبية على المملكة والتي بدورها ساعدت في تلك التغيرات لذا كانت هذه الفترة هامة ومؤثرة.

فالتحول الاجتماعي أدى إلى ظهور أنواع جديدة من العلاقات وإلى ظهور أنماط جديدة من الجرائم وتغيرت وسائل ارتكاب الجرائم[158]

- سبل المكافحة:

- مكافحة العوامل المؤدية إلى ارتكاب الجريمة:

- مكافحة التصدع الأسرى: ومحاولة إعادة بناء القيم والأخلاقيات التي تبنيها الاسرة في الأطفال.

---

[157] قرار النائب العام رقم (1) بتاريخ 1442هـ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/9/10 من خلال الرابط التالى
https://www.tanfez.com/%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%A8%D9%8A%D8%B1%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%AC%D8%A8%D8%A9-%D9%84%D9%84%D8%AA%D9%88%D9%82%D9%8A%D9%81-1442%D9%87%D9%80.html

[158] البشر،د/خالد بن سعود(2000): مكافحة الجريمة في المملكة العربية السعودية،الرياض- المملكة العربية السعودية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،ط1،ص272

- مكافحة رفقاء السوق: حيث تبين للجهات الحكومية بالمملكة أن أحد أهم الدوافع الرئيسية لارتكاب الجرائم هي بسبب رفقاء السوء وقامت المملكة بجهود اقتصادية وإعلامية واجتماعية مختلفة كإقامة المراكز الصيفية للشباب لاستغلال وقت فراغهم بطريقة صحية نافعة لهم.
- مقاومة الدافع الجنسي: قاومت الدولة تلك الغرائز وسنت العديد من الأنظمة التي تؤدي إلى عدم إثارة تلك الميول والغرائز في النفس البشرية تباعاً لمبدأ الوقاية من ارتكاب الجرائم.
- مكافحة الدافع الاقتصادي: وهذا هو من أبرز أولويات المملكة وهو رفع مستوى المعيشة وتحسين نوعية الحياة وتوزيع ثمار الثروة المتزايدة على المواطنين والحد من التأثيرات الجانبية السلبية التي تنجم عن التنمية السريعة.
- مكافحة تدنى المستوي التعليمي: بحسب ما جاء في المادة الثالثة[159] عشر لنظام الحكم في المملكة أن التعليم يهدف إلى غرس العقيدة الإسلامية في نفوس النشء وإكسابهم المعرفة والمهارات وتهيئتهم ليكونوا أعضاء نافعين.
- مكافحة تعاطى المسكرات والمخدرات : من الجهود الرسمية للملكة العربية السعودية لمكافحة جريمة المخدرات قامت المملكة بتظيم وإعداد حملات إعلامية بهدف توضيح الأخطار الناجمة عن إنتشارالمخدرات وشارك في تلك الحملات الإعلامية العديد من أجهزة الدولة ومؤسستها الصحية والتربوية
- اما من ناحية جهود المملكة العربية السعودية في مكافحة الجرائم من الناحية الدينية فنجد جهودها واضحة في ذلك من خلال
- مكافحة ضعف الوازع الديني : يلعب الوازع الديني دوراً بارزاً في مكافحة الجريمة قبل حدوثها فقوة الوازع الديني تلعب دوراً أساسياً في بث الاطمئنان والاستقرار في النفس البشرية وبالتالي يحجم الإنسان عن ارتكاب الجريمة فسياسة المملكة تنطلق من إيمانها بأن مصدر التشريع والاحكام لابد وان يكون من كتاب الله وما جاء به رسول الله.
- كما أن الشريعة الإسلامية هي النظام والأصل المعتمد عليه عند تسيير شئون الدولة وأن السلف الصالح وأئمة المذاهب الأربعة هم قدوتنا في السير على الطريق القويم.

ويتم تقوية الوازع الدينى بعدة طرق منها

1- عبر البرامج التعليمية: وذلك بإيلاء التعليم الدينى حقه من العناية وتضمنت المقررات التعليمية بجميع مراحلها عدداً من المواد الدينية مثل القرآن الكريم والتوحيد والفقه والحديث والتفسير والتجويد.

2- عبر البرامج الإعلامية : من الحقوق التي تكفلت بها الدولة والتزمت بها عند تأسيسها حماية العقيدة الإسلامية وتطبيق شريعة الله والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والقيام بواجب الدعوة إلى الله[160].

دور حقوق الإنسان السعودي تجاه هذه الجرائم: -

ونتحدث في هذا المطلب بأختصارعن جهود حكومة المملكة العربية السعودية في مجال حماية وتعزيز حقوق الإنسان من خلال الأنظمة والقوانين الثابتة.

(159) المادة الثالثة عشر من الباب الثالث لنظام الحكم في المملكة الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ/90وتاريخ 1412/8/27هـ.

(160) البشر،د/خالد بن سعود(2000): مكافحة الجريمة في المملكة العربية السعودية،الرياض- المملكة العربية السعودية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،ط1،ص394، 406،402،410،415،419.

أنظمة ولوائح المساواة وعدم التمييز وحقوق الانسان:

نظام الحماية من الإيذاء:

نص النظام على الحماية من الإيذاء بمختلف أنواعه وتقديم المساعدة والمعالجة اللازمة وتوفير الإيواء والرعاية الاجتماعية والنفسية لضحاياه، واتخاذ الإجراءات النظامية اللازمة لمساءلة المتسبب ومعاقبته، ونشر التوعية بين أفراد المجتمع حول مفهوم الإيذاء والآثار المترتبة عليه، ومعالجة الظواهر السلوكية في المجتمع، التي تنبئ عن وجود بيئة مناسبة لحدوث حالات إيذاء.

وأوجب النظام على كل من اطلع على حالة إيذاء الإبلاغ عنها فوراً للجهات الأمنية المختصة أو الصحية أو الجهات الأهلية، وأفرد حكماً خاصاً يلزم كل موظف عام مدني أو عسكري وكل عامل في القطاع الأهلي اطلع على حالة إيذاء -بحكم عمله-بإحاطة جهة عمله بالحالة عند علمه بها، وعلى جهته إبلاغ الجهة المختصة أو الشرطة بحالة الإيذاء فور العلم بها، كما أكد النظام على عدم جواز الإفصاح عن هوية المبلّغ عن حالة إيذاء إلا برضاه، أو في الحالات التي تحددها اللائحة التنفيذية للنظام.

نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص:

يحظر النظام – بناءً على المعايير الدولية والإقليمية لمكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص- جميع أشكال المتاجرة بالأشخاص الموصوفة في بروتوكول منع ومعاقبة الاتجار بالبشر، وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (بروتوكول باليرمو)، وأضاف أشكالاً أخرى لم يتضمنها البروتوكول، وهي: إجراء التجارب الطبية، والتسوَّل، وحدّد النظام الأوصاف الجرمية لمختلف أشكال الاتجار بالأشخاص، وكذلك العقوبات التي تصل إلى السجن (15) سنة، وغرامة مالية تصل إلى (مليون ريال)، والتي تُشدد في حالات معينة تكون فيها الضحية امرأة أو طفل، كما أكدّ على مبدأ عدم الاعتداد برضا المجني عليه في أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في النظام.

الجهات والمؤسسات المعنية بحقوق الإنسان:

تم إنشاء العديد من المؤسسات الحكومية وغير الحكومية التي تُعنى بحماية وتعزيز حقوق الإنسان أو بحقوق محددة منها، بجانب مسؤوليات الجهات الحكومية المعنية بالأساس بإعمال حقوق الإنسان كل في مجال اختصاصه، ومن تلك المؤسسات:

هيئة الرقابة ومكافحة الفساد:

ترتبط الهيئة مباشرة بالملك، وتتمتع الهيئة بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري بما يضمن لها مباشرة أعمالها بكل حيادٍ ودون تأثير من أي جهةٍ كانت، وتهدف إلى حماية النزاهة، وتعزيز مبدأ الشفافية، ومكافحة الفساد المالي والإداري بشتى صوره ومظاهره وأساليبه، ويشمل اختصاصها متابعة نشاط جميع الجهات الحكومية بلا استثناء، والشركات التي تملك الدولة فيه نسبة (25%) فأكثر. ومن ضمن اختصاصاتها متابعة تنفيذ الأوامر والتعليمات المتعلقة بالشأن العام ومصالح المواطنين بما يضمن الالتزام بها والتحري عن أوجه الفساد المالي والإداري واتخاذ الإجراءات النظامية اللازمة.[161]

(161) المنصة الوطنية الموحدة : حقوق الإنسان،تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/9/10 من خلال الرابط التالي
https://www.my.gov.sa/wps/portal/snp/careaboutyou/humanright/!ut/p/z1/jdDLDoJADAXQr2FLO6MguhsxkqCI4gtnY8DgQAIMAZTTFx8bEl_dtTk3uSlw8lHnwTURQZ3lPEjb_cD1IyWOZRGkruHhEFcbuu2buEB7SmH_APbS6BOGxHV72hhXpjNw2XpHEDXg_-/TxwzD8neddgvruTry1N9EdezanL_Ct4gN86WADF6kMn_9gedgzBPAyOkdlVKqXsj3HdV1UIwUVbJpGFVKKNFJPMlPwXSSWVQ1-V0KRbX1MltneqNgNR-23Yw!!/dz/d5/L0lDUmlTUSEhL3dHa0FKRnNBLzROV3FpQSEhL2Fv

الخاتمة:

اولاً النتائج:

توصلت الدراسة إلى النتائج التالية

1. ساهمت العولمة والانفتاح العالمي وتلاشى الحدود الجغرافية التقليدية في زيادة معدلات الجريمة المنظمة.
2. التمسك بالشريعة الإسلامية يحد من أنتشار الجريمة المنظمة ، وتنمية الوازع الدينى يكون بمثابة حصن للأفراد وبخاصة الشباب لعدم الانخراط في عالم الجريمة.
3. الاهتمام بالأسرة والشباب يجعلهم ينمون في مجتمع صحي آمن.

التوصيات:

1. سد ثغرات القانون التي يتمكن المجرمين من الإنفاذ منها والتهرب من العقاب.
2. تقوية المجتمع داخلياً نفسياً وصحياً عن طريق توفير حياة كريمة والمساواة والعدل فيما بين مواطنيه.
3. توفير فرص العمل المناسبة للأفراد ليتمكنوا من عيش حياة كريمة تمنعهم من الانخراط في ارتكاب الجرائم نظير الماديات.
4. تنمية روح الانتماء والمواطنة في أفراد المجتمع.
5. التمسك بالشريعة الإسلامية في تحديد العلاقات والضوابط القانونية والتشريعية.
6. تعزيز التعاون الدولي في الحد من أنتشار الجريمة المنظمة العبر وطنية.
7. تشديد الرقابة على المنظمات الممولة من الخارج.
8. تشديد الإجراءات الأمنية على اصدار تصاريح الدخول للبلاد للوافدين الأجانب.

الحواشي:

0 برزت تلك المجموعات في خلال القرن السابع عشر والثامن عشر الميلادى وسميت بالمافيا أي العائلة ، وقد تكونت من مجموعة الألبان المهاجرين والفارين من الغزو التركي، واستقروا في جزيرة صقلية وكالابرى وكونوا مع مرور الوقت عصابات مسلحة فرضت سيطرتها على أهالى الجزيرة ،وقد نشرت الرعب والخوف في قلوب المواطنين لتدفعهم لدفع الأتاوي مقابل حمايتهم:القرصنة البحرية وأمن الملاحة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض،1410هـ ، الشمرانى محمد مسفر عبدالخالق(2001): الجريمة المنظمة وسياسة المكافحة في التسريع الإسلامي والقانون الجنائي ، الرياض، عدد الصفحات 491.

(2) المادة 68 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة "ينشئ المجلس الاقتصادي والإجتماعي لجاناً للشؤون الاقتصادية والإجتماعية ولتعزيز حقوق الإنسان ، كما ينشئ غير ذلك من اللجان التي قد يحتاج إليها لتأدية وظائفه"

المراجع:

- **سورة المصطفين: آية 29**
- **محمد، فاروق النبهان: مكافحة الإجرام المنظم، ص 44**
- **نور قاروت:السنة ومكانتها ، المدينة المنورة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ص 6**
- **محمد سعيد نمور(2014) : أصور الإجرائات الجزائية ، عمان- الأردن، دارالثقافة للنشر والتوزيع،ط4،ص22**
- **الشمرانى :محمد مسفر عبدالخالق(2001):الجريمة المنظمة وسياسة المكافحة في التشريع الإسلامي والقانون الجنائي، الرياض – المملكة العربية السعودية،أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ،رسالة ماجيستير، عدد الصفحات .491**
- **سمير ، شعبان(2008): مكافحة الجريمة المنظمة من خلال التصدّي لعمليات تبييض الأموال ، جامعة لخضر- باتنة، كلية الحقوق.**

- محمد ابن أبى بكر عبدالقادر الرازي: مختار الصحاح ، دار الرسالة، الكويت،1983،ص 100 ، نقلا عن صالح،أديبة محمد(2009)، الجريمة المنظمة دراسة قانونية مقارنة ، العراق، مركز كردستان للدراسات الإستراتيجية،ص 9-10
- عباس أبو شامة: التعريف بالظواهر الإجرامية المستحدثة،حجنها ، أبعادها، نشاطها في الدول العربية، الظواهر الإجرامية المستحدثه وسبل مواجهتها،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض-المملكة العربية السعودية،2005 ، نقلاً عن د/بن عمارة، محمد: مفهوم الجريمة المنظمة دولياً ووطنياً،جامعة ابن خلدون- تيارت، مقال محكم بتاريخ 2016/7/14
- مُحمد، فاروق النبهان ، مكافحة الإجرام المنظم، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض- المملكة العربية السعودية،1989م، ص 44، نقلاً عن الشمرانى، محمد مسفر عبدالخالق(2001) ،الجريمة المنظمة وسياسة المكافحة في التشريع الإسلامي والقانون الجنائى، الرياض- المملكة العربية السعودية،رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير.
- د/خالد فهمي: النظام القانوني لمكافحة الإتجار بالبشر، دار الفكر ، مصر ،طبعة أولى ص90
- فهد فيصل الحلواني، مكافحة الجريمة المنظمة في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير جامعة حلوان سنة 2007-2008 صفحة68
- السعودي، الأنتربول : أساليب الإجرام تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/9/8 متاح على الرابط التالى
- https://www.moi.gov.sa/wps/portal/Home/sectors/interpol/contents/!ut/p/z0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfIjo8ziDTxNTDwMTYy8LUwC3AwcA428nB2dPY38ncz1gxOL9L30o_ArApqSmVVYGOWoH5Wcn1eSWlGiH1GcWJqSqZAJ5BUV5OeoGqDyFRKLVA2SizJzU4Gs1MRi_YJs93AArcCz2g#/!!
- نظام الإجراءات الجزائية الصادر بتاريخ 1435/01/22هـ الموافق 2013/11/25م والصادر بالمرسوم الملكى رقم (م/2) بتاريخ 1435/1/22هـ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/9/10 متاح من خلال الرابط التالى ؛
- https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/8f1b7079-a5f0-425d-b5e0-a9a700f26b2d/
- الخولي، سيد فتحى أحمد : آثر التغيرات الأقتصادية على الجريمة في المملكة العربية السعودية(1421هـ)،جدة المملكة العربية السعودية، دراسة سابقة منشورة بتاريخ 1421/2/24هـ، جامعة الملك عبدالعزيز، ص 46
- فاروق عبدالرحمن مراد: دراسة عن مكافحة الجريمة في المملكة وآثر تطبيق الشريعة الإسلامية، وثائق الندوة العلمية لدراسة تطبيق الشريعة وآثرها في مكافحة الجريمة، الرياض ،16-21 شوال 1396هـ،وزراة الداخلية ،ص135 نقلاً عن الخولي، سيد فتحى أحمد : آثر التغيرات الأقتصادية على الجريمة في المملكة العربية السعودية(1421هـ) ، المرجع السابق
- د/ ذياب موسي البداينة، الظواهر الإجرامية المستحدثة وسبل مواجهتها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، بحث مقدم بعنوان " جرائم الحاسب والإنترنت"إلى ندوة علمية عقدت في تونس في الفترة من 28-1999/6/30. الرياض ، ص100
- صالح،أديبة محمد(2009)، الجريمة المنظمة دراسة قانونية مقارنة ، مرجع سابق ، ص 35-36.
- صالح،أديبة محمد(2009)، مرجع سابق، ص 36
- قرار النائب العام رقم (1) بتاريخ 1442هـ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/9/10 من خلال الرابط التالى
-https://www.tanfez.com/%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%A8%D9%8A%D8%B1%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%AC%D8%A8%D8%A9-%D9%84%D9%84%D8%AA%D9%88%D9%82%D9%8A%D9%81-1442%D9%87%D9%80.html
- البشر،د/خالد بن سعود(2000): مكافحة الجريمة في المملكة العربية السعودية،الرياض- المملكة العربية السعودية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،ط1،ص272

- المادة الثالثة عشر من الباب الثالث لنظام الحكم في المملكة الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ/90وتاريخ 1412/8/27هـ.
- البشر،د/خالد بن سعود(2000): مكافحة الجريمة في المملكة العربية السعودية،الرياض- المملكة العربية السعودية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،ط1،ص394، 406،402،410،415،419.

المنصة الوطنية الموحدة : حقوق الإنسان،تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/9/10 من خلال الرابط التالى https://www.my.gov.sa/wps/portal/snp/careaboutyou/humanright/!ut/p/z1/jdDLDoJADAXQr2FLO6MguhsxkqCI4gtnY8DgQAIMAZTfFx8bEl_dtTk3uSlw8lHnwTURQZ3IPEjb_cD1IyWOZRGkruHhEFcbuu2buEB7SmH_APbS6BOGxHV72hhXpjNw2XpHEDXg_-TxwzD8neddgvruTry1N9EdezanL_Ct4gN86WADF6kMn_9gedgzBPAyOkdlVKqXsj3HdV1UlwUVbJpGFVKKNFJPMlPwXSSWVQ1-V0KRbX1MltneqNgNR-23Yw!!/dz/d5/L0lDUmlTUSEhL3dHa0FKRnNBLzROV3FpQSEhL2F

- صالح، محمد فوزي: الجريمة المنظمة وآثرها على حقوق الإنسان(2009)، رسالة ماجيستير، جامعة يحي فارس، كلية الحقوق، ص 37
- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية،اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 تشرين الثاني/نوفمبر 2000

تقنين أحكام المعاملات المالية الإسلامية

Codification of the provisions of Islamic financial transactions

د. يوسف أحمد عمر -رئيس قسم الدراسات الإسلامية - جامعة محمد بن زايد للعلوم الإنسانية - الامارات
Email: yousif.omar@mbzuh.ac.ae

بسم الله الرحمن الرحيم

مستخلص:

يعتبر موضوع تقنين أحكام المعاملات المالية الإسلامية من المواضيع المهمة، والتقنين هو وضع الأحكام الشرعية على شكل مواد مختصرة ذات أرقام متسلسلة يحكم بها القاضي في المسائل التي تعرض عليه، ولا يتجاوزها بحال.

وبدأت فكرة تقنين أحكام الفقه الإسلامي في عهد الخليفة العباسي أبي جعفر المنصور، الذي طلب من الإمام مالك بن أنس أن يوطأ للنّاس كتابا في المسائل الفقهية، واقترح عبد الله بن المقفع على الخليفة المنصور توحيد العمل في المحاكم، ثم وضع أوّل تقنين رسمي للفقه الإسلامي فيما يخص المعاملات والمتمثّل في مجلة الأحكام العدلية، وما كان قبلها ما هو إلا مجرد محاولة لجمع الناس على مذهب واحد

وتقنين أحكام المعاملات المالية الإسلامية له مميزات كثيرة منها سهولة التعرف على الأحكام الشرعية بعد جمعها في مدونة واحدة، وكذلك يعين القضاء على سرعة الفصل في النزاعات في هذا العصر الذّي تزاحمت فيه الدعاوى والأقضية.

ويكمن الإشكال في حكم تقنين الأحكام الشرعية في طابع الإلزام الذي يُعد من خصائص القواعد القانونية بالتعبير المعاصر، وقد اختلف الفقهاء قديمًا حول مسألة إلزام القاضي بالحكم وفق مذهب معين أو رأي محدّد، ويُعتبر الخلاف حول تقنين الأحكام الشرعية امتدادًا لذلك الخلاف الذي بقي قائمًا إلى يومنا هذا.

والجمع بين الأقوال هو القول بجواز تقنين الأحكام بشرط التقيد بالأحكام المتفق عليها وترك المسائل الخلافية لتقدير القاضي حسب كل نازلة، مع الالتزام بالمصادر الشرعية كالقرآن الكريم والسنة النبوية، الإجماع، وغيرها؛ مع الوضوح فيما يتعلق بالمعاملات المحرمة؛ ومراعاة الأعراف الجارية في العقود، وإظهار الجانب الأخلاقي في التقنين.

الكلمات المفتاحية: تقنين، المعاملات، المالية، الشريعة.

Abstract:

The subject of codifying the provisions of Islamic financial transactions is one of the important topics, codification, and the development of Sharia rulings in the form of brief articles with serial numbers by which the judge rules on a subject presented to him, and he does not exceed it under any circumstances.

Ruling on the idea of codifying the rulings of Islamic jurisprudence during the reign of the Abbasid caliph Abi Jaafar al-Mansur, who asked Imam Malik bin Anas to give people a book on jurisprudence, and Abdullah bin al-Muqaffa' suggested to the caliph al-Mansur unification in the courts, Then he put the first official codification of Islamic jurisprudence in relation to transactions, represented in the Journal of Justice Rulings, and what was before it was nothing but an attempt to gather people on one doctrine ،And codifying the

provisions of Islamic financial transactions has many advantages, including the ease of identifying the legal rulings after collecting them in one code, as well as helping the judiciary to quickly adjudicate disputes in this era in which lawsuits and cases are crowded.

The problem lies in the codification of legal rulings in the nature of obligation, which is one of the characteristics of legal rules in contemporary expression. In the past, jurists differed on the issue of obligating a judge to rule according to a specific doctrine or opinion.

And the combination of sayings is the saying that it is permissible to codify rulings, provided that they adhere to the agreed rulings and leave controversial issues to the discretion of the judge according to each issue, while adhering to the legal sources such as the Holy Qur'an, the Sunnah of the Prophet, consensus, and others. with clarity regarding forbidden transactions; And taking into account the current customs in contracts, and showing the ethical side in rationing.

Keywords: rationing, transactions, finance, Sharia.

مقدمة:

يعتبر موضوع تقنين الفقه الإسلامي من العلوم الحديثة نسبيًا، مقارنة بالعلوم الشرعية؛ التي ظهرت معالمها قديمًا في العصور الإسلامية، وقد تطورت منهجيته حديثا على يد الدارسين للحقوق والعلوم القانونية، الذين كانوا يدرسون الفقه دراسة مقارنة على نطاق واسع وأفاد الطرفين من بعضهما، إلا أن أصبح تطبيقه على أرض الواقع له أهمية بالغة في زماننا؛ لاستدراك ما فات وسد الثغرات بالاجتهادات الجماعية وتقديم البديل المبنى على أساس الشريعة، وأكثر لزوما في التيسير مع عدم التفريط حتى لا ينصرف الناس إلى اقتباس القوانين الوضعية؛ لتسير شئون الدولة والابتعاد عن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ووسيلة لتسهيل عمل القضاة بما يلائم مصلحة العامة للمجتمع والدولة.

ما حقيقة تقنين الفقه الإسلامي؟ وما حكمه؟ وما ضوابطه؟ وما مساهماته في تسهيل الشريعة الإسلامية؟

أهمية الموضوع: تبرز أهمية هذا البحث في:

1. التعريف بالتقنين الفقهي وبيان معالمه التاريخية.
2. معرفة الغاية منه في الفقه الإسلامي.
3. بيان مزايا التقنين وعيوبه.
4. الكشف عن تجارب التقنين لأحكام الفقه الإسلامي.

أسباب اختيار الموضوع:

الذي دفعني لاختيار هذا الموضوع "تقنين أحكام المعاملات المالية الإسلامية" عدة أسباب منها:

1. أن موضوع التقنين له أهمية ومزية في الوقت الراهن وهو بحاجة لدراسات عميقة.
2. حاجة الناس إلى سهولة التعرّف على الأحكام الفقهية مما يجعلها مرنة، مرتبة، زاخرة بمبادئها الفقهية.

أهداف الدراسة:

1. تحقيق العدالة والمساواة بين فئات المجتمع.
2. تسهيل الرجوع إلى الأحكام في مدونات الفقه.
3. التقنين يقلل الخلاف في تطبيق الأحكام.

المحور الأول: تعريف التقنين لغة واصطلاحاً.

أولاً: تعريف التقنين لغة.

التّقنين لغة مصـــدر قنّن بمعنى وضـــع القوانين وهي كلمة أعجمية مفردها القانون[162] و معناه مقياس كلّ شـــيء وطريقه[163]، و القنّ تتبع الأخبار واقتننّا: اتّخذنا، والقنّة: القوّة والجبل الصغير.

قال ابن فارس: القاف والنون أصلان يدلّ الأوّل على الملازمة والمخالطة، والآخر على العلو والارتفاع[164].

ثانياً: تعريف التقنين اصطلاحاً.

عرف الفقهاء المعاصـــرون هذا المصـــطلح بتعريفات عدّة جميعها تفيد بأنه التدوين، والجمع، والترتيب، نجد مثلا المحمصـاني يعرفها بأنه: "اصـطلاح حقوقي جديد، وهو تدوين القوانين"[165]، بينما نجد العلامة مصـطفى الزرقاء يفيض في تعريفه فيقول: "يقصـــد بالتقنين جمع الأحكام، والقواعد التشـــريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها، وترتيبها وصياغتها بعبارة آمرة موجزة، واضحة في بنود تسمى مواد ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس"[166].

وقريبا من هذا التعريف ذهب جمال الدّين عطية قال بأن التقنين هو: "تجميع الأحكام القانونية المبعثرة بين مختلف القوانين والأحكام القضائية، والعرف، وإصدارها في مجموعة واحدة لكل فرع من فروع القانون كالمدني، والتجاري والجزائي، وهكذا ترتب الأحكام في كل مجموعة ترتيبا موضوعيا، وفق تصنيف واضح تقسم فيه الأبواب والفصول، وتوضع المواد القانونية في مكانها من هذا التصنيف بعد صياغتها صياغة محكمة"[167].

وعرفه زكي عبد البر: "التقنين عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من الفروع القانون بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض وفيها من غموض في مدونة واحدة، ثم إصـدارها فيؤكل قانون تفرضـه الدولة عن الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها، يصرف النظر عما إذا كان مصدر هذه القواعد التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون"[168].

يستفاد من هذه التعاريف أنّ المراد بالتقنين هو: السنّ، والوضع للأحكام الشرعية على شكل مواد مختصرة ذات أرقام متسلسلة يحكم بها القاضي في المسائل التي تعرض عليه، ولا يتجاوزها بحال.

---

162 وقد استخدمت كلمة قانون عند العلماء المتقدمين، منهم الإمام أبو حامد الغزالي في كتابه: قانون التّأويل، وابن جزي في كتابه: القوانين الفقهية، وابن سينا في كتابه قانون الطّب، والماوردي في كتابه: قوانين الوزارة وسياسة الملك، كما استخدم هذا المصطلح ابن الجوزي، وابن تيمية، والرازي، وابن فرحون، وابن خلدون وغيرهم، د/ محمد الحسن البغا، التقنين في مجلة الأحكام العدلية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 25 ، العدد 2، 2009 ، ص 747 ؛ د/ محمد جبر الألفي: محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى ندوة « نحو ثقافة شرعية وقانونية موحّدة » جامعة الإمارات العربية الموحدة، الفترة من 20 إلى 22 أفريل 1994 ، ص 96 .

163 محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرّازي: مختار الصّحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 1995 ، ص 560.

164 أبو الحسين أحمد ابن فارس ابن زكريا: معجم مقاييس اللّغة، ج 5، دار الفكر، دون بلد ولا سنة نشر، ص 29

165 .- علي ابن إسماعيل ابن سيده: المحكم المحيط الأعظم في اللغة ج6ص86

166 . مصطفى الزرقا، المدخل الفقه العام، دار القلم دمشق ط2، 1425ه-2004م، ج1ص313.

167 Petit la Rousse P, 217

168محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي بين المبدأ والمنهج والتطبيق، إدارة احياء التراث الإسلامي، مصر، ط2، بدون ت/ط، ص49.

يظهر من هذه التعريفات:

أولا: أنّ عملية تقنين الفقه الإسلامي أو الأحكام الشرعية العملية لابد لها من توفر ركنين وهما:

الركن الأول: وهو الركن الشكلي، ويتمثل في الطريقة التي تكتب وفقها الأحكام الشرعية.

الركن الثاني: وهو الركن الموضوعي، ويقصد به تلك القواعد، والمبادئ التي تزخر بها الأحكام الفقهية المنظمة للعلاقات المختلفة.

ثانيا: أن مجال التقنين هو المعاملات فقط، ذلك لأنّه كما مرّ معنا يقصد به مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم فقط، وعليه هو لا ينظم علاقاتهم مع ربهم لأنّ هذه العلاقة ليست اجتماعية وإنما هي علاقة تعبدية محضة لا يصح تقنينها على اعتبار أن أحكامها ثابتة بنصوص قطعية الثبوت والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيها.

المحور الثاني: تاريخ تقنين الأحكام الشرعية.

فكرة التقنين ليست حديثة بل قديمة عرفتها المجتمعات القديمة، ويعتبر قانون أشنونا أول تشريع مكتوب 1686 ق.م، إلا أنه لم يُعثر سوى على جزء من هذا القانون الذي يعود إلى مملكة أشنونا[169]، فيما تعتبر قانون حمورابي (1728) أقدم التشريعات المكتملة التي عثر عليها[170]، ثم ظهرت الألواح الاثنا عشر عند الرومان عام 450 قبل الميلاد، وقانون جوستنيان ظهر في القرن السادس الميلادي.

أما فكرة تقنين أحكام الفقه الإسلامي بدأت في عهد الخليفة العباسي أبي جعفر المنصور، الذي طلب من الإمام مالك بن أنس عام 163ه أن يوطأ للنّاس كتابا في المسائل الفقهية مع مراعاة اليسر والسّهولة[171]، فكتب هذا الأخير كتابه المشهور بالموطأ، و أراد الخليفة أن يحمل النّاس على العمل بما ورد فيه، إلا أنّ الإمام مالك نفسه رفض ذلك، بحجة أنّ الموطأ لم يحوي كافة أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم التي كانت متفرقة في الأمصار[172].

كما طلب الخليفة العباسي هارون الرشيد من أبي يوسف تلميذ أبي حنيفة وضع كتاب متعلق بنظام الأموال وكيفية جبايتها وتحديد مصارفها، ليكون بمثابة قانون تسير عليه الدولة فيما يتعلق بالمسائل المالية، فألّف هذا الأخير كتابه (الخراج)، الذي يعتبره الباحثون الدستور الديني للسّياسة العامّة، والذي بيّن فيه موارد وإيرادات الدولة المالية ومصارفها[173].

وقد اقترح عبد الله بن المقفع على الخليفة المنصور توحيد العمل في المحاكم في رسالة الصحابة، مشيرا إلى أثر اختلاف الأحكام بين القضاة الذي يتمثل في سفك الدّماء، من غير دليل ولا حجة، ومستشهدا ببعض أفعال خلفاء الدولة الأموية، وكان مما قاله: (فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنّة وقياس، ثمّ أمر في ذلك أمير المؤمنين وأم ضى في كل قضيّة رأيه الذي يلهمه الله،

---

169 تعتبر مملكة أشنونا من الحضارات القديمة وقد اتخذت مدينة اشنونا عاصمة لها، وهي اليوم تسمى مدينة تل اسمر وتقع على بعد 50ميلا شمال شرق. ينظر : سعيدي سليم، القانون والأحوال الشخصية في كل من العراق ومصر 2050 - 332 ق.م (دراسة تاريخية مقارنة رسالة ماجستير في التاريخ القديم، جامعة منتوري قسنطينة، سنة المناقشة 2010م، ص 20.

170 هورست كلينكل حمو رابي ،وعصره، ترجمة: محمد وحيد خياطة، دار المنارة للدراسات والترجمة والنشر، اللاذقية سوريا، ط1، 1990م، ص 176

171 حيث قال له:)) يا أبا عبد الله ضع هذا العلم ودوّنه، ودوّن منه كتابا، وتجنّب تشديدات عبد الله بن عمر، ورخص عبد الله بن عبّاس، وشواذ ابن مسعود، واقصد إلى أوسط الأمور، وما اجتمع عليه الصحابة والتّابعون – ر ضي الله عنهم- لتحمل النّاس ان شاء الله على علمك وكتبك فتبثّها في الأمصار((. نقلا عن آدم يونس: مقال بعنوان تقنين الفقه الإسلامي ضرورة ملحّة أم هوس عابر، ص 2، منشور على الموقع الإلكتروني: www. com.islam-Al التاريخ 21 / ربيع الثاني/ 1431 ه.

172 مناقب سيدنا الإمام مالك للشيخ عيسى الزواوي. مضاف هذا الكتاب في أول المدونة 75 / 1. دار الكتب العلمية ط 1 عام 1415ه، وعمر سليمان الأشقر، المدخل إلى الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن، ط1425،1ه-2005م، ص351.

173 جابر عبد الهادي سالم الشافعي: تقنين الفقه الإسلامي بين المؤتمرات والتّشريعات، بحث مقدم مؤتمر تطور العلوم الفقهية – الفقه الإسلامي- المشترك الإنساني والمصالح، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، مسقط، سلطنة عمان، من 6 إلى 9، أفريل 2014 ص 8.

ويعزم عليه عزما، وينهى عن القضاء بخلافه)[174]

وفي القرن الحادي عشـــر الهجري كلّف الســـلطان محمد أورنك زيب بهادر عالمكير لجنة من كبار مشـــاهير علماء الهند، برئاسـة الشـيخ نظام، لتضـع كتاباً جامعاً لظاهر الروايات التي اتفق عليها في المذهب الحنفي، فجمعوا ذلك في كتابٍ معروفٍ بالفتاوى الهندية أو العالمكيرية غير أنّ هذا الجمع لم يكن مُلزماً للمفتين أو القضاة.

تمّ وضـع أوّل تقنين رسـمي للفقه الإسـلامي فيما يخص المعاملات والمتمثّل في مجلة الأحكام العدلية تلتها محاولات أخرى، و قد تولى تحرير المجلة جودت باشـــا ناظر العدلية في الدولة العثمانية، وهذا بمعية ســـبعة من الفقهاء، و صدرت سنة 1286ه، بعد عمل مضن دام ما يربو عن سبع سنوات، تمّ خلالها تقنين المعاملات المدنية طبقا للمذهب الحنفي الذي يعدّ المذهب الرّســـمي للدولة العثمانية، بعيدا عن الاختلافات الفقهية، أخذا بعين الاعتبار تغير الأحكام المبنية على العرف والعادة[175].

ويرى الكثير من الباحثين أن البداية الرسمية لتقنين الأحكام الشرعية الإسلامية كانت عندما اتجهت الحكومة العثمانية في أواخر القرن الثالث عشر الهجري إلى تأليف مجلة الأحكام العدلية على شكل القانون المدني الفرنسي.

وعليه فما كان قبلها ما هو إلا مجرد محاولة لجمع الناس على مذهب واحد كما حدث لأبي جعفر المنصـور مع عبدالله ابن المقفع ومع الإمام مالك[176]، ثم بعد تأليف هذه المجلة ظهرت محاولات رســـمية أخرى ترنو إلى تقنين الفقه الإسـلامي، وذلك في مختلف الدول العربية، والإسـلامية، وفيما يلي إطلالة سـريعة على محتوى هذه المجلة العظيمة، ثم ألمح بعد ذلك إلى التعريف ببعض المجهودات التي بذلت بعدها.

أولاً: أول تقنين للأحكام الشرعية.

تعد هذه المجلة أول تقنين رسمي للأحكام الشرعية العملية، وهي مجموعة الأحكام الشرعية المتعلقة بقسم المعاملات دون العبادات، ألفها أصـــحابها من كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي غير ملتزمين بالقول الراجح في المذهب، وإنما بالقول الذي يوافق حاجات العصـر تيسـيرا، وخفيفا على الناس، والدليل على ذلك أنك تجدهم في بعض الأحيان لا يلتزمون بالمذهب الحنفي وإنما يأخذون بقول أحد أئمة الإسلام سواء كان من أئمة المذاهب الأربعة أو من غيرهم، ومن ذلك تجدهم في أحكام البيع بالشرط يأخذون بقول عبد الله بن شبرمة .

هذا وقد رتبت مباحثها وفق منهج الكتب والأبواب الفقهية التي درج عليها الفقهاء المتقدمين إلا أنها ميّزت بينها بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة ليسهل الرجوع إليها، والإحالة عليها فجاء مجموعه في ألف وثمان مائة وإحدى وخمسين مادة (1851مادة)

ثانياً: أسباب جمع مجلة الأحكام العدلية.

لقد تميز بداية القرن التاسـع بالدعوة إلى تدوين القوانين في أوربا، وخاصـة بعد تدوين القانون المدني الفرنسـي، الذي تأثر به العثمانيون، وكان ذلك دافعا للمطالبة بالإصـــلاح[177]، مما ترتب عليه ظهور تغير في المنظومة القضـــائية العثمانية حيث برز في القضـاء الشـرعي ازدواجية المحاكم والقضـاء، وتأسـس القضـاء النظامي إلى جانب القضـاء الشرعي، فصدرت بذلك: إرادات سلطانية في بعض المسائل الفقهية كمنع سماع الدعوى مع مرور الزمن، وعدم نفاذ

---

[174] -عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت ط/ 9، 1402هـ-1983م، ص190.

[175] محمد جبر الألفي: محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى ندوة « نحو ثقافة شرعية وقانونية موحّدة » جامعة الإمارات العربية الموحدة، الفترة من 20 إلى 22 أفريل 1994 ، ص 96 .

[176] حيث استجاب الإمام مالك لطلب الخليفة فألف كتابه الموطأ الذي يعد تقنينا لأحكام الفقه، إلا أنه رفض حمل الناس عليه، أبو نعيم الأصبهاني، حلية الأولياء ووظيفة الأصفياء ج6ص331-332، وجمال الدين عطية، تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية، مجلة المسلم المعاصر ص39.

[177] حيث بعث له برسالة يدعوها فيها إلى إصلاح القضاء، ومؤسسات الدولة، وذلك بجمع، وتدوين أقضية الصحابة و فتاويهم.)أحمد زكي، حمزة: رسائل العرب في العصور العربية الزاهرة ج3 ص30-48.

وقف المدين بالقدر الذي يتوقف عليه تسديد الدّين من أمواله

ثالثاً: إنشاء المحاكم النظامية.

تعمّدت السلطة العثمانية إنشاء محاكم نظامية مستقلة عن المحاكم الشرعية، فوضت لها بعد ذلك النظر في مختلف الدعاوي التي كانت تختص بها المحاكم الشرعية[178]، ولأجل التسهيل على قضاة هذه المحاكم الذين لم يكن باستطاعتهم أخذ الحكم الفقهي من الكتب الفقهية دعت الحاجة إلى تجميع الأحكام الشرعية المدعمة بالأقوال القوية المعمول بها، صدرت إرادة سلطانية بتكوين لجنة من مشاهير العلماء لتقنين هذه الأحكام على شكل قانون عام، وكان ذلك في عهد السلطان الغازي "عبد العزيز خان العثماني" حيث ابتدأ عملها رسميا عام 1286ه وانتهى أواسط عام 1293ه، وكتبت أولاً باللغة التركية ثم ترجمت إلى العربية[179]

ثانياً: طريقيه تقنين مجلة الأحكام العدلية.

الناظر في مضمون هذه المجلة يجد بأن أصحابها اتبعوا في تبويب، وتنظيم أحكامها نفس المنهج الذي اتبعته القوانين الوضعية الحديثة، حيث قسمت إلى أبواب، وفصول، وأقسام، لكنها تختلف عنها بذكر بعض الأمثلة والتفسيرات في م متن المواد ليسهل فهمها وتطبيقها[180].

كما احتوت أيضا على تسع وتسعين قاعدة فقهية وستة عشر كتابا[181] (تعالج جميعها المعاملات المدنية والتجارية وأحكامها القضائية[182].

لكن رغم هذا المجهود فإنه يلاحظ على المجلة أنها لم تشر إلى الأحكام القضائية الخاصة بالأسرة من زواج وطلاق، وأحكام الأولاد، من نسب وولاية، وميراث ووصية وكذا أحكام الوقف، وأحكام العقوبات بحجة أن هذه الأحكام كان يطبقها قضاة شرعيون بينما الأحكام المدنية والتجارية كان يطبقها حكام غير شرعيين[183]

المحور الثالث: مزايا تقنين أحكام الشريعة الإسلامية.

تقنين أحكام الشريعة الإسلامية يسبب سهولة التعرف على الأحكام الشرعية بعد جمعها في مدونة واحدة، وفي هذا فائدة عظيمة للقضاة والمتقاضين وجميع المشتغلين بالقانون بل وللجمهور ليبني تصرفه على معرفة بالقانون الذي يحكم معاملاته.

وكذلك توحيد الأحكام الشرعية وذلك بإصدار القواعد القانونية الخاصة بكل حكم في مدونة تطبق في كل أرجاء الدولة، وذلك ما لا يحصل عن طريق العرف والعادة[184] كمصدرين للقاعدة القانونية لبطئهما في تكوين القاعدة القانونية ولعدم عمومتيهما في الغالب كل أرجاء الدولة، وما لا يحصل أيضاً عن طريق التشريع في موضوع معين لأنه لا يغطي كل جوانب الحياة الواجب تنظيمها.

وتقنين الأحكام الشرعية يعين على دراسة القانون المقارن، إذ بعد أن يدون القانون في مجموعة بينة الحدود والمعالم تسهل مقارنته بالقوانين في الدول الأخرى، وهذه المقارنة تظهر مزايا وعيوب كل قانون، والواقع المشاهد اليوم أن المشرع –في بلد ما- لا يقدم على وضع تشريع إلا بعد أن يراجع نظيره في البلاد الأخرى، مما يترتب عليه التقارب

---

[178] - المحمصاني صبحي: الأوضاع التشريعية 617ص162 ، وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي ص48.

[179] وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي ص48.

[180] محمد عبد الجواد ومحمد: بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون ص22، 631 614. الزركلي، الأعلام ج1ص103، كحالة، معجم المؤلفين ج1 ص184.

[181] مصطفى: المدخل إلى الفقه الإسلامي ج1ص240، الصابوني ومن معه، المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي ص365، محمد أبوزهرة الموسوعة الفقهية ج1ص99، شبلي المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي ص159 ، محمد فريد بك: تاريخ الدولة العثمانية ص298، عبدالستار الخويلدي، الخصائص المنهجية لمجلة الأحكام العدلية العثمانية،المجلة العربية التاريخية للدراسات العثمانية-تونس- العدد13-14 أكتوبر 1996م، صبحي المحمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام ص85.

[182] صبحي المحمصاني، الأوضاع التشريعية ص170، محمد بوزغيبة، حركة تقنين الفقه ص49-50، جمال عطية، تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية ص42.

[183] الأشباه والنظائر لإبن نجيم (ت970ه/1564م).

[184] مصادر القاعدة القانونية التشريع والعرف والعادة أما القضاء والفقه فمصدران تفسيريان (انظر السنهوري وأبو ستيت، أصول القانون، البند 69 ص80 وما بعدها).

بين قوانين البلاد المختلفة ولذلك أثره الحميد بين بني البشر.

سرعة الفصل في النزاعات في هذا العصر الذّي تزاحمت فيه الدعاوى والأقضية، يقول الدكتور وهبة الزحيلي معددا مزايا التّقنين: "فمن المعروف أنّ كتبنا الفقهية معروضة بأسلوب يختلف عن أسلوب العصر، وهي تغصّ باختلاف الآراء في القضية الواحدة، وهذا يجعل غير المتخصص وهم أكثر النّاس في حرج وحيرة حين يريدون الأخذ بحكم فقهي، فإذا ما قننت أحكام الفقه بعبارة سهلة مألوفة، ورتّبت ترتيبا ميسرا، فعندئذ يسهل على القاضي والفقيه والمحامي والمثقّف العادي معرفة أحكام الشّريعة في العقود و المعاملات... وربّما يزهد الكثيرون في مراجعة أحكام الشّريعة التّطبيقية لصعوبة الرّجوع لكتب الفقهاء، مفضّلين الأخذ بالقوانين الوضعية الغربية، المذللة الطّريق في مراجعها وموسوعاتها"[185].

المحور الرابع: حكم تقنين الفقه الإسلامي.

الإشكال في تقنين الأحكام الشرعية يكمن في طابع الإلزام الذي يُعد من خصائص القواعد القانونية بالتعبير المعاصر، ذلك أن إلزام القاضي بالحكم بمقتضى النص القانوني الذي قد يكون أحيانًا مخالفًا لاجتهاده يُثير مسألة فقهية معروفة تعرض لها الفقهاء قديمًا. وغالبية الفقهاء يُفتون بالمنع لاعتبار أن القاضي ملزم بالاجتهاد في كل قضية تُطرح عليه، ويجب عليه الحكم بما أداه إليه اجتهاده لقوله تعالى: (وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) المائدة: 42، والقسط والحق لا يتعين في مذهب بعينه أو فيما ينص عليه القانون.

وقد اختلف الفقهاء قديمًا حول مسألة إلزام القاضي بالحكم وفق مذهب معين أو رأي محدّد، ولا نكاد نجد كتابًا من كتب الأقدمين الذين تعرضوا لمسألة الاجتهاد والتقليد إلا ونجدهم يبسطون القول في هذه المسألة، ويُعتبر الخلاف حول تقنين الأحكام الشرعية امتدادًا لذلك الخلاف الذي بقي قائمًا إلى يومنا هذا، فكل فريق يرى أن الغالبية معه.

وإن المتتبع للخلاف الحاصل حول تقنين الفقه الإسلامي يستخلص أن محل النزاع غير محرر في هذه المسألة إذ يقصد المجيزون بتقنين الفقه الإسلامي جمع الحكام الفقهية المتفق عليها واختيار الأرجح من المسائل المختلف فيها ثم تدوينها في مصنفٍ واحدٍ مرتب حسب الأبواب ليسهل الرجوع إليه من طرف القضاة، وليتم توحيد العمل بموجبه واذا دعت الضرورة إلى لظهور الحق في قول مخالف لما تم اعتماده في هذه المدونة فإن السبيل متوفر كما هو معروف في وقتنا هذا إذ يُعرض مشروع النص المعدّل على الهيئة المختصة لاعتماده. تعديل نص وهذه الفكرة نجدها حتى عند القانونيين في الغرب إذ يفضلون الاعتماد على صياغة القانون وفق مبادئ عريضة دون الإغراق في التفاصيل الدقيقة مقدمًا. وهذا يترك مجالاً رحبًا أمام المحاكم لتطوير التطبيقات المناسبة على القضايا الفردية المطروحة أمامها، إضافة إلى إمكانية تعديل القانون إذا لزم الأمر[186].

وإن سبيل الخروج من الخلاف هو الجمع بين الرأيين بأن يجوز تقنين الأحكام بشرط التقيد بالأحكام المتفق عليها وترك المسائل التي يُستساغ الخلاف فيها لتقدير القاضي حسب كل نازلة، واستبعاد المصادر الغربية عند صياغة أي قانون، والعودة لجعل الفقه الإسلامي المصدر الأول للقانون، لا أن ينزل إلى المنزلة الثانية أو الثالثة، لأنه في هذه الحالة لن تكون هناك فائدة عملية كبيرة، لأن القاضي لن يرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي إلا نادرا[187].

المحور الخامس: مصادر تقنين الشريعة ونطاق تطبيقها وضوابطها.

إن الشريعة الإسلامية جملة من الأحكام الشرعية، وهي خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع، والمقنن لأحكام الشريعة يتند إلى مصادر، ويطبقها في نطاق معين.

---

[185] د/ وهبة الزحيلي: تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، 1987 ، ص.ص 27،28 . نقلا عن مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السّابق، ص 319 .

[186] دينيس لويد، فكرة القانون سلسلة عالم المعرفة العدد 47 ، المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت، 1981م، ص 259.

[187] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر ، ط2، دمشق، 1985م، ج4، ص 294

أولاً: مصادر تقنين أحكام الشريعة.

الفقه الإسلامي متعدد المذاهب، والمقنن إما أن يلتزم مذهب واحد، وإذا تعددت الآراء فيه فيلتزم رأي إمامه أو أرجح الأقوال فيه أو المفتي به، وإما يأخذ من كل مذهب بما يصح منه إذ الصحيح ليس محصوراً في مذهب معين.

والأخذ في بلد ما بالمذهب السائد فيها أصلاً عاماً والخروج عليه إلى غيره عندما تدعو المصلحة إلى ذلك على سبيل الاستثناء، فيكون الأصل معروفاً والاستثناء بيناً بحيث يتبين الطريق إلى التفسير عند لزومه، ففي الإمارات مثلاً يؤخذ بالمذهب المالكي أساساً مع الخروج عليه إلى مذاهب أخر إذا دعت المصلحة كما في مسألة حرية التعاقد والاشتراط مثلاً فقد تدعو المصلحة إلى الأخذ فيها بالمذهب الحنبلي.

والمرجع في ذلك كله الرغبة في أن يكون التقنين متمشياً مع الحياة حتى يقبل الناس على تطبيق الشريعة الإسلامية ولا يزوروا عنها إلى القوانين الوضعية وهذه مصلحة عليا يقرها الشارع سبحانه وتعالى.

ويجب الصدور بادئ ذي بدء عن الفقه الإسلامي، وبعبارة أخرى يجب البدء بصياغة الأحكام أخذاً عن كتب الفقه الإسلامي، ولا بأس من النظر أثناء ذلك إلى القانون للانتفاع بصياغته أو لمعرفة المشاكل التي تثور في العمل في هذا العصر وكيفية حلها. إنما المرجع دائماً هو الفقه الإسلامي، على أن تذيل كل مادة بمذكرة إيضاحية تبين فيها أحكام الفقه الإسلامي في مذاهبه في موضوع المادة ووجه اختيار الحكم الذي اختير والمراجع.

ثانياً: نطاق تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية المقننة.

يفرق العلماء بين نوعين من المسائل: أحدهما الواجب ديانة والآخر الواجب قضاء، فالأولى هي التي تبقى بين العبد وربه دون تدخل من القضاء، والثانية هي التي تقبل بطبيعتها أن تكون محل التقاضي.

والنوع الأول يجب رعايته واحترامه ولكن في داخل النفس ومكنون الضمير بعيداً عن القضاء.

والنوع الثاني هو الذي يدخل في التقنين.

ويمكن التعبير عن ذلك بأن الشريعة الإسلامية ثلاث أقسام:

القسم الأول: المعاملات (المالية والشخصية والجنائية).

القسم الثاني: العبادات.

القسم الثالث: الأخلاق.

فالمعاملات بأنواعها تدخل في التقنين، أما الثانية والثالثة فيجب احترامها من المسلم ولكنها لا ترد في التقنين إلا ما يدخل منها في دائرة القضاء كالتعزيزات.

ويجب أن نلاحظ أيضاً فيما يدخل في دائرة التقنين التمييز بين المبادئ العامة الشاملة وهذه أسس تبقى، وبين الأحكام التفصيلية التطبيقية وهذه تترك للتطور حتى تماشي الزمن.

ثالثاً: ضوابط تقنين أحكام الشريعة الإسلامية.

تتمثل الضوابط الشرعية المتعلقة بتقنين العقود المالية الإسلامية بضوابط عامة وضوابط خاصة على النحو الآتي[188]:

الضوابط العامة: تتمثل الضوابط العامة لتقنين المعاملات المالية فيما يلي:

1. الالتزام بالمصادر الشرعية (القرآن الكريم والسنة النبوية، الإجماع، القياس الاستحسان، المصالح المرسلة العرف ...)؛ لأنها تتبع المصدر الأساس للتشريع الإسلام؛ حيث يجب الأخذ بالأحكام المتعلقة بالمعاملات المالية؛ وذلك بالتدرج باتباع ما جاء في القرآن الكريم ومن ثمّ السنة المطهرة إلى غير ذلك من المصادر. مع عدم مخالفة أحكام

[188] الضوابط الشرعية المتعلقة بتقنين العقود المالية الإسلامية، فاطمة الفرحاني، مجلة الهندسة المالية، المغرب، العدد: 56، يناير2017م، ص107.

الشريعة الإسلامية في تقنين المعاملات المالية؛ حيث يجب اعتمال قواعد المعاملات المالية ومراعاة المقاصد الشرعية منها.

2. الالتزام بالوضوح فيما يتعلق بالمعاملات المحرمة حتى لا يشكل الأمر على الناس؛ سواء منهم (المتخصص أو العامي (في فهم أمور معاملاته المالية.
3. الترجيح بين أقوال الفقهاء المتقدمين لما فيه مصلحة للناس ويوافق الشرع الحكيم.

عدم إغفال جوانب الإلزام في العقود؛ حيث أن العقود تكون ملزمة للطرفين ويجب تنفيذها وفق ما يقتضيه الشرع الحنيف.

4. الاهتمام بنظرية الحق التي تكلّم عنها الكثيرون وأعطوها ما تستحق من الشرح والتفصيل.
5. مراعاة الأعراف الجارية في العقود.
6. إظهار الجانب الأخلاقي في التقنين.

الضوابط الخاصة: وتشمل الضوابط الموضوعية والضوابط الشكلية:

أ-الضوابط الموضوعية:

1. يجب أن يتميز هذا التقنين بالتدقيق، وأن يتناول موضـــوعاته بطريقة علمية ســـليمة وشـــاملة، دون غموض أو استطراد أو قصور وأن يكون تقنين المعاملات المالية ملائما للواقع الاجتماعي ولا يخالف الشريعة.
2. عدم تناقض أحكام التقنين مع أحكام الشـريعة الإسـلامية، وأن تكون صـياغة القوانين صـياغة جيدة مسـتنبطة من الفقه الإسلامي.
3. الأخذ من مذاهب الفقه الإسـلامي المعتمدة والمعتبرة عند العلماء الراسـخين؛ حتى لا يكون التقنين مبنيا على ثالثا الأخذ من مذهب واحد فيكون تقنينا مذهبيا وفيه من التضييق وإيقاع الأمة في الحرج ما فيه.
4. الاسـتعانة بالتشـريعات المقارنة الجديدة؛ لأنّ الاسـتفادة من التجارب التشـريعية الحديثة السـابقة؛ مما يؤدي إلى إنتاج تقنين عصري متطور موافق لظروف تطور الحركة التقنينية بشرط الالتزام بالفقه الإسلامي.

ب-الضوابط الشكلية: وهي مجموع المسائل المتعلقة بـــ(المصطلحات واللغة وتقسيم وتبويب التقنين والمسائل كافة) التي لها علاقة بالفن التشريعي والصياغة التشريعية.

ومن أهم ضوابط تقنين المعاملات المالية:

1. أن تكون نصوص التقنين واضحة:

يشـترط في تقنين المعاملات المالية أن تكون أحكامها) واضـحة وجلية) يسـهل (فهمها وتطبيقها والاسـتدلال منها على الحكم وبيان الحكم) في المعاملات المالية الحديثة.

2. سلامة ترتيب وتبويب وترقيم التقنين، وذلك أن يكون تبويب القانون متماسكا ومنطقيا؛ حتى يساعد على حسم فهم التقنين، ومن ثم تطبيقه تطبيقا صحيحا.
3. يجب على المقنن أن يلتزم بالتعريفات الموحدة الموجودة في الكتب الفقهية، وأن يلتزم بالحياد؛ حيث أنه يجب أن لا يميل إلى مذهب معين.
4. أن تكون هناك مرونة في عبارات التقنين يتغير تفسيرها بتغير الظروف دون المساس بالأحكام الشرعية.
5. أن تكون اللغة المستعملة (واضحة ودقيقة)؛ لأن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهما.
6. أن يعتمد التقنين على الكتب الفقهية الإسلامية والمذاهب بكليتها.

دعوى بطلان حكم التحكيم في ضوء أحكام القضاء السعودي والقضاء العربي

Claiming the invalidity of the arbitral award in the light of the provisions of the Saudi and Arab judiciary"

أ. محمد أحمد محمد دره - مستشار قانوني ومحكّم تجاري ومالي - جدة – المملكة العربية السعودية

مستخلص:

مما لا شك فيه أنه قد كثرت في الآونة الأخيرة الاهتمام البالغ بعلم التحكيم من قبل العديد من القانونيين إلى حد إدراجه كمقرر بمناهج كليات القانون فضلاً عن التطور الملحوظ في إنشاء العديد من مراكز التحكيم على مستوى العالم وما ترتب على ذلك من تلاحظ صدور أحكام التحكيم الفاصلة في النزاعات الناشئة بين المتعاقدين بصورة ملحوظة ، فإن ذلك قد حدا بنا إلى أن نتناول في الدراسة الحالية بيان ماهية الحكم التحكيمية وأحكام التحكيم التي تخضع لدعوى البطلان وبيان مفهوم دعوى البطلان ثم العروج إلى توضيح وبيان حالات بطلان الحكم التحكيمي وتعضيد كل حالة بما استقر عليه القضاء السعودي والقضاء العربي من ناحية أخرى وإجراء مقارنة بين كل منهما مبتغياً تمكين القارئ من ناحية والمحكمين والمهتمين بعلم التحكيم من ناحية أخرى من الاستعانة بتلك الدراسة حال تعلق أي موضوع يطرح على بساط بحثه يرتبط بالتحكيم بأي دولة عربية أو يرتبط بموضوع ذلك البحث من والاستنباط من تلك الأحكام القضائية (سعودية كانت أم عربية) الواردة بالبحث بشكل يهدف إلى تحقيق الغاية المبتغاة من ذلك البحث ونشر الثقافة التحكيمية لدى المهتمين بعلم التحكيم

الكلمات المفتاحية: التحكيم – حكم التحكيم – بطلان حكم التحكيم

Abstract:

Intensive interest in the science of arbitration has certainly become gross by various law scholars; it was included as a course in the curricula of law schools. Further, there is a notable increase of arbitration centers all over the world. This resulted in issuing several arbitration awards for settling disputes amongst contracting parties. Therefore, this study addresses the concept of the arbitration award, awards subject to annulment lawsuits and the concept of annulment lawsuits. Then, we will demonstrate the cases in which an arbitration award is invalid. Each case will be supported by verdicts of the Saudi judiciary and the Arab judiciary; a comparison of both will be conducted to enable readers, arbitrators, and those interested in arbitration; to use this study for reference in relevant cases of arbitration at any given Arab country, or related to the topic of the said research and infer verdicts (Saudi or Arab) reported in the paper to achieve the desired aim of the research and deploy the arbitration culture for those interested in the arbitration science.

Keywords: Arbitration, arbitration award, annulment of the arbitration award.

مقدمة:

الحمد لله الذي لا إله غيره، والصلاة والسلام على النبي الهادي البشير الأمين وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه وسار على نهجه إلى يوم الدين.

وبعد،

على الرغم من وجود التحكيم منذ القدم ويُلجأ إليه على عبر الزمان لفض النزاعات ، إلا أن التحكيم قد أضحى في وقتنا الحالي يكتسب زخماً كبيراً وواسعاً ومنتشراً بشكل كبير بين العديد من المتعاملين والمتعاقدين فيما بينهم واضحى هناك قناعة واضحة وملحوظة للجوء إليه للفصل في المنازعات القائمة والمستقبلية – حال نشؤها – نظراً للعديد من المميزات التي يتميز بها ذلك النظام القضائي الموازي للنظام القضائي الطبيعي (القضاء) ، ومن هذا المنطلق ونظراً لأهمية أحكام التحكيم التي تفصل المنازعات بين المحكمين ولما تلاحظ في الآونة الأخيرة من كثرة المنازعات المتفق فيها على اللجوء للتحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات ومن ثم كثرة أحكام التحكيم الصادرة بشأن تلك المنازعات على صعيد المملكة العربية السعودية والدول العربية ، وانطلاقا من نشر ثقافة التحكيم لدى المهتمين به ولا سيما السادة القانونيين والتعريف بماهية بطلان حكم التحكيم والعمل على ترسيخ المفاهيم المتعلقة بها لتجنيب بعض الأحكام من مغبة البطلان تحقيقاً للميزة الرئيسية للتحكيم وهي سرعة الفصل في النزاع فضلاً عن تحقيق المصلحة المبتغية للخصم المحكوم به بالخصومة التحكيمية لسرعة الحصول على حقوقه المستهدفة ، فقد آثرت على كتابة هذا البحث المتعلق ببطلان حكم التحكيم وبيان مفهومه ونوعية الأحكام الجائز الطعن عليها بالبطلان فضلاً عن سرد واضح لحالات بطلان حكم التحكيم معضداً إياها بالأحكام الصادرة من المحاكم السعودية ومقارنتها بالأحكام القضائية الصادرة من المحاكم العربية فضلاً عن آراء بعض الفقهاء القانونيين في بعض الحالات كي يكون مرجعاً للسادة المحكمين عند إصدار أحكام التحكيم وتجنيبها مغبة البطلان ، مرتجياً من الله عز وجل أن يكلل جهدي في هذا البحث بالنجاح وأن يمن علي بتوفيقه على تخريجه ضمن سلسلة أبحاث تهدف إلى تحقيق الغايات المستهدفة من مؤتمركم الموقر وأن يحقق ذلك البحث المصلحة المرجوة منه .

أهمية وأهداف البحث:

تكمن أهمية البحث في المساعدة على نشر الثقافة التحكيمية لدى المهتمين بالتحكيم ولدى المتعاقدين أيضاً الذين اتفقوا على اللجوء للتحكيم للفصل في منازعاتهم القائمة والمستقبلية ، فضلاً عن الحاجة الماسة للتعريف بكافة جوانب بطلان حكم التحكيم وحالاته الواردة بالنصوص النظامية السعودية والعربية وفي ضوء الأحكام القضائية السعودية والعربية وذلك لتجنيب الأحكام الصادرة بشأن النزاعات بين أطراف الخصومة التحكيمية من مغبة البطلان الذي يعيد الحكم التحكيمي إلى بدايات الخصومة التحكيمية الأمر الذي من شأنه الإضرار بالمحتكمين .

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في اختلاف الأراء والمبادئ القضائية الصادرة من المحاكم السعودية والمبادئ القضائية الصادرة من المحاكم العربية ومحاولة إيضاح الاتفاق وأوجه التشابه بين تلك الأحكام المختلفة وأوجه الاختلاف بينهما على نحو يمكِن القارئ من الوصول لما تواتر عليه القضاء المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية المطروحة على بساط بحثه وتمحيصه.

منهجية البحث:

تم تقسيم البحث إلى عدة مباحث:

1. الحكم التحكيمي: وقد أشرت فيه إلى تعريف الحكم التحكيمي، وتقسيماته.
2. دعوى بطلان حكم التحكيم: وتم الإشارة فيه إلى تعريف دعوى بطلان حكم التحكيم وطبيعتها والتفرقة بينها وبين الطعن على الحكم وما يعد محلاً لدعوى بطلان حكم التحكيم.
3. ثم عرجت إلى سرد حالات دعوى بطلان حكم التحكيم وتعضيدها بالمبادئ القضائية الصادرة من المحاكم السعودية والمحاكم العربية.

تعريف الحكم التحكيمي:

الحكم هو القرار الذي يُصدَر من هيئة التحكيم في الخصومة المطروحة أمامها بالشكل الذي يحدده النظام للأحكام في نهاية الخصومة سواءً كان صادراً في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية [189]

وقد أطلق عليه بعض فقهاء القانون مصطلح "القرار التحكيمي" وتم تعريفه أنه " القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المطروحة عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أم بالاختصاص أم بمسألة تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة "[190] ، وقد ذهبت الأنظمة العربية لإطلاق لفظ "الحكم" على ما يصدر من هيئة التحكيم بالفصل في النزاع بشكل منهياً للخصومة فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن المادة (1/41)[191] من نظام التحكيم السعودي نصت على أن (تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة) وعددت حالات معينة يُطلق عليها حال توافرها لفظ "القرار التحكيمي" كـ(اتفاق طرفا التحكيم على إنهاء التحكيم ، ترك المدعي خصومة التحكيم ، رؤية هيئة التحكيم لأي سبب آخر عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالته أو صدور أمر بإنهاء إجراءات التحكيم وفقاً لحكم الفقرة (1) من المادة(34) من نظام التحكيم)

وأياً ما يكن اللفظ الصحيح الذي يُطلق على ما يفصل في النزاع المطروح فيكفي العلم بأن كل ما يُصدر عن هيئة التحكيم ويُعد فاصلاً وقاطعاً في موضوع النزاع المطروح عليها يكون قابلاً للطعن عليه بالبطلان ، ومن ثم فإن الإجراءات التي يتخذها المحكم غير الفاصلة في موضوع النزاع لا تعد أحكاماً تحكيمية يطعن عليها بالبطلان استقلالا عن الحكم المنهي للنزاع ، كإجراءات التحقيق التي يطغى عليها الطابع الإداري أكثر من الطابع القضائي مثل سماع أقوال الشهود والمعاينة وغيرها ، وكذلك القرارات الصادرة من المحكم التي يتوقف تنفيذها على قبول أطراف التحكيم فلا تعد أحكاماً تحكيمية .

تقسيمات الحكم التحكيمي:

- وإذا كنا بصدد بيان الحكم التحكيمي فإنه من الأهمية بمكان إبراز تقسيمات ذلك الحكم لكون كل تقسيم له أحكامه المتعلقة بمدى جوازيه الطعن عليه بالبطلان من عدمه، فالحكم التحكيمي ينقسم إلى (أحكام موضوعية، وأحكام إجرائية، وأحكام وقتية)

---

[189]) د. أحمد أبو الوفا نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، الطبعة الثالثة ، 1977م .

[190]) د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي ، بيروت ، طبعة 2007 ،ص290.

[191] يقابلها في القوانين العربية (م44 قانون أردني ، م48 قانون مصري ، م 32 قانون تونسي ، م45 و48 قانون سوري ، م48 قانون عماني ، م1/792 قانون لبناني ، م34 و 35 قانون سوداني)

- **الأحكام الموضوعية** : فهي الأحكام التي تفصل في الطلبات والدفوع الموضوعية والتي تقرر مركزاً موضوعياً وتلزم المحكوم عليه بالأداء المطلوب في الدعوى أو تحدث تغييراً في المراكز الموضوعية للخصوم [192]
- **الاحكام الإجرائية** : فهي التي تفصل في مسائل المرافعات التي تثور أثناء سير الخصومة (كالحكم في مسألة الاختصاص أو بطلان الإجراءات أو الحكم بوقف الخصومة أو انقطاعها . [193]
- وتجدر الإشارة إلى أنه ثمة تفرقه بين الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية ، وهي أن الأولى تعتبر قضاءً موضوعياً وترتب حجية الأمر المقضي به ويبدو أثرها في أي إجراءات جديدة يُثار فيها الموضوع الذي سبق الفصل فيها ، في حين أن الأحكام الإجرائية فإنها لا ترتب حجية الأمر المقضي ، وإنما تنحصر قوتها وأثرها داخل الإجراءات التي صُدرت خلالها .[194]
- وقد أضاف الفقهاء القانونيين نوعاً ثالثاً وهو الأحكام الوقتية وهي التي تفصل في المسألة التي يثيرها الطلب الوقتي ويستنفد سلطة المحكمة في هذه المسألة فلا يجوز لها العدول عنه أو تعديله إلا إذا تغيرت ذات الطروف التي صُدر فيها ، ومثالها كـ(الحكم بنفقة وقتية أو تعيين حارس على العين المتنازع عليها .. وغيرها)
- وقد فصّل القضاء المصري ممثلاً في محكمة استئناف القاهرة [195] أنواع حكم التحكيم وقسمها لأقسام مقراً مبدأ **(أن المشرع المصري – أسوة بواضعي قانون اليونيسترال النموذجي باعتباره مصدراً تاريخياً لقانون التحكيم المصري ، قد ميز بين نوعين أساسيين من أحكام التحكيم :**

1- <u>الأحكام الغير المنهية للخصومة كلها</u> وهي الأحكام التي لا يجوز الطعن فيها بالبطلان استقلالا عن الطعن في الحكم المنهي للخصومة كلها وهذا النهج الذي يتبعه المشرع المصري في قانون التحكيم يتفق مع القاعدة العامة المقررة في قانون المرافعات التي تقضي بعدم جواز الطعن استقلالا في الأحكام الصادرة قبل الحكم الختامي المنهي للخصومة كلها – والهدف من هذه القاعدة: هو عدم تقطيع اوصال القضية الواحدة وتوزيعها على مختلف المحاكم وما يترتب على ذلك من تعويق الفصل في موضوع الدعوى

2- <u>الأحكام المنهية للخصومة</u> وهي أحكام المحكمين المنهية للخصومة كلها و التي يترتب عليها إنهاء إجراءات التحكيم وانتهاء مهمة هيئة التحكيم والتي قصر المشرع المصري الطعن عليها بالبطلان طبقاً للمواد الواردة في القانون والحالات المحددة لها .

وخلاصة القول أن الحكم التحكيمي ينقسم في مجمله إلى قسمين رئيسيين:

<u>أولاً: الحكم المنهي للخصومة:</u> فهو الذي يؤدي إلى انقضاء الخصومة بأكملها أمام الهيئة التي تتولاها سواءً أكان حكماً فاصلاً في الموضوع (كالحكم بإجابة طلبات المدعي مثل إلزام المدعى عليه بدفع الدين أو برفض طلباته أو بطلان المطالبة) .

- وهذه النوعية من الأحكام تكون وحدها القابلة للطعن عليها بالبطلان حال توافر محلاً لذلك ، وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض المصرية اعتبرت الحكم بانتفاء الولاية منهياً للخصوم سواء أكان انتفاء مطلقاً أو نسبياً وذلك لأن الحكم بالانتفاء النسبي للولاية وهو ما يطلق عليه عدم الاختصاص الوظيفي أو عدم الاختصاص الولائي أو المتعلق بالولاية ويصدر عندما تكون الدعوى من اختصاص جهة قضائية أخرى عادية أو خاصة ينهي الخصومة تماماً أمام

---

[192]) د. أحمد أبو الوفا ، الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، رسالة ، القاهرة ، نظرية الأحكام ، ص429 رقم 90 ، التمييز بين الأحكام الصادرة في الموضوع والصادرة قبل الفصل فيه أو الأحكام الموضوعية والفرعية .

[193]) د . محمود عمر محمود ، التحكيم علماً وعملاً دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، 2020 ص283. .

[194]) د . محمود عمر محمود ، مرجع سابق ص283.

[195]) إستئناف القاهرة ،الدائرة (91) التجارية ، جلسة 2003/4/29م في القضيتين رقم (2،1) لسنه 120ق وحكمها بجلسة 2004/2/28.

جهة المحاكم [196]، في حين اعتبر حكماً آخر عدم الاختصاص النوعي أو المحلي أنه غير منه للخصومة إذ أنه رغم أنه ينهي الخصومة أمام الهيئة إلا أنها تستمر بعد ذلك أمام محكمة آخري.[197]

- في حين اعتبر القضاء الكويتي أن الحكم بعدم الاختصاص يعد منهياً للخصومة ويجيز للمحكمة إسباغ ولايتها على الحكم الصادر من هيئة التحكيم حال الفصل بعدم الاختصاص وقضت بشأن ذلك **" حيث إنه لما كانت هيئة التحكيم القضائي قد قضت بحكمها المطعون فيه بعدم اختصاصها ولائياً بنظر النزاع ، فإن المحكمة وقد ميزت الحكم المطعون فيه لا يجوز لها أن تتصدى للفصل في موضوع النزاع ، ويتعين عليها إعادته إلى هيئة التحكيم القضائي المختصة للفصل في موضوعه "** [198]

ثانياً: الحكم الغير المنهي للخصومة: وهو الذي يصدر أثناء سيرها دون أن يؤدي لانقضائها سواءً كان حكماً موضوعياً كالحكم بالتعويض مؤقتاً مع إرجاء الإلزام بمبلغ معين لحين تقدير الضرر بمعرفة الخبير أو الحكم في موضوع دعوى التزوير الفرعية أو الحكم في دفع موضوعي أو الحكم بصحة العقد في دعوى بتنفيذ هذا العقد ، أو كان حكماً إجرائياً كالحكم بوقف الخصومة أو بإحالة الدعوى للتحقيق. [199] ، ولا يجوز الطعن عليها بالبطلان.[200]

- **وهذه الأحكام لا تكون قابلة للطعن مطلقاً، وقد استقر القضاء السعودي وجميع أحكام القضاء العربي المقارن على ذلك – على النحو الذي سنبينه لاحقاً -**

دعوى بطلان حكم التحكيم

تعريف دعوى البطلان

لا شك أن الجزاء القانوني في صورته العامة هو عبارة عن أثر يرتبه النظام على مخالفة قواعده بغرض ضمان احترامها ، والجزاء إما أن يكون جزاء جنائي أو جزاء تأديبي أو جزاء مدني ، ووفقاً لقواعد المرافعات فإن الجزاء الذي ترتبه تلك القواعد على مخالفتها يسمى بالجزاء الإجرائي ، فهو أثر إجرائي يرتبه نظام المرافعات في مواجهة الخصم المسؤول عن مخالفة قواعده ، ويعد بطلان الإجراء هو أهم الجزاءات الإجرائية التي يرتبها قانون المرافعات في مواجهة المسؤول عن مخالفة قواعده [201] ، فالبطلان الذي قد يقضى به في شأن حكم التحكيم هو جزاء يرتبه المشرع أو تقضي به المحكمة إذا افتقر العمل القانوني إلى احد الشروط الشكلية أو الموضوعية اللازمة لصحته قانوناً ، ويؤدي هذا الجزاء إلى نزع القيمة القانونية المفترضة عن العمل المنصوص على بطلانه او المقضي به.[202]

ويُعرّف البطلان أنه " وصف يلحق بالعمل الإجرائي الذي تخلّف فيه أحد عناصره أو أحد شرائط صحته ويمنعه من ترتيب آثاره القانونية لو كان العمل صحيحاً "[203] ، وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية دعوى البطلان أنها

---

[196]) نقض مصري 1972/4/6م ، مجموعة الأحكام 23 ص657 .
[197]) نقض 1979/1/20م ، طعن 8908 لسنة 43 ، الموسوعة الذهبية ، ج2 ، ص545 رقم 1038 .
[198]) تمييز الكويت ، جلسة 2005/9/28 ، الطعن رقم 66 لسنه 2004 .
[199]) رمزي سيف ، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي ، 1974، ص765 – 771 ، رقم 594 – 595 .
[200]) تمييز دبي ، جلسة 2003/5/18 ، الطعن رقم 2003/49 والطعن رقم 2003/96 .
[201]) د. محمود عمر محمود ، مرجع سابق ، ص307
[202]) حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن ، الكويت ، 1996، ص484 ، عبد الحميد الشواربي ، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1991 ، التمهيد .
[203]) خالد أحمد حسن ، بطلان حكم التحكيم ، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري والإنجليزي وقواعد الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، ص 78 ، حفيظة السيد الحداد – الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، 1997 ، ص86 ، عبد الحكم فوده ، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، 1993ص86 ، عيد محمد القصاص ، حكم التحكيم ، دراسة تحليلية في حكم التحكيم المصري والمقارن ، دار النهضة العربية ، 2000 ص 43 ، فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، 2001 ، محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثالثة ، 1995 ـ ص120 ، محمد بدران ، مذكرات في حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون طبعة ،

" أداة لتحقيق التوازن بين ما تقرر لأحكام المحكمين من حجية ونفاذ وبين مواجهة حالة أن يعتور على المحكمين عوار يصيب أحكامهم في مقوماتها الأساسية بما يدفع بها إلى دائر البطلان بمدارجه المختلفة " [204]

طبيعة دعوى بطلان حكم التحكيم:

لا تعتبر غالبية قوانين التحكيم العربية دعوى البطلان طريقاً من طرق الطعن في الحكم [205] فهي وفقاً لما استقر عليه النظام السعودي والقانون المصري والقوانين العربية أنها دعوى أصيلة وليست مقررة استثناء من طرق الطعن في الأحكام ولا هي استثناء على قاعدة عدم جواز الطعن على حكم التحكيم بطرق الطعن العادية او غير العادية المقررة في قوانين المرافعات [206] وهو ما تواترت عليه المحاكم العربية ، حيث استقر قضاء الاستئناف المصري على " أن دعوى البطلان ليست طعناً بالاستئناف على حكم التحكيم ، وخلو الأوراق من سبب من أسباب البطلان المنصوص عليها حصراً في المادة (53) من قانون التحكيم المصري يتعين معه برفض الدعوى موضوعاً "[207] ، فحكم التحكيم لا يجوز الطعن عليه بأوجه الطعن المختلفة المنصوص عليها في قوانين المرافعات سواء كانت من الطرق العادية (كالاستئناف) أو من الطرق الغير عادية والتماس إعادة النظر حتى وإن تحققت إحدى حالاته كما لو حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بني عليها أو قضي فعلاً بتزويرها [208]، وعليه فإن الطعن ببطلان التحكيم وحكم المحكمين يتعين أن ترفع به دعوى خاصة يُسار فيها بالطريق الذي شرعه القانون [209] ، بيد أن قانون المرافعات الكويتي يعد هو القانون الوحيد الذي سلك طريقاً مغايراً لما سلكته قوانين التحكيم العربية حيث أجاز الطعن بالاستئناف على حكم التحكيم [210] .

- وتُعّد دعوى بطلان حكم التحكيم دعوى ذات طبيعة خاصة[211] ، وجدت لغايات الرقابة على إجراءات التحكيم دون مراقبة مدى سلامة استخلاص هيئة التحكيم للوقائع ومدى سلامة حكم التحكيم في أسبابه ومنطوقه ، فهي دعوى موضوعية تقريرية بالبطلان دون أن تفصل في موضوع النزاع أو أصل الحكم حيث تتميز عن غيرها من الدعاوى الموضوعية بوجود نظام إجرائي خاص بها من حيث تحديد حالاتها على سبيل الحصر وميعاد رفعها وأثره على التنفيذ

1999 ، ص173 ، إبراهيم رضوان الجغبير ، بطلان حكم المحكم ، رسالة دكتوراه ، دار الثقافة ، الطبعة الأولى ، 2009 ، 173 ، فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، رسالة دكتوراه ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1959 ص124 .

[204]) حكم محكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم (95) لسنة 30ق . دستورية – الجريدة الرسمية العدد22 الصادر في 2003/5/29 .

[205]) نورد على سبيل المثال لا الحصر : نصت المادة (49) من نظام التحكيم السعودي على (لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا النظام الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، عدا رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبينة في هذا النظام) ، ونصت المادة (1/53) من قانون التحكيم الإماراتي على أنه (1- لا يقبل الإعتراض على حكم التحكيم إلا بموجب رفع دعوى بطلان إلى المحكمة او أثناء نظر طلب المصادقة على الحكم) ، ونصت المادة (1/34) من قانون التحكيم البحريني على أنه (1- لا يجوز الطعن في قرار تحكيم أمام إحدى المحاكم إلا بطلب إلغاء يقدم وفقاً للفقرتين (2) و (3) من هذه المادة) ، ونصت المادة (1/52) من نظام التحكيم العماني على أنه (1- لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المقررة قانوناً) ، وقد سلكت باقي الأنظمة والقوانين العربية ذلك الإتجاه (م39،40،45 قانون تونسي - م1032 قانون جزائري - م206 قانون قطري - م 798،799،808 قانون لبناني - م 34/327 – 2/38/327 قانون مغربي – م37 قانون موريتاني)

[206]) محمود سمير الشرقاوي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، بند 361 ص 486 – 487 .

[207]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (8) الاقتصادية ، جلسة 2011/9/19 ، القضية رقم 69 لسنة 127ق ، محكمة الإستئناف ، الأردن ، القضية رقم (207/ط/2009) قرار جلسة 2010/2/9، مجلة التحكيم العالمية ، العدد التاسع 2009 ، ص295 ، تمييز دبي ، الطعن رقم 294 لسنة 1994، جلسة 1994/11/26 ، مجلة التحكيم ، العدد الثاني 2009 ، ص 202 ، تمييز البحرين ، الطعن رقم 65 لسنة 1992 جلسة 1992/12/6، المحكمة العليا ، اليمن ، الدائرة التجارية ، الهيئة (ب) طعن رقم 42278 ، جلسة 2011/1/29 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثامن عشر 2013 ، ص596 .

[208]) محكمة إستئناف الإسكندرية ، الدائرة (21) تجارية ، جلسة 2003/7/7م ، القضية رقم 1 لسنة 59 ق .

[209]) نقض مصري ، 1932/12/22 في الطعن رقم 72 لسنة 2ق ، وقضت محكمة الإستئناف البحرينية " **ان وسيلة الطعن على حكم التحكيم يكون بالبطلان طبقاً لنص المادة (243) من قانون المرافعات هو رفع دعوى مبتدأة ببطلانه وليس الطعن عليه بالإستئناف** " (البحرين ، الطعن رقم 59 لسنة 2005 ، جلسة 2005/10/24م ، مجلة التحكيم ، العدد الرابع 2009 ، ص202 – 203) .

[210]) نصت المادة (186) من قانون المرافعات الكويتي على أنه (لا يجوز إستئناف حكم المحكم إلا أذا إتفق الخصوم قبل صدوره على خلاف ذلك ويرفع الإستئناف عندئذ أمام المحكمة الكلية بهيئة إستئنافية ، ويخضع للقواعد المقررة لإستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم ويبدأ ميعادة من إيداع أصل الحكم إدارة الكتاب وفقاً للمادة (184) ، ومع ذلك لا يكون الحكم قابلاً للإستئناف إذا كان المحكم مفوضاً بالصلح او كان محكماً في الإستئناف او كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ألف دينار أو كان الحك صادراً من الهيئة المنصوص عليها في المادة 177) .

[211]) محكمة الإستئناف ، مسقط الدائرة التجارية ، عُمان ، الإستئناف رقم 2011/661 ، جلسة 2012/5/14م ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد السادس عشر 2012 ، ص433 ، محكمة الإستئناف بمسقط ، عُمان ، الإستئناف رقم 2011/73 ، جلسة 2011/3/28 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد 2012 ، العدد السادس عشر 2012 ، ص443 .

والمحكمة المختصة بها وعدم تعرضها لموضوع النزاع ، إذ هي دعوى لتوقيع جزاء البطلان لعيب موضوعي (يتعلق بالاتفاق على التحكيم أو مخالفة النظام العام أو لعيب إجرائي في الحكم باعتباره آخر إجراء في الخصومة .[212]

- وعليه فإن دعوى بطلان حكم التحكيم لا تعتبر طريقاً للطعن امام محكمة أخرى – اعلى من المحكمة مصدرة الحكم – بل هي وسيلة قانونية لمراجعة الأحكام المعيبة مرة أخرى بعيب يتعلق بسبب التحكيم أي الاتفاق أو بموضوعه أو بأشخاصه ، وترجع الحكمة من وجود دعوى أصلية ببطلان حكم التحكيم إلى أن أساسه ومصدره هو اتفاق التحكيم ، فإذا كان يجوز إبطال إتفاق التحكيم بالبطلان المطلق عند تخلف أركانه (الرضا أو المحل أو السبب) او البطلان النسبي لتخلف شرط من شروط صحته فيجوز بالتالي إبطال حكم التحكيم لبطلان سببه حيثما يترتب على الباطل فهو باطل مثله ، أو لبطلان موضوعه أو لبطلان في أشخاصه أو في إجراءاته . [213] .

التفرقة بين دعوى بطلان حكم التحكيم والطعن على الحكم:

- يلاحظ أن دعوى البطلان تختلف عن الطعن في الحكم إذ أن الأولى تكون منصبة على حالات الخطأ في الإجراءات دون المساس بالخطأ في التقدير إذ تكون منحصرة في توافر أي حالة من الحالات المحددة لبطلان حكم التحكيم الواردة بالقانون ، في حين ان الطعن على الحكم يمتد إلى الخطأ في الإجراءات وكذلك الخطأ في التقدير ، كما أن حالات بطلان حكم التحكيم محددة ومحصورة في قانون التحكيم على سبيل الحصر أما حالات الطعن في الحكم بالطريق العادي – الاستئناف – ليست محددة في القانون على سبيل الحصر ، كذلك الهدف من دعوى البطلان هو تقرير بطلان حكم التحكيم فقط دون التصدي لموضوع النزاع اما الهدف من الطعن في الحكم هو إلغاء الحكم او تعديله ومن ثم المساس بموضوع النزاع .[214] ، ويكون قاضي الدعوى هو صاحب السلطة في تكييفها التكييف القانوني الصحيح دون التقيد بما يصفها به المدعي ، فالعبرة بحقيقة مقصود المدعي وليس بالألفاظ التي صيغت بها صحيفة الدعوى ، ولهذا فإن الدعوى المرفوعة إلى المحكمة بطلب إبطال حكم التحكيم تعتبر في تكييفها الصحيح دعوى بطلان ولو كانت قد وصفت بأنها استئناف وطلب فيها المدعي الحكم مجدداً في الموضوع الذي فصل فيه حكم التحكيم [215]

ما يعد محلاً لدعوى بطلان حكم التحكيم:

لا يكون محلاً لدعوى بطلان حكم التحكيم إلا حكماً وليس قراراً او امراً سواء وقتياً كان او تحفظياً ، وعليه فإن موضوع دعوى البطلان الأصلية هو الحكم وليس الحق او المركز موضوع النزاع الذي يكون محلاً للحكم ، والأحكام التي تشكل محلاً لدعوى البطلان الأصلية هي القرارات التي تحسم نزاعاً سواء أكان موضوعياً أو وقتياً او مستعجلاً [216] .

---

[212]) محمود عمر محمود ، التحكيم علماً وعملاً ، الطبعة الأولى ، 2020 ، ص314 .

[213]) خالد أحمد حسن ، بطلان حكم التحكيم ، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري والإنجليزي وقواعد الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010، ص98 ، فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، رسالة دكتوراه ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1959، ص126.

[214]) حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، 1997، ص95 ، عبد الحكم فوده ، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، 1993 ، ص98 ، إبراهيم رضوان الجغبير ، بطلان حكم المحكم ، رسالة دكتوراه ، دار الثقافة ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص85.

[215]) فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2007 ، بند 307 ، 543 ، وقرب : محمود مصطفى يونس ، المرجع في أصول التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2009

[216]) فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، 2001، ص89 ، فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثالثة ، 1995 ، ص125 ، إبراهيم رضوان الجغبير ، بطلان حكم المحكم ، رسالة دكتوراه ، دار الثقافة ، الطبعة الأولى 2009 ص98 ، فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، رسالة دكتوراه ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1959 ، ص130.

- **عدم سريان احكام دعوى البطلان على القرارات الصادرة من غير هيئة تحكيم أو من مراكز التحكيم.**

لا تقبل دعوى البطلان – التي ينظمها نظام التحكيم – بالنسبة لأي قرار يصدر من غير هيئة تحكيم [217] ، وقد إستقر قضاء محكمة النقض المصرية على انه " إذا شكلت لجنة مهمتها مواصلة دراسة الأسس الشرعية والودية لتسوية الخلاف بين المصرف واحد العملاء وخلصت اللجنة لاقتراح تسوية معينة بين الطرفين تسدد المديونية بموجبها ، فإن هذه اللجنة تكون لجنة ودية ينتفي عن قرارها طابع الإلزام ولا يعد قرارها "حكم تحكيم " صادر عن هيئة تحكيم لما لا يجوز طلب بطلانه " [218]

- كما أنه لا تقبل دعوى البطلان ضد القرارات التي تصدر من الجهات المشرفة على التحكيم عندما يكون تحكيماً مؤسسياً ، إذ ان ما يصدر من قرارات من مركز التحكيم الذي يجرى التحكيم وفقاً لنظامه وتحت إشرافه لا يعتبر حكم تحكيم ، ولا يجوز مهاجمته بواسطه رفع دعوى بطلان حكم التحكيم .[219]
- **مدى جوازية رفع دعوى بطلان على الأحكام الغير منهية لخصومة التحكيم:**

لا شك أن أي خصومة تحكيمية قد تتطلب طبيعتها صدور أحكام قبل صدور الحكم المنهي للخصومة سواء كانت احكام متعلقة بالإثبات وفقاً لنص المادة (1/36) من نظام التحكيم السعودي [220] أو احكاماً متعلقة بإجراءات غير منهية للخصومة كالحكم بوقف الخصومة وفقاً للمادة (37) من نظام التحكيم السعودي [221] أو بانقطاعها كما في المادة (36) من قانون التحكيم المصري [222] ، وقد تصدر أحكاماً وقتية تمنح بموجبها حماية وقتية لأحد الطرفين كالحكم بفرض الحراسة القضائية على المال المتنازع عليه وفق المادة (5/39) من نظام التحكيم [223] أو الفصل في بعض الطلبات المقدمة مع إرجاء الفصل في باقي الطلبات [224]

-وحيث تصدت المادة (3/20) من نظام التحكيم السعودي[225] لتلك الأحكام التي تفصل في الدفع بعدم الاختصاص أو عدم وجود إتفاق تحكيم او سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ومنعت رفع دعوى البطلان على أي حكم فاصل في تلك الدفوع السابقة ، ووفقاً لهذا النص فإنه لا يجوز التمسك بتلك الدفوع إلا عند رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة (54) من ذات النظام ، وهو ما استقر عليه القضاء السعودي في قضائه إذ لم يجيز طلب البطلان إلا بصدور حكم منهي للخصومة أو بصدور قرار من هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات في الأحوال المنصوص عليها في النظام [226]

---

[217]) فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف بالإسكندرية 2007 ، ص544

[218]) نقض تجاري مصري بتاريخ 2003/6/10 ، الطعنين رقم 7435 لسنة 63ق ، و الطعن 9678 لسنة 65ق .

[219]) فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف بالإسكندرية 2007 ، ص545 .

[220]) يقابلها في الأنظمة العربية (م 36 قانون مصري ، م34 قانون اردني ، م26 قانون بحريني ، م28 قانون سوداني ، م 32 قانون سوري ، م36 قانون عماني ، 1/11/327 قانون مغربي ، م40قانون يمني)

[221]) يقابلها في الأنظمة العربية (م 46قانون مصري ، م43 قانون أردني ، م 2/209 قانون إماراتي ، 27 و 2/44 قانون تونسي ، 1/1021 قانون جزائري ، م46 قانون عراقي ، م 199 قانون قطري ، 2/180 قانون كويتي ، م17/327 قانون مغربي)

[222]) يقابلها في الأنظمة العربية (م1/209 قانون إماراتي ، م196 قانون قطري ، م1/180 و 3/181كويتي ، م35 قانون أردني ، م 23 قانون تونسي ، م782 قانون لبناني ، م 38 قانون عماني)

[223]) يقابلها في الأنظمة العربية (م43 قانون مصري ، م 40 قانون أردني ، م1049 قانون جزائري (فيما يتعلق بالتحكيم الدولي) ، م5/38 قانون سوري ، م 42 قانون عماني)

[224]) فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى 2007 ، ص555.

[225]) يقابلها في الأنظمة العربية (م3/22 قانون مصري ، م 3/16 قانون بحريني ، م6/ب قانون سوداني ، م4/21/أ ،ب قانون سوري ، م3/22 قانون عماني ، م28 قانون يمني ، م785 قانون لبناني) .

[226]) مدونة الأحكام القضائية لعام 1443هـ ، دائرة الإستئناف التجارية الخامسة بمحكمة الإستئناف بالرياض ، القضية رقم (4787) لعام 1442هـ ، جلسة 1443/1/17هـ .

وقد قُضت محكمة النقض المصرية بشأن ذلك أنه **(إذا كانت الاحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى التحكيمية ولا تنتهي بها الخصومة لا يجوز النيل من سلامتها إلا مع الحكم المنهي للخصومة كلها تعد من القواعد الإجرائية الآمرة لتعلقها بحسن سير العدالة وهو ما اخذت به وسارت على نهجه المادة (11) من قانون التحكيم[227] بما قررته من عدم جواز رفع دعوى بطلان حكم هيئة التحكيم الصادر في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم او سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع إلا مع الحكم التحكيمي المنهي للخصومة كليهما لازمه وجوب إعمال هذه القاعدة الآمرة على إجراءات نظر الدعويين التحكيميتين التي تعد لها الغلبة على القواعد الإجرائية المطبقة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم)** [228]

- وامتدادا لذلك قضت محكمة الاستئناف المصرية (بعدم قبول الطعن ببطلان حكم التحكيم لرفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة لكونه لا يقبل الطعن المباشر فيه) [229] ، كما قضت أيضاً**(بعدم قبول دعوى بطلان حكم التحكيم الذي اقتصر على الفصل في شق مستعجل من الخصومة فحسب ، تأسيساً على أنه لا يجوز الطعن فيه استقلالا عن الطعن في الحكم المنهي للخصومة)**[230]

- كما سلك القضاء البحريني[231] ، وكذلك القضاء الكويتي [232] ذلك المسلك .

- ويرى الدكتور فتحي والي أن الغاية من عدم جواز رفع دعوى بطلان على حكم تحكيم صدر أثناء سير الخصومة إلا بعد انتهاء خصومة التحكيم ومع الطعن في الحكم المنهي للخصومة هو تحقيق الهدف والغاية من نظام التحكيم الذي تعد أبرز أهدافه سرعة الفصل في النزاع وتجنب دعاوى بطلان لا حاجة إليها إذ ان الحكم الصادر أثناء سير الخصومة قد يصدر لصالح أي من الطرفين ومن ثم مبادرة الطرف المحكوم عليه برفع دعوى ببطلانه دون انتظار الحكم المنهي للخصومة في حين احتمالية صدور الحكم المنهي للخصومة لصالحه وما لو كان انتظر صدور الحكم المنهي لما توافرت له أيه مصلحة في رفع دعوى بطلان الحكم السابق عليه ، ومن ثم فإجازة رفع دعاوى بطلان فورية في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قد يؤدي لرفع دعاوى بطلان لا حاجة إليها على نحو يشغل المحاكم دون جدوى .[233]

<u>-صفة طرفي الخصومة في دعوى البطلان</u>

- إذا كنا نقول إن الخصومة التحكيمية شأنها شأن الخصومة القضائية تتكون من طرفين هما (المدعي (المحتكم) والمدعى عليه (المحتكم ضده) فإنه بعد صدور الحكم التحكيمي يضحى لكل طرف صدر الحكم أو جزء منه في غير مصلحته حق الطعن على الحكم ، ويكون الطعن في مواجهة الخصم في الدعوى دون امتداد الطعن إلى المحكم أو أي أعضاء هيئة التحكيم ، وفقاً لما استقر عليه القضاء المصري تأسيساً على " أن المحكم لا يعتبر طرفاً في خصومة التحكيم ، ومن ثم فلا يتصور أن يكون المحكم خصماً وحكماً في الوقت ذاته ، وعلى ذلك فإن إختام المحكمين الثلاثة الذين أصدروا الحكم المطعون فيه يجعل الدعوى مرفوعة على غير ذي صفة جديرة بالحكم بعدم قبولها)[234] ، " فبحسب مفهوم التحكيم وقانونه فمن غير المسموح به مخاصمة أعضاء هيئة التحكيم عند الطعن في حكمها بالبطلان خاصةً وقد غلت أيديهم عن التحكيم بمجرد إصدارهم الحكم المطعون فيه ، كما لا يجوز اختصام المركز التحكيمي ، ولأن الطعن في الاحكام لا يرفع

---

[227]) يقابلها (م10نظام التحكيم السعودي ، م203 قانون إماراتي ، 4/7 و8 قانون تونسي ، م11 قانون عماني ، م190 قانون قطري ، م3/173 قانون كويتي).

[228]) احكام محكمة النقض المصرية الطعون أرقام (648 لسنة 73ق ، 5745 ، 6467 ، 6787 لسنة 75ق) ، جلسة 2005/12/13م ، نقض مصري ، جلسة 2001/6/17 ، الطعن رقم 291 لسنة 70ق .

[229]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (91) التجارية ، جلسة 2003/4/29م في القضيتين رقم (1،2) لسنه 120ق وحكمها بجلسة 2004/2/28.

[230]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (91) تجارية ، القضية رقم (58) لسنة 120ق ، بجلسة 2004/2/28 .

[231]) تمييز البحرين ، الطعن رقم 65 لسنة 1992 ، جلسة 1992/12/6.

[232]) محكمة التمييز الكويتية ، الدائرة التجارية ، الطعن رقم (2006/962) جلسة 2008/1/6 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثامن عشر 2013، ص394 ، وحكمها بجلسة 2006/2/13 في الطعن رقم 511 لسنة 2004 .

[233]) فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى 2007 ، ص 557 – 560.

[234]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (7) التجارية ، جلسة 2001/3/12م ، القضية رقم (49) لسنة 117ق .

وفقاً للقواعد العامة إلا على ذي الصفة والمصلحة وبناء عليه إن اختصام مركز التحكيم وأعضاء هيئة التحكيم يجعل الدعوى جديرة بعدم القبول [235] ، وعليه فإن دعوى التحكيم التي ترفع مستندة إلى إحدى حالات بطلان الحكم التحكيمي تتوجه إلى الحكم باعتباره عملاً قانونياً بصرف النظر عما يتضمنه الحكم من صواب التقدير او خطئه .[236]

- وفي جميع الأحوال فإن طرفي التحكيم هما المنوطان حصراً بالطعن بالبطلان ذلك ان الخصومة في دعوى بطلان حكم التحكيم لا تكون إلا بين من كانوا أطرافاً في دعوى التحكيم المطعون فيها بالبطلان ، ولا يمتد ذلك الحق لأي طرف خلاف طرفي التحكيم حتى ولو كان مدخلاً إذ ان المدخل ليس خصماً بالمعنى الصحيح .[237] ، فدعوى بطلان حكم المحكمين تُوجّه إلى حكم المحكمين بوصفه عملاً قانونياً وتنصب على الخطأ في الإجراءات دون الخطأ في التقدير .[238]

حالات دعوى بطلان حكم التحكيم:

- ذكرنا سلفاً أن الفقهاء القانونيين تواتروا على وصف دعوى البطلان أنها دعوى أصيلة ودعوى مبتدأه وأنها ليست طريقاً استثنائيا للطعن على حكم التحكيم ولا تُقبل إلا إذا توافرت الشروط واتبعت الإجراءات المنصوص عليها في القانون ، فالعيوب التي يجوز التمسك بها في دعوى البطلان يجب ان تكون عيوباً إجرائية ، إذ هذه وحدها هي التي تؤدي إلى بطلان الحكم ، أما الخطأ في التقدير أي مخالفة القانون او الخطأ في تطبيقه او تأويله فإنه مهما كانت جسامته لا يؤدي إلى بطلان الحكم ومن ثم لا يجيز رفع دعوى بطلانه .[239]

- ونلاحظ عند تمحيص نصوص قوانين التحكيم العربية ان مشرعي قوانين التحكيم العربية قد توسعوا في تعداد أسباب البطلان بحيث تستوعب أكبر عدد من الفروض التي يمكن فيها رفع دعوى بطلان حكم التحكيم [240]، ويرجع ذلك إلى رغبة المشرعين في توفر أوسع نطاق من الحماية القضائية لحكم المحكمين عن طريق دعوى البطلان بعد أن منع الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن وحرصه على سرعة تحقيق العدالة وجعل الحكم حائز قوة الأمر المقضي بمجرد صدوره [241] ، وكذلك لإتاحة الرقابة على أحكام التحكيم التي تمكن من التثبت من صحته وسلامة الإجراءات التي اتبعت لإصداره أو تقرير بطلانه حال توافر سبب او اكثر من الأسباب المنصوص عليها نظاماً والموجبة لبطلانه[242].

- والرأي السائد ، فقهاً وقضاءً ، يرى أن أسباب البطلان الواردة بنصوص القوانين هي واردة على سبيل الحصر بحيث لا يقضى ببطلان حكم التحكيم ما لم يكن سبب البطلان المدعى به واقعاً ضمن هذه الأسباب [243]

وسنحصر في هذا البحث تفنيد حالات دعوى البطلان حكم التحكيم الواردة بنظام التحكيم السعودي ثم نعرج عند شرحها إلى ما استقر وتواتر عليه القضاء السعودي والقضاء العربي من أحكام.

حددت المادة (1/50) من نظام التحكيم السعودي [244] حالات قبول دعوى بطلان حكم التحكيم ونصت على أنه[245]:

---

[235]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (7) التجارية ، جلسة 2012/6/6م ، في القضية رقم 32 لسنة 128ق ؟

[236]) فتحي والي ، مرجع سابق ، بند 318 ص566 .

[237]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (8) التجارية ، جلسة 2012/4/5 ، في القضية رقم 49 لسنه 126ق.

[238]) تمييز دبي ، جلسة 2009/10/27 ، الطعن رقم 156 لسنة 2009 ، طعن تجاري .

[239]) فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2007 ، بند318 – ص566 .

[240]) حفيظة السيد الحداد – الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، 1997 ، ص112

[241]) فتحي والي – مرجع سابق – ص542 ، محمود مصطفى يونس ، المرجع في أصول التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2009 ، ص485 – 486 .

[242]) حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص8-10 .

[243]) محمود سمير الشرقاوي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، بند 364 – ص496 ، سميحة القليوبي ، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً لقانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2013 ، بند 162 ، ص278 – 279 وبند 163 – ص284 ، محمود مختار بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، بند 131 ص212.

[244]) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / 34 بتاريخ 24 / 5 / 1433هـ ، وقرار مجلس الوزراء رقم 156 بتاريخ 17 / 5 / 1433هـ .

[245]) 1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

الحالة الأولى: عدم وجود اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً، أو قابلاً للإبطال، أو سقط بانتهاء مدته.

1- عدم وجود اتفاق تحكيم او كان الاتفاق باطلاً .

تناولت المادة (1/1) من نظام التحكيم السعودي [246] تعريف اتفاق التحكيم وتحديد الصور التي يتم بها سواء تم بين الطرفين ابتداء في صورة عقد يبرم بينهما يتضمن الاتفاق على اللجوء - حال نشوء نزاعات- للتحكيم وهو ما يُسمى "شرط التحكيم " أو كان الاتفاق لاحقاً على العقد وهو ما يسمى بـ"مشارطة التحكيم" وقد اشترطت المادة (1/9) [247]من النظام لصحة مشارطة التحكيم ضرورة أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها العقد وإلا عُدّ الاتفاق باطلاً .

- كما أضافت المادة (3/9) من نظام التحكيم [248] صورة أخرى وهو الاتفاق بالإحالة وهو المتمثل الإحالة في العقد إلى احكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم على انه يشترط أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءً من العقد الذي يبرمه الطرفان .
- ومما سبق يستنتج ان المادة (2/9) من النظام قد اشترطت شروطاً لصحة اتفاق التحكيم، وعد مخالفتها سبباً لبطلان الشرط وعدم ترتب آثاره النظامية :

أ- ففيما يتعلق بشرط التحكيم: فقد اشترط المنظم السعودي في المادة (2/9) أن يكون مكتوباً وإلا عُد باطلاً.

ب- وفيما يتعلق بمشارطة التحكيم : فاشترط المنظم ان يكون مكتوباً إضافة إلى تحديد الطرفين المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً.

ت- وفيما يتعلق بشرط التحكيم بالإحالة : فقد اشترط المنظم السعودي في المادة (3/9) أن يكون مكتوباً إضافة إلى الإحالة الواضحة والصريحة في اعتبار هذا الشرط جزءً من العقد[249]، فلا يكفي ورود نص في العقد على اللجوء إلى التحكيم ، ولا الإحالة الواضحة إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم مهما يكن وضوح دلالة تلك الإحالة على ارتضاء الطرفين اللجوء إلى التحكيم بل يجب التقيد بما نص عليه النظام بوضوح الإحالة واعتبار هذا الشرط جزءً من العقد السابق الذي أبرمه الطرفان كي يصبح شرط تحكيمي معتد به ومنتجاً لآثاره النظامية.[250]

أ - إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً، أو قابلاً للإبطال، أو سقط بانتهاء مدته.
ب - إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية، أو ناقصها، وفقاً للنظام الذي يحكم أهليته.
ج - إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إبلاغه إبلاغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
د - إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق أي من القواعد النظامية التي اتفق طرفا التحكيم على تطبيقها على موضوع النزاع.
هـ - إذا شكلت هيئة التحكيم أو عين المحكمون على وجه مخالف لهذا النظام، أو لاتفاق الطرفين.
و - إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء غير الخاضعة للتحكيم وحدها.
ز- إذا لم تراع هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثّر في مضمونه، أو استند الحكم على إجراءات تحكيم باطلة أثّرت فيه.

[246]) يقابلها في الأنظمة العربية (م1/10 قانون مصري ، م1/7 قانون بحريني ، م1/10 قانون عماني ، م1/173 و 3 قانون كويتي ، م251 قانون عراقي ، م762و765 قانون لبناني ، 2و3و4 قانون تونسي ، 5/4 قانون سوداني ، م316 قانون مغربي ، م3/1 قانون سوري)

[247]) يقابلها في الأنظمة العربية (م 1/203 و 3/203 قانون إماراتي ، م10/ج و 11 قانون أردني، م1/7 قانون سوري ، م2/4 و 16 و 17 قانون تونسي ، م1013 قانون جزائري ، م10 قانون سوداني ، م2/10 قانون عماني ، م2/766 و 767 قانون لبناني ، م315 قانون مغربي ، م4 قانون يمني ، م252 قانون عراقي ، م2/10 قانون مصري)

[248]) يقابلها في الأنظمة العربية (م10/ب قانون أردني ، م2/7 قانون سوري ، م3/10 قانون عماني ، م763 قانون لبناني ، م3/313 قانون مغربي ، م3/10 قانون مصري ، م16 قانون يمني)

[249]) سار على هذا النهج القضاء الإماراتي (تمييز دبي ، الطعن رقم 44 لسنة 2008 ، طعن تجاري جلسة 2008/4/22) .

[250]) أحمد السيد صاوي ، الوجيز في التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 2010، بند 7 ، ص16 ، دكتور أحمد عبد التواب ، إتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2008 ، بند 54 ، ص163 .

- وقد استقر القضاء المصري والقطري على أنه " يشترط في التحكيم بالإحالة ألا يمتد اتفاق التحكيم (الوارد بالعقد) إلى عقد آخر لم تنصرف إرادة الطرفين فيه إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم أو إلى إتفاق لاحق لم يكن بينهما رباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل – دون الجمع بينهما – اتفاق يفض مع الفصل بينهما خلاف [251]
- إلا أن القضاء الكويتي كان تفسيره لاتفاق التحكيم تفسيراً ضيقاً إذ لم يعتد بالتحكيم بالإحالة وذهب إلى عدم امتداد شرط التحكيم من عقد لآخر ولو كان مرتبطاً بين نفس الخصوم. [252]

2- أن يكون اتفاق التحكيم قابلاً للإبطال:

- ويعنى ذلك أنه يجب ألا يكون اتفاق التحكيم فاقداً لأحد شروط صحته[253] ، فاتفاق التحكيم يجب ان تتوافر له مقومات صحته الموضوعية من رضا وأهلية ومحل [254] فضلاً عن صدوره مشتملاً على الأركان النظامية اللازمة لإجازته فصدور الاتفاق بناء على مخالفة للنظام[255] وقد استقر القضاء السعودي على بطلان اتفاق التحكيم الصادر بالمخالفة للنظام[256] ، كما يجب ألا يصدر بالمخالفة لما استلزمه نص المادة (2) من نظام التحكيم السعودي[257] ، فالبطلان يقع على اتفاق التحكيم حال صدوره بشأن مسائل لا يجوز فيها الصلح أو مسائل تتعلق بالأحوال الشخصية ، كما يبطل اتفاق التحكيم حال وروده على مسائل تتعلق بالنظام العام[258] لا يجوز فيها التحكيم (كالتحكيم في شأن مدى دستورية قانون أو مدى صحة قرار إداري[259] او مدى قانونية ونظامية لائحة ، او في شأن صلاحية قاضي لنظر دعوى)[260] ، ويقع الاتفاق على التحكيم في مسألة لا يجوز فيها الصلح باطلاً سواء فيما بين اطرافه أو فيما بينهم وبين الغير إذ لا يجوز أن تكون المسائل الجنائية محلاً للتحكيم كتحديد مسؤولية الجاني عن الجريمة[261] ، ويجوز التمسك بهذا البطلان في مواجهة الدفع بوجود إتفاق تحكيم امام المحكمة المرفوع امامها دعوى بشأن الموضوع محل الاتفاق

---

[251]) نقض مصري ، الطعن رقم 53 لسنة 60 ق ، جلسة 1994/2/27 ، مجموعة احكام النقض ، س45 ، ص448 ، تمييز قطر ، الطعن رقم 4 لسنة 2005 ، جلسة 2005/12/6 .

[252]) وقد فسر ذلك بأن (التحكيم عمل قضائي ذو طبيعة خاصة ، أساسها أن المحكم لا يستمد ولايته من القانون كما هو الحال بالنسبة لقضاة المحاكم ، وإنما يستمدها من إتفاق الخصوم على تحكيمه ، لذا كان طريقاً إستثنائياً لفض اخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ، بما يتعين معه تحديد موضوعه في المشارطة والتقيد بهذا التحديد ، وتفسير إرادة الطرفين في شأنه تفسيراً ضيقاً وقصره على طرفية وعلى ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم وعدم إطلاق القول في خصوصه بان قاضي الأصل هو قاضي الفرع ، ومن ثمّ فإن الاتفاق على التحكيم في شان النزاع على حول عقد معين لا يمتد إلى عقد آخر ولو كان مرتبطاً به وبين نفس الخصوم) (تمييز كويتي ، الطعن 1169 لسنة 2007 ، الدائرة (5) تجاري ، جلسة 2008/11/9 ، تمييز كويتي طعون رقم (961 ، 963 ، 965) لسنه 2007 ، الدائرة (25) تجاري ، جلسة 2008/12/21 ، تمييز كويتي ، الطعن رقم 990 لسنة 2011 ، الدائرة (5) تجاري ، جلسة 2013/3/20 .) ، يراجع أيضاً (تمييز الكويت ، الطعنان رقما 20 ، 12 لسنة 2005 تجاري ، جلسة 2005/11/26 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني ، 2009 ، ص310) .

[253]) خالد أحمد حسن ، بطلان حكم التحكيم ، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري والإنجليزي وقواعد الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، ص 78 ، حفيظة السيد الحداد – الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، 1997 ، ص86 ، عبد الحكم فوده ، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، 1993ص89

[254]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (50) التجارية ، جلسة 2012/6/26 في القضية رقم 31 لسنة 128ق .

[255]) كحكم المادة (60/ب) من نظام السوق المالية السعودي التي تبطل أي إتفاق أو عقد يبرم في شان صفقة تتعلق بالاوراق المالية بالمخالفة لأحكام النظام والمادة (31) من النظام .

[256]) لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية ، قرار رقم (998/ل/د/2012/1) لعام 1433هـ ، وتاريخ 1433/7/9 التي قضت ببطلان عقد الوساطة المبرم بين المدعي والمدعى عليه – المتضمن الاتفاق على التحكيم - لصدور العقد بالمخالفة للمادة (31) من النظام التي جعلت العمل بالوساطة المالية قاصراً على الحصول على ترخيص ولكون المدعى عليه يعمل بالوساطة بدون ترخيص بالمخالفة للمادة السالفة البيان .

[257]) تنص على (ولا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح) .

[258]) نقض مصري ، جلسة 2011/12/27 ، الطعن رقم 1910 لسنة 75ق ، تمييز البحرين ، الطعن رقم 328 لسنة 2005 ، جلسة 2006/1/30 ، والطعن الصادر بجلسة 2005/10/24 ، رقم 79 لسنة 2005 ، مجلة التحكيم ، العدد الرابع ، 2009 ، ص199 .

[259]) قضت محاكم قطر في هذا الشأن " ان دعوى الإلغاء تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الصلح ولا يكون القرار الإداري محلاً للتحكيم ، إذ ان النصوص سواء اكانت قوانين ام لوائح في مجال القانون العام جميعها آمرة كل في مجال نفاذه " (قطر ، محكمة الإستئناف في الدوحة ، دائرة الإستئناف الإداري ، الدعوى رقم (2008/57) رقم الإستئناف (2009/9) ، جلسة 2009/1/29 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الرابع عشر 2012 ، ص259-261) .

[260]) فتحي والي ، المرجع السابق ، بند 59 ، ص124 ، محمود مختار بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 2004، السودان ، المحكمة القومية العليا ، الدائرة المدنية ، مراجعة رقم 2008/214 ، مجلة التحكيم العالمية ، 2011 ، العدد الحادي عشر ، ص295 ، قطر ، تمييز مدني ، الطعن رقم 4 لسنة 2010 ، جلسة 2010/2/6 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، 2011 ، ص343 .

[261]) نقض مصري ، جلسة 2007/5/24 ، الطعنين رقمي 823 ، 933 لسنه 71ق ، إستئناف القاهرة ، د(108) التجارية ، جلسة 2006/6/27 ، القضية رقم 6 لسنة 123ق ، إستئناف القاهرة ، د(7) التجارية ، جلسة 2006/11/6 ، القضية رقم 39 لسنة 123ق

الباطل ، كما يجوز التمسك بهذا البطلان امام هيئة التحكيم بغض النظر عن الموعد الوارد بنص المادة (7) من نظام التحكيم لان البطلان هنا يقرره النظام ويتعلق بالنظام العام ، فلا يقيده الميعاد المذكور .

- **كما يعد إتفاق التحكيم باطلاً حال صدوره ممن لا يملك حق التصرف في حقوقه سواءً أكان شخصاً طبيعياً او توقيع من لا يملك حق التمثيل (كالتوقيع دون وكالة تخوله ذلك الحق [262]) أم شخصاً اعتباريا (كاتفاق مدير الشركة على اللجوء للتحكيم دون تفويض خاص بذلك)[263]**
- وتجدر الإشارة إلى ان اتفاق التحكيم الذي يكون الجهات الحكومية طرفاً فيه يكتسب خصوصية عند توقيع تلك الجهات على اتفاق التحكيم ، فالمادة (2/10) من نظام التحكيم السعودي نصت على عدم جواز اتفاق الجهات الحكومية على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء مالم يرد نص نظام خاص يجيز ذلك ـ وقد عدلت المادة (92) – النص النظامي الخاص- من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية 264 الجهة المنوطة بالموافقة على إتفاق التحكيم الذي تكون الجهات الحكومية طرفاً فيها إذ نصت على جواز اتفاق الجهات الحكومية على التحكيم – بعد موافقة الوزير - ، ويترتب على صدور اتفاق التحكيم الذي تكون الجهة الحكومية طرفاً فيه من غير المنوط بالاتفاق عليه بطلان الاتفاق وبطلان ما يترتب عليه من آثار ولا سيما الحكم التحكيمي [265]

- **ومن الجدير بالذكر انه يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل العمالية بين العامل وصاحب العمل ولا يعد اتفاق التحكيم الناشئ عن ذلك باطلاً ، ولا يجوز التذرع بنص المادة (8) من نظام العمل والعمال السعودي [266] ما دام انه يحقق مصلحة العامل المرجوة من الاتفاق على التحكيم لكونه سيحقق السرعة الناجزة في القضاء بحقوقه وسرعة الحصول على مستحقاته لدى صاحب العمل .**

- ومما تجب الإشارة إليه – تحصيلاً لما سلف – أن عبء إثبات قابلية اتفاق التحكيم للبطلان يقع على عاتق الطرف الذي يسعى لاستبعاد النزاع من ساحة التحكيم. [267]

3- سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته

حيث يشترط لإعمال حكم اتفاق التحكيم ألا يكون قد سقط لانتهاء مدته ، فإذا كان الأصل ورود اتفاق التحكيم ضمن بنود عقد فإنه يظل ساري المفعول منتجاً لكامل آثاره طالما كان العقد قائماً إلا إذا اتفق في ذات العقد على تحديد مدة لإعمال اتفاق التحكيم ففي هذه الحالة الأخيرة ينتهي اتفاق التحكيم ، أما إذا كان اتفاق التحكيم في شكل مشارطة مستقلة ومحددة المدة فإنه يراعى لإعمال حكم –الاتفاق في صورة مشارطة ـ مدى سقوط الاتفاق لانتهاء المدة من عدمه حتى يكون حكم هيئة التحكيم المؤسس عليه صحيحاً غير قابل للبطلان [268] ،فإذا حدد الخصوم أجلاً في وثيقة التحكيم واشترطوا صدور حكم المحكم خلاله يتعين على المحكم الالتزام بهذا الأجل ما لم يتفق الخصوم على مدة بكتابة صريحة او ضمنية ،

---

[262]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (50) التجارية ، جلسة 2012/6/26 ، الدعوى رقم 31 لسنة 128ق .

[263]) تمييز دبي ، جلسة 1994/6/25 ، الطعن رقم 325 لسنة 1993 حقوق ، العدد (5) ص529 ، عكس هذا الحكم : الإمارات ، الطعن رقم 220 لسنة 2004 ، طعن مدني ، جلسة 2005/1/17، مجلة التحكيم ، العدد 2009 ، ص318 ، تمييز دبي ، جلسة 2003/3/2 في الطعن رقم 462 لسنة 2002 ، وحكمها بجلسة 1994/6/25 ، الطعن رقم 325 لسنة 1993 ، **عكس ذلك (تمييز دبي ، الطعن 164 لسنة 2008 مدني ، جلسة 2008/10/12 ، مجلة التحكيم ، العدد الرابع ، 2009 ، ص169) ، وقضت بأن (إن مدير الشركة هو صاحب السلطة الكاملة في إدارتها وله أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بنشاطها بما في ذلك الاتفاق على التحكيم في العقود المبرمة بينها وبين الغير ، ما لم يحدد عقد تأسيس الشركة سلطته بحرمانه من إجراء تصرفات معينة او منعه صراحة من الاتفاق على التحكيم)** .

[264]) مرسوم ملكي رقم (م/128) وتاريخ 13/11/1440هـ ، قرار مجلس الوزراء رقم (649) وتاريخ 13/11/1440هـ .

[265]) (قطر ، محكمة الإستئناف في الدوحة ، دائرة الإستئناف الإداري ، الدعوى رقم (2008/57) رقم الإستئناف (2009/9) ، جلسة 2009/1/29 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الرابع عشر 2012 ، ص259-261) .

[266]) تنص على أنه (يبطل كل شرط يخالف أحكام هذا النظام، ويبطل كل إبراء أو مصالحة عن الحقوق الناشئة للعامل بموجب هذا النظام أثناء سريان عقد العمل، ما لم يكن أكثر فائدة للعامل)

[267]) ناريمان عبد القادر ، إتفاق التحكيم دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1996، ص243 .

[268]) محمود عمر ، المرجع السابق ، ص321 .

وبانتهاء الاجل المحدد تنتهي ولاية المحكم التي يستمدها من إرادة المحتكمين ويكون الحكم الذي يصدر بعد ذلك باطلاً لصدوره ممن لا ولاية له ، ويجوز لكل ذي شأن طلب بطلانه باعتباره خارجاً عن اتفاق الخصوم [269] كما يدخل في هذه الحالة أيضاً تجاوز إجراءات التحكيم للمدة المتفق عليها من الطرفين بوجوب صدور الحكم خلالها أو التي يحددها النظام الإجرائي المتفق على تطبيقه ، لان هذه المدة تعتبر احد عناصر الاتفاق [270] ، وإذا سقط اتفاق التحكيم ومع ذلك بدأت خصومة التحكيم ، فللمحتكم ضده التمسك بسقوط الاتفاق لانتهاء مدته ويكون حينها من اختصاص الهيئة الفصل في هذا الدفع ، ويجب للتمسك بهذا السبب إثبات مدعي البطلان تجاوز هيئة التحكيم للمدة التي يجب ان تصدر فيها الحكم ، وخلو الأوراق مما يدل على التجاوز فإن طلب البطلان يكون قائم على غير أساس [271]

- **<u>ومن الجدير بالذكر أنه ليس في كل حالات انعدام اتفاق التحكيم يبطل حكم التحكيم ، فقد ينعدم وجود اتفاق تحكيم</u>** وتبدأ إجراءات خصومة التحكيم أمام هيئة التحكيم دون وجوده ويزول هذا العيب بحضور الطرفين أمام هيئة التحكيم دون تحفظ وهو ما يعني أن عدم وجود اتفاق تحكيم لا يصلح سبباً للبطلان إلا إذا كان أحد الطرفين لم يحضر أمام الهيئة أو حضر مع التحفظ ، وهذا ما استقر عليه القضاء القطري[272] ، وعندئذ لا يمكن القول بوجود اتفاق تحكيم ضمني بين الطرفين ، مع ملاحظة أن هذا الحضور ومباشرة الإجراءات أمام الهيئة يجب أن يثبت في محضر الجلسة أو في مذكرات متبادلة ، إذ اتفاق التحكيم ولو كان ضمنياً يجب أن يكون كتابة ، وما يعتبر اتفاقا ضمنياً هو حضور الطرفين دون تحفظ ، ولا يكفي حضور وكيل عن الطرف إذا كانت وكالته لا تخوله سلطه إبرام اتفاق التحكيم [273]

- ويلاحظ في كثير من العقود اتفاق الطرفان على اللجوء إلى التوفيق أولاً بحيث لا يجوز لاحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم إلا إذا لم يرتض النتيجة التي انتهى إليها الموفق ، فعندئذ يعتبر اختصاص الهيئة معلقاً على شرط واقف وهو استنفاد طريق التوفيق ، بحيث إذا لجأ أحد الطرفين إلى التحكيم دون أن يسبقه اللجوء إلى التوفيق واعترض المحتكم ضده على ذلك في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق على ميعاد فإن هيئة التحكيم بعد التحقق من عدم استنفاد طريق التوفيق ، الحكم بعدم اختصاصها بطلب التحكيم فإن نظرته رغم ذلك فإن حكمها يعد باطلاً[274] ، وهو ما استقرت عليه المحاكم السعودية "بأن الثابت عدم استيفاء الطرفين إجراءات التسوية الاستباقية المشار إليها رغم إبداء المدعى عليها استعدادها لاتخاذ تلك الإجراءات سيما مع عدم تقديم المدعي ما يثبت رفض المدعى عليها أو عدم تجاوبها مع خطوات التسوية فإن المدعي يكون بذلك قد أقام دعواه للمطالبة بتنفيذ شرط التحكيم قبل أوانها مما يلزم معه عدم قبولها.[275]
- **<u>وقد يتضمن شرط التحكيم</u>** – كما في العديد من العقود التي تبرم بين الأطراف – عدم تحديد الجهة المختصة بنظر النزاع حال نشوء إذ يتم الاتفاق على اختصاص المحكمة بنظر النزاع إضافة إلى حق الطرفين في اللجوء للتحكيم ، وفي هذا الشأن قضت محكمة استئناف القاهرة بأن صيغة الاتفاق تثير الشك حول حقيقة إرادة الطرفين بالنسبة لوسيلة فض النزاع ، ولهذا يجب تغليب الأصل على الاستثناء ومن ثم اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة [276]

---

[269]) تمييز البحرين ، الطعن رقم 2003/433 ، جلسة 2003/11/17 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الخامس 2010 ، ص236 .
[270]) فتحي والي ، المرجع السابق، بند 323 ، ص578.
[271]) إستئناف القاهرة (د 91تجاري) ، جلسة 2003/11/22 ، القضية رقم 42 لسنة 119 تحكيم .
[272]) قطر ، المحكمة الإبتدائية ، المحكمة الكلية ، الدائرة الرابعة ، القضية رقم 1254 ، تاريخ 2007/4/25 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الخامس عشر 2012 ، ص490 .
[273]) فتحي والي ، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى ،2007 ، بند321 ، ص575 .
[274]) فتحي والي ، المرجع السابق ، بند321 ، ص575 .
[275]) مدونة الأحكام القضائية لعام 1440 ، رقم قضية الإستئناف 532 لعام 1440هـ ، تاريخ الجلسة ،1440/8/17هـ .
[276]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (91) تجاري ، جلسة 2004/11/29 ، الدعوى رقم (73) لسنة 120ق تحكيم .

الحالة الثانية: إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية، أو ناقصها، وفقاً للنظام الذي يحكم أهليته.

تعتبر الأهلية شرطاً لصحة اتفاق التحكيم ، ويعد اتفاق التحكيم باطلاً حال كان احد طرفيه عديم الاهلية[277]، فلا يملك عديم الأهلية او القاصر غير المأذون له بالتجارة أو الحارس القضائي إبرام اتفاق التحكيم ، ولا يملك المحجور عليه او الوصي أو الولي او القيم قبوله نيابةً عن الخاضع للولاية او الوصاية او القوامة ، لأنه ليس لهؤلاء التصرف في الأموال إلا بإذن من المحكمة المختصة [278]، على أنه إذا أُبرم اتفاق التحكيم صحيحاً وكان الذي أبرمه وصيّ القاصر او وليه او القيم على المحجور عليه ثم زالت الصفة عمن أبرم الاتفاق لبلوغ القاصر سن الرشد أو لزوال سبب نقص الأهلية او لعزل من ابرم الاتفاق فإن زوال الصفة لا يؤثر على صحة اتفاق التحكيم[279] ، كما لا يؤثر موت احد الخصوم أو فقد أهليته على استمرار إجراءات التحكيم ما لم يتفق الأطراف عند وقوع ذلك او قبله في الاتفاق الأصلي على التحكيم[280] وقد نص النظام السعودي صراحة على ذلك بالمادة (2/41) [281]، ويجوز لطرفي التحكيم الطعن على حكم التحكيم إذا كان أي من طرفي الاتفاق مصاباً بإحدى عوارض الاهلية[282] وينصرف ذلك بحكم الضرورة إلى الأشخاص الطبيعية وهي التي تتعرض لمثل هذه الحالات كإصابة الشخص بالجنون الذي يفقد الأهلية كلية أو السفة الذي ينقصها ويفترض هذا النص أن الطرف في اتفاق التحكيم قد بلغ سن الرشد ثم إصابة أحد عوارض الأهلية وقت إبرام اتفاق التحكيم وليس وقت اتخاذ إجراءات التحكيم[283].

- وينطبق هذا الحكم على أهلية الشخص الاعتباري ، وبذلك يلزم في الشخص الاعتباري الطرف في اتفاق التحكيم أن يملك سلطة إبرام هذا الاتفاق كما هو الشأن بالنسبة للشركات ، فيجب ان يتم العقد من المختص بذلك (ذي الصفة) أي يملك أهلية التعاقد وألا يكون قد أفلس او انقضت شخصيته الاعتبارية [284] ، على ان العبرة في تحديد الأهلية للشخصية الطبيعية هو قانون جنسية الأطراف فهو القانون الواجب التطبيق على الاهلية الخاصة بهم ، فإذا كان أحد أطراف اتفاق التحكيم يبلغ (19سنة) وقانون جنسيته يجعل سند الرشد من (18سنة) والقانون الواجب التطبيق على النزاع يقرر أن سن اكتمال الاهلية (21عاماً) ففي هذه الحالة لا يكون اتفاق التحكيم باطلاً لأن قانون جنسية التحكيم هو المطبق على أهليته .[285]

الحالة الثالثة: إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إبلاغه إبلاغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

وهذه الحالة أخذت به أغلب التشريعات العربية ، فهذه الحالة تعني إنتهاك حق الدفاع أياً كانت صورته إذا نتج عنها عدم تمكن المحكوم عليه من تقديم دفاعه ودفوعه بشرط ألا يكون السبب في ذلك راجعاً للمحكوم عليه بذاته أو بسبب إهماله

---

[277]) محمود سمير الشرقاوي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، بند 367 ص 500-501 .

[278]) أبو الوفا ، التحكيم الإختياري والإجباري ، منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة 4 ، 1987، بند 20 ، ص52

[279]) أبو الوفا ، المرجع السابق ، بند 22 ، ص57 .

[280]) أبو الوفا ، المرجع السابق ، بند 55 ، ص 136 .

[281]) ونصها (2 - لا تنتهي إجراءات التحكيم بموت أحد طرفي التحكيم، أو فقد أهليته - ما لم يتفق من له صفة في النزاع مع الطرف الآخر على انتهائه - ولكن يمتد الميعاد المحدد للتحكيم ثلاثين يوماً، ما لم تقرر هيئة التحكيم تمديد المدة مدة مماثلة، أو يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك) ، ويقابلها في القوانين العربية (م44 قانون أردني ، م48 قانون مصري ، م 32 قانون تونسي ، م45 و48 قانون سوري ، م48 قانون عماني ، م1/792 قانون لبناني ، م34 و 35 قانون سوداني)

[282]) محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ، بند 367 ص 500-501 .

[283]) إبراهيم رضوان الجغبير ، بطلان حكم المحكم ، رسالة دكتوراه ، دار الثقافة ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص75 ، فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، رسالة دكتوراه ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1959 ص124 .

[284]) تمييز دبي ، جلسة 1994/6/25 ، الطعن رقم 325 لسنة 1993 حقوق ، العدد (5) ص529 ، عكس هذا الحكم : الإمارات ، الطعن رقم 220 لسنة 2004 ، طعن مدني ، جلسة 2005/1/17، مجلة التحكيم ، العدد 2009 ، ص318 ، تمييز دبي ، جلسة 2003/3/2 في الطعن رقم 462 لسنة 2002 ، وحكمها بجلسة 1994/6/25 ، الطعن رقم 325 لسنة 1993

[285]) محمود عمر محمود ، المرجع السابق ، ص323 .

[286] فحصول مدعي البطلان على فرصة كافية لتقديم دفاعه ومستنداته سواء امام هيئة التحكيم أو امام الخبير المنتدب ولم يفعل فلا تتوافر فيه هذه الحالة [287] ، كما أن تقاعس المحكوم عليه عن عدم حضور جلسات التحكيم لا يسوغ له طلب البطلان فيما بعد [288]، ولا تعتبر الصور الواردة في هذه الحالة واردة على سبيل الحصر ، بل إنها تشمل كل ما يمكن أن يكون مرده ما يخرج عن إرادة الخصم ، كما يشمل عدم الإعلان إعلاناً صحيحاً بتعيين احد المحكمين او بأي إجراء من إجراءات التحكيم كعدم إعلانه بأي إجراء من إجراءات الإثبات كسماع شاهد أو تعيين خبير وعدم إعلانه بطلبات الخصم أو عدم إعلانه بتاريخ أي جلسة من جلسات التحكيم وكذلك كل ما يعتبر إخلالاً بحق الدفاع كمبدأ أساسي يقوم عليه التقاضي سواء عن طريق القضاء او عن طريق التحكيم.[289]

- وقد استقر قضاء النقض المصري على أن " العبرة في توافر هذه الحالة هي بعدم استطاعة الطرف – طالب البطلان – من تقديم دفاعه وليس مجرد عدم الإعلان او الإعلان الباطل ، فإذا تم إعلان المحتكم إليه بموجب إعلان باطل ولكنه حضر وقدّم دفاعه فلا يحق له الطعن بالبطلان على حكم التحكيم وفقاً للإعلان الباطل الذي بلغ به"[290]

- ومن الجدير بالذكر أن الإعلان يكفي لتمامه إجراء الإعلان بالكيفية التي يتطلبها النظام ولا يتطلب لصحتها تحقق العلم الحقيقي به[291]، وحضور الطرف المراد إعلانه للجلسة حتى ولو انطوي الإعلان على عيب مخالفة الشكل الذي يتطلبه القانون يجعل الإعلان محققاً لغايته ، ولا يجوز له التمسك ببطلان الإعلان لتحقق غايته [292].

- وقد أجاز القضاء اللبناني قيام أحد طرفي التحكيم – وليس الهيئة نفسها- بإبلاغ الطرف الآخر بموعد الجلسة الذي حددته هيئة التحكيم [293]ويضحى الإعلان باطلاً وغير منتجاً لآثاره النظامية حال انطوائه على غش صادر من المعلِن بغية عدم وصول الإعلان للمعلن إليه لمنعه من الدفاع في الدعوى أو ليفوت عليه المواعيد [294]

- وخلاصة القول أنه يبطل حكم التحكيم إذا كانت هيئة التحكيم لم تمكن الخصم من الإدلاء بما يعن له من طلبات ودفوع ودفاع أو من إثبات ما يدعيه ونفي ما يثبته خصمه ، أو إذا لم تتخذ الإجراءات في مواجهة الطرفين أو لم يخبر أحد الطرفين بالجلسة المحددة للمرافعة أو لم يمكن من تقديم ما لديه من مستندات أو من اتخاذ إجراءات الإثبات أو إذا خالف الحكم الإجراءات المتفق عليها الطرفان [295]، ويجوز للقاضي إثارة تلك الحالة من تلقاء نفسه ولو لم يثره المحكوم عليه لتعلق مبدأ المواجهة بالنظام العام [296] ، ومن هذا المنطلق استقر القضاء الإماراتي على أنه يتعين على المحكمة عند نظر طلب البطلان بناء على طلب أحد أطراف التحكيم الذي حُرم من حقه في الدفاع أن تتعرض لهذا الدفاع المبدئ من مدعي البطلان وترد عليه بما يواجهه [297]

- ومن منطلق ما سبق وتجنباً لأي خلافات تتعلق بتلك الحالة فإننا دائماً ما ننصح بالنص في العقود عند تحريرها بان العنوان الوارد بصدر الدعوى هو العنوان المعتمد والمنتج لآثاره وأي تغيير في العنوان فيتعين عليه إبلاغ الطرف الآخر به بالعنوان الجديد وإلا أضحى في حكم المعدوم وغير منتجاً لآثاره النظامية تجاه الطرف الآخر)

---

[286]) بطلان أحكام التحكيم الأجنبية ، علي ناصر الاحبابي ، بحث مقدم لدائرة القضاء بأبو ظبي ، ص125.

[287]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (7) التجارية ، جلسة 2003/1/8 ، الدعوى رقم 51 لسنة 119 ق ، وإستئناف القاهرة ، دائرة (91) تجاري ، جلسة 2003/6/29 ، في الدعوى 11 لسنة 120ق .تحكيم

[288]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (62) التجارية ، جلسة 2013/2/6 ، القضية رقم 46 لسنة 129ق .

[289]) احمد السيد صاوي ، بطلان حكم التحكيم ، بحث مقدم بالمؤتمر السنوي السادس عشر ، ص15

[290]) نقض مصري ، جلسة 1980/12/13 ، طعن رقم 1503 لسنة 49ق ، المجموعة في خمسون عاماً 1986 ، ص1702 .

[291]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (62) التجارية ، جلسة 2013/2/6 ، القضية رقم 46 لسنة 129ق .

[292]) قطر ، المحكمة المدنية الكبرى ، الدوحة ، القضية رقم 99/980 ، جلسة 2002/11/20 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد السادس ، 2010 ، ص406 .

[293]) محكمة إستئناف بيروت ، الغرفة الثالثة ، جلسة 2000/10/13 ، المجلة اللبنانية للتحكيم ، عدد 37 ، ص40 .

[294]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (91) التجارية ، جلسة 2005/9/25 ، القضيتين (118 ، 121) لسنه 121ق .

[295]) المحكمة الإتحادية لدولة الإمارات ، جلسة 1999/1/26 ، الطعن 64 لسنة 20ق ، مجموعة الأحكام 21 ، بند 10 .

[296]) محمد محمد بدران ، مذكرات في حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، 1999، ص155 .

[297]) تمييز دبي ، تمييز دبي ، جلسة 2009/10/27 ، الطعن رقم 156 لسنة 2009 ، طعن تجاري .

الحالة الرابعة: إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق أي من القواعد النظامية التي اتفق طرفا التحكيم على تطبيقها على موضوع النزاع.

مما لا شك فيه أن المشرع أولى لإرادة الأطراف عناية خاصة فقرر البطلان على مخالفتها ، وهذه الحالة تقرر أن إرادة طرفي التحكيم قد اتجهت إلى تطبيق قانون معين وفي هذه الحالة فإنه يتعين حال توافر قانون الإرادة تلتزم هيئة التحكيم بهذا القانون[298] وإلا كان حكمها عرضه للبطلان [299] ، ومن ناحية أخرى فإن عدم وجود قانون اختاره الأطراف لتطبيقه على النزاع فإن هيئة التحكيم تفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية الأكثر صلة بالنزاع وفقاً لنص المادة (1/38/ب) من نظام التحكيم السعودي[300].

وتُفسّر القواعد النظامية الواردة بتلك الحالة إما أن تكون قاعدة قانونية مقررة في قانون وضعي ، أو قاعدة مسلمة في نظام قانوني معين ، أو مبدأ من المبادئ القانونية العامة في القانون أو قاعدة من قواعد العرف الجاري أو العادات الجارية في المعاملات ، أما ما يرد في اتفاق الطرفين من أحكام خاصة من خلقهما فلا ينطبق عليها وصف القواعد القانونية المتفق على تطبيقها الأطراف[301] ، كما يمكن أن يتسع هذا اللفظ (القواعد) ليشمل القواعد التي يضعها الأطراف بأنفسهم ليواجهوا بها ما ينشأ بينهم من منازعات ويصوغونها في الاتفاق على التحكيم – شرطاً أم مشارطة – أو يتفقون عليها بعد بدء المنازعة التحكيمية ويطلبون من هيئة التحكيم الالتزام بها ويجب على الهيئة حينها النزول على إرادة الأطراف [302]

ويشترط لتوافر هذه الحالة توافر شرطين أساسيين:

الأول: ضرورة اتفاق الأطراف صراحة على تطبيق قانون معين على موضوع النزاع ، ومن ثم فإن عدم وجود اتفاق صريح بين الطرفين على تطبيق قانون معين لا تتوافر معه تلك الحالة [303]

الثاني: أن يستبعد حكم التحكيم تطبيق القانون المتفق على تطبيقه ، فلا تتوافر هذه الحالة حال تطبيق الحكم هذا القانون ، وإنما عند مخالفة الحكم قاعدة قانونية فيه أو أخطأ في اختيار القاعدة الصحيحة واجبة التطبيق فيه أو أختار القاعدة القانونية واجبة التطبيق ولكنه أخطأ في تطبيقها أو تأويلها .[304]

- ومن الجدير بالذكر أن هذه الحالة لا تتوافر حال عدم تطبيق المحكم شروط العقد المبرم بين طرفي التحكيم الملتزم بتطبيقها وفقاً للمادة (1/38/ج) من نظام التحكيم ، فعدم تطبيق شروط العقد لا يعتبر استبعادا للقانون المتفق الأطراف على تطبيقه ولا يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي وفقاً لتلك الحالة إذ أن المادة (1/38/ج) نصت على أنه " ج - يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع " ، وكلمة شروط العقد لا تعني قانوناً إتفاق الأطراف على تطبيقه أي قانون دولة معينة أو نظاماً قانونياً معيناً ، وإنما يقصد بها قواعد قانونية خاصة معينة إتفق أطراف التحكيم على إخضاع العقد لحكمها إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة [305] ، وقد إستقر القضاء

---

[298]) تمييز الكويت ، الدائرة التجارية الثامنة ، الطعن (2004/671) جلسة 2005/11/23 .

[299]) د. محمود عمر محمود ، مرجع سابق ، ص323 ، محكمة الإستئناف المدنية ، بيروت ، لبنان ، الغرفة الأولى ، قرار رقم (2011/308) بتاريخ 2011/3/3 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد 2011 ، ص451 .

[300]) يقابلها في القوانين العربية (م36/ب قانون أردني ، م2/28 قانون بحريني ، م2/38 قانون سوري ، م2/39 قانون عماني ، م2/182 قانون كويتي ، م 29 يمني ، م2/39 قانون مصري)

[301]) د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص419 .

[302]) محمود مختار بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، بند 84 – ص129 ،130 ، د. محمد سليم العوا ، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن ، المركز العربي للتحكيم ، ط2 ، 2009 ، بند 23 ص111 – 112 .

[303]) إستئناف القاهرة ، دائرة (91) تجاري ، جلسة 2005/4/23 ، في الدعوى رقم 116 لسنة 121 ق ، تحكيم .

[304]) د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص580 .

[305]) فتحي والي ، مرجع سابق ، ص585 .

العماني على ذلك واعتبر في إحدى أحكامه (أن استبعاد تطبيق العقد المبرم بين الطرفين يتساوى مع استبعاد تطبيق القانون المتفق عليه بإعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين)[306]

-وقد خالف القضاء المصري هذا التوجه وذهب إلى أن (عدم تطبيق هيئة التحكيم شروط العقد الذي أبرمه الطرفان ويلتزمان به لا يعتبر استبعادا للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه ولا يؤدي إلى بطلان الحكم ، وأن هذا العيب ليس إلا مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه)[307]

- ويتضح مما سبق أن المحكم في التحكيم بالقانون يكون عليه بعد التعرف على وقائع النزاع أن يبحث عن حكمها في مصادر القانون الواجب التطبيق الواحد تلو الآخر على الترتيب الذي وضعه المنظم والذي يبدأ بالقواعد التشريعية المكملة ، ثم قواعد العدالة في نهاية المطاف إن لم يجد حكماً في المصادر المتقدمة عليها ، فليس له أن يلجأ لقواعد العدالة إلا إذا لم يجد حلاً في أي من هذه المصادر .[308]

<u>الحالة الخامسة: إذا شكلت هيئة التحكيم أو عين المحكمون على وجه مخالف لهذا النظام، أو لاتفاق الطرفين.</u>

وهذه الحالة تتمثل في حالتين:

<u>الحالة الأولى: حالة ما اذا كان هناك عيب في تشكيل الهيئة</u>

حيث يبطل حكم التحكيم إذا صُدر حكم من هيئة التحكيم مشكلة من إثنين أو أربعة[309] بالمخالفة لنص المادة (13) من نظام التحكيم السعودي التي إستوجبت أن يكون تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر على أن يكون العدد فردياً وإلا كان التحكيم باطلاً .

<u>الحالة الثاني: حالة ما إذا كان هناك عيب في تعيين محكم</u>

وهذه الحالة تتوافر حال عدم توافر شروط الصلاحية الواجب توافرها في المحكم كأن يكون المحكم أو أحد المحكمين قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف كما تندرج تحت هذه الحالة اتفاق الأطراف على وسيلة معينة لاختيار المحكمين ولم تتبع هذه الوسيلة أو اتفقوا على شروط معينة في المحكم كشرط جنسية معينة أو مهنة معينة وتخلف أحد هذه الشروط [310] ، وكذلك انتفاء شرط الصلاحية الإلزامي برئيس هيئة التحكيم الوارد بالمادة (3/14) من نظام التحكيم السعودي التي اشترط في رئيس هيئة التحكيم إلزامية حصوله على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية .

- وقد اتفق فقهاء القانون على أن إيراد هذه الحالة في النصوص النظامية يتجلى معه مظهر من مظاهر احترام المنظم لإرادة الخصوم كونه يعطيها الحق في استبعاد الأحكام الواردة في قانون التحكيم ذات الطابع المكمل ، كما أنه يعطيها الحق في الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة من هيئة تشكيلها مخالف لاتفاق أطراف التحكيم[311]

---

[306]) عمان ، الدائرة الإستئنافية ، جلسة 1998/10/19 ، الدعوى رقم 2 لسنة 1998 ، تحكيم ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الخامس ، 2010 ، ص322 – 323) وقد بينت أسباب ذلك (أن الثابت بحكم المحكوم المطعون فيه أنه لم يطبق الإتفاقية المبرم بين الطرفين والتي إتفق فيها على تحديد ما يستحقه المهندس الاستشاري في حالة التأخير في إكمال الأعمال لسبب يرجع إلى المقاول أو صاحب العمل وذلك إستناداً إلى أن هذه الاتفاقية غير موقعة في حين أن الحاضر عن الوزارة قد أقر بتوقيعها عليها فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالبطلان لإستبعاده تطبيق العقد المبرم بين الطرفين مما يتعين معه الحكم ببطلانه) .

[307]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (8) التجارية ، جلسة 2013/4/24 في القضيتين رقمي (48 ، 52) لسنة 126ق .

[308]) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية ، الإسكندرية 1998 ، بند 75 و 76 – ص110 ،111 .

[309]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (7) التجارية ، جلسة 2001/9/24 في الدعوى رقم (98) لسنة 117ق . تحكيم ، إستئناف القاهرة ، الدائرة (91) تجاري ، جلسة 2003/7/27 في الدعوى رقم 97 لسنة 119ق . تحكيم - إستئناف القاهرة ، دائرة (63) تجاري ، جلسة 1999/4/21 في الدعوى رقم (43) لسنة 1996 ق . تحكيم ، محكمة الإستئناف ، بيروت ، لبنان ، الغرفة الثالثة ، قرار رقم (2008/930) وتاريخ 2008/6/19 ، مجلة التحكيم ، العدد الأول 2009 ، ص183 .

[310]) د.فتحي والي ، مرجع سابق ، ص589 – 590 ، إستئناف القاهرة ، دائرة (64) تجاري ، جلسة 2001/9/24 ، في الدعوى رقم (23) لسنة 118 ق . تحكيم .

[311]) د. عيد محمد القصاص ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة العربية ، 2006 ، د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، 2001 ، محمد بدران ، مذكرات في حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون طبعة ، 1999 ، ص173 ، إبراهيم رضوان الجغبير ، بطلان حكم المحكم ، رسالة دكتوراه ، دار الثقافة ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص75 ، د. فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، رسالة دكتوراه ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1959 ، ص124 .

الحالة السادسة: الفصل في مسائل ليست محل اتفاق التحكيم أو تجاوز هذا الاتفاق :

ويقصد بهذه الحالة أنها التي يخرج فيها المحكم عن موضوع النزاع الذي تحدد سواء في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم ، فالاتفاق الوارد بهما المحدد بهما الموضوعات التي يمكن أن يثور حولها النزاع والتي يجرى التحكيم بشأنها فلا يخضع للتحكيم أي يتعلق بموضوع آخر لم يتم الاتفاق على إخضاعه للتحكيم ، فإذا نص شرط التحكيم على خضوع المنازعات الناشئة عن تفسير العقد للتحكيم فإن الحكم يبطل إذا فصل في مسألة تتعلق بتنفيذه ، وإذا أخضعت مشارطة التحكيم النزاع الناشئ عن تنفيذ التزام محدد للتحكيم فإن الحكم يبطل حال فصله في مسألة تتعلق بتنفيذ التزام آخر لا يرتبط بالالتزام الأول ارتباط الجزء بالكل.[312] ، **وقد أرجعت محكمة النقض المصرية علة إيراد تلك الحالة ضمن حالات البطلان إلى أن "التحكيم مقصور على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين في عرضه على هيئة التحكيم ومن ثم فإن لازم ذلك ألا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد أخر لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فضه عن طريق التحكيم أو إلى اتفاق لاحق ، ما لم يكن بينهما ارتباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل دون الجمع بينهما اتفاق أو يفض مع الفصل بينهما خلاف "** [313]

- **وقد استقر القضاء المصري[314] على أن (قضاء هيئة التحكيم في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم فإن قضاءها يضحى وارداً على غير محل من خصومة التحكيم وصادراً من جهة لا ولاية لها بالفصل فيها لدخولها في ولاية جهة القضاء ويكون الحكم باطلاً) ، وسار على هذا النهج القضاء المغربي [315] والقضاء العماني[316]**
- وتجدر الإشارة إلى انه إذا فصل الحكم في مسائل لا يشملها الاتفاق فإن الحكم لا يبطل إلا بالنسبة لهذه المسائل دون المسائل الأخرى التي قضى فيها والتي يشملها الاتفاق مادام الفصل بينهما ممكناً وفقاً لنص المادة (1/50/و)[317] من نظام التحكيم.
- **<u>الحالة السابعة: إذا لم تراع هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثّر في مضمونه، أو استند الحكم على إجراءات تحكيم باطلة أثّرت فيه.</u>**

وتتمثل تلك الحالة في إلزامية توافر العديد من الشروط بالحكم والتي تتلخص فيما يلي:

الشرط الأول : أن يصدر الحكم بعد مداولة يشترك فيها جميع المحكمين دون غيرهم ، وقد استقر القضاء المصري على أن عدم المداولة بين المحكمين يعد موجباً لبطلان حكم التحكيم[318]

الشرط الثاني: أن يصدر الحكم بأغلبية الآراء ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك.

الشرط الثالث: أن يكون حكم التحكيم شاملاً لكل جوانب النزاع.

الشرط الرابع: أن يصدر حكم التحكيم وفقاً لقواعد القانون الذي إخطاره الأطراف .

---

[312]) د. محمود عمر محمود ، مرجع سابق ، ص325 .
[313]) نقض مدني مصري، جلسة 1988/2/14 في الطعن 1640 لسنة 54ق .
[314]) نقض تجاري مصري، جلسة 2002/11/26 في الطعن رقم 86 لسنة 70ق ، مجلة التحكيم العربي ، العدد السابع ، يوليو2004 ، ص171 .
[315]) المغرب ، المجلس الأعلى ، الغرفة التجارية ، القسم الأول ، القرار رقم 362 ، ملف عدد 2006/2/3/697 جلسة 2008/3/26 ، مجلة التحكيم ، العدد الخامس 2010 ، ص487 .
[316]) عُمان ، الدعوى رقم 2 لسنة 1998 ، تحكيم ، جلسة 1998/10/19 ، مجلة التحكيم ، العدد الخامس ، 2010 ، ص322 .
[317]) يقابلها في القوانين العربية : (م49/أ قانون أردني ، م1/216 قانون إماراتي ، 2/34 قانون بحريني ، م 42 و 2/78/أ قانون تونسي ، م 1/41 قانون سوداني ، م 1/53 قانون مصري ، م 4/237 و 274 قانون عراقي ، م53 قانون عماني ، م207 قانون قطري ، م 3/186 قانون كويتي ، م 800 قانون لبناني ، م4/36/327 قانون مغربي .
[318]) إستئناف القاهرة ، الدائرة (7) التجارية ، جلسة 2011/1/4 في الدعوى رقم 10 لسنة 127ق .

الشرط الخامس: أن يكون الحكم مكتوباً.

الشرط السادس: أن يكون الحكم موقعاً من المحكمين.

الشرط السابع: تسبيب حكم التحكيم.

الشرط الثامن: أن يتضمن حكم التحكيم بيانات معينة ، وهذا الشرط يتمثل في البيانات الإلزامية التي إستوجبت المادة (2/42) من نظام التحكيم السعودي اشتمال الحكم عليها والتي نصت على أنه **(2- يجب أن يشتمل حكم التحكيم على تاريخ النطق به ومكان إصداره، وأسماء الخصوم، وعناوينهم، وأسماء المحكمين، وعناوينهم، وجنسياتهم، وصفاتهم، وملخص اتفاق التحكيم، وملخص لأقوال وطلبات طرفي التحكيم، ومرافعتهم، ومستنداتهم، وملخص تقرير الخبرة - إن وجد - ومنطوق الحكم، وتحديد أتعاب المحكمين، ونفقات التحكيم، وكيفية توزيعها بين الطرفين. دون إخلال بما قضت به المادة (الرابعة والعشرون) من هذا النظام)** ، وقد استقر القضاء السعودي على بطلان حكم التحكيم حال خلوه على أي بيان من البيانات الإلزامية الواردة في تلك المادة [319] ، وسار على نهجه القضاء اللبناني[320] .

- واتصالا بما سبق فإن القضاء الإماراتي أضاف إلى تلك البيانات تاريخ صدور حكم التحكيم وجعله من البيانات الإلزامية التي يتعين اشتمالها في حكم التحكيم وأن عدم اشتمال حكم التحكيم على تاريخ صدوره موجباً لبطلانه[321].

الحالة الثامنة: مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام والشريعة الإسلامية

وهذه الحالة أفرد لها المنظم فقرة منفصلة عن الحالات الواردة بنص المادة (50)[322] من نظام التحكيم بل وميزها بأن أجاز للمحكمة في تلك الحالة دوناً عن غيرها ومن تلقاء نفسها القضاء ببطلان الحكم التحكيمي حال جاء الحكم منطوياً على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام ونص في الفقرة الثانية على أن **(2 - تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام في المملكة، أو ما اتفق عليه طرفا التحكيم، أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها بموجب هذا النظام)** ، وقد وضع القضاء السعودي تعريفاً واضحاً ومجدداً لمفهوم مخالفة الشريعة الإسلامية ونصت على أن كل ما يخالف نص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة يعد مخالفاً للشريعة الإسلامية[323] ، وأما عن النظام العام فلم يضع المنظم السعودي تعريفاً واضحاً ومحدداً لمفهوم النظام العام الوارد بتلك المادة إلا أنه يمكن القول بأن النظام العام بالمملكة يتمثل في الشريعة الإسلامية وأحكامها ،وقد خالف القضاء السوداني[324] ولقد اختلف القضاء العربي في تعريف النظام العام فقد عرفه القضاء المصري أنه **(القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح**

---

[319]) (مدونة الأحكام القضائية لعام 1440هـ : قضية الإستئناف رقم (547) لعام 1440هـ الصادر من محكمة الإستئناف بمنطقة مكه المكرمة (جدة)

[320]) محكمة الإستئناف في بيروت ، لبنان ، الغرفة الثالثة ، قرار رقم (1015) لسنة 2008 ، تاريخ 2008/7/3 .

[321]) تمييز دبي ، الطعن رقم 2001/400 ، طعن حقوق ، جلسة 2002/2/16 وقد عللت محكمة التمييز ذلك أنه (إيراد تاريخ صدور الحكم تعتبر من الإعتبارات التي تستلزم بيان تاريخ صدور الحكم للتحقق مما اذا كان حكم المحكم قد صدر خلال الميعاد المقرر للتحكيم أم جاوزه وبما يمكن المحكمة من التحقق من صدور حكم المحكم في الميعاد المتفق عليه ، وبالتالي يترتب على عدم بيان تاريخ صدور حكم المحكم بطلانه ما لم تتمكن المحكمة من التحقق من عدم مجاوزته للميعاد المحدد للتحكم من باقي الأوراق المرفقة بحكم المحكم أو مما اشتمل عليه محضر جلسة التحكيم من بيان خاص بتاريخ صدور حكم المحكم .

[322]) يقابلها في القوانين العربية (م49/ب قانون أردني ، 2/34/ب قانون بحريني ، م4/42 قانون تونسي ، م1/41و3 قانون سوداني ، م2/52 قانون مصري ، م2/237 قانون عراقي ، م 2/53 قانون عماني ، م 1/207 قانون قطري ، م 2/36/327 قانون مغربي .

[323]) مدونة الأحكام القضائية لعام 1440 ، محكمة الإستئناف بالرياض ،الدائرة التجارية الثانية قرار رقم (4222) وتاريخ 1440/3/18هـ

[324]) المحكمة العليا ، السودان ، الدائرة المدعية ، مراجعة رقم 2005/208 ، جلسة 2005/12/20 ، مجلة التحكيم ، العدد الثالث 2009 ، ص399 وإستقر على أن (مخالفة القوانين الوضعية في حد ذاتها لا تعني مخالفة الشريعة الإسلامية ، فلا يصح القول بأن كل ما يخالف ما شرعه المشرع فيه بالضرورة مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ما يختاره المشرع من رأي أو مبدأ أو قاعدة مما إرتأه الفقهاء ليس هو وحده المطابق لأحكام الشريعة ، كما أن ما يتركه ليس هو بالمخالف)

الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة)[325] ، وقد عرفه القضاء التونسي بأن فكرة النظام العام هي الموجودة في النظرية العامة للقانون الدولي الخاص وأن المقصود به هو النظام العام الداخلي[326] ، وقد عرفه القضاء اللبناني أن (مخالفة النظام العام تعني الخروج عن القواعد الآمرة الناهية المرتبطة بمصالح المجتمع العليا)[327]

-وتجدر الإشارة إلى أن جزاء مخالفة النظام العام هو بطلان التصرف القانوني ، ويجب على الخصم الذي يتمسك بالبطلان لمخالفة الحكم للنظام العام أن يبين وجه المخالفة وأن يقيم الدليل عليها ولا تقضي المحكمة بالبطلان لهذا السبب من تلقاء نفسها إلا إذا وجدت فيما قدم إليها من أوراق الدعوى ما ينهض دليلاً على تحقق المخالفة [328]

الخاتمة والتوصيات:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وعلى آلة وصحبه ومن تبع هداه ، وبعد الانتهاء من البحث فإنه يتعين علينا إيراد بعض النتائج والتوصيات المستنبطة من تلك الدراسة وهي :

- مناشدة مشرعين القوانين العربية والمنظم السعودي بضرورة التوسع قدر الإمكان في سرد حالات بطلان حكم التحكيم في ضوء القضايا وأسباب الطعن على الحكم التحكيمي منذ صدور نظام التحكيم وحتى تاريخه وجمع تلك الأسباب وإضافة بعض من الأسباب السائغة الغير منصوص عليها في النص المتعلق ببطلان الحكم التحكيمي.

1. النص بجعل حالات البطلان غير واردة على سبيل الحصر تمكيناً للقضاة من إسباغ ولايتهم على تلك الأحكام التي تكون معيبة ومشوبة بمخالفة نظامية أو شرعية.
2. فك قيد القضاة في إنزال الحالات الواردة بنص حالات البطلان وتركها جوازيه بما يحقق المصلحة المنشودة ولصالح العدالة.

[325]) نقض مدني ، جلسة 1979/1/17 ، مجموعة أحكام النقض السنة 30-1- 276 رقم 60 .
[326]) محكمة الإستئناف ، تونس ، القضية رقم 16277 ، جلسة 2011/11/8 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الرابع عشر2012 ، ص188
[327]) محكمة الإستئناف المدنية ، بيروت ، لبنان ، الغرفة الأولى ، القرار رقم 1164 /2012 ، تاريخ 2012/7/4 ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد السادس عشر 2012 ، ص521 .
[328]) د. فتحي والي ، مرجع سابق ، بند 338 ، ص606 – 609 .

THE ROLE OF POLITICAL LEADERSHIP IN THE FIGHT AGAINST ADMINISTRATIVE CORRUPTION IN CONTEMPORARY GOOD GOVERNANCE AND THE ISLAMIC SYSTEM

دور القيادة السياسية في مكافحة الفساد الإداري في الحكم المعاصر الرشيد والنظام الإسلامي

DR.Nayel Musa Alomran (Corresponding author) College of Humanities and Social Sciences, Department of Legal Studies – Zayed University – UAE

Email: Nayel_shaker@yahoo.com

Dafer Bin Humood Al-Sheheri

Ph. D Student at Department of Management and Shari'ah of Malaya-

phd.analyst@gmail.com

Abstract:

This study explores the role of political leadership in combating administrative corruption from the perspective of modern good governance and the Islamic system. Exemplary political leadership is absent in many countries, while cronyism and personal gain characterise political systems. Politicians transgress, bend and interpret regulations, laws and policies for personal gain thereby disrupting the administrative process. This prevents the state from achieving its objectives and provides a fertile environment for the growth of corruption. This study sheds light on the important role of political leadership in combating administrative corruption, especially within the public and private sectors of the state. Much of the inability of nations to achieve their goals is due to corrupt leadership. This underscored the importance of the topic. The study adopts a comparative, descriptive and analytical approach in discussing this topic.

Keywords: Political Leadership; Good Governance; Administrative Corruption; Islamic System.

ملخص البحث:

تناولت هذه الدراسة دور القيادة السياسية في مكافحة الفساد الإداري من منظور الحكم الرشيد المعاصر و النظام الإسلامي، وتكمن مشكلة الدراسة في غياب القيادة السياسية القدوة في كثير من الدول، حيث المحسوبية والواسطة، وتغليب المنفعة الشخصية على النظام، سواء بتجاوز الأنظمة والتشريعات، أو تعطيلها، أو بتفسير اللوائح المطبقة لها بطريقة غير صحيحة تتوافق مع المصلحة الشخصية، والتي تؤدي إلى تعطيل العملية الإدارية وانحرافها عن مسارها الصحيح، والنتيجة المنطقية لذلك هو الحد من تحقيق الدولة لأهدافها، وتوفر بيئة خصبة لنمو الفساد بكافة أشكاله وصوره. و تحاول هذه الدراسة تسليط الضوء على أهمية دور القيادة السياسية في مكافحة الفساد بكافة صوره لاسيما الإداري داخل قطاعات الدولة العامة والخاصة، وذلك ليقين الباحثين بأن القيادة السياسية هي المحور التي ترتكز عليه الدولة بمختلف نشاطاتها العامة والخاصة على حد سواء، كما أن التخلف الذي وصلت إليه الأمة في شتى الميادين يعود إلى

غياب القيادة السياسية الواعية الحريصة على مصلحة شعبها ورفاهيته وتقدمه، والمدركة على أهمية مكافحة الفساد، والوقاية منه قبل إنتشاره. وقد اعتمد الباحثان في إعداد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن في مناقشة هذا الموضوع.

الكلمات المفتاحية: القيادة السياسية؛ الحكم الرشيد؛ الفساد الإداري؛ النظام الإسلامي.

Introduction:

Humanity continues to search for perfection. It has tried many different approached to achieve stability and safety in an atmosphere free of oppression and the manifestations of corruption. Since ethicality and avoiding corruption is the key to this, humanity continues to strive to achieve transparency and impartiality in their affairs. However, these remain largely ideals and have only received marginal implementation. Plato's Republic is an attempt to map a path to a virtuous administration and human experience to rescues man for the dilemmas of a corrupt and inefficient state. There have been apparent differences in the approaches to governance in many past civilisations. Greece had its political parties, Persia had its kings, India has its sages, the Muslim Arabs had their caliph, and the Africans had the Negus of Abyssinia who was well known for justice. Then, Islam came with new systems that combined hegemony and openness. It amalgamated the best civilisations had to offer into its system of governance that revolved around equality and consultation. Islamic governance maintained its hegemony for a long period until the collapse of the Islamic caliphate. It was succeeded by the Western civilization. Its values were born from the bitter developments of the ecclesiastical rule to the age of enlightenment and American values. The Western civilization has sought to export its values to the Third World countries in the form of exploration to colonialism to independence to globalisation. The final phase which this system of governance has reached is called good governance. This study is a response to the challenges facing the modern national state after the failure of many other experiments. Good governance seeks to reduce corruption in all fields. Doing so requires clarifying the role of political leadership in applying good governance to combat administrative corruption. Therefore, the importance of this study stems from the fact that it contributes to a deeper understanding of the role of political leadership in combating administrative corruption from the Islamic point of view and contemporary good governance. It focuses on the role of effective political leadership vis a vis the fight against administrative corruption. The aim is to highlight the importance of political leadership in combating corruption in all its forms, especially corruption administrative

within the public and private sectors. The study concludes by offering recommendations to combat corruption, such as promoting transparency, integrity, social justice and equality, and equal opportunities. To achieve this goal, the study is divided into the following sections:

1. Good governance from the perspective of Islam and contemporary governance.
2. Importance of good governance.
3. Political leadership and its role in the application of modern good governance to combat administrative corruption.
4. A comparison between the Islamic perspective and contemporary good governance in the fight against administrative corruption.

Good Governance from the Islamic and Contemporary Perspectives:

It is difficult to define good governance across cultures. A strategic approach to doing so is by comparing the Islamic perspective with the contemporary administrative perspective to discover shared meanings.

Good governance in the Islamic perspective

Muslim political scientists classify political behaviour into just and unjust conduct. Just conduct is intended to put things in their correct place such as the correct use of funds and the respect for rights and rules. Unjust behaviour is the complete opposite and reflects the indiscriminate abuse of responsibility. Ibn Farhoun comments, “Politics are two types; oppressive politics which is prohibited in Islam, and just politics which secures the rights from the oppressors and remedies many injustices. It combats oppression and strives towards achieving the purposes of Islamic law. It is necessary to refer to the Shariah as a standard for securing rights” (Ibn Farhoun, 1986).

The Muslim historians have divided the period of Islamic rule after the Prophet (PBUH) into two; the rightly guided Islamic caliphate which spanned the first 30 years and monarchy which succeeded it. Muslims regard the rightly guided Islamic caliphate as referring to the teachings of Islam and abiding by its rules and limits for the benefit of citizens. It connects the life Hereafter with this life. Muslims regard this system as righteous governance exemplified by the five acknowledged rightly guided caliphs. It is a period that invites the attention of researchers to explore its key concepts are their relevance to the concept of political leadership in Islam. It is a period that defines upright leadership and political

governance. The rightly guided rule according to the political specialist al-Mawardi consisted of two defining elements (Mawardi, 1989):

1. Preserving religion: that is to exercise what Allah Almighty commanded on individuals and groups according to their ability.
2. Worldly politics: achieve and expand public interests and prevent harms to the public.

Imam al-Juwayni, the Imam of the Two Holy Mosques, described the functions of the caliphate saying, “The Imamate is comprehensive rule and leadership of public and private affairs regarding duties of religion and the world. Its goals are to care for the interests of citizens, redress for the oppressed, propagate Islam, remove sedition, collect the rights from those who withhold them and ensure they reach the entitled beneficiaries” (Al-Juwaini, 1400 AH). Here, Imam al-Juwayni offers a descriptive definition of duties of an Islamic ruler that focuses on the duties of the caliph which he encompassed in seven elements. It underscores the importance of good governance in Islam and the thinking of Muslim scholars.

Good governance in the contemporary perspective

After the fall of the Caliphate and the Western colonisation of most Islamic and third world countries (developing countries), the modern national state formed in the wake of independence and has failed to achieve real development and create stability. This has led to the introduction of good governance.

The difficulties of the concept of good governance are due to:

1. Having originated in an environment different to the content in which it is to be applied. This term originated in the Western world, and Third World countries are being pressured into applying it after the colonialists plundered their natural resources.
2. The term has different dimensions, most notably the economic dimension.

One of the most important international institutions known for good governance is the World Bank, which defines it as, “the traditions and institutions through which power is exercised in countries for the common good. It also promotes participatory development, respect for human rights and democracy, law enforcement and fighting bribery in the administrative and military spheres” (al-Akhdar, et al. 2006). The United Nations Development Program (UNDP) has defined good governance as, “a pattern of well-

articulated community institutions, a strong network of control and accountability by institutions, and ultimately by people" (Musleh, 2013).

The importance of good governance

The importance of good governance is that it has become a phrase capturing the problems of the developed and third world. Because of good governance, the pressures on the developed world are reducing. The indicators of migration and unemployment are dropping in the third world which has seen decreasing social pressure by improving its economy and security. Given that the importance of something is measured by its outcomes, the importance of good governance manifests in several areas, including economic, political and social.

The importance of good governance at the political level

The importance of good governance at the political level is that it achieves political stability. It advocates effective political participation and the democratic model as an ideal mechanism to involve all citizens in political decision-making, while also protecting states from sliding into the ravages of violence and military rule. Good governance ensures optimal choice by giving people the freedom to elect those they deem worthy of leadership. All experiences suggest that political stability is a prelude to all other types of benefits and that there can be no development without political stability. The United Nations Declaration states that, "ensuring democracy requires good governance, which in turn depends on universal participation, transparency, accountability and the promotion of the rule of law" (Road map towards the implementation, 2001, p55).

The importance of good governance at the societal level

Human rights are one of the important pillars without which good governance cannot be imagined. The Human Rights Council in its 25th session of the United Nations stated, "The international community has identified, directly or indirectly, a number of declarations and documents of global conferences inter alia, the interdependence of good governance, human rights and sustainable development. In a resolution, the Human Rights Council, linking good governance and human rights, recognises that transparent, accountable, and participatory governance meets the needs and aspirations of the people, including women and members of weak and marginalised groups, is the basis for good governance. It

recognises that this is an indispensable condition for the realisation of human rights, including the right to development" (Report of the United Nations, 2013).

The importance of good governance at the economic level

Good governance is good for sustainable growth. Caroline Freund, Chief Economist for the Middle East and North Africa Department of the World Bank, said, "When governance is good, public investment is a source of attraction for private investment by providing resources. When energy, roads, logistics and corporate communications are mismanaged, public investment is likely spent on unproductive assets which benefits special interest groups" (World Bank website, 1-1-2015).

Political Leadership and its Role in the Application of Modern Good Governance to Combat Administrative Corruption:

A successful strategy that must be adopted by the political leadership to combat corruption combines between preventive measures and stern resolutions. It involves awareness of the dangers of administrative corruption. It entails strict application of the law, regardless of position and status. The World Bank has provided a vision for controlling and removing corruption that involves civil society, non-governmental organisations and the media in order to organise campaigns to create a culture of anti-corruption. This involves identifying the necessary controls and mechanisms to combat corruption.

Corruption is often the result of an imbalance in the administrative structure of the public sector, through which political leadership distributes tasks and responsibilities among officials at various levels for the management and service of the public interest. The political leadership must work to establish clear and accurate criteria through which to assess the organisational structure and determine the strengths and weaknesses of the administrative body. It must determine whether the phenomenon of corruption is caused by a defect in the administrative body itself, or in the performance of public officials.

Anti-corruption strategies vary according to the political and economic environment in which the phenomenon of corruption has emerged. Hence, the political leadership must adopt a strategy based on its political objectives in order to serve the public interest, and ensure the creation of a transparent and more effective administrative system in which the political leadership works to establish the confidence of the citizen and the public sector in the government.

The researchers believe that despite the different causes of corruption and the multiplicity of phenomena, it is possible to formulate a general strategy that is applicable to all situations. This involves the following:

1. Prevention:

Preventing corruption in the administrative process by activating administrative reforms and enacting legislation, laws and regulations that criminalise all forms of corruption. This approach includes the use of all preventive methods including ensuring the free flow of information. Among the approaches of preventive action are:

a. Appointment of competent and experienced people:

It is imperative that the criterion of appointment in the administrative post is competence, to be honest, good and strong. Since a public officer is one of the pillars of the state, the Almighty said: “O my (dear) father! engage him on wages: truly the best of men for thee to employ is the (man) who is strong and trusty” (Quran: 28: 26) and “(Yusuf) said: “Set me over the store-houses of the land: I will indeed guard them, as one that knows (their importance)” (Quran: 12: 55). The appointed person must also be experienced. The Prophet (PBUH) rejected Abu Dharr’s (may Allah be pleased with him) request to be he asked to be a minister. It has been narrated on the authority of Abu Dharr who said: I said to the Prophet (ﷺ): Messenger of Allah, will you not appoint me to a public office? He stroked my shoulder with his hand and said: Abu Dharr, thou art weak and authority is a trust. and on the Day of judgment it is a cause of humiliation and repentance except for one who fulfils its obligations and (properly) discharges the duties attendant thereon (http://web.worldbank.org).

b. Media:

The media must also have a significant influence in guiding people, building their minds and charting their future. Reformers must take advantage of this effective means of communicating their message. “Media professionals must also play an active role in enlightening citizens about the dangers of corruption through investigative reports, bulletins and talk shows between decision-makers and managers to identify the risks of corruption, detect default and monitor administrative imbalances” (Sahih Muslim, 2006, h. 1825).

Therefore, the political leadership should grant the media freedom of constructive criticism and enable them to access information. It should grant immunity to journalists to do their part in disseminating information and the work of investigations that reveal the issues of corruption and its perpetrators. “The role of media professionals and their institutions in a democratic society is to protect democracy building and to participate effectively in shaping the facts of citizens. It should monitor employees and officials in government bodies, and make them accountable to citizens based on the truth which is presented objectively and impartially” (al-Hakim, 1987).

c.Political Parties:

One of the conditions of good governance is the existence of political parties. These parties, whether they are ruling or in the opposition, must play their role in spreading awareness and a culture of reform. This can be achieved by, “Holding festivals and conferences, where the masses see the seriousness of administrative corruption, as well as field trips to know the life, health and education of the people” (Applied Research Institute, 2011).

2. The religious institution

Contemporary studies have proven the impact of effective religion in guiding the human being. Therefore, it is incumbent on the political leadership to mobilise the reformers and preachers to carry out their enlightenment role, which includes confronting corruption. The Holy Quran and Sunnah wage war on corruption. The religious institution should play its part by, “Utilizing the Friday sermons to direct messages and advice to staff in the need to carry out the trust entrusted to them, and remind them of what God prepared for those who do well, and the punishment that awaits those who fail to work in the best interest of the public. This can be achieved by emphasising the practice of virtue and the prevention of vice with patience, leniency and understanding” (al-Hakim, (1987). In a study on administrative corruption, 97% of the respondents believe that religion has the most important role in curbing the corrupts. It also has an important role in instilling virtuous values (Yassin, and Amara, 2003).

3. Non-governmental civil society organisations (unions)

Modern societies have become organised outside their traditional framework in the form of civil society. The functions of civil society are to play a supervisory role, especially trade

unions. In modern societies, these groups have a significant role to play in preventing and combating injustice in the administrative functioning of governments.

4. Parliament (Shura Council, National Assembly)

One of the most important achievements of the modern system is the development of parliaments in some countries or shura councils in others. The most important of these is the role of elected or appointed parliamentarians who monitor the work of government and departments and enact preventive procedural laws. The parliament has many powers which if used properly will reduce corruption and establish transparency. It encourages the political leadership to adopt effective anti-corruption laws to monitor the performance of public officials and ratify laws protecting the rights of marginalised, vulnerable and poor groups.

5. Exemplary political leadership

The political leadership should administrate the state through exemplary actions. It should embody all ideals and be a good example in all its actions, thereby making it an impenetrable obstacle to corruption.

6. Separation of powers

The political leadership should separate between the judicial and executive authorities. They should be convinced that the task entrusted to them is the implementation of judgments issued by the judiciary without interference. This will reflect the highest levels of integrity and transparency, which are the most important pillars of good governance in combating corruption.

7. Control of public opinion (popular control)

With the progress of the means of communication and the ease of information, there is no monopoly on anything in this open world. The people have the right to monitor the performance of the political leadership. Some scholars believe that, “the censure of the people is an investigation of its sovereignty, which is its source” (Halwani, 2002), because the democratic system “does not do anything in secret; it is exposed and transparent, and arbitrariness and good governance cannot meet” (Mansour,1971). “Individuals also have a significant role in exposing corruption by clarifying the means and the ways in which the individual can participate in the fight against corruption” (Asfour, 1975).

8. Activate the role of educational and cultural institutions

The political leadership must allow the adoption of intensive development programs to raise awareness of the dangers of corruption and ways to combat it. It should strengthen the role and institutions of public education, higher universities and educational centres and intellectuals in the fight against administrative corruption.

Accountability (procedural penalty)

Good governance introduces preventive solutions to prevent falling into the scourge of administrative corruption. It has also created deterrents or punitive solutions for violations that deserve severe punishment. Laws vary according to state, societal culture, and faith. However, most international organisations, governmental and non-governmental, which call for the application of good governance agree on a number of mechanisms through which to penalise and prosecute the violators for corrupt practices in any institution or administrative apparatus, as follows:

a. The adoption and strict application of laws and regulations against corruption make corruption risky for both individuals and groups. Legislation must be accompanied by its faithful application on all without discrimination (Najm, 2000). The researchers believe that the continuous development of these laws and regulations is critical to confront the phenomenon of corruption, which takes multiple forms depending on the degree of development and political, administrative and social changes. Political procedures, regulations, and administrative measures should reduce the emergence of corruption and its spread by inflicting deterrent punishments on the corrupt.

b. Punitive punishment is a major factor in the fight against corruption. Many international organisations, including Transparency International, have adopted codes of conduct and codes of ethics, which define “the behaviours and values to be observed by leaders, officials and employees alike and respect for them in the performance of the tasks assigned to them as well as the identification of the mechanisms of punishment” (Ibid. p. 247).

c. The supervisors responsible for the fight against corruption must be competent, honest, loyal and independent of political leadership.

d. The political leadership and those who hold public office, in addition to the employees should be held legally and administratively accountable for their corrupt actions.

e. It is important to activate the punitive role in the fight against corruption and provide independence to the judicial system for it to be strong and have integrity, and to cultivate transparency and accountability. This is achieved by applying, “the principle of balance in the separation of legislative, executive and judicial powers to achieve independence of the judiciary and its provisions” (The Arab Integrity System and Helmi, 2005, 2009). The political leadership should give powers to the judiciary to freeze and confiscate the movable and immovable property acquired by illegal means.

f. It is imperative that the political leadership submit periodic reports on the results of public service to determine the extent to which they are successful in their implementation. This applies to officials and employees until it is ascertained that their performance and functions are consistent with values of the administrative system and the law. This is the basis for their continued political leadership.

g. The political leadership must create legislation (laws and regulations) that include clear procedures to protect the civil servant and the citizen at the same time when reporting cases of corruption.

h. The political leadership should conduct an assessment of the laws and regulations in place to combat corruption and to strengthen and repair the weaknesses that may be exploited to commit corruption. The fight against corruption should be carried out by action rather than slogans. The corrupt should be treated with an iron hand to prevent them from maximising their personal interests at the expense of the common good.

i. The political leadership must commit to the public interest and declare all their movable and immovable property, their investments, their families, wives and children through data submitted annually.

j. The political leadership should monitor the work of judges involved in adjudicating cases of corruption, prosecuting spoilers, and punishing violators for their trust because it is not wise to treat all judges with a single degree of innocence and purity. They are people who are subjected to life pressures and problems.

Comparison between the Islamic System and Modern Good Governance to Combat Administrative Corruption

This study reached a number of points concerning the difference between the Islamic perspective and contemporary good governance which can be summarised as follows:

Points of agreement between the Islamic system and contemporary good governance

Firstly, the Islamic regime agrees with contemporary good governance to consider bribery as a great crime that destroys the capabilities of peoples and undermines the pillars of the security and stability of nations. Allah says: “O ye that believe! betray not the trust of Allah and the Messenger, nor misappropriate knowingly things entrusted to you” (Quran: 8: 27). Narrated Abu Hurairah (RA): “Allah’s Messenger (ﷺ) cursed the one who bribes and the one who takes bribes to influence the judgement” (Al-Nisaboori, 2002, V. 4, h. 7068,). All international legislation and administrative systems have criminalised the actions of the perpetrators of bribery. Bribery is a form of administrative corruption.

Secondly, the Islamic system is in line with contemporary good governance by emphasising the need for the political leadership to address the influential features that enable it to manage the government efficiently and effectively by realising Islamic values.

Thirdly, the Islamic system is in line with contemporary good governance in respect to protecting the public and private property because the preservation of public and private funds is one of the five necessities of Islamic law. The legislation and laws adopted by contemporary good governance criminalized those who infringe on money.

Fourthly, the Islamic system agrees with contemporary good governance that political leadership should associate its words with its actions and that it should not fight against corruption through empty political and religious slogans.

Fifthly, the Islamic system and contemporary good governance agree on the need to create a suitable environment for state employees by motivating them and instilling confidence in them, while urging them to adhere to the principles of transparency and integrity in the performance of their work.

Sixthly, the Islamic system agrees with contemporary good governance on the need to separate the judicial, legislative and executive authorities. This results in the independence and impartiality of the judicial system so that it is a strong, transparent and impartial organ,

with sufficient powers to freeze the movable and immovable property that the corrupt obtained illegally.

a. The Islamic system along with contemporary good governance conforms to its legal legislation and regulates the rights and duties of the employee.

b. The Islamic system agrees with contemporary good governance to activate the role of the society in its public and private institutions by activating the role of participation in the fight against corruption. It promotes cooperating with countries and international and regional organisations in programs and projects aimed at combating corruption. Allah says, “Help ye one another in righteousness and piety, but help ye not one another in sin and rancour: fear Allah: for Allah is strict in punishment” (Quran: 5: 2).

c. The Islamic system is in line with contemporary good governance by focusing on good governance in administrative, economic and social transactions, in order to optimise the use of state resources, in addition to facilitating citizens’ access to information and communication with the authority to enhance the role of public control.

Points of difference between the Islamic system and contemporary good governance

Islam is a unique system that suits every time and place, because it is God who has formed this religion and made it a precise system. The Almighty said: “This day have I perfected your religion for you, completed My favour upon you, and have chosen for you Islam as your religion”(Quran: 5: 3). The differences between the Islamic perspective and contemporary good governance can be summed up as follows:

The Islamic system enjoins the political leadership to preserve the five necessities, enact penalties and deterrent sanctions against the aggressor, and has proven effective in deterring corrupt perpetrators. Allah says, “But those who break the Covenant of Allah, after having plighted their word thereto, and cut asunder those things which Allah has commanded to be joined, and work mischief in the land; - on them is the curse; for them is the terrible home!” (Quran: 13: 25) While contemporary good governance has tried to find laws and regulations that limit corruption and contribute to accountability and transparency away from inculcating values and guidelines that are self-explanatory and progressive. It is far from achieving its organizational goals and objectives. It may clash with the reality of the political leadership that refuses to apply it. In addition to that, the Islamic system links corruption to crime and has set heavy penalties in this world and in the Hereafter to prevent it from happening. God Almighty said, “When he turns his back, His

aim everywhere is to spread mischief through the earth and destroy crops and cattle. But Allah loveth not mischief. When it is said to him, “Fear Allah”, He is led by arrogance to (more) crime. Enough for him is Hell;-An evil bed indeed (To lie on)!” (Quran: 2: 205-206) It is evident from the above that the Islamic perspective is based in its fight against corruption on the divine legislation. The Messenger of Allah (PBUH) and the Rightly Guided Caliphs followed such guidance. This model is applicable to all cultures and valid for all time and place. It orders the political leadership to prevent the spread of corruption and preserve societies from its dangers. While contemporary good governance in its fight against corruption is based on legislation. It varies according to the culture, time and place, and it does not mention the impact of corruption on morals, values and principles.

The Islamic system stresses the importance of political leadership and gave it the authority to carry out its responsibilities. However, the authority of the political leadership is linked to its religious and moral dimension. The Messenger (PBUH) and his successors achieved unrivalled success through the administrative measures they initiated. While contemporary good governance emphasises the importance of political leadership, but according to the laws, regulations and legislation of the situation. This renders modern political leadership incapable of combating administrative corruption in most cases, and its success is man-made, through the systems, legislation and laws that have been codified by human beings. It has resulted in the inability of organisations, whether governmental or civil, to combat administrative corruption.

Furthermore, the political leadership in the Islamic system is warned against falling into any form of corruption, and arranged the removal of its authority in the management of the affairs of the Islamic state should it be found to be corrupt because of its moral validity. While the political leadership in contemporary good governance enjoys immunity at the internal and external levels, and in most cases operate without accountability. Moreover, the Islamic system is concerned with the development of the religious, ethical, and moral dimensions of both the political leadership and the citizens by sensing divine control at all times. While contemporary good governance has focused on the promotion of ethics, duties and profession, without interest in principles and values. It also emphasises administrative control, self-censorship, and overlooked divine censorship.

On other hand, the Islamic system in its laws, regulations, and legislation in its fight against corruption is characterised by continuity, stability and clarity, and the validity of each

culture, time and place, which makes anti-corruption laws unchanged by political leadership. While laws, administrative systems, contemporary legislation and representative of contemporary good governance are not characterised by stability or permanence; they are changed by political and legislative leadership, which creates an environment conducive to the spread of administrative corruption. In addition, in the Islamic system, there are multiple solutions to the social and economic problems facing the nation that may cause some members of the society to commit various kinds of corruption. Therefore, it urges solidarity and promotes zakat and charity. While the treatment of contemporary good governance is limited to finding the laws and legislation that oblige the employee to perform his duties to the fullest extent to prevent corruption, regardless of the employee's potential and administrative, social and economic situation, which directly affect the employee's behaviour and may be a direct cause of corruption.

In its struggle against corruption, the Islamic system has focused on preventive measures as well as on punitive action. This causes the public to avoid corruption, regardless of the severity of the economic, political and social conditions. While contemporary good governance is focused on combating corruption by trying to reach preventive means in the long run. Repeated economic crises make it more complicated and frustrate efforts to combat corruption. These methods do not work unless there is an effective and direct role for the political leadership in providing solutions that eradicate this debilitating disease and curb its spread.

Conclusions and Recommendations:

The most important economic, political, social and administrative challenges for which good governance attempts to resolve arose after the failure of the modern national state to secure progress and stability. Good governance in the political leadership has been a key tool to combat administrative corruption prevention by creating awareness. The majority of political leaders firmly believe that they cannot continue to run the state as long as there is corruption in the various sectors of the state. It hinders it from achieving its goals of stability and prosperity for its people. Therefore, it must adopt a direct role based on accountability. In the case of leadership in the Islamic perspective, corrupt political leadership will lead to the emergence of a number of administrative, political, economic and social effects that threaten the existence of the state and its survival, in addition to the social fabric of their communities.

The study reached a number of conclusions, which supports that contemporary good governance borrowed from the Islamic perspective many of its principles for the management and development of the modern state. The study also stresses the need for political leadership to adopt a direct role in the fight against administrative corruption. It encourages them to become a role model, promote easy and open communication between them and members of society, and legislate and apply severe punishments of those proven to be corrupt. It must give a voice to the oppressed, and work to achieve economic balance to raise the living standard of all members of society. Also, there must be continuous evaluation of the performance of officials at all levels of confidentiality. Thus, the relationship of such a role of the political leadership in the fight against corruption is an inverse relationship, and we find that the role of the political leadership in good governance is decreasing.

REFERENCES:

Abeer, M. (2013), Integrity, Transparency and Accountability in the Face of Corruption, (2013) Ed. 3, Coalition for Integrity - Aman, Ramallah, Palestine, p. 43.

Aboud, N. (2000), Management Ethics in a Changing World, Arab Organization for Administrative Development, Cairo, p. 247.

Al-Akhdar, A. A. (2006), Good Governance and Institutional Privatization, Journal of Human Sciences, No. 27, p. 5.

Al-Hakim, S. (1987), Supervision on the Work of Management in Islamic Law and Systems, Ed. 2, Dar al-Fikr, Cairo, Egypt, p. 137.

Al-Hakim, S. (1987), Supervision on the Work of Management in Islamic Law and Systems, Ed. 2, Dar al-Fikr, Cairo, Egypt, p. 139.

Ali, M. (1971), Governance and Management Systems in Islamic Law, Ed. 2, Dar Al Fath Publishing and Distribution, Beirut, Lebanon, p. 126.

Al-Juwaini, A. A. (1400 AH). 3. The Relief of Nations in Opposing Injustice, Ed. 1, Dar al-Dawa. Alexandria Egypt, p. 15.

Al-Mawardi, A. (1989), the Sultan's judgments, investigation: Ahmed Mubarak al-Baghdadi, Ibn Qutaiba House, Kuwait, p. 3.

Al-Nisaboori, M. A. A. (2002), Al-Mustadriq on the Sahih, by Mustafa A. Atta, Ed. 2, Dar al-Ketub al-Sultiyya, Beirut, Lebanon, Vol. 4, Hadith 7068, (Hadith Hasan Saheeh), p. 115.

Applied Research Institute, ARIJ (2011). Training Program on Participatory Governance, Good Governance Unit, Jerusalem, Palestine, p. 50.

Ebtisam, H. (2002), How Do We Protect Our Staff Against Administrative Corruption? Research published in the Third Arab Conference and the Arab Organization for Development, Beirut, 28-31/10/2002.

Emad Y, & Mohamed A. (2003), The Supervisory Regime in Islamic Management and its Impact on the Call to God, Ed. 1, Dar Al-Yaqin, Mansoura, Egypt, p.

Ibn Farhoun, I. (1986), The Foresight of the Rulers in the Origins of the Quarters and the Methodology of the Judgments, 1, Al-Azhar College Library, Cairo, Egypt, Vol. 2, p.137

Magdy, H. (2009). A working paper presented to the Conference on Accountability and the Promotion of Good Governance in Yemen organized by Women Journalists Without Limits from 4-6 July.

Mohammed, A. (1975), The Problem of Employee Deviation or a Problem of Political Deviance, Al-Musawwar Magazine, Cairo, Egypt, Issue 2625, p. 25.

Muslim, B. H. (2006-1427) Sahih Muslim, Investigator: Na'im bin Muhammad al-Fariabi Abu Qutaiba, Hadith number (1825), Dar Taiba, p. 885.

Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (2013), United Nations, General Assembly. Human Rights Council, Twenty-Fifth Session, pp. 3-4.

The Arab Integrity System in the Face of Corruption (2005), Transparency International, Lebanese Center for Studies, Beirut, Lebanon, pp. 43-45.

World Bank website retrieved 1-1-2015.

Road map towards the implementation of the United Nations Millennium Declaration, (2001), United Nations, General Assembly, Fifty-Sixth Session, item 40, p. 55

http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTARABICHOME/NEWSARABIC/0,,contentMDK:23013590~pagePK:64257043~piPK:437376~theSitePK:1052299,00.html

المحاماة في القانون السعودي

إعداد
د. العنود بنت عويضة بن عواض الحربي
دكتوراه في الدراسات الإسلامية المعاصرة من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
alanoodharbii@gmail.com

مفهوم مهنة المحاماة

*يقصد بمهنة المحاماة: الترافع عن الغير أمام المحاكم وديوان المظالم، واللجان المشكلة بموجب الأنظمة والأوامر والقرارات لنظر القضايا الداخلة في اختصاصها ومزاولة الاستشارات الشرعية والنظامية.

* وقد ذكرت مهنة المحاماة في ثنايا آيات القرآن الكريم، ففي قوله تعالى على لسان موسى عليه السلام:(وأخي هارون هو أفصح مني لساناً فأرسله معي ردءاً يصدقني إني أخاف أن يكذبون). دلت هذه الآية الكريمة على حاجة الفرد إلى من هو أفصح منه لساناً وأقدر منه بياناً للحجة في سبيل الوصول إلى الحق.

وفي فتوى اللجنة الدائمة للإفتاء: "إذا كان في الاشتغال بالمحاماة والقضاء إحقاق للحق وإبطال للباطل شرعاً ورد الحقوق إلى أربابها ونصر للمظلوم فهو مشروع، لما في ذلك من التعاون على البر والتقوى .

*يسمى من ي ا زول هذه المحنة محامياً، ويحق لكل شخص أن يترافع عن نفسه. ويشترط فيمن يزاول مهنة المحاماة أن يكون اسمه مقيداً في جدول المحامين الممارسين.

لكي تصبح محامياً في ظل الأنظمة السعودية يتطلب ذلك ما يلي:

أولاً

الحصول على معدل يتناسب مع متطلبات تخصص الشريعة أو الأنظمة في الجامعات السعودية، وهي على النحو التالي:

- شهادة البكالوريوس في تخصص الشريعة، القانون، الأنظمة.
- شهادة الماجستير.
- شهادة الدكتوراه.
- شهادة دبلوم معتمد في القانون من معهد الإدارة.

ثانياً

الحصول على الخبرة إذا كانت الشهادة بكالوريوس أو ماجستير، وتكون من خلال الآتي:

١ مركز التدريب العدلي، وتكون مدتها كالآتي:

- أ) سنتين للحاصل على شهادة البكالوريوس.
- ب) سنة للحاصل على شهادة الماجستير أو دبلوم القانون من معهد الإدارة إذا كانت مدته المعتمدة سنتين.
- ت) ممارسة القضاء لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، تحتسب من تاريخ المباشرة الفعلية.

٢ الخبرة العملية من خلال:

- أ) التدريب لدى شركة محاماة ويشترط لذلك:
  * أن يكون التدريب لدى محامي قد أمضى مدة لا تقل عن خمس سنوات في مزاولة المهنة.
  * أن يتفرغ المتدرب لهذا العمل طيلة فترة التدريب بموجب عقد مكتوب بين المحامي والمتدرب.
  * أن يكون ترافع المتدرب في القضايا وتقديم الاستشارات وكالة عند المحامي.
- ب) القضاء داخل المملكة أو خارجها.
- ت) الإفتاء بصفة رسمية داخل المملكة الع ربية السعودية.
- ث) تدريس مواد الفقه أو أصوله أو الأنظمة في الجامعات أو المؤسسات التعليمية في المملكة.
- ج) الاستشارات في أجهزة الدولة ومؤسساتها وهيئاتها.
- ح) الادعاء العام أو التحقيق بوزارة الداخلية في المملكة العربية السعودية.

المراجع
١ - نظام المحاماة السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٨٣ في ١٤٢٢/٧/٢٨هـ(المادة الأولى)
٢ - المحاماة في الفقه الإسلامي. بندر بن عبد العزيز اليحيى. جامعة أم القرى، ١٢٨١ هـ.

مؤتمراتنا القادمة

مؤتمر مكة الرابع للغة العربية وآدابها : اللغة العربية والهوية
حضوري + افتراضي
فندق هيلتون مكة للمؤتمرات

خلال الفترة 3 – 5 جمادى الثانية 1444 هـ
المـــوافق 27 – 29 ديسمبر 2022 م

المؤتمر الدولي للعمارة والتصاميم في ظل التطور الهندسي والفنون الحديثة
حضوري + افتراضي
فندق هيلتون مكة للمؤتمرات

خلال الفترة 27–29 ربيع الثاني 1444هـ
الموافق 22–24 نوفمبر 2022م

المؤتمر الدولي الثالث للتعليم في الوطن العربي: مشكلات وحلول
حضوري + افتراضي
فندق راديسون بلو، السلام – جدة

خلال الفترة من 5 – 7 رجب 1444 هـ
الموافق 27 – 29 يناير 2023 م

المؤتمر الدولي الثالث للدراسات الإسلامية ودورها في خدمة الإنسانية
حضوري + افتراضي
فندق المدينة مريديان – المدينة المنورة

خلال الفترة 26–28 رجب 1444هـ
الموافق 17 – 19 فبراير 2023 م

المؤتمر الدولي للإدارة التربوية والتخطيط لتحقيق التميز المؤسسي في القطاعات التعليمية
حضوري + افتراضي - الرياض

خلال الفترة من 18–20 شعبان 1444 هـ
الموافق 10 – 12 مارس 2023 م

مؤتمر المناهج وطرق التدريس في ضوء الإتجاهات الحديثة
حضوري + افتراضي
فندق راديسون بلو، السلام – جدة

خلال الفترة 27–29 ذوالقعدة 1444هـ
الموافق 16–18/6/2023م

المؤتمر الدولي للجودة لتحقيق الأداء المؤسسي في القطاعات الحكومية والأهلية
zoom
فندق المدينة مريديان

خلال الفترة 19–21 ذوالحجة 1444هـ
الموافق 7–9/7/2023م

المؤتمر الأول لمستقبل الاعلام الرقمي في الوطن العربي
افتراضي
zoom

خلال الفترة 6–8 ذوالقعدة 1444هـ
الموافق 26–28/5/2023م

المؤتمر الدولي للمال وريادة الأعمال في ظل التطور الرقمي
افتراضي
zoom

خلال الفترة 19–21 ذوالحجة 1444هـ
الموافق 7–9/7/2023م

للتسجيل والإستفسار
www.kefeac.com
kefeac@gmail.com
@kefcar1
00966535744944

إدارة وتنظيم
مركز إثراء المعرفة للمؤتمرات والأبحاث والنشر العلمي

ترخيص
الهيئة العامة للمعارض والمؤتمرات

مجلات مركز إثراء المعرفة

يصدر عن مركز إثراء المعرفة للمؤتمرات والأبحاث والنشر العلمي العديد من المجلات العلمية المحكمة والمصنفة دولياً، التي تعمل وفق نظام (ISI) منها على سبيل المثال:

عنوان المجلة	رئيس التحرير	الترخيص	الرقم الدولي المعياري (ISSN)
المجلة الدولية للبحث والتطوير التربوي	أ.د. مرضي غرم الله الزهراني	111489	1658-9580
المجلة الدولية للغة العربية وآدابها	أ.د. ظافر بن غرمان العمري	111486	1658-9572
المجلة الدولية للشريعة والدراسات الاسلامية	د. عبد الله بن محمد آل الشيخ	111487	1658-9564
المجلة الدولية لتكنولوجيا التعليم والمعلومات	أ.د. عائشة بليهش العمري	111488	1658-9556
المجلة الدولية للفنون والتصاميم	أ.د. تبره جميل خصيفان	111485	1658-9544

www.journal.kefeac.com

www.kefeac.com