



كتاب أبحاث مؤتمر مكة الدولي الثاني للدراسات القانونية: الأنظمة والاتجاهات الحديثة

المملكة العربية السعودية - جدة - فندق راديسون بلو السلام جدة
خلال الفترة 29 ربيع الثاني - 1 جمادى الأولى 1446 هـ الموافق 1-3 نوفمبر 2024 م



جميع الآراء المطروحة في البحوث والدراسات المشاركة
في المؤتمر تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر عن اللجنة
المنظمة واللجنة العلمية للمؤتمر

إدارة وتنظيم
مركز إثراء المعرفة
للمؤتمرات والأبحاث والنشر العلمي



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَضِمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ * إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصِمَانِ بَغَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَأَحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ﴾ [الزمر: 21].

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 يسهم في تقدم ورفي المجتمعات.

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

وتطرق 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.

اللجنة المنظمة للمؤتمر

الفهرس

م	الاسم	عنوان البحث	رقم الصفحة
١.	د. خالد بن إبراهيم بن أحمد النعمي	دعوى التعويض عن الأعمال القضائية للنيابة العامة في المملكة العربية السعودية (دراسة تطبيقية تحليلية لحكم ديوان المظالم رقم ١٣٣١/٥/ق لعام ١٤٣٠هـ).	١٣-١
٢.	أ. سوسن نوار شاكر	تنازع القوانين في قضايا الحضانة بين الشريعة والتشريعات العربية المعاصرة.	٢٩-١٤
٣.	د. شايع بن عبد الله الشهراني	أثر رؤية المملكة ٢٠٣٠ في تطوير البنية التشريعية: مشروع نظام حماية المستهلك أنموذجاً.	٣٧-٣٠
٤.	أ. ريناد عيد غصاب العنزي ^(١) أ. شمس عيد غصاب العنزي ^(٢)	مجالات تطبيق المراقبة الإلكترونية في ضوء النظام السعودي.	٥٨-٣٨
٥.	د. تهاني بنت مطلق بن عبد الله الشايعي	بيان مفهوم الذمة وأحكام تتعلق بها.	٧٦-٥٩
٦.	أ. أنير صالح عطية الزهراني	الاحتيال المالي الإلكتروني: جريمة في عصر الرقمنة والتكنولوجيا.	٩٣-٧٧
٧.	د. ثناء الشعراوي ^(١) د. منال بنت طارق القصبى ^(٢)	ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والأنظمة القانونية القديمة (دراسة مقارنة).	١٠٤-٩٤
٨.	أ. خنساء محيسن محمد	الأوصاف القانونية لجريمة التحرش الجنسي عبر شبكة الإنترنت.	١١٦-١٠٥
٩.	د. جمال عبد الكريم العساف	تفسير إجراءات التقاضي وتفسير البيروقراطية (دراسة تحليلية في ضوء أحكام مرسوم بقانون اتحادي رقم (٤٢) لسنة ٢٠٢٢ بإصدار قانون الإجراءات المدنية).	١٣٦-١١٧
١٠.	د. مصطفى بن مطلق الوافي المحمدي	التحكيم التجاري الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية.	١٥٦-١٣٧
١١.	د. مزنة بنت عبد العزيز بن علي اللحيدان	الفطرة ودورها في تعزيز القيم الخلقية: دراسة تحليلية.	١٦٩-١٥٧
١٢.	د. يوسف بن عبد العزيز العقل	اجتماع القرض مع الشركة بين الشركات والمصارف دراسة فقهية مقارنة.	١٩٤-١٧٠
١٣.	أ.مريم مسعد المطيري	Admissibility and Exclusion of Confessional Evidence in Saudi Arabia: A Sharia Law Perspective.	٢٠٢-١٩٥
الملصقات العلمية			
١٤.	أ. إبراهيم محمد محمد عياش	القضاء المستعجل في القانون اليمني.	٢٠٣
١٥.	د. أنفال محمد العبد الهادي	الرضاع بين الفقه الإسلامي والتقنيات الحديثة في دولة الكويت.	٢٠٤
١٦.	د. عواطف م حمد العبد الهادي	طرق تدريس مهارات الاجتهاد الأصولي من خلال دلالات الالفاظ على الاحكام.	٢٠٥
١٧.	أ. دلال سعيد القحطاني	الاثبات في القانون السعودي.	٢٠٦
١٨.	د. عهود علي عبد الخالق الزهراني	Addressing Destructive Ideologies in International Law and Saudi Arabia's Contribution to Combatting Them and Promoting Global Peace.	٢٠٧
١٩.	د. ضحى عميد العوفي الحربي	تطور حقوق المرأة السياسية في عهد الملك سلمان وعلاقته بأهداف التنمية المستدامة ٢٠٣٠	٢٠٨

دعوى التعويض عن الأعمال القضائية للنياابة العامة في المملكة العربية السعودية
(دراسة تطبيقية تحليلية لحكم ديوان المظالم رقم ١٣٣١/٥/ق لعام ١٤٣٠ هـ)

Compensation Claims for Judicial Procedures of the Public Prosecution in
Saudi Arabia (An analytical applied study of the judgment of the Board of
Grievances No. 1331/5/Q for the year 1430 AH)

د. خالد بن إبراهيم بن أحمد النعمي

الأستاذ المساعد بقسم الشريعة بكلية الشريعة والقانون بجامعة جازان – المملكة العربية السعودية

Email: kalnaeemi@jazanu.edu.sa

المستخلص:

فإن من المعلوم أن دعوى التعويض عن قرارات وأعمال جهات الإدارة هي من اختصاص ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية ، ولما كانت النيابة العامة مع صدور نظامها الجديد أصبحت جهازاً قضائياً ومن قبل كانت أعمالها وإجراءاتها فيما يتعلق بسلطة التحقيق الجنائي قد أسبغ عليها الصفة القضائية ، فبالتالي تنحسر ولاية القضاء الإداري (ديوان المظالم) عن الدعوى المتعلقة بتلك الإجراءات الخاصة بسلطة التحقيق الجنائي وتخرج عنها رقابتها ؛ جاء هذا البحث ليقوم بعرض ودراسة حكم قضائي لدى ديوان المظالم جاء منطوق الحكم فيه بالتعويض عن الضرر المعنوي والمادي الذي أصاب أصحاب الدعوى جراء الإخلال بالأنظمة واللوائح في إحدى القضايا من قبل النيابة العامة مع كونها في الأصل كما أسلفت جهازاً قضائياً وأعمالها وإجراءاتها لها الصفة القضائية. وقد سلكت في عرض ودراسة الحكم القضائي محل البحث الطريقة الأكاديمية وضمنته الموضوعات والمباحث المهمة ذات الصلة حتى يكون التصور واضحاً لمقاصد هذا البحث ونتائجه .

الكلمات المفتاحية: دعوى التعويض، النيابة العامة، الأعمال القضائية، ديوان المظالم .

Abstract:

As known that claims for compensation for actions of administrative agencies are within the jurisdiction of the Board of Grievances in Saudi Arabia. Since the Public Prosecution has become a judicial body, and before that its procedures regarding the criminal investigation authority were given judicial character, the jurisdiction of the administrative judiciary is receded to lawsuits related to those procedures and its oversight is removed from it. Therefore, the research came to study a judgment by the Board of Grievances, and the text of that judgement which gave compensate for damages that befell the plaintiffs because of the breach of the rules in one of the cases by the Public Prosecution. In presenting the judgment under study, I followed the academic method and included important related topics.

Keywords: Compensation claims, Public Prosecution, Judicial procedures, Board of Grievances.



مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فإن دعاوى التعويض عن أعمال جهة الإدارة أو الأجهزة الحكومية في المملكة العربية السعودية تقع ضمن دائرة اختصاص المحاكم الإدارية التي نص عليها نظام ديوان المظالم الصادر عام ١٤٢٨ هـ^(١)، ولما كانت هذه الدراسة التطبيقية التحليلية تقصد إلى بيان هذا الاختصاص وما يتصل به من خلال دراسة الحكم القضائي لديوان المظالم رقم ١٣٣١/٥/ق لعام ١٤٣٠ هـ^(٢) وذلك بالنظر في حيثيات الحكم ووقائعه وأسبابه ومنطوقه ودراسته نظرياً وتطبيقياً؛ كان من المنبغي تناول المقصود بها (أعني دعاوى التعويض ومفهومها وما يتصل بموضوع البحث)، ثم التعرض بعد ذلك لتلك الأعمال القضائية للنيابة العامة وما تتحسر عنه ولاية القضاء الإداري من أعمالها من خلال بيان اختصاصات سلطة التحقيق الجنائي (النيابة العامة)، وكذا ما يخرج عن صفته قضائياً إلى كونه عملاً مادياً إدارياً بحثاً تنتقي عنه الصفة القضائية أو النظامية، مع توضيح الفرق بين اختصاصات النيابة العامة وهيئة الرقابة ومكافحة الفساد، ثم استخلاص النتائج في بيان المقاصد والتوصيات المرجوة من هذه الدراسة .

مشكلة البحث وتساؤلاته:

تسعى الدول عموماً من خلال سلطاتها وما أنيطت به من مسؤوليات لتحقيق العدالة القضائية بالتوفيق بين مصلحة المجتمع من جهة ومصلحة الأفراد من جهة أخرى، وذلك من خلال تطبيق الأنظمة والقوانين التي تحفظ حقوق وواجبات الدولة وتضفي بسببها الأمن والاستقرار في المجتمع وكذا تكفل حقوق الأفراد وما يمس حرياتهم في تصرفاتهم في إطار المشروعية.

وبالنظر والتأمل في الأحكام القضائية الصادرة عن ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية فيما يتعلق بالتعويض عن أعمال وقرارات جهات الإدارة التي حصل منها الخطأ أو التعدي على حقوق الأفراد، وخاصة ما أسبغ عليه النظام الصفة القضائية ومنها: الأعمال والإجراءات التي تقوم بها النيابة العامة حيال القضايا التي ترد إليها، هنا جاء سؤال هذا البحث ومشكلته وهو: هل يمكن إصدار حكم قضائي بالتعويض عن الأعمال القضائية للنيابة العامة؟

ومن هذا السؤال تفرعت أسئلة أخرى وهي كالآتي:

١. ما هو مفهوم دعاوى التعويض لدى ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية؟ وما شروط استحقاقه؟
 ٢. هل يمكن الحكم بالتعويض عن الأعمال القضائية للسلطات القضائية ومنها النيابة العامة؟
 ٣. ما مدى مجال اختصاص ديوان المظالم بالنظر في دعاوى التعويض، وهل هناك ما يخرج عن ولايته القضائية؟
 ٤. ما هي اختصاصات النيابة العامة التي جعل لها المنظم الصفة القضائية، وهل يمكن أن تتجرد عن تلك الصفة؟
 ٥. كيف يتم تقدير التعويض تجاه أعمال وقرارات جهة الإدارة من قبل المحكمة الإدارية (ديوان المظالم)؟
- أهمية البحث وأسباب اختياره:**
- تتمثل أهمية البحث وأسباب اختياره في النقاط الآتية:

(١) نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٧٨ بتاريخ ١٩ / ٩ / ١٤٢٨ هـ.

(٢) مجموعة الأحكام والمبادئ الجزائية لعام ١٤٣٦، ج ٢ / ١٠٢٤، ديوان المظالم، الرياض ١٤٣٨ هـ، تنبيه: وهو أن ابتداء جلسات القضية كان في عام ١٤٣٠ هـ، وأما انقضاء الجلسات بعد نظرها من الاستئناف كان في عام ١٤٣٦ هـ.



أولاً: حاجة أصحاب الدعاوى الذين وقع عليهم الضرر المادي أو المعنوي لمعرفة حقوقهم وما يمكنهم المطالبة بالتعويض به من دونه ضد الأفراد أو الجهات الإدارية أو حتى الجهات التي قد يسبغ النظام على بعض أعمالها الصفة القضائية.

ثانياً: بيان اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في دعاوى التعويض التي يقدمها ذو الشأن ضد أعمال جهة الإدارة.

ثالثاً: تمييز الأعمال القضائية عن غيرها لدى الجهات المختصة.

رابعاً: مراعاة مبدأ فصل السلطات بين الجهات التنفيذية والجهات التي لها صفة قضائية في أعمالها.

خامساً: التأكيد على أهمية دراسة الأحكام القضائية واستنباط القواعد والأحكام والمبادئ القضائية وكذا المساهمة في نشرها.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والنظر في الأبحاث والرسائل العلمية وكذا قواعد البيانات المتعلقة بها ، لم أجد أية أبحاث متصلة بذات الموضوع ، وأيضاً قد جرت عادة الباحثين في كتابة أبحاثهم ورسائلهم في الاستفادة من بعض الأحكام القضائية كتطبيقات قضائية تكون مذيلة أو ملحقة في نهاية البحث أو موضوعاته لتقرير ما تم بحثه وجمعه من قواعد وأحكام شرعية أو قانونية متعلقة بالحكم القضائي، ولذا قد تكون الجودة في هذا البحث هو عرض ذات الحكم القضائي مع ربط الموضوعات به بطريقة علمية أكاديمية ليتم الاستفادة منه في تحقيق المقصود من هذا البحث.

منهجية البحث:

أولاً: المنهج المتبع في هذا البحث هو المنهج التطبيقي التحليلي للحكم القضائي من خلال تحرير محل النزاع انطلاقاً من وقائع الحكم وأسبابه ومنطوقه، مع مناقشة تلك الوقائع والأسباب وكذا منطوق الحكم من الناحية النظرية العلمية وكذا بيان الموضوعات المتصلة وفق الطريقة الأكاديمية المتبعة.

ثانياً: طريقة كتابة البحث والتوثيق فيه:

١. أوثق النصوص والآراء والنقول من مصادرها المعتبرة.

٢. أعزو المواد النظامية إلى مصادرها مع ذكر النظام وتفصيله في أول مرة.

خطة البحث:

تتنظم خطة الدراسة والبحث في مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة كالتالي:

المقدمة: وذكرت فيها أهمية الموضوع وأسباب اختياره ومنهج البحث وخطة.

التمهيد: وفيه توضيح لأهم مصطلحات البحث وكذا عرض الحكم القضائي إجمالاً.

المبحث الأول: دعاوى التعويض واختصاص المحاكم الإدارية بها مع بيان شروط استحقاقه وما يخرج عن ولايتها القضائية.

المبحث الثاني: سلطة التحقيق الجنائي واختصاصاتها والفرق بينها وبين هيئة الرقابة ومكافحة الفساد.

المبحث الثالث: الدراسة التطبيقية التحليلية للحكم القضائي من خلال الوقائع والأسباب ومنطوق الحكم.

خاتمة: وتتضمن أبرز النتائج والتوصيات.



تمهيد:

بالنظر في الحكم القضائي (محل الدراسة) ذو الرقم ١٣٣١/٥/ق لعام ١٤٣٠ هـ الصادر عن المحكمة الإدارية التابعة لديوان المظالم، وتمهيداً لما يكون من دراسة تطبيقية تحليلية في المباحث القادمة – إن شاء الله - سأعرض في هذا التمهيد أولاً لبيان أهم مصطلحات البحث، ومن ثم عرض مجمل لتفاصيل الحكم القضائي من خلال ذكر أطراف النزاع والوقائع والادعاءات وأسباب الحكم ومنطوقه.

أولاً: أهم مصطلحات البحث:

كما هو ظاهر في عنوان البحث فإن من أهم المصطلحات الواردة فيه هو: (التعويض) وهو البارز منها ويمكن بيانه كالآتي:

التعويض لغة واصطلاحاً:

التعويض لغة: من العوض وهو البذل أو الخلف (٣).

وأما في الاصطلاح:

فلم يكن هذا الاستعمال شائعاً لدى فقهاء الشريعة المتقدمين وإنما كان مصطلح الضمان هو الذي يشتمل على معنى التعويض؛ حيث أن مصطلح الضمان عند المتقدمين إما أن يأتي بمعنى الكفالة (٤) أو معنى التعويض، ولذا فقد عرف الفقهاء المتقدمون الضمان الذي هو في معنى التعويض بأنه واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة (٥).

وقد جاء نظام المعاملات المدنية (٦) في مادته السادسة والثلاثون بعد المئة ببيان مفهوم التعويض عن الضرر بأنه بما يجبر الضرر كاملاً؛ وذلك بإعادة المتضرر إلى الوضع الذي كان فيه أو كان من الممكن أن يكون فيه لولا وقوع الضرر.

كذلك عند إضافة التعويض للقضاء فيمكن أن يقال: بأنه تعويض يقدره القاضي ويحكم به للفصل في الدعوى التي يقيمها المتضرر في مقابل الضرر.

ثانياً: عرض الحكم القضائي إجمالاً:

أ. أطراف النزاع:

وهم المدعون (المتهمون في القضية) باسم إساءة المعاملة باسم الوظيفة، وأما المدعى عليها فهي: سلطة التحقيق الجنائي: النيابة العامة (هيئة التحقيق والادعاء العام سابقاً)

ب. الوقائع:

تتحصل وقائع هذه القضية بقيام المدعى عليها (النيابة العامة) بإيقاف المدّعين (هم اثنان من رجال هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ورجل أمن) وفق دعوهم لمدة خمس وأربعين يوماً دون وجه نظامي؛ حيث كانوا يؤدون وظيفتهم في الميدان، وتم مطاردة إحدى السيارات المشتبه بمن فيها، ونتيجة لسرعة صاحب السيارة أدى ذلك لحصول حادث له فتوفي هو ومن معه.

وبإحالة القضية إلى المحكمة المختصة لم يثبت لديها إدانتهم بما نسب إليهم من تهمة إساءة استعمال السلطة، مما يعني أن ما لحق الأنفس كان بسبب جنائية صاحب السيارة على نفسه ومن معه.

(٣) إبراهيم مصطفى وآخرون، " المعجم الوسيط"، (ط٢، مجمع اللغة العربية: القاهرة، ١٣٩٢ هـ) ٢: ٦٣٧.

(٤) ينظر: محمد بن عبدالله ابن قدامة، "المغني"، تحقيق: د. عبدالله التركي و د. عبدالفتاح الحلو، (ط٣، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤١٧ هـ) ٧: ٧١.

(٥) ينظر: علاء الدين أبو بكر الكاساني "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" (ط٢، دار الكتب العلمية ١٤٠٦ هـ)

٧: ١٦٨، أحمد بن محمد الحموي "غمر عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر"، (دار الكتب العلمية ١٤٠٥ هـ) ٤: ٧.

(٦) نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩ / ١١ / ١٤٤٤ هـ.



وعليه فقد انحصرت مطالبة المدّعين بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت بهم جراء ذلك الإيقاف، بناءً على انعقاد الاختصاص بالنظر في قضايا التعويض ضد أعمال الإدارة لدى المحاكم الإدارية وفق ما نصت عليه المادة ١٣/ج من نظام ديوان المظالم الصادر عام ١٤٢٨هـ، علمًا بأن السلطة المختصة بالتحقيق في قضايا إساءة المعاملة باسم الوظيفة أو إساءة استعمال السلطة هي هيئة الرقابة ومكافحة الفساد (هيئة الرقابة والتحقيق سابقًا) وفق ما جاء في تعميم وزير الداخلية وفق الأمر السامي رقم (٦٣٦٨) وتاريخ ٧ / ٥ / ١٤٢٦هـ بشأن تنظيم كيفية التعامل مع جرائم إساءة المعاملة باسم الوظيفة. وقد تم تنبيه المدعى عليها (النيابة العامة) بمخالفتها للنظام ولكنها لم تحل القضية إلى هيئة الرقابة ومكافحة الفساد إلا بعد مضي خمس وأربعين يومًا، وهي المدة التي تمسك بها أصحاب الدعوى للمطالبة بتعويضهم، وقد أجابت المدعى عليها عن دعوى المدعين ومطالبتهم وأن ما تم من إجراءات كان وفق التعاميم والأنظمة؛ وأن قصد أصحاب الدعوى هو غل يدها عن ممارسة سلطاتها العدلية، حيث تم إحالة المدعين إلى الجهة المختصة وهي هيئة الرقابة ومكافحة الفساد بعد الإجراء النظامي.

ج. الأسباب:

بعد دراسة القضية من قبل أعضاء الدائرة واستعراض كافة الأنظمة والأوامر والتعليمات فقد ثبت لها أن الأعمال التي قامت به المدعى عليها (النيابة العامة) تجاه المدعين من إيقاف وتحقيق واستجواب قد تجردت عن كافة الأنظمة التي تسند لها وتضفي عليها الصفة القضائية، وأصبحت بذلك قد مارست أعمال مادية بحتة لا سند لها في النظام ، الأمر الذي يعيد تلك الأعمال إلى حظيرة الرقابة القضائية ، وتكون معه دعوى المدعين ومطالبتهم بالتعويض من اختصاص المحكمة الإدارية ولائيًا وفق المادة ١٣/ج من نظام ديوان المظالم ومن اختصاص الدائرة مكانيًا ونوعيًا ، كما أن الدائرة تنتهي إلى قبول الدعوى من الناحية الشكلية لاستيفائها للأوضاع النظامية المقررة بالمادة الثامنة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم^(٧).

وحيث ثبت للدائرة أن قضية المدعين التي تم إيقافهم بموجبها لمدة خمس وأربعين يومًا قد انطبقت عليها الأوصاف التي توجب الرقابة والتعويض عنها، وذلك من حيث أن المدعى عليها قد أخطأت في تكيف الوقائع وتطبيق الأنظمة؛ ووجه ذلك أن الأمر الواجب التطبيق هو الأمر السامي المشار إليه آنفًا الذي نظم بشكل واضح وصريح كيفية التعامل مع جرائم إساءة استعمال السلطة التي لها مسرح جريمة؛ حيث نص وأكد أن يتم ضبط تلك الحادثة وفقًا لإجراءات الضبط المنصوص عليها في نظام الإجراءات الجزائية وأن يتم إحالتها لهيئة الرقابة ومكافحة الفساد بعد ضبطها، وذلك حسب اختصاصها بالتحقيق والادعاء في جريمة استعمال السلطة، وأن يتم وقف النظر في دعوى الحق الخاص حتى تثبت الإدانة في دعوى الحق العام ، وإذا تبين لهيئة الرقابة ومكافحة الفساد أن جريمة إساءة استعمال السلطة تنطوي على جريمة جنائية بحتة تستر فاعلها بغطاء ممارسة الواجب الوظيفي فينحصر حينئذ اختصاص التحقيق في تلك الجريمة الجنائية للنيابة العامة ، وعلى هيئة الرقابة ومكافحة الفساد إحالة القضية إليها .

وبناءً عليه فإن الواجب المفترض على المدعى إليها إحالة القضية بعد ضبطها وفقًا لإجراءات نظام الإجراءات الجزائية إلى هيئة الرقابة ومكافحة الفساد بشكل متتابع بحسب الاختصاص لحماية الحريات وعدم دخولها بشكل يؤثر على حرية الأفراد باتخاذ إجراءات الإيقاف والاستجواب وسماع للشهود وغير ذلك، وهذا ما حصل من المدعى عليها حيث يؤكد ذلك خطأها من هذه الناحية.

(٧) نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) بتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥هـ.



ومن ناحية أخرى فقد صدر عن المحكمة المختصة عدم إدانة المدعين بما نسب إليهم من تهم باسم إساءة استعمال السلطة وبذلك تنتفي أيضا دعوى الحق الخاص تجاههم؛ لأن ما لحق الانفس في ذلك الحادث كان نتيجة سرعة سائق السيارة. الأمر الذي تنتهي معه الدائرة عن وجوب تعويض المدعين عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة إيقافهم بما يخالف النظام كما استقر عليه قضاء الديوان في هذا الشأن.

وحيث أن الدائرة باعتبارها قاضي الموضوع والأقرب إلى وضع تقدير التعويض الذي ينشده المدعون بما يحقق العدالة، ولما ثبت للدائرة من إيقاف المدعين (أعضاء هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) خمسة وأربعين يوماً، كما تم إيقاف المدعي (رجل الأمن) خمسة وعشرين يوماً ثم أحيل إلى مرجعه.

كما نظرت الدائرة في ظروف المدعين وما يتقاضونه من دخول شهرية بحسب وظائفهم ومراتبهم ولكونهم من رجال السلطة العامة وأنهم كانوا يؤدون عملهم وفق حدود ممارستهم للواجب الوظيفي، مع أخذها أيضا بعين الاعتبار ما تعرض له المدعون من إساءة معاملة وحبس انفرادي وأضرار مادية ومعنوية؛ وعليه فقد قدرت تعويضهم بمبلغ ثلاثة آلاف ريال عن كل يوم قضوه في السجن مدة إيقافهم.

(د) منطوق الحكم:

حكمت الدائرة أولاً: بإلزام فرع النيابة العامة بدفع مبلغ وقدره مئة وخمس وثلاثون ألف ريال لكل واحد من أعضاء هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ثانياً: إلزام فرع النيابة العامة بدفع مبلغ خمسة وسبعون ألف ريال لرجل الأمن. وقد تم تأييد الحكم من محكمة الاستئناف.

وبعد هذا التمهيد الذي عرضت فيه أهم مصطلحات البحث وكذا ملخص القضية وأطرافها وتسبب الحكم فيها وما يطالب به وهو التعويض المادي، انتقل لأبين في المبحث التالي دعاوى التعويض واختصاص المحاكم الإدارية بها.

المبحث الأول: دعاوى التعويض واختصاص المحاكم الإدارية بها مع بيان شروط استحقاقه، وما يخرج عن ولايتها القضائية

يقضي مبدأ المشروعية أن تأتي تصرفات وأعمال الإدارة وفق القانون، والنشاط الإداري بتنوعه وتطوره بحاجة إلى إيجاد وسيلة لمراقبته والتأكد من توافقه مع الأنظمة واللوائح، وقد اتفقت معظم النظم القانونية على إسناد هذه الرقابة للقضاء الذي أدى دوراً فاعلاً في إضفاء رقابة المشروعية على أعمال السلطة الإدارية بما يحقق التوازن بين الصالح العام وحماية حقوق وحريات أفراد المجتمع.

ولما كانت الجهات الإدارية قد تتخذ قراراتها وتقوم بأعمالها المادية وغير المادية وفق سلطتها التي خولها لها النظام، إلا أنه وبطبيعة الحال قد يحصل منها الخطأ أو استعمال السلطة في غير محلها مما يؤدي لإيقاع الضرر بالغير وبالتالي يستوجب إصلاح الخطأ وكذا التعويض للمتضرر بقدر ما أصابه من ضرر حيال ذلك العمل أو الإجراء الإداري، وعليه فقد جاءت دعاوى التعويض لجبر الأضرار التي تلحق بالأفراد ضد جهة الإدارة.

ويعد ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية صاحب الولاية والاختصاص بنظر دعاوى وطلبات التعويض عن الأضرار التي تسببها الإدارة للأفراد، سواء كان مرجع ذلك القرار أو العقد الإداري أم وقائع مادية -وهو ما جاء ظاهراً في القضية التي تم عرضها في هذا البحث- وذلك طبقاً للفقرة (ج) من المادة الثالثة عشرة من نظام ديوان المظالم الصادر عام ١٤٢٨ هـ الذي حدد اختصاص المحاكم الإدارية وجاء فيها (دعاوى التعويض التي قدمها ذوو الشأن عن قرارات وأعمال جهة الإدارة)^(٨).

(٨) نظام ديوان المظالم، مرجع سابق (المادة ١٣/ج).



والأصل العام في التعويض عن الضرر الناجم عن نشاط الإدارة أن يكون مادياً مقدراً وفق الوقائع وبما يتناسب مع خطأ الإدارة وحال المتضرر؛ ذلك أن القضاء الإداري - تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات - لا يمكنه إلزام الإدارة بإجراء عمل معين في ما يخص طلبات التعويض^(٩)، وهذا يعني أن القاضي يملك الحكم بإلزام الإدارة المتسببة في الضرر، بدفع مبلغ معين من المال إلى المتضرر.

ومن حيث الأصل يلاحظ أن الأحكام القضائية الصادرة في قضايا التعويض تكون جبراً مقابل الضرر الذي أصاب المتضرر مع أن المنبغي أن يشتمل التعويض النقدي في حالة الحكم به على جميع النفقات التي أنفقها المتضرر لمواجهة ما أصابه من ضرر؛ أيّاً كان نوع هذا الضرر، وكذا مصاريف الدعوى التي أقامها المتضرر على الإدارة، بما فيها أتعاب المحاماة ولا أغفل أيضاً جانب الضرر المعنوي الذي تم إقراره مؤخراً في نظام المعاملات المدنية^(١٠).

وتضيف بعض الأنظمة الوضعية إلى ذلك، الفوائد المستحقة على المبلغ المحكوم به، إذا تأخرت الإدارة في دفع التعويض المستحق للمتضرر^(١١). وهذا بخلاف ما جاء به نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم^(١٢) الذي صدر مؤخراً ودخل حيز التنفيذ؛ حيث أن ظاهر نصوص النظام لا تقضي بفرض غرامة عند تأخر جهة الإدارة في صرف المبالغ المالية لطلبات التنفيذ في قضايا التعويض المادي أو العقود والمستحقات المالية كالبديلات ونحوها.

كما جاء في المادة العشرون ما نصه (فيما عدا التنفيذ لاقتضاء المبالغ المالية، لدائرة التنفيذ - بعد انقضاء المهلة المنصوص عليها في المادة العاشرة أو المادة السادسة عشرة بحسب الأحوال - أن تفرض غرامة لا تزيد على عشرة آلاف ريال على المنفذ ضده عن كل يوم يمضي دون إتمام التنفيذ)^(١٣).

وأما شروط استحقاق التعويض في النظام: فلم يحدد نظام ديوان المظالم، ولا قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان، أي شروط موضوعية لاستحقاق التعويض في النظام، ومقتضى ذلك أن شروط استحقاق التعويض يمكن استنباطها من أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة الأولى من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم^(١٤).

ومن أهم تلك الشروط: أن يكون الضرر محققاً (واقعاً بالفعل) قد أصاب المتضرر في بدنه أو في ماله أو أصابه الضرر معنوياً، وأن يكون الضرر مباشراً نتيجة لخطأ الإدارة، وأن يكون قد أخل بحق ثابت للمتضرر، وأن يكون في إيجاب التعويض فائدة^(١٥). كما يمكن أن نتلمس بين ثنايا نظام الديوان، بعض الشروط التي تكاد تكون تنظيمية أو شكلية تقبل بها الدعوى ومن ذلك:

أ - أن ترفع الدعوى من ذي شأن أي ذي مصلحة:

تنص المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم على ما يلي : " ١ - يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يأتي: (ج) دعاوى التعويض التي يقدمها ذوو الشأن عن قرارات أو أعمال جهة الإدارة "، ويقصد بذوي الشأن أصحاب المصلحة في رفع الدعوى، أي الأشخاص الذين يتمتعون بحق تم الاعتداء عليه، كموظف يفصل من

(٩) محمد عبد الواحد الجميلي، "قضاء التعويض (مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية)"، (دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م ص ٥٤٤.

(١٠) نظام المعاملات المدنية، مرجع سابق، المادة (١٣٨).

(١١) فتحي فكري، "مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية" (دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٥) ص ٣٤٨.

(١٢) نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٥) وتاريخ ٢٧ / ١ / ١٤٤٣ هـ.

(١٣) الفصل الرابع إجراءات التنفيذ ضد الجهات الإدارية ولصالحها / المادة العشرون.

(١٤) جاء في المادة الأولى: (تطبق محاكم الديوان على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية..).

(١٥) عبد الرحمن بن حمد الحرمان، "سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية"، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، فرع الأزهر بدمهور - مصر أكتوبر ٢٠٢٢م، ص ١١٥٨.



عمله دون وجه حق، أو شخص نزعت ملكيته من أجل المصلحة العامة دون أن ينال تعويضاً، أو ينال تعويضاً دون أن يكون هذا التعويض عادلاً، أو مصادرة مال شخص دون سند نظامي، أو سجن الموظف أو إيقافه دون سبب نظامي معتبر كما في القضية محل الدراسة.

كذلك يعتبر الشخص ذا مصلحة في رفع دعوى التعويض إذا كان قد أضر من إجراء أي تصرف غير مقصود من الإدارة، طالما ترتب عليه ضرر، حتى ولو كان ذلك التصرف مشروعاً، وقد نص نظام المرافعات الشرعية^(١٦) على اشتراط المصلحة في أي دفع أو طلب - ومن ذلك طلبات التعويض - كما جاءت به المادة الثالثة: (لا يقبل أي دفع أو طلب لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة) وكذا أحكام ديوان المظالم قد أكدت على اشتراط توفر المصلحة الشخصية وإن كانت محتملة^(١٧)، ومما يجدر التنبيه إليه أيضاً اشتراط المصلحة في رافع الدعوى صاحب الشأن في طلب التعويض؛ حيث أن الصفة شرط ضروري مستقل عن شرط المصلحة، ومن ثم يلزم توافرها لرافع الدعوى وإلا قضى بعدم قبولها لانتفاء شرط المصلحة والصفة في رافعها^(١٨).

ب - أن توجه الدعوى ضد جهة الإدارة في قراراتها أو أعمالها:

قطعت قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم كل شك حول مدى استقلال دعوى التعويض، ووجودها كدعوى قائمة بذاتها. وقد فصلت هذه القواعد مختلف المسائل الإجرائية، المتعلقة بالدعوى المختلفة، التي ترفع أمام ديوان المظالم. ولذا فإن دعوى التعويض ترفع إلى ديوان المظالم كدعوى مستقلة وقائمة بذاتها، وتوجه فقط ضد جهة الإدارة كخصم وطرف في الدعوى وليست مرتبطة بدعوى الإلغاء؛ حيث جاء النص في المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم^(١٩) بأنه لا يجمع بين أكثر من مدع أو عدة طلبات لا رابط بينها، أو دعوى الإلغاء والتعويض.

ج - أن يكون المقصود من رفع الدعوى جبر الضرر الناجم عن أعمال الإدارة:

لا يكفي لتوافر أركان دعوى التعويض، استجماعها لكافة شروطها، ومنها وجود عمل من أعمال الإدارة، ووجود ضرر؛ وإنما يجب أن يرتبط الضرر بالعمل الصادر عن الإدارة ارتباطاً بالسبب بالمُسبَّب، فإذا انتفت علاقة السببية بين عمل الإدارة وبين الضرر، فقد انتفت المسؤولية.

ويستوي بعد هذا أن يكون عمل الإدارة مادياً كشق طريق، أو إنشاء جسر، أو قانونياً كقرار إداري، فردي أو لائحي، طالما ترتب على هذا أو ذاك ضرر بذوي شأن.^(٢٠)

وأما ما يخرج عن ولاية ديوان المظالم واختصاصاته فهي بإيجاز:

أولاً: المنازعات التي لا تكون الجهة الإدارية أحد أطرافها والتي تكون بين الأفراد وتخضع لأحكام القانون الخاص.

ثانياً: الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة.

ثالثاً: النظر في الاعتراضات على الأحكام القضائية الخارجة عن ولاية ديوان المظالم.

رابعاً: ما يصدره المجلس الأعلى للقضاء ومجلس القضاء الإداري ومجلس النيابة العامة من قرارات.^(٢١)

خامساً: الأعمال القضائية وإجراءاتها النظامية لدى السلطة القضائية وكذا النيابة العامة التي تعتبر جزءاً من

(١٦) نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ١/٢٢ / ١٤٣٥هـ.

(١٧) القضية رقم ١٤٦٠/٣٤٦ق لعام ١٤٠٠ هـ، حكم غير منشور. ينظر: حسان هاشم أبو العلا، "الوجيز في القضاء الإداري السعودي"، ط٣ (دار حافظ للنشر والتوزيع: جدة ١٤٤٤هـ) ص ٩٩.

(١٨) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، القضية رقم ٢/٣٤٤٢ق لعام ١٤٢٦هـ، المجلد ١/ ٣٢١.

(١٩) (اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم بقرار مجلس القضاء الإداري رقم ١٢٧ وتاريخ ١٢/٢٦ / ١٤٣٦هـ.

(٢٠) ينظر: حسان هاشم أبو العلا، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها.

(٢١) نظام ديوان المظالم، مرجع سابق، المادة (١٤).



المبحث الثاني: سلطة التحقيق الجنائي واختصاصاتها والفرق بينها وبين هيئة الرقابة ومكافحة الفساد:

تعد النيابة العامة صاحبة الاختصاص الأصيل في التحقيق في جميع الجرائم الجنائية والادعاء العام فيها في المملكة العربية السعودية (٢٣)، وهذا طبعاً باستثناء تلك الجرائم التي أحال النظام اختصاص التحقيق والادعاء فيها لجهات أخرى كما في قضايا الفساد الإداري والمالي الذي تختص بها هيئة الرقابة ومكافحة الفساد (نزاهة).

وبصدور الأمر الملكي رقم أ/ ٢٤٠ وتاريخ ٢٤ / ٩ / ١٤٣٨ هـ فإن سلطة التحقيق والادعاء العام بالمملكة (النيابة العامة) أصبحت جهازاً قضائياً بعد أن كانت جهازاً تنفيذياً يمارس بعض الاختصاصات القضائية ؛ وذلك نظراً للصفة القضائية لأعمال سلطة التحقيق وتمشيًا مع القواعد والمبادئ النظامية في كثير من الدول ، وبما يتفق أيضاً مع القواعد والأحكام الشرعية وأهمية العمل على مبدأ الفصل بين السلطات، وهذا ما أكدته المادة الأولى من نظام النيابة العامة حيث نصت على أن : (النيابة العامة جزء من السلطة القضائية، وتتمتع بالاستقلال التام وترتبط تنظيمياً بالملك، وليس لأحد التدخل في أعمالها) (٢٤).

وكذا المادة الخامسة – بعد التعديل- جاء نصها: (يكون لعمل أعضاء الهيئة الصفة القضائية ويتمتعون بالاستقلال التام، ولا يخضعون في عملهم إلا لأحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، وليس لأحد التدخل في مجال عملهم) (٢٥) ، وبالتالي فالنيابة العامة وأعضاؤها يمارسون أعمالاً أسبغ عليها النظام بحكم طبيعتها الصفة القضائية (٢٦).

كما جاءت المادة الثالثة من نظام النيابة العامة في بيان اختصاصات هيئة التحقيق في الآتي (أ- التحقيق في الجرائم، ب- التصرف في التحقيق برفع الدعوى أو حفظها، ج – الادعاء العام أمام الجهات القضائية ٠٠) إلى غير ذلك من الاختصاصات الأخرى. وأما ما يتعلق بإجراءات التحقيق المشار إليها في فقرة (أ) فقد جاء تفصيلها في - نظام الإجراءات الجزائية ولائحته التنفيذية (٢٧) – وهي تلك الإجراءات التي تهدف إلى التفتيش في الأدلة المتعلقة بالجريمة محل التحقيق كالانتقال والمعاينة وندب الخبراء وسماع الشهود والتفتيش والاستجواب وغير ذلك من الإجراءات.

وأما هيئة الرقابة ومكافحة الفساد (نزاهة): فهي مختصة بالتحقيق والادعاء في القضايا الجنائية المتعلقة بالفساد الإداري والمالي؛ حيث جاء في البند الثالث في الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد ما نصه: (تنشأ وحدة تحقيق وادعاء جنائي في هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، تختص بالتحقيق الجنائي في القضايا الجنائية المتعلقة بالفساد المالي والإداري، والادعاء فيها) (٢٨).

وحيث أن المنظم لم يحدد تلك القضايا الجنائية المتعلقة بالفساد الإداري والمالي بل جعله على عمومته، فبمفهوم المخالفة فيما يخص النيابة العامة وكذا قضايا المخالفات التأديبية وفق نظام الانضباط الوظيفي (٢٩) يمكن أن نتعرف على تلك الجرائم كما نص عليه النظام مؤخراً وهي كالآتي : ١- جرائم الرشوة ، ٢- جرائم الاعتداء

(٢٢) نظام النيابة العامة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٦ وتاريخ ٢٤ / ١٠ / ١٤٠٩ هـ، المادة (١، ٥).

(٢٣) مرجع سابق، المادة (٣).

(٢٤) عدلت هذه المادة كما جاءت في النص المشار إليه بموجب المرسوم الملكي رقم م/١٢٥ وتاريخ ١٤ / ٩ / ١٤٤١ هـ.

(٢٥) نظام النيابة العامة، المادة (٥) المعدلة، بموجب المرسوم الملكي رقم م/٣١ وتاريخ ١٣ / ٤ / ١٤٣٦ هـ.

(٢٦) عبد الحميد الحرقان، شرح نظام الادعاءات الجزائية الحرقان، ط٢، ١٤٤٢ هـ ص ١٤٦.

(٢٧) في المواد السادسة والسبعون وما بعدها من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢٢ بتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥ هـ، ولائحته التنفيذية.

(٢٨) ينظر: الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد الصادر بالأمر الملكي رقم أ/ ٢٧٧ وتاريخ ١٥ / ٤ / ١٤٤١ هـ التي جاء فيها ضم هيئة الرقابة والتحقيق إلى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد. وتعديل اسم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد ليكون (هيئة الرقابة ومكافحة الفساد).

(٢٩) نظام الانضباط الوظيفي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٨ تاريخ ٨ / ٢ / ١٤٤٣ هـ.



على المال العام ، ٣- جرائم إساءة استعمال السلطة ، ٤- أي جريمة أخرى ينص على أنها جريمة فساد بناء على نظام (٣٠) وعليه فكل ما يمكن أن يتصل بالفساد الإداري والمالي من حيث كونه جريمة، فيكون مباشرة التحقيق فيه وكذا الادعاء من قبل هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، وقد كان هذا في الحقيقة في مجمله اختصاص هيئة الرقابة والتحقيق قبل ضمها إلى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، وهو ما ظهر جلياً في القضية محل الدراسة.

المبحث الثالث: الدراسة التحليلية للحكم القضائي من خلال الوقائع والأسباب ومنطوق الحكم

في هذا المبحث سأقوم بدراسة تحليلية للحكم القضائي من خلال وقائعه وتسبب الحكم فيه وأخيراً منطوقه وذلك كالآتي:

أولاً / الوقائع:

من خلال التأمل في وقائع القضية يلحظ أن عمل أعضاء هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ورجل الأمن المرافق لهم كان نظامياً وفق ما خولته لهم الأنظمة والتعليمات حينها من إجراءات الضبط الجنائي والإداري والتحفظ والمتابعة والمطاردة والاستجواب (٣١)؛ حيث أكد الحكم القضائي عدم إدانتهم باسم إساءة استعمال السلطة.

وبالتالي انحصرت مطالبة أصحاب الدعوى في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحقهم جراء إيقافهم وما لحق ذلك من إجراءات التحقيق من قبل (النيابة العامة)، وهو ما تختص بالنظر فيه عموماً (ديوان المظالم) من حيث الاختصاص الولائي في الدعاوى ضد جهات الإدارة، وما تختص به نوعياً في دعاوى التعويض التي يقدمها ذوو الشأن عن قرارات أو أعمال جهات الإدارة.

ومن وقائع الدعوى يلاحظ النزاع في الاختصاص بين هيئة التحقيق والادعاء العام (النيابة العامة) وهيئة الرقابة والتحقيق (هيئة الرقابة ومكافحة الفساد) في القيام بالإجراءات النظامية حيال الحادثة التي حصلت بين أعضاء هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وبين صاحب السيارة المشتبه به ومن معه؛ مع أن الأمر السامي رقم (٦٣٦٨) وتاريخ ٧ / ٥ / ١٤٢٦ هـ نص بشكل واضح على الخطوات والإجراءات التي يجب اتباعها في مثل هذه الحالة، والتي تتمثل في الآتي:

١. جرائم إساءة السلطة التي لها مسرح جريمة، ومظهر خارجي (ضرر لحق بالنفس وما دونها) تضبط وفق الإجراءات المنصوص عليها في نظام الإجراءات الجزائية.

٢. إحالة هذه الجرائم بعد ضبطها لهيئة الرقابة والتحقيق حسب الاختصاص.

٣. عدم نظر دعوى الحق الخاص في هذه الجرائم ضد رجال السلطة العامة إلا بعد ثبوت الإدانة في دعوى الحق العام.

٤. إذا تبين لهيئة الرقابة والتحقيق أن جريمة إساءة استعمال السلطة المحالة لها تنطوي على جريمة جنائية تستر فاعلها بغطاء ممارسة الواجب الوظيفي، فعندئذ ينحسر اختصاص الهيئة بالتحقيق فيها، وعليها إحالتها لهيئة التحقيق والادعاء العام.

وبناء على وقائع القضية يتضح خطأ هيئة التحقيق والادعاء العام (النيابة العامة) في إيقاف المدعين أعضاء هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر خمسة وأربعين يوماً، وكذا رجل الأمن خمسة وعشرين يوماً، بل كان يجب عليها إحالتهم لهيئة الرقابة والتحقيق قبل الشروع في أي إجراء متعلق بالتحقيق وإجراءاته.

(٣٠) النظام الجديد لهيئة الرقابة ومكافحة الفساد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٥) بتاريخ ٢٣ / ١ / ١٤٤٦ هـ.

(٣١) أسقط التنظيم الجديد للرئاسة العامة لهيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الصادر في الرابع من شهر رجب لعام ١٤٣٧ هـ صفة الضبط الجنائي عن أعضاء الهيئة كما جاء في المادة السابعة منه، وحصر عملهم في هذا الشأن في تقديم البلاغات للجهات المختصة.



ثانيًا / تحليل تسبیب الحكم (الأسباب):

فإن من مبادئ التنظيم القضائي بالمملكة العربية السعودية: تسبیب الاحكام بحيث تكون الاحكام القضائية قائمة على أسباب مستندة أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة ذات الصلة بالقضية والوقائع المؤثرة فيها، وتكون معلنة ومدونة في نسخة الحكم. ولما كانت القضية محل الدراسة يهدف فيها أصحاب الدعوى إلى إلزام المدعى عليها بالتعويض لما لحقهم من ضرر جراء إيقافهم بتهم لم تثبت صحتها، ولمخالفتها للأنظمة والإجراءات المنصوص عليها، وحيث أن القضاء الإداري يبسط رقابته على أعمال جهة الإدارة وله حق إضفاء التكييف النظامي الصحيح وفقًا لملايسات القضية ووقائعها.

وكذا تنزِيل صحيح تلك الأنظمة والتعليمات وتفسيرها فقهاً وقضاءً بما يسبغ الوصف النظامي الذي يحدد مدى اختصاص المحكمة الإدارية (ديوان المظالم) بالنظر فيها، وما إذا كانت تلك الأوامر والأعمال التي تخللت القضية ووقائعها تعد من قبيل الأعمال القضائية التي تنحسر عنها ولاية القضاء الإداري باعتبارها أعمالاً قضائية لا يحق لها نظرها بأي حال من الأحوال.

وفي المقابل إذا كانت تلك الأعمال والإجراءات قد خرجت عن مقاصدها وأهدافها التي سنتها الأنظمة؛ بحيث تصبح من قبيل الأعمال المادية المتجردة عن أي صفة نظامية وينشأ عنها حق للمتضرر منها في التعويض عنها، وهذا ما ثبت فعلاً لدى المحكمة الإدارية في القضية محل الدراسة؛ حيث تبين لها أن ما قامت به المدعى عليها من إيقاف وتحقيق واستجواب قد تجرد عن كافة الأنظمة التي يسند لها ويضفي عليها الصفة القضائية، وبالتالي فقد مارست أعمالاً ماديةً بحتة لا سند لها من النظام؛ مما يجعل تلك الأعمال تدخل تحت رقابة القضاء الإداري، وتكون به دعوى المدعين ومطالبتهم بالتعويض من اختصاص المحكمة الإدارية ولائياً بالإضافة للاختصاص النوعي بقضايا التعويض ضد جهات الإدارة.

وبناء على ما سبق، بالإضافة إلى خطأ المدعى عليها في تكييف الوقائع وتطبيق الأنظمة في هذه القضية، وبعدما قامت بإجراءات التحقيق انتهت إلى إحالة القضية إلى هيئة الرقابة والتحقيق (هيئة الرقابة ومكافحة الفساد) بحسب الاختصاص، كل ذلك يدل بشكل واضح وقاطع على خطأ المدعى عليها وأن المتهمين في هذه القضية بتهمة إساءة السلطة لم تتم إدانتهم بما نسب إليهم من تهم، مما يعني أن ما لحق بالأنفس من ضرر كان بسبب سرعة سائق السيارة وبذلك تنتفي دعوى الحق الخاص.

وحيث أن المحكمة الإدارية كما أشرت هي صاحبة الاختصاص بقضايا التعويض ضد جهات الإدارة، وهذا الاختصاص يخول الدائرة القضائية وفق سلطتها أن تقدر التعويض الذي يكون فيه جبر للأضرار التي لحقت المدعين وذلك حسب كل حالة وما يكتنفها من ملايسات ووقائع؛ حيث أن قاضي الموضوع يجتهد في تقدير ما يقابل الضرر المادي أو المعنوي بناء على جسامة الخطأ وحجم الضرر، وله الاستعانة بأهل الخبرة في تقدير التعويض المناسب، وفي هذه القضية نظرت المحكمة إلى ظروف المدعين الوظيفية وما يتقاضونه من رواتب شهرية وأيضاً كونهم من رجال السلطة العامة وكانوا يؤدون واجبهم الوظيفي، كما أخذت المحكمة بالاعتبار ما تعرض له المدعون من إساءة معاملة وحبس انفرادي كما جاء في مستندات القضية وكذا ما تعرضوا له من ضرر مادي ومعنوي، لذا فقد قدرت التعويض على أساس ثلاثة آلاف ريال عن كل يوم منذ إيقافهم التي كان مجموعها خمسة وأربعون يوماً لكل عضو من أعضاء الهيئة وخمسة وعشرون يوماً لرجل الأمن المرافق.

وكما هو واضح في الحكم القضائي فلم يغفل الضرر المعنوي الذي أصاب المدعين؛ حيث كان ديوان المظالم يقضي به قبل إقراره مؤخراً في نظام المعاملات المدنية.



ثالثاً: تحليل منطوق الحكم:

بالنظر لمنطوق الحكم وهو ما حكمت به الدائرة بعد عرض الوقائع والأسباب التي تم بناء الحكم عليها، فقد ألزمت الدائرة القضائية هيئة التحقيق والادعاء العام (النيابة العامة) بدفع مبلغ التعويض بناء على دعوى المدعين الذين طالبوا به وكذا توافر شروط استحقاق التعويض التي أشرت إليها في هذا المبحث، وهنا يتضح جلياً استحقاقهم له (أعني التعويض عن الضرر الذي أصابهم) وهو ما أثبتته لهم المحكمة القضائي حيال ما قامت به النيابة العامة من إيقافهم وما استتبع ذلك من إجراءات مخالفة للنظام.

الخاتمة:

وتشمل أهم نتائج الدراسة والتوصيات وهي كالآتي:

١. بيان اختصاص ديوان المظالم (المحاكم الإدارية) ولائياً ونوعياً بقضايا دعاوى التعويض التي يقدمها ذوو الشأن ضد قرارات وأعمال جهات الإدارة وفق نظام ديوان المظالم.
٢. الأعمال والقرارات القضائية للجهات القضائية، وكذا أعمال النيابة العامة التي لها الصبغة القضائية وأيضاً أعمال السيادة تخرج عن اختصاص النظر فيها من قبل ديوان المظالم كما نص عليها النظام.
٣. يبسط القضاء الإداري رقابته على أعمال جهة الإدارة متى ما تحقق من كون تلك الأعمال لا تتحسر عنها ولاية القضاء الإداري بعد دراستها من قبل قاضي الموضوع بالمحكمة الإدارية.
٤. تفقد الأعمال والقرارات التي أسبغ عليها النظام الصفة القضائية تلك الصفة، إذا خرجت عن مقصودها وخالفت الأنظمة في إجراءاتها، وبالتالي تصبح أعمالاً مادية إدارية بحتة، يمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل عنها لدى ديوان المظالم وفق النظام.
٥. فهم الأنظمة والقوانين والعمل بها وتطبيقها يحل كثيراً من الإشكالات وتنازع الاختصاص بين الجهات والإدارات.
٦. أهمية الوعي القانوني لدى العاملين بالجهات الحكومية وخاصة فيما يتعلق بالمساس بحقوق الناس وحياتهم.
٧. أهمية التكامل والتعاون بين الجهات الحكومية وهذا لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات وإنما لضمان قيام كل جهة بانتظام لتحقيق مقصود أعمالها المقررة نظاماً.
٨. التوصية بإيجاد لجنة خاصة بالدوائر القضائية سواء في ديوان المظالم أو القضاء العام لتقدير التعويضات بناء على رأي أهل الاختصاص والاستعانة بأهل الخبرة؛ حتى يتم تقرير التعويضات المجزية لمن حصل لهم الضرر وليس مجرد تقديرات ظاهرية يحسب لها مقدار التعويض للضرر المادي أو المعنوي؛ وذلك لضمان حقوق الأفراد من جهة وكذا إنصافاً للجهات الإدارية من جهة أخرى، والله الموفق.



المصادر والمراجع:

- (١) إبراهيم مصطفى وآخرون، "المعجم الوسيط"، (ط٢، مجمع اللغة العربية: القاهرة، ١٣٩٢هـ).
- (٢) أحمد بن محمد الحموي، "غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر"، (دار الكتب العلمية ١٤٠٥هـ).
- (٣) حسان هاشم أبو العلا، "الوجيز في القضاء الإداري السعودي"، ط٣ (دار حافظ للنشر والتوزيع: جدة ١٤٤٤هـ).
- (٤) عبد الحميد الحرقان، "شرح نظام الاجراءات الجزائية"، ط٢، ١٤٤٢هـ.
- (٥) عبد الرحمن بن حمد الحمران، "سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية"، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، فرع الأزهر بدمهور – مصر أكتوبر ٢٠٢٢م.
- (٦) علاء الدين أبو بكر الكاساني "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" (ط٢، دار الكتب العلمية ١٤٠٦هـ).
- (٧) فتحي فكري، "مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية"، (دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٥).
- (٨) محمد عبد الواحد الجميلي، "قضاء التعويض (مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية)"، (دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م).
- (٩) محمد بن عبد الله ابن قدامة، "المغني"، تحقيق: د. عبد الله التركي و د. عبدالفتاح الحلو، (ط٣، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤١٧هـ).
- (١٠) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧ هـ، المجلد الأول، ديوان المظالم، الرياض ١٤٢٧ هـ.
- (١١) مجموعة الأحكام والمبادئ الجزائية لعام ١٤٣٦ هـ، المجلد الثاني، ديوان المظالم، الرياض ١٤٣٨ هـ.
- (١٢) الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٢٧٧) وتاريخ ١٥ / ٤ / ١٤٤١هـ.
- (١٣) اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات امام ديوان المظالم بقرار مجلس القضاء الإداري رقم ١٢٧ وتاريخ ٢٦ / ١٢ / ١٤٣٦ هـ.
- (١٤) نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٧٨ بتاريخ ١٩ / ٩ / ١٤٢٨هـ.
- (١٥) نظام هيئة التحقيق والادعاء العام (النيابة العامة) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٦ وتاريخ ٢٤ / ١٠ / ١٤٠٩ هـ.
- (١٦) نظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٥) بتاريخ ٢٣ / ١ / ١٤٤٦هـ.
- (١٧) نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) بتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥هـ.
- (١٨) نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٥) وتاريخ ٢٧ / ١ / ١٤٤٣ هـ.
- (١٩) نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) بتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥هـ.
- (٢٠) نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥هـ.
- (٢١) نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩ / ١١ / ١٤٤٤هـ.
- (٢٢) نظام الانضباط الوظيفي مرسوم ملكي رقم (م/١٨) تاريخ ٨ / ٢ / ١٤٤٣هـ.



تنازع القوانين في قضايا الحضانة بين الشريعة والتشريعات العربية المعاصرة

Conflict of laws in Hadhanah cases between Sharia law and contemporary Arab legislation

أ. سوسن نوار شاكر

باحثة ماجستير في الفقه الإسلامي جامعة المدينة العالمية - ماليزيا-

E. mail: Sawsansh1988@hotmail.com

الملخص:

أضحت قضية تنازع القوانين عند انحلال الزواج المشوب بعنصر أجنبي من القضايا البارزة في القرن الحالي، نظراً لتداخل العلاقات الاجتماعية التي أفرزتها هجرة المسلمين في أصقاع الأرض، وقد تجلت هذه إشكالية بوضوح عند التنازع حول مسائل الحضانة والنفقة والاستضافة وغيرها. فقد هدف البحث إلى بيان مدى حضور قضية تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، وبيان القانون الواجب التطبيق في قضايا الحضانة المشوبة بعنصر أجنبي في بعض التشريعات العربية المعاصرة. فجاء مشتملاً على جانب تأصيلي وآخر تطبيقي، معتمداً في ذلك على المنهجين التحليلي والمقارن. ولتوضيح ذلك سلطت الضوء على حال القضاء في الفقه الإسلامي، ومواطن التنازع التي ظهرت في بعض مراحل تطوره، ثم بينت موقف التشريعات العربية المعاصرة من القضية، ونظرة المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية مع بيان المقاصد الشرعية التي ساهمت في بلورة اختيار القضاء في الدول الإسلامية. وقد خلص البحث إلى أن الشريعة الإسلامية عرفت بعضاً من صور التنازع، كتنازع المذاهب وأحكام أهل الدِّمة والمستأمنين، وأن بعض التشريعات العربية المعاصرة أفردت قضايا الحضانة بقواعد إسناد خاصة، في حين أدرجتها أخرى ضمن قواعد إسناد عامة، بينما اكتفى النظام في المملكة العربية السعودية بضبط قواعد الاختصاص القضائي الدولي لديه.

الكلمات المفتاحية: الفقه الإسلامي، تنازع القوانين، الحضانة، المحاكم الشرعية.

Abstract:

The issue of conflict of laws upon the dissolution of a marriage tainted by a foreign element has become one of the prominent issues in the current century, due to the overlapping social relations that resulted from the migration of Muslims in all parts of the world. This problem was clearly demonstrated when conflicting over issues of, Hadhanah, alimony, hosting, and others. The research aimed to show the extent of the presence of the issue of conflict of laws in Islamic Fiqh, and a statement of the applicable law in, Hadhanah cases tinged with a foreign element in some contemporary Arab legislation. It included a fundamental aspect and an applied aspect, relying on the analytical and comparative approaches. The research concluded that Islamic law has known some forms of conflict, such as the conflict of sects and the rulings of the Ahl-adh-dhimma and trustees, and that some contemporary Arab legislation has singled out, Hadhanah issues with special attribution rules, while others have included them within general attribution rules, while the regime in the Kingdom of Saudi Arabia was content with controlling the rules of Rules of international jurisdiction.

Keywords: Islamic Fiqh, Conflict of laws, Hadhanah, Sharia Courts.



المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

أدى تزايد نسبة المهاجرين في دول العالم طلباً للزرق أو التعليم، أو هرباً من الحرب أو الفقر، إلى وجود جماعات وأقليات أجنبية لا تتمتع بجنسية الدولة التي تقيم فيها، فنشأ عن ذلك إشكالات عدة لعل من أبرزها؛ إشكالية القانون الواجب التنفيذ على هؤلاء الأجانب المقيمين في وطن لا يعتبر موطنهم الأصلي، لا سيما مع تداخل العلاقات الاجتماعية فيما بينهم، وقد تجلت هذه الإشكالية بوضوح في انحلال الزواج ذي العنصر الأجنبي وما يترتب عليه من منازعات حول مسائل الحضانة والزيارة والنفقة والولاية وغيرها، فبرز التساؤل عن شرعية قضية تنازع القوانين وعن مدى وجودها في الفقه الإسلامي؟!، وعن القانون الواجب التطبيق في النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي؟ فإذا تخاصم زوجٌ مصريُّ الجنسية مع زوجةٍ فرنسيَّة الجنسية في حضانة طفلٍ لهما يتمتع بالجنسيَّة الأمريكيَّة ويقيم في المملكة العربيَّة السعوديَّة، فكيف سيحكم القاضي الشرعي في هذه القضية وما القانون الواجب تطبيقه؟ هل يطبق قانون الدولة المقيمين فيها؟ أم يطبق قانون الدولة التي يتمتعون بجنسيتها؟ وهل يختلف الحكم باختلاف جنسية الزوج والزوجة والمحضون؟ وهل يحق لقضاء الدولة المقيمين فيها الحكم على أشخاص لا يتمتعون بجنسيتها؟ ثم ما مدى قدرة الدولة صاحبة الحكم القضائي على تنفيذ أحكامها خارج حدود سلطتها؟ هذه التساؤلات وغيرها يجيب عليها المبحث الآتي، وهو بحثٌ مسئِّلٌ من رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي تحت عنوان: "الأحكام الفقهية المتعلقة بالمستجدات في الحضانة - دراسة مقاصدية".

أولاً: مشكلة البحث:

أضحت قضية تنازع القوانين عند انحلال الزواج المشوب بعنصر أجنبي من القضايا البارزة في القرن الحالي، نظراً لتداخل العلاقات الاجتماعية التي أفرزتها هجرة المسلمين في أصقاع الأرض، وقد تجلت هذه إشكالية بوضوح عند التنازع حول مسائل الحضانة والنفقة والاستضافة وغيرها، الأمر الذي استدعى التساؤل عن مدى وجود تنازع للقوانين في الفقه الإسلامي؟ وعن بيان القانون الواجب التطبيق في قضايا الحضانة ذات العنصر الأجنبي، مع استخلاص نظرة المحاكم الشرعية ومقاصدها في معالجة هذه القضايا وأشباهها.

ثانياً: أسئلة البحث:

تتفرع عن هذه الإشكالية الأسئلة الآتية:

- (١) هل وجد تنازع للقوانين في الفقه الإسلامي؟
- (٢) ما موقف التشريعات العربية المعاصرة من تنازع القوانين في قضايا الحضانة؟
- (٣) ما دور الاتفاقيات الدولية في حل إشكالية تنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية؟
- (٤) ما رؤية المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية لقضية تنازع القوانين ومقاصدها الشرعية؟

ثالثاً: أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان الآتي:

- (١) قضية "تنازع القوانين" في الفقه الإسلامي.
- (٢) أصول التنظيم القضائي في الدولة الإسلامية.
- (٣) القانون الواجب التطبيق في قضايا الحضانة المشوبة بعنصر أجنبي في بعض التشريعات العربية.
- (٤) دور الاتفاقيات الدولية في حل إشكالية تنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية.
- (٥) مقاصد الشريعة ورؤية المحاكم الشرعية في قضية تنازع القوانين.

رابعاً: منهج البحث:

سلكت في هذا البحث عدّة مناهج بيّانها الآتي:



(١) المنهج المقارن: وذلك من خلال المقارنة بين الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية المعاصرة، ومقارنة هذه التشريعات بعضها ببعض.

(٢) المنهج الوصفي التحليلي: وذلك بوصف موقف الفقه الإسلامي من قضية "تنازع القوانين"، وموقف التشريعات المعاصرة، وتحليل جميع مفردات البحث وصولاً للنتائج.

خامساً: حدود البحث:

الحدود الموضوعية:

يلتزم نطاق البحث ببيان النظرة الفقهية والتشريعية لقضية تنازع القوانين في قضايا الحضانة.

الحدود المكانية:

اخترتُ قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول بحيث يشمل الوطن العربي بأكمله؛ فوقع الخيار على سوريا من منطقة بلاد الشام، ومصر من منطقة النيل وشمال أفريقيا، والمغرب من منطقة المغرب العربي، والإمارات والمملكة العربية السعودية من منطقة الخليج العربي، ودعمتُ ذلك بنماذج تطبيقية لأحكام قضائية اكتسبت الدرجة القطعية من قبل المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية.

الحدود الزمانية:

يبين هذا البحث الحكم الشرعي المعمول به قضاءً في القرن الحالي.

سادساً: الدراسات السابقة:

وجدت مجموعة من الدراسات المتعلقة بموضوع البحث، أهمها الآتي:

(١) تنازع القوانين في الحضانة:

للباحثة آسية طاهري. بحث منشور في مجلة المفكر جامعة الجزائر (02)، المجلد الرابع / العدد الثاني، (جمادى الأولى ١٤٤٢ هـ / ديسمبر ٢٠٢٠ م)، ص: ١٣٧-١٦٤.

اتفقت هذه الدراسة مع البحث في بيان قضية تنازع القوانين في مسائل الحضانة والقانون الواجب التطبيق مقارنة ببعض الدول العربية والغربية، في حين يبين هذا البحث قضية تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية والقانون الواجب التطبيق في قضايا الحضانة في المملكة العربية السعودية وبعض التشريعات العربية المغيرة لهذه الدراسة.

(٢) إشكالية تنازع القوانين في الحضانة (دراسة مقارنة):

للباحثين: خديجة حمادي، وكمال مخلوف. بحث منشور في مجلة المعارف، المجلد ١٧ / العدد ٢ (ديسمبر ٢٠٢٢)، ص: ١-٢٠.

اتفقت هذه الدراسة مع البحث في بيان قضية تنازع القوانين في مسائل الحضانة والقانون الواجب التطبيق في الجزائر، وبعض التشريعات العربية، في حين يبين هذا البحث قضية تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية والقانون الواجب التطبيق في قضايا الحضانة في المملكة العربية السعودية وبعض التشريعات العربية المغيرة لهذه الدراسة.

(٣) الشريعة الإسلامية وتنازع القوانين:

للباحث: محمد ايت عدي. بحث منشور في المجلة الشاملة للحقوق، جوان ٢٠٢١، ص: ١٢٢-١٣٥.

تحاول هذه الدراسة بيان مدى معرفة الفقه الإسلامي بقضية تنازع القوانين، وقد بينت وجود اتجاهين متعاكسين بين الباحثين في إمكانية وجود تنازع للقوانين في الفقه الإسلامي من عدمه، وتوصلت الدراسة إلى أن الشريعة الإسلامية لم تعرف تنازعا للقوانين في النزاعات المعروضة عليها، أما هذا البحث فيبين وجود بعضاً من صور التنازع قديماً قبل التطور الحاصل في التنظيم القضائي في الدولة الإسلامية، وحديثاً في قوانين الأحوال



الشخصية في الدول الإسلامية، إضافة إلى إسقاط قضية التنازع على قضايا الحضانة كنموذج تطبيقي في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي والقانون الواجب التطبيق فيها.
سابعاً: خطة البحث:

انتظم هذا البحث في مقدمة، وتمهيد، ومبحثين، وخاتمة، على النحو الآتي:

التمهيد: تناول العناصر الآتية:

تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً.

تعريف تنازع القوانين لغة واصطلاحاً.

المبحث الأول: نظرة الفقهاء لقضية تنازع القوانين.

وتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: القضاء في الإسلام.

المطلب الثاني: اختصاص القضاة في التشريع الإسلامي.

المطلب الثالث: أصول التنظيم القضائي في الدولة الإسلامية.

المطلب الرابع: تنازع القوانين في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: قضايا الحضانة ذات العنصر الأجنبي في بعض التشريعات العربية المعاصرة.

وتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في قضايا الحضانة ذات العنصر الأجنبي.

المطلب الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية.

المطلب الثالث: دور الاتفاقيات الدولية في حل إشكالية تنازع القوانين.

المطلب الرابع: المقاصد الشرعية ورؤية المحاكم الشرعية في قضية تنازع القوانين.

وخاتمة: تضمنت أهم النتائج والتوصيات.

تمهيد:

أولاً: تعريف تنازع القوانين لغة واصطلاحاً:

لغة: مصدر من الفعل نزع ينزع تنازع، والتنازع يأتي بمعنى: الاختلاف والمخاصمة والمجادلة، قال تعالى:

وَلَا تَنَزَعُوا فَعَقَلُوا وَتَذَهَبَ رِيحُكُمْ^(١) ويأتي مجازاً بمعنى: التناول والتعاطي والأصل فيه التجاذب، قال تعالى:

يَنْزَعُونَ فِيهَا كَأْسًا لَا لَعَفَ فِيهَا وَلَا تَأْتِيهِمْ^(٢) (٣)

اصطلاحاً: يقصد بتنازع القوانين: تزامم قانونين أو أكثر، لدولتين أو أكثر، بشأن حكم علاقة قانونية مشتملة

على عنصر أجنبي^(٤).

ثانياً: تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً:

١. لغة: مصدر من (حَضَنَ): حفظ الشيء وصيانته^(٥)، يقال: حَضَنَ الصبيَّ حَضْنًا وحِضَانَةً، بالكسر: جعله

في حضنه، رباه ورعاه، والحِضْنُ: ما دون الإبط إلى الكشح^(٦)، وقيل: الصدر والعضدان وما بينهما، وحِضْنًا

الشيء: جانباه، ونواحي كل شيء أحضانه^(٧).

(١) سورة الأنفال، آية: (٤٦).

(٢) سورة الطور، آية: (٢٣).

(٣) انظر: الزبيدي، تاج العروس، دبط، مادة "نَزَعَ"، ٢٢/٢٤٧.

(٤) انظر: فضيل، قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، مجلة روح القوانين، المجلد: ٣٣، العدد: ٩٥، ص: ٤٧٩.

(٥) ابن فارس، معاني اللغة، دبط، مادة: "حَضَنَ"، ٢/٧٤.

(٦) الكشح: ما بين الخاصرة والضلع.

(٧) انظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط: ٨، مادة "حَضَنَ"، ص: ١١٩٠، والرازي اللغوي، مختار الصحاح، ط: ٥، مادة "حَضَنَ"،

ص: ٧٥، والزبيدي، تاج العروس، دبط، مادة "حَضَنَ"، ٤٤١/٣٤.



٢. اصطلاحاً: تعددت تعريفات الحضانة عند الفقهاء؛ فعرفها ابن عابدين: "تربية الولد لمن له حق الحضانة"^(٨)، وعرفها الدردير: "حفظ الولد والقيام بمصالحه"^(٩)، وعرفها الشربيني: "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون، وتربيته بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك."^(١٠)، وعرفها المرادوي: "حفظ من لا يستقل بنفسه، وتربيته حتى يستقل بنفسه"^(١١).

فالحضانة: هي حفظ المحضون ورعايته وتربيته والقيام عليه بما يصلح شؤونه في مراحل ضعفه وعجزه عن الاستقلال بنفسه، وذلك بتعهد بناء مادياً، وعقلياً، ونفسياً، واجتماعياً.

المطلب الأول: نظرة الفقهاء لقضية تنازع القوانين:

أولاً: القضاء في الإسلام:

تميّز القضاء الإسلامي بخصائص فريدة جعلته مفخرة المسلمين على مرّ العصور، ومصدراً غنياً للقوانين الحديثة اليوم؛ حيث كان الدين الإسلامي هو القانون السائد في جميع أقاليم الدولة الإسلامية، وعلى جميع رعاياها المسلمين وغير المسلمين، الأمر الذي منع من ظهور تنازع للقوانين بين أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الأجنبية، ومن زاوية أخرى كان لاختلاف المذاهب واختلاف أتباعها وتعدد قضائياتها الأثر الأكبر في بروز بعض من صور تنازع القوانين، فافتضى ذلك السعي؛ تقنين أحكام الشريعة في صورة قانون موحد ملزم، فظهرت مجلة الأحكام العدلية في عهد الدولة العثمانية، والتي تعدّ سابقة قانونية في مجال تقنين التشريع الإسلامي، ثمّ تتابعت جهود الفقهاء ورجال القانون في تنظيم الأحكام، حتّى قُنّنت أحكام الأسرة الشرعية، ونُظّمت مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين وبغير المسلمين، فظهر ما يُعرف بقانون الأحوال الشخصية بشكله الحالي اليوم.

ثانياً: اختصاص القضاء في التشريع الإسلامي:

ظهرت فكرة الاختصاص القضائي مع تعدّد الخصومات وتنوّعها واتّساع البلاد، الأمر الذي اقتضى توزيع القضايا على عددٍ من المحاكم أو القضاة وفقاً لاختصاصهم، وقد قسّم الماوردي القضاة إلى أربع فئات^(١٢):

- (١) القاضي عامّ الولاية: هو القاضي الذي ينظر في جميع القضايا التي تُعرض عليه داخل حدود ولايته.
- (٢) القاضي خاصّ الولاية: هو الذي تقتصر ولايته على بعض الاختصاصات دون غيرها؛ كالحكم في الديوان، أو الجنايات على النفس.

- (٣) القاضي عامّ النّظر خاصّ العمل: هو الذي يختصّ بالنّظر في جميع الأحكام في بلدة معينة أو محلة معينة.
- (٤) القاضي المحدّد الولاية: هو الذي تقتصر ولايته بالحكم في أشخاص معينين، أو في أيام محدودة بالنسبة إلى جميع الدّعاوى بين الخصوم.

وقد ساهم هذا التقسيم في تجنّب تعارض الأقضية وتنازع الخصوم في اختيار القضاة، حيث يحدّد اختصاص كلّ قاضٍ ونوع القضايا التي ينظر فيها، ولا يلتفت إلى حكمه في غيرها.

وفي الوقت الحالي قُسمت المحاكم في جميع دول العالم إلى عدّة اختصاصات تُماثل ما ذكره الماوردي، ويُضاف عليها غيرها، حسبما يُستجدّ من أنظمة وقوانين، أذكر منها^(١٣):

(٨) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ط: الحلبي، ٥٥٥/٣.

(٩) الدردير، الشرح الكبير، دط، ٥٢٦/٢.

(١٠) الشربيني، مغني المحتاج، ط: ١، ١٩١/٥.

(١١) المرادوي، الإنصاف، ط: ١، ٤٥٥/٢٤.

(١٢) انظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، دن، ص: ١١٩-١٢٥، وانظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط: ٤، ٦٢٤٣/٨.

(١٣) انظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط: ٤، ٦٢٤٧/٨، وانظر: العدل والقضاء، المنصة الوطنية الموحدة، العدل والقضاء والمحاكم في المملكة العربية السعودية (my.gov.sa)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٣٠، وانظر: الجاسر، الاختصاص وتنازع بين الجهات القضائية نظرة تأصيلية تطبيقية، ص: ٩.



١. الاختصاص الزماني: أن تخصص محكمة أو دائرة ما بالنظر في وقت معين، كدائرة القضاء فترة الحج.
٢. الاختصاص المكاني: أن تخصص محكمة ما بالنظر في المنازعات الواقعة داخل نطاق جغرافي محدد؛ كاختصاص محاكم "جدة" بالنظر في الدعاوى التي تُقام ضد المقيمين فيها.
٣. الاختصاص النوعي: أن تخصص محكمة ما في النظر في نوع معين من القضايا؛ كمحاكم الأحوال الشخصية، أو التجارية، أو الجزائية.
٤. الاختصاص الولائي: أن تخصص محكمة ما في النظر في الدعاوى المقامة ضد الجهات الحكومية؛ كديوان المظالم.

ثالثاً: أصول التنظيم القضائي في الدولة الإسلامية:

يقوم التنظيم القضائي في الدولة الإسلامية على أصول أساسية بيّناها الآتي:

١. مبدأ إقليمية الشريعة: يتمثل هذا المبدأ في أن التشريع المتبع في الدولة الإسلامية يستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والذي يستمد مصادره من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم والإجماع والقياس، وغيرها من المصادر التشريعية، وتلزم هذه الأحكام جميع القاطنين في الدولة الإسلامية بغض النظر عن دينهم.
٢. تخصيص ولاية القاضي: يقضي هذا المبدأ بأن يحكم القاضي في القضايا التي تقع ضمن دائرة اختصاصه المكاني والزمني والنوعي، وإذا حكم في قضية خارج اختصاصه فإن حكمه باطل لا يُعتد به.
٣. مبدأ إقليمية القضاء:

- يتمثل هذا المبدأ في إيجاب النظر في جميع المنازعات التي تُعرض على قاضي المدينة، سواء كان أطراف الدعوى من سكانها الأصليين، أو الزائرين، أو المقيمين فيها ولا يتمتعون بجنسيتها، يقول الماوردي: "فينفذ جميع أحكامه في الجانب الذي قلده، والمحلة التي عُينت له، وينظر فيه بين ساكنيه وبين الطارئ إليه؛ لأن الطارئ إليه كالسكن فيه..."^(١٤)، وهو ما يُعرف اليوم بـ "منح الرعايا الأجانب حق التقاضي" والذي قرّره اتفاقية جنيف عام (١٩٥٠م) في المادة (١٦) (١٥).
٤. الاجتهاد لا يُنقض باجتهاد مثله^(١٦):

تقوم هذه القاعدة على أن حكم القاضي في المسائل الاجتهادية المختلف فيها لا يُنقض بحكم قاضٍ آخر مخالف، ما لم يتعارض هذا الحكم مع نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع، حتى لا تضرب الأحكام الشرعية وتنعقد ثقة الناس بالقضاء، أمّا إذا غيّر القاضي اجتهاده الخاص؛ كأن يحكم في قضية بحكم ما ثم يتغير اجتهاده، فيرى حكماً آخر لنفس القضية فلا يُنقض حكمه السابق، وعليه الحكم فيما استجد عليه من هذه القضايا باجتهاده الجديد، بناءً على أصل: "تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي"^(١٧).

رابعاً: تنازع القوانين في الفقه الإسلامي:

استناداً لما سبق بيّأه نجد أن اعتماد الفقه الإسلامي على أصول التنظيم القضائي يتنافى مع القول بإشكالية تنازع القوانين، إلّا أنني وجدت بعضاً من صور تنازع القوانين بمعناها المعاصر، وكانت إشكاليات سابقة قبل التطور الحاصل في التنظيم القضائي الإسلامي، أذكر منها:

(١٤) الماوردي، الأحكام السلطانية، دن، ص: ١٢٣.

(١٥) الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين وديمي الجنسية،

* <4D6963726F736F667420576F7264202D20C7E1C7CADD7DEEDC920C7E1CEC7D5C920C8E6D

(nshr.org.sa) <6DA20C7E1E1C7CCC6EDE42E646F63>، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٢/٨/٣٠.

(١٦) انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ط: ١، ص: ١٠١.

(١٧) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ط: ١، ٣٩٦/٤، وانظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط: ١، ٥٥/، وانظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط: ٤، ٦٢٤٩/٨.



١. التنازع في الاختصاص القضائي:

نظم الفقهاء ولاية القضاء وفقاً لمكان المدعي، والذي عُرف فيما بعد بالاختصاص الإقليمي، وذلك لحلّ التنازع بين الخصوم عند رفع الدعوى أمام أكثر من قاضٍ، أو في أكثر من ولاية، ونتيجة لذلك؛ قرّر الفقهاء عدم النّظر في الدعوى المرفوعة خارج حدودها المكانية، فلا تُسمع دعوى المدعي خارج حدود بلده أو محلّ إقامته، كما لا تسمع دعوى عقار أو مال في غير مكان وجوده أو وجود صاحبه^(١٨)، وهذه سابقة قانونيّة عرّفتها الشريعة منذ قرون عديدة.

٢. تنازع المذاهب^(١٩):

أحدث تعدّد المذاهب صورةً من صور تنازع القوانين بالمعنى المعاصر، وعلى الرغم من أنّ هذه القضايا كانت محصورةً في نطاق التّحكيم فإنها أثّرت في بعض الأحيان على القضاء، قال ابن فرحون: "اختلف أهل المذهب هل يكون تقرير الحاكم على الواقعة حكماً بالواقع فيها أم لا؟ كما إذا زوجت امرأة نفسها بغير إذن وليّها ورفّع ذلك إلى قاضٍ يراه جائزاً فأقرّه وأجازّه ثم غرّل، قال ابن القاسم: ليس لغيره فسخه، وإقراره عليه كالحكم به، واختاره ابن محرّر، وهو ظاهر المدونة، وقال عبد الملك: ليس بحكم، ولغيره فسخه..."^(٢٠)، في حين قال ابن قدامة في مسألة تولّي المرأة عقد زواجها بنفسها: "ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليّها في تزويجها، فإن فعلت لم يصحّ عقد الزواج... فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم، أو كان المتولّي لعقده حاكماً لم يجزّ نقضه"^(٢١)، وهذا يدلّ على أنّ الحكم القضائيّ ينفذ ولا يُنقض وإن خالف مذهب المدعي أو المدعى عليه أو المعتمد في الإقليم، وهو ما يتوافق مع قاعدة "الاجتهاد لا يُنقض باجتهاد مثله"، إلّا أنّ ذلك لم يمنع من وجود بعض صور التنازع فيما بين القضاة أنفسهم، حين يُصدر قاضٍ حكماً في موضوع معيّن، ثمّ يأتي قاضٍ آخر ويُلغي الحكم السابق، ويلزم الخصم بالحكم الجديد الذي يراه يتوافق مع رأيه أو رأي المذهب المفتى به في البلاد.

وقد تجلّت هذه الخلافات بوضوح في مواضيع أحكام الأسرة كالزواج والطلاق وغيرها^(٢٢)، إضافة إلى أنّ اعتماد السّلطة الحاكمة مذهباً معيّنًا في القضاء والحكم، ساهم بشكلٍ سلبيّ في ظاهرة تقيّس العلوّ في المذاهب، لكنّه في ذات الوقت أدّى إلى استقرار الأحكام الشرعية وإلزام القضاة بمذهب معيّن للحكم.

١. أحكام أهل الذمّة:

ينصّ مبدأ إقليمية الشريعة على وجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في دار الإسلام على المسلمين وغير المسلمين، إلّا أنّ ذلك لم يمنع من وجود أحكامٍ خاصّة بأهل الذمّة توافق شريعتهم، يتحاكمون إليها في أحوال زواجهم وطلاقهم وأمورهم الشخصية الأخرى من خلال وجود محاكم خاصّة بهم، على أن تُطبّق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية فيما عدا ذلك؛ كالمعاملات المالية، والعقوبات الجنائيّة، وأمّا إذا تحاكموا إلينا في أحوالهم الشخصية الخاصّة فيحكم بينهم بحكم الإسلام أو يُعرّض عنهم، وفي ذلك خلافت، والراجح الأول^(٢٣). وفي نفس الصّدّد اختلف العلماء في القادمين إلى ديار الإسلام -المستأمنين- هل تُطبّق عليهم أحكام الإسلام أيضاً، فيحظر عليهم الخمر، والتّعامل بالرّبا، والسّرقة، وغيره؟ على قولين، والراجح وعملاً بمبدأ

(١٨) انظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط: ٤، ٥٩٥٠/٨، وانظر: مجموعة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، د.ن، ص: ٣٦٧.

(١٩) عبرت بمصطلح "تنازع المذاهب" بدلاً من "اختلاف المذاهب" ليتماشى مع مقصودي في البحث.

(٢٠) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط: ١، ١٠١/١.

(٢١) ابن قدامة، المغني، ط: ٣، ٧٦/١٤.

(٢٢) من ذلك: رسائل الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ إلى بعض قضاة المملكة العربية السعودية بنهيهم عن الإفتاء برأي ابن تيمية في فتوى الطلاق الثلاث، ونقض حكمهم ومعاقبة من يحكم بفتوى ابن تيمية، انظر: حركة التصحيح الفقهي، حريات تأويلية في تجربة ابن تيمية مع فتوى الطلاق، ط: ١، ص: (١٧٣-١٨٢).

(٢٣) انظر: عدي، الشريعة الإسلامية وتنازع القوانين، المجلة الشاملة للحقوق، إصدار جون ٢٠٢١، ص: ١٣٠، وانظر: فضيل، قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، مجلة روح القوانين، المجلد: ٣٣، العدد: ٩٥، ص: ٥٢٠-٥٣٦.



إقليمية القضاء؛ فإنَّ المستأمن يُعتبر كالدِّمِّي يُطبَّق عليه ما يُطبَّق على المسلم والدِّمِّي في ديار الإسلام، ويجري عليهم قانون الإسلام وشريعة الله تعالى، إلَّا في أحوالهم الشَّخصية الخاصَّة (٢٤).
٢. تنفيذ أحكام القاضي خارج حدود ولايته (٢٥):

توصَّل الفقهاء إلى اتِّفاقٍ يقضي بتنفيذ الأحكام خارج حدود ولاية القاضي، وذلك بأن يُصدر القاضي الحكم في دعوى معيَّنة ثمَّ يُرسل كتابًا إلى قاضٍ آخر بما ثبتَ عنده من حقوقٍ لتنفيذها في ولاية القاضي الآخر، كأن يكون للمدَّعي المقيم في بغداد حقٌّ في البصرة مثلاً، فيرسلُ القاضي كتابَه إلى قاضي البصرة ليشهد بثبوت الحقِّ عنده على نحو معيَّن، ويبيِّن له حكمه في القضية على أن يشهد عدلان أنَّ الكتاب المرسل هو كتاب القاضي.

ولكتاب القاضي إلى قاضٍ آخر صورتان:

١. الصُّورة الأولى: كتابة الشَّهادة التي سمعها القاضي الأوَّل من الشُّهود.
 ٢. الصُّورة الثانية: كتابة صُورة الحكم الذي حكم به القاضي الأوَّل على الشَّخص الغائب.
- ولا يخلو ذلك من خلافٍ بين العلماء في درجات قبول كتاب القاضي، حيث أجاز المالكيَّة كتاب القاضي في كلِّ شيء، بما في ذلك الحدود والقصاص، بينما لم يقبل الشَّافعيَّة والحنابلة الكتاب في الحدود والقصاص لأنَّها عقوبات خالصة لله فندراً بالشُّبهات، وكتاب القاضي فيه شبهة، وأمَّا الحنفيَّة فلم يقبلوا القضاء على الغائب، إلَّا أنَّهم يرون في كتاب القاضي سنداً لتنفيذ الحكم الشرعيِّ، وإذا كان مجرد شهادة فإنَّه يُعتبر مقدِّمة لإصدار الحكم. واستناداً لما سبق نجد أنَّ قضية قبول الحكم القضائيِّ وتنفيذه في ولايةٍ أخرى قضية طُرحت في الفقه الإسلامي سابقاً، وإنَّ كان التَّشريع واحداً والقانون واحداً في جميع أرجاء الدَّولة الإسلاميَّة إلَّا أنَّ تعدُّد المذاهب الفقهية أدَّى إلى صورةٍ من صور التَّنازع في تطبيق بعض هذه الأحكام، لذا تمَّ التَّعامل مع هذا الأمر من خلال تطبيق مبدأ تنفيذ أحكام القضاة خارج حدود ولايتهم، بشرط ألا يتعارض ذلك مع الكتاب والسُّنة والإجماع، وإذا كان هناك خلافٌ في ذلك فإنَّ الاجتهاد لا يُنقض باجتهادٍ مثله.

ومن هذا المنطلق فإنَّ ما نراه اليوم من انقسام الدَّولة الإسلاميَّة إلى عدَّة دويلاتٍ تتمتع كلٌّ منها بقانونٍ وسيادةٍ خاصَّةٍ بها، وعلى الرغم من أنَّ قوانينها المتعلقة بالأحوال الشَّخصية مستمدة من أحكام الشَّريعة الإسلاميَّة فإنَّها تختلف فيما بينها في المذهب المعتمد لديها كمصدرٍ للقانون الدَّاخلي (٢٦)، فلو تأملنا في سياق تنازع القوانين المعاصرة فإنَّه يمكننا استخدام مفهوم تنازع المذاهب لوصف حالة تنازع قوانين الدُّول الإسلاميَّة، ومفهوم تنفيذ أحكام القاضي خارج حدود ولايته لوصف حالة تنفيذ الأحكام الأجنبيَّة، بشرط ألا يتعارض ذلك مع النظام العام (٢٧) للدَّولة المنفذة للحكم.

وكذلك الأمر بالنسبة لأحكام أهل الدِّمة والمستأمنين، فعلى الرغم من مبدأ إقليمية الشَّريعة، فإنَّ لهم حق التقاضي فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية ومسائل طلاقهم وزواجهم وفق عقيدتهم. وبناء على ذلك؛ نجد أنَّ قضية تنازع القوانين ملموسة هاهنا، لأنَّ وجود علاقات مشوبة بعناصر دميَّة أو مستأمنة إن صح التعبير، تشبه العلاقات ذات العناصر الأجنبيَّة، وعليه فإنَّ أيَّ نزاع حاصل بين الطرفين سيؤدي حتماً إلى التساؤل عن القانون الواجب التطبيق بما لا يتعارض مع أصول التنظيم القضائيِّ الإسلاميِّ أو النظام العام للدَّولة الإسلاميَّة بالمعنى المعاصر.

(٢٤) انظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط: ٤، ٥٩٧٥/٨.

(٢٥) انظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط: ٤، ٥٩٥٠/٨.

(٢٦) يستوي في ذلك القول الراجح الذي اعتمدته الدول كمصدر للحكم لديها، بغض النظر عن اتباع مذهب معين.

(٢٧) النظام العام: مجموعة القواعد والمبادئ الأساسية التي ترعى النظام السياسي، والتوافقات الاجتماعية، والقواعد الاقتصادية والقيم الأخلاقية والدينية التي يقوم عليها كيان المجتمع ويتحقق بها الصالح العام، انظر: النظام العام والأدب، الموسوعة العربية، الموسوعة العربية | النظام العام والأدب (arab-ency.com.sy)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢١/٨/٢٤.



المطلب الثاني: قضايا الحضانة ذات العنصر الأجنبي في بعض التشريعات العربية المعاصرة: أولاً: القانون الواجب التطبيق في قضايا الحضانة ذات العنصر الأجنبي:

يتطلب وجود تعارض بين عدّة قوانين، أن يلجأ القاضي إلى قواعد الإسناد الوطنية لمعرفة القانون الواجب تطبيقه، أو يلجأ إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي لتحديد مدى اختصاص المحاكم الوطنية في النظر في النزاع، وبسبب تباين وجهات النظر القانونية في العالم أجمع انقسمت الدُول إلى قسمين: دُول تحتوي قوانينها قواعد إسناد وطنية صريحة أو ضمنية، ودُول تحتوي قوانينها قواعد للاختصاص القضائي الدولي فقط دون قواعد للإسناد، وسأوضح ذلك في الآتي:

١. القسم الأول: قواعد الإسناد الوطنية:

اختلفت التشريعات الوضعيّة للدُول في تنظيم قواعد الإسناد الوطنيّة لقضايا الحضانة ذات العنصر الأجنبي، حيث حدّدت بعض هذه التشريعات قواعد إسناد خاصة بالحضانة، في حين أدرجت تشريعات أخرى قضايا الحضانة ضمن قواعد إسناد رئيسية بناءً على التكييف القانوني لتلك القضايا، على النحو الآتي^(٢٨):

٢. الاتجاه الأول: إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم الزواج وآثاره:

اعتبر أصحاب هذا الاتجاه أنّ الحضانة أثرٌ من آثار الزواج، وعليه تخضع قضايا الحضانة لقانون جنسيّة الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

٣. الاتجاه الثاني: إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم انحلال الزواج وآثاره:

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أنّ الحضانة أثرٌ من آثار انحلال الزواج، وعليه تخضع قضايا الحضانة للقانون الذي يحكم آثار الطلاق، وهو قانون جنسيّة الزوج وقت رفع الدّعى.

٤. الاتجاه الثالث: إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار النسب:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ الحضانة أثرٌ من آثار النسب، وعليه تخضع قضايا الحضانة للقانون الذي يحكم آثار النسب، وهو القانون الشّخصي للأب وقت ميلاد الولد.

٥. الاتجاه الرابع: إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم الولاية على المال:

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنّ الحضانة تدخل في أحكام الولاية على المال، وعليه فيُطبّق على قضايا الحضانة القانون الذي يحكم الولاية على مال الصّغير، وهو قانون جنسيّة الصغير، إلّا أنّ الحضانة تدرج ضمن أحكام الولاية على النّفس، وهذه الأخيرة مختلفة تماماً عن الولاية على المال.

٦. الاتجاه الخامس: إخضاع الحضانة للقانون الأصلح لحماية المحضون وحفظ شؤونهم:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّه من الواجب تطبيق القانون الأصلح للمحضون من خلال النّظر في قانون جنسيّة الأب، أو قانون الأب وقت الطلاق، أو القانون الشّخصي للمحضون، ثمّ اختيار الأصلح للمحضون وتطبيقه على قضية الحضانة.

١. الاتجاه السادس: إخضاع الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للمحضون:

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتماد القانون الذي ينتمي إليه الطّفل المحضون وتتركّز فيه علاقاته، وهو ما ذهب إليه بعض الاتّفاقيات الدّولية كاتّفاقية لاهاي (١٩٩٦م) ^(٢٩).

وتطبيقاً على ما سبق ذكره نجد أنّ من القوانين التي خصّت الحضانة بقاعدة إسناد خاصة: القانون الإماراتي، حيث نصّ القانون (٥) الاتّحادي الإماراتي لسنة ١٩٨٥م في المادة (١٦): "يسري على المسائل

^(٢٨) انظر: سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، د.ط، ص: ٨٤٧، وانظر: حمادي ومخولف، إشكالية تنازع القوانين في الحضانة (دراسة مقارنة)، مجلة معارف، المجلد: ١٧، العدد: ٢، ص: ٢-١٠، وانظر: أسية، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المفكر، المجلد: ٤، العدد: ٢، ص: ١٤٢-١٥٠.

^(٢٩) انظر: اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق، والاعتراف، والتنفيذ، والتعاون، في مجال المسؤولية الأبوية، وإجراءات حماية الطفل ١٩٩٦/١٠/١٩م، اتفاقية حول الاختصاص، القانون المطبق، الاعتراف، التنفيذ (hcch.net)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٣٠.



الموضوعية الخاصة بالولاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته" (٣٠)، ووافق هذا الاتجاه كل من القانون السوري في المادة (١٧) من قانونه المدني رقم (٨٤) (٣١)، والقانون المصري في المادة (١٦) من قانون (١٣١) لسنة ١٩٤٨، وفقاً لآخر تعديل صادر في ١٣/١٠/٢٠٢١ (٣٢).

وأما القانون السعودي والمغربي (٣٣) فلم ينص على قواعد إسناد خاصة، إنما ضبطاً قواعد الاختصاص القضائي الدولي لديهما، والذي سألته فيما يأتي مقتصرة على بيان النظام السعودي.

٢. القسم الثاني: قواعد الاختصاص القضائي الدولي:

تتناول قواعد الاختصاص القضائي الدولي النزاعات التي تتضمن عناصر أجنبية، حيث توضّح اختصاص المحاكم الوطنية في النظر في النزاع المشوب بعنصر أجنبي وصلاحيته لذلك، أو عدم اختصاصها. ومن بين الدول التي بينت هذه القواعد بوضوح المملكة العربية السعودية في نظام المرافعات الشرعية، فعلى الرغم من عدم وجود قواعد إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق في النزاعات ذات العناصر الأجنبية، فقد وضع النظام اختصاص المحاكم السعودية في النظر في هذه النزاعات (٣٤)، وفق الآتي:

١. جميع دعاوى الأحوال الشخصية التي تُرفع على أراضيها بغض النظر عن جنسية المدعي.
٢. جميع دعاوى الأحوال الشخصية التي يكون أحد أطرافها مقيماً في السعودية.
٣. جميع دعاوى الولاية على النفس أو المال إذا كان القاصر مقيماً في السعودية.
٤. يُستثنى الأجنبي غير المسلم من اختصاص المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية ما لم يتوافق الطرفان على الحكم بنظام المملكة، أو وجدت اتفاقيات دولية تقضي بغير ذلك.

واستناداً لما سبق نجد أن: نظام المرافعات السعودي أخذ بمبدأ إقليمية القضاء، كما أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في نظام الأحوال الشخصية، حسبما نص في مادته الأولى من نظام المرافعات (٣٥)، إلا أنه خالف النظام الإسلامي في عدم وجود محاكم خاصة بغير المسلمين، فالدولة الإسلامية على مدار عقودها الطويلة سمحت لرعاياها غير المسلمين بالتحاكم في أحوالهم الشخصية أمام محاكم خاصة بهم، الأمر الذي لا نجده في المملكة العربية السعودية، كما نلاحظ خلوّ النظام السعودي من قواعد تنازع القوانين، وعليه إذا ثبت اختصاص المحاكم السعودية بالنظر في الدعاوى المرفوعة إليها فإن القاضي يطبق النظام السعودي دون النظر في القوانين الأخرى (٣٦).

ثانياً: تنفيذ الأحكام الأجنبية:

في إطار تنازع القوانين تظهر إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية في الدولة صاحبة السيادة، ويُجنّب هذا الإشكال من خلال إبرام عدد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تسمح بتطبيق الأحكام القضائية الصادرة

(٣٠) قانون اتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ من إصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، المواد (uaecabinet.ae)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢٧.

(٣١) القانون المدني السوري (٨٤) لسنة ١٩٤٩، القانون المدني (parliament.gov.sy)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢١/٨/٢٩.

(٣٢) جاء فيها "يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته"، انظر: المادة (١٦) من قانون (١٣١) لسنة ١٩٤٨، وفقاً لآخر تعديل صادر في ١٣/١٠/٢٠٢١، محكمة النقض المصرية (cc.gov.eg)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢٧.

(٣٣) انظر: البوابة القانونية لوزارة العدل، البوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل المغربية (justice.gov.ma)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٣٠، وانظر: نظام المرافعات الشرعية، المادة (٢٧)، مجموعة الأنظمة السعودية، هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، تفاصيل النظام (boe.gov.sa) استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢١.

(٣٤) انظر: نظام المرافعات الشرعية، المادة (٢٧)، مجموعة الأنظمة السعودية، هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، تفاصيل النظام (boe.gov.sa) استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢١.

(٣٥) انظر: نظام المرافعات الشرعية، المادة (١)، مجموعة الأنظمة السعودية، هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، تفاصيل النظام (boe.gov.sa) استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢١.

(٣٦) انظر: الغامدي، دور القاضي في إعمال القانون الأجنبي وإثباته، مجلة كلية الشريعة والقانون، مجلد: ٢٠٢٠، عدد: ٢٥، ص: ٧٥٩، وانظر: عيد، محاضرات في القانون الدولي الخاص، د.ن، ص: ٦٦.



عن دولة مُعَيَّنَةٍ في الدُول المتعاقدة الأخرى، وذلك وَفْقاً لشروط مُحدَّدة من قبل كلِّ دولةٍ، وفي المملكة العربية السعودية يتمُّ تنفيذ الأحكام الصَّادرة من خارج حدود المملكة وَفْقاً للمادة (١١) من نظام التَّنفيذ (٣٧) بِشروط مُحدَّدة منها: الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل، وعدم مخالفة النِّظام العامِّ للمملكة، ومراعاة الاتِّفاقيات والمعاهدات الموقَّعة بين الأطراف المتعاقدة.

ثالثاً: دور الاتِّفاقيات الدوليَّة في حلِّ إشكاليَّة تنازع القوانين:

تلعب الاتِّفاقيات الدوليَّة دوراً بارزاً في حلِّ تنازع القوانين الحاصل بين الدول من خلال تنظيم العلاقات فيما بينها، وذلك بالاتِّفاق على قواعد قانونيَّة دوليَّة خاصَّة بالأطراف المتعاقدة، تتضمَّن حلَّ إشكالية القضايا المشوبة بعنصر أجنبيٍّ عند غياب قواعد الإسناد أو تعارضها، والحصول على موافقة الدول صاحبة السِّيادة في تنفيذ الحكم الأجنبيٍّ على ترابها وَفْق شروطٍ خاصَّةٍ يُتفق عليها، ومن أبرز هذه الاتِّفاقيات:

١. اتِّفاقية الرياض العربيَّة للتعاون القضائي ٢٠٠٠/١١/٥م:

تهدف هذه الاتِّفاقية إلى تعزيز التَّعاون القضائيِّ في مجال تبادل المعلومات، وَضمان حقِّ التَّقاضي لرعايا الدول المتعاقدة داخل الدول الأخرى، كما تهدف إلى تحديد الاختصاص القضائيِّ الدوليِّ بين الدول المتعاقدة، سواءً فيما يتعلَّق باختصاص النِّظر في الدَّعاوى ابتداءً، أو تنفيذ الأحكام الأجنبيَّة الصادرة خارج حدودها^(٣٨)، وبناءً على ذلك فإنَّ صدور أيِّ حكمٍ قضائيٍّ في أحد الأطراف يُعدُّ مُعترفاً به وَنافذاً في سائر أقاليم الأطراف المتعاقدة الأخرى، وذلك بعد التَّحقُّق من توافر قوَّة السَّنَد التنفيذي لدى الطَّرَف المتعاقد الذي عقد فيه، وعدم تعارضه مع أحكام الشَّريعة الإسلاميَّة، أو أحكام الدُّستور، أو النِّظام العامِّ، أو الآداب لدى الطَّرَف المتعاقد المطالب بالاعتراف^(٣٩).

وهذا بيت القصيد في مسألة تنازع القوانين، فإذا نشب نزاع في الحضانة أو الاستضافة بين زوج مصريٍّ مقيم في السعودية وطلبيته المقيمة مع طفلها في مصرَ فإنَّ للزوج المصريِّ الحقَّ في رفع دعوى الحضانة أو الاستضافة أمام المحاكم السعودية، وعلى القضاء المصريِّ تنفيذ الحكم الصَّادر في السعودية وَفْقاً لاتِّفاقية الرياض، والالتزام بتسليم الطفل إلى والده حسب الحكم المقضيِّ به، وكذا الأمر لو تمَّ النَّصَّاح على زيارة المحضون لوالديه المقيمة في لبنان مدَّة الإجازة الصَّيفيَّة وكان والده مقيماً في السعودية، فعلى السُّلطات السعودية أن تقضي بتنفيذ الصلح وإرسال المحضون لوالدته، وعلى السُّلطات اللبنانيَّة ضمان إعادة المحضون لأبيه عند عدم التزام الأمِّ بإعادته في الوقت المحدَّد.

٢. اتِّفاقية لاهاي المتعلِّقة بالاختصاص، والقانون المطبَّق، والاعتراف، والتَّنفيذ، والتَّعاون، في مجال المسؤولية الأبويَّة، وإجراءات حماية الطفل ١٩٩٦/١٠/١٩م:

تهدف هذه الاتِّفاقية إلى حماية الأطفال في الحالات المشوبة بعناصر أجنبيَّة، حيث تضمَّنت مجموعة من المواد التي تهدف إلى تلافي النِّزاعات بين النظم القانونيَّة فيما يتعلَّق بالاختصاص القضائيِّ، من خلال اعتماد مكان الإقامة المعتادة للطفِّل قانوناً لحماية شخصه وأمواله^(٤٠)، كما نصَّت اتِّفاقية حقوق الطِّفل للأمم

(٣٧) "ألا يتضمن الحكم أو الأمر ما يخالف أحكام النظام العام في المملكة."، انظر: نظام التنفيذ السعودي، تفاصيل النظام (boe.gov.sa)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢٨.

(٣٨) نصت المادة (٢٥) من الباب الخامس: "مع مراعاة المادة (٣٠) من هذه الاتِّفاقية يعترف كلٌّ من الأطراف المتعاقدة بالأحكام الصادرة عن محاكم أي طرف متعاقد آخر في القضايا المدنية.. وقضايا الأحوال الشخصية، الحائزة لقوَّة الأمر المقضي به وينفذها في إقليمه وفق الإجراءات المتعلِّقة بتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في هذا الباب..."، انظر: اتِّفاقية الرياض للتعاون القضائي، جامعة الدول العربيَّة، اتِّفاقية الرياض العربيَّة للتعاون القضائي (justice.gov.ma)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢١.

(٣٩) انظر: المادة (٢٥) من اتِّفاقية الرياض للتعاون القضائي، جامعة الدول العربيَّة، اتِّفاقية الرياض العربيَّة للتعاون القضائي (justice.gov.ma)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢١.

(٤٠) نصت المادة (٥): "تختص كلٌّ من السُّلطات القضائيَّة أو الإداريَّة للدولة المتعاقدة مكان الإقامة الاعتياديَّة للطفِّل باتخاذ الإجراءات الرامية إلى حماية شخصه أو أمواله."، انظر: اتِّفاقية لاهاي المتعلِّقة بالاختصاص، والقانون المطبَّق، والاعتراف، والتَّنفيذ، والتَّعاون، في مجال



المتحدة على مبدأ مراعاة المصلحة الفضلى للطفل^(٤١).

رابعاً: المقاصد الشرعية ورؤية المحاكم الشرعية في قضية تنازع القوانين:

(١) المقاصد الشرعية التي بنى عليها الفقهاء اجتهاداتهم:

إنَّ المتأمل في طريقة تعامل فقهاء الإسلام في الحكم والتفاضي يلاحظ أن هدف الفقهاء في بناء أبواب الحضانة على مقصد حماية المصلحة الفضلى للمحزون يكمن في حفظ أولى الضروريات التي لا تقوم حياة المسلم بدونها ألا وهي؛ حفظ دين المحزون. فإذا افترضنا مثلاً؛ أنَّ شاباً مسلماً سوري الجنسية تنازع مع زوجته المسيحية فرنسية الجنسية على حضانة طفلها الذي تجاوز السابعة من عمره ، فإذا رُفعت القضية أمام القضاء الفرنسي فإنَّ الحضانة ستمنح بلا شكٍّ للأُمِّ ، أمَّا إذا رُفعت أمام القضاء السوري فإنَّ نظرته للقضية ستكون مختلفة تماماً، فعلى الرغم من أصالة حقِّ الأمِّ في حضانة طفلها، فإنَّ مُعطيات الدَّعوى تستلزم من القاضي أن يرجِّح مصلحة حفظ دين المحزون على مصلحته الدُّنيويَّة في وجوده مع أمِّه، ما لم يرَ القاضي خلاف ذلك بما يتوافق مع عمر المحزون ويحفظ دينه ويضمن عودته لأبيه.

وتأسيساً على ذلك؛ فإنَّ حفظ الدين من أهم مقاصد الشريعة التي يجب أن تحافظ عليها جميع قوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية، ثمَّ يأتي بعد ذلك النُّظر فيما يحقُّ المصلحة الفضلى للمحزون في رعايته وحمايته، وحفظ مصالحه الماليَّة، والاجتماعية، والتعليمية، والصحيَّة.

(٢) رؤية المحاكم الشرعية لقضية تنازع القوانين:

من نماذج ما قضت به المحاكم الشرعية في بعض الوقائع المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي الآتي:
في واقعة لدى المحكمة العامة في "المدينة المنورة"، برقم القضية (٣٥١١٩٠٤)، وبتاريخ (١٤٣٥هـ)، ورقم القرار (٣٥٢٣٣٥٠٢) أقامت مدَّعيةٌ أجنبيةٌ دعوها ضدَّ زوجها الأجنبيِّ طالبةً بفسخ نكاحها منه لغيابه عنها وهجره لمدةٍ طويلةٍ، ونظرًا لأنَّ المدَّعى عليه يقيم خارج البلاد وليس له محلٌّ إقامة في المملكة ولم يسبق له دخولها، واستناداً إلى المادة (٢٧) في الفقرة (ب) من نظام المرافعات، والتي تنصُّ على أنَّ محاكم المملكة تختصُّ بنظر الدَّعوى المُقامة على المسلم غير السعودي الذي ليس له مكان إقامة عامٌّ أو مختارٍ في المملكة إذا كانت مقامةً من الزوجة غير السعودية المقيمة في المملكة على زوجها الذي كان له مكان إقامة فيها، متى كان قد هجر زوجته وجعل مكان إقامته في الخارج، أو كان قد أبعد من أرض المملكة، وبما أنَّ المدَّعية والمدَّعى عليه ليس لهما مكان إقامة في المملكة، لذا فقد قرَّر القاضي صرف النُّظر عن الدَّعوى لعدم الاختصاص الدولي، فاعترضت المدَّعية وصدِّقَ الحكم من محكمة الاستئناف^(٤٢).

نلاحظ أنَّ القاضي قضى بعدم الاختصاص القضائي للنظر في هذه الدَّعوى، وهذا يبيِّن أنَّ المملكة العربية السعودية لم تعترف بتنازع القوانين، إنَّما قرَّرت فقط صرف النُّظر عن الدَّعوى دون أعمال لقواعد الإسناد وبيان القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة.

وفي واقعةٍ أخرى لدى المحكمة العامة بمحافظة "القطيف" برقم القضية (٣٤٤٩٨٩٩)، وبتاريخ (١٤٣٤هـ)، ورقم القرار (٣٥٢٩١٧٦٨) أقامت المدَّعية دعوها ضدَّ مطلقها المدَّعى عليه طالبةً إلزامه بتكيتها من زيارة ابنتها منه التي تقيم في حضانتها، والبالغة من العمر اثنا عشرة عاماً، والانتقال بها إلى محلِّ إقامتها الواقع في دولة البحرين للمبيت عندها بشكلٍ دوريٍّ..، وبعرض الدَّعوى على المدَّعى عليه قرَّر موافقته على زيارة المدَّعية لابنتها داخل البلاد -السعودية-، ورفض سفر المحضونة إلى البحرين خشيةً عدم إعادة المدَّعية لابنته، وصعوبة استردادها نظراً لاختلاف الأنظمة بين الدولتين، وقد ورد قرار قسم الخبراء متضمناً

المسؤولية الأبوية، وإجراءات حماية الطفل ١٩/١٠/١٩٩٦م، اتفاقية حول الاختصاص، القانون المطبق، الاعتراف، التنفيذ (hcch.net)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٣٠.

(٤١) انظر: اتفاقية حقوق الطفل، الأمم المتحدة، الدورة الثانية والستين، ٢٠١٣م، وانظر: اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عن الأمم المتحدة، اتفاقية حقوق الطفل OHCHR | ، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢١.

(٤٢) انظر: وزارة العدل، مدونة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، دط، ٤٨٩/١٣-٤٩١.



تقدير مدّة الزيارة المناسبة ومواعيدها عُرفاً، ونظراً لكون الدّعى داخله ضمن الاختصاص الدوليّ لمحاكم المملكة، ولأنّ حاجة البنت الصغيرة لأمّها أكثر من حاجتها لوالدها، ولأنّ ما دفع به المدّعى عليه غير مقبول؛ لالتزام المملكة ودولة المدّعية باتفاقية تنفيذ الأحكام، لذا فقد حكم القاضي بإلزام المدّعى عليه بتمكين المدّعية من زيارة ابنتها، واستحقاقها أخذها لدولتها من يوم الخميس عصرًا إلى يوم السبت عصرًا، ويكون ذلك كلّ أسبوعين، وقرّر شمول الحكم بالنّفاذ المعجل بلا كفالة، ثمّ صيّق الحكم من محكمة الاستئناف (٤٣).

نلاحظ أنّ القاضي أثبت حقّ الأمّ في استضافة ابنتها خارج حدود بلدها بناءً على وجود اتفاقية تنفيذ الأحكام بين الدولتين، وعليه فإنّ مملكة البحرين تلتزم وفق هذه الاتفاقية بتنفيذ الحكم، وإعادة الفتاة لأبيها إذا تخلّفت الأمّ عن إعادتها في الوقت المحدّد.

وخلاصة القول: إن الشريعة الإسلامية في عصورها السّابقة لم تعرف تنازع القوانين كما هو معروف اليوم، إنّما عرفت بعضاً من أشكال التّنازع؛ مثل التّنازع بين المذاهب، وأحكام أهل الدّمة والمستأمنين، والتي خلّت إشكاليّتها بتوحيد الأحكام القضائيّة وإتباع مبادئ الاختصاص القضائيّ الدوليّ فيما بعد، أمّا مع ظهور القوانين الحديثة، والاعتراف بالحاكميّة للتّابعيّة السّياسيّة بدلاً من الشريعة الإسلامية (٤٤) فقد برزت مشكلة تنازع القوانين في القضايا المشوبة بعناصر أجنبيّة، فأدى ذلك إلى ظهور قواعد الإسناد التي اعتمدتها بعض الدّول العربيّة، في حين رفضتها أخرى كالمملكة العربية السعودية، واكتفت بضبط قواعد الاختصاص القضائيّ الدوليّ لديها.

الخاتمة:

أولاً: النتائج:

من خلال ما تقدم أقف مستخلصة أهمّ ما توصّلت إليه من نتائج:

- (١) لم تعرف الشريعة الإسلامية قضية تنازع القوانين بصورتها الحاليّة، إلّا أنّها عرفت بعضاً من صور التّنازع، كتنازع المذاهب وأحكام أهل الدّمة والمستأمنين والتي خلّت إشكاليّتها بتوحيد الأحكام القضائيّة وإتباع مبادئ الاختصاص القضائيّ الدوليّ فيما بعد.
- (٢) أفردت بعض التشريعات العربية لقضايا الحضانة قواعد إسناد خاصة، في حين أدرجتها أخرى ضمن قواعد إسناد عامة.
- (٣) لم يعترف نظام المملكة العربية السعودية بقضية تنازع القوانين، فلم ينصّ في أنظّمته على قواعد إسناد خاصة، إنّما ضبط قواعد الاختصاص القضائيّ الدوليّ في هذا الباب.
- (٤) يخرج الأجنبيّ غير المسلم عن نطاق اختصاص المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية إلّا إذا تراضى الخصمان بالحكم بنظام الدّولة، أو وجدت اتفاقيات دوليّة تقضي بغير ذلك.
- (٥) تعتبر أحكام المدونة القضائيّة في المملكة العربية السعودية بمثابة سوابق قضائيّة يُعتمد عليها في تقرير الحكم الشرعي لبعض المسائل.
- (٦) يُعدّ مقصد حفظ دين المحضون من أهم مقاصد الشريعة الواجب أخذه بعين الاعتبار في جميع قوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية عند حدوث نازع مشوب بعناصر أجنبيّة.

ثانياً: التّوصيات:

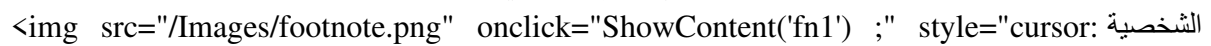
- (١) العمل على توعية المجتمعات لقضية تنازع القوانين وتوضيحها وتبسيطها بما ينفي الضّرر عن أطراف العلاقات الاجتماعيّة ذات العنصر الأجنبيّ.
- (٢) خصوبة مجال تنازع القوانين في البحث العلميّ والدراسات البينيّة، وذلك بالمقارنة بين عدّة دول عربيّة وغربيّة، أو بين قانون دولة معيّنة والشريعة الإسلامية، وخاصة فيما يتعلّق بقضايا الأحوال الشخصية.

(٤٣) انظر: وزارة العدل، مدونة الأحكام القضائيّة لعام ١٤٣٥هـ، د. ط، ٩/٤٣٠-٤٣٤.

(٤٤) انظر: فضيل، قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، مجلة روح القوانين، المجلد: ٣٣، العدد: ٩٥، ص: ٥٢٢.



قائمة المصادر والمراجع:

- (١) اتفاقية حقوق الطفل، صكوك حقوق الإنسان، الأمم المتحدة، اتفاقية حقوق الطفل OHCHR، استعرض بتاريخ ٢٠٢٣/٨/٢٧.
- (٢) امحمدي، آمنة بوزينة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد: ١١، العدد: ٢، ٢٠٢٠.
- (٣) بوابة الحكومة الالكترونية السورية، قانون الأحوال الشخصية السوري، القانون رقم ٤ لعام ٢٠١٩ القاضي بتعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ لعام ١٩٥٣ وتعديلاته (egov.sy)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٦/٢٠.
- (٤) جامعة الدول العربية، اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي (justice.gov.ma)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢١.
- (٥) الجرجاني، علي بن محمد الشريف، التعريفات، ت: جماعة من العلماء، ط: ١، (لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م).
- (٦) حمادي، خديجة، ومخلوف، كمال، إشكالية تنازع القوانين في الحضانة (دراسة مقارنة)، مجلة معارف، المجلد: ١٧، العدد: ٢، ديسمبر ٢٠٢٢م.
- (٧) خلاف، عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط: ٢، (مصر: دار الكتب المصرية، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م).
- (٨) الداود، دواد بن عبد العزيز، قضايا التركات ذات العنصر الأجنبي، مجلة القضاء المحكمة، العدد: ١٢، ١٤٤٠هـ.
- (٩) الدردير، أحمد، الشرح الكبير على مختصر خليل، د.ط، (د.م: دار الفكر، د.ت).
- (١٠) الدواوي غالب، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي تنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة، ط: ١، (د.م: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٣م).
- (١١) دولة الإمارات العربية المتحدة، قانون اتحادي رقم ٢٨ في شأن الأحوال الشخصية، في شأن الأحوال الشخصية:  (moj.gov.ae) استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢٧.
- (١٢) الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط: ٢، (د.م: الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م).
- (١٣) الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، ت: جماعة من المختصين، د.ط، (الكويت: وزارة الإرشاد والأنباء والمجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م).
- (١٤) الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، ط: ٤، (سورية: دار الفكر، د.ن).
- (١٥) أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، ط: ٣، (د.م: دار الفكر العربي، ١٩٥٧م).
- (١٦) سليمان، هيثم مصطفى، والبقيشي، سلطان عبد الله، القانون الدولي الخاص، ط: ١، (السعودية: مكتبة المتنبي، ٢٠١٦م).
- (١٧) سنوسي، علي، اختلاف التشريعات وأثرها في تحريك تنازع القوانين في موضوع الحضانة، مجلة البحوث والعلوم السياسية، المجلد: ٣، العدد: ٢، يونيو ٢٠١٨.
- (١٨) الشربيني، شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط: ١، (د.م: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م).
- (١٩) صادق هشام، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، د.ط، (مصر: دار المطبوعات الحديثة، ٢٠٠٧م).



- ٢٠) صادق هشام، عبد العال عكاشة، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي، د.ط، (الإسكندرية: دار الفتح للطباعة والنشر، ٢٠١٠م).
- ٢١) صادق هشام، والحداد حفيظة، الموجز في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين – تنازع الاختصاص القضائي) د.ط، (مصر: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٦م).
- ٢٢) طاهري، آسية، تنازع القوانين في الحضارة، مجلة المفكر، المجلد: ٤، العدد: ٢، ديسمبر ٢٠٢٠م.
- ٢٣) ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار = حاشية ابن عابدين، ط: ٢، (مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م).
- ٢٤) عدي، محمد إيت، الشريعة الإسلامية وتنازع القوانين، المجلة الشاملة للحقوق، المجلد: ١، العدد: ١، يوليو ٢٠٢١م.
- ٢٥) عيد، إيهاب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، د.ط، (د.م: دن، د.ت).
- ٢٦) الغامدي، حمدان بن درويش، دور القاضي في إعمال القانون الأجنبي وإثباته، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، المجلد: ٢٠٢٠، العدد: ٣٥، مارس ٢٠٢٠م.
- ٢٧) ابن فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام هارون، (د.م: دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م).
- ٢٨) ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط: ١، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م).
- ٢٩) فضل، محمد ضو، قاعدة الإسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، مجلة روح القوانين، المجلد: ٣٣، العدد: ٩٥، يوليو ٢٠١٢م.
- ٣٠) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ت: نجيب هواويني، د.ط، (باكستان: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، د.ن).
- ٣١) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الأحكام السلطانية، د.ط، (القاهرة: دار الحديث، د.ت).
- ٣٢) مجلة القانون الدولي الخاص، مركز كوثر، [CodeDroitInternational.pdf \(cawtar.org\)](http://cawtar.org/CodeDroitInternational.pdf) استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢٧.
- ٣٣) مجموعة الأنظمة السعودية، هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، نظام الأحوال الشخصية ١٤٤٣هـ، تفاصيل النظام (boe.gov.sa)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٢/٥.
- ٣٤) مجموعة الأنظمة السعودية، هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، نظام المرافعات الشرعية، تفاصيل النظام (boe.gov.sa) استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٨/٢١.
- ٣٥) مجموعة الأنظمة السعودية، هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، نظام حماية الطفل، تفاصيل النظام (boe.gov.sa)، استعرض في ٢٠٢٣/٩/٧.
- ٣٦) محاماة نت، قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (٢٥) لعام (١٩٢٩) م نصوص و مواد قانون الأحوال الشخصية المصري و اخر التحديثات و التعديلات ٢٠٢٣ (mohamah.net)، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٦/٥.
- ٣٧) المرادوي، علاء الدين، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط: ١، (القاهرة: هجر للطباعة، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م).
- ٣٨) المكي، صلوح، وشهرزاد، عبد الله، تنازع القوانين في الحضارة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، المجلد: ٥، العدد: ١، أبريل ٢٠٢١م.



- ٣٩) وزارة العدل السعودية، البوابة القضائية العلمية، البوابة القضائية العلمية (moj.gov.sa) ، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٢/٥.
- ٤٠) وزارة العدل، مجموعة قوانين الأحوال الشخصية المصرية، قانون الأحوال الشخصية المصري.pdf، استعرض بتاريخ ٢٠٢٣/٦/٥.
- ٤١) وزارة العدل، مدونة الأسرة المغربية، *الأسرة.pdf، استعرض بتاريخ: ٢٠٢٣/٩/٢٠.
- ٤٢) ونوقي، ناهد فتيحة، انحلال الزواج المختلط وأثره في ممارسة الحضانة (دراسة للحالة الجزائرية الفرنسية)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، (الجزائر: جامعة زيان عاشور الجلفة، ٢٠١٤م).



أثر رؤية المملكة ٢٠٣٠ في تطوير البنية التشريعية: مشروع نظام حماية المستهلك أنموذجاً

The Impact of the Kingdom's Vision 2030 on Developing the Legislative

Structure: The Consumer Protection Law Bill as a Model

د. شايح بن عبد الله الشهراني

أستاذ القانون التجاري المساعد بجامعة نجران

Email: Dr.ShayaAlshahrani@gmail.com

المستخلص:

لا يوجد في المملكة العربية السعودية إطاراً تنظيمياً خاصاً ينظم العلاقة التعاقدية بين التاجر والمستهلك بشكل شامل. بدلاً من ذلك، يتم الاعتماد في تنظيم تلك العلاقة على الأحكام ذات الصلة في التشريعات التجارية متى كان ذلك ممكناً. ومع ذلك، هناك العديد من العوامل التي دعت نحو الحاجة لسن إطار تنظيمي ينظم تلك العلاقة بما يخلق توازن عادل في العلاقة التعاقدية بين المستهلك والتاجر. استجابة لذلك، يقدم المشرع السعودي إطاراً تنظيمياً يسمى "مشروع نظام حماية المستهلك" والذي يهدف إلى تحقيق التوازن العادل في الحقوق والواجبات بين المشغل الاقتصادي والمستهلك. من هنا، تحاول هذه الورقة تقييم فعالية القواعد ذات الصلة بحماية المستهلك في القوانين التجارية الحالية، سعياً نحو استنباط أبرز التحديات التي تحول دون حماية المستهلك بكفاءة؛ ثم تبرز أثر رؤية 2030 في تطوير البنية التشريعية الخاصة بحماية المستهلك بما يحفظ مصالح الأطراف التعاقدية. وقد توصلت هذه الورقة إلى نتائج عدة من أبرزها؛ أن مشروع نظام حماية المستهلك يشكل قفزة هائلة في تمكين المستهلكين نظراً لاستفادته من أبرز التجارب والممارسات الدولية في هذا الصدد بما يوفر الحماية للمستهلك دون الإضرار بمصالح التاجر، كما توصي هذه الورقة بضرورة تدعيم أحكام مشروع النظام بقواعد قانونية توسع من نطاق تطبيقه بما يحقق أهداف النظام والغاية من تشريعه.

الكلمات الافتتاحية: رؤية المملكة 2030 – حماية المستهلك – النظام السعودي – الممارسات الدولية

Abstract:

There is no explicit legislation in the Kingdom of Saudi Arabia that governs the contractual relationship between trader and consumer. Instead, it is regulated in accordance with consumer-friendly provisions of relevant commercial legislation, if possible. However, a variety of circumstances have contributed to the need for a regulatory framework that governs this interaction in a way that ensures a fair balance between the consumer and the trader. In response, the Saudi legislator introduces the "Consumer Protection Bill". As a result, this paper assesses the effectiveness of consumer protection provisions under present commercial legislation, attempting to identify the most significant issues that prohibit effective consumer protection. The impact of Vision 2030 on developing the legislative structure for consumer protection is then highlighted in a way that maintains the contractual relationship between the parties. This paper has achieved various conclusions, the most notable of which are the Consumer Protection Bill is a significant step forward in consumer empowerment, as it draws on the most prominent worldwide practices and rules with great efficiency, protecting the consumer while not jeopardising the trader's interests. This paper advises that the Bill's provisions be supported by legal rules that broaden the extent of its applicability in a way that accomplishes the Bill's aims and the legislative purpose.

Keywords: Saudi Vision 2030 – Consumer Protection Bill – Saudi Law – International Practices



المقدمة:

يشكل المستهلك دوراً بارزاً في النظام الاقتصادي لأي دولة؛ حيث يفتقر المنتج إلى أحد الدوافع الرئيسية نحو الإنتاج عند عدم إقدام المستهلك على شراء السلع أو الخدمات، ما قد يؤدي إلى حدوث كساد اقتصادي عارم. من هنا برزت الحاجة نحو الاهتمام بحاجات المستهلكين في مختلف المجالات. ففي مجال التسويق، على سبيل المثال، يهدف التسويق الاستهلاكي إلى تسويق السلع والخدمات للمستهلكين المحتملين عبر عدة طرق منها؛ الاستفادة من عادات التسوق الشخصية للمستهلك وأنواع السلع أو الخدمات التي يتم شراؤها بشكل أكبر، إلى غير ذلك من الطرق. وفي المجال القانوني، تحاول قوانين حماية المستهلك تمكين الأخير من خلال تقديم حماية إضافية له نظراً لأنه الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية في مقابل التاجر. لتحقيق ذلك، تبنت المملكة العربية السعودية العديد من القواعد والآليات، وبنت مجموعة من النظم والمؤسسات، التي تسعى نحو خلق توازن اقتصادي بين أطراف العلاقة التعاقدية، مما يسهم في تحقيق مستهدفات رؤية المملكة العربية السعودية 2030.

أهمية ومشكلة الدراسة:

لأول مرة في المملكة العربية السعودية، يتم سن إطار تنظيمي شامل لحماية المستهلك ينظم العلاقة التعاقدية بين التاجر والمستهلك في العقود التقليدية والإلكترونية، بما يشمل الجوانب الموضوعية والإجرائية. ومع ذلك، تتساءل هذه الورقة إلى أي مدى يمكن لمشروع النظام أن يعالج التحديات التي تحول دون إقدام المستهلكين على الشراء، بما يسهم في تمكينهم دون الإضرار بمصالح التجار؟ وللإجابة على هذا السؤال تحاول هذه الورقة الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

١. هل هناك حاجة لحماية المستهلك في العقود المبرمة مع التاجر؟
٢. ما هي أبرز تحديات حماية المستهلك في التشريعات التجارية الحالية؟
٣. ما هي مظاهر التطوير في مشروع نظام حماية المستهلك الجديد؟
٤. إلى أي مدى استفاد مشروع النظام من أبرز التجارب والممارسات الدولية الصادرة في هذا الشأن؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة -بشكل رئيس- إلى تقييم مدى فعالية القواعد ذات الصلة بحماية المستهلك في القوانين التجارية الحالية، واستنباط أبرز تحديات حماية المستهلك في التشريعات الحالية؛ ثم تبرز أثر رؤية المملكة العربية 2030 في تطوير البنية التشريعية لحماية المستهلك بما يحفظ مصالح أطراف العلاقة التعاقدية، ويسهم في توسع القاعدة الاقتصادية في المملكة العربية السعودية.

منهج الدراسة:

استخدم الباحث المنهج التحليلي النقدي؛ مع التزام الباحث بالأمانة العلمية، ومراعاة قواعد الكتابة البحثية والتوثيق العلمي وفق شروط النشر المعتمدة.

الدراسات السابقة:

بعد مراجعة المكتبات الجامعية والوطنية، ومحركات البحث في الشبكة العنكبوتية، وقوائم المكتبات والمجلات العلمية المتخصصة؛ لم أعث على دراسة علمية تناولت موضوع هذه الدراسة في مجال نطاقه وغاية ما وقف عليه الباحث دراسات أخرى ناقشت أثر رؤية المملكة ٢٠٣٠ في سياق تطوير قوانين أخرى منها على سبيل المثال لا الحصر الدراسات التالية:

دراسة بعنوان: الإصلاحات التشريعية الحديثة في المملكة العربية السعودية ودورها في جذب الاستثمارات الأجنبية "دراسة تحليلية، للباحث عبد الكريم الذيابي، والمنشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية ٣٥ (٤٣)، ٢٠٢٣.



دراسة بعنوان: نظام الاستثمار السعودي في ظل رؤية المملكة ٢٠٣٠ - إشكالية التعارض بين جذب الاستثمار الأجنبي المباشر FDI وانضباطه: دراسة تحليلية نقدية مقارنة مع قواعد البنك الدولي، للباحث يحيى الجدران، والمنشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ٣٦، ٢٠١٩.

دراسة بعنوان: الاستثمار الأجنبي المباشر في ضوء رؤية المملكة العربية السعودية ٢٠٣٠، للباحث احمد العضاضي، والمنشور في المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، (٤٢)، ٢٠٢٣.

خطة الدراسة:

جاء البحث في مقدمة ومبحثين، اشتمل كل مبحث على مطلبين، ثم الخاتمة، وقائمة المصادر والمراجع، على النحو الآتي:

المبحث الأول: الحماية القانونية للمستهلك في النظام السعودي

المطلب الأول: الحاجة لحماية المستهلك في العقود المبرمة مع التجار

المطلب الثاني: تحديات حماية المستهلك في التشريعات الحالية

المبحث الثاني: أثر رؤية المملكة ٢٠٣٠ في تمكين المستهلكين

المطلب الأول: مظاهر التطوير في مشروع نظام حماية المستهلك

المطلب الثاني: مدى استفادة مشروع النظام من أبرز الممارسات الدولية

المبحث الأول:

الحماية القانونية للمستهلك في النظام السعودي:

المطلب الأول: الحاجة لحماية المستهلك في العقود المبرمة مع التجار

لا يوجد تعريف موحد يبين مفهوم المستهلك في كافة الأقاليم؛ وإنما يختلف المفهوم القانوني للمستهلك باختلاف التشريعات ذات الصلة بالسلطات القضائية ما بين من موسع لنطاق المفهوم ومضيق له.

فعلى سبيل المثال، يُعرف المستهلك في القانون الإنجليزي بأنه "الفرد الذي يتصرف لأغراض خارج نطاق تجارته، أو عمله، أو حرفته، أو مهنته (بشكل كامل أو أساسي)".^١

من هنا، يتضح بأن مصطلح المستهلك يشير إلى فئة محددة من المشتريين، فلا يمكن للشخص الاعتباري -على سبيل المثال- أن يكون مستهلكاً.

وعلى النقيض من ذلك، يعرف فقهاء الشريعة المعاصرين "المستهلك" بأنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة كمستفيد نهائي لها، رغبةً في تلبية احتياجاته أو احتياجات الآخرين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.^٢

وقد تضمنت العديد من التشريعات التجارية في المملكة تعريفات متنوعة للمستهلك.

فعلى سبيل المثال، تعرّف المادة الأولى من نظام التجارة الإلكترونية المستهلك بأنه "الشخص الذي يتعامل بالتجارة الإلكترونية رغبةً في الحصول على المنتجات أو الخدمات التي يوفرها موفر الخدمة".^٣

بينما ينص مشروع نظام حماية المستهلك بأن الأخير هو "شخص ذو صفة طبيعية يسعى إلى الحصول على منتج أو خدمة بغرض إشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو المعيشية".^٤

من هنا يتبين بأن المشرع السعودي قد عدل عن موقفه السابق في توسيع نطاق مفهوم المستهلك؛ ونحن في هذا الصدد نشيد بهذا الموقف نظراً لما واكبته التوجهات الدولية ذات الصلة بحماية المستهلك.

^١ انظر: Consumer Right Act 2015, s2.

^٢ وليد خالد عطية، عباس عبدالصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العنود عن العقد: دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الخامس عشر، ٩٢٤.

^٣ انظر: المادة رقم (١) من نظام التجارة الإلكترونية الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٢٦) وتاريخ ١٤٤٠/١١/٧هـ.

^٤ انظر: المادة رقم (١) من مشروع نظام حماية المستهلك.



من ناحية أخرى، في العقود المبرمة ما بين التجار والمستهلكين، يمتلك أحد الأطراف التعاقدية (التاجر) معلومات أكثر حول المنتج أو الخدمة محل العقد، كما يحظى بقوة اقتصادية وبخبرة كبيرة في إبرام العقود التجارية.

على العكس من ذلك، لا يحظى الطرف الآخر (المستهلك) بنفس القدر من المعلومات، مما يجعل الأخير الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية.

من هنا، هناك خطر بأن يستغل الطرف الأول مركزه الأقوى لارتكاب ممارسات -غير عادلة- يمكن من خلالها إشباع حاجاتهم الخاصة على حساب مصالح المستهلكين.^٥ فعلى سبيل المثال، تتخذ العقود المبرمة بين التجار والمستهلكين شكل العقود القياسية والتي لا يمكن للمستهلك التفاوض بشأنها مع التاجر.

من هنا، قد يستغل التاجر هذه الميزة من خلال إدراج شروط وأحكام غامضة أو معقدة لا يمكن للشخص العادي إدراك معانيها حال إبرام العقد، مثل الشروط ذات الصلة بالإعفاء من المسؤولية. وفي هذه الحالة، قد يجد المستهلكون أنفسهم ملزمين بعقود لم يكونوا ليلتزموا بها لو كان لديهم القدرة على تفسير تلك البنود أثناء إبرام العقد.

تزداد تلك المخاطر حال استخدام المستهلك الوسائل الإلكترونية -كالإنترنت- كأداة للتسوق؛ نظراً لما تحظى به تلك الأدوات من عوامل قد تؤدي إلى إبرام المستهلك قراراً غير مستنير. فعلى سبيل المثال، لا يحظى المستهلك بالفرصة الكافية -عبر الإنترنت- لفحص المنتج قبل إبرام العقد سعياً نحو التأكد من جودته، وبالتالي قد يتفاجأ -بعد استلام المنتج- بأن المنتج لا يتوافق مع توقعاته أو الوصف المقدم له من قبل التاجر.

من هنا، تبرز الحاجة لتقديم حماية إضافية للمستهلك في العقود المبرمة مع التاجر سعياً نحو خلق توازن بينهما في العلاقة التعاقدية.

المطلب الثاني: تحديات حماية المستهلك في التشريعات الحالية

تتضمن العديد من التشريعات التجارية في المملكة العربية السعودية عدداً من الأحكام الصديقة للمستهلك؛ مثل حظر ممارستي الغش والخداع بموجب نظام المحكمة التجارية ونظام مكافحة الغش التجاري.^٦ وما تضمنه نظام الوكالات التجارية من ضمانات ممنوحة للمستهلك في حال إبرامه عقداً مع الوكيل التجاري كضمان الصيانة وتوفير قطع الغيار.^٧

ومتطلبات البيانات -بموجب نظام البيانات التجارية- حال تقديم التاجر بياناً للمستهلك؛ كجوب كتابة البيان باللغة العربية، ووجوب مطابقة الوصف للحقيقة من كل الوجوه.^٨ وحظر الإعلانات الإلكترونية المضللة، وضرورة تقديم معلومات كافية حول العقد قبل إبرامه مع المستهلك، ومنح حق الفسخ -إلغاء العقد- في حالات محددة للمستهلك بموجب نظام التجارة الإلكترونية.^٩ ومع ذلك، لا تخلوا الأحكام أعلاه من الانتقادات التي تشكك في مدى كفاءتها لتوفير الحماية الفعالة للمستهلك.

^٥ شايح بن عبد الله الشهراني، "عقود الوكالة التجارية ومقتضيات حماية المستهلك في الفقه الإسلامي والنظام السعودي"، ٢١٠ (٣) ٢٠٢٤ مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، ٣٨٤.

^٦ انظر: المادة رقم (٥) من نظام المحكمة التجارية الصادر بمرسوم ملكي رقم م / ٢ وتاريخ ١٥ / ١ / ١٣٩٠ هـ؛ المادة رقم (٢) من نظام مكافحة الغش التجاري الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٩) وتاريخ ٢٣/٤/١٤٢٩ هـ.

^٧ انظر: المادة (١ - ٢ - ٣) من اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية.

^٨ انظر: المادة (٢) من نظام البيانات التجارية الصادر بمرسوم ملكي رقم م/١٥ بتاريخ ١٤ / ٤ / ١٤٢٣ هـ.

^٩ انظر: المواد (٧، ١٠، ١٣) من نظام التجارة الإلكترونية.



فعلى سبيل المثال لا تتناسب الأحكام ذات الصلة بحظر الخداع والغش بموجب نظام مكافحة الغش التجاري مع طبيعة السلع الملموسة، ولا يمكن تطبيقها معظم أحكامه في حال كان محل العقد خدمة أو سلعة غير ملموسة كالمحتوى الرقمي.^{١٠}

علاوة على ذلك، لا تمنح التشريعات الحالية سبلاً كافية للانتصاف حال وقوع المستهلك ضحية لممارسات تجارية غير عادلة، وإنما يقتصر حق المستهلك على جوانب محددة في إطار معين كالحق في المطالبة بقيمة المنتج المغشوش.

علاوة على ذلك، إن الالتزامات التي أسندتها نظام الوكالات التجارية للوكيل ليست كافية لتقديم الحماية الشاملة للمستهلك؛ نظراً لاقتصارها على توفير ضمان الصيانة وقطع الغيار دون غيرها من الضمانات الأخرى.

بالإضافة إلى ذلك، تتطلب الشفافية في البيان المقدم للمستهلك العديد من المتطلبات التي لا يغطيها نظام البيانات التجارية كمتطلبات الشفافية والبروز، وضمان موافقة السلعة أو الخدمة لتوقعات المستهلك، ووجوب أن تؤدي السلع أو الخدمات للغرض من إبرام الصفقة، بالإضافة إلى الحاجة نحو تقديم بيانات ضرورية أخرى لاتخاذ قرار مستنير.

علاوة على ذلك، لا يمكن تطبيق بعض الأحكام الصديقة للمستهلك بموجب نظام التجارة الإلكترونية إلا في إطار محدود، على سبيل المثال لا يمكن للمستهلك فسخ العقد -الممنوح بموجب نظام التجارة الإلكترونية- حال إبرامه بالطرق التقليدية، مما يحرمه الحماية المقدم بموجب النظام.

المبحث الثاني:

أثر رؤية المملكة ٢٠٣٠ في تمكين المستهلكين

المطلب الأول: مظاهر التطوير في مشروع نظام حماية المستهلك

يحتوي مشروع نظام حماية المستهلك على اثنان وثمانون مادة تنظم معظم الجوانب الجوهرية التي يمكن من خلالها حماية المستهلك؛ بما في شمل الجوانب الموضوعية والإجرائية.

ومن أبرز ما تضمنه المشروع من مزايا تضيق نطاق مفهوم المستهلك بموجب النظام؛ حيث يقتصر على الأشخاص الطبيعيين -دون الاعتباريين- ممن يسعى من خلال إبرام العقد إلى الحصول على خدمة أو منتج ما سعياً نحو إشباع حاجاتهم الشخصية أو العائلية أو المعيشية.^{١١}

من هنا، يمكن القول بأن المشرع قد استبعد من نطاق مشروع النظام -بالإضافة إلى الأشخاص الاعتباريين- من يهدف من إبرام العقد لإشباع حاجات غير شخصية كالأغراض التجارية.

بالإضافة إلى ذلك، نص مشروع النظام على وجوب تقديم المشغل الاقتصادي للمعلومات الجوهرية - حول المنتج أو الخدمة- التي يحتاج إليها المستهلك وذلك قبل إبرام العقد سعياً نحو تسهيل اتخاذ المستهلك لقرار مستنير.^{١٢}

علاوة على ذلك، يحظر المشروع أشكالاً متعددة من الممارسات التجارية غير العادلة التي قد يقع المستهلك ضحية لها سواءً عند التسوق التقليدي أو الافتراضي،^{١٣} كما يتحكم المشروع بشروط وأحكام العقد ويوفر نظاماً فعالاً يمكن من خلاله الحد من إدراج الشروط التجارية غير العادلة.^{١٤}

^{١٠} شايح بن عبد الله الشهراني، "الحماية القانونية من ممارسات الغش التجاري - دراسة تحليلية في نظام مكافحة الغش التجاري." (٢٠٢٤)

^{١١} ١٢ (٢) مجلة جامعة جازان للعلوم الإنسانية، ٦٣.

^{١٢} انظر: المادة رقم (١) من مشروع نظام حماية المستهلك.

^{١٣} انظر: المادة رقم (٤-١٤) من مشروع نظام حماية المستهلك.

^{١٤} انظر: المادة رقم (٢٧-٣٤) من مشروع نظام حماية المستهلك.



كما نظم المشروع قواعد ممارسة حق الانسحاب (إلغاء العقد) بما يساهم في تمكين المستهلكين دون الإضرار بمصالح التاجر؛^{١٥} كما يوفر مشروع النظام العديد من الضمانات لتحقيق الصفقة للهدف من إبرامها، كوجوب مطابقة السلع والخدمات مع الوصف المقدم من التاجر، سعيًا نحو ضمان حصول المستهلكين على سلع وخدمات ذات جودة مرضية وتتوافق مع توقعاتهم.^{١٦} وفيما يتعلق بالجوانب الإجرائية، تضمن المشروع أحكاماً خاصة بتنظيم عملية مراقبة السوق بشكل صارم.^{١٧}

بالإضافة إلى ذلك، حدد المشروع العقوبات الإدارية والجزائية المترتبة على انتهاك أحكام مشروع النظام، كما حدد بشكل مناسب معايير تحديد تلك العقوبات والتدابير التصحيحية ذات الصلة، والجهة المختصة بالنظر في هذا النوع من النزاعات، وآلية الطعن في قراراتها.^{١٨} علاوة على ذلك، يوضح المشروع آلية تسوية المنازعات الناشئة بين المشغلين الاقتصاديين والمستهلكين، وتحدد الجهة المختصة بتسوية هذه النزاعات، وآلية اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة بينهما.^{١٩}

في هذا السياق، يحدد المشروع السلطات المخولة بالإشراف على المنصات الإلكترونية لتسوية المنازعات ومتطلبات مقدمي الوسائل والمنصات الإلكترونية لممارسة هذا الدور. كما منح المشروع جمعيات المستهلكين -لأول مرة- عدداً من الصلاحيات فيما يتعلق بقضايا المستهلكين، مثل السماح لهذه الجمعيات برفع دعاوى قضائية أمام المحاكم المختصة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المتعلقة بالحقوق والمصالح الجماعية للمستهلكين.^{٢٠}

المطلب الثاني: مدى استفادة مشروع النظام من أبرز الممارسات الدولية

بعد استقراء أحكام مشروع النظام، يتضح بأن المشرع السعودي قد استفاد بشكل مثالي من أبرز التجارب والممارسات الدولية ذات الصلة بحماية المستهلك. فعلى سبيل المثال، في تحديد مفهوم المستهلك، نجد بأن المشرع السعودي قد تبني نهجاً مشابهاً لموقف المشرع الأوروبي في لائحة حماية المستهلك وقوانين الاتحاد الأوروبي (توجيه الاتحاد الأوروبي)، وكذلك المشرع الإنجليزي في قانون حقوق المستهلك الإنجليزي (٢٠١٥)؛ حيث يقتصر مفهوم المستهلك على الشخص الطبيعي الذي يتصرف لأغراض خارج نطاق أعماله التجارية، وذلك على النقيض من التشريعات السابقة (مثل نظام التجارة الإلكترونية) التي تسمح للأشخاص الاعتباريين بالاستفادة من الأحكام ذات الصلة بحماية المستهلك.

مثال آخر ما نصت عليه المادة ٥ من مشروع النظام، والتي تقدم مصطلح جديداً في الأنظمة السعودية والمتمثل في عبارة "المستهلك المعرض للضرر". يشير هذا المصطلح إلى ضرورة منح حماية إضافية لفئة محددة من المستهلكين لأسباب معينة مثل العمر والإعاقة وغيرها من الظروف التي قد تؤثر سلباً على قراراتهم وخياراتهم. بعبارة أخرى، مقارنة بالمستهلك العادي، لا يمكن للمستهلك المعرض للضرر الاستفادة القصوى من أفضل الصفقات في الأسواق التنافسية، نظراً لما لتلك الظروف من آثار سلبية على قدرتهم في اتخاذ قرار مستنير.

^{١٥} انظر: المادة رقم (٤٣-٣٥) من مشروع نظام حماية المستهلك.

^{١٦} انظر: المادة رقم (٥٦-٤٦) من مشروع نظام حماية المستهلك.

^{١٧} انظر: المادة رقم (٦٠-٥٧) من مشروع نظام حماية المستهلك.

^{١٨} انظر: المادة رقم (٦١-٧٥/٦٣-٧٩) من مشروع نظام حماية المستهلك.

^{١٩} انظر: المادة رقم (٦٥-٦٧) من مشروع نظام حماية المستهلك.

^{٢٠} انظر: المادة رقم (٦٥-٧٣) من مشروع نظام حماية المستهلك.



يمكن القول بأن المشرع السعودي قد استقى هذا المصطلح من قانون الاتحاد الأوروبي؛ حيث يتم تعريف المستهلكين المعرضين للخطر في المادة (٥) من توجيه الممارسات التجارية غير العادلة على أنهم "... مجموعة يمكن تحديدها بوضوح من المستهلكين المعرضين للخطر بشكل خاص للممارسة أو المنتج الأساسي بسبب ضعفهم العقلي، أو البدني، أو سنهم، أو سذاجتهم بطريقة يمكن أن يتوقعها التاجر بشكل معقول". ومع ذلك، تم توسيع نطاق مفهوم هذا المصطلح في مشروع النظام إلى ما هو أبعد من الحالات المذكورة أعلاه في القانون الأوروبي ليشمل أي حالة قد تؤثر سلباً على قرارات المستهلك واختياراته سواء كانت شخصية أو موضوعية.

من هنا، يمكن القول بأن الضعف المؤقت الذي يتعرض له المستهلك بناءً على عوامل ظرفية (كالبطالة) تسمح له بالاستفادة من أحكام المادة ٥ من مشروع النظام.

وبالتالي، يمكن القول بأن دور المشروع السعودي لم يقتصر على نقل الأحكام من تشريعات الدول المتقدمة (مثل القانون الأوروبي) إلى مشروع النظام فحسب (وهو ما يعرف بنظرية الزرع القانوني)، بل كان له دور بارز في تحقيق الاستفادة القصوى من استقاء تلك الأحكام – عبر الأخذ في الاعتبار السياق المجتمعي والثقافي والقانوني في المملكة- مما يساهم في تمكين المستهلكين وضمان عدم نشوء تحديات تحول دون تنفيذ تلك القواعد.

الخاتمة:

أبرز النتائج:

١. أن المشرع السعودي قد عدل عن موقفه في تحديد نطاق مفهوم المستهلك تماشياً مع القواعد والممارسات الدولية الصادرة في هذا الصدد.
٢. تتمثل أحد أبرز تحديات حماية المستهلك في التشريعات التجارية الحالية في الإطار الضيق لنطاق تطبيق أحكامها، وعدم تضمينها سبلاً كافية للانتصاف.
٣. يغطي مشروع نظام حماية المستهلك معظم الجوانب الجوهرية لحماية المستهلك بما يشمل الجوانب الموضوعية والإجرائية.
٤. أن مشروع نظام حماية المستهلك يشكل قفزة هائلة في تمكين المستهلكين نظراً لاستفادته من أبرز التجارب والممارسات الدولية بما يحمي المستهلك دون إضرار بمصالح التاجر.

أبرز التوصيات:

١. ضرورة تدعيم أحكام مشروع نظام حماية المستهلك بقواعد قانونية توسع من نطاق تطبيقه بما يحقق أهداف النظام والغاية من تشريعه.
٢. إجراء مزيد من الدراسات القانونية حول مدى فعالية مشروع النظام في تقديم الحماية الكافية للمستهلك من الناحية العملية ولتحقيق هذا الهدف قد يكون من المناسب الاستعانة بالمنهج التجريبي.

المصادر والمراجع باللغة العربية:

- الشهراني، شايح بن عبدالله، "الحماية القانونية من ممارسات الغش التجاري - دراسة تحليلية في نظام مكافحة الغش التجاري." (٢٠٢٤) ١٢ (٢) مجلة جامعة جازان للعلوم الإنسانية.
- الشهراني، شايح بن عبدالله، "عقود الوكالة التجارية ومقتضيات حماية المستهلك في الفقه الإسلامي والنظام السعودي." ٢١٠ (٣) ٢٠٢٤ مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية.
- عطية وليد خالد، عباس، عبد الصمد، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد: دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الخامس عشر.
- نظام البيانات التجارية الصادر بمرسوم ملكي رقم م/١٥ بتاريخ ١٤ / ٤ / ١٤٢٣.



- نظام التجارة الإلكترونية الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٢٦) وتاريخ ١٤٤٠/١١/٧هـ.
- نظام المحكمة التجارية الصادر بمرسوم ملكي رقم م / ٢ وتاريخ ١٤٠٠ / ١ / ١٣٩٠ هـ
- نظام مكافحة الغش التجاري الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٩) وتاريخ ١٤٢٩/٤/٢٣هـ.
- اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية <https://2u.pw/7HEsok0j>
- مشروع نظام حماية المستهلك <https://2u.pw/Pvz8u9>

Bibliography:

- Al-Shahrani, Shaya bin Abdullah, "Legal Protection from Commercial Fraud Practices - An Analytical Study in the Anti-Commercial Fraud System." (2024) 12(2) Jazan University Journal for Humanities.
- Al-Shahrani, Shaya bin Abdullah, "Commercial Agency Contracts and Consumer Protection Requirements in Islamic Jurisprudence and the Saudi System." 210(3) 2024 Journal of the Islamic University for Sharia Sciences.
- Attia Walid Khaled, Abbas, Abdul Samad, The Concept of the Consumer's Legal Option to Withdraw from the Contract: A Comparative Study between Positive Law and Islamic Jurisprudence, Journal of the College of Law for Legal and Political Sciences, Volume Four, Issue Fifteen.
- Commercial Data Law issued by Royal Decree No. M/15 dated 14/4/1423.
- Consumer Right Act 2015.
- E-Commerce Law issued by Royal Decree No. (M/126) dated 1440/11/7 AH.
- Commercial Court Law issued by Royal Decree No. M/2 dated 15/1/1390 AH
- Anti-Commercial Fraud Law issued by Royal Decree No. (M/19) dated 23/4/1429 AH.
- Executive Regulations of the Commercial Agencies Law <https://2u.pw/7HEsok0j>
- Consumer Protection Bill <https://2u.pw/Pvz8u9>



مجالات تطبيق المراقبة الإلكترونية في ضوء النظام السعودي

The Areas of Electronic Surveillance Application under the Saudi Law

أ. ريناد عيد غصاب العنزي

باحثًا دكتوراة في القانون الجنائي – جامعة القاهرة

E.mail: Renad.eid.lawyer@gmail.com

الملخص:

يعتبر الحبس في نظر بعض التشريعات والمجتمع هو الوسيلة الوحيدة الرادعة التي تستخدمها الدولة لمواجهة الخطورة الإجرامية، عن طريق حبس المتهم أو المحكوم عليه داخل المؤسسات العقابية، إلا أن الاستعمال المفرط لهذه الوسيلة وبالأخص عندما تكون عقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة، قد يسفر عنها نتائج عكسية. وبالرغم من أن الحبس يعتبر وسيلة رادعة إلا أن هذا الردع محصور بفترة زمنية محددة ولا يمكن أن يستمر هذا الردع للمستقبل، حيث إن الشخص المعني يحتاج لإعادة التأهيل والإدماج بالمجتمع أكثر من مجرد ردع لفترة وجيزة؛ مما دعا فقهاء القانون الجنائي للبحث عن سياسة جنائية حديثة، تجسدت ببدايل الحبس وبالأخص المراقبة الإلكترونية التي يهدف هذا البحث إلى بيان مجالاتها في العدالة الجنائية والتعريف بها وإيضاح مبرراتها وضوابطها.

الكلمات المفتاحية: السوار الإلكتروني - المراقبة الإلكترونية - الحبس قصير المدة.

Abstract:

Imprisonment, in view of some legislation and society, is deemed the only deterrent means that the state applies to encounter criminal risks by confining the accused person or the convict inside the penitentiary institutions. However, the excessive use of this means, particularly when this involves short-term custodial sanctions, may lead to counterproductive outcomes. Even though imprisonment is deemed a deterrent means, this deterrence is confined to a specific duration, and it cannot continue in the future. Since the concerned person needs rehabilitation and reintegration in the community, rather than applying a short-term deterrence. This has invoked the criminal law scholars to search for a modern penal policy, which embodied in the alternatives of confinement, namely the electronic surveillance, which this research seeks to identify its areas in the criminal justice, introducing it, as well as clarifying its justifications and controls.

Keywords: Electronic Bracelet – Electronic Surveillance - Short-Term Confinement.



المقدمة:

اعتمد النظام العقابي التقليدي على العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، والتي أثبتت فشلها وعجزها في تحقيق أغراض العقوبة من إصلاح وتأهيل، حيث إن الجريمة متطورة بمرور الزمن فهي تحتاج بالمقابل إلى تطور الأغراض التي تبتغيها المجتمعات البشرية من العقوبة. فبالرغم من تسخير الدول لجميع الإمكانيات المادية والبشرية في سبيل النهوض بالعدالة الجنائية، إلا أن مشكلتها لم تكن مادية كمية، بقدر ما كانت معنوية نوعية فأضحت العدالة الجنائية بحاجة إلى نفس جديد يبعث فيها نوعاً من النجاعة، ويقربها أكثر من ضمير ووجدان المجتمع، ففاعلية العدالة تقاس بمدى تقبل الأفراد لها، ومدى إرضائها لشعورهم الغريزي بالعدل^١.

غير أن العدالة الجنائية تواجه إشكاليات عديدة بالتنفيذ العقابي، حيث إن العالم اليوم يشهد اكتظاظاً في السجون، حيث يوجد ١١,٥ مليون سجين في جميع أنحاء العالم، واستناداً لتقديرات الأمم المتحدة لمستويات السكان الوطنية يبلغ عدد السجناء في العالم ١٤٠ سجيناً لكل ١٠٠ ألف نسمة. فمنذ عام ٢٠٠٠ تضاعف إجمالي عدد السجناء في أميركا الجنوبية ثلاث مرات بزيادة قدرها ٢٢٤٪، وعلى الصعيد الأوروبي ارتفع عدد السجناء بنسبة ٢,٤٪ في يناير ٢٠٢٢-٢٠٢٣ ليصل إلى مليون و٣٦ ألف سجين^٢.

بالتالي وفي ظل التطور والتقدم التكنولوجي الهائل الذي يشهده القرن الحادي والعشرين، وفي إطار ما يسمى بالسباق اتجاه الثورة التكنولوجية والمعلوماتية بين الدول، كان لا بد من أن تلقي هذه الثورة بظلالها على تطبيقات وممارسات العدالة الجنائية. مما دعا فقهاء وعلماء السياسة العقابية الحديثة للبحث عن وسائل حديثة تساعد بتفعيل المعاملة العقابية وجعلها تواجه أغراض العقوبة المتجددة وإشكاليات التنفيذ العقابي. وكان ذلك بابتداع فكرة المراقبة الإلكترونية التي أصبحت اليوم إحدى أهم البدائل للحبس قصير المدة، وبحلول عام ٢٠٢٠ بلغ عدد الأشخاص البالغين الخاضعين للمراقبة الإلكترونية في جميع أنحاء الولايات المتحدة ما يقارب ٣,٩ مليون شخص بزيادة ثلاثة أضعاف منذ عام ١٩٨٠^٣.

كما أن المراقبة الإلكترونية يمكن أن تطبق في مجالات عدة في العدالة الجنائية سواء في مرحلة التحقيق الجنائي أو التنفيذ العقابي أو حتى في مرحلة الإفراج المشروط. مما جعلها بمثابة نقلة نوعية في مجال المعاملة العقابية الحديثة، فجعلت العدالة الجنائية أكثر إنسانية وأكثر فعالية.

إشكالية البحث:

يمكن صياغة إشكالية البحث على النحو التالي: إلى أي مدى يمكن الأخذ بنظام المراقبة الإلكترونية في مختلف مراحل الدعوى الجنائية، وهل من الممكن أن تحقق الأهداف المرجوة من الحبس كتدبير احترازي أو عقوبة، وفي الوقت ذاته تجنبنا الآثار السلبية الناتجة عنه؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات على النحو التالي:

- ما هو مفهوم المراقبة الإلكترونية وطبيعتها؟
- ما هو مفهوم الحبس الاحتياطي وضوابطه في نظام الإجراءات الجزائية السعودي؟
- ماهي مبررات استخدام المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي وعقوبة الحبس قصير المدة؟
- ماهي ضوابط استخدام المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي وعقوبة الحبس قصير المدة؟

^١ د.ليلي قايد، السياسة العقابية الحديثة في الجزائر، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد (٧)، العدد (١)، ٢٠٢١، ص ٢.

^٢ Fair, H & Walmsley, R. World Prison Population List. <https://www.prisonstudies.org/news/prison-populations-continue-rise-many-parts-world-115-million-held-prisons-worldwide>.

^٣ Alexander, K & Nowacki, J & Opsal, T & Sims, S (2024). Agency Directors' Reflections on "Success" in Community Corrections: The Role of Traditional and Alternative Measures. Criminal Justice Policy Review. 35(1), P.41-42



أهمية البحث:

- فمن الناحية النظرية تبرز أهمية المراقبة الإلكترونية بتعلق موضوعها بتطور العدالة الجنائية ومحاولة الحد من مساوئ التوقيف الاحتياطي وعقوبة الحبس قصير المدة.
- ومن الناحية العملية فإن الدول التي طبقت المراقبة الإلكترونية على مختلف مراحل الدعوى الجنائية قد أثبتت فعاليتها، كما هو الحال في الإمارات وفرنسا، وقد أثبتت التجارب العديد من المزايا التي يمكن أن تحققها المراقبة الإلكترونية.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث لحث المنظم السعودي للاستفادة من التكنولوجيا الحديثة في تطوير السياسة الجنائية وتبني نظام المراقبة الإلكترونية في مختلف مراحل الدعوى الجنائية وقد هدفت الدراسة لإيضاح التجارب التي تبنت الوضع تحت المراقبة الإلكترونية من أجل الوصول لأفضلها وأنجحها بهدف الاستفادة منها عند صياغة تشريع لتنظيمها والعمل بها.

نطاق البحث:

يقتصر هذا البحث على مجالات استخدام المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي وأثناء مرحلة التنفيذ العقابي للحبس قصير المدة دون التطرق للعمل بها في مرحلة الإفراج المشروط، إلا بالقدر الذي يخدم هذا البحث.

منهج البحث:

يعد المنهج الوصفي التحليلي هو المنهج الأكثر ملاءمة في دراسة الظواهر الاجتماعية والأنظمة الإجرائية، ولهذا فإننا سنستخدم المنهج الوصفي، والذي يعرف بأنه: دراسة الظاهرة كما توجد في الواقع ووصفها وصفاً وثيقاً ويعبر عنها تعبيراً كیفياً أو كمياً بغية الوصول إلى استنتاجات تسهم في فهم هذا الواقع وتطويره. فهذا البحث يسعى لوصف وتحليل إمكانية تطبيق المراقبة الإلكترونية في مختلف مراحل الدعوى الجنائية. وعلى الرغم من أن هذا البحث لا يرتقي إلى مصاف البحوث المقارنة، إلا أننا اعتمدنا على المنهج المقارن في بعض أجزائه، الأمر الذي يتطلب الإشارة إلى بعض مواقف التشريع المقارن اتجاه المراقبة الإلكترونية.

خطة البحث:

قسم هذا البحث إلى ثلاث مباحث رئيسة تسبقهم مقدمة:

المبحث الأول تطرق لبيان مفهوم المراقبة الإلكترونية وطبيعتها، وتناول المبحث الثاني المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي، وخصصنا المبحث الأخير للمراقبة الإلكترونية كبديل لعقوبة الحبس قصير المدة.

المبحث الأول: ماهية المراقبة الإلكترونية وطبيعتها

تمہید:

في الوقت الحالي يعد استخدام التكنولوجيا الحديثة في جميع مناحي الحياة ضرورة من الضروريات سواء كان في مجال التعليم أو الطب أو الزراعة. وكان لازم لابد أن يستفيد القانون الجنائي من التكنولوجيا الحديثة لتحقيق أهدافه في مكافحة الجريمة والتي من صورها استبدال أحكام الحبس قصير المدة بالمراقبة الالكترونية خارج حدود المؤسسات العقابية.

لذلك كله استوجب منا بيان مفهوم المراقبة الإلكترونية في المطلب الأول ثم التطرق لطبيعة المراقبة الإلكترونية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم المراقبة الإلكترونية

تمهيد:

تعد المراقبة الإلكترونية أحد أحدث الخيارات البديلة في السياسية العقابية ومن أهم وأبرز التطورات العلمية في تنفيذ العقوبة بعيداً عن الطرق التقليدية في تنفيذها، ورغم نجاحها في كثير من الدول كالولايات المتحدة وكندا وفرنسا إلا أنها ما زالت تثير الكثير من المشكلات القانونية الى حد التشكيك في فعالية وجدوى المراقبة الإلكترونية^٤. ولذلك يستوجب منا الوقوف على المفهوم الفقهي والقانوني للمراقبة الإلكترونية.

الفرع الأول: التعريف الفقهي للمراقبة الإلكترونية

أولاً: التعريفات المضيق من مفهوم المراقبة الإلكترونية

وقد عرفت على أنها " إلزام المحكوم عليه بالإقامة في مكان سكنه أو محل إقامته، خلال أوقات محددة، ويتم التأكد من على ذلك من خلال متابعته عن طريق وضع جهاز إرسال على يده، يسمح لمركز المراقبة من معرفة، ما إذا كان المحكوم عليه موجوداً أم لا في المكان والزمان المحددين، من قبل الجهة القائمة على التنفيذ، حيث يعطي الكمبيوتر نتائج عن هذه الاتصالات "°

كما عرفه آخرون على أنه: إلزام المحكوم عليه بالإقامة في منزله أو محل إقامته خلال ساعات محددة وبحيث تتم متابعة ذلك عن طريق المراقبة الإلكترونية. وعليه يتحقق ذلك من الناحية الفنية بوضع أداة إرسال على يد المحكوم عليه تشبه الساعة، وتسمح لمركز المراقبة من كمبيوتر مركزي بمعرفة ما إذا كان المحكوم عليه موجوداً في المكان والزمان المحددين بواسطة الجهة القائمة على التنفيذ.

وعليه فإنه من الناحية الفنية يتم تنفيذ نظام المراقبة الإلكترونية من خلال ثلاث عناصر:

١. جهاز إرسال يتم وضعه في يد الخاضع للرقابة
 ٢. جهاز استقبال موضوع في مكان الإقامة ويرتبط بخط هاتفي
 ٣. جهاز كمبيوتر مركزي يسمح بتعقب المحكوم عليه عن بعد^٦
- ونأخذ على هذه التعاريف كونها قصرت المراقبة الإلكترونية على السوار الإلكتروني في حين أن المراقبة الإلكترونية قد تتم بأكثر من وسيلة على سبيل المثال لا الحصر: المراقبة بواسطة الكاميرات أو بواسطة الهاتف الجوال والمراقبة بواسطة الشرائح الإلكترونية كما يمكن ان تتم المراقبة بواسطة التطبيقات الإلكترونية.

ثانياً: التعريفات الموسعة من مفهوم المراقبة الإلكترونية

ومن التعريفات التي وسعت من مفهوم المراقبة الإلكترونية، تعريفها بأنها " أحد البدائل الرضائية للعقوبات السالبة للحرية التي بمقتضاها يتم متابعة الشخص الخاضع لها -من خلال استخدام تقنيات حديثة- من قبل أجهزة إنفاذ القانون خارج السجن في أماكن وأوقات محددة سلفاً ومن خلال إخضاعه لمجموعة من الالتزامات والشروط، ويترتب على مخالفة هذه الالتزامات معاقبته بعقوبة سالبة للحرية "°

كما عرفت أيضاً على أنها "استخدام الوسائط الإلكترونية للتأكد من وجود الخاضع لها في الفترتين الزمانية والمكانية المتفق عليهما سابقاً بين المحكوم عليه والسلطة القضائية"^٨.

^٤ فريد بو عبد الله ومليكة محمود، الاقتصار في تنفيذ العقوبة "السوار الإلكترونية نموذجاً"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد (٦)، العدد (٢)، ٢٠٢٠، ص ٣.

^٥ تعريف الدكتور محمد حميد المزمومي، راجع المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية دراسة في ضوء النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة صوت القانون، العدد (٢٢)، ٢٠٢٠، ص ٨٦٢.

^٦ تعريف الدكتور عمر سالم، راجع المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج أسوار السجن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٢.

^٧ تعريف الدكتور رامي متولي القاضي راجع نظام المراقبة الإلكترونية في القانون الفرنسي والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، العدد (٦٣)، الصادر عن كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٥، ص ٢٨٥.

^٨ د. أسامة عبيد، المراقبة الإلكترونية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٥-٦.



ونؤيد الاتجاه الموسع لمفهوم المراقبة الإلكترونية حيث إنه وسع من نطاق المراقبة من خلال استخدام وسائل التقنية المختلفة والمتطورة في مجال المراقبة الإلكترونية، وإن كنا لا نتفق مع التعريف الأول من حيث كونها أحد البدائل الرضائية، وذلك لسببين: أولاً، أن فكرة الرضاء لا تتفق مع فكرة العقوبة. ثانياً، أن بعض التشريعات لا تشترط الرضاء لتطبيق المراقبة الإلكترونية مما نستنتج معه أن الرضاء في بعض التشريعات ليس عنصراً جوهرياً في تطبيق المراقبة الإلكترونية.

ومما سبق نتوصل من إلى تعريف نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية على أنه: "أحد بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة أو كبديل للتوقيف الاحتياطي الذي من خلاله يخضع المتهم أو المحكوم عليه للمراقبة الإلكترونية باستخدام وسائل التقنية الحديثة خارج أسوار المؤسسات العقابية في أماكن وأوقات محددة سلفاً وفق شروط والتزامات تحددها السلطة المختصة وفي حال مخالفتها من قبل المعني يكون عرضة للعقوبات التي يقررها القانون".

الفرع الثاني: التعريف القانوني للمراقبة الإلكترونية

إن معظم التشريعات العربية قد عرفت نظام المراقبة الإلكترونية، حيث نصت المادة (٣٨٣) في الفقرة الأولى من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٣٨) لسنة ٢٠٢٢ على أن: "إجراء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، هو حرمان المتهم أو المحكوم عليه من أن يتغيب في غير الأوقات الزمنية المحددة له عن محل إقامته أو أي مكان آخر يعينه الأمر الصادر من النيابة العامة أو المحكمة المختصة بحسب الأحوال، ويتم تنفيذه عن طريق وسائل إلكترونية تسمح بالمراقبة عن بعد، وتلزم الخاضع لها بحمل جهاز إرسال إلكتروني مدمج، طوال فترة الوضع تحت المراقبة".

كما عرفه المشرع الجزائري في نص المادة ١٥٠ مكرر من القانون ١٨-٠١ المؤرخ في ٣٠ يناير ٢٠١٨ المتمم للقانون رقم ٠٤-٠٥ المؤرخ في ١٦ فبراير ٢٠٠٥ المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين على أنه: "الوضع تحت المراقبة الإلكترونية إجراء يسمح بقضاء المحكوم عليه كل عقوبته أو جزء منها خارج المؤسسات العقابية".

كما عرف المشرع الأردني المراقبة الإلكترونية (السوار الإلكتروني) في نص المادة الثانية من نظام رقم (٤٦) لسنة ٢٠٢٢، نظام وسائل وآليات تنفيذ بدائل العقوبات السالبة للحرية بنصها "جهاز إلكتروني يستخدم للمراقبة الإلكترونية لموقع الشخص المعني ضمن خصائص معينة بحيث لا يعيق النشاط الطبيعي".

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمراقبة الإلكترونية

تعد المراقبة الإلكترونية أداة مرنة يمكن استخدامها بعدة طرق في سياق العدالة الجنائية، مما أدى إلى اختلاف آراء الفقه حولها وقد سلك في ذلك أربع اتجاهات: اتجاه يري أنها عقوبة جنائية، بينما ذهب اتجاه آخر إلى أنها تدبير احترازي، ورأي اتجاه ثالث أن المراقبة الإلكترونية ذات طبيعة مزدوجة، أما الاتجاه الأخير فيذهب إلى أنها نظام حديث من أنظمة السياسة العقابية، ونعرض تفصيلاً لما تقدم فيما يلي:

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن المراقبة الإلكترونية تعد عقوبة جنائية محضة، وذلك لأنها تصدر من سلطة قضائية مختصة وفق حكم ينطق به القاضي عقب دعوى جنائية، وأنها تتوافق مع فكرة العقوبة التي تنطوي على الإيلاء النفسي للخاضع لها عن طريق تقييد حريته، وما تحققه من ردع عام وخاص، كما أنها ترتب التزامات تقع على عاتق المحكوم عليه وذلك هو جوهر العقوبة^٩.

ويؤخذ على هذا الاتجاه أن العقوبة في طبيعتها تحمل طابع القسر والإجبار ولا يمكن أن تكون رضائية وهذا ما يتناقض مع طبيعة المراقبة الإلكترونية التي تشترط رضاء الشخص المحكوم عليه، كما أن الغرض الذي

^٩ د. محمد جبريل إبراهيم، الاستعانة بالذكاء الاصطناعي في تنفيذ عقوبة المراقبة الإلكترونية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٤، ص ٢٥-٢٦.



تحمله العقوبة بصفة أساسية هو الإيلاء والتحقيق والردع العام والخاص^{١٠}، وهو ما لا يتوافر بصورة واضحة في المراقبة الإلكترونية التي تتصف بالرأفة والإصلاح والتأهيل.

الاتجاه الثاني: ذهب أنصار هذا الجانب من الفقه الجنائي إلى اعتبار المراقبة الإلكترونية من قبيل التدابير الاحترازية، حيث إن الهدف منها هو منع العودة للجريمة، فضلاً عن تحديد الخطورة الإجرامية لدى الجاني، وإعادة دمج اجتماعياً وهو الغرض الذي تهدف إليه التدابير الاحترازية^{١١}.

وقد استند هذا الجانب في ذلك إلى أن المراقبة الإلكترونية لم ترد في قائمة العقوبات المحددة من قبل المشرع الجنائي، كما تعتبرها بعض التشريعات كأحدى وسائل المتابعة القضائية الاجتماعية التي تفرض على المحكوم عليه في جناية أو جنحة خطيرة بعد استنفاد العقوبة السالبة للحرية، أو في إطار الرقابة القضائية أو كتدبير تكميلي للإفراج المشروط^{١٢}.

ويؤخذ على هذا الاتجاه:

أولاً: أن التدابير الاحترازية تدور وجوداً وعدماً مع الخطورة الإجرامية لدى المجرم، وأن تطبيقها يستلزم توافر هذه الخطورة وبالتالي فلا محل لتطبيقها إذا انعدمت هذه الخطورة، وهذا ما يتنافى مع طبيعيتها المراقبة الإلكترونية كتدبير احترازي حيث إن تطبيقها لا يستوجب فقط وجود الخطورة الإجرامية، بل تطبيقها في الغالب يكون بعد ارتكاب جريمة بسيطة وصدور حكم فيها بالحبس قصير المدة.

ثانياً: أن التدابير الاحترازية غير محددة المدة حيث إن القاضي لا يمكن أن يعلم مدة زوال الخطورة الإجرامية وبالتالي يرتبط تطبيقها بزوال الخطورة الإجرامية للمحكوم عليه.

الاتجاه الثالث: اتجه جانب ثالث من الفقه الجنائي في تحديد طبيعة المراقبة الإلكترونية إلى التوفيق بين الاتجاهين السابقين وأنها ذات طبيعة مزدوجة، حيث إنها تختلف حسب المرحلة الإجرائية التي تطبق فيها، فتعتبر تدبيراً احترازياً إذا طبقت في المرحلة السابقة على صدور الحكم في الدعوى الجنائية، كأن تحل محل الحبس الاحتياطي في تحقيق غايته^{١٣}.

أما إذا طبقت في المرحلة التالية لصدور الحكم أي في مرحلة التنفيذ العقابي، فإنها تكون ذات طبيعة عقابية لأنها تنطوي على تقييد للحرية، ومع ذلك فهي ليست عقوبة بالمفهوم التقليدي، ولكنها عقوبة إصلاحية تحمل طابع المكافأة عن حسن سلوك المحكوم عليه في أوقات سلب حريته، وهذا ما انتهى إليه الفكر العقابي الحديث في تدرج نظم المؤسسات العقابية^{١٤}.

الاتجاه الرابع: يرى البعض أن المراقبة الإلكترونية ما هي إلا أسلوب حديث لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية خارج المؤسسات العقابية، والتي من خلالها يمكن تلافي الآثار السلبية للتنفيذ العقابي في هذه المؤسسات، فضلاً عن إعادة دمج المحكوم عليه في المجتمع مرة أخرى^{١٥}.

^{١٠} د. رؤوف عبيد، القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٧٦.

^{١١} د. فهد الكساسبة: وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١٠، ص ١٧.

^{١٢} المواد رقم (١٣١ - ٣٦ - ٠٩)، (١٣١ - ٣٦ - ١٠) من القانون الفرنسي رقم (٢٠٠٥ - ١٥٤٩) الصادر في ١٢ ديسمبر ٢٠٠٥ بشأن مكافحة العود الجنائي، المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم ١٥ - ٠٢. د. محمد مصباح القاضي، التدابير الاحترازية في السياسة الجنائية الوضعية والشرعية، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٥.

^{١٣} د. محمود محمد بهجت عبد الرحمن، التكييف الفقهي والقانوني للسوار الإلكتروني كعقوبة مستحدثة، مجلة كلية الشريعة والقانون بنفهمنا الأشراف، دقهلية، المجلد (٢٣)، العدد (١)، ٢٠٢١، ص ٨٦٥.

^{١٤} د. راشد حمد البلوشي، نظام المراقبة الإلكترونية بواسطة السوار الإلكتروني كبديل للعقوبات السالبة للحرية دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة (١٠)، العدد (٤)، ٢٠٢٢، ص ٢٢٩.

^{١٥} د. صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية (السوار الإلكتروني) في السياسة العقابية الفرنسية، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥)، العدد (١)، ٢٠٠٩، ص ٣٩.



ووفقاً لهذا الرأي فإن المراقبة الإلكترونية تخرج عن الطبيعية المزدوجة حيث إنها لا تعد عقوبة ولا تدبيراً احترازياً أيضاً، فهي لا تعد عقوبة لأنها تنفذ في مكان متفق عليه بخلاف المكان المخصص لحبس الأفراد وهي السجون وأماكن الاحتجاز التي حددها القانون^{١٦}.

ومن ناحية أخرى فإن سلب الحرية يفترض استمرار منع المحكوم عليه من حرية التنقل والحركة، وهذا ما لا يتوافق مع المراقبة الإلكترونية التي تنفذ في منزل المحكوم عليه، ويسمح له بالتنقل في نطاق محدد^{١٧}.

رأينا في طبيعة المراقبة الإلكترونية:

نحن نميل إلى اتجاه توفيق حيث إن جميع الاتجاهات السابقة جزئياً على حق، وبالتالي يمكن التوفيق بينها بالنظر لمعيار شكلي يجعلها تدبيراً احترازياً وعقوبة جنائية و وسيلة مستحدثة في آن واحد وذلك وفقاً للمرحلة الإجرائية التي تطبق فيها المراقبة، فإن طبقت في المرحلة التي تسبق صدور الحكم الجنائي في الدعوى أي: في مرحلة التحقيق الجنائي، فإنها تعد تدبيراً احترازياً، أما إذا طبقت في مرحلة ما بعد صدور الحكم النهائي بالإدانة، فإنها تعتبر بمثابة عقوبة حيث إنها تمثل التزامات و قيود مفروضة على حرية الجاني حتى وإن لم تكن في الأماكن المتعارف عليها (السجون)، وإذا تم اللجوء إليها عند التنفيذ العقابي أو قبل نهاية تنفيذ العقوبة، فهي لا تعدو أن تكون وسيلة مستحدثة من وسائل التنفيذ العقابي.

المبحث الثاني: المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي

تمهيد وتقسيم:

تعتبر المراقبة الإلكترونية ثمرة من ثمار التقدم العلمي الذي أثبت نجاحه في الأنظمة الجزائية التي اعتمدتها لدرء مساوئ الحرمان من الحرية في المؤسسات العقابية. كما أن المراقبة الإلكترونية يمكن أن تكون بمراحل مختلفة من الإجراءات الجنائية سواء في مرحلة التحقيق أو في مرحلة التنفيذ العقابي، كما يمكن تطبيقها للبالغين والأحداث على حد سواء.

وقد أخذت بعض التشريعات العربية بنظام المراقبة الإلكترونية كبديل للحبس الاحتياطي فقد اعتمد المشرع الجزائري المراقبة الإلكترونية كبديل للحبس الاحتياطي في مجال الرقابة القضائية أثناء التحقيق، كما أخذ بها المشرع الإماراتي والأردني والبحريني.

أما على صعيد التشريعات الأوروبية فقد أخذ المشرع الفرنسي بنظام الوضع تحت المراقبة في إطار الرقابة القضائية في جرائم الجنايات والجناح دون المخالفات وهو موجه إلى الأشخاص المدانين الذين لا تتجاوز عقوبتهم سنة واحدة من السجن وكذلك السجناء الذين يتعين عليهم قضاء مدة لا تزيد عن سنة واحدة من مدة عقوبتهم الأصلية في السجن وقد سمي المشرع الفرنسي هذه الصورة بالإقامة الجبرية تحت المراقبة الإلكترونية^{١٨}.

ومن أجل التطرق للمراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي يتوجب علينا أن نخصص المطلب الأول لإيضاح مفهوم التوقيف الاحتياطي وضوابطه، والمطلب الثاني والثالث لتحديد مبررات وضوابط استخدام المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي:

المطلب الأول: مفهوم التوقيف الاحتياطي وضوابطه

إن الحبس الاحتياطي يعتبر من أهم الإجراءات في سير الدعوى الجنائية، كونه إجراءً ماساً بحرية الأفراد، ونظراً لخطورة هذا الإجراء تضع التشريعات الإجرائية قيوداً عليه، كما أن المشرع يتشدد في هذه

^{١٦} د. محمد مصباح القاضي، التدابير الاحترازية في السياسة الجنائية الوضعية والشرعية، مرجع سابق، ص ٣٩.

^{١٧} د. شريف سيد كامل، الحبس قصير المدة في التشريع الجنائي الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٣٣.

^{١٨} Albrecht, H.A. (2010). 28 Sanction Policies and Alternative Measures to Incarceration European Experiences with Intermediate and Alternative Criminal Penalties. P.39



القيود أكثر من غيرها من إجراءات التحقيق الأخرى حيث إنها أكثر إجراءات التحقيق إيلاماً. وأمام هذه العلامات الخطيرة أصبح الحبس الاحتياطي في ظل السياسات الجنائية الحديثة استثناء يتم تقيده بشروط شتى ويحيطه المشرع بضمانات عديدة¹⁹.

وإيضاحاً لذلك، سوف نبين في الفرع الأول مفهوم التوقيف الاحتياطي، ونخصص الفرع الثاني لضوابط التوقيف الاحتياطي في النظام السعودي:

الفرع الأول: مفهوم التوقيف الاحتياطي

في ظل عدم وجود تعريف تشريعي للحبس الاحتياطي، فقد اتجه الفقه إلى تعريفه بأنه إجراء يتم بموجبه سلب حرية المتهم قبل صدور حكم قضائي في التهمة المنسوبة إليه وذلك خلال مدة زمنية محددة تبعاً لما تفتضيه مصلحة التحقيق ووفقاً للضوابط التي يقررها القانون²⁰. ويتم حبس المتهم خلال هذه المدة في الأماكن المخصصة لذلك قانوناً بموجب أمر صادر من السلطة المختصة بالتوقيف الاحتياطي. وقد يظل المتهم محبوساً احتياطياً خلال فترة التحقيق كلها أو بعضها وقد يستمر الحبس لحين محاكمته وحتى صدور حكم في الدعوى، وذلك وفقاً للمدد التي يحددها القانون²¹.

وتختلف التسمية التي تطلق على هذا المفهوم في التشريعات المختلفة، فقد عبرت عنه الكثير من قوانين الإجراءات الجنائية في البلاد العربية بمصطلح " الحبس الاحتياطي"، فأخذ بذلك قانون الإجراءات الجنائية المصري والكويتي والليبي، واستخدم قانون الإجراءات الجنائية السوداني تعبير "الحبس للتحري" و "الحبس للمحاكمة"، أما نظام الإجراءات الجزائية السعودي فقد عبر عنه "بالتوقيف الاحتياطي". ومن الأوفق أن يطلق على ايداع المتهم في دار التوقيف أثناء مرحلة التحقيق توقيفاً، فالتعبير عنه بالحبس يجعل الأمر يختلط بالحبس كعقوبة²².

ويعتبر التوقيف الاحتياطي في تكييفه القانوني إجراء تحقيق، حيث أن المتهم يكون رهن تصرف المحقق، فيستجوبه أو يواجه بينه وبين غيره طالما قدر ملائمة ذلك. فهو يضمن سلامة التحقيق من خلال سلب حرية المتهم وايداعه في إحدى دور التوقيف للمدة التي تستلزمها مصلحة التحقيق²³.

الفرع الثاني: ضوابط التوقيف الاحتياطي في النظام السعودي

لم يكن أمر التفكير في وجوب حصر الجرائم التي يجب فيها التوقيف الاحتياطي إلا ثمرة تطور الجهود الفقهية والقانونية المبذولة من أجل توفير قدر من الحماية للفرد في مواجهة خطورة هذا الإجراء على الحرية، كما أنه لا يمكن أن نغفل عن طبيعة الحبس الاحتياطي كإجراء استثنائي يرد على متهم بريء، وهو ما يتطلب أن يطبق في أضيق الحدود وإحاطته بضمانات فعالية لحماية الحرية الشخصية²⁴.

وأغلب التشريعات تشترك في الأخذ بمعيار جسامته العقوبة وطبيعة الجريمة لتحديد نوع الجرائم التي يجوز فيها التوقيف الاحتياطي. وقد عنى المنظم السعودي بتحديد الجرائم التي يستلزم صدور أمر التوقيف بشأنها وفي ذلك تنص المادة (112) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أن يحدد النائب العام بعد

19 د. محمد أحمد المنشاوي، المراقبة الإلكترونية كبديل عن الحبس الاحتياطي، مجلة القانون والتكنولوجيا، المجلد (٢)، العدد (٢)، ٢٠٢٢، ص ١٧.

20 د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٣، ١٩٩٨، ص ٥٩٥؛ د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٩٨؛ د. أحمد عوض بلال، الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٤٧٣؛ د. حسن صادق المرصفاوي، الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٣٥.

21 د. بشير سعد زغول، الحبس الاحتياطي دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٦.

22 د. مدني عبد الرحمن تاج الدين، أصول التحقيق الجنائي دراسة مقارنة، ط ٢، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، ٢٠١٩، ص ٢٥٥.

23 د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٥٩٥-٥٩٦.

24 د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، ط ١٣، دار الأهرام، ٢٠٢٢، ص ٢٣.



الاتفاق مع وزارة الداخلية ورئاسة أمن الدولة ما يعد من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف، وقد صدر القرار رقم (١) وتاريخ 1442/1/1 هـ وحدد الجرائم الموجبة للتوقيف.

كما أن المادة (١١٣) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي أعطت للمحقق الحق في توقيف المتهم إذا تبين بعد استجوابه، أو في حال هربه، أن الأدلة كافية ضده في جريمة كبيرة، أو كانت مصلحة التحقيق تستوجب توقيفه؛ فعلى المحقق إصدار أمر بتوقيفه مدة لا تزيد على خمسة أيام من تاريخ القبض عليه. إلا أننا نرى أن إعطاء هذه الصلاحية للمحقق وربطها بمصلحة التحقيق تجعل مجال التوسع في التوقيف الاحتياطي ممكناً حيث إن هذا المعيار ذا طابع نسبي يختلف تقديره من محقق لآخر.

المطلب الثاني: مبررات استخدام المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي تمهيد وتقسيم:

اهتمت السياسات الجنائية الحديثة بإشكالية الاستخدام المفرط للحبس الاحتياطي حيث إنه قادر على التسبب باختلالات مختلفة في العدالة الجنائية والنظم الاجتماعية العالمية، حيث تؤدي هذه الاختلالات بدورها إلى إضعاف سيادة القانون وانتهاكات مختلفة لحقوق الإنسان. لذلك فمن الأهمية بمكان أن تعمل التشريعات على تعزيز جهودها في تطوير بدائل للاحتجاز السابق للمحاكمة. وفي هذا الصدد، ينبغي العمل على تعزيز المراقبة وتمكين خدمات المراقبة من القيام بدور أكثر أهمية في ضمان تحقيق التوازن الصحيح بين الحقوق الفردية للأشخاص المعنيين واعتبارات سلامة المجتمع.

حيث إن المحكمة العليا للولايات المتحدة قد ذكرت في قضية ضد الولايات المتحدة أن الحكومة لديها مصلحة ملحة في منع الجريمة وبالتالي بررت التوازن بين حقوق الأفراد وحماية المجتمع فذكرت أنه: " في مجتمعنا الحرية هي القاعدة، والاحتجاز قبل المحاكمة أو بدون محاكمة هو الاستثناء المحدود بعناية".²⁵ بالتالي ينبغي استخدام التوقيف الاحتياطي كتدبير أخير وذلك عندما تكون هناك خطورة تجعل الحرمان من الحرية ضرورة والطريقة الوحيدة لتجنب تلك الخطورة، إلا أنه في الواقع العملي يتم الأمر بالتوقيف الاحتياطي كمسألة روتينية على أساس مخاطر عامة، ودون مراعاة لظروف المتهم والتأثير الذي يخلفه التوقيف الاحتياطي عليه، حيث إن في هذه المرحلة لا يمكن الجزم بأن المتهم قد قام بارتكاب الفعل المحال على إثره، مهما كانت قوة الأدلة المقدمة ضده، فهي تصم المتهم بوصمة الإجرام داخل مجتمعه، وتحرم الأسرة من عائلها، وتكلف الدولة أموالاً طائلة، وترحم السجون بالمتهمين.

لذلك لا بد من بيان وتفصيل أبرز وأهم مبررات استخدام المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي، وهذا ما يستلزم الوقوف على الحد من المساس بقرينة البراءة كفرع أول، وسنتناول التوازن بين مصلحة الفرد في المجتمع والمصلحة العامة كفرع ثان، وسنستعرض ذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: احترام قرينة البراءة – الحد من المساس بقرينة البراءة:

تعتبر قرينة البراءة هي حجر الأساس في النظام القانوني الجنائي سواء في النظام اللاتيني أو الأنجلوسكسونية. وقد وصف مجلس اللوردات أصل البراءة بالمتهم بأنه خيط ذهبي في نسيج ثوب القانون الجنائي. وهذا الأصل يوجب ضمان الحرية الشخصية للمتهم وحماية جميع حقوقه المرتبطة بهذه الحرية والتي بغيرها تفقد البراءة معناها²⁶.

وقد كفل النظام الإجرائي الجزائي السعودي حقوق الإنسان خلال إجراءات التحقيق فقد نصت المادة الثانية على أنه: " لا يجوز القبض على إنسان، أو تفتيشه أو توقيفه أو سجنه إلا بالأحوال المنصوص عليها

²⁵ BAUGHMAN,S,B (2024). Eliminating Pretrial Detention. Boston University Law Review. BYU Law Research Paper. 24(15), P.14

²⁶ د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحریات، ط٣، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٩١.



نظامًا، ولا يكون التوقيف أو السجن إلا في الأماكن المخصصة لكل منهما وللمدة التي تحددها السلطة المختصة"، كما ورد في المادة الثالثة والستين من النظام الأساسي للحكم على أنه: "توفر الدولة الأمن لجميع مواطنيها والمقيمين على إقليمها ولا يجوز تقييد تصرفات أحد أو توقيفه أو حبسه إلا بموجب أحكام النظام".

ويمكن القول أنه من لحظة وقوع الجريمة تنشأ مصلحتان متعارضتان، وهما حماية الحرية الشخصية للأفراد ومصلحة المجتمع في مكافحة الجريمة وملاحقة مرتكبيها لفرض حق الدولة في العقاب²⁷، بالتالي تكمن فعالية العدالة الجنائية بالموازنة بين هاتين المصلحتين وبدون هذا التوازن لن تتحقق حماية الحرية وحقوق الإنسان، إلا أنه لا يمكن أن يتحقق هذا التوازن إذا تم المساس بشكل كبير بقرينة البراءة، حيث إن الاستخدام واسع النطاق للتوقيف الاحتياطي يشكل انتهاكًا مباشرًا لهذا المبدأ وبالتالي لا ينبغي حرمان المتهم من حريته دون إدانته بارتكاب جريمة. كما أكدت المحكمة العليا الأمريكية أن "الحرية هي القاعدة" وأن الاحتجاز قبل محاكمة جنائية يجب أن يحدث فقط في ظروف "محدودة"²⁸. مما يعني أن الإفراج السابق للمحاكمة هو الافتراضي، والتوقيف هو "الاستثناء"، ويتم اللجوء لهذا الاستثناء عندما تكون هنالك أدلة واضحة ومقنعة على وجود احتمال كبير بأن يرتكب المتهم جريمة خطيرة في مرحلة ما قبل المحاكمة أو يهرب من العدالة، وأنه لا يمكن للإفراج المشروط أن يقلل من هذا الخطر. وحيث إن امكانية أن يكون المتهم بريئًا هو احتمال حقيقي، فقد أثبتت دراسة إحصائية لمحاكم الولاية الأمريكية قام بها مكتب إحصاءات العدل لملفات قضايا الجنايات في خمسة وسبعين مقاطعة كبيرة أن واحدًا من أصل كل أربعة متهمين لم تتم إدانتهم بأي من تهم اعتقالهم وتم الإفراج عنهم، مما يعني أن احتمالية براءة التهم أكبر من إدانته²⁹.

ويستخلص مما تقدم أن التواجد في التوقيف الاحتياطي وإن كان احتياطيًا فهو يمثل شعورًا بالإيلام الذي يجب ألا يكون إلا نتيجة ثبوت اقتراف جريمة بمقتضى حكم قضائي بات، وهذا ما لا يتمثل في هذه المرحلة السابقة للمحاكمة، بالتالي فإن للمراقبة الإلكترونية بوصفها تدبيرًا للحد من اللجوء للتوقيف الاحتياطي، دور في الحد من المساس بافتراض البراءة.

الفرع الثاني: التوازن بين مصلحة الفرد في المجتمع والمصلحة العامة:

إن التوقيف الاحتياطي يعتبر من أخطر أوامر التحقيق مساسًا بحرية المتهم، ويشكل إخلالًا واضحًا بالمصلحة الفردية لحساب المصلحة العامة، ويمثل صورة صريحة لمظاهر الصراع بين سلطة الدولة في العقاب وحق المتهم باحترام حريته. حيث يتجسد الهدف من التوقيف الاحتياطي في المنع، كما أنه لا يمكن التوسع في هذا الهدف حيث إن التدابير الاحترازية تمنع الشخص الذي ثبت توافر الخطورة الإجرامية لديه من العودة إلى ارتكاب الجريمة من جديد أي الحيلولة دون وقوع جرائم، فهي تدور وجودًا وعدمًا مع تلك الخطورة، فلا شأن لها بالماضي لمواجهة إثم الجاني أو خطيئته وهذا يعني أن التدابير الاحترازية تتجه للمستقبل وليس لتحقيق الرد العام أو الخاص أو تحقيق العدالة، لأن ذلك يجعلها في مصاف العقوبات الأمر الذي يتعارض مع طبيعتها المؤقتة³⁰.

ومن هذا المنحنى يجب التفرقة بين جسامة الجريمة والخطورة الإجرامية لدى الجاني، حيث إن مراعاة الشعور العام لأفراد المجتمع بسبب جسامة الجريمة لا يجوز مواجهته بحبس الأبرياء، والخوف من هروب المتهم عند الحكم عليه لا يجوز أن يكون سندًا لحبسه وإلا كان ذلك مصادرة على المطلوب، وهو التأكد من إدانته، ما يتعارض تمامًا مع أصل البراءة. وإن توقي الإخلال الجسيم بالأمن والنظام العام الذي يترتب على

²⁷ د. مدني عبد الرحمن تاج الدين، أصول التحقيق الجنائي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 68.

²⁸ STEVENSON, M, T & MAYSON, S, G (2017). Pretrial Detention and Bail. Academy of Justice. A Report on scholarship and criminal justice Reform. U of Penn Law school. Public Law Research Paper. 17-18, P.26

²⁹ HAMILTON, M (2022). Modelling Pretrial Detention. American University Law Review. 72. P.534

³⁰ د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 45.



جسامة الجريمة لا يصح أن يكون سنداً للتوقيف الاحتياطي وذلك لسببين: أولاً، أن التوقيف الاحتياطي ليس إلا إجراء من إجراءات التحقيق وبالتالي لا يجوز مباشرته إلا من أجل مصلحة التحقيق. ثانياً إن توقي الإخلال الجسيم بالأمن والنظام العام يكون من خلال إجراءات الضبط الإداري بما تقوم به من اتخاذ تدابير أمنية معينة لا يجوز أن تصل إلى حد انتهاك حريات الأبرياء³¹.

وعلى الرغم من ذلك يمكن تحقيق أهداف التوقيف الاحتياطي والحد من الآثار التي يسببها، حيث من الممكن أن يكون للتوقيف الاحتياطي غير المبرر آثار مدمرة على الشخص المعني وأسرته، وبالتالي على المجتمع ككل. إذ أنه على الصعيد الفردي يحرم المحبوس احتياطياً من سمات الحرية، ويجعله بمعزل عن العالم الخارجي، كما يؤدي إلى فقدان المتهم لوظيفته وتعطيله عن ممارسة أعماله وتحمله لوصمة العار داخل محيط مجتمعه حتى وإن كان اتهاماً حيث إن نظرة المجتمع للحبس مرتبطة بالإجرام حتى وإن تم تبرئته. كما يمكن أن يؤثر على سلوك المتهم حيث وجدت دراستان حديثتان أن الاحتجاز السابق للمحاكمة يزيد من احتمال ارتكاب الشخص جريمة في المستقبل، ويمكن السبب بأن الحبس يعرض المتهمين لتأثير الأقران السلبي، أو لأن له تأثيراً بزعزعة الاستقرار في حياة المتهم³².

وفي هذا السياق لا يمكننا أن نغفل عن أن الوعي العام لأفراد المجتمع بمفهوم المراقبة الإلكترونية وضوابطها يؤثر بشكل كبير على تقبلهم لها. فقد جرت دراسة حول الوعي والرأي العام بشأن المراقبة الإلكترونية وقد توصلت إلى أن الموقف السلبي تجاه العقوبات البديلة يكون نتيجة قلة الإلمام بهذه التدابير أو شروط تنفيذها على المتهمين أو المجرمين، و أن الافتقار إلى معرفة معنى المراقبة الإلكترونية وإجراءاتها والوعي بها، يمكن أن يلعب دوراً حاسماً بتقبل المجتمع لها ودعمها، مما يعني أن هناك علاقة بين امتلاك المعرفة بالمراقبة الإلكترونية والتوجه نحوها، فكلما كان هناك مزيد من المعرفة كلما كان هناك موقف عقابي تقليدي أقل وتوجه نحو إعادة التأهيل والمراقبة. بالتالي فإن الدراسات التجريبية تظهر أن نسبة المستجيبين والمؤيدين تزداد بشكل كبير عند إعطاء معلومات أكثر تفصيلاً حول دواعي ودوافع استخدام العقوبات البديلة³³. لذلك كله يمكن تحقيق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع من خلال تطبيق نظام المراقبة الإلكترونية في مجال التوقيف الاحتياطي، حيث يساهم بحماية حق الفرد في أن يتقبله المجتمع، ويحقق معنى التدبير الاحترازي المؤقت دون أن يصل الأمر إلى حد إيداع المتهم في دور التوقيف، وهذا القدر من التوازن بين هاتين المصلحتين لا يمكن تحقيقه في ظل التوقيف الاحتياطي في صورته التقليدية، كما أن من يتعرض للتوقيف غالباً ما يكون غير قادر على إخفاء شؤونه عن المحيطين به، إلا أن من يخضع للمراقبة الإلكترونية يمكنه أن يقيم في منزله ويمارس عمله، كما أنها تحد من معرفة أفراد مجتمعه بخضوعه لها وهذا ما لا يتحقق في التوقيف الاحتياطي³⁴.

المطلب الثالث: ضوابط تطبيق المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي تمهيد وتقسيم:

إن تطبيق المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي يستلزم أن تكون المراقبة الإلكترونية في إطار معين وفق ضوابط محددة حتى يتم التوفيق بين حق المتهم في الحرية، وبين المصلحة العامة في إجراء تحقيق عادل.

³¹ د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٢١-٢٣.

³² STEVENSON, M, T & MAYSON, S, G. Op. Cit, P.2.

³³ TOMASK, J & HAKOVE, L & KRULICHOVA, E (2022). Public opinion and awareness regarding probation in the Czech Republic. European Journal of Probation. 14(2), P.89.

³⁴ IRTAIMEH, W, S, (2022). Electronic Monitoring as a Measure to Reduce the Use of Pre-trial Detention. Journal of Politics and Law. 15(4), P.216.



وتبسيطاً للعرض، سوف نذكر ضوابط تطبيق المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي من حيث تطبيقها على جرائم محددة ولمدة معينة وخصم مدة المراقبة الإلكترونية من مدة العقوبة. ولكل من هذه العناصر الثلاثة نخصص فيما يلي فرعاً مستقلاً:

الفرع الأول: تطبيق المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي على جرائم محددة

تكمن فعالية التوقيف الاحتياطي عندما يكون متناسباً مع الخطر الذي يمثله المتهم فكلما زادت هذي الخطورة زادت الحاجة لتطبيق التوقيف الاحتياطي، وبالتالي كلما قلت هذه الخطورة الإجرامية كلما أمكن تطبيق المراقبة الإلكترونية. أي أن دورها جزئي في مجال التوقيف الاحتياطي، مما يعني أنه لا يمكن إلغاء التوقيف الاحتياطي بشكل كلي وإنما تطبيقه على المتهمين بجرائم خطيرة خوفاً من هربهم، حيث إن احتمال هرب المتهمين في الجرائم البسيطة يكون نادراً نظراً لأن ما يترتب عليه أشد من العقوبة المقررة لقاء الجرم المرتكب³⁵.

فقد حدد المشرع الإماراتي الجرائم التي لا يمكن أن تخضع للمراقبة الإلكترونية، فقد نصت المادة (٣٩١) من قانون الإجراءات الجزائي الاتحادي رقم (٣٨) لسنة 2022 م على أنه: " لا يجوز إصدار الأمر بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية، على الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد، والجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي، والجرائم التي أوجب فيها القانون الحكم بتدبير الإبعاد عن الدولة ". أما المشرع الجزائري فقد أدرج نظام المراقبة الإلكترونية كبداية في قانون الإجراءات الجزائية لمراقبة مدى التزام المتهم بتدابير الرقابة القضائية المفروضة عليه. كما أنه لم يقيد سلطة قاضي التحقيق بالجوء إلى إجراءات الرقابة القضائية، طبقاً لأحكام المادة (125) مكرر (١) فقرة (١) من قانون الإجراءات الجزائية إلا بموجب أمر قضائي بسيط غير مسبب، وذلك بصدد أفعال منسوبة إلى المتهم ارتكابها توصف على أنها جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس، حيث يستبعد تطبيق هذا الاجراء بالنسبة للجنح المعاقب عليها بالغرامة وفي المخالفات عموماً، في حين لا يستبعد تطبيق هذا النظام بالنسبة للجنح المعاقب عليها بالحبس أو بالغرامة لأن العبرة بنص العقوبة وليس بما سيحكم به القاضي³⁶.

وقد اتجه المشرع الأردني لعدم تحديد نوع الجنح التي يطبق فيها الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل للحبس الاحتياطي لذلك يتم التنفيذ المطلق لها على جميع جرائم الجنح³⁷.

الفرع الثاني: مدة الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي

يعد التوقيف الاحتياطي إجراءً استثنائياً اقتضته الضرورة، حيث إنه إجراء مؤقت ينطوي على سلب حرية المتهم الذي يستفيد من قرينة البراءة، بالتالي لا يمكن أن يخضع المتهم للتوقيف الاحتياطي دون تحديد مدة محددة له. فقد حدد المنظم السعودي في المادة (١١٢) و(١١٤) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي مدة إيقاف المتهم حيث منح المحقق سلطة إصدار أمر مسبب بتوقيف المتهم احتياطياً مدة لا تزيد على خمسة أيام من تاريخ القبض عليه. وللمحقق تمديد هذه المدة وفق ضوابط معينة على ألا تزيد مدة الإيقاف في مجموعها على مائة وثمانين يوماً من تاريخ القبض على المتهم، ويتعين بعدها مباشرة إحالته إلى المحكمة المختصة أو الإفراج عنه.

ولما كانت المراقبة الإلكترونية وسيلة بديلة للتوقيف الاحتياطي فإنه يتعين إخضاعها لقاعدة التحديد الزمني، بحيث ينبغي على المنظم السعودي في حال تبنيه لهذا النظام أن يحدد سقفاً زمنياً لا يمكن تجاوزه؛

³⁵ د. إسماعيل محمد الحلاله، ضوابط وإشكاليات تطبيق نظام المراقبة الإلكترونية كبديل للحبس الاحتياطي، المجلة القانونية، المجلد (٩)، العدد (١٢)، 2021 ص4074.

³⁶ د. حميس معمر، نظام الرقابة القضائية وأثره على حرية المتهم، مجلة صوت القانون، المجلد (٨)، العدد (١)، 2021، ص144.

³⁷ IRTAIMEH, W, S. Op. Cit, P. ٢٢٤



حيث إن المراقبة الإلكترونية وإن كانت أقل وطأة من التوقيف الاحتياطي إلا أنها تتطوي أيضًا على تقييد للحرية وإن كانت تنفذ خارج أسوار المؤسسات العقابية³⁸.

كما أن المشرع الإماراتي عندما أخذ بالمراقبة الإلكترونية المؤقتة كبديل للتوقيف الاحتياطي قد حدد في المادة (٣٩٢) من قانون الإجراءات الجزائي الاتحادي رقم (٣٨) لسنة 2022 م مدة المراقبة الإلكترونية المؤقتة حيث ذكر أن الوضع المؤقت تحت المراقبة الإلكترونية يكون بعد استجواب المتهم، ولمدة ثلاثين يومًا يجوز تجديدها لذات المدة ولمرة واحدة فقط، وبعد موافقة المتهم. وإذا استلزمت مصلحة التحقيق استمرار وضع المتهم مؤقتًا تحت المراقبة الإلكترونية بعد انقضاء المدد المنصوص عليها وجب على النيابة العامة أن تعرض الأوراق على أحد قضاة المحكمة الجزائية المختصة ليصدر أمره بعد الاطلاع على الأوراق وسماع أقوال المتهم وموافقة بمد المراقبة الإلكترونية المؤقتة لمدة لا تزيد على ثلاثين يومًا قابلة للتجديد، أو بإلغاء المراقبة الإلكترونية وحبسه احتياطيًا، والإفراج عنه بضمان أو بغير ضمان.

الفرع الثالث: خصم مدة المراقبة الإلكترونية من مدة العقوبة

تأخذ القوانين في الكثير من الدول بقاعدة خصم مدة التوقيف الاحتياطي من مدة العقوبة وقد أخذ المنظم السعودي بقاعدة وجوب خصم مدة التوقيف الاحتياطي من مدة العقوبة³⁹، وقد سبق وأن ذكرنا أن نظام المراقبة الإلكترونية هو بديل للتوقيف الاحتياطي، بالتالي ليس هناك ما يمنع من خصم مدة المراقبة من مدة العقوبة المحكوم بها، ذلك أن المراقبة الإلكترونية تفرض التزامات وقيودًا على المتهم تنقص وتقيّد من حريته؛ إلا أنه قد اتجه رأي للأخذ بفكرة التماثل أي أن مبدأ الخصم يمكن أن يطبق على المراقبة الإلكترونية البديلة للتوقيف الاحتياطي في حالة واحدة وهي الحالة التي يتحقق فيها التماثل وذلك عندما يصدر حكم الإدانة وتقرر المحكمة استبدال العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية، فهذا يكون من المستساغ خصم مدة الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي من مدة العقوبة⁴⁰.

إلا أننا لا نميل مع هذا الرأي حيث إنه لا ينبغي ربط تطبيق المراقبة الإلكترونية بمرحلة التوقيف الاحتياطي كإجراء والعقوبة المقررة بعد المحاكمة وذلك إن ما يتمتع به المتهم من قرينة البراءة والالتزام باحترام هذه القرينة يستلزم اتخاذ إجراء يحد من المساس بها، فالمراقبة الإلكترونية وإن كانت إجراء أقل حدة من التوقيف الاحتياطي إلا أنها تعيق حركة وحرية المتهم فالحده من هذه الحرية والخروج عن الأصل يجعل خصم هذه المدة حق للمتهم. وقد أخذ المشرع الإماراتي بهذا الاتجاه فقد نص في المادة (٣٩٦) من قانون الإجراءات الجزائي الاتحادي رقم (٣٨) لسنة 2022 م على أنه: "يسري بشأن استئزال مدد الوضع المؤقت تحت المراقبة الإلكترونية عند تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، ذات القواعد المقررة للحبس الاحتياطي المنصوص عليها في المواد (٢٩٦، ٥٩٥، ٢٩٤) من هذا القانون". بل وذهب إلى أبعد من ذلك بالإنقاص من الغرامة إذ لم يحكم على المتهم بغيرها، حيث أوجب بأن ينقص منها عند التنفيذ مائة درهم عن كل يوم من أيام الحبس الاحتياطي أو الوضع تحت المراقبة الإلكترونية. أما إذا كان الحكم صادرًا بالحبس والغرامة معًا وكانت المدة التي قضاها المحكوم عليه في الحبس الاحتياطي أو المراقبة الإلكترونية المؤقتة تزيد على مدة الحبس المحكوم بها، وجب أن ينقص من مبلغ الغرامة المبلغ المذكور عن كل يوم من أيام الزيادة المذكورة⁴¹.

38 د. إسماعيل محمد الحلالمة، ضوابط وإشكاليات تطبيق نظام المراقبة الإلكترونية كبديل للحبس الاحتياطي، مرجع سابق، ص 4075.

39 انظر، المادة (٢١٥) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي لسنة 2013، والمادة (٢٣) من نظام السجن والتوقيف السعودي لسنة 1978.

40 د. إسماعيل محمد الحلالمة، ضوابط وإشكاليات تطبيق نظام المراقبة الإلكترونية كبديل للحبس الاحتياطي، مرجع سابق، ص 4081.

41 انظر الفقرة 1، 2 من المادة (312) من (قانون الإجراءات الجزائي الاتحادي لدولة الامارات رقم 38 لسنة 2022).



إلا أن التساؤل يثور هنا عن مدى إمكانية التعويض عن مدة الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يجب أن نفرق بين حالتَي التعويض عن التوقيف الاحتياطي التي أخذ بها المنظم السعودي حيث نص على الحق بالتعويض عن التوقيف الاحتياطي التعسفي في المادة (٢١٥) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي والتي تنص على أنه: "... لكل من أصابه ضرر -نتيجة اتهامه كيداً، أو نتيجة إطالة مدة سجنه أو توقيفه أكثر من المدة المقررة -الحق في طلب التعويض أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى الأصلية". كما نص على الحق بالتعويض في حالة صدور حكم بعدم الإدانة في المادة (٢٠٧) من ذات النظام والتي تنص على أنه: " كل حكم صادر بعدم الإدانة - بناءً على طلب إعادة النظر-يجب أن يتضمن تعويضاً معنوياً ومادياً للمحكوم عليه لما أصابه من ضرر، إذا طلب ذلك".

وإذا قلنا إن المنظم السعودي عند تبنيه للمراقبة الإلكترونية كبديل للتوقيف الاحتياطي سوف يطبق عليها ذات القواعد والاجراءات المقررة بشأن التوقيف الاحتياطي فليس هنالك ما يمنع من تطبيق النصوص الخاصة بالتعويض عن التوقيف الاحتياطي السالف ذكرها على المتهم الخاضع للمراقبة الإلكترونية، ذلك أن التعويض حق للمتهم عن الضرر الذي أصابه من المراقبة الإلكترونية غير العدالة، وأنه وإن اختلفت طبيعة الإجراء المتخذ بحق المتهم إلا أن بها مساس بحرية المتهم كما أنها تلحق به أضراراً مادية ومعنوية سواء على صعيد أسرته، أو وظيفته، أو حتى حياته الاجتماعية والنفسية.

المبحث الثالث: المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة المطلب الأول: نطاق تطبيق المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة تمهيد وتقسيم: -

بحكم اختلاف الغرائز بين بني البشر فإن الجريمة وجدت طريقها للإنسان فكان لابد من وجود رادع ومانع من ارتكابها تقوم و تزجر مرتكبها بإيلامه بما يتناسب مع جسامة جرمه ، و كنتيجة لتطور الفكر العقابي فقد تقدمت فكرة إصلاح المجرم و تأهيله عن بقية أغراض العقوبة و نتيجة لذلك فقدت وسعت أغلب التشريعات من وظيفة العقوبة فلم تعد مقصورة على الإيلام و الانتقام و التحقير إنما علاج و تأهيل و إصلاح و تقويم المجرم عن طريق آليات مستحدثة لترشيد السياسة العقابية ومن أهمها توفير بدائل للعقوبة السالبة للحرية خاصة قصيرة المدة^{٤٢}

كنتيجة لحدثة نظام المراقبة الإلكترونية كنظام جنائي لتنفيذ العقوبة فقد حرصت التشريعات المختلفة على تحديد نطاق المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية من حيث الأشخاص والأماكن والوقت ونوع العقوبة ونعرضها ببعض من التفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: نطاق تطبيق المراقبة الإلكترونية من حيث الأشخاص

اختلفت التشريعات في تبنيها لنظام المراقبة الإلكترونية من حيث نطاق الأشخاص الخاضعين للنظام، فقد أجاز المشرع الفرنسي تطبيق المراقبة الإلكترونية بغض النظر عن الشخص الخاضع للمراقبة الإلكترونية أو جنسه أو الجريمة التي ارتكبها وهذا ما يعني توسع المشرع الفرنسي في نطاق تطبيق المراقبة الإلكترونية من حيث الأشخاص^{٤٣}

^{٤٢} د. محمد جبريل إبراهيم، الاستعانة بالذكاء الاصطناعي في تنفيذ عقوبة المراقبة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٤١.

^{٤٣} د. محمد حميد المزمومي، مرجع سابق، ص ٨٦٨.



كما يمكن تطبيق المراقبة الإلكترونية على الأحداث شريطة أن يكون الحدث بين الثالثة عشرة والثامنة عشرة وبموافقة ولي الحدث، غير أن أغلب التشريعات وضعت حد أدنى للخاضعين للمراقبة الإلكترونية كالمشرع الإنجليزي الذي حدده بثمانية عشرة سنة والمشرع الأسكتلندي الذي حدد بست عشرة سنة^{٤٤}.

وقد اتجه الفقه الفرنسي إلى ضرورة توفر جملة من الشروط التي تدفع إلى الثقة في المحكوم عليه وتطبيق نظام المراقبة الإلكترونية عليه وتتمثل هذه الشروط في أن يتوفر له محل إقامة ثابت، وبه خط تليفون على الأقل، وأن يكون لديه عمل أو أي مصدر رزق أو أن يسعى للحصول على عمل إذا لم يكن لديه كأن يلتحق بجهة معينة لتدريبه أو استكمال دراسته^{٤٥}.

كما أن المشرع الجزائري قد حدد بالمادة ١٥٠ مكرر ٢ من القانون رقم ١٨ - ٠١ مؤرخ في ١٢ جماد الأولى من عام ١٤٣٩ هـ الموافق ٣٠ يناير لسنة ٢٠١٨ م متممًا لقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الصادر سنة ٢٠٠٥ م شروط الاستفادة من نظام المراقبة الإلكترونية، إلا أنه أغفل عن ذكر الفئات المستفيدة من هذا النظام مما يفيد امكانية تطبيقه على الذكور والإناث أو الأحداث على حد سواء، كما يمكن تطبيقه إن كان المعني قد ارتكب الجريمة لأول مره أو كان من أرباب السوابق.

أما فيما يتعلق بالمشرع البحريني فقد تطلب للاستفادة من العقوبات البديلة و التي تتضمن المراقبة الإلكترونية كأحد صورها في نص المادة الثالثة عشر من القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٧ بشأن العقوبات والتدابير البديلة المعدلة بمرسوم قانون (٢٤) لسنة ٢٠٢١ ألا يكون في تنفيذ المراقبة الإلكترونية خطر على الأمن العام و أن يكون المحكوم عليه قد أدى التزاماته المالية المحكوم بها كما تطبق ذات الشروط للخاضعين لمؤسسات الإصلاح و التأهيل مع اشتراط حسن السيرة و السلوك، كما تطلب نص المادة الثامنة شرطًا إلزاميًا للمحكوم عليه وهو حضور برامج التأهيل والتدريب في المجالات الطبية أو النفسية أو الاجتماعية أو التعليمية أو الحرفية أو الصناعية لتقويم سلوكه.

كما وتطلب المشرع الإماراتي عدة شروط لتطبيق نظام المراقبة الإلكترونية على المحكوم عليه كأن يظهر للقاضي من ظروف المحكوم أو سنه ما يبعث للاعتقاد بأنه لن يعود لارتكاب جريمة أخرى جديدة أو كان المعيل الوحيد لأسرته وأن يكون له محل إقامة ثابت ومعلوم في الدولة وأن يكون له نشاط مهني مستقر ولو كان مؤقتًا أو أن يكمل تعليمه أو أن يحصل على تدريب مهني^{٤٦}.

وأخيراً إن المقصود بالأشخاص الخاضعين لهذا النظام هم الأشخاص الطبيعيون دون الأشخاص المعنويين حيث إن الهدف من هذا النظام هو مراقبة تحركات المتهم وتقييد حريته في أوقات محددة ومراقبته من خلال جهاز إلكتروني في شكل ساعة يوضع على اليد أو أسفل القدم مما يعني استحالة تنفيذه على الأشخاص المعنويين.

الفرع الثاني: نطاق المراقبة الإلكترونية من حيث العقوبة

كشرط أساسي لتطبيق نظام المراقبة الإلكترونية ينبغي أن تكون العقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة مما نستنتج معه استثناء العقوبات الأخرى كالسجن طويل المدة أو العقوبات المالية كالغرامة.

اختلفت التشريعات في نوعية الجرائم التي يمكن استبدالها بالمراقبة الإلكترونية والمدة التي يجوز وضع المحكوم عليه تحت نظام المراقبة الإلكترونية ففي التشريع الفرنسي يمكن أن تكون المراقبة الإلكترونية كعقوبة

^{٤٤} سيروان شكر سمين، المراقبة الإلكترونية كعقوبة مستحدثة بديلة للحبس قصير المدة، مجلة جامعة كرميان، مجلد (١)، عدد (١٠)، ٢٠٢٣ ص ٢٤٠.

^{٤٥} د. عمر سالم، مرجع سابق، ص ١٠٨.

^{٤٦} راجع في ذلك المادة (٣٩٧) من المرسوم الاتحادي الإماراتي رقم (٣٨) لسنة ٢٠٢٢.



أصلية ينطق بها القاضي ويكون ذلك بنسبة للمحكومين الذين تبرر أوضاعهم إخضاعهم تحت المراقبة الإلكترونية كما يمكن فرضها بعد الحكم بعقوبة سالبة للحرية شريطة ألا تتجاوز مدة العقوبة الأصلية سنة^{٤٧} أما ما يتعلق بالمشروع الجزائي فقد تطلب جملة من الشروط التي لا بد أن تتوفر بالعقوبة المحكوم بها حتى يتم تنفيذ نظام المراقبة الإلكترونية وهي:^{٤٨}

أولاً: أن تكون عقوبة سالبة للحرية وبالتالي لا مجال لتطبيق المراقبة الإلكترونية على الغرامات.
ثانياً: ألا تتجاوز مدة العقوبة المحكوم بها ثلاث سنوات وذلك في حالة الجناح التي لا تتجاوز هذه المدة أو المخالفات.

ثالثاً: يجب أن يصدر حكم نهائي بالعقوبة.

وفي التشريع الأردني ووفقاً لنظام وسائل وآليات تنفيذ بدائل العقوبة السالبة للحرية رقم (٤٦) لسنة ٢٠٢٢ فطبق المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية على الجناح في غير حالة التكرار كما تطبق على الجنايات غير الواقعة على الأشخاص في غير حالة العود عند استخدام الأسباب المخففة والنزول بالعقوبة إلى سنة.

ونلاحظ اتجاه التشريع البحريني أيضاً في القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٧ بشأن العقوبات والتدابير البديلة إلى تطبيقها كبديل للعقوبة الأصلية التي لا تتجاوز السنة كما أجاز التوسع في المدة إلى خمس سنوات إذا تبين للقاضي من الظروف الشخصية أو الصحية للمتهم عدم ملائمة تنفيذ عقوبة الحبس أو السجن وفقاً للتقارير التي يطلبها أو تقدّم إليه.^{٤٩}

كما اشترط المشروع الإماراتي الخاضع للمحكوم عليه بالمراقبة الإلكترونية ألا تزيد المدة المعاقب عليها بالحبس عن سنتين كما تطلب ان لا يكون المحكوم عليه عائداً^{٥٠}.

الفرع الثالث: نطاق تطبيق المراقبة الإلكترونية من حيث المكان والزمان

إن فكرة المراقبة الإلكترونية كإجراء مقيد للحرية وليس سالباً للحرية لا يعنى تتبع المحكوم عليه في كل لحظة وفي كل مكان يتواجد فيه إنما تفرض عليه التزاماً في أوقات محددة من قبل قاضي تطبيق العقوبة مثل عدم الغياب عن منزله أو مكان عمله أو دراسته^{٥١}. وكما ذكرنا سلفاً، أنه من الإجراءات المقيدة للحرية فلا ينبغي التوسع في النصوص المنظمة له أي أن يقتصر تطبيق المراقبة الإلكترونية على الحدود التي تكون كافية لتحقيق الهدف منها دون أن تمس بأمر أخرى لم تتجه إرادة المنظم لها^{٥٢}.

وقد تبنت التشريعات المختلفة في أنظمتها على ضرورة وجود محل إقامة للمحكوم عليه سواء كان ملكاً أو إيجاراً كما حرصت أيضاً على اشتراط تواجده فيها خلال أوقات محددة^{٥٣}.

المطلب الثاني: مبررات تطبيق المراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة عن الحبس قصير المدة

تمهيد وتقسيم:

تعد أنظمة المراقبة الإلكترونية وليدة التجربة فالعديد من التشريعات لم تأخذ بها إلا بعد ان أثبتت نجاحها وانسجامها مع الغرض الأساسي للعقوبة وهو الإصلاح والتأهيل كما أنها تؤدي وظيفة الردع للمحكوم عليه

^{٤٧} سيروان شكر سمين، مرجع سابق، ص ٢٤١.

^{٤٨} مليكة مسروق، نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية "السوار الإلكترونية" في التشريع الجزائري (في ظل قانون ١٨-٠١) مذكرة مقدمة لاستعمال متطلبات شهادة الماستر، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة، ٢٠١٨/٢٠١٩ ص ٤٦.

^{٤٩} راجع المادة (١٠-١١) من القانون البحريني رقم (١٨) لسنة ٢٠١٧ بشأن العقوبات والتدابير البديلة.

^{٥٠} راجع في ذلك المادة (٣٩٧) من المرسوم الاتحادي الإماراتي رقم (٣٨) لسنة ٢٠٢٢.

^{٥١} د. عمر سالم، مرجع سابق، ص ١١٩.

^{٥٢} د. محمد حميد المزمومي، مرجع سابق، ص ٨٧٣.

^{٥٣} نص المشروع الفرنسي في الفقرة الثالثة من المادة (٧-٧٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية على إلزام المحكوم عليه الخاضع للمراقبة الإلكترونية التواجد في منزله أو أي مكان آخر يحدده قاضي تطبيق العقوبة راجع في ذلك د. عمر سالم، المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج أسوار السجن، ص ١١٩.



بعيداً عن أنظمة السجون، ولذلك اعتبر بعض الفقهاء أن نظام المراقبة الإلكترونية عد ليحل محل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة التي تؤثر سلبيًا على الجوانب الأسرية والاجتماعية والاقتصادية^{٥٤}. وكنتييجة للمؤثرات الخطيرة والتأثيرات السلبية الناتجة عن تطبيق العقوبات قصيرة المدة السالبة للحرية أصبح من اللازم تركها والاستعاضة عنها ببدائل أكثر ملائمة حيث اتجهت العديد من الدول^{٥٥} إلى استبدال العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة بعقوبات بديلة خارج المؤسسات العقابية^{٥٦}.

ويعد من أبرز المبررات التي دعت إلى الأخذ بنظام المراقبة الإلكترونية كبديل للحبس قصير المدة في نظام العدالة الجنائية هو تطويع التطورات التكنولوجية في خدمة العدالة الجنائية كما أنها تساهم في التقليل من ازدحام السجون وتجنيب المحكوم عليه مساوئ الحبس قصير المدة كما أنها تقلل من النفقات المالية على الدولة ونعرض ذلك تفصيلاً بالآتي:

الفرع الأول: المبررات الخاصة بالمحكوم عليه

أولاً: تجنيب المحكوم عليه مثالب العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة : إن الهدف الأساسي من نظام المراقبة الإلكترونية هو تجنيب المحكوم عليه مساوئ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة التي عادة ما تنتج آثاراً سلبية سواء أكانت تلك الآثار على الجوانب النفسية أو الأسرية أو الاجتماعية و حتى الاقتصادية للمحكوم عليه^{٥٧}، فضلاً عن النتائج السلبية التي تفوق الغرض من العقوبة من زجر وإيلاء وإصلاح و تأهيل و كنتيجة الاختلاط بالمجرمين الأكثر خطورة و الذي ربما ينتج عنه انحراف سلوك المحكوم عليه و ما يترتب عليه أيضاً لفقدانه لعمله و مواجهته البطالة بعد انتهاء مدة عقوبته و الصعوبات التي تواجهه في الحصول على عمل نتيجة رفض الكثير من أصحاب العمل تشغيله لا تتساوى مع وسطية هذا النوع من الجرائم، أي تلك التي تقع في مرحلة وسط بين الجرائم البسيطة و الجرائم الجسيمة حيث لا يمكن تطبيق جزاء شديد الوطأة كالحبس ولا جزاء رمزي كالغرامة ، و لكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن إذا كان الغرض من العقوبة هو الإيلاء والإصلاح فهل يمكن أن تحقق المراقبة الإلكترونية هذا الغرض، وبمعنى آخر هل يمكن تحقيق أغراض العقوبة عند استبدال عقوبة الحبس قصير المدة بالمراقبة الإلكترونية؟

وللإجابة على هذا التساؤل نقول إن عنصر القصد في توقيع الإيلاء كان هو الغرض من العقوبة منذ ظهورها أما في الوقت الحالي فقد اختلفت طبيعته مع تطور فكرة غرض العقوبة ففي السابق كان يرجى من العقوبة تحقيق أكبر قدر من الإيلاء وكان المحكوم عليه شخصاً منبؤاً محتقراً وكان الإيلاء مقصوداً لذاته نتيجة لذلك الاحتقار، وبعد تطور السياسة الجنائية وظهور أغراض أخرى للعقوبة ظل الإيلاء كجوهر للعقوبة، ولكنه لم يكن مقصوداً لذاته بل أصبح للعقوبة أغراض نفعية أخرى كإصلاح المحكوم عليه وتأهيله كي لا يعود للإجرام مره أخرى^{٥٨}.

كما أن المجرمين الخاضعين للمراقبة الإلكترونية يتعرضون لتقييد حريتهم مما ينتج عنه نوع من الإيلاء، فقد أجريت مقابلات مع السجناء الذين حكم عليهم بالخضوع للمراقبة الإلكترونية وأكدوا أنهم يعانون نتيجة تقييد حريتهم و البقاء في منازلهم و عدم تمكنهم من الذهاب للتسوق أو دور العبادة أو تناول الطعام في الخارج إلا بطرق محددة سلفاً علاوة على ذلك فإن حرية الحركة مع ضغط الوقت نتيجة للجدول اليومي الصارم

^{٥٤} م.م هبه فاضل ضيدان، عقوبة السوار الإلكتروني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد (١٠)، عدد (٣٩)، ٢٠٢١، ص ٤٩١.

^{٥٥} ومن الدول التي اخذت بنظام العقوبات البديلة عن الحبس قصير المدة فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية، السويد وعلى الصعيد العربي اخذت بها كلا من الامارات العربية المتحدة، والبحرين والأردن والجزائر.

^{٥٦} سيروان شكر سمين، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

^{٥٧} د. محمد حميد المزمومي، مرجع سابق ص ٨٧٥.

^{٥٨} د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٦٤٦.



و الفترات الزمنية الضيقة التي يسمح فيها للمحكوم عليهم أداء مهام محددة كما يمكن أن يصبح هذا التقييد مؤلماً بشكل خاص عندما يتحمل الجناة مسؤوليات اجتماعية أو أسرية⁵⁹.

كما أن اليقين بالعقوبة هو الرادع وليس شدة العقوبة نفسها ويترتب على ذلك إذا كان الشخص على علم بأن السوار الإلكتروني مثلاً عقوبة محتملة لجريمة فإن التأثير الرادع يكون قوياً كما لو كان الشخص على علم بأن السجن عقوبة محتملة لجريمة⁶⁰. وما يؤيد ذلك نظرية المراقبة الإلكترونية⁶¹ فوفقاً لهذه النظرية فإن تعرض المحكوم عليه للمراقبة الإلكترونية بشكل مستمر يشكل ردعاً له فيكون المحكوم عليه عالماً باحتمالية مراقبته وكلما زادت الاحتمالية زاد الشعور لديه بأنه في مثل ظروف تقييد الحرية (الحبس)، فتشير النظرية إلى أنه مجرد المراقبة للمحكوم عليه يمكن أن يساعد في انضباط وتقويم سلوك الشخص الذي تتم مراقبته⁶².

ثانياً: الوقاية من العود: أثبتت الأبحاث والدراسات أن خريجي المؤسسات العقابية يميلون إلى العود للجريمة نتيجة اختلاطهم مع غيرهم من المجرمين الأكثر خطورة، حيث تشير الأبحاث إلى استمرار معدلات نمو السجن غير الفعالة في الحد من الجريمة نتيجة زيادة معدلات العود من قبل الجناة إلى الإجماع في غضون عشر سنوات سوف يتم إعادة ٦١٪ من المراهقين و ٢٣٪ ممن تبلغ أعمارهم ٣٥ عاماً أو أكثر⁶³. وعلى الجانب الآخر فإن الأشخاص الخاضعون للمراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة قصير المدة حصلوا على نتائج مشجعة فمن الدول الأوائل التي أقرت نظام المراقبة الإلكترونية هي الولايات المتحدة الأمريكية التي أكدت بدورها أنها لم تسجل أي حوادث خلال تنفيذها لبرنامج المراقبة الإلكترونية لـ ٧١٪ من الحالات الخاضعة لتطبيق و ٩٨٪ من الحالات لم ترتكب أي جريمة جديدة بعد انتهاء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، كما أن التجربة السويدية أثبتت فاعلية النظام حيث إنه من أصل ١٨٠ حالة خاضعة للمراقبة الإلكترونية لم تفشل إلا ٦ حالات فقط كما أنها لم تسجل مشكلات أثناء تنفيذ البرنامج، كما أن فرنسا خلال الثلاث سنوات الأولى من تنفيذ البرنامج في الفترة (٢٠٠٠-٢٠٠٣) لم تسجل حالة عود كبيرة، حيث إنه من أصل ١١٣٦ لم تسجل سوى ١٥ حالة عود، مما نستنتج معه أن نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية يمكن المحكوم عليه من التكيف مع عقوبته مما يقلل معه فرص العود للإجرام وهو ما أثبتته الدراسات من أن نظام المراقبة الإلكترونية يقلل من فرص العود للإجرام بنسبة تصل أو تتجاوز ٥٠٪ مقارنة مع من قضوا مدة عقوبتهم داخل المؤسسات العقابية كما تشير نتائج الدراسة إلى أن أفضل طريقة لبقاء الأشخاص خارج المؤسسات العقابية هي عدم إرسالهم إليها أصلاً⁶⁴.

ووفق نظرية الاختيار العقلاني فإن الفرد يختار ارتكاب الجريمة بحسب الدافع لديه لارتكابها وبالمقابل يمكننا تقويم سلوك الفرد عن طريق الخوف من العقاب وبالتالي امتناع الفرد عن ارتكاب الجريمة وهو ما يتوفر من خلال المراقبة الإلكترونية وبموجب هذه النظرية فإن أي خرق لشروط المراقبة الإلكترونية أو ارتكاب جريمة أخرى فإنه من السهل اكتشافها بواسطة جهاز المراقبة لذلك فإن الخوف من العقاب لدى

⁵⁹ RICHTER,M & RYSER,B & HOSTETTER,U(2021). Punitiveness of electronic monitoring: Perception and experience of an alternative sanction. European Journal of Probation 13(3) p269 & 270

⁶⁰ GRENET,J & GrRÖNQVST,H & NIKNAMI,S(2024). The effects of electronic monitoring on offenders and their families . Journal of Public Economics.230(105051),p4

⁶¹ Be traced to the theory grounded by Jeremy Bentham, who proposed the panopticon theory in the 18th century.

⁶² .Hassan, C. A., Rani, A. R. A., Omar, H., Idris, A. H., & Saufi, S. M (2022). Theoretical Perspectives on Electronic Monitoring and Police Supervision Order as Crime Prevention Modalities in Malaysia. International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences, 12(11), p 161

GRENET,J & GrRÖNQVST,H & NIKNAMI,S, op.cit, p3⁶³

⁶⁴ سيروان شكر سمين، مرجع سابق، ص ٢٤٤.



الأشخاص الخاضعين للمراقبة يزداد مع احتمالية الاكتشاف و الإدانة و الاعتقال و بالتالي فإن نظام المراقبة الإلكترونية على الأرجح سيمنع الخاضع لها من ارتكاب جريمة أخرى^{٦٥}.

الفرع الثاني: المبررات الخاصة بسلطات التنفيذ

أولاً: تخفيف ازدحام السجون: ومع تزايد مشكلة تكديس السجناء على نحو يفوق طاقة المؤسسات العقابية الذي بدوره أدى إلى ارتباك الأجهزة العقابية في تطبيق برامج الإصلاح والتأهيل نتيجة ازدياد أعداد المحكوم عليهم بعقوبات قصيرة المدة التي تشكل النسبة الغالبة في أعداد الجرائم^{٦٦}.

حيث إن أغلب الدول تعاني من ازدياد في أعداد السجناء، ففي نيو ساوث ويلز بأستراليا استمر نمو معدلات السجن مما يندرج معه بالخطر فقد ازداد عدد النزلاء البالغين بمن فيهم المحبوسين احتياطياً بنسبة ١٢,٢٪ وهذا ما يعادل ١٢٦١ سجيناً إضافياً وخلال الفترة نفسها زادت أعداد سجناء الأحداث بنسبة ١٦,٧٪ في حين زاد مجموع السجناء المحبوسين احتياطياً ثلاث مرات، وتتجلى آثار زيادة عدد السجناء في نيو ساوث ويلز إلى مشاركة ما يصل إلى ثلاثة سجناء زنزانه واحدة في حين أن الزنزانه تتسع لشخص واحد مما أدى لتدهور الظروف الصحية لسجناء^{٦٧}.

ثانياً: التقليل من النفقات العامة: إن تنفيذ العقوبات التقليدية يترتب عليه كثرة أعداد السجناء الذي يمثل إرهافاً لخزينة الدولة كنتيجة لتوفير احتياجاتهم من مأكّل وملبس ورعاية صحية واجتماعية بالإضافة إلى الحاجة لإنشاء سجون جديدة لاستيعاب تزايد عدد السجناء المحكوم عليهم^{٦٨}. واستناداً إلى الأدلة الأوروبية، تظهر نتائج الأبحاث أن التكاليف اليومية للمراقبة الإلكترونية أقل بنسبة ٧٥٪ تقريباً من النفقات اليومية لكل نزير^{٦٩}.

كما أدى ازدياد أعداد السجناء الكبير وبرامج إعادة التأهيل المكلفة إلى زيادة نفقات السجون في معظم البلدان، وبعد نجاح التجربة الأمريكية في تسعينيات القرن العشرين فقد تبنت أغلب دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية على نطاق واسع وفي أشكال مختلفة، حيث إن من أكثر الأشكال شيوعاً الاستبدال الكامل لعقوبة الحبس قصير المدة بالمراقبة الإلكترونية.

الفرع الثالث: المبررات الخاصة بالظروف الاجتماعية والأسرية

أولاً: تأهيل المحكوم عليه وإعادة اندماجه في المجتمع: إن فكرة إصلاح المجرم وتأهيله وإعادة دمجها في المجتمع تصب في مصلحة كل من المجرم والمجتمع، حيث يؤدي إصلاح المجرم لا سيما في الجرائم البسيطة إلى منعه من العودة إلى الإجرام بالتالي يطمئن أفراد المجتمع أنه لا يعيش بينهم مجرم، كما أن تعريض المحكوم عليه بعقوبات قصيرة المدة للحبس في المؤسسات العقابية واختلاطه بغيره من المجرمين الأكثر خطورة تزيد بنسبة كبيرة عودته للإجرام.

كما أن فكرة العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة لا تقف آثارها أثناء تنفيذ العقوبة، بل تمتد آثارها إلى ما بعد الإفراج عن المحكوم عليه. ومن أبرز الآثار السلبية للعقوبة السالبة للحرية لا سيما قصيرة المدة عدم قدرتها على إصلاح وتأهيل المحكوم عليه، بل على النقيض من ذلك فقد تزيد من خطورته الإجرامية الأمر

Hassan,C,A & Rani,A,R,A.& Omar, H & Idris,A.H, & Saufi,S,M. op.cit ,p162.7

^{٦٦} د. عمر سالم، مرجع سابق، ص ٢٥.

^{٦٧} GRENET,J & GrRÖNQVST,H & NIKNAMI,S, op.cit, p3

^{٦٨} د. محمد جبريل إبراهيم، مرجع سابق، ص ٥١.

^{٦٩} DR. BORSEKOVÁ1,K & PROF. KŘIŠTOFÍK2,P & DR. KORÓNY3,S & DR. MIHÓK4,P AND PROF. VAŇOVÁ,A(2018), ELECTRONIC MONITORING AS AN ALTERNATIVE FORM OF PUNISHMENT: AN EXPLORATORY STUDY BASED ON EUROPEAN EVIDENCE. International Journal of Law and Interdisciplinary Legal Studies (1). p44 4



الذي يرتب معه زيادة فرص العود مما ينتج معه آثار اجتماعية خطيرة^{٧٠}، وفي دراسة أجريت في فلوريدا على (٧٥٢٢١) سجين قد تم تقسيمهم على فئتين، الفئة الأولى جناة خاضعون للحبس المنزلي وفئة خاضعة للعقاب داخل المؤسسات العقابية، وقد أظهرت نتائج الدراسة انخفاض متوسط العود بالنسبة للجناة الخاضعين للحبس المنزلي بنسبة ٩٤,٧٪^{٧١}.

كما يواجه المحكوم عليه بعد خروجه من السجن ردة فعل من طرف المجتمع بعدم قبولهم للمحكوم عليه كشخص خارج من أسوار المؤسسات العقابية فتصبح كوصمة عار تلحق بالمحكوم عليه وكنتيجة لتلك الوصمة فقد يفقد الثقة في نفسه كما أنه يفشل في محاولة اندماجه داخل المجتمع الأمر الذي قد يكسبه شعورًا بالكراهية والحقن على المجتمع^{٧٢}.

ثانيًا: المبررات الخاصة بأسرة المحكوم عليه: يؤثر إيداع المحكوم عليه داخل المؤسسات العقابية بشكل غير مباشر على أسرة المحكوم عليه حيث يؤدي الزوج به داخل السجن وانتزاعه من أسرته إلى تدهور الحالة النفسية لأفراد الأسرة نتيجة فقدانهم العائل والمشراف الذي يدير شؤونهم كما يؤدي ذلك لفقدان الأسرة لمورد مالي مهم إذا كان المحكوم عليه مصدر هذا المورد^{٧٣}.

كما يؤدي زج المحكوم عليه داخل المؤسسات العقابية إلى التفكك الأسري والتنشئة غير السليمة التي تؤدي إلى انحراف الحدث، حيث إن ٧٠٪ إلى ٨٠٪ من الأحداث القاصرين المحبوسين ينحدرون من أسر مفككة. ومما لا شك فيه أن للأسرة دور مهم جدًا في حياة الأطفال خاصة في المراحل العمرية الأولى التي تتشكل فيها شخصية الفرد. ويتوقف على اعتبار الأسرة عاملاً من العوامل المؤثرة لارتكاب الجريمة أمرين، إما أن يكون هنالك تفكك مادي للأسرة أو تفكك معنوي للأسرة^{٧٤}.

لذلك نجد أن نظام المراقبة الإلكترونية يزيد من مساهمة المحكوم عليه في الانخراط بالمجتمع وتقلل من حالات التفكك والتباعد الأسري خاصة في بعض الحالات التي يتسبب وضع المحكوم عليه بمتابع نفسيه لذويهم أصعب من تلك التي يعيشها المحكوم عليه.

الخاتمة:

تناول هذا البحث موضوعًا مهمًا ومستحدثًا في مجال العدالة الجنائية الذي من خلاله تستخدم الأجهزة العقابية التقنيات الحديثة في استبدال العقوبة بها أو كبديل للتوقيف الاحتياطي، والذي أثبتت فعاليته من خلال الدراسات و الإحصائية التي تم سردها خلال بحثنا للدول التي أخذت به كتجربة ناجحة من خلال علاجها للآثار السلبية الناجمة عن الحبس قصير المدة كعقوبة أو كتوقيف احتياطي داخل المؤسسات العقابية و التي لا تلقي بظلالها السلبية على المحكوم عليه فقط إنما على أسرته و المجتمع كما تضر باقتصاد الدولة، وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لنظام المراقبة الإلكترونية حول كونه يفقد العقوبة مضمونها والهدف المرجو منها إلا أن من جهتنا نرى أن المراقبة الإلكترونية هي شكل من الأشكال المستحدثة في السياسة الجنائية، حيث إنها تحقق الإيلاء والردع، كما أنها تحقق الإصلاح بإعطاء المتهم أو المحكوم عليه فرصة لتحسين سلوكه وتدارك أخطائه كما تسهل اندماجه في المجتمع وتقلل من فرصة العود وهو البعد الاجتماعي الذي يهدفه له هذا النظام.

^{٧٠} د. محمد حميد المزوموي، مرجع سابق، ص ٨٧٨.

GRENET,J & GrRöNQVST,H & NIKNAMI,S, op.cit, p51

^{٧٢} مليكة مسروق، مرجع سابق، ص ٢٠.

^{٧٣} صلاح محمد الحمادي، نظام المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، مجلة جامعة الشارقة، المجلد (١٨) العدد (١)، ٢٠٢١ ص ٥٨١.

^{٧٤} نزار حمدي قشطة وخلود محمد أسعد، التنظيم القانوني لتطبيق المراقبة الإلكترونية كبديل لعقوبة الحبس على الأحداث، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد (٢٥)، العدد (٢)، ٢٠١٧، ص ١٦٤.



ومن خلال بحثنا لنظام المراقبة الإلكترونية توصلنا لجملة من النتائج والتوصيات وذلك وفق التفصيل الآتي:

النتائج:

١. أن المراقبة الإلكترونية أضحت حقيقة قانونية ملموسة أخذت بها الكثير من الدول المتقدمة وطبقته في مجال العدالة الجنائية، وقد أثبت دورها الفعال في تحقق أغراض العقوبات من ردع وإصلاح، كما أنها تحد من سلبيات الحبس الاحتياطي والعقوبات الاحتجازية.
٢. أصبح الوضع تحت المراقبة الإلكترونية نظاماً شاملاً يمتد نطاق تطبيقه إلى جميع المراحل الإجرائية والعقابية في نظام العدالة الجنائية.
٣. نظام المراقبة الإلكترونية نظام مستحدث وجد ليستجيب لصيانة وحماية الحقوق والحريات والتقليل من الآثار السلبية الناتجة عن التوقيف الاحتياطي والحبس قصير المدة.
٤. أن الواقع العملي كشف وبالأرقام عجز العقوبات السالبة للحرية في التقليل من حجم ونوع الظاهرة الإجرامية.
٥. أن العدالة الجنائية تواجه إشكاليات عديدة بالتنفيذ العقابي، حيث أن العالم اليوم يشهد اكتظاظ في السجون.

التوصيات:

١. على المنظم السعودي أن يأخذ في الاعتبار التطورات التكنولوجية الحالية واستخدام المراقبة الإلكترونية في مجال التوقيف الاحتياطي وكبديل للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة.
٢. نوصي المنظم السعودي بالأخذ بنظام المراقبة الإلكترونية في الإجراءات الجنائية، والاستفادة من التجارب الدولية السابقة في هذا المجال، حيث يعتبر القانون الفرنسي رقم (٩٧ - ١١٠٩) لسنة (١٩٩٧)، وقانون الإجراءات الجزائي الاتحادي رقم (٣٥) لسنة (٢٠٢٢) لدولة الإمارات، وقانون مملكة البحرين رقم (١٨) لسنة (٢٠١٧) بشأن العقوبات والتدابير البديلة، من النماذج الجيدة.
٣. جعل بدائل التوقيف الاحتياطي هي الأصل والتوقيف الاحتياطي بديلاً، كما فعل المشرع الفرنسي في المادة (١٤٤) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي والتي تنص على أنه: "لا يأمر بالحبس الاحتياطي أو بإطالة مدته إلا إذا تبين من عناصر وظروف واضحة أنه يعد الوسيلة الوحيدة لتحقيق هدف أو أكثر من أهداف الحبس الاحتياطي، وأن هذه الأهداف لا يمكن تحقيقها في حالة الخضوع للرقابة القضائية والالتزام بالبقاء في المسكن مع الخضوع للرقابة الإلكترونية".
٤. نقترح عند تبني المنظم السعودي لنظام المراقبة الإلكترونية أن يستحدث جهازاً مستقلاً يتبع وزارة العدل ويعمل بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة، للإشراف على تنفيذ الوضع تحت المراقبة الإلكترونية وعلى الشق الفني والتقني لها.
٥. عند تنفيذ الوضع تحت المراقبة الإلكترونية يجب احترام كرامة الشخص المعني وسلامته وحياته الخاصة.
٦. إعداد المجتمع لقبول نظام المراقبة الإلكترونية كبديل للحبس الاحتياطي والعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة.



بيان مفهوم الذمة وأحكام تتعلق بها

Explanation of the concept of "dhimmah" and the provisions related to it

د. تهاني بنت مطلق بن عبد الله الشايعي
جامعة شقراء – المملكة العربية السعودية

E.mail: talshaiay@su.edu.sa

الملخص:

اختلف الفقهاء في تعريفهم لمعنى الذمة، فمنهم من جعلها وصفًا فعرفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه، ومنهم من جعلها ذاتاً بأنها نفس لها عهد؛ وهذا البحث يدور حول مفهوم الذمة وعدد من الأحكام المتعلقة بها، وقد جعلته في ثلاثة مباحث: المبحث الأول: يدور حول تعريف الذمة ومشروعيتها، وهو يتكون من مطلبين: الأول: لتعريف الذمة لغةً واصطلاحاً، والثاني: عن مشروعية فكرة الذمة. والمبحث الثاني حول اشتراط التكليف لثبوت الذمة وهل تثبت لغير الإنسان، ويتكون من مطلبين: الأول: مدى اشتراط التكليف لثبوت الذمة، والثاني: هل تثبت الذمة لغير الإنسان؟ والمبحث الثالث يتكون من مطلبين: الأول: بدء الذمة، والثاني: انتهاء الذمة. واعتمد البحث على المنهج الاستنباطي المقارن. ومن نتائج البحث: أن الذمة في اللغة لها عدة معانٍ من أهمها: العهد- الأمان. وفي الاصطلاح اختلف العلماء في تحقيق مفهوم الذمة فمنهم من جعلها وصفًا ومنهم من جعلها ذاتاً. ومشروعية فكرة الذمة هو رأي جمهور العلماء. وأن الذمة من خصوصيات الإنسان.

الكلمات المفتاحية: الذمة- التكليف- المكلف.

Summary:

Scholars have differed in their definition of "dhimmah." Some view it as a description, defining it as a quality that makes a person eligible for obligations, while others see it as an essence, meaning it is a self with a covenant. This research focuses on the concept of dhimmah and its related rulings, divided into three sections: The first addresses the definition and legitimacy of dhimmah, exploring its linguistic and technical meanings. The second examines whether the condition of obligation applies to non-humans. The third discusses the beginning and end of dhimmah. The research uses a comparative deductive approach. It concludes that dhimmah in language has several meanings, primarily covenant and security. Scholars differ in defining dhimmah in terms of its legitimacy, which is generally accepted as a human characteristic.

Keywords: dhimmah - assignment - the assigned person.



المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم وبعد،

فقد اختلف الفقهاء في تعريفهم لمعنى الذمة، ولم يكن هذا الخلاف حول إقرار أصل فكرة الذمة، بل حول تحقيق مفهوم الذمة، وتحديد ضوابطها، فمنهم من جعلها وصفاً فعرفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه، ومنهم من جعلها ذاتاً بأنها نفس لها عهد؛ فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه عند جميع الفقهاء، وهذا البحث يدور حول مفهوم الذمة وعدد من الأحكام المتعلقة بها، وقد جعلته في ثلاثة مباحث: المبحث الأول: يدور حول تعريف الذمة ومشروعيتها، وهو يتكون من مطلبين: الأول: لتعريف الذمة لغةً واصطلاحاً، وهي محاولة جادة ودقيقة للوقوف على معنى الذمة في اللغة وعند الفقهاء. والثاني: مشروعية فكرة الذمة، ما الذي يجعل الذمة مشروعة ودليل ذلك من القرآن والسنة والإجماع والعقل. والمبحث الثاني حول اشتراط التكليف لثبوت الذمة وهل تثبت لغير الإنسان، وهو يتكون من مطلبين: الأول: مدى اشتراط التكليف لثبوت الذمة، أي هل لا بد لكي يكون للإنسان ذمة أن يكون مكلفاً؟ والثاني: هل تثبت الذمة لغير الإنسان؟ والمبحث الثالث عن متى تبدأ الذمة ومتى تنتهي، وهو يتكون من مطلبين: الأول: بدء الذمة، والثاني: انتهاء الذمة. واعتمد البحث على المنهج الاستنباطي المقارن لتفصيل المسائل عند أهل المذاهب الأربعة.

أسئلة الدراسة: لكي تلم الدراسة بطبيعة الموضوع وضعت مجموعة من الأسئلة وحاولت الإجابة عليها.

١. ما تعريف الذمة في اللغة؟

٢. ما تعريف الذمة في الاصطلاح عند الفقهاء؟

٣. ما الذي يدل على مشروعية فكرة الذمة؟

٤. هل يُشترط التكليف لثبوت الذمة؟

٥. هل تثبت الذمة لغير الإنسان؟

٦. متى تبدأ الذمة؟

٧. متى تنتهي الذمة؟

أهداف الدراسة: حاولت الدراسة وضع نصب عينيها مجموعة من الأهداف وهي:

١. بيان تعريف الذمة في اللغة.

٢. تحديد تعريف الذمة في الاصطلاح عند الفقهاء.

٣. ذكر ما يدل على مشروعية فكرة الذمة.

٤. توضيح العلاقة بين التكليف وثبوت الذمة.

٥. مناقشة ثبوت الذمة لغير الإنسان والترجيح.

٦. تحديد بداية الذمة.

٧. تحديد نهاية الذمة.

منهج الدراسة:

ومن أجل تحقيق أهداف الدراسة والإجابة على أسئلتها سرت وفق المنهج الاستنباطي المقارن الذي حاولت فيه توضيح كل مسألة بشكل مفصل، مع ذكر أقوال المذاهب الأربعة مرتبة بذكر مذهب الحنفية ثم مذهب المالكية ثم مذهب الشافعية ثم مذهب الحنابلة، وقد اعتمدت في ذلك بالرجوع للكتب والمراجع الأصلية في كل مذهب وذكرت القول الراجح ما أمكن مع الأدلة.



خطة الدراسة:

بيان مفهوم الذمة وأحكام تتعلق بها

المبحث الأول: تعريف الذمة ومشروعيتها.

المبحث الثاني: مدى اشتراط التكليف لثبوت الذمة، وهل تثبت لغير الإنسان؟

المبحث الثالث: بدء الذمة وانتهائها.

المبحث الأول:

تعريف الذمة ومشروعيتها

المطلب الأول: تعريف الذمة لغةً واصطلاحاً. والمطلب الثاني: مشروعية فكرة الذمة من (القرآن- السنة- الإجماع- العقل).

المبحث الثاني:

مدى اشتراط التكليف لثبوت الذمة

وهل تثبت لغير الإنسان

المطلب الأول: مدى اشتراط التكليف لثبوت الذمة. والمطلب الثاني: هل تثبت الذمة لغير الإنسان.

المبحث الثالث:

بدء الذمة وانتهائها

المطلب الأول: بدء الذمة. والمطلب الثاني: انتهاء الذمة.

المبحث الأول:

تعريف الذمة ومشروعيتها:

المطلب الأول: تعريف الذمة لغةً واصطلاحاً:

أولاً: تعريف الذمة لغةً: ترجع مادة كلمة "الذمة" إلى أصل ثلاثي هو (الذال والميم المضعفة)، وهو أصل واحد، يقال ذمته أذمه خلاف مدحته؛ فهو ذميم ومذموم: أي غير محمود^(١). ولها في اللغة عدة معانٍ من أهمها:

١- العهد: الذمة بالكسر العهد، والذمام بالكسر: ما يؤذم الرجل على إضاعته من العهد. قال تعالى: {وَالَّذِينَ كَفَرُوا وَكَذَّبُوا بِآيَاتِنَا أُولَٰئِكَ أَصْحَابُ الْجَحِيمِ} [المائدة: ١٠]

فُسِّرت الذمة بالعهد، ومن ذلك يسمى أهل العهد أهل الذمة؛ وهم الذين يؤدون الجزية من المشركين كلهم، ورجل ذمي: أي له عهد^(٢).

٢- الأمان:

فسرت الذمة بالأمان، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم"^(٣). فالذمة هنا الأمان، وسُمي الذميّ ذميّاً لأنه يدخل في أمان المسلمين^(٤).

٣- الحق والحرمة:

الذِّمَامُ والمذمة: الحق والحرمة ويقال: الذمام كل حرمة تلزمك إذا ضيعتها المذمة، وأذّم له عليه: أخذ له

(١) انظر: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، "لسان العرب"، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر- بيروت- لبنان، سنة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م): (ص ٢٢٠)، وأيضاً: الراعي أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير"، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان: (ص ٢٨٦).

(٢) انظر: محب الدين ابن الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي: "تاج العروس من جواهر القاموس". (ص ٣٠١)، وأيضاً: العلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي المتوفى سنة ٨١٧هـ: "القاموس المحيط"- مؤسسة الرسالة- بيروت- لبنان: (ص ٦٢٣)، وأيضاً: "لسان العرب": (ص ٢٢٠)، وأيضاً: "المصباح المنير" (ص ٢٨٦).

(٣) صحيح: رواه أبو داود في سننه: (٢٨٨/٧)، والنسائي: (٣٥٩/١٤)، وابن ماجه: (١٤٢/٨)، وصححه الألباني في صحيح وضعيف أبي داود برقم: (٤٥٣٠ - ٣/١٠).

(٤) انظر: "لسان العرب": (ص ٢٢٠)، "المصباح المنير": (ص ٢٨٦)، "تاج العروس": (ص ٣٠١)، "القاموس المحيط": (ص ٦٢٣)، "مختار الصحاح": (ص ٢٢٣).



الذمة، أي الحق^(٥).

٤ - الكفالة والضمان:

قولهم في ذمّتي كذا: أي في ضمانتي، الذمة: الكفالة والضمان، وقد جاء ذلك في حديث علي رضي الله عنه: "ذمّتي رهينة، وأنا به زعيم"^(٦). أي ضمانتي وعهدي رهن في الوفاء به، وفي حديث آخر: "فقد برئت منه الذمة"^(٧). أي إن لكل أحد من الله عهدًا بالحفظ والكلاءة؛ فإذا ألقى بيده إلى التهلكة، أو فعل ما حرم الله عليه، أو خالف ما أمر به فقد خذلته ذمة الله تعالى^(٨).

إذن فالذمة في اللغة تطلق على عدة معانٍ من أهمها: العهد والأمان والحق والحرمة والكفالة والضمان.

ثانيًا: تعريف الذمة اصطلاحًا:

اختلف الفقهاء في مختلف المذاهب في تعريفهم وتحديد معنى الذمة، ولم يكن هذا الخلاف حول إقرار أصل فكرة الذمة، وإنما حول تحقيق مفهوم الذمة، وتحديد ضوابطها، وكل ذلك سيتضح لاحقًا في المباحث القادمة. (فمنهم من جعلها وصفًا، فعرفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه، ومنهم من جعلها ذاتًا فعرفها بأنها نفس لها عهد؛ فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه عند جميع الفقهاء، بخلاف سائر الحيوانات)^(٩).

وقد عرّف الذمة من الحنفية- الشيخ عبد العزيز البخاري^(١٠)- في كشف الأسرار بأنه: "عبارة عن وصف يصير به الشخص أهلاً للإيجاب والاستيعاب"^(١١).

وقد عرّفها القرافي^(١٢) من المالكية فقال:

"العبارة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزم".

وهذا المعنى جعله المشرع مسببًا على أشياء خاصة: منها البلوغ، ومنها الرشد، فمن بلغ سفيهاً فلا ذمة له، فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أرش الجنایات، وأجر الإيجارات، وأثمان المعاملات، ونحو ذلك من التصرفات، ويقبل التزامه إذا التزم أشياء اختيارًا من قبل نفسه لذمة، وإذا فقد شرطًا من هذه الشروط لم يقدر الشرع هذا المعنى القابل للإلزام والالتزام، ولا جرم من لا يكون هذا المعنى مقدرًا في حقه لا يصح في حقه شيء من هذه الأمور؛ فلا ينعقد في حقه سلم ولا حوالة، ولا شيء من ذلك؛ فهذا هو حقيقة الذمة وبسطها^(١٣).

(٥) انظر "لسان العرب": (ص ٢٢٠)، "المصباح المنير": (ص ٢٨٦).

(٦) رواه المنقي الهندي في كنز العمال موقوفًا على علي بن أبي طالب رضي الله عنه: الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين المتقي البرهان فوري كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، تحقيق: بكرى حياني - صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، ط ٥، ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م (١٩٧/١٦).

(٧) صحيح: رواه مسلم في صحيحه كتاب الإيمان- باب تسمية العبد الأبق كافرًا (٢١٠/١)، وورد في سنن أبي داود في ذم من ينام على سطح غير محجر (٢٣٥/١٣)، وفي سنن ابن ماجه فيمن ترك صلاة مكتوبة (٤١/١٢)، وغيرها من المواضع.

(٨) انظر: "لسان العرب": (ص ٢٢٠)، "المصباح المنير": (ص ٢٨٦).

(٩) انظر: السيد الشريف علي بن محمد بن علي السيد الزين أبي الحسن الحسيني الجرجاني الحنفي- دار عالم الكتب- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى- سنة ١٩٩٦ م (ص ١٤٢)، وأيضًا: "الموسوعة الفقهية"، الجزء الحادي والعشرين- وزارة الأوقاف الإسلامية- الكويت- سنة ١٩٩٢ م (ج ٢١- ص ٢٧٤).

(١٠) عبدالعزيز البخاري: عبدالعزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري: فقيه حنفي من علماء الأصول، من أهل بخاري، له تصانيف: منها: "شرح أصول البزدوي" سماه: "كشف الأسرار" و"شرح المنتخب الحسامي"، وفاته سنة ٦٩٧ هـ، ١٢٩٧ م، راجع: "طبقات الشافعية" (ج ٥- ص ٧٥)، و"الخزانة التيمورية" (ج ٣- ١٠٤)، "الأعلام" للزركلي: (ج ٤- ص ١٣).

(١١) انظر: عبدالعزيز البخاري، كشف الأسرار، (ج ٤- ص ٢٣٨).

(١٢) القرافي: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي: من علماء المالكية، نسبته إلى قبيلة صنهاجة (من برابرة المغرب)، وإلى القرافة (المحلة المجاورة لغير الإمام الشافعي) بالقاهرة، وهو مصري المولد والمنشأ والوفاء، له مصنفات جليلة في الفقه والأصول منها: "أنوار البروق في أنواء الفروق"، و"الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام"، و"الخير في فقه المالكية"، و"اليواقيت في أحكام المواقيت"، وكان مع تبحره في عدة فنون من البارعين في عمل التماثيل المنحركة في الآلات الفلكية وغيرها. راجع: "الخزانة التيمورية": (ج ٣- ص ٢٣٩)، "الأعلام" للزركلي: (ج ١- ص ٩٥).

(١٣) انظر: شهاب الدين بن العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي- "الفروق" للإمام القرافي- مؤسسة الرسالة- الرياض- المملكة العربية السعودية- الطبعة الأولى ٢٠٠٣ م. (ج ٣- ص ٢٣١- ٢٣٢).



وعرفها الشافعية بأنها: "وصف قائم بالإنسان صالح للإلزام وللالتزام"^(١٤).
وعرفها البهوتي^(١٥) من الحنابلة في كشاف القناع فقال: "الذمة هي وصف يصير به المكلف أهلاً للإلزام والالتزام"^(١٦).

وقد عرفها التفتازاني^(١٧) فقال: "وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه"^(١٨).
وبيان ذلك أن الإنسان يختص من بين سائر المخلوقات بأمر لا توجد في غيره؛ فهو صالح لأن تلزمه حقوق لغيره، وأن تثبت له حقوق على غيره، وهو أيضاً صالح لتكليف يؤخذ على التفريط بها، فلا بد أن يكون فيه أمر ما أهله لأن يكون صالحاً لتلك الاختصاصات: أي لا بد من وصف- أو معنى- اختص به الإنسان، وهذا الوصف هو الذي أهله لما أمره، ولا يجوز أن يكون هذا الوصف للعقل؛ لأن المجنون تثبت له حقوق، وتلزمه حقوق، فيلزم أن يكون هذا الوصف الذمة؛ فالذمة محل للوجوب، والعقل آلة للفهم والإدراك^(١٩).

وقد عرفها فخر الإسلام البزدوي^(٢٠) بما يفيد أنها ذات لها وجود حقيقي فقال: "هي نفس ورقية لها ذمة وعهد"، والرقبة تفسير للنفس، والعهد تفسير للذمة؛ فهي نفس لها عهد سابق، وهذا العهد الذي أشار إليه تعالى في قوله: {وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى شَهِدْنَا أَنْ تَقُولُوا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ} [الأعراف: ١٧٢].

وإنما سموا النفس ذمة ليسيروا إلى أن النفس إنما كانت صالحة للتكليف بسبب ذلك العهد، وعلى هذا فمعنى وجوب الحق في ذمة فلان من الناس، أي وجوبه في نفسه باعتبار ذلك العهد، فهو مجاز مرسل من إطلاق الحال وإرادة المحل^(٢١).

والمقصود بهذا الرأي جعل الذمة أمراً ذا وجود مادي حتى لا تكون الأحكام الشرعية مبنية على شيء افتراضي لا وجود له، والواقع أن هذا التأويل لم يخرج أصحابه عن الافتراض؛ لأن تعلق الديون بنفس الإنسان ليس إلا تعلقاً اعتبارياً، وإنما تحولوا به من افتراض المحل إلى افتراض التعلق^(٢٢).
وقد عرفها ابن الشاط^(٢٣) بقوله:

(١٤) انظر: سليمان بن محمد البيهقي المتوفى ١٢٢١هـ، "حاشية البيهقي على المنهاج" - دار الفكر - بيروت: (ج ٢ - ص ٤٠٦).
(١٥) البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي: شيخ الحنابلة بمصر في عصره، نسبته إلى (بهوت) في غربية مصر، له كتب منها: "الروض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المقنع"، و"كشاف القناع عن متن الإقناع للحجاوي"، و"دقائق أولي النهي لشرح المنتهى"، و"عمدة الطالب": راجع "الأعلام" للزركلي - (ج ٧ - ص ٣٠٧).

(١٦) انظر: البهوتي: "كشاف القناع": (ج ٣ - ص ٢٨٩).
(١٧) السعد التفتازاني: مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، سعد الدين: من أئمة العربية والبيان والمنطق، ولد بتفتازان (من بلاد خراسان)، وأقام بسرخس، وأبعده تيمورلنك إلى سمرقند، فتوفي فيها، ودفن في سرخس، كانت في لسانه لكنة، من كتبه "تهذيب المنطق"، و"المطلوب" في البلاغة، و"المختصر" اختصر به شرح تلخيص المفتاح، و"مقاصد الطالبين" في الكلام، و"شرح مقاصد الطالبين"، و"النعم السوابغ في شرح الكلم النوايغ للزمخشري"، و"إرشاد الهادي" في النحو، و"شرح العقائد النسفية"، و"حاشية على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب" في الأصول، و"التلويح إلى كشف غوامض التنقيح"، و"شرح التصريف العزي" في الصرف، وهو أول ما صنف من الكتب، وكان عمره ست عشرة سنة، وتوفي سنة ٧٩٣هـ (الأعلام للزركلي: ٢١٩/٧).

(١٨) انظر: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي: "شرح التلويح على التوضيح لمثن التنقيح" في أصول الفقه - مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده - ميدان الأزهر - القاهرة: (ج ٢ - ص ١٦٢)، وأيضاً: د. عبد الودود السربتي: "المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي" - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - سنة ١٩٩٧م. (ص ١٥٤).

(١٩) انظر: التفتازاني: "التلويح على التوضيح" (ج ٢ - ص ١٦٢) - الكبيسي، محمود مجيد بن سعود: "الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء" - دار إحياء التراث الإسلامي - دولة قطر - سنة ١٤٠٣هـ. (ص ٨٥-٨٦).

(٢٠) البزدوي: علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم أبو الحسن فخر الإسلام البزدوي: فقيه أصولي، من أكابر الحنفية، من سكان سمرقند، نسبته إلى "بزدة" قلعة بقرق نسب، له تصانيف منها: "الميسوط"، و"كنز الأصول" في أصول الفقه، يعرف بأصول البزدوي، و"تفسير القرآن" كبير جداً، و"غناء الفقهاء" في الفقه، توفي سنة ٤٨٢هـ - راجع "الأعلام" للزركلي: (٣٢٨/٤).

(٢١) انظر: البزدوي: "أصول فخر الإسلام بهامش كشف الأسرار": (ج ٤ - ص ٢٣٧)، وأيضاً: التفتازاني - مرجع سابق: (ج ٢ - ص ١٦٢)، وأيضاً: الكبيسي، محمود مجيد بن سعود - "الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء" - مرجع سابق: (ص ١٨٦).

(٢٢) انظر: البزدوي - مرجع سابق: (ج ٤ - ص ٢٣٧)، وأيضاً: د. الكاشفي طه الكباشي - "الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت في الفقه الإسلامي" (دراسة مقارنة) - مكتبة الحرمين - الرياض - المملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى - سنة ١٩٨٩م. (ص ٢٥).

(٢٣) ابن الشاط: قاسم بن عبد الله بن محمد الأنصاري السبتي أبو القاسم سراج الدين ابن الشاط: فريقي فقيه مالكي، من الكتاب، قال ابن فرحون: ريان من الأدب. مولده ووفاته بسبته، والشاط لقب لجدته عرف به لأنه كان طوالاً، من كتبه: "إدراك الشروق على أنواء



"الذمة قبول الإنسان شرعاً للزوم الحقوق دون التزامها"، وعلى هذا تكون للصبي ذمة، أو يقال: "قبول الإنسان شرعاً للزوم الحقوق والتزامها"، فعلى هذا لا تكون للصبي ذمة.
وقال ابن الشاط: "إذا صح الاتفاق على اشتراط التكليف في الذمة فلا ذمة للصبي، ويتعين حد الذمة أو رسمها بأنها قبول الإنسان شرعاً للزوم الحقوق دون التزامها"^(٢٤).
وعرفها السرخسي^(٢٥) بقوله:

"إن الذمة هي محل الوجوب؛ فلا يكون الإنسان ذا أهلية إلا بعد ذمة صالحة لكونها محلاً للوجوب؛ ولهذا اختص بها الأديمي دون سائر الحيوانات التي ليست لها ذمة صالحة، والجنين ما دام مجئاً في البطن ليست له ذمة صالحة؛ لكونه في حكم جزء من الأم، ولكنه منفرد بالحياة معد ليكون نفساً له ذمة، فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية، ولا اعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه، فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة.

ولهذا لو انقلب على مال إنسان فأتلفه كان ضامناً له، ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي عليه، وهذه حقوق تثبت شرعاً"^(٢٦).

ومما ورد في تعريفها:

"إنها وصف شرعي اعتباري يصير به الإنسان أهلاً للوجوب له وعليه".

وبناءً على هذا المعنى الذي تضمنه التعريف تكون الأهلية أثراً من آثار الذمة^(٢٧).

وهناك من يعتبر الذمة كوعاء اعتباري يقدر تكونه في الشخص لتثبت فيه الديون، وسائر الالتزامات التي تترتب عليه^(٢٨).

ولعل هذا التعريف هو أقرب التعريفات لحقيقة الذمة.

وذهب آخرون إلى أن الذمة أمر لا معنى له، ولا حاجة إليه في الشرع، وأنه من مخترعات الفقهاء يعبرون عن وجوب الحكم على المكلف بثبوته في ذمته^(٢٩).

والصحيح أن افتراض الذمة ليس من قبيل بناء الأحكام على افتراض وهمي، بل هو أمر تقتضيه استقامة منطق الأحكام، ويتطلبه تخريجها وتأصيلها لتكون على نظام أتم وأضبط، فبواسطة هذا الافتراض يستطيع الإنسان أن يوسع من دائرة معاملاته إلى ما لا حد له؛ إذ الذمة تقبل أن تشغل بالديون والحقوق إلى ما لا حد له، وتكون يد الإنسان في أمواله حرة ليتصرف فيها كيف شاء رغم ديونه؛ لأنها شغلت ذمته، ولم تتعلق بعين من أعيان ماله، ولولا افتراض الذمة لتعين أن تعتبر الديون متعلقة بعين أمواله وثروته، فلا يكون حراً في التصرف

الفروق" حاشية، و"غنية الرائض في علم الفرائض"- والإشراف على أعلى الشرف في التعريف برجال البخاري من طريق الشريف أبي علي بن أبي شرف"، توفي سنة (٧٢٣هـ) - راجع "الأعلام" للزركلي: (ج ٥- ص ١٧٧).

^(٢٤) انظر: "الفروق للقرافي بحاشيته إدرار الشروق على أنواء الفروق": (ج ٣- ص ٣٦٦).

^(٢٥) السرخسي: محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة، قاض من كبار الأحناف، مجتهد، من أهل سرخس (في خراسان)، أشهر كتبه "المبسوط" في الفقه والتشريع- ثلاثون جزءاً، أملاه وهو سجين بالجب في أوزجند (بفرغانة)، وله: "شرح الجامع الكبير للإمام محمد" و"الأصول" في أصول الفقه، وكان سبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان، ولما أطلق سكن فرغانة إلى أن توفي في ٤٨٣هـ "الأعلام" للزركلي: (٣١٥/٥).

^(٢٦) انظر: أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: "أصول السرخسي"- دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان. (ج ٢- ص ٣٣٣).

^(٢٧) انظر: د. حسين خلف الجبوري: "عروض الأهلية عند الأصوليين"- الطبعة الأولى- مطبعة مركز البحوث الإسلامية- مكة المكرمة- رسالة دكتوراه- جامعة أم القرى- المملكة العربية السعودية- سنة ١٩٨٨م.

^(٢٨) انظر: د. مصطفى أحمد الزرقا: "المدخل الفقهي العام"- الطبعة الأولى- دار القلم- دمشق- سنة ١٩٨٨. (ج ٢- ص ٣٣٣)، وأيضاً: محمد بن أحمد الفراج: "الذمة المالية في الفقه الإسلامي"- رسالة ماجستير- مقدمة إلى قسم الفقه- كلية الشريعة- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض- المملكة العربية السعودية- عام ١٤١٠هـ. (ص ١٢٩)، وأيضاً: الإمام محمد أبو زهرة: "أصول الفقه"- دار الفكر العربي- القاهرة- سنة ١٩٥٨م. (ص ٣٠٨).

^(٢٩) انظر: البزدوي- مرجع سابق: (ج ٤- ص ٢٣٧-٢٣٨)، وأيضاً: د/ أحمد محمود الخولي: "نظرية الذمة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"- الطبعة الثانية- دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة- سنة ٢٠٠٨م. (ص ٤٦).



في أمواله^(٣٠).

وعقّب الشيخ أحمد إبراهيم على كل ما سبق في مجلة القانون والاقتصاد عن الأهلية وعوارضها قائلاً: "إن افتراض وجود الذمة أو نفيها لا تأثير له فيما يكون للإنسان من حقوق، وفيما عليه من واجبات، وقد تكون المسألة اعتبارية، وقد يكون للذمة وجود حقيقي مستقرة الإنسان كسائر عوارضه الذاتية التي لا تنفك عنه. وقد يكون الداعي إلى هذا الافتراض أمور شكلية محضة لتنزيل الأحكام على نظام أتم وأضبط، بينما يرى الفريق الآخر أن لا داعي إلى ذلك الافتراض، بل الواجب صرف النظر إلى الحقائق الثابتة، وربط الأحكام بها، وبعد فالنتيجة في الحقيقة واحدة"^(٣١). ومع ذلك كله فإن فرضية وجود الذمة وكونها محلاً للحقوق والواجبات أمر لازم لورود الأدلة على مشروعيتها^(٣٢).

وبالتالي فليس هناك فرق بين هذه التعريفات؛ فإن اختلف في كون الذمة: إما وصفاً أو ذاتاً، أو أمراً اعتبارياً؛ فإنها متفقة جميعه في كون الذمة هي محل الإلزام والالتزام، وبها يصير الإنسان أهلاً للحقوق والواجبات، وإن وسع البعض في شروطها، وضيق البعض الآخر وقيد بها ببعض الشروط: كالبلوغ والرشد؛ فهذه التعريفات مختلفة لفظاً لا معنى.

المطلب الثاني:

مشروعية فكرة الذمة من (القرآن- السنة- الإجماع- العقل):

وجود الذمة في الإنسان وكونها مناط الحقوق والواجبات هو رأي جمهور العلماء، بل قال بعضهم: "إن ذلك محل اتفاق بين أهل الشرع في الصدر الأول من الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم أجمعين، وأئمة الدين".

وذهب بعضهم إلى أن مناط الحقوق والواجبات هو أمر الله، وأن الذمة أمر مخترع لا حاجة إليه؛ لذا قالوا: إنه لا يوجد مبرر لافتراض أن الإنسان ذمة، ولا أن يقال: إن لفلان ذمة فلان كذا في المال، إنما يمكن الاستعاضة عن ذلك بأن يقال: إن الشارع الحكيم مكن الدائن من مطالبة المدين بهذا المقدار من المال، وبهذا يستغني عن فرض أمر يقال له الذمة^(٣٣).

والرد على هذا الإنكار يتمثل في النصوص القرآنية، والإجماع القائم بين العلماء على اعتبار الذمة، وهي كالتالي:

أولاً: النصوص القرآنية:

١. الآية الأولى: قوله تعالى: {وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ أَلَسْتُمْ بِرَبِّكُمْ قَائِلُونَ} شَهِدْنَا أَنْ تَقُولُوا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ { [الأعراف: ١٧٢].

وجه الدلالة:

أن هذا إخبار من الله تعالى أنه قد أخذ عهداً على بني آدم أن يقرؤا بوحدانيته وربوبيته وأشهد عليهم، وأقروا بذلك، وهذا دليل على أنهم بموجب هذا العهد والإقرار مطالبون بحقوق الله تعالى لوجوبها عليهم؛ فلا بد أن يكون فيهم وصف جعلهم أهلاً للوجوب عليهم، وهذا الوصف هو الذمة^(٣٤).

٢. الآية الثانية: قوله تعالى: {وَكُلَّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخْرِجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَابًا يَلْقَاهُ مَنْشُورًا}

^(٣٠) انظر: المكاشفي، طه الكباشي، الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مكتبة الحرمين، الرياض- المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٩م: (ص ٢٧).

^(٣١) انظر: الشيخ أحمد إبراهيم- بحث بعنوان: "الأهلية وعوارضها في مجلة القانون والاقتصاد"- عدد ٣٥٢ السنة الأولى سنة ١٩٣١م (ص ١٠٩-١١٠).

^(٣٢) انظر: محمد أبو زهرة: مرجع سابق: (ص ٣٠٨).

^(٣٣) البخاري: مرجع سابق: (ج ٤- ص ٢٣٨).

^(٣٤) انظر: "أصول الزيدوي"- مرجع سابق، وأيضاً: البخاري- مرجع سابق: (ج ٤- ص ٢٣٨). وأيضاً: السرخسي: مرجع سابق: (ج ٢- ص ٣٣٣) - وأيضاً: محمود الكبيسي: مرجع سابق (ص ٨٧).



[الإسراء: ١٣].

وجه الدلالة: أن العرب كانوا ينسبون الخير والشر إلى الطائر؛ حيث إنه إن مرَّ من فوقهم سائحًا يتيمنون به، وإن مرَّ بارحًا يتشاءمون منه؛ فاستعير الطائر لما هو في الحقيقة سبب للخير والشر، وهو قضاء الله وقدره، وأعمال العباد؛ فإنها وسيلة لهم إلى الخير والشر؛ فالمعنى: ألزماه ما قُضي له من خير أو شر، وألزمناه عمله لزوم القلادة أو الغل للعنق: أي لا ينفك عنه أبدًا؛ فدللت الآية الكريمة على لزوم العمل للإنسان؛ فمحل ذلك اللزوم هو الذمة^(٣٥).

٣. الآية الثالثة: قوله تعالى: {إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا} [الأحزاب: ٧٢].

وجه الدلالة: أن معنى الأمانة التكليف الشرعية، والله سبحانه وتعالى بيّن أن غير الإنسان بريء من هذه التكليف، وتقبلها الإنسان، واختص بها؛ فلا بد من خصوصية فيه تؤهله لحمل هذه التكليف، ولوجوبها عليه هذه الخصوصية ليست موجودة في غيره من المخلوقات وهي الذمة^(٣٦).

وقد ورد على هذه الأدلة الثلاثة أن غاية ما تدل عليه أن للإنسان ذمة يكون بها أهلاً لما يجب عليه، أما أن يكون له ذمة يكون بها أهلاً لما له فليس فيها ما يدل على ذلك؛ لأن مطالبة الإنسان بما يجب عليه من حقوق الله في الآية الأولى، ولزوم العمل للذمة في الآية الثانية، وحمل الإنسان للتكليف في الثالثة إنما تدل على الوجوب دون الاستحقاق، ولهذا استدلو على أن الذمة يتعلق بها الاستحقاق أيضاً بقوله تعالى: {هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً ثُمَّ اسْتَوَى إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ} [البقرة: ٢٩]. وقد ناقش التفتازاني الاستدلال بهذه الآيات على وجود الذمة:

فناقش الآية الأولى:

"بأن من المفسرين من ذهب إلى أنه لا عهد ولا إلهاد ولا إقرار، وأن الآية تمثيل لما كان من سبحانه ومن بني الإنسان: أي إن الله تعالى نصب من الأدلة البينة الواضحة على وحدانيته وربوبيته ما يستطيع معه الإنسان أن يدرکہا بفطرته، فاستعار لهذا الوضع عهداً وإشهاداً من قبله سبحانه، وإقراراً من قبل بني الإنسان^(٣٧)."

وناقش الآية الثانية:

"بأنه لا دلالة فيها على الذمة؛ إذ المراد مجرد إلزام الإنسان بعمله لزوم القلادة العنق، فشبه لزوم العمل للإنسان بلزوم القلادة العنق، فالتعق باقٍ على حقيقته ولم يستعر للذمة"^(٣٨). وأجاب من لا خسر^(٣٩) "بأن الذمة إنما لزم من لزوم العمل للإنسان؛ لأنه لما لزم كان لا بد من وجود محل في الإنسان لهذا اللزوم وهو الذمة، لا من استعارته العنق للذمة"^(٤٠). ونوقشت الآية الثالثة:

بأنها تحتل تفاسير لا يدل واحد منها على وجود الذمة منها: أنه أراد بالأمانة التكليف، ومعنى عرضها على السماوات والأرض والجبال وإبائهن حملها: عدم استعدادهن لقبول التكليف، وعدم لياقتهن لها، ومعنى حمل الإنسان لها قابليته واستعداده لهذه التكليف، وقوله تعالى: {إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا} [الأحزاب: ٧٢].

(٣٥) انظر: السرخسي: مرجع سابق: (ج ٢- ص ٣٣٣-٣٣٤)، وأيضاً: محمود الكبيسي: مرجع سابق: (ص ٨٨).

(٣٦) انظر: محمود الكبيسي: مرجع سابق: (ص ٨٨-٨٩).

(٣٧) انظر: محمود الكبيسي: مرجع سابق: (ص ٨٩-٩٠).

(٣٨) انظر: نفس المرجع السابق.

(٣٩) من لا خسر بن "فرامز" السيواسي الحنفي: عالم الروم، وقاضي القضاة بها، ورفيق شيخنا الكافي في الاشتغال على المانح، كان إماماً بارعاً محققاً نظاراً، طويل الباع، راسخ القدم، له "حاشية على تفسير البيضاوي"، و"كتاب الدرر شرح الغرر في الفقه". مات سنة خمس وثمانين وثمانمائة.

(٤٠) انظر: محمود الكبيسي: مرجع سابق: (ص ٩٠).



تعليل لحمله هذه التكاليف؛ لأن الإنسان لغلبة القوة الغضبية والشهوية عليه غالباً ما يكون ظلوماً جهولاً، فحمله الله تعالى هذه التكاليف ليحد من ظلمه وجهله، ويرده إلى العدل والعفة.

ويجاب بأن قوله: {وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ} [الأحزاب: ٧٢] أي التزمها: يدل على أنه مكلف من قبل الشارع بهذه التكاليف لاستعداده لها، فلا بد لهذه التكاليف من محل في الإنسان لا يتعلق به الالتزام منه، والالتزام من الله تعالى، وبالتالي يتعلق به وجوب الأداء، فإن الأوامر والنواهي مثل: {وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ} [البقرة: ٤٣]. وقوله: {وَلَا تَقْرُبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا} [الإسراء: ٣٢]، لا بد من تعلقها بمحل في الإنسان، وليس ذلك المحل إلا الذمة كما قال ذلك من لا خسرو في حاشيته على التلويح.

وأما قوله تعالى: {هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ} [البقرة: ٢٩] فقد قال مجاهد^(٤١) في معنى هذه الآية: "إن الله عز وجل خلق الأرض قبل السماء؛ فلما خلق الأرض ثار منها دخان؛ فذلك حين يقول عز وجل: {هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ} [البقرة: ٢٩] قال بعضهم فوق بعض، وسبع أرضين يعني: بعضهم تحت بعض"^(٤٢).

ثانياً: السنة النبوية:

ومن الأحاديث التي توضح طبيعة هذه العادة كما ذكر ذلك الخولي^(٤٣):
ما جاء عن زيد بن أسلم^(٤٤) أنه قال: لقيت رجلاً بالإسكندرية يقال له سُرقًا، فقلت له: ما هذا الاسم؟ فقال: سمانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ ذلك أني لقيت رجلاً من أهل البادية ببيعرين له يبيعهما؛ فابتعتهما منه، وقلت له: انطلق معي حتى أعطيك ثمنهما. فدخلت بيتي وخرجت من خلف لي، وقضيت بثمن البيعرين حاجتي، وتغيبت حتى ظننت أن الأعرابي قد خرج؛ فخرجت والأعرابي مقيم؛ فأخذني فقدمني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته الخبر، فقال: رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما حملك على ما صنعت؟" قلت: قضيت بثمنها حاجتي قال: "فاقضه" فقلت: ليس عندي مال، قال: "أنت سُرقٌ، اذهب يا أعرابي فبعه حتى تستوفي حقك"، فجعل الناس يسومونه في، ويلتفت إليهم فيقول: ما تريدون؟ فيقولون: نريد ابتياعه منك فنعتقه. قال: فوالله إن منكم أحد أحوج إليه مني، اذهب فقد أعتقتك^(٤٥).

ومما يؤكد ذلك حديث كعب بن مالك^(٤٦) عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ^(٤٧)

(٤١) مجاهد بن جبر مجاهد بن جبر، أبو الحجاج المكي، مولى بن مخزوم، مولى بني مخزوم: تابعي، مفسر من أهل مكة، قال الذهبي: شيخ القراء والمفسرين، أخذ التفسير عن ابن عباس، قرأه عليه ثلاث مرات، يقف عند كل آية يسأله: فيم نزلت؟ ذهب إلى "بئر برهوت" بحضرموت، وذهب إلى "بابل" يبحث عن هاروت وماروت، أما كتابه في "التفسير" فيتقيه المفسرون، وسئل الأعمش عن ذلك، فقال: كانوا يرون أنه يسأل أهل الكتاب، يعني النصارى واليهود، ويقال: إنه مات وهو ساجد في سنة (١٠٤ هـ). راجع: "الأعلام" للزركلي: (ج ٥ - ص ٢٧٨).

(٤٢) انظر: ابن كثير، الإمام أبو الفداء إسماعيل القرشي الدمشقي - تفسير القرآن العظيم، مكتبة دار التراث، القاهرة: (ج ١ - ص ٦٧، ٦٨).

(٤٣) انظر: د/ أحمد الخولي: مرجع سابق: (ص ٥٧-٥٨).

(٤٤) زيد بن أسلم العدوي العمري: فقيه مفسر، من أهل المدينة، كان مع عمر بن عبدالعزيز أيام خلافته، واستقدمه الوليد بن يزيد في جماعة من فقهاء المدينة إلى دمشق مستفتياً في أمر، وكان ثقة، كثير الحديث، له حلقة في المسجد النبوي، وله كتاب في (التفسير) رواه عنه ولده عبد الرحمن، كانت وفاته عام: ١٣٦ هـ راجع "الأعلام" للزركلي: (ج ٣ - ص ٥٦).

(٤٥) الحديث أخرجه الحاكم في "المستدرک: (٢/٦٢ - رقم: ٢٣٣٠) - وقال: هذا حديث صحيح على شرط البخاري - ولم يخرجاه.

(٤٦) كعب بن مالك بن عمرو بن القين، الأنصاري السلمي الخزرجي: صحابي من أكابر الشعراء، من أهل المدينة، اشتهر في الجاهلية، وكان في الإسلام من شعراء النبي صلى الله عليه وسلم وآله، وشهد أكثر الوقائع، ثم كان من أصحاب عثمان، وأنجده يوه الثورة، وحرص الأنصار على نصرته، ولما قتل عثمان قعد في نصرة علي فلم يشهد حروبه، وعي في آخر عمره، وعاش سبعة وسبعين سنة، له ٨٠ حديثاً، وديوان شعر، توفي سنة ٥٠ هـ، راجع: "الأعلام" للزركلي: (ج ٥ - ص ٢٢٨).

(٤٧) معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي، أبو عبد الرحمن: صحابي جليل، كان أعلم الأمة بالحلال والحرام، وهو أحد الستة الذين جمعوا القرآن على عهد النبي صلى الله عليه وسلم، أسلم وهو فتى، وأخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين جعفر بن أبي طالب، وشهد العقبة مع الأنصار السبعين، وشهداء بدرًا وأحدًا والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبعثه رسول الله بعد غزوة تبوك قاضيًا ومرشدًا لأهل اليمن، وأرسل معه كتابًا إليهم يقول فيه: (إني بعثت لكم خير أهلي) فبقي في اليمن إلى أن توفي النبي صلى الله عليه وسلم وولي أبي بكر، فعاد إلى المدينة، ثم كان مع أبي عبيدة بن الجراح في غزو الشام، ولما أصيب أبو عبيدة (في طاعون عمواس) استخلف معاذًا، وأقره عمر، فمات في ذلك العام، وكان من أحسن الناس وجهًا، ومن أسلمهم كفاً، له ١٥٧



ماله، وباعه في دين كان عليه.

وفي بعض رواياته قال غرماء معاذ: يا رسول الله بعه لنا (يقصد معاذًا) قال صلى الله عليه وسلم: ليس لكم إليه سبيل^(٤٨).

ثالثًا: الإجماع:

وقد دل الإجماع على اعتبار الذمة؛ فمن أنكرها فهو مخالف للإجماع كما بين ذلك الزهاوي^(٤٩) فقال: "لا خلاف بين أهل الشرع أن ذلك المعنى الذي يثبت به صلاحية النفس للتكليف ثابت للنفس، وأنه محل الوجوب، وأنه سمي الذمة بهذا الاسم في الصدر الأول من الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم أجمعين وأئمة الدين؛ فاحتاج المتأخرون إلى تحقيقه وتعريفه"^(٥٠).

رابعًا: العقل:

١- أن تقدير ذمة الشخص على أنها محل لثبوت الحقوق عليه أمر لا مندوحة عنه، وليس من قبيل بناء الأحكام على افتراض وهمي، بل هو أمر يقتضيه استقامة منطق الأحكام، ويتطلبه تخريجها وتأصيلها.

٢- أن للإنسان في الشريعة الإسلامية أن يلتزم بما لا حد له من الالتزامات والديون دون نظر إلى قدرته وثروته، وكذا صحة تصرفاته بماله، ولو بإخراجه عن ملكه إذا اكتملت في مشروط الأهلية، وليس لذلك تفسير إلا بافتراض ذمة الإنسان تكون محلاً واسعاً لثبوت الدين بلا حد؛ فتكون يد الإنسان في أمواله حرة رغم ديونه؛ لأن الديون عندئذ حقوق شخصية محلها الذمة، ولا علاقة لها بعين أمواله.

٣- أنه وجد في الفقه الإسلامي ما يسمى الشخصية الحكمية الاعتبارية، وتلك إنما تقوم على تصور شخصية مفترضة تتمتع بذمة مالية؛ فتعتبر كالشخص الطبيعي في ثبوت الحقوق عليه، ولولا قبول الذمة للشخص الطبيعي ما أمكن تكون الشخص الحكمي، لأن الشخصية الحكمية ذات الذمة هي من أساسها افتراضية اعتبارية، وليست حقيقية ذات وجود خارجي^(٥١).

المبحث الثاني:

مدى اشتراط التكليف لثبوت الذمة وهل تثبت لغير الإنسان

المطلب الأول: مدى اشتراط التكليف لثبوت الذمة:

إن التعاريف السابقة للذمة، التي تناولتها بالبحث في المبحث الأول، كلها متفقة على أن الذمة هي أمر مقدر وجوده في الإنسان، ومفترض له افتراضاً حتى يصبح الشخص قابلاً لأن يكون ملتزماً، أو ملتزماً له: أي مستحقاً أو مسئولاً^(٥٢)، ولكن اختلفوا بعد ذلك: فمنهم من اشترط التكليف في الذمة، ومنهم من لم يشترطه.

وذهب الحنفية إلى أن الذمة تثبت حقاً للجنين قبل الولادة، فصرح بعضهم أن الذمة ثابتة له من وجه من الوجوب له من وصية وميراث ونسب وعق على الانفراد: أي دون الأم^(٥٣)، ومنهم من صرح أن له ذمة لكنها غير مطلقة: أي كاملة حتى صلح لأن يجب له الحق من العتق والإرث والوصية والنسب^(٥٤).

ثم ذكروا أنه لا يجب عليه: أي لا يصلح لأن يجب عليه الحق، حتى لو اشترى الوالد له شيئاً لا يجب

حديثاً، توفي عقيماً سنة ١٨ هـ بناحية الأردن، ودفن بالقصير (بالغور)، ومن كلام عمر: (لولا معاذ لهلك عمر) ينوه بعلمه. راجع "الأعلام" للزركلي (ج ٧- ص ٢٥٧).

^(٤٨) أخرجه الحاكم في "المستدرک" (٦٧/٢) - كتاب البيوع (٢٣٤٨) - (١١٣/٤) كتاب الأطعمة (٧٠٦٠) وصححه على شرط الشيخين.

^(٤٩) الزهاوي: يحيى بن قراجا شرف الدين الزهاوي: فقيه حنفي مصري - أصله من الرها (بين الموصل والشام) ومولده ومنتشأه بمصر - أقام زمناً في دمشق - وعاد إلى مصر سنة ٩٤٢ قال النجم الغزي: ولا أدري متى توفي. "الأعلام للزركلي" (ج ٨- ص ١٦٣).

^(٥٠) انظر: محمد الفراج - مرجع سابق: (ص ٤٣). وانظر: حسين الجبوري: مرجع سابق: (ص ١٠١).

^(٥١) انظر: مصطفى الزرقا: مرجع سابق: (ج ٣- ص ١٨٩). وانظر محمد الفراج: مرجع سابق: (ص ٤٣-٤٤).

^(٥٢) انظر: الزرقا: مرجع سابق: (ج ٣- ص ١٨٧-١٨٨).

^(٥٣) انظر: ابن أمير الحاج: "التقريب والتحبير شرح على تحرير الإمام الكمال بن الهمام" - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية - ١٩٨٣ م (ج ٢- ص ١٦٥).

^(٥٤) انظر: البزدوي: مرجع سابق: (ج ٢- ص ١٦٥). وانظر: السرخسي: مرجع سابق: (ص ٣٣٣).



عليه الثمن، ولا يجب عليه نفقة الأقارب ونحوها، ثم بينوا بعد ذلك أنه متى انفصل الجنين عن الأم بالولادة كانت له ذمة مطلقة لصيرورته نفساً من كل وجه، فاستعقبت الذمة الوجوب له وعليه^(٥٥). وعرفها- القرافي من المالكية- فقال: "العبارة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام وال لزوم" فذكر (المكلف)^(٥٦).

والقرافي لا يرى الذمة إلا للشخص الرشيد المكلف غير المحجور عليه للسفه أو للدين؛ فهو يشترط التكليف والرشد لثبوت الذمة، فقال بعد أن عرف الذمة: "هذا المعنى جعله الشرع مسبباً على أشياء خاصة: منها البلوغ ومنها الرشد؛ فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له، ومنها ترك الحجر على المفلس؛ فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أرش الجنائيات، وأجر الإجازات، وأثمان المعاملات، ونحو ذلك من التصرفات، ويقبل التزامه إذا التزم شيئاً اختياراً من قبل نفسه لزمه، وإذا فقد شرطاً من هذه الشروط لم يقدر الشارع هذا المعنى القابل للإلزام والالتزام".

وقال القرافي أيضاً: "يشترط في الذمة التكليف من غير خلاف أعلمه، وقد اتفق الجميع على عدم الذمة في حق الصبي"^(٥٧).

وخالف بعض فقهاء المالكية ما ذهب إليه القرافي؛ فقال ابن الشاطب بعد أن عرف الذمة بأنها "قبول الإنسان شرعاً للزوم الحقوق دون التزامها، وعلى هذا تكون للصبي ذمة"^(٥٨).

وقد ورد في المدونة ما يفيد ثبوت الذمة صراحة لكل من الصبي والمجنون؛ لأنه تثبت عليها بعض الديون، وهي تحتاج إلى معنى مقدر لتشغله، جاء في المدونة في باب الديات: "إذا بلغ الثلث فصاعداً فإن كان أقل من الثلث ففي أموالهما، وإن لم يكن لهما مال كان ذلك ديناً عليهما يتبعان به"^(٥٩).

وتعريف الشافعية للذمة بأنها: "أمر أو وصف قائم بالإنسان صالح للإلزام وللالتزام" يجعلها شاملة للصغير والكبير، والمكلف وغير المكلف للإطلاق، ولأنهم يقولون بوجوب ضمان الصغير والمجنون إذا أتلوا مال الغير وبوجوب الزكاة في مالهما، وكل ذلك يترتب عليه التزام يقتضي وجود ذمة ليثبت فيها"^(٦٠). وقد عرّفها البهوتي من الحنابلة بقوله: "هي وصف يصير به المكلف أهلاً للإلزام والالتزام" فذكر (المكلف)^(٦١).

فاشترط الحنابلة التكليف لثبوت الذمة، وهذا ظاهر من تعريف البهوتي السابق، ولكن ما صرح به بعض فقهاء الحنابلة، وما صرح به البهوتي نفسه من أحكام تخص الصغار، وهي تدل على ثبوت الذمة لهم يخالف ذلك.

فقد ذكر ابن رجب^(٦٢): أن نفقة الأقارب واجبة على الحمل في ماله؛ وبين ابن رجب أيضاً: "أن الملك يثبت له بالإرث من حين موت مورثه، فالمحل الذي جعل أساساً لثبوت الحق له بالملك بالإرث، والذي جعل

(٥٥) انظر: ابن أمير الحاج: مرجع سابق: (ج ٢- ص ١٦٥). وانظر: التفتازاني: مرجع سابق: (ج ٢ ص ١٦٣). وانظر: السرخسي: مرجع سابق: (ص ٣٣٣).

(٥٦) انظر: القرافي: مرجع سابق: (ج ٣- ص ٢٣٠).

(٥٧) انظر: القرافي: مرجع سابق: (ج ٣- ص ٢٣٠-٢٣٣).

(٥٨) انظر: ابن الشاطب- مرجع سابق: (ج ٣- ص ٢٣٠).

(٥٩) انظر: المكاشفي: مرجع سابق: (ص ١٩-٢١).

(٦٠) نفس المرجع السابق: (ص ٢٥).

(٦١) انظر: البهوتي: مرجع سابق: (ج ٣- ص ٢٨٩).

(٦٢) ابن رجب: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي، أبو الفرج زين الدين: حافظ للحديث، من العلماء، ولد في بغداد، ونشأ وتوفي في دمشق، من كتبه "شرح جامع الترمذي" و"جامع العلوم والحكم" في الحديث، وهو المعروف بشرح الأربعين، و(فضائل الشام)، و"الاستخراج لأحكام الخراج"، و"القواعد الفقهية"، و"لطائف المعارف"، و"فتح الباري شرح صحيح البخاري" لم يتمه، و"ذيل طبقات الحنابلة لابن أبي يعلى" جزآن، و"الاعتناء من مشكاة وصية النبي صلى الله عليه وسلم لابن عباس"، و"أحوال القبور"، و"كشف الكربة في وصف حال أهل الغربية" رسالة في شرح حديث (بدأ الإسلام غريباً)، و"التوحيد"، و"رسالة في معنى العلم"، توفي في ٧٩٥ هـ. الأعلام للزركلي- (ج ٣ / ص ٢٩٥).



لوجوب الحق عليه بالزامه ينفقه الأقارب، هو الذمة إذن^(٦٣)؛ فالنص صريح في ثبوت الذمة للجنين^(٦٤). وقد ورد في "كشف القناع" للبهوتي صحة تصرف الصغير غير المميز في الشيء اليسير، وصحة قبول المميز الهبة والوصية دون إذن الولي، وهذا يدل على ثبوت الذمة للصغير^(٦٥). إذن مما سبق يتبين لنا أن الحنفية والشافعية لم يتشترطا أن يكون الشخص قد وصل مرحلة البلوغ من أجل ثبوت الذمة، وكذلك الحنابلة والمالكية ما عدا البهوتي من الحنابلة، والقرافي من المالكية؛ فقد اشترطا أن يكون الشخص قد وصل مرحلة البلوغ، وصار مطالباً بالعبادات، وبالتالي تثبت له الذمة، والراجح والله أعلم أن الذمة تثبت للإنسان ولو لم يصل إلى سن البلوغ، ولكنها تكون ذمة ناقصة.

المطلب الثاني: هل تثبت الذمة لغير الإنسان؟

قرر الفقهاء أن الذمة من خصوصيات الإنسان؛ حيث إن الإنسان هو الذي اختص بالوجوب دون سائر الحيوانات التي ليست لها ذمة؛ وذلك لما أودعه الله سبحانه في الإنسان من عقل ومشاعر وقوى يصبح بها الإنسان أهلاً للإلزام والالتزام^(٦٦).

وإن كانت هناك آراء لبعضهم تثبت ذمة لغير الإنسان.

ومثال ذلك:

١- أن بعضهم أثبت الذمة للشخصية الاعتبارية؛ فهناك بيت المال الذي تفرض له استحقاقات وتجب عليه واجبات، وكذا الطرق والقناطر والمنشآت العامة، والمساجد والمدارس والأوقاف ونحوها، كلها لها ذمة اعتبارية.

٢- أن بعضهم أثبت الذمة للدواب في بعض الأحكام؛ فقالوا: "إن نفقة البهيمة واجبة على مالكها"، وبهذا تكون للحيوانات حقوق ثابتة لها، وهو القول بإثبات أهلية وجوب لها، وما يتبع ذلك من تصور وجود ذمة اعتبارية للحيوانات تتعلق بها الحقوق إلا أنها لا تثبت عليها واجبات، واستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "عُدَّتْ امرأة في هرة ربطتها حتى ماتت فدخلت فيها النار: لا هي أطعمتها ولا سقتها إذ حبستها، ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض" متفق عليه من حديث عبد الله بن عمر^(٦٧) رضي الله عنه^(٦٨).

وقد قال بعض العلماء إن الدواب ليس لها ذمة، وإنما الحقوق الثابتة لها تكون في إطار الإحسان إليها برعايتها بالعلف والنفقة، وفي حدود حفظ حياتها والانتفاع بها على وجه حسن، ومن القائلين بهذا الرأي عبد العزيز البخاري حيث قال: "ويختص الإنسان بالوجوب دون سائر الحيوانات التي ليس لها ذمة"^(٦٩). ونفي هؤلاء الذمة عن الحيوان إنما هو نفي للذمة الحقيقية، ولا يعنون به الذمة الاعتبارية؛ لأنها تثبت للحيوان لوجوب بعض الحقوق له^(٧٠).

وهذا والله أعلم هو الأرجح قياساً على العبد؛ فإن العبد له ذمة، ولكنها ذمة ناقصة.

(٦٣) انظر: ابن رجب، الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي، القواعد الفقهية، دار المعرفة، بيروت.

(٦٤) انظر: البهوتي: مرجع سابق: (ج ٣ - ص ١٥١).

(٦٥) انظر: السرخسي، مرجع سابق: (ج ٢ - ص ٣٣٣)، وأيضاً: حسين الجبوري - مرجع سابق: (ص ١٠٣، ١٠٤)، وأيضاً: محمود الكبيسي، مرجع سابق: ص: (٩٢).

(٦٦) عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي، أبو عبد الرحمن: صحابي، من أعز بيوتات قريش في الجاهلية، كان جريئاً جهوريماً، نشأ في الإسلام، وهاجر إلى المدينة مع أبيه، وشهد فتح مكة، ومولده ووفاته فيها، أفتى الناس في الإسلام ستين سنة، ولما قتل عثمان عرض عليه نفر أن يبايعوه بالخلافة فأبى، وغزا إفريقية مرتين: الأولى مع ابن أبي سرح، والثانية مع معاوية بن خديج سنة ٣٤ هـ، وكف بصره في آخر حياته، وهو آخر من توفي بمكة من الصحابة سنة ٧٣ هـ، له في كتب الحديث: ٢٦٣٠ حديثاً، وفي الإصابة: قال أبو سلمة بن عبد الرحمن: مات ابن عمر وهو مثل عمر في الفضل، وكان عمر في زمان له فيه نظراء، وعاش ابن عمر في زمان ليس له فيه نظير. راجع الأعلام للزركلي: (ج ٤ - ص ١٠٨).

(٦٧) رواه البخاري: كتاب أحاديث الأنبياء - باب حديث الغار.

(٦٨) انظر: عبد العزيز البخاري - مرجع سابق: (ج ٤ - ص ٢٣٧).

(٦٩) انظر: المكاشفي - مرجع سابق: (ص ٤٥).



المبحث الثالث:

بدء الذمة وانتهاؤها

المطلب الأول: بدء الذمة:

ويقول السرخسي في أصوله: "والجنين ما دام مجنناً في البطن ليست له ذمة صالحة، لكونه في حكم جزء من الأم، ولكنه منفرد بالحياة، معد ليكون نفساً له ذمة، فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له: من عتق أو إرث أو نسب أو وصية، ولا اعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه، فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة، ولهذا لو انقلب على مال إنسان فأتلفه كان ضامناً له"^(٧٠).

ويقول عبد الوهاب خلاف في ثبوت أهلية الوجوب للجنين: "إن أهلية الوجوب ثابتة للجنين ولكنها ناقصة، فإنه تثبت له حقوق؛ لأنه يرث ويوصى له، ويستحق له في ريع الوقف، ولكن لا تجب عليه لغيره واجبات"^(٧١). ويوضح وهبة الزحيلي بدء الذمة بقوله: "وهي ثابتة لكل إنسان باعتباره إنساناً من حين بدء تكوينه جنيناً، لأنها مبنية على خاصة فطرية في الإنسان، وبالتالي تثبت له أهلية وجوب ولكنها ناقصة، فيكون أهلاً لأن تثبت له حقوق فقط، دون أن تترتب عليه واجبات؛ بشرط ولادته حياً، والحقوق التي تثبت له لا تحتاج إلى قبول كالإرث والوصية، والاستحقاق في الوقف، ولكن لا تجب عليه لغيره واجبات، ويترتب عليه أن الحقوق التي تحتاج إلى قبول: كالشراء والهبة لا تثبت له، لأن الجنين ليست له عبارة، وكذلك لا تصح الهبة منه، والصدقة والشراء له، ولا يجب في ماله شيء من نفقة أقاربه المحتاجين، والسبب في اعتبار نقص أهلية الوجوب للجنين: هو ماله من الاعتبارين:

اعتبار "بأنه جزء من أمه، واعتبار بأنه نفس مستقلة، فبحسب الاعتبار الأول: لم يجعل له ذمة كاملة صالحة لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وبالاختبار الثاني: جعل له ذمة ناقصة تؤهله لاكتساب الحقوق فقط، ونظراً لأن وجود الجنين محتمل، فقد اشترط الفقهاء أن ينفصل حياً، فلو انفصل ميتاً لم يكن الموصي به لورثته، والميراث الموقوف له من تركه مورثه يبقى على ذمة المورث الأصلي، ويوزع لبقية الورثة"^(٧٢). ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا في ذلك: "وأهلية الوجوب هذه في نظر الشرع الإسلامي مناطها الصفة الإنسانية، ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد، بل كل إنسان في أي طور كان حتى الجنين يعتبر متمتعاً بأهلية الوجوب هذه ولكنها ناقصة"^(٧٣).

المطلب الثاني: انتهاء الذمة:

بقاء الذمة بعد الوفاة وهو للحنابلة في رواية عندهم:

أن الذمة تخرب وتنهدم وتزول بمجرد الموت، لأنها من خصائص الشخص الحي، فلا تكون محلاً لبقاء الديون، فإن لم يترك الميت ماله فمصير ديونه السقوط، وإن ترك ماله فقبض بعض فقهاء الحنابلة أصحاب هذا القول: إن الدين لم يبق في ذمته، بل ينتقل إلى ذم الورثة، ولكن في حدود ما يتركه المتوفى من أموال، وقال بعضهم يتعلق بأعيان التركة فقط^(٧٤).

أن الذمة تبقى بعد الموت صحيحة ولا تخرب ولا تضعف؛ فتكون محلاً لكل ديونه وحقوقه، وذلك لحاجة الميت إليها، ويستدلون على ذلك بما رواه أبو هريرة^(٧٥) رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "نفس

(٧٠) انظر: السرخسي- مرجع سابق: (ج ٢- ص ٣٣٣).

(٧١) انظر: عبد الوهاب خلاف- مرجع سابق: (ص ١٣٦).

(٧٢) انظر: وهبة الزحيلي- مرجع سابق: (ج ١- ص ١٦٣- ١٦٥)، وأيضاً: د. إبراهيم سلقيني "أصول الفقه الإسلامي"- الطبعة السادسة- مطبعة جامعة دمشق- ١٩٩٢م ص: (٢٢٥)، وأيضاً عبد الودود السريتي- مرجع سابق: (ص ١٥٥). وانظر: محمد أبو زهرة- مرجع سابق: (ص ٣٠٩).

(٧٣) انظر: مصطفى الزرقا- مرجع سابق: (ج ٢- ص ٧٨٥).

(٧٤) انظر: ابن رجب- مرجع سابق: (ص ١٨٢)، وأيضاً عبد الوهاب خلاف- مرجع سابق: (ص ١٣٦، ١٣٧)، وأيضاً: صليحة عاشور- مرجع سابق، وانظر: المكاشفي- مرجع سابق: (ص ٤٦).

(٧٥) أبو هريرة: عبد الرحمن بن صخر الدوسي، الملقب بأبي هريرة: صحابي، كان أكثر الصحابة حفظاً للحديث، ورواية له، نشأ يتيماً ضعيفاً



المؤمن معلقة بدينه حتى يُقضى عنه" أخرجه الترمذي^(٧٦) وابن ماجه^(٧٧) وأحمد^(٧٨).

وبصحة الكفالة بدين الميت المفلس بعد موته؛ فالقول بصحة الكفالة يقتضي وجود ذمة له، وسندهم في صحة كفالة دين الميت المفلس ما روي عن سلمة بن الأكوع قال: كنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ أتني بجنزة فقالوا: يا رسول الله صلّ عليها، قال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا قال: فهل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنائير. قال: صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعليّ دينه فصلّى عليه: "أخرجه البخاري وغيره. وصحة ضمان دين الميت المفلس قول جمهور الفقهاء وأكثر أهل العلم، خلافاً لأبي حنيفة فلا يصح عنده ضمان دين الميت المفلس.

يقول ابن القيم^(٧٩) مبيناً عدم خراب الذمة لبقاء الحق فيها من وجه لصحة ضمان دين الميت المفلس أن "القياس يقتضي صحة ضمان دين الميت، وإن لم يخلف وفاء؛ فإن من صح ضمان دينه حيّاً صح ضمان دينه ميتاً، والضمنان يوجب مطالبة رب الدين للضامن، فلا فرق بين أن يخلف وفاء، أو لم يخلفه، والميت أحوج إلى ضمان من الحي لحاجته إلى تبرئة جلدة ببراءة ذمته، وتخليصه من ارتهانه بالدين، وأيضاً فإن ذمة الميت وإن خربت من وجه- وهو تعذر مطالبته- لم تخرب من جهة بقاء الحق فيها، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: "ليس من ميت يموت إلا وهو مرتهن بدينه"^(٨٠)، ولا يكون مرتهناً وقد خربت ذمته".

في الجاهلية، وقدم المدينة ورسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر، فأسلم سنة ٧هـ، ولزم صحبة النبي، فروي عنه ٥٣٧٤ حديثاً، نقلها عن أبي هريرة أكثر من ٨٠٠ رجل بين صحابي وتابعي، وولي إمرة المدينة مدة، ولما صارت الخلافة إلى عمر استعمله على البحرين، ثم رآه لين العريكة، مشغولاً بالعبادة فعزله، وأراد بعد زمن على العمل فأبى، وكان أكثر مقامه في المدينة وتوفي فيها، وكان يفتي، وقد جمع شيخ الإسلام تقي الدين السبكي جزءاً سمي (فتاوى أبي هريرة)، ولعبد الحسين شرف الدين كتاب في سيرته (أبو هريرة) انظر "الأعلام" للزركلي: (ج ٣- ص ٣٠٨).

الترمذي: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى السلمي البوغي الترمذي، أبو عيسى: من أئمة علماء الحديث وحفاظه، من أهل ترمذ (على نهر جيحون) تتلمذ للبخاري، وشاركه في بعض شيوخه، وقام برحلة إلى خراسان والعراق والحجاز، وعمره في آخر عمره، وكان يضرب به المثل في الحفظ، مات بترمذ سنة ٢٨٩هـ، من تصانيفه "الجامع الكبير" باسم "صحيح الترمذي" في الحديث، و"الشمائل النبوية" و"التاريخ" و"العلل" في الحديث. راجع "الأعلام" للزركلي: (ج ٦- ص ٣٢٢).

ابن ماجه: محمد بن يزيد الربيعي القزويني، أبو عبد الله، ابن ماجه: أحد الأئمة في علم الحديث، من أهل قزوین، رحل إلى البصرة وبغداد والشام ومصر والحجاز والري في طلب الحديث، وصنف كتابه "سنن ابن ماجه"، وهو أحد الكتب الستة المعتمدة، وله "تفسير القرآن"، وكتاب في "تاريخ قزوین" توفي سنة ٢٧٣هـ راجع "الأعلام" للزركلي: (ج ٧- ص ١٤٤).

الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله، الشيباني الوائلي: إمام المذهب الحنبلي، وأحد الأئمة الأربعة، أصله من مرو، وكان أبوه والي سرخس، وولد ببغداد؛ فنشأ منكباً على طلب العلم، وسافر في سبيله أسفاراً كبيرة إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة واليمن والشام والثغور والمغرب والجزائر والعراقين وفارس وخراسان والجلال والأطراف، وصنف "المسند" ستة مجلدات، يحتوي على ثلاثين ألف حديث، وله كتب في "التاريخ" و"الناسخ والمنسوخ" و"الرد على الزنادقة فيما ادعت به من متشابه القرآن" و"التفسير" و"فضائل الصحابة" و"المناسك" و"الزهد" في خزائن الرباط، و"الأشربة" و"المسائل" و"العلل والرجال"، وكان أسمر اللون، حسن الوجه، طويل القامة، بلبس الأبيض، ويخضب رأسه ولحيته بالحناء، وفي أيامه دعا المأمون إلى القول بخلق القرآن ومات قبل أن يناظر ابن حنبل، وتولى المعتصم فسجن أبو حنبل ثمانية وعشرين شهراً لا تمتناعه عن القول بخلق القرآن، وأطلق سنة ٢٢٠هـ، ولم يصبه شر زمن الواثق بالله- بعد المعتصم- ولما توفي الواثق وولي أخوه المتوكل ابن المعتصم أكرم الإمام ابن حنبل وقدمه، ومكث مدة لا يولي أحداً إلا بمشورته، وتوفي الإمام وهو على تقدمه عند المتوكل سنة: ٢٤١هـ. راجع الأعلام للزركلي (ج ١- ص ٢٠٣)، ومما صنف في سيرته "مناقب الإمام أحمد" لابن الجوزي، و"ابن حنبل" لمحمد أبي زهرة.

ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين: من أركان الإصلاح الإسلامي، وأحد كبار العلماء، مولده ووفاته في دمشق، تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية حتى كان لا يخرج عن شيء من أقواله، بل ينتصر له في جميع ما يصدر عنه، وهو الذي هذب كتبه ونشر علمه، وسجن معه في قلعة دمشق، وأهين وعذب بسببه، وطيف به على جمل مضروباً بالعصى، وأطلق بعد موت ابن تيمية، وكان حسن الخلق محبوباً عند الناس، أغري بحب الكتب، فجمع منها عدداً عظيماً، وكتب بخطه الحسن شيئاً كثيراً، وألف تصانيف كثيرة منها: "إعلام الموقعين" و"الطرق الحكمية في السياسة الشرعية" و"شفاء العليل في مسائل القضاء والقدر والحكمة والتعليل"، و"كشف الغطاء عن حكم سماع الغناء"، و"أحكام أهل الذمة"- ط جزأ، و"شرح الشروط العمرية" و"تحفة المودود بأحكام المولود"، و"مفتاح دار السعادة" و"زاد المعاد" و"الصواعق المرسلة على الجهمية والمعتلة" طبع مختصره لمحمد الموصلي، و"الكافية الشافية" منظومة في العقائد شرحها أحمد بن عيسى النجدي في كتاب "شرح نونية ابن القيم" و"أخبار النساء" وفي نسبته إليه شك، و"مدارج السالكين" ثلاثة مجلدات، و"رسالة في اختيارات تقي الدين ابن تيمية"، و"الروح"، و(حادي الأرواح إلى بلاد الأفراح)، و"إغاثة اللهفان" و"اجتماع الجيوش الإسلامية على غزوة المعتلة والجهمية"، و"الجواب الكافي" ويسمى "الداء والنواء"، توفي سنة ٧٥١هـ راجع "الأعلام" للزركلي: (ج ٦- ص ٥٦).

رواه البيهقي في سننه (٧٣/٦)، والدارقطني في سننه كتاب البيوع (٢٧٧/٧)، وقال الألباني في ضعيف الترغيب والترهيب: ضعيف



لأنها كلها متفقة على كون الذمة هي محل الإلزام والالتزام وبها يصير الإنسان أهلاً للحقوق والواجبات.

١. أن مشروعية فكرة الذمة وكونها مناهج الحقوق والواجبات هو رأي جمهور العلماء لورود الأدلة على ذلك من القرآن، والسنة، والإجماع، والعقل.
٢. أن الذمة من خصوصيات الإنسان، وإن كانت هناك آراء لبعض العلماء تثبت الذمة للشخصية الاعتبارية، ومن العلماء من يثبت الذمة للحيوان ويحمل على أنه الإحسان إليها وإعطائها ما تحتاج إليه من الطعام.
٣. بالنسبة لاشتراط التكليف من أجل ثبوت الذمة فإن الحنفية والشافعية لم يشترطوا الوصول إلى سن البلوغ من أجل ثبوت الذمة، وكذلك الحنابلة والمالكية، وأثبتوا الذمة للصبي والمجنون ما عدا البهوتي من الحنابلة، والقرافي من المالكية فقد اشترطوا التكليف لثبوت الذمة.
٤. أن هناك علاقة وطيدة بين مصطلحي الذمة والأهلية إلى درجة توهم أنهما مترادفان، أي إن الذمة هي أهلية الوجوب وأهلية الوجوب هي الذمة، ومن العلماء من فرق بينهما؛ فأهلية الوجوب عندهم تُبنى على قيام الذمة، وقد سبق ترجيح قول أن أهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له ووجوب الالتزامات عليه، ومناط هذه الأهلية هي الذمة.
٥. بالنسبة لبدء الذمة الذي عليه جمهور العلماء هو أن للجنين ذمة، وإن كانت ناقصة، ويرى القرافي من المالكية أن الذمة لا تثبت للإنسان قبل وجوده حياً بل واشترط لثبوت الذمة البلوغ والرشد. والذي يترجح والله أعلم هو رأي الجمهور لأن الجنين تثبت له الحقوق كالإرث والوصية وغيرها دون أن تترتب عليه واجبات لذا فهي ذمة ناقصة.
٦. أما بالنسبة لانتهاء الذمة بالموت فالذي يترجح والله أعلم هو رأي الجمهور وهو أن الذمة تبقى بعد الموت صحيحة ولا تخرب ولا تضعف فتكون محلاً لكل ديونه وحقوقه.

قائمة المصادر والمراجع:

١. ابن أمير الحاج: "التقرير والتحبير شرح على تحرير الإمام الكمال بن الهمام" - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية - ١٩٨٣م.
٢. ابن رجب، الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي، القواعد الفقهية، دار المعرفة، بيروت.
٣. ابن كثير، الإمام أبو الفداء إسماعيل القرشي الدمشقي - تفسير القرآن العظيم، مكتبة دار التراث، القاهرة.
٤. ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، "لسان العرب"، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، سنة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.
٥. أبو داود، الحافظ سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، ط١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، سنة ١٣٧١هـ / ١٩٥٢م.
٦. أبو زهرة، الإمام محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي - القاهرة، سنة ١٩٥٨م.
٧. الألباني، محمد ناصر الدين، ضعيف الترغيب والترهيب، مكتبة المعارف، الرياض.
٨. البيهقي، سليمان بن محمد: "حاشية البيهقي على المنهاج" - دار الفكر - بيروت.
٩. البخاري، علاء الدين عبد العزيز، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزوي، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة ١٤١٧هـ.
١٠. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع، طبعة دار الفكر العربي، سنة ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
١١. البيهقي، أبوبكر أحمد بن الحسين، معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلنجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي باكستان، دار قتيبة للطباعة والنشر، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.



١٢. التفزازاني، سعد الدين مسعود بن عمر الشافعي: "شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح" في أصول الفقه- مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده- ميدان الأزهر- القاهرة.
١٣. الجبوري، حسين خلف: "عروض الأهلية عند الأصوليين"- الطبعة الأولى- مطبعة مركز البحوث الإسلامية- مكة المكرمة- رسالة دكتوراه- جامعة أم القرى- المملكة العربية السعودية- سنة ١٩٨٨م.
١٤. الجرجاني، السيد الشريف علي بن محمد بن علي السيد الزين أبي الحسن الحسيني الحنفي- دار عالم الكتب- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى- سنة ١٩٩٦م
١٥. الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد بن حمويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٠/١٤١١
١٦. خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، مكتبة الصفحات الذهبية، الرياض، المملكة العربية السعودية.
١٧. الخولي، أحمد محمود: "نظرية الذمة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"- الطبعة الثانية- دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة- سنة ٢٠٠٨م.
١٨. الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن البغدادي، سنن الدارقطني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، ١٩٦٦/١٣٨٦.
١٩. الزبيدي، محب الدين ابن الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الحنفي: "تاج العروس من جواهر القاموس".
٢٠. الزحيلي، وهبة، "أصول الفقه الإسلامي"- دار الفكر- دمشق- سوريا- سن ١٩٨٦م.
٢١. الزرقا، مصطفى أحمد: "المدخل الفقهي العام"- الطبعة الأولى- دار القلم- دمشق- سنة ١٩٨٨.
٢٢. الزركلي، الأعلام.
٢٣. السبكي، عبد الوهاب بن علي، طبقات الشافعية الكبرى، الناشر دار الكتب العلمية للنشر- لبنان- سنة ١٩٩٩م.
٢٤. السربتي، عبد الودود: "المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي"- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية- سنة ١٩٩٧م.
٢٥. السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل: "أصول السرخسي"- دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان..
٢٦. سلقيني، إبراهيم: "أصول الفقه الإسلامي"- الطبعة السادسة- مطبعة جامعة دمشق- ١٩٩٢م
٢٧. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن: الأشباه والنظائر في الفروع، وبهامشه كتاب "المواهب السنية على شرح الفرائد البهية نظم القواعد الفقهية"- دار الفكر- بيروت.
٢٨. شهاب الدين بن العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي- "الفروق" للإمام القرافي- مؤسسة الرسالة- الرياض- المملكة العربية السعودية- الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.
٢٩. الشيخ أحمد إبراهيم: "الأهلية وعوارضها" مجلة "القانون والاقتصاد"- عدد ٣٥٢ السنة الأولى سنة ١٩٣١م.
٣٠. الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط١، دار الفكر العربي، مدينة نصر- القاهرة، سنة ١٩٩٦م.
٣١. الفراج، محمد بن أحمد: "الذمة المالية في الفقه الإسلامي"- رسالة ماجستير- مقدمة إلى قسم الفقه- كلية الشريعة- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الرياض- المملكة العربية السعودية- عام ١٤١٠هـ.
٣٢. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب: "القاموس المحيط"- مؤسسة الرسالة- بيروت- لبنان.



٣٣. الفيومي، الرافعي أحمد بن محمد بن علي المقري، "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير"، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.
٣٤. القرافي، شهاب الدين ابن العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي، الفروق، مؤسسة الرسالة، الرياض- المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٣م.
٣٥. الكباشي، الكاشفي طه، "الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت في الفقه الإسلامي" (دراسة مقارنة) - مكتبة الحرمين- الرياض- المملكة العربية السعودية- ط١- سنة ١٩٨٩م.
٣٦. الكبيسي، محمود مجيد بن سعود: "الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء"- دار إحياء التراث الإسلامي- دولة قطر- سنة ١٤٠٣هـ.
٣٧. مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري، الجامع الصحيح، مطبعة شركة الإعلانات الشرقية القاهرة- ١٣٨٣هـ.
٣٨. المكاشفي، طه الكباشي، الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مكتبة الحرمين، الرياض- المملكة العربية السعودية، ط١، سنة ١٩٨٩م.
٣٩. الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين المتقي البرهان فوري كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، تحقيق: بكرى حياني - صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، ط٥، ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.



الاحتيال المالي الإلكتروني: جريمة في عصر الرقمنة والتكنولوجيا

بحث مستل من رسالة ماجستير

Electronic Financial Fraud: A Crime in the Age of Digitization and Technology

أ. أثير صالح عطيه الزهراني

محاضرة بجامعة الباحة – الكلية التطبيقية بالمندق

E.mail: Atheersaleh88@gmail.com

مستخلص البحث:

الاحتيال المالي الإلكتروني جريمة لسنا بمنأى عنها في ظل انتشار وسائل تقنية المعلومات، ومع ازدياد تهديد الاحتيال المالي الإلكتروني تزداد حاجة الفرد إلى حماية بيئته الإلكترونية أو الرقمية من أي تهديد. فسوف يتبادر في ذهن كل منّا عدّة أسئلة عن طبيعة الجريمة، وأبرز خصائصها، وصور الاحتيال الحديثة. وهذا ما تناولته الدراسة من خلال إشكالية الدراسة الرئيسية؛ والمتمثلة في ماهية الاحتيال الإلكتروني المنصوص عليه في القوانين العربية المعمول بها حالياً في أنظمة مكافحة جرائم تقنية المعلومات. فطبقاً لذلك كان البحث في نصّ تجريم الاحتيال المالي الإلكتروني في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودية، مُقارناً بالنصوص ذات العلاقة في بعض الدول العربية، من خلال التّطرّق إلى مفهوم الجريمة في النّظام السّعودي وفي أنظمة بعض الدّول المقارّنة، في المطلب الأول ومن ثمّ خُصّص المطلب الثاني من الدراسة للبحث في خصائص جريمة الاحتيال الإلكتروني، والمطلب الثالث لبيان أبرز أساليب أو صور الاحتيال الحديثة. وقد انتهت الدراسة إلى عدّة نتائج تثبت إمكانية تحسين القوانين والأنظمة العربية في التّصدّي لجريمة الاحتيال المالي الإلكتروني؛ وتحديدًا الاحتيال المعلوماتي، وتوصيات ترمي إلى تطوير القوانين محلّ الدراسة. **الكلمات المفتاحية:** جريمة - الاحتيال المالي الإلكتروني - مكافحة - الاحتيال المعلوماتي.

Abstract:

Electronic financial fraud poses a significant challenge in the era of advanced information technology. As the risks associated with this type of fraud intensify, the need for individuals to safeguard their digital environments becomes critical. This study examines the definition and characteristics of electronic fraud as outlined in current Arab legislation regarding information technology crime prevention.

The research focuses on the provisions criminalizing electronic financial fraud in the Saudi Anti-Cyber Crime Law, comparing them with relevant laws from other Arab countries. The study outlines the concept of the crime, explores its defining features, and identifies contemporary methods of fraud.

Findings indicate that there are substantial opportunities to enhance Arab legal frameworks for more effective combat against electronic financial fraud, particularly information-related offenses. Recommendations are offered to refine existing legislative measures.

Keywords: Crime; Electronic Financial Fraud; Prevention; Information Fraud.



المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير رسل الله أجمعين، سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه الغر الميامين.
وبعد..

تُرمي المملكة العربية السعودية - من خلال رؤية ٢٠٣٠ - إلى الوصول إلى اقتصادٍ مزدهرٍ ومجتمعٍ حيويٍّ ووطنٍ طموحٍ؛ وذلك من خلال عدّة برامجٍ وضعها مجلس الشؤون الاقتصادية لرؤية ٢٠٣٠ تنفيذاً لأهدافها الاستراتيجية؛ ومنها برنامجٌ تطوير القطاع المالي، وبرنامجُ التحول الوطني الذي يسعى إلى تحقيق عدّة أهداف كالارتقاء بمستوى الخدمات المعيشية من خلال تسريع وتيرة تنفيذ مشاريع البنية التحتية الأساسية والرقمية، وهو ما تتطلبه عملية التحول الرقمي التي تُعدُّ إحدى الركائز الأساسية لتحقيق رؤية المملكة ٢٠٣٠. فالتحول الرقمي يشمل تحول القطاع المالي الحكومي والخاص والمصرفي، كما يستفيد منه الأفراد عبر الاستفادة من خدمات الفضاء الإلكتروني وإيجابياته في تعاملاتهم اليومية.

إلا أنه في مقابل إيجابيات التحول الرقمي هناك ما يهدّد استقرار البيئة الرقمية وأمانها؛ سواء في القطاعات الحكومية أو الخاصة أو القطاع المصرفي، أو في التعاملات الإلكترونية المدنية؛ ويتمثل هذا التهديد في الاحتيال المالي الإلكتروني؛ فهو فعلٌ شنيعٌ لا يرتبط بجهةٍ معيّنة ولا تهدّد مخاطره قطاعاً محدداً دون غيره؛ فقد استفاد المحتالون من التطوّر التقني والإلكتروني في تجديد أساليبهم الاحتيالية؛ لذا يُعدُّ الاحتيال المالي الإلكتروني من أكبر المخاطر التي تهدّد التحول الرقمي المالي.

ولذلك سوف تخصّص الباحثة هذا البحث لدراسة ماهية جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني؛ مقارنةً بتشريعات بعض الدول العربية.

مشكلة الدراسة:

نشهد في عصرنا الحالي تطوُّراً متنامياً لتقنية المعلومات، ويترتّب على ذلك تطوُّر الوسائل المرتكبة في جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني، ويتطلّب هذا استمرار تطوير الأنظمة، وفرض الإجراءات واللوائح لرصد اتجاهات الاحتيال ووسائل مكافحته وتحليلها؛ وذلك للتصدي لجريمة الاحتيال المالي الإلكتروني؛ إذ لم يتناول المنظم السعودي في بادئ الأمر جرائم الاحتيال تناولاً مستقلاً عن الجرائم الأخرى؛ فترك جريمة الاحتيال التقليدي لسلطة القاضي بما يتناسب مع حجم الاحتيال وآثاره، أمّا جريمة الاحتيال الإلكتروني فقد نصّ عليها من بين مواد نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، وهو نفسه نهج أكثر الدول العربية. ولعلّ من أولى الخطوات للتصدي لجريمة ما سنّ النصوص التشريعية المجرّمة للأفعال المكوّنة للجريمة. وعلى الرّغم من استحداث بعض الجرائم في عصرنا الحالي نجد أنظمة المملكة العربية السعودية وأجهزتها التنظيمية والإشرافية في تطوّر مستمرٍّ ملحوظٍ في الآونة الأخيرة، ومع ذلك لا يزال التحدي قائماً في ظلّ الفجوة الزمنية بين تجدّد الوسائل غير المشروعة في الجرائم المستحدثة وبين تحديث الأطر والقوانين الرقابية. فقد أكّد البنك المركزي السعودي - عبر دليله الإرشادي^(١) - حول مكافحة الاختلاس والاحتيال المالي للعام ٢٠٠٨م - أنّ من أصعب تحديات مكافحة الاحتيال إسهام مستجدات التقنية في عمليات تزوير عالية الدقّة للوثائق والمستندات، بل وللأوراق المالية والتجارية، مُصبغةً على الاحتيال لونا من المراوغة يصعب اكتشافه بالطرق والوسائل المتوقّرة للأشخاص العاديين. ولكي نقف على نصوص نظامية مجرّمة للاحتيال الإلكتروني بجميع أساليبه المستحدثة، كان لابد من البحث في ماهية الاحتيال المالي الإلكتروني لتكون خطوة أولى في طريق فهم الجريمة.

(١) مؤسسة النقد العربي السعودي، دليل مكافحة الاختلاس والاحتيال المالي وإرشادات الرقابة، (الإدارة العامة لمراقبة البنوك، ٢٠٠٨م)،



ومن هنا يُثار تساؤلٌ رئيسيٌّ يشكّل مشكلةً البحث؛ وهو: ماهية الاحتيال المالي الإلكتروني المقتضى تجريمه في أنظمة وقوانين مكافحة جرائم تقنية المعلومات؟

تساؤلات الدراسة:

١. ما مفهوم جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني؟
٢. ما خصائص جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني؟
٣. ما أبرز صور جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني؟

أهداف الرسالة:

سوف يُجاب عن التساؤلات السابقة من خلال تحقيق الأهداف التالية:

١. التعرف على مفهوم جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني.
٢. بيان خصائص جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني.
٣. بيان أبرز صور جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني.

الدراسات السابقة:

- جريمة الاحتيال الإلكتروني: دراسة تحليلية مقارنة.

إعداد الطالب: حمزة عاطف علي المعاينة، إشراف عبد الإله محمد النوايسة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، ٢٠١٢م.

أبان هذا البحث ماهية الجريمة الاحتيال المعلوماتي، ومدى ملائمة النصوص العقابية القائمة في القانون الأردني وقوانين بعض الدول العربية، وكفايتها للتطبيق على جريمة الاحتيال المعلوماتي. وتتشابه هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في جانب البحث في جريمة الاحتيال الإلكتروني، ومدى ملائمة النصوص الحالية للتطبيق على الجريمة.

وتختلف هذه الدراسة عن الدراسة الحالية في اقتصارها على البحث في مدى ملائمة نصوص التشريع الأردني وتشريعات بعض الدول العربية وكفايتها للتطبيق على جريمة الاحتيال الإلكتروني، أمّا الدراسة الحالية فتبحث في مدى فاعلية النصوص العقابية لجريمة الاحتيال المالي الإلكتروني في المملكة العربية السعودية وبعض الدول العربية في التصدي لجريمة الاحتيال المالي الإلكتروني.

وكان من أبرز نتائج الدراسة السابقة:

- أنه منذ أوائل الثمانينيات الميلادية كان هناك اهتمام تشريعيّ بجرائم الاحتيال الإلكتروني في الكثير من البلدان الأجنبية والمتقدّمة، تلاه اهتمامٌ مشابهٌ في عددٍ من دول الخليج العربي؛ مثل المملكة العربية السعودية.
- يرجع عدم وجود اتفاقٍ أو نصّ تشريعيّ يبيّن مفهوم جريمة الاحتيال الإلكتروني إلى الاختلاف في مدى انتشار تكنولوجيا المعلومات من دولة إلى أخرى، ومخاطرها، وحادثة هذه الجرائم.

أهمية الدراسة:

الأهمية العلمية: تكمن أهمية الدراسة العلمية في محاولة الوقوف على أفضل النصوص المنظّمة لجرائم الاحتيال المالي الإلكتروني بعد استعراض ومقارنة مفهوم الاحتيال الإلكتروني في عدّة أنظمة؛ وذلك للخروج بأفضل الحلول لمكافحة جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني بطرقه المستحدثة.

أما الأهمية العملية للدراسة: فتتمثل في إثراء المكتبة القانونية والباحثين من بعدي.

منهج الدراسة:

اعتمدت الباحثة في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن؛ وذلك بتحليل النصوص القانونية التي تكافح جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي، الصّادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٧ بتاريخ ١٤٢٨/٣/٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/٣/٢٧ م، ومقارنتها بنصوص المواد العربية الأخرى، كقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات في الإمارات العربية المتحدة لعام ٢٠١٢ م، وقانون مكافحة جرائم تقنية



المعلومات المصري رقم ١٦٥ لسنة ٢٠١٨م، وقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات العُماني الصّادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١١/١٢، وبعض قوانين الدول العربية الأخرى. مع الإشارة إلى نصوص التّشريعات الأجنبية التي طوّرت تشريعاتها وسُبل مكافحتها للجريمة بالتّزامن مع أحدث المستجّدات في تقنيات الإجرام؛ وذلك للوقوف على مواقع القُصور التي تعترى هذه التّشريعات بُغية الوصول إلى إضافة علمية جديدة.

حدود الدراسة:

تتّحصر الحدود الموضوعية للدراسة في البحث في جرائم الاحتيال المالي الإلكتروني؛ وذلك من خلال مقارنة نصّ تجريم الاحتيال المالي الإلكتروني المنصوص عليه في الفقرة (١) من المادّة الرابعة من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية الصّادر بتاريخ ١٤٢٨/٣/٨هـ، ومقارنته بالنّصوص القانونية العربية المجرّمة للاحتيال المالي الإلكتروني.

وتتّحصر الحدود الزمنية للدراسة في الفترة الزمنية بين تاريخ صدور القرار الوزاري رقم (١٦٣) وهو ١٤١٧/١٠/٢٤هـ والمتعلّق بإدخال خدمة نظام نقل المعلومات السّريع، وبين تاريخ صدور نظام مكافحة جرائم المعلوماتية وهو ١٤٢٨/٣/٨هـ.

أمّا النّطاق المكاني فيتمثّل في المملكة العربية السعودية، وجمهورية مصر العربية، ودولة الإمارات العربية المتّحدة، وسلطنة عُمان، مع التّطرّق في بعض المواضع إلى أنظمة بعض الدّول الأجنبية، والاتفاقيات الدولية والإقليمية، متى دعت الحاجة إلى ذلك.

خُطة الدراسة:

اقتضت طبيعة البحث تقسيمه إلى ما يلي:

المطلب الأول: مفهوم جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني

المطلب الثاني: خصائص جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني

المطلب الثالث: أبرز صور جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني

الخاتمة: وتشتمل على أهمّ ما توصّلت إليه الدراسة من نتائج وتوصيات.

المطلب الأول:

مفهوم جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني

الاحتيال من الخصال المذمومة شرعاً وخُلُقاً؛ لكونها أفعالاً تنطوي على أساليب الخداع والمظاهر الكاذبة والخداعة بُغية تحصيل الفوائد؛ إمّا في صورة أموال أو منافع؛ ولذلك حرّمت شرعاً، وجُرّمت نظاماً، وعلى الرّغم من ذلك لم يرتدع المحتالون؛ فقد طوّروا من أساليب وصُور احتيالهم عن طريق تسخير وسائل التقنية الحديثة لارتكاب جريمة الاحتيال.

يختلف الاحتيال الإلكتروني عن الاحتيال التقليدي من حيث أساليب ارتكابه، إلّا أنّه يتفق معه من حيث الهدف أو الغرض المتمثّل في تحصيل الفوائد عن طريق الخداع، ولذلك سوف تكتفي الباحثة بتعريف الاحتيال على سبيل العموم لغةً وشرعاً في الفرع الأول. ومن ثمّ تتطرّق إلى تعريف الاحتيال المالي الإلكتروني في الأنظمة المقارنة في الفرع الثاني. ومن ثمّ إلى التعريف الفقهي للاحتيال المالي الإلكتروني في الفرع الثالث.

الفرع الأول:

تعريف الاحتيال لغةً وشرعاً:

أولاً: التعريف اللّغوي للاحتيال

- احتال: احتال الشّخص: طلب الشّيء بالحيل؛ أي بوسائل بارعة ابتغاء الوصول إلى المقصود. واحتال على قتله: دبّر حيلة لقتله. ووَجَّهْتُ إليه تُهمّة النّصب والاحتفال^(٢).

(٢) أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، (القاهرة: عالم الكتب، ١٤٢٩هـ)، ص ٥٨٦.



احتال على فلان، واحتال لفلان: خدعه، أضله، ويقال: "لقد استطاع هذا المحتال أن يستولي على ثروة زوجته".
 واحتال في الأمر: وجد حيلة أو وسيلة إليه^(٣).
 احتال: "احتال على صديقه وأخذ منه ماله": دبر له حيلة. ويقال: "تاجر أمين لا يحتال على أحد"^(٤).
 - احتيال:

(من المصدر إحتال): "إيّاك والاحتيال": إيّاك وتدبير الحيل والمكائد^(٥).
 والاحتيال في القانون: جُنْحَةٌ يجترمها مَنْ يَبْتَرُ مالَ الغير بالخدعة. ويقال: "وَجَّهْتُ إليه تُهْمَةً الاحتيال"^(٦).

ثانياً: مفهوم الاحتيال شرعاً

الحيلة في الشريعة الإسلامية تنبع من الخداع، والخداع نفاق، والنفاق أعظم من الكفر عند الله تعالى؛ لقوله سبحانه: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ آمَنَّا بِاللَّهِ وَيَالِيَوْمَ الْآخِرِ وَمَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ﴾ (٨). يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ (٩). فالمنافقون يُظْهِرُونَ قُبُولَهُمْ لأحكام الشريعة والتزامهم بها حيلةً وخديعةً لله عز وجل وللمؤمنين. وكل ما كان من الحيلة فهو مُشَبَّهٌ بها ومنسوبٌ إليها ومتشعّبٌ عنها^(٨).
 الفرع الثاني:

تعريف الاحتيال المالي الإلكتروني في الأنظمة المقارنة

عرّفت أكثر التشريعات الأجنبية والعربية الاحتيال في صورته التقليدية، ثم تطرّقت بعد ذلك إلى مرتكب جريمة الاحتيال الإلكتروني وعقوبته دن تعريفٍ مخصّصٍ لجريمة الاحتيال الإلكتروني. وفيما يلي بيان لبعض تلك التعريفات في أنظمة مختلفة:

أولاً: التشريع الألماني

عرّف التشريع الألماني المحتال بأنه: "كل من يقوم بعمل ما بنية الحصول لنفسه أو لشخص آخر على منفعة مادية غير مشروعة، بالإضرار بممتلكات الغير، عن طريق التأثير في نتيجة المعالجة الآلية للبيانات، من خلال برمجة غير صحيحة، أو استعمال بيانات غير صحيحة أو غير مكتملة، أو عن طريق الاستعمال غير المصرّح به للبيانات، أو عن طريق التدخل غير المصرّح به في عملية المعالجة ذاتها..."^(٩).

ثانياً: قانون الإمارات العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات وما في حكمها

نص هذا القانون على أن المحتال هو: "كل من توصّل - عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي وما في حكمها - إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال منقول أو على سند أو توقيع هذا السند؛ وذلك بالاستعانة بطريقة احتيالية، أو باتّخاذ اسم كاذب، أو انتحال صفة غير صحيحة؛ متى كان ذلك من شأنه خداع المجني عليه..."^(١٠).

ثالثاً: وثيقة الرياض للنظام (القانون) الموحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية^(١١)

(٣) المرجع السابق، ص ٥٨٦.

(٤) عبد الغني أبو العزم، معجم الغني، (موقع معاجم صخر، من كتب المستودع بموقع المكتبة الشاملة)، ص ٥٤٥.

(٥) عبد الغني أبو العزم، مرجع السابق، ص ٥٦١.

(٦) أحمد مختار عمر، مرجع سابق، ص ٥٨٧.

(٧) البقرة: الآيتان ٨-٩.

(٨) الإمام عبيد الله العقيلي، إبطال الحيل، الطبعة الثانية، (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٣هـ)، ص ٤١-٥٤.

(٩) قانون العقوبات الألماني المعدل في العام ١٤٤٩م، المادة (٢٦٣/أ) من بحث موقّع علي عبيد، ماهية جريمة الاحتيال المعلوماتي، بحث مسنّد من رسالة ماجستير، جامعة تكريت، (٢٠١٦م)، ص ٣٣٤.

(١٠) قانون الإمارات العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات وما في حكمها لعام ٢٠٠٤م، مادة ١٠.

(١١) وثيقة الرياض للنظام (القانون) الموحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (الرياض: مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الأمانة العامة، ٢٠١٣)، مادة ١٤.



وقد نُصِّ فيها في المادة (١٤) على أنه: "كلُّ مَنْ استولى أو تحصَّل لنفسه أو غيره على مالٍ منقولٍ أو منفعةٍ، أو على سندٍ أو توقيعٍ هذا السند عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، بطريقةٍ احتياليةٍ، أو باتِّخاذ اسمٍ كاذبٍ، أو انتحالٍ صفةٍ غير صحيحةٍ؛ متى كان ذلك من شأنه خداعُ المجنيِّ عليه".

رابعاً: النظام السعودي

نصَّ المنظَّمُ السعوديُّ في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي^(١٢)، في المادة الرابعة، على عقوبة مرتكب جريمة الاحتيال الإلكتروني؛ إذ يُعاقَب كلُّ شخصٍ ارتكب إحدى الجرائم المعلوماتية المنصوص عليها؛ ومنها: "الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مالٍ منقولٍ أو على سندٍ، أو توقيعٍ هذا السند؛ وذلك عن طريق الاحتيال، أو اتِّخاذ اسمٍ كاذبٍ، أو انتحالٍ صفةٍ غير صحيحة".

خامساً: القانون الإماراتي

نصَّ المشرِّعُ الإماراتيُّ في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي^(١٣) المادة (١١) على أنَّ مرتكب الاحتيال الإلكتروني هو؛ "كلُّ مَنْ استولى لنفسه أو لغيره بغير حقٍّ على مالٍ منقولٍ أو منفعةٍ، أو على سندٍ أو توقيعٍ هذا السند؛ وذلك بالاستعانة بأيِّ طريقةٍ احتياليةٍ، أو باتِّخاذ اسمٍ كاذبٍ، أو انتحالٍ صفةٍ غير صحيحةٍ عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو نظام معلوماتٍ إلكترونيٍّ، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات".

سادساً: القانون المصري

تطرَّق المشرِّعُ المصريُّ إلى مرتكب الاحتيال في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري^(١٤)، المادة (٢٣)، الخاصة بجرائم الاحتيال والاعتداء على بطاقات البنوك والخدمات، وأدوات الدفع الإلكترونية، وهي الجرائم المرتكبة بواسطة أنظمة المعلومات وتقنياتها، فجاء فيه ما نصُّه: "كلُّ مَنْ استخدم الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات في الوصول بدون وجه حقٍّ إلى أرقام، أو بياناتٍ أو بطاقات البنوك والخدمات، أو غيرها من أدوات الدفع الإلكترونية. فإنَّ قصد من ذلك استخدامها في الحصول على أموالٍ الغير أو ما تُنتجه من خدمات..."

سابعاً: القانون العُماني

نصَّ المشرِّعُ العُمانيُّ في المادة (١٣) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات العُماني^(١٥) على ما يلي: "يُعاقَب... كلُّ مَنْ أدخل أو عدَّل أو غيَّر أو أُلْف أو شَوَّه أو ألغى بياناتٍ أو معلوماتٍ إلكترونيةٍ في نظامٍ معلوماتيٍّ إلكترونيٍّ، أو حجبها عنه، أو تدخَّل في وظائفه أو أنظمة تشغيله، أو عطَّل وسائل تقنية المعلومات أو البرامج أو المواقع الإلكترونية عمداً ودون وجه حقٍّ بقصد التَّحَايُل والتسبُّب في إلحاق الضَّرر بالمستفيدين أو المستخدمين؛ لتحقيق مصلحةٍ، أو الحصول على منفعةٍ لنفسه أو لغيره بطريقةٍ غير مشروعة..."

ومن التشريعات التي عرَّفت الاحتيال الإلكتروني تعريفاً مباشراً وصريحاً في أنظمتها:

أولاً: القانون الكويتي

فقد عرَّف الاحتيال الإلكتروني في المادة الأولى من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات^(١٦)، ونصَّ على أنَّ الاحتيال الإلكتروني هو: "التأثير في نظامٍ إلكترونيٍّ مؤتمتٍ، أو نظامٍ معلوماتيٍّ إلكترونيٍّ، أو شبكةٍ

(١٢) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٧ بتاريخ ١٤٢٨/٣/٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/٣/٢٧ م.

(١٣) المرسوم بقانون اتِّحاديٍّ رقم ٥ لسنة ٢٠١٢ في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، المعدَّل بمرسومٍ بقانون اتِّحاديٍّ رقم ٢ لسنة ٢٠١٨ م.

(١٤) قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨ م.

(١٥) قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الصادر بالمرسوم السُّلْطاني رقم ٢٠١١/١٢، الفصل الرابع: التزوير والاحتيال المعلوماتي، مادة ١٣.

(١٦) القانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.



معلوماتية، أو مستند، أو سجل إلكتروني، أو وسيلة تقنية معلوماتية، أو نظام، أو جهاز حاسب آلي، أو توقيع إلكتروني، أو معلومات إلكترونية؛ وذلك عن طريق البرمجة، أو الحصول أو الإفصاح أو النقل أو النشر لرقم أو كلمة أو رمز سري أو بيانات سرية أو خاصة أخرى؛ بقصد الحصول على منفعة دون وجه حق أو الإضرار بالغير".

ثانياً: الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات (١٧)

نصت الاتفاقية على تجريم الاحتيال في المادة (١١)، وفيها أن الاحتيال هو: "النسبُ بالحق الضّرر بالمستفيدين والمستخدمين عن قصد وبدون وجه حقّ بنيّة الاحتيال؛ لتحقيق المصالح والمنافع بطريقة غير مشروعة للفاعل أو للغير؛ عن طريق:

١. إدخال أو تعديل أو محو أو حجب للمعلومات والبيانات.
٢. التدخل في وظيفة أنظمة التشغيل وأنظمة الاتصالات، أو محاولة تعطيلها أو تغييرها".

ثالثاً: الاتفاقية الأوروبية حول الجريمة الافتراضية (اتفاقية بودابست)

تطّرت الاتفاقية إلى الاحتيال المرتبط بالحاسوب؛ فنصت على أن الاحتيال المرتبط بالحاسوب يقع حين يتصرّف شخص ما عمداً أو بدون وجه حقّ؛ بشكلٍ يُفضي إلى خسارة ممتلكات الغير عن طريق: "أ- أيّ إدخال أو تغيير أو حذف أو إتلاف لبيانات الكمبيوتر. ب- أيّ تدخل في وظيفة نظام الكمبيوتر بنيّة الاحتيال أو نيّة سيئة؛ للحصول بدون وجه حقّ على منفعة اقتصادية ذاتية، أو لفائدة شخص آخر" (١٨).

رابعاً: وثيقة الرياض للنظام (القانون) الموحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

فقد عرّفت في المادة الأولى من النظام الاحتيال المعلوماتي فنصت على: "الاحتيال المعلوماتي: التأثير في نظام المعلومات الإلكتروني، أو وسيلة تقنية المعلومات عن طريق البرمجة، أو التدخل أثناء تطبيق البرنامج، أو إدخال بيانات غير صحيحة أو غير مكتملة، أو بآية طريقة أخرى" (١٩).

وفيما يخصّ تجريم الاحتيال للحصول على منفعة، بناءً على ما نصّ عليه في الفقرة الأولى من المادة (٤)، في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي، ومنها: "الاستيلاء ... على مالٍ منقول أو على سند، أو توقيع هذا السند..."، يلاحظ أن المنظّم السعودي لم يأخذ بالنظام (القانون) الموحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لدول مجلس التعاون لدول الخليج - المادة (١٤) التي نصت على أن "كل من استولى... على مالٍ منقول أو منفعة، أو على سند أو توقيع هذا السند..."، بل اقتصر المنظّم السعودي على النصّ على تجريم الاستيلاء على الأموال؛ وتحديدًا الأموال المنقولة، أو على السندات أو توقيع السندات، مسترشداً بقانون الإمارات العربي الإسترشادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات وما في حكمها، المادة (١٠)، التي نصت على أن "كل من توصل ... إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مالٍ منقول، أو على سند أو توقيع هذا السند...".

وبذلك يُخرج المنظّم السعودي الاحتيال بُغية الحصول على منافع، أو الاستيلاء على مالٍ ثابت، من نطاق المادة الرابعة، الفقرة ١ من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية. (٢٠)

أمّا المشرّع الإماراتي فقد جرّم الاستيلاء على الأموال المنقولة أو المنافع، أو على سند أو توقيع بطرق احتيالية، في المادة (١١) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي وفيها: "... مالٍ منقول، أو منفعة، أو على سند أو توقيع هذا السند ...؛ إذ شمل المنافع في إطار الحماية القانونية، مسترشداً بالنظام (القانون)

(١٧) الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات بتاريخ ١٥/١١/١٤٣٢ هـ الموافق ٢١/١٢/٢٠١٠ م. وقّعت عليها المملكة العربية السعودية بتاريخ ٢١/١٢/٢٠١٠ م.

(١٨) اتفاقية بودابست المتعلقة بالجريمة الإلكترونية اعتمدت من لجنة وزراء مجلس أوروبا بتاريخ ٢٣/١١/٢٠٠١ م، المادة الثامنة.

(١٩) وثيقة الرياض للنظام (القانون) الموحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ٢٠١٣ م، مادة ١.

(٢٠) عبد العزيز آل جبار الله، جرائم الإنترنت وعقوباتها وفق نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي، (الرياض: دار الكتاب الجامعي، ١٤٣٨ هـ)، ص ١٥٨.



الموحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، المادة (١٠) التي شملت المنافع في إطار الحماية القانونية.

وأما المشرع المصري فقد تطرّق إلى الاحتيال التقليدي في المادة (٣٣٦) من قانون العقوبات، ومن ثمّ تطرّق إلى الاحتيال والاعتداء على بطاقات البنوك والخدمات وأدوات الدفع الإلكترونية في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، المادة (٢٣) وعدّها جرائم مُرتكبةً بواسطة أنظمة المعلومات وتقنياتها (وهي صورة من صور الاحتيال الإلكتروني)، دون النصّ على جريمة الاحتيال الإلكتروني على وجه العموم، وقد يكون أراد بذلك إخضاع الصور الأخرى للاحتيال المالي الإلكتروني للقواعد العامة للاحتيال.

الفرع الثالث:

التعريف الفقهي للاحتيال المالي الإلكتروني:

عرّف الدكتور عدنان عابدين الاحتيال الماليّ بأنّه: تعبيرٌ يشمل جميع الطرق والوسائل المختلفة التي يمكن للعقل البشريّ أن يبتكرها من أجل الحصول على منافع مادية من الأفراد أو الكيانات الخاصة أو الحكومية الأخرى؛ من خلال تقديم صورٍ وتقاريرٍ ومعلوماتٍ وبياناتٍ كاذبةٍ لا علاقة لها بالحقيقة^(٢١). وهو هنا يعرف الاحتيال على وجه العموم دون تحديد الوسيلة المستعملة لارتكابه.

وعرّف البعض الآخر الاحتيال المعلوماتي بأنّه: فعلٌ يعتمد على التلاعب بأنظمة معالجة المعلومات الآلية بغية الحصول على خدماتٍ أو أموالٍ أو ممتلكاتٍ معينة دون وجه حقّ^(٢٢).

كما عرّف الاحتيال المعلوماتي بأنّه: "التلاعب العمدي بمعلوماتٍ وبياناتٍ تمثّل قيمًا ماديةً يخترنها نظام الحاسب الآلي، أو الإدخال غير المصرّح به لمعلوماتٍ وبياناتٍ صحيحة، أو التلاعب في الأوامر والتعليمات التي تحكم عملية البرمجة، أو أية وسيلة أخرى من شأنها التأثير على الحاسب الآلي حتى يقوم بعملياته بناءً على هذه البيانات أو الأوامر أو التعليمات؛ من أجل الحصول على ربحٍ غير مشروع، وإلحاق الضرر بالغير"^(٢٣).

وعرّف كذلك بأنّه: "سلوكٌ احتياليٌّ ينتهج منهج الحوسبة بنية الحصول على امتيازٍ ماليّ"^(٢٤).

وهنا يلاحظ توجه الفقه إلى تعريف الاحتيال المالي الإلكتروني سلوكًا إجراميًا يرمي إلى الاستيلاء على الأموال أو الخدمات أو المنافع عن طريق التلاعب أو التأثير في نظم المعالجة الآلية. وهو تعريفٌ مشابه إلى حدٍّ ما لتعريف الاحتيال المالي الإلكتروني في بعض التشريعات والصكوك العربية؛ كتعريف الاحتيال في القانون العُماني لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، والاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات. وهو ما أطلق عليه في بعض التشريعات وفقه القانون (الاحتيال المعلوماتي)؛ فهو تعريفٌ يدور حول التأثير على نظم المعلومات الآلية عن طريق الاحتيال.

وقد اتجهت أكثر التشريعات العربية إلى تعريف الاحتيال المالي الإلكتروني في أنظمة مكافحة تقنية المعلومات فعلاً إجرامياً يستهدف الاستيلاء على الأموال أو الخدمات أو المنافع عن طريق الاحتيال، أو اتخاذ اسمٍ كاذبٍ، أو انتحال صفةٍ غير صحيحة، أو التصرف في ملك الغير. ومن ذلك تعريف المنظم السعودي في

(٢١) عدنان عابدين، الاحتيال المالي، (لبنان: مكتبة لبنان ناشرون، ٢٠٠٨م)، ص ١٩.

(٢٢) محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، (دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١م)، ص ٧٩. منقول من: آل جار الله، مرجع سابق، ص ١٥١.

(٢٣) سامر سلمان عبد الجبوري، جريمة الاحتيال الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة البحرين، (٢٠١٤م)، ص ٦. نقلاً عن: وائل محمد عبد الرحمن نصيرات، جريمة الاحتيال عبر شبكة المعلومات الدولية: دراسة مقارنة، النظام السعودي والقانون الأردني، دفا تر السياسة والقانون، عدد ٩، (٢٠١٨م)، ص ٩٧.

(٢٤) عمر محمد أبو بكر يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، (٢٠٠٤م)، ص ٤١١، نقلاً عن: د. محمود عمر محمود، الجرائم المعلوماتية والإلكترونية، (جدة: خوارزم العلمية، ٢٠١٥م)، ص ٣٤٩.



المادة (٤) من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، والمشرع الإماراتي في المادة (١١) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

فهُما تعريفان مشابهان لتعريف الاحتيال التقليدي الوارد في قانون العقوبات المصري، المادة (٣٣٦): "كلُّ مَنْ تَوَصَّلَ إِلَى الاستيلاء عَلَى نقودٍ أو عُرُوضٍ، أو سَدَّاتٍ دِينَ أو سَدَّاتٍ مُخَالَصَةٍ، أو أَيِّ مَتَاعٍ مَنْقُولٍ؛ وكان ذلك بالاحتيال لسلب كلِّ ثروةٍ غَيْرٍ أو بَعْضِهَا؛ إمَّا باستعمالِ طَرَقٍ احتياليةٍ من شأنها إيهامُ النَّاسِ بوجود مشروعٍ كاذبٍ أو واقعةٍ مُزَوَّرَةٍ، أو إحداثِ الأملِ بحصولِ ربحٍ وهميٍّ، أو تسديدِ المبلغِ الذي أُخذَ بطريق الاحتيال، أو إيهامهم بوجودِ سَدَدٍ دِينَ غيرِ صحيحٍ أو سَدَدٍ مُخَالَصَةٍ مُزَوَّرٍ، وإمَّا بالتصرُّفِ في مالٍ ثابتٍ أو مَنْقُولٍ ليس مِلْكًا لَهُ ولا لَهُ حَقُّ التصرُّفِ فِيهِ، وإمَّا بِاتِّخَاذِ اسمٍ كاذبٍ أو صِفَةٍ غيرِ صحيحةٍ"^(٢٥).

أما وثيقة الرياض للنظام (القانون) الموحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات فقد عرَّفت مرتكب جريمة الاحتيال في المادة (١٤)^(٢٦) بأنه: "كلُّ مَنْ استولى أو تَحَصَّلَ عَلَى مالٍ مَنْقُولٍ... عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، بطريقةٍ احتياليةٍ، أو بِاتِّخَاذِ اسمٍ كاذبٍ، أو انتحالِ صِفَةٍ غيرِ صحيحةٍ..."، ثمَّ نصَّ بعد ذلك في المادة (١٥) على أنَّ مرتكب جريمة الاحتيال المعلوماتي هو: "كلُّ مَنْ استولى لنفسه أو لغيره على أموالٍ أو سَدَّاتٍ مملوكةٍ للغير عن طريق الاحتيال المعلوماتي..."، وعَرَّفَ الاحتيال المعلوماتي في المادة الأولى من النظام ذاته بأنه: "التأثيرُ في نظام المعلومات الإلكتروني أو وسيلة تقنية المعلومات عن طريق البرمجة، أو التدخل أثناء تطبيق البرنامج، أو إدخال بياناتٍ غيرِ صحيحةٍ أو غيرِ مكتملةٍ، أو بآيةٍ طريقةٍ أخرى". وترى الباحثة أنَّ اتجاه وثيقة الرياض للنظام (القانون) الموحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات في النصِّ على مرتكب الاحتيال "عن طريق الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات بطريقةٍ احتياليةٍ، أو بِاتِّخَاذِ اسمٍ كاذبٍ، أو انتحالِ صِفَةٍ غيرِ صحيحةٍ" في المادة ١٤، ومن ثمَّ النصِّ على أنَّ مرتكب الاحتيال: "كلُّ مَنْ استولى... عن طريق الاحتيال المعلوماتي" في المادة ١٥ من النظام ذاته، يُعَدُّ قرينةً على أنَّ التعريف الوارد في أكثر التشريعات العربية - والمقتصر على تجريم الاحتيال (عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، بطريقةٍ احتياليةٍ، أو بِاتِّخَاذِ اسمٍ كاذبٍ، أو انتحالِ صِفَةٍ غيرِ صحيحةٍ) -، غيرُ شاملٍ لتعريف الاحتيال المعلوماتي.

وبعد الإطلاع على جميع التعاريف السابقة يمكننا استنتاج ركائز تعريف الاحتيال المالي الإلكتروني فيما يلي:

١. الاستيلاء على الأموال بأنواعها دون وجه حق.
٢. تحصيل الأموال عن طريق احتيال المحتال وخداعه.
٣. استخدام الوسائل الإلكترونية أو التأثير عليها، ويُقصد بالوسائل الإلكترونية الحواسيب الآلية، أو شبكات الحاسب الآلي، والشبكات المعلوماتية والإنترنت، وغيرها ممَّا يدخلُ في نطاق الوسائل الإلكترونية^(٢٧). وعليه يمكن تعريف الاحتيال المالي الإلكتروني على النحو التالي: اتِّخَاذُ أساليبٍ احتياليةٍ أو مخادعةٍ أو كاذبةٍ مخالفةٍ للحقيقة؛ بُغْيَةً الاستيلاء على كلِّ ما له قيمةٌ ماليةٌ أو تحصيلُ الفوائد؛ وذلك باستخدام الأدوات الإلكترونية والبيئة الرقمية وسيلةً للاحتيال؛ سواءً وقع الاحتيال على إنسان أو آلة إلكترونية بالتلاعب والتأثير عليها (إمَّا في عملية الإدخال أو البرمجة أو الإخراج)، ما أدَّى ذلك إلى تحصيل الأموال، أو تسهيل الوصول إليها، أو تمكينه من منفعةٍ؛ نتيجةً لأساليبه الخادعة.

(٢٥) قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م، المعدَّل بتاريخ ٥ سبتمبر ٢٠٢٠م بالقانون ١٨٩ لسنة ٢٠٢٠. المادة (٣٣٦).
(٢٦) "كلُّ مَنْ استولى أو تَحَصَّلَ لِنَفْسِهِ أو لغيره عَلَى مالٍ مَنْقُولٍ أو مَنْفَعَةٍ، أو عَلَى سَدَدٍ أو تَوْقِيعِ هَذَا السَدَدِ، عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، بطريقةٍ احتياليةٍ، أو بِاتِّخَاذِ اسمٍ كاذبٍ، أو انتحالِ صِفَةٍ غيرِ صحيحةٍ؛ متى كان ذلك من شأنه خداعُ المجني عليه". وثيقة الرياض للنظام (القانون) الموحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، مادة (١٤).
(٢٧) ويقصد بالإلكتروني: "ما يتَّصل بالتكنولوجيا الكهرومغناطيسية، أو الكهروضوئية، أو الرقمية، أو المؤتمتة، أو الضوئية، أو ما شابه ذلك". من المادة الأولى من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي.



المطلب الثاني:

خصائص جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني:

تُعَدُّ جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني من جرائم الأموال، كما تُعَدُّ من الجرائم الإلكترونية أو المعلوماتية، ولذلك برزت خصائص تميّز الاحتيال المالي الإلكتروني عن الاحتيال التقليدي بحيث لا يمكننا إدراجه ضمن نصوص تجريم الاحتيال التقليدي. كما أنَّ له من الخصائص ما يميّزه عن باقي الجرائم المعلوماتية الأخرى بحيث لا يمكننا إخضاعه للقواعد العامة لإحدى تلك الجرائم، ولذلك سنورد خصائص الاحتيال المالي الإلكتروني المميّزة له.

أولاً: الاحتيال المالي الإلكتروني جريمة مستحدثة

بينما يرى البعض أن جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني جريمة مستحدثة إذ لم تتناولها القوانين بالتجريم، يرى البعض الآخر أنها غير مستحدثة لأنها جرائم تقليدية استحدثت فيها وسائل وطرق لارتكابها^(٢٨). وترى الباحثة أنَّ الجرائم التي لم تتناولها الأنظمة منذ القدم بالتجريم ما هي إلا جرائم حديثة؛ إذ لم توجد إلا مع وجود الوسائل الإلكترونية الحديثة؛ فوجدت تبعاً لحداثة أساليب الحياة، وتنقضي الجريمة بانقضاء الوسائل الإلكترونية كجريمة اختراق الأجهزة الإلكترونية مثلاً، فلم تتناولها الأنظمة القديمة بالتجريم لحداثتها. أمَّا الجرائم المستحدثة فما هي أصلها إلا جرائم تقليدية قد جرّمها أكثر القوانين في صورتها التقليدية كجريمة الاحتيال، وبسبب تطوّر أساليب العيش وظهور الوسائل الإلكترونية والتقنية الحديثة استحدثت طرق ارتكابها؛ إذ لم تجرّم الأنظمة والتشريعات الجرائم المستحدثة في بادئ الأمر لحداثتها أو اكتفاءً بالنصوص التقليدية؛ فتتصل المحتالون من النصوص القانونية المجرّمة للاحتيال التقليدي عن طريق ارتكاب الاحتيال الإلكتروني.

ثانياً: الاحتيال المالي الإلكتروني جريمة عابرة للحدود

لا توجد لجريمة الاحتيال المالي الإلكتروني حدود مادية أو زمنية؛ فلا يحدّها مكان، ولا مدينة، ولا دولة، ولا قارة؛ فهي جريمة عابرة للحدود؛ إذ مكّنت شبكة الإنترنت وشبكات الحاسب الآلي إمكانية ربطها ببعضها ببعض باختلاف مواقعها الجغرافية، وهو ما قد يجعل المحتال في بلد والضحية في بلد آخر^(٢٩).

ثالثاً: صعوبة اكتشافها وإثباتها

من إحدى خصائص جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني صعوبة اكتشافها وإثباتها؛ إذ إنّ الاحتيال عادة لا يخلف أي أثر ظاهر للعيان كبقية الجرائم التي تخلف مسرحاً للجريمة خلفها؛ فالمحتال في جريمة الاحتيال الإلكتروني يعتمد على التّبضات والأوامر الإلكترونية التي تظهر وتختفي في لحظة، متسببة في صعوبة اكتشاف الجريمة، وصعوبة الحصول على أدلة للإدانة؛ إذ يمكن للجاني تدمير الدليل في لحظة^(٣٠). كما قد يتبنّى المحتال أسلوباً احتيالياً يتمثل في إيهام الضحية وخداعه للحصول على معلوماته البنكية مثلاً، ومن ثمّ سرقته دون أن يلاحظ أو يشكّ الضحية في ذلك^(٣١).

رابعاً: جريمة الاحتيال المالي جريمة مالية

إنّ جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني قد تقع باستخدام الحاسب الآلي؛ كاستخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية لخداع الضحية عن بُعد ودون لقائه. كما قد تقع على الحاسب الآلي بمشتملاته المعنوية (البرامج، والمُعطيات أو البيانات، والمعلومات)؛ وذلك بالتلاعب في نظم المعلومات والبرامج بتغيير المُعطيات، أو

(٢٨) للاستزادة حول معيار تصنيف جرائم الإنترنت (الجرائم التقليدية والمستحدثة) يرجى الاطلاع على: آل جار الله، مرجع سابق، ص ٧٨-٨٣.

(٢٩) عبد الله دغش العجمي، المشكلات العلمية والقانونية للجرائم الإلكترونية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، (٢٠١٤م)، ص ٢٠.

(٣٠) لطفي، خالد حسن أحمد (٢٠٢١م)، الأمن المعلوماتي، متاح على: <http://jarirreader.com/book/17535> تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٤/١م.

(٣١) نصيرات، مرجع سابق، ص ٩٨.



حذفها، أو إتلافها، أو إدخال معطيات أخرى فيها بُغيةً تحصيل الأموال أو البيانات أو المعلومات. وفي كلا الحالتين يمكننا القول: إنَّ جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني جريمة مالية؛ إذ إنَّ موضوعها دائماً الأموال باعتبار أنَّ ما يشتمل عليه الحاسب الآلي من جانبٍ معنويٍّ (من بياناتٍ ومعلوماتٍ وبرامجٍ) يندرج تحت مفهوم الأموال^(٣٢).

خامساً: الاحتيال بصفته نشاطاً من أنشطة الجريمة المنظَّمة

قد يندرج الاحتيال الإلكتروني تحت مظلة الجرائم المنظَّمة؛ وذلك باعتبار أنَّ فعل الاحتيال من أحد أساليب الإجرام المنظَّم. ويُقصد بالجريمة المنظَّمة ما نصَّت عليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظَّمة؛ إذ نصَّت على المقصود بتعبير (جماعة إجرامية منظَّمة)؛ فهي مجموعة منظَّمة تتكوَّن من ثلاثة أشخاص أو أكثر، تُوجد لفترة زمنية محدَّدة، وتتنصَّر تصرفاً متآزراً بنيَّة ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم أو الأفعال الإجرامية الخطيرة المنصوص عليها في الاتفاقية؛ وذلك للحصول بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على منافع مالية أو منافع مادية أخرى^(٣٣).

امتدَّت أساليب الاحتيال المنظَّم إلى مجال المعاملات الاقتصادية؛ لا سيَّما في نطاق الشراكات الوهمية، والتَّلاعب في عقود التأمين وقيم العملة، وعمليات البنوك، وفي أمور البيع والشراء عامَّةً^(٣٤).

سادساً: خصوصية مجرمي الاحتيال الإلكتروني

يكون المحتال في الاحتيال الإلكتروني غالباً من ذوي الاختصاص في مجال تقنية المعلومات، أو ممَّن لهم - في الحدِّ الأدنى - الإلمام باستخدام أجهزة الحاسب الآلي وتقنية المعلومات، بخلاف المحتال في الاحتيال التقليدي الذي يعتمد على مظهره وذكائه في مقابلة الضحية وإقناعه وخداعه^(٣٥).

المطلب الثالث

صُور جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني

على الرِّغم من سرعة تطوُّر أساليب جريمة الاحتيال الإلكتروني، وصعوبة اكتشافها وحصرها، فإنَّنا سنورد بعض الصُّور الشائعة حالياً للاحتيال المالي الإلكتروني؛ وذلك لإيضاح أساليب المحتالين يستهدفون من احتيالهم إمَّا الأفراد، أو الشركات، أو المؤسسات المالية كالبنوك؛ بُغيةً تحصيل الأموال.

الفرع الأول:

الاحتيال الواقع على الأشخاص:

يستهدف المحتالون الأفراد باتِّباع أساليب احتياليةٍ مُغلَّفةٍ بالكذب والمظاهر الخداعة؛ ويكون ذلك في عدَّة صُور؛ منها:

أولاً: التصيد الاحتيالي

أو ما يسمَّى بالاحتيال عبر الرسائل الإلكترونية والنصيَّة^(٣٦)، وهو طريقةً احتياليةً لسرقة بيانات الضحية الشخصية والحساسة؛ كهويته، أو معلوماته الشخصية، أو معلوماته المالية؛ إذ يستدرج المحتال الضحية للكشف

(٣٢) "إنَّ برامج الحاسب الآلي (سواءً أكانت برامج تشغيلية أم برامج تطبيقية، أم تخزينية؛ وسواءً أكانت برامج المصدر المهيمنة على جميع عمليات التخزين والإدخال والإخراج للبيانات، أو المحرَّرة بإحدى لغات الحاسوب) لها قيمة مالية يُعندُّ بها شرعاً.." فتاوى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، الحقوق المعنوية (برامج الكمبيوتر) والتنصُّر فيها وحمايتها، رقم الفتوى: ٤١٩٠، تاريخ النشر: ٧ نوفمبر ٢٠١٨، <https://cutt.us/3vw2>، تاريخ الدخول ٢٠٢١/٣/١٦ م.

(٣٣) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظَّمة، وقد دخلت حيز التنفيذ في ٢٩ سبتمبر ٢٠٠٣ م، المادة (٢) فقرة أ.

(٣٤) أ.د. رضا أحمد المزغني، أساليب الاحتيال المنظَّم. مُشارٌ إليه لدى: عرض كتاب جرائم الاحتيال والإجرام المنظَّم، تأليف مجموعة من الباحثين بإشراف د. عبد الرحيم يحيى حاج عبد الله، المجلة العربية للدراسات الأمنية، (٢٠٠٩ م)، ص ٢٩٧.

(٣٥) عبيد، مرجع سابق، ص ٣٥١.

(٣٦) جمعية حماية المستهلك، موقع التوعية من الاحتيال المالي (SCAM.SA)، الاحتيال الإلكتروني، الاحتيال عبر الرسائل الإلكترونية والنصيَّة: <https://scam.sa/FraudTypes/E-Scam/Pages/Case03.aspx>، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٣/٢٤ م.



عن بيانات اعتماده وكلّ أنواع المعلومات الحساسة؛ مثل البريد الإلكتروني، وشبكات الإنترنت داخل المؤسسات (٣٧).

فينتقل المحتال مثلاً صفة المصرف الذي يتعامل معه الضحية، ويرسل رسالة إلكترونية يحث فيه الضحية على تحديث البيانات المصرفية مع إدراج رابط إلكتروني، وعند النقر عليه يُحوّل الضحية إلى صفحة ويب مشابهة لصفحة ويب المصرف؛ وذلك كي يدخل معلوماته الحساسة، وفي أغلب الأحيان يُرسل الضحية بعد ذلك إلى صفحة ويب المصرف الفعلية لكيلا ينتبه إلى أنّه كان عُرضةً للعملية الاحتيالية (٣٨).

وتحدث هجمات التصيد إمّا بالتصيد الإلكتروني، أو التصيد الصوتي، أو التصيد عبر الرسائل النصية القصيرة، وتشير التحليلات التي أجرتها الهيئة الوطنية للأمن السيبراني إلى أنّ هجمات التصيد قد احتلت المركز الخامس ضمن أبرز التهديدات السيبرانية في المملكة العربية السعودية في الربع الثالث من العام ٢٠٢٠ (٣٩). وقد ذكر د. محمد أمين حاسبيني في كلمة له أنّ التصيد الاحتيالي قد بلغت نسبته ٣٣٪ من إجمالي الاختراقات الأمنية أو الهجمات الإلكترونية في المملكة العربية السعودية (٤٠).

ولعلّ من أبرز هجمات التصيد ما عايشناه في فبراير من العام ٢٠٢٠ إذ حذرت منظمة الصحة العالمية بتاريخ ١١ فبراير من حملات سيبرانية يتواصل فيها المهاجمون مع الضحايا مدّعين أنّهم من موظفي منظمة الصحة العالمية؛ وذلك بإرسال روابط تؤدي إلى مواقع إلكترونية خبيثة وضارة، مشابهة في تصميمها ومحتواها لموقع منظمة الصحة العالمية؛ لإقناع الضحايا بأن الموقع الإلكتروني سليم؛ وذلك بغية الحصول على بيانات الضحايا وغيرها من معلوماتهم الحساسة (٤١).

ثانياً: احتيال الاتصال

لعلّ أبرز مثال للاحتيال الواقع على الأفراد احتيال الاتصال، أو ما يسمّى بـ (WANGIRI)؛ إذ تنشئ بعض الشركات الصغيرة التي لا يُهمّها مصداقيتها خدمة هاتف مرتفعة التكاليف لتطلب من المحتال الاتصال بأرقام دولية عشوائية، ومن ثمّ تُنهي الاتصال ليُعاود الضحية الاتصال على المحتال، وفي هذه الخطوة يكون الردّ آلياً، ويوضع الاتصال على (خدمات الردّ التفاعلية) لإبقاء الضحية أطول وقت على الهاتف، ثمّ تُحرّر بعد ذلك فاتورة الاتصال وترسل إلى شركة الاتصال المستخدمة من قبل المتصل؛ ليدفع الضحية مبلغ فاتورة الاتصال، ومن ثم تقوم الشركة المشغلة لهاتف الضحية بالدفع للشركة الأخرى المتعاقدة مع المحتال (٤٢).

ثالثاً: انتحال اسم المجال أو انتحال الشخصية الإلكترونية

ويُقصد به هجوم إلكتروني ينتحل فيه المهاجم صفة شخصية إلكترونية موثوق بها، أو خادم ويب، أو عنوان بروتوكول إنترنت موثوق به؛ ويكون ذلك لخداع الجهاز الضحية لاكتساب ثقته، وسرقة بيانات مهمة، أو الوصول إلى صلاحيات متقدمة من خلاله (٤٣).

(٣٧) مقالة صادرة عن الشركة العالمية كاسبر سكاي، بعنوان: ما هو التصيد الاحتيالي، وكيف يؤثر في مستخدمي البريد الإلكتروني، متاح على: <https://cutt.us/W6OCb> ، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٣/٢٤ م.

(٣٨) مقالة صادرة من الشركة العالمية كاسبر سكاي، بعنوان: ما هو التصيد الاحتيالي وكيف يؤثر في مستخدمي البريد الإلكتروني، المرجع السابق.

(٣٩) الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، النشرة الربعية للأمن السيبراني الربع الثالث – ٢٠٢٠، (مركز الدراسات الاستراتيجية للأمن السيبراني، ٢٠٢٠)، ص ٤.

(٤٠) مقابلة مع محمد أمين حاسبيني، رئيس مركز الأبحاث لمنطقة الشرق الأوسط وتركيا وأفريقيا لـ Kaspersky، مؤتمر أمن المعلومات الافتراضي للشرق الأوسط وشمال إفريقيا بنسخته الثامنة، ٢٠٢٠ م.

(٤١) الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، النشرة الربعية للأمن السيبراني الربع الأول – ٢٠٢٠، (مركز الدراسات الاستراتيجية للأمن السيبراني، ٢٠٢٠)، ص ٦.

(٤٢) الإدارة العامة للمخاطر (إدارة الأمن السيبراني)، منشور الاحتيال بالاتصال وإغلاق الخط مباشرة.

(٤٣) مجلة Popular Science الأمريكية، هجوم انتحال الشخصية الإلكتروني Spoofing I، نُشر بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٨ م، <https://cutt.us/56Tic> ، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٣/٢٤ م.



ويُعدُّ الاحتيال بانتحال اسم المجال نوعاً جديداً من الاحتيال اكتُشف لأول مرة في يوليو ٢٠١٩م، وشهد تسارعاً خطيراً منذ ظهوره؛ إذ يستخدم المحتالون الذكاء الاصطناعي والتعلم الآلي في هذا النوع من الجرائم^(٤٤). وقد احتلَّ المركز الخامس في قائمة أبرز التهديدات السيبرانية في المملكة العربية السعودية خلال الربع الرابع من العام ٢٠٢٠م^(٤٥).

رابعاً: الشراء عن طريق الإنترنت

مع انتشار التجارة الإلكترونية واعتماد الناس عليها اعتماداً كبيراً في عمليات البيع والشراء - بسبب ما رآوا فيها من مميزات- اغتنم المحتالون ذلك وسخروا هذه الأوضاع للقيام بعمليات احتيالية، وصار الاحتيال من أبرز السلبيات المصاحبة لعمليات البيع والشراء عن طريق الإنترنت. فما الشراء عبر الإنترنت إلا عملية افتراضية تتيح للبائع عرض المنتج للمستهلك، والتسويق له عبر الإنترنت في متاجر إلكترونية أو حسابات في مواقع التواصل الاجتماعي، فيتواصل المستهلك مع البائع عند رغبته في المنتج، ويدفع له عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية مقابل توصيل البضاعة إليه، أو يدفع للبائع نقداً أثناء تسلم المنتج أو بعد ذلك^(٤٦). وفي ظلّ الأوضاع السابق ذكرها ينشئ المحتال مواقع إلكترونية زائفة لا وجود لها، ويرجّح لعدة منتجات من خلالها كي يستولي على أموال الضحية، كما قد يعرض المحتال منتجات مقلدة أو معيبة أو يروج له زاعماً أنها منتجات أصلية، وفي كلا الحالتين يطلب المحتال تحويل الأموال عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية لتحصيل الأموال، أو يطلب من الضحية إدخال معلومات الحساب المصرفي كي تتم عملية الشراء؛ ليقوم المحتال بعد ذلك بسرقة معلومات بطاقة الائتمان أو تفاصيل الحساب المصرفي للضحية^(٤٧).

الفرع الثاني:

الاحتيال الواقع على الشركات:

تكون الشركات عرضة لأكثر صور الاحتيال التي يعاني منها الأفراد؛ كالاختيال بالبريد الإلكتروني، أو التصيد الاحتيالي، أو الاحتيال بانتحال اسم المجال وفيه يستخدم المحتالون المراسلات والمحادثات داخل الشركة أو المؤسسة باعتبارهم موظفين حقيقيين كي يستولوا بعد ذلك على أموال الشركة^(٤٨). إلا أن بعض حالات الاحتيال في الشركات تقع من موظفيها، وهو ما تشير إليه الدراسات والإحصائيات؛ فقد قدرت مؤسسة مدققى الاحتيالات القانونيين في الولايات المتحدة أن تكلفة خسائر الاحتيال المؤسسي أو الاحتيال داخل الشركات قد بلغت ٦٠٠ مليار دولار سنوياً، ومعظمها ناتج عن احتيالات المديرين الذين يستخدمون أرباح الشركات التي يديرونها لأغراض شخصية؛ كالمبالغة في أرباح الشركة لتحصيل المكافآت السنوية وزيادة الرواتب وبعض المنافع الأخرى، واحتيالات مأموري الشركات الذين يتلقون الرشاوى من الأطراف التي تتعامل مع الشركة، واختلاسات الموظفين، وغيرها من الاحتيالات التي تحدث عن طريق استعمال الحاسوب. وما يزيد الأمر سوءاً تكتُم بعض الشركات على حالات الاحتيال الداخلية، وعدم الإبلاغ عنها على الرغم من علمهم بأنها جريمة احتيال، تفادياً للإساءة إلى سمعة الشركة، وحفاظاً على ثقة الغير فيها^(٤٩).

(٤٤) صحيفة الإمارات اليوم، ٤٠٪ ارتفاعاً في هجمات "انتحال المجال لاختطاف المحادثات"، نشر بتاريخ ٢٠/يناير/٢٠٢٠م، <https://cutt.us/fDipG>، تاريخ الدخول: ٢٤/٣/٢٠٢١م.

(٤٥) الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، نشرات الربعية للأمن السيبراني، الربع الرابع - ٢٠٢٠.

(٤٦) جمعية حماية المستهلك، موقع التوعية من الاحتيال المالي (SCAM.SA): <https://scam.sa/Fraud/FraudTypes/E->، تاريخ الدخول: ٢٤/٣/٢٠٢١م.

(٤٧) جمعية حماية المستهلك، موقع التوعية من الاحتيال المالي (SCAM.SA).

(٤٨) صحيفة الإمارات اليوم، <https://cutt.us/fDipG>، تاريخ الدخول: ٢٤/٣/٢٠٢١م.

(٤٩) عابدين، مرجع سابق، ص ١١-١٢، ص ٥٦.



وسنكتفي بذكر بعض من صُور الاحتيال الواقعة على النظام المعلوماتي داخل الشركات؛ سواءً كان صادرًا من موظفي الشركات أو من أطراف خارجية، مع الإيجاز^(٥٠).
أولاً: الاحتيال الواقع على البرامج^(٥١)

ويكون ذلك بتعديل المحتال للبرامج، والتلاعب فيها للاستفادة منها للاستيلاء على الأموال؛ ومن ذلك زرع المحتال برنامجًا فرعيًا خفيًا في إحدى الشركات ليسمح له بالدخول إلى النظام المعلوماتي للمنشأة؛ وذلك كي يتمكن من الاستيلاء على حسابات الشركة أو معلوماتها الحساسة^(٥٢).

ثانيًا: الاحتيال الواقع على المعلومات أو البيانات^(٥٣)

ويقع الاحتيال في هذه الحالة بالتلاعب في البيانات أثناء الإدخال أو الإخراج؛ وذلك إمّا بالتعديل، أو الإضافة، أو الحذف؛ كقيام مدير فرع في إحدى الشركات الكبرى - التي تضم عدّة فروع - بإدخال بيانات وهمية تتضمن تشغيل موظفين مؤقتين للحصول على المرتبات المقررة لهم، أو ضمّه مستخدمين غير موجودين، أو إبقائه على مستخدمين قد تركوا العمل بالفعل، وهذا التلاعب بالبيانات يعود عليه بمنافع مالية^(٥٤).

الفرع الثالث:

الاحتيال الواقع على القطاع المصرفي:

إنَّ صُورَ الاحتيال الإلكتروني في القطاع المصرفي لا تختلف كثيرًا عن صُور الاحتيال الواقع على كُلى من الأفراد والشركات؛ فقد كشفت دراسة أجرتها شركة أمن إلكتروني عالمية أنَّ أكثر المستخدمين في المملكة العربية السعودية قد واجهوا محاولة احتيال مصرفي، وتصل نسبة هؤلاء الذين تعرّضوا لمحاولات الاحتيال المصرفي ٥١٪ من المستخدمين في النصف الأول من عام ٢٠٢٠م فقط. كما كشفت أنَّ ٩٩٪ من محاولات الاحتيال قد حدثت عبر الهاتف^(٥٥). ومن أبرز صُور الاحتيال في القطاع المصرفي ما ذكر في الفرع السابق من صُور الاحتيال الواقعة على النظام المعلوماتي داخل الشركات؛ إذ قد تقع صُور الاحتيال السابق ذكرها داخل المؤسسات المصرفية كذلك. وتقاديًا للتكرار سننطرق فيما يلي لصُور أخرى من الاحتيال الواقع على القطاع المصرفي^(٥٦).

أولاً: الغش المعلوماتي في أنظمة التحويل الإلكتروني للأموال

ويُعَدُّ من أبرز صُور الاحتيال في القطاع المصرفي؛ إذ يشتمل على عدّة طرقٍ للاحتيال يُعتمد على الحاسب الإلكتروني لتحقيقها؛ ومن ذلك الاعتماد على الحاسب الآلي في التلاعب في أنظمة البنوك عن طريق العاملين بها، أو خلق ضمانات وهمية للحصول على قروض^(٥٧).

ولعلَّ أبرزَ وسيلتين للغش المعلوماتي في أنظمة التحويل الإلكتروني للأموال هما^(٥٨):

أ. استقطاع بعض السننات (الهلل) من الإيداعات الدورية، وتحويلها إلى الحساب السري للمجرم. وتُسمَّى هذه

(٥٠) لطفي، مرجع سابق، الفصل ٦.

(٥١) ويُقصد ببرامج الحاسب الآلي: "مجموعة من الأوامر والبيانات التي تتضمن توجيهات أو تطبيقات حين تشغيلها في الحاسب الآلي، أو شبكات الحاسب الآلي، وتقوم بأداء الوظيفة المطلوبة". نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي، المدة الأولى.

(٥٢) لطفي، مرجع سابق، الفصل ٦.

(٥٣) ويُقصد بالبيانات "المعلومات، أو الأوامر، أو الرسائل، أو الأصوات، أو الصُور التي تُعدُّ أو التي سبق إعدادها لاستخدامها في الحاسب الآلي، وكلُّ ما يمكن تخزينه، أو معالجته، أو نقله، أو إنشاؤه بوساطة الحاسب الآلي؛ كالأرقام والحروف والرموز وغيرها". نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي، المادة الأولى.

(٥٤) لطفي، مرجع سابق، الفصل ٥.

(٥٥) دراسة استطلاعية أجرتها كاسبرسكي، <https://me.kaspersky.com/blog/banking-fraud-me/8770> ، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٣/٢٤م.

(٥٦) عز الدين بوزلماط، الاحتيال المعلوماتي على الذمة المالية للأشخاص، مجلة القانون والأعمال، عدد ٦٠، (٢٠٢٠م)، ص ١٢٣-١٢٦.

(٥٧) د. نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥م)، ص ٤٩٠. نقلًا عن بوزلماط، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٥٨) بوزلماط، مرجع سابق، ص ١٢٣.



العملية (Perruque)، وعادةً ما تُطبَّق على البنوك التي تُمنح فائدةً على الحسابات الجارية. ب. اقتطاع مبالغ مالية صغيرة من حسابات بنكية ضخمة، وتحويلها إلكترونياً إلى حسابات المجرمين الشخصية، ويُطلق عليها عملية (Salami) (٥٩).

ثانياً: الاستعمال غير المشروع للبطاقات

ويُقصد بالبطاقات؛ بطاقات الدَّفع الإلكتروني؛ وهي تلك البطاقات التي تُصدرها مؤسسة ما لعمالها لتمكَّنتهم من إجراء المعاملات المالية الإلكترونية من دفعٍ وسحبٍ مبالغٍ نقدية، ويكون ذلك وفقاً لضوابط فنية وقانونية خاصة بكلِّ نوع من أنواع بطاقات الائتمان (٦٠).
أمَّا البطاقة المصرفية الممغنطة: فهي البطاقات التي تُصدرها المؤسسة المصرفية لعمالها، وتمكِّن العميل من الحصول على السلع والخدمات مقابل دفع المصرف مصدر البطاقة قيمة المشتريات، والرجوع إليه بعد ذلك لسدادها (٦١).

ويتمثَّل الاحتيال في استعمال تلك البطاقات استعمالاً غير مشروع في: استعمال البطاقة بعد انتهاء مدَّة صلاحيتها، أو استعمال البطاقة بعد إلغائها، أو تجاوز حدِّ السَّحب، والاستعمال غير المشروع للبطاقات المسروقة أو المفقودة، واستصدار بطاقات صحيحة بمستندات مزوَّرة، وتزوير بطاقات الدفع الإلكتروني، والاستيلاء على أموال بطاقة الدَّفع الإلكتروني (٦٢).

الخاتمة:

تختتم الباحثة هذا البحث بالحمد لله ربِّ العالمين على توفيقه وتيسيره؛ إذ يسَّر الوصول إلى نهاية بحثها هذا، والذي تناولت فيه دراسةً ماهية جريمة الاحتيال المالي الإلكتروني المنصوص عليه في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي، ومقارنته ببعض الأنظمة المقارنة العربية والأجنبية متى دعت الحاجة إلى ذلك. وقد توصَّلت - بفضل الله - إلى عددٍ من النتائج والتوصيات، فيما يلي أبرزها.

النتائج:

من أبرز النتائج التي توصَّلت إليها الباحثة في هذه الدراسة:

١. أنَّ الاحتيال المالي الإلكتروني يشمل الاحتيال المعلوماتي، والاحتيال باستخدام شبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، فعرف البحث الاحتيال المالي الإلكتروني على وجه العموم بأنه: اتِّخاذ أساليب احتيالية أو مخادعة أو كاذبة مخالفة للحقيقة؛ بغية الاستيلاء على كلِّ ما له قيمة مالية أو تحصيل الفوائد؛ وذلك باستخدام الأدوات الإلكترونية والبيئة الرقمية وسيلةً للاحتيال؛ سواءً وقع الاحتيال على إنسانٍ أم آلةٍ إلكترونية بالتلاعب والتأثير عليها (إما أثناء عملية الإدخال أو البرمجة أو الإخراج) ما أدَّى ذلك إلى تحصيل الأموال، أو تسهيل الوصول إليها، أو تمكينه من منفعة نتيجة لأساليبه الخادعة.

٢. من أساليب مكافحة الاحتيال المالي الإلكتروني سنِّ النصوص التشريعية الشاملة لأساليب الاحتيال المالي الإلكتروني الحديثة.

التوصيات:

١. توصي الباحثة المنظَّم السعودي بتعديل الفقرة الأولى من المادَّة الرابعة من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية؛ وذلك بالاسترشاد بقانون الرياض لمكافحة الاحتيال المالي الإلكتروني بتجريم الاحتيال المعلوماتي، وتضمين

(٥٩) انظر لكلِّ من: لطفي، مرجع سابق، فصل ٦. وحزمة عاطف علي المعاينة، جريمة الاحتيال الإلكتروني: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، (٢٠١٢م)، ص ٧٣.

(٦٠) د. نائلة قورة، مرجع سابق، ص ٥٠٨. نقلاً عن محمد قدرى حسن عبد الرحمن، وجرائم الاحتيال الإلكتروني، مجلة الفكر الشرطي، عدد ٨٧، (٢٠١١م) ص ٤، <http://platform.almanhal.com/details/article/8261>، تاريخ الدخول: ٢٥/٣/٢٠٢١م.

(٦١) د. نائلة قورة، مرجع سابق، ص ٥٠٨. نقلاً عن: عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤.

(٦٢) وللمزيد حول جرائم الاحتيال المصرفي الإلكتروني انظر: عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٥٧-٦٥.



المال المعلوماتي ضمن الأموال المنصوص عليها في الفقرة ١ من المادة الرابعة من نظام مكافحة تقنية المعلومات.

٢. تهيب الباحثة بضرورة تعزيز الثقافة الإلكترونية للمجتمع، وزيادة الوعي باستخدام الفاعل للتكنولوجيا والإنترنت وأساسيات أمن المعلومات؛ وذلك لحماية المستخدمين من أخطار الإنترنت.

المصادر والمراجع:

المصادر:

القرآن الكريم.

السنة النبوية.

المراجع:

المراجع اللغوية:

أبو العزم، عبد الغني، معجم الغني، (موقع معاجم صخر، من كتب المستودع بموقع المكتبة الشاملة).
عمر، أحمد مختار (١٤٢٩هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، القاهرة: عالم الكتب.

المراجع المتخصصة:

آل جار الله، عبد العزيز (١٤٣٨هـ)، جرائم الإنترنت وعقوباتها وفق نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي، الرياض: دار الكتاب الجامعي.

شتا، محمد (٢٠٠١م)، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة للنشر.

عابدين، عدنان (٢٠٠٨م)، الاحتيال المالي، لبنان: مكتبة لبنان ناشرون.

العقبلي، الإمام عبيد الله (١٤٠٣هـ)، إبطال الحيل، الطبعة الثانية، بيروت: المكتب الإسلامي.

قورة، نائلة عادل محمد فريد (٢٠٠٥م)، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

لطفي، خالد حسن أحمد (٢٠٢١م)، الأمن المعلوماتي، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٤/١م، من موقع

<http://jarirreader.com/book/17535>

محمود، محمود عمر (٢٠١٥م)، الجرائم المعلوماتية والإلكترونية، جدة: خوارزم العلمية.

مؤسسة النقد العربي السعودي (٢٠٠٨م)، دليل مكافحة الاختلاس والاحتيال المالي وإرشادات الرقابة، الإدارة

العامة لمراقبة البنوك.

الرسائل العلمية:

عبد الجبوري، سامر سلمان (٢٠١٤م)، جريمة الاحتيال الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة البحرين.

عبيد، موفق علي (٢٠١٦م)، ماهية جريمة الاحتيال المعلوماتي، بحث مستل من رسالة ماجستير، جامعة

تكريت.

العجمي، عبد الله دغش (٢٠١٤م)، المشكلات العلمية والقانونية للجرائم الإلكترونية دراسة مقارنة، رسالة

ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

المعاينة، حمزة عاطف علي (٢٠١٢م)، جريمة الاحتيال الإلكتروني: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير،

جامعة مؤتة، الأردن.

يونس، عمر محمد أبو بكر (٢٠٠٤م)، الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،

جامعة عين شمس.



المجلات العلمية:

بوزلماط، عز الدين (٢٠٢٠م)، الاحتيال المعلوماتي على الذمة المالية للأشخاص، مجلة القانون والأعمال، عدد ٦٠.

عبد الرحمن، محمد قدري حسن (٢٠١١م)، جرائم الاحتيال الإلكتروني، مجلة الفكر الشرطي، مجلد ٢٠، عدد ٧٩.

عبد الرحيم يحيى حاج عبد الله (عارض) (٢٠٠٩م)، عرض كتاب: جرائم الاحتيال والإجرام المنظم، المجلة العربية للدراسات الأمنية، مجلد ٢٤، عدد ٤٨.

نصيرات، وائل محمد عبد الرحمن (٢٠١٨م)، جريمة الاحتيال عبر شبكة المعلومات الدولية: دراسة مقارنة النظام السعودي والقانون الأردني، دفاثر السياسة والقانون، عدد ١٩.

الأنظمة والقوانين:

قانون الإمارات العربي الإسترشادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات وما في حكمها لعام ٢٠٠٤م.

قانون العقوبات الألماني المعدل بآخر تعديل عام ١٩٩٤م.

قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م، المعدل بتاريخ ٥ سبتمبر ٢٠٢٠م بالقانون ١٨٩ لسنة ٢٠٢٠م.

قانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي.

قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١١/١٢م.

قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨م.

المرسوم بقانون اتحادي رقم ٥ لسنة ٢٠١٢ في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، المعدل بمرسوم بقانون اتحادي رقم ٢ لسنة ٢٠١٨م.

نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٧ بتاريخ ١٤٢٨/٣/٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/٣/٢٧م.

وثيقة الرياض للنظام (القانون) الموحد لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ٢٠١٣م.

الاتفاقيات:

اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠م.

الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام ٢٠١٠م.

مجلس أوروبا، سلسلة المعاهدات الأوروبية رقم ١٨٥، الاتفاقية المتعلقة بالجريمة الإلكترونية (بودابست)، لعام ٢٠٠١م، وتقريرها التفسيري بتاريخ ٢٣/نوفمبر/٢٠٠١م.

المواقع الإلكترونية:

جمعية حماية المستهلك، <https://scam.sa/Fraud/FraudTypes/E-Scam/Pages/Case03.aspx> ، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٣/٢٤م.

صحيفة "الإمارات اليوم" تصدر عن مؤسسة دبي للإعلام، <https://cutt.us/fDipG> ، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٣/٢٤م.

مجلة Popular Science الأمريكية، <https://cutt.us/56Tlc> ، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٣/٢٤م.

المجلس الأوروبي للفتاء والبحوث، <https://cutt.us/btaox> ، تاريخ الدخول ٢٠٢١/٤/٥م

موقع كاسبرسكي، <https://me.kaspersky.com/blog/banking-fraud-me/8770> ، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٣/٢٤م.

الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، <https://nca.gov.sa/>.



ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والأنظمة القانونية القديمة (دراسة مقارنة)

Women's Inheritance in Islamic Law and Ancient Legal Systems

(A Comparative Study)

د. منال بنت طارق القصبي^(٢)

أستاذ مشارك بكلية القانون

جامعة الامير سلطان – الرياض

د. ثناء الشعراوي^(١)

أستاذ مساعد بكلية القانون جامعة الأمير سلطان

والمعارة من كلية الحقوق جامعة المنوفية - مصر

Email: mkasabi@psu.edu.sa

الملخص:

تناولت الدراسة ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية مقارنا بالشرائع القانونية القديمة التي سبقتها كالقانون الفرعوني والبابلي والروماني وعرب الجاهلية، وهدفت الدراسة إلى معالجة الموضوع من خلال عرض وتحليل لميراث المرأة في هذه الأنظمة باستخدام المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن. وقد أسفرت الدراسة عن أن ميراث المرأة في الإسلام يؤدي إلى تحقيق العدل والمساواة للمرأة ويؤكد مكانتها في المجتمع، وإنصافها في إرثها وأن المولى سبحانه وتعالى تولى تقدير ميراثها بعلمه وعدله ورحمته ولم يكلها للعباد الذين تنازعهم الأهواء، فجاء ميراثها في الإسلام مؤكداً حقها في الميراث الذي أنكرتها كثير من الشرائع القديمة والتشريعات الحديثة، كما فصله تفصيلاً يستوعب كل حالة، ويدفع شبهة ظلم المرأة بكون الذكر يرث ضعف الأنثى فهذا القول المدعى به لا يحدث إلا في حالات محددة وبشروط معينة بل علي العكس هناك حالات كثيرة ترث فيها الأنثى أكثر من الذكر كما هناك حالات يكون نصيبها في الإرث مساوي لنصيب الذكر. وحالات تحجب فيها الأنثى الذكر.

الكلمات المفتاحية: ميراث المرأة- الشرائع القديمة -الإسلام.

Abstract:

The study addressed women's inheritance in Islamic law compared to the ancient legal codes that preceded it, such as Pharaonic, Babylonian, Roman laws, and the pre-Islamic Arabs. The study aimed to address the topic through the presentation and analysis of women's inheritance in these systems using the comparative analytical inductive method. The study concluded that women's inheritance in Islam leads to achieving justice and equality for women, affirms their status in society, and ensures fairness in their inheritance, and that Allah Almighty has determined their inheritance with His knowledge, His justice and mercy have not been left to people who are swayed by desires. Thus, her inheritance in Islam confirms her right to inheritance, which has been denied by many ancient laws and modern legislations. It is detailed in a way that encompasses every situation and dispels the suspicion of injustice towards women by claiming that males inherit twice as much as females. This claim only occurs in specific cases and under certain conditions. On the contrary, there are many situations where a female inherits more than a male, and there are cases where her share in inheritance is equal to that of the male. There are also cases where the female excludes the male from inheritance.

Keywords: women's inheritance - ancient laws - Islam



مقدمة:

إن تعلم أحكام الميراث للإنسان ضرورة لازمة , لمعرفة الحقوق التي حدد الله أنصاءها بحكمته في تركة المورث، على وجه الانصاف الرشيد، اذ يسعى الإنسان في مجال العمر للكسب في تأمين الحياة , ثم يترك لأولاده وأهله من بعده ما يملكه ومن ثم تتسابق الأطماع إلى اقتسامه , وقد يتسلط الهوى في ذلك ويتحكم العرف الجائر , فيحرم من يستحق , ويعطي من لا يستحق كما جرت عليه الامم السابقة علي الإسلام وكثير من الشعوب الحديثة التي وضعت لذلك القوانين المختلفة, أو انكرت الميراث برمته وجعلت المكتسبات ملكا عاما للدولة، فكانت الشريعة الإسلامية الحكيمة التي أنصفت المحرومين وبصفة خاصة المرأة ، والشبهات التي تثار حول ميراث المرأة في الإسلام، وادعاء أن الإسلام قد ظلم المرأة، وأنه قد هضمها حقها حين فرض لها نصف ما فرض للذكر ادعاءات باطلة ومردودة .فالمفاضلة في الإسلام بين الرجل والمرأة في الميراث مبنية على أسس وهي: توافر شروط المفاضلة، أما إذا تخلف أي واحد منها فلا يقوم التفاضل: الشرط الأول : أن يكونا في درجة واحدة ابن وبنت مثلاً. الشرط الثاني :أن يكونا من جهة واحدة جهة البنوة أو الأخوة. الشرط الثالث :أن يستويا في القوة، فالأخ لأب، لا يساوي نصيبه ضعف نصيب الأخت الشقيقة، لأنها أقوى صلة منه بالشقيق. أما كون حظ الرجل مثل حظ الأنثيين فإنها مبني على قاعدة الإنفاق، فإن المرأة ترث ولكنها غير مكلفة بالإنفاق، بل ينفق عليها الرجل ولو كانت غنية، فالرجل ينفق على الزوجة والأولاد، وتقع عليه الأولوية الأولى في النفقة على أبويه إذا كانا فقيرين، وهذه كلها نفقات واجبة عليها بحسب أحكام الشريعة الإسلامية، ولا يجب على المرأة فيها شيء.

إن الإسلام ساوى بين الرجل والمرأة في أصل استحقاق الميراث، ولكنه فاضل بينهما في الأنصبة، فقد تفضل المرأة الرجل في بعض الحالات، وقد يفضلها هو في حالات أخرى، وقد تحجبه وإن لم يكن معها عاصب بنفسه كالأخت الشقيقة إذا صارت عسبة مع الغير فإنها تحجب الأخ لأب وأبناءه، والأعمام وأبنائهم، وكذلك الأخت لأب تحجب الأعمام، وجميع من يحجبهم الأخ لأب إذا صارت عسبة مع الغير. فالادعاءات الموجهة للإسلام حول عدم العدل أو تفضيل الرجل، أريد بها الطعن في الإسلام بما هو ميزة فيه وتتناول هذه الدراسة تلك النقاط بالتفصيل ومن عدة جوانب.

أهمية الدراسة:

أهمية دراسة هذا الموضوع في وقتنا الحالي تنبع من وجود الهجمة على الإسلام، وادعاء أن الإسلام هضم حقوق المرأة، وأنه ينقص من إنسانيتها، وما تتعرض له معظم النساء من هضم لحقوقهن في الميراث جراء جهل المجتمعات المسلمة، وإيثار الذكور على الإناث، مخالفة لما قرره الله عز وجل من حقوق في هذا المضمار. ومن أهم تلك الادعاءات أن توريث الإناث من الأموال المنقولة أو غير المنقولة يؤدي إلى تشتيت ملك العائلة، على اعتبار أنهم سيتزوجون، وبالتالي سيشارك الأزواج والأولاد في ذلك الميراث. والحقيقة أن الطمع يكمن وراء ذلك كله وساعد على تقشي هذا الظلم جهل الكثير من النساء بما لهن من حقوق من جهة، وخضوعهن واستسلامهن لضغوط العائلة وتهديداتها من جهة أخرى، الأمر الذي أدى إلى عدم التطبيق الصحيح لأحكام الميراث وفقاً للشريعة الإسلامية.

- تضع هذه الدراسة بين يدي طلبة العلم والمعنيين بشكل عام والنساء بشكل خاص، بحثاً ميسراً عن ميراث المرأة في الإسلام، ليسهل عليهم تعلم هذا النوع من العلوم، والرجوع إليه عند الحاجة.

أهداف الدراسة:

يسعى البحث إلى تحقيق هدف أساسي يتمثل في تسليط الضوء على دور الإسلام في تعزيز حقوق المرأة في الميراث، وذلك من خلال ما يلي:

- الكشف عن أسباب وآثار تحديد نصاب ميراث المرأة في الإسلام.



- تسليط الضوء على موقف الشرائع القديمة من حقوق المرأة لا سيما حقها في الميراث.
- التوصل إلى توصيات في ضوء نتائج الدراسة التي تعمل على تسليط الضوء على مكانة المرأة في الإسلام من خلال الرجوع إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ومدى تعزيزها لحقوقها في الميراث.

منهج الدراسة:

طبيعة الدراسة تستدعي منا الاستعانة بالمنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، وهذا لتحليل موقف مختلف الشرائع من ميراث المرأة ومقارنتها بآليات الشريعة الإسلامية المعتمدة لحماية حقوق المرأة في الإرث، وانطلاقاً من ذلك تم الاعتماد على أسلوب المسح المكتبي الذي يساعد على سرد حقائق الدراسة معززة بجوانبها الشرعية والقانونية من خلال الاطلاع على المصادر والأدبيات ذات العلاقة.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في الشبهات المثارة حول ميراث المرأة في الإسلام، وأنها نصف ميراث الرجل، وأن هذا فيه ضياع لحقوقها.

خطة الدراسة:

وسعيًا لمعالجة مشكلة البحث، ارتأينا تقسيم البحث إلى مبحثين تناولنا التطور التاريخي لنظام ميراث المرأة قبل الإسلام (المبحث الأول)، دراسة ميراث المرأة في ظل النظام الإسلامي (المبحث الثاني)، ثم تطرقنا إلى أهم النتائج واقتراح عدد من التوصيات في الخاتمة.

المبحث الأول: التطور التاريخي لنظام ميراث المرأة قبل الإسلام:

المطلب الأول: ميراث المرأة في ظل شريعة اليهود:

يتميز نظام الميراث عند اليهود بحرمان الإناث من الميراث، سواء كانت أمًا أو أختًا أو ابنة أو غير ذلك إلا عند فقد الذكور، فلا ترث البنت مثلاً إلا في حال انعدام الابن. فيه تكلم نبي إسرائيل قائلاً: أيما رجل مات وليس له ابن تنقلون ملكه إلى ابنته (سفر العدد إصحاح ٢٧: ١-١١).

رجع الاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (محمد يوسف موسى، التركية والميراث في الإسلام، ص ٤١) في بيان قواعد الإرث عند اليهود إلى مراجعهم المعتبرة عندهم وخلاصة نظام الإرث عندهم تتمثل فيما يلي:

- ١- أسباب الميراث أربعة: وهي البنوة والأخوة والعمومة، ومن هنا نرى أن الزوجة ليست من الأسباب وإن كان الزوج يرث زوجته، على حين أنها لا ترثه إذا توفي قبلها.
- ٢- إذا توفي الأب كان ميراثه لأبنائه الذكور وحدهم دون شريك، ويكون للولد البكري مثل حظ اثنين من إخوته الأصغر سناً منه (فهو مميز عنهم بعلّة البكورة) ولكن إن اتفق مع إخوته على اقتسام الميراث السوية صح الاتفاق.

٣- وإذا ترك الأب المتوفى أولاداً بين وبنات كانت التركة من حق البنين وحدهم، ولكن يكون للبنات حتى النفقة على التركة حتى تتزوج الواحدة منهن أو تبلغ سن البلوغ كما يكون للبنات أيضاً على إختها الذكور قيمة مهرها من التركة بقدر ما كان يظن أن يعطيها أبوها.

٤- الأم لا ترث من ابنها ولا من بنتها، إن ماتت هي يكون ميراثها لابنها إن كان لها ابن وإلا كان الميراث لابنتها، فإن لم يكن لها ولد، ولا بنت فميراثها يكون لأبيها إن كان، وإلا فلأبي أبيها إن كان موجوداً، وإلا فلجد أبيها.

٥- إذا توفي الابن وليس له ابن ولا بنت، كان الميراث لأبيه، إن كان موجوداً وإلا فلإخوته - أي إخوة المتوفى - الذكور، وإلا فلأخوته الإناث.



٦- للرجال حق فيما تكتسبه زوجته من كدها، وفي ثمرة مالها، وإذا توفيت ورثها، وإن كل ما تملكه الزوجة يؤول بوفاتها ميراثاً شرعياً إلى زوجها وحده لا يشاركه فيه أحد من أقاربها ولا أولادها سواء كانوا أم من رجل آخر.

٧- أما الزوجة فلا ميراث لها من تركة زوجها إذا توفي قبلها، حتى إذا اشترطت أن ترثه وكان له ورثة بطل الشرط، ولو حصل قبل الزواج، ولكن للزوجة الأرملة الحق في أن تعيش من تركة زوجها المتوفى ولو كان قد أوصى بغير ذلك.

المطلب الثاني: ميراث المرأة في ظل النظام البابلي (العراقي):

إن دراسة نظام الإرث في النظام البابلي يساعدنا على تفهم النظام الكهنوتي وحقوق الكاهنات، ودورهن في النظام الاقتصادي السائد آنذاك وتشير المكتشفات الأثرية إلى أنه كان هناك تنظيمًا قانونيًا يحكم موضوع الإرث، وهذا التنظيم متعدد المصادر، إذ لم يكن القانون المصدر الوحيد للإرث، بل كانت هناك إلى جانبه مصادر أخرى كأحكام القضاء، ووثائق تقسيم التركات، والعادات، والتقاليد المحلية (إيلزة سايبيرت، المرأة في الشرائع العراقية القديمة، تعريب: يوسف حبي، "مجلة بين النهرين"، العدد ١٢، بغداد - ١٩٧٥، ص ١٣).

والملاحظ أن هناك سمات كانت تميز نظام الإرث في العصر البابلي القديم، أهمها أن توزيع الإرث لم يكن قاصراً على أقارب المتوفى وأزواجه فحسب، بل امتد ليشمل من كان المتوفى قد تبناهم. ويثير موضوع الإرث في العصر البابلي القديم العديد من الإشكالات إذ أن معرفة أحكام الإرث وكيفية توزيع التركة، يستلزم الاطلاع على الوثائق الأصلية سواء أكانت تخص نصوص القوانين أم تخص وثائق تقسيم التركات التي تحوي الكثير من التفاصيل لكيفية توزيع التركات، ولأن الوثائق المكتشفة لا تغطي تفاصيل جميع موضوعات الإرث، فقد حاول المختصون في المسماريات إكمال ما ينقصهم من معلومات عن طريق الاجتهاد، والقياس، والافتراض.

لذلك ظهرت أفكار متنوعة حول تحديد كيفية توزيع التركات في العصر البابلي القديم، وعلى الأخص فيما يتعلق بميراث البنات والأولاد بالتبني (اسماعيل، خالد سالم، "صنيع عقود التبني في العصر البابلي القديم"، ضمن بحوث الندوة القطرية التاسعة لتأريخ العلوم عند العرب، مركز إحياء التراث العلمي العربي الإسلامي، جامعة بغداد - ١٩٩٢، ص ٣٤).

فنجد أن هناك من يتجه إلى القول بأنه كان للبنات حق في الميراث في حين ينكر آخرون وجود مثل هذا الحق؛ لذلك فقد كان البحث في هذا الموضوع الذي لا يوجد مؤلف يجمع شتاته مهما لجمع أحكامه في مؤلف واحد وعلى الرغم من الأهمية المميزة لموضوع الإرث إلا أن البحث فيه كان محاطاً بالعديد من الصعوبات، أولها: عدم وجود بحوث متخصصة في الإرث، وأن معظم الباحثين لا يتطرقون إليه إلا بصورة جزئية عند بحثهم لموضوعات أشمل وأوسع كالموضوعات المتعلقة بالأسرة، أو بملكية الأموال المنقولة وغير المنقولة، أو التبني، أو الكاهنات، وغيرها (ذبيان جمال مولود، "تطور فكر العدل في القوانين القديمة"، بغداد - ٢٠٠١، ص ٣٤).

كما أن من بين الصعوبات الكبيرة أنه لم يكن بالإمكان معرفة أحكام الإرث بالرجوع إلى نصوص القوانين وحدها بل وجدت أحكام أخرى مشتتة في مصادر عديدة كان لابد من الرجوع إليها للتوصل إلى معلومات مقبولة عن الإرث. وأهم تلك المصادر ووثائق توزيع التركات، وأحكام المحاكم. كما كان موضوع اختلاف معنى المصطلحات من أكثر الصعوبات التي تواجه الباحث في موضوع الإرث، فالمصطلحات التي كانت سائدة آنذاك لها مفاهيم تختلف جوهرياً عن المفاهيم السائدة في القوانين الحديثة فلم يرد في اللغتين



السومرية والاكديّة كلمة تقابل كلمة الإرث المعروفة في القوانين الحديثة بل استخدم السومريون كلمة DUMU.US,IBILA التي يقابلها في اللغة الاكديّة كلمة aplu للدلالة على الوارث، كما ان المصطلح السومري NIG.GA الذي يقابله في الاكديّة makkuru يعني : الممتلكات عموما ، وقد يشير الى الممتلكات المنقولة كما يمكن ان يشير في بعض الاحيان الى الممتلكات غير المنقولة، ولاسيما ان المشرع العراقي القديم لم يكن يعرف التقسيم الحالي للأموال المنقولة وغير المنقولة(الاعظمي، محمد طه، جوانب من الاسس القانونية والفكرية في قانون حمورابي، "المورد"، مجلد ١٦ العدد ٣، بغداد ١٩٨٧).

والجدير بالذكر أن طريقة تسجيل عقود توزيع التركة تنوعت، اذ كانت هناك طريقتان لذلك ففي مدن جنوب بلاد بابل كان يتم كتابة توزيع التركة على رقيم واحد اما في مدن الشمال فقد كان يعطي لكل واحد من الورثة وثيقة مختومة تثبت فيها حصته والقول نفسه ينطبق على ميراث البنين اذ نجد ان القانون قد نص بوضوح على ميراثهم ، وعدهم في المرتبة الاولى من الورثة وعلى العكس من ذلك نجد ان ميراث البنات كان يكتنفه الغموض اذ لم تشر نصوص قانون حمورابي الا لأحكام استثنائية تتعلق بالكاهنات حصرا ؛ مما حمل البعض على الاعتقاد بان البنات لم يكن يرثن الا اذا انتسبن الى صنف من اصناف الكاهنات (أميرة عيدان الذهب، "الكاهنات في العصر البابلي القديم"، دراسة في ضوء النصوص المسمارية المنشورة، رسالة مقدمة إلى جامعة بغداد، ١٩٩٩م، ص ٥٦)، في حين ذهب رأي آخر الى ان البنات يرثن عموما سواء كن كاهنات ام لم يكن كذلك.

ولكن هناك من الباحثين الذين توصلوا إلى عدم صحة هذه الآراء وان البنات لا يرثن الا اذا لم يكن للمتوفى فرع وارث من الذكور اما ميراث بقية الاقارب فلم يتطرق اليه القانون بشكل مباشر (العقراوي، ثلما ستيان، "المرأة ودورها ومكانتها في حضارة وادي الرافدين"، بغداد، ١٩٧٨م، ص ٧٨)، بل نجد ان احكام ميراثهم كانت مبعثرة في نصوص متفرقة ، وبعضها ورد ضمن وثائق توزيع التركات عند تحديد حصة كل وارث من الميراث ولعل ابرز الاقارب هم الاخوة اذ اكتسب ميراث الاخوة اهمية خاصة ؛ بسبب اهتمام القانون بتنظيم انتقال تركة الكاهنات ، وتقرير انتقال تركتهن الى اخوتهن خشية على اموال العائلة من الانتقال الى عوائل اخرى ولقد تبين انه عند وفاة احد الابناء فان التركة تبقى تحت حيازة الاب ؛ لما للاب من سلطة واسعة ، وكون العائلة العراقية هي عائلة ابوية ، وتبقى ادارتها بيد الاب ما دام حيا ، ويتولى ادارتها لمصلحة الجميع ، اما اذا كان المتوفى هو الاب فان ادارة التركة بعد وفاته تنتقل الى الزوجة ليس بالنسبة لحصتها فحسب بالنسبة لحصص اولادها القاصرين (حمود، حسين ظاهر، "مكانة الأولاد في المجتمع العراقي القديم"، من رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة إلى جامعة الموصل ، ١٩٩١م، ص ٤٥)، أيضا وتبقى كذلك حتى تتزوج فان تزوجت اصبحت ادارة التركة تحت اشراف القضاة ، وتلزم الزوجة وزوجها الجديد بان يقدموا تعهدا بحسن ادارة التركة ، ومراعاة حقوق القاصرين ، وعدم التصرف في التركة وهناك مجالات خاصة كانت موضع اهتمام المشرع العراقي القديم بها(صالح، أحلام سعد الله، "نظام التقاضي في العراق القديم، دراسة مقارنة مع بلدان الشرق الأدنى"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الآداب، جامعة الموصل - ١٩٩٩)، كذلك المتعلقة بميراث الاولاد بالتبني ، حيث يخضع ميراثهم الى ما تقرره نصوص القانون او عقود التبني ذاتها من حقوق(الشرائع والتنظيمات القانونية في حضارة وادي الرافدين"، مجلة المجمع العلمي العراقي، مجلد ٢٧، بغداد ، ١٩٧٦م، ص ٤٥) . وقد نظم القانون موضوع الزواج المبرم بين العبيد والاحرار، وحدد حقوق الورثة عند وفاة الزوج ان كان من العبيد، فقرر انتقال تركته مناصفة بين مالكة وابنائها الذين تتولى امهاتهم تسلمها نيابة عنهم (رشيد، فوزي، "الشرائع العراقية القديمة"، بغداد - ١٩٨٧م، ص ٩٨). اما إذا كان المتوفى حرا، وكان له ابناء من امته، فان أولئك الابناء لا يرثون الا إذا نالوا اعتراف الاب بهم، وهذا يعني ان الاهمية في موضوع زواج العبيد من الاحرار لا تعود الى الرجال بل الى



النساء ، فان كانت المرأة حرة فأولادها يولدون احرارا وان كانت (من الاماء) فان اولادها لا يكتسبون حقوقهم الارثية الا بعد اعتراف الاب بهم واخيرا وجدنا ان المجتمع البابلي القديم اقر بمبدأ انتقال كل اموال المتوفى الى وراثته حتى شاعت في وثائق توزيع التركات العبارة الدقيقة التي غدت جزءا من صيغ عقود توزيع التركة ، فقد تبين ان وثائق توزيع التركات قدمت لنا تفصيلات واضحة لعناصر التركة التي كانت تنتقل من المتوفى الى وراثته ، فكان بيت المتوفى هو اهم الاموال التي تضمنتها التركة والى جانبه كان الحقل ، والمنقولات واثاث البيت ، واختام المتوفى، ومواشيه تمثل عناصر اخرى لها اهميتها في التركة (امين، عبد النافع أمين، "صيغ العقود البابلية في النصوص المسمارية"، رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة إلى كلية الآداب، جامعة الموصل -٢٠٠١م، ص ١٥٠)

المطلب الثالث: ميراث المرأة عند العرب في الجاهلية:

إن العرب في الجاهلية، لم يكن لهم نظام ارث مستقل أو خاص بهم، إنما ساروا على نهج الأمم الشرقية، فالميراث عندهم خاص بالذكور القادرين على حمل السلاح والنود دون النساء والأطفال ، ذلك لأنهم أهل غارات وحروب، بل أكثر من ذلك كانوا يرثون النساء كرها ، بأن يأتي الوارث ، ويلقي ثوبه على أرملة أبيه ثم يقول : ورثتها كما ورثت مال أبي . فإذا أراد أن يتزوجها تزوجها بدون مهر ، أو زوجها من أراد، وتسلم مهرها ممن يتزوجها أو حجر عليها لا يزوجه ولا يتزوجها، فمنعت الشريعة الإسلامية هذا الظلم، و في حالات قليلة كان منهم من يورث الإناث ويسويهن بالذكور في النصيب كما هو الحال عند قدماء المصريين والرومانيين(عبد المتعال الصعيدي ، مرجع سابق ذكره، ص ٦٧).

المبحث الثاني: ميراث المرأة في ظل النظام الإسلامي:

بعد أن اطلعنا على ما كان عليه حال ميراث المرأة قبل الإسلام ومبلغ الظلم الذي لحق بها من جراء تلك التشريعات والأنظمة الفاسدة، والتي كان للطمع والهوى فيها دور كبير، جاء الإسلام بنوره وعدله ليرفع عنها ما لحق بها من البغي والإجحاف، وليقرر أنها إنسان كالرجل، لها من الحقوق ما لا يجوز المساس به أو نقصانه، كما عليها من الواجبات ما لا ينبغي التفریط أو التهاون به، وبمقارنة سريعة بين نظام الإسلام في توريث المرأة وبين الشرائع والأنظمة القديمة والحديثة نجد:

- ١- أن الذي تولى أمر تقسيم التركات في الإسلام هو الله تعالى وليس البشر، فكانت بذلك من النظام والدقة والعدالة في التوزيع ما يستحيل على البشر أن يهتدوا إليه.
- ٢- الإسلام نظر إلى الحاجة فأعطى الأكثر احتياجا نصيباً أكبر من الأقل احتياجاً، ولذلك كان حظ الأبناء أكبر من حظ الآباء، لأن الأبناء مقبلون على الحياة والآباء مدبرون عنها، ولذلك كان للذكر مثل حظ الأنثيين في معظم الأحيان فلا شك أن الابن الذي سيصير زوجاً باذلاً لمهر زوجته، منفقاً عليها وعلى أولاده منها أكثر احتياجاً من أخته التي ستصير زوجة تقبض مهرها، ويرعاها وينفق عليها زوجها.
- ٣- إن الإسلام قد حصر الإرث في المال ولم يتعداه إلى الزوجة كما كان في الجاهلية، بل كرم رابطة الزوجية، وجعل ما بين الزوجين من مودة ورحمة حال الحياة سبباً للتوارث عند الوفاة، فلم يهملها كما فعلت بعض الشرائع.
- ٤- الإسلام لم يهمل حق القرابة كسبب من أسباب التوارث كما فعل القانون الروماني واليوناني بل اعتبر أن قرابة الرجل من الروابط الوثيقة بينه وبين أسرته، ولها حق طبيعي من الشعور الخالص والصلة الموفورة، والمرء يقوى بقرابته، ويأنس بها في حياته، ويبذل في سبيلها ما يمكنه من عطاء وخدمة ونصرة، ويجعلها في الدرجة الأولى من الرعاية.
- ٥- أما المساواة بين الأقارب في القانون المصري القديم فأمر يرفضه الإسلام أيضاً لتعلق توارث الأقارب بمفهوم القرب والبعد من المورث، وعليه فالبنوة مقدمة على الأبوة وهذه مقدمة على الأخوة وهكذا، كما لم يقر



الإسلام المساواة في الإرث بين الأخوة بالشكل الذي ذهب إليه القانون الفرنسي والروماني بل جعل الأخوة على درجات ثلاث (لأبوين، للأب، لأم) وقد راعى تلك الدرجات وورث الأقوى والأقرب.

٦- إثبات أرشد الذكور وتمييزه عن باقي أخوته في النصيب الإرثي مبدأ لم يقره الإسلام كما درجت عليه شرائع الأمم الشرقية القديمة والعرب في الجاهلية، وهذا ظاهر في تحقيق الهدف الخامس من أهداف الاستدامة وهو المساواة بين الجنسين.

٧- ليس للابن كونه بكرًا أية أفضلية على باقي الأبناء في الإسلام، على النحو الذي ذهبت إليه الشريعة اليهودية، حيث خصت البكر بنصيب اثنين من أخوته.

٨- لقد ضمن الإسلام حق مشاركة البنات للأبناء في الإرث من والدهن ولم يحجبهن بالأبناء كما ذهبت إليه الشريعة اليهودية.

وبعد هذه المقارنة يتبين لنا حقيقة ساطعة وهي أن نظام الإسلام في الميراث عامة وما يتعلق منه بالمرأة خاصة هو النظام الوحيد الذي يوافق حركة السعي والنشاط في الجماعات البشرية، ولا يعوقها عن التقدم الذي تستحقه بسعيها ونشاطها.

المطلب الأول: حكمة مشروعية ميراث المرأة:

إن المتأمل في مسألة تشريع الميراث للمرأة يجد لذلك حكماً كثيرة نورد منها :

- التأكيد على إنسانية المرأة وأنها شق الرجل، وأنها أهلاً لاستحقاق والتملك والتصرف كالرجل تماماً، وفي هذا من التكريم للمرأة ما فيه من حقوقها في الميراث.
- ثم إن الله عز وجل قد جعل الإنسان في الأرض خليفة، وشرفه فوكل إليه مهمة عمارتها واستنباط خيراتها، وزوده بقدرات تمكنه من القيام برسالته، ولفظ الإنسان عام يشمل الذكر والأنثى على حدٍ سواء.
- تلبيةً لنداء الفطرة التي فطر الله الناس عليها ذكراً وإناثاً من حب التملك للمال.
- تمليك الإسلام للمرأة فيه عون لها على قضاء حوائجها.
- إعطاء المرأة فرصة لتتعبد الله عز وجل بمالها كالرجل عن طريق إنفاقه في وجوه الخير المختلفة.
- إن حصر الميراث بالذكور قد يؤدي بهم أو ببعضهم إلى الشعور بالعظمة، ويربي لديهم الإحساس بالأنانية والتسلط فيقعون في ظلم النساء، إما بإنقاصهن حقوقهن أو بحرمانهن منه مطلقاً.
- التخصيص على حق المرأة في الميراث - كبيرة كانت أو صغيرة - في كتاب الله عز وجل وسنة رسوله الكريم يشكل رادعاً للمسلم يمنع من التهاون في إعطائها ما لها من حق في مال المتوفى.
- القضاء بتوريث النساء مع الرجال كل حسب درجته من المتوفى، فيه تقنين للثروة، وتوزيع لها على أكبر عدد ممكن من الذرية، وهذا يوسع دائرة الانتفاع بها، ويمنع تكديسها وحصرها في يد فرد أو أفراد معدودين.
- كما يحقق معنى التكافل العائلي، فلا يحرم ذكراً ولا أنثى، لأنه مع رعايته للمصالح العملية يراعي مبدأ الوحدة في النفس الواحدة، فلا يميز جنساً على جنس إلا بقدر أعبائه.

المطلب الثاني: حالات ميراث المرأة:

من المعلوم من خلال النصوص الواردة في حق ميراث الأنثى في الإسلام أن ميراثها يختلف باختلاف حالها ولهذا سنتعرض في هذا الجزء إن شاء الله تعالى حالات ميراث المرأة باختلاف أنواعها .

➤ الحالات التي تتساوى فيها المرأة مع الرجل في الميراث:

- ١- ميراث الأبوين (الأم، ولأب) مع وجود الفرع الوارث المذكر أو المؤنث كالأب وابن الابن وإن نزل ذكراً كان أو أنثى.



٢- ميراث الأخوة لأم اثنان فأكثر، سواء كانوا ذكوراً فقط أو ذكوراً أو إناثاً فقط أو ذكوراً وإناثاً، فإنهم يشتركون في الثلث، يقسم بينهم بالتساوي للذكر مثل الأنثى، وتظهر الحكمة في ذلك أن المورث ليس له من أخيه لأمه من عاطفة التراحم الناشئة من صلة الأمومة أكثر مما له من أخته لأمه.

٣- ميراث الجدة الصحيحة مع الجد الصحيح السدس في بعض الحالات، كما لو مات شخص عن أم أم، أب، أب، وابن، فإن لأم الأم السدس فرضاً، ولأب الأب السدس أيضاً، والباقي للابن.

➤ حالات ترث فيها الأنثى أقل من الذكر :

إن المتأمل في ميراث المرأة يجد أنه بشكل عام يقل عن ميراث الرجل، فأحياناً نجدها ترث نصف ما يرث، وأحياناً أخرى يقل ميراثها أو يزيد قليلاً عن النصف.

ويكون للذكر مثل الأنثيين في الأصناف التالية :

١. صنف يكون ذلك في كل درجة من الدرجات منه مهما نزلت، بشرط أن لا يدلي الفرد منهم بأنثى، وهم الأبناء مع البنات، وبنات الابن مع ابن الابن فأكثر، وهكذا، فلو كان الإدلاء بأنثى فلا ترث مثل بنت البنات، وابن البنات.

٢. وصنف كذلك يكون في الدرجة الأولى منه فقط، مثل الشقيقة فأكثر مع الشقيق، والأخت لأب مع الأخ لأب منفردين أو متعددين، ولا يكون في أولادهم، مثل ابن الأخت الشقيقة أو لأب مع ابن الأخ الشقيق أو لأب.

٣. وصنف يكون كذلك في درجة الأبوة، مثل الأب مع الأم بشرط انفردهما في الإرث، وخلوهما من الفرع الوارث المذكر والمؤنث)، ومن عدد من الأخوة (اثنين فصاعداً)، فيكون للأب في هذه الحالة مثلي ما للأنثى.

وصنف يكون في الزوجية، بشرط موت أحدهما والميراث من تركته فالزوج يأخذ من تركه الزوجة المتوفاة قبله مثلي ما تأخذه من تركته إذا مات قبلها، فإذا توفيت الزوجة ولم يكن لها فرع وارث فإنه يأخذ من تركتها النصف، وإذا كان لها فرع وارث فإنه يأخذ الربع، والزوجة على النصف من ذلك، فإذا مات ولم يكن له فرع وارث، أخذت الربع وهو نصف النصف، وإذا كان له فرع وارث أخذت الثمن وهو نصف الربع (مصطفى مسلم، مباحث في علم المواريث، جدة، دار المنارة للنشر والتوزيع، سنة ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م، ص ٥٦).

➤ حالات ترث فيها الأنثى أكثر من الذكر :

قد يستغرب البعض ويستبعد وجود حالات ترث فيها الأنثى أكثر من الذكر، ولكن الأمثلة تشهد لذلك

فمنها:

١. فلو مات رجل عن: زوجة، بنت، أم، أختين لأم، أخ شقيق، لوجدنا أن للزوجة ثلاثة أسهم من أصل أربعة وعشرين سهماً، وللأم أربعة، وللأخ الشقيق خمسة أسهم، وتحجب الأختين لأم بالبنات.

فالبنات ترث في هذه المسألة أكثر من الأخ الشقيق، وكذلك الأمر لو حل محل البنات، بنت ابن وإن نزل، أو كان محل الأخ الشقيق أب، أو أخ لأب، أو عم شقيق، أو عم لأب، فالبنوة مقدمة على الأبوة وعلى الأخوة.

٢. ولو ماتت امرأة عن: زوج، بنت، أخت شقيقة، أخت لأب، فإن للزوج سهم واحد من أصل أربعة أسهم، وللبنات سهمان، وللأخت الشقيقة سهم واحد، وأما الأخت لأب فمحجوبة بالشقيقة. فالزوج هنا يرث نصف ما ترثه البنات، وكذلك الأمر لو حل محل البنات، بنت ابن وإن نزل، أو أخت شقيقة أو لأب، منفردات ودون وجود فرع وارث مذكر أو مؤنث، مع العم الشقيق أو لأب فإنهن يرثن في مثل هذه الحالة أكثر من الزوج وأكثر من العم.

٣. ولو ماتت امرأة عن: زوج، ابنتي ابن، ابن ابن ابن، فإن للزوج ثلاثة أسهم من أصل اثنا عشر سهماً، ولبناتي الابن ثمانية، لكل واحدة منهما أربعة أسهم، ولابن الابن الباقي وهو سهم واحد.

فنصيب كل واحدة من بنات الابن في تركه المورث أكبر من نصيب ابن الابن، ذلك لأنها أعلى درجة منه، وأكبر من نصيب الزوج (للإمام الحافظ ابن رجب، تحقيق شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، بيروت، مؤسسة الرسالة، سنة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، ص ١٢٣).



➤ حالات تراث فيها الأنثى دون الذكر:

١. وذلك كما لو مات شخص عن: أم وبننتين، أختين لأب، أخ لأم، فإن للأم سهم من أصل ثلثة أسهم، ولكل واحدة من البننتين سهمين، ويبقى للأختين لأب سهم واحد، لكل منهما سهم، بينما يحجب الأخ لأم بالبننتين، فجميع الإناث في هذه المسألة يرثن باستثناء الأخ للأم.
 ٢. وكما في مسألة العاصب الشؤم، فلو ماتت امرأة عن: زوج، بنت، ابن ابن، بنت ابن، أب وأم. فإن للزوج ثلاثة أسهم من أصل اثنا عشر سهماً، وللبننت ستة، ولا يبق لابن الابن، وبنت الابن شيء. فالبننت ورثت أكثر من الزوج وأكثر من الأب، وورثت ولم يرث ابن الابن، وورثت الأم أيضاً ولم يرث ابن الابن.
 ٣. وكذلك لا يرث أي من ذوي الأرحام الذكور مع وجود إناث صاحبات فرض باستثناء الزوجة، ولا مع وراثات بطريق التعصيب.
 ٤. هذا فضلاً عن الحالات التي تراث فيها الأنثى المستحقة للميراث ويحرم فيها الذكر ولو كان صاحب فرض أو وارث بطريق التعصيب، وذلك إذا قام بحقه أحد موانع الإرث، كالقتل العمد والردة. وبالمحصلة فإن ما سقناه من الأمثلة ليثبت بالدليل القاطع الذي لا يحتمل الشك أن شريعة الله في الميراث لا تحابي جنساً على جنس، إنما هي اعتبارات في كل من الذكر والأنثى يقتضي الحق والمنطق والعدل مراعاتها (القاضي رشيد بن محمد بن سليمان القيسي، الهدية في شرح الرحبية (في علم المواريث)، الرياض، دار العاصمة للنشر والتوزيع ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م، ص ٦٤).
- خاتمة:**

ما يمكن استخلاصه من هذه الدراسة، أنه لا يوجد شريعة ولا نظام حرص على إعطاء المرأة حقها في مال مورثها بالقدر وبالتفصيل وبالإلصاف الذي حرص عليه الإسلام، وتمثل ذلك الحرص بالنص على ميراثها في معظم حالات إرثها وبيان الكم الذي تستحقه في كل حالة في القرآن الكريم أولاً، وهو العلم الوحيد الذي حرص القرآن الكريم على تفصيله على نحو مفصل وعدم تركه للبشر، لتعلقه بقضية من أخطر القضايا التي تستندل الإنسان فتوقعه في شباك هواه ونفسه الأمارة بالسوء.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في تحديدها لميراث المرأة في جميع حالاتها يتبين لنا أن تحقيق العدالة الاجتماعية هي الأساس في تحديد نصيب المرأة، وأنه لم يتوقف أمر توريثها على القاعدة الشائعة للذكر مثل حظ الأنثيين وحدها، وأن المسألة إنما هي مسألة حساب لا مسألة عواطف ولا ادعاء، والعدل يقتضي أن يعطى كل حسب حاجته، والأمثلة الكثيرة التي أوردناها تؤكد هذه الحقيقة وفي ذلك رد قاطع على كل من حاول أن يصور الإسلام بأنه ميز الرجل وخصه بالمزيد من مال المورث على حساب المرأة فأوقع بها الظلم لا شيء سوى أنها أنثى، فالإسلام نبذ وحارب مبدأ حرمان المرأة من الميراث لمجرد كونها أنثى أو لأسباب التي ذكرناها في معرض الحديث عن ميراث المرأة عند العرب في الجاهلية وغيرهم. بل فرض لها نصيبها في جميع حالات ميراثها ومنع من حرمانها إلا في الحالات التي فصلها كالردة والقتل، وهي ذاتها التي تمنع الرجل أيضاً من الميراث، وتوعد من يحرمها لغير تلك الأسباب بالعذاب الشديد في الآخرة. كما رفض الإسلام مبدأ المساواة المطلقة بينها وبين الرجل في مقدار ما يأخونه من الميراث كما فعل القانون الروماني ومن نهج نهجه لأن ذلك يخالف العدالة التي تحدثنا عنها، أيضاً رفض الإسلام مبدأ إيثار الذكور بالميراث إذا كان معهن إناث كما هو الحال في اليهودية المحرفة، كما رفض أيضاً أن يحوز الذكور دوماً على نصيب أكبر من الإناث فجعل للميراث قواعد وأصولاً واعتبارات لا يجوز الخروج عنها تضمن حق المرأة في أخذ ميراثها الشرعي.



قائمة المراجع:

القرآن الكريم.

سفر الإصحاح عدد ٢٧: ١-١١.

- ١- ابراهيم، نجيب ميخائل، "مصر والشرق الأدنى القديم"، مصر - ١٩٦١
- ٢- ابراهيم الباجوري، حاشية الباجوري على شرح الشنشوري على متن الرحبية، ط٢، المطبعة الازهرية، ١٩٢٩.
- ٣- ابو طالب، صوفي حسن، "مبادئ تأريخ القانون"، القاهرة - ١٩٦٥.
- ٤- القاضي رشيد بن محمد بن سليمان القيسي، الهدية في شرح الرحبية (في علم المواريث)، الرياض، دار العاصمة للنشر والتوزيع ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م.
- ٥- الحافظ ابن رجب، تحقيق شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، بيروت، مؤسسة الرسالة، سنة ١٤١٤ هـ ١٩٩٤ م.
- ٦- ايلزة سايبيرت، المرأة في الشرائع العراقية القديمة، تعريب: يوسف حبي، "مجلة بين النهرين"، العدد ١٢، بغداد - ١٩٧٥.
- ٧- العقراوي، ثلما ستيان، "المرأة ودورها ومكانتها في حضارة وادي الرافدين"، بغداد - ١٩٧٨.
- ٨- الاحمد، سامي سعيد، "العراق في التأريخ"، بغداد - ١٩٨٣.
- ٩- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام، الفتاوى الهندية في مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان، ج٦، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
- ١٠- الاعظمي، محمد طه، جوانب من الاسس القانونية والفكرية في قانون حمورابي، "المورد"، مجلد ١٦ العدد ٣، بغداد ١٩٨٧.
- ١١- أميرة عيدان الذهب، "الكاهنات في العصر البابلي القديم"، دراسة في ضوء النصوص المسمارية المنشورة، رسالة مقدمة إلى جامعة بغداد - ١٩٩٩.
- ١٢- اسماعيل، خالد سالم، "صيغ عقود التبني في العصر البابلي القديم"، ضمن بحوث الندوة القطرية التاسعة لتأريخ العلوم عند العرب، مركز إحياء التراث العلمي العربي الإسلامي، جامعة بغداد - ١٩٩٢.
- ١٣- امين، عبد النافع أمين، "صيغ العقود البابلية في النصوص المسمارية"، رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة إلى كلية الآداب، جامعة الموصل - ٢٠٠١.
- ١٤- "الشرائع والتنظيمات القانونية في حضارة وادي الرافدين"، مجلة المجمع العلمي العراقي، مجلد ٢٧، بغداد - ١٩٧٦.
- ١٥- حسين، ليث مجيد، "الكاهن في العصر البابلي القديم"، رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة إلى كلية الآداب/ جامعة بغداد - ١٩٩١.
- ١٦- حمود، حسين ظاهر، "مكانة الأولاد في المجتمع العراقي القديم"، من رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة إلى جامعة الموصل - ١٩٩١.
- ١٧- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الفتح الكبير، ج٢، مطبعة دار الكتب العربية، القاهرة، ٩١١ هـ.
- ١٨- ذبيان جمال مولود، "تطور فكر العدل في القوانين القديمة"، بغداد - ٢٠٠١.
- ١٩- رشيد، فوزي، "الشرائع العراقية القديمة"، بغداد - ١٩٨٧.
- ٢٠- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، ١٢٣٠ هـ.
- ٢١- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط٢، دار الفكر، سوريا، ١٩٨٨.



- ٢٢- صالح، أحلام سعد الله، "نظام التقاضي في العراق القديم، دراسة مقارنة مع بلدان الشرق الأدنى"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الآداب، جامعة الموصل – ١٩٩٩.
- ٢٣- عبد العظيم الديب، فريضة الله في الميراث والوصية، ط٣، مكتبة الأقصى الإسلامية، قطر، ١٩٨٦.
- ٢٤- عبد المتعال الصعيدي، الميراث في الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية والوضعية، ط٥، المطبعة النموذجية، القاهرة.
- ٢٥- مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج١، ط٣، المطبعة المصرية، القاهرة، ١٩٣٣م.
- ٢٦- محمد أبو السعود المصري، فتح المعين على شرح الكنز، ج٣، مطبعة ابراهيم المويلحي، ١٢٨٧هـ.
- ٢٧- مصطفى مسلم، مباحث في علم المواريث، جدة، دار المنارة للنشر والتوزيع، سنة ١٤١٢هـ ١٩٩٢م.
- ٢٨- نور الدين. عبد الحليم. دور المرأة في المجتمع المصري القديم. القاهرة: المجلس الأعلى للآثار. ١٩٩٥.
- ٢٩- نور الدين. عبد الحليم. المرأة في مصر القديمة. القاهرة: المجلس الأعلى للآثار. ٢٠٠٩.
- 30- Christiane Desroches Noblecourt, La femme au temps des pharaons, Stock, 1986 (ISBN 2-234-01941-9) .
- 31- Amandine Marshall, Maternité et petite enfance en Égypte ancienne, Éditions du Rocher, 2015 (ISBN 978-2-268-08032-1)
- 32- Christian Jacq, Les égyptiennes, Paris, éd. Perrin, 1996 (ISBN 2-262-01075-7)



الأوصاف القانونية لجريمة التحرش الجنسي عبر شبكة الإنترنت

Legal descriptions of the crime of sexual harassment over the Internet

أ. خنساء محيسن محمد

جامعة الشعب – كلية القانون والعلوم السياسية – بغداد – العراق

Email: khnsaa.mhisen@alshaab.edu.iq

الملخص:

التحرش الجنسي الإلكتروني ظاهرة ناتجة عن الاستخدام المستمر لوسائل التكنولوجيا، والتي تتأطر في عدة أشكال كالهاتف، والبريد الإلكتروني، والمواقع الإلكترونية، فضلاً عن "البلوتوث" و"الفيس بوك"، وغيرها من المواقع والمنشآت التي تسعى لإثارة الغرائز عن طريق الصور التعريفية أو المشاركات الصريحة والمبطن، والتي تقصد الفتيات والأطفال بحكم أنهم الأكثر روادا لها، فالتحرش بالأطفال يتم عن طريق استخدام المواقع الإلكترونية والرسائل العشوائية المحتوية على روابط جنسية، كما تواجدت في الآونة الأخيرة العديد من المنشآت الخاصة بنشر الثقافة الإلكترونية والمواقع الإباحية التي تساعد على الانحراف. وتختلف القوانين المقارنة حول فرض عقوبة ضد "المتحرشين" الإلكتروني، ولكنها تتفق على تصنيفها كجريمة تستحق العقوبة متى ما استقامت أركان الدعوى وبان الضرر، كما اتفقت الغالبية العظمى من الدول المتقدمة تقنياً على وصف هذا النمط بالسلوك الإنحرافي الملزم للعقوبة حسب ما تفرضه الدولة، وفي القانون العراقي تخضع جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني بوجه عام للقواعد العامة في قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي سنتولى بيان جزئياتها في فقرات البحث المختلفة.

الكلمات المفتاحية: التحرش الجنسي، الجريمة الإلكترونية، الإنترنت، القانون الجنائي، المواقع الإلكترونية.

Abstract:

Electronic sexual harassment is a phenomenon resulting from the continuous use of technology, which takes several forms such as telephone, email, and websites, in addition to Bluetooth, Facebook, and other websites and forums that seek to arouse instincts through identifying pictures or explicit and implicit posts, which target girls and children because they are the most frequent visitors to them. Child harassment is done through the use of websites and random messages containing sexual links. Recently, there have been many forums dedicated to spreading electronic culture and pornographic websites that help in deviance. Comparative laws differ on imposing a penalty against electronic "harassers", but they agree to classify it as a crime that deserves punishment when the elements of the lawsuit are correct and the damage is evident. The vast majority of technologically advanced countries have also agreed to describe this pattern as deviant behavior that requires punishment according to what the state imposes. In Iraqi law, the crime of electronic sexual harassment is generally subject to the general rules in the Iraqi Penal Code No. 111 of 1969, as amended, which we will explain in detail in the various paragraphs of the research.

Keywords: sexual harassment, electronic crime, internet, criminal law, websites



المقدمة:

إن لجريمة التحرش الجنسي الإلكتروني خصوصية واختلاف عن جريمة التحرش التقليدية، وهذا يرجع الى الطبيعة المميزة لتلك الجريمة، إذ إنها ترتكب في مسرح جريمة افتراضي، يكتنفه الغموض والتخفي، وتختلف أدلته عن تلك الأدلة الملموسة في مسرح الجريمة التقليدي، فجريمة التحرش الجنسي الإلكتروني كأحد صور الجريمة الإلكترونية، تتم في مسرح جريمة تحده نقاط الاتصال والتكنولوجيا الرقمية، بالاعتماد على وسائل التكنولوجيا الحديثة بشكل أساسي.

أولاً- إشكالية البحث: تكمن إشكالية البحث في انتشار ظاهرة التحرش الجنسي الإلكتروني واستغلال جانب من الجناة للتطور التكنولوجي في مجال الاتصالات الإلكترونية لارتكاب هذه الجريمة، خصوصاً أن معظم مستخدمي الاتصالات الإلكترونية يجهلون التعامل السليم مع هذه التقنية فيقعون فريسة للمتحرشين، فضلاً عن سهولة ارتكاب هذه الجريمة، لأنها ترتكب عن بعد كونها متخطية الحدود الجغرافية.

واستناداً لما تقدم نتلخص الإشكالية في بيان الآليات القانونية لمواجهة جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني في القانون العراقي والقوانين المقارنة، والمسؤولية الجزائية المترتبة على ارتكاب تلك الجرائم.

ثانياً- أهمية البحث: تُعد جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني نتيجة من نتائج التطور التقني الذي صاحبه تطوراً في جميع الأصعدة، حيث يعد موضوع بحثنا من الأبحاث الحيوية في العلم الجنائي الحديث، لاسيما في مجتمعاتنا التي لم تألف بعد هذا النظام القانوني الذي هو في غاية الأهمية، في الوقت الذي نحن في أمس الحاجة الى أدراج هذا النظام القانوني ضمن قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية كاتجاه حديث يضمن وصول تشريعاتنا إلى مصاف التشريعات الجنائية الحديثة، لمواكبة اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة لما لها من أثر هام في حماية المصالح العليا، وتسليط الضوء على تفشي هذه الجريمة التي أصبحت تشكل خطراً كبيراً لا بدّ من الحد منه ومواجهته، باعتباره من الأخطار المستحدثة التي يلزم مكافحتها قانوناً من داخل المجتمع، والتقليل من أخطارها وآثارها، وزيادة الوعي لدى مستخدمي الأجهزة الإلكترونية بمخاطر هذه الجريمة، وصولاً للمعالجة القانونية لهذه الجريمة للمحافظة على كيان المجتمع وأساسه، عن طريق إيجاد التكيف القانوني السليم في امكانية ملائمة القواعد القانونية التقليدية في قانون العقوبات العراقي لمواجهة هذه الظاهرة المستحدثة.

ثالثاً- أهداف البحث: تهدف الدراسة الى تحقيق الأهداف الآتية.

١. بيان مفهوم جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني في القانون العراقي والقوانين المقارنة.

٢. بيان المسؤولية الجزائية المترتبة جراء ارتكاب جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني.

رابعاً- منهجية البحث: نظراً لطبيعة الإشكالية المطروحة وتحقيقاً لأهداف الدراسة اعتمدنا على المناهج الآتية:

١. **المنهج الوصفي:** ارتئينا اعتماد المنهج الوصفي عن طريق تجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بإشكالية الدراسة، وطرح التساؤلات حولها وإمكانية الإجابة عنها بربط المعلومات ببعضها بواسطة استعراض المواقف الفقهية والتشريعية والقضائية لتكوين وصف دقيق للمشكلة المعروضة.

٢. **المنهج التحليلي المقارن:** تستلزم طبيعة البحث تبني هذا المنهج، وذلك عن طريق استعراض النصوص القانونية الواردة في القوانين العامة والخاصة النافذة في العراق، والتشريعات المقارنة المتعلقة بموضوع جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني، وتحليلها لتسليط الضوء على الإيجابيات التي تميزت بها، والثغرات التي تخللتها وصولاً لتطوير السياسة الجنائية العراقية.

خامساً- تقسيم البحث: سنقسم هذا البحث الى مبحثين، نتناول في الأول مفهوم التحرش الجنسي الإلكتروني، ونتطرق في الثاني موقف التشريع المصري والعراقي من جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني، ونختتم البحث ببعض الاستنتاجات والمقترحات وفق النحو الآتي.



المبحث الأول:

مفهوم التحرش الجنسي الإلكتروني:

بدايةً لا بدّ من تعريف التحرش الجنسي الإلكتروني لتحديد أبعاده وملامحه ومعناه الدقيق في المطلب الأول، ثمّ بيان ذاتية جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني في المطلب الثاني لتكوين فكرة تامة عن ذلك، وهذا ما سنتناوله تباعاً: -

المطلب الأول:

تعريف التحرش الجنسي الإلكتروني:

سنتناول في هذا المطلب التطرق لتعريف التحرش الجنسي الإلكتروني في الاصطلاح في الفرع الأول، ومن ثمّ نتناول أسباب التحرش الجنسي الإلكتروني في الفرع الثاني، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول:

التحرش الجنسي الإلكتروني في الاصطلاح:

يعرف التحرش الجنسي الإلكتروني بأنه: استخدام وسائل تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من جانب فرد أو مجموعة في إيذاء الآخرين بشكل متعمد^(١).

كما يعرف التحرش الجنسي الإلكتروني بأنه نوع من أنواع السلوك الإلكتروني غير المرغوب فيه أو غير المناسب في مكان العمل، ويكون أما تحرشاً شفهياً بتعليقات الكترونية مهينة، أو بذينة أو تحرشاً مرئياً بإظهار صور أو لوحات أو رسوم كاريكاتورية^(٢).

أما التحرش في التشريع العراقي فلم يستخدم المشرع في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ (المعدل) مصطلح التحرش الجنسي واكتفى بتحديد صور الجرائم المخلة بالأداب والأخلاق العامة في باب خاص في المواد من ٣٩٣-٤٠٤، غير أن المشرع في قانون العمل الجديد رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ عرف التحرش الجنسي في المادة (التاسعة/ثالثاً) بأنه (أي سلوك جسدي أو شفهي ذو طبيعة جنسية أو سلوك آخر يستند على الجنس ويمس كرامة النساء والرجال ويكون غير مرغوب وغير معقول ومهيناً لمن يتلقاه ويؤدي رفض أي شخص أو عدم خضوعه لهذا السلوك صراحة أو ضمناً لاتخاذ قرار يؤثر على وظيفته).

ويفهم من نص المادة التاسعة من قانون العمل أن التحرش الجنسي بشكل عام هو سلوك ذو نزعة جنسية لا يكون مستحبا ولا يلقى تجاوبا من الطرف الآخر، فهو يمثل أقوالاً أو أفعالا أو إشارات مرفوضة من المقابل وغير متبادلة، أو يمكن أن يتمثل بالأقوال أو بشكل صور مزعجة، كما يمكن أن يكون جسدياً، وبالتالي لم يفرق المشرع في النص المذكور بينه وبين جريمة هناك العرض المنصوص عليها في المواد ٣٩٦-٣٩٧، كما يلاحظ أن المشرع في قانون العمل قد استخدم تعابير واسعة وفضفاضة قابلة للتفسير لأكثر من معنى كعبارة (غير معقول، غير مرغوب فيه، مهيناً لمن يتلقاه)، فهو تخطي حقائق مختلفة، ويمثل شكلاً من أشكال العنف الجنسي التي يمكن أن تقع بطرق مختلفة، لكن الشرط الذي أورده المشرع في نص المادة التاسعة من قانون العمل هو أن هذا السلوك من شأنه التأثير على وظيفة العامل في حالة الرفض، وواضح من نص المادة المذكورة أن المشرع أراد حماية بيئة العمل من الاستغلال من قبل أرباب العمل، فالتحرش الجنسي سلوك إنساني من الصعب حصر مفهومه، لأن تصور مقدار المعاناة لضحايا التحرش ليس على مقدار ثابت عند الجميع^(٣). فالتحرش يجمع بين القول والفعل، لذا فإننا نختلف مع من يعتقد بأن التحرش يقع بالقول دون الفعل، فهناك من يرى بأن

(١) منير محمد الجنبهي وممنوح محمد الجنبهي جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٦٥.

(٢) يحيى بكاي، جريمة التحرش الإلكتروني دراسة مقارنة مجلة المناظرة، هيئة المحامين بوجدة المغرب، ص ١٤. د. حسام الدين كامل الاخواني، الاعتداء الصامت على المرأة، الحق في احترام الحياة الخاصة الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤٣.

(٣) محمد ثامر السعدون، المفهوم الدولي للاستغلال الجنسي للأطفال، دار السنهوري، بيروت ٢٠١٧، ص ٩١.



التحرش الجنسي يتوقف عند القول دون الفعل، وأن الفعل يدخل ضمن إطار هتك العرض، لكن في حقيقة الأمر أن التحرش يتضمن إهانة وتلميحات، أو نظرات، أو كلمات، أو همسات، أو لمسات، لكن ليس بدرجة العنف الذي يرتكب به السلوك الجرمي في جريمة هتك العرض، فهو درجة أقل من هتك العرض بالمعنى القانوني، لكن من الصعب بمكان تحديد حد فاصل بين الجريمتين، ونجد أن المشرع العراقي اكتفى بتحديد صور مختلفة، لكنه لم يشر بشكل صريح إلى التحرش الجنسي الذي يقع عن طريق الوسائل التقنية الحديثة، علماً أنه لا يوجد أي قانون خاص بجرائم المعلوماتية، وبالتالي نكون أمام صعوبات عند تكييف مثل تلك الأفعال عن طرق وسائل التقنية الحديثة وبحسب ما جاء في النصوص المذكورة، فإن الفعل المادي المكون للتحرش إذا كان لا يتعدى الملامسة الجسدية، فإننا نكون أمام جريمة خدش الحياء (التعرض لأنثى) حسب نص المادة (٤٠٢ أ)، أما إذا كان الفعل المادي المكون للجريمة يصل إلى حد الملامسة الجسدية، فإننا نكون أمام جريمة هتك العرض المنصوص عليها في المادتين (٣٩٦، ٣٩٧) وفي كلتي الحالتين أنفتي الذكر، فإنه من المستبعد وقوع مثل هكذا عن طريق الإنترنت طبقاً لنصوص المواد المذكورة آنفاً^(٤).

نلخص مما سبق أن جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني هي ظاهرة اجتماعية متعددة الأسباب والعوامل، يتشابك فيها ما هو اجتماعي بما هو اقتصادي، وديني، وتربوي، وقانوني، وإن كان الجانب القانوني هو المسيطر والطاغي على دراستنا، فإن السؤال المطروح متى نكون أمام جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني بالمعنى القانوني، وبصيغة أخرى ما هي الأفعال التي تشكل جريمة التحرش، وفي الختام ومن خلال ما سبق تفصيله وتوضيحه من معلومات يمكننا تعريف جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني بأنها: الاعتداء الذي يحصل من قبل الفاعل على مصلحة محمية قانوناً، عن طريق استخدام إحدى وسائل الاجتماعي والأجهزة الحديثة التي تسهل عليه الاختفاء وراءها، ما يصعب الوصول إليه من قبل السلطات المختصة.

الفرع الثاني:

أسباب التحرش الجنسي الإلكتروني:

إن انتشار جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني في المجتمع مرده الى وجود عوامل متعددة ومتشابكة أدت الى انتشارها بهذا الشكل في المجتمع بمختلف قطاعاته، مما يستدعي ضرورة مواجهة هذه الجريمة اجتماعياً وقانونياً من خلال تقنين هذه الجريمة وعقاب مرتكبيها، ونجمل هذه الأسباب بما يلي^(٥):

أولاً: أسباب اجتماعية:

تأتي في مقدمة أسباب التحرش الجنسي الإلكتروني عدم وجود تنشئة سليمة منذ الصغر، فضلاً عن دور الإعلام والمدارس، لأنها عوامل مؤثرة في نشأة الطفل، ويجب التركيز عليها وضرورة الاهتمام بوجود وازع ديني قوي لتقليص هذه الظاهرة، أضف الى ذلك سوء الحالة الاقتصادية، وانتشار معدلات البطالة بين الشباب التي تعد من أهم العوامل الاجتماعية المؤدية الى انتشار ظاهرة التحرش الجنسي الإلكتروني، فضلاً عن ما تبنته وسائل الإعلام من مواد إباحية، ويمكن أن تعد المرأة أحد أسباب التحرش الجنسي الإلكتروني، وذلك لتقبلها له والتسامح والخضوع أو السكوت، مما يجعل الآخر يتمادى أكثر، وغالباً ما يكون هذا السبب مفعلاً عندما لا تجد المرأة العفة ممن تلجأ إليه ومن يقوم بحمايتها، كما أن ضعف المرأة في المطالبة بحقوقها الإنسانية والعمل لتفعيل وتنامي دورها الاجتماعي، والسياسي، والاقتصادي، والثقافي^(٦).

(٤) ببداء صلاح الدين جاسم، المسؤولية الجنائية عن التحرش الإلكتروني، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ط١، ص٣٤.

(٥) عبد الرحمن صدقي، الظاهرة الاجتماعية الإجرامية، دار الثقافة العربي، القاهرة، ١٩٨٩، ص١٥٧.

(٦) أحمد كيلاان عبد الله، الجرائم الناشئة عن إساءة استخدام الحاسوب، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢، ص١٠.



ثانياً: أسباب قانونية:

إن غياب الحماية القانونية للمتحرش بهم من خلال نصوص زجرية رادعة، تعد من بين أهم الأسباب التي تؤدي إلى انتشار جريمة التحرش في المجتمعات، فضلاً عن عدم التواجد الأمني المعني بحماية الشارع، وتوفير سبل الأمان للمواطنين وأقلها حرية التنقل والحركة والحق في الخصوصية، مما يؤكد ضرورة وجود نص قانوني يساهم في تدعيم مبادئ الحماية والأمان، فمن خلال اطلاعنا وبحثنا في القوانين المختلفة التي عالجت ظاهرة الجرائم الإلكترونية وجدنا أن هناك نقص قانوني كبير بين القوانين المختلفة في معالجة تلك الجرائم، وسن تشريعات لمكافحة الجريمة الإلكترونية، وفي طليعتها المشرع العراقي الذي يُعد متأخراً جداً في مكافحة الجرائم الإلكترونية في عدم سنه تشريع يجرم بعض الأفعال التي تمثل جرائم الإلكترونية، وهذا ما يشجع مرتكبي هذه الجرائم في التمادي في ارتكابها، كما يوحي للغير بارتكاب نفس الجرائم لعدم وجود قانون يعاقب على ارتكابها^(٧).

كما ربط البعض بين التحرش الجنسي الإلكتروني وغياب الرقابة في المجتمع، فالفساد المالي والإداري للمؤسسات يؤدي بصورة ما إلى فساد أخلاقي خاصة، وأن الكثير من حالات التحرش الجنسي الإلكتروني ضد المرأة في العمل تنتج من رؤسائها الرجال لما يتمتعون به من سلطة ونفوذ وانعدام الرقابة، وكذلك الأشخاص الذين لديهم سلطة في العمل أو هم أرباب العمل ويكون كثير اللبابة، ويشعر بأن له الحق في انتهاك القانون، فيستغل الحماية التي يعطيها له مركزه الرأقي في العمل ليقوم بخلاف ما تملبه عليه وظيفته بالاعتداء على غيره بالمفاجأة وبطريقة غير منتظرة^(٨)، وأن كانت على حساب غيره.

المطلب الثاني:

أركان جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني:

وتختلف القوانين المقارنة حول فرض عقوبة ضد "المتحرشين" الإلكتروني، ولكنها تتفق على تصنيفها كجريمة تستحق العقوبة متى ما استقامت أركان الدعوى وبان الضرر، كما اتفقت الغالبية العظمى من الدول المتقدمة تقنياً على وصف هذا النمط بالسلوك الإنحرافي الملزم للعقوبة حسب ما تفرضه الدولة، إذ أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قوانين عدة محلية وفدرالية تجرم أفعال المتحرشين الذين اتخذوا من وسائط التقنية وسائل لمعاكسة الآخرين، بينما لازالت الصورة حيال فرض عقوبة المتحرشين الإلكتروني في عالمنا العربي مشوشة تنظيمياً^(٩)، فجريمة التحرش الجنسي الإلكتروني، تخضع للقواعد العامة بوجه عام، ولا تختلف عن الجرائم الأخرى بهذا الخصوص، فلا بد من توافر الركن المادي والمعنوي، وفقاً لما هو متعارف عليه في قانون العقوبات، لذلك فهي تتكون من عدة أجزاء تتفاوت في أهميتها، وتتصل إلى أركان والأركان تتحلل إلى عناصر، ثم إلى شروط.

الفرع الأول:

الركن المادي في جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني:

الأصل كل جريمة تفترض صدور فعل مادي من الجاني، فالقانون لا يعاقب على مجرد النوايا ما لم تتحول هذه النوايا إلى أفعال موجودة في الواقع، والركن المادي هو قيام الجاني بارتكاب الأفعال التي يجرمها المشرع كونها جريمة جنسية ماسة بالعرض أو مشاعر الحياء، سواء أكان فاعلاً أصلياً فيها، وذلك بقيامه بالأفعال التنفيذية، أو بوصفه شريكاً سواء بالتحريض، أو الاتفاق، أو المساعدة^(١٠)، ويلعب الركن المادي دوراً

(٧) د. حسن توفيق فيض الله، الإباحية بالأطفال على شبكة الإنترنت، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، العدد ٣٧، ٢٠٠٥، ص ٧٦.

(٨) Denis^(٨)، Edition L. Harcelement au travail de quel droit? Harmattan, 2002, Paris, p21.

(٩) الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥١.

(١٠) محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٣، ص ١٨٣.



فعلا في بنائها القانوني، إذ أن وجوده يؤدي الى وجود الجريمة، وفقا للنموذج المحدد لها في نصوص التجريم والعقاب في التشريعات المختلفة، ولكي تقضي المحكمة بتقرير المسؤولية الجنائية للجاني لا بد أن يكون هذا الأخير قد ارتكب أفعالا يتحقق بها الركن المادي لجريمته، ويترتب على ما ارتكبه من أفعال نتيجة مادية محددة، سواء أكانت بصورة مباشرة أو غير مباشرة، طالما توافرت علاقة السببية بين سلوكه الإجرامي ونتيجة متحصلة من هذا السلوك، أو القيام بنشاط يحرمه القانون، حتى ولو لم تتحقق معه نتيجة معينة، كما هو الحال في الجرائم الشكلية، ومنها جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني^(١١)، وعرفت المادة (٢٨) من قانون العقوبات العراقي الركن المادي للجريمة بقولها: (الركن المادي للجريمة سلوك إجرامي بارتكاب فعل حرمه القانون أو الامتناع عن فعل أمر به القانون)، ولا تختلف جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني عن بقية الجرائم الأخرى في وجوب توافر ركنها ماديا لها، فهي تتكون من نشاط إجرامي يقوم به الجاني، ونتيجة إجرامية تترتب على ذلك النشاط، وعلاقة سببية تربط بين النشاط والنتيجة،

الفرع الثاني:

الركن المعنوي في جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني:

يُعرف الركن المعنوي بأنه: القصد من وراء ارتكاب الجريمة، والذي يأخذ شكل القصد العمدي الجنائي، وهو الحالة النفسية للجاني، والعلاقة التي تربط بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني، وهو إرادة ارتكاب جريمة تستمد صفتها هذه من سيطرتها أو اتجاهها الى الماديات غير المشروعة التي تقوم عليها الجريمة^(١٢)، فالمشرع الأمريكي ربط في تحديد الركن المعنوي للجريمة الإلكترونية بين مبدأ الإرادة ومبدأ العلم، فهو تارة يستخدم الإرادة كما هو الشأن في قانون العلامات التجارية في القانون الفيدرالي الأمريكي، وأحيانا أخرى أخذ بالعلم كما في قانون مكافحة الاستنساخ الأمريكي، وبرزت تلك المشكلة في قضية موريس الذي كان متهما في قضية دخول غير مصرح به على جهاز حاسب فيدرالي، وقد دفع محامي موريس على انتقاء الركن المعنوي، الأمر الذي جعل المحكمة تقول: "هل يلزم أن يقوم الادعاء بأثبات القصد الجنائي في جريمة الدخول غير المصرح به، بحيث تثبت نية المتهم في الولوج الى حاسب فيدرالي، ثم يلزم اثبات نية المتهم في تحدي الحظر الوارد على استخدام نظم المعلومات في الحاسب وتحقيق خسائر، ومثل هذا الى تحديد أركان جريمة الدخول دون تصريح"، وبذلك ذهبت المحكمة الى تبني معيارين هنا هما: معيار الإرادة بالدخول غير المصرح به، وكذا معيار العلم بالحظر الوارد على استخدام نظم معلومات فيدرالية دون تصريح، أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فإن منطق سوء النية هو الأعم بشأن جرائم الإنترنت، حيث يشترط المشرع الفرنسي وجود سوء نية في الاعتداء على بريد الكتروني خاص بأحد الأشخاص^(١٣)، نلخص مما تقدم أن أساس الركن المعنوي يتمثل في العلاقة النفسية التي تربط بين شخصية الجاني وماديات ارتكاب الجريمة، وأصل هذه العلاقة أو الشرط الأساسي فيها هو الإدارة والعلاقة الوظيفية التي تربط الجاني بالمجنى عليه في أغلب القوانين التي قننت جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني، إذ لا يستطيع القانون تحديد المسؤول عن الجرم المحظور، إلا بعد قيام علاقة بين ذلك الفعل وشخص من الأشخاص، وهي علاقة من نوع خاص، كما يفترض الركن المعنوي توجه الإرادة نحو ماديات الجريمة، وتتبلور إرادة الجاني في صورتين أساسيتين، الصورة الأولى: القصد الجنائي وعلى أساسه تكون الجريمة عمدية، والصورة الثانية: الخطأ غير العمدي، وعلى أساسه تكون الجريمة غير عمدية، أي من

(١١) احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، طبعة نادي القضاة، مصر، القاهرة، ١٩٨٠، ص ١٩٩.

(١٢) د. حسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٥، ج ١، ص ١٤١.

(١٣) د. أكرم عبد الرزاق المشهداني، الجرائم التكنولوجية، شركة الوفاق للطباعة، بغداد، ط ١، ٢٠٠١، ص ٤٥.



جرائم الخطأ^(١٤)، ويثير الركن المعنوي بصورتيه السابقتين "العمد والخطأ" بعض من المشكلات في جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني، على النحو الآتي:

الأولى: إن الكثير من جرائم التحرش الجنسي الإلكتروني التي نص المشرع على تجريمها خلت من تحديد صورة الركن المعنوي الواجب توافره فيها، وهو ما يثير التساؤل عن صورة الركن المعنوي بالنسبة لهذه الجرائم؟

الثانية: إن هناك الكثير من الصعوبات التي تعترض اثبات هذا الركن، لأن أفعال التحرش الجنسي الإلكتروني قد ترتكب في كثير من الصور بعيدا عن شخص الجاني، وقد يصعب الوقوف عما إذا كان الجاني قد قصد بفعله الأضرار بالغير أم لا، وقد تعجز سلطة الاتهام والتحقيق عن اثبات توافر هذا القصد أو الخطأ^(١٥).

المبحث الثاني:

موقف التشريع المصري والعراقي من جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني:

سنتناول موقف التشريع المصري والعراقي من جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني وعلى النحو

الآتي:

المطلب الأول:

موقف المشرع المصري من التحرش الجنسي الإلكتروني:

أسس المشرع المصري الحماية الجنائية للعرض على الاعتراف للأفراد بالحرية الجنسية الكاملة، وهو ما يعني أن ممارسة الأفراد للجنس تعفيهم من التقيد بوجود علاقة قانونية بين الأطراف الذين يمارسون العلاقات الجنسية، على هذا الأساس فإن مجال التجريم ينحصر في أفعال الاعتداء على حريات الأفراد الجنسية بما يرتكب من أفعال تمثل هذا الاعتداء، فيما عدا البعض الحالات التي ذكرها المشرع على سبيل الحصر، والتي تتم بدون رضا صحيح ممن ترتكب ضده، ويشمل ذلك الحالات التي يرتكب فيها الجاني جريمته دون رضا على المجني عليه، أو تلك التي ترتكب برضا لا يعتد به قانونا كرضا المكره والقاتل والمجنون^(١٦)، وحتى عهد قريب لم يكن المشرع المصري يجرم التحرش كجريمة مستقل بذاتها، وإنما كان يجرم التحرش بالفتيات في الشوارع والأماكن العمومية، ويسمى الجريمة بالتعرض لفئات على وجه يخلد حياءها^(١٧)، والركن المادي لها يشتهب الركن المادي لجريمة التحرش الجنسي الإلكتروني، وجريمة التحرش لأنثى على وجه يخلد حياءها، نصت عليها المادة ٣٠٦ مكررا (أ) من قانون العقوبات المصري، حيث نصت على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن مائتي جنية ولا تزيد على ألف جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تعرض لأنثى على وجه يخلد حياءها بالقول أو بالفعل عن طريق عام أو مكان مطروق، ويسري حكم الفقرة السابقة إذا كان خدش حياء الانثى قد وقع عن طريق التليفون، فإذا عاد الجاني الى ارتكاب جريمة من نفس نوع الجريمة المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين مرة أخرى في خلال سنة من تاريخ الحكم عليه في الجريمة الأولى تكون العقوبة الحبس وغرامة لا تقل عن خمسمائة جنية ولا تزيد على ثلاثة آلاف جنية أو إحدى هاتين العقوبتين".

ونرى إن هذه المادة السابقة تشتمل بالضرورة على جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني، وحسنا فعل المشرع المصري وقت صدور إضافة هذه المادة، فلم يكن وقتها ظهرت الوسائل الإلكترونية بهذا الشكل الفج، وعليه كان الحديث عن التحرش الجنسي الإلكتروني في ذلك الوقت ضربا من الخيال العلمي، ومع ذلك كان

(١٤) د. احمد شوقي عمر أبو خطوة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥٤.

(١٥) د. غنام محمد غنام، الوجيز في شرح قانون العقوبات، مطبعة جامعة المنصورة والكتاب الجامعي، مصر، المنصورة، ٢٠٠٨، ص ١٩٥.

(١٦) د. عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا - جرائم الاغتصاب - هناك العرض - الفعل الفاضح - الدعارة، الفكر دار الدعاية، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٥.

(١٧) د. أكرم عبد الرزاق المشهداني، مرجع سابق، ص ٩٠.



المشرع المصري يستشرف المستقبل ليأتي يوما يكون الحديث فيه عن التحرش الجنسي الإلكتروني مما لا يجهله أحد، وبوسعنا أن ندلل على استنباطنا هذا بما يلي:

١. نص المشرع: كل من تعرض لأنثى على وجه يחדش حياءها بالقول أو بالفعل في طريق عام أو مكان مطروق، ولا يختلف التحرش الجنسي الإلكتروني عن التعرض لأنثى على وجه يחדش حياءها في شيء، فالتعرض يتم بالقول أو بالفعل، وكذلك التحرش الجنسي الإلكتروني لا يجاوز القول، كما أن التعرض يتم في مكان عام أو مطروق، وكذلك التحرش الجنسي الإلكتروني يتم في مكان عام أو مطروق بحكم الوسيلة التي ترتكب به.

٢. نص المشرع: إذا كان خدش حياء الأنثى قد وقع عن طريق التلفون، ومعلوم أن التلفون من الوسائل الإلكترونية التي ترتكب بواسطتها جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني، وهو ما يعني أن المشرع يتحدث عن جريمة واحدة ترتكب بأكثر من صورة أو وسيلة^(١٨)، وتعد هذه الجريمة من الجرائم المادية لا الشكلية، لأن الحدث المكون لها ضار ويتمثل في خدش حياء أنثى في طريق عام أو مكان مطروق، بقول أو فعل يوجه إليها، دون أن يكون ماسا بجسمها، والحدث في هذه الجريمة نفسي بحت، وليس فيه أي مساس مادي بجسيم المرأة، وإلا تحول إلى هتك عرض، كما أن الضرر المجسم فيه أدبي بحت، وهو إحساس الأنثى بأن حياءها قد خدش، الأمر يتوقف وجودا وعدما على المخزي الاجتماعي للقول أو بالفعل حسب الرأي المستقر في العرف السائد، وكونه طبقا لهذا الرأي خادشا لحياء أنثى، الأمر الذي يستخدم فيه القاضي سلطة التقويم بالرجوع إلى العرف الاجتماعي، وبحسب ظروف كل واقعة على حدة^(١٩)، وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها إن: "ملاحقة الطاعن للمجني عليها على سلم المنزل وما صاحب ذلك من أقوال وأفعال حسبما استظهره الحكم المطعون فيه مما تتوافر أركان جريمة الفعل الفاضح العلني ينطبق في ذاته على جريمة التعرض لأنثى على وجه يחדش حياءها بالقول وبالفعل في مكان مطروق، وهي الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٠٦ مكررا (أ) من قانون العقوبات مما يقتضي تطبيق المادة ٣٢ من قانون العقوبات والحكم على الطاعن بالعقوبة المقررة للجريمة الأشد، كجريمة الفعل الفاضح العلني، ولما كان الحكم المطعون فيه قد أوقع على الطاعن عقوبة لكل من هاتين الجريمتين، فإنه قد أخطأ في تطبيق القانون"^(٢٠)، والتعرض لأنثى على وجه يחדش حياءها قد يكون بالقول أو بفعل آخر، كما أن الفعل الأخير لا يتضمن في ذاته معنى الإخلال بالحياء، أي المساس بعاطفة الحياء عند مجموع الناس^(٢١)، ومن الأمثلة على ذلك من يلاحق امرأة بعبارات الغزل أو يفتح لها باب سيارته داعيا إياها لمصاحبتة في نزهة، وهنا يجب تقدير معنى خدش الحياء، وفقا لمعيار موضوعي واقعي، أي لا ينظر إلى حياء المجني عليها بذاتها، وإنما إلى حياها كأنثى في ظروف الزمان والمكان التي وقع فيهما الفعل مع مراعاة ظروف كل حالة وملابسها، ومدى ما تعارف عليه الناس من دلالة الألفاظ^(٢٢)، وبعد تزايد حالات التحرش بمختلف ألوانه ووسائله، فقد أصدر المشرع المصري، قانونا صريحا يجرم التحرش، وذلك بعد تعديل وإضافة إلى قانون العقوبات ليصبح قانونا مستقلا، له طبيعته وخصائصه، وفيما يلي نص القانون: المادة ٣٠٦ مكرر (أ) من قانون العقوبات المصري: يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف جنية ولا تزيد على خمسة آلاف جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تعرض للغير في مكان عام أو

(١٨) د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات-جرائم القسم الخاص، ص ٤٠٩، مشار إليه في م. صبري الراعي، أ. رضا السيد عبد العاطي، الشرح والتعليق على قانون العقوبات فقها وقضاء، طبعة نقابة المحامين، ٢٠١٢، ج ٤، ص ١٩٧.

(١٩) صبري الراعي، رضا السيد عبد العاطي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٩٧.

(٢٠) نقض جنائي مصري، ١٩٧٠/٢/٨، أحكام النقض السنة ٥٩ ص ٢٣٨.

(٢١) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات-القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٦٢٨.

(٢٢) د. جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الاثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار الفكر العربي، ٢٠٠١، ص ٢٣.



خاص أو مطروق بإتيان أمور أو إحياءات أو تلميحات جنسية أو إباحية سواء بالإشارة أو بالقول أو بالفعل بأية وسيلة بما في ذلك وسائل الاتصالات السلوكية أو اللاسلوكية، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه وإحدى هاتين العقوبتين إذا تكرر الفعل من الجاني من خلال الملاحقة والتتبع للمجني عليه، وفي حالة العودة تضاعف عقوبتا الحبس والغرامة في حديهما الأدنى والاقصى، أما المادة ٣٠٦ مكرر (ب) فنصت: يعد تحرشاً جنسياً إذا ارتكبت الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٠٦ مكرر (أ) من هذا القانون بقصد حصول الجاني من المجني عليه على منفعة ذات طبيعة جنسية، ويعاقب الجاني بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، فإذا كان الجاني ممن نص عليهم في الفقرة الثانية من المادة (٢٦٧) من هذا القانون أو كانت له سلطة وظيفية أو أسرية أو دراسية على المجني عليه أو مارس عليه أي ضغط تسمح له الظروف بممارسته عليه أو ارتكب الجريمة من شخصين فأكثر أو كان أحدهم على الأقل يحمل سلاحاً تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنين والغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه، إن صورة التحرش الجنسي الإلكتروني واضحة وجلية في هذا القانون، ويمكن الاستدلال عليها من خلال الكثير من عبارات المشرع كقول المشرع: "أو بالقول أو بالفعل بأية وسيلة بما في ذلك وسائل الاتصالات السلوكية أو اللاسلوكية"، وعلى ذلك يعتبر التحرش الجنسي الإلكتروني جريمة وفقاً للقانون المصري، ويحكم مرتكبها استناداً إلى المادتين ٣٠٦ (أ)، و ٣٠٦ (ب) من قانون العقوبات، وقد تم بالفعل محاكمة متحرشين فيما سبق وفقاً لهاتين المادتين، وتؤكد خريطة التحرش على وجوب الاستمرار في تطبيقهما، وقد تصل عقوبة مرتكب جريمة التحرش-سواء أكان لفظياً، أو بالفعل، أو سلوكياً، أو عن طريق الهاتف أو الإنترنت- إلى السجن لمدة تتراوح ما بين ٦ أشهر إلى ٥ سنوات، بالإضافة إلى غرامة قد تصل إلى ٥٠ ألف جنيه مصري^(٢٣).

المطلب الثاني:

موقف المشرع العراقي من جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني:

إن جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني لم تلق الخصوصية اللازمة لها، إذ اكتفى المشرع العراقي بالنصوص التقليدية في المواد (٣٩٩، ٤٠٣، ٤٠٤) من قانون العقوبات، ذلك إن تطبيق هذه النصوص على جرائم التحرش الجنسي الإلكتروني بالنساء والأطفال عبر الإنترنت كافياً للردع، على الرغم من إنها لم تحدد الوسيلة التي ترتكب من خلالها، غير أن معالجة هذا الوضع عن طريق إصدار تشريع خاص بهذه الجرائم المعلوماتية بدلاً من تطبيق القواعد التقليدية هو ما يجب أن يحدث، حيث إنها -القواعد التقليدية- متناثرة لا تعطي الجريمة الإلكترونية أهميتها، فضلاً عن ذلك، قد لا تتناسب هذه النصوص التقليدية رغم كفايتها مع بعض صور التحرش الجنسي الإلكتروني، وأن قانون العقوبات العراقي لم يتطرق إلى جريمة التحرش بشكل عام، وليس فقط للتحرش الإلكتروني، إذ أن من الواضح ومن خلال تتبعنا للقوانين المقارنة أن جريمة التحرش تتميز من باقي الجرائم الماسة بالأخلاق بوجود رابطة وظيفية أو رابطة عمل تربط المجنى عليه بالجاني، بحيث يكون الجاني المتحرش ذو سطوة أو ولاية وظيفية على المجنى عليه، فيستغل تلك السطوة أو تلك الولاية في ارتكاب فعل يعد من قبيل أفعال التحرش المنصوص عليها قانوناً، وهذا الأمر ينطبق بنفس العناصر على جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني، إذ يجب أن تتوافر رابطة وظيفية أو رابطة عمل بين المتحرش والمتحرش به، لكن يتم السلوك بصيغة الإلكترونية وليس مباشرة، وهذا ما لم يتطرق إليه المشرع العراقي في قانون العقوبات بوصفه القانون العقابي الأم في التشريع العراقي، باستثناء نصه على جريمة التحرش في قانون العمل بحسب ما قدمنا الكلام عن ذلك، وهذا يعني أن جريمة التحرش قد عالجها المشرع العراقي في إطار علاقة

(٢٣) د. أكرم عبد الرزاق المشهداني، مرجع سابق، ص ٩٨.



العمل، بينما ترك الحبل على الغارب في إطار الوظيفة العامة ولم يرد أي نص في أي قانون عقابي عراقي يجرم التحرش الذي يقع في الواقع أو الكترونياً في إطار الوظيفة العامة، وفي أحد قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذهب المشرع العراقي الى فرض عقوبة الحبس مدة لا تقل عن (٦) أشهر وبغرامة لا تقل عن (٥٠٠،٠٠٠) ألف دينار لكل من صنع أو استورد أو صدر كتباً أو أفلاماً مخلة بالحياء أو الآداب العامة، بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في ذلك سواء أكان ارتكابها بالطريق التقليدي أو الإلكتروني استناداً لمبدأ المطلق يجرى على إطلاقه، ونص القرار على (أولاً: يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ٦ ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ٥٠٠.٠٠٠ خمسمئة ألف دينار ولا تزيد على ٢.٠٠٠.٠٠٠ مليوني دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من صنع، أو استورد، أو صدر، أو حاز، أو أحرز، أو نقل بقصد الاستغلال، أو التوزيع كتاباً، أو مطبوعات، أو كتابات أخرى، أو رسوماً، أو صوراً، أو أفلاماً، أو أقراصاً، أو رموزاً، أو غير ذلك من الأشياء إذا كانت مخلة بالحياء أو الآداب العامة، أو بالنظام العام، أو كان تداولها ممنوعاً. ثانياً: يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في البند أولاً من هذا القرار كل من أعلن عن شيء من الممنوعات الواردة فيه أو عرضه على أنظار الجمهور أو باعه أو أجره أو عرضه للبيع أو الإيجار ولو في غير علانية وكل من وزعه أو سلمه للتوزيع بأي وسيلة كانت ويعد ظرفاً مشدداً ارتكاب الجريمة بقصد افساد الأخلاق. ثالثاً - تسري أحكام البند أولاً من هذا القرار على دور السينما. رابعاً - تصدر الموجودات المضبوطة المشمولة بحكم البند أولاً من هذا القرار ويتم اتلافها وفق قواعد يضعها وزير الإعلام بالتنسيق مع مدير الأمن العام. خامساً - تخصص نسبة ٢٥٪ خمس وعشرين من المئة من مبلغ الغرامة المحكوم بها وفق البند أولاً من هذا القرار وتوزع حوافز على منتسبي الجهات التي تقوم بضبط المواد الممنوعة وفق قواعد يضعها وزير الإعلام بالتنسيق مع مدير الأمن العام).

أما قانون العمل رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ فنصّ في المادة (١٠) على أنه (أولاً: يحظر هذا القانون التحرش الجنسي في الاستخدام والمهنة سواء كان على صعيد البحث عن العمل أو التدريب المهني أو التشغيل أو شروط وظروف العمل).

ثالثاً: يقصد بالتحرش الجنسي وفق احكام هذا القانون اي سلوك جسدي او شفهي ذو طبيعة جنسية او اي سلوك اخر يستند الى الجنس ويمس كرامة النساء والرجال ويكون غير مرغوب وغير معقول ومهينا لمن يتلقاه. ويؤدي الى رفض اي شخص او شخص او عدم خضوعه لهذا السلوك، صراحة او ضمناً، لاتخاذ قرار يؤثر على وظيفته). اما المادة (١١) فنصت على انه (أولاً: للعامل حق اللجوء الى محكمة العمل للتقدم بشكوى عند تعرضه الى اي شكل من اشكال العمل الجبري او التمييز او التحرش في الاستخدام والمهنة. ثانياً: يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على مليون دينار او بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف احكام المواد الواردة في هذا الفصل والمتعلقة بتشغيل الاطفال والتمييز والعمل القسري والتحرش الجنسي وفق كل حالة).

مما تقدم يتضح لنا اهتمام مشرعنا العراقي بالتحرش الجنسي في مكان العمل بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في التعبير عنه، لذلك فالقيام بإيحاءات جنسية غير مرحب بها تؤدي إلى بيئة عمل عدائية كونها منافية للأخلاق أو أن رفضها سينعكس سلباً أو قد يُعتبر أنه سينعكس سلباً على ظروف العمل الحالية أو المحتملة. ومن خلال بحثنا للتطبيقات القضائية وجدنا خلواً من التطبيقات العملية ذات الصلة بموضوع بحثنا.

الخاتمة:

أولاً- الاستنتاجات:

١. تشمل أشكال هذا التحرش ملاحقة الآخرين أو التشهير بهم، كتوجيه الرسائل التي تحتوي على مواد تسبب الأزعاج للمتلقى، سواء أكانت تلميحا الى الرغبة بالتعرف الى المتلقي، لأهداف جنسية، أو كانت تحتوي على عبارات أو شتائم، أو نشر صور الشخص من دون علمه، أو التهديد أو التحرش، أو الملاحقة والتجسس، أو



النتبع بالتعليقات المسيئة، أو التشهير بالشخص عبر وسائل الكترونية مختلفة، أو انتحال شخصية بتزوير البريد الإلكتروني أو انتحال الحسابات على مواقع التواصل الاجتماعي.

٢. بدأت ظاهرة التحرش الجنسي الإلكتروني منذ بداية الإنترنت، باستخدام البريد الإلكتروني، حيث بدأ مستخدمو هذا البريد بتلقي رسائل تعرف عادة بـ "Spam" تدعوهم الى الصداقة والتعارف، أو تحتوي على مواد جنسية، ومع انتشار الإنترنت أكثر واكتشاف وسائل تواصل أكثر سرعة وانتشاراً، تحول التحرش الجنسي الإلكتروني من جرد رسائل بريدية الى وسائل مثل غرف الدردشة، ومنتديات الإنترنت، ومواقع التواصل الاجتماعي مثل الـ "فيسبوك" و"تويتر"، والرسائل الفورية على الهواتف المحمولة مثل الـ "واتساب"، وبرامج الاتصال المجاني، والصور الرمزية، والإعلانات عبر الإنترنت، وروابط التحويل التلقائي التي تعترض الشخص عند تصفحه شبكة الإنترنت، والنوافذ المنبثقة Pop-ups التي تحتوي على إعلانات جنسية أو عبارات تحرض على الكراهية.

ثانياً - المقترحات:

١. ضرورة نشر الوعي بين صفوف المواطنين-ولاسيما الشباب- بمخاطر التعامل مع المواقع السيئة على شبكة الإنترنت، مع ضرورة نشر الوعي المجتمعي بالمخاطر النفسية والاجتماعية وغيرها الناجمة عن الاستخدامات غير الآمنة للإنترنت، وتكثيف التوعية عن الآثار السلبية الصحية المترتبة عن الممارسات الجنسية الشاذة ومعايشة البغايا، وذلك بأسلوب غير مباشرة من خلال المواد الدرامية.
٢. يتعين إدخال مادة "أخلاقيات استخدام الإنترنت" ضمن المناهج الدراسية في التعليم ما قبل الجامعي.
٣. إنشاء قسماً جديداً بكلية الحقوق بالجامعات العربية لدراسة الحماية القانونية للمعلوماتية، أو تحت مسمى آخر (قانون المعلوماتية والإنترنت)، أو (قانون الحاسب الآلي والإنترنت).
٤. تفعيل دور المجتمع المدني ولاسيما الجمعيات الأهلية للقيام بدورها في وقاية السباب من الوقوع في الممارسات الخاطئة للسلوكيات والممارسات الضارة أخلاقياً عبر شبكة الإنترنت.
٥. تفعيل دور مكافحة الوقائية التي تسبق وقوع الجريمة الإلكترونية، وذلك من خلال تفعيل دور المؤسسات التوعوية (المسجد، الأسرة، دور التعليم، أجهزة الإعلام)، وذلك بالتوعية بخطورة الجرائم الإلكترونية على الأسرة والمجتمع، والسعي في تقوية الوازع الديني.
٦. إنشاء مدارس، ومعاهد، وأقسام في الجامعات، وكراسي بحثية خاصة تعنى بالأمن المعلوماتي والتدريب فيه، ومواكبة كل ما هو حديث في هذا المجال.
٧. من خلال الاطلاع على مشروع مكافحة الجرائم الإلكترونية استبان لنا الكثير من الانتقادات الفقهية والقضائية وأبرزها أن صياغته لا تتفق مع أصول صياغة النصوص العقابية لعدم انضباطها وعدم دقتها، مما تشكل خطراً على حرية الرأي والتعبير، وتعد تهديداً خطيراً لحرية الإعلام والنشر والطباعة، فضلاً عن ابتعاد القانون عن حماية مستعملي الحاسبات والإنترنت ونظم المعلومات، واكتفائه بالتركيز على الجرائم التي تحمي السلطة من جهة وتسعى للتضييق على حريات الأفراد من جهة أخرى، بخلاف الهدف من قوانين جرائم المعلوماتية التي تستهدف حماية حقوق مستعملي تلك التقنيات وحماية الغير منهم، ومبالغته في قسوة العقوبات السالبة للحرية ورفع حددها الأدنى، خلافاً للقوانين المقارنة التي جعلت حددها الأدنى غالباً غرامات فقط، وكذلك عدم احترامه للقاعدة الدولية التي تمنع تبني العقوبات السالبة للحرية في جرائم النشر والإعلام، وخلوه من الكثير من جرائم المعلوماتية التي عالجتها القوانين المقارنة التي حرصت أولاً على حماية مستعملي الحاسبات والإنترنت، بينما اكتفى مشروعنا ببعض الجرائم فقط التي يقصد منها التضييق على الحريات وحماية السلطة، واستناداً لذلك فإن أهمية القانون لا تعني القبول باستخدامه حجة لمصادرة الحريات وتكميم الأفواه، لذلك ندعو المشرع العراقي الى إصدار القانون بما لا يتعارض مع الحقوق والحريات المكفولة دستورياً في العراق مع



ضرورة إدراج الجرائم الآتية في هذا القانون لما لذلك من أهمية كبيرة في مكافحة جريمة التحرش الجنسي الإلكتروني وتتمثل هذه الجرائم بالآتي: -

أ- جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع وتجاوز حدود الحق بالدخول في موقع الكتروني لشخص آخر، جريمة الابتزاز والتهديد الإلكتروني، أغواء الأحداث.

ب- تضمينه نص يجيز للجهات المعنية حظر المواقع الإباحية، وتوفير ضمانات لضحايا التحرش الجنسي الإلكتروني.

قائمة المراجع القانونية:

أولاً- الكتب القانونية:

١. احمد شوقي عمر أبو خطوة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٢. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، طبعة نادي القضاة، مصر، القاهرة، ١٩٨٠.

٣. أكرم عبد الرزاق المشهاني، الجرائم التكنولوجية، شركة الوفاق للطباعة، بغداد، ط١، ٢٠٠١.
٤. ببداء صلاح الدين جاسم، المسؤولية الجنائية عن التحرش الإلكتروني، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ط١.

٥. جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الاثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار الفكر العربي، ٢٠٠١.
٦. حسام الدين كامل الاهواني، الاعتداء الصامت على المرأة، الحق في احترام الحياة الخاصة الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.

٧. حسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٥، ج ١.

٨. صبري الراعي، أ. رضا السيد عبد العاطي، الشرح والتعليق على قانون العقوبات فقها وقضاء، طبعة نقابة المحامين، ٢٠١٢، ج ٤.

٩. الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
١٠. عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا - جرائم الاغتصاب - هتك العرض - الفعل الفاضح - الدعارة، الفكر دار الدعارة، الإسكندرية، ١٩٨٩.

١١. عبد الرحمن صديقي، الظاهرة الاجتماعية الإجرامية، دار الثقافة العربي، القاهرة، ١٩٨٩.
١٢. غنام محمد غنام، الوجيز في شرح قانون العقوبات، مطبعة جامعة المنصورة والكتاب الجامعي، مصر، المنصورة، ٢٠٠٨.

١٣. محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٣.
١٤. محمد ثامر السعدون، المفهوم الدولي للاستغلال الجنسي للأطفال، دار السنهوري، بيروت ٢٠١٧.
١٥. منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦.

١٦. يحيى بكاي، جريمة التحرش الإلكتروني دراسة مقارنة مجلة المناظرة، هيئة المحامين بوجدة المغرب.

ثانياً- الرسائل الجامعية:

١. أحمد كيلان عبد الله، الجرائم الناشئة عن إساءة استخدام الحاسوب، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢.

ثالثاً- المجلات القانونية:

١. حسن توفيق فيض الله، الإباحية بالأطفال على شبكة الإنترنت، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، العدد ٣٧، ٢٠٠٥.

رابعاً- المراجع الأجنبية:

- 1- Denis، Harcelement au travail de qual droit? Edition L'Harmattan، Hanot Paris 2002.



تيسير إجراءات التقاضي وتصفير البيروقراطية (دراسة تحليلية في ضوء أحكام مرسوم
بقانون اتحادي رقم (٤٢) لسنة ٢٠٢٢ بإصدار قانون الإجراءات المدنية

Facilitating Litigation Procedures and Zeroing Bureaucracy

(An Analytical Study in Light of the Provisions of Federal Decree-Law No. (42) of
2022 on the Issuance of the Civil Procedures Law)

د. جمال عبد الكريم العساف

مستشار قانوني – وزارة المالية - الامارات العربية المتحدة

Email: jaalassaf@mof.gov.ae

الملخص:

يركز هذا البحث على التغييرات الجوهرية في النظام القضائي الإماراتي لتبسيط إجراءات التقاضي وتقليل البيروقراطية، مع التركيز على المرسوم بقانون اتحادي رقم ٤٢ لسنة ٢٠٢٢. يناقش البحث التطور التشريعي السريع واعتماد التكنولوجيا الرقمية لتسريع الإجراءات القضائية وتحسين الخدمات. كما يستعرض استخدام الوسائل الرقمية في إعلان الخصوم والمحاكمات عن بعد، إلى جانب إنشاء مكتب إدارة الدعوى المدنية لتسهيل وتسريع الفصل في القضايا. تم أيضاً تفويض بعض المنازعات إلى لجان قضائية خاصة لتخفيف العبء على المحاكم. بالإضافة إلى ذلك، رفع نصاب الاختصاص القيمي للمحاکم للحد من الطعون غير الضرورية وتسريع إجراءات التنفيذ. يسلط البحث الضوء على المحاكمات باللغة الإنجليزية كابتكار يعزز الاستثمار، ويستعرض مشروع المحاكمة المرئية والإصلاحات التي قللت أمد التقاضي. ويهدف البحث إلى إبراز الجهود المبذولة في دولة الإمارات لتحقيق العدالة الناجزة والفعالية في إدارة النزاعات.

الكلمات المفتاحية: الإجراءات المدنية، تبسيط التقاضي، تحول الرقمي، لجان قضائية، تصفير البيروقراطية، وسائل بديلة.

Abstract:

This research focuses on key transformations in the UAE judiciary aimed at simplifying litigation and reducing bureaucracy, particularly through Federal Decree-Law No. 42 of 2022. The study discusses rapid legislative developments and the adoption of digital technologies to accelerate judicial processes and improve services. It highlights the use of digital tools for notifying litigants and remote trials, alongside the establishment of a Civil Case Management Office to expedite case resolution. Some disputes have been delegated to specialized judicial committees to ease the courts' burden. The study also addresses raising the financial jurisdiction threshold to limit unnecessary appeals and speed up enforcement. Furthermore, it emphasizes English-language trials as an innovation that promotes investment and reviews the visual trial project and reforms that have shortened litigation timelines, the research aims to showcase the UAE's efforts in achieving swift justice and efficient dispute management.

Keywords: Civil procedures, simplifying litigation, Digital transformation, Judicial committees, Zeroing bureaucracy, Alternative methods.



المقدمة:

يعتبر القضاء من الركائز الهامة لإقامة العدل بين الناس، حيث أرسى القرآن الكريم هذا المفهوم قبل القوانين الوضعية. وقد قال تعالى في كتابه الكريم: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ"^١.

ومع تطور الدول وتمدنها على مر العصور تطور القضاء فيها وأصبح تقدمها يقاس بمدى احترام هذه الدول للقوانين ومدى عدالة قضائها واستقلاليتها باعتباره الملاذ الآمن لفض النزاعات بين المتخاصمين التي عجزوا عن حلها بالطرق الأخرى أو تلك النزاعات التي فاقت أضرارها وخطورتها المستوى الفردي، وأصبحت تهدد أمن المجتمع بأسره، لذلك نجد أن معظم الدول تحرص على تطوير تشريعاتها بشكل يواكب تطور المجتمع، وما تفرزه الحياة المدنية من النزاعات الناتجة عن النمو الاقتصادي والسياسي والاجتماعي الذي يتطلب سن وتعديل القوانين لمواكبة هذه النزاعات، وتتباين هذه القوانين من دولة إلى أخرى وفقاً لحاجات المجتمع، والتي تهدف إلى القضاء على المعاناة التي كان يواجهها الخصوم في الدعاوى المدنية في السابق والتي كانت تؤدي عادة إلى إطالة أمد التقاضي أمام المحاكم.

وفي ظل التطورات الحديثة والمتسارعة التي تشهدها دولة الإمارات، برزت الحاجة إلى تطوير المنظومة القضائية وإجراءات المحاكم بما يضمن تسريع إجراءات التقاضي وتقليل البيروقراطية، ولذلك فإنه ومن الأهمية بمكان التعرف على الحلول التشريعية والتقنية التي قدمها المشرع الإماراتي لتبسيط وتيسير إجراءات التقاضي وتصفير البيروقراطية بصورة عامة وفي الدعاوى المدنية والتجارية بصورة خاصة. حيث أن سعي حكومة دولة الإمارات الحثيث لتطوير قطاع العدالة من ضمن مهام التطوير الذي تشهده الدولة في كافة القطاعات من أجل التحول الرقمي والذكي^٢، ويتضمن التحول الرقمي والذكي في قطاع العدالة في دولة الإمارات مجموعة من المبادئ العامة التي تهدف إلى تحسين وتطوير الخدمات القضائية بشكل فعال ومبتكر. تشمل هذه المبادئ الاعتماد على التكنولوجيا الحديثة في تيسير إجراءات العدالة وتسريع الإجراءات القضائية، بالإضافة إلى تحقيق الشفافية والنزاهة في النظام القضائي. كما تركز هذه المبادئ على أساس الاستدامة وتوفير الحماية للبيانات والمعلومات القانونية بشكل آمن وموثوق به، مع مراعاة حقوق الأفراد والجهات المعنية. يهدف هذا التحول إلى تسهيل حصول الأفراد والمؤسسات على العدالة بشكل سريع وموثوق، وتعزيز الثقة في النظام القضائي وتعزيز تجربة المستخدم في الحصول على الخدمات القضائية^٣، وجعل من تبسيط الخدمات للمتعاملين هدفاً، لذا نجد مشاريع التطوير في المجالين التقني والقانوني يمضيان بوتيرة واحدة.

وتسعى الدولة إلى تبسيط إجراءات التقاضي، ففي المحاكمات الجزائية على سبيل المثال قطع مشروع إجراءات المحاكمة عن بعد "المحاكم المرئية" شوطاً طويلاً وقد تم إجراء تعديلات تشريعية جوهرية لتوائم هذا التوجه، حيث قامت دائرة القضاء في أبوظبي والقيادة العامة لشرطة أبوظبي بربط النيابة العامة والمحاكم الجزائية بالمنشآت العقابية والإصلاحية ومراكز الشرطة عبر دائرة تلفزيونية مغلقة^٤، وقد نظم المرسوم بقانون اتحادي رقم ٣٨ لسنة ٢٠٢٢ بإصدار قانون الإجراءات الجزائية تقنية الاتصال عن بعد المنصوص عليها

^١ القرآن الكريم، سورة النحل، الآية رقم (90).

^٢ النعيمي، ناصر. (٢٠١٠). إدارة التغيير من الواقع الميداني - دراسة 85/ 2010، الجزء الأول، صفحة ٦٥.

^٣ زهران، احمد. (٢٠٢١). تقييم فعالية تشريعات الخدمة المدنية لتطوير سياسات إدارة الموارد البشرية في القطاع الحكومي- دراسة مقارنة مجموعة دول مجلس التعاون الخليج، مجلة كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، مجلد ٢٢، العدد ٣.

^٤ دائرة القضاء والقيادة العامة لشرطة أبوظبي. (٢٠١٥). مشروع المحاكمة والتحقيق الجنائي عن بعد عبر الوسائط الالكترونية، أبو ظبي.

^٥ السرحان، بكر. (٢٠١٤). تعديلات الإعلان القضائي - دراسة تقييمية في ظل القانون رقم 10 لسنة 2014- مجلة الدراسات القضائية، العدد الخامس عشر السنة الثامنة، صفحة ١٤.



واخضعها للوائح وسياسات أمن المعلومات المعتمدة في الدولة⁶.

أما في المجال المدني، فقد أجرى المشرع الإماراتي تعديلات هامة على قانون الإجراءات المدنية الاتحادي يضمن سرعة البت في القضايا وإزالة المعوقات التي تطيل أمد التقاضي، وتقديم الحلول اللازمة التي تساهم في تسهيل وتبسيط إجراءات التقاضي على المتعاملين، وسرعة البت في القضايا المنظورة أمام المحاكم المدنية، مما انعكس بدوره وبشكل مباشر وسريع على تحقيق العدالة الناجزة وسرعة الفصل في الدعاوى واختصاراً لإجراءات التقاضي بنسبة كبيرة.

لذلك، سيكون تركيزنا في هذا الطرح على النماذج الهامة لتفسير البيروقراطية وتيسير إجراءات التقاضي، من خلال الدراسة المستفيضة للتعديل الوارد على قانون الإجراءات المدنية الخاص بالإعلان القضائي والربط الإلكتروني والمحكمة عن بعد، والوسائل البديلة لفض المنازعات، اسوة بما أطلقته دائرة القضاء في أبوظبي والقيادة العامة لشرطة أبوظبي بربط النيابة العامة والمحاكم الجزائية بالمنشآت العقابية والإصلاحية ومراكز الشرطة عبر دائرة تلفزيونية مغلقة⁷، وايضاً تلك المتعلقة بإنشاء مكتب ادارة الدعوى المدنية⁸، والذي هدف بالدرجة الأولى إلى تبسيط إجراءات التقاضي في الدعاوى المدنية وسرعة البت في القضايا المنظورة أمام المحاكم داخل الدولة من خلال النقلة النوعية التي أحدثها هذا التعديل من حيث تسجيل القضايا إلكترونياً وطرق ووسائل إعلان الخصوم أمام المحاكم، وإجراء جلسات المحاكمة عن بعد ومن حيث اعتماد الإعلان من خلال "البريد الإلكتروني - الفاكس - البريد العادي - الواتس آب". الأمر الذي نرى فيه خطوة هامة جداً في تقليص امد التقاضي وسرعة في الفصل في الدعاوى مما له أثر إيجابي في تسهيل إجراءات التقاضي وتخفيف العبء على المتقاضين، حيث بدأت محاكم دولة الإمارات في نظر وتداول الدعاوى القضائية من خلال الوسائل الرقمية التي تمكن الأطراف المتقاضية من حضور الجلسات عن بعد مع الحفاظ على وسائل الأمان والسرية المطلوبة. حيث نجحت وزارة العدل بتحويل ٨٠٪ من قضايا المحاكم الاتحادية لنموذج التقاضي عن بعد بنهاية العام ٢٠٢١⁹.

أولاً: مشكلة البحث

إن عدم تحقيق العدالة الناجزة بسبب إطالة أمد التقاضي وعدم البت في القضايا بالسرعة المطلوبة يعتبر مشكلة كبيرة تواجه المحاكم داخل الدولة مما يؤثر سلباً على المتخاصمين ويسبب لهم المعاناة، ويعزى ذلك الى عدة اسباب منها الاجراءات السابقة التي كانت تعنى بإعلان الطرف الثاني من الخصوم ومن جهة صعوبة الوصول إلى عنوانه او حتى إمكانية التواصل معه، بالإضافة لتعدد مراحل التقاضي وعدم وجود مدد قانونية صارمة للخصوم لتقديم مستنداتهم بالإضافة لمواضيع الخبرة الفنية، ولما كان الأمر كذلك كان لابد من وجود وسيلة لإنهاء المعاناة الحقيقية التي واجهها الخصوم من جهة الاعلان ومحاولة ايجاد البدائل التي تضمن مرونة وسرعة البت بالقضايا المنظورة أمام المحاكم.

ثانياً: أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث في ان تحقيق العدالة الناجزة بين المتخاصمين وإعانة المتقاضين على سرعة الفصل في الدعاوى وتفسير البيروقراطية يعتبر سمة من سمات تقدم الدول وتطورها في كل المجالات، والعكس من ذلك فإن عدم تحقيق العدالة المنشودة والبطء في إجراءات التقاضي يجعل من العدالة مثاراً للشك

⁶ المادة (٣٣٥) من المرسوم بقانون اتحادي رقم ٣٨ لسنة ٢٠٢٢ بإصدار قانون الإجراءات الجزائية وتعديلاته.

⁷ _ السرحان، بكر، مرجع سابق، صفحة ١٤.

⁸ _ كناكرية، وليد محيي الدين. (٢٠١٧). اصول اعلان الاوراق القضائية لدى المحاكم في دولة الامارات العربية المتحدة. (الطبعة الأولى). مكتبة محاكم دبي، الصفحة ٢٧.

⁹ https://u.ae/ar-ae/information-and-services/justice-safety-and-the-law/litigation_procedures/virtual-litigation



لذا خصص الباحث هذه الدراسة لإلقاء الضوء على كل ما من شأنه المساهمة في ترسيخ مبادئ العدالة في الدولة.

ثالثاً: أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى استكشاف سبل تيسير إجراءات التقاضي وتصفير البيروقراطية وفق مرسوم بقانون اتحادي رقم (٤٢) لسنة ٢٠٢٢ بإصدار قانون الإجراءات المدنية، ما يعكس التزام الحكومة بتطوير النظام القضائي وتحسين أدائه لمعالجة المعوقات التي تؤدي إلى إطالة أمد التقاضي بعد الكشف عنها ومعرفة أسبابها من خلال تقديم دراسة معمقة للحلول التشريعية والقانونية التي قدمها المشرع الإماراتي في المرسوم بقانون اتحادي رقم (٤٢) لسنة ٢٠٢٢ بإصدار قانون الإجراءات المدنية ولائحته التنظيمية، في تيسير إجراءات التقاضي من خلال استحداث مكتب إدارة الدعوى، ويهدف هذا البحث أيضاً إلى بيان دور مكتب إدارة الدعوى في تخفيف العبء على المحاكم بتوليها إجراءات قيد الدعوى وإعلان الخصوم ودور الوسائل الإلكترونية الحديثة في إعلان الخصوم وإجراء المحاكمات عن بعد واثراً ذلك في تصفير البيروقراطية ومعالجة البطء في إجراءات التقاضي.

رابعاً: منهج البحث

في هذا البحث تم اتباع المنهج الوصفي التحليلي بأسلوب مبسط بعيداً عن التعقيد ودون التعمق في القضايا الجانبية التي قد تشغل القارئ عن الخطوط العريضة للموضوع حتى تتحقق الغاية من البحث وتميز البحث بالأسلوب المقارنة بين قانون الإجراءات المدنية قبل التعديل والقانون المعدل، والتشريعات الأخرى ذات الصلة بالإضافة لتشريعات بعض الدول العربية، وذلك لإظهار دور القوانين الحديثة فيما قدمته من حلول لتيسير إجراءات التقاضي.

خامساً: خطة البحث

تم تقسيم هذا البحث إلى مقدمة بينت وصفاً لأهمية القضاء ودوره في فض المنازعات المدنية، وإيضاً إلى مبحثين رئيسيين بالإضافة لمبحث تمهيدي، حيث بينا في المبحث التمهيدي النظام القضائي لدولة الإمارات العربية المتحدة كما وتحدث المبحث الأول عن الأسباب الأساسية المؤدية للبطء في إجراءات التقاضي وتناول المبحث الثاني والآخر سبل تيسير إجراءات التقاضي وتصفير البيروقراطية والتحديات التي تواجهها المحاكم والخصوم، ثم تناولت خاتمة البحث جملة من النتائج والتوصيات لمعالجة الثغرات التي تؤدي إلى الإخلال بمبدأ العدالة الناجزة.

المبحث التمهيدي:

النظام القضائي لدولة الإمارات العربية المتحدة:

تمهيد وتقسيم:

القضاء في اللغة هو الأمر، وأصل لفظ القضاء "قضي" لأنه من قضيت فلما وقعت الباء بعد ألف زائدة قلبت همزة، والجمع أقضية، والقاضي في اللغة هو القاطع للأمور، واستقضى فلان جعل قاضياً^{١٠}. والقضاء إصطلاحاً يعني الحكم والإلزام والفصل في الخصومات من خلال تطبيق القانون^{١١}. والجدير بالذكر أن تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة تنص على أن أحكام الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرئيس للقانون، فيما تتجلى المصادر الأخرى في القانون العام والعرف (ويعمل نظامها القضائي الذي انطلق في العام 1973 بعد صدور القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1973 في شأن إنشاء المحكمة الاتحادية

^{١٠} _ الرازي، محمد. (١٩٧٨). مختار الصحاح (الجزء الأول). المكتبة الأموية ١٩٧٨، صفحة ٥٤٠.

^{١١} _ الرشidan، محمود. (2016). آداب القضاء. دروب للنشر والتوزيع، صفحة ١١.



العليا، وتطور رويداً رويداً حتى وصل إلى ما وصل إليه الآن من تشريعات وقوانين شملت النظم القضائية الحالية في الدولة، وهي تبدو في إطار ثنائي يشمل القضاء المحلي والقضاء الاتحادي وهذا يعتبر انفراداً عن الانظمة القضائية في العالم العربي قاطبة وهذين النظامين نظماً في دستور الدولة في المواد من (94 – 109)^{١٢} وسنتناول في هذا المبحث دراسة النظام القضائي في دولة الامارات العربية المتحدة في فرع أول، وأنواع المحاكم في دولة الامارات العربية المتحدة ودرجاتها المختلفة في فرع ثانٍ وفقاً لما يلي:

المطلب الأول:

المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي

إن التشريع الاماراتي مثله مثل غيره من التشريعات الاخرى تسوده المبادئ العامة والأساسية في المرافعات بغرض حسن سير القضاء وسلامة ادائه لوظيفته من ناحية ومن ناحية اخرى لحصول الاشخاص على قضاء عادل بإجراءات مبسطة ونفقات قليلة وحماية حقوقهم في الدفاع وعدم الاضرار بهم من تأخر الفصل في المنازعات وهذه المبادئ تكفل للأفراد اهم حقوقهم وهو الحق في التقاضي، وللتعريف بهذه المبادئ وعلى الرغم انها جميعاً تؤدي هدفاً واحداً وهو تحقيق العدالة الناجزة بأفضل السبل، الا اننا قمنا وبحسب الهدف الاشمل لهذه المبادئ بتقسيمها الى فرعين رئيسيين، الاول يتعلق بالتنظيم القضائي والثاني يتعلق بحقوق المتقاضين وسنتطرق لها في هذين الفرعين بشيء من الإيجاز:

الفرع الاول: المبادئ المتعلقة بالتنظيم القضائي

اولاً: مبدأ استقلال القضاء الاماراتي ويقصد به ان القضاء يقوم بوظيفته وهو في مأمن من تدخل السلطات التشريعية والتنفيذية في عمله ويترتب عليه عدم فصل السلطتين التشريعية والتنفيذية في الخصومات بين الافراد^{١٣}،

تأتي القوانين الاتحادية، كأساس تشريعي آخر لمبدأ استقلال القضاء. ويقف على رأس هذه القوانين، قانون المحكمة الاتحادية العليا وقانون السلطة القضائية الاتحادية. فالمادة (١٨) من القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ في شأن المحكمة الاتحادية العليا تنص على أن "رئيس المحكمة العليا وقضااتها غير قابلين للعزل ولا تنتهي ولايتهم إلا لأحد الأسباب المحددة في القانون"^{١٤}، وهو ما أكدته أيضاً المرسوم بقانون اتحادي رقم (٣٢) لسنة ٢٠٢٢ في شأن السلطة القضائية الاتحادية^{١٥}.

ثانياً: مبدأ التقاضي على درجتين امام القضاء بحيث إذا حكم القاضي في الدعوى لا يكون قضاؤه مبرماً، وانما لقاضي اخر ان ينقض حكم القاضي الاول وفقاً للحالات التي نظمها القانون.

ثالثاً: مبدأ تعدد القضاة والقاضي الفرد في القضاء الاماراتي، ومفهوم هذا المبدأ، ان هنالك محاكم تتشكل من قاض منفرد واخرى من هيئة قضائية من ثلاثة قضاة أو أكثر، شريطة ان يكون العدد وتراً، ويحدد هذا التشكيل نوع الدعوى ودرجة المحكمة النازرة في النزاع، فعلى سبيل المثال، تشكل المحكمة الجزئية من قاض منفرد، والمحاكم الكلية من ثلاثة قضاة، وسنأتي على تفصيل ذلك لاحقاً.

^{١٢} _ كنعان، نواف. (2008). النظام الدستوري والسياسي لدولة الإمارات العربية المتحدة. دار إثراء للنشر والتوزيع، صفحة ١٥.

^{١٣} _ قنديل، مصطفى. (2014). الوجيز في القضاء والتقاضي وفقاً لقانون الإجراءات الإماراتي (الطبعة الثانية). الأفق المشرقة للنشر والتوزيع، صفحة ٣٨.

^{١٤} _ عبدول، عبد الوهاب. (٢٠١١). مساهمات المحاكم العليا في تعزيز مبدأ استقلال القضاء: نموذج المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة، ورقة بحث مقدمة إلى المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدار البيضاء، المغرب.

^{١٥} _ انظر في سبيل ذلك الباب الأول من المرسوم بقانون اتحادي رقم (٣٢) لسنة ٢٠٢٢ في شأن السلطة القضائية الاتحادية.



الفرع الثاني: المبادئ المتعلقة بحقوق المتقاضين

أولاً: مبدأ المساواة أمام القضاء، يعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي وتتحقق هذه المساواة عن طريق اعطاء كل مواطن الحق في الالتجاء للقضاء وعدم التمييز بين المتقاضين ويشمل هذا حق الالتجاء للقضاء وحق الدفاع أمام القضاء، وهذا ما كفلته المادة (٢٥) من دستور دولة الامارات العربية المتحدة.^{١٦}

ثانياً: مبدأ مجانية القضاء^{١٧} ويقصد بذلك ان القضاة لا يأخذون اجراً على اعمالهم من المتقاضين، لان القضاة يحصلون على مرتباتهم من خزانة الدولة^{١٨}، وبذلك فان مجانية وهي نتيجة حتمية للمساواة أمام القضاء وقاعدة عدم جواز اقتضاء الشخص حقه بنفسه، والمقصود بمجانية القضاء هي ان المتقاضين لا يدفعون للقضاء اجرا على اعمالهم ولا يعني ذلك عدم وجود رسوم وأعباء مالية على المتقاضين مع مراعاة المشرع اعفاء الفقراء من الرسوم وعدم حرمانهم من المطالبة بحقوقهم أمام القضاء.

ثالثاً: مبدأ العلانية، تعتبر العلانية من المبادئ الهامة التي تقوم عليها التنظيم القضائية ومنها القضاء الاماراتي، اذ بها يتاح لمن يشاء ان يتحقق من نزاهة القضاء في ادائه لوظيفته وأن يطمئن اليها وعلانية اداء القضاء مظاهرها في (علانية الجلسات - شفوية المرافعات - وتسبيب الاحكام)^{١٩}.

رابعاً: مبدأ حياد القضاء، يستوجب هذا المبدأ ان تكون الجلسات علنية حتى يحق للشعب الاشراف مباشرة على حسن اداء العدالة وعلى وزن مصالح الخصوم بالعدل ومعاملتهم على قدم المساواة، ويقصد بالحياد هنا عدم الميل إلى هذا الخصم او ذاك ولا يساعد اي منهما ولا يضيف وقائع من عنده للنزاع وتتجلى مظاهر حياد القاضي في انعدام اي مصلحة له في الدعوى ولا يكون له رأي مسبق في الدعوى ولا يخل بحق الدفاع.

خامساً: مبدأ المواجهة بين الخصوم أمام القضاء، من المبادئ الاساسية وذلك إن اجراءات الخصومة التي يباشرها أحد الخصوم يجب ان تكون في مواجهة الطرف الاخر في الخصومة، فالمقصود هو وجوب اخبار كل خصم بما يجريه الاخر لكي يتمكن من الدفاع عن مصالحه، وهو ما يعرف بحق الدفاع.

سادساً: كفالة الحق في التقاضي أمام القضاء الاماراتي، فالدولة عندما حظرت على الافراد اقتضاء حقوقهم بأيديهم في المقابل منحهم حق الالتجاء للقضاء للمطالبة بهذه الحقوق وهو ما يسمى بحق التقاضي وهو من الحقوق العامة التي تكفلها الدولة للناس كافة^{٢٠}، ويضمن هذا المبدأ للجميع الحق باللجوء للقضاء، سواء اكانوا من مواطني الدولة، او من غيرهم ممن تواجدوا على أراضيها، فالتقاضي حق مصون ومكفول للجميع، ولكل شخص الحق في أن يُعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية، كما أن المتقاضين متساوون أمام القضاء دون تمييز^{٢١}.

المطلب الثاني:

أنواع المحاكم في دولة الامارات العربية المتحدة ودرجاتها المختلفة:

يقوم التنظيم القضائي في دولة الامارات العربية المتحدة على التمييز بين ثلاث طبقات من المحاكم هي

^{١٦} جاء في المادة (٢٥) من دستور دولة الامارات العربية المتحدة، على انه "جميع الافراد لدى القانون سواء، ولا تمييز بين مواطني دولة الاتحاد بسبب الأصل او الوطن او العقيدة الدينية او المركز الاجتماعي".

^{١٧} مبروك، عاشور (1987). النظام القانوني لمساعدة غير القادرين مادياً على دفع المصروفات القضائية: دراسة تأصيلية مقارنة. مكتبة الجلاء الجديد.

^{١٨} جميعي، عبد الباسط (1980). مبادئ المرافعات (ص. ١٨٢). دار الفكر العربي، ص ١٨٢.

^{١٩} القطان، محمد سامر (2024). شرح قانون الإجراءات المدنية الإماراتي وفقاً للمرسوم بقانون اتحادي رقم ٤٢ لسنة ٢٠٢٢. دار النهضة العلمية، ص ٤٥.

^{٢٠} عبيد، محمد (١٩٩٤). نظرية الدولة. مطابع البيان التجارية، صفحة 483.

^{٢١} انظر في سبيل ذلك، الفصل الثالث من المرسوم بقانون اتحادي رقم (٣٢) لسنة ٢٠٢٢ في شأن السلطة القضائية الاتحادية، مرجع سابق.



المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف والمحكمة العليا "المحكمة الاتحادية العليا - محكمة تمييز دبي - محكمة نقض ابوظبي - محكمة تمييز رأس الخيمة"، وهذه المحاكم هي المحاكم الاساسية التي يقوم عليها التنظيم القضائي، غير ان اعمال مبدأ التقاضي على درجتين الذي ذكرناه سابقا يقتضي تقسيم هذه الطبقات إلى اثنتين، محاكم الدرجة الاولى "المحاكم الابتدائية"، ومحاكم الدرجة الثانية "محاكم الاستئناف"، ذلك ان المحكمة الاتحادية العليا ومحاكم التمييز، لاتعد درجة من درجات التقاضي، حيث انها محاكم قانون تتمثل وظيفتها في مراقبة حسن تفسير وتطبيق القانون من قبل محاكم الدرجة الاولى والثانية. هذا علاوة عن بعض الاختصاصات المحددة لها بموجب احكام القانون او احكام تشكيلها، وقد حدد دستور دولة الامارات العربية في المادة (٩٩) منه اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا^{٢٢}، ومنها اختصاصها بالفصل في المنازعات المختلفة التي تثور بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد، أو بين أية إمارة أو أكثر وبين حكومة الاتحاد وغيرها من الأمور.

وتنقسم محاكم القضاء المدني في الإمارات العربية المتحدة إلى محاكم اتحادية ومحاكم محلية. أما المحاكم الاتحادية فنقسم إلى محاكم اتحادية ابتدائية ومحاكم اتحادية استئنافية ثم المحكمة الاتحادية العليا. حيث تؤلف المحكمة الاتحادية الابتدائية من رئيس وعدد كاف من القضاة، ويكون بها دائرة أو أكثر لنظر المواد الجزائية ودائرة أو أكثر لنظر المواد المدنية والتجارية ودائرة أو أكثر لنظر المواد الإدارية ودائرة أو أكثر لنظر المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، ودائرة أو أكثر لنظر المنازعات المتعلقة بالمواد التخصيصية الأخرى، ويتولى الإشراف على المحكمة إدارياً رئيس المحكمة ويكون له نائباً من بين قضاتها يختاره رئيسها^{٢٣}، وعلى الصعيد المحلي ونظراً لأن المشرع الإماراتي الاتحادي جعل الانصراف في القضاء الاتحادي امراً اختيارياً فقد احتفظت إمارة دبي بقضائها المحلي وأصدرت قانون تشكيل المحاكم الخاص بها^{٢٤}، حيث ورد في المادة الثالثة القانون المشار اليه، بأن محاكم إمارة دبي تتكون من، محكمة التمييز - محكمة الاستئناف - المحكمة الابتدائية وهي محكمة الدرجة الاولى - المحاكم واللجان الخاصة التي يأمر الحاكم من وقت لآخر بتشكيلها ويكون مقر هذه المحاكم مدينة دبي.

أما ترتيب المحاكم في ابوظبي، فقد أصدر رئيس الدولة بصفته حاكماً لإمارة ابوظبي، قانون لتنظيم دائرة القضاء^{٢٥}، حيث جاء في الفقرة الاولى من المادة الاولى منه، على أن تُنشأ في الإمارة دائرة تسمى دائرة القضاء تتبع الحاكم مباشرة ويكون لها رئيس يعين بمرسوم اميري وتشكل في إمارة ابوظبي محاكم ابتدائية ومحاكم استئناف ومحكمة نقض وتكون بالمحاكم الابتدائية دوائر جزئية ودوائر كلية وتشكل المحاكم الابتدائية من الدوائر التالية: دوائر مدنية تجارية، دوائر جزائية، دوائر احوال شخصية، دوائر ادارية.

وقد اخذ المشرع بفكرة تقسيم المحكمة الواحدة إلى عدة دوائر متخصصة يتولى كل منها نظر عدد من المنازعات المطروحة امام القضاء وفي جانب اخر فقد انشأ المشرع ايضاً محاكم متخصصة عهد اليها الفصل في بعض انواع القضايا اقتصر العمل بنظام المحاكم المتخصصة على طبقة المحاكم الابتدائية وتتمثل المحاكم المتخصصة في محكمة الامور المستعجلة ومحكمة التنفيذ، ويجوز بناء على توصية مجلس القضاء انشاء محاكم متخصصة للنظر في منازعات معينة وتحديد اختصاصاتها ويجوز ان تضم المحكمة الواحدة دوائر ابتدائية واستئنافية ودوائر تنفيذ الاحكام الصادرة عنها^{٢٦}.

^{٢٢} انظر في سبيل ذلك المادة (٩٩) من دستور دولة الامارات العربية المتحدة.

^{٢٣} انظر في سبيل ذلك، الفصل الثالث من المرسوم بقانون اتحادي رقم (٣٢) لسنة ٢٠٢٢ في شأن السلطة القضائية الاتحادية، مرجع سابق.

^{٢٤} قانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٦ بشأن السلطة القضائية في إمارة دبي وتعديلاته.

^{٢٥} قانون تنظيم دائرة القضاء في ابو ظبي رقم 23 لسنة 2006.

^{٢٦} <https://www.adjd.gov.ae/AR/Pages/Courtss.aspx>



المبحث الأول:

أسباب بطء إجراءات التقاضي:

مشكلة البطء في إجراءات التقاضي مشكلة عالمية ولا تقتصر على دول معينة، وهذه المشكلة لها آثار سلبية كبيرة على نواحي الحياة المختلفة سواء الاقتصادية أو اجتماعية وعلى الاستثمارات المحلية والأجنبية، وتأثيرها على الحياة الاجتماعية يأتي عبر التأثير على حقوق وحريات المواطنين، وهناك تأثيرات محتملة على الأمن حيث أن تأخير الفصل في القضايا قد يدفع ببعض أصحاب الحقوق المغتصبة إلى العنف لاسترداد حقوقهم بل ثبت أن الكثير من المتقاضين يستغلون طول إجراءات التقاضي في عدم رد الحقوق في مواعيدها، فظاهرة بطء التقاضي تحول دون التقدم والتنمية. وتكمن عوامل البطء في التقاضي لأسباب تتعلق بالتشريع والقضاء وأسباب تتعلق بالخصوم ووكلاءهم، وجود بعض الأنظمة والقواعد الإجرائية التي تسدي الي بطء التقاضي أو عرقلة سير الدعوى بالصورة التي تحقق العدالة في الوقت المناسب، أو هي تلك الإجراءات الشكلية لتوزيع العمل والدعوى على المحاكم التي من شأنها في ذاتها، أو باستغلال الخصوم وأعوان القضاء لها أن تسدي إلى تأخير الفصل في القضايا وتكديس القضايا بالمحاكم^{٢٧} وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين، حيث سنتناول الأسباب التشريعية والقضائية في الفرع الأول، والأسباب التي ترجع للخصوم في الفرع الثاني.

المطلب الأول:

الأسباب التشريعية:

على الرغم من تطور التشريعات المتعلقة بإجراءات التقاضي في دولة الامارات العربية المتحدة، إلا أن التأخر في الفصل في القضايا مازال قائماً، ومن اسباب ذلك بعض التشريعات المعمول بها، حيث ان درجات التقاضي المعتمدة والمعمول بها في النظام القضائي في الدولة بشقيه الاتحادي والمحلي تتوزع على ثلاث درجات – الدرجة الاولى وهي المحاكم الابتدائية الجزئية ، والكلية، بالإضافة الى الدرجة الثانية وهي محاكم الاستئناف وايضاً محكمة النقض/ابوظبي وتميز دبي، وتميز راس الخيمة، والمحكمة الاتحادية العليا ، وان كانت لا تعتبر بحد ذاتها درجة من درجات التقاضي، الا هذه المنظومة القضائية المتسلسلة وان كانت موجودة لضمان العدالة وتمحيصاً للنزاعات بين الاطراف قبل اصدار الاحكام عليها، الا انها ايضاً تؤدي إلى البطء في الاجراءات وذلك للصعوبات التي تواجه الخصوم امام هذه المحاكم، كما وان طبيعة عمل وأداء المحاكم بوجه خاص يختلف عن المؤسسات والهيئات الاخرى التي يتطلب عملها قدراً وافراً من الشفافية لأنه لا يمكن بطبيعة الحال قياس اداء المحاكم بالنظر لأدائها وطبيعة عملها بالجهات الادارية والتنفيذية الاخرى بنفس المعايير. وعلى الرغم من ان الوسائل البديلة لفض المنازعات (مثل التوفيق والوساطة)، التي تجيز للأطراف إنفاذاً لاتفاق الوساطة اللجوء مباشرة إلى المركز لتسوية النزاع بينهم، وذلك قبل رفع الدعوى القضائية^{٢٨}. وتلعب الوسائل البديلة دوراً مهماً في تشجيع الأطراف على التوصل إلى حلول ودية عبر التفاوض أو التسوية المباشرة، أو حتى من خلال اللجوء الى التقاضي الخاص (التحكيم) مما ساهم في تقليل عدد القضايا المعروضة على المحاكم، الا ان تعدد بعض التشريعات الاجرائية والإحالة في فض بعض المنازعات الى اختصاص اللجان القضائية ، فقد أجاز المشرع تفويض الاختصاص للإمارات المحلية بتشكيل لجان خاصة لفض المنازعات الايجارية خروجاً عن الأصل العام باختصاص المحاكم^{٢٩}، وعلى الرغم من فضل هذه اللجان، في توفير آليات فعالة لحل النزاعات بسرعة، مما يسهم في الحد من بطء التقاضي التقليدي وتحقيق العدالة بصورة أسرع وأكثر

^{٢٧} أبو العلا، محمد. (٢٠١٥). البطء في التقاضي الأسباب والحلول. جمهورية مصر العربية. دار الجامعة العربية، ص ٦٦.

^{٢٨} مرسوم بقانون اتحادي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٢٣ في شأن الوساطة والتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية

^{٢٩} المادة (٢٥) من قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق



كفاءة، إلا أنه خلق بعض المشكلات التي ساهمت في بطء إجراءات التقاضي فعلى سبيل المثال لا الحصر يختص مركز التوفيق والمصالحة في ابوظبي في معالجة الخلافات المدنية والتجارية بطريقة ودية دون رسوم قبل إحالتها للمحكمة، ومعظم الدعاوى المدنية والتجارية مثل المطالبات المالية لا يجوز أن تقدم للمحكمة قبل أن تعرض على التوفيق والمصالحة، وتوزع مراكز التوفيق والمصالحة في أبوظبي ولديها أفرع في منطقة العين ومنطقة الظفرة^{٣٠}، وإيضاً لجنة تسوية المنازعات الخاصة بشكاوى المستهلكين في ابوظبي ومثلها الكثير من اللجان، في الوقت الذي تبين أنها تشريعات جامدة وليست مرنة، فمع كثرة التشريعات أصبحت العديد من القضايا تقام امام محاكم غير تلك المختصة بها ومن ثم تنتهي بالإحالة بموجب حكم قضائي بعدم الاختصاص، مما يؤدي الى اطالة امد التقاضي، على عكس قصد المشرع من ذلك.

أمثلة على لجان فض المنازعات في الإمارات:

- x لجنة فض المنازعات الإيجارية: تختص بالنظر في النزاعات بين المؤجرين والمستأجرين.
 - x لجنة فض المنازعات العمالية: تنتظر في الخلافات بين العمال وأرباب العمل.
 - x لجان التحكيم التجاري: تنتظر في النزاعات التجارية من خلال التحكيم كبديل عن القضاء.
- وعليه فإن بعض التشريعات تحتاج لتمحيص لإعادة هيكلتها حيث ان هنالك عيوب تشريعية تؤدي لبطء في اجراءات التقاضي كذلك التشريعات التي تجعل النزاع يعرض على مرحلتين^{٣١} بأن يتطلب المشرع صدور حكم قضائي نهائي للفصل في الحق ذاته، ومثال لذلك قضايا التعويض في حالة وجود نزاع جنائي سابق كالتعويض عن الاصابة الخطأ والقتل الخطأ، حيث يتعين الانتظار لرفع دعوى التعويض الموضوعية حتى يتم الفصل في الدعوى الجنائية بحكم نهائي بات.

المطلب الثاني:

الاسباب القضائية:

على الرغم من أن مسيرة القضاء في دولة الامارات العربية المتحدة حققت قفزات نوعية كبيرة قياساً بشفافية وسرعة البت في القضايا ضمن منظومة حفظ الحقوق والواجبات التي تنطلق دائماً من اسس العدالة للمتقاضين، إلا أن التأخير في الفصل في القضايا مازال يراوح مكانه. حيث يتمثل مفهوم البيروقراطية في تعقيد الإجراءات والقوانين والتعليمات الواردة من الجهات الرسمية، مما يؤثر بشكل مباشر على العمل القضائي ويسبب تأخيراً في تقديم العدالة. حيث تتسبب البيروقراطية في إضافة عناصر غير ضرورية للإجراءات القضائية مما يؤدي إلى تعقيد العمل واستهلاك الوقت والجهد. كما تؤثر البيروقراطية على الشكل النهائي للقرارات القضائية الذي يمكن أن يسبب القلق في صفوف المتقاضين.

لذا نجد ان الدولة بادرت وفي إطار جهودها المستمرة في الارتقاء بعملية التقاضي بإنشاء ادارة للدعوى من واجباتها القيام بكل اجراءات الدعوى المعروفة وترك امر الفصل في موضوع الدعوى للقاضي المختص لكي لا ينشغل بالأمر الجانبيه الاخرى مثل اعلان الخصوم والخبراء والشهود حتى لا يطيل امد التقاضي، وسنتناول هذه الاسباب فيما يلي:

١. إجراءات الإعلان والتبليغ للخصوم: قد يجد القضاء بعض الصعوبة في إعلان لائحة أو مذكرة الدعوى في بعض الحالات منها، إذا كان مندوب الإعلان لا يستدل بوضوح على المكان المراد إعلان الخصم فيه، إذا كان جديداً في عمله ولا يعلم المناطق بشكل جيد، أو لم يستدل للخصم على محل إقامة داخل البحرين أو يكون خارج البلاد عند توجيه الإعلان إليه أو تعذر التعرف على عنوانه الجديد في حال تغير مكان سكنه، وقد تكون هناك إشكالية فيمن قام بتغيير عنوانه دون إخطار الجهة المختصة بعنوانه الجديد، وقد يتحایل الخصوم بالإطار

^{٣٠} الأسئلة الشائعة لقسم التوفيق والمصالحة (adjd.gov.ae).

^{٣١} الأخرس، نشأت، (2008). شرح قانون أصول المحاكمات المدنية: دراسة مقارنة (الجزء الأول). دار الثقافة للنشر والتوزيع، صفحة



المذكور لتجنب تمام التبليغ، فكل تلك الإشكالات قد يترتب عليها طول أمد التقاضي حتى يكتمل الشكل القانوني المطلوب.

٢. تأخير إعداد الرأي الفني من قبل الخبراء:

تعد مهنة الخبراء من أهم المهن وأخطرها، لأن صلاح هذه الطائفة يصل للعدالة، لذلك وجبت العناية باختيار الخبراء والتشدد في مراقبة سلوكهم، والتحقق من كون من يتقدم منهم للاشتغال بهذه المهنة ممن تتوافر فيه الكفاءة والبعد عن الشبهات وعدم وجود مانع قانوني لا يستطيع معه الخبير ممارسة عمله، وذلك لما تعتمد عليه بعض الأحكام القضائية من أعمال الخبراء^{٣٢}

وللخبير أهمية بالغة في الدور الذي يقوم به والمهمة الموكلة اليه فإن الاستعانة بالخبراء أصحاب الخبرات البسيطة والمحدودة من شأنه أن يؤدي إلى بطء في سير الدعوى، أو يؤدي إلى الإضرار بالعدالة والإخلال بمصلحة الخصوم من حيث التأخير في الفصل في الدعوى وزيادة المصروفات والرسوم والفوائد، حيث يستطيع الخبير تأخير السير في الدعوى بحجة عدم انتهاء المعاينة أو عدم الانتهاء من كتابة التقرير الذي يقدم للمحكمة المختصة^{٣٣}.

فالخبراء بمختلف تخصصاتهم من بين أهم الأجهزة المعاونة للقضاء، ومن واجبات الخبير مزاولة مهنة الخبرة من خلال بيت خبرة مرخص في مجال تخصصه لمباشرة أعمال الخبرة، وفق الشروط والضوابط التي المحددة في القانون ولائحته التنفيذية^{٣٤}، ومن بين أهم المشاكل التي تتسبب في تأخير الرأي الفني هو تأخير تبليغ الأطراف بالخبرة، وبطء وصعوبة التواصل وتجهيز جميع المستندات والأوراق المطلوبة ما بين الأطراف والخبير، وعدم جاهزية الخبير للاجتماع بالأطراف أو لإعداد التقرير بطرق فنية مبتكرة واکث دقة وتخصص تحت رقابة القضاء، وعلى الرغم من صدور قانون لتنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية^{٣٥}،

الا اننا من واقع عملي نرى الحاجة لإصدار مزيد من الضوابط لكيفية قيام الخبراء بأعمالهم المنتدبين إليها من قبل المحاكم، وإعداد جداول تنظيمية تبعاً لتخصصاتهم وتحديد زمن محدد وملزم لهم وأعمال القضاء لرقابة اشد بهذا الشأن بناءً على ما يثيره الخصوم في مذكراتهم الاعتراضية على أعمال الخبرة وإيجاد مراكز متخصصة لتأهيل الخبراء وتجديد ترخيصهم.

٣. تباعد الجلسات، قد تتبع بعض المحاكم ولكثرة القضايا الجارية المنظورة للتأجيلات الواسعة، التي قد يتضرر جرّاءها أطراف الدعوى وأصحاب الحقوق تحديداً، فهنا نجد بأن تفعيل جانب الرقابة من قبل التفيتش القضائي قد يكون إليه دور إيجابي لضبط وتسريع سير القضايا في المحاكم.

ومن الجدير بالذكر أن مشكلة محاولة إطالة أمد التقاضي، قد تدفع العديد من الأفراد إلى إجراء مصالحات بينهم خارج القضاء للحصول على حقوقهم منقوصة بدلاً من الحصول عليها كاملة بعد انقضاء سنوات طويلة. كما أن بعض القضاة يستجيبون لطلبات بعض الخصوم بالتأجيل في القضايا على أمل أن يتم صلح أو تسوية فيها خصوصاً بالقضايا الشرعية، كتأجيل دعوى متعلقة بنفقة زوجية مستعجلة أو نفقة أولاد مثلاً، فيكتثرون التأجيلات التي لا طائل من ورائها إلا أن يتكد الطرف المتضرر عبء الانتظار ويكسب الطرف الآخر وقتاً أكبر للمماطلة، فهنا تكون خسارة الطرف المتضرر أكبر مع مرور الزمن الذي ينتظره القاضي على أمل الصلح وإنهاء الموضوع بالتسوية.

^{٣٢} عبيدات، يوسف. (٢٠١٢). شرح أحكام الأثبات الاماراتي. مكتبة الجامعة دولة الإمارات العربية، الشارقة، ص ٢٦٧.

^{٣٣} المهيري، ابتسام. (٢٠١٨). تيسير إجراءات التقاضي من خلال التنظيم القانوني لطرق الإعلان القضائي. رسالة ماجستير. جامعة الإمارات العربية المتحدة. ص ١٥.

^{٣٤} المرسوم بقانون اتحادي رقم (٢١) لسنة ٢٠٢٢ في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، ولائحته التنفيذية.

^{٣٥} المرجع السابق.



٥. صعوبة تنفيذ قرارات التنفيذ، لعدم إعلان الخصم المحكوم ضده «المدين» في بعض الحالات، وتعذر إتمام الإعلان أحياناً بسبب تحايل المدينين المنفذ ضدهم أو تملّصهم وطرقهم الملتوية في عدم التجاوب، وعدم اتباع الجهاز التنفيذي لأسلوب الجبر بالصورة الصحيحة، كما أن نظام الجلسات البعيدة، وعدم وجود تكامل ما بين الجهاز التنفيذي والشرطة لمتابعة تنفيذ الإجراءات أو لأبأول، ونرى أن يستبدل نظام الجلسات في التنفيذ بالنظام الإلكتروني الذي يتمكن بواسطته المحكوم له (الدائن) من التنفيذ والسير بالإجراءات مباشرة بعد صدور الحكم ودون وجود نظام الجلسات والاستعاضة عنه بالنظام الآلي المباشر، كما هو معمول به في بعض الدول، وقد سعى المشرع الإماراتي الى حل هذه الإشكالية من خلال التعديلات التي اجراها على قانون الإجراءات المدنية باتباع الطرق الحديثة في الإعلان، حيث بين ان طرق إعلان الخصوم تتم بواسطة القائم بالإعلان بالطرق العادية. فإذا تعذر الإعلان بها يتم الإعلان بالطرق الاستثنائية بالنشر أو اللصق، ويتم إعلان الخصوم بناء على أمر المحكمة بواسطة القائم بالإعلان أو بالطريقة التي يحددها القانون ومن ذلك استعمال الطرق التقليدية والحديثة في الإعلان، فإذا تعذر ذلك تم الإعلان بالطريق الاستثنائي الذي رسمه المشرع بما في ذلك الإعلان بالنشر أو اللصق^{٣٦}.

المطلب الثالث:

الاسباب التي ترجع للخصوم:

إن تمرس بعض المتخاصمين في اجراءات التقاضي جعل منهم خبراء في استغلال علمهم بالإجراءات المدنية في إطالة امد التقاضي لأكل اموال الناس بالباطل وعدم رد الحقوق إلى اصحابها في مواعيدها. أما بعض المحامين - العنصر الثاني في كيفية وسرعة وبطء سير التقاضي - باعتبارهم يمثلون الخصوم ويتولون الدفاع عنهم لا سيما أنهم أصحاب الدور الأكبر في صياغة العقود وصحف الدعاوى، وذلك من خلال علم بعضهم التام بكافة الجوانب الشكلية والموضوعية في القوانين يعطيهم الفرصة في استغلالها والاستفادة منها في إطالة أمد التقاضي، ومنها عدم جدية التأجيلات، فقد يعتمد بعض الخصوم لأسلوب المماطلة وقد لا يتفطن بعض القضاة لذلك، وقد يلجأ بعض المحامين إلى محاولة إطالة التقاضي من خلال تأجيل الجلسة لأكثر من مرة لعدم حضور خصومهم وتعمد غيابهم والتأجيل لتقديم البيانات التي لا يقدمها في النهاية، والهدف كسب المزيد من الوق، حيث لم يرتب قانون الإجراءات المدنية اثر مباشر على تأخر الخصوم في تقديم دفاعهم ودفعهم اسوة ببعض التشريعات المقارنة،

كما ويؤدي عدم إلمام الخصوم وبعض المحامين، بالجوانب الإجرائية لاسيما السابقة على بدء المنازعة القضائية وطرق صياغة صحيفة الدعاوى وتقديم البيانات والادوار القانونية للأطراف ، مثل الدعاوى التي تحتاج الى توجيه اذار عدلي قبل قيدها، مما قد يؤدي في النهاية بعدم قبولها الشكلي ويؤدي لضياح وقت كثير على سير العملية القضائية، وبعاد النزاع مرة اخرى من بدايته، بعد ان مضى عليه الوقت الطويل، ناهيك عن اضاعة وقت المحاكم وانشغالها بهذه الدعاوى والذي يؤدي بذات الوقت لإطالة امد نزاعات اخرى اكثر اهمية وحاجتها ملحة، وايضاً من الاسباب التي تعود للخصوم ووكلائهم، عدم جدية التأجيلات، حيث يعتمد بعض الخصوم لأسلوب المماطلة وقد لا يتفطن القضاة لذلك، وقد يلجأ بعض المحامين إلى محاولة إطالة التقاضي من خلال تأجيل الجلسة لأكثر من مرة لعدم حضور خصومهم وتعمد غيابهم والتأجيل لتقديم البيانات التي لا يقدمها في النهاية، والهدف كسب المزيد من الوق، لاسيما فيما عرف انه في موقف ضعيف في الدعوى، وقد تهدف هذه المماطلات ايضاً لإرهاق الخصم الاخر واستنزاف طاقاته المادية والمعنوية، وجعله يقبل بالصلح المضر او التخلي عن دعواه نهائياً لعدم شعوره بالإنتاجية ، ومن الاسباب ايضاً، دخول الأفراد في علاقات قانونية

^{٣٦} _ المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٨٦٦ لسنة ٢٠٢٢ ق | تاريخ الجلسة ١٧ / ١٠ / ٢٠٢٢.



وإبرامهم تصرفات (كالعقود مثلاً) من دون وجود غطاء قانوني محكم ينظم العلاقة بين الأطراف ويضمن حقوقهم، ما يحملهم وقت وجهد إضافيين، بل وتطول قضاياهم في المحاكم.

المبحث الثاني:

سبل تيسير إجراءات التقاضي وتصفير البيروقراطية:

ان تيسير اجراءات التقاضي هم يؤرق المشرع الاماراتي لذا اينما كان هنالك حل او اسلوب لتيسير هذه الاجراءات لجأ اليه المشرع وذلك لمساعدة المتنازعين للوصول إلى حلول سريعة تقصر امد النزاع ورد الحقوق إلى اهلها بأقصر الطرق وأسرعها، من اجل إزالة كافة اسباب الضغائن والمشاحنات من النفوس، لذا وضع المشرع لجان التوفيق والمصالحة جنباً إلى جنب مع المحاكم المعتمدة بدرجاتها المختلفة، وقطعت دولة الامارات العربية المتحدة شوطاً كبيراً لتعزيز التحول الرقمي والذكي في مختلف القطاعات، ويأتي هذا التحول ضمن الجهود الحثيثة لتطوير قطاع العدالة من ضمن مهام التطوير الذي تشهده الدولة في كافة القطاعات من اجل التحول الرقمي والذكي، مما يعكس الاهتمام الكبير بتحسين جودة الخدمات القضائية وتطوير العمل القضائي بشكل عام.

وسنتناول هذه الممكنات من خلال فرعين، نتناول في الاول عن الاجراءات قبل الحماية القضائية، وفي الثاني ما بعد اللجوء للحماية القضائية، ثم نتحدث في المطلب الثالث عن دور التعديلات الاجرائية في الحد من بطء اجراءات التقاضي.

المطلب الأول:

الإجراءات قبل اللجوء للحماية القضائية:

إن لجوء الأطراف إلى طرق من شأنها تيسير عملية حل المنازعات بينهم كان من ضمن هموم المشرع الاماراتي الذي ما زال يطبق كل الحلول التي تسهل عملية التقاضي بين المتخاصمين، ولهذا صدر القانون اتحادي بإنشاء لجان التوفيق والمصالحة بالمحاكم الاتحادية بدولة الامارات العربية المتحدة³⁷، وكان الغرض من هذه اللجان تحقيق مصلحة المتقاضين، حيث تختص هذه اللجان بتسوية المنازعات المدنية والتجارية أياً كانت قيمتها وكذلك المنازعات غير المقدرة القيمة بطريق الصلح، وتعكف دولة الامارات العربية المتحدة على تطوير تشريعاتها بهذا الشأن لسد الفجوات التي قد تؤدي إلى إطالة امد التقاضي³⁸.

وبالإضافة إلى ذلك، هنالك لجان تختص بالمنازعات الاجارية منفصلة عن لجان التوفيق والمصالحة في الامارات الاغضاء في الاتحاد، فعلى سبيل المثال يهدف مركز فض المنازعات الإيجارية في إمارة دبي إلى إيجاد منظومة قضائية متخصصة في النظر في المنازعات الإيجارية، وتطوير إجراءات البت في هذا النوع من المنازعات من خلال آلية سريعة ومبسطة، وذلك لغايات تحقيق الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي لكافة المعنيين بقطاع تأجير العقارات والقطاعات المرتبطة به، دعماً للتنمية المستدامة في الإمارة³⁹، وبالطبع إذا كانت هذه اللجان تفصل في المنازعات بسهولة ويسر دون تعقيد فبدون شك سيرتادها جميع اصحاب الحقوق لاستيفاء حقوقهم، الا انها لا تشمل جميع النزاعات فمثلاً يستثنى من اختصاصها المنازعات الناشئة عن عقود الإيجار طويلة الأمد، وهذا ما يعتبره بعض الممتازين عین اطالة لأمد النزاعات التي لا يمكن حلها ودياً، هذا من جانب، ومن جانب اخر إذا تحدثنا عن الطرق البديلة قبل اللجوء الى المحاكم وحمايتها القضائية يتبادر إلى الاذهان اتفاق التحكيم، الذي يعتبر من اهم الوسائل البديلة لفض المنازعات التي يستعاض بها عن اجراءات التقاضي لدى المحاكم العادية باعتباره طريق تقاضي خاص ولا يستغرق امداً طويلاً في الاجراءات إذا ما تم

³⁷ القانون الاتحادي رقم (١٧) لسنة ٢٠١٦ بإنشاء مراكز التوفيق والمصالحة في المنازعات المدنية والتجارية وتعديلاته.

³⁸ القانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ٢٠٢١ بتعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم (١٧) لسنة ٢٠١٦ سالف الذكر.

³⁹ انظر في سبيل ذلك، المرسوم رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٣ بشأن مركز فض المنازعات الإيجارية في إمارة دبي.



تطبيقه وفقاً لإرادة الأطراف، والذي يجب لصحة انعقاده ان يبرم من الشخص الطبيعي الذي يتمتع بأهلية التصرف في الحقوق أو من ممثل الشخص الاعتباري المفوض في إبرام الاتفاق على التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً^{٤٠}، إلا أنه تجدر الإشارة إلى عزوف الأفراد عن اللجوء إليه، والسبب الرئيس في ذلك يتمثل في ارتفاع تكاليفه وعدم المام البعض بشروطه وكيفية اللجوء إليه وعدم إمكانية اللجوء إليه في كافة المنازعات وفق ما اسلفنا، وايضاً لا يحد وجود اتفاق التحكيم من إرادة الأطراف باللجوء للقضاء إذا لم يعترض الخصم، وللمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفع في موضوع الدعوى، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن الاتفاق على التحكيم باطل أو يستحيل تنفيذه. هذا فضلاً إلى اختصاص المحاكم في النظر في النزاعات المتعلقة باتفاق التحكيم وصحته^{٤١}، وقد يستفيد البعض من ذلك في رفع نزاعات للمحاكم بشأن اتفاق التحكيم بهدف المماطلة وإطالة أمد التقاضي.

المطلب الثاني:

الإجراءات بعد اللجوء للحماية القضائية:

عملية التقاضي محكومة بإجراءات محددة تجد مكانها فيما يطلق عليه بالقانون الاجرائي وهو يتمثل اساساً بقانون الاجراءات المدنية^{٤٢} وما يلحق ويتعلق به من قواعد قانونية وما يجدر ذكره ان عملية التقاضي نفسها تتم عندما يطلب خصم حقه من آخر أو عندما يطلب حماية أو تقرير هذا الحق في مواجهة خصم آخر. وفي الغالب الاعم فإن إجراءات التقاضي تتم بين شخصين (مدعى ومدعى عليه) أو أكثر فضلاً عن حق كل طرف من اطراف عملية التقاضي في القيام بإجراءات معينة نحو طلب شهوده وخبراء مختصين يتم احضارهم في القضية المعنية حسب طبيعة الحال وهذه الاجراءات تحتاج إلى جلسات مختلفة ومتتالية وقد يكون اطراف الخصومة حاضرين امام المحكمة وقد يحتاج بعض الخصوم إلى إعلامهم للحضور بالطرق المعروفة سابقاً وإحضار الشهود للمحكمة يحتاج ذلك تبليغ رسمي والتبليغ أو الاعلان القضائي نظمه المشرع الاماراتي كجزء اصيل لا يتجزأ من اجراءات التقاضي وقد قرر هذا في متن قانون الاجراءات المدنية.

وهناك اجراءات اخرى تحملها عملية الاعلان القضائي وهي انها تحمل اهمية كبيرة للخصوم والمحكمة والمجتمع كافة، فبالنسبة للخصوم الاعلان يساعد في تحقيق مبدأ المواجهة وهو الذي يعزز حق الخصوم في الدفاع عن انفسهم، ومن الاهمية بمكان التنويه إلى ان مبدأ المواجهة هو من المبادئ الاساسية التي يقوم عليها التقاضي، ومن هنا يتضح ان اللجوء للحماية القضائية يعني ان المواجهة الشخصية العشوائية تزول ويحل محلها مواجهة منظمة يديرها القاضي ويتحمل نتائجها الشخص المحكوم عليه^{٤٣}، وهذا مفاده ان اجراءات التقاضي بعد اللجوء للحماية القضائية تبدأ بطابعها التسلسلي وهي اجراءات تسجيل الدعوى ومن ثم اعلانها وإعلان الخصوم وكل من له شأن بالدعوى مثل الشهود والخبراء وهذه الاجراءات تتولاها المحكمة مما يساعد في تحقيق صحة الاحكام القضائية. إذاً الاجراءات القضائية تمر بمراحل عدة منها اجراءات المحكمة الابتدائية ومن بعدها اجراءات المحكمة الاستئنافية إذا استدعى الامر وكذلك محكمة النقض أو التمييز إلى ان تصل إلى المحكمة الاتحادية العليا، ولكل من السلطات القضائية الاتحادية أو المحلية أن تطلب من الأخرى أن تباشر نيابة عنها أي إجراء قضائي متعلق بدعوى قيد النظر أو تحقيق قضائي، وذلك وفقاً للإجراءات المحددة في القانون^{٤٤}، هذا وفي هدف لتبسيط إجراءات التقاضي وتيسيرها وتصفير البيروقراطية في هذا القطاع الهام، فقد خطت محاكم دولة الإمارات في نظر وتداول الدعاوى القضائية خطوة هامة من خلال استخدام الوسائل الرقمية التي

^{٤٠} _ قانون اتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٨ بشأن التحكيم، وتعديلاته.

^{٤١} _ المرجع السابق.

^{٤٢} _ المرسوم بقانون اتحادي رقم (٤٢) لسنة ٢٠٢٢ بإصدار قانون الإجراءات المدنية.

^{٤٣} _ القطان، محمد. مرجع سابق، ص ٤٦.

^{٤٤} _ القانون اتحادي رقم (١٠) لسنة ٢٠١٩ بتنظيم العلاقات القضائية بين السلطات القضائية الاتحادية والمحلية



تمكن الأطراف المتقاضية من حضور الجلسات عن بعد مع الحفاظ على وسائل الأمان والسرية المطلوبة، وتستهدف وزارة العدل تحويل ٨٠٪ من قضايا المحاكم الاتحادية لنموذج التقاضي عن بعد بنهاية العام ٢٠٢١.^{٤٥}

المطلب الثالث:

دور التعديلات الاجرائية في تصفير البيروقراطية والحد من بطء اجراءات التقاضي:

التطور والتغيير في حاجات الجماعة في أي مجتمع يحتاج إلى تطوير القانون وتعديل في احكامه وهذا - بلا شك - يأتي بعد استشعار المشرع أياً كان وجود ثغرات يبرزها الواقع العملي في القانون لا بد من تلافيها بقواعد قانونية معدلة، هنا يبرز لنا دور المشرع الاماراتي في تعديل قانون الاجراءات المدنية^{٤٦}، حيث سعى هذا القانون إلى مواكبة التطورات الحديثة والتطوير الرقمي والذكي في قطاع العدالة في دولة الإمارات بهدف تحسين كفاءة الخدمات القضائية وتصفير البيروقراطية وتسريع الإجراءات القضائية. كما سعت التشريعات الحديثة وفق توجه الدولة إلى تحسين الوصول إلى العدالة للمواطنين والمقيمين بتقديم خدمات أكثر شمولاً وفاعلية، ومن بين الأهداف أيضاً توفير بيئة قانونية تحفز على الاستثمار وتعزز الشفافية والنزاهة، هذا بالإضافة إلى تحقيق التوازن بين حماية حقوق الأفراد وتطوير آليات فعالة لتنفيذ الأحكام القضائية وتحقيق العدالة والانصاف من أجل إزالة بعض الثغرات التي كانت موجودة في قانون الإجراءات المدنية السابق^{٤٧}.

ولتقييم التعديل الجديد في قانون الاجراءات المدنية لا بد من ذكر ما تم تعديله حيث تم استخدام وسائل التقنية الحديثة في إجراءات المحاكمة ونظر الجلسات عن بعد، حيث نص في المادة (١) من القانون^{٤٨}، على تحديد إجراءات المحاكمة عن بعد في إجراءات التقاضي المدنية - غير الجزائية - التي تُباشر باستخدام وسائل الاتصال عن بعد، أو عبر الوسائط الإلكترونية، لتحقيق الحضور عن بعد وتبادل المستندات والمذكرات، وتشمل قيد الدعوى وإجراءات الإعلان، وإجراءات المحاكمة أمام مكتب إدارة الدعوى وأمام المحكمة المختصة، وإصدار الأحكام^{٤٩}، حيث نص القانون على إجراء الإعلانات القضائية، بواسطة الرسائل الهاتفية أو البريد الإلكتروني أو الاتصال هاتفياً وغيرها من الوسائل الإلكترونية على أن تتضمن الإعلانات القضائية أن المحاكمة ستتم عن بعد ويشمل الإعلان آلية استخدام التقاضي عن بعد، وبين القانون وجوب أن يتضمن الإعلان القضائي رابط الكتروني يمكن من خلاله لأطراف الدعوى الدخول من خلاله و التمثول عن بعد بجلسة المحاكمة في الموعد المحدد، كما حدد القانون على أنه يتعين على الأطراف عند تقديم الطلبات والدعوى، أن يزود المركز بالبيانات الخاصة بموكله (صورة وبيانات الهوية والبريد الإلكتروني ورقم الهاتف المحمول للشخص الطبيعي، وصورة وبيانات الرخصة التجارية ورقم الهاتف الثابت للشخص الاعتباري)^{٥٠}.

⁴⁵ <https://u.ae/ar-ae/information-and-services/justice-safety-and-the-law/litigation-procedures/virtual-litigation>

^{٤٦} _ المرسوم بقانون اتحادي رقم (٤٢) لسنة ٢٠٢٢، مرجع سابق

^{٤٧} _ القماري، فهيمة احمد. (2023). الوسيط في الشرح والتعليق على قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة: مرسوم بقانون اتحادي رقم (42) لسنة 2022. الدار العربية للنشر والتوزيع، ص ١٤٢.

^{٤٨} _ المرجع السابق.

^{٤٩} _ عرف المرسوم بقانون اتحادي رقم (٤٢) لسنة ٢٠٢٢ (المرجع السابق) الاتصال عن بعد، بأنه استخدام وسائل التواصل المرئي والمسموع بين طرفين أو أكثر في المحاكمة عن بعد، كما عرف الوسائط الإلكترونية، بأنها الهواتف الذكية والأجهزة اللوحية وأجهزة الحاسب الآلي، والفاكس، وغيرها من الوسائط التي تستخدم وسائل التقنية الحديثة في التواصل، وتكون ذا قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو مؤتمنة أو ضوئية أو ما شابه ذلك، وايضاً عرف القيد الإلكتروني، بأنه قيد الدعوى وطلبات استصدار الأوامر القضائية بالسجلات الإلكترونية بالمحكمة، كما عرف الإعلان الإلكتروني، بكونه أي إعلان قضائي باستخدام وسائل التقنية الحديثة.

^{٥٠} _ المادة (٢) من المرجع السابق.



وايضاً تم استحداث إدارة خاصة تسمى ادارة الدعوى المدنية كجهة مستحدثة لها من دور كبير تلعبه في سرعة الفصل في القضايا، حيث أتضح ان مكاتب ادارة الدعوى تلعب دورا كبيرا في تسريع اجراءات التقاضي امام محاكم الدولة، وذلك من خلال مهامها في تسليم وتسلم المستندات وتقارير الخبرة المتعلقة بالدعاوى القضائية المرفوعة من الخصوم في مواعيد زمنية محددة وكذلك متابعة استيفاء الاجراءات القضائية وتوفير المستندات الدالة على موقف كلا من الخصمين كما أن مكتب ادارة الدعوى يتابع اجراء الاعلان القضائي كون موضوع الاعلان من المسائل التي ينبغي متابعتها بدءاً من وقت قيد الدعوى بشكل جدي، وهذا التعديل ترك للقاضي التفرغ الكامل للفصل في الدعوى ولمكتب ادارة الدعوى متابعة شؤون الدعوى في بدايتها وخاصة موضوع الاعلان بحيث لا ينشغل القاضي بمتابعة مدى وقوع الاعلان من عدمه وهذا بكل تأكيد يوفر وقت المحكمة ويسهل عمل القاضي ويساعد في حسن سير مرفق العدالة وقد ادى هذا التعديل كذلك إلى خفض الزمن الذي تستغرقه الدعوى، ففي محكمة دبي المدنية تستغرق الدعوى في المحكمة الجزئية حوالي (72) يوماً بحد اقصى فيما تستغرق الدعوى في المحكمة الكلية (147) يوماً بحد اقصى^{٥١}.

ومن جانب آخر فإن التعديل الجديد في القانون قد استحدث جهات جديدة للقيام بعملية الاعلان حيث أقر استبدال كلمة مندوب الاعلان بكلمة القائم بالإعلان وأبقى على الجهتين اللتين كانتا من قبل التعديل وهما، مندوب الاعلان الموظفين في المحكمة وموظفي الشركات او المكاتب الخاصة المتعاقد معها، كما اقر استحداث قاعدة جديدة تفيد امكانية اجراء الاعلان من خلال اشخاص اخرين هم الخصوم أنفسهم (المدعي - الوكيل)^{٥٢} كما مكن التعديل الخصوم مدعين ومدعى عليهم من الاتفاق على الوسيلة التي يرونها ملائمة في الاعلان. وأيضاً استحدثت المشرع قواعد جديدة بجهة تسلم الاعلان، وهي تتعلق بالطرف المراد اعلانه او متسلم الاعلان حيث اضاف اشخاصا جدد يمكنهم تسلم الاعلان عوضا عنه كما اجاز اجراء الاعلان في أماكن جديدة تخص المراد اعلانه (التعديل المتعلق بخدم المعني بالذات - التعديل المتعلق بعمال السفن التجارية).

وأيضاً من القواعد المستحدثة التي تعتبر تميزاً من جانب المشرع الاماراتي وتساهم بشكل فعال في تيسير إجراءات التقاضي وتصفير البيروقراطية وتشجع على جذب الاستثمار، هو ما أورده من تفويض لرئيس مجلس القضاء الاتحادي أو رئيس الجهة القضائية المحلية حسب الأحوال، أن يُقرر في بعض الدوائر المخصصة لنظر المنازعات المتعلقة بالمواد التخصصية، أو في دعوى محددة، أو في بعض الدعاوى، أن تكون لغة المحاكمة والإجراءات والأحكام والقرارات فيها هي اللغة الإنجليزية، ويكون سماع الخصوم أو الشهود أو المحامين وتقديم اللوائح والمذكرات والطلبات والمستندات في هذه الدوائر باللغة الإنجليزية^{٥٣}. أما فيما يتعلق بالتعديلات الأخرى والتي ينظر إليها كأحدى وسائل تصفير البيروقراطية وتيسير إجراءات التقاضي، التعديل الذي جعل الحكم في الدعوى التي لا تتجاوز قيمتها (٥٠) ألف درهم انتهائي ولا يقبل الطعن، هذا بالإضافة الى تفويض رئيس مجلس القضاء الاتحادي أو رئيس الجهة القضائية المحلية - بحسب الأحوال- تخصيص دائرة أو أكثر للفصل في الدعاوى المعروضة عليها خلال جلسة واحدة يصدر فيها القرار أو يُحدد له جلسة لإصداره وذلك في أي من الدعاوى الآتية:-

أ. الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها (١,٠٠٠,٠٠٠) مليون درهم.

ب. دعاوى صحة التوقيع أيًا كانت قيمتها^{٥٤}.

^{٥١} - رئيس محكمة دبي المدنية في تصريح لجريدة الاتحاد الاماراتية العدد رقم 4523 ص 12 الخميس 11 اغسطس 2016.

^{٥٢} - المادة (٦) من قانون الاجراءات المدنية، المرجع السابق.

^{٥٣} - المادة (٥) من المرجع السابق

^{٥٤} - نصت المادة (٢٩) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (٤٢) لسنة ٢٠٢٢ (المرجع السابق) على ما يلي:

١. تنظر الدوائر الابتدائية المشكلة من قاض فرد فيما يأتي:-

أ. الدعاوى الابتدائية مهما كانت قيمتها.

ب. تكون الأحكام الصادرة من الدائرة الابتدائية انتهائية إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز (٥٠,٠٠٠) خمسين ألف درهم.



هذا بالإضافة الى اعتبار الاحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف نهائية غير قابلة للطعن بالنقض، إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز (٥٠٠,٠٠٠) خمسمائة ألف درهم^{٥٥}. بعد ان كانت بالقانون القديم (٢٠٠) ألف درهم.

مما نستخلص منه التطور التشريعي والاجرائي الكبير الذي ساهم بشكل فعال في تصفير البيروقراطية وتيسير إجراءات التقاضي تسهيلاً على المتقاضين وتخفيف العبء على المحاكم وخاصة المحاكم العليا.

النتائج والتوصيات:

أظهرت الدراسة بعض النتائج الهامة التي يجب الوقوف عندها نوجزها على النحو التالي:

1- التداخل في اختصاصات بعض المحاكم واللجان القضائية قد يؤدي إلى اعاقا سير العدالة سواء كان النزاع سلباً بينهما أو ايجاباً.

2- أحسن المشرع الاماراتي عندما لم يجعل تخلف احد الاطراف في النزاع من ايداع مذكراته وبياناته خلال المدد القانونية سبباً للبطلان مما يؤدي إلى تسريع اجراءات التقاضي.

3- على الرغم من الوسائل البديلة لفض المنازعات ومنها التحكيم والوساطة ولجان التوفيق والمصالحة إلا ان الازدحام مازال على اوجه في المحاكم ويعزى ذلك ارتفاع تكاليف التحكيم وضعف الوعي بمميزاته ومميزات الوسائل البديلة الأخرى وندره وجود متخصصين في هذه المجالات.

4- التعديل الجديد ادخل الخصوم كجهة مصرح لها بالإعلان القضائي عندما استحدثت جهات جديدة للقيام بالإعلان ولم يفصح عن الضمانات التي بموجبها يقوم المدعي بإعلان المدعى عليه.

٥- انخفاض الزمن الذي تستغرقه القضايا في دعاوى المحاكم الجزئية والمحاكم الكلية، من خلال اعتبار الاحكام نهائية في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها (٥٠) ألف درهم،

٦- على الرغم من التطور التشريعي بتخصيص دوائر قضائية للفصل خلال جلسة واحدة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها (١,٠٠٠,٠٠٠) مليون درهم ودعاوى صحة التوقيع أيًا كانت قيمتها، وأثره في تيسير إجراءات التقاضي، الا انه قد يشكل مخاطر كبيرة قد تمس حق الدفاع إذا لم يتم من خلال ضوابط صارمة.

٦- الاعلان القضائي الذي ورد بالتعديل الاجرائي الجديد باستحداث مكتب ادارة الدعوى يعتبر من المواضيع الهامة للمحاكم وأعمالها حيث انه يتعلق بحسن سير العدالة وقصر امد التقاضي.

٧- ساهمت التعديلات الجديدة في استخدام وسائل التقنية الحديثة في اعلان الخصوم.

٨- التعديل الجديد بإجراء المحاكمات عن بعد باستخدام وسائل التقنية الحديثة يعتبر ثورة في قطاع العدالة وخروجاً عن الإجراءات التقليدية مما ساهم بشكل فعال في تصفير البيروقراطية وتيسير إجراءات التقاضي في عقد جلسات المحاكمة عن بعد.

٩- من الجوانب الهامة في التعديل الجديد إجازة إنشاء دوائر قضائية لنظر المنازعات المتعلقة بالمواد التخصصية، أو في دعوى محددة، أو في بعض الدعاوى، أن تكون لغة المحاكمة والإجراءات والأحكام

٢. باستثناء الدعاوى الإدارية والدعاوى المستعجلة وأوامر الأداء، يجوز بقرار من رئيس مجلس القضاء الاتحادي أو رئيس الجهة القضائية المحلية -بحسب الأحوال- تخصيص دائرة أو أكثر للفصل في الدعاوى المعروضة عليها خلال جلسة واحدة يصدر فيها القرار أو يُحدد له جلسة لإصداره وذلك في أي من الدعاوى الآتية: -

أ. الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها (١,٠٠٠,٠٠٠) مليون درهم.

ب. دعاوى صحة التوقيع أيًا كانت قيمتها.

٣. على مكتب إدارة الدعوى تحضير الدعوى وتحديد الجلسة الأولى للدائرة المشار إليها في البند (٢) من هذه المادة خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ قيد الصحيفة، ويجوز تمديد هذه المدة واحدة مماثلة فقط بقرار من القاضي المشرف، وفي حالة ندب الخبير تُحدد الجلسة الأولى خلال (٣) ثلاثة أيام عمل من تاريخ ورود تقرير الخبرة فيها، وفيما عدا ذلك تسري بشأن تحضير الدعوى أمام تلك الدوائر كافة القواعد والأحكام والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون.

^{٥٥} المادة (١٥٩) من المرجع السابق.



والقرارات فيها هي اللغة الإنجليزية، ويكون سماع الخصوم أو الشهود أو المحامين وتقديم اللوائح والمذكرات والطلبات والمستندات في هذه الدوائر باللغة الإنجليزية، مما يعتبر تمييزاً وتفرداً من المشرع الاماراتي مراعاة لحقوق الخصوم وجذباً للاستثمار وتصفيراً للبيروقراطية بعيداً عن انتخاب المترجمين وما يجابه ذلك من أخطاء في فهم المقصود من الخصوم غير الناطقين باللغة العربية.

التوصيات:

١. التوصية بتعديل قانون الإجراءات المدنية، من خلال إعطاء محكمة الموضوع الصلاحية في رد دعوى المدعي، وشطب دفاع المدعى عليه في حالة عدم مراعاتهم لمدد التقاضي، وعدم متابعتهم دعواهم، والالتزام بطلبات المحكمة وقراراتها، حيث أنه من العبث الاستمرار بنظر الدعوى في ظل غياب المدعى أو عدم تقديمه لبيئته خلال المدد المعينة، لأنه في أدوار محاكمة وفي النظام العام، نجد أن مصلحة المدعى عليه تقتضي رد الدعوى عنه، هذا بالإضافة إلى أن الاستمرار بالدعوى على هذه الحالة غير منتج ومهلك لمرفق القضاء وسوف يفتح المجال إلى الأفراد لإقامة دعاوى كيدية وعدم الحضور أمام المحاكم، ذلك اللجوء إلى القضاء يجب أن يكون بأيدي بيضاء نظيفة وفقاً لما استقر عليه الاجتهاد القضائي.

٢. التوصية بعدم اعتماد إعلان أطراف الدعوى لبعضهم البعض أو وضع ضوابط صارمة لذلك، حيث إن ذلك مؤداه اختلال موازين العدالة خاصة مسألة مصداقية الاعلان التي لا يمكن التأكد منها بصورة تقطع الشك باليقين، حيث أن التبليغ يعتبر بطبيعته إجراء قضائي، كما أنه من المستقر عليه أن التبليغات التي تصدر عن موظف حكومي ولا يطعن بها إلا بالتزوير على اعتبارها من المحررات الرسمية، وبالتالي فإن إتاحة الفرصة للإطراق بتبليغ بعضهم البعض سوف يؤدي إلى استغلال البعض لهذه الصلاحية لإقامة دعوى كيدية والادعاء بتبليغ المدعى عليه. هذا بالإضافة إلى أنه لا بد من أن يستوفي الإعلان شروطه القانونية وذلك لإتاحة الرقابة عليه من قبل المحكمة الأعلى درجة في حال الطعن بصحة الإعلان.

٣. التوصية بأن يشمل مكتب إدارة الدعوى جانب توعوي تثقيفي لجميع أطراف الدعوى والمجتمع بصورة عامة بالقانون ودور القضاء في حل النزاعات ودرجات المحاكم وهذا يقلل من عدم الوقوع في رفض الدعوى لعدم الاختصاص أو لعدم المصلحة أو لأسباب أخرى.

٤. لا بد من ضمانات لعمل الشركات الخاصة في الاعلان القضائي جنباً إلى جنب مع موظفي المحكمة من المعلنين حيث إن التأكد من توصيل هذه الاعلانات يعتبر امر هاماً.

٥. الحث على اللجوء للوسائل البديلة لفض المنازعات (مثل الوساطة والتوفيق والتحكيم) وزيادة التوعية المزاي التي تقدمها هذه الوسائل كالتحكيم لجعلها مرغوبةً بشكل كبير بالنسبة للأطراف في المنازعات المدنية والتجارية، الأمر الذي من شأنه تخفيف العبء عن المحاكم وتيسير إجراءات التقاضي.

٦. تدريب موظفي مكاتب إدارة الدعوى وتوعيتهم لتجنب الاخفاقات التي تؤدي إلى بطلان بعض الاجراءات خاصة فيما يتعلق بالإعلان.

٧. تقديم مجموعة من التوصيات التي تهدف إلى تعزيز التقدم في الغاء الاشتراطات الحكومية غير الضرورية وذلك لتصفير البيروقراطية وتيسير الإجراءات القضائية، ومنها تعزيز التكامل بين الجهات الحكومية والقضائية، وزيادة الاستفادة من التحول الرقمي.

٨. إعادة النظر في نظام الخبرة امام المحاكم واللجان القضائية ووضع ضوابط رقابية أكثر صرامة على عمل الخبراء لضمان جودة المخرجات بالإضافة الى عقد برامج تخصصية لتأهيلهم بما يخدم مرفق العدالة ويضمن صحة الإجراءات القانونية وسهولتها ويسرها.

٩. يخلص البحث إلى أن المرسوم بقانون اتحادي رقم (٤٢) لسنة ٢٠٢٢ يمثل خطوة هامة نحو نظام قضائي أكثر مرونة وشفافية، ويعد من أهم الأدوات القانونية التي تدعم تيسير إجراءات التقاضي وتصفير البيروقراطية وتحسين بيئة الأعمال والاستثمار في الدولة.



الخاتمة:

بهذه الخاتمة اسطر السطور الأخيرة من هذا الجهد المتواضع، فمتى آمن الإنسان بأمر وأقتنع به فإنه سيسعى للوصول إليه وسيطرق كل السبل حتى يتحقق مبتغاه، فبعد ان القينا الضوء على الاسباب التي تؤدي الى بطء اجراءات التقاضي واعاقة مرفق العدالة، بينا منها ما هو سابق لإقامة الدعوى، ومنها ما هو لاحق لذلك، ودور الاطراف في اطالة امد التقاضي مستغلين في ذلك الثغرات الموجودة في النصوص القانونية، والكم الهائل من الدعاوى التي تعج بها اروقة المحاكم، بينا دور المشرع الاماراتي في معالجة هذه الاسباب وتصفير البيروقراطية وإلغاء الاشتراطات غير الضرورية، وصولاً الى حلول تشريعية للوصول الى العدالة الناجعة ببسر وسهولة، وبيننا كذلك أهمية التوجه الى الحلول البديلة لفض المنازعات، لما في ذلك من تخفيف العبء على المحاكم، وفي نهاية هذا البحث توصلت الى جملة من النتائج والتوصيات.

ولا نزيد على ما قال عماد الاصفهاني:

رأيت انه لا يكتب انسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد كذا لكان يستحسن ولو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر.

وأخيراً بعد أن تقدمنا باليسير في هذا المجال الواسع، آملاً من الذين يرون أن هنالك مجالاً للإضافة أو التصويب أن لا يخلوا بالمساهمة الممكنة في هذا المجال الذي يساعد على تغيير المفاهيم البائدة الى المفاهيم السائدة، آمليْن أن ينال القبول ويلقى الاستحسان.

المصادر والمراجع:

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: المؤلفات الفقهية:

١. الأخرس، نشأت. (2008). شرح قانون أصول المحاكمات المدنية: دراسة مقارنة (الجزء الأول). دار الثقافة للنشر والتوزيع.
٢. أبو العلا، محمد. (٢٠١٥). البطء في التقاضي الأسباب والحلول. جمهورية مصر العربية. دار الجامعة العربية.
٣. الجميعي، عبد الباسط. (1980). مبادئ المرافعات (ص. ١٨٢). دار الفكر العربي.
٤. الرازي، محمد. (١٩٧٨). مختار الصحاح (الجزء الأول). المكتبة الأموية.
٥. الرشدان، محمود. (2016). آداب القضاء. دروب للنشر والتوزيع.
٦. القطان، محمد سامر. (2024). شرح قانون الإجراءات المدنية الإماراتي وفقاً للمرسوم بقانون اتحادي رقم ٤٢ لسنة ٢٠٢٢. دار النهضة العلمية.
٧. القماري، فهمية احمد. (2023). الوسيط في الشرح والتعليق على قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة: مرسوم بقانون اتحادي رقم (٤٢) لسنة ٢٠٢٢. الدار العربية للنشر والتوزيع.
٨. كناكريه، وليد محيي الدين. (2017). أصول إعلان الأوراق القضائية لدى المحاكم في دولة الإمارات العربية المتحدة (الطبعة الأولى). مكتبة محاكم دبي.
٩. كنعان، نواف. (2008). النظام الدستوري والسياسي لدولة الإمارات العربية المتحدة. دار إثراء للنشر والتوزيع.
١. قنديل، مصطفى. (2014). الوجيز في القضاء والتقاضي وفقاً لقانون الإجراءات الإماراتي (الطبعة الثانية). الآفاق المشرقة للنشر والتوزيع.



١١. مبروك، عاشور. (1987). النظام القانوني لمساعدة غير القادرين مادياً على دفع المصروفات القضائية: دراسة تأصيلية مقارنة. مكتبة الجلاء الجديد النعيمي، ناصر. (2010). إدارة التغيير من الواقع الميداني - دراسة ٢٠١٠/٨٥ (الجزء الأول).

١٢. عبيدات، يوسف. (٢٠١٢). شرح أحكام الاثبات الاماراتي. مكتبة الجامعة دولة الإمارات العربية، الشارقة، ص ٢٦٧.

١٣. عبيد، محمد. (١٩٩٤). نظرية الدولة. مطابع البيان التجارية.

ثالثاً: الدراسات:

١. السرحان، بكر. (٢٠١٤). تعديلات الإعلان القضائي: دراسة تقييمية في ظل القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٤. مجلة الدراسات القضائية، العدد ١٥، السنة ٨.

٢. المهيري، ابتسام. (٢٠١٨). تيسير إجراءات التقاضي من خلال التنظيم القانوني لطرق الإعلان القضائي. رسالة ماجستير. جامعة الإمارات العربية المتحدة.

٣. النعيمي، ناصر. (٢٠١٠). إدارة التغيير من الواقع الميداني - دراسة ٢٠١٠/٨٥ (الجزء الأول)

٤. عبدول، عبد الوهاب. (٢٠١١). مساهمات المحاكم العليا في تعزيز مبدأ استقلال القضاء: نموذج المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة، ورقة بحث مقدمة إلى المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدار البيضاء، المغرب.

٥. زهران، أحمد. (٢٠٢١)، تقييم فعالية تشريعات الخدمة المدنية لتطوير سياسات إدارة الموارد البشرية في القطاع الحكومي: دراسة مقارنة لمجموعة دول مجلس التعاون الخليجي، مجلة كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ٢٢. (3)

٦. دائرة القضاء والقيادة العامة لشرطة أبو ظبي. (2015). مشروع المحاكمة والتحقيق الجنائي عن بعد عبر الوسائط الإلكترونية.

رابعاً: الصحف والمجلات:

١. جريدة الاتحاد الإماراتية. (٢٠١٦، ١١ أغسطس). العدد رقم ٤٥٢٣.

خامساً: التشريعات:

١. دستور دولة الإمارات العربية المتحدة.

٢. القانون الاتحادي رقم (١٧) لسنة ٢٠١٦ بإنشاء مراكز التوفيق والمصالحة في المنازعات المدنية والتجارية وتعديلاته.

٣. القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٨ بشأن التحكيم وتعديلاته.

٤. القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ٢٠١٩ بتنظيم العلاقات القضائية بين السلطات القضائية الاتحادية والمحلية.

٥. المرسوم بقانون اتحادي رقم (٢١) لسنة ٢٠٢٢ في شأن تنظيم مهنة الخبرة أمام الجهات القضائية، ولائحته التنفيذية.

٦. المرسوم بقانون اتحادي رقم (٣٢) لسنة ٢٠٢٢ في شأن السلطة القضائية الاتحادية.

٧. المرسوم بقانون اتحادي رقم (٣٨) لسنة ٢٠٢٢ بإصدار قانون الإجراءات الجزائية وتعديلاته.

٨. المرسوم بقانون اتحادي رقم (٤٢) لسنة ٢٠٢٢ بإصدار قانون الإجراءات المدنية.

٩. المرسوم بقانون اتحادي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٢٣ في شأن الوساطة والتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية.

١٠. قانون تنظيم دائرة القضاء في أبو ظبي رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٦.

١١. المرسوم رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٣ بشأن مركز فض المنازعات الإيجارية في إمارة دبي.

١٢. قانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٦ بشأن السلطة القضائية في إمارة دبي وتعديلاته.



سادساً: الاجتهادات القضائية:

١. الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا.

الروابط الإلكترونية:

١. حكومة الإمارات، البوابة الرسمية، إجراءات التقاضي الافتراضية-<https://u.ae/ar/ae/information-and-services/justice-safety-and-the-law/litigation-procedures/virtual-litigation>.
٢. دائرة القضاء أبو ظبي، المحاكم <https://www.adjd.gov.ae/AR/Pages/Courtss.aspx>.
٣. دائرة القضاء أبو ظبي، المحاكم، قسم التوفيق والمصالحة <https://www.adjd.gov.ae>.



التحكيم التجاري الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية

Electronic commercial arbitration as a means of settling E-commerce disputes

د. مصطفى بن مطلق الوافي المحمدي

مدير إدارة الخصخصة والقطاع الغير ربحي بمنطقة المدينة المنورة - المملكة العربية السعودية

Email: en.mustafa050@gmail.com

مستخلص البحث

اعتمد البحث على المنهجين الاستقرائي والتحليلي حيث تم الاطلاع على الكتب ذات العلاقة بموضوع البحث وجمعها وعرضها عرضاً فقهيّاً ودراسة الآراء المبنوثة في كتب أهل العلم والوقوف على ماله علاقة بالبحث ودراسته دراسة فقهية معاصرة وفق المنهج المتبع، أما منهجي التحليلي في دراسة كتب القانون والتي لها صلة بالبحث فقد تم عرضها على كتب الفقه الإسلامي وتم بقدر الإمكان الوقوف على أكبر قدر ممكن والمقارنة في ذلك بينهما مما له صلة والتأصيل لذلك بقدر الإمكان.

وقد تناول البحث مفهوم التحكيم وشرعيته والتمييز بينه وبين غيره من أنواع الحكم، وإلزام التحكيم وشرعيته والطرفين والخلاف في ذلك كله بقدر المستطاع والله المستعان. كما تم التطرق الى التجارة الإلكترونية وتوافقها مع مفهوم الشرع عامة من ناحية الحكم وأحكام البيع كشرط الرضا وما إلى ذلك من الأسس والقواعد الشرعية للتجارة الإلكترونية والوقوف على التكيف الفقهي لعقود البيوع التجارية الإلكترونية، وتم اختتام الفصل ختمت بحماية التجارة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية، والنظم الوضعية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم التجاري الإلكتروني - التجارة الإلكترونية.

Abstract:

The research depended on the inductive and analytical approaches, where the books related to the subject of the research were reviewed, collected, and presented in a jurisprudential presentation, and the views presented in the books of scholars were studied, and its relevance to the research was explored, and it was studied in a contemporary jurisprudential study according to the followed approach. As for the analytical approach in studying law books that are related to the research, it has been presented in Islamic jurisprudence books. It was possible to identify and compare between them, which is relevant, and to establish that as much as possible.

The research dealt with the concept of arbitration, its legitimacy, the distinction among it and other types of arbitration, the obligation of arbitration, its legitimacy, the Two parties, and disagreement in all of that as much as possible, and Allah is the One who helps. E-commerce and its compatibility with the concept of Sharia in general in terms of governance and sales provisions were also discussed Such as the condition of consent & other legal foundations and rules for e-commerce and determining the jurisprudential adaptation of e-commercial sales contracts. The chapter was concluded by concluding with the protection of e-commerce in Islamic law and man-made laws.

Keywords: electronic commercial arbitration – E-commerce.



المقدمة:

صدق الله {ويخلق ما لا تعلمون} ، إن ما نشهده اليوم من تقدم تقني ، ومعلوماتي قرب البعيد ، وسهل الصعب ، وفي زماننا هذا ومع ما نحن فيه اليوم من مستجدات العصر ، وبروز وسيلة التجارة الإلكترونية التي كان من لوازمها تبعات اختلاف فقهية وتصورها تقنياً ، كان ولا بد الوقوف على الأقوال في ذلك والآراء الفقهية اللازمة للوصول إلى رأي فقهي معتبر ، يجمع معه القانون ليصبح وسيلة من وسائل تسوية النزاع وهي التحكيم التجاري الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات التجارية الإلكترونية ، ومما لا خلاف فيه أن وسيلة التحكيم كانت ولا تزال في شريعتنا الإسلامية السمحة والله الحمد إلا أنه مع التوسع التقني ، وتنوع وسائل التجارة الإلكترونية ، كان لزاماً تجديد طرق ووسائل حل المنازعات مما يواكب العصر ، ولا يتعدى على الشريعة الإسلامية المباركة بل هي المصدر الأول.

حاولت ومن خلال بحثي هذا أن أسلط الضوء على التحكيم في الشريعة الإسلامية والتعريف بالتجارة الإلكترونية ثم كانت النتيجة ومما رأيته من خلال البحث سعة هذا الدين العظيم ، ومراعاته لمصالح العباد.

أسباب اختيار موضوع البحث: -

- موضوع البحث التحكيم التجاري الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية أهم الأسباب التي دفعتني لاختيار موضوع البحث هو أهمية الموضوع والتي تتمثل في العناصر التالية:
١. وصول المعاملات الإلكترونية إلى أعلى درجاتها من حيث عالميتها وانتشارها.
 ٢. ضرورة الوصول إلى حلول شرعية.
 ٣. يظهر من خلال البحث صلاحية هذا الدين لكل زمان ومكان وذلك من عظم الشريعة ومكانتها.
 ٤. يعتبر من النوازل الفقهية المعاصرة التي تحتاج إلى دراسة شرعية عميقة.
 ٥. نتيجة لما نراه من قلة البحوث في هذا الشأن وهذا التخصص الدقيق وضرورة الكتابة في هذا البحث لإثراء المكتبة الإسلامية.
 ٦. الذكاء الاصطناعي والثورة المعلوماتية ووسائل تقنية مبتكرة وضرورة مواكبة متطلبات العصر تقنياً وعقود الكترونية مبتكرة.
- ### أهداف البحث: -

أهداف هذا البحث التطرق إلى جوانب عده منها ما يلي:

١. التعريف بالتحكيم وتطبيقاته شرعياً وقانونياً .
٢. التجارة الإلكترونية وماوصلت اليه من وسائل تقنية ومراعاة ذلك في التحكيم .
٣. دراسة ماهية العقد الإلكتروني وتطبيقاته في التجارة الإلكترونية .
٤. الوقوف على الإجراءات المتبعة لحل منازعات التجارة الإلكترونية ومنها التحكيم الإلكتروني.

الفصل الأول:

المبحث الأول:

تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً:

المطلب الأول:

تعريف التحكيم لغة: التحكيم مصدره حكم بالأمر حكماً ، يقال: حكم له ، وحكم عليه ، وحكم بينهم ، أي طلب منه أن يحكم فهو حكم ومحكم وحكمه في ماله تحكيمياً: إذا جعل إليه الحكم فيه . وفي المصباح المنير: وحكمت – التشديد – الرجل فوضت الحكم إليه . وفي لسان العرب: وحكموه بينهم: أمروه أن يحكم . ويقال حكماً فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه في الأمر فاحتكم: جاز فيه حكمه .



وفي معجم مقاييس اللغة: الحاء والكاف والميم أصل واحد وهو المنع وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم، ويقال: حكمت السفية وأحكمتها، إذا أخذت على يديه. وفي القاموس المحيط: الحُكم بالضم القضاء، والحاكم: مَنْقُذُ الحُكْم، وحاكمه إلى الحاكم: دعاة وخاصمه، وحكَّمه في الأمر تحكيماً: أمره أن يحكم، وتحكَّم: جاز فيه حكمه. قال الأزهري: الحُكم القضاء بالعدل من التعاريف والمعاني السابقة يظهر أن التحكيم قرين القضاء في المعنى اللغوي، والمحكم قاضٍ، القاضي محكم.

المبحث الثاني:

تعريف التحكيم اصطلاحاً:

أولاً في الفقه الإسلامي:

قال ابن قدامة الحنبلي: (وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكَّما بينهما ورضياه، وكان ممن يصلح للقضاء، فحكم بينهما، جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما).

وقال ابن فرحون المالكي: هو تولية الخصمين حكماً يرتضيانه ليحكم بينهما، وهو جائز في الأموال وما في معناها.

وقال ابن عابدين من الحنفية: (هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما).

وفي مجلة الأحكام العدلية، عرفت المادة (١٧٩٠) التحكيم بأنه اعتباراً عن اتخاذ الخصمين آخر حكماً برضاها، لفصل حضور متهماً ودعواهما.

ويتضح مما سبق أن عبارات الفقهاء وتعريفهم وإن اختلفت ألفاظها، إلا أنها متحدة المعنى في اعتبار التحكيم توليةً وتقليداً من طرفي الخصومة لطرف ثالث ليفصل فيما تنازع فيه.

ثانياً: في الاصطلاح القانوني:

فقد وردت فيه تعريفات القانونيين على عدة صيغ متقاربة.

فقد عرفها أحدهم بقوله: التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم على الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم الخصوم.

المبحث الثالث: التحكيم والخبير

الخبير هو صاحب الاختصاص في مجال معين، كأن يكون طبيباً أو تاجراً أو محاسباً، أو غير ذلك من المهن والاختصاصات، ومنه قوله تعالى (ولا ينبئك مثل خبير) ويدلي الخبير برأيه وخبرته في الوقائع محل النزاع إذا شق على المحكمة الإمام بمسألة معينة من الناحية الفنية، وإذا طلب منه ذلك فقط، إما من القاضي أو من أحد الخصوم، وليس لرأيه إلزام، فلا يقيد الخصوم ولا يقيد المحكمة.

وبذلك يظهر اتفاق التحكيم مع الخبرة في أن كلا مع المحكم والخبير ليسا من أعضاء الجهاز القضائي ويصدران رأياً فنياً في قضية معينة.

ويختلفان في أن الخبير يبدي رأيه في الوقائع دون القانون فلا يحكم، والمحكم يبدي رأيه في كليهما فيحكم بناءً على خبرته القضائية. المبحث الرابع: الحكمة من مشروعية التحكيم

يقصد بالحكمة من مشروعية التحكيم هو الباعث على التشريع والثمرات المترتبة عليه، فهي الغرض من التشريع والهدف الذي يرمي الشارع على تحقيقه، وهو إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة.

وهي تختلف عن العلة التي يُقصد بها الوصف الظاهر المنضبط الذي يُبنى عليه الحكم، بحيث يكون دالاً على وجوده، والأحكام الشرعية تُبنى علتها وجوداً وعدماً، فعلةً تحريم الخمر هي السكر، وعلة الإفطار في السفر هي السفر، أما حكمتها فهي حفظ العقل في تحريم الخمر ودفع المشقة في إباحة الإفطار في السفر.



وفي ضوء ذلك يمكن القول بأن الغرض من تشريع التحكيم، يتمثل في إدراك فائدته في الفصل في الخصومات، حتى لا تشيع العداوة والبغضاء، إذا ما ثركت دون الفصل فيها بحكم صادر عن قاض مولى أو حكم محكم مختار، وبهذا فالتحكيم يحقق كلا المصلحتين. مصلحة القضاء في تخفيف العبء عنه، ومصلحة الأفراد في رفع مشقة الانتظار عنهم، فحاجة الناس إلى التحكيم

قائمة، نظراً ليسر إجراءاته وسرعة فصله في الخصومات، والنبى صلى الله عليه وسلم كما روت ذلك عنه عائشة رضي الله عنها في صحيح البخاري فقالت: (ما خُيّر رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين قط إلا أخذ أيسرهما، ما لم يكن إثماً).

والتحكيم فضلاً عن أنه يؤدي إلى قطع المنازعات، ورفع المشقة عن المتخاصمين، فإنه يؤدي إلى إصلاح ذات البين فيما بين المتخاصمين، على العكس من الفصل فيها عن طريق القضاء، كما قال عمر رضي الله عنه " يورث بين القوم الضغائن " وقد أشارت إلى هذه الفائدة الآية الكريمة في التحكيم في الشقاق بين الزوجين بقوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا} (٣٥).

الفصل الثاني:

التجارة الإلكترونية:

المبحث الأول:

التجارة الإلكترونية اصطلاحاً:

"التجارة: هي تقليب المال بالمعارضة لغرض الربح".

وهناك تعريف كثيرة أطلقت على التجارة الإلكترونية والتي تشمل:

الاقتصاد الرقمي التقني، حيث يقوم الاقتصاد الرقمي على حقيقتين: التجارة الإلكترونية وتقنية المعلومات، فتقنية المعلومات، أو صناعة المعلومات في عصر الحوسبة والاتصال هي التي خلقت الوجود الواقعي والحقيقي للتجارة الإلكترونية، باعتبارها تعتمد على الحوسبة والاتصال ومختلف الوسائل التقنية، للتنفيذ وإدارة النشاط التجاري، كما تقوم على فكرة الممارسة للأعمال والتسويق، وتوريد الخدمات على الخط بالاعتماد على شبكات المعلومات (الإنترنت).

كما تطلق التجارة الإلكترونية على شرح عملية بيع أو شراء أو تبادل المنتجات والخدمات والمعلومات من خلال شبكات كمبيوترية ومن ضمنها "الإنترنت".

وفي عرف الاتصالات تطلق التجارة الإلكترونية على أنها وسيلة من أجل إيصال المعلومات أو الخدمات أو المنتجات، عبر خطوط الهاتف أو عبر شبكات كمبيوترية، أو عبر أي وسيلة تقنية. ومن وجهة نظر الأعمال التجارية فهي عملية تطبيق التقنية من أجل جعل المعاملات التجارية تجري بصورة تلقائية وسريعة.

وفي نظر الخدمات تطلق على أنها أداة من أجل تلبية رغبات الشركات والمستهلكين والمدراء في خفض كلفة الخدمة والرفع من كفاءتها والعمل على تسريع إيصال الخدمة.

وتعرف في نظر الإنترنت بأنها التجارة التي تفتح المجال من أجل بيع وشراء المنتجات والخدمات والمعلومات عبر الإنترنت.

التمهيد: حقيقة التجارة الإلكترونية والمصطلحات ذات العلاقة وأهميتها:

التجارة لغة تطلق على تجر يتجر تجراً أو تجارة: إذا باع واشترى.

قال تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ).



المبحث الثاني:

الأسس والقواعد الشرعية للتجارة الإلكترونية

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مراعاة مصالح العباد

هناك قواعد أساسية للتجارة الإلكترونية. فالأصل "أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً.. والمعاملات راجعة إلى حفظ النسل والمال من جانب الوجود، وإلى حفظ النفس والعقل أيضاً.. والمعاملات ما كان راجعاً إلى مصلحة الإنسان مع غيره كانتقال الأملاك بعوض وغير عوض بالعقد"، وعقود التجارة الإلكترونية تدخل في هذه المقاصد.

وينبئ الشاطبي على أهمية قضاء المصالح في جواز المعاملات التجارية ومنها: التجارة الإلكترونية؛ مما يفهم من سياق كلامه لقيام مصالح الإنسانية فيها، ولهذا تجده يهتم بالإطار الأخلاقي للتجارة وينص على أن "المصلحة التكميلية تحصيل مع فوات المصلحة الأصلية، لكن حصول الأصلية أولى لما بينهما من التفاوت.. وأصل البيع ضروري، ومنع الغرر والجهالة مكمل".

وأساس التشريع الاقتصادي الإسلامي: هو المصلحة، وقد عبر الأصوليون بقولهم: "حيث وجدت مصلحة فثمة شرع الله"، وإنما تربط جميع الأحكام بالمصالح إذ الغاية منها جلب المنافع ودرء المفساد، ويتحقق ذلك في التجارة الإلكترونية.

ويبين د/محمد عقلة-في هذا المجال-اعتماد المعاملات الاقتصادية الوازع الأخلاقي والباعث الديني - المتمثل في مرضاة الله سبحانه وتعالى-مقياساً لكون الأمر مصلحة.

وأستشهد بقول علال الفاسي، "الذي لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية مبنية على مراعاة قواعد المصلحة العامة في جميع ما يرجع للمعاملات الإنسانية؛ لأن غايتها هي تحقيق السعادة الدنيوية والأخروية لسكان البسيطة، عن طريق هدايتهم لوسائل المعاش وطرق الهناءة... وراعى الإسلام هذه الحقيقة، فبين أن مقياس كل مصلحة هو الخلق المستمد من الفطرة.. واعتبار هذا العرف الإنساني الفطري مقياساً للقانون وأساساً للخلق".

وبهذا يفهم أن أساس المعاملات بوجه عام -والتجارة الإلكترونية خصوصاً-تعتمد في إطارها العام ونموذجها الأمثل- الخلق؛ مقياساً للنظام في التعامل بين سائر البشر، وأن المصلحة تُعدُّ من أهم الأسس في التطبيق التجاري الإلكتروني؛ لأنه لم يفتح باب الاستصلاح إلا في المعاملات ونحوها مما تعقل معاني أحكامها. وينبئ الشاطبي إلى ضرورة أخذ الحيطة والنظر في عواقب الأعمال التجارية وتجنب محرماتها، حيث نص على "أن أصل البيع ضروري، ومنع الغرر والجهالة ومنع بيع المعلوم إلا في السلم، وفي المعاملات: كالمنع من بيع النجاسات.

وأن المصلحة الشرعية تقتضي الأخذ بها في هذا الباب؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، ولقد كان موقف الإسلام - من لدن الصحابة إلى عصر الأئمة أصحاب المذاهب - العمل بالمصلحة، وتقريرها في القواعد الأصولية والفروع الفقهية.

وفي تقرير المسائل الفقهية المستجدة ومنها -في نظري-التجارة الإلكترونية ما أورده د/ محمد مصطفى شلبي (أن الفقه الإسلامي لم يقف يوماً أمام ما يستجد من الحوادث، وأن مثل هذه المعاملات التجارية الجديدة لا تكون شرعية إلا إذا استندت إلى دليل شرعي، فإذا لم تستند إلى دليل صحيح لا تكون شرعية..) وأدلة الأحكام في أصول الفقه هي: كتاب الله، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، والإجماع الصحيح، والقياس، والعرف الصحيح، والمصلحة المرسلّة، ثم دليلاً الاستثناء: الاستحسان وسد الذرائع، ولو طبقنا ذلك على المعاملات المستحدثة فإننا ننظر إلى الآثار المترتبة عليها من حيث المنافع والمضار، فتباح حين الحاجة الملحة ودفع الحرج الشديد، هذا هو الطريق الصحيح لمعرفة أحكام المعاملات الجديدة.



ومما ينطبق على ذلك: وسيلة التجارة الإلكترونية المعاصرة، وأن أساسها مراعاة مصالح العباد؛ أخذاً من الشريعة الإسلامية الغراء.

المطلب الثاني:

العقود مبناها الرضا:

تعريف العقد لغة يطلق على الربط والشد والإحكام والتوثيق ونقيض الحل ويطلق على العهد أيضاً. وفي الاصطلاح: يطلق العقد على توافق إرادتين: إرادة الموجب، وإرادة القابل، على وجه مشروع، يثبت أثره في المحل المعقود عليه: كالبيع والإجارة.

وشرعية العقد التجاري الإلكتروني وتكييفه في الفقه الإسلامي تظهر في أن الشروط المعتمدة في العقود التجارية الرضائية وقواعد الإثبات فيها وإمكان الالتزام تسليماً وتسليماً مما يحقق حرية التعاقد والتيسير والمساعدة في هذا المجال المهم، ولقد عدت الشريعة الإسلامية إمكان الكتابة وسيلة من وسائل الرضا في العقد؛ امتثالاً لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ) ، وقد جعل الرضا في العقود عامة والعقد التجاري بصفة خاصة من أهم خصائص التعامل بين الناس، وقد أجازت البحوث الفقهية المعاصرة شرعية إبرام العقد عن طريق استخدام التقنيات الحديثة، كالتلغراف والهاتف والفاكس، وذلك للمصلحة المتحققة في ذلك، وللتسهيل على المتعاملين في مجالات التجارة إضافة إلى أخذ مبدأ الإيجاب والقبول في العقود وهو متحقق هنا، إما بالتوقيع أو المفاهمة وأخذ الصور التحريرية الموقعة عن طريق الرسائل بواسطة التقنيات المستحدثة غير أن الإشكال الوارد - هنا - هو مدى إمكان قياس الإنترنت والحاسب الآلي الحديث وعلهما من صور الرضا والإيجاب أو القبول في العقد. يذكر عبد الله راشد السنيدي في ضوابط العقد الإلكتروني:

"في ظل استخدام التقنيات الحديثة في إبرام العقود، كالتلغراف والهاتف والفاكس والكمبيوتر والإنترنت، ففي مجال إبرام العقود المتعلقة بالتلغراف والتلفون أو الفاكس، حصل نوع من البحث لتحديد عناصر التعاقد، وتحديد أثر هذه الوسائل في إثبات العقود، وما يُراد به من شروط وقيود، إلا أنه على الرغم من هذه الإشكالات فإن التعاقد عبر شبكة الإنترنت أصبح واقعاً لا يمكن إنكاره".

وان ما يجعل أهمية عد قبول المحرر الإلكتروني دليلاً على الإثبات بدلاً عن المحرر الخطي إنما هي المصلحة المتحققة من وراء ذلك، ورفع الحرج والضيق عن المتعاملين في هذا النوع من التجارة، وهو مبدأ أقرته الشريعة في مقاصدها التشريعية ()، بالإضافة إلى أن السرعة في المعلومات والإنجاز، ومواكبة التطور العلمي، وتسهيل التجارة الإلكترونية عبر صناديق البريد الإلكتروني E-mail ، وإمكان الاتصال الصوتي والمرئي على الإنترنت، وإنشاء محلات تجارية إلكترونية، يمكن زيارتها والاطلاع عليها وعلى البضائع الموجودة فيها، وتحرير العقود على أقراص وشرائط ممغنطة، كل ذلك سهل هذه العملية في ظل تصور حيثيات العقد الإلكتروني من بدايته إلى نهايته، كل هذا يجعل القبول المشروع لهذا النوع من العقود المستحدثة.

في حين أن الأنظمة الحديثة قد أخذت به، وعدته من البيانات المهمة في العقود التجارية، وأي مخالفة يرجع فيها لنوعي الاختصاص، من هيئة التحقيق والادعاء العام وديوان المظالم، في ضوء النظام الوارد في نظام البيانات التجاري السعودي، وغيره من الأنظمة المعاصرة، كما أن التوقيع والتدوين الإلكتروني وحجتيه في الإثباتات واحترامه وأنه مساو للمحررات الخطية ما أقر به في القانون الفرنسي. مما يدل على أن العقود التجارية مبنية على الرضا.

المطلب الثالث:

إباحة التجارة مع غير المسلمين:

اختلف الفقهاء في حكم سفر المسلم للتجارة إلى غير بلاد الإسلام على قولين: -



القول الأول: إن كان المشركون أهل ذمة وينعزلون في بلد معين، فهذا البلد يُعدُّ من دار السلام، والسفر إليه جائز، بل يجوز المقام فيه للتجارة؛ لأنه جزء من دار السلام، والسفر إليها في أصله مكروه، إلا لغرض صحيح، مثل الدعوة، أو أداء رسالة، أو القيام بمهمة سفارة، أو تجارة، ونحو ذلك، فإنه يجوز السفر من أجلها، لكن بشرط أن يأمن على دينه، وأن يستطيع إظهاره، وألا تجري عليه أحكام الكفر، وهو الذي عليه جمهور الفقهاء من غير المالكية، واستدلوا على ما ذهبوا إليه: بأن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يبعث رسله إلى ديار أهل الحرب؛ ليؤدوا إليهم كتبه، أو ليتفاوضوا معهم حول علاقة- السلم والحرب، بل كان بعض الصحابة- يتاجر في ديار الحرب، مثل أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فقد روت أم سلمة قالت: "خرج أبو بكر في تجارة إلى بصرى قبل موت النبي صلى الله عليه وسلم بعام ومعه نعيمان وسويبت بن حرملة".... وذكرت تمام القصة.

فالسفر لدار الحرب من أجل التجارة لا بأس به بالشرط الذي ذكرناه، هذا هو رأي جمهور الفقهاء. القول الثاني: يذهب المالكية إلى عدم جواز السفر للتجارة الدولية للبلاد غير الإسلامية، وأن على الإمام منع المسلمين من الخروج من دار الإسلام، وذلك لأن المسلم مأمور بالهجرة من دار الحرب وعدم البقاء فيها. غير أن بعض المالكية خالف هذا ووافق الجمهور، كابن العربي.

والراجح من القولين: القول الذي يرى جواز سفر المسلم إلى دار الحرب للتجارة، إذا كان يأمن الفتنة في دينه، وكان يظهر دينه ويعلمه، وهو الذي عليه عامة الفقهاء القدامى والمعاصرين، ويفهم مما مضى جواز التجارة الإلكترونية بالمفهوم المعاصر لهذا النوع من المعاملات الحديثة، بالضوابط المشترطة آنفاً.

المطلب الرابع:

التزام الضوابط الأخلاقية الشرعية في العقود التجارية الإلكترونية:

هناك أسس شرعية ينبغي للتاجر أن يتحلى بها، وأن يجعل منها نبزاً في حياته التجارية. ومن تلك الأخلاق الشرعية وضوابطها:

تحريم الغش والخدع لكسب التجارة

لقد حرم الإسلام الغش والخداع في التعامل؛ لأن مبنى التعامل في الإسلام يقوم على الصدق والأمانة، ولكن بعضاً من سفهاء الناس لا يراعون حلاً ولا حرمة في معاملاتهم، يقومون بأساليب متعددة لغش الناس بقصد زيادة أموالهم، وقد بين لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن فعل ذلك ليس جائزاً في منهج الإسلام القائم على الصدق والأمانة، وذلك فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام، فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللاً، فقال: ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: أفلا جعلته فوق الطعام؛ كي يراه الناس؛ من غش فليس مني"، وفي رواية "من غشنا فليس منا".

ولقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخلاصة، كما في حديث حبان بن منقذ الذي كان يغش في المبايعات فقال له رسول الله: "إذا بايعت فقل: لا خلاصة" والخلاصة: هي كل أنواع الغش والاحتيال التي يستعملها البائع لإنفاق سلعته.

تحريم الربا كسب من الأسباب التجارية:

حرمت الشريعة الإسلامية الربا تحريماً قاطعاً يشتت صورته وأشكاله وذلك لورود الأدلة على ذلك، ومنها: قول الله سبحانه وتعالى: (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ* يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزِيلُ الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ* إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ* يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ* فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ ثَبَنْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ).



ومنه قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ* وَاتَّقُوا النَّارَ الَّتِي أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ* وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ).

ومن الحديث قوله صلى الله عليه وسلم: "درهم ربا يأكله الرجل -وهو يعلم- أشد عند الله من ست وثلاثين زنية. وقول الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث جابر أنه قال: لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه، وقال: (هم سواء).

والربا يقوم على كسب بلا جهد، يثري به صاحب المال على حساب الآخرين، بعيداً عن الخسارة، إنما له فائدة مضمونة ينالها في جميع الأحوال. تعيين الأموال الربوية:

لم يرد تعيين الأموال الربوية في القرآن الكريم، وإنما ورد تعيينها في حديث النبي صلى الله عليه وسلم، عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الذهب بالذهب، مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضة بالفضة، مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا، والحنطة بالحنطة، مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا، والشعير بالشعير، مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا، والتمر بالتمر مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا. فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد". وعلى ذلك جرى جمهور الفقهاء في حرمة المعاملات الربوية.

تحريم الاحتكار كسبب من أسباب التجارة والشركة:

إن المحتكر هو الذي يحبس السلع حتى يبيعها بأسعار مرتفعة يشبع بها نهمه وجشعة للمال، وهو يشترك مع المرابي في هذه النفسية الآثمة وحب الأثرة والأنانية.

الأحاديث الواردة في ذلك كثيرة، منها: حديث معمر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يحتكر إلا خاطيء"، معنى الخطأ في الحديث: هو الخطأ الذي يؤدي بصاحبه إلى الهلاك عن طريق الطرد والإبعاد عن رحمة الله تعالى، كما جاء في حديث ابن عمر أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون". وفي حديث آخر لابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من احتكر الطعام أربعين ليلة بريء من الله وبريء الله منه" (). وقد بين الإمام ابن القيم في كتابه الطرق الحكيمة أن تواطؤ أرباب السلع على بيع سلعهم التي يحتاج إليها الناس بأكثر من ثمنها نوع من الاحتكار، وكذلك الإلزام بألا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلا أناس معروفون، فلا تباع السلع إلا لهم ثم يبيعونها هم بما يريدون.

ويعد حبس منافع الدور والأرض والعمال وعدم بذلها إلا بأكثر من المثل من الاحتكار.

وبما أن شريعة الإسلام قد حرمت الاحتكار فقد اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى أن للإمام أن يبيع السلع المحتكرة على أصحابها أو يسعر عليهم. فيمنعهم من البيع إلا بسعر تتحقق فيه مصلحة المستهلكين والمنتجين أو البائعين على حد سواء.

تحريم الرشوة كسبب للمنافسة التجارية غير المشروعة:

الرشوة هي: المال الذي يعطيه إنسان لآخر من أجل إعانتة على الباطل.

وقد حرمت الشريعة الإسلامية الرشوة؛ لما فيها من الإثراء على حساب الغير بدون جهد يبذله. والرشوة تتعدد أساليبها ويجني المستغلون عن طريقها أموالاً طائلة، يسطون عليها من أصحاب الحاجات عن طريق استغلال مناصبهم وجاههم من أجل جمع الثروات. والإثراء على حساب الآخرين، وغالباً ما يكونون من المحتاجين والضعفاء من الناس.

فقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشى والرائش الذي يمشي بينهما في عملية الرشوة. روى البخاري ومسلم عن أبي حميد الساعدي أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً من الأزد على أموال الصدقة يقال له: ابن اللتييه، فلما جاءه قال للنبي صلى الله عليه وسلم: هذا لكم، وهذا أهدي لي فقال له: "هلا



قعدت في بيت أمك وأبيك فنظرت أيهدى لك أم لا؟" ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر وحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله وقال: "ما بال العامل نستعمله على بعض العمل من أعمالنا ثم يجيء فيقول: هذا لكم وهذا أهدي إلي! أفلا جلس في بيت أبيه أو في بيت أمه فينظر أيهدى له شيء أو لا! والذي نفس محمد بيده لا يأتي أحد منكم منها بشيء إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة، إن كان بغيراً له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر، ثم رفع يديه حتى رأينا عفرة إبطيه. فقال: اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت".

وعمر بن الخطاب رضي الله عنه عني بمحاسبة ولاته على الأمصار، ويتجلى في سؤاله لهم: من أين لك هذا؟ وكان رضي الله عنه حين يتأكد من سلامة مصدر مال الوالي يدفعه إليه ويعيده إلى عمله، وعندما يغلب على ظنه أن مال واليه دخل فيه ما لا يجب شاطره، أو أخذ معظمه، حسب ما يراه كافياً ومناسباً.

وبذلك نجد أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أرسى قاعدة: من أين لك هذا؟ قبل التشريعات الحديثة بقرون، وهو دليل. على تحريم الرشوة؛ لأنها من أساليب المنافسة التجارية غير المشروعة.

تحريم القمار لكونه سبباً من أسباب المنافسة التجارية غير المشروعة:

حرّمت الشريعة الإسلامية القمار بكافة أنواعه وشتى صورته وأشكاله؛ لما فيه من الكسب بلا جهد، وأكل أموال الناس بالباطل واعتماده على الحظ في كسب المال، وهو ينشر العداوة والبغضاء، وسوء الأخلاق بين الناس، ويشغل عما أوجبه الإسلام على المؤمنين من الطاعات وصنوف العبادات، وغالباً ما تحيط به مظاهر المجون والفساد والترف وشرب الخمر ()؛ لذا جمع الله تحريم هذه الأشياء المتلازمة في آية واحدة، حيث قال جلّت قدرته: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ* إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ) ()، وفي ذلك بيان لحرمة المنافسات التجارية غير المشروعة.

تحريم الاتجار بالمحرمات:

حرمت الشريعة الإسلامية المتاجرة بالمحرمات بجميع أنواعها، ومن ذلك: الاتجار بالخمور بجميع أنواعها: من حشيش، وأفيون، كما حرمت الاتجار بالأعراض والأجساد تحت جميع العناوين وشتى صنوف الإعلانات الزائفة التي تبدل الحقيقة وتضفي على الرذائل صبغة الفضيلة أو الرغبة في التحرر والتقدم. وقد هدد الله تعالى المتعاملين بالمحرمات بقوله: (إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ)

وكذلك حرم المتاجرة مع الأعداء بالسلاح والحديد، وكل ما فيه ضرر على المسلمين.

تحريم الغصب لكونه سبباً من الأسباب الربحية في التجارة:

الغصب هو الاستيلاء على مال الغير ظلماً. وقد اتفق الفقهاء على حرمة الغصب، وأن الذي يرتكبه يعدُّ مرتكباً للكبيرة. وأن الكسب عن طريق الغصب حرام لا يحل أخذه. بل قد نص الفقهاء على أنه لو أخذ مال غيره بطريق الحيلة فهو حرام، وقد تضافرت نصوص الشريعة على حرمة الغصب () فقال تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ).

وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ، مسلم إلا بطيب نفس منه".

قال صاحب الاختيار: دلّ على حرمة الإجماع، وهو من المحرمات عقلاً؛ لأن الظلم حرام عقلاً على ما عرف في الأصول، فكيف بك إذا تأيدت هذه المحرمات عقلاً، بنصوص القرآن والسنة.

ويشمل على مقدمة وستة مباحث:

المبحث الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني

المبحث الثاني: ظهور المراكز المتخصصة في التحكيم الإلكتروني

المبحث الثالث: إجراءات التحكيم الإلكتروني.



المبحث الرابع: مشروعية اتفاق التحكيم الإلكتروني
المبحث الخامس: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني
المبحث السادس: مشاكل الاعتراف بالتحكيم الإلكتروني
المقدمة:

لقد صاحب الانتشار المتزايد في حجم التجارة الإلكترونية زيادة في معدل الخلافات الناجمة عنها الأمر الذي استدعى البحث عن وسائل لتسوية منازعاتها بطريقة إلكترونية تتماشى وطبيعة تلك المعاملات من حيث السرعة وكونها تتم عبر شبكة الإنترنت) شبكة المعلومات العالمية (فاللجوء إلى القضاء ليس طريقاً مقبولاً لفض منازعات التجارة الإلكترونية وليس التحكيم العادي طريقاً سريعاً بدرجة كافية، ولذلك ظهر التحكيم الإلكتروني أو التحكيم على الخط (Arbitration on-line) أو التحكيم الشبكي (Cyber Arbitration).

التحكيم أمر استثنائي فلا يجوز لطرفي العقد الإلكتروني التمسك به إلا باتفاق صريح بينهم على اللجوء إلى أسلوب التحكيم التقليدي أو الإلكتروني بدلاً من اللجوء إلى المحاكم العادية. وقد يكون بند التحكيم في صورة شروط العقد الإلكتروني - شرط التحكيم - كوسيلة لحل الخلافات المحتملة بين أطراف التعاقد، وقد يكون اتفاق لاحق - مشاركة التحكيم- على اللجوء في المنازعات القائمة بينهم إلى التحكيم للفصل فيها⁽¹⁾.

وأياً كان شكل اتفاق التحكيم الإلكتروني فإنه ولا بد أن تسبقه مفاوضات بين الأطراف المعنية يتم فيها التفاوض على نقاط الخلاف الرئيسية التي سوف يقوم المحكمون بمناقشتها في حال قيامها أو الخلافات القائمة فعلاً ، ويتم في هذه المفاوضات الاتفاق على هيئة التحكيم المختصة بنظر النزاع ، وعدد المحكمين ، والقانون الواجب التطبيق والإجراءات ونوع المسائل القابلة للتحكيم والزمّن المحدد لإجراء التحكيم والمصاريف الإدارية ووسيلة الاتصال عبر الشبكات الإلكترونية ، وتبادل المستندات عن طريق البريد الإلكتروني أو الفاكس ، وغيرها من الأمور الجوهرية.

ومن أهم المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص خضوع العقد الدولي لقانون الإدارة، حيث إن إرادة الأطراف في ضابط الإسناد في قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود الدولية⁽²⁾ ، ووفق هذا المبدأ يتم إخضاع العقد الإلكتروني الدولي للقانون الذي اختاره الأطراف، سواء كان اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق صريحاً أو ضمناً.

المبحث الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني

هو ذلك الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم⁽³⁾ ، ويكون اتفاق التحكيم دولياً إذا كانت المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية⁽⁴⁾.

1 د. احمد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، وأنظمة التحكيم الدولية، بدون ناشر، الطبعة الثانية 2004 ص 48

2 د. خالد عبد الفتاح محمد، حميدة المستهلك في قانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية 2002 ، ص 71

3 أنظر:

B. Gold Arbitrage Commercial international 1989 .

د. بحفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، 1998، ص 14

4 يقصد بمصالح التجارة الدولية كما حددها القضاء الفرنسي " وجود معاملة اقتصادية تتطلب حركة أو تداول للأموال أو الخدمات أو الدفع عبر الحدود " أو على حد تعبير الفقه الفرنسي " وجود مد وجزر للقيم أو الخدمات والأموال فيما وراء الحدود " وقد تبنى قانون التحكيم المصري المعيار الاقتصادي بالنص في المادة الثانية منه على أن التحكيم يكون دولياً إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية. مشار إليه لدى د. احمد مخلوف اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية 2001 ، ص 65 وما بعدها.



لم يخرج المشرع السعودي عند معالجته موضوع التحكيم في قانون المعاملات المدنية حيث نصت المادة (1) من نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م 46/ في 12/7/1403 هـ منه على ما يلي :

يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين) وفي ذات الاتجاه جاء تعرف المشروع المصري لاتفاق التحكيم هو "اتفاق طرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

ولا يختلف تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني عن ذلك، إلى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية وشبكة اتصالات مثل الإنترنت، ولذلك فهو يعنى تسوية الخلافات عبر شبكات الاتصال كالإنترنت دون التواجد المادي للأطراف عملية التحكيم في مكان واحد.

وإذا كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسائل إلكترونية فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم بأكمله أو في بعض مراحله إلكترونياً، وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية التي تمثل التواجد المادي لأطراف التحكيم. لا يوجد في نظام التحكيم الإلكتروني مكان تحكيم حقيقي بل يحدد هذا المكان مجازاً افتراضياً ولا يلتقي فيه الأطراف أو المحكمين بل يتم ذلك على الخط عبر شبكات الاتصال الإلكتروني (on-line)، وهو ما يثير مشكلة المكان والوقت اللذين يعتبر حكم التحكيم قد صدر فيهما، ولذلك يلجأ أطراف التحكيم في مرحلة التفاوض إلى الاتفاق مسبقاً على تحديد مكان وزمان صدور الحكم.

ويتم تقديم طلبات التحكيم والوثائق والمستندات من خلال مذكرات ترسل عبر البريد الإلكتروني وإذا رغب الأطراف في مناقشة بعض المسائل في تم اللقاء بينهم من خلال ما يسمى بغرف المخاطبة والحوار عبر شبكة الإنترنت (chat-room) ويعقد في هذه الحالة اجتماع عن بعد (video-conference) بين جميع الأطراف المختصة يتناولون فيه الجوانب المتعلقة بموضوع التحكيم.⁽⁵⁾

ومن المسائل التي يتم بشأنها التحكيم الإلكتروني على سبيل المثال لا الحصر، المنازعات ناتجة عن الإخلال ببنود العقود الإلكترونية وحقوق والتزامات كل طرف ومسئولية مزودي الخدمة الإنترنت وحقوق الطبع والخلافات حول السداد الإلكتروني وغيرها.

ولقد نص المشروع المصري على سبيل المثال صراحةً على المنازعات التي تخرج عن نطاق التحكيم ، كالمنازعات التي لها تنظيم قانوني خاص مثل منازعات مثل منازعات الأحوال الشخصية طبقاً للقانون رقم (1) لسنة 2000 والقانون رقم (10) لسنة 2004 بإنشاء محاكم الأسرة ، ومنازعات العمل طبقاً لقانون رقم (12) لسنة 2003 ، ومنازعات حقوق الملكية الفكرية والعلامات التجارية وفق قانون رقم (80) لسنة (2002) ومنازعات التحكيم الجمركي وفق قانون الجمارك رقم (66) لسنة 1963 المعدل بالقانون (160) لسنة 2000 ومنازعات التحكيم المنصوص عليها في القانون في قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم (11) لسنة 1991.

ومن الأمور التي تعوق تقدم التحكيم الإلكتروني اختراق سرية عملية التحكيم من قبل القرصنة (hackers) أو المخربين (crackers) وهو ما يهدد ضمان سرية العملية التحكيمية.⁽⁶⁾

5 د. محمد نور شحاته، الوفاء الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر التجارة الإلكترونية والمنعقد بالقاهرة ١، المركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل خلال الفترة 18/19 مايو 2002 ، ص 32

6 أنظر Katherine Boele-Woelki, Which Court Decides? Which Law Applies? Kluwer Law International Press, 1998,., p25



وإزاء أهمية التحكيم الإلكتروني اهتمت الدول والمنظمات المختلفة بإصدار قوانين تتيح للأطراف اللجوء إليه عبر شبكات الإنترنت فوجد مثلاً الاتحاد الأوروبي نص في المادة (17) في توجيهه رقم (31/2000) المسمى بتوجيه التجارة الإلكترونية على السماح للدول الأعضاء في حالة وجود نزاع بين مقدمي خدمة المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية هذه الخلافات خارج المحاكم وباستخدام الوسائل الإلكترونية.

المبحث الثاني: ظهور المراكز المتخصصة في التحكيم الإلكتروني.

بانتشار فكرة التحكيم الإلكتروني بدأت مراكز وتنظيمات متعددة تعمل على حل الخلافات والنزاعات عن طريق شبكة الإنترنت وذلك ضمن قواعد معينة يرسمها كل مركز في تحديد مجرى العملية التحكيمية. ومن هذه المراكز جمعية المحكمين الأمريكية التي طورت نظام القاضي الافتراضي (VirtualMagistrate)، ومحكمة التحكيم الإلكترونية التابعة للمنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية⁽⁷⁾ (WIPO) حيث وضعت نظاماً لتسوية منازعات أسماء الحقول⁽⁸⁾ (Domain names) كما ابتكرت مراكز أخرى مثل (square-trade) نظاماً يعرف بالمفاوضات المباشرة (Direct- Negotiation) وهذا النظام يستخدم أسلوب الوساطة عبر الإنترنت (Mediation on line) الذي يساعد على حل العديد من النزاعات التي يتعذر توصل طرفي النزاع فيها لحل دون طرف ثالث يقوم بعملية الوساطة والتوفيق بينهما. وفي فرنسا تم إنشاء هيئة تحكيم خاصة سنة 1997 تسمى Imaginons un Réseau Internet Plus Solidaire IRIS وتعمل على تسوية المنازعات في المعاملات الإلكترونية صغيرة أو متوسطة القيمة.

واستجابة لحاجات التعامل عبر شبكة الإنترنت قامت بعض المؤسسات غير الحكومية كمركز أبحاث القانون العام في كلية الحقوق في جامعة مونتريال بكندا بتطوير مشروع تجريبي أعلن عنه رسمياً في عام 1998 يجري بمقتضاه استخدام الوساطة أو التحكيم عبر وسائط إلكترونية في تسوية بعض المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية وأطلق عليه اصطلاحاً " محكمة تحكيم إلكترونية⁽⁹⁾ (Cyber- Tribuna) " أو " المحكمة الفضائية " ويهدف نظام المحكمة الفضائية، الذي يقوم أصحابه بتسويقه لدى منظمات الأعمال إلى وضع قواعد سلوك تتفق وطبيعة التجارة الإلكترونية وتكفل سلامة بياناتها من ناحية وتسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية وينضم إليه أطراف النزاع ويتحقق الارتباط به بموجب إطار تعاقد من ناحية أخرى كما تصدر هذه المحكمة شهادات مصداقية على المواقع الشبكية التي تستوفي الشروط المطلوبة بغرض بث الثقة بين الأطراف المتعاملة وهذه الشهادات تفيد التزام أصحاب المواقع بتسوية الخلافات والمنازعات مع المتعاملين معهم وفقاً للأنحة إجراءات المحكمة الفضائية ويرعى أن تسوية النزاع عبر المحكمة يتطلب رضا صريح من أطرافه بطرحه على أجهزتها.

ومن المؤسسات غير الحكومية أيضاً مجمع لندن للمحكمين الذي اعتمد بروتوكول استخدام تكنولوجيا المعلومات في إدارة عملية التحكيم.

ومن الجدير بالذكر أن تطبيق نظام المحكمة الفضائية وغيرها من نظم تسوية المنازعات الإلكترونية يفتح مجالاً جديداً لنمو الوسائل البديلة لتسوية المنازعات التي تصدر على أساس تعاقدية وفقاً لتنظيم ذاتي يصدره أصحاب المهن ذات العلاقة بالتبادل الإلكتروني للبيانات وهو ما يمهد الطريق لتكوين أعراف تستهدف تنظيم إجراءات تسوية المنازعات إلكترونياً.

ونظراً لطبيعة منازعات العقود الإلكترونية وما تتطلبه من سرعة فقد دعت الحاجة إلى ضرورة البحث عن آلية أسرع يتم من خلالها التحكيم، وهو ما أدى إلى قيام بعض المراكز باللجوء إلى أسلوب التحكيم الإلكتروني المعجل (Expedited Arbitration) الذي ظهر العمل به عام 1998 ، ووفق هذا النظام يقوم

7 أنظر F. Lawrence Street & Mark P. Grant, Law of the Internet, LEXIS publishing, 2001, p11

8 موقع هذه المحكمة على شبكة الإنترنت هو www.wipo.int/fr/arbit/acprules

9 وموقع هذه المحكمة على الإنترنت نت هو www.cybertribunal.or



المحتكم بالنقر على مفتاح (Creat a case) وملء النموذج المعد سلفاً من قبل المركز وإرساله له بالبريد الإلكتروني، يقوم المركز بإخطار المحتكم ضده وإعداد صفحة للنزاع على موقع المركز على شبكة الإنترنت نت ويزود كل طرف باسم مرور (password) ليتمكن من دخول الي الموقع وعرض النزاع، وفي هذا النظام تتكون هيئة التحكيم من محكم فرد، وتنتهي القضية خلال شهر واحد من بدء الإجراءات.⁽¹⁰⁾

المبحث الثالث: إجراءات التحكيم الإلكتروني.

١. إذا وقع خلاف بين أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني فإنه قبل اللجوء إلى مركز التحكيم يتعين اتخاذ عدة إجراءات معينة لعرض النزاع على مركز معين، ويمكن إيجاز هذه الإجراءات في الخطوات التالية:⁽¹¹⁾ يتم التقدم بطلب تحكيم إلى مركز التحكيم المعين عن طريق كتابة النموذج المبين على موقع الإنترنت والمعد سلفاً من قبل المركز أو الجهة المعنية بالتحكيم مبيناً به طبيعة الخلاف الناجم عنه النزاع وما قد يقترحه من حلول مناسبة إذ يجب أن تتضمن وثيقة التحكيم تعييناً لموضوع النزاع حتى تحدد ولاية المحكمين. وغالباً ما تشترط مراكز التحكيم تضمين طلب التحكيم البيانات التالية:

- أسماء الأطراف وطبيعة أعمالهم وعناوينهم البريدية الإلكترونية.
 - وصف لطبيعة النزاع وظروفه
 - الغرض من طلب التحكيم
 - قائمة أدلة الإثبات
 - نص بند التحكيم أو مشاركة التحكيم وأي معلومات أخرى مفيدة
٢. يقوم كل طرف بتحديد أسماء ممثليه في نظر النزاع، وتحديد وسيلة الاتصال بهم وفيما إذا كان عن طريق البريد الإلكتروني أو الفاكس أو التلكس وكذا تحديد عدد المحكمين واختيار طريقة الإجراءات التي يرغب في اتباعها خلال نظر النزاع، وكذلك تحديد مدة التحكيم.
٣. يتم تقديم الوثائق والمستندات والأدلة التي تدعم حق كل طرف كما يرفق نسخة من اتفاق التحكيم ويقوم المركز بالاتصال بالأطراف بواسطة البريد الإلكتروني لمتابعة الإجراءات وذلك وفق فترات زمنية معينة، ثم يتم أداء الرسوم الإدارية المحددة التي تختلف من مركز تحكيم إلى آخر.
٤. يبدأ تاريخ نظر النزاع باستلام المركز لطلب التحكيم ويقوم المركز بإخطار المحتكم ضده بالادعاء لكي يتمكن من إبداء دفاعه بشأن موضوع النزاع وتقديم الأدلة والبيانات المؤيدة لدفاعه، ووفقاً لقانون التحكيم المصري فإن إجراءات التحكيم طبقاً للمادة (27) تبدأ منذ يوم استلام المحتكم ضده طلب التحكيم من المحتكم مالم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك، وفي حين نص المشروع الإماراتي في المادة (208/1) في قانون المعاملات المدنية على ما يلي: "يقوم المحتكم خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من قبل التحكيم بإخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة تحدد لنظر النزاع وبمكان انعقادها دون تقيد بالقواعد المقررة في قانون المعاملات المدنية للإعلان ويحدد لهم موعداً لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه دفاعهم.
٥. يحدد المركز موعد المحاكمة كي يقدم كل فريق الأدلة والبيانات ثم تبدأ عملية التحكيم وتستمر إلى أن تنتهي بإصدار الحكم وقيدته على الموقع الخاص بالقضية على الإنترنت.

المبحث الرابع: مشروعية اتفاق التحكيم الإلكتروني.

لم يشترط المشروع الفرنسي في قانون المرافعات المدنية أن يكون شرط التحكيم الدولي مكتوباً كما لم تستلزم اتفاقية جنيف للتحكيم الدولي لعام 1961 أن يكون شرط التحكيم مكتوباً لصحته إلا انه قد تشترط بعض

10 د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، دار الثقافة الأردن 2002 ص 58 المرجع السابق ص 59 وما بعدها

11 انظر:

Valmachino, Réflexion sur L'arbitrage électronique dans le commerce international, G. P. 2000, p7



التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية فيما يتعلق باتفاق التحكيم، أن يتم إفراده في شكل كتابي كشرط لصحته⁽¹²⁾ كقانون التحكيم المصري الذي نص في المادة (12) منه على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً" في حين أن اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها نصت في المادة (2/2) على أن "شرط كتابة التحكيم يتحقق إذا ورد في عقد أو في اتفاق موقع عليه من أطرافه أو تضمينه خطابات أو برقيات متبادلة"

وإذا كان شرط الكتابة يتوافر بالكتابة الخطية التقليدية فإن التساؤل يثور حول مدى توافر هذا الشرط في اتفاق التحكيم الإلكتروني، أو جهة أخرى ما هو حكم الكتابة الإلكترونية المستخدمة في تحرير اتفاق التحكيم الإلكتروني وبالتالي مشروعيتها.

إن الكتابة بمعناها التقليدي تكون محررة على دعائم ورقية ولكن التطور التكنولوجي المستمر في وسائل الاتصال مثل الفاكس والتلكس والمصغرات الفيلمية ومخرجات الكمبيوتر والشرائط الممغنطة أدى إلى ضرورة التوسع في هذا المفهوم التقليدي للكتابة ليستوعب التطور في عصر ثورة المعلومات والاتصالات وذلك أن الهدف من الكتابة لا يستلزم أن تكون محررة على دعامة ورقية بالذات.

ومن ثم لا يوجد ما يمنع من أن تكون الكتابة محررة على دعامة إلكترونية طالما تحقق الهدف فالمهم هو أن يتم حفظ البيانات المتداولة إلكترونياً بحيث يمكن الاحتفاظ بها والرجوع إليها عند الخلاف دون أن يطرأ عليها أي تعديل أو تحريف.

ولذلك نص قانون الأونسترال النموذجي (UNCITRAL) للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على أن "شرط الكتابة يتحقق في أي وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية مادامت توفر تدويناً أو تسجيلاً للاتفاق) مثل الأسطوانات المدمجة والشرائط الممغنطة" (فالنص بهذه الصياغة أتاح إمكانية تحقق شرط الكتابة في تبادل البيانات إلكترونياً أو من خلال البريد الإلكتروني).

كما نجد بعض التشريعات الوطنية الحديثة قد نصت صراحة على تحقق شرط الكتابة في بنود التحكيم التي تحملها رسالة البيانات الإلكترونية، وبالتالي أنزلت الكتابة الإلكترونية منزلة الكتابة اليدوية ومنها قانون التحكيم الألماني الصادر عام 1998 حيث نص على أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون وارداً في وثيقة موقعة أو تبادل للرسائل أو فاكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال التي توفر تدويناً للاتفاق، وأن الشكل الكتابي يتوافر إذا ورد في وثيقة مرسله من طرف إلى آخر مادام لا يوجد اعتراض من المرسل إليه.⁽¹³⁾ كما أقر ذلك القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 بأن نص في المادة (178) منه على أن "اتفاق التحكيم يعتبر مستوفياً لشروط الكتابة وإذا ورد في رسائل البرق أو الفاكس أو أي وسيلة اتصال أخرى متى كان يمكن إثباتها بالكتابة."

ومما لا شك فيه أن اختلاف القوانين الوطنية في مسألة مدى تحقق شرط الكتابة في الرسائل الإلكترونية من شأنه أن يثير الكثير من الصعوبات في حالة تنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية في بلد لا يأخذ بالتفسير الموسع لشرط الكتابة⁽¹⁴⁾، الأمر الذي دفع المنظمات الدولية إلى محاولة إصدار الاتفاقات التي تأخذ بالتفسير الموسع للكتابة ومنها مشروع تطوير قانون التحكيم التجاري الدولي الجاري إعداده من قبل لجنة الأونسترال (UNCITRAL)

12 د. أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون والذي عقد بدبي في الفترة 10/12 مايو 2003، ص 117

13 المرجع السابق، ص 119

14 وثيقة الأونسترال رقم 9/508، June 2000، Unicentral



بالأمم المتحدة والذي نص على أنه " يتعين أن يكون اتفاق التحكيم كتابياً وتشمل الكتابة أي شكل يوفر سجلاً ملموساً للاتفاق أو يكون في المتناول على نحو آخر بصفته رسالة بيانات بحيث يمكن استعماله في إشارة لاحقة⁽¹⁵⁾"، وهو ما يدل على أن اتفاقات التحكيم يمكن أن تبرم بوسيلة أخرى ليس لها شكل المستندات الورقية كالاتصالات الإلكترونية مثلاً.

وفي حين نص المشروع المصري في المادة (12) من قانون التحكيم على أن " اتفاق التحكيم يعد مكتوباً إذا تضمنه محرر وقع الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة " وهو ما يدل على اعتراف المشروع المصري بمشروعية استخدام وسائل الاتصال الحديثة في إبرام اتفاق التحكيم.

وقد ثار جدل ونقاش حول مدى حجية التوقيع الإلكتروني في هذا المجال حيث أن قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 قدمن ثمة نص يقر حجية التوقيع الإلكتروني، ولكن المشروع المصري حسم هذا النقاش في القانون (51) لسنة 2004 الذي أقر فيه حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، وقد انتهج المشروع الإماراتي هذا النهج في القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية. كما يؤثر التحكيم الإلكتروني عدة إشكاليات ترجع في الأساس إلى أن النظم القانونية القائمة المنظمة لإجراءات التحكيم تفرض استخدام الدعائم الورقية والحضور الشخصي لأطراف النزاع، بل تثار المشكلة أيضاً في حالة طلب سماع شهود أو خبراء.⁽¹⁶⁾ **المبحث الخامس: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني.**

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة، سواء في مجال التشريعات الوضعية أو الاتفاقات الدولية أو لوائح التحكيم، وترتب على هذه الاستقلالية أن الاتفاق على التحكيم الإلكتروني ليس مجرد شرط وارد في العقد الإلكتروني الأصلي وإنما هو عقد آخر مستقل عنه. ولقد أكد المشرع المصري على هذا المبدأ حين نص على اعتبار " شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته⁽¹⁷⁾"، وبذلك يكون القانون المصري قد أكد على استقلالية اتفاق التحكيم وترتب على ذلك أثران هامان:

الأول: عدم ارتباط اتفاق التحكيم الإلكتروني بمصير العقد الأصلي، وهو ما يعني أن بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو عدم صحته لا يؤثر على اتفاق التحكيم طالما كان صحيحاً في ذاته ولم يلحق به أي عيب من عيوب الإرادة.

الثاني: عدم خضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني لذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي ولذلك يجوز للأطراف والقضاء المختص اخضاع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي. وتعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من المسائل الهامة لأن هذا القانون هو الذي يحكم وجود اتفاق التحكيم وصحته ونفاذه وآثاره وتحديد ما يترتب من حقوق والتزامات الأطراف الاتفاق.

15 د. أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص. 34.

16 المادة (23) من قانون التحكيم المصري

17 د. ألو العلاء على النمر، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، بدون ناشر طبعة أولى، 2004، ص. 262.



ويسلم الفقه⁽¹⁸⁾ في مجموعه بإخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإدارة وبالتالي فإن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإدارة فالأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم. ولكي تقوم إدارة أطراف التحكيم بوظيفتها في تحديد القواعد الإجرائية يجب أن تكون هذه الإدارة صريحة وواضحة، وإذا لم تجد إدارة صريحة لهم فإنه يتعذر القول بإمكانية اللجوء إلى الإدارة الضمنية لأطراف التحكيم.

وهناك عدو إمكانيات متاحة أمام الخصوم عند اختيار إجراءات التحكيم على النحو التالي:⁽¹⁹⁾

١. قد يتولى الخصوم بأنفسهم وضع إجراءات التحكيم، ويسمى التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم العائم ويقصد به "التحكيم الذي يتحرر فيه الأطراف من كل القواعد الوطنية، حيث تقوم إدارة الأطراف بصياغة أو تقنين القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة فيه بشكل مفصل"⁽²⁰⁾

٢. قد يتفق الخصوم على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم بالنيابة عنهم.

٣. الاتفاق على اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين.

٤. قد يتفق أطراف التحكيم على اتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم.

وتثور الصعوبة في حالة عدم اختيار الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم حيث اختلف الفقه والقانون المقارن ولوائح مركز التحكيم في هذا الشأن بصدد التحكيم التقليدي، حيث يوجد اتجاه يرجح خضوع الأمر لقانون مقر التحكيم أي إخضاع اتفاق التحكيم لقانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه.⁽²¹⁾

ونجد اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية⁽²²⁾ قد اتبعت هذا الاتجاه حيث نص في الفقرة الثانية من المادة الخامسة على "رفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن اتفاق التحكيم صحيحاً وفقاً للقانون المختار من قبل الأطراف وفي حالة عدم وجود اختيار من قبلهم وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم."

وفي هذا الاتجاه جاء نص الفقرة أ (من المادة التاسعة من معاهدة جنيف الموقعة سنة 1961، في صياغة مماثلة لاتفاقية نيويورك، والذي نص على أنه "إذا تعلق الأمر بوجود وصحة اتفاق التحكيم فإن محاكم الدول المتعاقدة تفصل في هذه المسألة وفقاً للقانون الذي اختاره الأطراف ليسري على اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود تقنين أو إشارة في هذا الشأن فإن اتفاق التحكيم يخضع لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي" ويصعب إعمال ذلك بالنسبة للتحكيم الإلكتروني حيث يتم في علم افتراضي غير مرتبط بمكان محدد، ومن ثمة يتعين اتفاق الأطراف مسبقاً على تحديد القانون الواجب التطبيق. وإلا أصبحنا أمام فراغ قانوني يتعذر مواجهته. بينما نجد اتجاه آخر يميل إلى إعطاء هيئة التحكيم سلطة تحديد الإجراءات الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم، وقد اتبع قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 هذا النهج حيث ورد النص في المادة (25) منه على أن "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أب منظمة أو مركز تحكيم في مر أو خارجها."

18 د. جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 63

19 د. هشام على صادق المرجع السابق، ص 125 وما بعدها.

أصبحت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية جزء من القانون المصري واجب الاتباع في مجال العلاقات الخاصة الدولية بعد أن انضمت مصر إليها بتاريخ 2/2/1959 لتنفيذاً للقرار الجمهوري رقم (171) لسنة 1959، وبدأ العمل بها اعتباراً من 8/6/1959 بمقتضى قرار نائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الخارجية في 14/4/1959

21 د. أبو العلاء علي النمر، المرجع السابق، ص. 304

22 د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقة الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، 1998، ص. 224



ولم يتخذ المشروع المصري موقفاً صريحاً من مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ولكن مبدأ حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم إجراءاته يمكن استخلاصه من بعض النصوص الواردة في القانون رقم (27) لسنة 1994.

ف نجد في المادة (27) منه خولت لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها فإذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعات ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها ، ويستخلص البعض من ذلك أن إتاحة الفرصة للطرفين في اختيار مكان التحكيم والإقرار بحريتهما في اختيار إجراءاته تعني بطريق غير مباشر حرية طرفا التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم⁽²⁴⁾ كما قررت المادة (39) من ذات القانون أن لهيئة التحكيم أن تطبق على موضوع النزاع التي يتفق عليها الطرفان ، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه.

المبحث السادس : مشاكل الاعتراف بالتحكيم الإلكتروني.

التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية العديد من الإشكاليات ترجع في الأساس إلى أن النظم القانونية القائمة لإجراءات التحكيم تفرض استخدام المستندات الورقية والحضور الشخصي لأطراف النزاع) أو وكلائهم (وربما أيضاً شهودهم وخبرائهم أمام هيئة التحكيم بحيث تجري الإجراءات في المواجهة المادية أو بالحضور الشخصي.

ومن هنا ثار التساؤل عن مدى صحة إجراءات التحكيم الإلكتروني التي تجري من خلال وسائل إلكترونية وبالتالي مدى استيفاء حكم المحكمين مقومات تنفيذه، وذلك في ضوء القواعد القائمة للتحكيم التقليدي، وهل يمكن أن تستوعب هذه القواعد بوضعها القائم، تطبيقات التحكيم الإلكتروني) على الخط المباشر (online- أم أنه يلزم تطويرها لكي تستجيب لطبيعة طرق الاتصال الإلكترونية المستخدمة في إنجاز إجراءات التحكيم الإلكتروني؟

الواقع أن انتشار تطبيقات التجارة الإلكترونية وبصفة خاصة شيوع استخدام تقنيات الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني في نقل الرسائل والمستندات يعطي للمسائل التي يثيرها استخدام هذه التقنيات في إدارة عملية التحكيم أهمية خاصة من جهة الاعتراف بالحكم الصادر في هذه العملية وسوف يواجه عقبة في تنفيذه في الدول التي لا يلزم محاكمها بالاعتراف بالأحكام الصادرة في قضايا التحكيم التي جرت إجراءات النظر وإصدار الحكم فيها على الخط المباشر وأيضاً أحكام التحكيم التي تبنى على بنود تحكيمية واردة في عقود إلكترونية.

وإذا كانت المادة (2/1) من اتفاقية نيو يورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها تلزم محاكم الدول الأطراف فيها بالاعتراف باتفاقيات التحكيم والامر بتنفيذ أحكام إلا أن هذا الالتزام مشروط بمعدة شروط منها :أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وموقعاً من أطرافه) م (2/2)، وأن يكون حكم التحكيم مصدقاً عليه وهو ما يفرض ضمناً أن يكون الحكم التحكيم موقعاً وهي شروط يحتاج التحقق من توافر مقتضياتها في الطرق الإلكترونية لتسوية المنازعات النظر في توسيع مفهومي الكتابة والتوقيع ليستوعبا التطور الذي لحقهما في عصر ثورة المعلومات والاتصال.

ومن جانب آخر يجرى تقدير مدى صحة اتفاق التحكيم، طبقاً لاتفاقية نيويورك، رجوعاً إلى عدة قوانين منها قانون البلد الذي صدر فيه الحكم الأمر الذي يفترض إمكانية تحديد هذا البلد، وبالتالي صدور الحكم في إقليم بلد محدد وهو ما لا يمكن تصوره في حالة صدور الحكم وتحريره في موقع شبكات الاتصال الإلكترونية .كذلك تتضمن اتفاقية نيويورك نصوصاً تفترض مباشرة إجراءات التحكيم في مكان معين أو في إقليم دولة محددة من ثم تكون مخالفة هذه الإجراءات لقانون هذه الدولة سبباً من أسباب رفض الاعتراف



بالحكم وتنفيذه وإزاء ذلك برز التساؤل حول ما إذا كانت إجراءات التحكيم التي تجري عبر وسائط إلكترونية في إجراءات وطنية وينطبق عليها قانون القاضي بالمفهوم التقليدي أم أنها إجراءات عائمة ويرتبط بذلك وصف التحكيم بأنه وطني أو أجنبي من حيث أنه يجري في مكان معين فهذا الوصف يتوقف على الدولة المطلوب من محاكمها إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، وفيما إذا كان قد صدر في إقليم من أقاليمها وخضعت إجراءات التحكيم للقانون الساري فيها، أم أن الحكم الصادر خارج إقليمها.

يضاف إلى قائمة الإشكاليات التي تواجه الاعتراف بأحكام التحكيم الصادر بناء على إجراءات جرى إنجازها عبر شبكات الاتصال الإلكترونية أن بعض قواعد نظم التحكيم القائمة يرتبط تطبيقها بتركيز التحكيم تركيزاً مكانياً ، فيما يتعلق بمكان التحكيم ذاته أو فيما يتصل بمكان صدور حكم التحكيم. وعلى هذا صار التساؤل عن كيفية تحديد مكان صدور حكم التحكيم في حالة اتفاق المحكمين الذين يقيمون في دول مختلفة على حيثيات الحكم بطرق الفاكس أو البريد الإلكتروني ، وبناءً عليه فإن الآثار التي ترتبها القواعد المذكورة على تحديد مكان التحكيم تتطلب بحث كيفية تحديده في حالة التحكيم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية. وبالمثل فإن طبيعة هذه الشبكات تثير التساؤل حول المكان والوقت اللين يعتبر حكم التحكيم قد صدر فيهما وهل يكون الحكم قابلاً للاعتراف به وتنفيذه في ظل القواعد القائمة في حالة تقديم أدلة الإثبات التي اعتمد عليها محملة علة وسائط إلكترونية وفي ضوء يمكن يوجه إليها من طعون تتعلق بضمان صحتها وسرية الإجراءات.

وفي النهاية لا بد أن نؤكد على أن الاستخدام الآمن والفعال لشبكات الاتصال الإلكترونية في إنجاز إجراءات التحكيم الإلكتروني يحتاج إلى مزيد من البحث والدراسة ، ومن ثم تنظيم الجوانب المرتبطة بإجراءات المرافعات والإثبات خصوصاً تقديم المستندات وتبادلها من حيث سلامتها وتوثيقها وحجتها ، وخاصة تلك التي أثارته جدلاً واسعاً ومن أهمها مدى صلاحية الكتابة الإلكترونية لاستيفاء الشرط الشكلي الكتابي لاتفاق تحكيم وإثباته من ناحية ، ومدى صحة إجراءات التحكيم وإصدار حكم المحكمين الذي يجري بالوسائل الإلكترونية من ناحية أخرى.

الخاتمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى رسول الله أما بعد:
توصل الباحث من خلال هذا البحث إلى نتائج منها:

أولاً: تعريف التحكيم في الشريعة الإسلامية وإمكانية الاستفادة منه كوسيلة لحل المنازعات الإلكترونية تجارياً.

ثانياً: تمييز التحكيم عن غيره وجمع ذلك ومحاولة تطبيقه.

ثالثاً: الوصول للتعريف السابقة للتجارة والجمع بينهما وبين التعاريف الحالية والمتوافقة مع عصر التقنية من خلال الدراسات المؤتمرات والبحوث السابقة.

رابعاً: قدرة الشريعة الإسلامية على التوافق مع متطلبات العصر وخاصة فيما يخص موضوعنا وبحثنا والوقوف على الفتاوى المعاصرة في ذلك والله الحمد.

خامساً: النوازل الفقهية ودراستها والجمع بينها وبين القانون الوضعي والشرعي والخروج بحكم فقهي يتكيف مع متطلبات العصر.

سادساً: العقود في الشريعة الإسلامية والعقود الإلكترونية الجديدة وأهميتها لحل المنازعات التجارية الإلكترونية وأهمية دراستها والوصول إلى إمكانية التحكيم الإلكتروني كبداية لحل المنازعات إلكترونياً.

سابعاً: معرفة الإجراءات الأولية والخطوات المهمة لإجراءات التحكيم الإلكتروني.

الخاتمة والتوصيات:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى رسول الله أما بعد:
توصل الباحث من خلال هذا البحث إلى نتائج منها:

أولاً: تعريف التحكيم في الشريعة الإسلامية وإمكانية الاستفادة منه كوسيلة لحل المنازعات الإلكترونية تجارياً.



ثانياً: تمييز التحكيم عن غيره وجمع ذلك ومحاولة تطبيقه.

ثالثاً: الوصول للتعريف السابقة للتجارة والجمع بينهما وبين التعاريف الحالية والمتوافقة مع عصر التقنية من خلال الدراسات المؤتمرات والبحوث السابقة.

رابعاً: قدرة الشريعة الإسلامية على التوافق مع متطلبات العصر وخاصة فيما يخص موضوعنا وبحثنا والوقوف على الفتاوى المعاصرة في ذلك والله الحمد.

خامساً: النوازل الفقهية ودراساتها والجمع بينها وبين القانون الوضعي والشرعي والخروج بحكم فقهي يتكيف مع متطلبات العصر.

سادساً: العقود في الشريعة الإسلامية والعقود الإلكترونية الجديدة وأهميتها لحل المنازعات التجارية الإلكترونية وأهمية دراستها والوصول إلى إمكانية التحكيم الإلكتروني كبداية لحل المنازعات إلكترونياً.

سابعاً: معرفة الإجراءات الأولية والخطوات المهمة لإجراءات التحكيم الإلكتروني.

ثم كان ختام البحث بالتوصيات الآتية:

أولاً: من المهم على ما نحن فيه من تقدم في مجال التحكيم الإلكتروني وتوجه الغرف التجارية لذلك لا زلنا بحاجة لنشر ثقافة التحكيم بين المجتمع والتأكيد على ذلك.

ثانياً: تكثيف عدد المؤتمرات وورش العمل للخروج بتوصيات والرفع بها لاعتمادها.

فهرس المراجع:

١. القرآن الكريم.
٢. الأباصيري، د. فاروق محمد أحمد، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط ٢٠٠٢م.
٣. ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، ط ثانية ١٣٩٧هـ.
٤. ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت.
٥. ابن الهمام، كمال الدين محمد السيواسي، فتح القدير على الهداية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر ط أولى ١٣٨٩هـ.
٦. ابن تيمية، شيخ الإسلام أحمد بن تيمية الحراني، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ط توزيع الرئاسة العامة لشئون الحرمين الشريفين، طبع بإدارة المساحة العسكرية بالقاهرة، ١٤٠٤هـ.
٧. ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، تغليق التعليق على صحيح البخاري، دراسة وتحقيق سعيد القزفي، المكتب الإسلامي، ودار عمار، ط أولى ١٤٠٥هـ.
٨. ابن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، المسند، المكتب الإسلامي، ط الرابعة ١٤٠٣هـ.
٩. ابن رشد، محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط السابعة، ١٤٠٥هـ.
١٠. ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط الثانية، ١٣٨٦هـ.
١١. ابن عابدين، محمد علاء الدين، بن محمد أمين، تكملة رد المحتار على الدر المختار (حاشية قرّة عيون الأخبار) مطبوع مع حاشية والده رد المحتار.
١٢. ابن فارس، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الكتب العلمية، إيران، قم.
١٣. ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في



- أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، تصوير عن العامرة الشرفية، ط ١٣٠١هـ.
١٤. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، تحقيق: د. عبد الله التركي، ود. عبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة، القاهرة، ط ثانية، ١٤١٣هـ.
١٥. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، المقنع، مطبوع مع الشرح الكبير والإنصاف، تحقيق: د. عبد الله التركي، دار هجر، ط أولى، ١٤١٧هـ.
١٦. قانون فرنسي: مشروع عقد نموذجي لغرفة التجارة والصناعة الفرنسية للمعاملات الإلكترونية.
١٧. لطفي، د. محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، ط النسر الذهبي، القاهرة، عام ٢٠٠٢م.
١٨. مجلة الأحكام العدلية الصادرة عن الدولة العثمانية، مطبوع مع شرحها، لسليم رستم باز اللبناني.
١٩. مجلة العالم الرقمي، ملحق جريدة الجزيرة السعودية.
٢٠. مجلة اليمامة السعودية.
٢١. مراد، د. عبد الفتاح مراد، التجارة الإلكترونية والبيع والشراء على شبكة الإنترنت.
٢٢. د. احمد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، وأنظمة التحكيم الدولية، بدون ناشر، الطبعة الثانية 2004 ص 48
٢٣. 1 د. خالد عبد الفتاح محمد، حميادة المستهلك في قانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية 2002 ، ص 71
- ١ أنظر:

B. Gold Arbitrage Commercial international 1989

٢٤. د. حفيظة ال حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، 1998، ص 14
٢٥. 1 يقصد بمصالح التجارة الدولية كما حددها القضاء الفرنسي " وجود معاملة اقتصادية تتطلب حركة أو تداول للأموال أو الخدمات أو الدفع عبر الحدود " أو على حد تعبير الفقه الفرنسي " وجود مد وجزر للقيم أو الخدمات والأموال فيما وراء الحدود "وقد تبنى قانون التحكيم المصري المعيار الاقتصادي بالنص في المادة الثانية منه على أن التحكيم يكون دولياً إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية.
٢٦. مشار إليه لدى د. احمد مخلوف اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية 2001 ، ص 65 وما بعدها.



الفطرة ودورها في تعزيز القيم الخلقية: دراسة تحليلية

Common Sense and its role in enhancing moral values: an analytical study

د. مزنة بنت عبد العزيز بن علي اللحيدان

الهيئة العامة للغاية بالمسجد الحرام والمسجد النبوي

وكيل الرئيس العام للشؤون العلمية والأكاديمية النسائية - عضو هيئة التدريس بكلية المسجد النبوي

Email: gmazna5000@gmail.com

المستخلص:

اعتمد البحث في بنائه على عدة مناهج أهمها: المنهجان التأصيلي والاستنباطي، وتناولت المقدمة بيان أهداف البحث وأهميته ومنهجه وحدوده وخطته، وجاء المطلب الأول في بيان مفهوم الفطرة، والمطلب الثاني فتناول مفهوم القيم الخلقية، فيما تطرق المطلب الثالث إلى بيان علاقة الفطرة بالأخلاق البشرية، والمطلب الرابع دلالة الفطرة على القيم الخلقية، في حين تطرق المطلب الخامس للقيم الخلقية في الفطر السوية. وتوصل البحث إلى العديد من التوصيات أهمها، أن علماء السلف تناولوا مباحث الفطرة ضمن أبواب العقيدة وذلك لإثبات أسبقية التوحيد وأنه مغروس في الفطرة؛ لتأتي في غضون مباحث السلوك والأخلاق تطبيقاً عملياً بيّناً، وأن الأخلاق الجبلية أعلى وأرقى من الكسبية، لأن حسن الخلق بالطبع لا يزول عن الإنسان، في حين أن حسن الخلق بالطبع قد يفوت الإنسان وعليه تذكر ذلك عند حدوث كل ما يثيره، إضافة إلى أن دلالة الفطرة على القيم الخلقية تتمحور في ناحيتين: الناحية الأولى المصدرية، وهي أن جميع الخلق مجبولين على استحسان القيم الخلقية ومحبتها والركون إليها. الناحية الثانية: الواقعية، وهي أن البشر مع كونهم يستحسنون القيم الخلقية فهم متفاوتون في الانتهاج عليها، وخلص البحث إلى عدة توصيات منها، التركيز على غرس القيم السليمة في الأجيال الناشئة من خلال التربية التي تستند إلى الفطرة، والابتعاد عن المؤثرات التي تحرفها، مثل الإعلام المضلل والشهوات، وضرورة دعم الأبحاث التي تدرس تأثير الفطرة على الأخلاق والقوانين، وتطوير برامج تعليمية تعتمد على القيم الفطرية في مواجهة الانحرافات الأخلاقية، إضافة إلى ضرورة تنظيم مؤتمرات وندوات دولية تهدف إلى تعزيز الفطرة كأساس مشترك لتطوير القوانين العالمية، ومواجهة الدعوات التي تحاول المساس بالقيم الأخلاقية.

الكلمات المفتاحية: الفطرة - الأخلاق - القيم

Abstract

In its structure, the research was based on several approaches, the original and deductive approaches are the most important ones. The introduction addressed explaining the objectives of the research, its importance, approach, limits, and plan. The first inquiry came in explaining the concept of common sense, and the second inquiry dealt with the concept of moral values, while the third inquiry sought to explain the relationship between the common sense and human morals, and the fourth inquiry is about the significance of the common sense on moral values, while the fifth inquiry addresses the moral values in the common sense.

The research presented many recommendations, the most important of which is that the Salafi scholars dealt with issues of instinct within the chapters of faith in order to prove the primacy of monotheism and that it is rooted in the common sense. In this context, the topics of behavior and morals will come into



clear practical application, and that common sense morals are higher and more sublime than morals gained by upbringing, because a man wouldn't ignore his courtesy if it is genuine; however, if it is out of nurture, they may be neglected. One can note this when something provokes him/ her. In addition, the significance of common sense on moral values is reflected in two aspects: the first aspect is the source; what means that all creatures are wired to appreciate, tend to and rely on moral values. As for the second aspect: Realism, which means that although humans approve moral values; they vary in their adherence to them. The research concluded with several recommendations, that includes focusing on instilling sound values in emerging generations through raising that is based on common sense, and staying away from influences that distort them, such as the misleading media and desires. In addition to the necessity of supporting research that studies the effect of common sense on morals and laws; furthermore, it is important to develop educational programs based on innate values to confront moral deviations, in addition to the necessity of organizing international conferences and seminars aimed at strengthening innate values as a common basis for developing global laws, and confronting calls that attempt to undermine moral values.

Keywords: common sense - morals – values.

المقدمة:

الحمد لله الذي خلق الإنسان في أحسن تقويم، وفطره على معرفة ربه ومحبته، والإقبال عليه، والصلاة والسلام على من أرسله الله ليخرج الناس من ظلمات الجهل والضلال إلى نور العلم والإيمان، وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين.

أما بعد، فإن من أعظم ما أودعه الله في قلوب عباده هو الفطرة السليمة، تلك الفطرة التي تشهد لله بالوحدانية، وتعرفه حق معرفته، وتدلل عليه كما يدل النور على النهار والشمس على الضياء. إنها الفطرة التي تتبع منها المحبة الصافية للخالق، والميول الفطري للحقائق الكبرى التي اتفقت عليها الشرائع، واستقرت عليها النفوس السوية، كما قال الله تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتِ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الروم: ٣٠].

فإنه جل شأنه، أوجد في النفوس حب الخير ونبذ الشر، وركب فيها قبول التوحيد وكراهية الشرك، منذ أصل الخلقة كما أنبأ الله تعالى بذلك فقال: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى شَهِدْنَا أَنْ تَقُولُوا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ﴾ [الأعراف: ١٧٢]. وقد جاء الشرع الحنيف مصدقاً ومقوماً لهذه الفطرة، ليعيد الإنسان إلى أصل خلقته الأولى، ويهديه سواء السبيل، فإن كل مولود يولد على هذه الفطرة، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: «مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ، وَيَنْصَرَانِهِ، أَوْ يُمَجِّسَانِهِ، كَمَا تُنْتَجُ الْبَهِيمَةُ بِبَهِيمَةٍ جَمْعَاءَ، هَلْ تُحْسِنُونَ فِيهَا مِنْ



جَدْعَاء»^(١). فهذه الفطرة هي النور الذي أودعه الله في قلب كل إنسان، ليُبصر به الحقائق، ويميز بين الحق والباطل، لكن إذا لم تُحفظ من عوامل الفساد، انطفأ نورها، وذهبت به ريحها، وأظلمت جوانبها، حتى تتقلب المفاهيم وتتشوه المعاني، فترى الحق باطلاً والباطل حقاً.

وإن هذا البحث يهدف إلى استجلاء حقيقة الفطرة كما جاءت في الكتاب والسنة، مستنيرين بأقوال العلماء الراسخين، لبيان معنى الفطرة وعلاقتها بالقيم الخلقية، فنسأل الله أن يجعل هذا البحث ذكراً لمن كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد، وأن يجعله سبباً لإحياء ما اندثر من فطرننا، وإصلاح ما فسد منها، إنه على كل شيء قدير وبالإجابة جدير.

أهمية البحث:

التعرف على الفطرة ودورها في تعزيز القيم الخلقية.

منهج البحث:

يستند البحث على المنهج التأصيلي التحليلي الذي يقوم على بيان مفهوم الفطرة ودورها في تعزيز القيم والأخلاق.

أهداف البحث:

- التعرف على مفهوم الفطرة.
- التعرف على مفهوم القيم الخلقية.
- بيان علاقة الفطرة بالأخلاق البشرية.
- بيان دلالة الفطرة على القيم الخلقية.
- استعراض ملامح القيم الخلقية في الفطر السوية.

حدود البحث:

يقتصر البحث على الحدود الموضوعية في بيان التعريف بالفطرة وعلاقتها بالقيم والأخلاق.

خطة البحث وإطاره:

- وقد اشتمل البحث على مقدمة وفصلين وخاتمة، على النحو الآتي:
- المقدمة: وفيها: أهمية البحث، وأهداف البحث، ومنهج البحث، وخطة البحث وإطاره.
- المطلب الأول: مفهوم الفطرة.
- المطلب الثاني: مفهوم القيم الخلقية.
- المطلب الثالث: علاقة الفطرة بالأخلاق البشرية.
- المطلب الرابع: دلالة الفطرة على القيم الخلقية.
- المطلب الخامس: ملامح القيم الخلقية في الفطر السوية.
- الخاتمة: وتتضمن: أبرز النتائج والتوصيات.

المطلب الأول: مفهوم الفطرة

أولاً: مفهوم الفطرة في اللغة: "الفطرة بالكسر الخلق، وقد فطره يَفْطُرُهُ بالضم فطرًا، أي خلقه. والفطر أيضاً الشق، يقال: فطرته فانفطر... وتفطر الشيء تشقق... والفطر الابتداء والاختراع، قال ابن عباس رضي الله عنه: "كنت لا أدري ما فاطر السماوات حتى أتاني أعرابيان يختصمان في بئر فقال أحدهما: أنا فطرتها، أي أنا ابتدأتها"^(٢). فالفطرة في اللغة تعني الخلق والشق والإيجاد والإحداث.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، ح (١٣٥٩)، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يصلى عليه، وهل يعرض على الصبي الإسلام، (٩٥/٢). ومسلم في صحيحه، ح (٢٦٥٨)، كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين، (٢٠٤٧/٤).

(٢) الصحاح للجوهري، باب "الراء"، فصل الفاء، مادة: "فطر"، (٧٨١/٢).



ولفظة "فطرة" على وزن "فعلة" لم ترد في القرآن الكريم إلا مرة واحدة في سورة الروم في قوله تعالى: (فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ) [الروم: ٣٠].

وبهذا يتبين أن معنى "الفطرة" في لغة العرب يطلق على معان متعددة تدور حول: الخلق والشق والإيجاد والإحداث.

ثانياً: الفطرة في الاصطلاح: تعددت التعريفات المتعلقة بمصطلح الفطرة ويمكن تقسيمها إلى اعتبارين: الأول: الاعتبار العام: وهو ما اصطلح عليه عدد من أهل العلم قديماً وحديثاً: الفطرة: "الجبلة المتهيئة لقبول الدين" (٣).

الفطرة: الخلقة: "التي خلق الله عباده عليها وجعلهم مفطورين عليها: على محبة الخير وإيثاره، وكراهية الشر ودفعه، وفطرهم حنفاء مستعدين لقبول الخير والإخلاص لله، والتقرب إليه" (٤). الفطرة: "هي السلامة من المعتقدات الباطلة، والقبول للعقائد الصحيحة" (٥).

الثاني: الاعتبار الخاص: وهو ما تناولته أقوال السلف في التعبير عن معنى الفطرة: الفطرة: "الإسلام" (٦).

الفطرة: "الدين" (٧).

الفطرة: "معرفة الله" (٨).

الفطرة: "الإقرار بالصانع" (٩).

وعند التدقيق في هذين الاعتبارين: نجد أن الاعتبار العام: نظر إلى الإنسان وخلقته التي أوجد عليها، أما الاعتبار الخاص فنظر من ناحية الغاية التي خلق الله البشرية لأجلها وبث في جبلتهم إقرارها واستحسانها. ومن هنا جاءت مباحث الفطرة عند علماء السلف ضمن أبواب العقيدة وذلك لإثبات أسبقية التوحيد وأنه مغروس في الفطرة؛ لتأتي في غصونها مباحث السلوك والأخلاق تطبيقاً عملياً بيئاً.

وبهذا يتضح أن الفطرة تطلق ويراد بها:

الابتداء والخلق: من ناحية أن الفطرة مرتبطة بالبداية والخلق الأول للإنسان.

الطبيعة الأصلية: وذلك بكون الفطرة هي الطبيعة التي فطر عليها الإنسان قبل التأثير.

الجبلة الأولى: بمعنى أن الفطرة هي الجبلة الأولى التي أوجد عليها الإنسان.

دين الإسلام: ذلك إن معنى الفطرة في الأصل يعود إلى الإسلام وعليه إجماع السلف رحمهم الله (١٠).

المطلب الثاني: مفهوم القيم الخلقية

القيم الخلقية من أبرز موضوعات الثقافة الإسلامية المعاصرة (١١)، وقد نالت اهتماماً كبيراً من العلماء والباحثين على اختلاف انتماءاتهم العلمية، وحتى تتضح حقيقتها وتبين معالمها كان لا بد من التطرق إلى معنى القيم والأخلاق أولاً ثم بيانها باعتبارها مصطلحاً مركباً؛ إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوره:

(٣) معجم اللغة العربية المعاصرة، لأحمد مختار وآخرون، (٤٦/٣).

(٤) بهجة قلوب الأبرار، للسعدي، (ص: ٥٩).

(٥) منهاج النبوة، لابن تيمية، (ص: ٥٩).

(٦) مجموع الفتاوى، لابن تيمية، (٢٤٥/٤).

(٧) أحكام أهل الذمة، لابن القيم، (٩٥٣/٢).

(٨) ينظر: التمهيد، لابن عبد البر، (٧٢/١٨).

(٩) ينظر: المرجع السابق، (٧٢/١٨).

(١٠) ينظر: المرجع السابق، (٧٢/١٨).

(١١) تعرف الثقافة الإسلامية بأنها: "العلم بمنهاج الإسلام الشمولي في الفكر والقيم والنظم ونقد التراث الإنساني"، الثقافة الإسلامية تخصصاً ومادةً وقسمًا علميًا، للطريقي؛ وآخرين، (ص: ١٣).



أولاً: مفهوم القيم في اللغة والاصطلاح: القيم في اللغة جمع قيمة، وهي من الفعل قام بالأمر يقوم به قياماً فهو قوام وقائم^(١٢)، واستقام الأمر اعتدل، وقومته: عدلته^(١٣)، ومنه قوله تعالى: ﴿قُلْ إِنِّي هَدَانِي رَبِّي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ بَيْنًا قِيمًا مَلَّةً إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ [الأنعام: ١٦١]^(١٤)، والقوام: العدل، قال تعالى: ﴿وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: ٦٧]^(١٥). وفلان قائم بكذا: إذا كان متمسكاً به مداوماً وثابتاً عليه^(١٦)، ومنه قوله تعالى: ﴿لَيْسُوا سَوَاءً مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ قَانِئَةٌ﴾ [آل عمران: ١١٣]، وقَوَّمت السلعة واستقمتها: إذا ثمنتها^(١٧)، وقوام الأمر: عماد الأمر وملاكه^(١٨)، قال تعالى: ﴿جَعَلَ اللَّهُ الْكُفَّةَ الْبَيْتَ الْحَرَامَ قِيَامًا﴾ [المائدة: ٩٧]، أي: قواماً لهم يقوم به معاشهم ومعادهم^(١٩). "واستقام فلان بفلان، أي: مدحه وأثنى عليه"^(٢٠).

وبهذا يتبين أن لفظة "قيمة" في اللغة تدور حول معان عدة هي: الاعتدال والاستقامة والعدل والاستمرار والثبات، والثلث والقبول والمدح والنظام والعماد والأساس، والناظر في تلك المعاني يلحظ أنها مفردات تحوي في جملتها ما ينبغي أن يسير عليه الإنسان وما أعقب ذلك من مدح وامتنان الأمر الذي يتضح من خلاله سمو هذه الكلمة واستيعابها شتى شؤون الحياة.

والقيم في الاصطلاح: جاءت بعدد من التعريفات من أهمها ما يأتي:

القيم: "صفة عينية كامنة في طبيعة الأقوال والأفعال وفي الأخلاق"^(٢١).

القيم: "صفة الأشياء من حيث إنها جديرة بشيء قليل أو كثير من التقدير"^(٢٢).

القيم: "القواعد التي تقوم عليها الإنسانية، وتختلف بها عن الحياة الحيوانية، كما تختلف الحضارات بحسب تصورها لها"^(٢٣).

القيم: "ما يتميز به الشيء من صفات تجعله مستحقاً للتقدير كثيراً أو قليلاً، فإن كان مستحقاً للتقدير بذاته كالحق والخير والجمال كانت قيمته مطلقة، وإن كان مستحقاً للتقدير من أجل عرض معين كانت قيمته إضافية"^(٢٤).

ثانياً: مفهوم الخلق في اللغة والاصطلاح: الخلق لغة: "الدِّين والطبع والسجية، وحقيقته أنه وصف لصورة الإنسان الباطنة، وهي نفسه وأوصافها ومعانيها المختصة بها بمنزلة الخلق لصورته الظاهرة وأوصافها ومعانيها، ولهما أوصاف حسنة وقبيحة"^(٢٥).

والخلق اصطلاحاً: "هيئة في النفس راسخة، عنها تصدر الأفعال بسهولة ويسر من غير حاجة إلى فكر وروية، فإن كانت الهيئة بحيث تصدر عنها الأفعال الجميلة المحمودة عقلاً وشرعاً سميت تلك الهيئة خلقاً حسناً، وإن كان الصادر عنها الأفعال القبيحة سميت الهيئة التي هي المصدر خلقاً سيئاً"^(٢٦).

(١٢) ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي، (٥٢٠/٢).

(١٣) ينظر: القاموس المحيط، للفيروز آبادي، (ص: ١١٥٢).

(١٤) ينظر: المرجع السابق.

(١٥) ينظر: الصحاح، للجوهري، (٢٠١٧/٥).

(١٦) ينظر: لسان العرب، لابن منظور، (٥٠١/١٢).

(١٧) ينظر: القاموس المحيط، للفيروز آبادي، (ص: ١١٥٢).

(١٨) ينظر: الصحاح، للجوهري، (٢٠١٧/٥ - ٢٠١٨).

(١٩) ينظر: المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني، (ص: ٦٩١).

(٢٠) تاج العروس من جواهر القاموس، للزبيدي، (٣١٨/٣٣).

(٢١) المعجم الفلسفي، لمراد صليبي، مادة: "قيم"، (١٥١/١).

(٢٢) فلسفة القيم، رزفير، بول جان، (ص: ٦).

(٢٣) الثقافة الإسلامية، للطريقي، (ص: ١٤).

(٢٤) المعجم الفلسفي، لجميل صليبي، (٢١٣/١٢).

(٢٥) لسان العرب لابن منظور، (٨٦/١٠).

(٢٦) إحياء علوم الدين، للغزالي، (٥٣/٣).



ثالثاً: مفهوم القيم الخلقية: دل على معنى القيم الخلقية عدة تعريفات، لعل من أهمها

- "مجموعة الأخلاق التي تصف نسيج الشخصية الإسلامية، وتجعلها متكاملة قادرة على التفاعل الحي مع المجتمع، وعلى التوافق مع أعضائه، وعلى العمل من أجل النفس والأسرة والعقيدة"^(٢٧).
- المعايير الخلقية الإسلامية التي تسير عليها حياة الفرد والمجتمع، ويمكن باتباعها أن يصل إلى درجة الكمال"^(٢٨).

- "القيم المتعلقة بتكوين السلوك الخلقى الفاضل عند المسلم؛ ليصبح سجيّة وطبعاً يتخلّق به ويتعامل به مع الآخرين لتكوين مجتمع إسلامي فاضل"^(٢٩).

وعند ملاحظة التعريفات السابقة يتضح أن القيم الخلقية تُعنى بالشخصية المسلمة بناءً ونهجاً وتقويماً. وعليه فإن القيم الخلقية: "عماد الأخلاق وكمالها الذي تحتكم إليه قرباً وبعداً".

المطلب الثالث: علاقة الفطرة بالأخلاق البشرية

ولما كانت الأخلاق هيئة في النفس راسخة في الطبيعة البشرية لزم للتعرف على علاقتها بالفطرة والنظر إليها باعتبارها في هذه النفس:

النوع الأول: أخلاق جبلية: وهي التي يفطر الإنسان عليها وتكون من خلقه دون تكلف أو مجاهدة، يشهد لها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للأشج أشج عبد القيس رضي الله عنه: «إِنَّ فِيكَ خَصْلَتَيْنِ يُحِبُّهُمَا اللَّهُ: الْحِلْمُ، وَالْأَنَاءُ»^(٣٠)، وفي رواية: "قال: يا رسول الله، أنا أخلقُ بهما أم الله جبليّ عليهما؟ قال: «بل الله جبلكُ عليهما»، قال: الحمد لله الذي جبّلني على خلتين يحبُّهما الله ورسوله»^(٣١).

النوع الثاني: أخلاق مكتسبة: وهي التي لا يجبل المرء عليها وإنما يكتسبها بالتدرب والمران، فعن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: "إِنَّمَا الْعِلْمُ بِالتَّعْلَمِ، وَإِنَّمَا الْحِلْمُ بِالتَّحَلُّمِ، مَنْ يَتَحَرَّى الْخَيْرَ يُعْطَهُ، وَمَنْ يَتَّقِ الشَّرَّ يُوقَهُ"^(٣٢).

ومن هذا يتبين أن الأخلاق في النفس الإنسانية تتنوع إلى أخلاق جبلية، وأخلاق مكتسبة؛ بيد أن الأخلاق الجبلية أعلى وأرقى من الكسبية، لأن "حسن الخلق بالطبع لا يزول عن الإنسان، لكن حسن الخلق بالطبع قد يفوت الإنسان في مواطن كثيرة؛ لأنه يحتاج إلى ممارسة وإلى معاناة وإلى رياضة ومجاهدة، وإلى تذكر ذلك عند حدوث كل ما يثير الإنسان"^(٣٣).

ولعل مما يدل على هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم: «الْمَاهِرُ بِالْقُرْآنِ مَعَ السَّفَرَةِ الْكِرَامِ الْبَرَةِ، وَالَّذِي يَقْرَأُ الْقُرْآنَ وَيَتَتَعْتَعُ فِيهِ، وَهُوَ عَلَيْهِ شَاقٌّ، لَهُ أَجْرَانِ»^(٣٤). فالمهارة بالجملة أعظم أجراً ممن يحاول ذلك ويجبر نفسه عليه، فالبشر يتفاوتون في الخلق كما يتفاوتون في الخلقة.

وعليه فكل ما قرب من الفطرة كان أفضل، وبقدر البعد عنها يكون الخلق يتطلب اعتياداً ومراساً كي يثبت ويرسى.

(٢٧) المدخل إلى القيم الإسلامية، لمفيدة، (ص: ٤١).

(٢٨) القيم الإسلامية في التعليم وآثارها على المجتمع، لمحمد أمين الحق، (ص: ٣٣٧).

(٢٩) القيم بين الإسلام والغرب دراسة تأصيلية مقارنة، للمانع، (ص: ٢٤).

(٣٠) أخرجه مسلم في صحيحه، ح (١٧)، كتاب الإيمان، باب الأمر بالإيمان بالله ورسوله، وشرائع الدين، والدعاء إليه، (٤٨/١).

(٣١) أخرجه أبو داود، ح (٥٢٢٥)، كتاب الأدب، باب في قبلة الرجل، (٥١٢/٧). صححه الألباني.

(٣٢) المعجم الأوسط، للطبراني، (١١٨/٣).

(٣٣) مكارم الأخلاق، لابن عثيمين، (ص: ٣٢).

(٣٤) أخرجه مسلم في صحيحه. ح (٧٩٨)، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب فضل الماهر في القرآن، والذي يتتبع فيه، (٥٤٩/١).



ذلك إن الله تعالى جبل الخلق على اكتساب الفضائل والتخلق بها، يقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ﴾ [العنكبوت: ٦٩]، ومن هنا كان النفوس البشرية ما هو مجبول على الشر ومنها ما جبل على الخيرية.

وخاطر النفوس البشرية تجول بالخير والشر بحسب طبيعة خلقها كما أنبأ بذلك الله تعالى فقال: ﴿وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا ۖ فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا﴾ [الشمس: ٧-٨]، "أي: عرّفها طريق الفجور والتقوى، وجعل لها قوة يصح معها اكتساب أحد الأمرين" (٣٥).

والتنبيه إلى ذلك ذو أثر كبير في تبني القيم وابتنائها، وإدراك فحواه يعصم المسلم من زلل كثير؛ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إِنَّ لِلشَّيْطَانِ لَمَّةً بِإِبْنِ آدَمَ وَلِلْمَلِكِ لَمَّةً، فَأَمَّا لَمَّةُ الشَّيْطَانِ فَأَيَّادٍ بِالشَّرِّ وَتَكْذِيبُ بِالْحَقِّ، وَأَمَّا لَمَّةُ الْمَلِكِ فَأَيَّادٍ بِالْخَيْرِ وَتَصْدِيقٌ بِالْحَقِّ، فَمَنْ وَجَدَ ذَلِكَ فَلْيَعْلَمْ أَنَّهُ مِنَ اللَّهِ فَلْيَحْمَدِ اللَّهَ، وَمَنْ وَجَدَ الْآخَرَ فَلْيَتَعَوَّذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ» (٣٦)، ثم قرأ: ﴿الشَّيْطَانُ يَعِدُكُمُ الْفَقْرَ وَيَأْمُرُكُم بِالْفَحْشَاءِ وَاللَّهُ يَعِدُكُم مَّغْفِرَةً مِنْهُ وَفَضْلًا وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٦٨]، فمحل الشيطان من الإنسان نفسه، إن كف هواها ولم يؤت منها انضوى شيطانها وعاد القهقري وعلم أنه ليس له يد عليها، يقول الله تعالى: ﴿إِنَّهُ لَيْسَ لَهُ سُلْطَانٌ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَلَى رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ﴾ [النحل: ٩٩].

ولعل من هنا رأى الفلاسفة سلطة النفس على البدن، فلما خبا واعظ قلوبهم، تولت النفس قيادتهم، فترأت أهواؤهم واشتياق أنفسهم لها وتحرك أبدانهم نحوها فترجموا تلك المشاعر اللاهثة وعقولهم الحابسة وأجسادهم المنفذة وكأنها علوم حقيقية وارفة. وما هي إلا ضلالات تصدق تارة وتكذب تارات. والله تعالى يقول: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فنور الحكمة والعلم تراه القلوب المؤمنة كما ترى ضياء الشمس العين المبصرة.

ومن هذا يتضح أن البشر مفطورون على قيم الدين ومحبتها وقبولها والاهتداء إليها، وأن اتفاق الناس على تعقل هذه الفضائل لم يكن عبثاً وإنما استحسانه مركز في فطرهم يجدون الميل إليه ضرورياً من أنفسهم ينتشون عقبه دون تكلف أو استدعاء منهم.

وعليه فإن دلالة الفطرة أساس متين يمكن أن تُبنى عليه القوانين والمواثيق الدولية للوقوف في وجه الدعوات التي تسعى لتدمير هذه الفطرة.

مما يعني أن الانطلاق منها كقاعدة أخلاقية تميز بين الخير والشر، مما يسهم في تعزيز العدالة الاجتماعية والمحافظة على الأخلاق السوية التي فطر على استحسانها كافة البشرية.

المطلب الرابع: دلالة الفطرة على القيم الخلقية

ولما كانت الحقيقة الخيرية تعرفها الفطرة ولا تخالفها وتستحسنها العقول والأفهام على اختلاف صنوفها ومشاربها، كما قال الله تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الروم: ٣٠]. كان من دلائل القيم الخلقية وركائزها الفطرة السوية التي لا شائبة فيها؛ يؤكد ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «النَّاسُ مَعَادِنُ فِي الْخَيْرِ وَالشَّرِّ، خِيَارُكُمْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ خِيَارُكُمْ فِي الْإِسْلَامِ، إِذَا فَقَّهُوا» (٣٧). فتكون نفوسهم أنفسهم مطمئنة تركز إلى الخير وتستحسنه وتنفّر من الشر وتستقبحه؛ ذلك أن سلامة إدراك التحسين والتقيح ينتج من سلامة العقيدة ونقاء الفطرة.

بيد إنه ومع كون دلالة الفطرة تؤكد كون النفس البشرية قابلة للخيرية، إلا أنه قد تتعرض للمرء صوارف تحيد به عن تحقيق هذه الكمالات التي أوجده الله عليها، يقول الله تعالى: ﴿وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا ۖ فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا

(٣٥) التسهيل لعلوم التنزيل، لابن جزي، (٤٨٦/٢).

(٣٦) أخرجه الترمذي في سننه، ح (٢٩٨٨)، أبواب تفسير القرآن، باب: ومن سورة البقرة، (٢١٩/٥). حسنه الألباني.

(٣٧) أخرجه أحمد في مسنده، ح (١٠٢٩٥)، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة س، (٢٠١/١٦). صححه الألباني في صحيح الجامع الصغير، ح (٣٢٦٣)، (٦٢٠/١).



وَتَقُولُهَا [الشمس: ٧-٨]. وهذه الفطرة نزعة للخير في الإنسان من أصله، وفي استحضار المسلم ذلك فائدة وأيما فائدة؛ حيث يعلم أن الأهواء التي تنازع نفسه في أصلها كيد من الشيطان ووسوسته، دواؤه أن يستعيز بالله منه؛ فيعصمه الله بفضل من نزغته وغيه.

ومن هنا كان من وظيفة الرسل صقل الفطر مما يشوبها الذي هو معنى إصلاح النفوس وتزكيتها، يقول الله تعالى: ﴿لَقَدْ مَنَّ اللَّهُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ إِذْ بَعَثَ فِيهِمْ رَسُولًا مِنْ أَنْفُسِهِمْ يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَإِنْ كَانُوا مِنْ قَبْلُ لَفِي ضَلَالٍ مُبِينٍ﴾ [آل عمران: ١٦٤].

عليه يتبين أن دلالة الفطرة وسيلة بليغة في تقرير القيم والتذكير بها؛ إذ إن سلامة الفطرة سبيل قبول الشريعة؛ فلا يمكن أن يتقبل الشريعة حتى تتعدل الفطرة؛ مما يبين أن الدخول إلى مخاطبة الفطرة التي فيها جذوة بقية، أسلوب حكيم في القبول والتأثير.

ومن هنا فإن إيقاظ نداء الفطرة في النفوس كحجة قانونية وأخلاقية في محاربة الدعوات المناقضة التي تحاول تغيير المفاهيم الأخلاقية، واعتمادها كمرجع أخلاقي متفق عليه، ودعوة الدول والمؤسسات الدولية إلى مراجعة المواثيق والقوانين بناء على أصل الفطرة باعتبارها معيار أساسي في تعديل المواثيق الدولية، بحيث تمتثل الأخلاق السليمة التي يتفق عليها جميع البشر.

ولهذا فإن مخاطبة الناس من هذا القبيل له أثر كبير في تعديل ما اعوج منهم؛ وهذا ما فطن إليه أعداء الإسلام فأخذوا يتناولونهم من قبلها كونهم يعلمون أنه سبيل غيهم وإضلالهم.

ذلك أن رسالة الإسلام أعلى الرسالات وأعظمها؛ كونها أكثر الرسالات الإلهية إحاطة بالنفوس وعلاقتها لإعادتها إلى الفطرة التي أوجدهم الله تعالى عليها، وهو ما جاءت الإشارة في حديث الإسراء في الصحيحين وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم: «ثُمَّ أُتِيَتْ بِإِنَاءٍ مِنْ خَمْرٍ، وَإِنَاءٍ مِنْ لَبَنٍ، وَإِنَاءٍ مِنْ عَسَلٍ، فَأَخَذْتُ اللَّبَنَ فَقَالَ: هِيَ الْفِطْرَةُ الَّتِي أَنْتَ عَلَيْهَا وَأَمْتُكَ»^(٣٨).

وقد بين شيخ الإسلام ابن تيمية فقال: "مثل الفطرة مع الحق: مثل ضوء العين مع الشمس، وكل ذي عين لو ترك بغير حجاب لرأى الشمس والاعتقادات الباطلة العارضة من تهود وتنصر وتمجس: مثل حجاب يحول بين البصر ورؤية الشمس. وكذلك أيضاً كل ذي حس سليم يحب الحلو إلا أن يعرض في الطبيعة فساد يحرفه حتى يجعل الحلو في فمه مرًا. ولا يلزم من كونهم مولودين على الفطرة أن يكونوا حين الولادة معتقدين للإسلام بالفعل؛ فإن الله أخرجنا من بطون أمهاتنا لا نعلم شيئاً، ولكن سلامة القلب وقبوله وإرادته للحق الذي هو الإسلام بحيث لو ترك من غير مغير لما كان إلا مسلمًا. وهذه القوة العلمية العملية التي تقتضي بذاتها الإسلام ما لم يمنعها مانع، هي فطرة الله التي فطر الناس عليها"^(٣٩).

فالفطرة هي الإسلام، لكونها تدل على الله تعالى وتطمئن إلى أحكامه وتنسجم معها، ولعل مما يدل ما جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا صِرَاطًا مُسْتَقِيمًا، وَعَلَى جَنْبَتَيْ الصِّرَاطِ سُورَانِ، فِيهِمَا أَبْوَابٌ مُفَتَّحَةٌ، وَعَلَى الْأَبْوَابِ سُورٌ مُرَخَّاةٌ، وَعَلَى بَابِ الصِّرَاطِ دَاعٍ يَقُولُ: أَيُّهَا النَّاسُ، ادْخُلُوا الصِّرَاطَ جَمِيعًا، وَلَا تَتَعَرَّجُوا، وَدَاعٍ يَدْعُو مِنْ فَوْقِ الصِّرَاطِ، فَإِذَا أَرَادَ يَفْتَحُ شَيْئًا مِنْ تِلْكَ الْأَبْوَابِ، قَالَ: وَيْحَكَ لَا تَفْتَحْهُ، فَإِنَّكَ إِنْ تَفْتَحْهُ تَلْجُهُ، وَالصِّرَاطُ: الْإِسْلَامُ، وَالسُّورَانِ: حُدُودُ اللَّهِ، وَالْأَبْوَابُ الْمُفَتَّحَةُ: مَحَارِمُ اللَّهِ، وَذَلِكَ الدَّاعِي عَلَى رَأْسِ الصِّرَاطِ: كِتَابُ اللَّهِ، وَالدَّاعِي مِنْ فَوْقِ الصِّرَاطِ: وَاعِظُ اللَّهِ فِي قَلْبِ كُلِّ مُسْلِمٍ»^(٤٠). وإيقاظ ذلك في

^(٣٨) متفق عليه: أخرجه البخاري في صحيحه، ح (٣٨٨٧)، كتاب مناقب الأنبياء، باب المعراج، (٥٤/٥)، وبنحوه في مسلم، ح (١٦٤)، كتاب الإيمان، باب الإسراء برسول الله صلى الله عليه وسلم إلى السماوات، وفرض الصلوات، (١٥٠/١).

^(٣٩) مجموع الفتاوى، لابن تيمية، (٢٤٧/٤).

^(٤٠) أخرجه أحمد في مسنده، ح (١٧٦٣٦)، مسند الشاميين، حديث النواس بن سميان الكلابي الأنصاري رضي الله عنه، (١٨٢-١٨١/٢٩). صححه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزيادته، ح (٣٨٨٧)، (٧٢٢-٧٢١/٢).



النفس من أعظم أسباب صلاح أحوال الناس، ومن أقوى الأدلة على إعجاز التشريع، وأنه من لدن عالم بخفايا النفوس وخباياها، يقول الله تعالى: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [الملك: ١٤].

وبهذا يتبين أن دور الفطرة مع الدين من ناحيتين، الأولى: طلبه والاهتداء إليه، أي أن الفطر مجبولة على أن تستسلم لله تعالى بالتوحيد وتفرده بالعبادة وحده دون سواه. الثانية: قبوله والاطمئنان إليه، بمعنى أن الفطرة تقبل تعاليم الإسلام ولا تجافيهما، وتعلم في قراراتها صدقها وتستكن إليها.

وبالتالي نخلص إلى أن دلالة الفطرة على القيم الخلقية تتمحور في ناحيتين: الناحية الأولى: المصدرية، وهي أن جميع الخلق مجبولين على استحسان القيم الخلقية ومحبتها والركون إليها. الناحية الثانية: الواقعية، وهي أن البشر مع كونهم يستحسنون القيم فهم متفاوتون في الانتهاج عليها.

فلذلك أتى التقسيم الآخر نحوها؛ من كون القيم الخلقية منها كسبية ومنها فطرية. فهي كسبية فطرية من ناحية المتخلق عليها لا من ناحية قبولها، وإلا فالقيم الخلقية من حيث المصدرية جميعها فطرية مجبول استحسانها في النفوس البشرية، ولولا أن الله - خلق النفوس على ذلك لانخرم نظام العوالم برمتها.

ليتضح من ذلك أن الانطلاق من ابتناء القيم على الفطرة يعد مجالاً خصباً في دعوة البشر إلى الدين الحنيف وركيزة أساس ترشد نفوسهم إلى الهدى وتوقظها بعد سباتها.

فإن البشرية جاءت على الفطرة النقية، وبإحداث المنكرات واعتيادها تبدلت فطرهم وشاع اعوجاجها. وعليه فإن الفطرة تمثل الأساس الذي يجتمع عليه البشر، مما يجعلها مصدرًا قويًا في محاربة الدعوات المناقضة للأخلاق القويمة.

الأمر الذي يجب استثماره في تعديل القوانين والمواثيق الدولية وحماية المجتمع من الدعوات المناقضة لها. ومن هنا نخلص إلى أن الفطرة تساهم في تحديد القيم الخلقية التي يجب أن تحكم المواثيق الدولية، مما يجعل استخدام الفطرة كمبدأ توجيهي دوراً عظيماً في محاربة الانحرافات والدعوات المضادة للأسرة والقيم الخلقية.

المطلب الخامس: ملامح القيم الخلقية في الفطر السوية

فطر الإنسان على معرفة الفضائل وقبولها، كما جُبل سليم الفطرة على محبتها والسعي لها، فكانت له أمارات تميزه لعل من أهمها ما يأتي:

الأول: سلامة القلب: هي الأساس الذي يقوم عليه الخلق القويم ذلك إن الإنسان ذو القلب السليم يميل إلى الخير ويبتعد عن الشر، ويكون صادقاً مع نفسه ومع الآخرين وذلك جماع مكارم الأخلاق، قال تعالى: ﴿يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ ﴿٨٨﴾ إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ﴾ [الشعراء: ٨٨-٨٩]، وفي الحديث: «إِنَّ فِي الْجَسَدِ مُضْغَةً إِذَا صَلَحَتْ صَلَحَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، أَلَا وَهِيَ الْقَلْبُ»^(٤١)، فإذا كان القلب سليماً فإن الجسد يتبعه فيظهر في الأفعال والأقوال.

الثاني: الإقبال والازدياد من الفضائل: فمكارم الأخلاق قابلة للازدياد؛ لذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم: «إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ صَالِحَ الْأَخْلَاقِ»^(٤٢)؛ ولذلك أيضاً وصفت ملة إبراهيم عليه السلام بالحنيفية ووصف الإسلام بزيادة ذلك في قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أَحَبُّ الدِّينِ إِلَى اللَّهِ الْحَنِيفِيَّةُ السَّمْحَةُ»^(٤٣).

فالتخلق بالأخلاق يجر بعضها إلى بعض كما هو شأن الحسنة تجر إليها أختها، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنْ اقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ أَوْ أَخْرِجُوا مِنْ دِيَارِكُمْ مَا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلٌ مِنْهُمْ وَلَوْ أَنَّهُمْ فَعَلُوا مَا يُوعَظُونَ بِهِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ وَأَشَدَّ تَثْبِيثًا ﴿٦٦﴾ وَإِذْ لَأَتَيْنَهُمْ مِنْ لَدُنَّا أَجْرًا عَظِيمًا ﴿٦٧﴾ وَلَهَدَيْنَاهُمْ صِرَاطًا مُسْتَقِيمًا﴾ [النساء: ٦٦-٦٧].

(٤١) أخرجه البخاري في صحيحه، ح (٥٢)، كتاب الإيمان، باب فضل من استبى لدينه، (٢٠/١).

(٤٢) أخرجه أحمد في مسنده، ح (٨٩٥٢)، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة س. (٥١٣/١٤). صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة، ح (٤٥)، (١١٢/١).

(٤٣) أخرجه البخاري في صحيحه، د. رقم، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، (١٦/١).



٦٦-٦٨]، ولهذا كانت الفضائل حجابًا عن الرذائل، وبقدر البعد عنها يكون التمكن فيما يناقضها، ولا خطر على النفس مثل أن تكره الخيرات وتتجنبها.

الثالث: الصدق والإخلاص: فإن نبل المرء وشفافيته يورثه سموًا في ذاته وترفعًا عن أهوائه، فيكون وهو في حياته في معية خالقه ومعبوده، وبقربه وتحت عنايته ورعايته، قال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿١٦٢﴾ لَا شَرِيكَ لَهُ وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ﴾ [الأنعام: ١٦٢-١٦٣]، وبذلك ينتقي منه النفاق وصفات أهله الذين قال الله عنهم: ﴿إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ وَإِذَا قَامُوا إِلَى الصَّلَاةِ قَامُوا كُسَالٍ يُرَآءُونَ النَّاسَ وَلَا يَذْكُرُونَ اللَّهَ إِلَّا قَلِيلًا ﴿١٤٦﴾ مُذَبِّبِينَ بَيْنَ ذَلِكَ لَا إِلَى هَؤُلَاءِ وَلَا إِلَى هَؤُلَاءِ وَمَنْ يُضْلِلِ اللَّهُ فَمَا لَهُ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤٢-١٤٣].

الرابع: انشراح الصدر: فالخلق الفاضل القويم يكسب صاحبه انشراح الصدر وسعته، لأنه يعلم أن الله رَحِيمٌ الذي قدر له ذلك أعلم بحاله، وأرأف به من نفسه ووالده وولده، فلا يقدر له إلا ما فيه خير ومصلحة ونعمة، ومن ثم يبلغ بذلك من التنعم والفرح قدرًا عظيمًا نفيسًا عزيزًا عاليًا؛ إذ إن القلب لا يصلح، ولا ينعم، ولا يُسر، ولا يفلح، ولا يطيب، ولا يلتذ، ولا يسكن، ولا يطمئن، إلا بعبادة ربه، وحبه، والإنابة إليه، ولو حصل له كل ما يلتذ به من المخلوقات، لم يطمئن، ولم يسكن؛ إذ فيه فقر ذاتي إلى ربه من حيث هو معبوده، ومحبوه، ومطلوبه، وبالقرب منه يحصل له الفرح، والسرور، واللذة، والنعمة، والسكون، والطمأنينة^(٤٤)، قال تعالى: ﴿قُلْ بِفَضْلِ اللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِ فَبِذَلِكَ فَلْيَفْرَحُوا هُوَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ﴾ [يونس: ٥٨]. فالقلب لا ينعم إلا بعبادة الله وحبه، ومن ثم يحصل على سكينة القلب وطمأنينته.

الخامس: الذكر الحسن: من تعجيل ثواب صاحب الخلق الحسن طيب ذكره بين الناس، وهذا لا يتناقض مع السمعة والرياء؛ فالمرائي يعمل العمل وكل مقصده ذلك، أما المخلص فאלله يرزقه الثناء مئة وفضلًا منه تعالى على حسن فعالة يتمتع بها في حياته ويتغذى فيها بعد موته. وقد حكي الله تعالى دعاء إبراهيم عليه السلام في قوله: ﴿رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا وَأَلْحِقْنِي بِالصَّالِحِينَ ﴿٨٣﴾ وَاجْعَلْ لِي لِسَانَ صِدْقٍ فِي الْآخِرِينَ﴾ [الشعراء: ٨٤]. "قال مالك: لا بأس أن يحب الرجل أن يثنى عليه صالحًا ويرى في عمل الصالحين إذا قصد به وجه الله وهو الثناء الصالح".

وعليه، فإن صاحب الفطرة السوية يسعى للحفاظ على فطرته عاملًا على اكتساب ما يكملها فتظهر عليه أماراته وعلامته؛ فتجده سليم القلب، مقبل على الفضائل، صادق مخلص في قوله وفعله، منشراح الصدر مطمئن، معروف بين الخلق بحسن سيرته، فيكون في نعيم معجل في دنياه قبل آخرته، وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، نسأل الله من فضله.

الخاتمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله أجمعين، وعلى آله وصحبه والتابعين، ومن اقتفى أثرهم إلى يوم الدين.

وبعد:

فبفضل من الله تعالى وإعانتة وتوفيقه، تمت كتابة هذا الموضوع وقد تم الخلوص إلى أهم النتائج وأبرز التوصيات؛ وذلك كما يأتي:

أولاً: النتائج:

- الفطرة التي خلق الله الإنسان عليها تمثل قاعدة أساسية للأخلاق البشرية، حيث فطر الإنسان على قبول الحق والخير وكراهية الشر.

(٤٤) ينظر: العبودية، لابن تيمية، (ص: ٩٧).



- الأخلاق التي يولد بها الإنسان (الجبليّة) أعلى وأسمى من الأخلاق المكتسبة بالتطبع، وذلك لأن الأولى مستقرة ومتأصلة في النفس بينما الثانية تحتاج لممارسة وجهد.
- الجهل والشهوات والشبهات تؤدي إلى فساد الفطرة وانحرافها عن مسارها الطبيعي، مما يجعل الإنسان يميل إلى الخطأ ويبتعد عن الحق.
- الفطرة السليمة تشهد لله بالوحدانية وتُهيئ الإنسان لقبول الإسلام، إذ كل مولود يولد على الفطرة ما لم تؤثر عليه عوامل التبديل.
- جاءت الشريعة الإسلامية بتأكيد الفطرة السليمة، من خلال التعاليم التي تعزز القيم الخُلقية وتزيل الشوائب التي قد تعكرها.
- الفطرة تقدم إطاراً أخلاقياً عالمياً يمكن من خلاله تعديل القوانين والمواثيق الدولية بما يعزز القيم الأخلاقية - جميع البشر، بمختلف أديانهم وثقافتهم، يولدون بفطرة تقبل الحق وتنفر من الظلم. مما يجعل اعتماد الفطرة كأساس قانوني موحد سبباً في إحداث تغييراً جذرياً في صياغة القوانين الدولية.

ثانياً: التوصيات

- التركيز على غرس القيم الفطرية السليمة في الأجيال الناشئة من خلال التربية السليمة، والابتعاد عن المؤثرات التي تحرفها، مثل الإعلام المضلل والشهوات.
- على الأفراد والمجتمعات العمل على حماية الفطرة من العوامل التي تؤدي إلى فسادها، من خلال تعزيز الوعي الديني والأخلاقي.
- ضرورة التركيز على دور الفطرة السليمة، لتنقية الأخلاق من أي مؤثرات منحرفة، مع تأكيد التوحيد ومحبة الله ورسوله كأساس لهذه الفطرة.
- تشجيع الباحثين على إجراء المزيد من الدراسات حول تأثير الفطرة على الأخلاق البشرية وتطوير برامج تعليمية تعزز من هذه القيم في المجتمعات.
- مراجعة القوانين والمواثيق الدولية لضمان توافيقها مع الفطرة السليمة، خاصة فيما يتعلق بحماية الأسرة وحقوق الإنسان.
- على المؤسسات التعليمية والإعلامية العمل على نشر الوعي بأهمية الفطرة في تعزيز القيم الأخلاقية، وتوعية الأفراد بخطر الدعوات المناقضة للفطرة.
- ضرورة دعم الأبحاث التي تدرس تأثير الفطرة على الأخلاق والقوانين، وتطوير برامج تربوية تعتمد على القيم الفطرية في مواجهة الانحرافات الأخلاقية.
- تنظيم مؤتمرات وندوات دولية تهدف إلى تعزيز الفطرة كأساس مشترك لتطوير القوانين العالمية، ومواجهة الدعوات التي تحاول المساس بالقيم الأخلاقية.
- استخدام الفطرة كحجة قانونية وأخلاقية في محاربة الدعوات المناقضة التي تحاول تغيير القيم الأخلاقية، على المستويات المحلية والدولية.
- استخدام الفطرة كأداة لتعديل القوانين الدولية المنحرفة وإعادتها إلى مسارها المتوافق مع القيم الفطرية السليمة، باعتبارها مرجعاً عالمياً لتحديد القيم الأخلاقية التي يجب أن تحكم العلاقات بين الدول والشعوب.
- ضرورة تسليط الضوء على أهمية الفطرة كمرجع مشترك بين البشر، ومحاربة أي دعوات أو توجهات تتعارض مع هذه الفطرة، واستخدام المنابر الدولية للدعوة إلى العودة إلى الفطرة القويمة.
- تعزيز الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي تعزز من القيم الفطرية ورفض أي دعوات تخالفها ومراجعة المواثيق الحالية وتعديلها لتتوافق مع الفطرة السليمة.
- من الضروري العمل على برامج توعوية على المستوى الدولي تؤكد على أهمية الفطرة في بناء المجتمعات السليمة، وتوضح المخاطر التي تأتي من الانحراف عنها.



فهرس المراجع والمصادر

- أحكام أهل الذمة لابن القيم، محمد بن أبي بكر، تحقيق: يوسف بن أحمد البكري؛ شاكر بن توفيق العاروري، ط١، (الدمام: رمادي للنشر، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).
- بهجة قلوب الأبرار وقرّة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار، لابن سعدي، عبد الرحمن بن ناصر، ط٤، (المملكة العربية السعودية: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م).
- تاج العروس من جواهر القاموس، للزبيدي، محمد بن محمد، د.ط، (د.م: دار الهداية، د.ت).
- التسهيل لعلوم التنزيل، لابن جزي، محمد بن أحمد، تحقيق: عبد الله الخالدي، ط١، (بيروت، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، ١٤١٦هـ - ١٤٩٦م).
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، د.ط، (المغرب: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م).
- الثقافة الإسلامية تخصصاً ومادةً وقسماً علمياً، للطريقي، عبد الله بن إبراهيم؛ وآخرين، ط١، (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م).
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم، وسننه وأيامه، للبخاري، محمد بن إسماعيل، تحقيق: الناصر، محمد زهير، ط١، (بيروت: دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م).
- سنن أبي داود، لأبي داود، سليمان بن الأشعث، تحقيق: عبد الحميد، محمد محيي الدين، د.ط، (بيروت: المكتبة العصرية، د.ت).
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، للجوهري، إسماعيل بن حماد، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط٤، (بيروت: دار العلم، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م).
- العبودية، لابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، تحقيق: محمد زهير الشاويش، ط٧، (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م).
- فلسفة القيم، لرزفبر، بول جان، ترجمة: عادل العوّا، ط١، (لبنان: عوידات للنشر والطباعة، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م).
- القاموس المحيط، للفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ط٨، (بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م).
- القيم الإسلامية في التعليم وأثارها على المجتمع، لأمين الحق، محمد، (بنغلادش: دراسات الجامعة الإسلامية العالمية "شيتاغونغ"، المجلد التاسع، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م).
- القيم بين الإسلام والغرب دراسة تأصيلية مقارنة، للمانع، مانع بن محمد، ط١، (الرياض: دار الفضيلة، ١٤٢٦هـ).
- لسان العرب، لابن منظور، محمد بن مكرم، ط٣، (بيروت: دار صادر، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).
- مجموع الفتاوى، لابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، تحقيق: ابن قاسم، عبد الرحمن بن محمد، ط١، (المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م).
- المدخل إلى القيم الإسلامية، لقميحة، جابر المتولي، ط١، (القاهر: دار الكتب الإسلامية، ١٩٨٤م - ١٤٠٤هـ).
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، لمسلم، مسلم بن الحجاج، تحقيق: عبد الباقي، محمد فؤاد، د.ط، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٤م).
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي، أحمد بن محمد، د.ط، (بيروت: المكتبة العلمية، د.ت).
- المعجم الأوسط، للطبراني، سليمان بن أحمد، تحقيق: طارق بن عوض الله؛ عبد المحسن إبراهيم الحسيني، د.ط، (القاهرة: دار الحرمين، د.ت).
- المعجم الفلسفي، لصليبيبا، جميل، د.ط، (لبنان، دار الكتب اللبناني، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م).
- معجم اللغة العربية المعاصرة، لعمر، أحمد مختار؛ وآخرين، ط١، (د.م: د.ن، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م).



- المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني، الحسين بن محمد، تحقيق: الداودي، صفوان عدنان، ط ١، (بيروت: دار القلم - الدار الشامية، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م).
- مكارم الأخلاق، لابن عثيمين، محمد بن صالح، ط ١، (الرياض: دار الوطن، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م).
- منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية، لابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، تحقيق: سالم، محمد رشاد، ط ١، (دم: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م).



اجتماع القرض مع الشركة بين الشركات والمصارف دراسة فقهية مقارنة

The combination of the loan and the company, between companies and banks

A comparative doctrinal study

د. يوسف بن عبد العزيز العقل

الأستاذ المشارك في قسم الفقه - كلية الشريعة - جامعة القصيم - السعودية

Email: ak1@qu.edu.sa

ملخص بحث:

" اجتماع القرض مع الشركة " بين الشركات والمصارف، دراسة فقهية مقارنة، ويهدف البحث إلى بيان الأحكام الفقهية المتعلقة بعقد الشركة إذا دخل عليه القرض سلبيًا أو إيجابيًا، إعطاء أو أخذًا، وتضمن البحث تعريف القرض وتعريف الشركة وأنواع الشركات معنى اجتماع الشركة والقرض وتضمن البحث ثلاثة مباحث هي اجتماع القرض مع الشركة في الشركات، ويشتمل على مطلبين: المطلب الأول: حكم الاستقراض على الشركة، المطلب الثاني: حكم الإقراض من مال الشركة أما المبحث الثاني شمل اجتماع القرض مع الشركة في المصارف، ويشتمل على ثلاثة مطالب هي اجتماع القرض مع الشركة في المصارف غير الإسلامية، واجتماع القرض مع الشركة في المصارف الإسلامية، ويشتمل على ثلاثة فروع هي: حكم ضمان أموال المضاربين، وعلاقة المصرف بالمقرضين عند الدخول في الشركة، وحكم خلط أموال الشركة لدى المصارف.

الكلمات المفتاحية: القرض - الشركة - المصارف

Abstract:

The combination of the loan and the company, between companies and banks, A comparative doctrinal study, aims at showing doctrinal verdicts related to the company contract if the loan is positively or negatively entered into the same. The research includes definitions of the loan and the company, types of companies, and the meaning of combining a loan and a company. The research comprises three investigations. The first is combining a loan with a company in companies. It includes two quests. The first is the verdict of requesting a loan on a company. The second is the verdict of lending from the money of the company. The second investigation includes combining the loan with company in banks. It includes three quests: combining the loan and the company in non-Islamic banks, and combining the loan with the company in Islamic banks. The later quest includes three sections: the verdict of guaranteeing traders' money, the relationship of the bank with lenders when entering the company, and the verdict of mixing money of the company at banks.

Keywords: Loan, company, banks.



المقدمة:

الحمد لله رافع السماء بلا عمد وبانيها، أحمدده سبحانه بسط الأرض وجعل الجبال راسياتٍ فيها، وأشكره على نعم في قديم الزمان وحديثه يسديها ويوليها، وأشهد ألا إله إلا الله يعلم ما تكنه النفوس وما تبديها، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد:

فإن الله - عز وجل - قد أكرم هذه الأمة بشريعة الإسلام الخالدة، التي لا يشوبها نقص ولا خلل، فلم تترك شأناً يهُمُّ الناس معرفته، في عاجل أمرهم وآجله إلا وبينته أتم بيان وأكمل، وإن من المواضيع الهامة التي بيّنتها هذه الشريعة الغراء، مما ينبغي أن تطرق ويجمع شتاتها وتعرف أحكامها، مسائل المعاملات المالية؛ إذ تشتد حاجة الناس إليها، وبالذات الشروط التي يشترطها الناس بينهم في معاملاتهم.

ومن المعاملات المهمة القرض؛ فإنه وإن خدم من جوانب فإن ثمت جوانب مازالت تحتاج إلى توضيح وجمع، ومن ذلك أحكام الشركة مع القرض، فقد يطرأ على القرض المشاركة، أو يدخل شرط الشركة على القرض، وقد استجدت معاملات في القرض مع الشركة على مستوى المصارف والناس، وتوسعت دائرة التقارض مع المشاركة مما يحتاج إلى بيان، ويستدعي التحرير والتأصيل الفقهي؛ فكان هذا البحث المتواضع.

أهمية الموضوع:

وتبرز أهمية الموضوع من خلال ما يلي:

١. أن موضوع القرض ودخول الشركة عليه مع كثرة وقوعه قليل من تكلم عليه.
٢. انفتاح المصارف على تعاملات كثيرة من هذا النوع مما يتطلب التعرض للمستجدات منها.
٣. كثرة التساؤلات والاستفتاءات عن كثير من هذه المسائل، المثبتة في هذا البحث.
٤. محاولة الإفادة في هذا الموضوع، الذي يمس أهم أمور المعاملات المالية الإرفاقية.
٥. كثرة انتاج المصارف لمعاملات كثيرة من هذا النوع.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى:

- ١- بيان المقصود بالقرض والشركة وأنواعها.
- ٢- توضيح كيف يجتمع القرض مع الشركة.
- ٣- بيان حكم الإقراض من مال الشركة.
- ٤- بيان حكم الاستقراض للشركة والرجوع للشركاء في السداد.
- ٥- بيان أحكام اجتماع القرض مع الشركة في المصارف.

حدود البحث:

البحث في حدود القرض مع الشركة كيف يجتمعان؟ وما أحكام اجتماعهما؟ وماذا يشترط لاجتماعهما؟ ما حكم إقراض الشركة، واستقراضها؟ ومتى يشترط إذن الشركاء؟ وما أحكام المشاركة مع القرض في المصارف؟ وما طريقة المصارف غير الإسلامية في ذلك؟ وما البدائل الشرعية للمصارف الإسلامية؟ وما الضوابط الشرعية لتعامل المصارف في المضاربة بالقروض وتنويع المنتجات لجذب المستثمرين، وضخ الأموال؛ لاستثمارها وتنميتها؟



الدراسات السابقة:

١. نظرية القرض في الفقه الإسلامي، بحث مطبوع للدكتور أحمد محمود الحاج، طبعته دار النفائس، ومن مباحثه حكم المنفعة في القرض ومنها مسألة المشاركة مع القرض، ولكنها إشارة في البحث لم يف الباحث بأحكامها.

٢. القروض المتبادلة بحث منشور للدكتور سعد اللحاني، منشور في مجلة جامعة الملك عبد العزيز، معهد الاقتصاد الإسلامي، والبحث مختصر ذكر شيئاً قليلاً من الصور ولم يستوف جميع الصور.

٣. تصرف الشريك بالهبة والإقراض من مال الشركة وتطبيقه على نظام الشركات السعودي للدكتور: خالد بن عبد الرحمن المهنا، بحث منشور في مجلة قضاء، وهذا البحث تقاطعت معه جزئية واحدة فقط، وهي مسألة إقراض أحد أفراد الشركة من مال الشركة، وهذه المسألة تشكل جزئية يسيرة من بحثي، ومع ذلك فقد زدتها تفصيلاً وتوضيحاً.

٤. المضاربة المشتركة من أهم صيغ التمويل المصرفي الإسلامي، للدكتور: خالد سالم الصغير، وهو بحث مقدم لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني، في جامعة صنعاء، وهذا البحث في المضاربة المشتركة وصيغها وأحكامها، وبحثي في اجتماع القرض مع الشركة، واجتمعت مع هذا البحث في بعض الصور ولكن زدتها عليها وفصلت.

منهج البحث:

سأسير في هذا البحث - إن شاء الله - على ضوء الخطوات التالية:

١. أصور المسألة المراد بحثها تصويراً قبل بيان حكمها ليتضح المقصود من دراستها، إلا إذا كانت ظاهرة.
٢. إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.
٣. إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع ما يلي:
 - أ. تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق.
 - ب. ذكر الأقوال في المسألة وبيان من قال به من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.
 - ج. الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، وإذا لم أف على المسألة في مذهب ما، فأسلك بها مسلك التخيير.
 - د. توثيق الأقوال والمذاهب من مصادر الأصلية.
 - هـ. الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.
٤. الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.
٥. أذكر - ما وجدت لذلك سبيلاً - قرارات المجامع الفقهية، والندوات الجمعية، والمؤتمرات الشرعية.
٦. التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.
٧. تجنب ذكر الأقوال الشاذة.
٨. العناية بدراسة ما جدّ من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.
٩. ترقيم الآيات وبيان سورها.
١٠. تخريج الأحاديث وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها إن لم يكن في الصحيحين أو في أحدهما، فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها منهما أو من أحدهما.
١١. العناية بقواعد اللغة والإملاء وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة، وللأحاديث الشريفة، وللآثار، ولأقوال العلماء وتُمَيِّز العلامات أو الأقواس فيكون لكل منها علامته الخاصة.
١٢. ختمت البحث بخاتمة تكون عبارة عن ملخص للرسالة يعطي فكرة واضحة عما تتضمنه الرسالة.
١٣. وضعت فهرس لأهم المصادر والمراجع للبحث.



خطة البحث:

ثانيا: التمهيد، ويشتمل على أربعة أمور.

أولاً: تعريف القرض.

ثانيا: تعريف الشركة.

ثالثاً: أنواع الشركة.

رابعاً: معنى اجتماع الشركة والقرض

الأمر الأول: تعريف القرض

القرض في اللغة: القطع، قَرَضَهُ يَقْرِضُهُ بالكسر قَرْضاً وقَرَضَهُ: قَطَعَهُ، وَمِنْهُ سُمِّيَ المقرض لِأَنَّهُ يَقْطَعُ، وقَرْض الفأر مِنْهُ لِأَنَّهُ قَطَعَ، وأَقْرَضْتُهُ أَي: قَطَعْتُ لَهُ قِطْعَةً يُجَازَى عَلَيْهَا. (١)

تعريف القرض في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريف القرض:

فعند فقهاء الحنفية: (ما تعطيه من مال مثلي لتتقاضاه) (٢).

وعرفه المالكية بأنه: (دفع مَتَمَوْلٍ في عوض غير مخالفٍ له، لا عاجلاً، تفضلاً) (٣).

وعرفه الشافعية بأنه: (تمليك الشيء على أن يَرُدَّ مثله) (٤).

وعند فقهاء الحنابلة: (دفع مالٍ لِمَنْ يَنْتَفِعُ به وَيَرُدُّ بَدْلَهُ) (٥).

وبالنظر لهذه التعريفات يلاحظ أنها اجتمعت على دفع المال ورد مثله ، وعلى هذا تقاربت ألفاظ الفقهاء ، ولكن أكثر الفقهاء وضعوا قيداً مهماً لتعريف القرض حتى لا يخرج عما شرع له ، والقيد هو : قصد الإرفاق ؛ فالقرض خرج عن وفق القياس للرفق بالناس ، والتعاون بينهم ، وإرساء الأخوة الإسلامية بينهم بتعاونهم وتآزرهم ، فإذا قصد بالقرض العوض أو المصالح أو غير ذلك من الأغراض ، فقد خرج عن بابهِ ، وحرّم لأجل ذلك كل قرض جر نفعاً ، وعلى هذا فيمكن أن يعرف القرض بأنه : "تمليك مال لمن ينتفع به على أن يرد بدله من غير زيادة بقصد الإرفاق" (٦).

ويعرف من الناحية القانونية، بأنه: "عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود، أو أي شيء مثلي آخر، على أن يَرُدَّ إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفه" (٧).

الأمر الثاني: تعريف الشركة

الشركة لغة: يقال: شركته في الأمر أشركه، من باب تعب، شركاء، وشركة، وزان كلم وكلمة بفتح الأول، وكسر الثاني، إذا صرت له شريكا، وجمع الشريك شركاء وأشراك، وشركت بينهما في المال تشريكا، وأشركته في الأمر والبيع بالألف جعلته لك شريكا، ثم خفف المصدر بكسر الأول وسكون الثاني، واستعمال المخفف أغلب فيقال: شرك وشركة، كما يقال: كلم، وكلمة على التخفيف ... وباسم الفاعل وهو شريك ... وشركه، وتشاركوا، واشتركوا، وطريق مشترك بالفتح، والأصل مشترك فيه، ومنه الأجبر المشترك وهو الذي لا

(١) انظر الغريب ١٤٩/٤، ولسان العرب ٢١٦/٧، وتهذيب اللغة ٢٦٦/٨ ،

(٢) الدر المختار لابن عابدين ١٧٩/٤.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢٢٢/٣.

(٤) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ١١٧/٢.

(٥) الروض المربع ١٩٠/٢.

(٦) انظر أسنى المطالب ١٤١/٢، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٦١/٥، وشرح الخرشي ٢٢٩/٥، وحاشية الدسوقي على الشرح

الكبير ٢٢٢/٣، والإنصاف ١٢٣/٥.

(٧) القاموس الفقهي ٣٠٠/١.



يخص أحدا بعمله، بل يعمل لكل من يقصده بالعمل كالخياط في مقاعد الأسواق والشرك النصيب ومنه قولهم: من أعتق شركا له في عبد أي نصيبا والجمع أشراك مثل: قسم وأقسام.^(٨)

تعريف الشركة الاصطلاحي:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الشركة نظرا لكثرة أنواعها واختلاف تنوعها، فعرفها الحنفية بأنها: "اختصاص ما فوق الواحد بشيء، وامتيازهم به".^(٩)

وعرفها المالكية بأنها: "تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط".^(١٠)

وعرفها الشافعية بقولهم: "ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوخ".^(١١)

فقوله: (ثبوت الحق) يعني: حالاً أو مآلاً بالفعل أو بالقول.

وهو بهذا يشمل شركة الملك وشركة العقد؛ لأن الحق إن كان ثبوته عن طريق العقد فيختص بالمال وفي شركة العقد فقط، أو يثبت بغير العقد كالإرث ونحوه فتدخل فيه شركة الملك.

والشركة قد تكون في المال وقد تكون في غير المال، كما لو اشتركا في حق القصاص مثلاً فإنه حق قد يثبت لأكثر من اثنتين على سبيل الشيوخ.

وقوله: (على سبيل الشيوخ) هذا القيد معتبر عند الشافعية لأنهم يشترطون لصحة الشركة خلط المالين، فلا تصح الشركة عند الشافعية فيما لا شيوخ فيه.^(١٢)

وعرفها الحنابلة بأنها: "اجتماع في استحقاق أو تصرف".^(١٣)

والأفضل أن تعرف الشركة بأنه "اجتماع اثنين فأكثر في مال أو حق في تصرف يتفق عليه".

الأمر الثالث: أنواع الشركة:

يقسم الفقهاء الشركة إلى نوعين:

- ١ - شركة أملاك: وهي اشترك اثنين فأكثر في استحقاق مالي كالاشترك في تملك عقار، أو تملك مصنع، أو تملك سيارات ونحو ذلك، ولا يجوز لأحدهما أن يتصرف إلا بإذن صاحبه، فإن تصرف نفذ في نصيبه فقط إلا أن يجيزه صاحبه فينفذ في الكل.
 - ٢ - شركة عقود: وهي الاشتراك في التصرف كالبيع والشراء والتأجير ونحو ذلك، وهذا النوع هو المقصود بدراسة الفقهاء وعليه مدار الكلام، وقد قسمه الفقهاء إلى خمسة أقسام:
 - ١ - شركة العنان: وهي أن يشترك اثنان فأكثر ببدينيهما وماليهما المعلوم ولو متفاوتاً ليعملا فيه ببدينيهما، أو يعمل فيه أحدهما ويكون له من الربح أكثر من الآخر، ويشترط أن يكون رأس المال معلوماً من النقود أو العروض المقدرة بها، ويكون الربح والخسارة على قدر مال كل واحد منهما من المال المشترك حسب الاشتراط والتراضي.
 - ٢ - شركة المضاربة: وهي أن يدفع أحد الشريكين إلى الآخر مالا فيتجر به، بجزء معلوم مشاع من ربحه كالنصف أو الثلث ونحوهما، وعلى أي ذلك حصل التراضي صح، والباقي للآخر، وإن خسر المال بعد التصرف جبر من الربح وليس على العامل شيء، وإن تلف المال بغير تعد ولا تقريط لم يضمه العامل المضارب، والمضارب أمين في قبض المال، ووكيل في التصرف، وأجير في العمل، وشريك في الربح.
- * التعدي: فعل ما لا يجوز من التصرفات، والتقريط: ترك ما يجب فعله.

(٨) المصباح المنير (ص ٣١١).

(٩) ينظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٦/٣) مادة: ١٠٤٥.

(١٠) شرح حدود ابن عرفة (ص ٣٢٢)، وينظر الفواكه الدواني (٢/١١٩).

(١١) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب (٣/٣٩٢)،

(١٢) ينظر أسنى المطالب (٢/٢٥٢)، والإقناع (٢/٣١٦)، ومغني المحتاج (٢/٢١١).

(١٣) المغني (٥/٣)، وينظر الشرح الكبير (٥/١٠٩)، والمبدع (٥/٣)، والإنصاف (٥/٤٠٧).



٣ - شركة الوجوه: أن يشتريا في ذمتيهما بجاههما دون أن يكون لهما رأس مال اعتمادا على ثقة التجار بهما، فما ربحا فبينهما، وكل واحد منهما وكيل صاحبه، وكفيل عنه، والملك بينهما على ما شرطاه، والخسارة على قدر ملكيهما، والربح على ما شرطاه حسب الاتفاق والتراضي.

٤ - شركة الأبدان: أن يشترك اثنان فأكثر فيما يكتسبان بأبدانهما من المباح كالاختطاب، وسائر الحرف والمهن وما رزق الله فهو بينهما حسب الاتفاق والتراضي.

٥ - شركة المفوضة: وهي أن يفوض كل من الشركاء إلى صاحبه كل تصرف مالي وبدني من أنواع الشركة بيعاً وشراء في الذمة، وهي الجمع بين الشركات الأربع السابقة، والربح بينهما حسب الشرط، والخسارة على قدر ملك كل واحد منهم من الشركة، وقد تطلق شركة المفوضة عند الحنابلة على أن يشترك الشريكان في جميع أنواع الشركة، مثل أن يجمعاً بين شركة العنان والوجوه والأبدان. فيصح ذلك، لأن كل نوع منها يصح على انفراده، فصح مع غيره.

فالعنان مال وعمل من الطرفين سوياً، والمضاربة مال من أحدهما وعمل من الآخر، والأبدان عمل منهما معاً، والوجوه بما يأخذان بجاههما من الناس. (١٤)

الأمر الرابع: معنى اجتماع الشركة والقرض

سبق القول إن القرض عقد إرفاق عدل به عن قاعدة الربا؛ لأجل الرفق، والحاجة إليه؛ وبالتالي فلا يجوز الخروج به عن بابيه إلى معنى المعاوضة، والشركة بأنواعها نوع من البيع، وتذكر في كتاب البيع؛ لأن فيها اتفاق ومعاوضة، فإذا اجتمعت مع القرض لاسيما مع المشاركة، فقد يكون قرض قصد به المعاوضة، فماذا يحل وماذا يحرم مع اجتماع هذين العقدين؟

ثالثاً: صلب البحث، ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: اجتماع القرض مع الشركة في الشركات، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: حكم الاستقراض على الشركة.

المطلب الثاني: حكم الإقراض من مال الشركة.

المطلب الأول: حكم الاستقراض على الشركة:

الاستقراض على الشركة بأن يقترض أحد الشريكين قرضاً لمصلحة الشركة، ويكون السداد من مال الشركة، وقد اتجه أهل العلم في ذلك اتجاهين:

الاتجاه الأول: اتجاه من حمل الشركة على أنها بيع، وكيف الشركة أنها نوع من أنواع البيع، واشتراط فيها ما يشترط في البيع؛ فقد حرم هذه المعاملة وأنه لا يجوز الجمع بين الشركة والقرض، بل توسعوا وقالوا: لا يجوز الجمع بين عقدين أحدهما جائز والآخر واجب، وهذا قول المالكية، (١٥) قال ابن العربي: "كل عقدين يتضادان وصفاً ويتناقضان حكماً، فإنه لا يجوز اجتماعهما، أصله البيع والسلف، فركبه على جميع مسائل الفقه، ومنه البيع والنكاح... ومن هذا الباب الجمع بين العقد الواجب والجائز، ومثله بيع وجعالة... وأمثال ذلك لا تحصى" (١٦)، وهو قول الحنابلة في حال الاشتراط، (١٧)

واستدلوا على ذلك بالنص والإجماع في البيع، والشركة بيع:

(١٤) انظر المبسوط (١١/ ١٥١)، وتبيين الحقائق (٣/ ٣١٣)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣/ ٦)، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٣٥١، ٣٥٩، الخرشي: ٤٣/ ٦، والقوانين الفقهية: ٢٨٣، والمغني (٥/ ٣)، والفتاوى الكبرى لابن تيمية (٤/ ٢٠٦)، والموسوعة الكويتية (٢٦/ ٢١)،

(١٥) انظر الكافي لابن عبد البر ص: ٣٠٦، والقوانين الفقهية ص: ١٧٢، وحاشية الدسوقي ٣/، والذخيرة ٤/.

(١٦) القيس في شرح موطأ مالك ٢/ ٨٤٣.

(١٧) انظر الإنصاف ٤/ ٣٢١، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٨.



أما النص: فما روى عبد الله بن عمرو – رضي الله عنهما – قال: نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن. (١٨)

فقوله: (نهى عن سلف وبيع) المقصود بالنهي الجمع بين البيع والقرض بصفقة واحدة، وفي معنى البيع: الصرف؛ لأنه بيع دراهم بدراهم، والإجارة: لأنه من قبيل بيع المنافع، والشركة – على هذا الاتجاه - بيع إذ هي باب من أبواب البيع وهي مبنية على المعاوضة والمتاجرة.

وأما الإجماع: فقد أجمع الفقهاء على حرمة اجتماع القرض مع البيع في صفقة واحدة إذا كان ذلك عن اشتراط، كما لو باعه بشرط أن يقرضه، فالإجماع هنا في البيع وهم اتجهوا بالشركة اتجاه البيع وجعلوا النهي متناول لها حملاً منهم الشركة على البيع.

قال ابن رشد: "اتفق الفقهاء على أنه -يعني الجمع بين بيع وسلف- من البيوع الفاسدة، واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض" (١٩).

وقال ابن عبد البر: "أجمع العلماء على أن من باع بيعاً على شرط سلف يسلفه، أو يستسلفه، فبيعه فاسد مردود" (٢٠).

وقال القرطبي: "واتفق العلماء على منع الجمع بين بيع وسلف" (٢١).

وقال ابن قدامة: "لو باعه بشرط أن يسلفه، أو يقرضه، أو شرط المشتري ذلك عليه، فهو محرم، والبيع باطل ... ولا أعلم فيه خلافاً، إلا أن مالكا قال: إن ترك مشروط السلف صح البيع" (٢٢)، وقال الشاطبي: "نهى النبي" عن البيع والسلف؛ لأن باب البيع يقتضي المغابنة والمكايسة، وباب السلف يقتضي المكارمة والسماح والإحسان، فإذا اجتمعا داخل السلف المعنى الذي في البيع، وخرج السلف عن أصله" (٢٣).

وقال ابن القيم: "وحرّم الجمع بين السلف والبيع لما فيه من الذريعة إلى الربا في السلف بأخذ أكثر مما أعطى، والتوسل إلى ذلك بالبيع أو الإجارة كما هو الواقع" (٢٤).

وقال – أيضا - "لأنه إذا أقرضه مائة إلى سنة، ثم باعه ما يساوي خمسين بمائة، فقد جعل هذا البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي موجه رد المثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه، ولولا عقد القرض لما اشترى ذلك" (٢٥).

الاتجاه الثاني من لم يحمل الشركة على البيع:

هذا الاتجاه هو عدم حمل الشركة على البيع، وهو رأي الجمهور – كما سيأتي – وهو الأولى والأوضح؛ فإن الشركة ليس فيها تملك ولا تملك بذاتها، نعم قد ينبنى عليها بيع وشراء ونحوها، ولكنها بذاتها ليست ببيعاً؛ وبالتالي فينبغي النظر في حكم اجتماع القرض معها بناء على هذا الاتجاه، وقد اختلف الفقهاء – على هذا الاتجاه – في المسألة.

(١٨) أخرجه الطيالسي، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٦٧)، من طريق حماد بن زيد، وأخرجه النسائي في المجتبى (٤٦٣١) وفي الكبرى (٦٢٢٧) من طريق معمر، والحاكم (٢/ ١٧) من طريق يزيد بن زريع، وأخرجه البيهقي (٥/ ٣٣٦) من طريق يزيد بن إبراهيم، كلهم رَوَاهُ عن أيوب، عن عمرو ابن شعيب، عن أبيه، عن جده، وبعضهم قال: عن عبد الله بن عمرو بدلاً من قوله (عن جده)، وخالفهم ابن عليه، فرواه أحمد (٢/ ١٧٨)، وأبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي في المجتبى (٤٦٣٠) وفي الكبرى (٦٢٢٦) وابن الجارود في المنتقى (٦٠١)، وحديث صحيح بجموع طرقه (انظر سنن البيهقي (٥/ ٢٦٧)، والتمهيد لابن عبد البر (١٣/ ٣٣٣)).

(١٩) بداية المجتهد ٢/ ١٢١.

(٢٠) التمهيد ٢٤/ ٣٨٥.

(٢١) الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٣٦٠.

(٢٢) المغني ٤/ ١٦٢.

(٢٣) الموافقات ٣/ ١٩٣.

(٢٤) إغاثة اللهفان ١/ ٣٦٣.

(٢٥) تهذيب السنن ٥/ ١٤٩.



يقول الدكتور نزيه حماد "ولا خلاف بين الفقهاء في أن الحكم بحرمة ذلك وفساده منسحب على الجمع بين القرض والسلم، وبين القرض والصرف، وبين القرض والإجارة؛ لأنها كلها يبيع، وأما الجمع بين ما سوى ذلك من العقود فهو محل نظر الفقهاء، وقد اختلفت اجتهاداتهم فيه، وتباينت تفصيلاتهم وآراؤهم في كثير من صورته، وضوابطه ... " (٢٦)

تحرير محل النزاع:

١. اتفق الفقهاء على عدم جواز الاستقراض إذا كان ذلك من غير إذن
 ٢. اتفق الفقهاء على جواز الاستقراض إذا كان برسالة من بقية الشركاء، ومعناه أن يرسل أحد الشريكين أو بقية الشركاء أحدهم للاستقراض، فيقولون استقرض لنا كذا. (٢٧)
 ٣. اختلف الفقهاء فيما إذا كان الاستقراض بإذن.
- فإذا كان الاستقراض بإذن الشركاء فهل يصح، ويكون الدين على الشركة، في هذه المسألة قولان:
- القول الأول: عدم جواز الاستقراض على الشركة ولو بصريح الإذن؛ لأنه وإن كان كل من الشريكين في شركة العنان وكيلًا عن الآخر بحكم الشركة، إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل، وهو قول عند الحنفية (٢٨)، وهو قول المالكية (٢٩)، ونسبه ابن رشد إلى الجمهور (٣٠)، وبهذا أخذ مجمع الفقه الإسلامي (٣١)، وبه - أيضا - أخذت ندوة البركة (٣٢)، واختاره من المعاصرين رفيق المصري (٣٣).
- ويترتب على هذا القول إنه إذا استقرض أحد الشريكين على شركة العنان، فإن ما استقرضه يكون له وعليه سدا، وإن هلك رجع المقرض عليه. وليس له أن يرجع على الشركة.
- القول الثاني: جواز الاستقراض على الشركة عند إذن الشريك، ويكون الدين على كل الشركاء، وإذا لم يحصل إذن حمل على التصرف الفضولي فيوقف على الإجارة، وهو قول الحنابلة (٣٤)، واختاره الشوكاني (٣٥)، وممن قال به من المعاصرين: عبد القادر التيجاني، ونقله عن: محمد باقر الصدر، وسامي حمود، وسيد طنطاوي (٣٦).
- ويترتب على هذا القول إن لكل من الشريكين أن يستقرض على الشركة إذا أذن كل منهما أو أحدهما للآخر بذلك، وإلا فلا يجوز الاستقراض. وعلى ذلك؛ فإذا استقرض أحدهم على الشركة بناء على إذن الشركة، فإن ما استقرضه يكون ملكا لهما، وضمانه عليهما.

(٢٦) العقود المستجدة وضوابطها، للدكتور نزيه حماد، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٠ / ٢ / ص: ٤٩٣).

(٢٧) حاشية ابن عابدين، ٣٣٠/٤.

(٢٨) الحنفية سبق بيان أنهم مع الاتجاه الأول، وأنهم يحرمون الجمع بين الشركة والقرض، واستثنوا مسألتين:

الأولى: لو قال: بعتك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم، فقبل المشتري ذلك البيع صح؛ لأن الإقراض لا يلزم الأجنبي (١).

الثانية: لو دفع رجل إلى آخر ألف درهم، على أن يكون نصفها الآخر قرضًا عليه، ويعمل في النصف الآخر بشركته، فإنه يجوز ذلك. (انظر المبسوط (١٢ / ٦٤)، والعناية شرح الهداية (٩ / ٢٨)، والفتاوى الهندية (٤ / ٢٩٠)، وتبيين الحقائق (٤ / ٥٨)، وحاشية ابن عابدين، ٣٣٠/٤، والبحر الرائق ١٩٣/٥، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١ / ١٦١).

(٢٩) انظر مواهب الجليل (٤ / ٣١٣)، والتاج والإكليل (٦ / ١١٣)، وعيون المجالس للفاضل عبد الوهاب (٣ / ١٤٩٤)، وحاشية الدسوقي (٣ / ٣٢).

(٣٠) بداية المجتهد لابن رشد، ٢٧٠/٢.

(٣١) مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة، العدد الرابع، الجزء الثالث، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م، ص: ٢١٦٦٣.

(٣٢) فتاوى ندوات البركة، قطاع الأموال، ١٩٩٣، ط ٥، ص: ٧١.

(٣٣) الجامع في أصول الربا للمصري، ص: ٢٩٧.

(٣٤) انظر منتهى الإرادات ١/٣٨٠، وشرح منتهى الإرادات (٢ / ٣١١)، ومطالب أولي النهى (٣ / ٥٠٥ - ٥٠٦)، والإنصاف (٥ / ٤١٤).

(٣٥) السبل الجزار للشوكاني، ٢١٧/٣.

(٣٦) ضمان المضارب لرأس المال في الودائع المصرفية، لعبد القادر التيجاني، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، (جدة: جامعة الملك عبد العزيز، م ١٦، ١٤٢٤ هـ)، ص: ٦١.



الأدلة:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن القرض مبني على الإرفاق والتبرع، ودخوله مع الشركة يقتضي اجتماع عقدين تبرع ومعاوضة؛ لأنَّ القرض عقدُ تبرّع، والشركة عقد معاوضة، وهذا يعني أنَّ القرض صار عقدَ معاوضة (٣٧).

الدليل الثاني: أنَّ الصيغة المقترحة لهذا العقد تصادم قاعدتي: الغنم بالغرم، والخراج بالضمان، وكلتاها تقومان على أساس أنَّ الربح مقابل الخسارة، وأنَّ ربَّ المال في حالة الخسارة يخسر ماله والعامل يخسر عمله (٣٨).

أدلة: القول الثاني:

الدليل الأول: قالوا بالجواز قياساً على الإجارة المشتركة (٣٩)، حيث يجوز فيها الضمان، فإذا كان الأجير المشترك ضامن ما استلمه، فكذا المقترض من الشركاء يضمن ما استقرضه، ولا يلزم غيره ضمان القرض (٤٠).

الدليل الثاني: القرض الذي حصل لم يجتمع مع الشركة بل هو عقد خارجي أخذه أحد الشركاء، كما لو أخذه لنفسه، ولم يبين على مشاركة عند عقد الشركة، فلم يصح تحميله الشركاء (٤١).

الترجيح:

الذي يظهر - والله أعلم - أن الراجح هو القول الثاني، وأنه يجوز الاستقراض على الشركة بإذن الشريك أو الشركاء، والحاجة كما تدعو إلى الشراء مؤجلاً على الشركة، فلا استقراض مثله ولا فرق بل هو قرض على الحقيقة، وكذلك لما جاز الاستقراض عن طريق الرسالة، فكذلك يجوز عن طريق الوكالة.

المطلب الثاني: حكم الإقراض من مال الشركة:

تحرير محل النزاع:

أولاً: اتفق الفقهاء على تحريم الإقراض من مال الشركة قرضاً محرماً، كقرض ربوي، ونحوه.

ثانياً: اتفق الفقهاء على جواز الإقراض من مال الشركة إذا كان بإذن الشركاء.

ثالثاً: اتفق الفقهاء على أن القرض الكثير عرفاً لا بد من إذن الشركاء وإلا لزم المقترض.

رابعاً: اختلف الفقهاء في الإقراض من الشركة إذا كان قرضاً مباحاً، وكان من غير إذن الشركاء.

إذن المراد بالمسألة القرض الجائز شرعاً، وهو القرض الحسن، والقرض الذي كان من غير إذن من بقية الشركاء، وكان في شيء معتاد عرفاً لا كثيراً غير معتاد، فقد اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في صحة وجواز إقراض الشريك من مال الشركة دون إذن الشركاء الآخرين لشخص آخر أو جهة، على قولين:

القول الأول: أن الإقراض من مال الشركة لا يجوز من أحد الشركاء دون إذن الباقيين، وهو قول الجمهور من الحنفية (٤٢)، والشافعية (٤٣)، وهو المشهور من مذهب الحنابلة (٤٤)، جاء في الإنصاف: "قوله (ولا يقرض) هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به أكثر الأصحاب، قال ابن عقيل: يجوز للمصلحة. يعني: على سبيل القرض. صرح به في التلخيص وغيره " (٤٥)

(٣٧) الجامع في أصول الربا، ص: ٢٩٩، ونظرية القرض في الفقه الإسلامي، ص: ٢٣٢ وما بعدها.

(٣٨) المراجع السابقة.

(٣٩) الأجير المشترك: هو الذي يعمل للمؤجر ولغيره، كالبناء الذي يبني لكل أحد، والحمال الذي يحمل لكل أحد. (انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤/٤، كشف القناع للبهوتي، ٢٦/٤، المذهب الشيرازي، ٤٠٨/١).

(٤٠) ضمان المضارب لرأس المال للتيجاني، ص: ٦١.

(٤١) نظرية القرض في الفقه الإسلامي، ص: ٢٣٢.

(٤٢) انظر: بدائع الصنائع ٩٧/٥.

(٤٣) انظر نهاية المحتاج ٩/٥.

(٤٤) انظر كشف القناع ٤٨٥/٨.

(٤٥) الإنصاف: ٤١٤/٥.



القول الثاني: يصح ويجوز للشريك أن يقرض من مال الشركة دون إذن الشركاء الباقين إذا كان الإقراض من مصلحة الشركة، ولا يصح إذا لم تكن فيه مصلحة للشركة، وهو ظاهر قول المالكية؛ جاء في شرح مختصر خليل للخرشي: "وله أن يتبرع إن استألف به أو خف كإعارة آلة ودفع كسرة ويضع ويقارض ويودع لعذر وإلا ضمن ويشارك في معين ويقبل ويولي ويقبل المعيب وإن أبى الآخر ويقر بدين لمن يتهم عليه ويبيع بالدين لا الشراء به" (٤٦).

وقال ابن عبد البر " ولا يجوز لأحدهما في المال أن يهب ولا أن يحابي ولا يصنع معروفا إلا بإذن صاحبه إلا أن يكون مما يعود على متجرهما فيه عائدة فيستغني في ذلك عن إذن صاحبه..." (٤٧). وهو قول عند الحنابلة (٤٨) وإن كانت الرواية المشهورة عدم الجواز كما في القول الأول، لكن هذه الرواية لبعضهم، واختارها ابن عقيل، قال في الإنصاف: «قوله (ولا يقرض). هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به أكثر الأصحاب. وقال ابن عقيل: يجوز للمصلحة. يعني: على سبيل القرض. صرح به في التلخيص وغيره» (٤٩).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن الإقراض محض تبرع، وليس من مصلحة التجارة، والشركة مبناها على المتاجرة والاسترباح، والقرض قد يترتب عليه ضرر، فقد لا يوفي المدين دينه، وقد يعسر، ولكنه نوع من القرب يجري فيه الاحتساب وطلب الثواب، وهذا يجري على النفس لا على الغير، والشركة انعقدت على التجارة فقط. (٥٠) الدليل الثاني: قياساً على التبرع، حيث إن الشريك لا يجوز له التبرع بمال شريكه، فكذلك لا يجوز له الإقراض منه، والإقراض تبرع وتقرب، والجامع بينهما أنه ليس في التبرع أو الإقراض عوض في الحال. (٥١) أدلة القول الثاني:

أن الإقراض من عمل المعروف، وهو مما يعود على التجارة بالنفع متى ما كان يسيراً. (٥٢) يقول الشيخ علي الخفيف: «... عقد شركة العنان يتضمن الوكالة وأن الهدف من إنشائها الحصول على الربح بالاتجار في المال، وعلى ذلك كانت الوكالة فيها وكالة في كل ما تقتضيه التجارة وتتطلبه عرفاً من التصرفات، فيصير كل شريك وكلياً عن صاحبه في ذلك، وعليه فليس له أن يتبرع من مال الشركة ولو كان محابة في تصرف إلا أن يكون ذلك أمراً مألوفاً في عرف التجار فيعتبر مأذوناً فيه» (٥٣) الترجيح:

سبق القول عند تحرير محل النزاع أن القولان متفقان على أنه يجوز الإقراض بمال الشركة إذا اتفق الشركاء على ذلك، فإن المال مالهم، وعلى أنه لا يجوز الإقراض بالشيء الكثير غير المعتاد إن لم يأذن بقية الشركاء؛ وعليه فالراجح - والله أعلم - هو القول الثاني، وأنه يجوز القرض اليسير عرفاً بإذن الشركاء، وهذا مما يتسامح فيه الناس والشركات، لاسيما وأن التجار يرون في هذا جذباً للناس، وترغيباً للمشتريين، بل حتى ولو لم تنص الشركة إذا كان يسيراً قد جرى به العرف، إذا كان لا ينافي شيئاً من نصوص وشروط الشركة، أو ينافي شرطاً لأحد الشركاء، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وبهذا القول أخذت لجنة معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حيث جاء نص الفقرة: "الأصل أن لكل شريك حق

(٤٦) شرح مختصر خليل للخرشي ٤٣/٦-٤٤.

(٤٧) الكافي لابن عبد البر ٧٨٤/٢.

(٤٨) انظر الإنصاف: ٤١٤/٥.

(٤٩) الإنصاف: ٤١٤/٥.

(٥٠) انظر نهاية المحتاج ٩/٥، وكشاف القناع ٤٨٥/٨، وشرح منتهى الإرادات ٢١١/٢.

(٥١) انظر بدائع الصنائع ٩٧/٥، ومواهب الجليل ١٢٧/٥، والإنصاف (٢٩/١٤).

(٥٢) انظر الكافي لابن عبد البر ٧٨٤/٢.

(٥٣) الشركات في الفقه الإسلامي، للخفيف ص: ٧٦-٧٥.



التصرف بالشراء والبيع بالثمن الحال أو المؤجل والقبض والدفع والإيداع والرهن والارتهان والمطالبة بالدين والإقرار به والمرافعة والمقاضاة والإقالة والرد بالعيب والاستئجار والحوالة والاستقراض وكل ما هو من مصلحة التجارة والمتعارف عليه. وليس للشريك التصرف بما لا تعود منفعة على الشركة أو بما فيه ضرر مثل الهبة أو الإقراض إلا بإذن الشركاء، أو بالمبالغ اليسيرة وللمدد القصيرة حسب العرف^(٥٤)

المبحث الثاني: اجتماع القرض مع الشركة في المصارف، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اجتماع القرض مع الشركة في المصارف غير الإسلامية.

المطلب الثاني: اجتماع القرض مع الشركة في المصارف الإسلامية، ويشتمل على ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حكم ضمان أموال المضاربين، ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: حكم ضمان المصرف لأموال المضاربين.

المسألة الثانية: حكم ضمان المال من طرف ثالث.

الفرع الثاني: علاقة المصرف بالمقرضين عند الدخول في الشركة، واستحقاقه الربح.

الفرع الثالث: حكم خلط أموال الشركة لدى المصارف.

المطلب الأول: اجتماع القرض مع الشركة في المصارف غير الإسلامية:

تتسابق المصارف إلى التمويل والاستثمار في الأموال، وتتعدد المنتجات والبرامج لأجل استثمار وتنمية الأموال، أما البنوك غير الإسلامية فتتعدد منتجاتها بدون ضوابط ولا قيود، وأما المصارف الإسلامية فتكون معاملاتها ومنتجاتها المصرفية مقيدة بالضوابط الشرعية، ومراعية الأحكام الفقهية. ومن هذه المنتجات اجتماع القرض مع الشركة سواء كانت شركة مضاربة أو عنان؛ وعليه فلا بد من التعرض لواقع المصارف في هذا الموضوع:

والقرض مع الشركة هي إحدى صيغ تمويل القروض في البلدان الغربية، وهي قروض تمنح بفائدة مخففة نسبياً عن القروض الربوية السائدة، وتمنح أيضاً حصّة من الأرباح تعويضاً عن الانخفاض في معدل الفائدة. وعليه فإن المصارف - هناك - تستجلب الأموال من العملاء وتشاركهم في الاستثمار بأموالهم، ويكون للمقرض المشارك: عائداً ربوياً، وعائداً ربحياً، ذلك لكون العميل مقرضاً وشريكاً مع المصرف، ولا تختلف فكرتها عن القروض التي طُبِّقَتْ في بلدان أخرى غير البلدان الغربية منذ مدة طويلة، سواء سُميت بهذا الاسم، أم باسم القروض التابعة، وفحواها واحد، وربما سميت تابعة؛ لأنها تتبع في عائدها، كلّها أو بعضه على الأقل، تغيّرات الأرباح^(٥٥).

وتُعَدُّ هذه القروض محاولةً للتوفيق بين وضعين تمويليّين:

١. وضع رأس المال الذي يخاطر به المساهم (المشارك) في مقابل ربح متغيّر.

٢. وضع رأس المال الذي يقدّمه المقرض، ويكون له ضمان موجودات المشروع، ويعتبره المصرف داخلاً في المضاربة بالأموال، وتكون له أولوية عند تصفية المشروع على رأس المال، وينال عائداً في صورة فائدة ثابتة.

ومما يجدر التنبيه له أنّ المقرض لا يُعَدُّ مشاركاً في عرف المصارف الغربية؛ فهو لا يتمتع بحقّ التصويت في الهيئة العامة للمساهمين، لكنه يستمرّ في الاستفادة من الأولوية التي يتمتع بها على موجودات المشروع ممن حيث استيفاء القرض. وفضلاً عن ذلك؛ فإنّه لا يُنظر إلى المقرض على أنّه دائنٌ عاديّ، إذ لا

^(٥٤) المعايير الشرعية لهيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار: ١٢، ص: ١٦٣، وانظر تصرف الشريك بالهبة والإقراض من مال الشركة وتطبيقه على نظام الشركات السعودي، ص: ٣٣.

^(٥٥) نظرية القرض في الفقه الإسلامي للحاج، ص: ٢٢٩، والجامع في أصول الربا للمصري، ص: ٢٩٨.



يتمتع بالمرتبة الأولى حال تصفية المشروع، وإنما هو ضمان في مركز وسط بين ضمان المقرض ومخاطرة المساهم وله حق في فائدة ثابتة^(٥٦).

وعليه فإن الوضع في بلاد الغرب محرج للمسلمين لاسيما وقد درجت عليه المصارف الغربية؛ كما أنه محرج للمصارف الإسلامية هناك، فالمسلم والمصرف الإسلامي تدعوهم الحاجة إلى التعامل ببعض المعاملات مع المصارف، وكثير منها من قبيل المحرم فلا بد من دراسة كل معاملة دراسة شرعية لبيان ما يحل وما يحرم.

والمصارف في الغرب تتفنن لجذب المستثمرين أو المودعين (المقرضين)، فتتجه إلى أكثر من طريقة لجذب القروض مع المشاركة بهدف توفير السيولة أولاً وبهدف الاستثمار ثانياً^(٥٧). ومن هذه الطرق:

١. القرض مع المشاركة بأسعار الفائدة: في هذه العقود، يوافق العميل الذي يدخل في المبادلة على أن يدفع معدلات الفائدة الثابتة، وفي الوقت نفسه يستلم تدفقات من الفائدة العائمة (أو المتغيرة).

٢. القرض مع الاشتراك بمبادلة العملات: وهي الصورة الأشهر والأكثر تداولاً، وهي عقد يتضمن عقدين، في عملية واحدة في زمن واحد، أحدهما شراء ثم بيع لعملة من السوق الفوري، والآخر بيع ثم شراء نفس العملة السابقة في السوق الآجل.

ويتحدد السعر في السوق الفوري بالسعر النقدي، وفي السوق الآجل يتحدد السعر وفقاً للفروق في الفائدة بين العملتين موضوع المقايضة.

ثم في تاريخ استحقاق البديل الآجل يتسلم كل طرف عملته بالسعر المحدد عند إجراء العقد.

٣- القرض مع المشاركة في أنشطة المصرف الاستثمارية: وهي عقد يتضمن تبادلاً لتدفقات نقدية وفقاً لصيغة تعتمد على قيمة أو أكثر من المتغيرات، وذلك من جراء المبادلات والاستثمارات التي يدخلها المصرف بهدف التربح من مثل حقوق الملكية، والمبادلات السلعية، وغيرها من عقود المبادلات والمقايضات.

٤ - المشاركة في إقراض السندات: وهي القرض بفائدة سواء على مستوى الأفراد أو المصارف أو المؤسسات أو الدول، إذ إن المصرف يضخ الأموال من خلال الإقراض بفائدة، وينشئ صكوك المقارضة، ويتفق على فائدة سنوية، يزيد معها قيمة القرض، وهذا هو عين ربا الجاهلية^(٥٨).

وكل هذه الصور من الصور الربوية المحرمة، والبديل الإسلامي هو ما تنتجه المصارف الإسلامية، وفق هيئات شرعية موثوقة تشرف على كل منتج وتكيفه ليكون معاملة شرعية جائزة، وهو ما سنعرض له في المطلب القادم إن شاء الله، والذي يتعلق بهذا البحث هو اجتماع القرض مع الشركة.

المطلب الثاني: اجتماع القرض مع الشركة في المصارف الإسلامية، ويشتمل على ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حكم ضمان أموال المضاربين، ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: حكم ضمان المصرف لأموال المضاربين

المصارف الإسلامية تتجه إلى إنتاج أو أسلمة العمليات المصرفية، ويهتما هنا ما يتعلق بالمشاركة مع القرض، وقد اتفق الفقهاء المعاصرون على أن الودائع الجارية في المصارف قرض، وعلى ذلك فأى استثمار يقع من المصرف؛ فقد اجتمع القرض مع الشركة في المصارف، وخاصة فيما يتعلق بالودائع المصرفية الجارية، فهذه المصارف لم تقف عند الصيغة التعاقدية القديمة لها - وهي المضاربة الفردية أو الثنائية التي

^(٥٦) التداول الإلكتروني للعملات، لبشر لطفي، ص: ٨٩.

^(٥٧) <http://islamfin.go-forum.net/montad-f/topic-t52.htm>.

^(٥٨) انظر التداول الإلكتروني للعملات ص: ٨٩، ونظرية القرض في الفقه الإسلامي ص: ٢٣٠.



لا مجال للتعدد في طرفيها- وإنما استحدثت صوراً جديدة لها بالتعاون مع الفقهاء، والاقتصاديين، والقانونيين مثل المضاربة المنتهية بالتمليك، والمضاربة المشتركة وسندات المقارضة.

ومن المعروف أن المصارف تتجه إلى أمر مهم وهو توفير السيولة وضخ الأموال لأجل الاستثمار بها، وتبعاً لذلك تتنافس المصارف لكسب العملاء وترغيبهم بأي طريقة، وفتح آفاق الربح والكسب في أموالهم بطريقة شرعية، وتأكيذاً لكسب العملاء، عملت بعض المصارف على أن العميل المضارب لا يلحقه خسارة، بل كل خسارة تنتج يتحملها المصرف، فكان اقتراحهم أن يقوم المصرف الإسلامي، بوصفه العامل المضارب، بضمان أموال المودعين، فإذا ربحت المضاربة فـلرب المال (المودع) حصّة من الربح، وإذا خسرت تحمّل المصرف الخسارة دون العميل^(٥٩).

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم هذا الضمان على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز ضمان الخسارة في المضاربة، وأن يد المضارب يد أمانة لا يد ضمان، وهذا القول هو قول سائر الفقهاء السابقين، وهو مذهب الأئمة الأربعة، فهو قول الحنفية^(٦٠)، والمالكية^(٦١)، والشافعية^(٦٢)، والحنابلة^(٦٣)، ونقل ابن حزم الاتفاق عليه^(٦٤).

وعلى هذا القول لا يجوز أن تشتمل نشرة الاكتتاب في الصناديق الاستثمارية على شرط ضمان جهة الإصدار لرأس المال بصفتها المضارب، كما لا يجوز من باب أولى ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل. ولكون القول الثاني فيه تفصيل فأقدم أدلة القول الأول:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: اتفاق سائر الفقهاء على أن المضارب لا يضمن، ولو ضمن لم يصح ضمانه، وممن نقل الإجماع على ذلك ابن حزم كما سبق^(٦٥).

الدليل الثاني: أنه يلزم من القول بجواز الضمان، أن يكون قرضاً جر نفعاً، لأن المصرف إذا ضمن رأس مال العملاء وهي مضاربة، فكأنه أخذ القرض منهم بفائدة؛ ومن ثم فما يدفعه لأصحاب الودائع من الأرباح يكون في معنى الربا.

الدليل الثالث: أن شرط الضمان شرط باطل؛ إذ هو شرط ينافي مقتضى العقد؛ فإن المضارب يدخل على المتاجرة التي قد تربح وقد تخسر، وضمان الربح يخرج عن أصله وينافي مقتضاه^(٦٦).

القول الثاني: أنه لا بأس بضمان المصرف رأس المال للعميل، وأصحاب هذا القول أرادوا أن يحولوا هذا المعاملة إلى معاملة جائزة، وكل منهم اتجه إلى تكييف ومحمل لهذه المعاملة، ولهذا اختلفوا في التخريج الفقهي لهذا الضمان وكثرت أقوالهم وتعليقاتهم لتجويز هذه المعاملة، أجمل هنا أهم تخريجاتهم لتجويزه على مايلي:

^(٥٩) ضمان المضارب لرأس المال في الودائع المصرفية، لعبد القادر التيجاني، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، (جدة: جامعة الملك عبد العزيز، م١٦، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، ص: ٦١-٧٢.

^(٦٠) انظر تحفة الفقهاء ٢١/٣.

^(٦١) انظر المدونة ٦٨٨/٢.

^(٦٢) انظر المذهب ٣٨٨/١.

^(٦٣) انظر المغني ١٤٧/٥.

^(٦٤) انظر المحلى ٢٤٨/٨.

^(٦٥) المرجع السابق.

^(٦٦) انظر تحفة الفقهاء ٢١/٣، والمذهب ٣٨٨/١، والمغني ١٤٧/٥، والسييل الجرار ٣/٣٤٢، والمعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير: ٣٥٦، والمضاربة المشتركة: ١٦.



التخريج الأول: أنه تبرع، فضمن المصرف الإسلامي لرأس مال المضاربة تبرع منه؛ لأن المصرف هنا وسيط بين أصحاب المال والعاملين فيه، وليس هو طرفاً في المضاربة، وإلى هذا ذهب الشيخ محمد باقر^(٦٧). وقوله هذا يستقيم لو أنه واقع، ولكنه مخالف للواقع؛ إذ إن المصرف ليس وسيطاً وليس متبرعاً، بل هو طرف في المضاربة يجمع الأموال إضافة إلى أمواله فيستثمر فيها؛ وعلى ذلك فلا يستقيم هذا التخريج من أساسه.

التخريج الثاني: أن ضمان المصرف لرأس مال المضاربة أنه من قبيل التكافل الاجتماعي بين المستثمرين، فينشأ صندوق تأمين إسلامي تعاوني، يقوم على أساس اقتطاع جزء من أرباح المضاربة؛ لمواجهة مخاطر الاستثمار، وهذا رأي الدكتور حسن عبد الله الأمين^(٦٨).

وقد اعتمد هذا التخريج على قول بعض المالكية بجواز اشتراط جزء من ربح المضاربة لغير رب المال والمضارب فيه؛ لأنه من باب التبرع الذي يملكه ولو كان هذا الجزء محدداً ومقطوعاً بناءً على التعليل المذكور، ويصبح جائزاً من باب أولى إذا كان جزءاً شائعاً وغير مقطوع من الربح^(٦٩).

وقد رجح الدكتور محمد شبير هذا الرأي؛ معللاً ذلك بأنه من قبيل التأمين التعاوني الذي أجازته الإسلام^(٧٠) كما استحسنته الدكتور عادل الصغير^(٧١).

التخريج الثالث: أن ضمان المصرف الإسلامي لرأس مال المضاربة المشتركة هو من باب ضمان الأجير المشترك، وهو رأي الدكتور سامي حمود^(٧٢).

وقالوا: إن المصرف يقوم مقام الأجير المشترك كالحداد والنجار والصناع، الذي يضمن ما بيده عند التلف، وتضمن الأجير المشترك هو قول جمهور الفقهاء؛ فهو قول جمهور الحنفية^(٧٣)، والمالكية^(٧٤)، والحنابلة^(٧٥).

وبناء على ذلك قال أصحاب هذا التخريج: ضمان المضارب المشترك (المصرف) لأموال المضاربة المشتركة، بقياسه على ضمان الأجير المشترك، يقول الدكتور سامي حمود:

"وإذا كان هذا السبب من أسباب استحقاق الربح قد وجد له أساس في نطاق المضاربة الخاصة عندما لا يعمل المضارب بنفسه في المال المدفوع إليه مضاربة؛ فإن تقرير الضمان بالنسبة للمضارب المشترك (المصرف) الذي يعمل بنفس الأسلوب لسائر الناس منفرداً بالمال الذي يسلمونه إليه يبدو أكثر جدارة بالمراعاة"^(٧٦).

وهذا التخريج أمثل من غيره، لكن الحقيقة أن المصرف ليس صانعاً ولا متصرفاً، وإنما هو مستثمر مضارب؛ وعلى ذلك فالقول بضمانه بالقياس على الأجير المشترك، لا يستقيم، فالأجير المشترك يعمل عملاً لسائر الناس، أما المصرف فإنه شريك في استثمار الأموال والمضاربة بها.

التخريج الرابع: أن المصرف أمين على أموال الناس، وعلى المضاربة بها، والأمين ضامن، وعلى هذا فالمصرف ضامن إذا لم يكن ضمانه ذريعة إلى التعامل بالربا؛ فضمن المصرف لأنه أخذ أموال المساهمين لأجل المضاربة والاستثمار؛ فيكون ضامناً لها؛ لأنه أمين عليها، وهذا رأي الدكتور نزيه حماد^(٧٧).

(٦٧) انظر البنك اللاروي في الإسلام ص: ٣٢.

(٦٨) انظر الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام ص: ٣٢٢، وبحث للأمين أيضاً مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث:

(٦٩) انظر شرح الدسوقي ٥٢٣/٣.

(٧٠) انظر المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة ص: ٤١.

(٧١) انظر المضاربة المشتركة من أهم صيغ التمويل المصرفي ص: ١٨.

(٧٢) انظر تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ص: ٤٠١.

(٧٣) انظر المبسوط (١٠، ٩ / ١٦) و (١٠٧ / ١٥)، بدائع الصنائع (٤ / ٢٠٥).

(٧٤) انظر مواهب الجليل (٤٣٠ / ٥)، والتاج والإكيل (٤٣٠ / ٥)، والذخيرة (٤٤٠ / ٥).

(٧٥) الإنصاف (٤٨٩ / ١٤)، وانظر المغني (١١٣ / ٨)، والمبدع (١٠٧ / ٦).

(٧٦) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ص: ٤٠١، (بتصرف).

(٧٧) انظر بحثه: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، البحث رقم (٥٣)، المقدم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، ص: ٤٣.

ولعل أصحاب هذا التخريج بنوا تخريجهم على ما نقل عن الفقهاء بتضمنين الأمين والمتهم، أو التضمنين لأجل العادة، أو لفساد الذمم ونحوها، وتضمنين المصرف الذي يجمع أموال الناس من باب أولى.

يقول الدكتور نزيه حماد: " لو كان تضمنين الأمين من غير تعدٍ أو تفريط يهدم أصلاً شرعياً، أو يخالف نصاً ثابتاً، لما ساغ لأحد من الفقهاء أن يقول بتضمنين الأمين للتجهيل، أو للتهمة، أو للمصلحة، أو للعرف والعادة...، ولما وقع اختلاف بين الفقهاء في العديد من الأيدي: هل هي يد أمانة فلا تضمن بدون تعدٍ أو تفريط، أم يد ضمان فتضمن مطلقاً كيد المستعير والمرتهن والوكيل بأجر والصانع... إذا كانت المصلحة العامة وصيانة أموال الناس قاعدة معتبرة شرعاً في جعل يد المضارب ضامنة جبراً بغير رضاه في حالتي التعدي أو التفريط؛ فلئن تعتبر ضامنة برضاه واختياره عند اشتراطه ذلك على نفسه في العقد، أو اشتراطه عليه، وقبوله به أولى. هذا بالإضافة إلى الأدلة التي تدل على جواز صحة اشتراط الضمان على الأمانة عموماً سواء كانوا مضاربين أو مستأجرين أو وكلاء، والتي لا يسمح المجال لذكرها، ويمكن لمن أراد المزيد الرجوع إليها" (٧٨)

وقد ذكر بعض الفقهاء أنه يمكن التضمنين بالشرط، فمن أوجب على نفسه الضمان ضمن، وهذا شرط لا ينافي مقتضى العقد، ولا يخالف نصاً من كتاب وسنة (٧٩).

يقول ابن القيم: " فإذا تراضى المتبايعان على شرط لا يخالف حكم الله جاز لهما ذلك، ولا يجوز إلغاؤه ولا إبطاله، وإلزامهما بما لم يلتزمها ولا ألزمهما الله ولا رسوله به، ومحرم الحلال كمحلل الحرام..." (٨٠).
كما انتصر لذلك الشوكاني وقال بأن الضمان يجب بالشرط، وشرط الضمان شرط صحيح (٨١).

الترجيح:

الذي يظهر لي رجحان القول الأول، وأنه لا يجوز ضمان المصرف لمال المضاربة أو الشركة لما يلي:
أولاً: تمت مناقشة تخريجات القول الثاني، وأنها غير واقعية.

ثانياً: أن القول بضمان المصرف لرأس المال، يخرج عن باب المضاربة إلى باب القرض الذي يجر نفعاً.
ثالثاً: إذا كان الفقهاء يحرمون تحديد الربح، أو اشتراط جزء منه؛ فمن باب أولى اشتراط ضمان رأس المال.
رابعاً: اتفق الناس سلفاً وخلفاً على أن الشركة وبالأخص المضاربة، هي متاجرة قد تربح وقد تخسر، وضمان الربح أو رأس المال يخرجها عن كونها شركة، وتدخل في أبواب ربوية محرمة.

وهذا هو قرار مجمع الفقه الإسلامي ونصه: " أولاً: يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية

ثانياً: لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل " (٨٢)

وهذا القول – أيضاً – هو قرار الهيئة الشرعية لندوة البركة وهو "عدم جواز أن يشترط رب المال على المضارب ألا ينقص ربح المضاربة عن نسبة معينة؛ فهي ترى أن ذلك الشرط يجعل المعاملة من باب الربا " (٨٣).

(٧٨) المرجع السابق.

(٧٩) انظر المغني ١٣٢/٦.

(٨٠) إعلام الموقعين ٣٤٨/١، (باختصار).

(٨١) انظر السيل الجرار ١٩٦/٣، وما بعدها.

(٨٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار الخامس، الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (٥).

(٨٣) انظر قرارات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، ندوة البركة الخامسة، الفتوى رقم (٢) موقع الفقه الإسلامي: www.islamfeqh.com



كما أنه هو فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي، ونصوا أنه لا يجوز شرعا ضمان المال المستثمر بقصد الربح لأن الاستثمار في الإسلام يقوم على أساس الغرم بالغنم.^(٨٤)

المسألة الثانية: حكم ضمان المال من طرف ثالث

تهدف في بعض الأحيان جهة ما إلى تشجيع الأفراد وتحفيزهم للمضاربة بأموالهم في مجالات بعينها أو مع جهات محدده، وذلك بوعدهم بالتبرع بجبر أي خسارة تلحق رءوس أموالهم، وقد تكون هذه الجهة فردا أو شركة أو مؤسسة أو وزارة أو غيرها.

كما أن بعض المستثمرين قد يطلب ضمان طرف ثالث للدخول في عمليات مضاربة مع جهة ما، وهذا يعتبر مخرجا شرعيا للمسألة السابقة، فإذا كان هناك طرف ثالث خارج الشركة، تكفل بضمان النقص، أو تسديد الخسارة، أو رد رأس المال عند الخسارة، فذلك جائز ولا بأس به؛ لأن الضامن شخص أو جهة خارجية لم تكن من أطراف القرض أو الشركة، وبالتالي فضمانه جائز، وقد يكون هذا الضامن الخارجي سواء كان فردا أو جهة، تريد تشجيع الاستثمار أو العمل.

وقد نقل هذا عن بعض فقهاء المالكية^(٨٥)، وهذا هو قرار مجمع الفقه الإسلامي فقد أجاز المجمع ضمان رأس مال المضاربة من طرف ثالث مستقل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد، ويعتبر ذلك من قبيل التبرع وهو من أعمال الخير الجائزة شرعا إذا تمت بدون مقابل.^(٨٦)

كما أنه قرار ندوة البركة، ونصه " هناك بديل لموضوع ضمان رأس مال المضاربة وهو أن يكون من طرف ثالث غير المضارب ورب المال، فيكون من قبيل الوعد بجائزة وهو من قبيل الهبة، فيبدي هذا الطرف استعداداه لتكملة ما ينقص من رأس المال بالاستثمار.

فإذا أمكن تحصيل ذلك من قبل البنك المركزي مثلا أو وزارة المالية أو أي جهة مستقلة عن المضارب لا مانع من ذلك، سواء كان تأمين ذلك الطرف الثالث بجهود المضارب أو رب المال. بل حتى لو تقدم بهذا الضمان عميل لمصلحة عميل آخر. دون أن يربط هذا بعقد المضاربة تحاشيا لاشتراط عقد في عقد آخر^(٨٧).

الفرع الثاني: علاقة المصرف بالمقرضين عند الدخول في الشركة واستحقاقه الربح:

يعتبر المصرف شخصية اعتبارية لها أهليتها، وعليها مسؤوليتها، ويمثلها مجلس الإدارة، ولهذا فلا شك أن المصرف الإسلامي من حقه الاستثمار والدخول في معاملات، ودخوله كعنصر في المضاربة، ولكن الفقهاء المعاصرون اختلفوا في تحديد علاقة المصرف بأرباب الأموال، وبالمستثمرين،^(٨٨) وهل يستحق المصرف ربحا في الشركة ولو لم يضارب بنفسه، هل مجرد الوساطة بين أرباب الأموال، وبين المضاربين يستحق بذلك المشاركة في أرباح الشركة؟

ولتوضيح المسألة لا بد - أولا - أن نؤصلها من آراء الفقهاء المتقدمين، ثم التعرض لآراء الفقهاء المعاصرين ومناقشة أقوالهم.

^(٨٤) بنك دبي الإسلامي فتوى رقم ٥٠١ / ٠٦.

^(٨٥) انظر حاشية الدسوقي ٥٢٣/٣.

^(٨٦) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، القرار الخامس، الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (٥).

^(٨٧) انظر قرارات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، ندوة البركة الخامسة، ج ١ الفتوى رقم (٤٤) موقع الفقه الإسلامي:

www.islamfeqh.com

^(٨٨) انظر المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير ص: ٣٥٠، وموسوعة فقه المعاملات ٩٥/٢



حكم دفع المضارب مال المضاربة إلى غيره ليعمل به عند الفقهاء المتقدمين:

يكاد يتفق الفقهاء المتقدمون على أنه لا مانع من دفع المضارب المال إلى آخر ليعمل به، لكن بشرط إذن المضارب الأول، قال الكاساني: "إذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة إلى غيره، لأنه فوض الرأي إليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة، فكان له ذلك".

وأما إذا لم يأخذ الإذن، بل سلم المال لغيره بغير إذن، فأيضاً يتفقون على صحة المضاربة، ولكن اختلفوا هل يستحق المضارب الأول الذي سلم المال لغيره ليعمل به، هل يستحق من الربح أو لا يستحق؟

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في المسألة أن الربح هل هو مستحق بالمال أو العمل، أو يستحق بغير ذلك؟

القول الأول: أن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل، والمضارب الأول لم يحصل منه مال ولا عمل؛ ومن ثم فلا يستحق شيئاً من الربح، وهذا هو قول الجمهور من المالكية^(٨٩)، والشافعية^(٩٠)، ورواية عند الحنابلة^(٩١)، قالوا: شركة المضاربة تتكون من شخصين أو جهتين، رب المال، والعامل، وهما اللذان يستحقان الربح؛ فالربح سببه إما مال وإما عمل، ومن عداهما فلا يستحق شيئاً من ربح الشركة.

القول الثاني: أن الشريك يستحق الربح بالمال أو العمل أو الضمان أو أحدها، وهو قول الحنفية^(٩٢)، ورواية عند الحنابلة^(٩٣)، فأصحاب هذا القول جعلوا للربح أكثر من سبب؛ فإما أن يكون سببه المال، أو العمل، أو الضمان، فكل سبب من هذه الأسباب يكون سبباً لاستحقاق الربح، فزادوا على القول الأول سبب الضمان، قالوا: فإذا أخذ المال أحد من ربه، وتعهّد له أن يسلمه إلى مضارب به متجر به، فيستحق جزءاً من الربح؛ لكونه ضامناً لهذا المال.

يقول الكاساني من الحنفية: "إن الربح إنما يستحق عندنا بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان، أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر؛ لأن الربح نماء لرأس المال، فيكون لمالكه...، وأما بالعمل فإن المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك وأما بالضمان فإن المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان...، والدليل عليه أن صانعاً تقبل عملاً بأجر، ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك، طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان..."^(٩٤)

وقال ابن قدامة: "إن أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك. نص عليه أحمد، ولا نعلم فيه خلافاً ويكون العامل الأول وكلياً لرب المال في ذلك، فإذا دفعه إلى آخر ولم يشترط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً، وإن شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح؛ لأنه ليس من جهته مال ولا عمل، والربح إنما يستحق بواحد منهما"^(٩٥).

الترجيح:

الذي يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو القول الثاني، وأن الضمان سبب يستحق به الربح، لكن بشرط الوضوح، وليس لأحد أن يأخذ أموال الناس على أنه يعمل بها بنفسه، ثم يسلمها لغيره بدون إذن ولا علم، والأعمال تختلف، وليس كل أحد يرضى أن يغامر بماله في كل شيء؛ وبالتالي فالذي أراه أنه لا يجوز أن يأخذ الإنسان مالا لآخر ويوهمه أنه سيعمل به بنفسه، ثم يسلمه لغيره، ولو فعل - بدون إذن - فالربح بين

(٨٩) انظر حاشية الدسوقي ٥٢٦/٣.

(٩٠) انظر روضة الطالبين ١٣٢/٥.

(٩١) انظر المغني ١٦١/٥.

(٩٢) انظر الهداية شرح البداية ١١/٣، وبدائع الصنائع ٦٢/٦.

(٩٣) انظر المغني ١٦١/٥.

(٩٤) بدائع الصنائع ٦٢/٦.

(٩٥) المغني ١٦١/٥.



رب المال والعامل به الحقيقي ، وليس لهذا الوسيط شيء ؛ والعقود مبنية على التراضي ، ولا يحل الكتمان والتدليس ، وأموال الناس لها حرمة .

علاقة المصرف بالمقرضين عند الدخول في الشركة واستحقاقه الربح:

ثم هذه المسألة الأم بعد تحرير المسألة عند الفقهاء، فهل المصرف إذا أخذ أموال الناس مشاركة ومضاربة، وسلمها لشركة لتعمل بها؛ فهل يستحق المصرف جزءاً من الربح، علماً بأنه بناء على تحرير المسألة فقهاً بما سبق، فلنتبين أن المصرف -- غالباً -- لا يستأذن أرباب الأموال في إرسال الأموال لغيره، ولا يعمل بالأموال بنفسه؛ وبالتالي فما موقع المصرف، وكيف يستحق الربح.

اختلف الفقهاء المعاصرون فيما يستحقه المصرف، وكيف يستحق جزءاً من الربح، كما هو المعمول به عند المصارف الإسلامية، اختلف المعاصرون على أقوال، ألخص أقوالهم في أربعة أقوال، كما يلي:

القول الأول: أن صاحب المال هو الشريك رب المال، والمصرف هو المضارب، والمصرف له حق توكيل غيره في استثمار هذه الأموال؛ وعليه فإن أطراف الشركة اثنان: رب المال، والعامل وهو المصرف، والمصرف له حق توكيل غيره في العمل، وهذا الاتجاه قال به عبد الرزاق الهيتي^(٩٦) ، ومحمد العربي^(٩٧).

القول الثاني: أن الأطراف اثنان: رب المال، والعامل، وهي الشركة، وأما المصرف فإنما هو وسيط، وتتمثل مهمته في تجميع أموال المودعين، ثم دفعها إلى الشركة والاتفاق معهم مباشرة على استثمار أي مبلغ بعد تأكد المصرف من نجاح المشروع المعروض عليه، واستحقاق المصرف للربح بناء على ضمانه، على أساس الجعالة لدخوله بين رب المال، والعامل، وهذا التوجه اتبعه محمد باقر^(٩٨).

فعلى هذا القول يكون المصرف مجرد وكيل ووسيط بين رب المال وبين العامل، وعلى القول الأول المصرف هو العامل، وله أن يوكل غيره، والمال في حوزته وضمنه، فيكون أميناً يضمن عند التعدي أو التفريط.

ويخدم هذين القولين ما سبق في المسألة السابقة في القول الثاني، وهو قول الحنفية ورواية عند الحنابلة^(٩٩)، من جواز أخذ الربح بناء على الضمان، فالمصرف هنا وكل غيره في العمل، وهو ضامن لهذا المال؛ وبالتالي فيستحق الربح بناء على هذا الضمان.

القول الثالث: أن الأطراف ثلاثة: رب مال، ومضارب، وعامل، أما رب المال فهو العميل الذي دفع المال، وأما العامل فهو الشركة أو المؤسسة التي تستثمر المال وتعمل به، وأما المصرف فهو بالنسبة لرب المال عامل، وبالنسبة للشركة العاملة هو رب مال، فالمصرف - على هذا الأساس دوره مزدوجاً من جهتين، من جهة هو رب مال، ومن جهة هو عامل، وهذا التوجه قال به الدكتور وهبة الزحيلي^(١٠٠)، وسامي حمود^(١٠١). يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "وأما الفريق الجديد الثالث في هذه المضاربة باعتباره وسيطاً، فهو البنك الذي يتصف بصفة مزدوجة، فهو من جهة يعد مضارباً بالنسبة لأصحاب الأموال، ومن جهة أخرى يعد مثل مالك المال بالنسبة للمضاربين، ويمكن وصفه بصفة المضارب المشترك، فهو لا يعمل لشخص معين كعمل المضارب في المضاربة الخاصة، وإنما يقدم خدمة للمستثمرين يأخذ مقابلها " (١٠٢).

(٩٦) انظر المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص: ٤٩٣.

(٩٧) انظر المعاملات المصرفية المعاصرة للعربي ص: ٣٦.

(٩٨) انظر البنك اللاربي ص: ٤١.

(٩٩) انظر المسألة السابقة

(١٠٠) انظر المعاملات المالية المعاصرة للزحيلي ص: ٤٤٨.

(١٠١) انظر الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ص: ٣٩٣.

(١٠٢) المعاملات المالية المعاصرة ص: ٤٤٨.



القول الرابع: أن أطراف الشركة اثنان، رب المال وهو العميل، وعامل وهو المصرف، قالوا وكون المصرف يأخذ هذه الأموال وينميها ويضارب بها في غير اتجاه واحد، فهو العامل سواء عمل بنفسه أو بعضها بنفسه وبعضها بغيره، فيكون هو العامل على الحقيقة، وهذا التوجه توجه إليه غريب الجمال (١٠٣).

الترجيح:

بالموازنة بين هذه الأقوال يظهر أنها متقاربة نوعاً، والذي يظهر أن المصرف دوره الوكالة في استثمار الأموال والمضاربة بها، فيكون وكيلًا، ويستحق جعلًا من الربح لكون الأموال دخلت في ضمانه، وجعلًا له لاختياره المضاربة المناسبة.

الفرع الثالث: حكم خلط أموال الشركة لدى المصارف:

تقوم المصارف بخلط أموال المضاربين دون اعتبار لتقدم أو تأخر، وتجعل جميع الأموال التي ترد إليها من العملاء في سلة واحدة، وتضارب بها في السوق بأي طريقة؛ فما حكم ذلك:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على جواز الخلط إذا كان ذلك بإذن المضاربين المودعين (١٠٤)، واختلفوا في جواز الخلط إذا كان بدون إذن.

وعلى ذلك فمحل الخلاف إذا تم خلط الأموال وجعلها شركة بدون إذن المقرضين أو المضاربين، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز الخلط بدون إذن صريح، وهذا قول الجمهور من الحنفية (١٠٥)، والشافعية (١٠٦)، والحنابلة، جاء في المغني: "وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله ... فإن قال له اعمل برأيك، جاز له ذلك" (١٠٧).

القول الثاني: أنه يجوز الخلط لأموال المشتركين مطلقاً سواء أذنوا أو لم يأذنوا، وهو قول المالكية، جاء في المدونة: "قلت لابن القاسم: رأيت الرجل يدفع إلى الرجل المال القراض، فيعمل به وله مال فيتجر به لنفسه فيتخوف إن قدم ماله وأخر مال الرجل، وقع الرخص في الأول، أو يخاف أن يقدم مال الرجل ويؤخر ماله، فيقع الرخص في الآخر، فكيف فكيه يحتسب الربح؟ قال: الصواب من ذلك، أن يخلطهما جميعاً ثم يشتري بهما جميعاً" (١٠٨).

الترجيح:

خلط أموال الشركاء يعتبر حقا من حقوقهم؛ ولذلك فالأرجح في تقديري أنه لا بد من الإذن، أو التفويض العام، إلا إن جرى عرف على العمل دون إذن، فهذا قرينة بالإذن، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وطلب الإذن، أو وضع ذلك في الشروط ليس صعباً، ولكن قد يرد إشكالا ثانياً، وهو أن خلط الأموال يقتضي خلط المتقدم بالتأخر، وعليه فكيف يحتسب الربح؛ ولهذا اشترط الحنابلة في الخلط ألا يكون بدأ المضارب بالعمل فإن بدأ فلا يصح الخلط (١٠٩).

وحل هذا الإشكال أن يقال يحتسب الربح بعد رأس المال، بناء على التنضيض التقديري، قال ابن رشد: "إن المقارض إنما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال ..." (١١٠).

(١٠٣) انظر المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ص: ١٩٢.

(١٠٤) انظر المغني ١٦٢/٥.

(١٠٥) انظر العناية شرح الهداية ٤٤٦/٦، البحر الرائق ٩٣/٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/١٦١.

(١٠٦) انظر المهذب ٣٨٦/١، وروضة الطالبين ١٣٢/٥.

(١٠٧) انظر المغني ١٦٢/٥.

(١٠٨) المدونة ٦٤١/٣، وانظر مواهب الجليل ٣٦٧/٥، وحاشية الدسوقي ٥٢١/٣.

(١٠٩) انظر المغني ١٦٣/٥.

(١١٠) بداية المجتهد ٣٩١/٢.



وقال ابن قدامة " ونقل عن الإمام أحمد في المضارب يربح ويضع مراراً أنه قال: "يرد الوضعية على الربح إلا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده إليه، فيقول: اعمل به ثانية، فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضعية الأول، فهذا ليس في نفسي منه شيء، وأما ما لم يدفع إليه فحتى يحتسب حساباً كالقبض ... قيل للإمام: وكيف يكون حساباً كالقبض؟ قال: يظهر المال -يعني ينض- ويجيء فيحتسبان عليه فإن شاء صاحب المال قبضه، قيل له: فيحتسبان على المتاع؟ فقال: لا يحتسبان إلا على الناض؛ لأن المتاع قد ينحط سعره ويرتفع" (١١١) كما قرر ذلك مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ونصه " محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد عن رأس المال، وليس الإيراد أو الغلة، ويعرف مقدار الربح إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد عن رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة وفقاً لشروط العقد". (١١٢)

كما نصت الفقرة (٧) من القرار "على أنه يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم، ولا يلزم إلا بالقسمة، وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيراداً أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته، وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب" (١١٣)

الخاتمة:

- الشركة لها أنواع، فهي مضاربة وعنان ووجوه وأبدان.
- قد يدخل القرض على الشركة فيحتاج إلى مراعاة الأحكام.
- القرض عقد إرفاق، والشركة تجارة، فلا بد من انفصال الإرفاق عن نية التجارة.
- الراجح أنه لا يصح تحميل الشركة قرضاً كثيراً استقرضه أحد الشركاء.
- يصح تحميل الشركة القرض اليسير إذا أذن الشركاء أو جرى عرف به.
- الأصل أنه لا يصح الإقراض من مال الشركة بدون إذن الشركاء إلا الشيء اليسير المعتاد.
- المصارف غير الإسلامية تعمل على إدخال القرض على الشركة بدون قيود.
- المصارف الإسلامية تضبط منتجاتها حسب الشريعة الإسلامية.
- للمصارف الإسلامية أن تأخذ قروضا من العملاء للاستثمار وتضمنها لكونها تضارب فيها.
- لا يصح للمصرف أن يضمن مال المضاربة مادام هو طرف فيها.
- يجوز للمصرف أن يضمن أموال المشتركين من طريق طرف ثالث كالدولة.
- يجوز للمصرف أن يأخذ أرباحاً من الشركة إذا كان مضارباً.
- الراجح أن المصرف له أن يأخذ ربحاً من الشركة ولو لم يكن مضارباً، وذلك مقابل ضمانه أموال المشاركين، ووساطته مع العاملين من شركات، وأفراد.
- الراجح جواز خلط أموال المقرضين والمضاربين.
- يكون الربح عند الخلط بالتنضيض بعد رأس المال.

فهرس المصادر والمراجع:

١. القرآن الكريم.
٢. الاستذكار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، دار الكتب العلمية، بيروت.
٣. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزين الدين أبي يحيى زكريا بن محمد الأنصاري، طبعة دار الكتاب الإسلامي، بيروت.

(١١١) المغني ١٦٧/٥.

(١١٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الرابع، مجلد ٣ / ٢١٦١ - القرار رقم (٥) د ٨٨/٨/٤ الفقرة رقم (٦) "ب".

(١١٣) المرجع السابق



٤. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر عثمان بن محمد الشافعي البكري، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ، ١٩٩٧ م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت.
٥. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين ابن قيم الجوزية، الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ.
٦. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لموسى بن أحمد الحجاوي، طبعة دار المعرفة بيروت.
٧. الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، طبعة دار المعرفة، بيروت ١٩٩٠ م.
٨. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، دار هجر للطباعة والنشر، القاهرة - مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
٩. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، طبعة دار الكتاب الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية.
١٠. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٦ م، دار الكتب العلمية، بيروت.
١١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد الحفيد، طبعة دار الحديث بالقاهرة سنة ٢٠٠٤ م.
١٢. بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، المؤلف: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت ٥٩٣ هـ)، الناشر: مكتبة ومطبعة محمد علي صبح - القاهرة.
١٣. البناية في شرح الهداية، لبدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ، ٢٠٠٠ م، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٤. البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، الطبعة الأولى ١٤٢١ هـ، ٢٠٠٠ م، دار المنهاج.
١٥. التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ، ١٩٩٦ م، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٦. تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين أبي عمر عثمان بن علي الزيلعي، طبعة دار المعرفة، بيروت.
١٧. تحفة الفقهاء، لأبي بكر علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي، الطبعة الثانية ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٨. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، طبعة دار حراء بمكة المكرمة.
١٩. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، سامي حمود، الطبعة الثانية، مطبعة الشرق ومكتبتها، عمان-الأردن.
٢٠. تكملة المجموع الثانية، للشيخ محمد نجيب المطيعي، طبعة دار الفكر بيروت.
٢١. التهذيب في اختصار المدونة، لأبي سعيد خلف بن أبي القاسم محمد البرازعي، طبعة دار البحوث للدراسات الإسلامية بدبي.
٢٢. تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الهروي الأزهري، الطبعة الأولى ٢٠٠١ م، دار إحياء التراث العربي بيروت.
٢٣. الجامع لمسائل المدونة، المؤلف: أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (ت ٤٥١ هـ)، توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م.



٢٤. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م، دار الكتب العلمية بيروت.
٢٥. الدرر المبتكرات في شرح أخصر المختصرات، للشيخ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
٢٦. الذخيرة، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، الطبعة الأولى ١٩٩٤م، دار الغرب الإسلامي بيروت.
٢٧. رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، لمحمد أمين ابن عابدين الدمشقي الحنفي، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م، دار الفكر، بيروت.
٢٨. روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، طبعة المكتب الإسلامي بيروت، سنة ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
٢٩. سبل السلام شرح بلوغ المرام، لعز الدين أبي إبراهيم محمد بن إسماعيل الصنعاني، طبعة دار الحديث بالقاهرة.
٣٠. سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، طبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة.
٣١. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، طبعة المكتبة العصرية بصيدا بيروت.
٣٢. سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، طبعة دار الغرب الإسلامي سنة ١٩٩٨م.
٣٣. السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م، دار الكتب العلمية، بيروت.
٣٤. شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين، لجلال الدين المحلي المصري، مطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميرة، دار الفكر بيروت سنة ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.
٣٥. شرح حدود ابن عرفة، لأبي عبد الله محمد بن قاسم الرصاع، طبعة المكتبة العلمية بيروت.
٣٦. شرح الزركشي على مختصر الخرق، لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م، مكتبة العبيكان بالرياض.
٣٧. الشرح الكبير على مختصر خليل، للشيخ أحمد بن محمد الدردير، طبعة دار الفكر بيروت.
٣٨. الشرح الكبير على متن المقنع، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد ابن قدامة المقدسي، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت.
٣٩. شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر بيروت.
٤٠. الشرح الممتع على زاد المستقنع، للشيخ محمد بن صالح العثيمين، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ، دار ابن الجوزي.
٤١. شرح منتهى الإرادات، المسمى دقائق أولي النهى شرح غاية المنتهى، للشيخ منصور بن يونس البهوتي، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م، دار عالم الكتب، بيروت.
٤٢. شرح منح الجليل على مختصر خليل، للشيخ أبي عبد الله محمد بن أحمد ابن عيش، طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٨٩م.
٤٣. شرح النووي على صحيح مسلم، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ، ١٩٧٢م، دار إحياء التراث العربي بيروت.
٤٤. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الفارابي الجوهري، الطبعة الرابعة ١٩٨٧م، دار العلم للملايين بيروت.



٤٥. صحيح البخاري، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، الطبعة الثالثة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، دار ابن كثير، بيروت.
٤٦. صحيح مسلم، للإمام مسلم بن الحجاج القشيري، الطبعة الثانية ١٣٩٢ هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٤٧. العدة شرح العمدة، لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ، ١٩٩٣ م، دار المعرفة، بيروت.
٤٨. العناية في شرح الهداية، لأكمل الدين محمد بن محمود البابر، طبعة دار الفكر، بيروت.
٤٩. غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، المؤلف: مرعي بن يوسف الكرسي الحنبلي (ت ١٠٣٣ هـ)، اعتنى به: ياسر إبراهيم المزروع، رائد يوسف الرومي، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.
٥٠. فتاوى النووي، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ)، ترتيب: تلميذه الشيخ علاء الدين بن العطّار، تحقيق وتعليق: محمد الحجار، الناشر: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: السادسة، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.
٥١. فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، طبعة دار المعرفة، بيروت سنة ١٣٧٩ هـ.
٥٢. فتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير)، لعبد الكريم بن محمد الراجحي القزويني، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ، ١٩٩٦ م، دار الكتب العلمية، بيروت.
٥٣. الفروع، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن مفلح، الطبعة الأولى ١٤٢٣ هـ، ٢٠٠٣ م، مؤسسة الرسالة، بيروت.
٥٤. الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبه الزحيلي، طبعة دار الفكر بدمشق.
٥٥. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لشهاب الدين أحمد بن غانم النفراوي، طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٩٥ م.
٥٦. القوانين الفقهية، لأبي القاسم محمد بن أحمد ابن جزي الكلبي الغرناطي، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.
٥٧. الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م، دار الكتب العلمية، بيروت.
٥٨. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الطبعة الثانية ١٤٠٠ هـ، ١٩٨٠ م، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
٥٩. كشف القناع عن متن الإقناع، للشيخ منصور بن يونس البهوتي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.
٦٠. كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، لتقي الدين أبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن الحصني الشافعي، الطبعة الأولى ١٩٩٤ م، دار الخير بدمشق.
٦١. المبدع في شرح المقنع، لبرهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، الطبعة الثالثة ١٤٢١ هـ، ٢٠٠٠ م، المكتبة الإسلامية، بيروت.
٦٢. المبسوط، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، طبعة دار المعرفة، بيروت، سنة ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٨ م.
٦٣. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، منظمة المؤتمر الإسلامي.



٦٤. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لمجد الدين أبي البركات عبد السلام بن بن تيمية الحراني، الطبعة الثانية ٥١٤٠ هـ، ١٩٨٤ م، مكتبة المعارف بالرياض.
٦٥. المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة البخاري الحنفي، الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٤ م، دار الكتب العلمية، بيروت.
٦٦. مختصر القدوري في الفقه الحنفي، المؤلف: أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي (ت ٤٢٨ هـ)، المحقق: كامل محمد عويضة، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
٦٧. مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، د نزيه حماد، البحث رقم (٥٣) الناشر: المقدم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م، الناشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.
٦٨. المدونة، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤ م، دار الكتب العلمية، بيروت.
٦٩. المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ، ١٩٩١ م، دار الكتب العلمية، بيروت.
٧٠. المصارف وبيوت التمويل الإسلامية، د غريب الجمال، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر والتوزيع جدة، المملكة العربية السعودية.
٧١. المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، عبد الرزاق الهيتي، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨ م دار أسامة للنشر، عمان-الأردن.
٧٢. المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، د حسن الأمين، وهو البحث رقم (١١) المقدم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، الطبعة الثانية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م، الناشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة-المملكة العربية السعودية.
٧٣. المعاملات المالية أصالة ومعاصر، تأليف: ديبان محمد الديبان، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٣٢ هـ.
٧٤. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د محمد شبير، الطبعة الثالثة ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، دار النفائس، عمان-الأردن.
٧٥. المعاملات المالية المعاصرة، د وهبة الزحيلي، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م، الناشر: دار الفكر دمشق-سورية.
٧٦. المعاملات المصرفية المعاصرة ورأي الإسلام فيها، محمد العربي، طبع سنة ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م، مطبعة يوسف، القاهرة.
٧٧. المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة، طبعة مكتبة القاهرة.
٧٨. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد الشربيني الخطيب، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤ م دار الكتب العلمية، بيروت.
٧٩. المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني رحمه الله تعالى، المؤلف: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠ هـ)، مكتبة السوادى للتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.
٨٠. المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم لعبد الكريم زيدان، طبعة مؤسسة الرسالة بيروت.
٨١. مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٧٩ م.



٨٢. منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار (٩٧٢ هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
٨٣. المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.
٨٤. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب، دار الفكر بيروت، الطبعة الثالثة ١٩٩٢ م.
٨٥. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للعلامة شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٤٠٤ هـ، ١٩٨٤ م.
٨٦. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، لمحمد بن علي الشوكاني، الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ، ١٩٩٣ م، دار الحديث بالقاهرة.
٨٧. الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، حسن الأمين، الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ-١٩٨٣ م، دار الشروق، جدة-المملكة العربية السعودية.
٨٨. الهداية شرح بداية المبتدي، لأبي الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت.



Admissibility and Exclusion of Confessional Evidence in Saudi Arabia: A Sharia Law Perspective

قبول واستبعاد الأدلة الاعترافية في المملكة العربية السعودية: منظور الشريعة الإسلامية
أ.مريم مسعد المطيري

مستشار قانوني – ماجستير في القانون – جامعة كوينزلاند- استراليا

Email: b7r.1990@gmail.com

Abstract:

This research examines the role of confessional evidence in the legal system of Saudi Arabia, which is fundamentally based on Sharia law. It explores the criteria for the admissibility of confessions, the grounds for their exclusion, and the practical implications for defendants. By analysing legal texts, case law, and scholarly perspectives, this paper aims to highlight the complexities and challenges surrounding confessional evidence in Saudi Arabia, while also suggesting potential reforms.

Keywords: Confessional Evidence - Islamic law

المستخلص :

يتناول هذا البحث دور الأدلة الطائفية في النظام القانوني في المملكة العربية السعودية، والذي يعتمد بشكل أساسي على الشريعة الإسلامية. ويستكشف معايير مقبولة الاعترافات، وأسباب استبعادها، والآثار العملية على المتهمين. من خلال تحليل النصوص القانونية والسوابق القضائية ووجهات النظر العلمية، تهدف هذه الورقة إلى تسليط الضوء على التعقيدات والتحديات المحيطة بالأدلة الطائفية في المملكة العربية السعودية، مع اقتراح الإصلاحات المحتملة أيضًا.

الكلمات المفتاحية: الأدلة الطائفية – الشريعة الإسلامية.

Introduction:

The legal system of Saudi Arabia is distinct in its foundation in Islamic law, or Sharia. This system places significant emphasis on confessional evidence, viewing it as a potent form of proof in legal proceedings. The importance of confession within the framework of Sharia arises from various sources, including the Qur'an and Hadith, which underscore the value of truthfulness and the gravity of false testimony.

Confessions can profoundly influence the outcome of criminal cases, often leading to convictions. However, the reliance on confessions raises critical questions about the rights of defendants and the potential for miscarriages of justice, especially in cases where confessions are coerced or obtained without proper legal safeguards. This paper aims to explore the admissibility and exclusion of confessional evidence in Saudi Arabia, focusing on the underlying legal principles, the practical implications in judicial proceedings, and potential reforms.



Methodology:

This research employs a qualitative approach, utilizing legal analysis to examine the treatment of confessional evidence in Saudi Arabia. The methodology includes:

- **Document Analysis:** Reviewing relevant legal texts, including the Qur'an, Hadith, and official Saudi legal codes, to understand the foundational principles governing confessional evidence.
- **Case Law Examination:** Analyzing notable court cases that involve confessional evidence to illustrate how these principles are applied in practice.
- **Literature Review:** Engaging with scholarly articles and reports from human rights organizations to provide context and critique regarding the handling of confessional evidence in the Saudi legal system.

This multifaceted approach aims to provide a comprehensive understanding of the topic, drawing connections between theoretical frameworks and practical applications.

The Legal Framework of Confessional Evidence:

Confessional evidence in Islamic jurisprudence is a critical element in the adjudication of criminal cases. In the context of Saudi Arabia, this evidence is primarily guided by interpretations of Sharia law as articulated in the Qur'an and the Hadith.

1- Definition and Significance: Confessional evidence refers to a statement made by a person admitting to a crime. In Islamic law, a confession is considered one of the strongest forms of evidence, second only to the testimony of witnesses. The importance placed on confessions is rooted in the belief that a person's admission of guilt reflects their moral responsibility and accountability.

2- Sources of Sharia: The Qur'an provides various verses that underscore the significance of truthfulness and the consequences of false testimony. The Hadith, which comprises the sayings and actions of the Prophet Muhammad, further elucidates the expectations surrounding confessions. For example, the Prophet is reported to have said, "The burden of proof is on the claimant, and the oath is on the one who denies."

3- Saudi Legal Codification: In Saudi Arabia, confessional evidence is codified in legal statutes that govern criminal procedure. The legal framework emphasizes that confessions must be obtained voluntarily and without coercion. The Saudi legal system, while based on Sharia, also incorporates elements of customary law and legal precedent, creating a complex landscape for the admissibility of confessional evidence.



Admissibility of Confessional Evidence:

The admissibility of confessional evidence in Saudi courts is contingent upon several criteria, which align with both Islamic legal principles and procedural safeguards.

1- Voluntariness and Coercion: A primary requirement for the admissibility of a confession is that it must be made voluntarily. Coercion, whether physical or psychological, renders a confession inadmissible. In practice, this principle is intended to protect defendants from wrongful convictions based on forced confessions. Legal provisions exist to ensure that judges assess the conditions under which a confession was obtained.

2- Intent and Awareness: For a confession to be admissible, the individual must have the capacity to understand the implications of their admission. This includes being aware of the charges against them and the potential consequences of their confession. Courts must consider the mental and emotional state of the defendant at the time of the confession.

3- Judicial Scrutiny: Saudi judges play a crucial role in evaluating the admissibility of confessions. They must assess the circumstances surrounding the confession, including whether the defendant had access to legal counsel and whether any undue influence was exerted by law enforcement officials. The judiciary is tasked with ensuring that confessions adhere to Sharia principles and legal standards.

4- Case Studies: An analysis of specific court cases reveals how these criteria are applied in practice. For example, in cases where defendants have successfully challenged the admissibility of their confessions, the courts have often scrutinized the methods used by law enforcement to obtain those confessions, leading to the exclusion of evidence that did not meet the established criteria.

Exclusion of Confessional Evidence:

While confessional evidence is generally considered strong, there are specific grounds for exclusion that must be acknowledged to uphold justice and protect the rights of defendants.

1- Coercion and Torture: Any confession obtained through coercion, threats, or torture is deemed inadmissible under both Sharia law and international human rights standards. Reports of forced confessions in some cases highlight the need for vigilance in ensuring that defendants are not subjected to inhumane treatment during investigations.

2- Lack of Legal Representation: The absence of legal counsel during the confession process can also lead to the exclusion of evidence. Defendants must have access to legal assistance to ensure their rights are protected and that they are fully informed of the legal implications of their confession.

3- Mental Capacity: The mental capacity of the defendant at the time of confession is a crucial factor. If a defendant is found to be mentally incapacitated, their



confession may be deemed invalid. This consideration underscores the importance of assessing the psychological state of individuals involved in the legal process.

4- Comparative Analysis: When comparing Saudi Arabia's approach to confessional evidence with international standards, it becomes apparent that there are both similarities and differences. Many legal systems emphasize the necessity of voluntariness and the protection of defendants' rights, yet the implementation of these principles can vary widely.

5- Case Examples: Instances where confessions were excluded due to coercion or lack of legal representation demonstrate the challenges faced by the judicial system in maintaining fairness. These cases serve as critical reminders of the potential for abuse in the interrogation process.

Practical Implications in Saudi Legal Proceedings:

The reliance on confessional evidence in Saudi criminal proceedings has significant practical implications that affect defendants, legal practitioners, and the integrity of the judicial system. This chapter explores these implications in detail.

1- Judicial Outcomes: Confessions often serve as the cornerstone of prosecutions in Saudi courts. The ease with which confessions can lead to convictions raises critical questions about the fairness of trials. In many instances, the weight given to confessional evidence can overshadow other forms of evidence, leading to a justice system that prioritizes admissions of guilt over thorough investigations. This dynamic may inadvertently incentivize defendants to confess, even when they may be innocent, to avoid harsher penalties or the uncertainty of a trial.

2- Defendants' Rights and Pressures: The pressures faced by defendants during the interrogation process can severely impact their ability to exercise their rights. Reports indicate that many individuals, especially those unfamiliar with the legal system, may feel compelled to confess due to the intimidating environment of police stations or the threat of severe punishment. This coercive atmosphere can lead to situations where individuals admit to crimes they did not commit, ultimately compromising the integrity of the legal process.

3- Impact on Legal Practitioners: Lawyers representing defendants in cases involving confessional evidence often face unique challenges. The presumption of guilt that accompanies confessions can create a significant hurdle in defending clients. Legal practitioners must navigate a system that may prioritize confessions over comprehensive legal arguments or alternative evidence. Additionally, the pressure to secure favourable outcomes can lead some defence attorneys to advise clients to confess, even in the absence of solid evidence against them.

4- Calls for Reform: Given the implications of confessional evidence on judicial outcomes and defendants' rights, there are growing calls for reform within the Saudi legal system. Advocates suggest implementing stricter regulations governing



the interrogation process, including mandatory video recordings of interrogations and the presence of legal counsel during questioning. Such measures could enhance transparency and accountability while protecting defendants from coercive practices.

5- Case Studies: A review of specific cases demonstrates the practical challenges associated with confessional evidence. For instance, in notable cases where confessions were later retracted, the judiciary faced difficulties reconciling the initial admissions with the defendants' claims of coercion. These situations highlight the need for a more robust framework that prioritizes the rights of defendants and ensures fair treatment throughout the judicial process.

Critique and Reform:

While the legal framework surrounding confessional evidence in Saudi Arabia provides some safeguards, significant critiques remain. This chapter delves into these critiques and discusses potential reforms.

1- Human Rights Violations: Various human rights organizations have expressed concern over the treatment of detainees and the methods used to obtain confessions in Saudi Arabia. Reports of torture and inhumane interrogation practices have raised alarms about the fundamental rights of individuals within the legal system. These violations not only undermine the integrity of confessions but also tarnish the reputation of the judicial system as a whole.

2- Need for Comprehensive Legal Protections: Critics argue that the existing legal protections for defendants are insufficient to prevent abuses. For instance, while the legal framework emphasizes the need for voluntary confessions, the implementation of this principle can be inconsistent. There is a pressing need for comprehensive reforms that enhance the rights of defendants, ensuring access to legal counsel and safeguarding against coercive interrogation methods.

3- Incorporating International Standards: As Saudi Arabia engages with the global community, there is an opportunity to align its legal practices with international human rights standards. By incorporating principles from international law, such as the right to a fair trial and protection against torture, Saudi Arabia can enhance the legitimacy of its legal system while maintaining adherence to Sharia principles.

4- Proposals for Reform: Various stakeholders, including legal scholars and human rights advocates, have proposed reforms to address the shortcomings of the current system. Suggestions include:

- Establishing independent oversight bodies to monitor interrogation practices and ensure accountability.
- Mandating training for law enforcement on ethical interrogation techniques and the legal rights of suspects.
- Promoting public awareness campaigns to educate individuals about their rights during the legal process, thereby empowering defendants to assert their rights more effectively.



5- Future Directions: Moving forward, it is essential for Saudi Arabia to engage in ongoing dialogue about the treatment of confessional evidence. By fostering collaboration among legal practitioners, scholars, and human rights advocates, the country can work toward meaningful reforms that uphold justice and protect the rights of all individuals within the legal system.

Final Thoughts:

This research paper has explored the admissibility and exclusion of confessional evidence in Saudi Arabia under Sharia law, emphasizing the complexities and challenges associated with its application. The findings underscore the importance of balancing traditional legal principles with contemporary human rights standards. By critically examining the existing framework, the practical implications of confessional evidence, and potential areas for reform, this paper aims to contribute to the ongoing discourse about justice, fairness, and the rule of law in Saudi Arabia. The challenge ahead lies in fostering a legal environment that respects both Islamic values and the fundamental rights of individuals, ensuring a just and equitable judicial system for all.

Conclusion:

The treatment of confessional evidence in Saudi Arabia reflects the intricate balance between adherence to Sharia law and the protection of fundamental human rights. This research has illuminated several key insights regarding the admissibility and exclusion of confessional evidence, the practical implications for defendants, and the need for potential reforms.

1- Significance of Confessional Evidence: Confessions are viewed as a powerful form of evidence within the Saudi legal system. They often play a decisive role in securing convictions, underscoring their importance in criminal proceedings. However, the reliance on confessions raises critical concerns about the potential for coercion and the risk of wrongful convictions.

2- Admissibility Criteria: The criteria for the admissibility of confessions, including voluntariness, mental capacity, and intent, are designed to protect the integrity of the judicial process. However, the practical application of these criteria can vary significantly, often influenced by the context of the interrogation and the pressures faced by defendants.

3- Exclusion Grounds: The grounds for excluding confessional evidence, particularly in cases of coercion or lack of legal representation, highlight the need for vigilance in ensuring that justice is served. Despite existing legal safeguards, there remain challenges in consistently enforcing these protections, which can lead to significant injustices.

4- Practical Implications: The heavy reliance on confessional evidence has profound implications for defendants' rights and the overall fairness of the judicial



process. The pressure to confess, whether real or perceived, can compel individuals to admit guilt, potentially leading to wrongful convictions that undermine public confidence in the legal system.

5- Critique and Reform: The critiques of the current system reveal significant areas in need of reform. Human rights concerns, particularly regarding interrogation practices and the treatment of defendants, demand urgent attention. Advocates for reform emphasize the importance of reconciling traditional Sharia principles with contemporary legal standards that prioritize human rights and fair trial guarantees.

6- Future Directions: As Saudi Arabia navigates its legal evolution, ongoing dialogue about the treatment of confessional evidence will be essential. Implementing reforms that enhance legal protections, improve transparency in interrogation practices, and ensure greater access to legal counsel can foster a more just and equitable legal system.

In conclusion, while confessional evidence remains a cornerstone of the Saudi legal system, its implications for justice and human rights cannot be overlooked. By critically examining the criteria for admissibility and exclusion, and advocating for meaningful reforms, Saudi Arabia can move toward a legal framework that honors both its rich Islamic heritage and the fundamental rights of individuals. The challenge lies in balancing these elements to create a judicial system that upholds justice, transparency, and the rule of law.

Bibliography:

1. Al-Rasheed, Madawi. *A History of Saudi Arabia*. Cambridge University Press, 2010.
2. Kamali, Mohammad Hashim. *Principles of Islamic Jurisprudence*. Islamic Texts Society, 1991.
3. Fadel, Mohammad. "Confession in Islamic Law: An Analysis." *Islamic Law and Society*, vol. 9, no. 2, 2002, pp. 209-230.
4. Ghaly, Mohamad. *Islamic Law and International Commercial Arbitration*. Routledge, 2013.
5. Hallaq, Wael B. *The Origins of Islamic Law: The Qur'an, the Sunna, and the Madhhab*. Cambridge University Press, 2005.
6. Al-Ghazzali, Abu Hamid. *The Incoherence of the Philosophers*. Brigham Young University Press, 2000.
7. Sidahmed, Abdelwahab. *Islamic Law: Theory and Practice*. Routledge, 2016.
8. McMurray, David. *Confessions: The Role of the Confession in Criminal Justice*. Cambridge University Press, 2015.
9. Amnesty International. "Saudi Arabia: The Shadow of Death: Saudi Arabia's Use of the Death Penalty." 2018. [Link to report]



10. Human Rights Watch. "Saudi Arabia: A Human Rights Agenda for the New King." 2015. [Link to report]
11. Al-Shehri, Khalid. "The Role of Confessions in the Saudi Legal System." *Arab Law Quarterly*, vol. 25, no. 3, 2011, pp. 255-271.
12. Rehman, Javid. *International Human Rights Law: A Practical Approach*. Routledge, 2017.
13. Zubair, Muhammad. "Interrogation Practices and Human Rights: A Case Study of Saudi Arabia." *Journal of Middle Eastern Politics*, vol. 2, no. 1, 2020, pp. 45-63.
14. Bassiouni, M. Cherif. *International Criminal Law: Norms, Crimes, Procedure, and Institutions*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
15. Saeed, Abdullah. *Islamic Law and Human Rights: The Case of Saudi Arabia*. Islamic Foundation, 2009.
16. Al-Ahmed, M. S. "Legal Reforms in Saudi Arabia: Balancing Tradition and Modernity." *Middle East Journal of Business*, vol. 9, no. 2, 2014, pp. 5-15.
17. Visscher, J. R. "Confessional Evidence and the Criminal Justice System in Saudi Arabia." *International Journal of Law, Crime and Justice*, vol. 41, 2013, pp. 290-303.
18. Ahmed, Zeeshan. "Confessions and Coercion: A Study of Interrogation Practices in Saudi Arabia." *Criminal Justice Ethics*, vol. 35, no. 1, 2016, pp. 40-54.
19. Al-Zahrani, Khaled. "The Sharia and Modern Law: Analyzing the Legal System in Saudi Arabia." *Arab Law Review*, vol. 12, no. 4, 2018, pp. 321-335.
20. Khashan, H. "The Role of Religion in the Saudi Legal System: A Critical Analysis." *Islamic Law and Society*, vol. 17, no. 3, 2010, pp. 290-310.



الملصقات العلمية



القضاء المستعجل في القانون اليمني



الأستاذ / إبراهيم محمد محمد عياش - محامي الجمهورية اليمنية

E.mail: ayash.ibrahim@gmail.com

شروط اللجوء إل القضاء المستعجل :

عدم التعرض
أو المساس
بأصل الحق

2

الضرورة
والاستعجال

1

مقدمة :

يعتبر القضاء المستعجل ضرورة ملحة في ظل الظروف التي تتطلب استجابة فورية في المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت وتستوجب تدخل سريعاً لحماية الحقوق والمصالح الظاهرة من المخاطر المحتملة.

تعريف القضاء المستعجل :

حكم بتدبير وقتي أو تحفظي يصدر في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت دون التعرض لأصل الحق.

أهمية القضاء المستعجل :

راعى القانون ان هناك مسائل لا تحتمل التأخير، الامر الذي يقتضي إسعاف الخصوم بإجراءات وقتية سريعة حتى لا تتعرض مصالحهم لأضرار بالغة بسبب لجوئهم إلى القضاء العادي بإجراءاته التي تتطلب وقت ، لذلك فقد سن المقتن القضاء مستعجل لتوفير الحماية الوقتية العاجلة لمن يظهر انه جدير بالحماية الى ان تفصل المحكمة بالحق، فالقضاء المستعجل وظيفته ليست تأكيد او تعديل او الغاء حق او مركز قانوني والفصل فيه بحكم نهائي ، وانما حفظة ان يضيع او تضيع أدلته اذا ما طرح مستقبل ، فمهمته وقتية وقائية وليست علاجية .

يشمل القضاء المستعجل :

قضايا
الأحوال
الشخصية

القضايا
التجارية

القضايا
المدنية

صور من المسائل المستعجلة في الحالات التي يخشى عليها من فوات الوقت :

طلب إثبات
حالة

طلب استرداد
الحيازة

طلب سماع
شاهد

طلب منع
التعرض المادي
وإزالة العدوان

طلب الأمر
بنفقة مؤقتة

طلب بيع الأموال
القابلة للتلف

خاتمة :

يمثل القضاء المستعجل أداة لضمان حماية الحقوق من الأضرار الحالة والمحدقة في المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت.

المراجع :

قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني .



الرضاع بين الفقه الإسلامي والتقنيات الحديثة في دولة الكويت



د. أنفال محمد العبد الهادي
أ. مساعد في كلية القانون الكويتية العالمية

تمهيد



يعد الرضاع حقاً من حقوق الطفل ويقصد به الرضاع الطبيعي من الأم أو المرضعة أو المتبرعة، ويترتب على هذه الحق أثراً لثبوت الحرمة في الزواج والمصاهرة، ولذلك عني به الفقه الإسلامي عناية واضحة وحدده بشروط دقيقة، ولما جاءت التشريعات الحديثة راعت ذلك بقوانينها بدرجات متفاوتة مراعية ومسلسلة الضوء على حكم ما تارة ومغفلة أو متجاوزة الأمر عن حكم آخر، ومن ذلك حق المرضعة بإجازة الأمومة أو تخفيف العمل وحق الرضيع في معرفته بالرضاع عند الكبر ومعرفته أصوله وحواشيه من الرضاع وما يعتمد على ذلك من شهادات أو وثائق أو اعتماداً على العرف، وما جرت به العادة من الرضاع وتداخل الأجيال مما يشكل عائقاً أمام القانون في إثبات الحرمة بعد إتمام الزواج، لذا فإن توضيح الأصول الاجتماعية وتوثيقها واعتمادها كتشريع قانوني يساهم في الحد من كثير من الإجراءات القانونية.

وزارة الصحة

لم تنص قوانين وزارة الصحة على وجوب الرضاع ولكنها قامت بتذليل الصعوبات وتقديم الدعم والرعاية للأم والرضيع وساهمت في الحث على الرضاعة الطبيعية مراعية التدابير اللازمة لرعاية الطفل الخدج في حاضنة المستشفى وتوفير مكانا خاصا ومريحاً للأم بما في ذلك الأدوات المعقمة لشفط وتخزين الحليب مع التوثيق والتسجيل، وتقدم خدمة المساكنة للأم بجانب الرضيع في المرفق الصحي موفرة لها الرعاية الطبية اللازمة وسط إشراف طبي، كما يمكن للمرضعات المتبرعات فتح ملف وإجراءات فحوصات خاصة وتكون تحت الطلب في حال حاجة طفل غير طفلها للرضاعة ويمكن التواصل معها ومناداتها لإرضاعه وتتم إدراج بيانات المرضعة في ملف الطفل وعدد الرضاعات ومدتها حتى يمكن للطفل الاطلاع عليها ومراجعتها عند الطلب لاحقاً.



قانون الخدمة المدنية

- مادة 52 "يجوز بعد موافقة صاحب العمل منح الأم العاملة إجازة بدون أجر لمدة سنتين لرعاية طفلها بحد أقصى ثلاث مرات طوال خدمتها لديه".
- مادة 53 "تخفيض ساعات العمل اليومية للمرأة الحامل ساعتين على الأقل اعتباراً من الشهر السادس للحمل ولا يجوز تشغيلها ساعات عمل إضافية طوال مدة الحمل".
- مادة 55 من القانون التي تنص على أن "لأم العاملة التي ترضع طفلها خلال السنتين التاليتين لتاريخ الوضع الحق في ساعتين يومياً لرضاعة طفلها ولا يترتب على ذلك أي تخفيض في الأجر".
- راعى قانون الخدمة المدنية حق الأم المرضعة في رعاية طفلها ولم يبين إذا كانت ترضعه رضاعة طبيعية أو تعتمد على الحليب الصناعي فقد اعتبر فترة رعاية الطفل وأقام المظنة مقام المنة واعتبرت الرضاع حقاً للطفل.

مواد القانون الكويتي المختصة بالرضاع

قانون الأسرة

مادة 16:

- أ- يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.
- ب- تثبت حرمة المصاهرة بالرضاع.

مادة 17:

- يشترط في التحريم بالرضاع أن يكون في الحولين الأوليين، وأن يبلغ خمس رضعات متيقنات مشبعات.
- استند قانون الأسرة على نصوص الشريعة والمذاهب الفقهية المعتمدة مراعي المدة وعدد الرضعات والتحريم يثبت بالرضاع كما يثبت بالنسب فالرضيع يعتبر ابناً للمرضعة وزوجها والده من الرضاعة وكذلك بالنسبة للمصاهرة فقد أثبتتها القانون فتعتبر زوجة أبيه محرمة عليه.

توثيق الرضاع في وزارة العدل

نقدم تصوراً لتوثيق الرضاع في للتقنيات الحديثة حيث يترتب على ذلك ثبوت الرضاع في حال إرضاع الأم لطفل غير طفلها واعتباره ابناً لها فلا يجوز أن يتزوج بنتاً من بناتها ولا أختاً من أخواتها.. الخ.

وإذا اردنا أن نعتبر المحرمية فلا بد من إثبات الرضاع ويثبت الرضاع بشهادة الشهود على التفصيل التالي:

- يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وأربع نسوة ولا يثبت بدون أربع نسوة فيما إذا تمحضن للشهادة وإذا حلب اللبن فلا يثبت إلا برجلين أي إذا حلب في أنبه أو في زجاجة رضاع.
- ويثبت الرضاع بالإقرار بشهادة رجلين لأنه مما يطلع عليه الرجال غالباً.
- وشهادة المرضعة وحدها لا تكفي بل لابد من أن تتم نصاب الشهادة بالنساء أو الرجال.
- فإذا اردنا توثيق الرضاع في التقنيات الحديثة فيجب أن يكون مشروطاً بشروط.
- كان يكون التوثيق خلال فترة السنتين وان يحضر الشهود و يشهدوا أمام القاضي أو من يقوم مقامه ويتم التوثيق لإثبات المحرمية.

معدلات الرضاعة في الكويت



عام 2023
%93

عام 2007
%90

عام 1996
%76





الفكرة العامة

تجربة عملية لنقل علم أصول الفقه من الواقع النظري إلى الواقع العملي المهاري لأهميته كعلم اكتسب به المهارات الاجتهادية في فهم النصوص الشرعية ومعرفة كيفية استنباط الأحكام منها من خلال قواعد الفهم وطرق دلالات الأنفاظ للتوصل إلى الأحكام الشرعية الصحيحة، ومن ثم تنزيل النوازل المستجدة عليها بناءً على ذلك التأسيس العلمي الصحيح بلغة شرعية صحيحة، ما يؤدي إلى امتزاج العلم بالعمل والعمل بالنص الشرعي.



طرق تدريس مهارات الاجتهاد الأصولي من خلال دلالات الأنفاظ على الأحكام

إعداد / د. عواطف محمد العبد الهادي

أستاذ مساعد / جامعة الكويت/ كلية الشريعة والدراسات الإسلامية/ قسم الفقه وأصول الفقه
Dr.awatef2007@hotmail.com

١ أولاً: أهمية مهارة الاجتهاد الأصولي

الغرض من البحث

الاستفادة من علم الأصول عملياً باكتساب المكنة القادرة على الفهم والدرية على الاستنباط. فكيف تكتسب المهارة وكيف تطبق عملياً في باب دلالات الأنفاظ، وكيف يستفاد منها في فهم النصوص هذا ما نريد معالجته عن طريق اكتساب مهارة الاجتهاد الأصولي وتدريب المتعلم عليها مهارياً، من خلال حصر خطوات اكتساب تلك المهارات.

- أولاً: اكتساب مهارات الاجتهاد الأصولي

تظهر أهمية هذه المهارة من خلال الخطوات العملية المتبعة لاكتسابها وأثرها الفعلي على النصوص من خلال التطبيقات العملية التالية، حيث تمكن الممارس من القدرة على تحليل النصوص الشرعية وفقاً لقواعد الأصول، والقدرة على تصوير المسائل الفقهية الاجتهادية وتجسيدها وفقاً لقواعد أصولية ضابطة للفهم.

- ثانياً: أثر المهارة على الواقع الاجتهادي

الطريقة العملية الصحيحة لضبط عملية الاجتهاد والإفتاء المعاصر تتحقق بالفهم الدقيق للقواعد الأصولية ومهارة استعمالها في فهم النص الشرعي، ومن ثم كيفية استنباط الأحكام المناسبة من النصوص للنوازل والوقائع المستجدة.

- ثالثاً: وسائل اكتساب مهارة الاجتهاد الأصولي:

تكون بترسيخ الخلفية التصورية المنهجية الفكرية في الذهن فهي ضرورية لتحديد منهجية التفكير في التعامل مع النصوص، بحسب المنهجية المختارة من بين مناهج المجتهدين المتعددة، وبعد استقرار الخلفية التصورية تكتسب المهارات بتحديد خطواتها وممارستها عملياً.

٢ ثانياً: خطوات اكتساب مهارات الاجتهاد الأصولي:

الأولى: تحديد أنواع الأدلة من حيث القطع والظن

الأساس العلمي للمهارة

- تنقسم الأدلة من حيث القطع والظن إلى أدلة قطعية الثبوت (هي: القرآن، والسنة المتواترة)، وأدلة ظنية الثبوت (وهي: أخبار الأحاد).
- والأدلة قطعية الثبوت تنقسم إلى: قطعي الدلالة، وظني الدلالة.
- والأدلة ظنية الثبوت تنقسم إلى: قطعي الدلالة، وظني الدلالة.
- وقطعي الدلالة يقصد به: ما لا يحتمل معنى آخر، ودل على الحكم دلالة قاطعة.
- وظني الدلالة يقصد به: ما يحتمل أكثر من معنى، ودل على الحكم دلالة محتملة.

(ومجال الاجتهاد هو النصوص ظنية الدلالة، والتي مفهومها الظن، لاحتمالها أكثر من معنى. فلا اجتهاد في القطعيات).

كيفية تطبيق المهارة:

- تحديد النص الذي يحوي حكماً شرعياً.
- تصنيف النص من حيث قطعية أو ظنية ثبوته.
- ملاحظة الأنفاظ والتمييز ما هو قطعي الدلالة منها وما هو ظني.

مثال عملي للمهارة:

النص	الأنفاظ	قطعي الدلالة	ظني الدلالة	ظني الثبوت
﴿والمطلقات يتزمن بأفسهين ثلاثة قروء﴾	ثلاثة قروء	✓		
			✓	

الرابعة: مهارة الجمع بين النصوص باستخدام القواعد الأصولية.

الأساس العلمي للمهارة

دائماً ما يكون التعارض بين النصوص الشرعية تعارضاً ظاهرياً؛ ولا بد أن يكون لأحدهما مرجح على الآخر، أو يمكن الجمع بينهما بوجه من وجوه الجمع، فالقرآن يفسر بعضه بعضاً، ويقيده بعضه بعضاً، والسنة مبينة لجمله وموضحة لمبهمه ومخصصة لعامه ومقيدة لمطلقه ومفسرة لمتشابهه، ومن ثم صياغة الحكم الشرعي النهائي صياغة فقهية واضحة:

كيفية تطبيق المهارة:

- تحديد النصوص التي بينها تعارض ظاهري.
- تحديد القواعد الأصولية الملائمة لكل نص.
- الجمع بين النصوص باستعمال تلك القواعد التي تم تحديدها.
- صياغة الحكم الشرعي صياغة فقهية منضبطة.

مثال عملي للمهارة:

النصوص الشرعية	الحكم الشرعي المستنبط من اللفظ محل النظر
الأول: ﴿فأحكام عليهن من عدة تعتدونها﴾ (١)	المطلقة قبل الدخول بها لا عدة لها. (٢)
الثاني: ﴿وَأَمَّا بِنْسَانٍ مِّنَ الْفَاحِشِ مِمَّنْ لَّمْ يَجْعَلْ عِدَّتُهَا أَرْبَعَةً فَمِثْلُ عِدَّتِهَا﴾ (٣) و﴿وَأَمَّا بِنْسَانٍ مِّنَ الْفَاحِشِ مِمَّنْ لَّمْ يَجْعَلْ عِدَّتُهَا أَرْبَعَةً فَمِثْلُ عِدَّتِهَا﴾ (٣) و﴿وَأَمَّا بِنْسَانٍ مِّنَ الْفَاحِشِ مِمَّنْ لَّمْ يَجْعَلْ عِدَّتُهَا أَرْبَعَةً فَمِثْلُ عِدَّتِهَا﴾ (٣)	المرأة الأيسة من الحيض والصغيرة التي لم تحض عدتها ثلاثة أشهر. الجامل تقتضي عدتها بوضع الحمل سواء كانت متوق عنها زوجها أم مطلقة (خاص بالجامع).
القاعدة الأصولية الجامعة بين النصين	الحكم الشرعي المستنبط
تخصيص العام	عدة المرأة المطلقة ثلاثة قروء مالم يدخل بها ولم تكن صغيرة ولا أيسة من الحيض ولا حامل.

(١) سورة الأحزاب، آية ٤٩

(٢) تفسير الطبري (سورة البقرة، آية ٢٢٨).

الثالثة: مهارة اختيار القاعدة الأصولية المناسبة لاستنباط الحكم من النص

الأساس العلمي للمهارة

هناك قواعد أصولية صاغها العلماء صياغة منتظمة يتمكن الفقيه بها من استنباط الأحكام من النصوص استنباطات منضبطة يوفق به إلى معرفة مراد الشارع، فعلي الممارس اختيار القاعدة الأصولية الملائمة لاستنباط الحكم من النص والاستفادة منها في معرفة الحكم الشرعي.

كيفية تطبيق المهارة:

- إدراج الأنفاظ محل النظر والاستنباط في الجدول
- اختيار القاعدة الأصولية الملائمة للاستنباط من الأنفاظ
- استنباط الحكم الشرعي من النص.

مثال عملي للمهارة:

اللفظ	القاعدة الأصولية	الأحكام الشرعية المستنبط من اللفظ
المطلقات	صفة العموم (معرف بالف)	كل المطلقات الثلاث الفصل من أزواجهن بعد الدخول بهن أو قبله حامل أو أيسة
يتزمن	صفة الجملة الخيرية المستعملة في الإنشاء من صيغ الأمر.	يجب عليهن الانتظار.
ثلاثة قروء	لفظ مشترك، يترد بين معنيين.	ثلاث حيض أو ثلاثة أطهار.

الثانية: مهارة تحديد مواطن الاستنباط في النص، والمعاني الشرعية للأنفاظ محل الاستنباط

الأساس العلمي للمهارة

- أن أنفاظ النصوص وضعت في اللغة للدلالة على معان مرادة من الشارع لها مرادات خاصة وعامة وأسباب نزول.
- وهذه الأنفاظ تفتقر في معرفة دلالتها إلى التمييز بين المعاني المرادة منها هل المراد هو المعنى الحقيقي أم المعنى المجازي، وإذا كان المعنى الحقيقي فأى نوع من الحقائق هو المطلوب هل الحقيقة الشرعية أم الحقيقة اللغوية أم الحقيقة العرفية.

كيفية تطبيق المهارة:

- تحديد الأنفاظ محل الاستنباط في النص.
- تحديد نوع اللفظ من حيث الحقيقة أو المجاز.
- معرفة المعنى المراد منه.

مثال عملي للمهارة:

النص	الأنفاظ محل الاجتهاد	تحديد المعنى الشرعي حسب الحاجة
﴿والمطلقات يتزمن بأفسهين ثلاثة قروء﴾	المطلقات	والمطلقات الثلاث يطلق بعد ابتداء أزواجهن بهن، وأفضالهم إليهن.
يتزمن	يتزمن	أي يلتصق.
ثلاثة قروء	ثلاثة قروء	المطلقات جمع قرء بفتح الفاء وهو الطهر أو الحيض أو ثلاث.



الخامسة: مهارة دلالة النص ضمن دلالة السياق، وتأثيرها على الحكم.

الدليل	سبب النزول
﴿والمطلقات يتزمن بأفسهين ثلاثة قروء﴾	أخرج أبو داود عن أسماء بنت يزيد بن السكن الأنصارية - رضي الله عنها - أنها طلقت على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولم يكن للمطلقة عدة فأنزل الله - عز وجل - حين طلقت أسماء العدة للمطلق، فكانت أول من أنزلت فيها العدة للمطلقات.
السياق	المقصد
الآية نزلت ليبيان حكم شرعي في مسألة مستجدة يسبق الحديث عن أحكام الطلاق ولفظ العموم مما يدل على أنها لعامة المسلمين وثبتت من قضايا الأعيان، لكن لها مخصصات بنصوص أخرى.	حفظ النسل

النتائج

- أهمية التطبيق المهاري لقواعد دلالات الأنفاظ على الأحكام.
- أن التدرج في الفهم وتحليل النصوص وفقاً لقواعد الفهم، والجمع بين النصوص بطريقة أصولية منضبطة عامل مهم لضبط العملية الاجتهادية لدى طالب العلم.
- اكتساب المهارة يساعد على صياغة الأحكام صياغة منهجية منضبطة وفق الإطار الشرعي.

التوصيات

- ضرورة تدريس هذه المهارات في الجامعات والمعاهد الشرعية ونقله من العلم النظري إلى الواقع العملي.
- الحرص على تمكين المتعلم من اكتساب المكنة الاجتهادية باكتساب مهارات الاجتهاد الأصولي القادرة على مسايرة التطور الحضاري بإيجاد الأحكام الشرعية المناسبة لكل المستجدات والنوازل في إطار الشرع.

المراجع





الإثبات في القانون السعودي

الأستاذة / دلال سعيد القحطاني - اللجنة الدائمة للقانون الدولي الانساني
E.mail: dalgahani@SRCA.ORG.SA



ما هو الإثبات في القضاء؟

هو الدليل المقدم للدائرة ناطرة الدعوى أثناء التقاضي.
هل هناك نظام معني بالإثبات في المملكة العربية السعودية؟
نعم؛ وهو نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / 43) وتاريخ 26/05/1443 هـ والذي صدر بالموافقة على ما قرره مجلس الوزراء في قراره رقم (283) وتاريخ 24/05/1443 هـ والذي تم نشره بتاريخ 04/06/1443 هـ والمكون من أبواب وفصول تحتوي في مجملها على (129) مادة يسري العمل بها حتى الآن.

الشروط الواجب توافرها في الإثبات:

- 1- على المدعي أن يثبت ما يدعيه من ادعاء أو حق يطالب به وللمدعى عليه نفيه.
- 2- يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها.
- 3- لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمة الشخصي.

قواعد الإثبات الواردة في النظام:

- ما نصت عليه المادة الثالثة من النظام بمجموعة من القواعد وهي:
- 1- البينة على من ادعاء واليمين على من أنكر.
 - 2- البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل.
 - 3- البينة حجة متعديّة واليمين حجة قاصرة.
 - 4- الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان.



وسائل الإثبات من حيث القوة:

تعتبر الكتابة أقوى وسائل الإثبات. الضوابط التي يتم اتخاذها في الإثبات الإلكتروني:
يكون لأي إجراء من الإجراءات المتخذة إلكترونياً الأحكام المقررة في هذا النظام. (المادة العاشرة).
دور المحكمة في إجراءات الإثبات التي جرت خارج المملكة العربية السعودية:
دون إخلال بالتزامات المملكة في الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها، للمحكمة أن تأخذ إجراءات الإثبات التي جرت خارج المملكة مالم تخالف النظام العام. (م 13).

أنواع الإقرارات الواردة في النظام:



الشروط الواجب توافرها في المُقر:



هل يصح إقرار الصغير البالغ سن التمييز؟

نعم؛ يصح إقرار الصغير المميز المأذون له في البيع والشراء بقدر ما أذن له فيه، ويصح إقرار الوصي أو الولي أو ناظر الوقف أو من في حكمهم فيما بأسروه في حدود ولايتهم.

كيف يكون الإقرار؟

يكون صراحة أو دلالة باللفظ أو الكتابة ولا يقبل إذا كذبه ظاهر الحال.

استجواب الخصوم:

- من يقوم بالاستجواب؟
- 1- المحكمة.
 - 2- الخصوم: يجوز لأطراف الدعوى أن يستجوب منهما الآخر في الدعوى وما يتعلق بها.

شروط ما يستجوب فيه:

- 1- أن تكون فيما يتعلق بالدعوى ومنتجاً فيها.
- 2- أن يكون من الجائز قبوله.

الدليل الرقمي:

ما هو الدليل الرقمي؟ هو كل دليل مستمد من أي بيانات تنشأ أو تصدر أو تسلم أو تحفظ أو تبلغ بوسيلة رقمية، وتكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها بصورة يمكن فهمها.

صور الدليل الرقمي:



متى يكون الدليل الرقمي حجة على أطراف النزاع؟

- 1- إذا كان صادراً وفقاً لنظام التعاملات الإلكترونية أو نظام التجارة الإلكترونية.
- 2- إذا كان مستفاداً من وسيلة رقمية منصوص عليها في العقد محل النزاع.
- 3- إذا كان مستفاداً من وسيلة رقمية موثقة أو مشاعة للعموم.

الشهادة:

يجوز الإثبات بالشهادة فيما لم يرد فيه نص يقضي بغير ذلك ويشترط لصحة الشهادة أن يكون الشاهد أهلاً للشهادة من بلغ سن (الخامسة عشرة)، ومن كان سليم الإدراك. ويجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ سن (الخامسة عشرة) على سبيل الاستئناس. ويجب أن تكون الشهادة عن مشاهدة أو معاينة أو سماع، ولا تقبل الشهادة بالاستفاضة إلا فيما يتعذر علمه غالباً دونها، ومن ذلك: الوفاة، والنكاح، والنسب، والملك المطلق، والوقف والوصية ومصرفهما.

القرائن وحجية الأمر المقضي:

القرائن: وهي الدلالة القوية التي يستدل بها القاضي نتيجة لأحداث ووقائع الدعوى والتي تكون دالة على أمر مخفي وتدل على ثبوت الواقعة.

حجية الأمر المقضي - العرف - اليمين
المعاينة - الخبرة

المراجع:

نظام الإثبات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / 43) وتاريخ 26/05/1443 هـ.

Dr. Ohud Ali Alzahrani, SJD. Doctor of Juridical Science
University of Pittsburgh, School of Law, United States of America
Assistant Professor of Public International Law Saudi Electronic University, Riyadh Branch



البريد الإلكتروني: ohudalzahrani@hotmail.com



Extremists' Approach: Terrorism and Destabilization of Security



Saudi Arabia's Approach: Moderation, Balance, and Global Peace

Introduction	- Main thesis: Spreading tolerance and combating religious extremism both locally and globally. - Saudi Vision: Promoting peaceful coexistence among religions.
History of Destructive Ideologies in Saudi Arabia	- 1950s: The emergence of the Muslim Brotherhood and its infiltration into Saudi Arabia. - Extremist Movements: The rise of the Sahwa movement and its negative influence on youth and religion.
Modern Efforts under the Leadership of King Salman and Crown Prince Mohammed bin Salman	- Combating Extremism: Intensive efforts to fight destructive ideologies. - Women's Rights: Empowering women and enhancing their role. - Economic Development: Strengthening international partnerships.
Global Impact	Combating Terrorism: Saudi Arabia's efforts in fighting terrorism have made it a global model. Saudi Vision: Reducing extremist movements and promoting global peace.
Research Findings	- Promoting religious coexistence and combatting destructive ideologies locally and globally is a critical goal aligned with the principles of international law for peace, security, and human rights. The focus on religious tolerance and coexistence is reflected in international legal frameworks such as the Universal Declaration of Human Rights (Article 18), which ensures freedom of thought, conscience, and religion. - Efforts by countries like Saudi Arabia to promote coexistence are crucial in the fight against extremism, as they help foster peace and understanding among diverse religious communities. By combatting destructive ideologies, such initiatives contribute to global security and harmony, consistent with international efforts like UN resolutions on countering terrorism, promoting interfaith dialogue, and protecting human rights. - Through Vision 2030, Saudi Arabia exemplifies this by reforming education, empowering women, and confronting extremist groups. These actions strengthen national and global peace, showing how local efforts can align with international legal obligations to maintain global security and promote human rights.



تطوير الحقوق السياسية للمرأة السعودية في عهد الملك سلمان وعلاقته بأهداف التنمية المستدامة 2030



دكتورته / ضحى بنت عميد العوفي - الجامعة السعودية الإلكترونية - الرياض
البريد الإلكتروني: Dhohaalofi@gmail.com

المقدمة: تحظى حقوق الانسان بشكل عام وحقوق المرأة بشكل خاص باهتمام بالغ خاصة بعد الحرب العالمية الثانية، حيث صيغت الحقوق والواجبات في موثيق واتفاقيات أعلنتها هيئة الأمم المتحدة كالإعلان العالمي لحقوق الانسان وميثاق الحقوق السياسية والمدنية وغيرها. فانضمت الدول الى كثير من تلك المعاهدات بما في ذلك المملكة العربية السعودية. ومن اهم الاحداث التي شهدتها العالم في القرن الواحد والعشرون هو ما يتعلق بتعزيز حقوق الانسان من خلال تحقيق اهداف التنمية المستدامة ٢٠٣٠. هذه الاليات والبرامج كان لها اثر على تطوير حقوق المرأة بما في ذلك حقوق المرأة السعودية. ومع ذلك يلاحظ عند البحث في موضوع حقوق المرأة السعودية ندرة الدراسات العلمية التي تتناول ذلك بموضوعية. كذلك غلبت الدراسات التي يطغى عليها النقد السلبي فيما يتعلق بتمكين المرأة السعودية من حقوقها ومدى تمتعها بها. لذا تركز هذه الدراسة على دراسة تطور حقوق المرأة السعودية السياسية في عهد الملك سلمان في الفترة ما بين (٢٠١٥-٢٠٢٤).

أهداف الدراسة: تسعى الدراسة الى تحقيق جملة من الأهداف منها:



مشكلة الدراسة: بالرغم من الجهود المتعلقة بتمكين المرأة من حقوقها الا انه لا تزال قضية حقوق المرأة وتمكينها منها قضية جدلية وبالأخص عندما تتعلق بحقوق المرأة السعودية. فعند البحث نجد ندرة الدراسات العلمية التي تطرح موضوع تطور حقوق المرأة السعودية ودراسة القوانين التي انشئت سواء على الصعيد المحلي او الدولي لدعم حقوقها وتمكينها منها. فقد صدرت العديد من الأنظمة التي تعزز تمتع المرأة السعودية بحقوقها وكذلك أيضا الغيت العديد من القوانين والممارسات التي كانت تحد من ممارسة المرأة للكثير من حقوقها ولأجل أيضا تحقيق مبدأ المساواة والعدالة بينها وبين الرجال. ومن هنا جاءت فكرة الدراسة الحالية ببحث ودراسة الوضع الحقيقي لحقوق المرأة السعودية خاصة السياسية منها وكونها من أكثر الحقوق التي نالها الكثير من النقد وأيضا حظيت بالتطوير والتمكين في عهد الملك سلمان بن عبد العزيز في الفترة ما بين (٢٠١٥-٢٠٢٤)، لذا تكمن مشكلة الدراسة الحالية في الأسئلة التالية:

١. ما أبرز التطورات في حقوق المرأة السعودية السياسية في عهد الملك سلمان؟
٢. وما الأسباب وراء هذا التطور؟
٣. ما علاقة التطورات في الحقوق السياسية للمرأة السعودية بتحقيق اهداف التنمية المستدامة ٢٠٣٠؟

منهجية الدراسة:

طبقت الدراسة منهج البحث الكيفي والذي تستند اليه المناهج التالية: المنهج الاستقرائي، المنهج الوصفي والمنهج التحليلي.

نتائج الدراسة:

توصلت الدراسة الى النتائج التالية:

١. شهدت بعض حقوق المرأة السعودية السياسية تطورا ملحوظا وتمكين للمرأة منها للمرة الأولى في نظام المملكة.
٢. أبرز المجالات التي حدث فيها تطورا وتمكينا للمرأة من حقوقها السياسية والمناصب القيادية فيها هي:
 - مجلس الشورى
 - وزارة الخارجية من خلال التمثيل الدبلوماسي
 - هيئة حقوق الانسان
 - المجالس البلدية
٣. وجدت الدراسة ان التمكين من الحقوق السياسية للمرأة السعودية يمكن ايعازه الى عدة عوامل من أهمها: الإرادة السياسية، الوفاء من جانب المملكة بالتزاماتها الدولية المتعلقة بحقوق الانسان، تحقيق اهداف التنمية المستدامة المتعلقة بالهدف الخامس: تحقيق المساواة.
٤. وجدت الدراسة ان العلاقة بين التطورات في الحقوق السياسية الحاصلة في حقوق المرأة السعودية واهداف التنمية المستدامة علاقة إيجابية حيث يمثل الحاصل صورة من صور وفاء المملكة بالتزاماتها نحو المجتمع الدولي.
٥. توصلت الدراسة الى ان من اليات المملكة في تفعيل وتحقيق اهداف التنمية المستدامة ٢٠٣٠ تضمنين الاهداف محليا من خلال برنامج رؤية ٢٠٣٠.

المراجع:

- M., M., H., Alharbi. (2022). Kingdom Vision 2030 and the Women's Empowerment in Saudi Arabia: An Empirical Investigation. International journal of Islamic thought, 6:62–73. doi: 10.24035/ijit.21.2022.226 Your paraBadway, Elsayed, Zalhaf., Khaled, Ahmed, Abdel, Al, Ibrahim. (2023). 2. The saudi women's empowerment level and sustainable development in light of saudi's vision 2030. Conhecimento & Diversidade, doi: 10.18316/rcd.v15i36.10839graph text Maleeha, Mohammed, Zaaf, Al-Qahtani., Tarek, Tawfik, Yousef, Alkhateeb., Haider, Mahmood., Manal, Abdalla, Zahed, Abdalla., Thikkryat, Jebiril, Obaid, Talalah, Qaralleh. (2020). The Role of the Academic and Political Empowerment of Women in Economic, Social and Managerial Empowerment: The Case of Saudi Arabia. Economies, 8(2):45–. doi: 10.3390/ECONOMIES8020045 <https://www.my.gov.sa/wps/portal/snp/careaboutyou/womenempowering>.

المؤتمرات العلمية المحكمة للعام 2024 - 2025م

مؤتمر مكة الدولي الثاني
للدراستات القانونية : الأنظمة
والاتجاهات الحديثة



فندق راديسون بلو السلام - جدة

خلال الفترة 29 ربيع الثاني - 1 جمادى الأولى 1446 هـ.
الموافق 1 - 3 نوفمبر 2024م

المؤتمر الدولي الثاني لتأهيل وتمكين
القضاة التربوية والأكاديمية لتحقيق
التميز الشخصي والمؤسسي في
القطاعات التعليمية



فندق راديسون بلو السلام - جدة

خلال الفترة 24 - 26 ربيع الأول 1446 هـ.
الموافق 27 - 29 سبتمبر 2024م

مؤتمر المدينة المنورة الدولي للشريعة
والدراسات الإسلامية ودورها في
مواجهة القضايا المعاصرة



فندق كراون بلازا - المدينة المنورة

خلال الفترة من 24 - 26 شوال 1445 هـ.
الموافق 3 - 5 مايو 2024م

مؤتمر مكة الدولي السادس للغة
العربية وآدابها: اللغة العربية
والتحول الرقمي والاستدامة



فندق راديسون بلو السلام - جدة

خلال الفترة 3 - 5 رجب 1446 هـ.
الموافق 3 - 5 يناير 2025م

المؤتمر الدولي للتربية البدنية
والرياضة: الرياضة مستقبل وطن



فندق راديسون بلو السلام - جدة

خلال الفترة 5 - 7 جمادى الآخرة 1446 هـ.
الموافق 6 - 8 ديسمبر 2024م

مؤتمر جدة الدولي الثاني
للفنون والتصاميم



فندق راديسون بلو السلام - جدة

خلال الفترة 13 - 15 جمادى الأولى 1446 هـ.
الموافق 15 - 17 نوفمبر 2024م

المؤتمر الدولي الخامس لتطبيقات
الذكاء الاصطناعي في تطوير
التعليم الرقمي بالعالم العربي



فندق راديسون بلو السلام - جدة

خلال الفترة 11 - 13 ذو القعدة 1446 هـ.
الموافق 9 - 11 مايو 2025م

مؤتمر مكة الدولي الرابع
للدراستات الإسلامية ودورها في
خدمة الإنسانية



فندق راديسون بلو السلام - جدة

خلال الفترة 27 - 29 شوال 1446 هـ.
الموافق 25 - 27 أبريل 2025م

المؤتمر الدولي الخامس
للتعليم في الوطن العربي
مشكلات وحلول



فندق راديسون بلو السلام - جدة

خلال الفترة 8 - 10 شعبان 1446 هـ.
الموافق 7 - 9 فبراير 2025م



المؤتمرات

المجلات العلمية الصادرة عن مركز إثراء المعرفة

المجلة الدولية لتكنولوجيا
التعليم والمعلومات
رئيس التحرير
أ.د. عائشة بليهش العمري
الترخيص
111488

الرقم المعياري الدولي

ISSN 1658-9556 (Print)

ISSN 2961-4023 (Online)



المجلة الدولية للشريعة
والدراسات الإسلامية
رئيس التحرير
أ.د. عبد الله بن محمد آل الشيخ
الترخيص
111487

الرقم المعياري الدولي

ISSN 1658-9564 (Print)

ISSN 2961-4031 (Online)



المجلة الدولية
لغة العربية وآدابها
رئيس التحرير
أ.د. ظافر بن غرمان العمري
الترخيص
111486

الرقم المعياري الدولي

ISSN 1658-9572 (Print)

ISSN 2961-4066 (Online)



المجلة الدولية
للبحث والتطوير التربوي
رئيس التحرير
أ.د. مرضي غرم الله الزهراني
الترخيص
111489

الرقم المعياري الدولي

ISSN 1658-9580 (Print)

ISSN 2961-404X (Online)



www.kefeac.com