

المملكة العربية السعودية
وإدارة التعليم العالي
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



الجمعية العلمية القضائية السعودية

سلسلة

ملخص الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد

لجنة البحوث والاستشارات القضائية
بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد الأول (١٥) ملخصاً

إصدار عام ١٤٣٤ هـ



شكر وتقدير

تتقدم إدارة لجنة البحوث والاستشارات
القضائية بالجمعية العلمية القضائية
السعودية بالشكر الجزيل للمعهد العالي
لل قضاء لتعاونه المثمر في الاستفادة من
رسائل الماجستير والدكتوراه .



المملكة العربية السعودية
وزارة العدل
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



الجمعية العلمية للقضاء بالسعودية

سلسلة

ملخص الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد

لجنة البحوث والاستشارات القضائية

بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد الأول (١٥) ملخصاً

إصدار عام ١٤٣٤ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

محتويات العدد

يضم هذا العدد من السلسلة ملخصات الأبحاث الآتية:

- ١١ ١- المحكمة العليا في نظام القضاء؛ دراسة مقارنة (١٤٢٩-١٤٣٠هـ)
إعداد/ عثمان بن صالح بن مزعل السبيعي العنزي
إشراف/ د.رضا متولي وهدان
- ٣١ ٢- الاختصاص المكاني في رفع الدعوى (١٤٢٥-١٤٢٦هـ)
إعداد/ بندر بن عبدالعزيز صالح العرفج
إشراف/ د. ناصر بن محمد الجوفان
- ٤٥ ٣- حصانة القاضي؛ دراسة تأصيلية مقارنة (١٤٢٩هـ)
إعداد/ سلمان بن فوزان بن صالح الفوزان
إشراف/ د.محمود حجازي
- ٨٥ ٤- الصلح القضائي وتطبيقاته في المحاكم السعودية (١٤٢٧-١٤٢٨هـ)
إعداد/ عبدالله بن سعد القحطاني
إشراف/ د. يوسف بن عبدالله الشبيلي
- ١٢١ ٥- السوابق القضائية؛ دراسة نظرية تطبيقية (١٤٢٦-١٤٢٧هـ)
إعداد/ شيخين بن محمد كردم العبدلي
إشراف/ د.خالد بن زيد الوديناني
- ١٣٣ ٦- إجراءات الإثبات بالشهادة في نظام الإجراءات الجزائية (١٤٢٤-١٤٢٥هـ)
إعداد/ منصور بن محمد الهنيدي
إشراف/ د.فيصل بن رميان الرميان
- ١٥٩ ٧- الطعن بالإنكار في المحررات في نظام المرافعات (١٤٢٩-١٤٣٠هـ)
إعداد/ صالح بن عبدالله بن صالح المحيسن
إشراف/ د.عارف بن صالح العلي

- ١٨٥ ٨- أحكام غير المكلفين في نظام المرافعات الشرعية (١٤٢٩-١٤٣٠هـ)
إعداد/ عبدالله بن حمود بن عبدالله الغفيص
إشراف/ د. ناصر بن محمد الجوفان
- ٢١٧ ٩- أحكام تشريح جثة الأدمي وتطبيقاته القضائية (١٤٢٥/١٤٢٦ هـ)
إعداد/ نايف بن سعد بن عبد الرحمن الشنيفي
إشراف/ د. خالد بن محمد العجلان
- ٢٤٣ ١٠- ولاية كاتب العدل في توثيق العقود (١٤٢٨ هـ)
إعداد/ فيصل بن عبدالرحمن العصفور
إشراف/ د. عبد الكريم بن حمد الصايغ
- ٢٨١ ١١- المنع من السفر، دراسة مقارنة (١٤٢٨-١٤٢٩ هـ)
إعداد/ إسحاق بن إبراهيم بن عبدالرحمن الحصين
إشراف/ د. فيصل بن رميان الرميان
- ٣١٧ ١٢- الحبس التعويضي؛ دراسة مقارنة (١٤٢٥-١٤٢٦ هـ)
إعداد/ عبد السلام بن سليمان الصائغ
إشراف/ د. يوسف بن عبد الله الخضير
- ٣٣٩ ١٣- جريمة تعاطي المخدرات وعقوبتها (١٤٢٧-١٤٢٨ هـ)
إعداد/ لؤي بن عبدالله بن علي الخليوي
إشراف/ د. سعود بن محمد البشر
- ٣٧٣ ١٤- إشراف الجهة القضائية على تنفيذ العقوبات القضائية
إعداد/ إبراهيم بن يحيى بن إبراهيم الجهيمي
إشراف/ أ.د. عبدالله بن إبراهيم الطريقي
- ٤٠١ ١٥- المحكم في نظام التحكيم السعودي
إعداد/ إبراهيم بن صالح بن عبدالرحمن الأظرم
إشراف/ د. ناصر بن محمد الجوفان

كلمة رئيس مجلس الإدارة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وآله وصحبه أجمعين أما بعد: فيسر الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) أن تهديكم الإصدار الأول من ملخصات الأبحاث القضائية من مكتبة المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

والتي تم انتقاؤها بعناية وتلخيصها بكفاءة، وقد كانت ترسل دوريا للأعضاء المشتركين في الجمعية عبر البريد الإلكتروني وقد رغبتنا بإخراجها على سلسلة إصدار تتميماً للفائدة المرجوة منها.

وبهذه المناسبة نخص بالشكر لجنة البحوث والاستشارات القضائية بالجمعية والتي تولت -مشكورة- عمل هذه الملخصات، كما نشكر أمانة الجمعية على جهودها في إنجاح هذا المشروع.

سائلين الله تعالى للجميع التوفيق والسداد

والحمد لله رب العالمين

رئيس مجلس إدارة
الجمعية العلمية القضائية السعودية

أ.د. عبدالرحمن بن سلامة المزيني

مقدمة

الحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على النبي المصطفى وعلى آله وصحبه ومن اقتفى أثره إلى يوم الدين.
أما بعد:

فقد سعت جمعية (قضاء) منذ تأسيسها على تكوين لجان لتسيير عمل الجمعية والرقى بها إلى أفضل المستويات.

وكان من ضمن هذه اللجان (لجنة تلخيص البحوث) والتي كان هدفها تلخيص ما هو موجود في مكتبة المعهد العالي للقضاء من بحوث تكميلية ورسائل دكتوراه ذات علاقة بنشاط الجمعية، وذلك رغبة في تسهيل الانتفاع بهذه الكنوز وإيصالها إلى المستفيدين بأكبر قدر ممكن. وقد حصل هذا بفضل الله تعالى ثم بجهود القائمين على هذه اللجنة وهذه الجمعية، حيث قامت هذه اللجنة بتلخيص عدد من البحوث وتم إرسالها لجميع أعضاء جمعية (قضاء) بحمد الله تعالى.

وقد رأت الجمعية مؤخراً ضم هذه اللجنة (لجنة تلخيص البحوث) إلى لجنة البحوث والاستشارات القضائية.

كما رأت أمانة الجمعية - مشكورة - أن يتم إصدار هذه البحوث مجموعة مطبوعة على عدة أجزاء أو هذه هي السلسلة الأولى وهي عبارة عن (١٥) بحثاً.

وكان فريق العمل في هذه البحوث على النحو الآتي:

- د. عبد العزيز بن سليمان بن علي الغسلان رئيس اللجنة
- عادل بن عبد الرحمن الشمري أمين اللجنة
- سالم بن عساف الشمري عضواً

والله تعالى أسأل أن يجزي القائمين على هذا العمل خيراً من فريق عمل وأمانة ومجلس إدارة وأن يجعل ذلك في موازين حسنات الجميع .

كما أسأله سبحانه أن يتم لنا إكمال هذا المشروع وإنجازه بجميع مراحلته على أكمل حال وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم،، آمين

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

كتبه

رئيس لجنة البحوث والاستشارات القضائية

د. عبد العزيز بن سليمان بن علي الغسلان

١٣/٣/١٤٣٤هـ

تلخيص

المحكمة العليا في نظام القضاء

دراسة مقارنة

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد الطالب

عثمان بن صالح بن مزعل السبيعي العنزي

المشرف

الدكتور: رضا متولي وهدان

أستاذ الأنظمة المشارك في المعهد العالي للقضاء

العام الجامعي ١٤٢٩-١٤٣٠هـ

عدد صفحات البحث: ١٨١ صفحة

عدد صفحات البحث باستثناء المقدمة والخاتمة والفهارس ١٥٣ صفحة

تقسيمات البحث:

يتكون من مقدمة و تمهيد و ثلاثة فصول و خاتمة و فهارس

المقدمة: وتشمل:

أهمية الموضوع - أسباب اختياره - الدراسات السابقة - منهج البحث - خطة البحث

التمهيد: بيان مفردات العنوان والألفاظ ذات الصلة وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف مفردات العنوان وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المحكمة العليا في النظام

المطلب الثاني: تعريف المحكمة العليا في الفقه

المبحث الثاني: شرح الألفاظ ذات الصلة وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف النقض

المطلب الثاني: تعريف التمييز

المطلب الثالث: تعريف الفسخ

المطلب الرابع: تعريف الاستئناف

المبحث الثالث: حكم تعدد درجات التقاضي وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم تعدد درجات التقاضي في النظام

المطلب الثاني: حكم تعدد درجات التقاضي في الفقه

المبحث الأول: الهيكل الإداري للمحكمة العليا في المملكة العربية السعودية وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الهيكل الإداري للمحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المطلب الثاني: الهيكل الإداري لمحكمة النقض في النظم المقارنة

المبحث الثاني: شروط التعيين في المناصب الإدارية وشروط تعيين القضاة في المحكمة

العليا في المملكة العربية السعودية وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط التعيين في المناصب الإدارية وشروط تعيين القضاة في المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المطلب الثاني: شروط التعيين في المناصب الإدارية وشروط تعيين القضاة في محكمة النقض في النظم المقارنة

الفصل الثاني:

إجراءات الطعن أمام المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: اجراءات الطعن أمام المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الشروط الشكلية والموضوعية للطعن في الحكم القضائي أمام المحكمة العليا

المطلب الثاني: من له حق الطعن بنقض الحكم القضائي أمام المحكمة العليا

المبحث الثاني: اجراءات الطعن أمام محكمة النقض في النظم المقارنة وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الشروط الشكلية والموضوعية للطعن في الحكم القضائي أمام محكمة النقض في النظم المقارنة

المطلب الثاني: من له حق الطعن بنقض الحكم القضائي أمام محكمة النقض في النظم المقارنة

المبحث الثالث: طبيعة الطعن أمام المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية وفيه مطلبان:

المطلب الأول: طبيعة الطعن أمام المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المطلب الثاني: طبيعة الطعن أمام محكمة النقض في النظم المقارنة

الفصل الثالث:

اختصاصات المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية وحجية الأحكام فيها وفيه

مبحثان:

المبحث الأول: اختصاصات المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اختصاصات المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المطلب الثاني: اختصاصات محكمة النقض في النظم المقارنة

المبحث الثاني: حجية الأحكام الصادرة من المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حجية الأحكام الصادرة من المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المطلب الثاني: حجية الأحكام الصادرة من محكمة النقض في النظم المقارنة.

الخاتمة.

المطلب الأول

تعريف المحكمة العليا في النظام

تعريف المحكمة العليا في النظام ((بأنها التي تراقب تطبيق المحاكم للشريعة والنظام ، وتحافظ على وحدة تفسيرهما، وتكون على قمة أجهزة القضاء العادي وتعمل على جمع كلمة القضاء على رأي واحد في المسائل الشرعية والنظامية، وتسعى إلى تدارك ما يقع بين محاكمه من خلاف)).

المطلب الثاني

تعريف المحكمة العليا في الفقه

عرف الفقه نوعين من المحاكم :

النوع الأول : محاكم الموضوع:

ومهمة هذه المحكمة: استقبال الخصومات ابتداءً، والنظر فيها، وإصدار الأحكام في تلك الخصومات وإنهاؤها، وهذه تمثل الدرجة الأولى في تعدد درجات السلم القضائي، وقد قام بهذه النوع من المحاكم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حال حياته ،

وكذا القضاة في عهد الخلفاء الراشدين.

النوع الثاني: المحكمة العليا أو محكمة المراقبة والتمييز:

ومهمة هذه المحاكم: مراقبة أعمال القضاة، والنظر في أحكامهم، حيث كان يتم النظر في مدى موافقة هذه الأحكام للحق، من عدمه، فما كان موافقاً له يتم إمضاؤه، وما كان مخالفاً يتم رده مع الملاحظة عليه، وهذا النوع يمثل الدرجة الثانية في تعدد درجات التقاضي، والقائم بهذا النوع هو رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم الخلفاء الراشدين من بعده بالنسبة لقضاء قضاتهم

المبحث الثالث

حكم تعدد درجات التقاضي

المطلب الأول

حكم تعدد درجات التقاضي في النظام

استقر النظام السعودي على التعدد في درجات التقاضي بعد صدور المرسوم الملكي ذي الرقم م/٧٨ والتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨ حيث تم تقسيم المحاكم إلى محاكم عامة ومحاكم استئناف ومحكمة عليا.

المطلب الثاني

حكم تعدد درجات التقاضي في الفقه

يقصد بمبدأ تعدد درجات التقاضي: أن المحاكم على درجات متفاوتة، بعضها أعلى درجة من بعض، أو أن يكون القضاة على درجات بعضهم أعلى من بعض. وهذا يعني: أن يكون للمتداعيين الحق في رفع الدعوى مرة ثانية أمام محكمة أعلى من المحكمة الأولى للنظر في الحكم الذي أصدرته فتؤيده أو تنقضه.

وهذا الأصل مقرر في الفقه الإسلامي؛ حيث يميز مبدأ استئناف النظر والنقض في الدعوى أمام قاضٍ آخر عندما يعترض المحكوم عليه على الحكم الصادر ضده.

الفصل الأول:

تشكيل المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المبحث الأول

الهيكل الإداري للمحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المطلب الأول

الهيكل الإداري للمحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

صدر نظام القضاء بالمرسوم الملكي رقم ٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨ هـ وأمر بإنشاء المجلس الأعلى للقضاء حيث يؤلف المجلس من رئيس يسمى بأمر ملكي وعشرة أعضاء على النحو الآتي:

أ. رئيس المحكمة العليا.

ب. أربعة قضاة متفرغين بدرجة رئيس محكمة استئناف، يسمون بأمر ملكي.

ج. وكيل وزارة العدل .

د. رئيس هيئة التحقيق والإدعاء العام.

هـ. ثلاثة أعضاء يتوافر فيهم ما يشترط في قاضي استئناف يسمون بأمر ملكي

وتكون مدة رئيس المجلس والأعضاء المنصوص عليهم في الفقرتين (ب) و (هـ) أربع سنوات قابلة للتجديد ويلاحظ في هذه المادة أن رئيس المحكمة العليا عضو في المجلس الأعلى للقضاء.

تشكيل المحكمة العليا:

تؤلف المحكمة العليا من رئيس وعدد كاف من القضاة بدرجة رئيس محكمة استئناف وتكون تسمية الأعضاء بأمر ملكي بناء على اقتراح المجلس الأعلى للقضاء. ويكون في المحكمة عدد كاف من الموظفين من باحثين وفنيين وإداريين وكتاب ومسجلين وغيرهم بحسب الحاجة .

مقر المحكمة العليا:

يكون مقر المحكمة العليا الرياض ولا يجوز بحال أن تتعدد المحكمة العليا أو يفتح لها فرع في منطقة أخرى وإلا انتفت الفائدة من إنشاء هذه المحكمة ولم تكن المرجع عند

اختلاف محاكم الاستئناف لتعددتها واختلاف قضايتها ونحتاج لإنشاء محكمة عليا أخرى.

هيئتا المحكمة العليا:

النظام جعل للمحكمة العليا هيئة عامة ولم يجعل لها هيئة خاصة، لكن من حيث التنظير يتسنى لنا أن نسمي ماعدا الهيئة العامة هيئة خاصة.

وسأتكلم عن ذلك من خلال نقطتين:

أولاً: الهيئة العامة:

تشكيلها: تتكون من عضوية جميع قضايتها وبرئاسة رئيس المحكمة العليا.

اختصاصاتها: تتولى الهيئة العامة مايلي:

أ. تقرير المبادئ العامة المتعلقة بالقضاء.

ب. النظر في المسائل التي ينص نظام القضاء وغيره من الأنظمة على نظرها من الهيئة العامة.

ج. ما يحيله رئيس المحكمة العليا للهيئة العامة للفصل فيه.

انعقادها:

لا يكون انعقاد الهيئة نظاميا إلا إذا حضره ثلثا أعضائها على الأقل بمن فيهم الرئيس أو من ينوب عنه.

قراراتها:

تصدر قرارات الهيئة العامة بالأغلبية للأعضاء الحاضرين فإن تساوت الآراء يرجح الجانب الذي صوت معه رئيس الجلسة وتعد قراراتها نهائية.

ثانياً: الهيئة الخاصة:

النظام لم ينص على هيئة خاصة لكن جعل مباشرة المحكمة العليا اختصاصاتها من خلال دوائر متخصصة بحسب الحاجة فجعلنا هذه الدوائر في مقابل الهيئة العامة من حيث التسمية.

تشكيل الدوائر المتخصصة:

تؤلف كل الدوائر من ثلاثة قضاة باستثناء الدائرة الجزائية التي تنظر في الأحكام

الصادرة بالقتل أو القطع أو الرجم أو في القصاص في النفس أو فيما دونها فإنها تؤلف من خمسة قضاة ويكون لكل دائرة رئيس. وتكون تسمية رئيس كل دائرة من دوائر المحكمة العليا وأعضائها بقرار من المجلس الأعلى للقضاء بناء على اقتراح رئيس المحكمة العليا.

انعقادها:

تنعقد كل دائرة من دوائر المحكمة العليا برئاسة رئيسها وبحضور جميع أعضائها فإن غاب أحدهم أو قام به مانع كلف رئيس المحكمة العليا بدلا عنه أحد أعضاء الدوائر الأخرى في المحكمة

المبحث الثاني

شروط التعيين في المناصب الإدارية وشروط تعيين القضاة في المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المطلب الأول

شروط التعيين في المناصب الإدارية وشروط تعيين القضاة في المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

الفرع الأول

شروط التعيين في المناصب الإدارية في المحكمة العليا

المناصب الإدارية في المحكمة العليا يشترط لها ما يشترط لتولي الوظيفة العامة والشروط هي كالتالي:

أن يكون سعودي الجنسية ويجوز استثناء من ذلك استخدام غير السعودي بصفة مؤقتة في الوظائف التي تتطلب كفاءات غير متوفرة في السعوديين بموجب قواعد يضعها مجلس الخدمة المدنية.

أن يكون مكتملاً سبعة عشر عاماً من العمر.

أن يكون لائقاً صحياً للخدمة.

حسن السيرة والأخلاق.

حائزا المؤهلات المطلوبة للوظيفة ويجوز للخدمة للمدنية الإعفاء من هذا الشرط.
غير محكوم عليه بحد شرعي أو بالسجن في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة حتى يمضي على تنفيذ الحد والسجن ثلاث سنوات على الأقل.
غير مفصول من خدمة الدولة لأسباب تأديبية ما لم يكن قد مضى عليه صدور قرار الفصل ثلاث سنوات على الأقل.

الفرع الثاني

شروط تعيين القضاة في المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

يسمى رئيس المحكمة العليا بأمر ملكي وتكون درجته بمرتبة وزير ولا تنتهي خدمته إلا بأمر ملكي ويشترط أن تتوافر فيه الشروط المطلوبة لشغل درجة رئيس محكمة استئناف وتؤلف المحكمة العليا من رئيس وعدد كاف من القضاة بدرجة رئيس محكمة استئناف وتكون تسمية الأعضاء بأمر ملكي بناء على اقتراح المجلس الأعلى للقضاء.
الشروط اللازم توفرها في قضاة المحكمة العليا والشروط كالتالي:

١. أن يكون سعودي الجنسية بالأصل
٢. أن يكون حسن السيرة والسلوك
٣. أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة للقضاء بحسب ما نص عليه شرعاً.
٤. أن يكون حاصلًا على شهادة إحدى كليات الشريعة بالمملكة أو شهادة أخرى معادلة لها بشرط أن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان خاص يعده المجلس الأعلى للقضاء.
٥. ألا تقل سنه عن أربعين سنة إذا كان تعيينه في درجة قاضي استئناف وعن اثنتين وعشرين سنة إذا كان تعيينه في إحدى درجات السلك القضائي الأخرى.
٦. ألا يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالدين أو الشرف، أو صدر في حقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة ولو كان قد رد إليه اعتباره.

الفرع الثالث

شروط تعيين القاضي في الفقه الإسلامي

الأصل أن يقوم الحاكم المسلم بتولي القضاء والحكم بين الناس بنفسه، ولكن لما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية وزادت أعباء الحكم لجأ إلى إنابة غيره في مهمة القضاء لذا فإن اختيار القاضي وتوليته القضاء من أهم وظائف الحاكم. الشرط الأول: التكليف: وهو أن يكون القاضي بالغاً عاقلاً فلا يصح تقليد الصبي أو المجنون القضاء لأن التكليف رفع عنهما

الشرط الثاني: الإسلام: فلا يجوز أن يكون القاضي كافراً

الشرط الثالث: الحرية: فلا يجوز أن يكون القاضي عبداً.

الشرط الرابع: سلامة الحواس: من السمع والبصر والنطق.

الشرط الخامس: العدالة: وهي تتحقق باجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر والبعد عما يقدح في المروءة.

الشرط السادس: الذكورة: فلا يصح تقليد المرأة القضاء وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة.

ويرى الحنفية أنه يصح تقليد المرأة القضاء في جميع الحقوق ما عدا الحدود والقصاص وإن كان المقلد آثم بتوليتهما.

الشرط السابع: الاجتهاد: اختلف العلماء في اشتراط الاجتهاد لتولي منصب القضاء والراجح اشتراط الاجتهاد في القاضي.

الفصل الثاني

إجراءات الطعن أمام المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المبحث الأول

إجراءات الطعن أمام المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المطلب الأول

الشروط الشكلية والموضوعية للطعن في الحكم القضائي أمام المحكمة العليا

الفرع الأول

الشروط الشكلية والموضوعية لنقض الحكم في الفقه الإسلامي

أولاً: الشروط الشكلية:

الشروط الشكلية للطعن بالنقض في الفقه الإسلامي في النقاط التالية:

١- التقرير بالطعن: لا تختلف إجراءات الطعن في الأحكام عن إجراءات رفع الدعاوى ففي صدر الإسلام كانت الإجراءات شفووية وفي العصور التالية لصدر الإسلام تطورت إجراءات رفع الدعاوى وبالتالي إجراءات الطعن فكان المختصمون يتقدمون لكاتب القاضي برقاع مشتملة على اسم كل من المدعي والمدعى عليه واسم أبيه ومضمون المنازعة و كان المدعي أو من ينوب عنه يقوم بتسليم هذه الرقاع إلى كاتب القاضي. ويظل كاتب القاضي يتسلم الرقاع حتى مشول القاضي .

٢- إيداع أسباب الطعن: لم يكن هناك إيداع مكتوب لأسباب الطعن في الحكم أو الاعتراض عليه في صدر الإسلام كما مر بيانه لكن مع تطور الإجراءات على مر التاريخ الإسلامي ألزم الخصم بأن يقدم طعنه في الحكم مكتوباً كما حصل في عهد الخلافة العثمانية ووضحته مجلة الأحكام العدلية .

٣- ميعاد الطعن: لم يحدد فقهاء الشريعة مدة معينة للاعتراض على الحكم الذي يصدره القاضي كما يفهم من عموم نصوصهم في مشروعية نقض الحكم عند وجود سببه وقد كان هذا قبل هذا تنظيم ولاية القضاء ونشوء ما يعرف بالتدرج القضائي ، وبعد حدوث التنظيمات الحديثة في العصور المتأخرة التي قامت على مبدأ نظر القضية الواحدة لدى أكثر من جهة قضائية اقتضى الأمر أن تحدد مدة يمهل فيها الخصم لتقديم اعتراضه من أجل رفعه إلى محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم لضبط عمل القضاء وسرعة البت في القضايا وقد عمل هذا في زمن الدولة العثمانية فحدد للاعتراض على الحكم مدة ثلاثة أشهر

ثانياً: الشروط الموضوعية:

١- نقض الحكم لمخالفته الكتاب :

اتفق الفقهاء على أن حكم القاضي إذا كان مخالفاً لنص الكتاب فإنه ينقض إذا كانت دلالة هذا النص قطعية.

٢- نقض الحكم لمخالفته السنة : اتفق الفقهاء في الجملة على نقض حكم القاضي

المخالف للسنة.

٣- نقض الحكم المخالف للإجماع :

الفرع الثاني

الشروط الشكلية والموضوعية للطعن بالحكم أمام المحكمة العليا

نصت المادة (١٨٤) من مشروع نظام المرافعات الجديد على مايلي «تسري على محاكم الاستئناف والمحكمة العليا القواعد والإجراءات المقررة أمام محاكم الدرجة الأولى ما لم ينص هذا النظام على غير ذلك».

أولاً: الشروط الشكلية:

أولاً: ما يتعلق بميعاد الطعن بالنقض :

مدة الاعتراض بطلب النقض ستون يوماً وميعاد الطعن بالنقض يعتبر من طائفة المواعيد التي يجب أن يتم العمل خلالها وتسمى مواعيد ناقصة .

ثانياً: تقديم مذكرة اعتراضية :

تقدم المذكرة الاعتراضية بطلب النقض إلى إدارة المحكمة العليا أو محكمة الاستئناف.

ثالثاً: يجب أن تشمل مذكرة الاعتراض على البيانات التالية :

أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم على نحو لا يثير تجهيلاً أو شكاً وسواء انفراد الخصوم أم تعددوا

تحديد عناوين الخصوم وأماكن إقامتهم .

بيان الحكم المعترض عليه ويكفي ذكر رقم الاستئناف الصادر فيه الحكم المعترض عليه وتاريخ ذلك الحكم والمحكمة التي أصدرته فهذه بيانات كافية للتعين الحكم المعترض عليه.

تاريخ الحكم المعترض عليه :

الأسباب التي بني عليه الاعتراض .

طلبات المعترض :

تاريخ تقديم مذكرة الاعتراض.

رابعا : أن تكون المذكرة الاعتراضية موقعة من محام مقبول أمام المحكمة العليا.

خامسا : إذا قدمت مذكرة الاعتراض إلى إدارة محكمة الاستئناف فعليها قيد المذكرة في السجل الخاص في يوم تقديمها وترفعها إلى المحكمة العليا خلال مدة لا تزيد عن ثلاثة أيام من تاريخ قيد المذكرة لديها.

سادسا : لا يترتب على الاعتراض لدى المحكمة العليا وقف تنفيذ الحكم ما لم ينص النظام على خلاف ذلك ولها أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم مؤقتا وإذا طلب ذلك في مذكرة الاعتراض وكان يخشى من وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه وللمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم ضمان أو كفيل غارم ملئ أو تأمر بما تراه كفيلا لصيانة حق المعارض عليه.

سابعا : عندما تنظر المحكمة الشروط الشكلية في الاعتراض فإنها تتحقق ما إذا كان صادرا من له حق طلب النقض أم لا ولا يخلو قرارها من حالتين :

الأولى : تقرر رفض الاعتراض فإذا قررت رفض الاعتراض فإنه تقوم بإصدار قرار مستقل بذلك وله أن تأمر المحامي الذي وقع على مذكرة الاعتراض إلى الجهة المختصة لتأديبه في حالة عدم مراعاته لقواعد الاختصاص .

الثانية : أن تقبل المحكمة العليا الاعتراض شكلا فهنا تفصل في موضوع الاعتراض استنادا إلى ما يوجد في الملف من الأوراق دون أن تتناول وقائع القضية فإن لم تقتنع بالأسباب التي بني عليها الاعتراض أبدت لحكم وإلا نقضت الحكم كله أو بعضه بحسب الحال مع ذكر المستند وتعيد القضية إلى غير من نظرها للحكم فيهن من جديد.

ثامنا : لا يجوز التمسك أمام المحكمة العليا بسبب لم يرد في مذكرة الاعتراض إلا إذا رأت المحكمة وجهة التمسك به ما لم يكن السبب متعلقا بالنظام العام فيجب على المحكمة الأخذ به.

ثانيا : الشروط الموضوعية : للمحكوم عليه الاعتراض بطلب النقض أما المحكمة العليا على الأحكام التي تصدرها أو تؤيدها محكمة الاستئناف متى كان محل الاعتراض على الحكم ما يلي :

مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها.

صدور الحكم من المحكمة غير مشكلة تشكيلا سليما طبقا لم نص عليه نظاما.

صدور الحكم من محكمة أو دائرة غير مختصة.

الخطأ في تكييف الواقعة أو وصفها وصفا غير سليم.

المطلب الثاني

من له حق الطعن بنقض الحكم القضائي أمام المحكمة العليا

الفرع الأول

من له حق الطعن بنقض الحكم في الفقه الإسلامي

لابد من توفر شرطي الصفة والمصلحة، وهذين الشرطين في الطعن إما أن تتعلق بحق الأدميين أو بحق الله تعالى

أولا : فيما يتعلق بحقوق العباد:

الشرط الأول: الصفة في الدعوى: والمراد به أن يقوم صاحب الحق بالدعوى والدفع بنفسه أو من يقوم مقامه

الشرط الثاني: المصلحة في الدعوى :

أن يكون لصاحب الدعوى منفعة وإلا كانت باطلة وسواء كان الطلب للمدعي أو المدعى عليه من جلب نفع أو دفع ضرر عن الحقوق المدعى بها.

الثالث: أن تكون المصلحة في الدعوى مشروعة أو محمية بالقضاء :

والمراد بالمشروعية هنا: ما أباحه الشرع وشهد له بالاعتداد من مصالح الحقوق المدعى بها في طلب أو دفع.

الرابع: أن تكون المصلحة في الدعوى حقيقة لا حيلة :

الخامس: أن تكون المصلحة في الدعوى لازمة عند ثبوتها: فلا تسمع دعوى بحق لا يلزم على فرض ثبوته مثل دعوى بوصية قبل موت الموصي، لأنها لا تلزم إلا بوفاته.

ثانيا : فيما يتعلق بحق الله تعالى :

اتفقوا على أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقا لله أم حقا للأدميين وأنه

نائب الإمام الأعظم في هذا المعنى .

الفرع الثاني

من له حق الطعن أما المحكمة العليا

الطاعن بالنقض أو الطاعنون بالنقض هم أولئك الذين يصدر الحكم ضدهم - أي الحكم عليهم - أو لم يحكم للمدعي إلا ببعض ما ادعاه فقط ، إذا لابد أن يكون الطاعن بالنقض طرفا في خصومة الطعن ، تلك الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ، وأن يكون الطاعن خصما محكوما عليه ، وألا يكون قد قبل الحكم بعد صدوره ، أو أن يكون قد تنازل عن حقه في الطعن .

ثم لابد من توفر شروط في الطاعن وهي :

الصفة .

الأهلية .

المصلحة .

عدم قبول المحكوم عليه الحكم .

المبحث الثالث

طبيعة الطعن أمام المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المطلب الأول

طبيعة الطعن أمام المحكمة العليا

النظام السعودي وغيره من الأنظمة كما هو معلوم فإن محاكم الاستئناف قد تختلف في المسألة النظامية الواحدة ، سواء في تطبيق النظام أو في تفسيره فكان لابد من وجود محكمة عليا تراقب تطبيق المحاكم للنظام وتحافظ على وحدة تفسيره ، وتكون على قمة جهة القضاء العادي ، تعمل على جمع كلمة القضاء على رأي واحد في المسائل النظامية ، وتسعى إلى تدارك ما يقع بين محاكمة من خلاف وهذه المحكمة العليا هي التي اقتضت طبيعة وظيفتها أن تكون واحدة ، إذ لو تعددت ، فإنه سيكون لكل محكمة قضائها الخاص بها ، الأمر الذي سيحول دون توحيد القضاء ، بل إن تعددها سيعمق اختلافه .

المطلب الثاني

طبيعة الطعن أمام محكمة النقض

محكمة النقض محكمة قانون، يقتصر دورها على مراقبة الحكم القضائي المطعون فيه بالنقض من حيث سلامة تطبيقه للقانون، ولا يتسع الطعن بالنقض لغير الخصومة القضائية التي كانت مطروحة على المحكمة الموضوع، فيحظر عليها قبول كل ما من شأنه أن يغير من نطاقها، أو يبدل موضوعها. فلا تتناول محكمة النقض إلا الحكم القضائي المطعون فيه وحده، دون غيره من الأحكام القضائية الأخرى السابق صدورها، طالما لم يتناولها الطاعن بالنقض في طعنه.

الفصل الثالث

اختصاصات المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية وحجية الأحكام فيها

المبحث الأول

اختصاصات المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المطلب الأول

اختصاصات المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

تتولى المحكمة العليا بالإضافة إلى الاختصاصات المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام وذلك في الاختصاصات الآتية:

مراجعة الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف بالقتل أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها.

مراجعة الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف المتعلقة بقضايا لم ترد في الفقرة السابقة أو بمسائل إنهائية ونحوها وذلك دون أن تتناول وقائع القضايا متى كان محل الاعتراض على الحكم ماييلي:

أ. مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها.

ب. صدور الحكم من محكمة غير مشكلة تشكيلا سلبيا طبقا لما نص عليه في هذا

النظام وغيره من الأنظمة.

ج. صدور الحكم من محكمة أو دائرة غير مختصة .

د. الخطأ في تكييف الواقعة أو وصفها وصف غير سليم.

ومع عدم الإخلال بما سبق ذكره من الاختصاصات تباشر المحكمة العليا اختصاصاتها من خلال دوائر متخصصة بحسب الحاجة تؤلف كل منها من ثلاثة قضاة باستثناء الدائرة الجزائية التي تنظر في الأحكام الصادرة بالقتل أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها فإنها تؤلف من خمسة قضاة ويكون لكل دائرة رئيس.

أما الهيئة العامة في المحكمة العليا تتولى مايلي:

تقرير مبادئ عامة في المسائل المتعلقة بالقضاء. ب. النظر في المسائل التي ينص هذا النظام - أو غيره من الأنظمة - على نظرها من الهيئة العامة.

ويجب أن يرفع إلى المحكمة العليا القضايا الهامة التي قد يحكم فيها بالقتل تعزيراً مثل جرائم الخطف والسطو وتعاطي المسكرات والمخدرات على سبيل الترويح لها.

المبحث الثاني

حجية الأحكام الصادرة من المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

المطلب الأول

حجية الأحكام الصادرة من المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

الفرع الأول

حجية الأحكام الصادرة من القاضي في الشريعة الإسلامية

أباحث أحكام الفقه الإسلامي التظلم من الأحكام الصادرة عن القضاة كما أباحث للقاضي الذي أصدر الحكم أن ينقض حكمه بنفسه في حالات محددة كمخالفة الحكم لدليل قاطع من نص أو إجماع. وإذا كانت اعتبارات العدالة تدعو إلى فتح باب التظلم من الأحكام بما قد يؤدي إلى نقضها فإن اعتبارات استقرار الأحكام وحسن سير القضاء تقتضي من الجانب الآخر ألا يترك الأمر لمجرد رغبة القاضي أو المتقاضين.

الفرع الثاني

حجية الأحكام الصادرة من المحكمة العليا في المملكة العربية السعودية

يكتسب الحكم القضائي القطعية (النهائية) في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى:

إذا كان من الأحكام التي نص النظام على استثنائها من الاستئناف وهي ما يلي:

الأحكام الصادرة في الدعاوي اليسيرة التي يحددها المجلس الأعلى للقضاء.

كل حكم حصلت القناعة به من قبل المحكوم عليه.

كل حكم فات آخر ميعاد للاعتراض عليه في غير الأحكام الجزائية.

الحالة الثانية:

الأحكام المصدقة من محكمة الاستئناف إلا إذا كانت مما يشترط له العرض على المحكمة العليا كالأحكام الصادرة بالقتل أو الرجم أو القطع أو القصاص فيما دون النفس أو الأحكام الصادرة من محكمة غير مشكلة تشكيلا سليما طبقا لما نص عليه نظاما،

فهذه وغيرها من الأحكام المنصوص عليها نظاما لا تكتسب القطعية حتى يصادق عليها من قبل المحكمة العليا. واكتساب الحكم للقطعية يقتضي وجوب تنفيذه وعدم جواز وقفه أو تعطيله. ولا يمتنع الاعتراض على الأحكام النهائية بالتماس إعادة النظر في الحالات التي حددها النظام

وفي الختام أسأل الله التوفيق في جميع الأعمال لما يحبه ويرضى وأن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم إنه سميع قريب مجيب. والله أعلم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



تلخيص

الاختصاص المكاني في رفع الدعوى

في نظامي المرافعات الشرعية والإجراءات الجزائية

دراسة مقارنة

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد الطالب

بندر بن عبدالعزيز صالح العرفج

المشرف

فضيلة الدكتور: ناصر بن محمد الجوفان

الأستاذ المشارك بالمعهد العالي للقضاء

العام الجامعي ١٤٢٥-١٤٢٦هـ

عدد صفحات البحث : ٨١ صفحة

عدد صفحات البحث باستثناء المقدمة والخاتمة والفهارس ٤٥ صفحة

خطة البحث :

المقدمة

أهمية البحث

منهج البحث

تقسيمات البحث

التمهيد

المبحث الأول : التعريف بمفردات العنوان

المطلب الأول : تعريف الاختصاص

المطلب الثاني : تعريف المكان

المطلب الثالث : تعريف الرفع

المطلب الرابع : تعريف الدعوى

المطلب الخامس : التعريف بالعنوان مركباً

المبحث الثاني : أنواع الدعوى

المطلب الأول : أنواع الدعوى باعتبار الشيء المدعى به

المطلب الثاني : أنواعها باعتبار الصحة وعدمها

الفصل الأول : الاختصاص المكاني في رفع الدعوى في نظام المرافعات الشرعية والفقه الإسلامي

المبحث الأول : الاختصاص المكاني في رفع الدعوى في نظام المرافعات الشرعية

المطلب الأول : مكان رفع الدعوى على الشخص الطبيعي

المطلب الثاني : مكان رفع الدعوى على أجهزة الإدارة الحكومية

المطلب الثالث : مكان رفع دعاوى المتعلقة بالشركات والجمعيات القائمة

والمؤسسات الخاصة المطلب الرابع : مكان رفع دعوى النفقة

المبحث الثاني : الاختصاص المكاني في رفع الدعوى المدنية في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث : المقارنة بين الاختصاصين في الفقه والنظام

الفصل الثاني :

الاختصاص المكاني في رفع الدعوى في نظام الإجراءات الجزائية والفقه الإسلامي

المبحث الأول : الاختصاص المكاني في رفع الدعوى في نظام الإجراءات الجزائية

المطلب الأول : مكان رفع الدعوى الجزائية

المطلب الثاني : تحديد مكان الجريمة

المبحث الثاني : الاختصاص المكاني في رفع الدعوى في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث : المقارنة بين الاختصاصين في الفقه والنظام

الخاتمة

الفهارس

التمهيد:

التعريف بالاختصاص المكاني لرفع الدعوى .

الاختصاص المكاني في رفع الدعوى بأنه :

تحديد المحكمة التي يجوز للخصوم رفع قضاياهم أمامها بالنظر إلى محل إقامة أحدهم أو مكان المدعى به .

أنواع الدعوى .

للدعوى أنواع متعددة تختلف باختلاف الحيثية التي نظر من خلالها للدعوى .

ومن أهم هذه التقسيمات :

التقسيم الأول : من حيث التهمة وعدمها .

فتنقسم الدعوى بحسب هذه الحيثية إلى :

١- دعوى مدنية .

وهي التي تتعلق بأموال الشخص وحالته.

أوهي التي لا يكون فيها سبب فعل محرم مثل دين ثابت في الذمة من ثمن بيع أو قرض أو صداق أو دية خطأ أو غير ذلك .

وهذا النوع هو الذي ساه شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - بدعوى غير التهمة .

٢- دعوى جنائية .

وهي التي تنشأ عن ارتكاب جريمة .

أو أن يدعي فعلاً يحرم على المطلوب ويوجب عقوبته ؛ مثل القتل العمد ، أو قطع الطريق ، أو السرقة ، أو غير ذلك من أنواع العدوان المحرم .

وهذه هي دعوى التهمة . (٢)

التقسيم الثاني : تقسيم الدعوى إلى دعوى عين ، أو دعوى دين ، أو حق شرعي محض .
فتنقسم الدعوى بهذا الاعتبار إلى :

١ - دعوى العين .

وهي الدعوى التي يكون المدعى به فيها عيناً من الأعيان .

٢ - دعوى الدين .

وهي التي يكون محلها ديناً في الذمة مهما كان سبب الدين .

٣ - دعوى الحقوق الشرعية .

ويراد بها ما يتعلق بالحقوق الأخرى التي لا تدخل في الأعيان ولا في الديون كدعوى النكاح والنسب والحضانة والشفعة وغير ذلك .

التقسيم الثالث : باعتبار الصحة وعدمها .

تنقسم الدعوى بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : الدعوى الصحيحة .

ويراد بها الدعوى المستوفية لجميع الشروط .

النوع الثاني : الدعوى الباطلة .

وهي الدعوى غير الصحيحة أصلاً ولا يترتب عليها حكم ؛ لأن إصلاحها غير ممكن .
ومثالها : كما لو ادعى زيد أن فلاناً من سكنة محلته موسر وأنا فقير معسر وأطلب الحكم لي عليه بصدقة .

النوع الثالث : الدعوى الفاسدة .

وهي الدعوى الصحيحة أصلاً إلا أنها غير مشروعة باعتبار بعض أوصافها الخارجية .
وفي هذه الحالة لا يرد القاضي تلك الدعوى بل يطلب من المدعي تصحيحها .
ومثال الدعوى الفاسدة : كما لو كان المدعى به مجهولاً ، فإن القاضي يطلب من المدعي تصحيح دعواه وبيان الشيء المدعى به .

الفصل الأول**الاختصاص المكاني في رفع الدعوى في نظام المرافعات الشرعية****المبحث الأول : الاختصاص المكاني في رفع الدعوى في نظام المرافعات الشرعية**

المطلب الأول : مكان رفع الدعوى على الشخص الطبيعي .

الشخص الطبيعي هو الإنسان أو الفرد . ذكراً كان أم أنثى .

وشخصية الإنسان تبدأ بولادته حياً، وتنتهي بموته .

والقاعدة العامة في الاختصاص المكاني في رفع الدعوى على الشخص الطبيعي في نظام المرافعات السعودي هي أن الدعوى تقام في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه .

وقد بين نظام المرافعات الشرعية السعودي المراد بمحل الإقامة بقوله :

« يقصد بمحل الإقامة في تطبيق أحكام هذا النظام المكان الذي يقطنه الشخص على وجه الاعتياد » .(٦)

وينبغي التنبيه إلى أن محل الإقامة أو الموطن يمكن اكتسابه وزواله وتعدده .

أما اكتساب المكان لصفة الموطن ؛ فذلك باختيار مكاناً معيناً للإقامة فيه بصفة

معتادة .

وأما زوال صفة الموطن عن المكان ؛ فذلك بتوقف الشخص عن الإقامة المعتادة فيه .

وأما تعدد الموطن ؛ فذلك بأن يقيم الشخص في أكثر من مكان بصفة معتادة .

ويمثل لذلك بالشخص المتزوج من امرأتين في بلدين مختلفين ويقيم مع كل منهما إقامة معتادة .

وفي هذه الحالة — أعني إذا كان للمدعي عليه أكثر من محل إقامة — للمدعي الخيار في رفع الدعوى أمام أي محكمة يقع في نطاق اختصاصها إحدى البلدان التي يقيم فيها المدعى عليه على وجه الاعتياد .

أما إذا لم يكن للمدعى عليه محل إقامة في المملكة العربية السعودية فإن الدعوى ترفع عليه أمام المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعي .

وإذا لم يكن للمدعي ولا المدعى عليه محل إقامة في المملكة فالمدعي بالخيار في إقامة الدعوى في إحدى محاكم المدن الرئيسة في المملكة .

أما السجين فإن الدعوى تقام عليه أمام المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مكان سجنه بغض النظر عن محل إقامته قبل سجنه .

والموقوف يأخذ حكم السجين في ذلك وفقاً لما هو مقرر في نظام المرافعات الشرعية

أما الدعوى على القاصر والسفيه والمجنون ونحوهم فلا تخلو من حالتين :

الحالة الأولى : أن يقع محل إقامة القاصر ونحوه ومحل إقامة الولي أو الوصي في نطاق اختصاص محكمة واحدة .

فهنا تقام الدعوى أمام المحكمة التي يقع في اختصاصها محل إقامة القاصر وولييه .

الحالة الثانية : أن يقع محل إقامة القاصر ونحوه في نطاق اختصاص إحدى المحاكم ، ويقع محل إقامة الولي أو الوصي في نطاق اختصاص محكمة أخرى .

فقد نص النظام على أن العبرة بمحل إقامة وليه .

وأما الدعوى على البدو فإنها لا تخلو من حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون لهم محل إقامة يقطنونه على وجه الاعتياد فتقام الدعوى

عليهم لدى المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها المكاني محل إقامتهم .

الحالة الثانية : أن يكونوا من البدو الرحل ، فهؤلاء تقام عليهم الدعوى لدى المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها المكاني المحل الذي يقطنونه عند إقامة الدعوى .

وأما الدعوى على الموظف فإنها – أيضاً – لا تخلو من حالتين :

الحالة الأولى : أن يقع محل إقامته ومقر عمله ضمن اختصاص محكمة واحدة .

ففي هذه الحالة تقام الدعوى لدى هذه المحكمة .

الحالة الثانية : أن يقع مقر عمله في نطاق اختصاص إحدى المحاكم ، ويقع محل إقامته في نطاق اختصاص أخرى .

فالحكم هنا أن الدعوى تقام لدى المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه، ما لم يكن مقيماً أيام العمل في بلد عمله فتسمع الدعوى فيه .

وأما دعوى الحجز التحفظي وهو (منع المدين أو من توجه الحق عليه من التصرف بهاله المنقول إذا خشى ضياع حق الدائن أو من توجه له الحق بصفة مؤقتة) فلا تخلو من حالتين :

الحالة الأولى : أن تكون الدعوى بالحق مرفوعة أمام المحكمة المختصة ، فتقدم دعوى الحجز إلى المحكمة نفسها لتتولى البت فيه .

الحالة الثانية : ألا تكون هناك دعوى مرفوعة بالحق ، فيقدم طلب الحجز إلى المحكمة التابع لها محل إقامة المحجوز عليه .

وفي حالة تعدد المدعى عليهم في خصومة واحدة فإن الدعوى تقام عليهم أمام

المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة الأكثرية .

والمقصود بالأكثرية هنا الأكثرية بالرؤوس لا بالسهام .

أما في حالة التساوي بحيث يكون لكل مدع عليه موطن مستقل يقع في نطاق اختصاص محكمة من المحاكم ، فإن المدعي يكون بالخيار في إقامة الدعوى أمام أي محكمة من هذه المحاكم .

وأما الدعوى التي يكون محلها عقاراً فقد نص النظام على أن رفع الدعوى يكون

أمام المحكمة التي يقع في

نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه .

وإذا احتاجت المحكمة إلى الوقوف على العقار فيمكن ندب أحد أعضائها لذلك أو إنابة المحكمة التي يقع العقار في نطاق اختصاصها المحلي في ذلك .

وأخيراً فإن المنظم السعودي قد استثنى من القاعدة العامة بعض الدعاوى وأجاز سماعها داخل المملكة في غير بلد المدعى عليه في الأحوال الآتية :

« ١ — إذا تنازل المدعى عليه عن حقه صراحة أو ضمناً ؛ كأن يجيب على دعوى المدعي بعد سماعها .

٢ — إذا تراضى المتداعيان على إقامة دعواهما في بلد آخر .

٣ — إذا وجد شرط بين الطرفين سابق للدعوى بأنه إذا حصلت بينهما خصومة فتقام الدعوى في بلد معين .

٤ — إذا حصل اعتراض على حجة استحكام أثناء نظرها ، أو قبل اكتسابها القطعية ، فيكون نظره في بلد العقار من قبل ناظر الحجة .

٥ — للزوجة في المسائل الزوجية الخيار في إقامة دعواها في بلدها أو بلد الزوج ، وعلى القاضي إذا سمع الدعوى في بلد الزوجة استخلاف قاضي بلد الزوج للإجابة عن دعواها ، فإذا توجهت الدعوى ألزم الزوج بالحضور إلى محل إقامتها للسير فيها ، فإذا امتنع سمعت غيابياً ، وإذا لم توجه الدعوى ردها القاضي دون إحضاره .

٦ — إثبات الإعسار يكون من قبل القاضي مثبت الدين الأول إن كان على رأس العمل في المحكمة التي أثبت فيها الدين ، ما لم يكن مدعي الإعسار سجيناً في بلد آخر فينظر إعساره في محكمة البلد الذي هو سجين فيه .

المطلب الثاني : مكان رفع الدعوى على أجهزة الإدارة الحكومية .

ونظام المرافعات الشرعية قد حدد مكان رفع الدعوى على أجهزة الإدارة الحكومية بأنه المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها المقر الرئيسي لتلك الأجهزة .

كما أن المنظم أعطى المدعي الخيار في إقامة الدعوى أمام المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها فرع الجهاز الحكومي وذلك في المسائل المتعلقة بذلك الفرع .

هذا ولا يفوتني أن اذكّر بأن نظام المرافعات الشرعية قد نبه إلى التقيّد بأحكام الإختصاص المقررة لديوان المظالم .

ويشترط لتطبيق قاعدة رفع الدعوى على أجهزة الإدارة الحكومية أن تكون تلك الأجهزة هي المدعى عليه .

أما إن كانت أجهزة الإدارة الحكومية هي المدعي فإن القاعدة التي تطبق حينئذ هي القاعدة العامة .

المطلب الثالث : مكان رفع الدعاوى المتعلقة بالشركات والجمعيات القائمة والمؤسسات الخاصة .

تقام الدعاوى المتعلقة بالشركات والجمعيات القائمة أو التي في دور التصفية أو المؤسسات الخاصة في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مركز إدارتها .

كما أجاز المنظم للمدعي رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع .

وعند التأمل في المادة السادسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية يلاحظ أن المنظم قد قصر حكم هذه القاعدة النظامية على الشركات والجمعيات القائمة فعلاً أو التي في دور التصفية ، وسكت عن الشركات والجمعيات التي في دور التأسيس .

وبجمع هذه المادة مع المادة العاشرة من النظام نفسه التي فيها أنه « لا يجوز للشركاء الاحتجاج على الغير بعدم نفاذ العقد أو التعديل الذي لم يثبت على النحو المتقدم — أي لم يثبت لدى كاتب العدل — وإنما يجوز للغير أن يحتج به في مواجهتهم — أي الشركاء — » .

نجد أن المنظم يفرق بين الشركاء وبين الغير في الاحتجاج بالشخصية الاعتبارية للشركة في دور التأسيس .

فالشركاء لا يحق لهم الاحتجاج بهذه الشخصية في مواجهة الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر .

أما الغير فله الاحتجاج بهذه الشخصية في مواجهة الشركاء حتى قبل إجراءات الشهر .

ويضاف إلى ذلك أن مرحلة التأسيس قد تطول وتظهر خلالها منازعات الأمر الذي يتطلب معرفة المحكمة المختصة محلياً بهذه المنازعات .

المطلب الرابع : مكان رفع دعوى النفقة .

للمدعي في دعوى النفقة — ذكراً كان أو أنثى — الخيار في رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه أو المدعي .

وهذه القاعدة الخاصة بدعوى النفقة تطبق على المطالبة بالنفقة أو زيادتها .

أما المطالبة بإلغاء النفقة أو إنقاصها فتطبق عليها القاعدة العامة .

وإذا كان المدعى عليه في دعوى النفقة مسلماً غير سعودي وليس له محل إقامة عام أو مختار في المملكة فإن الدعوى تقام أمام المحكمة التي يقع في نطاق

اختصاصها محل إقامة المدعي بشرط أن يكون المطلوب له بالنفقة مقيماً في المملكة .

وفي جميع الأحوال ينبغي على القاضي التأكد من استحقاق المدعي للنفقة قبل استدعاء المدعى عليه وتكليفه مشقة السفر .

المبحث الثاني : الاختصاص المكاني في رفع الدعوى المدنية في الفقه الإسلامي .

لتحديد القاضي المختص بنظر الدعوى صور:

الصورة الأولى : أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه في بلد واحد وتحت ولاية قاض واحد .

الصورة الثانية : أن يكون المدعي في بلد ، والمدعى عليه في بلد آخر ، وكلا البلدين داخلين تحت ولاية قاض واحد .

فلا إشكال هنا في أن الدعوى في كلا الصورتين ترفع أمام القاضي الذي شملت ولايته كلاً من المدعي والمدعى عليه .

الصورة الثالثة : أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه في بلد واحد ، وفي البلد قاضيان أو أكثر .

ففي المسألة خلاف والراجح — والله أعلم — هو القول بجواز تولية قاضيين فأكثر عموم النظر في بلد واحد وفي زمن واحد ، وعلى ذلك فالقاضي المختص بنظر الدعوى هو:

١ — من يختاره الطالب ويجب على المطلوب حينئذ الإجابة .

٢- فإن كان كل منهما طالباً فإن القاضي المختص بنظر الدعوى هو الأقرب إليهما.

٣- فإن استويا في القرب أقرع بينهما ، وقيل : يمنعان من رفع الدعوى حتى يتفقا على أحدهما .

الصورة الرابعة : أن يكون المدعي في بلد تحت ولاية قاض معين ، والمدعى عليه في بلد آخر وتحت ولاية قاض آخر .

فهذه الصورة اختلف العلماء في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى ، ولعل ما ذهب إليه محمد بن الحسن من الحنفية من إقامة الدعوى أمام قاضي بلد المدعى عليه هو الأقرب للصواب ؛ وذلك لقوة تعليقه بأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه ، وللدعوى الكيدية .

المبحث الثالث : المقارنة بين الاختصاصين في الفقه والنظام .

وبالمقارنة بين الاختصاص المكاني في رفع الدعوى في الفقه الإسلامي وفي نظام المرافعات الشرعية نجد أن المنظم السعودي حرص كل الحرص على عدم الخروج عن بستان الفقه الإسلامي ؛ وينجلي ذلك باختياره قول أحد الفقهاء الكبار ، وجعله قاعدة عامة في الاختصاص المكاني في رفع الدعوى .

حيث ذهب الإمام محمد بن الحسن - رحمه الله - إلى أن القاضي المختص بنظر الدعوى هو من يقع في نطاق اختصاصه محل إقامة المدعى عليه .

ولهذا الاختيار من المنظم ما يبرره ؛ فالأصل براءة ذمة المدعى عليه ، فيكون جانبه أولى بالمراعاة من جانب المدعي .

ولأن المدعى عليه يريد الدفع عن نفسه ، وخصمه يريد أن يوجب عليه الأخذ بالمطالبة ، ومن طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها .

ولأن في هذا القول حد من الدعاوى الكيدية .

الفصل الثاني

الاختصاص المكاني في رفع الدعوى في نظام الاجراءات الجزائية والفقه الإسلامي

المبحث الأول: لاختصاص المكاني في رفع الدعوى في نظام الاجراءات الجزائية

المطلب الأول : مكان رفع الدعوى الجزائية .

أعطى المنظم السعودي المدعي الخيار في رفع الدعوى الجزائية أمام إحدى محكمتين :

الأولى : المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل وقوع الجريمة .

الثانية : المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المتهم ، فإن لم يكن له محل إقامة معروف تحدد الاختصاص بالمكان الذي يقبض عليه فيه .

وتجدر الإشارة إلى أن جميع هذه الأماكن متساوية في نظر المنظم ولا تفاضل بينها .

المطلب الثاني : تحديد مكان الجريمة .

حدد المنظم السعودي مكان الجريمة بقوله :

« يعد مكاناً للجريمة كل محل وقع فيه فعل من أفعالها أو ترك فعل يتعين القيام به حصل بسبب تركه ضرر جسد .

فمن خلال هذا النص يتضح لنا أن مكان الجريمة في نظر المنظم هو المكان الذي يتحقق فيه الركن المادي للجريمة .

المبحث الثاني : الاختصاص المكاني في رفع الدعوى في الفقه الإسلامي .

بعد التأمل في كلام الفقهاء — رحمهم الله — في مسألة تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى تبين أنهم لم يكونوا يفرقون بين الدعوى المدنية والدعوى الجنائية من حيث تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى .

وعليه فالقول الراجح في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى الجنائية هو القول الذي يجعل النظر في تلك الدعوى من اختصاص القاضي الذي يقع في نطاق اختصاصه بلد المدعى عليه .

المبحث الثالث : المقارنة بين الاختصاصين في الفقه والنظام .

وبالمقارنة بين الاختصاص المكاني في رفع الدعوى في الفقه الإسلامي وفي نظام الإجراءات الجزائية نجد أن المنظم السعودي لم يخرج عن آراء الفقهاء رحمهم الله تعالى حيث أعطى المدعي الخيار في رفع الدعوى الجنائية أمام إحدى جهتين :

الجهة الأولى : أمام المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل وقوع الجريمة .

وهو في هذا الخيار قد أخذ بقول بعض الفقهاء الذين يرون أن القاضي المختص بنظر الدعوى هو القاضي الذي يقع في نطاق اختصاصه الشيء المدعى به .

الجهة الثانية : أمام المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المتهم .

وهو في هذه الحالة قد أخذ بقول محمد بن الحسن - رحمه الله - الذي يرى أن القاضي المختص بنظر الدعوى هو من يقع في نطاق اختصاصه محل إقامة المدعى عليه .

والله أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً مزيداً.

تلخيص

حصانة القاضي

دراسة تأصيلية مقارنة

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد:

سلمان بن فوزان بن صالح الفوزان

المشرف:

د. محمود حجازي

العام الجامعي: ١٤٢٩ هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص: ١٧٦

عدد صفحات البحث بدون مقدمة ومراجع وفهارس: ١٥٦

عدد صفحات التلخيص: ٤٨

خطة البحث:

التمهيد: التعريف بمفردات الموضوع، ويشمل:

المبحث الأول: تعريف الحصانة، ويشمل ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الحصانة في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف الحصانة في الفقه.

المطلب الثالث: تعريف الحصانة في النظام.

المبحث الثاني: التطور التاريخي للحصانة، ويشمل ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الحصانة في العصور القديمة.

المطلب الثاني: الحصانة في العصور الوسطى.

المطلب الثالث: الحصانة في العصر الحديث.

المبحث الثالث: تمييز حصانة القاضي عن غيرها من الحصانات، ويشتمل على

مطلبين:

المطلب الأول: تمييز حصانة القاضي عن حصانة رئيس الدولة.

المطلب الثاني: تمييز حصانة القاضي عن حصانة الدبلوماسي.

المبحث الرابع: نطاق حصانة القاضي، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: نطاقها من حيث المكان.

المطلب الثاني: نطاقها من حيث الزمان.

الفصل الأول: أساس إقرار حصانة القاضي، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أساس إقرار حصانة القاضي في الفقه.

المبحث الثاني: أساس إقرار حصانة القاضي في النظام.

المبحث الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام.

الفصل الثاني: أقسام حصانة القاضي، ويشتمل أربعة مباحث:

المبحث الأول: الحصانة الإدارية، ويشتمل أربعة مطالب:

المطلب الأول: الحصانة في مجال التعيين، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: الحصانة في مجال التعيين في الفقه.

الفرع الثاني: الحصانة في مجال التعيين في النظام.

المطلب الثاني: الاستقلال في العمل، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: الاستقلال في العمل في الفقه.

الفرع الثاني: الاستقلال في العمل في النظام.

المطلب الثالث: الحصانة ضد العزل، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: الحصانة ضد العزل في الفقه.

الفرع الثاني: الحصانة ضد العزل في النظام.

المطلب الرابع: الحصانة ضد نقلهم من وظائفهم، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: الحصانة ضد نقلهم من وظائفهم في الفقه.

الفرع الثاني: الحصانة ضد نقلهم من وظائفهم في النظام.

المبحث الثاني: الحصانة الجنائية، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: الحصانة الجنائية في الفقه.

المطلب الثاني: الحصانة الجنائية في النظام.

المبحث الثالث: الحصانة المدنية (عدم خصمتهم بسبب أعمالهم)، ويشتمل على

مطلبين:

المطلب الأول: الحصانة المدنية في الفقه.

المطلب الثاني: الحصانة المدنية في النظام.

المبحث الرابع: تقييم أقسام حصانة القاضي.

الفصل الثالث: زوال الحصانة، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: زوال الحصانة بانتهاء الخدمة.

المبحث الثاني: زوال الحصانة عند التلبس بالجريمة.

المبحث الثالث: زوال الحصانة لدى دائرة التأديب.

الفصل الرابع: تطبيقات قضائية على حصانة القاضي.

ويشمل ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تطبيق على الحصانة الإدارية.

المبحث الثاني: تطبيق على الحصانة الجنائية.

المبحث الثالث: تطبيق على الحصانة المدنية.

الخاتمة، وتشمل:

أولاً: النتائج.

ثانياً: التوصيات.

الفهارس:

- فهرس الآيات القرآنية .

- فهرس الآيات القرآنية .

- فهرس الأحاديث والآثار .
- فهرس الأعلام .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس الموضوعات .

المبحث الأول:

تعريف الحصانة:

المطلب الأول:

تعريف الحصانة في اللغة:

مأخوذة من الفعل (حصن):

قال ابن فارس: «(حصن) الحاء والصاد والنون أصل واحد منقاس، وهو الحفظ والحياطة والحرز. فالحصن معروف، والجمع حصون. والخاصن والحصان: المرأة المتعففة الحصنة فرجها..... . علماً أن لفظ (الحصانة) يطلق في اللغة على:

١- الحفظ. ٢- الحياطة. ٣- الحرز. ٤- المنع، وهذا المعنى هو أشملها.

المطلب الثاني:

تعريف الحصانة في الفقه الإسلامي:

لم يتطرق الفقهاء الأوائل لهذه الكلمة ولم يرد لها ذكر في مصنفاتهم، وهذا بحسب ما وقفت عليه، وذكره عدد من الباحثين.

وقد تطرق الفقهاء لمعنى الحصانة بألفاظ أخرى، وهذه الألفاظ مؤدية للمعنى الذي يدل عليه مصطلح الحصانة الحادث، ومن هذه الألفاظ:

١- استقلال القضاء. ٢- ضمانات التقاضي.

٣- واجبات القضاء. ٤- حقوق القاضي.

ونحوها مما ذكر في كتب أدب القضاء المتقدمة، وفي كتب بعض الفقهاء المتأخرين، وسوف يرد لذلك أمثلة في ثنايا البحث.

وقد تطرق بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين لتعريف الحصانة في الفقه الإسلامي، ومن ذلك:

«حماية شخص القاضي وأحكامه من الاعتداء، وتهيئة الجو الملائم لياشر القاضي مهام وظيفته في حرية وبغير عائق».

وهذا هو أجود تعريفات حصانة القاضي، وذلك لشموله جميع أنواع الحصانة المتعلقة بالقاضي وحكمه، وشموله كذلك لجميع أنواع الاعتداء.

والمأمل في كلام الفقهاء عن حصانة القاضي يجد أنها تدور حول الأمور التالية:

١- عدم عزل القاضي مع كفايته وسداده وعدم قيام المانع به.

٢- عدم مخاصمة القاضي في حكمه إذا لم يتعمد الجور والظلم.

٣- حماية هيبة القاضي والحث على إكرامه.

٤- تعيين القاضي من قبل الحاكم .

٥- خضوع الجميع لحكم القضاء بما فيهم الحاكم.

وهذه الحصانات التي ذكرها الفقهاء لا تعني أن القاضي بمنأى عن المساءلة والعقاب إذا ظهر منه ما يخل بشرف وآداب مهنته، فقد ذكر الفقهاء عزل القاضي عند فقدان أهلية القضاء، وذكروا كذلك مخاصمته إذا تعمد الجور والظلم، ونحو ذلك مما يبين أن المقصود بتلك الحصانات والضمانات التي ذكرها الفقهاء إنما هي للقاضي العدل الذي يقدر عظم المهنة والأمانة التي تحملها، وهذا ما كان عليه قضاة الإسلام في العصور الماضية، وقد خلد التاريخ لنا نماذج من هؤلاء تبين لنا ورعهم ونزاهتهم .

المطلب الثالث:

تعريف الحصانة في النظام:

لم تتطرق الأنظمة السعودية إلى تعريف مصطلح الحصانة، كما هو الشأن في معظم القوانين العربية، وإنما تطرق لتعريف حصانة القاضي شراح القوانين، ويذهب الكثير إلى أن حصانة القاضي هي عدم قابليته للعزل، كما نصت على ذلك معظم الدساتير والقوانين العربية، ومما لا شك فيه أن عدم القابلية للعزل من أهم الحصانات إلا أن هناك حصانات أخرى لا تقل أهمية عنها كعدم المسؤولية المدنية ونحوها.

حصانة القاضي في الدستور السعودي:

نص النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم رقم (أ/٩٠) بتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ، على استقلال القضاء والقضاة في المادة السادسة والأربعون: «القضاء سلطة مستقلة ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية».

فهذه المادة أرست قواعد الحصانة للقضاء والقاضي، وبينت أنه بمعزل عن التدخل في قضائه، إلا للشريعة الإسلامية.

حصانة القاضي في نظام القضاء السعودي:

نص نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، على الحصانات الواجبة للقاضي في المواد التالية:

نصت المادة الأولى على استقلال القضاء:

ونصت المادة الثانية على عدم العزل:

ونصت المادة الثالثة على الحصانة ضد النقل من وظائفهم:

ونصت المادة الرابعة على عدم مخاصمتهم بسبب أعمال وظيفتهم:

وجميع هذه المواد المذكورة في الباب الأول من النظام تحت عنوان (استقلال القضاء وضمائنه).

وجاء في المادة السابعة والأربعين الحصانة في التعيين:

وجاء في المادة الثامنة والستين بيان للحصانة الجنائية:

هذا مجمل الحصانات الواردة في نظام القضاء السعودي، وسوف تأتي في الفصل الثاني من البحث بشئ من البيان والتفصيل - بإذن الله -.

المبحث الثاني:

التطور التاريخي للحصانة:

التطور التاريخي لحصانة القاضي:

المطلب الأول:

حصانة القاضي في العصور القديمة:

أولاً: في بلاد ما بين النهرين:

من أبرز ما عرف في تلك البلاد:

١- السومريون: الأمير هو من يمارس القضاء، وكان لا ينازع فهو متمتع بالحصانة.

٢- الدولة البابلية: كان القضاء في بابل في بداية الأمر من اختصاص الكهان، وكانوا يعقدون جلساتهم داخل المعبد، غير أن الكهان بدأوا بالحيف والظلم والانحياز إلى الأغنياء ضد الفقراء، حتى أصبح الكهان من الطبقات الثرية.

واستمر الوضع كذلك حتى تولى حمورابي الملك، ونزع سلطة القضاء من الكهان، وتولى القضاء بنفسه، ليحكم بالعدل بين الناس.

ويتضح مما تقدم أن القاضي في عهد حمورابي كان متمتعاً بالحصانة، لأنه هو من يمارسه، وهو الملك.

وهناك بعض الحضارات الأخرى كالأكاديون والآشوريون وغيرهم، ولكن الغرض هنا الإشارة دون الاستقصاء.

ثانياً: عند الفراعنة:

القضاة في ذلك العصر كانوا يعينون من قبل الفرعون نفسه وبالتالي فهم يتمتعون بالحصانة بجميع أنواعها، إلا أنها حصانة في مواجهة الأفراد فقط، دون الفرعون.

ثالثاً: عند الإغريق:

كان الملك عند الإغريق ممثلاً للإرادة الإلهية، وكانت تتركز بيده جميع السلطات، ثم بدأت المدن الإغريقية تتجه نحو الشكل الديمقراطي للحكم في القرن الخامس قبل

الميلاد، حيث اشترك الشعب في القضاء، وذلك عن طريق قانون وضع مبدأ الاشتراك في القضاء من قبل الأفراد وذلك بطريقة القرعة بإجراءات معينة، ولا يستمر الفرد في القضاء أكثر من عام. وبالتالي فلا يمكن القطع بوجود حصانة للقضاة لديهم؛ لأنهم كانوا يختارون القضاة من بين أفراد الشعب.

رابعاً: عند الرومان:

كانت السلطات لدى الرومان بيد الملك، وكان يتمتع بحصانة مطلقة، ثم بعد ذلك تطور الأمر وأصبح لكل مدينة حاكم يتولى فيها جميع السلطات نيابة عن الملك، وكان يتمتع بحصانة مطلقة في مواجهة الأفراد دون الملك، وهذا يبين لنا ما كانت عليه حصانة القاضي لديهم، حيث يتمتع بها مطلقاً في غير مواجهة الملك.

خامساً: عند العرب في الجاهلية:

كان القضاء عند العرب في الجاهلية قضاءً مضطرباً غير واضح المعالم، لا يستقر على حال لعدم وجود مصدر قانوني محدد وموحد يستمد القضاء منه قواعده وأحكامه، ولعدم وجود سلطة ملزمة للجميع، تتولى الإشراف على القضاء وتنفيذ أحكامه.

وقد كان القاضي في الجاهلية محترماً على وجه العموم؛ لأنه لا يمكن أن يقوم بالقضاء إلا صاحب الفضل والمكانة من زعماء القبائل أو الحكماء أو الكهنة والعرافين، حيث كان الكهنة هم رجال الدين في المجتمع الجاهلي وكانوا يحضون بمكانة عالية.

من خلال ما تقدم يتضح أن القاضي كان متمتعاً بالاحترام في المجتمع الجاهلي، مما يدل على وجود الحصانة.

المطلب الثاني:

حصانة القاضي في العصور الإسلامية والعصور الوسطى في أوروبا:
أولاً: في عصر النبوة:

كان النبي - صلى الله عليه وسلم - هو القاضي والحاكم، وقد كان يقضي باجتهاده، فإذا أخطأ نزل الوحي من رب العالمين بالبيان، وتميز القضاء في ذلك العصر بالعدل والإنصاف، ولا غرابة في ذلك؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - هو القاضي. ومن البدهة أن يكون النبي - صلى الله عليه وسلم - متمتعاً بالحصانة؛ لكنها حصانة ليست لغيره من البشر؛ لأنها حصانة سماوية مؤيدة بالوحي من الله.

ولما دخل الناس في دين الله أفواجاً قام بإرسال بعض الصحابة إلى البلدان أمراء وقضاة، وكانوا مستقلين في قضائهم، متمتعين بالحصانة؛ لأنهم كانوا هم القضاة والأمراء، وكان مرجعهم هو النبي - صلى الله عليه وسلم -.

ثانياً: عند الخلفاء الراشدين:

كان القضاء في عهد الخلافة الراشدة امتداداً لما كان عليه في عصر النبوة، إلا أن عثمان - رضي الله عنه - قام باتخاذ دار مختصة بالقضاء، وهكذا حصل بعض التغيير في القضاء، إلا أن القاضي كان متمتعاً بالاستقلال في قضاؤه، منفذاً لما يقضي به في كثير من الأحوال، وبهذا يظهر أن القاضي في ذلك الوقت كان متمتعاً بالحصانة .

ثالثاً: في العصر الأموي:

تميز القضاء في هذا العصر بميزتين:

الأولى: استمرار القضاء على ما كان عليه في عهد الخلفاء الراشدين، من الحكم بالكتاب والسنة ونحو ذلك .

الثانية: استقلال القضاة وعدم تأثرهم بالسياسة وميل الدولة، وكانوا مطلقي التصرف وكلمتهم نافذة حتى على الولاة .

بهذا يتبين أن القاضي كان يتمتع بالحصانة كما كان الأمر عليه في عهد الخلافة الراشدة .

رابعاً: في العصر العباسي:

في هذا العصر يظهر أن القضاة كانوا يتمتعون بالحصانة في مواجهة عامة الناس، أما في مواجهة الولاة فالحصانة ضعيفة أو منعدمة .

خامساً: ما بعد العصر العباسي:

القاضي في الخلافة العثمانية كان يتمتع بالحصانة، إلا أنه يؤثر على هذه الحصانة الإلزام بالقضاء بالمذهب الحنفي، حيث لم يكن مستقلاً استقلالاً كاملاً في تقرير الحكم القضائي .

سادساً: في إنجلترا:

كان ولا يزال الحكم في إنجلترا ملكياً وراثياً، وكان الملك مقدساً انطلاقاً من قاعدة أن الملك لا يخطئ، وكان يتمتع بسلطة مطلقة بكافة الأمور في المملكة، ولم يكن هناك قضاء بالمعنى المعروف الآن، وكان ضمير الملك هو مصدر العدالة عند الإنجليز .

ولم يكن القاضي يمنح أي حصانة، ثم تطور الأمر شيئاً فشيئاً حتى القرن الرابع عشر الميلادي حيث بدأ الملك يمنح حصانة وامتيازاً للقضاة محكمته وتسمى المحكمة المسجلة .

ومع بداية القرن السابع عشر تزايد الاهتمام بوضع أسس للحصانة القضائية، حتى جاء قانون التسوية الإنجليزي عام ١٧٠١م، فأرسى قاعدة استمرار القضاة في أعمالهم، وذلك بشرط أن يكون عملهم حسناً، وكفل للقضاة مرتبات ثابتة ومستمرة، وأعطى

مجلس البرلمان حق إبعاد القضاة من المحكمة إذا ما كان سلوكهم معيماً أو في حالة الإهمال الجسيم .

ويتبين من خلال ما سبق أن الحصانة إنما كانت لقضاة محكمة الملك أو المحاكم المسجلة دون غيرهم .

سابعاً: في فرنسا:

الثورة الفرنسية جاءت لتقييد الحكم الملكي ومقررة لمبدأ الفصل بين السلطات، وذلك لمنع الاستبداد، فجعلت للسلطة القضائية استقلالها ونصت في دستورها على ذلك . ومن هنا تحولت حصانة القاضي من أساس ديني بحت، إلى أساس دستوري .

المطلب الثالث:

حصانة القاضي في العصر الحديث:

من أبرز سمات العصر الحديث منح القضاة الحصانة الكافية لممارسة أعمالهم، ولكن هذه الحصانة تخلف قوة وضعفاً بحسب الدول وقوانينها .

أولاً: حصانة القاضي في النظام الانجليزي :

القانون البريطاني يمنح القاضي حصانة، وكذلك المحلفين والشهود .

وقد تأثرت أمريكا بالنظام القضائي البريطاني حيث أقرت في الدستور والقانون حصانة القاضي .

ثانياً: حصانة القاضي في النظام الفرنسي:

بعد الثورة الفرنسية تأكد مبدأ عدم مسئولية القضاة الشخصية عن تصرفاتهم العامة التي تجري بحسن نية، ثم بعد ذلك حصل تذبذب في حصانة القضاة بين إقرارها بشرط أداء يمين الولاء، وبين إلغائها، واستمر الوضع على ذلك حتى جاء دستور ١٩٥٨م، وأعلن صراحة عن حصانة القضاة وأصبحت مبدأً دستورياً .

وقد تناول قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الحالي أحكام حصانة القضاة وبعض كبار رجال الإدارة ومأموري الضبط القضائي .

ثالثاً: حصانة القاضي في النظم العربية:

الغالب في حصانة القاضي في الدول العربية حصانته ضد العزل باعتبار ذلك من أهم الحصانات وأكدها .

وتختلف هذه الدول فيما بينها في درجة الحصانة الممنوحة للقاضي، إلا أنها في الغالب متفقة على الحصانة ضد العزل، وحصانة الاستقلال في ممارسة العمل .

المبحث الثالث:

تميز حصانة القاضي عن غيرها من الحصانات:
المطلب الأول:

تميز حصانة القاضي عن حصانة رئيس الدولة:

الفرق بين حصانة القاضي وحصانة رئيس الدولة يتلخص في الأمور التالية:
أن رئيس الدولة في النظم الملكية يتمتع بحصانة مطلقة لا يمكن معها مساءلته، بخلاف القاضي الذي يتمتع بحصانة نسبية لأجل القيام بالعدل.
أن حصانة رئيس الدولة المطلقة مخالفة للشريعة الإسلامية.

أما حصانة القاضي فلا مخالفة فيها للشريعة إذا كان الغرض منها قدرة القاضي على القيام بالعدل دون ظلم أحد أو الاعتداء على حق أحد، مع إمكان محاكمته ومطالبته عند الوقوع في الخطأ، لكن بطريقة مخصوصة .

٣- أن حصانة رئيس الدولة تجعل رفع الدعوى عليه أمراً صعباً للغاية، وذلك لطبيعة اختلاف الإجراءات المتبعة في التحقيق والمحاكمة.

٤- أما حصانة القاضي فلا تجعل رفع الدعوى صعباً مقارنة برئيس الدولة، وذلك لأن أغلب الأنظمة تنص على تأديب القضاة ومحاكمتهم، وهي بطبيعة الحال أهون من تأديب ومحاكمة رئيس الدولة.

٥- تختلف حصانة رئيس الدولة عن حصانة القاضي من حيث السبب الموجب لها، حيث أن سبب حصانة الرئيس: ما يتمتع به من سلطة عليا على البلاد؛ ولكونه رمز لوحدة الدولة، والأمر والناهي فيها مطلقاً دون غيره.

أما سبب حصانة القاضي: فهو بغية تحقيق العدل وعدم تأثر القاضي بأي سلطة أخرى قد تحاول التدخل في أحكامه، وحماية للقاضي كذلك من كيد الخصوم.

٦- حصانة رئيس الدولة واسعة النطاق حيث يتمتع بها حتى خارج دولته كما سبق بيانه.

أما القاضي فإن حصانته هي داخل دولته فقط، ولا يحق له التمتع بها خارج الدولة، تبعاً لإقليمية النص القانوني.

٧- حصانة رئيس الدولة شاملة لمرافقيه وأفراد أسرته، بخلاف حصانة القاضي حيث لا يتمتع بها إلا القاضي وحده دون غيره.

المطلب الثاني:

تميز حصانة القاضي عن حصانة الدبلوماسي:

عرفت حصانة الدبلوماسي منذ العهود القديمة، وقد عمل بهذه الحصانة رسول

المهدى - صلى الله عليه وسلم -، عندما قال لرسول مسيلمة الكذاب: (أما والله، لولا أن الرسل لا تقتل، لضربت أعناقكم). «أخرجه أحمد وأبو داود في سننه قال الألباني: حديث صحيح».

الفرق بينهما يتمثل في النقاط التالية:

١- حصانة القاضي تشمل الأمور الجنائية والإدارية والمدنية، وهذا ما سوف نعرفه في الفصل الثاني، أما حصانة الدبلوماسي فهي في الأمور الجنائية والمدنية التي تتعلق بعمله فقط، وليس له حصانة إدارية كالحصانة ضد العزل أو الاستقلال في العمل .

٢- حصانة القاضي نطاقها داخل إقليم دولته، أما الدبلوماسي فحصانته خارج دولته، أي في الدولة المبعوث لها، وإذا عاد إلى بلده فهو كغيره من المواطنين ليس له حصانة.

٣- أن حصانة القاضي إذا لم تشمل الإغفاء من الجريمة، بل كانت إجرائية، ليس فيها مخالفة للشريعة الإسلامية، بل إن إقرارها من جملة المصالح المرسله التي دلت الشريعة على اعتبارها ومراعاتها، أما حصانة الدبلوماسي على ما هي عليه الآن فهي مخالفة للشريعة الإسلامية، حيث إن الشريعة توجب حفظ رسل الدول وتأمينهم حتى يبلغوا ما أرسلوا به، ويعودوا إلى بلادهم آمنين أما حمايتهم جنائياً مما يرتكبونه من أخطاء واعتداءات فإن الشريعة لا تقره، وذلك للنصوص الدالة على المساواة بين الناس.

٤- اختلاف سبب حصانة كل منهما، فالقاضي سبب حصانته الحرص على تحقيق العدل ونحو ذلك مما سبق ذكره في المطلب السابق.

أما الدبلوماسي فسبب حصانته تمثيله لدولة ذات سيادة، ومساعدته في القيام بأداء مهمته دون مضايقة، ولأنه يعرف أسرار دولته خصوصاً في التعامل مع الدولة المبعوث لها، فجعلت له حصانة خشية أن يسوح بتلك الأسرار تحت ضغط أو إكراه.

٥- نطاق حصانة الدبلوماسي من حيث الأشخاص أشمل وأوسع من حصانة القاضي، حيث أن الدبلوماسي يتمتع بالحصانة هو وأفراد عائلته ومن معه من المبعوثين، أما القاضي فالحصانة له وحده دون غيره.

٦- حصانة القاضي لا تشمل حصانة المراسلات والمستندات والمنع من الحجز على الأموال، بخلاف الدبلوماسي الذي يتمتع بذلك.

٧- القاضي لا يعفى من الرسوم والضرائب، بل تجب عليه كما تجب على غيره من الأفراد.

أما الدبلوماسي فهو معفى من الضرائب والرسوم مادام في الدولة المبعوث لها، أما في دولته فلا يعفى من الرسوم والضرائب.

٨- الدبلوماسي لا يخضع للقضاء في الدولة المبعوث لها إلا في بعض القضايا المدنية - على خلاف بين شراح القانون - .
 أما القاضي فهو خاضع للقضاء كغيره من الناس، وليس له حصانة ضد المقاضاة أو المطالبة.

المبحث الرابع:

نطاق حصانة القاضي:

المطلب الأول:

نطاق حصانة القاضي من حيث المكان:

بما أن حصانة القاضي تعتبر قيداً واستثناءً على مبدأ المساواة بين الناس لا يتمتع بها الجميع، وإنما هي خاصة بالقضاة، فمن الواجب بيان حدود هذه الحصانة من جهة المكان والزمان .

يتمتع القاضي بحصانته عموماً داخل حدود دولته، وذلك تبعاً لإقليمية النص القانوني.

فلا يملك هذه الحصانة خارج دولته.

ولكن هناك من أنواع الحصانة لا يتمتع بها القاضي إلا في مكان قضائه الذي عينه فيه ولي الأمر، وهي الحصانة الموضوعية الخاصة بممارسة عمله. فليس للقاضي أن يقوم بالفصل بين الناس خارج حدود ولايته واختصاصه، فإن قام بذلك فعمله باطل ولا حصانة لعمله القضائي، أما الحصانة الجنائية والحصانة ضد العزل والنقل فنطاقها شامل حدود الدولة، فما دام القاضي في دولته فهو متمتع بهذه الحصانة.

المطلب الثاني:

نطاق حصانة القاضي من حيث الزمان:

يتمتع القاضي بالحصانة بجميع أنواعها من بداية توليه منصب القضاء حتى نهاية خدمته، بأحد أسباب انتهاء الخدمة التي ينص عليها في الأنظمة القضائية.

الفصل الأول:

أساس إقرار حصانة القاضي:

المبحث الأول:

أساس إقرار حصانة القاضي في الفقه:

تستند حصانة القاضي في الفقه الإسلامي على أسس متينة، وقواعد عظيمة، تجعل مبدأ حصانة القاضي صحيح على وجه العموم، مع وجود بعض الجزئيات التي تعارض الفقه

الإسلامي والتي يمكن استثنائها من ذلك المبدأ. وهذه الحصانة هي داخلة في باب عظيم من أبواب الشريعة الإسلامية، وذلك هو باب السياسة الشرعية.

وحصانة القاضي تستند على عدة أسس من أسس السياسة الشرعية وبعض القواعد الفقهية، وهذه الأسس هي:

المصالح المرسله، فحصانة القضاة من المصالح المرسله. الاستحسان ووجه اندراجها فيه: أن الشريعة من يوم نزولها جاءت نظرية المساواة التامة، فقررت المساواة على إطلاقها، فلا قيود ولا استثناءات.

ولكن عدل عن هذا الأصل وهو المساواة إلى منح القاضي حصانة تعينه على القيام بالعدل دون الجور ودون أن يخرج هو عن دائرة العدالة، وذلك العدول سببه الضرورة إذ لا يمكن للقاضي القيام بعمله حتى يكون بمعزل عن التأثير بغيره من السلطات التنظيمية أو التنفيذية

٣- قاعدة (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب).

والغرض من القضاء هو إقامة العدل ودفع الظلم، وهذا أمر واجب لازم دل عليه القرآن الكريم والسنة النبوية، وهذا الواجب لا بد له من ضمانات وحصانات تعين على القيام به على أكمل وجه، ومن أبرزها منح القاضي حصانة تعينه على الاستقلال في عمله، فلما لم يتم القضاء إلا بهذه الحصانة كانت واجبة تبعاً لوجوب القضاء، فلما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

٤- قاعدة (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة).

حصانة القاضي التي يضعها الإمام والوالي على الرعية هي من المصلحة التي لا مخالفة فيها، ولا ضرر على أحد من الرعية بسبب إقرارها، ومن ثم كانت من تصرفات الإمام المنوطة.

٥- قاعدة (خطأ القاضي في بيت المال):

ومعنى هذه القاعدة: أن القاضي إذا أخطأ في الحكم دون تعمد منه، فإن تبعه خطأه يكون على بيت المال، وذلك لأن الإنسان عرضة للخطأ، فإذا كان خطأ القاضي عليه أدى ذلك إلى عزوف الناس عن القضاء وهربهم منه.

أما إذا تعمد القاضي الخطأ فإنه يضمن تبعه خطأه من ماله.

وهذه القاعدة التي ذكرها الفقهاء من أسس إقرار الحصانة المدنية للقاضي، والتي تقضي بعدم مخاصمة القاضي بسبب عمله، إلا إذا تعمد الخطأ.

المبحث الثاني:

أساس إقرار حصانة القاضي في النظام:

أساس إقرار حصانة القاضي في النظام السعودي ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الأساس الدستوري:

نص النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، على إقرار حصانة القاضي وبيان استقلال القضاء والقضاة، وحصانتهم في التعيين، ولكن لم يتضمن النص على حصانة القضاة من الإجراءات الجنائية، وعدم نص الدستور على بقية الحصانات للقاضي لا يعني إغفالها أو التقليل من أهميتها.

بل جاءت تلك الحصانات في النظام القضائي الخاص بكل دولة.

حصانة القاضي في الدستور السعودي:

ورد النص على حصانة القاضي في الدستور السعودي في المواد التالية:

المادة السادسة والأربعون:

«القضاء سلطة مستقلة ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية».

هذه المادة أسست الاستقلال القضائي من خلال ناحيتين:

الأولى: استقلال الجهاز القضائي، وذلك بفصله عن بقية السلطات، وذلك ليقوم القضاء برسالته.

الثانية: استقلال العاملون في القضاء، وهم القضاة الذين قد أسند إليهم القيام بتنفيذ رسالة القضاء.

والاستقلال القضائي هو موضع القضاء في الإسلام فهو سلطة مستقلة، وليس له ارتباط بالسلطة التنفيذية إلا من خلال زاويتين:

الأولى: التراتيب والإجراءات الإدارية.

الثانية: تنفيذ الأحكام القضائية.

وذلك ما أكدت عليه المادة (٥٠) من النظام الأساسي للحكم، ونصها:

«الملك أو من ينيبه معنيون بتنفيذ الأحكام القضائية».

المادة الثانية والخمسون:

«يتم تعيين القضاة وإنهاء خدمتهم بأمر ملكي . بناء على اقتراح من المجلس الأعلى للقضاء وفقاً لما يبينه النظام».

هذه المادة من الدستور السعودي تبين حصانة القضاة في مجال التعيين، وأنه لا يتم

التعيين وإنهاء الخدمة إلا من أعلى سلطة في البلاد .

القسم الثاني: الأساس النظامي:

أساس إقرار حصانة القاضي في الأنظمة القضائية السعودية:

صدر نظام القضاء الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، وجاء فيه النص على حصانة القاضي، وفيما يلي بيان ذلك: جاء النص على حصانة القاضي في الباب الأول تحت عنوان (استقلال القضاء وضماناته)، وذلك كالتالي:

(المادة: ١) «القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، وليس لأحد التدخل في القضاء» .

(المادة: ٢) «القضاة غير قابلين للعزل إلا في الحالات المبينة في هذا النظام» .

(المادة: ٣) «مع عدم الإخلال بحكم المادة التاسعة والأربعين من هذا النظام، لا ينقل القضاة إلى وظائف أخرى إلا برضاهم أو بسبب ترقيتهم ووفق أحكام هذا النظام» .

(المادة: ٤) «مع عدم الإخلال بحكم المادة الثامنة والستين من هذا النظام، لا تجوز محاصمة القضاة - بسبب أعمال وظيفتهم - إلا وفق الشروط والقواعد الخاصة بتأديتهم» . وجاء التأكيد على الحصانة ضد العزل بجانب المادة الثانية، في المادة السادسة والأربعين:

(المادة: ٤٦) «فيما عدا الملازم القضائي ومن يعين ابتداءً تحت التجربة، لا يعزل عضو السلك القضائي إلا بناءً على الأسباب المنصوص عليها في الفقرات (و، ز، ح) من المادة التاسعة والستين من هذا النظام، ووفقاً للإجراءات الواردة فيه» .

ووردت الحصانة في التعيين في المادة السابعة والأربعين:

(المادة: ٤٧) «يجري التعيين والترقية في درجات السلك القضائي بأمر ملكي بناءً على قرار من المجلس الأعلى للقضاء يوضح فيه توافر الشروط النظامية في كل حالة على حدة» .

وجاءت الحصانة في النقل والإعارة والندب في المادة التاسعة والأربعين:

(المادة: ٤٩) وهي في إجراءات النقل .

أما الحصانة ضد الإجراءات الجنائية فقد جاءت المادة الثامنة والستون بإقرارها:

(المادة: ٦٨) وهي في الإجراءات الواجبة عند القبض .

هذه هي الأسس التي تستند عليها حصانة القاضي في نظام القضاء السعودي .

إشكال والجواب عنه:

وقد يقول قائل: أن منح القضاة هذه الحصانة يجعلهم بعيدين عن المساءلة والمحاسبة، مما يوقع بعض القضاة بالاغترار بنفسه، وعمل الباطل تذرعاً وتسترأ بهذه الحصانة وتلك الحماية.

ويجاب عن ذلك: بأن ذلك قد يقع من ضعاف النفوس من بعض القضاة، ولكن لا سبيل إلى حماية القضاء بأكمله إلا بمثل هذه الحصانات والضمانات، فلا تترك بحجة أن البعض قد يستخدمها بالباطل، ومن المقرر لدى أهل العلم والفضل أن المصلحة إذا كانت متحققة فلا ينظر إلى الأوهام.

ثم إن الدقة في اختيار القضاة وتمحيصهم مما يعين على تلافي هذا الإشكال.
المبحث الثالث:

المقارنة بين الفقه والنظام:

أولاً: الأسس الفقهية الدالة على إقرار حصانة القاضي هي أسس مرنة صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان.

أما الأسس النظامية فهي أسس جامدة لا تصلح إلا للعصر الذي خرجت فيه .

ثانياً: أن الأسس الفقهية الدالة على إقرار حصانة القاضي هي أسس شمولية .

أما الأسس النظامية فهي محصورة فيما ورد النظام بشأنه فقط، ولا دلالة فيها على ما يستجد أو يرد من حصانة أخرى للقاضي .

ثالثاً: تتصف الأسس النظامية بصفة الإلزام على الجميع، ووجوب العقاب والملاحقة على من خالفها. أما الأسس الفقهية فليس فيها صفة الإلزام إلا بعد وضع الحاكم لها وفرضه على الناس الانقياد لحكمها.

رابعاً: يستفاد من الأسس الفقهية والنظامية صحة إقرار مبدأ حصانة القضاة فيما لا يخالف الشريعة الإسلامية .

الفصل الثاني:

أنواع حصانة القاضي:

المبحث الأول:

الحصانة الإدارية، ويشمل أربعة مطالب:

المطلب الأول:

الحصانة في مجال التعيين:

ولها أهميتها البالغة، إذ هي بوابة العبور والدخول في باب القضاء، حيث إن بقية الحصانات إنما تجب بعد التعيين في السلك القضائي.

الفرع الأول: الحصانة في مجال التعيين في الفقه الإسلامي:

تعيين القاضي في الفقه الإسلامي يتم من قبل الإمام؛ لأن القضاء من المصالح العظام العامة التي تختص بالإمام، فلا بد أن ينب فيها، ولأنه يترتب على القضاء انتقال الحقوق ونحو ذلك مما لا يصح أن يقوم به إلا الإمام أو من ينيبه.

ولم تعرف طريقة لتعيين القاضي في الفقه إلا هذه الطريقة، وهذا ما ذهب إليه جمهور. وقد يعين القاضي من قبل أهل الحل والعقد وذلك إذا لم يوجد الإمام لموت أو غيبة أو نحو ذلك، ويكون تعيين القاضي بذلك صحيحاً.

ومن طرق التعيين للقاضي في الفقه الإسلامي أن يقوم الإمام بتفويض تعيين القضاة إلى أحد الأشخاص، كما حصل في الدولة العباسية عند استحداث وظيفة قاضي القضاة، وأول من تولى ذلك المنصب الفقيه المشهور أبو يوسف، وقد عينه هارون الرشيد، وأوكل إليه اختيار القضاة وتعيينهم وعزلهم، وهذا جائز وصحيح وهو داخل في الطريقة الأولى.

وجه الحصانة في التعيين في الفقه الإسلامي:

تبين أن تعيين القضاة في الفقه الإسلامي لا يكون إلا من قبل الإمام أو من ينيبه، وهذا من أهم الحصانات التي يتمتع بها القاضي حيث لا يملك قرار تعيينه إلا الإمام، وبالتالي لن يجابى أحداً، أو يتملق لوزير أو خطير طمعا في تولي القضاء، حيث أن هذا المنصب لا يمكن الوصول إليه إلا عن طريق الإمام.

ووجه آخر في الحصانة وهو أن القاضي يأمن على نفسه في ممارسة عمله؛ لأن لا يمكن لأحد إبعاده عن منصبه إلا الإمام؛ لأن من يملك التعيين يملك العزل، وبالتالي يجعل القاضي في حصانة من محاولة الكيد له في تنحيته عن مكانه أو حرمانه من توليه ابتداء. الفرع الثاني: الحصانة في مجال التعيين في النظام:

قبل بيان هذه الحصانة في النظام السعودي، نبين في لمحة موجزة كيفية تعيين القضاة في النظم الحديثة.

تعيين القضاة في النظم الوضعية الحديثة:

هناك طرق متعددة لتعيين القضاة في النظم الوضعية، وسوف نشير هنا إلى أبرزها: الطريقة الأولى: الانتخاب المباشر:

وهي أن يتم اختيار القضاة من قبل أفراد الشعب لمدة معينة وقابلة للتجديد بعد انتهائها.

وتمتاز هذه الطريقة: بأنها توثق صلة الشعب بالقضاء.

إلا أن لها عيوباً تؤثر عليها ومن هذه العيوب:

١- تجعل القاضي يعمل على إرضاء الناخبين مما يؤثر على سير العدالة.

٢- تجعل تولي منصب القضاء لمدة معينة مما يفقد القاضي معه الخبرة التي هي بلا شك أهم نجاح القاضي في عمله.

٣- هذه الطريقة لا تضمن وصول الأكفاء للقضاء وإنما تتجه حسب المذاهب السياسية والحزبية والاجتماعية.

الطريقة الثانية: الانتخاب من الهيئة التشريعية:

ويتم فيها اختيار القضاة من قبل أعضاء المجالس النيابية.

إلا أن لها عيوباً لا تقل عن سابقتها منها:

١- تجعل القضاة تحت تأثير السلطة التنظيمية مما يؤثر على استقلالهم.

٢- عدم اختيار الأكفاء، وإنما يتم الاختيار وفقاً للاعتبارات السياسية والحزبية، وبالتالي

لا تراعى الخبرة والأمانة والعلم ونحو ذلك مما يحتاجه القضاء.

الطريقة الثالثة: التعيين من قبل السلطة القضائية:

ويتم اختيار القضاة من قبل هيئة قضائية مختصة مكونة من رجال مختصين في

القضاء، على أن تكون اختياراتهم متوجهة بموافقة رئيس الدولة.

ولرئيس الدولة الحق في الرفض إذا رأى ذلك.

وتمتاز هذه الطريقة بأنها تمنح القضاء استقلالاً من تأثير السلطة التنفيذية والتشريعية،

ومن تأثير الشعب وأحزابه، وتعمل على اختيار الأكفاء لمنصب القضاء؛ لكون الهيئة التي

تقوم بالاختيار لها خبرة في مجال القضاء وتعرف الرجل الصالح لهذا المنصب من غيره.

إلا أن هذه الطريقة فيها من العيوب ما يلي:

١- أنها تقصر حق اختيار القضاة على فئة محدودة.

٢- قد تؤدي إلى المجاملة في الاختيار ودخول العصبية فيها؛ لعدم وجود رقابة عليها.

الطريقة الرابعة: التعيين من قبل السلطة التنفيذية:

ويتم اختيار القضاة من قبل السلطة التنفيذية، وهذه من أكثر الطرق انتشاراً.

ولاشك أن من أبرز عيوبها:

١- خضوع القاضي لهذه السلطة، مما يؤثر على استقلاله.

٢- التعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، مما يجعل التدخل في القضاء أمراً وارداً.

الطريقة الخامسة: الجمع بين الانتخاب والتعيين:

ويتم تعيين القضاة عن طريق ترشيح الحكومة لعدد معين من الأفراد، ثم يختار

مجلس الأمة أو الشعب من يراه صالحاً من هؤلاء المرشحين.

وتمتاز هذه الطريقة بتعدد من يختار القضاة مما يقلل احتمال دخول غير الكفاء في

القضاء. إلا أن لها عيوباً تتلخص فيما يلي:

- ١- عدم الاستقلال عن السلطتين التشريعية والتنفيذية .
 - ٢- لا يصدق عليها مسمى الانتخاب، وإنما هي إلى التعيين أقرب .
- هذه مجمل الطرق التي يتم بها اختيار القضاة في النظم الحديثة على سبيل الاختصار .
- تعيين القضاة في المملكة العربية السعودية :

يتم تعيين القضاة في المملكة حسب ما ورد في نص المادة السابعة والأربعين من نظام القضاء: «يجري التعيين والترقية في درجات السلك القضائي بأمر ملكي بناءً على قرار من المجلس الأعلى للقضاء يوضح فيه توافر الشروط النظامية في كل حالة على حدة..». ومن خلال هذا النص يتبين أن التعيين للقضاة مكون من عملية مركبة، تسهم فيه إرادات متعددة أولها المجلس الأعلى للقضاء ويضم رجالاً من كبار القضاة في المملكة وصفوتهم، وتتوج هذه الإرادة بتصديق ولي الأمر بصدور القرار النهائي منه في شكل أمر ملكي.

وتعيين رجال القضاء بقرار من ولي الأمر بناء على ترشيح من يوثق برأيهم من كبار القضاة هي الطريقة التي تقرها الشريعة الإسلامية في هذا الشأن.

وجه الحصانة في مجال التعيين في النظام:

مما لا شك فيه أن تعيين القضاة في المملكة على هذا النحو المتقدم يشكل حصانة واستقلالاً للقاضي لا يتحقق بغيره من الطرق الأخرى التي سبق ذكرها؛ لأن القاضي لا يدين بالفضل لأحد من الناس في تعيينه؛ لأنه إنما تم بناء على كفاءته وجدارته واستحقاقه، لبعد أن يكون الاختيار من قبل أعضاء المجلس الأعلى للقضاء بناء على مجاملة أو غيرها؛ لا لكونهم معصومين عن الخطأ؛ ولكن لإدراكهم عظم الجناية والخطيئة في إدخال هذا المنصب من ليس أهلاً له، وعدم قدرته على القيام به.

المطلب الثاني:

الاستقلال في العمل:

يقصد بالاستقلال هنا: أن يقوم القاضي بتقرير الحكم الذي يراه موافقاً للحق، دون أن يكون هناك أي تأثير عليه، سواءً فيما يخص وظيفته أو مرتبه أو غير ذلك من وجوه التأثير.

وسوف نتناول هذه الحصانة في فرعين مستقلين:

الفرع الأول: الاستقلال في العمل في الفقه:

استقلال القاضي في عمله يعتبر من أبرز الحصانات والضمانات التي تعين القاضي

على الحق والعدل، وهو فرع عن أهم مبادئ القضاء وهو مبدأ الاستقلال في القضاء. وما يدل على استقلال القاضي في عمله ما ورد عن النبي - صلى الله عليه وسلم - عندما بعث معاذاً إلى اليمن، وقال: (كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟) قال: بكتاب الله، قال: (فإن لم تجد؟) قال: بسنة رسول الله، قال: (فإن لم تجد؟) قال: أجتهد رأيي ولا ألو، فضرب رسول الله صدره، وقال: (الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله).» أخرجه أبو داود والترمذي. وأحمد ووجه الدلالة من الحديث: إقرار النبي - صلى الله عليه وسلم - لمعاذ في تقرير حكمه عند عدم النص، من اجتهاده، دون تدخل من أحد.

وهكذا كان الخلفاء من بعده لا يقبلون التدخل في القضاء، ويرون أن القاضي مستقل في عمله، وما جاء في خطاب عمر بن الخطاب إلى القاضي شريح.. «ما في كتاب الله وقضاء النبي فاقض به فإن أتاك ما ليس في كتاب الله ولم يقض به النبي فما قضى به أئمة العدل فأنت بالخيار إن شئت أن تجتهد رأيك وإن شئت تؤامرني ولا أرى في مؤامرتك إياي إلا أسلم لك».

وما لاشك فيه ولا مرية أن هذه الحصانة شاملة لمنع تدخل أي من السلطتين التنفيذية والتنظيمية في عمل القاضي، إلا فيما يخص الجوانب التنظيمية التي لا تتعلق بالأحكام وإنما ترجع إلى الترتيب والتنظيم الذي تتطلبه جميع مرافق الدولة.

والقضاء بالنسبة للقاضي من الأمور الدينية التي يحاسب عليها، وبالتالي فمن حقه أن يرفض التدخل في عمله لأنه هو وحده المحاسب عليه إن خيراً فخير وإن شراً فشر، وليس للقاضي أن يتنازل عن استقلاله في عمله؛ لأنه لا يملك ذلك؛ لكونه ليس من الحقوق الشخصية الخاصة به.

الفرع الثاني: الاستقلال في العمل في النظام:

أما الأنظمة فقد جاءت متتالية لتأكيد واقع هذا الاستقلال للقضاء والقضاة، وأن هذا الاستقلال يشكل حصانة عظيمة للقاضي تحميه من جميع أشكال التدخل.

وقد أكدت الأنظمة استقلال القاضي في عمله من وجوه متعددة، هي:

أولاً: النص على استقلال القاضي في عمله وأنه ليس لأحد التدخل في القضاء، وقد جاء ذلك في المادة الأولى من نظام القضاء: «القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، وليس لأحد التدخل في القضاء».

وبالضرورة فإن هذه المادة شاملة لاستقلال القاضي عن السلطتين التنفيذية والتنظيمية، ولا يحق لأحد المسؤولين في الدولة أن يتدخل في أعمال القضاء، أو أن يكون له

امتياز وأفضلية على غيره.

ثانياً: عدم إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين:

الأصل الشرعي أن القاضي يجب أن يحكم بالنص الشرعي، ويجتهد عند عدم النص إذا توافرت فيه شروط الاجتهاد، لعموم الأدلة الدالة على وجوب الحكم بالنص الشرعي وقد سبقت الإشارة إلى شئ منها.

وقد تطور الأمر حيث أصبح القضاة يتقيدون بمذهب معين يرجعون إليه في تقرير أحكامهم، ولما افتتح الملك عبدالعزيز، الجزيرة عمل على إزالة هذا التقيد بحكمة وروية، فكان من جملة خطابه في ذلك قوله: «لانتقيد بمذهب دون آخر، ومتى وجدنا الدليل القوي في أي مذهب من المذاهب الأربعة رجعنا إليه، وتمسكنا به...».

وقد صدر قرار الهيئة القضائية عدد ٣ في ٧ / ١ / ١٣٤٧ هـ المقترن بالتصديق العالي بتاريخ ٢٤ / ٣ / ١٣٤٧ هـ، ونص على ما يلي:

«فقرة (أ): أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل نظراً لسهولة مراجعة كتبه، والتزام المؤلفين على مذهبه ذكر الأدلة إثر مسأله.

فقرة (ب): إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسأله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة...».

نلاحظ من خلال ما تقدم عدم التضييق على القاضي بالإلزام بمذهب معين، وإنما إرشاد له إلى الأخذ بالمذهب الحنبلي، وإلا بما يراه يحقق المصلحة، وهذا من أبرز الحصانات للقاضي فيما يخص استقلاله بالعمل وعدم التضييق عليه في أحكامه، والتي هو مختص بإصدارها وهي من الدين الذي سيحاسب عليه.

ثالثاً: مما يدل على حصانة القاضي في عمله في النظام السعودي تحريم التدخل في القضاء من قبل الوزراء ومن في مرتبتهم وجعل ذلك جريمة يعاقب عليها:

فقد نص نظام محاكمة الوزراء الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٨٨ وتاريخ ٢٢ / ٩ / ١٣٨٠ هـ

في المادة الخامسة على ما يلي:

« مع عدم الإخلال بما ينص عليه أي نظام آخر، يُعاقب بالسجن لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات، المُتهم بموجب أحكام هذا النظام، إذا أرتكب إحدى الجرائم الآتية:....

٦- التدخّل الشخصي في شؤون القضاء والهيئات والدوائر الحكومية».

والحكمة من النص على هذه الفئة من الموظفين؛ ما يتمتعون به من سلطة ونفوذ يخشى أن تؤثر على القاضي في عمله، وفي هذا دليل على قوة هذه الحصانة. رابعاً: من وجوه استقلال القاضي في عمله في النظام السعودي: إنشاء جهة قضائية عليا تتولى شؤون القضاء والقضاة:

عهد نظام القضاء أمر القضاة وشؤونهم من ترقية وندب وغيرها إلى المجلس الأعلى للقضاة الذي يتكون من كبار رجال القضاء في المملكة وأكثرهم خبرة ودراية، وفي هذا تأكيد لاستقلال القاضي في عمله، وأنه لا يرجع إلا إلى السلطة القضائية وهذه إضافة أخرى إلى حصانة القاضي في ممارسة عمله حيث لا سلطان للسلطات الأخرى على القاضي.

حيث جاء في المادة الثامنة والخمسين من نظام القضاء النص على ذلك:

« مع عدم الإخلال بما للقضاء من حياد واستقلال، وبما للمجلس الأعلى للقضاء من حق الإشراف على المحاكم والقضاة وأعمالهم، يكون لرئيس كل محكمة حق الإشراف على قضائهم وحق تنبيههم إلى ما يقع منهم مخالفاً لواجباتهم أو مقتضيات وظائفهم بعد سماع أقوالهم. ويكون التنبيه مشافهة أو كتابة، وفي الحالة الأخيرة تبلغ صورة منه للمجلس الأعلى للقضاء. ويجوز للقاضي الاعتراض أمام المجلس - كتابة - على التنبيه الصادر إليه كتابة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه. فإن تكررت منه المخالفة أو استمرت تتم محاكمته تأديبياً».

المطلب الثالث:

الحصانة ضد العزل:

وتتضح أهمية هذه الحصانة للقاضي، لأن أخطر ما يواجهه القاضي في ممارسة عمله هو التلويح والتعريض له بالعزل والتنحية، مما يؤدي إلى اختراق استقلال القاضي والتأثير عليه ثم على العدالة.

وكما أن هذه الحصانة ضمان للقاضي فهي ضمان للمتقاضي كذلك، وضمنان لحسن سير مرفق العدالة سيراً حسناً.

ومما يجدر التنبيه إليه أن هذه الحصانة لا تعني أن القاضي مالكاً لهذا المنصب، وإنما إذا وجدت أسباب العزل فإنه يعزل.

الفرع الأول: الحصانة ضد العزل في الفقه:

لا خلاف بين الفقهاء في أن القاضي إذا تغيرت حاله، وزالت أهليته بجنون أو فسق أو مرض أو غير ذلك مما يشترط في القاضي فإنه يجوز عزله. وأساس هذا العزل أن يكون لمصلحة تحققت شروطها، ولسبب يقتضي العزل من جنون ونحوه مما ذكر.

أما إذا كان القاضي قد توافرت فيه الشروط ولم يرتكب ما يوجب العزل، فقد اختلف الفقهاء في جواز عزله من عدمه على قولين: القول الأول: يذهب إلى عدم جواز عزل القاضي مع سداد حاله ووجود أهليته وكفايته للقضاء.

وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في رواية. وهو الراجح.

القول الثاني: يجوز عزل القاضي حتى مع توافر أهليته، سواءً عزله الإمام لريبة أو بدون ريبة.

وهو مذهب الحنفية، والحنابلة في وجه، والظاهرية. أدلة القول الراجح:

استدل الجمهور بعدد من الأدلة، منها:

الدليل الأول: أن تولية القاضي تمت لمصلحة المسلمين، فلا يملك عزله مع سداد حاله، كما لو عقد النكاح الولي على موليته فليس له فسخه.

الدليل الثاني: أن القاضي بتقلده القضاء صار قاضياً من جهة الله تعالى، فلا ينعزل بعزل الخليفة.

الدليل الثالث: عزل القاضي دون سبب عبث، وتصرفات ولي الأمر إنما تبنى على المصلحة، كما دلت على ذلك القاعدة الشرعية.

الدليل الرابع: القاضي وكيل ونائب عن المسلمين، ولا يجوز عزل الوكيل إذا تعلق بالوكالة حق الغير.

الفرع الثاني: الحصانة ضد العزل في النظام:

أسس نظام القضاء السعودي مبدأ حصانة القضاة ضد العزل في صدر النظام، حيث جاء في المادة الثانية: «القضاة غير قابلين للعزل إلا في الحالات المبينة في هذا النظام».

وأكد هذا المبدأ في المادة السادسة والأربعين: «فيما عدا الملازم القضائي ومن يعين ابتداءً تحت التجربة، لا يعزل عضو السلك القضائي إلا بناءً على الأسباب المنصوص

عليها في الفقرات (و، ز، ح) من المادة التاسعة والستين من هذا النظام، ووفقاً للإجراءات الواردة فيه».

وقد حرصت المملكة العربية السعودية على تقرير حصانة القضاة ضد العزل، كما هو الحال في معظم بلدان العالم، وقد جاءت المادة الثانية بذلك المبدأ شاملة جميع أعضاء السلك القضائي، واستثنت المادة السادسة والأربعون الملائم القضائي ومن يعين تحت التجربة من هذا المبدأ، وذلك للتحقق من صلاحيتهم لتحمل العمل القضائي. وقد حصر المنظم السعودي حالات العزل للقاضي، حتى لا تكون مجالاً للاجتهاد والرأي، فيبعد القاضي عن عمله بحجة النظام، بل قام بحصر حالات العزل، ليبين أن ما عدا ذلك لا يجوز عزله، وهو فعل حسن وصنيع يذكر فيشكر، حرصاً على سد كل ما يؤدي إلى الإخلال بالعدالة.

حالات عزل القاضي في النظام السعودي:

نص النظام على هذه الحالات في مواد متعددة، وبيانها كما يلي:

١- عدم الصلاحية من الملائم القضائي والقاضي المعين تحت التجربة، في المدة المقررة في المادة الرابعة والأربعين، ونصها: «١- تكون مدة التجربة للملائم القضائي سنتين، من تاريخ مباشرته العمل بعد صدور قرار من المجلس الأعلى للقضاء بتعيينه على هذه الوظيفة. فإن رئي خلال هذه المدة عدم صلاحيته للقضاء، يصدر المجلس الأعلى للقضاء قراراً بالاستغناء عنه في السلك القضائي».

٢- يكون من يعين من القضاة ابتداءً تحت التجربة لمدة عام، وإذا لم تثبت صلاحيته خلال هذه المدة تنهى خدمته بأمر ملكي.

والدليل على العزل في هذه الحالة ما سبق ذكره في المادة السادسة والأربعين.

وتخصيص فترة الصلاحية للملائم القضائي بستتين قرار صائب وحكيم، وذلك لصغر السن في الغالب، حيث يراد التأكد من صلاحيته بدقة، وذلك بخلاف من يعين قاضياً ابتداءً، حيث لا يحتاج إلى هذه المدة، بل يكفي بسنة واحدة، يظهر من خلالها صلاحيته من عدمها.

٢- من حالات العزل للقاضي التي نص عليها النظام، العزل بالطريق التأديبي، وهذا ما ورد في المادة السادسة والستين: «العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على القاضي هي اللوم وإنهاء الخدمة».

وورد في المادة التاسعة والستين: تنتهي خدمة عضو السلك القضائي بأحد الأسباب

الآتية:...

ح - إنهاء خدمته لأسباب تأديبية».

وهذه الحالة قد أحاطها المنظم بكثير من الضمانات بما يكفل عدم استخدامها للإساءة للقضاة، مما يبين اهتمام النظام السعودي بحصانة القاضي ضد العزل، وضمانات هذه الحالة هي:

أ) تشكيل دائرة للتأديب، كما في المادة (٥٩).

ب) لا بد أن يصدر بأمر ملكي، كما في المادة (٦٧).

٣- العجز الصحي، كما في المادة (٦٩).

٤- عدم صلاحية القاضي بناءً على تقارير الكفاية التي تقدم من التفيش القضائي، كما في المادة (٦٩).

وهذه الحالة ضمان للعدالة، لكي لا يستمر في القضاء من ليس قادراً عليه، وفيها كذلك جبر وإصلاح لما يقع في اختيار القضاة من خطأ غير مقصود.

وهناك أسباب أخرى تنتهي بها خدمة القاضي بغير العزل، وهي على سبيل الإجمال:

« تنتهي خدمة عضو السلك القضائي بأحد الأسباب الآتية:

أ - بلوغه سن السبعين.

ب - الوفاة.

ج - قبول استقالته.

د - قبول طلبه الإحالة على التقاعد طبقاً لنظام التقاعد المدني» كما في المادة (٦٩).

اعتراض والجواب عنه:

وقد يعترض بأن الأخذ بهذه الحصانة قد يؤدي إلى حماية غير الأكفاء من القضاة، أو من يسلكون مسلكاً يزري بشرف المهنة، وينقص من هيئته وكرامته.

والجواب عن ذلك: أن حسن اختيار القضاة يضمن الحصول على النوعية المطلوبة ممن تتوفر فيهم الكفاءة، وكذلك المحاكمة التأديبية تكفل التخلص من غير الكفاء ومن

يرتكب ما يندس شرفهم وشرف مهنتهم التي يبارسونها.

والتي هي من أشرف المهن وأعلاها قدراً وأجراً، ويكفي فيها أنها من وظائف الأنبياء

والصالحين من عباد الله في تاريخ الأمة الإسلامية.

المطلب الرابع:

الحصانة ضد نقلهم من وظائفهم:

الفرع الأول: الحصانة ضد نقلهم من وظائفهم في الفقه:

لم أقف على من صرح من الفقهاء بمنع نقل القاضي أو ترقيته ونحوه، ولم أجد

كذلك من ذكر ذلك عن الفقهاء من المتأخرين، ولعل السبب - في نظري - أن مثل هذه المسائل - النقل والترقية والندب - لم تكن معروفة لدى الفقهاء، أو لم تكن ذات حضور في وقتهم، فلذلك لم يتطرقوا لها بالنص عليها.

على أن كلام الفقهاء عن العزل شامل للنقل، لأن النقل أو الترقية كما أسلفنا إنما هو صورة من صور العزل المغلف، فهو إقصاء للقاضي عن عمله، لكن هذا الإقصاء قد تم بطريقة أكثر أدباً من العزل، وأبعد عن إثارة العامة والناس.

فلذلك نقول أن الفقهاء أقرروا حصانة القاضي ضد العزل، ولما كان النقل داخل في العزل باعتبار مآله، حيث أنه بطبيعته إبعاد للقاضي عن وظيفته القضائية، كان في حكم العزل عند الفقهاء، فهو من باب الإلحاق.

الفرع الثاني: الحصانة ضد نقلهم من وظائفهم في النظام:

نبين هنا واقع النظام السعودي في هذه الحصانة.

نص نظام القضاء على هذه الحصانة في المادة الثالثة:

« مع عدم الإخلال بحكم المادة التاسعة والأربعين من هذا النظام، لا ينقل القضاة إلى وظائف أخرى إلا برضاهم أو بسبب ترقيتهم ووفق أحكام هذا النظام.»

فهذه المادة قررت حصانة القاضي في هذا المجال، لئلا يتخذ ذلك ذريعة للضغط على القاضي أو تهديده، وجعلت هناك ضماناً للقاضي إذا أراد النقل، وذلك بأن لا يتم هذا النقل إلا بناءً على رضاه، وفي ذلك ضمان لتثبيت القضاة واستقرارهم في مراكزهم، وفيه حفظ لكرامتهم وهيبتهم .

وبموافقة المجلس الأعلى للقضاء إذا كان النقل داخل السلك القضائي، وبأمر ملكي إذا كان خارج السلك القضائي، وهذا هو الوارد في المادة التاسعة والأربعين :

« لا يجوز نقل أعضاء السلك القضائي أو ندمهم داخل السلك القضائي إلا بقرار من المجلس الأعلى للقضاء. كما لا يجوز نقل أعضاء السلك القضائي أو ندمهم أو إعارتهم خارج السلك القضائي إلا بأمر ملكي بناءً على قرار من المجلس الأعلى للقضاء تحدد فيه المكافأة المستحقة للقاضي المندوب أو المعار، وتكون مدة الندب أو الإعارة سنة واحدة قابلة للتجديد لسنة أخرى. على أنه يجوز لرئيس المجلس الأعلى للقضاء في الحالات الاستثنائية أن يندب أحد أعضاء السلك القضائي داخل السلك أو خارجه لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر في العام الواحد.»

وتضمنت هذه المادة أيضاً الندب والإعارة، لكي لا تتخذ وسيلة لإبعاد القاضي أو التأثير عليه كالنقل، وألزمت هذه المادة تحديد المكافأة المستحقة والمدة وهذه ضمانات

أخرى لكي لا تكون المكافأة ذريعة للمزايدة أو النقصان ونحوه مما يؤثر على استقلال القاضي، ويراد من ذلك إبعاد كل ما من شأنه التأثير على القاضي سواء كان مالياً أو غيره، وإبعاد تدخل السلطة التنفيذية حيث جعل تحديد مبلغ المكافأة من قبل المجلس الأعلى للقضاء.

ومما يؤكد عليه أن ندب القاضي أو نقله إلى عمل خارج السلك القضائي يتعين فيه أن يكون إلى جهة لا تتعارض مع عمل القاضي، وأن يكون مما يكسبه خبرة ومهارة في مجال عمله القضائي.

ولا بد أن يكون النقل بموافقة القاضي، وهذا ما جاء في المادة الثالثة من النظام: «مع عدم الإخلال بحكم المادة التاسعة والأربعين من هذا النظام، لا ينقل القضاة إلى وظائف أخرى إلا برضاهم أو بسبب ترقيتهم ووفق أحكام هذا النظام».

- ومما هو لصيق بالنقل ومناسب أن يذكر معه، الترقية:

يتكون السلك القضائي من عدد من الدرجات يعلو بعضها فوق بعض، والترقية قد تتخذ وسيلة للتدخل في أمور القضاء، إذا لم توضع قواعد تحول دون ذلك، حيث من الممكن أن يرقى من لا يستحق الترقية، ويترك من يستحقها.

فمن أجل ذلك عالج هذه المسألة نظام القضاء وبين أن الترقية لا تتم إلا بأمر ملكي وبناءً على الأقدمية ثم على تقارير الكفاية ثم على السن كما في المادة (٤٧) من نظام القضاء، ولا شك أن هذا ضمان للقاضي وراحة لضميره من أن يهضم حقه أو يقدم عليه أحد، مما يساعده على التفرغ والانصراف إلى القضاء بين الناس.

المبحث الثاني:

الحصانة الجنائية:

المطلب الأول:

الحصانة الجنائية في الفقه:

أن الحصانة الجنائية التي تقرها التشريعات المعاصرة والمتمثلة بالحصانة ضد القبض والتفتيش والحجز وما إلى ذلك لم ترد عند الفقهاء وليس لها ذكر في مصنفاتهم، وذلك حسب ما وقفت عليه.

وهذا مما جعل بعض المؤلفين يقول: «لا تعرف الشريعة الإسلامية نظاماً خاصاً للمسؤولية الجنائية لرجال القضاء، فالقضاة شأنهم شأن سائر الناس يخضعون لأحكام الحدود والقصاص والتعزير بلا تفرقة، فلم نقف في مصنفات الفقه الإسلامي التي عرضت للمبحث في القضاء عن انفراد رجال القضاء بأحكام خاصة بالنسبة للمسؤولية

الجنائية وتوقيع العقاب».

ولعل المؤلف الكريم التبس عليه التفريق بين إعفائهم من المسؤولية الجنائية وبين جعل إجراءات خاصة بهم في القضايا الجنائية، فالأول وهو الإغفاء لا تقره الشريعة الإسلامية بل الجميع يجيب عليهم النزول لحكم الله عز وجل وحكم رسوله - صلى الله عليه وسلم -، ولا تفرقة بين القاضي والوالي والعبد الضعيف، وهذا ما جاءت الشريعة به، كما ورد في حديث عائشة - رضي الله عنها - : أن قريشا أتهمهم المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا من يكلم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ومن يجترئ عليه إلا أسامة حب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فكلم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال (أتشفع في حد من حدود الله) . ثم قام فخطب، قال: (يا أيها الناس إنما ضل من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها). «رواه البخاري ومسلم».

والفقهاء تعرضوا لهذه الحصانة لكن بصورة كانت معروفة أو سائدة لديهم، وهي حماية القاضي من كيد الخصوم له عند الوالي أو غيره، ولا شك أن الحصانة الجنائية المعروفة في النظم المعاصرة إنما يقصد منها حماية القاضي من الكيد، حتى في حالة ارتكابه للمخالفة أو الجريمة حيث يمكن أن تكون صورة الكيد بتضخيم ما عمله أو زيادة ما لم يعمل، سواء اتخذ هذا الكيد بصورة تفتيش أو حبس أو غير ذلك، فالصور متعددة، والمقصد واحد وهو الكيد للقاضي، والعلاج هو إغفاء الحصانة الجنائية عليه بالصورة التي لا تخالف الشرع . وحماية القاضي من الكيد، لا تعني أنه بمنأى عن العقاب؛ لأن ذلك ليس على إطلاقه، وإنما قصد من هذه الحصانة إحاطة القضاة بضمانات تتمثل في سلوك الدقة في تحقق الاتهام وأخذ الحيلة والحذر خشية الاتهامات الكيدية أو الممارسات الجائرة .

المطلب الثاني:

الحصانة الجنائية في النظام:

ليس في نظام القضاء السعودي قواعد خاصة يتميز بها رجال القضاء عن غيرهم بالنسبة للأحكام الموضوعية في الحصانة الجنائية، أما بالنسبة للقواعد الإجرائية الخاصة بالتحقيق والمحاكمة والقبض والتفتيش ونحوها من الإجراءات الجنائية فقد وردت في النظام.

وهذا يعني أن نظام القضاء السعودي لم يتضمن النص على إعفاء القضاة جنائياً؛ لتحريمه كما سبق، وإنما تضمن وضع قواعد خاصة في القبض والتفتيش والحبس مما

يساعد على حفظ كرامة القضاة وعدم الإساءة إلى المرفق القضائي بأكمله، وحمائته من كيد المتربصين.

وقد أجملت المادة الثامنة والستون أحكام هذه الحصانة، كما يلي:

« يجب عند القبض على عضو السلك القضائي وتوقيفه - في حالة تلبسه بجريمة - أن يرفع أمره إلى المجلس الأعلى للقضاء خلال أربع وعشرين ساعة من القبض عليه. وللمجلس أن يقرر إما استمرار توقيفه أو الإفراج عنه بكفالة أو بغير كفالة. ولعضو السلك القضائي أن يطلب سماع أقواله أمام المجلس عند عرض الأمر عليه. ويحدد المجلس مدة التوقيف في القرار الذي يصدر بالتوقيف أو باستمراره. وتراعى الإجراءات السالف ذكرها كلما رئي استمرار التوقيف بعد انقضاء المدة التي قررها المجلس. وفيما عدا ما ذكر، لا يجوز القبض على عضو السلك القضائي أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق معه أو رفع الدعوى الجزائية عليه، إلا بإذن من المجلس، ويوقف أعضاء السلك القضائي وتنفذ العقوبات المقيدة لحربتهم في أماكن مستقلة».

المبحث الثالث:

الحصانة المدنية:

القاعدة السائدة هي أن كل من عمل عملاً، أو أصدر قولاً أو حكماً فإنه مسؤول عنه، لكن لما كان الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها بالنسبة للقاضي، في علاقته مع الخصوم، يؤدي إلى العنت والمشقة للقاضي وإلى كثرة دعاوى التعويض على القاضي، مما يسبب نفرة عن هذا المنصب قامت الحاجة إلى إيجاد حصانة في هذا الشأن، وهي ما تعرف بالحصانة المدنية، ويقصد بهذه الحصانة: عدم مخاصمة القاضي بسبب ما يصدره من أحكام على الناس، إذا كانت تلك الأحكام صادرة عن اجتهاد وطلب للحق. أما إذا تعمد الجور أو الغش أو نحو ذلك فلا حصانة له، بل عليه العقوبة والضمان ونحو ذلك مما يرد تفصيله.

المطلب الأول:

الحصانة المدنية في الفقه:

ذكر الفقهاء أن القاضي إذا أخطأ في حكمه بغير تعمد فلا مؤاخذه عليه، والدليل على ذلك حديث عمرو بن العاص: أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر) «أخرجه البخاري ومسلم».

وقد بين الفقهاء أن القاضي لا يخاصم بسبب حكمه الذي أصدره إذا لم يعتمد الجور والظلم، وهذه هي الحصانة المدنية التي تقرها النظم المعاصرة. ويترب على هذه الحصانة أن القرارات القضائية لا يجوز أن تكون عرضة للمناقشة والتقييم، من قبل السلطات الأخرى، فالخطأ القضائي إذا وجد يصحح بطريقة محددة كالطعن بالحكم أمام المحكمة الأعلى درجة.

والحكمة من هذه الحصانة: أن القاضي لو حوسب على أخطائه غير المتعمدة وغير المقصودة، فإن الإقبال على القضاء سيكون ضعيفاً، بل قد يتوقف، مما يؤدي إلى تعطيل مرفق القضاء، مما يسبب ضرراً على المجتمع وأمنه واستقراره.

أما إذا تعمد القاضي الجور والظلم فقد اتفق الفقهاء على مؤاخذه بذلك، وأنه آثم وأن مخاصمته جائزة، مما يعني رفع الحصانة عنه.

والخلاصة أن الفقهاء لا يجيزون مخاصمة القاضي بسبب حكمه، إذا لم يعتمد الجور والظلم، وأما إذا تعمد فتجوز مخاصمته ويجب عليه الضمان، وهذه هي الحصانة المدنية.
المطلب الثاني:

الحصانة المدنية في النظام:

الأصل في النظام أن القاضي لا تجوز مخاصمته بسبب عمله، لأنه يستخدم حقاً نظامياً، وهذا ما دام القاضي معتدلاً في أحكامه باذلاً جهده في سبيل التعرف على الحكم الصحيح، وإيصال الحق إلى أصحابه دون شطط أو حيف.

ومع هذا قررت التشريعات حالات استثنائية يتم فيها مخاصمة القضاة، حماية للمتضرر، ومحاسبة لمن لا يقدر شرف مهنته التي يقوم بها من القضاة، وهذه الحالات تكون في حالة انحراف القاضي عن واجبات وظيفته أو استخدام هذه الواجبات استخداماً غير مشروع.

وتقوم النظم الحديثة على طريقتين في مخاصمة القضاة، وهما:

الطريق الأول:

تحديد الحالات التي يسأل عنها القاضي مدنياً، وتتباين النظم في هذه الحالات، إلا أن السائد هو النص على الحالات التالية:

١- الغش والتدليس والغدر:

ويقصد بالغش والتدليس: الانحراف الذي يرتكبه القاضي أثناء أدائه وظيفته بسوء نية، إما محاباة لأحد الخصوم، أو نكاية به، أو تحقيق مصلحة.

وهناك من يرى أن النص على الغش والغدر زيادة لا مبرر لها، وأن النص على

التدليس كافٍ، لشموله جميع صور الانحراف عن العدالة بسوء نية.

٢- الخطأ المهني الجسيم:

والمقصود به: الخطأ الفاضح الذي يصل إلى درجة كبيرة من الجسامة ولا يمكن أن يقدم عليه القاضي المتبصر.

٣- إنكار العدالة:

ويقصد بذلك: امتناع القاضي عن الحكم في القضية بعد اتصاحها، ولا بد أن يكون هذا الامتناع بسوء نية، أما إذا كان الامتناع لبحث الحكم أو التأكد من بينة أو نحو ذلك مما هو من لوازم الحكم، فهذا لا يعد تنكراً للعدالة، بل هو عين العدالة، على أن التفريق بين الحالتين يحتاج إلى دقة وروية وتبصر.

الطريق الثاني:

خصومة خاصة لا تخضع لكل القواعد العامة في الخصومة، حيث يتعين في هذا الطريق اتباع إجراءات معينة ومعقدة إلى حد ما، تجعل الخصم يتردد قبل رفعها، وذلك لمزيد إحاطة كرامة القاضي بكل الضمانات.

بعد هذه المقدمة عن هذه الحصانة، نشعر في بيان ما عليه الحال في نظام القضاء السعودي:

نص نظام القضاء على الحصانة المدنية للقضاة في المادة الرابعة:

« مع عدم الإخلال بحكم المادة الثامنة والستين من هذا النظام، لا تجوز محاكمة القضاة - بسبب أعمال وظيفتهم - إلا وفق الشروط والقواعد الخاصة بتأديبهم».

ومن خلال المادة الرابعة المقررة للحصانة المدنية، يظهر أن نظام القضاء السعودي قد أقر هذه الحصانة دون التعرض لإجراءات وحالاتها، وإنما أحال فيها على الدعوى التأديبية، والدعوى التأديبية لا يجوز رفعها أو السير فيها إلا بإذن من المجلس الأعلى للقضاء، وبالضرورة وحسب إحالة المادة الرابعة، فإن محاكمة القضاة لا بد فيها من إذن المجلس، وإجراءات وحالاتها أمر موكول إلى المجلس الأعلى للقضاء، دون تقييد بحالات معينة أو إجراءات محددة، وبالطبع فإن المجلس سيرجع إلى ما تقضي به الشريعة الإسلامية.

المبحث الرابع:

تقييم أقسام حصانة القاضي:

من خلال ماسبق نلاحظ أن حصانة القاضي تنقسم إلى ثلاثة أقسام رئيسة:

١- حصانة إدارية.

٢- حصانة جنائية.

٣- حصانة مدنية.

وأن الحصانة الإدارية تستهدف الأمان الوظيفي والعملي.
والحصانة الجنائية تستهدف حماية شخص القاضي مما يؤثر عليه، وعلى استقلاله.
أما الحصانة المدنية فهي تستهدف حماية الحكم القضائي من الانحراف به عن الحق، خشية المخاصمة، مع استهدافها حماية القاضي من الكيد.

الفصل الثالث:

زوال الحصانة.

وهو ما يشمل على أسباب زوال هذه الحصانة المذكوره وذلك في هذه المباحث التالية:
المبحث الأول:

زوال الحصانة بانتهاء الخدمة:

تزول الحصانة عن القاضي بانتهاء خدمته، وتوقفه عن القضاء؛ لأن استحقاق الحصانة كان بسبب قيام القاضي بالفصل بين الناس، واحتياجه إلى الحصانة عند القيام بهذه المهمة أمر ضروري .

فلما انتهت المهمة التي استوجب بها الحصانة زالت تلك الحصانة عنه؛ لزوال سببها، وكما هو معلوم فإن كل ما وجب لسبب يبطل بزوال سببه.
ولا يعني زوال الحصانة عند انتهاء خدمة القاضي، نقض أحكامه السابقة أو نحو ذلك، بل زوال الحصانة يعني عدم التمتع بها فيما يستقبل من الزمان.
وزوال الحصانة قد يكون لانتهاء خدمة القاضي وهو ما يعد زوالاً طبيعياً؛ لانتهاء ولاية القاضي في القضاء، وهذه هي السنة الكونية في الحياة الدنيا، إذ كل شئ إلى زوال واضمحلال.

ولابد هنا من معرفة أسباب انتهاء الخدمة، لكي نعرف متى تزول الحصانة عن القاضي، وذلك لارتباط زوال الحصانة بأسباب انتهاء الخدمة.

أسباب انتهاء خدمة القضاة:

نصت المادة التاسعة والستون من نظام القضاء على هذه الأسباب ونصها:

«تنتهي خدمة عضو السلك القضائي بأحد الأسباب الآتية:

أ - بلوغه سن السبعين.

ب - الوفاة.

ج - قبول استقالته.

د - قبول طلبه الإحالة على التقاعد طبقاً لنظام التقاعد المدني.

هـ- عدم صلاحيته للقضاء وفقاً لحكم المادة الرابعة والأربعين من هذا النظام.
 و- عجزه عن مباشرة عمله بعد انقضاء الإجازة المرضية، أو أن يظهر في أي وقت أنه لا يستطيع لمرضه القيام بوظيفته على الوجه اللائق.
 ز- حصوله على تقدير أقل من المتوسط في تقرير الكفاية ثلاث مرات متتالية.
 ح- إنهاء خدمته لأسباب تأديبية».

وسوف نتناول هذه الأسباب بشيء من الإجمال:

زوال الحصانة عن القاضي عند الفقهاء:

لم يتطرق الفقهاء إلى هذا المصطلح في مؤلفاتهم، والذي أنبه عليه هنا أن لا يفهم من خلال العنوان الذي ذكرته - زوال الحصانة عند الفقهاء - أي أحاول لي النصوص الفقهية وتطويعها والخروج بها عن دالاتها؛ لكي توافق النظام، وكلا وحاشا بل هي محاولة لتقريب المعنى عن طريق الألفاظ.

تكلم الفقهاء - رحمهم الله - عن حكم أقوال القاضي بعد عزله فيما قضى به قبل العزل، ومعلوم أن قوله قبل العزل مقبول، وإلا لم تصح أحكامه، ولكن الفقهاء ذكروا أن عدم قبول قوله بعد عزله لزوال ولايته التي كان يستمد منها القبول والحكم بين الناس.

وقد يتبادر إلى الذهن سؤال مفاده: ما هو الرابط بين الحصانة وبين ما ذكره الفقهاء من عدم قبول قول القاضي بعد زوال ولايته؟
 والجواب عن ذلك:

أن قبول قول القاضي أثناء عمله من مظاهر الاستقلال في العمل، وهو من الحصانة الإدارية، وعدم قبول كلامه بعد ترك القضاء مما يدل على زوال تلك الحصانة عنه، وهذا ما ذكره الفقهاء.

ووجه آخر أيضاً: وهو أن الحصانة وضعت لحماية للحكم القضائي، فلما لم يقبل حكم القاضي بعد ترك القضاء، زالت الحصانة التي وضعت من أجل الحكم.
المبحث الثاني:

زوال الحصانة عند التلبس بالجريمة:

نزول الحصانة عن القاضي عند تلبسه بالجريمة، وما ذاك إلا لأن القضاة بشر وهم عرضة لارتكاب أفعال تقع تحت طائلة المساءلة الجنائية، ولذلك جاءت معظم النظم القضائية برفع الحصانة وزوالها عن القاضي عند التلبس بالجريمة.
 والسبب في زوال الحصانة في حالة التلبس بالجريمة: ما تقتضيه حالة التلبس من دواعي

الاستعجال في مباشرة إجراءات التحقيق مع القاضي، وسرعة الكشف عن الجريمة بتفاصيلها.

وسبب آخر: وهو أن الحصانة لم تفرض للقاضي لأجل ارتكاب الجرائم وعدم المساءلة عنها، إذ لو كانت كذلك لكانت محرمة في شرع الإسلام.

وقد جاء نظام القضاء السعودي مشتملاً على حصانة القاضي الجنائية، وزوالها في حالة التلبس بالجريمة، وذكر ضمانات هذه الحالة، جاء في المادة (٦٨) مايلي:

« يجب عند القبض على عضو السلك القضائي وتوقيفه - في حالة تلبسه بجريمة - أن يرفع أمره إلى المجلس الأعلى للقضاء خلال أربع وعشرين ساعة من القبض عليه.

وللمجلس أن يقرر إما استمرار توقيفه أو الإفراج عنه بكفالة أو بغير كفالة. ولعضو السلك القضائي أن يطلب سماع أقواله أمام المجلس عند عرض الأمر عليه. ويحدد المجلس مدة التوقيف في القرار الذي يصدر بالتوقيف أو باستمراره. وتراعى الإجراءات السالف ذكرها كلما رئي استمرار التوقيف بعد انقضاء المدة التي قررها المجلس.

وفيما عدا ما ذكر، لا يجوز القبض على عضو السلك القضائي أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق معه أو رفع الدعوى الجزائية عليه، إلا بإذن من المجلس، ويوقف أعضاء السلك القضائي وتنفيذ العقوبات المقيدة لحريتهم في أماكن مستقلة».

وبعد أن عرفنا أن الحصانة تزول عن القاضي في حالة التلبس بالجريمة، يرد السؤال: عن معنى التلبس وحالاته وآثاره؟

معنى التلبس بالجريمة:

التلبس بالجريمة يقصد به: التقارب الزمني بين لحظة ارتكاب الجريمة ولحظة اكتشافها. والتلبس بمعناه الدقيق: هو التعاصر بين لحظة ارتكاب الجريمة ولحظة اكتشافها، ولكن معناه القانوني: هو التقارب بين اللحظتين، كما هو في التعريف الأول.

حالات التلبس بالجريمة:

وردت حالات التلبس بالجريمة محصورة في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، وهي كالتالي:

« تكون الجريمة متلبساً بها حال ارتكابها، أو عقب ارتكابها بوقت قريب، وتعد الجريمة متلبساً بها إذا تبع المجني عليه شخصاً، أو تبعته العامة مع الصياح إثر وقوعها، أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات، أو أسلحة، أو أمتعة، أو أدوات، أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها، أو إذا وجدت به في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك».

شروط صحة التلبس بالجريمة:

لابد لحالة التلبس من توفر شرطين هما:

١- مشاهدة حالة التلبس من قبل رجل الضبط الجنائي:

وقد جاء في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، ما يدل على ذلك، ونصه: المادة ٣١:

« يجب على رجل الضبط الجنائي - في حالة التلبس بالجريمة - أن ينتقل فوراً إلى مكان وقوعها ويعاين آثارها المادية ويحافظ عليها، ويثبت حالة الأماكن والأشخاص، وكل ما يفيد في كشف الحقيقة، وأن يسمع أقوال من كان حاضراً، أو من يمكن الحصول منه على معلومات في شأن الواقعة ومرتكبها، ويجب عليه أن يبلغ هيئة التحقيق والادعاء العام فوراً بانتقاله».

٢- أن تتم مشاهدة حالة التلبس بطريق مشروع:

لابد لقيام حالة التلبس أن تتم المشاهدة من قبل رجل الضبط الجنائي، بطريق مشروع، ووسيلة مشروعة، فلا يكون عن طريق التجسس أو مشاهدات يختلسها رجل الضبط الجنائي من خلال ثقوب المساكن، أو نحوها مما يخل بحرمة المساكن، وقد جاء في نظام الإجراءات الجزائية، ما يدل على مراعاة ذلك، ومنع تفتيش المساكن والأشخاص إلا بإذن.

وتعد المشاهدة مشروعة إذا تمت عن طريق الصدفة، أو حصلت عرضاً في مهمة أخرى مشروعة.

المبحث الثالث:

زوال الحصانة لدى دائرة التأديب:

المقصود بالتأديب:

المقصود به في مجال الوظيفة العامة، فقد عرف بعبارة تعاريف، منها:

أو هو «مجازاته - أي الموظف - من الناحية الإدارية، بسبب إخلاله ببعض الواجبات السلبية أو الإيجابية».

ويهدف التأديب إلى حماية الوظيفة العامة من العبث.

والخطأ الذي يقع من القاضي ويستحق به التأديب، يمكن تعريفه بأنه: كل فعل أو امتناع عن فعل يكون من شأنه الإخلال بواجبات الوظيفة، سواءً كان ارتكابه لهذا الفعل أثناء أداء الوظيفة أو خارجه في حياته الخاصة.

أسباب المسؤولية التأديبية لرجال القضاء:

من الممكن تلخيص أسباب المسؤولية التأديبية لرجال القضاء، بالأسباب التالية:

١- الإخلال بالواجبات الوظيفية:

فإذا ما أخل القاضي بالواجبات المفروضة عليه نظاماً، فإنه يستوجب بذلك التأديب، ومثاله: إفشاء سر المداولات، عدم المحافظة على الحضور والعمل، عدم الإقامة في البلد التي بها مقر العمل.

٢- الإخلال بالآداب الفاضلة والأخلاق الحسنة التي تنافي كرامة عمله:

والتي تجب على كل مسلم، ولكنها على القاضي أكد؛ لقيامه بهذا المنصب العظيم، وهذه الأخلاق ليست محصورة، بل هي راجعة إلى ما ذكره الفقهاء في أدب القاضي، وراجعة كذلك إلى أعراف الناس وعاداتهم.

٣- ما يتعلق بنشاط القاضي الخارجي الذي ورد النص النظامي بالمنع منه:

وذلك كمزاولة التجارة، أو الاشتغال بمهنة أخرى، مما لا يتفق مع استقلال الوظيفة القضائية وكرامتها، ونزاهتها.

والواقع أن تحديد أسباب المسؤولية التأديبية لرجال القضاء، يخضع لاعتبارات خاصة، لا تكون لغيرهم من الموظفين، مما يجعل دائرة المسؤولية التأديبية للقاضي أوسع من غيره من الموظفين، وما ذاك إلا لعظم الأمانة الملقاة على عاتقه.

تأديب القضاة في نظام القضاء السعودي:

وردت أحكام التأديب في نظام القضاء الحالي، وهي على سبيل الاختصار، وذلك كما يلي:

أولاً: الإشراف على القضاة:

للمجلس الأعلى للقضاء حق الإشراف على المحاكم وقضاةها، ولكل رئيس محكمة الإشراف على القضاة الذي يعملون لديه، وتنبههم إلى ما يقع منهم شفاهة أو كتابة، وللقاضي أن يتظلم أمام المجلس على التنبه الكتابي، خلال خمسة عشر يوماً من تبليغه، وإذا تكررت المخالفة أو استمرت فتمت محاكمته تأديبياً.

ثانياً: الجهة المختصة بالتأديب:

يختص بتأديب القضاة دائرة تشكل في المجلس الأعلى للقضاء، من ثلاثة قضاة من أعضاء المجلس المتفرغين، وتصدر قراراتها بالأغلبية، ولا تكون نهائية إلا بموافقة المجلس عليها.

وكون جهة التأديب من أعضاء السلك القضائي ضماناً كبيرة، من تدخل سلطات أخرى غير السلطة القضائية، وتحقيقاً لاستقلال القضاء.

ثالثاً: إقامة الدعوى التأديبية:

ترفع الدعوى التأديبية من رئيس التفتيش القضائي أو من ينيبه، بناءً على طلب من رئيس المجلس الأعلى للقضاء من تلقاء نفسه، أو بناءً على اقتراح من رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي، ولا بد قبل رفع الطلب من تحقيق إداري أو جزائي، من قبل قاضي لا تقل درجته عن قاضي استئناف، ويجب أن تشمل صحيفة الدعوى على المخالفة والأدلة المؤيدة لها، وتصدر الدائرة قرارها بدعوة القاضي للحضور أمامها، ولها أن تجري ما تراه لازماً من التحقيقات بعد إذن المجلس.

رابعاً: سير الدعوى التأديبية:

إذا رأت دائرة التأديب وجهاً للسير في الدعوى التأديبية، كلفت القاضي بالحضور أمامها في موعد مناسب، ويجب أن يشتمل تبليغ الحضور بالدعوى كاملة، وأدلة المخالفة. وللدائرة أن تأمر بوقف القاضي عن مباشرة عمله، حتى تنتهي المحاكمة، وذلك بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء، ولها أن تعيد النظر في أمر الوقف.

خامساً: تمكين القاضي المراد تأديبه من الدفاع عن نفسه:

للقاضي أن يقدم دفاعه كتابة، وله أن ينيب أحد رجال القضاء في الدفاع عنه.

سادساً: سرية جلسات التأديب:

اشترط النظام السرية في جلسات التأديب، وذلك حفاظاً على استقلال القضاء، وحفظاً لكرامة القضاة.

سابعاً: الحكم في الدعوى التأديبية:

يجب أن يشتمل الحكم في الدعوى التأديبية على الأسباب التي بني عليها، وأن تتلى أسبابه عند النطق بالحكم في جلسة سرية، ولا يكون الحكم قابلاً للطعن.

ثامناً: العقوبات التأديبية للقضاة:

تأديب القاضي يكون باللوم أو إنهاء الخدمة، ويصدر قرار اللوم من رئيس المجلس الأعلى، أما إنهاء الخدمة فيكون بأمر ملكي.

تاسعاً: انقضاء الدعوى التأديبية:

تنقضي الدعوى التأديبية باستقالة القاضي، ولكن لا تأثير للدعوى التأديبية على الدعوى الجزائية أو المدنية الناشئة عن الواقعة نفسها، بمعنى أنه لا يبطل حق الغير بمجرد استقالة القاضي، ولو سقطت الدعوى التأديبية؛ لاستقلال كل دعوى عن الأخرى.

وبعد بيان التأديب وإجراءاته، يتضح لنا أن الحصانة إذا زالت عن القاضي لدى هذه الدائرة، فإن الإجراء يكون واضحاً ومحددًا بالنظام، ولكن زوال الحصانة مختص بهذه

الدائرة فقط، كما سبق، ولا تزول أمام الغير .
 أما موقف الفقهاء من القاضي عند استحقاقه للتأديب، فقد نصوا على عقوبته
 والتشديد عليه، إذا تعمد الخطأ، مما يعني زوال الحصانة عنه، وقد ذكروا أن من مهمة
 قاضي القضاة مراقبة القضاة في أعمالهم، وتأديب من يستحق ذلك منهم، فهو أشبه بدائرة
 التأديب في الوقت الحاضر .

الفصل الرابع:

تطبيقات قضائية على حصانة القاضي .

ذكر الباحث فيها ما يلي :

تطبيقات على الحصانة الإدارية .

تطبيقات على الحصانة الجنائية .

تطبيقات على الحصانة المدنية .

ذكر الباحث فيه عدة قضايا تدل على العمل به .

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .

تلخيص

الصلح القضائي وتطبيقاته

في المحاكم السعودية

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن من المعهد العالي للقضاء

إعداد الطالب:

عبدالله بن سعد القحطاني

إشراف فضيلة الشيخ:

د. يوسف بن عبدالله الشبيلي

الأستاذ المساعد في قسم الفقه المقارن

١٤٢٧هـ / ١٤٢٨هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص: ١٧٩

عدد صفحات البحث بدون مقدمة ومراجع وفهارس: ١٥٤

عدد صفحات التلخيص: ٤٤

خطة البحث:

التمهيد: وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالصلح القضائي وتمييزه عما يشته به من التصرفات؛ وفيه

مطلبان :

المطلب الأول: التعريف بالصلح القضائي وفيه فرعان :

الفرع الأول: تعريفه باعتباره مفرداً .

الفرع الثاني: تعريفه باعتباره مركباً .

المطلب الثاني: تمييز القضائي عما يشته به من التصرفات؛ وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: تمييز الصلح القضائي عن الصلح عموماً.

الفرع الثاني: تمييز الصلح القضائي عن الحكم القضائي.

الفرع الثالث: تمييز الصلح تمييز الصلح القضائي عن التحكيم.

الفرع الرابع: تمييز الصلح القضائي عن الإبراء.

الفرع الخامس: تمييز الصلح القضائي عن العفو.

المبحث الثاني: حقيقة الصلح ؛ وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: أركان الصلح وشروطه .

المطلب الثاني: أنواع الصلح ؛ وفيه ثلاث فروع :

الفرع الأول: أنواع الصلح باعتبار أطرافه .

الفرع الثاني: أنواع الصلح باعتبار جواب المدعي عليه.

الفرع الثالث: أنواع الصلح باعتبار محله.

المطلب الثالث: مبطلات عقد الصلح، وما يترتب عليها .

الفصل الأول: التأصيل الشرعي للصلح القضائي ، وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: عرض القاضي للصلح ، وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول: معنى عرض القاضي للصلح .

المطلب الثاني: مشروعية عرض الصلح في مجلس الحكم.

المطلب الثالث: حكم عرض القاضي للصلح .

المطلب الرابع: شروط عرض القاضي للصلح .

المطلب الخامس: تحتم الصلح طريقاً لفض الخصومة .

المطلب السادس: تكرار عرض الصلح على الخصوم.

المبحث الثاني: مباشرة القاضي للصلح ، وفيه أربعة مطالب :

- المطلب الأول: معنى مباشرة القاضي للصلح .
- المطلب الثاني: الفرق بين مباشرة القاضي للصلح وبين عرضه.
- المطلب الثالث: حكم مباشرة القاضي للصلح .
- المطلب الرابع: شروط مباشرة القاضي للصلح .
- المبحث الثالث: توثيق القاضي للصلح ، وفيه أربعة مطالب :
- المطلب الأول: المراد بتوثيق القاضي للصلح .
- المطلب الثاني: أنواع توثيق الصلح ، وأثر كل نوع .
- المطلب الثالث: الجهة المختصة بتوثيق الصلح .
- المطلب الرابع: شروط توثيق الصلح، ودور القاضي في ذلك .
- المبحث الرابع: مجالات الصلح القضائي ، وفيه أربعة مطالب:
- المطلب الأول: الصلح في المعاملات المالية .
- المطلب الثاني: الصلح في القضايا الأسرية .
- المطلب الثالث: الصلح في الجنايات، وفيه فرعان .
- الفرع الأول: الصلح عن القصاص .
- الفرع الثاني: الصلح عن الدية .
- المطلب الرابع: الصلح في الحدود .
- المبحث الخامس: مبطلات الصلح القضائي والآثار المترتبة عليها، وفيه ثلاثة مطالب:
- المطلب الأول: مبطلات الصلح القضائي .
- المطلب الثاني: أثر بطلان الصلح القضائي .
- المطلب الثالث: الخيار في الصلح وأثره، وفيه وفرعان :
- الفرع الأول: الخيار في الصلح في مجلس، (وفيه مسألتان).
- الأولى: الخيار قبل إثبات الصلح والحكم به .
- الثانية: الخيار بعد إثبات الصلح والحكم به .
- الفرع الثاني: الخيار خارج مجلس الحكم بعد إثبات الصلح وحكم القاضي به.
- الفصل الثاني: تطبيقات قضائية للصلح القضائي .
- الخاتمة.

المطلب الأول:

التعريف بالصلح القضائي وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريفه باعتباره مفرداً .

الصلح : لغة: قال ابن فارس الصاد واللام ، والحاء : أصل يدل على خلاف الفساد

والإصلاح: مصدر أصلح . وهو خلاف الفساد، يقال: أصلح الشيء : أي: أزال فساده، وأصلح بينهما أو ذات بينهما، أو ما بينهما؛ أي: أزاك ما بينهما من عداوة، وشقاق .
الصلح في الاصطلاح الفقهي:

اتفقت المذاهب الأربعة على أن الصلح في الإصلاح الفقهي «معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم، ويتوصل بها إلى الموافقة بين المختلفين). فهو عقد وضع لرفع المنازعة بعد وقوعها بالتراضي عندهم .

ولهذا، يمكن تعريف الصلح بأنه : عقد يجسم به الطرفان على - وجه التراضي - نزاعاً واقعاً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً .

القضاء: لغة:

جاء في تاج العروس: قضى عليه يقضي قضيماً - بالفتح - واستقضاء السلطان: طلبه للقضاء. والمقاضاة مفاعلة من القضاء بمعنى: الفصل والحكم، وقاضاه، رافعه إلى القاضي، وعلى مال صالحه عليه. وتقاضيه حقي فقضائي أي: طالبته فأعطاني، أو تجازيته فجازانيه، واقتضيت الي عليه أي: أخذته وقبضته .

اصطلاحاً:

للقضاء في اصطلاح الفقهاء تعريفات كثيرة، تعددت فيها عباراتهم ، واختلفت فيها وجهات نظرهم، بحسب مأخذ كل منهم من مدلول كلمة (القضاء).
يمكن أن نجمع بين بعض العبارات من تعاريفهم ، ونضيف عليها بعض القيودات ، ونخرج بتعريف اشمل من غيره، فنقول: «إظهار الحكم الشرعي - على وجه خاص - ممن له الولاية، فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا ، على سبيل الإلزام، حسماً للتداعي وقطعاً للخصام.

الفرع الثاني: تعريفه باعتباره مركباً .

الصلح القضائي:

فالصلح القضائي هو عقد يجسم به الطرفان على - وجه التراضي - نزاعاً واقعاً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من

إدعائه ، ويصدق عليه من السلطة القضائية.

طبيعة الصلح القضائي:

يمكن تقسم الآراء التي تناولت طبيعة الصلح المصدق عليه من المحكمة إلى لمسة آراء على النحو التالي:

- الرأي الأول: الصلح القضائي عقد.
- الرأي الثاني: الصلح المصدق عليه من المحكمة عقد قضائي.
- الرأي الثالث: التصديق على الصلح عمل ولائي .
- الرأي الرابع: الصلح القضائي عقد من حيث المضمون وحكم من حيث الشكل.

• الرأي الخامس: الصلح القضائي يعتبر عمل قضائي تصالحي .

وهذا الرأي من الآراء الحديثة، حيث يعتبر الصلح القضائي عمل قضائي تصالحي إذ يرى أن دور القاضي لا يقف عند حد الإشارة للخصوم بالتصالح وحثهم عليه ، فهو مطالب بأن يفحص ويراقب صحة اتفاقهم وأن يثبت رسمياً ، فالعمل التصالحي يواجه من حيث المبدأ خصومة قائمة يستوي أن تكون المنازعة فيها حقيقية أو صورية . ولا يسعنا إلا تأييد هذا الرأي ، فالصلح القضائي يعتبر عمل قضائي تصالحي أو توفيقى، فهو عمل قضائي لأنه يدخل في وظيفة القاضي ويكون جزءاً من نشاطه القضائي، وهو عمل تصالحي أو توفيقى لأنه يعتمد على إتفاق الأطراف وتصالحهم على إنهاء النزاع القائم بينهم صلحاً .

المطلب الثاني:

تميز الصلح القضائي عما يشته به من التصرفات، وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: تميز الصلح القضائي عن الصلح عموماً.

إذا كان الصلح مصدقاً عليه من قبل المحكمة فإنه يعتبر صلحاً قضائياً، وأما إذا لم تصدق عليه المحكمة فإنه يبقى صلحاً عادياً أو غير قضائي. ويختلف الصلح القضائي عن الصلح عموماً في كثير من المسائل من حيث نطاقه ومن حيث أركانه، وشروط صحته ومن حيث إثباته ومن حيث آثاره ومن حيث طرق الطعن فيه، وذلك على التفصيل التالي:

١- التمييز بينهما من حيث نطاقه، فالصلح عموماً لا يتسع إلا للاتفاقات التي يتنازل كل طرف فيها عن جزء من إدعائه، أما إذا كان التنازل من جانب واحد فلا يعتبر صلحاً.

أما الصلح القضائي فإنه يتسع لكافة الاتفاقات التي تحسم النزاع سواء تضمن الإتفاق تنازلاً متبادلاً عن الحقوق أو كان التنازل من جانب واحد.

٢- التمييز بينهما من حيث شروط صحته، فإنه وإن كان يشترط لصحة كل من الصلح القضائي والصلح عموماً إن تتوفر في الطرفين أهلية التصرف كما يشترط خلو إرادة كل منهما من العيوب التي تبطلها، إلا أن الصلح القضائي يتطلب شروط أخرى لصحته لكي يكتسب الصفة القضائية، فيشترط حضور الطرفين أمام المحكمة وإقرارهما بالتصالح وتوقيعها على محضر الصلح، كما يشترط تصديق القاضي على هذا المحضر.

٣- التمييز بينهما من حيث إثباته، فإن الصلح عموماً يجب إثباته بالكتابة، فالكتابة لا تلزم إلا لإثبات الصلح العادي فهي غير ضرورية لانعقاده، ويترتب على ذلك أنه إذا لم توجد كتابة لإثبات الصلح العادي فإنه يجوز إثباته بالإقرار واليمين، بل إنه قد يجوز إثباته بالبيننة والقرائن إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو في حالة فقدان الدليل الكتابي. أما الصلح القضائي فإن الكتابة ضرورية لصحته واكتسابه الصفة القضائية.

٤- التمييز بينهما من حيث آثاره، فإن الصلح القضائي يترتب عليه آثاراً تختلف عن الصلح عموماً، وذلك لاختلاف كل منهما في الطبيعة، فالصلح القضائي يعتبر من أعمال القضاء، أما الصلح العادي فهو من عمل الأطراف فقط.

ولذلك يتميز الصلح القضائي عن الصلح عموماً في الحجية، فالصلح العادي يترتب عليه حجية الشيء المتعاقد عليه وليست حجية الشيء المحكوم فيه، أما الحجية التي

يترتبه الصلح القضائي فإنها حجية الشيء المقضي فيه وليست حجية الشيء المتعاقد عليه .

كما أن الصلح القضائي سنداً تنفيذياً، يجوز اقتضاء ما ورد فيه من التزامات بإتباع طرق التنفيذ الجبري، أما الصلح العادي فلا يعتبر سنداً تنفيذياً، ولا يجوز تنفيذه جبراً .

٥- التمييز بينهما من حيث طرق الطعن، فإن الصلح العادي لا يجوز الطعن فيه إلا بطرق الطعن المقررة للعقود، وهو رفع دعوى بطلان أصلية، أما الصلح القضائي فإنه يجوز الطعن فيه بالطريقتين معاً، إما برفع دعوى بطلان أصلية، وإما بطرق الطعن المقررة للأحكام .

الفرع الثاني: تمييز الصلح القضائي عن الحكم القضائي .

يتفق كل من الصلح القضائي والحكم القضائي في كون كل منهما يقطع النزاع وينهي الخصومة، إلا أنهما يختلفان من الوجوه التالية:

- ١- أن الصلح القضائي ينهي الخصومة من جذورها ويرفع النزاع بين الأفراد بطريقة نهائية تتصافي معها النفوس، أما الحكم القضائي فإنهاؤه للخصومة بطريق الجبر والإلزام لطرفي المنازعة، لكنه لا يجتث الضغينة من نفوسهما .
- ٢- أن الصلح القضائي قد يتم إنهاؤه من قبل القضاء، وقد يتم إنهاؤه من قبل الأطراف المتنازعة وهو الصلح العادي، وهذا بخلاف الحكم القضائي فإنه لا ينتهي إلا من القضاء بعد استكمال الإجراءات الشرعية .
- ٣- أن الصلح القضائي فيه بذل وتضحية عن بعض الحقوق من الأطراف المتنازعة، أما الحكم القضائي فليس فيه ذلك .
- ٤- أن الصلح القضائي لا يتم إلا برضى من جميع أطراف النزاع، أما الحكم القضائي فلا يشترط فيه رضى أطراف النزاع .
- ٥- أن الصلح القضائي لا يدخل في بعض المنازعات كالحدود، بخلاف الحكم القضائي فهو يدخل في هذه الأمور وغيرها، من أجل إحقاق الحق وتنفيذ شرع الله فيها .
- ١- أن الصلح القضائي لا يختص، ولا يصير نافذاً إلا بحضور أطراف المنازعة، أما من لم يحضر فلا يكون نافذاً في حقه إلا أن يكون موافقاً موافقة معتبرة، أما الحكم القضائي فإنه يكون نافذاً على جميع أطراف المنازعة .

الفرع الثالث: تمييز الصلح القضائي عن التحكيم .

التحكيم عند الفقهاء هو «تولية حكم لفصل خصومة بين مختلفين وهذه التولية قد تكون من القاضي، وقد تكون من قبل أطراف المنازعة. فيتفق الصلح القضائي

والتحكيم في كون كل منهما يقطع المنازعة وينهي الخصومة، إلا أنهما يختلفان من الوجوه التالية :

١- الصلح القضائي منه للخصومة، وقاطع للمنازعة، بخلاف التحكيم فهو مرحلة جديدة من مراحل الخصومة .

٢- الصلح القضائي ينتج عنه حكم يترضى عليه الطرفان المتنازعان، بخلاف التحكيم فينتج عنه حكم قضائي، وفرق بين الحكم القضائي والصلح القضائي.

٣- إن الصلح القضائي فيه تنازل وتضحية عن بعض الحقوق من الأطراف المتنازعة، بخلاف التحكيم فليس فيه نزول عن حق .

الفرع الرابع : تمييز الصلح القضائي الإبراء .

الإبراء هو «عبارة عن إسقاط الشخص حقاً له في ذمة آخر أو قبله» .

ويختلف الصلح القضائي عن الإبراء فيما يلي :

١- أن الصلح القضائي لا يكون إلا بعد نزاع عادة ، بخلاف الإبراء فلا يشترط فيه ذلك .

٢- أن الصلح القضائي قد يتضمن إبراء وقد لا يتضمن بأن يكون مقابل التزام، وعليه فبينهما عموم وخصوص يجتمعان في الإبراء بمقابل في حالة النزاع وينفرد الإبراء في الإسقاط بغير مقابل ، أو في غير حالة النزاع، كما ينفرد الصلح في حالة ما إذا كان بدل الصلح التزاماً لا إبراء، لأن الإبراء يكون من الأشياء المتعلقة بالذمة عادة كالديون .

الفرع الخامس : تمييز الصلح القضائي عن العفو .

العفو : هو «إسقاط المرء حقاً له ، أو تركه» حتى كأنه محاه وأزاله عن العفو عنه .

ويختلف الصلح القضائي عن العفو فيما يلي :

العفو يكون من طرف واحد ، والصلح القضائي يكون من الطرفين .

العفو والصلح القضائي قد يجتمعان في العفو عن القصاص إلى مال .

إلا أن هناك فارقاً في هذه المسألة بين العفو والصلح القضائي وهو الجانب المعنوي وليس المقابل المادي ، فترك القصاص إلى الدية أو على مال معين صالح لأن يكون عفواً أو صلحاً قضائياً ، فإذا كان المتنازل عن القصاص إلى الدية أو المال متنازلاً بقصد ترك حقه تسامحاً ، كان عفواً ، وإن كان بقصد كونه له مصلحة في المال أو مجبراً معنوياً على التنازل كان صلحاً قضائياً .

المبحث الثاني:

حقيقة الصلح ؛ وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول:

أركان الصلح، وشروطه

أركان الصلح :

ذهب الحنفية إلى أن للصلح ركناً واحداً، وهو الصيغة المؤلفة من الإيجاب والقبول الدالة على التراضي، ولا يشترط فيها ألفاظ مخصوصة، بل كل لفظين ينبئان عن معنى المصالحة، ينعقد بهما عقد الصلح . وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة حيث عدوا أركان الصلح ثلاثة :

١- صيغة العقد : وهي الإيجاب والقبول .

٢- والعاقدان : وهما المتصالحين .

٣- والمعقود عليه : وهو محل العقد ، المصالح به والمصالح عنه .

والملاحظ أن الخلاف بين الجمهور والحنفية خلاف لفظي، لأن أركان الصلح هو ما ذكره الطرفان معاً، ولأن الإيجاب يقتضي موجباً، والقبول يقتضي قابلاً، والعقد بينهما يقتضي محلاً .

شروط الصلح :

أولاً : الشروط المتعلقة بالصيغة :

الصيغة : هي ما يكون به العقد من قول كالإيجاب والقبول ، أو فعل كالتعاطي ، أو غير ذلك تبياناً لإرادة العاقد وكشفاً عن كلامه النفسي .

هذا، ولم يتعرض فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة في باب الصلح لبيان الشروط المتعلقة بصيغته، نظراً لاعتبارهم عقد الصلح غير قائم بذاته، بل تابعاً لأقرب العقود به في الشرائط والأحكام .

وأما الحنفية، فقد تكلموا على صيغة الصلح بصورة مستقلة في بابه، وأتوا على ذكر بعض شروطها وأحكامها، وسكتوا عن البعض الآخر، اكتفاءً بما أوردوه من تفصيلات تتعلق بالصيغة في أبواب البيع والإجارة والهبة والإبراء.. ألخ التي يأخذ الصلح أحكامها بحسب أحواله وصورة .

ولذلك، فشروط الصيغة يمكن إجمالها فيما يلي :

١- أن يكون الإيجاب والقبول متوافقين .

٢- ألا يرجع الموجب قبل قبول الآخر .

٣- أن يقع الإيجاب والقبول في مجلس واحد .

ثانياً : الشروط المتعلقة بالمتصالحين :

القسم الأول : الأهلية :

لا خلاف بين الفقهاء في ذلك .

القسم الثاني : الولاية :

الشروط التي ترجع إلى الولاية في الصلح ، فهي كما يلي :

أ. أن يكون المصالح عن الغير متصرفاً بما لا يلحق مولى بالضرر .

ب. أن يكون المصالح عن الغير ممن يملك التصرف في ماله ، كالأب والجد والوصي

وولي اليتيم وناظر الوقف ، وذلك لأن الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه .

القسم الثالث : التراضي : لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط التراضي بين العاقدین لصحة الصلح .

ثالثاً : الشروط المتعلقة بالمصالح عنه فهي كما يلي :

- ١ - أن يكون المصالح عنه حقاً للعبد وليس حقاً لله تعالى .
- ٢ - أن يكون المصالح عنه حقاً ثابتاً للمصالح .
- ٣ - أن يكون المصالح عنه معلوماً .
- ٤ - أن يكون المصالح عنه مما يجوز الاعتياض عنه .

رابعاً : الشروط المتعلقة بالمصالح عليه فهي كما يلي :

- ١ - أن يكون المصالح عليه مالاً متقوماً .
- ٢ - أن يكون المصالح عليه مملوكاً للمصالح .
- ٣ - أن يكون المصالح عليه معلوماً : ونصت مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد في م / ١٦٥٠ : « جهالة المصالح به تمنع صحة الصلح » . أما الخفية فقد فصلوا في المسألة وقالوا : يشترط كون المصالح به معلوماً إن كان يحتاج إلى القبض والتسليم . أما إذا كان لا يفتقر إلى القبض والتسليم ، فلا يشترط معلوميته .

المطلب الثاني :

أنواع الصلح ؛ وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : أنواع الصلح باعتبار أطرافه .

أنواع الصلح باعتبار أطرافه وموضوعه ، خمسة أنواع :

- ١ - الصلح بين المسلمين والكفار بعقد الذمة أو الهدنة أو الأمان .
- ٢ - الصلح بين أهل العدل وأهل البغي .
- ٣ - الصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما ، أو خافت لزوجة إعراض الزوج عنها .

٤ - الصلح بين المتخاصمين في غير مال . كما في جنایات العمد .

٥ - الصلح بين المتخاصمين في مال . كما في سائر المعاملات .

الفرع الثاني : أنواع الصلح باعتبار جواب المدعى عليه .

وينقسم الصلح باعتبار جواب المدعى عليه إلى ثلاثة أنواع :

١ . الصلح على الإقرار .

٢ . الصلح على الإنكار .

٣ - الصلح على السكوت .

الفرع الثالث : أنواع الصلح باعتبار محله .

للصلح باعتبار محله الذي يتم عليه خمسة أنواع ، هي على النحو الآتي :

النوع الأول : صلح هو فرع على البيع ، وهو أن يدعي المدعي على المدعى عليه عيناً في يده ، فيقرر له بها ، فيصلح المدعي من ذلك على عين أو دين ، فهذا حكمه حكم ما

لو اشترى منه عيناً بعين أخرى أو بدين، فيعتبر فيه ما يعتبر في البيع، ويثبت فيه ما يثبت في البيع.

النوع الثاني: صلح هو فرع على الإجارة، وهو أن يدعي المدعى عليه عيناً في يده أو ديناً في ذمته، فيُقرُّ المُقرُّ للمُقرِّ له به. ثم يصالحه من ذلك على سكنى داره شهراً أو ركوب دابته مدة معينة معلومة.

النوع الثالث: صلح هو فرع على الإبراء والخطيئة، وهو أن يدعي ألفاً في ذمته، فيُقرُّ له بها، فيصلحها على بعضها.

وهذا النوع ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: وهو أن يقول الذي عليه الحق لمن له الحق أدفع إليك خمسمائة، لكن بشرط أن تسقط عني الخمسمائة الأخرى، فهذا لا يصح.

القسم الثاني: وهو أن يقول المُقرُّ أدفع إليك خمسمائة وأبرئني من الخمسمائة الأخرى. فهذا يصح بشرط ألا يدخل عليه حرف الشرط، فإن أدخل عليه حرف الشرط، كان باطلاً، ولا يصح.

النوع الرابع: صلح هو فرع على الهبة، وهو أن يدعي على المدعى عليه داراً فيُقرُّ بها. فإذا قال المُقرُّ للمُقرِّ له أدفع إليك نصف الدار وتهبني النصف الآخر فإن الهبة في ذلك تصح، لأنها مجردة غير معلقة على شرط.

النوع الخامس: صلح هو فرع على العارية، وذلك بأن يدعي المدعى على المدعى عليه داراً في يده، فأقر له بها، ثم قال المقر له للمقر: صالحني عن هذه الدار بسكناها سنة، فقال المقر: صالحتك، فإن الصلح يصح، ويكون كأن المقر له أعار المقر أن يسكنها سنة.

المطلب الثالث:

مبطلات عقد الصلح؛ وما يترتب عليها:

مبطلات عقد الصلح، المراد بها: موجبات فسخ الصلح.

أولاً: موجبات فسخ الصلح أربعة:

أحدها: الإقالة: فيما سوى القصاص.

والثاني: لحاق المرتد بدار الحرب، أو موته على الردة عند أبي حنيفة، وهذا مبني على القاعدة المقررة عنده. وهي أن تصرفات المرتد موقوفة على العودة إلى الإسلام، أو للحوق بدار الحرب، أو الموت. وأما عند الصحابين، فإن تصرفات المرتد تكون نافذة. والثالث: ردّ بدل الصلح بخيار العيب أو الرؤية، لأنه يفسخ العقد المبرم بين

الطرفين.

الرابع: استهلاك ما وقع الصلح على منفعته .

ثانياً: موجبات انفساخ الصلح، وهي عند الفقهاء أربعة :

أحدها: موت أحد العاقدين قبل انتهاء المدة المضروبة .

والثاني: هلاك بدل الصلح إذا كان منفعة قبل استيفائها .

والثالث: الاستحقاق والمراد به : استحقاق أحد العوضين ، سواء كان الاستحقاق

بعد التسليم، أو قبله إذا كان عيناً معينة، فإن كانت من المثليات ، وكان استحقاقه قبل

التسليم، فلا يبطل الصلح، بل يجب على المدعى عليه أن يؤدي بدل المستحق .

والرابع : ظهور البينة بعد المصالحة: البينة تسمع ، ويحكم بها ، ويبطل الصلح .

ثالثاً: ما يترتب على مبطلات الصلح:

إذا بطل الصلح بعد صحته أو لم يصح أصلاً، فيرجع المدعى إلى أصل دعواه إن كان

الصلح عن إنكار . وإن كان عن إقرار، فيرجع على المدعى عليه بالمدعى لا غيره، إلا

في الصلح عن القصاص إذا لم يصح، فإن لولي الدم أن يرجع على القاتل بالدية دون

القصاص، إلا أن يصير مغروراً من جهة المدعى عليه ، فيرجع عليه بضمان الغرور أيضاً

الفصل الأول:

التأصيل الشرعي للصلح القضائي ، وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول:

عرض القاضي للصلح ، وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول:

معنى عرض القاضي للصلح :

العرض : يأتي في اللغة لمعان منها: الإظهار والكشف، يقال: عرضت الشيء ، أظهرته.

وعرض الصلح يُطلق ويراد به الإشارة ، والإشارة في الأصل بمعنى الإيحاء بالكف

والعين والحاجب . والإشارة بالرأي إذا ما وجَّه الرأي .

والمقصود بالإشارة بالصلح هنا: (أن يوجَّه القاضي الخصوم للصلح من غير أن

يتدخل فيه وفي جزئياته).

المطلب الثاني:

مشروعية عرض الصلح في مجلس الحكم :

ذهب أهل العلم قاطبة إلى أنه يستحب للقاضي أن يعرض بالصلح بين المتخاصمين،

قبل أن يصدر حكمه ؛ في الجملة .

ولم يخالف في ذلك إلا شريح القاضي . لذا بوب البخاري في صحيحه (باب هل يشير الإمام بالصلح) ، وذكر أحاديث متعددة في إشارة النبي صلى الله عليه وسلم بالصلح .
المطلب الثالث:

حكم عرض القاضي للصلح :

قبل عرض الخلاف بين العلماء لابد أن أشير إلى محل النزاع في هذه المسألة مع تحرير محله .

فأقول:

أولاً: لم يقع بين العلماء - في الجملة - خلاف يذكر - فيما أعلم في استحباب عرض الصلح على الخصوم إذا لم يتبين وجه الحق في القضية على القاضي ، وزاد بعضهم : «ولم يتمكن من مشاوره غيره ولم يوجد قاضي غيره».

ثانياً: يخرج من هذا الخلاف الآتي من تدخل من الناس في الخصومة بنية الإصلاح بينهما . أو اختاره الخصوم لأجل أن يصلح بينهم .

ثالثاً: لا خلاف بينهم أنه يستحب عرض الصلح على الخصوم ولو تبين له وجه الحق وذلك في حالة كون الخصومة بين ذوي أرحام، أو ذوي فضل، أو خاف من فصل الخصومة بالقضاء تفاقم الأمر وحدوث الفتنة .

رابعاً: أخرج بعضهم من هذا الخلاف الآتي ما لو تبين له وجه الحق ، ولكن رجى القاضي ونحوه من عرض الصلح ابتداءً حصول مصلحة ما كرفق بضعيف ونحو ذلك .

مدار الخلاف بين العلماء على ما يلي :

القول الأول : قالوا : إنه يجوز للقاضي عرض الصلح على الخصوم إذا لم يتبين له وجه الحق . أما بعد أن يتبين له وجه الحق في القضية فلا يعرضه إلا برضا من الخصوم من غير إصلاح .

لذا فهؤلاء جوزوا عرضه بعد أن تبين له وجه الحق بشرط الرضا من الخصوم . وهذا قول الحنفية ، وبعض المالكية ، وهو مذهب الحنابلة .

القول الثاني : قالوا : يجوز عرض الصلح على الخصوم مطلقاً . سواء ظهر الحق للقاضي أم لم يظهر له وجه الحق .

وهو ظاهر قول بعض الحنفية ، وقول للمالكية ، حكاه بعضهم عن أكثر أصحاب مالك ، وهو ظاهر قول الشافعية ، واختار ذلك بعض الحنابلة ، بل قال ابن حجر : إنه قول جمهور العلماء . واستدلوا بما يلي :

قوله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ...) [النساء: ٦٥].
نقل بعضهم عن جمهور المفسرين قولهم: إنها نزلت في قصة الزبير مع صاحبه الأنصاري.
حيث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعلم الحكم الشرعي لكنه عرض للصلح أولاً.
فلما لم يرض الأنصاري بالصلح حكم عليه النبي صلى الله عليه وسلم بالحكم الشرعي
الملزم.

القول الثالث: قالوا: لا يجوز للقاضي عرض الصلح على الخصوم بعد تبين وجه
الحق له. إلا أن يرى لذلك وجهاً كرفق بضعيف منها ونحو ذلك. وهذا القول لبعض
المالكية. وقد وجهوا ذلك: بأنه كالندب لصدقة عليه.

الراجح:

يترجح عندي - والله أعلم - جواز عرض القاضي للصلح على الخصوم مطلقاً، سواء
تبين له وجه الحق، أم لم يتبين قبل النظر أو بعده. لعموم الأدلة في ذلك وعدم المخصص
؛ إلا أنه ينبغي القول: أنه في حالة أن يظهر للقاضي ونحوه أن أحد الخصوم مبطل في
دعواه، ففي هذه الحالة يتجنب القاضي عرض الصلح؛ لأنه في هذه الحالة بعرضه
للصلح يكون مكافأة للمعتدى، وتضييع لمن له الحق، إلا أن كان يخشى من الحكم
الشرعي شيوع فوضى، وهرج، وهتك للأعراض والأموال. فإنه يأمر بالصلح ويعرضه
، خوفاً من وقوع مثل هذه المحاذير. وهذا كله يرجع لنظر القاضي وبصره.

المطلب الرابع:

شروط عرض القاضي للصلح

قد عدَّ الفقهاء لجواز عرض القاضي للصلح، وندب الخصوم له وحثهم عليه،
وعدم حُكمه في الدعوى مباشرة شرطين أساسيين، وهذان الشرطان هما:
الشرط الأول: أن لا يكون قد استبان للقاضي الحق، ولم يظهر له صاحبه المستحق
له؛ لأنه إن كان يعلم صاحب الحق فلا يجوز له الإشارة بالصلح؛ إلا في حالة القربات
والرحم فإنه يندب الإشارة بالصلح مطلقاً، وهذا الرأي هو مذهب جمهور الفقهاء.
قال عطاء: (لا يحل للإمام أن يصلح بينهم إذا تبين له القضاء).

الشرط الثاني: أن لا يطيل في ذلك، ويؤخر جريان الدعوى بما يضر المتداعيين طلباً
للصلح. فيكون التويل لغرض الصلح كالعقوبة في حقها؛ وذلك أن مطل الحق
والتأخير فيه ظلم.

وقد اختلف الفقهاء في حدَّ المدة التي يؤجل لها الخصمان من أجل الصلح قبل

الفصل في الدعوى بالحكم؛ فقول: يـــــــوم، ويومان، وثلاثة، وقيل: حسب المصلحة.

المطلب الخامس:

تحتم الصلح طريقاً لفض الخصومة

أشير في هذا المبحث إلى الحالات التي يتبين من خلالها حكم عرض الصلح ومدى الإلزام به. وهي كما يلي:

الحالة الأولى: أن يكون عرض الصلح مشروعاً و مندوباً إليه، أو واجباً.

ويدخل تحت هذه الحالة ما يلي من أمور:

الأمر الأول: إذا خشي القاضي من فصل القضية قضاءً تفاقم الأمر بين الخصوم، فإنه يجب عليه عرض الصلح والإلحاح به حسب الحاجة.

جاء في معين الحكام: «فإن خشي من تفاقم الأمر بإفناذ الحكم بين المتخاصمين، أو كانا من أهل الفضل، أو بينهما رحم أقامهما وأمرهما بالصلح». وكذا نحوه في تبصره الحكام.

الأمر الثاني: إذا أشكل على القاضي أمر، ولم يتبين له وجه الحق فيه، ولم يكن ثمة قاضٍ آخر. ولم يكن هناك شخص آخر يستشير به في الأمر، ففي هذه الحالة يتأكد عرض الصلح قطعاً للنزاع ودرءً لمخاطره المحتملة. وقد يجب إذا خشي القاضي من حدوث فتنة جراء ذلك كما مر. جاء في شرح التحفة: «والتباس الحكم يكون على وجهين: إما لكونه ملتبساً في نفسه بتعارض البيتين، وتداخل دعوى المتخاصمين، والواجب على القاضي في هذا الوجه مشاوره أهل العلم، فإن ظهر وجه الحكم فذاك وإن لم يظهر جاز له أن يندب للصلح».

الأمر الثالث: إذا طال الخصام في أمر، وكثر التشعب فيه فإنه يتأكد عرض الصلح على الخصوم، إلا أن رأى القاضي أن تشعب الأمر واستفحاله سوف يؤدي إلى فتنة فإنه يجب عليه عرض الصلح والإلزام به درءً لحدوث مثل هذا. لا سيما أن بعضهم استحسّن إحراق كتبهم إذا التبتت وجعلهم أمام الأمر الواقع.

قال في تبصرة الحكام: «ومنها إذا طال الخصام في أمر، وكثر التشعب فيه فلا بأس للقاضي أن يحرق كتبهم إذا رجا بذلك تقارب أمرهم».

الأمر الرابع: إذا تقاربت الحجتان بين الخصمين غير أن أحدهما ألحن بحجته من الآخر فإنه يشرع للقاضي في هذه الحالة إن لم يندب له أن يعرض الصلح على الخصوم رفقاً بالضعيف منها.

قال في التبصرة: "إنما يجوز للقاضي أن يأمر بالصلح إذا تقاربت الحجتان من الخصمين غير أن أحدهما يكون ألحن بحجته من الآخر".

الأمر الخامس: أن تكون الدعوى في أمور درست، وتقادمت وتشابهت. ففي هذه الحالة، يشرع له عرض الصلح على الخصوم ندباً. كما جاء في حديث أم سلمة - رضي الله عنها - في الرجلين الذين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست فلما وعظهما بكى الرجلان، وقال كل منهما: حقي لأخي. فقال الرسول صلى الله عليه وسلم أما إذا قتلتما، فاذهبا، واقتسما، ثم توخيا الحق ثم استتهما، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه» «أخرجه أبو داود في سنة ٢٠١/٣ رقم ٣٥٨٤، وأحمد في مسنده ٣٢٠/٦، والبيهقي في السنن الكبرى ٦٦/٦».

الأمر السادس: أن يرى القاضي أن الحكم بالقضية بغير الصلح لا ينهي الإشكال، ولا يعود بفائدة على أحد الخصمين فإنه يأمر بالصلح ويرغب فيه، ويحض عليه، ويجعل له صيغة مرضية بينهما تنهي النزاع وكذلك كأن يكون أحد الخصمين معسراً ونحو ذلك. الحالة الثانية: أن يمتنع عرض الصلح على الخصوم.

ويدخل تحت هذه الحالة ما يلي من أمور:

الأمر الأول: إذا تبين للقاضي أن أحد الخصوم ظالم أنقل في التبصرة:

"أما إذا تبين للحاكم موضع الظالم من المظلوم لم يسعه من الله إلا فصل القضاء"

الأمر الثاني: أن يعلم القاضي أن وكيل أحد الخصمين قصده من الوكالة الإضرار بخصم موكله، وإلحاق الأذى، واللدد والتشغيب في الخصومة.

قال في التبصرة: «كل من ظهر منه عند القاضي لدد، وتشغيب في الخصومة فلا ينبغي له أن يقبله في وكالة إذ لا يحل إدخال اللدد على المسلمين».

المطلب السادس:

تكرار عرض الصلح على الخصوم

ذكر الفقهاء - رحمهم الله - أنه لا ينبغي للقاضي أن يطيل في عرض الصلح على الخصوم، حتى يؤخر جريان الدعوى بما يضر المتداعيين طلباً للصلح. ومنه تكرار عرض الصلح على الخصوم، إذ أنه يؤدي إلى تأخير وصول الحق إلى مستحقه، فيكون الصلح حينئذ كالعقوبة في حقهما، ولأن مظل الحق والتأخير فيه ظلم لقول النبي صلى الله عليه وسلم «مظل الغني ظلم يحمل عرضه وماله» «رواة الإمام أحمد وأبو داود، وابن ماجه».

أما «إذا طمع القاضي أن يصطلح الخصمان فلا بأس عليه بتريدهما المرة والمرتين»

المبحث الثاني:

مباشرة القاضي للصلح، وفيه أربعة مطالب :
المطلب الأول:

معنى مباشرة القاضي للصلح

المراد بمباشرة القاضي للصلح أن يتولى رجل السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية بنفسه الإصلاح بين المتخاصمين ، وهذا أمر زائد على الإشارة به .
فالقاضي يتولى بنفسه الإصلاح بين المتخاصمين ، وليس له أن يفوض غيره في القيام به ، وذلك لأنه من المهام الأساسية للقاضي مثلها في ذلك مثل مهمة الفصل في النزاع التي لا يجوز له أن يفوض غيره في القيام بها .
وإذا كان قانون المرافعات قد منع القاضي من الاستعانة بخبير أو تفويضه لإجراء محاولة التوفيق بين الأطراف ، إلا أنه أجاز له أن يستعين بما يسمى بالوسيط للقيام بهذه المهمة .

ويقوم القاضي بتعيين الوسيط سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأطراف، ويمكن تعيين الوسيط في أي حالة كانت عليها الدعوى ، ويجب على القاضي أن يحدد للوسيط مهمته التي تقتصر على سماع الأطراف لحل النزاع ودياً، ويلتزم الوسيط بالسرية في القيام بهذه المهمة وإذا فشلت مهمة الوسيط فإن الإجراءات التي تمت أمامه لا تحوز الحجية أمام القاضي الذي يفصل في النزاع. ويتحمل الأطراف مصاريف الوسيط .
وفشل الوساطة لا يمنع القاضي من القيام من جديد بمحاولة التوفيق بين الأطراف .
ومن مزايا اللجوء إلى الوساطة إنها تؤدي إلى حل تصالحي ، كما تؤدي إلى إنقاص المصاريف ، وأما عيوبها فإنها قد تؤدي إلى تعطيل الإجراءات إذا باءت بالفشل، كما أن الوسيط قد يتجاوز مهمته ويعتدي على مهمة القاضي ووظيفته .

المطلب الثاني:

الفرق بين مباشرة القاضي للصلح وبين عرضه

الصلح القضائي يتكون من عدة مراحل ، المرحلة الأولى: وهي عرض الصلح على الخصوم، ففي هذه المرحلة لا يتولى القاضي الصلح وليس من مهمته في هذه المرحلة القيام به .

المرحلة الثانية: وهي مباشرة القاضي للصلح ، ففي هذه المرحلة يتولى القاضي الصلح ويباشره بنفسه، إذ أنه من مهمة القاضي في هذه المرحلة فيتولاه .

المرحلة الثالثة: وهي توثيق الصلح أو بناءً على هذا، فمرحلة المباشرة هي مرحلة تعقب مرحلة عرض الصلح على الخصوم، فهي أمر زائد على العرض .

فالفرق الجوهرى بينهما أن عرض الصلح على الخصوم قد يكون من جهة القاضي، وقد يكون من جهة هيئة للصلح بين المتنازعين، وقد يكون من قبل أطراف أخرى لا علاقة لها بالنزاع، بخلاف المباشرة فالقاضي هو الذي يتولى الصلح بين المتنازعين، ولا يقوم به غيره لأنه من مهمة القاضي في هذه المرحلة، إلا أنه يجوز له اللجوء إلى الوسيط للتدخل في حل النزاع بين المتخاصمين ودياً.

المطلب الثالث:

حكم مباشرة القاضي للصلح

يمكن أن يتصور مباشرة القاضي للصلح بأحد أمرين: إما ببذل الجاه والشفاعة لدى المتخاصمين لأجل الصلح. وإما عن طريق الدخول بين الخصمين كمحكم والتحكيم في حقيقته صورة من صور الصلح.

ومن خلال ما وقفت عليه من نصوص الفقهاء المخصوص بهاتين الصورتين الشفاعة والتحكيم، وبعضه إشارات وفهوم تفهم من نصوصهم، وغالب ما يذكرونه إنما هو متعلق بمسألة إشارة القاضي للخصوم بالصلح - من خلال ما وقفت عليه - : يتخرج لنا أن هناك مسلكين عند الفقهاء عامة بخصوص تولي القاضي للصلح ومباشرة له. أحدهما: أنه يُشرع للقاضي مباشرة الصلح بين الخصوم بنفسه، ويستحب له ذلك.

والثاني: أنه لا يُشرع للقاضي فعله، وليس ذلك من اختصاصه. ويُستدل للرأي الأول القائل بأنه يُشرع للقاضي مباشرة الصلح، والشفاعة فيه بعدة أمور؛ منها:

ما روى البخاري عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث كأي أنظر إليه يطوف خلفها يبكي، ودموعه تسيل على لحيته، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعباس: (يا عباس إلا تعجب من حب مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثاً)، فقال النبي الله عليه وسلم: (لورا جعته)، قالت: يا رسول الله تأمرني؟، قال: (إنما أنا أشفع) قالت: لا حاجة لي فيه.

وجه الدلالة: قوله صلى الله عليه وسلم: (إنما أنا أشفع) فدل على أنه يجوز للحاكم أن يشفع، وأن للمشفوع أن يجيبه وله أن يرده، فلا ضرر عليه.

ويؤيد الاتجاه الثاني الذي يرى منع القاضي من مباشرة الصلح بنفسه أمور؛ منها: المصلحة؛ لما في تولي القاضي الصلح من تفويت الوقت الكثير من أوقات عمله الرسمي، وهو محبوس لمصلحة عموم الناس، فناسب عدم تولي القاضي للصلح بنفسه حفظاً لوقته المحبوس للمصلحة العامة.

ولدرء التهمة والشبهة عن نفسه حينئذ ؛ فقد يُتهم للمحاباة ، أو عدم الحكم بما توجبه الدعوى والتأخير فيها .

ولأن مباشرة الحكم قد تخالف حقيقة عمل القاضي وهو فصل الخصومة ، قال ابن القيم : «عهدنا من الشارع أنه لم يوقف حكومة قط على اصطلاح المتخاصمين، بل يشير عليهما بالصلح، فإن لم يصطلحا فصل الخصومة، وبهذا تقوم مصلحة الناس» أ.هـ. وبما روى عن محمد بن سريين قال : بعث عمر بن الخطاب قاضياً ، فاختصم إليه رجلان في دينار قال : فأعطاه أحدهما ، وأعطى الآخر ديناراً من عنده، فبلغ ذلك عمر ، فبعث إليه فعزله (رواه ابن أبي شيبة في (المصنف ٤ / ٥٣٤)).

ولعل الخلاصة في ذلك ، والمرجح أن يقال : إن الأنسب للقاضي عدم مباشرة الصلح بنفسه لما قد يؤدي إليه من مفسد أخرى ، لكن يجوز له إذا كان المصلحة في ذلك مترجحة ؛ كحال فورة الخصومة ، واشتداد النزاع ، أو عند غلبة ظنه بقبول وساطته وشفاعته ، وصور أخرى قد يراها المتولي للقضية. لكن بشرط ألا يكون مباشرة الصلح بالجاء ، أو الفعل بالتحكيم ديدناً وعادة للقاضي ؛ فإنه حينئذ يخرج من المقصد الأصلي لعمل القضاء ، كما سبق.

ويستثنى من الخلاف الفقهي السابق ما إذا كان الخصمان ليسا ضمن الاختصاص المكاني للقاضي . فإنه يشرع له حينئذ باتفاق تولى الصلح ومباشرته ؛ لعدم وجود الولاية له عليهما هنا .

المطلب الرابع :

شروط مباشرة القاضي للصلح

مما ترجح لدينا فيما سبق أن الأرجح للقاضي عدم مباشرة الصلح بنفسه لما قد يؤدي إليه من مفسد أخرى ، ولكن الفقهاء أجازوا مباشرة القاضي للصلح بنفسه في حالات معينة ، وبضوابط محددة .

وهذا الحكم من حيث الإجمال ، والحالات التي استثنى الفقهاء جواز مباشرة القاضي للصلح بنفسه ؛ منه :

فيما إذا كان الخصمان ليسا ضمن الاختصاص المكاني للقاضي فإنه يجوز له تولى الصلح فيها ، لعدم وجود الولاية هنا .

حال فورة الخصومة ، واشتداد النزاع ، فيحسن حينئذ للقاضي وبرجال السلطة العامة أيضاً مباشرة الصلح ، لأن تأخير الصلح في هذه الحالة قد يضر بالخصوم لما قد تؤدي إليه هذه المنازعة من تبعات .

ففي هذه الحالات يجوز للقاضي أن يتولى الصلح بنفسه وبباشرة ، ولكن بشروط :
أن تكون المصلحة مترجحة ، كحال فورة الخصومة ، واشتداد النزاع ، أو عند غلبة ظنه
بقبول وساطته وشفاعته ، وصور أخرى قد يراها المتولي للقضية .
ويشترط أيضاً لمباشرة القاضي للصلح ألا يكون مباشرة الصلح بالجاء ، أو الفعل
بالتحكيم ديدناً وعادة للقاضي ، فإنه حينئذ يخرج عن المقصد الأصلي لعمل القضاء ؛
كما سبق .

المبحث الثالث :

توثيق القاضي للصلح ؛ وفيه أربعة مطالب :
المطلب الأول :

المراد بتوثيق القاضي للصلح

عندما يتم الاتفاق بين المتنازعين على الصلح المعروف عليهما من جهة المصلح
الوكيل أو الوسيط ، أو من جهتهما بدون واسطة فإنه يشرع توثيقه بالإشهاد والكتابة ،
وقد جاءت الشريعة الإسلامية بذلك وقد أمر الله عز وجل - بالإشهاد في البيع وهو
فرع عن الصلح ، قال تعالى : (وَأَشْهَدُوا إِذَا بَيَّعْتُمْ وَلَا يَضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا
فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمَكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ) .

وقد دلت السنة على توثيق الصلح بالكتابة ، ففي صحيح البخاري (باب كيف
يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان وفلان بن فلان وإن لم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه)
حدثنا محمد بن بشار حدثنا غندر حدثنا شعبة عن أبي إسحاق قال : سمعت البراء بن
عازب - رضي الله عنهما - قال : لما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل الحديبية
كتب عليٌّ بينهم كتاباً فكتب محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال المشركون لا
تكتب محمد رسول الله لو كنت رسولاً لم نقاتلك ، فقال لعلي : أمحه ، فقال عليٌّ : ما أنا
بالذي أمحاه فمحاها رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده وصالحهم على أن لا يدخل مكة
هو وأصحابه ثلاثة أيام ولا يدخلوها إلا بجلبان السلاح ، فسألوه : جلبان السلاح ؟
قال القرابُ بما فيه .

المطلب الثاني :

أنواع توثيق الصلح ، وأثر كل نوع

يُقسم المعاصرون توثيق العقود عموماً - ومنها عقود الصلح - إلى نوعين :

النوع الأول : التوثيق العرفي (أو العادي) .

النوع الثاني : التوثيق الرسمي .

فالتوثيق العرفي (أو العادي) : هو أن تكون الورقة التي دُون عليها الصلح غير مُسجَّلة

أمام الجهات الرسمية في البلد .

وأما التوثيق الرسمي : فهو ما كان أمام الجهات الرسمية المختصة . وقد جاء في (نظام المرافعات الشرعية السعودي) النصُّ على هذا التفريق بين التوثيق العادي، والتوثيق الرسمي ففي (المادة ١٣٨ من نظام المرافعات الشرعية) ما نصَّه: «الكتابة التي يكون بها الإثبات إما أن تدون في ورقة رسمية أو ورقة عادية . والورقة الرسمية هي التي يُثبت فيها موظفٌ، عام و شخص مكلف بخدمةٍ عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع النظامية وفي حدود سلطته واختصاصه . أما الورقة العادية فهي التي تكون موقَّعةً بإمضاء من صدرت منه أو ختمه أو بصمته» أ.هـ.

وينبغي على التفريق النظامي بين هذين النوعين من التوثيق العديد من الأحكام الإجرائية .

ويترتب على ذلك ما يلي :

أن الصلح إذا وثق أمام القاضي فإنه لا يكون قابلاً للطعن بالطرق المُقرَّرة كالاستئناف . بل بطريق دعوى أصلية يطلب فيها المدعي إبطال الحكم الصادر بالتصديق على عقد الصلح ؛ إما لنقص الأهلية ، أو لغلط . في الواقع ، أو لتدليس ، أو غيرها من الأسباب . أن القاضي إذا وثق عقد الصلح فإنه يأخذ قوة الحكم الصادر منه فقهاً ونظاماً ؛ وهذا الشيء مستقر عند الفقهاء ؛ يقول أبو عمرو بن الحجاب : «ونقل الأملاك ونسخ العقود وشبهه واضح أنه حكم» .

وجاء في النظام السعودي ما يوافق ذلك ؛ ففي اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات (٢ / ١٩٧) ما نصَّه : «..الأحكام التي قنع به الطرفان، تُعدُّ قطعية، وتذيَّل بالصَّغَةِ التنفيذية» أ.هـ. وفي (المادة ٦٧ من نظام المرافعات) أن على المحكمة أن تُصدرَ صكاً بما اتفق عليه الخصوم من صلح .

بخلاف التوثيق العادي للصلح فلا يأخذ هذه القوة النظامية ، ولا تُلزم الجهات التنفيذية بإنفاذه .

وهذا الأثر للصلح القضائي يشمل عقد التحكيم ؛ لأنه يأخذ حكم الصلح . فلا بد فيه من إيداع (وثيقة التحكيم) لدى جهة الاختصاص ، وتوثيقها عنده ليكتسب بذلك لزوم التنفيذ، ويكون بذا حكمها نهائياً .

وهذا الدور (أعني توثيق عقود الصلح) دورٌ قاصرٌ على السلطة القضائية، وليس للسلطة التنفيذية دورٌ فيه ؛ لأنه ليس من اختصاصها توثيق العقود والأحكام مطلقاً . وإذا تمَّ عقد صلح بمحضر رجل السلطة التنفيذية فإنه لا يُحكم بأنه صلحٌ رسمي ،

وإنما يبقى على كونه عرفياً (أو عادياً) .

المطلب الثالث:

الجهة المختصة بتوثيق الصلح

قد يتوصل أطراف النزاع إلى إبرام صلح بينهم قبل لجوء أي منهم إلى القضاء، وقد يتم إبرام هذا الصلح بعد رفع الدعوى إلى القضاء سواء دون تدخل من القضاء أو بعد مساعي تبذلها المحكمة للتوفيق بينهم .

فقد يبرم الأطراف صلحاً ينهي النزاع القائم بينهم ، وقد يتم ذلك قبل رفع الدعوى إلى القضاء ، ويترتب على الصلح في هذه الحالة انتهاء النزاع وحسمه ولم يعد هناك حاجة إلى رفعة أمام القضاء .

إلا أن التساؤل الذي يمكن أن يثار في هذا الصدد حول مدى جواز لجوء الأطراف إلى المحكمة ليطلبوا منها التصديق على هذا الصلح الذي أبرموه ، هل يتصور أن يلجأ الأطراف إلى المحاكم بطلب أصلي ويكون مضمون هذا الطلب هو فقط التصديق على الصلح ؟ .

الفقه والقضاء الذي عالج هذه المسألة أكد أنه لا يجوز اللجوء إلى القضاء بطلب أصلي للتصديق على الصلح لأن التوثيق لا يدخل في وظيفة المحاكم بل يدخل في وظيفة موظفين موثقين .

وقد يرفع المدعي دعواه أمام القضاء ثم تبذل محاولات للصلح بينهم وتسفر عن إبرام صلح ينهي النزاع ، فما هو مصير الدعوى المرفوعة ؟ .

يترتب على الصلح انتهاء موضوع النزاع وبالترتبة تنقضي الخصومة ، وفي هذه الحالات يمكن أن يحدث أحد الأمور الآتية:

إما أن يتقدم الأطراف بهذا الصلح إلى المحكمة طالبين من المحكمة التصديق عليه ، فإذا قامت المحكمة بالتصديق عليه طبقاً لشروط التوثيق فإنه يترتب على ذلك أن تحكم المحكمة بانقضاء الخصومة صلحاً ، وبناء عليه لا يجوز للمحكمة الاستمرار في نظر الدعوى أو إصدار حكم فيها ؛ لأنها بالتصديق على الصلح استنفذت ولايتها .

وإما أن يقدم الأطراف عقد الصلح أمام المحكمة إلا أنهم يتخلفوا عن الحضور كلاهما أو أحدهما ، أو يحضر أو يمتنع كلاهما أو أحدهما عن التوقيع عليه أمام المحكمة ، وفي هذه الحالة لا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح لتخلف شروط التوثيق ، ويجوز لها أن تعتبر عقد الصلح أحد مستندات الدعوى وتقضي مستندة إليه .

وإذا كان عقد الصلح يتضمن تنازل كل من الطرفين عن دعواه أو عن استئنافه، ففي

هذه الحالة يجوز للمحكمة إعتبار الصلح بياناً كتابياً من المدعي بترك الخصومة فتقضي بالترك إعمالاً لنظرية تحول الأعمال الإجرائية .

وإما ألا يتقدم الأطراف للمحكمة بالصلح للتصديق عليه ، وإنما يطلب المدعي ترك الخصومة ويبيد المدعى عليه قبوله لهذا الترك فتحكم المحكمة بإثبات الترك وبذلك تنقضي الخصومة ، إلا أن انقضاء الخصومة بالترك لا يمنع الأطراف من عرض النزاع على القضاء مرة أخرى ، فإذا رفعت الدعوى من جديد جاز للطرف الآخر الدفع بالصلح . وإما أن يهمل المدعي تحريك الخصومة الراكدة ويتركها تسقط أو تنقضي بمضي المدة أو تعتبر كأن لم تكن ، وفي كافة هذه الحالات تنقضي الخصومة وتنزل آثارها الموضوعية والإجرائية .

المطلب الرابع:

شروط توثيق الصلح، ودور القاضي في ذلك
قد اشترط لصحة توثيق الصلح (أو عقد التحكيم) رسمياً عند الجهات القضائية ثلاثة شروط نظامية لا بد من توفرها جميعاً:

أحدها: أن يتم التوثيق من الجهة المختصة . ونعني بالجهة المختصة المحكمة التي يحق له النظر في الدعوى قبل الخصومة ؛ وذلك بناءً على تعدد الاختصاصات النوعية والكمية بين المحاكم .

فالمحاكم الجزائية تختص بتوثيق الصلح في الدماء على مال ، والمحاكم العامة (المدنية) تختص بتوثيق الصلح في الأموال ، ومحاكم الأحوال الشخصية تختص بتوثيق الصلح في القضايا الزوجية والنفقات ونحوها .

لذا كان توثيق عقود الصلح من اختصاص المحاكم .. وبذا يظهر معنى قرار الهيئة الدائمة لمجلس القضاء الأعلى رقم (٧١) في ٧/٣/١٣٩٨ هـ . ومما جاء فيه : "لكون الصلح الذي لا يحل حراماً ، ولا يجرّم حلالاً جائزاً دل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع ؛ فإن مجلس القضاء الأعلى بهيئة الدائمة لا يرى مانعاً من الموافقة عليه . لكن ينبغي أن يكون لدى القضاة ، وأن يرصد في الضبوط ويؤخذ عليه توقيع المتصالحين ؛ لكونه نشأ بعد نزاع.

وأن يُحال إلى كل محكمة ما هو من اختصاصها ؛ لأن ذلك أضيظ للعمل ، وأضمن لحفظ حقوق المسلمين ، وأحرى بقطع الخصومات لصعوبة حصول الإنكار من أحد بعد رصد الصلح . ما لم يظهر للقاضي أن المتصالحين تصالحا على ما فيه دعوى أو حق لغيرهما» أ.هـ

الشرط الثاني: أن لا يخالف عقد الصلح حكماً شرعياً، أو نصاً نظاماً .
الشرط الثالث: أن يحضر جميع أطراف الصلح أمام المحكمة، وأن يقرروا بالصلح،
فالأوراق العادية والعرفية لا تكفي وحدها لإيداعه وتوثيقه، بل لابد أن يحضر طرفا
الصلح في مجلس القضاء للإقرار به .

المبحث الرابع:

مجالات الصلح القضائي؛ وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول:

الصلح في المعاملات المالية

والصلح في المعاملات المالية هو الأكثر من عمل الناس، حتى غلب على اصطلاحهم،
لذا فإن الفقهاء عندما يفردون (باب الصلح) في الكتب الفقهية فإنها يعنون به أحكام
الصلح في المعاملات المالية .

وقد جاء به الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم في قصة كعب
بن مالك - رضي الله عنه - وأنه كان له على عبدالله بن أبي حدرد الأسلمي - رضي الله
عنه - مال، فلقبه فلزمه؛ حتى ارتفعت أصواتهما، فمر بهما النبي صلى الله عليه وسلم
فقال: (يا كعب)، فأشار بيده كأنه يقول النصف، فأخذ نصف ما عليه، وترك نصفاً .
ولا شك أن مشروعية الصلح في المعاملات المالية فيه من الفوائد وتحقيق المصالح
الشئ الكثير، لما تثيره الخصومة - خصوصاً في المال - في النفس البشرية من الضغينة
والتباغض والتحاسد، فكان الصلح هاهنا سبباً لدرء هذه الأمور وإزالتها من النفوس .
لذلك جاء الشرع بالحث عليه، والترغيب إليه، يقول الله تعالى: (لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ
مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ
مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا) [النساء: ١١٤].

ويمكننا أن نستقرء بعضاً من صور الصلح حسبما قرره الفقهاء، مع تكييفها العقدي
باعتبار طرفي الصلح، وباعتبار المآلات ونتائج العقد، وما تنفرع عنه من العقود المسماة
في الشريعة الإسلامية . فمثلاً:

الصلح عن مال بهال من غير جنسه يعتبر عقد صرف .

والصلح عن المال بعين، أو العكس يعتبر عقد بيع .

والصلح عن المال بمنفعة، أو العكس يعتبر عقد إجارة .

والصلح عن بعض العين المدعاة يعتبر عقد هبة .

كما أن الصلح عن الدين ببعضه يعتبر أخذاً لبعض الحق، أو إبراء عن الباقي .

والصلح عن مال معين بموصوف في الذمة يأخذ حكم عقد السلم .
والصلح عن إنكار يكون معاوضة في حق المدعي ، ويكون إبراء ورفعاً للخصوم
تخلصاً من اليمين وقطعاً للمنازعة في حق المدعى عليه .

المطلب الثاني:

الصلح في القضايا الأسرية

جاء اهتمام الشارع بالصلح في القضايا الأسرية ؛ قال تعالى : (وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ
مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ)
[النساء: ١٢٨] ، وقال جل وعلا: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا
مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) [النساء: ٣٥] .

فيشعر الصلح بين الزوجين إن خيف الشقاق بينهما، أو تقصير أحدهما في حق الآخر،
ولو كان بتنازل أحدهما عن بعض حقه للآخر ، أو ببدل العوض للطرف المقابل .

المطلب الثالث:

الصلح في الجنابات ؛ وفيه فرعان:

الفرع الأول : الصلح عن القصاص :

قال تعالى : (فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ) [البقرة:
١٧٨] ، قال ابن عباس - رضي الله عنه - : نزلت هذه الآية في الصلح، ولقوله صلى الله
عليه وسلم: (من قُتِل له قَتِيل فهو بخير النظرين، إما أن يؤدي ، وإما يقاد) .

والذي يملك الصلح في القصاص في النفس على رأي جمهور الفقهاء ، هم الورثة ،
وعلى ذلك فإن كان مستحق القصاص واحداً بالغاً عاقلاً ، أو جماعة راشدين بالغين
وصالح أو صالحوا على مال سقط القصاص ووجب المال المصالح عليه .

حالات الصلح عن القصاص :

للصلح عن القصاص في النفس حالات ، والحديث عن هذه الحالات بشئ من
التفصيل يطول ذكره ، ويخرج عن المقصود من هذا البحث ، إذ لا يستوعبه حجمه ،
لذلك سوف أكتفي بذكر القول الراجح في كل مسألة منها ، وأحيل القارئ على المراجع
في المذاهب الأربعة - والله الموفق .

الصلح عن القصاص إذا كان مستحقه واحداً : إذا كان مستحق القصاص واحداً مكلفاً
، رجلاً أو امرأة فهو يملك الصلح وحده، ويكون صلحه نافذاً منتجاً لآثاره . وهذا
محل اتفاق .

الصلح عن القصاص إذا كان مستحقه جماعة : إذا كان مستحق القصاص - أولياء الدم
- جماعة راشدين فلا يخلو: إما أن يتفقوا على الصلح فلا إشكال في ذلك ، لأن صلحهم

ينفذ. وإما أن يصلح بعضهم دون بعض، وهذا محل خلاف بين الفقهاء .
والصحيح قول الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، وهو أنه إذا صالح بعضهم سقط حق الباقيين في القصاص ولم يكن لهم إلا الدية ، وعلى هذا فمن صالح منهم فله ما صالح عليه، ومن لم يصلح له حق المطالبة بنصيبه من الدية ولا قصاص .
الصلح عن القصاص إذا كان في الورثة غير مكلف : إذا كان مستحق القصاص جماعة فيهم غير مكلف ، من صغير أو مجنون ونحوهما ، فهل صلح المكلف يمضي ولا اعتداد بغير المكلف في سقوط القصاص ؟ أو أنه لا بد وأن ينتظر حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون ؟ والمسألة هنا متصورة فيما إذا صالح المكلفون، لا فيما إذا طالبوا القصاص وفي هذه المسألة خلاف على قولين ؛ والصحيح - والله أعلم - قول جمهور الفقهاء من أنه إذا صالح الراشدون من أولياء الدم سقط القصاص ، ولا يجب إنتظار بلوغ الصبي وإفاقة المجنون .

الصلح عن القصاص إذا كان مستحقه صغيراً : إذا كان مستحق القصاص صغيراً ، بمعنى أنه مستقل في ولاية الدم وليس معه مشارك ، ففي صلح وليه خلاف بين الفقهاء، وأقوى الأقوال في هذه المسألة - من وجهة نظري - هو قول الحنفية والمالكية، وقول في مذهب الحنابلة، وقول الظاهرية ، وهو أن للولي من أب أو وصي أن يصلح عن القصاص الواجب للصغير في النفس وما دونها ، شريطة أن لا يقل عن الدية . وذلك لأسباب عدة:

قوله صلى الله عليه وسلم : «..من قتل له قتيل فهو بخير النظرين..» .
والخيار هنا للولي ، والولاية على الصغير جعلت للنظر في مصلحته ، وقد يرى الولي المصلحة في الصلح .

أن الأخذ بهذا القول ألصق ببسر الشريعة وتطلعها للحقن وحقن الدماء .
قلت : ولو قيل بالرجوع في هذه المسألة إلى نظر الحاكم الشرعي لكان أولى ، لأن لكل قضية ظروفاً وملابسات . والجاني يختلف من شخص لآخر، إلى غير ذلك مما يجتف بالقضية مما يحتاج إلى نظر الحاكم الشرعي - والله أعلم - .

الصلح عن القصاص إذا لم يكن للمقتول ولي قريب : إذا لم يكن للمقتول ولي قريب فيرثه المسلمون جميعاً ، ويمثلهم السلطان، لأن السلطان ولي من لا ولي له، وعليه أن يفعل الإصلاح لعامة الناس .

وقد اختلف الفقهاء فيما لو صالح الإمام في هذه المسألة على مال، أما عفوه على غير مال فلا يجوز بالإجماع .

والصحيح - والله أعلم - هو قول الحنفية والشافعية والحنابلة في الصحيح من المذهب ، وأصحاب الرأي ، وهو أنه يجوز للإمام أن يصلح عن الدم في هذه الحالة ، وعلى الإمام مراعاة الأصلح لعامة الناس من القصاص أو الصلح ؛ وذلك لقيام الأدلة على أن الإمام ولي من لا ولي له ، فهذا يعني أن أحكام الولي قد انتقلت إلى الإمام ، وإلا لما صار هناك فائدة من كونه ولي من لا ولي له .

الصلح عن القصاص إذا تعدد الجناة : قد تحصل الجناية من أشخاص عدة ، كما لو قتل جماعة رجلاً واحداً ، أو قطعوا يده مثلاً ، فهل يجوز لأولياء الدم الصلح معي بعض الجناة دون الآخر ؟ والمسألة متصورة فيما إذا كان الولي واحداً .

وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، إلى أنه إذا ثبت القتل العمد ، واستحق الجماعة القصاص ، فإن ولي الدم يجوز له أن يصلح البعض أو الكل على ما يريد ويطلب القصاص ممن لم يصلحهم .

الفرع الثاني : الصلح عن الدية :

الدية إما أن تكون عقوبة أصلية كما في القتل والقطع والجرح الخطأ ، وإما تكون عقوبة بدلية عن القصاص إذا صالح مستحق القصاص عليها ، فإنها يجوز الصلح فيها . فإن كانت الدية بدلية عن القصاص جاز أن تكون على قدر دية الخطأ أو أكثر أو أقل من جنس الدية أو من غير جنسها . حالة أو مؤجلة ، لأن هذا مال وجب بعقد فيجب فيه ما اتفق عليه . أما الدية الواجبة بالقتل أو القطع أو الجرح الخطأ فهي مقدرة بالشرع ، وهي مال من الأموال للمجني عليه أو وليه قررته الشريعة وحددت مقداره ، فلا تجوز الزيادة عليها إذ الزيادة تعتبر ربا .

”الصلح عن الدية في الجناية على النفس خطأ أو شبه عمد“ .

لما كانت الجناية خطأ موجبة للدية لا للقصاص ، والدية مقدرة شرعاً جنساً وقدرًا . من هنا نشأ الخلاف في الزيادة عليها أو إبدالها بغير جنسها لورود الربا حيثئذ .

والصلح عن الدية على مال من جنسها لا يخلو :

إما أن يقع الصلح على المفروض في باب الدية كالمائة من الإبل مثلاً ، فهذا لا إشكال فيه إذ هو في الحقيقة تعيين للواجب فيها دون اللجوء إلى تقديرها من قبل الإمام .

وكذلك لو صالح على أقل من المقدر ، كأن يصلح على خمسين من الإبل فهذا أيضاً لا إشكال فيه ؛ لأنه استيفاء لبعض حقه وإبراء عن الباقي فيصح . وإما أن يقع الصلح على أكثر من الدية المقدرة ، كأن يصلح عنها بائة وخمسين من الإبل ، أو ألفي مثقال من الذهب ، ففي هذا قولان للعلماء :

القول الأول: قول الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وهو أنه لا يجوز؛ لأن الزيادة على المقدر ربا وأكل مال بالباطل.

القول الثاني: الجواز، وهو قياس قول الإمام أحمد - رحمه الله - واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - لأنه عوض عن متلف فجاز أخذ أكثر من قيمته. والراجح هو القول الأول - والله أعلم -.

إلا أن بعض الفقهاء ذكر باباً لمن أراد أن يصلح على أكثر منها مضطراً، وهو أن يصلح بأكثر من المقدر بعد أن يقضي القاضي بأحد مقادير الدية، فيصلح على جنس آخر منها بالزيادة.

أما لو صلح على مال من غير جنس الدية، فلا مانع ولا محذور شرعاً لعدم دخول الربا.

”الصلح عن الدية في الجناية على ما دون النفس خطأ أو شبه عمد“.

الحديث في هذه المسألة كالحديث في المسألة السابقة - وهي الجناية على النفس خطأ أو شبه عمد - من حيث الأحكام والخلاف، والقول هنا كالقول هناك تماماً في الاستدلال والترجيح إذ لا فرق بين المسألتين.

وحاصله أنه لا يجوز الصلح هنا على مال من جنس الدية بأكثر من المقدر شرعاً.

المطلب الرابع:

الصلح في الحدود

الحد في الشرع عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى، فلا يدخل في التعريف القصاص لأنه حق العبد، ولا التعزير لأنه غير مقدر، هذا هو المشهور. وهناك تعريف آخر غير مشهور، وهو أن الحد العقوبة المقدرة شرعاً بإسقاط القيد الأخير (حقاً لله تعالى) فيدخل في التعريف القصاص لأنه عقوبة وجبت لحق العبد، وسميت الحدود حدوداً لأنها تمنع الإنسان من العودة إلى الذنب ثانياً.

والحدود لا يجوز فيها الصلح؛ لأنها حق الله تعالى ولا يجوز التعدي عليها، وليست حقاً خالصاً لأحد من العباد - مهما كنت صفته - يصلح عليه.

وستتناول هذه الحدود الستة المتفق عليها عند فقهاء المذاهب الأربعة، ونعرض جواز الصلح فيها أو عدم جوازه، قدر المستطاع - إن شاء الله -.

حدّ الزنا: من الحقوق المشتركة بين الله والعبد، فإذا سقط حق العبد بقي حق الله ويقام الحد.

حدّ القذف: الأحناف والظاهرية يعتبرون حدّ القذف من حدود الله تعالى، وبالتالي

فلا يجوز الصلح فيه. أما الشافعية والحنابلة ومن رأى رأيهم من الأحناف فيرون أنه حق مشترك وأن حق العبد فيه غالب، فيجوز له الصلح فيه. وقد فصل الإمام مالك فرأى جواز الصلح في حد القذف بعد رفع الدعوى إذا أراد المقذوف سترًا على نفسه... ومع اعتبارنا لرأي الأحناف والظاهرية فإننا نميل إلى تفصيل الإمام مالك - رضي الله عنه - .

حدّ السرقة : الصلح في السرقة ذو شقين : الأول : الصلح في حدّ السرقة. والثاني: الصلح في المال المسروق .

أما الصلح في الحدّ فله حالتان : إما أن يكون قبل رفع الدعوى أو بعدها، الصلح على العفو من حدّ السرقة قبل رفع الدعوى جائز عند جمهور الفقهاء . هذا بالنسبة للصلح في الحدّ ، أما الحكم في المال المسروق .

فقال ابن قدامه في المغنى : «لا يختلف أهل العلم في وجوب رد العين المسروقة إلى مالكها إذا كانت باقية، فأما إن كانت تالفة فعلى السارق رد قيمتها أو مثلها، إن كانت مثلية قطع أو لم يقطع، معسراً كان أو موسراً...»

حدّ الخرابة : يمكننا تقسيم الصلح في الخرابة قسمين :

القسم الأول : الصلح في حدّ الخرابة نفسه . والقسم الثاني: الصلح فيما ينشأ من أفعال ارتكبت أثناء الخرابة مما يوجب حدّاً أو قصاصاً أو دية، مثل أن يزني المحارب، أو يشرب الخمر، أو يسرق، أو يقذف، أو يقتل، أو يجرح... الخ.

أما بالنسبة للقسم الأول: - وهو الصلح في حدّ الخرابة - فينظر فيه إلى توبة المحارب ولها حالتان : قبل القدرة على المحارب وبعدها، أما قبل القدرة فلا حدّ، لقوله تعالى: (إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ) [المائدة: ٣٤]. وأما التوبة بعد القدرة عليه فلا تسقط حدّ الخرابة، فلا يجوز الصلح في الحدّ - والحالة هذه - لأنه من حقوق الله المتمثل في منع ترويع الأمنين في أنفسهم وأمواهم .

أما القسم الثاني : وهو ما ينشأ من أحكام على أفعال ارتكبتها المحارب أثناء الخرابة مما يوجب حدّاً أو قصاصاً أو دية أو ضماناً، فللفقهاء فيه تفصيل : فإذا ارتكب المحارب ما يوجب حدّاً، كأن زنى أو سرق أو شرب الخمر أو قذف وتاب قبل القدرة عليه، فهل يقام عليه الحدّ الذي ارتكب موجهه، علماً بأن حدّ الخرابة يسقط عنه في هذه الحالة، ذكر القاضي من الحنابلة أنها تسقط بالتوبة من الخرابة، لأنها حدود الله فتسقط عنه بالتوبة كحدّ الخرابة .

وهناك رأي آخر - يقابل رأي القاضي - يذهب إلى أن هذه الحدود الناشئة عن أفعال

أثناء الحرابة لا تسقط بالتوبة من الحرابة ، لأنها - عندهم - لا تختص بالمحارب فكانت في حقه كهي في حق غيره .

أما المال المأخوذ عنوة في الحرابة فيرى الفقهاء أنه إذا كان موجوداً بعينة رُذِّ إلى مالكه ، وإن تلف أو عدم وجب ضمانه على آخذه ، وهذا عند الحنابلة والشافعية ، وعند أصحاب الرأي لا تلزم غرامتها ، وعند مالك يرد ماله بعينه إن كان موجوداً ، وإن تلف أو عدم اتبع به إن كان موسراً .

أما الدماء ففيها رأيان :

أحدهما: أنها لا تسقط بتوبة المحارب . والثاني: أنها تسقط .

وعلى الرأي الثاني فلا قصاص ولا دية ، وعليه فلا مجال للصلح . وعلى القول بعدم سقوطها فيجب القصاص والدية ، ويكون فيها ما فصلناه في حكم الصلح في القصاص والدية .

حدّ شرب الخمر : لا يجوز الصلح عن حدّ الشرب ، لأنه حق من حقوق الله تعالى الخاصة ، فمن صالح شارب الخمر على مال ألا يرفعه إلى ولي الأمر كان صلحه باطلاً ؛ لأنه صالح عن حق الله ، وهو لا يملكه فلا يجوز الصلح في حق الغير .

ولا يجوز للقاضي أيضاً أن يصالح عن هذا الحدّ ، وإذا فعل ذلك كان صلحاً باطلاً أيضاً ، ويكون القاضي قد جمع فسادين عظيمين :

أحدهما: تعطيل الحدّ ، والثاني: أكل السحت، فترك الواجب وفعل المحرم .

حدّ الردة : الارتداد عن الإسلام بالتشكيك فيه ، والاستهزاء به بعد الإطلاع على محاسنه ، ومن هنا كان حدّ الردة أكثر ردياً مما يفعل بالمحارب بعد التمكن منه ، إذ ليس في المرتد غير القتل ، وأن المرتد يقتل بخلاف الكافرة الأصلية - على قول الجمهور - إلا إذا حاربت ، لذلك فقد أجمع العلماء من الصحابة والتابعين ومن تبعهم بإحسان على وجوب قتل المرتد، حكاه ابن قدامه وغيره .

وبناءً عليه فإن هذا الحدّ من حدود الله تعالى حفاظاً على العقيدة ووحدة الجماعة ، وحدود الله لا يجوز الصلح فيها ، فلا يجوز الصلح في حدّ الردة .

المبحث الخامس :

مبطلات الصلح القضائي والآثار المترتبة عليها ، وفيه ثلاثة مطالب :
المطلب الأول :

مبطلات الصلح القضائي

”مبطلات الصلح القضائي من الناحية الفقهية“

الصلح كغيره من العقود يعتريه ما يعتري غيره من العقود من نقض وإبطال حينما تخالف مقصود الشارع. وقد ذكر العلماء نواقض للصلح نجملها فيما يلي:

إذا أقر الظالم من المتصالحين بالحق بعد الصلح. فللمظلوم منهما نقضه. وذلك أنه يكون في هذه الحالة كالمغلوب عليه نصفاً.

إذا شهدت بينة للمظلوم منهما على الظالم، ولم يعلمها المظلوم حال الصلح فله نقضه، وقد اشترط بعض العلماء أنه يحلف المظلوم أنه لم يعلم بها حال الصلح.

إذا كان له بينة بعيدة جداً وهو يعلمها، وأشهد عند الصلح، وأعلن أنه يقوم بها إذا حضرت فله ذلك، وله نقض الصلح إذا حضرت إن أراد. لقوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شروطهم». ولأنه إنما صالح في الأول حفاظاً على ضياع كل ماله.

وقد ألحق بعض المالكية: صورة أن يكون المدعى عليه منكرأ في الظاهر ويُقر بالحق سراً فأشهد المدعي على ذلك. فإنه يحق للمدعي نقض الصلح بعد ذلك.

إذا صالح على إنكار لعدم وجود وثيقته التي صالح لفقدها ثم وجدها فله نقض الصلح بعد ذلك. وخالف بعض الفقهاء من الحنفية في ذلك وقال: إنه إذا وقع الصلح على إنكار، وكان المدعى عليه إنما صالح للخلاص من اليمين ونحوه. فإنه لا تسمع فيه بعد ذلك بينة المدعي. بل لو أقر به المدعى عليه لا يلزم ولا ينقض الصلح حيث كان هذا الصلح إسقاط للدعوى وحق الخصومة. إلا أن ظهر ببطلان الصلح عيب. وألحق بعض المالكية بهذه المسألة: ما لو نسي بينته حال الصلح، ثم صالح ثم تذكرها فله نقضه والقيام بها مع يمينه أنه نسيها.

أن يكون الصلح قد وقع على وجه محرم. فهنا يكون غير صحيح.

إذا اختل شرط من الشروط التي ذكرت في صحة الصلح أو فقد فإن الصلح يعتبر غير صحيح ومنتقض.

إذا صالح عن عيب فظهر عدمه، أو زال بطل الصلح.

إذا هلك البذل، وكان مما يتعين، فإن الصلح يبطل. أما إن كان البذل لا يتعين كالدرهم، والدنانير، ونحوها فإن الصلح لا يبطل بهلاكه. لأنها لا تتعين في العقود، والفسوخ، فلا يتعلق بهما العقد عند الإشارة إليها. وإنما يتعلق في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك.

إذا صالح شفيحاً عن شفعة لم يصح، لأنها تثبت لإزالة الضرر فإذا رضي بالعوض تبينا أنه لا ضرر عليه، فلا استحقاق فيبطل العوض لبطلان معوضه.

”مبطلات الصلح القضائي من الناحية النظامية“

نظام المرافعات الشرعية لم يتطرق إلى هذه المسألة الجزئية ، بخلاف قانون المرافعات المصري فقد نصَّ صراحة على جواز الطعن في الصلح القضائي وإبطاله ؛ لأن القاضي بشر والبشر عرضة للوقوع في الخطأ ، ولذلك فمن المتصور أن يقع القاضي في خطأ عند مباشرته للنشاط القضائي ، وإزاء ذلك يجب إتاحة الفرصة لإصلاح هذا الخطأ .

فالتساؤل الذي يثار هنا عما إذا كان يمكن الطعن في الصلح القضائي وإبطاله بالطرق المقررة في الطعن في الأحكام وإبطالها ، أم أنه يتحصن ضد إمكانية الطعن فيه بهذه الطرق ؟

والأصل المعتمد في الفقه والقضاء أنه لا يجوز الطعن في أعمال الصلح القضائي وإبطالها بطرق الطعن المقررة للأحكام ، إلا أنه يجوز الطعن فيه وإبطاله بدعوى بطلان أصلية . فيجوز رفع دعوى بطلان أصلية للمطالبة ببطلان الصلح القضائي الذي صدقت عليه المحكمة ، وهذه الدعوى تخضع للقواعد العامة التي تنظم رفع الدعوى ، سواء من حيث الاختصاص بها أو سلطة المحكمة التي تنظرها أو من حيث حجية الحكم الصادر فيها .

”الحالات التي يجوز فيها رفع دعوى بطلان أصلية ضد الصلح القضائي“ .

إذا كان عقد الصلح نفسه باطلاً أو قابلاً للإبطال .

إذا صدّق على الصلح شخص لا يتمتع بولاية القضاء أو زالت عنه هذه الولاية .

المطلب الثاني:

أثر بطلان الصلح القضائي

إذا أبطل الصلح القضائي بعد صحته أو لم يصح أصلاً . فإنه بهذا يوجب إعادة الحال على ما كان عليه قبل التنفيذ ، ويشمل بذلك التزام المحكوم عليه في حكم الإلغاء بردّ ما استوفاه بموجب الصلح ، كما يلتزم بتعويض المحكوم له إذا توفرت عناصر المسؤولية التقصيرية في جانبه .

وأما في القصاص فيرجع المدعي على القاتل بالدية دون القصاص ، إلا أن يكون المدعي مغروراً من جهة المدعى عليه ، فيرجع على المدعى عليه بضمان الغرور ، وإذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد العاقدين ، أو غير ذلك ، في أثناء المدة ، رجوع على المدعى عليه ، بما لم يستوفى من المنفعة .

فأما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيما يمكن استيفائه مع الشبهة فأمكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشئ آخر إلا إذا صار مغروراً من جهة المدعى عليه ، بأن كان بدل الصلح جارية فقبضها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها ،

وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة، فإنه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وما ضمن من قيمة الولد إن كان الصلح عن إقرار، لأنه صار مغروراً من جهته .
وإن كان الصلح عن إنكار يرجع إلى دعواه لا غير، فإن أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه فنكل فحيثئذ يرجع بما أدعى وبقيمة الولد، لأنه تبين أنه كان مغروراً فيرجع عليه بضمان الغرور، ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح، لأن العقر بدل المنفعة المستوفي فكان عليه العقر.

المطلب الثالث:

الخيار في الصلح وأثره؛ وفيه فرعان:

الفرع الأول: الخيار في الصلح في مجلس الحكم:

والخيار في الصلح في مجلس الحكم فيه مسألتان:

المسألة الأولى: الخيار قبل إثبات الصلح والحكم به.

إذا انعقد الصلح فليس لواحد من الطرفين فسخ العقد وإنما يجوز فسخه بتراضيها سواء كان الصلح عن إقرار أو سكوت وهذا هو معنى اللزوم في عقد الصلح أي لا يقبل الفسخ إلا بتراضي طرفية .

وهذه المسألة ترجع إلى مسألة خيار المجلس، فقد اختلف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس على قولين :

القول الأول: ذهب المالكية والحنفية إلى إنكار خيار المجلس وأن العقد يكون لازماً بمجرد انعقاده، ويمتنع على أي من طرفيه الإنفراد بالرجوع فيه، فمجلس العقد ينفذ وفقاً لهذا الرأي بمجرد صدور القبول، ومن ثم يصبح العقد لازماً لا رجوع فيه.

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى ثبوت خيار المجلس، فيجوز لأي من المتعاقدين الرجوع في العقد مادام المجلس قائماً لم ينفذ، فالعقد لا يكون لازماً إلا بانقضاء مجلسه وليس بالقبول .

ودليلهم في ذلك حديث ابن عمر- رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار » (رواه البخاري كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) .

والراجح - والله أعلم - هو ثبوت خيار المجلس للنص الصحيح الصريح في هذه المسألة، وهو حجه لهذا الباب .

وبناء على هذا : فإذا كان الصلح بمعنى البيع فيثبت فيه خيار المجلس .

وإذا كان بمعنى الإبراء وهو ما يسمى عند الشافعية (صلح الخطيطة) فهذا لا يثبت

فيه خيار المجلس لأنه بمعنى الإبراء ، وليس بمعنى البيع .

المسألة الثانية : الخيار بعد إثبات الصلح والحكم به .

هذه المسألة مبنية على المسألة التي قبلها ، فإذا جاز لأي من الطرفين الرجوع عن الصلح قبل إثباته والحكم به ، جاز له بعد ذلك ، لأن العبرة بانفضاض المجلس كما سبق .

الفرع الثاني : الخيار خارج مجلس الحكم بعد إثبات الصلح وحكم القاضي به :

” يعني أن المتخاصمين إذا وقع الصلح بينهما على وجه جائز ثم أراد الرجوع إلى ما كان عليه من الخصومة؛ فإن ذلك لا يجوز ، ويجبران على التزام ما وقع بينهما من الصلح“ . - نقلها في تحفة الحكام التي ليس لها مثيل في علم الوثائق والإبرام ، للقاضي أبي بكر بن عاصم الأندلسي وهي مطبوعة مع شرحها لابن مياره -

وذهب بعض أهل العلم من الحنفية إلى أن عقد الصلح إذا كان بمعنى المعاوضة فإنه يفسخ بفسخ المتصالحين أما إن لم يكن بمعناها بل كان بمعنى استيفاء البعض ، واسقاط البعض فلا تصح إقالته ، ولا نقضه ، لأن الساقط لا يعود .

وذهب آخرون إلى أن عقد الصلح يفسخ مطلقاً برضى الخصمين سواء كان بمعنى المعاوضة ، أم ليس بمعناها ، وقالوا : إن الصلح إذا تحصل من فسخة ثمرة . كأن وجدت البينة ، أو توسم الإقرار ، أو النكول فإنه يصح فسخه .

وأما قولهم : بأن الساقط لا يعود . فليس بصحيح ، ذلك أن الساقط في هذا الباب إنما هو قضاء لا ديانة فهو في الحقيقة باق غير ساقط . إما أن لم يكن هناك ثمرة من الفسخ فإنه يفتي برواية عدم الصحة . ا. هـ .

وهذا فيما إذا كان الفسخ من الطرفين جميعاً برضاهما . لكن لو حصل من أحد الطرفين المتصالحين رجوع أو إرادة فسخ بلا مسوغ فإنه لا يمكن من ذلك على ما فهم من كلام الفقهاء - رحمهم الله - .

الفصل الثاني :

(تطبيقات قضائية)

هذا الفصل يشتمل على بعض قضايا الصلح التي وقعت في منطقة الرياض أو قد قصدت من جمع ذلك بيان بعض قضايا الصلح الواقعة وكيفية تصرف القاضي مع هذه القضايا .

وهذه القضايا إما أن يكون القاضي هو الذي قام بالإصلاح فيها بين الخصوم بحضورهم ، أو كان ذلك عن طريق الوكيل أو الوكلاء ، وإما أن يكون الخصوم قد اتفقوا

على الصلح فيما بينهم على صيغة ارتضوها ، و رغبوا من القاضي إقرار هذا الصلح ،
وتوثيقه ليكون في قوة الحكم القضائي .
وقد ذكر الباحث ستة قضايا .
تم التلخيص بحمد الله تعالى
وصلى الله وسلم على نبينا محمد
وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .

تلخيص

السوابق القضائية

دراسة نظرية تطبيقية

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إعداد الطالب

شيخين بن محمد كردم العبدلي

إشراف فضيلة الشيخ

الدكتور / خالد بن زيد الوديناني

العام الجامعي ١٤٢٦ / ١٤٢٧ هـ

البحث قبل التلخيص ٦٩

البحث بعد التلخيص ١٢

التمهيد

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول:

التعريف بالسوابق القضائية لغة واصطلاحاً.

مصطلح السوابق القضائية مكون من كلمتين ولا بد من معرفة معنى كل كلمة على حده.

السوابق في اللغة: التقدم والأولوية في الشيء .

القضاء في اللغة: وتأتي قضي ومشتقاتها في اللغة العربية على عدة معانٍ منها: الحكم الأداء والإنهاء والإكمال الإخبار والإبلاغ القتل والموت الخلق بلوغ الحاجة.

القضاء في الاصطلاح: الإلزام بالحكم الشرعي من الحاكم وفصل الخصومات.

السوابق القضائية اصطلاحاً: حكم في قضية صادر من محكمة مختصة يعتبر مثلاً أو مرجعاً لقضية مماثلة تنشأ فيما بعد.

المبحث الثاني:

حقيقة السوابق القضائية.

السوابق القضائية في حقيقتها ما هي إلا استقرار للمحاكم واطرادها في السير على قاعدة معينة في قضية من القضايا وبعبارة أخرى هي مجموعة من الأحكام صدرت من محاكم عليا كمحاكم الاستئناف بحيث تصبح تلك الأحكام ملزمة للقاضي في المحكمة الدنيا.

المبحث الثالث:

مصدر السوابق القضائية.

يمكننا القول بأن مصدر السوابق القضائية هو الحكم القضائي.

المبحث الرابع:

التمييز بين السوابق القضائية وغيرها.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

التمييز بين السوابق القضائية والعرف.

كل سابقة قضائية عرفاً — ولو خاصاً — ، فيبينها عموم وخصوص فالعرف أعم والسوابق القضائية أخص.

وهذا أول ما يمكن أن نميز به بين السوابق القضائية والعرف ثم إن العرف عام

يشمل كل الناس وفي كل الأمور أما السوابق القضائية فإنها خاصة بالأحكام القضائية كما هو واضح من الإضافة.

المطلب الثاني:

التمييز بين السوابق القضائية والإجماع السكوتي.

الإجماع السكوتي يشبه السوابق القضائية في أمور:

الأمر الأول: الاتفاق على أمر من الأمور أو عمل من الأعمال بحيث يتتابع الناس عليه، وهذا حاصل في السوابق ففيها التتابع على حكم من الأحكام خصوصاً عند من يرى أن الإجماع السكوتي يكون إجماعاً وحجة إذا حكم به حاكم.

الأمر الثاني: أن القول أو الفعل صادر من البعض في الإجماع السكوتي وهو الحاصل في السوابق القضائية، فإنها تصدر من بعض القضاة وليس كلهم.

وبالرغم من هذا الشبه البسيط إلا أن هناك فروقاً كثيرة يمكن إجمالها في الأمور التالية:

أن الإجماع السكوتي أعم من السوابق القضائية، فإنه يصح على أي أمر من أمور الدين^(١) بخلاف السوابق القضائية فإنها مختصة بالأحكام القضائية. أن المعترين في الإجماع السكوتي هم العلماء المجتهدون عامة بخلاف السوابق القضائية فإنها خاصة بالقضاة.

أنه إذا ثبت أن الإجماع السكوتي إجماع وحجة فإنه لا تجوز مخالفته من أي أحد، بخلاف السوابق القضائية فإن القاضي إذا رأى أسباباً قوية تبرر عدوله عن الحكم بالسابقة القضائية في القضية المنظورة أمامه فله ذلك وفق تنظيم مقرر.

المطلب الثالث:

التمييز بين السوابق القضائية والأنظمة.

السوابق القضائية تختلف عن الأنظمة في أمرين:

الأول: من جهة المصدر.

والثاني: من جهة الإلزام.

فأما المصدر: فإن السوابق القضائية مصدرها الحكم القضائي والأنظمة مصدرها الملك بموافقة مجلس الوزراء.

وأما الإلزام فإن السوابق القضائية — عند من يرى العمل بها — ملزمة ولكنها بدرجة أقل من إلزام الأنظمة فإنه «لا يمكن لقاضي أن يجهر بمخالفة القانون أياً ما كان

(١) وذلك بعد تحقق شروط الإجماع المعبرة.

الداعي إلى ذلك».

المبحث الخامس:

المصطلحات ذات الصلة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

ما عليه العمل.

والمراد بما عليه العمل:

الأحكام القضائية التي أعتمد فيها ما هو مخالف للراجح أو المشهور في المذهب نظراً لتحقيق مصلحة عامة أو سد ذريعة أو عرف عام.

وبعد هذا العرض الموجز نرى كيف أن ما عليه العمل ذو صلة وثيقة بالسوابق القضائية ويظهر ذلك في أن السوابق القضائية ما هي إلا أحكام جرى عليها العمل في المحاكم إلا أننا نستطيع أن نتلمس بينهما فرقاً جوهرياً يتمثل في:

أن ما عليه العمل أعم إذ هو يشمل ما عليه العمل في الأحكام وفي غيرها كرسوم السجلات وعقد المقالات والإجراءات المتبعة عند التداعي وغيرها وأما السوابق القضائية فهي أحص إذهي ما عليه العمل في حكم من الأحكام.

المطلب الثاني:

المبادئ القضائية.

المبادئ القضائية هي تلك الأصول الجامعة والقواعد الكلية المقررة والتي جاءت في مجال التقاضي. في تحصيل مصالح العباد ودرء الشر عنهم ولتحفظ لهم الحقوق وتجلب لهم الأمن وتنشر العدل وترفع الظلم.

وهنا يظهر الفرق بين السوابق القضائية والمبادئ القضائية، فالسوابق أحكام جزئية صدرت في قضايا جزئية أما المبادئ القضائية فإنها شاملة للعملية القضائية كلها فهي كما مر معنا - قواعد وأصول وكليات في عملية التقاضي تدور كل الأحكام القضائية في فلكها.

الفصل الأول:

حجية السوابق القضائية وأثارها:

وفيه مبحثان:

المبحث الأول:

حجية السوابق القضائية في النظم المختلفة والفقهاء الإسلامي.

أولاً: حجية السوابق القضائية في الفقه الإسلامي:

وما مدى التزام القاضي في الشريعة الإسلامية باتباع ما سبق أن قضى به غيره؟!
وبيان ذلك أن الحالة لا تخلو من أمرين:

الأول: أن يكون الحكم الذي أصدره — القاضي السابق مستنداً إلى الكتاب أو السنة — أو الإجماع أو القياس: مما لا خلاف فيه، فإن قضاءه يكون ملزماً للقاضي.
ولكن الإلزام هنا مستمد من النص لا من حكم القاضي.

الثاني: أن يكون الحكم الذي أصدره القاضي السابق في مسألة لم يأت بها نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس فإن الحالة هنا لا تخلو من حالين:

الحال الأول: أن تكون هذه المسألة موضع خلاف بين الفقهاء ولا يتعدى حكم القاضي السابق كونه مرجحاً لرأي من تلك الآراء الخلافية، وهنا لا يكون الحكم القضائي السابق ملزماً للقاضي الذي تطرح عليه تلك المسألة.

الحالة الثانية: أن تكون هذه المسألة مستجدة ولا يمكن قياسها على تلك المسائل التي سبق أن بحثت في الفقه، فيكون حكم القاضي فيها حكماً اجتهادياً محضاً، وهنا أيضاً لا يكون الحكم القضائي في هذه الحالة ملزماً للقاضي الذي تطرح عليه تلك المسألة.

«فالحكم الاجتهادي ليس حجة بالنسبة للكافة إذا الحكم المجتهد فيه مبني على الظن، وإنما يلتزم به المجتهد نفسه مادام لم يتغير رأيه فيه، لأنه هو الحكم الشرعي حسب ظنه، ولا يجوز له أن يتركه ويقلد مجتهداً آخر فيه».

وجاء عن عمر رضي الله عنه حين قال: «ولا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه رأيك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق».

وجاء عنه رضي الله عنه أيضاً أنه حكم في المسألة المشتركة بإسقاط الأخوة من الأبوين في مسألة، ثم شرك بينهم وبين الإخوة لأم في قضية أخرى بعدها فستل عن ذلك فقال: «تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم».

ولهذا فإن الحكم القضائي جزئي الأثر أي أنه «يختص بالواقعة التي صدر فيها وبأطراف النزاع فقط»

ومعنى هذا أن الحكم القضائي الصادر في واقعة يختص ويقتصر عليها فقط، ولا يتعدى لما ماثلها من الواقع.

وعلى هذا فإن «التفسير القضائي يكون ملزماً فقط للطرفين في الدعوى التي تم التفسير للحكم فيها، وذلك على أساس حجية الأمر المقضي به التي ثبتت للحكم». ولهذا لم يظهر للقضاء دور مستقل في الشريعة الإسلامية، نظراً لأن العمل كان يجري

على اختيار القضاة من الفقهاء، ثم إن قواعد الاجتهاد في الإسلام تقتضي في عمل القاضي أن يتم في ضوء أحكام القرآن والسنة، بحيث يمكن القول بأن دور القضاء في الشريعة الإسلامية لا يعدو أن يكون استظهاراً لحكم الله عز وجل من مصادر الشريعة الإسلامية المختلفة وفقاً للأدلة الشرعية المقررة.

وليس هذا تقييلاً من دور القضاء في الشريعة الإسلامية لكن المقصود هو الاتجاه العام الذي يستخلص من استقرار أحكام القضاء على حكم معين، لأنه حتى يكون هناك سوابقاً قضائية ينبغي أن يكون هناك اتجاهاً يلتزم به القضاة جميعاً دون استثناء بالسير فيه والحكم بمضمونه كلما عرض لهم نزاع متعلق بموضوعه، وهو ما لا يتحقق دائماً في ظل المقولة الشهيرة «تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما نقضي». وهذا هو ما يدعونا إلى القول أنه ليس للسوابق القضائية في الشريعة الإسلامية حجية تجعلها من القوة بحيث لا يستطيع القاضي اللاحق مخالفة القاضي السابق في ذلك الحكم.

ليس للسوابق القضائية في الشريعة الإسلامية حجية تجعلها من القوة بحيث لا يستطيع القاضي اللاحق مخالفة القاضي السابق في ذلك الحكم. ثانياً: حجية السوابق القضائية في النظام الإنجلوسكسوني: تعتبر السوابق القضائية في هذا النظام حجة يجب العمل بها، والأحكام الصادرة من المحاكم العليا في بريطانيا وأمريكا تعتبر بمثابة التشريع الصادر من الدولة وتلتزم جميع المحاكم — على اختلاف درجاتها — بالقياس على أحكامها في جميع الحالات المماثلة. ثالثاً: حجية السوابق القضائية في النظام اللاتيني: إن «السابقة القضائية» غير موجودة كمبدأ عام في النظام اللاتيني، حتى لو تكرر تطبيق الحكم من المحاكم في كثير من الحالات المماثلة فإنه لن يكون ملزماً لا للقاضي نفسه ولا غيره من المحاكم.

المبحث الثاني:

آثار السوابق القضائية، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول:

عدم شرعية الحكم المخالف للسابقة القضائية.

يعتبر مبدأ القوة الملزمة للسابقة القضائية في النظام الأنجلوسكسوني من أهم دعائم الكيان القانوني في هذا النظام ويتمثل هذا الإلزام وهذه القوة في ضرورة القياس على الأحكام السابقة، وعدم الخروج عليها وذلك لتوحد الأحكام في الحالات المماثلة.

المطلب الثاني:

الاحتجاج بالسابقة القضائية والتسبب بها.

في الواقع أن تسبب الأحكام القضائية يلعب دوراً هاماً في استخلاص السوابق القضائية، فأسباب الحكم تبرز المبدأ وتبين حدوده وأساسه مما يتيح الفرصة أمام المحاكم الأخرى للاقتناع بالمبدأ والسير عليه.

والمراد بالتسبب هو « تحديد الأسانيد والحجج التي يُبنى عليها الحكم ».

المطلب الثالث:

نقض الحكم المخالف للسابقة القضائية.

يترتب على القول بعدم شرعية الحكم المخالف للسابقة القضائية المبني على مبدأ القوة الملزمة للسابقة القضائية نقض الحكم الذي خالف فيه مُصدره السوابق القضائية، لأنها — والحالة هذه — تعتبر كالتشريع وليس لأحد أياً كان أن يخالف التشريع وإلا طعن في شرعية حكمه ومن ثم نقضه.

المطلب الرابع:

عدم الأخذ بالاجتهاد المخالف للسابقة القضائية.

هنا أمران:

الأول: الأخذ بالاجتهاد المخالف للسابقة القضائية في النظام الأنجلوسكسوني: عدم الأخذ بالاجتهاد المخالف لها لكن الأمر ليس على إطلاقه فإنه يمكن العدول عن السابقة القضائية والأخذ بالاجتهاد المخالف لها فيما لو كان الحكم الجديد « صادراً » من المحكمة العليا في البلاد ولا يتم ذلك إلا بسن قانون صريح يقضي بذلك فيكون الحكم اللاحق — المغاير للحكم السابق — هو السابقة القضائية ويصبح هذا الحكم الجديد هو الملزم لجميع المحاكم في البلاد.

الثاني: الأخذ بالاجتهاد المخالف للسابقة القضائية في النظام اللاتيني: على عكس النظام الأنجلوسكسوني يأتي النظام اللاتيني والذي لا تتميز فيه السابقة القضائية بالحجية والقوة لكن هذا أيضاً ليس على إطلاقه لأمرين:

الأول: أنه ما من دولة إلا وتحرص محاكمها على تحري اتجاهات المحاكم العليا فيها ذلك أنها تعلم — أي المحاكم الدنيا — أنها إذا خالفت قضاء المحاكم العليا وجاءت باجتهاد مخالف إن الحكم سيكون عرضة للنقض.

الثاني: حرص المحاكم على أن تلتزم في القضايا المتماثلة نفس الاجتهاد، وأن تتجنب الأخذ بالاجتهاد المخالف له حتى لا توصف بالتردد وعدم الاستقرار، أو بالتحيز وعدم الحياد في بعض الأحيان

المطلب الخامس:

حجية الاعتراض عند مخالفة السابقة القضائية.

ينقسم إلى قسمين:

الأول: أن يكون النظام الذي يتبعه القاضي إنجلوسكسونياً وهنا يكون من حق الخصوم في الدعوى الاعتراض عند مخالفة السابقة القضائية.

الثاني: أن يكون النظام الذي يتبعه القاضي لاتينياً فهنا يختلف الأمر والسابقة القضائية هنا ليس لها قوة السابقة القضائية هناك، ولكن عند التأمل يظهر أنه في كل الأنظمة تسعى المحاكم إلى السير على اطراد معين حتى لا توصف بالتردد أو التحيز، ولهذا يبقى من حق المحاكم العليا في هذه البلاد النظر في الحكم المخالف بل ونقضه، وهذا ليس إلزاماً قانونياً إلا أنه إلزام عملي.

وتضطر المحاكم أن تراعي في الغالب اتجاه المحاكم العليا لأنها تعلم أن مصير حكمها في النهاية سيعرض على هذه المحكمة.

المطلب السادس:

الخروج على السوابق القضائية، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى:

أسباب الخروج على السوابق القضائية.

الجامع لأسباب الخروج على السوابق القضائية هي الضرورة، «فيمكن للمحاكم أن تعدل من اجتهادها إن وجدت أن هناك ضرورة تدعوها إلى ذلك».

على أن هذا التعديل لا يلجأ إليه إلا إذا كانت هنالك اعتبارات قوية تبرره ومن تلك

الاعتبارات:

١ - أن يصبح الاجتهاد القديم غير ملائم لتطور المجتمع.

٢ - أن يصبح الاجتهاد القديم غير ملائم بسبب الظروف المحيطة بالمجتمع.

المسألة الثانية:

درجة الخروج على السوابق القضائية.

وفيهما فرعان:

الفرع الأول:

الخروج الكامل.

والمقصود بالخروج الكامل: إلغاء السابقة القضائية المعمول بها في حكم من الأحكام

وإحلال سابقة قضائية مكانها بحيث لا يبقى لتلك السابقة القضائية أي أثر على ما

تلاها من القضايا والدعاوى.

وهذا «يحصل حينها يصدر قانون صريح يقضي بذلك».

وحينها يكون الحكم اللاحق هو السابقة القضائية الواجب الالتزام بها من جميع المحاكم في البلاد.

والذي يظهر أن هذا الخروج يتم في حالات تكون السابقة القضائية المعدول عنها غير قابلة للتطبيق بأي حال من الأحوال، كما لو أنها لم تعد صالحة للتطبيق بسبب تغير أوضاع المجتمع.

الفرع الثاني:

الخروج المؤقت.

والمقصود به التوقف عن العمل بالسابقة القضائية في حكم من الأحكام لسبب من الأسباب ثم لا يلبث الأمر وتعود السابقة القضائية إلى مكانتها في التطبيق والإلزام. ومن أقرب الأمثلة إلى هذا الخروج: ما لو أقرت سابقة قضائية جديدة عمل بها في حال الحرب في بلاد ما، ثم عادت تلك البلاد إلى حال السلم فإن السابقة القضائية الأولى تعود إلى مكانتها، ويبقى خروجها عن نطاق تطبيقها خروجاً مؤقتاً.

الفصل الثاني:

تطبيقات قضائية، وفيه ست تطبيقات رأى الباحث أنها تصلح تطبيقات لبحثه .

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على أزكى البريات أما بعد: ففي ختامي بحثي أكون قد توصلت إلى عدد من النتائج من أهمها التالي: أن السوابق القضائية: «حكم صادر في قضية من محكمة مختصة يعتبر مثلاً أو مرجعاً لقضية مماثلة تنشأ فيما بعد».

أن السوابق القضائية في حقيقتها ما هي إلا استقرار للمحاكم واطرادها في السير على قاعدة معينة في قضية من القضايا».

مصدر السوابق القضائية هو الأحكام الصادرة من المحاكم.

ليس للسوابق القضائية في الفقه القضائي الإسلامي حجية تجعلها من القوة بحيث لا يمكن مخالفتها.

السوابق القضائية في النظام الإنجلوسكسوني حجة يجب العمل بها. وتلتزم جميع المحاكم بالقياس على أحكامها في جميع الحالات المماثلة.

ليس للسوابق القضائية حجية في النظام اللاتيني.

التوصيات:

ضرورة العمل الجاد على تطوير النظام القضائي في المملكة العربية السعودية بما يواكب تطورات المجتمع السعودي والعالم أجمع.
العمل على جمع السوابق القضائية ودراستها والاستفادة منها.
العمل على نشر السوابق القضائية بعد دراستها.
تطوير القضاة أنفسهم وتأهيلهم تأهيلاً مناسباً يناسب المرحلة المقبلة على المملكة العربية السعودية خصوصاً بعد انضمام المملكة العربية السعودية لمنظمة التجارة العالمية.



تلخيص

إجراءات الإثبات بالشهادة في نظام الإجراءات الجزائية (دراسة مقارنة)

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية «شعبة أنظمة»

إعداد الطالب:

منصور بن محمد الهنيدي

إشراف:

د. فيصل بن رميان الرميان

للعام الجامعي 1424 - 1425 هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص: 117

عدد صفحات البحث من غير الفهارس: 99

عدد صفحات التلخيص: 32

خطة البحث:

- التمهيد، ويشتمل على التعريف بمفردات عنوان البحث، وبيان مشروعية استدعاء الشهود وسماع أقوالهم في الفقه والنظام - وفيه مبحثان:
- المبحث الأول: التعريف بمفردات عنوان البحث - وفيه خمسة مطالب:
- المطلب الأول: تعريف الإجراءات .
- المطلب الثاني: تعريف الإثبات .
- المطلب الثالث: تعريف الشهادة .
- المطلب الرابع: تعريف النظام .
- المطلب الخامس: تعريف الجزائية .
- المبحث الثاني: مشروعية استدعاء الشهود وسماع أقوالهم - وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: مشروعية استدعاء الشهود وسماع أقوالهم في الفقه .
- المطلب الثاني: مشروعية استدعاء الشهود وسماع أقوالهم في النظام .
- الفصل الأول: إجراءات استدعاء الشهود - وفيه خمسة مباحث -
- المبحث الأول: إجراءات استدعاء القاضي للشاهد - وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: استدعاء القاضي للشاهد في الفقه .
- المطلب الثاني: استدعاء القاضي للشاهد في النظام .
- المبحث الثاني: إجراءات إبلاغ الشاهد بالحضور - وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: إبلاغ الشاهد بالحضور في الفقه .
- المطلب الثاني: إبلاغ الشاهد بالحضور في النظام .
- المبحث الثالث: إجراءات قبول شهادة الشاهد إذا حضر من تلقاء نفسه . وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: قبول شهادة الشاهد إذا حضر من تلقاء نفسه في الفقه .
- المطلب الثاني: قبول شهادة الشاهد إذا حضر من تلقاء نفسه في النظام .
- المبحث الرابع: إجراءات إلزام الشاهد بالحضور لمجلس القضاء للشهادة - وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: إلزام الشاهد بالحضور لمجلس القضاء للشهادة في الفقه .
- المطلب الثاني: إلزام الشاهد بالحضور لمجلس القضاء للشهادة في النظام .
- المبحث الخامس: الإجراءات المتبعة حال تعذر حضور الشاهد - وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: الإجراءات المتبعة حال تعذر حضور الشاهد في الفقه .

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة حال تعذر حضور الشاهد في النظام.

الفصل الثاني: إجراءات سماع أقوال الشهود - وفيه ستة مباحث -

المبحث الأول: مكان أداء الشهادة - وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مكان أداء الشهادة في الفقه .

المطلب الثاني: مكان أداء الشهادة في النظام .

المبحث الثاني: إجراءات استجواب القاضي للشاهد - وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استجواب القاضي للشاهد في الفقه .

المطلب الثاني: استجواب القاضي للشاهد في النظام .

المبحث الثالث: إجراءات سماع المدعى عليه للشاهد ومناقشته له - وفيه

مطلبان:

المطلب الأول: إجراءات سماع المدعى عليه للشاهد ومناقشته له في الفقه .

المطلب الثاني: إجراءات سماع المدعى عليه للشاهد ومناقشته له في النظام .

المبحث الرابع: إجراءات التفريق بين الشهود ومواجهتهم - وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إجراءات التفريق بين الشهود ومواجهتهم في الفقه .

المطلب الثاني: إجراءات التفريق بين الشهود ومواجهتهم في النظام .

المبحث الخامس: إجراءات منع التأثير على الشهود ولزوم حماية القاضي لهم -

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إجراءات منع التأثير على الشهود ولزوم حماية القاضي لهم في الفقه .

المطلب الثاني: إجراءات منع التأثير على الشهود ولزوم حماية القاضي لهم في النظام .

المبحث السادس: موانع قبول الشهادة - وفيه مطلبان:

المطلب الأول: موانع قبول الشهادة في الفقه .

المطلب الثاني: موانع قبول الشهادة في النظام .

التمهيد

المطلب الأول

تعريف الإجراءات

١- تعريف الإجراءات لغة :

لم تكن هذه الكلمة مستعملة في السابق بنفس استعمالها في عصرنا الحاضر إلا أن لها أصلاً يبين لنا معناها اللغوي؛ فالإجراءات : جمع إجراء وهو مأخوذ من الفعل أجرى ، يجري ، إجراءً ، قال صاحب لسان العرب : « أجرى : أرسل » ، إذاً فالكلمة تدل على إرسال الشيء وجعله يسير ويتحرك .

٢- تعريف الإجراءات اصطلاحاً :

كل من عرف مصطلح (إجراءات) ممن كتب عن الإجراءات الجنائية لا يعرفها إلا مضافة إلى مصطلح (الجنائية) ، والتعريف المختار للإجراءات : هي : عبارة عن مجموعة من الخطوات العملية التي تسلكها السلطات المختصة أو الأفراد أو المؤسسات لإنجاز معاملة ما) .

المطلب الثاني

تعريف الإثبات

١- تعريف الإثبات لغة :-

الإثبات في اللغة مأخوذ من الفعل (أثبت) يقال : (ثبت الشيء يثبت ثباتاً وثبوتاً فهو ثابت ... وأثبتته السقم إذا لم يفارقه) . فمعنى الإثبات يدور حول استقرار الشيء ودوامه .

٢- تعريف الإثبات اصطلاحاً :-

(إقامة الحجة والدليل أمام القضاء ، بوحدة من الطرق التي تترجح بها دعوى أحد طرفي الخصومة) .

المطلب الثالث

تعريف الشهادة

١- تعريف الشهادة لغة :-

الشهادة في اللغة هي : (الخبر القاطع وهي اسم للفعل شهد ، يقال شهد يشهد شهادةً ، ولها في اللغة معان عدة ومنها ما يلي : العلم ، والحضور ، والخلف ، والإخبار .

٢- تعريف الشهادة اصطلاحاً :-

لقد اختلفت عبارات فقهاء المذاهب - رحمهم الله - في تعريفهم للشهادة . وتعريف الشافعية يصلح لأن يكون تعريفاً للشهادة بعد حذف بعض العبارات منه وإضافة

بعض العبارات إليه بحيث يكون كالتالي : (إخبار الشخص بحق للغير على الغير عند الحاكم) .

أما عن تعريف الشهادة في النظام الجنائي فهو كالتالي :

(الشهادة في المواد الجنائية تعني إدلاء شخص بحقيقة ما أدركه بحواسه أمام القاضي في شأن وضع إجرامي معين)

المطلب الرابع

تعريف النظام

١- تعريف النظام لغة :-

النظام في اللغة مأخوذ من الفعل نظم قال صاحب القاموس : (نظم اللؤلؤ ينظمه نظماً : ألفه وجمعه في سلك ... والنظام : كل خيط ينظم به لؤلؤ ونحوه) .

٢- تعريف النظام اصطلاحاً :-

التعريف المختار للنظام هو :-

عبارة عن : (مجموعة من القواعد التي تحكم سلوك الأفراد والأجهزة الرسمية والمؤسسات في الجماعة والتي يتعين عليهم الخضوع لها ولو بالقوة إذا لزم الأمر) .

المطلب الخامس

تعريف الجزائية

١- تعريف الجزائية في اللغة :-

الجزائية مصدر صناعي نسبة إلى الجزاء والجزاء في اللغة يأتي بمعنى المكافأة على الخير، والمكافأة على الشر.

٢- تعريف الجزائية في الاصطلاح :-

الجزاء في الاصطلاح الفقهي مرادف للعقوبة التعزيرية، ولم يفرده الفقهاء الأقدمون - فيما بحثت - تعريفاً مستقلاً، وبعض الباحثين المعاصرين عرف الجزاء بأنه : (ردع وإصلاح لكل من تظهر منه مخالفة لنصوص الكتاب والسنة أو أوامر أولي الأمر) .

تعريف نظام الإجراءات الجزائية :-

بإمكاننا أن نستخلص له تعريفاً مما سبق وهو أنه عبارة عن : (مجموعة من القواعد التي تبين الخطوات الشكلية لسيير أي معاملة ذات صبغة جنائية من بدايتها حتى نهايتها) .

المبحث الثاني

المطلب الأول

مشروعية استدعاء الشهود وسماع أقوالهم في الفقه

إن استدعاء الشهود لمجلس القاضي لأداء الشهادة وسماع أقوالهم أمر مشروع في الفقه الإسلامي ، وقد دل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

١- فمن الكتاب :-

قوله - تبارك وتعالى :- ﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ .

٢- ومن السنة :-

قوله - ﷺ - في حديث الأشعث بن قيس : «شاهدك أو يمينه» متفق عليه .

٣- وأما الإجماع :-

فقد نقل غير واحد من أهل العلم الإجماع على مشروعية العمل بالشهادة كشيوخ الإسلام ابن تيمية وابن قدامة رحمهما الله - تعالى -

٤- ومن المعقول :-

أن التجاحد والتناكر من الأمور الواقعة بين الناس ، بل إنها من الأمور المنتشرة بين بعض مجتمعاتهم ، وتوثيقاً لحقوق الناس وزجراً للفاجر منهم ، ومنعاً من التعدي على حقوق الآخرين شرع للقاضي استدعاء الشهود للمثول أمامه في مجلس القضاء والاستماع إلى شهادتهم ، وبناء الأحكام القضائية عليها ، بل إن البعض يسميها متعلق الحكم القضائي .

المطلب الثاني

مشروعية استدعاء الشهود وسماع أقوالهم في النظام

نظراً لأن نظام الإجراءات الجزائية أحد الأنظمة السعودية المبنية على أسس شرعية ، بما لا يخالف القرآن الكريم والسنة النبوية ؛ لذا فقد ورد في نظام الإجراءات الجزائية ما يمنح المحكمة الشرعية - ممثلة في ناظر - أو ناظري - الدعوى الجزائية - صلاحية استدعاء الشهود وسماع أقوالهم ، وفقاً لما دل عليه الفقه الإسلامي كما ذكرنا ذلك سلفاً ، حيث جاء في النظام ما يلي :-

«للمحكمة أن تستدعي أي شاهد ترى حاجة لسماع أقواله » م (١٦٥) من نظام

الإجراءات الجزائية» .

الفصل الأول

إجراءات استدعاء الشهود

المطلب الأول

استدعاء القاضي للشاهد في الفقه

لقد أعطت الشريعة الإسلامية القاضي الشرعي صلاحية استدعاء الشاهد للمثول أمامه في مجلس القضاء لأداء الشهادة وقد دل على ذلك الكتاب والسنة ، وفعل السلف ، والمعقول .

١- فمن الكتاب :-

قوله - تعالى - : ﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ قال عبدالله بن عباس - رضي الله عنهما - : (المراد به التحمل للشهادة وإثباتها عند الحاكم) .

٢- ومن السنة :-

قوله - ﷺ - في حديث الأشعث بن قيس المتقدم : « شاهدك أو يمينه » .
وجه الدلالة : أن النبي الكريم - ﷺ - كان في قصة هذا الحديث الشريف في موقف القاضي بين خصمين ، وطلب من المدعي

إحضار شهوده للمثول أمامه والإدلاء بما لديهم من شهادة فدل ذلك على جواز قيام القاضي باستدعاء الشهود بواسطة المدعي أو غيره كي يمكنه إصدار حكم عادل مبني على شهادة الشهود، لا مبني على علم القاضي .
٣- ومن فعل السلف :-

ما روي عن القاضي شريح رحمه الله - أنه قال : (القضاء جمر فنحسه عنك بعودين يعني : شاهدين) .

أي : أن القاضي ليس له من سبيل إلى معرفة المحق من المبطل سوى بالشهادة ، أو غير ذلك من البينات ، لذا كان له حق استدعاء الشهود والأمر بإحضارهم لمجلسه للإخبار بما علموه .
٤- ومن المعقول :-

- أن قضاء القاضي لصالح أحد الخصمين بدون بينة من شهادة وغيرها لا سبيل إليه ؛ لأنه ترجيح لأحد طرفي الخصومة بلا مرجح ، وهو ظلم في حق المحكوم عليه إذ قد يكون المحكوم عليه هو صاحب الحق .

- كما أن القاضي لو لم يستدع الشهود ويسمع شهادتهم فليس أمامه إلا أن يصرف النظر عن الدعوى وهذا من الظلم البين ، أو أن يحكم على المدعى عليه لصالح المدعي بناءً على علمه ، وكما هو معلوم أن قضاء القاضي بعلمه ممنوع مطلقاً في قول أكثر أهل العلم لأنه يعد تهمة في حقه ؛ ولما فيه من تقوية جانب أحد الخصوم

بلا حجة مقبولة ، ولما فيه من محذور ميل القضاة ، كما قال بذلك الإمام الشافعي - رحمه الله - .

لذا فليس من مخرج للقاضي عن ذلك كله إلا بأن يستدعي شهود المدعي - أو ينظر في غيرها من البيّنات - ثم يحكم بالحق بناءً على ذلك .

المطلب الثاني

استدعاء القاضي للشاهد في النظام

لقد نص نظام الإجراءات الجزائية على أن القاضي الشرعي يملك بما له من ولاية قضائية حق استدعاء الشهود وإلزامهم بالحضور عند الاقتضاء حيث جاء فيه ما نصه :-

« للمحكمة أن تستدعي أي شاهد ترى حاجة لسماع أقواله ... » م (١٦٥) من نظام الإجراءات الجزائية ..

قولنا : « للمحكمة .. » : هذا قيد يدخل تحته كل من له ولاية قضائية في صلاحية استدعاء الشهود ، وطلب حضورهم ، سواءً أكان قاضياً بالمحكمة أم رئيساً للمحكمة ، أو نحو ذلك .

قولنا : « .. أن تستدعي .. » : والاستدعاء الذي هو : طلب إحضار الشهود يعتبر من أعمال القاضي القضائية وهو أحد أهم اختصاصاته .

قولنا « .. أي شاهد ... » : يدخل بهذا القيد كل من عنده شهادة كان قد سبق له تحملها ، ويخرج به كل من لا ينطبق عليه هذا الوصف ممن لم يتحمل أي شهادة ، وذلك تطبيقاً لقوله - تعالى - : ﴿ وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا وَمَا كُنَّا لِلْغَيْبِ حَافِظِينَ ﴾ .

قولنا : « .. ترى حاجة لسماع أقواله ... » : أي أن إجراء استدعاء الشاهد داخل تحت سلطة القاضي التقديرية ، فهو الذي يقرر متى تتطلب الدعوى استدعاء الشاهد من عدمه ، يقول أحد الباحثين : (تتميز دعوى الحسبة بزيادة سلطات القاضي بالنسبة لها) ، ومن ذلك تحديد الحالة التي تتطلب استدعاء الشاهد .

المبحث الثاني

إجراءات إبلاغ الشاهد بالحضور

المطلب الأول

إبلاغ الشاهد بالحضور في الفقه

لقد ورد في الفقه الإسلامي ثلاث طرق لإبلاغ الشهود بالحضور لمجلس القضاء لأداء شهادتهم ، وهذه الطرق الثلاث هي :-

١- طريقة إبلاغ الشاهد بواسطة المدعي :

لقد دل على إبلاغ الشاهد بواسطة المدعي الكتاب والسنة والمعقول
أ- فمن الكتاب قوله - تعالى - : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ
شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ .. الآية .

ب- ومن السنة قوله - ﷺ - : « البينة على المدعي » .
وجه الدلالة من الحديث : أنه - عليه الصلاة والسلام - لما جعل عبء الإثبات
على المدعي كان من لوازم ذلك أن يباشر المدعي إبلاغ شهوده بنفسه ، فهو أدري بمكان
إقامتهم ، وهو الذي يعرفهم بأسمائهم وأوصافهم ؛ لذا كان هو أولى الناس بإبلاغهم .
ج- ومن المعقول : - طالما أن المدعي يطالب بحق لنفسه، ويسعى لإثبات دعواه إذاً
فهو الذي يقوم بإبلاغ شهوده بنفسه؛ لأن صاحب الحأجة يقوم على حاجته، ويباشرها
بنفسه .

٢- طريقة إبلاغ الشاهد بواسطة أحد أعوان القاضي :
لقد تحدث الفقهاء - رحمهم الله - قديماً وحديثاً عن أعوان القاضي وذكروا أنهم
الأشخاص الذين لا يمارسون عملاً قضائياً ، ولكن القاضي يستعين بهم
في أداء عمله ، كالكتاب والحاجب والمحضر وغيرهم ويمكن أن يبلغ القاضي
الشهود بواسطتهم .

ومن أعوان القاضي الذين يمكن التبليغ بواسطتهم :-
١- الجلواز بالكسر وهو : الشرطي .
٢- والمحضر بالكسر : وهو الموظف الذي يقوم بإبلاغ الخصوم بالحضور لمجلس
القاضي .

٣- طريقة احتساب الشاهد وحضوره لمجلس القضاء بنفسه :
في بعض الأحيان يرفع بعض الأفراد الدعوى الجزائية للقاضي احتساباً منهم
لينفذ فيها حكم الشرع ، ثم يشهدون على المدعى عليه احتساباً دون أن يُطلب منهم أداء
الشهادة وهذه الشهادة يسميها الفقهاء بـ (شهادة الحسبة) .

وهذه الطريقة وإن كانت تخلو من وجود تبليغ فعلي للشاهد إلا أنها طريقة
هامية من طرق حضور الشاهد لمجلس القاضي ، ومن الممكن - أيضاً - عند حضور
شاهد الحسبة أن يؤجل النظر في الدعوى لأي سبب كان فيبلغ الشاهد مباشرة من قبل
القاضي أو أحد أعوانه بالموعد المؤجل .

المطلب الثاني

إبلاغ الشاهد بالحضور في النظام

لم يبين نظام الإجراءات الجزائية صراحة آلية إبلاغ الشهود بالحضور لمجلس القاضى بل اكتفى بإعطاء المحكمة صلاحية استدعاء الشهود بقوله :
«للمحكمة أن تستدعي أي شاهد ترى حاجة لسماع أقوال ..».

ولكن الجهات المختصة تطبق حالياً الآلية الفقهية في إبلاغ الشهود مع اختلاف يسير عمّا هو معمول به في الفقه الإسلامي .

وطرق إبلاغ الشهود المعمول بها في النظام أربع طرق وهي :-

١- إبلاغ الشاهد بواسطة المدعي بالحق الخاص .

٢- إبلاغ الشاهد بواسطة المدعي العام (أي : مدع الحسبة) .

٣- إبلاغ الشاهد بواسطة أحد أعوان القاضي .

٤- إبلاغ الشاهد بواسطة رجال الضبط الجنائي .

١- طريقة إبلاغ الشاهد بواسطة المدعي بالحق الخاص :

لم يذكر النظام هذه الطريقة صراحة بل أوماً إليها بقوله : «لكل من الخصوم أن يطلب سماع من يرى من شهود» - م (١٦٤) من نظام الإجراءات الجزائية .

٢- طريقة إبلاغ الشاهد بواسطة المدعي العام (مدعي الحسبة) :

في دعاوى الحق العام يطلب القاضي من المدعي العام إبلاغ بينته بالحضور باعتباره هو من قدّم الدعوى للنظر الشرعي فيكون هو من يتحمل عبء إثباتها ، وقد جاء في نظام الإجراءات الجزائية ما نصه :-

«تختص هيئة التحقيق والادعاء العام وفقاً لنظامها بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام المحاكم المختصة» م (١٦) من نظام الإجراءات الجزائية ، وجاء في نظام هيئة التحقيق المشار إليه في هذه المادة (في المادة الثالثة / ج : أن من اختصاصات الهيئة : الادعاء أمام الجهات القضائية وفقاً للاتحة التنظيمية) ، ومن لوزام الادعاء كما هو معلوم شرعاً عبء الإثبات

٣- طريقة إبلاغ الشاهد بواسطة أحد أعوان القاضي :

إن من أعوان القاضي في الوقت الحاضر ، والذين يعتمد عليهم القاضي في إبلاغ الشهود والخصوم اعتماداً أساسياً هو ما يعرف بوحدة الإحضار داخل المحاكم الشرعية ، وهذه الوحدة : هي عبارة عن إدارة أمنية مكونة من عدد كافٍ من المحضرين المدنيين والعسكريين يقومون بممارسة مهمة الإحضار وإبلاغ الشهود والخصوم ، وخصوصاً في الدعاوى المدنية ، ويعتمد عليهم القاضي أحياناً في إبلاغ الشهود والخصوم في الدعاوى الجزائية ، وهذا هو المعمول به في الوقت المعاصر في المحاكم الشرعية

٤- طريقة إبلاغ الشاهد بواسطة رجال الضبط الجنائي :

عندما يكلف فضيلة ناظر الدعوى الجزائية المدعي العام بإبلاغ بيته فالدعي العام إما أن يبلغ البينة بنفسه - إذا كانت الدعوى تتطلب الاستعجال ، أو يخاطب الجهة الأمنية التي ضبطت القضية ، ويطلب منهم إبلاغ البينة على دعواه بالحضور ، وهذه الآلية لم يذكرها نظام الإجراءات الجزائية ، ولكنها هي الآلية المعمول بها في غالبية فروع هيئة التحقيق والادعاء العام .

كما أن نظام المرافعات الشرعية قد أسند عملية التبليغ للمحضرين العاملين في المحاكم الشرعية بالمملكة العربية السعودية، بناءً على أمر القاضي أو طلب الخصم أو إدارة المحكمة، وأسند إلى مراكز الشرط.

المبحث الثالث

إجراءات قبول شهادة الشاهد إذا حضر من تلقاء نفسه

المطلب الأول

قبول شهادة الشاهد إذا حضر من تلقاء نفسه في الفقه

لقد اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في مسألة مبادرة الشاهد بالشهادة قبل أن يسألها وذلك على النحو التالي :-

- ١- عند الحنفية : (الشهادة فرض تلزم الشهود ولايسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي ، وإنما يشترط طلب المدعي لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق) .
- ٢- وبعض المالكية يقولون : (لا تقبل شهادة من حرص على القبول) .
- ٣- ويقول الشافعية : (إن تطوع الشاهد بتحمل الشهادة وأدائها فقد أحسن) .
- ٤- وقال الحنابلة : (إذا أداها قبل طلبه قام بالواجب وكان أفضل ، كمن عنده أمانة أداها قبل الحاجة) . وقال في الشرح الكبير : (من كانت عنده شهادة لأدمي يعلمها لم يقيمها حتى يسأله ، فإذا لم يعلمها استحب له إعلامه بها وله إقامتها قبل ذلك) .
وحاصل الأقوال السابقة يرجع إلى ثلاثة أقوال :-

١- قول يرى جواز أداء الشاهد للشهادة قبل طلبها منه .

٢- وقول لا يرى الجواز .

٣- التفصيل .

والراجع:

هو المذهب الذي يرى التفصيل، وهو إن كان المدعي عالماً متذكراً للشهادة لم تقبل الشهادة وإن كان المدعي لا يعلم أو لا يتذكر الشهادة قبلت .

ففي الحالة الأولى وهي معرفة المدعي للشهادة وتذكره لها استدلوها على عدم قبول الشهادة بحديث: «خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم، ثم إن من بعدهم قوماً يشهدون ولا يستشهدون» أخرجه البخاري؛ ولأن أداءها حق للمشهود له فلا يستوفي إلا برضاه كسائر حقوقه.

وفي حالة عدم علم المدعي للشهادة وعدم تذكره لها بحديث: «ماروى زيد بن خالد الجهني أن النبي - ﷺ - قال: «ألا أخبركم بخير الشهداء؟ هو الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها» أخرجه مسلم، وخوفاً من ضياع حق المدعي .
وأسباب الترجيح :

- ١- لوجاهة ما عللوا به مذهبهم .
- ٢- ولأن في قولهم جمعاً بين المذاهب، والجمع بين الأقوال - كما هو معلوم - أحسن طريق للترجيح، وهذا هو اختيار ابن قدامة - رحمه الله - وغيره من الفقهاء، هذا فيما عدا شهادة الحسبة؛ لأن دعوى الحسبة لا تثريب على من شهد فيها دون سؤاله .

المطلب الثاني

قبول شهادة الشاهد إذا حضر من تلقاء نفسه في النظام
لقد أخذ نظام الإجراءات الجزائية بالمذهب الذي يرى قبول شهادة الشاهد إذا أداها قبل سؤاله بشرط وجود الفائدة في هذه الشهادة - هذا فيما يتعلق بحقوق الأدميين - أما دعوى الحسبة أو شهادة الحسبة كما يسميها البعض فلا إشكال في قبولها دون طلب كما مر معنا، وقد جاء في نظام الإجراءات الجزائية ما يلي :-

«كما أن لها أن تسمع من أي شخص يحضر من تلقاء نفسه إذا وجدت أن في ذلك فائدة لكشف الحقيقة» م (١٦٥) من نظام الإجراءات الجزائية.

المبحث الرابع

إجراءات إلزام الشاهد بالحضور لمجلس القاضي للشهادة
المطلب الأول

إلزام الشاهد بالحضور لمجلس القاضي للشهادة في الفقه
لقد تحدث الفقهاء - رحمهم الله - قديماً عن مسألة إلزام الشاهد بالحضور إلى مجلس القاضي لأداء الشهادة، وسموها شهادة الأداء، ولهم فيها مذاهب متقاربة المضمون، وقبل أن نفصل الحديث عنها سنقسم المسألة إلى قسمين، وهما على النحو التالي :-
أولاً: إلزام الشاهد بالحضور لأداء الشهادة في الدعاوى التي تستوجب عقوبة تعزيرية.

لم يفرد الفقهاء الحديث عن إلزام الشاهد بالحضور لأداء الشهادة في الدعاوى التي تستوجب عقوبة تعزيرية، بل إنهم تكلموا عن إلزامه بأدائها على وجه العموم إذا دعي إليها، سواءً أكان ذلك في الدعاوى التعزيرية أم الدعاوى المالية وغير ذلك. والفقهاء - رحمة الله عليهم - متفقون على أن الشاهد ملزم بأداء الشهادة إن دعي لأدائها، قال ابن قدامة رحمه الله: «من تحمل شهادةً لزمه أدائها لقوله - تعالى -: ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ ثم قال: لا نعلم خلافاً في ذلك بين أهل العلم».

ثانياً: إلزام الشاهد بالحضور لأداء الشهادة في الدعاوى التي تستوجب عقوبة حدية. الفقهاء - رحمهم الله - متفقون من حيث الجملة على مشروعية الستر على المتهم في جرائم الحدود، مع اختلاف يسير في عباراتهم.

فبعض الفقهاء يرى استحباب الستر على المتهم بجرائم الحدود، وبعضهم يرى الإباحة، والبعض الآخر يرى الجواز، وما ذلك إلا لأن الحدود تدرأ بالشبهة ويطلب فيها الستر على من ارتكبها.

وقد استثنى الفقهاء - رحمهم الله - ممن يستحب الستر عليه، المتهم الذي يكثر منه الوقوع في جرائم الحدود ويشتهر بذلك، فينبغي أن يشهد عليه وأن يعلم الإمام بذلك.

المطلب الثاني

إلزام الشاهد بالحضور لمجلس القضاء للشهادة في النظام

لقد نص نظام الإجراءات الجزائية على إلزام الشاهد بأن يحضر للمحكمة إذا دعاه القاضي ليؤدي الشهادة التي تحملها، مع مراعاة ما تقرر شرعاً في الشهادة بالحدود، حيث جاء فيه ما يلي :-

«مع مراعاة ما تقرر شرعاً في الشهادة بالحدود، يجب على كل شخص دعي لأداء الشهادة بأمر من القاضي الحضور في الموعد والمكان المحددين». م (١٦٦) من نظام الإجراءات الجزائية.

المبحث الخامس

الإجراءات المتبعة حال تعذر حضور الشاهد

المطلب الأول

الإجراءات المتبعة حال تعذر حضور الشاهد في الفقه

الأصل - كما هو مقررٌ فقهاً - أن الشاهد يلزمه الحضور ولا يجوز له التخلف عن الذهاب لمجلس القاضي لأداء الشهادة، استناداً لقوله - تعالى -: ﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ .

لكن في بعض الحالات تطرأ ظروف قاهرة تحول الشاهد دون ذهابه للمحكمة لأداء شهادته، وقد تكون شهادته مفيدة جداً لكشف الحقيقة، فكيف يتصرف القاضي في هذه الحالة؟.

لقد تحدث فقهاء المذاهب عن حالة تعذر حضور الشاهد لمجلس القاضي وذكروا أن القاضي مخير في مثل هذه الحالة بين ثلاثة أوضاع وهي :-

- ١- إما أن ينتقل القاضي بنفسه إلى مكان الشاهد لسمع شهادته .
- ٢- أو أن يوكل القاضي غيره على سماع شهادة الشاهد ثم يخبره بها سمع من الشاهد.
- ٣- أو أن يقوم بسماع شهادة الشاهد الغائب قاضٍ آخر غير ناظر الدعوى.

المطلب الثاني

الإجراءات المتبعة حال تعذر الشاهد في النظام

لقد أخذ نظام الإجراءات الجزائية بإجراءين مما هو مقرر فقهاً، وهما كما يلي :-

- ١- أن ينتقل القاضي بنفسه إلى مكان الشاهد؛ لسمع شهادته .
- ٢- أو أن تكلف المحكمة أحد قضاتها ليذهب إلى الشاهد ويسمع شهادته .

وقد جاء في النظام ما يلي :-

«للمحكمة إذا رأت مقتضى للانتقال إلى المكان الذي ارتكبت فيه الجريمة، أو إلى أي مكان آخر لإجراء معاينة، أو لسماع شاهد لا يستطيع الحضور، أو للتحقق من أي أمر من الأمور أن تقوم بذلك، وتمكن الخصوم من الحضور معها في هذا الانتقال، ولها أن تكلف قاضياً بذلك». م (١٧٠) من نظام الإجراءات الجزائية .

الفصل الثاني

إجراءات سماع أقوال الشهود

المطلب الأول

مكان أداء الشهادة في الفقه

إن فقهاء المذاهب الأربعة - رحمهم الله - متفقين على أن الشهادة على الدعوى القضائية تسمع في مجلس القاضي، ولا يصح أداؤها أمام غير القاضي.

ولعل سبب اشتراط الفقهاء - رحمهم الله - أداء الشهادة بمجلس القضاء هو ضمان تحقق العدل، والبعيد عن وقوع الظلم؛ لأن أداء الشهادة بمجلس القضاء يدخل ضمن مبدأ علانية الجلسات القضائية، الذي يهدف إلى إظهار عدالة القضاء الشرعي، وطمأننة الخصوم والشهود من أنهم لن يقع على أحد منهم أي تأثير من قبل أي شخص كان. إذ الشهادة تؤدى في مكان بارز - وهو مجلس القضاء - والمسلمون يرون ما يجري أمام أعينهم من إجراءات التقاضي، فلا رهبة حينئذٍ من أداء الشاهد للشهادة .

المطلب الثاني

مكان أداء الشهادة في النظام

لقد أخذ نظام الإجراءات الجزائية بما نص عليه الفقهاء - رحمهم الله - من اشتراط أداء الشهادة في مجلس القضاء ، مع عدم الإخلال بما ورد في المادة السبعين بعد المائة علماً بأنه يجوز عند الاقتضاء أداء الشهادة خارج مجلس القضاء إذا رأى القاضي ناظر الدعوى الجزائية المصلحة في ذلك .

وقد جاء في النظام الجزائي ما يلي : «تؤدى الشهادة في مجلس القضاء» . م (١٦٩) من نظام الإجراءات الجزائية .

المبحث الثاني

إجراءات استجواب القاضي للشاهد

المطلب الأول

استجواب القاضي للشاهد في الفقه

إن من تمام تحقيق العدل في إصدار الأحكام القضائية على المتهمين في الدعاوى الجزائية أن يستجوب القاضي - الذي ينظر الدعوى - الشاهد عن شهادته التي تحملها تفصيلاً ، وألا يأخذ الشهادة مجاملة ؛ إبراءً للذمة وتحقيقاً للعدل ، وقد دل على مشروعية استجواب القاضي للشاهد الكتاب وعمل الصحابة والتابعين والمعقول .

١- فمن الكتاب :-

قوله - تعالى - ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾ .

٢- ومن عمل الصحابة والتابعين : ما روي في قصة عمر بن الخطاب مع المغيرة بن شعبة - رضي الله عنهما - عندما أتهم بالزنا ظلماً - وفيها أن عمر قال لأحد الشهود - : «إني لأرى غلاماً لسناً ، لا يقول إلا حقاً ، ولم يكن ليكتمني ، فقال : لم أرها قالوا ، لكنني رأيت ربيته ، وسمعت نفساً عالياً ، فجلدهم عمر وخلاه» .

٤- ومن المعقول :-

أن الشاهد قد يخبر بشيء وهو غير مدرك لمعناه الشرعي ، كأن يقول الشاهد رأيت فلاناً من الناس يسرق ، وهو يريد بذلك الاختلاس أو النهب فلو حكم القاضي بقطع يد المشهود عليه ، بناءً على هذا الكلام لكان خطأ .

المطلب الثاني

استجواب القاضي للشاهد في النظام

إن نظام الإجراءات الجزائية لم ينص صراحةً على استجواب القاضي للشاهد بل أشار إليه إشارةً بقوله: «للمحكمة أن تستدعي أي شاهد ترى حاجةً لسماع أقواله، أو ترى حاجةً لإعادة سؤاله». م (١٦٥) من نظام الإجراءات الجزائية كما أن نظام المرافعات الشرعية باعتباره النظام المكمل لنظام الإجراءات الجزائية فيما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الجزائية قد ذكر صراحةً إجراء استجواب القاضي للشاهد، فقد جاء فيه:

«للقاضي من تلقاء نفسه، أو بناءً على طلب أحد الخصوم أن يوجه للشاهد ما يراه من الأسئلة مفيداً في كشف الحقيقة، وعلى القاضي في ذلك إجابة طلب الخصم إلا إذا كان السؤال غير منتج». م (٢٢١) من النظام السابق.

وقد ذكر بعض الباحثين أن: (من ضمانات المتهم خلال المحاكمة تمكينه من مناقشة الشهود في شهادتهم عليه وبالذات في جرائم الحدود)؛ لأنها عقوبات قصوى في الشريعة الإسلامية؛ ولأنها تدرأ بالشبهات، فلذا يتأكد على القاضي مناقشة الشاهد فيها.

المبحث الثالث

إجراءات سماع المدعى عليه للشاهد ومناقشته له
المطلب الأول

إجراءات سماع المدعى عليه للشاهد ومناقشته له في الفقه

إن من تمام تحقيق القضاء الشرعي للعدل أن يمكن المدعى عليه من سماع من يشهد عليه، وأن يفسح المجال للمدعى عليه بمناقشة الشاهد أثناء مرحلة المحاكمة، وأن يعطى مهلةً ليدافع عن نفسه ما دام أن الحكم الذي سيصدر بحقه ليس غيابياً وقد ذكر جمهور الفقهاء - رحمهم الله - أن البينة لا تسمع إلا بحضور الخصم أي المشهود عليه، ولعل من أسباب ذلك ما يلي:

- ١- أن أداء الشهادة في مواجهته فيها تمكين له من مناقشة الشاهد والرد على شهادته إن كان فيها ما يقدها، وفيها تمكين له من الدفاع عن نفسه لاسيما إذا كان محقاً.
- ٢- أن مواجهة المدعى عليه بالشاهد ومعرفته بمن شهد ضده فيها تمكين له من القدر في عدالة الشهود إن كانوا غير عدول.
- ٣- وأنه ربما يكون الشاهد ممن لا تقبل شهادته شرعاً؛ كأن يكون خصماً للمدعى عليه ونحو ذلك فإذا عرفه المدعى عليه وواجهه أمكنه أن يطلب رد شهادته من القاضي ناظر الدعوى الجزائية.

وحاصل ما مضى أن الفقه الإسلامي قد راعى مسألة سماع المدعى عليه للشاهد

ومناقشته له ، فبعد أن يسمع المدعى عليه دعوى المدعي الخاص أو مدعي الحسبة ويسمع البيئة المقامة ضده فله أن يسأل الشاهد عما تضمنته شهادته أمام القاضي ، وإن كان عنده دفع لما سمعه فله أن يقدمها للقضاء قبل أن يحكم عليه لصالح المدعي .

المطلب الثاني

إجراءات سماع المدعى عليه للشاهد ومناقشته له في النظام لقد أخذ نظام الإجراءات الجزائية ههنا - أيضاً - بما هو مقرر في الفقه الإسلامي - كما مر معنا في المطلب السابق - فإجراء سماع المدعى عليه للشاهد ومناقشته له من أهم ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة .

وقد نص النظام في هذا السياق على ما يلي : - لكل من طرفي الدعوى مناقشة شهود الطرف الآخر وأدلته - م (١٦٤) من نظام الإجراءات الجزائية .

كما أن النظام نفسه قد قرر حق سماع الخصوم لشهادة الشهود أثناء المحاكمة ، لكنه لم ينص عليها صراحة إلا في حالة انتقال المحكمة إلى مكان الشاهد عند تعذر حضوره للمحكمة ، حيث جاء في النظام ما يلي : - للمحكمة إذا رأت مقتضى للانتقال - إلى قوله - وتمكن الخصوم من الحضور معها في هذا الانتقال . م (١٧٠) من نظام الإجراءات الجزائية .

المبحث الرابع

إجراءات التفريق بين الشهود ومواجهتهم

المطلب الأول

إجراءات التفريق بين الشهود ومواجهتهم في الفقه

يذهب عدد من الفقهاء إلى مشروعية التفريق بين الشهود ومواجهتهم ببعض لاسيما عند وجود الارتباب فيهم .

وفي هذا يقول الإمام الشافعي - رحمه الله - : (وأحب له إن كان الشهود ليسوا ممن يعرف بالحال الحسنة المبرزة ، والعقل معها أن يفرّقهم ، ثم يسأل كل واحد منهم على حدة عن شهادته ، واليوم الذي شهد فيه ، والموضع الذي شهد فيه ، ومن حضره ، وهل جرى ثمّ كلامٌ ، ثم يكتب ذلك كله ، وهكذا أحب إن كان ثمّ حالٌ حسنةٌ ولم يكن سديد العقل أن يفعل به هذا - إلى أن قال - وإن جمع الحال الحسنة والعقل لم يقفه ولم يفرقه) .

ويقول بعض فقهاء الحنفية : (وإذا اتهم الشهود فلا بأس أن يفرّقهم عند أداء الشهادة ، فيسألهم أين كان ومتى كان ...) .

وقال ابن قدامة - رحمه الله - : (وإن ارتاب بشهادتهم فرّقهم ، فسأل كل واحد عن

شهادته وصفتها ، فيقول كنت أول من شهد أو كتبت أو لم تكتب ، وفي أي مكان شهدت ، وفي أي شهر وأي يوم ، وهل كنت وحدك أو معك غيرك ، فإن اختلفوا أسقطت شهادتهم ، وإن اتفقوا بحث عن عدالتهم ، وروي عن علي - □ - أن سبعة نفر خرجوا ففقد واحد منهم ، فأنت زوجته عالياً ، فدعى الستة ، فسألهم عنه فأنكروا ، ففرقهم وأقام كل واحد عند سارية ، ووكّل به من يحفظه ، ودعى واحداً منهم فسأله فأنكر ، فقال : الله أكبر ، فظن الباقون أنه قد اعترف ، فدعاهم فاعترفوا ، فقال للأول : قد شهدا عليك وأنا قاتلك ، فاعترف ، فقتلهم).

المطلب الثاني

إجراءات التفريق بين الشهود ومواجهتهم في النظام
إن نظام الإجراءات الجزائية قد أخذ بما نص عليه الفقهاء - رحمهم الله - في القيام بإجراء التفريق بين الشهود ومواجهتهم ببعض إذا رأى القاضي أن حال الدعوى المنظورة أمامه يتطلب ذلك .
حيث جاء في النظام ما يلي :-

«تسمع شهادة الشهود كل على حدة ، ويجوز عند الاقتضاء تفريق الشهود ، ومواجهة بعضهم ببعض» . م (١٦٩) من نظام الإجراءات الجزائية .
هذا هو ما يسمى بإجراء التفريق بين الشهود ، ويقوم به القاضي إذا وجد ريباً من الشهود وآلية تطبيقه قد نصّ عليها الفقه الإسلامي ، وذلك بأن يدخل القاضي الشهود عليه تباعاً واحداً تلو الآخر ، ولا يجعل الشهود يسمعون شهادة بعضهم بعضاً .
والنص النظامي هنا ليس أمراً ، بل هو نص مكمل يجوز ترك العمل به لاسيما إذا لم يجد القاضي ريباً من الشهود حسبما مر معنا في المطلب السابق .
والقاضي الشرعي يقوم بالتفريق بين الشهود (لكي لا يتأثر الشهود بعضهم ببعض) .

كما أنه له عند الحاجة أن يواجه بعضهم ببعض (لكي يطمئن إلى شهادة الشهود) ، والمسألة راجعة إلى اجتهاد القاضي الذي ينظر الدعوى الجزائية ، فهو الذي يقرر مدى الحاجة إلى تفريق الشهود ومواجهتهم .

المبحث الخامس

إجراءات منع التأثير على الشهود ولزوم حماية القاضي لهم
المطلب الأول

إجراءات منع التأثير على الشهود ولزوم حماية القاضي في الفقه
إن من حق الشاهد على المحاكم الشرعية أن تمنع أي شخص يقوم بالتأثير عليه ،

أو يحاول إرهابه كي يتراجع عن أداء الشهادة التي تحملها، ويرده عن إظهار الحق والصدق به، بل يجب على المحكمة أن تؤد بمن يتعرض للشاهد، أو يتعدى عليه؛ لكي لا يتقاعس الناس بعد ذلك عن أداء الشهادات، ولكي لا يتفشى بينهم كتمانها .

والفقه الإسلامي لم ينص صراحةً على إجراء منع التأثير على الشهود وحميتهم، لكن هناك من عمومات النصوص الشرعية ما يمكن أن يستدل به على مشروعية مثل هذا الإجراء، وأن على القضاة العمل به عند الاقتضاء، وإلا لما شهد شاهد على أحد قط .

وأدلة منع التأثير على الشهود ولزوم حمايتهم هي كما يأتي :-

١- قوله - تعالى - ﴿ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ .

٢- ما جاء في قوله - ﷺ - : « لا ضرر ولا إضرار » رواه أحمد في مسنده ، وابن ماجه في سننه، والحديث صححه الشيخ الألباني .

٣- والقاعدة الفقهية الكلية تقول : الضرر يزال .

ومن إزالة الضرر: منع القاضي أي ضرر محتمل الوقوع على الشهود وإزالة أسبابه عنهم حتى أداء الشهادة على الأقل ، ولا بأس أن تمتد الحماية حتى بعد أداء الشهادة إذا لزم الأمر .

٤- أن أهل العلم - رحمهم الله - قد نصوا على زجر الخصم ومنعه إن كان شديد الخصومة، وهم يسمون ذلك اللدد في الخصومة يقول الإمام ابن فرحون - رحمه الله -: (إذا آذى أحد الخصمين صاحبه نكل وأدب ، وإن آذى الشهود نكل به أيضاً) .

المطلب الثاني

إجراءات منع التأثير على الشهود ولزوم حماية القاضي لهم في النظام لقد أخذ نظام الإجراءات الجزائية بما ذكرناه في المطلب السابق من لزوم حماية الشهود، ومنع الخصوم من التأثير عليهم أو تهديدهم أو إيذائهم أثناء أدائهم الشهادة، وفيما يلي النص النظامي الذي يتضمن ذلك :- «على المحكمة أن تمنع توجيه أي سؤال فيه محاولة للتأثير على الشاهد ، أو الإيحاء إليه - إلى قوله - وعلى المحكمة أن تحمي الشهود من كل محاولة ترمي إلى إرهابهم أو التشويش عليهم عند تأدية الشهادة » م (١٦٩) من نظام الإجراءات الجزائية .

التعليق على المادة:

قوله: « .. على المحكمة أن تمنع توجيه أي سؤال فيه محاولة للتأثير على الشاهد ، أو الإيحاء إليه .. » : هذه صيغة أمر تلزم المحاكم الشرعية بمنع أي خصم من سؤال الشهود بشكل يكون مؤثراً في شهادتهم ، كأن يسأله أحد الخصوم سؤالاً يلمح له فيه

بالتهديد والوعيد، أو أن يسأله المشهود له سؤالاً يميل عليه فيه الإجابة التي يريد أن يخبر بها لمصلحته، كأن يقول له ألم يحصل كذا وكذا، أو ألم يفعل الخصم كذا وكذا؟ ويكون هدف المشهود له من وراء ذلك إملاء الإجابة عليه .

وقوله : « وعلى المحكمة أن تحمي الشهود من كل محاولة ترمي إلى إرهابهم ، أو التشويش عليهم عند تأدية الشهادة .. » : هذا الإجراء يجب على المحاكم الشرعية العمل به إذا قام أحد من الخصوم بإخافة الشهود وتوعدهم من عاقبة أداء الشهادة ، أو حاول إلحاق الأذى بهم ، ويدخل في حكم المحاكم الشرعية من حيث لزوم توفير الحماية للشهود الحكام الإداريون - وإن لم يُصرح النظام بذكرهم - ، وذلك عندما ترفع المحاكم الشرعية إليهم أمر حماية الشهود ، أو عندما يتقدم إليهم أحد الشهود بطلب حمايته ، إذا كان قد تعرض لما يؤذيه من أحد الخصوم .

إلا أن النظام لم يضع آلية معينة لحماية الشهود ، والأولى أن يرجع في ذلك إلى ما يراه الحاكم الإداري مناسباً أو إلى ما يراه القاضي ناظر الدعوى الجزائية المعني بالأمر . واليوم يوجد في كثير من دول العالم برامج متقدمة تُعنى بحماية الشهود ودفع وقوع الضرر المحتمل عنهم .

فمثلاً يوجد في الولايات المتحدة الأمريكية برنامجاً خاصاً للشهود الذين يخشى عليهم من أذى الخصوم وتعديهم يعرف باسم (برنامج حماية الشهود).

كما أن بعض الدول العربية قد أخذت بإجراء حماية الشهود وإلزام القاضي بمنع أي أذى أو تهديد أو تشويش يقع عليهم أثناء الجلسة .

ولعل من أفضل الأساليب التي يمكن أن يتبعها الحاكم الإداري أو القاضي في حماية الشهود إذا تعرضوا لأي اعتداء أن يخاطب مركز الشرطة الذي يدخل ضمن نطاق اختصاصه محل إقامة الشاهد، أو أن تُخاطب المحكمة شعبة البحث الجنائي، باعتبارها الجهة الأمنية المكلفة بمتابعة الجناة والمطلوبين قبل وقوع الجريمة وبعد وقوعها، هذا إذا كان الخطر المحدق بالشاهد جسيماً .

أما إذا كان التهديد الذي وقع للشاهد يسيراً ، أو كان الحال لا يتطلب مزيداً من الإجراءات المطوّلة ، وكان تهديد الشاهد قد وقع أثناء نظر الدعوى وفي مجلس القاضي ، فللقاضي أن يؤدّب من صدر منه ذلك بما يردعه ، وبما يناسبه ، كأن يزره بالقول ، أو يجسه لبضع ساعات حتى ينصرف الشاهد من المحكمة ، ونحو ذلك من الإجراءات التي يملك القاضي القيام بها بنفسه .

المبحث السادس

موانع قبول الشهادة المطلب الأول

موانع قبول الشهادة في الفقه

قبل أن أشرع في الحديث عن موانع قبول الشهادة في الفقه الإسلامي أود بأن أذكر على عجلة شروط الشهادة في الفقه، وعلى الرغم من أن النظام الجزائي لم يوردها في ثنايا مواده، إلا أنني أرغب في إيرادها هاهنا سريعاً؛ وذلك لأهميتها، لاسيما وأن الشهادة لا تقبل دون توافرها فأقول - وبالله التوفيق:

أولاً: شروط قبول الشهادة هي :-

الصفات التي يلزم توافرها في الشاهد وبدونها لا تقبل الشهادة وهي :

١- أن يكون الشاهد مسلماً؛ لأنه لا تجوز شهادة فاسق فكافر أولى، وهذا أمر مجمع عليه.

٢- أن يكون بالغاً، فلا تقبل شهادة صبي لم يبلغ بالإجماع هذا فيما عدا الجراح والقتل ففيها خلاف.

٣- أن يكون عاقلاً، فلا تقبل شهادة المجنون بالإجماع.

٤- أن يكون الشاهد عدلاً، وهذا شرط مجمع عليه أيضاً.

٥- أن يكون الشاهد ناطقاً، فلا تقبل شهادة الأخرس بحال، نص عليه الإمام أحمد - رحمه الله -، إلا إذا أداها الأخرس بخطه فتقبل.

٦- حفظ الشاهد للشهادة، وتذكره لها.

٧- انتفاء الموانع.

ثانياً: موانع قبول الشهادة هي :

ما يكون وجودها حائلاً من قبول شهادة الشاهد، فإذا وجدت لم تقبل الشهادة، فهي على العكس من الشروط، إذ الشروط معها تقبل الشهادة والموانع بوجودها ترد الشهادة، وهي موضع خلاف بين الفقهاء - رحمه الله - فبعضهم يرى الشيء مانعاً والبعض الآخر لا يرى أنه يمنع من قبول الشهادة.

وتفصيل ذلك كما يلي :-

١- موانع الشهادة عند الحنفية هي :-

لقد ذكر فقهاء بعض الحنفية موانع كثيرة للشهادة، وسوف أقصر على

ذكر أهمها هي :-

١- شهادة الولد لأبيه وجدية وعكسه .

٢- وأحد الزوجين للآخر .

٣- والشريك لا تقبل شهادته لشريكه فيما هو شريك فيه .

٤- والعداوة الدنيوية تمنع من قبول الشهادة.

٥- ولا تقبل شهادة الفاسق .

٦- ولا من سب السلف .

٧- ولا تقبل شهادة الأعمى ؛ لأن الأداء يفتقر إلى التمييز والأعمى لا يستطيعه ..

ولا تقبل شهادة الصبي العاقل ، ولا المملوك .

٢- وعند المالكية هي :-

يسمي بعض المالكية موانع قبول الشهادة بمظان التهم القادحة في الشهادة ، وهي

كما يلي :-

١- لا تقبل الشهادة للنفس .

٢- ولا للقرابة .

٣- ولا للصدقة .

٤- ولا للعداوة .

٥- لا تقبل الشهادة للشذوذ ، كشهادة البدوي على القروي .

٦- الحرص على أداء الشهادة قبل سؤالها .

٧- وللتسلي بالاشتراك ، وهو أن يلحقه معرفة كبيرة من الكبائر إما من فعله ، أو من

فعل غيره .

٨- ولرفع التعيير للرد ، كالعبد والنصراني والصبي وأشباههم يشهدون عند حاكم

فيردون ثم يعيدونها بعد زوال المانع ففيه تفصيل .

٣- وعند الشافعية هي :-

١- أن يشهد الأصل لفرعه وإن سفل ، أو يشهد الفرع لأصله وإن علا .

٢- أن يشهد العدو على عدوه ، ويقصد من العداوة العداوة الدنيوية .

٣- ولا تقبل شهادة الفاسق .

٤- ولا من به تهمة :

أ- كمن يجرب بشهادته إلى نفسه نفعاً ، أو يدفع ضرراً ، كشهادة الوكيل لموكله فيما هو

وكيل فيه ، ولو شهد شهود بقتل خطأ فشهد اثنان من العاقلة بفسق شهود القتل لم

تقبل شهادتهما لأنهما يدفعان ضرر التحمل .

ب- والبعضية مانعة من قبول الشهادة ، فلا تقبل شهادة أصل ولا فرع .

- وفي قبول شهادة الزوجين لبعضهما خلاف والأظهر أنها تقبل .
- ٥- ولا تقبل شهادة المغفل الذي لا يضبط .
- ٦- ولا المبادر إلى أداء الشهادة .
- ٤- وموانع الشهادة عند الحنابلة هي :-
- ١- لا تقبل شهادة عمودي النسب لبعضهم لبعض، وهم الآباء للأبناء والعكس .
- ٢- ولا شهادة لأحد الزوجين لصاحبه، وتقبل عليهم .
- ٣- ولا من يجز إلى نفسه نفعاً أو يدفع عنها ضرراً .
- ٤- ولا تقبل شهادة عدو على عدوه، كمن شهد على من قذفه، أو قطع الطريق عليه .
- ٥- ولا من يعرف بكثرة الغلط والغفلة .
- ٦- والأخرس شهادته غير مقبولة .
- ٧- ومن لم يكن عاقلاً مسلماً بالغاً عدلاً لم تجز شهادته .

المطلب الثاني

موانع قبول الشهادة في النظام

إن نظام الإجراءات الجزائية قد ذكر فئاتٍ من الشهود ممن لم تتوافر فيهم بعض شروط الشهادة، واعتبر أن أقوالهم التي يؤديونها أمام القضاء ليست بشهادة، بل هي مجرد إفادة تفيد الظن لا القطع، بمعنى أن القاضي لا يمكن أن يبنى عليها حكماً يقينياً بمفردها، إلا إذا قام معها ما يعضدها .

وهذه الفئات هي :

- ١- الصبي الصغير .
- ٢- من به عاهة جسيمة، مما يجعل تفاهم القاضي معه غير ممكن .
- ٣- المصاب بمرض .
- ٤- أو أن يكون بالشاهد ما يمنع من قبول شهادته .

وفيما يلي النص النظامي :-

«إذا كان الشاهد صغيراً، أو كان فيه ما يمنع من قبول شهادته فلا تعد أقواله شهادة، ولكن للمحكمة إذا وجدت أن في سماعها فائدة أن تسمعها، وإذا كان الشاهد مصاباً بمرض، أو بعاهة جسيمة مما يجعل تفاهم القاضي معه غير ممكن فيستعان بمن يستطيع التفاهم معه، ولا يعد ذلك شهادة». م (١٦٨) من نظام الإجراءات الجزائية .

التعليق على المادة :-

قوله : « إذا كان الشاهد صغيراً .. » : هذا قيد يخرج به من لم يكن صغيراً في المنع من قبول شهادته .

قوله : « .. أو كان فيه ما يمنع من قبول شهادته .. » : لم يبين النظام ما هي الأمور التي تقوم بالشاهد وتمنع من قبول شهادته ، والذي يظهر - والله أعلم - أن المرجع في ذلك إلى ما هو مقرر فقهاً كما قد فصلت ذكره في المطلب السابق .

قوله : « .. فلا تعد أقواله شهادة .. » : هذا هو حكم النظام على شهادة هذه الفئات من الشهود ، وذلك بأن أقوالهم ليست بشهادة قطعية تبنى عليها الأحكام القضائية ، بل هي مجرد إفادة تثير الشبهة حول المتهم ، ولا بد من قيام أدلة أخرى معها لتقوى بها التهمة .

قوله : « .. ولكن للمحكمة إذا وجدت أن في سماعها فائدة تسمعها .. » : أي أن المحكمة قد تحتاج إلى سماع مثل هذه الإفادات مع غيرها من الأدلة والقرائن ؛ ليحصل بمجموعها قناعة لدى المحكمة أن المتهم مدان بالجريمة المنسوبة إليه .

قوله : « .. وإذا كان الشاهد مصاباً بمرض .. » : لم يبين النظام مدى نوعية هذا المرض المانع من الشهادة ، ولكن يحسن أن يرجع في تقدير نوع المرض المانع من الشهادة إلى الأطباء المختصين ، وإلى اجتهاد القاضي ناظر الدعوى الجزائية ، والذي يفهم من سياق المادة أن المراد بالمرض على وجه العموم المرض المؤقت لا المزمن ، وذلك كالإصابة بإحدى العينين أو السمع أو القدرة على الكلام ونحو ذلك مما يحتاج إليه الشاهد ضرورةً في تحمل وأداء الشهادة .

قوله : « .. أو بعاهة جسيمة » : هذه إحدى الموانع النظامية من قبول الشهادة التي قد يتعذر على الشاهد مع اتصافه بها عدم تمكنه من تحمل أو أداء الشهادة ، وقد بين النظام متى تكون هذه العاهة مانعة من قبول الشهادة وذلك في تنمة المادة كما سيأتي .

قوله : « .. مما يجعل تفاهم القاضي معه غير ممكن ، فيستعان بمن يستطيع التفاهم معه » : هذه هي علة عدم قبول شهادة من به عاهة جسيمة ، وهي ألا يقدر القاضي على فهم كلام الشاهد لوجود العاهة به ، فللقاضي عندذاك أن يحضر من يقدر على فهم كلام الشاهد ومن ثم يخبر القاضي بذلك ، إلا أن النظام لم يعتبر أقوال الشاهد المصاب بعاهة - رغم إحضار من يتفاهم معه - شهادة ؛ ولعل سبب ذلك هو أن الشهادة لا بد وأن تفيده إما القطع أو غلبة الظن ، وذلك غير متحقق في شهادة المصاب بالعاهة لوجود التهمة في شهادته ؛ ولعدم قدرته على تحمل الشهادة وأدائها بشكل يغلب معه الظن صحتها وعدم وقوع الغلط فيها .

قوله : « .. ولا يعد ذلك شهادة .. » : بل هي مجرد قرينة ضعيفة تحتاج معها إلى قرينة أخرى غيرها لتقويها ، ولا يحكم بموجب هذه الشهادة مفردة .

ويقول بعض شراح القانون : (يسأل على سبيل الاستدلال من لم يبلغ من العمر أربع عشرة سنة كاملة .. ، ويقصد بسماع الشاهد على سبيل الاستدلال .. أنه يسمع على أساس مجرد الاستدلال أو الاستهداء بقوله كمجرد رأي يخضع لتدبير القاضي وليس له قوة الشهادة العادية ، والحكمة في عدم الأخذ بهذا النوع من الشهادة حسب نص القانون ترجع إلى ضعف ذاكرة الشاهد كما في حالة صغر السن في بعض الحالات ، أو إلى سوء سمعته كما في حالة الحكم على الشاهد بعقوبة جنائية) .

والقانونيون يضعفون شهادة المحكوم عليه بعقوبة ؛ لفقدانه شرط العدالة المنصوص عليه في الفقه الإسلامي - كما مر معنا في المطلب السابق - ولأن الشاهد إذا كان محكوماً عليه بعقوبة جنائية فهو موضع تهمة ، والتهمة مانع من موافق قبول الشهادة إلا على سبيل الاستدلال كما مضى .

تم التلخيص بحمد الله تعالى
وصلى الله وسلم على نبينا محمد
وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .

تلخيص

الطعن بالإنكار في المحررات في نظام المرافعات (دراسة مقارنة)

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد:

صالح بن عبدالله بن صالح المحيسن

إشراف:

د. عارف بن صالح العلي

عضو هيئة التدريس في المعهد العالي للقضاء

العام الجامعي

1429 - 1430 هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص : 113

عدد صفحات البحث بدون مقدمة ومراجع وفهارس وملاحق : 95

عدد صفحات التلخيص : 31

خطة البحث:

التمهيد: التعريف بمفردات العنوان وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول: تعريف الطعن لغة و نظاماً وفقهاً .

المبحث الثاني: تعريف الإنكار لغة و نظاماً وفقهاً .

المبحث الثالث: تعريف المحرر لغة و نظاماً وفقهاً .

المبحث الرابع: بيان المقصود بالطعن بالإنكار في المحررات و صورة ذلك .

الفصل الأول: أنواع المحررات و الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط وفيه مبحثان :

المبحث الأول: أنواع المحررات وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: المحررات الرسمية وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول: تعريف المحررات الرسمية وأنواعها .

الفرع الثاني: شروط المحررات الرسمية وجزاء الإخلال بها .

الفرع الثالث: حجية المحررات الرسمية .

المطلب الثاني: المحررات العادية وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول: تعريف المحررات العادية وأنواعها .

الفرع الثاني: شروط المحررات العادية وجزاء الإخلال بها .

الفرع الثالث: حجية المحررات العادية .

المطلب الثالث: الفرق بين المحررات الرسمية و المحررات العادية .

المبحث الثاني: الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط وفيه مطلبان :

المطلب الأول: الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط .

المطلب الثاني: أركان الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط وفيه أربعة فروع :

الفرع الأول: المدعي .

الفرع الثاني: المدعى عليه .

الفرع الثالث: المدعى به .

الفرع الرابع: الصيغة .

الفصل الثاني: شروط قبول الطعن بالإنكار و المحكمة المختصة بنظر الدعوى وفيه

مبحثان:

المبحث الأول: شروط قبول الطعن بالإنكار وفيه مطلبان :

المطلب الأول: شروط قبول الطعن بالإنكار في النظام وفيه سبعة فروع :
 الفرع الأول: أن يكون الطعن بالإنكار جدياً وصریحاً .
 الفرع الثاني: أن يكون للمدعي مصلحة في الطعن .
 الفرع الثالث: أن يكون الطعن في أصل المحرر لا صورته .
 الفرع الرابع: أن يكون المحرر منتجاً في الدعوى الأصلية .
 الفرع الخامس: أن لا تكفي وقائع الدعوى ومستنداتها لإقناع المحكمة بصحة الخط أو التوقيع .

الفرع السادس: أن تكون للمنكر صفة في الدعوى .
 الفرع السابع: أن يكون الإنكار شاملاً للخط وللحق المدعى به .
 المطلب الثاني: شروط قبول الطعن بالإنكار في الفقه وفيه أربعة فروع:
 الفرع الأول: أن يكون للمدعي والمدعى عليه صفة في الدعوى .
 الفرع الثاني: أن يكون الإنكار صريحاً وبصيغة الجزم .
 الفرع الثالث: أن يكون للمدعي مصلحة في الإنكار .
 الفرع الرابع: أن يكون الإنكار شاملاً للخط وللحق المدعى به .
 المبحث الثاني: المحكمة المختصة بنظر الدعوى وفيه مطلبان :
 المطلب الأول: المحكمة المختصة بنظر الدعوى في النظام .
 المطلب الثاني: المحكمة المختصة بنظر الدعوى في الفقه .
 الفصل الثالث: طرق تحقيق الخطوط والآثار المترتبة على صحة الإنكار أو بطلانه وفيه مبحثان :

المبحث الأول: طرق تحقيق الخطوط وفيه ثلاثة مطالب :
 المطلب الأول: المقارنة (المضاهاة) وفيه خمسة فروع:
 الفرع الأول: تعريف المقارنة لغة ونظماً وفقهاً .
 الفرع الثاني: شروط إجراء المقارنة نظاماً وفقهاً .
 الفرع الثالث: قرار المقارنة وبيان حالة المحرر وأوصافه .
 الفرع الرابع: شروط أوراق التطبيق .
 الفرع الخامس: أثر تخلف الخصوم عن الموعد المحدد لتقديم أوراق المقارنة نظاماً وفقهاً

المطلب الثاني: شهادة الشهود وفيه ثلاثة فروع :
 الفرع الأول: تعريف الشهادة ومشروعيتها .

- الفرع الثاني: الطعن في الشاهد أو شهادته نظاماً وفقهاً.
- الفرع الثالث: تدوين شهادة الشاهد نظاماً وفقهاً .
- المطلب الثالث: المقارنة وشهادة الشهود معاً .
- المبحث الثاني: الآثار المترتبة على صحة الإنكار أو بطلانه وفيه مطلبان :
- المطلب الأول: الآثار المترتبة على صحة الإنكار .
- المطلب الثاني: الآثار المترتبة على بطلان الإنكار .
- الخاتمة .

التمهيد

المبحث الأول

تعريف الطعن لغةً ونظاماً وفقهاً

أولاً: تعريف الطعن في اللغة:

الطعن: الوخز ومنه الطعن بالرمح: يقال طعنه بالرمح يطعنه ويطعنه طعناً فهو مطعون و طعين أي: وخزه بذلك ويطلق على الطعن في الأمر: إذا أدخل عليه العيب و ثلبه وعابه .

ثانياً: تعريف الطعن في النظام:

يعرف الطعن في الحكم بأنه: «وسيلة أو طريق يلجأ إليه الشخص بغية الوصول إلى إعادة النظر في الحكم الصادر ضده بقصد تعديله أو إلغائه».

ثالثاً: تعريف الطعن في الفقه.

لم يستعمل الفقهاء مصطلح (الطعن) لإلغاء الحكم أو تعديله وإنما كان يندرج تحت القضاء لأن الطعن في الأحكام لفظ حادث وُجد في العصور المتأخرة وكان استعمال الفقهاء لمصطلح (الطعن) مطابقاً للاستخدام اللغوي فقالوا: أن الطعن هو القتل بالرمح وقالوا: الطعن بالقول أي: إذا عابه ومنه الطعن في النسب وطعنت عليه: قدحت فيه وعبته

المبحث الثاني

تعريف الإنكار لغةً ونظاماً وفقهاً

أولاً: تعريف الإنكار لغةً.

الإنكار مصدر (أنكر) ويأتي على عدة معانٍ منها:

١/ الجهل بالشخص أو الشيء أو الأمر.

٢/ نفي الشيء المدعى أو المسئول عنه.

ثانياً: تعريف الإنكار في النظام.

الإنكار هو: رخصة يمنحها النظام لمن يحتج عليه بمحرر عادي لاستبعاد حجية هذا المحرر مؤقتاً في الإثبات دون الحاجة إلى سلوك سبيل الإدعاء بالتزوير وذلك إلى أن يثبت صدور المحرر من الشخص المنسوب إليه .

ثالثاً: تعريف الإنكار في الفقه.

ورد استعمال (الإنكار) في اصطلاح الفقهاء بمعنى: الجحد وهو: نفي الشيء المدعى

أو المسئول عنه وبمعنى: تغيير المنكر فلم يختلفوا عن الاستخدام اللغوي إلا أنه لم يستدل

على وروده بمعنى : الجهل بالشيء في كلامهم .

المبحث الثالث

تعريف المحرر لغة ونظاماً وفقهاً

أولاً: تعريف المحرر في اللغة.

أصلها حرر ومنها تحرير الكتاب وغيره وتقويمه وتلخيصه بإقامة حروفه وتحسينه بإصلاح سقطه ومنها المحرر وهو الكتاب أو الخطاب المحرر.

ثانياً: تعريف المحررات في النظام.

يقصد بالمحررات: «كل كتابة يمكن الاستدلال بها لإثبات حق أو نفي حق» .

ثالثاً: تعريف المحررات في الفقه .

لم يكن الفقهاء المتقدمين يعبرون بمصطلح (محرر) ؛ إنما كانوا يستعملون مصطلح (كتاب) كما في كتاب القاضي إلى القاضي وكتاب الحاكم إلى عامله وكتاب الأمير إلى الأمير ونحو ذلك .

وقد عرف بعض الفقهاء المعاصرين المحررات الخطية بعدة تعريفات ومن أهمها : «الكتابة التي بواسطتها يثبت للشخص حقاً أو يعفى منه متى كان مستوفياً لشروطه سواء أعد عند نشوء الحق أم بعده» وهو التعريف المختار ؛ لأنه تعريف جامع ومانع .

المبحث الرابع

بيان المقصود بالطعن بالإنكار في المحررات، وصورة ذلك .

يقصد بالطعن بالإنكار في المحررات: هو أن يقوم الشخص بدفع نسبة المحرر المنسوب إليه بناءً على دعوى مرفوعة عليه فيدفع عنه نسبة هذا المحرر بإنكاره .

ومما تجدر الإشارة إليه أنه ليس من المناسب تسمية هذا الإجراء (دفعاً بالإنكار) فالأحرى تحاشي هذا الاستعمال ؛ لأن من يتمسك بدفع ينقلب مدعياً ويقع عليه - بهذا الوصف - عبء الإثبات لما يدعيه في حين أنه من المسلم أن من يتمسك بإنكار المحرر لا يكلف أن يثبت شيئاً بل يقتصر على اتخاذ موقف سلبي ويقع عبء الإثبات كاملاً على عاتق خصمه الذي يجد نفسه بين أن ينزل عن التمسك بهذا أو أن يتخذ بشأنها إجراءات تحقيق الخطوط .

- صورة الطعن بالإنكار في المحررات:

يحصل الطعن بالإنكار في المحررات عادة بصفة فرعية أي أثناء نظر دعوى أصلية مثل : إذا رفع شخص على الآخر دعوى يطالبه بدين مستحق بمقتضى محرر عادي فأنكر المدين الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو البصمة فيقع عبء الإثبات على الدائن .

الفصل الأول

أنواع المحررات والدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط

المبحث الأول

أنواع المحررات

المطلب الأول

المحررات الرسمية

الفرع الأول: تعريف المحررات الرسمية وأنواعها .

ورد في نظام المرافعات الشرعية السعودي تعريف جامع مانع للمحررات الرسمية حيث جاء في المادة (١٣٨) بأنها: « هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع النظامية وفي حدود سلطته واختصاصه ».

- أنواع المحررات الرسمية :

المحررات الرسمية أنواع كثيرة أبرزها ما يلي:

١/ المحررات السياسية أو المحررات العمومية :

وهي التي تصدر عن الدولة بصفتها التنظيمية والسياسية والتنفيذية.

والعمل الآن على اشتراط صدورها وتصديرها طبقاً للرسم المعتاد وذلك بأن تصدر من صاحب الصلاحية في الديوان الحكومي وتصدر بتاريخ ورقم ، وتبلغ بها الجهة المنفذة عن طريق المراجع المعتمدة طبقاً للتسلسل الهرمي الوظيفي.

٢/ المحررات الإدارية :

وهي المحررات التي تصدر عن المصالح العمومية ، كالقرارات الصادرة من الوزراء والمحافظين وشهادات الميلاد والوفاة وحوالات البريد والشهادات الدراسية ، ونحوها .

٣/ المحررات المدنية :

وهي المحررات التي تصدر من أولي الشأن على يد مأمور بتحريرها ويدون فيها عقود أو اتفاقات أو أعمال قانونية ، كعقود الزواج ، والهبة والحوالة ، والرهن ، ونحوها .

٤/ المحررات القضائية :

وهي المحررات التي تصدرها السلطات القضائية وأعوانها وهي تتضمن تدوين الخصومات وإثبات الأوقاف وتوثيق انتقال الملكيات والوصايا وحصر الإرث وغيرها .

الفرع الثاني

شروط المحررات الرسمية وجزاء الإخلال بها

يتضح لنا من تعريف المحررات الرسمية بأن لها ثلاثة شروط :

١ / صدور المحرر الرسمي من موظف عام أو من شخص مكلف بخدمة عامة .
الموظف العام : هو كل شخص حملته الحكومة جزءاً من مسؤوليتها ليقوم بشيء
من واجبه نحو الأمة سواء كان ذلك بأجر كالقاضي والمدير ، أو بغير أجر كالمأذون
والعمدة .

والمكلف بخدمة عامة : هو كل شخص ليس موظفاً أو مستخدماً عاماً يكلف بخدمة
عامة ، كالخبير فيما يندب له .

والأوراق التي يحررها الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة تعدُّ رسمية حتى إذا نُقل
أو أوقف أو عُزل مادام لم يُخطر بذلك .

٢ / أن يكون الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة مختصاً بتحريرها من
حيث نوعها ومن حيث مكان التحرير .

٣ / أن يكون التحرير طبقاً للقواعد المقررة نظاماً .

جزء الإخلال بهذه الشروط :

إذا تخلف أحد هذه الشروط كانت المحررات باطلة باعتبارها محررات رسمية ، ولا
يكون لها إلا قيمة المحررات العادية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها .

الفرع الثالث

حجية المحررات الرسمية

الأصل أن المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دُوِّن فيها من أمور قام بها
محررها في حدود مهمته ، أو وُقِّعت من ذوي الشأن في حضوره مالم يتبين تزويرها بالطرق
المقررة نظاماً .

وأما ما كتبه الموظف العام في الورقة الرسمية مما يبدلي به ذوي الشأن إلى الموظف
العام ومن في حكمه فهذا لا يكون حجة إلا على صاحبه الذي أملاه على الموظف العام
إذا كان قد وقع عليه .

وهذا هو المعمول به في المملكة العربية السعودية ؛ إذ جاء في المادة رقم (٨٠) من
نظام القضاء السعودي والمادة رقم (٩٣) من نظام تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر
الشرعية أن المحررات الرسمية « لها قوة الإثبات ويجب العمل بمضمونها أمام المحاكم
بلا بينة إضافية ولا يجوز الطعن فيها إلا تأسيساً على مخالفتها لمقتضى الأحوال الشرعية
أو تزويرها »

المطلب الثاني

المحررات العادية

الفرع الأول

تعريف المحررات العادية وأنواعها

المراد بالمحررات العادية هي: «التي تشمل على توقيع من صدرت عنه أو على خاتمه أو بصمة إصبعه وليست لها صفة السند الرسمي» .

ومما ورد في نظام المرافعات السعودي من وصف للمحررات العادية في المادة (١٣٨) بأنها: «هي التي تكون موقعة بإمضاء من صدرت منه أو ختمه أو بصمته» .

أنواع المحررات العادية:

يمكن تقسيم المحررات العادية إلى نوعين:

النوع الأول: المحررات العادية المعدة للإثبات .

وهي المحررات المعدة لإثبات التصرفات النظامية من بيع أو إيجار ونحو ذلك، وتسمى أيضاً بالسندات وهي تعتبر أدلة كاملة؛ لأنها موقعة من أطرافها وإذا أُطلق مصطلح المحررات العادية دون تخصيص فيقصد بها هذا النوع .

النوع الثاني: المحررات العادية الغير معدة للإثبات .

وهي المحررات التي يغلب فيها ألا تكون موقعة ولكنها تحتوي على عناصر من الإثبات تتفاوت قوة وضعفاً مثل: دفاتر التجار، والأوراق المنزلية والبرقيات، والرسائل ونحو ذلك.

الفرع الثاني

شروط المحررات العادية وجزاء الإخلال بها

يشترط للمحررات العادية شرطان:

١- أن تكون هناك كتابة .

أي أن يتضمن المحرر كتابة تدل على المقصود منه .

٢- أن يكون المحرر موقعاً .

يجب أن يكون المحرر مشتتماً على توقيع من تنسب إليه شخصاً كان أو أكثر وهذا ما أكدته المادة (١٣٨) من نظام المرافعات السعودي عندما عرفت المحررات العادية بأنها «هي التي تكون موقعة بإمضاء من صدرت منه أو ختمه أو بصمته» .

- جزاء الإخلال بها:

إذا تخلف أحد هذه الشروط عن المحرر العادي مثل أن تكون غير موقعة من ذوي الشأن فتفقد حجيتها في الإثبات ولا قيمة لها إلا إذا كانت بخط من تنسب إليه الورقة

الالتزاماً فتعتبر في هذه الحالة مبدأً ثبوت بالكتابة.

الفرع الثالث

حجية المحررات العادية

الأصل أن المحررات العادية على عكس المحررات الرسمية لا تكون حجة بما فيها قبل الاعتراف بها من صاحب التوقيع عليها صراحةً بإقراره بصحة توقيعه عليها أو ضمناً بعدم إنكاره لتوقيعه صراحةً كسكوته عند عرضه عليه أو ضمناً بمناقشة موضوع المحرر وهذا ما يفهم من المادة (١٣٨) في نظام المرافعات السعودي أن المحررات العادية تعد حجة في الإثبات إذا كانت موقعة بإمضاء من صدرت منه أو ختمه أو بصمته .

المطلب الثالث

الفرق بين المحررات الرسمية والمحررات العادية

يمكن أن يتضح لنا الفرق بين المحررات الرسمية والمحررات العادية من ثلاثة

نواحي:

أولاً: من ناحية الشكل:

المحررات الرسمية يشترط فيها كما ذكرنا ثلاثة شروط:

١/ أن يصدر المحرر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.

٢/ أن يكون السند مما يدخل في اختصاصه وسلطته.

٣/ أن يراعى فيها الأوضاع المقررة نظاماً.

أما المحررات العادية فيشترط فيها شرطان:

١/ أن يكون المحرر مكتوباً.

٢/ أن يكون المحرر موقفاً من الشخص الذي ينسب إليه المحرر التزاماً .

ثانياً: من ناحية الحجية في الإثبات:

المحررات الرسمية والعادية حجة على الكافة من حيث صدورهما من موقعها إلا أن

المحررات الرسمية لا تسقط حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير أما المحررات العادية فيكفي فيها الطعن بإنكار الخط أو التوقيع .

ثالثاً: من ناحية القوة في التنفيذ:

المحررات الرسمية يمكن التنفيذ بها مباشرة دون حاجة إلى حكم ويكون ذلك

بالصورة التنفيذية للمحرر أما المحررات العادية فليست لها قوة تنفيذية على الإطلاق .

وبعد ذلك يتبين لنا أن المحررات التي يطعن فيها بالإنكار هي المحررات العادية

فقط ولا يمكننا إنكار المحررات الرسمية كما سبق بيان ذلك فالمحررات العادية هي

المقصودة عندما نطلق مصطلح (المحرر) في هذا البحث .

المبحث الثاني

الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط

المطلب الأول

الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط

أولاً: تعريف الدعوى الفرعية:

هي التي تنشأ ضمن دعوى أصلية متعلقة بموضوع الحق الذي يستدل عليه بالمحرر الذي حصل إنكاره حيث يوقف الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين الفصل فيها.

ثانياً: تعريف تحقيق الخطوط:

هو مجموع الإجراءات التي رسمها النظام ليثبت بمقتضاها المتمسك بالمحرر العادي صحته إذا ما أنكره من تشهد عليه أو خلفه.

فإذا أنكر الشخص المنسوب إليه المحرر العادي يحيل القاضي الدعوى إلى التحقيق ولو لم يطلبه الخصم لأن من حق القاضي أن يجري التحقيق من نفسه إلا إن استطاع القاضي تكوين قناعته في الدعوى من وقائعها دون حاجة إلى تحقيق .

وقد تُطرق إلى هذه الدعوى وإجراءاتها في نظام المرافعات السعودي في المواد من (١٤١) إلى (١٤٥) حيث ورد وصفاً للدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط للمحركات العادية في المادة (١٤١) « إذا أنكر من نسب إليه مضمون ما في الورقة خطه أو إمضاءه أو بصمته أو ختمه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه وكانت الورقة منتجةً في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لاقتناع المحكمة بمدى صحة الخط أو الإمضاء فللمحكمة إجراء المقارنة تحت إشرافها بواسطة خبير أو أكثر تسميهم في قرار المقارنة ».

ثالثاً: صورة الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط:

تحصل هذه الإجراءات عادةً بصفة فرعية أي: أثناء نظر دعوى أصلية، كما إذا رفع شخص على الآخر دعوى يطالبه بدين مستحق بمقتضى محرر عادي فأنكر المدين الكتابة أو التوقيع فيقع عبء إثبات صحتها على المتمسك بها فله أن يطلب من القاضي إجراء تحقيق الخطوط عن طريق المقارنة أو شهادة الشهود .

المطلب الثاني

أركان الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط

الفرع الأول

المدعي

المدعي في الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط هو مدعي الإنكار وهو المدعى عليه في

الدعوى الأصلية.

الفرع الثاني

المدعى عليه

المدعى عليه في الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط هو المتمسك بالمحرر العادي الذي تم إنكاره من قبل المدعي ويقع على المدعى عليه عبء إثبات صحة المحرر مع أنه في الدعوى الأصلية هو المدعي .

الفرع الثالث

المدعى به

يشترط في المدعى به شرطين:

الشرط الأول: أن يكون في ذاته مصلحة مشروعة والهدف من المطالبة به تحصيل مصلحة مشروعة.

فالدعوى وسيلة شرعت لحماية الحقوق وثمارها فإن كانت الدعوى التي في المحرر مفيدة وتعود على المدعي بمصلحة مشروعة ومحمية من قبل الشارع صحت ووجب نظرها إذا استوفت الشروط الأخرى .

الشرط الثاني: أن يكون المدعى به معلوماً.

المراد بعلم المدعى به تصوره أي : تمييزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي .

الفرع الرابع

الصيغة

يشترط في الصيغة عدة شروط كما يلي:

الشرط الأول: ألا تكون الدعوى مناقضة لأمر سبق صدوره عن المدعي .

الشرط الثاني: أن تكون بتعبيرات جازمة وقاطعة.

الشرط الثالث: أن يذكر المدعي فيها أنه يطالب خصمه بالحقوق الذي يدعيه .

الشرط الرابع: أن تكون بلسان المدعي عيناً.

الشرط الخامس: أن يذكر المدعي في دعوى العين أن المدعى به في يد خصمه .

الشرط السادس: أن يصرح المدعي فيها بأن خصمه يضع يده على المدعى به بغير حق .

الشرط السابع: أن تكون في مجلس القضاء .

الفصل الثاني

شروط قبول الطعن بالإنكار والمحكمة المختصة بنظر الدعوى

المبحث الأول

شروط قبول الطعن بالإنكار

المطلب الأول

شروط قبول الطعن بالإنكار في النظام

الفرع الأول

أن يكون الطعن بالإنكار جدياً وصریحاً

يجب أن يكون الطعن بالإنكار جدياً وصریحاً فيجب أن ينفي الشخص توقيع المحرر المتمسك به ضده وذلك في صيغة جازمة تدل على إصراره على إنكاره .

وللمحكمة أن تكون قناعتها في شأن صحة توقيع المحرر الذي ورد عليه الإنكار من وقائع الدعوى ومستنداتهما ولذلك فإنه من مصلحة المنكر أن يذكر للمحكمة الأسباب التي تؤيد إنكاره لكن هذا ليس واجباً على المنكر لأنه ليس عليه عبء إثبات صحة التوقيع بل يكفي مجرد إنكاره الصريح لزوال حجية المحرر مؤقتاً إلى أن تفصل المحكمة في صحة المحرر ويكون على المتمسك بالمحرر عبء إثبات صحتها وهذا هو مضمون ماجاء في المادة (١٤١) من نظام المرافعات «إذا أنكر من نسب إليه مضمون ما في الورقة خطه أو إمضاءه أو بصمته أو ختمه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه وكانت الورقة منتجة في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتهما لاقتناع المحكمة بمدى صحة الخط أو الإمضاء فللمحكمة إجراء المقارنة تحت إشرافها بوساطة خبير أو أكثر تسميهم في قرار المقارنة».

وبداهة يشترط في هذه الحالة ألا يكون المنكر للورقة قد اعترف بصحة توقيعها أو بصحة بصمته أو ختمه ويشترط أيضاً ألا يكون المنكر قد ناقش موضوعها لأنه لو ناقش موضوعها يعد مقراً بما فيها فلا يقبل إنكاره بعد ذلك .

الفرع الثاني

أن يكون للمدعي مصلحة في الطعن

نصت المادة الرابعة من نظام المرافعات السعودي على هذا الشرط كالتالي «لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه وإذا ظهر للقاضي أن الدعوى صورية كان عليه رفضها وله

الحكم على المدعي بنكال».

وقد عرفت المصلحة بأنها «هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء».

الفرع الثالث

أن يكون الطعن في أصل المحرر لا صورته

يشترط لصحة الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط أن يكون الطعن في أصل المحرر العادي لا في صورته لأن صور المحررات العادية ليست لها حجية ولا قيمة لها في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجوداً فيرجع له أما إذا كان الأصل غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت عنه .

والتوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو الإصبع هو الطريق النظامي لاكتساب المحررات العادية لحجيتها وفقاً لما تقتضيه المادة (١٣٨) من نظام المرافعات السعودي التي تنص على أن «الكتابة التي يكون بها الإثبات إما أن تدون في ورقة رسمية أو ورقة عادية والورقة الرسمية: هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع النظامية وفي حدود سلطته واختصاصه. أما الورقة العادية: فهي التي تكون موقعةً بإمضاء من صدرت منه أو ختمه أو بصمته».

الفرع الرابع

أن يكون المحرر منتجاً في الدعوى الأصلية

لابد أن يكون المحرر الوارد عليه الإنكار منتجاً في الدعوى الأصلية أي: أن يكون مضمون المحرر مفيداً في إثبات الواقعة محل الدعوى أو شيء من أوصافها المؤثرة مباشرة أو غير مباشرة وقد نص نظام المرافعات السعودي على ذلك في المادة (١٤١) التي ذكرناها سابقاً.

الفرع الخامس

أن لا تكفي وقائع الدعوى ومستنداتها لإقناع المحكمة بصحة الخط أو التوقيع فيشترط في قبول الطعن بالإنكار أن لا تكفي وقائع الدعوى ومستنداتها لإقناع المحكمة بصحة الخط أو التوقيع أي: بصحة مضمون ما جاء فيها. وقد نص على ذلك نظام المرافعات السعودي كما في المادة رقم (١٤١) التي ذكرناها سابقاً.

وفي الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية لهذه المادة: «إذا تبين للقاضي صحة الخط أو

البصمة أو الختم الذي أنكره الخصم فيذكر مستنده على ذلك ولا حاجة لإجراء المقارنة» ولا يعني ذلك أن القاضي يبني على علمه بمجرد النظر إلى الخطوط والتواقيع فإن ذلك ليس إليه بل هو إلى أهل الخبرة بهذا الشأن وإنما المراد إذا جاءت تلك الوقائع والمستندات مرجحة لصحة التوقيع أو الخط فيعمل القاضي به ويذكر مستنده من أدلة الثبوت أو النفي ولا حاجة إلى إجراء التحقيق.

الفرع السادس

أن تكون للمنكر صفة في الدعوى

فيشترط في قبول الطعن بالإنكار أن تكون للمنكر صفة في الدعوى أي : أن يكون له شأن في الدعوى فيكون هو الشخص الذي يسمح له النظام بإنكار مضمون ما نُسب إليه في المحرر .

وقد نص على ذلك نظام المرافعات السعودي كما في المادة رقم (١٤١) التي ذكرناها سابقاً.

الفرع السابع

أن يكون الإنكار شاملاً للخط وللحق المدعى به

فيشترط في قبول الطعن بالإنكار أن يكون الإنكار شاملاً للخط وللحق المدعى به وفق ما نصت عليه المادة رقم (١٤١) من نظام المرافعات التي ذكرناها سابقاً. فلا يكفي إنكاره لخطه فقط أو إنكاره للحق المدعى به فقط بل لابد أن يكون إنكاره شاملاً لها .

المطلب الثاني

شروط قبول الطعن بالإنكار في الفقه

الفرع الأول

أن يكون للمدعي والمدعى عليه صفة في الدعوى

ويقصد بهذا الشرط أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى.

الفرع الثاني

أن يكون الإنكار صريحاً وبصيغة الجزم

لقد اشترط الفقهاء أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة وقاطعة وصريحة ليس فيها تردد ولا غموض وهذا الشرط ليس محل خلاف بين الفقهاء.

الفرع الثالث

أن يكون للمدعي مصلحة في الإنكار

يقصد بهذا الشرط أن يكون للمدعي منفعة خاصة مشروعة تعود على المدعي بناءً على إنكاره للمحرر على فرض صحة كلامه وثبوت دعواه فإذا قام المدعي بالطعن بالإنكار في المحرر فهو يطلب بذلك منفعة شخصية له كي يدحض حججة المحرر الذي احتج به عليه هذا في حال صحة إنكاره وعدم ثبوت نسبة المحرر إليه.

الفرع الرابع

أن يكون الإنكار شاملاً للخط وللحق المدعى به

أيضاً من شروط الإنكار في الفقه الإسلامي أن يكون إنكاره شاملاً للخط وللحق المدعى به مثل ما نص على ذلك أكثر الفقهاء «في رجلين غريمين ادعى أحدهما على صاحبه بهال طائل فأنكر المدعى عليه بدعوى هذا المدعي فأنكر أن يكون ذلك خطه ولم يوجد من يشهد عليه فطلب المدعي أن يكتب المدعى عليه»، لتتم عملية المقارنة. فلو ناقش المدعى عليه موضوع الدعوى قبل أن ينكر خطه لم يصح إنكاره لأن مناقشته لموضوع الدعوى قرينة على صحة وجود المدعى به.

المبحث الثاني

المحكمة المختصة بنظر الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط

المطلب الأول

المحكمة المختصة بنظر الدعوى الفرعية يفى تحقيق الخطوط نظاماً

متى حصل الإنكار وتوافرت شروط قبوله واستمر خصم المنكر في التمسك بالمحرر كان تمسكه به بمثابة طلب إجراء تحقيق الخطوط ويتعين على المحكمة أن تفصل فيه إما بصحة المحرر أو عدم صحته.

وبما أن دعوى تحقيق الخطوط في هذه الحالة تكون متفرعة عن دعوى أصلية فإنها تدخل في اختصاص محكمة الدعوى الأصلية ويكون الحكم فيها قابلاً للاستئناف أو غير قابل له تبعاً لقابلية الحكم في الدعوى الأصلية لذلك أو عدمه.

وقد نص نظام المرافعات السعودي على ذلك حيث أن دعوى تحقيق الخطوط تُعد من قبيل الطلبات العارضة التي فصل النظام أحكامها في المواد من (٧٨) إلى (٨١) وقد جاء في المادة (٧٨) ما يلي: «تقدم الطلبات العارضة من المدعي أو المدعى عليه بصحيفة تبلغ للخصوم قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها ولا تقبل الطلبات العارضة بعد إقفال باب المرافعة».

ومن ناحية أخرى فقد خولت الأنظمة المختلفة ومنها النظام السعودي المحكمة سلطة تقديرية واسعة في هذا الخصوص ويتعين على المحكمة إن رأت الحكم بعدم قبول الإنكار لأسباب ارتأتها أن تقتصر في حكمها على ذلك فلا يكون لها أن تحكم في موضوع الدعوى الأصلي في الجلسة ذاتها بل لابد من تأجيل نظر الموضوع احتراماً لحق الدفاع المقرر للخصوم وذلك بعدم تفويت الفرصة على صاحب المصلحة من الخصوم في سلوك الإدعاء بالتزوير في المحرر أو التمسك بأي وجه آخر للطعن في التصرف المدون في المحرر المطعون عليه.

المطلب الثاني

المحكمة المختصة بنظر الدعوى الفرعية في تحقيق الخطوط فقهاً لما كان إنكار الخط أو التوقيع يتم بمناسبة الاحتجاج بالمحرر الذي يشتمل عليه في دعوى مرفوعة بالفعل إلى محكمة معينة فإنه بذلك يكون دعواً في هذه الدعوى أو طلباً متفرعاً عنها ومن ثم تختص بنظره المحكمة المرفوع أمامها الدعوى الأصلية. ويكون ذلك إعمالاً للقاعدة الأصولية القائلة: إن قاضي الأصل هو قاضي الفرع وأيضاً قاعدة الفروع تابعة لأصوله ومن ثم يأخذ الحكم الصادر في الطلب الفرعي حكم القضاء الصادر في الطلب الأصلي من حيث قابليته للطعن فيه من عدمه.

الفصل الثالث

طرق تحقيق الخطوط والآثار المترتبة على صحة الإنكار أو بطلانه

المبحث الأول

طرق تحقيق الخطوط

المطلب الأول

المقارنة (المضاهة)

الفرع الأول

تعريف المقارنة لغةً ونظاماً وفقهاً

أولاً: تعريف المقارنة في اللغة:

مفاعلة مأخوذة من الفعل قارن يقال: قارن مقارنة أي: صاحبه واقترن به وقرن بين القوم أي: سوى بينهم وقرن بين الزوجين قراناً: جمع بينهما وقارن مقارنة بين الأشياء أو الشئيين، وازن بينهما، فهو مقارن ويقال: الأدب المقارن أو التشريع المقارن وهي محدثة على هذا المعنى.

ثانياً: تعريف المقارنة في النظام:

يقصد بالمقارنة: مضاهة خط أو إمضاء أو بصمة إبهام من نسب إليه المحرر الذي

أنكره مع أمثاله من المحررات التي عينها النظام لمعرفة ما إذا كانت تشابه أو تطابق ما هو مكتوب على المحرر المدعى به أم لا.

ثالثاً: تعريف المقارنة في الفقه:

يقصد بالمقارنة أو المضاهاة: «فحص الخط أو التوقيع أو الختم أو البصمة المنكرة ومقارنتها بخط أو توقيع أو ختم أو بصمة صحيحة للمنكر بواسطة خبراء الخطوط لإثبات التشابه».

الفرع الثاني

شروط إجراء المقارنة نظاماً وفقهاً

لا يتم الأمر بالمقارنة في المحرر العادي إلا بعد استيفاء الشروط الموضوعية والإجرائية اللازمة لإجراء المقارنة فالشروط الموضوعية هي:

- ١- أن ينكر من نسب إليه المحرر الحق الذي به أو ينكر خطه أو إمضاه أو بصمته أو ختمه أو ينكر ذلك خلفه أو نائبه من وكيل ونحوه وكذا إذا سكت المنسوب إليه المحرر فلم يقربه أو ينكره أو قال: لا أعلم به ونحو ذلك مما يدل على عدم اعترافه به.
- ٢- أن يكون المحرر منتجاً في النزاع بأن يكون مفيداً في إثبات الواقعة محل الدعوى أو شيء من أوصافها المؤثرة مباشرة أو غير مباشرة.
- ٣- ألا تكفي وقائع الدعوى ومستنداتها لإقناع القاضي بصحة الخط أو الإمضاء أي: بصحة مضمون ما جاء فيه.

٤- ألا يصدر ممن نسب إليه المحرر ما يناقض إنكاره له كأن يدعي بعد تقديم السند ضده بأنه قد سدد ما تضمنه أو أنه بريء منه.

وقد نص نظام المرافعات السعودي على هذه الشروط في المادة (١٤١): «إذا أنكر من نسب إليه مضمون ما في الورقة خطه أو إمضاه أو بصمته أو ختمه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه وكانت الورقة منتجة في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لاقتناع المحكمة بمدى صحة الخط أو الإمضاء فللمحكمة إجراء المقارنة تحت إشرافها بواسطة خبير أو أكثر تسميهم في قرار المقارنة».

أما الشروط الإجرائية اللازمة لإجراء المقارنة فقد ذكرت في المواد (١٤٣-١٤٥) أعصرها كالتالي:

- ١- إطلاع القاضي والكتاب على المحرر المطعون فيه والتوقيع بما يفيد ذلك.
- ٢- وصف المحرر المطعون فيه وصفاً نافياً للجهالة في دفتر الضبط.
- ٣- إرفاق جميع المستندات الثابتة والتي تفيد في إجراء المقارنة.

٤- تسمية الخبراء في قرار المقارنة .

٥- تحديد موعد للخصوم لتقديم ما لديهم من أوراق صالحة للمقارنة .

٦- توقيع القاضي والخصوم والكاتب على دفتر الضبط وأوراق التطبيق .

وقد وافق النظام ما جاء في الفقه الإسلامي من شروط لإجراء المقارنة يقول ابن فرحون المالكي: «إذا ادعى رجل على رجل بما له فجدده فأخرج المدعي صحيفة مكتوباً فيها خط المدعى عليه وإقراره بما ادعى عليه وزعم المدعي أنها بخط المدعى عليه فأنكر المدعى عليه ذلك وليس بينهما بينة فطلب المدعي أن يجبر المدعى عليه على أن يكتب بحضرة العدول ويقابل ما كتبه بما أظهره المدعي فللقاضي إجباره على ذلك وعلى أن يطول فيما يكتب تطويلاً لا يمكن معه أن يستعمل خطأ غيره».

الفرع الثالث

قرار المقارنة وبيان حالة المحرر وأوصافه

إذا اجتمعت الشروط الأربعة التي أشرنا إليها في الفرع السابق تُقرر المحكمة إجراء المقارنة تحت إشرافها عن طريق خبير أو أكثر بشرط أن تتم تسميتهم في قرار المقارنة كما نصت عليه المادة (١٤١) من نظام المرافعات السعودي. وتكون المقارنة للمحرر محل الإنكار على ما هو ثابت من خط من نُسب إليه المحرر أو إمضاءه أو بصمته أو ختمه.

وقد نص نظام المرافعات السعودي على هذه الصفة في المادة (١٤٢) حيث جاء فيها: «تكون مقارنة الخط أو الإمضاء أو البصمة أو الختم الذي حصل إنكاره على ما هو ثابت من خط أو إمضاء أو بصمة أو ختم من نسبت إليه الورقة». وجاء في الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية لهذه المادة أن:

« للمحكمة أن ترفق المستندات الثابتة التي تقارن بها الأوراق المشكوك فيها».

ويجب تعيين المحرر العادي محل الإنكار تعييناً كافياً وذلك بتوقيع القاضي والكاتب على المحرر محل الإنكار بما يفيد الاطلاع عليه ويحضر محضر بذلك في دفتر الضبط يبين فيه حال المحرر وأوصافه بياناً كافياً بما فيها من سلامة أو تمزيق ونحو ذلك ويوقع القاضي والكاتب والخصوم على هذا المحضر .

وفق ما نص عليه نظام المرافعات السعودي في المادة الثالثة والأربعون بعد المائة حيث جاء فيها: «يجب التوقيع من قبل القاضي والكاتب على الورقة محل النزاع بما يفيد الاطلاع عليها ويحضر محضر في دفتر الضبط يبين فيه حالة الورقة وأوصافها بياناً كافياً ويوقع عليه القاضي والكاتب والخصوم».

الفرع الرابع

شروط أوراق التطبيق

يقصد بالتطبيق: مقارنة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع لمن يشهد عليه المحرر أو السند.

ويُراد بأوراق التطبيق: المحررات الثابتة بإقرار أو بينة أو اتفاق الخصوم عليها وتسمى أيضاً: أوراق المقارنة .

ويشترط فيها أن تقدم وفق الإجراءات التي رسمتها اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي في المادة (١٤٤) ونص هذه الإجراءات في فقرات ثلاث كالتالي :

« ١- يقدم الخصم المكلف بإثبات صحة الخط أو الختم أو الإمضاء أو البصمة المدونة على الورقة ما لديه من أوراق عليها ختم أو إمضاء من نسبت إليه لتتم المقارنة بينها ولخصمه تقديم ما يعارضها.

٢- تعرض هذه الأوراق على الخصم لأخذ إقراره أو إنكاره لها قبل عرضها على خبير الخطوط .

٣- يُدون اتفاق الخصوم على الأوراق الصالحة للمقارنة في الضبط مع تدوين مضمونها وأوصافها وعند اختلافهم يختار القاضي ما يصلح منها للمقارنة. »

ويشترط أيضاً أن يضع القاضي وال كاتب توقيعاتهما على أوراق التطبيق قبل الشروع في التطبيق ويذكر ذلك في المحضر ويوقع عليه القاضي وال كاتب والخصوم وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٥) من نظام المرافعات السعودي حيث جاء فيها: «يضع القاضي وال كاتب توقيعاتهما على أوراق التطبيق قبل الشروع فيه ويذكر ذلك في المحضر».

ومما يجدر التنبيه إليه أن هناك طريقان للحصول على أوراق صالحة للمقارنة والمضاهاة: إحداهما: اختيار أوراق من خط المطعون في خطه أو عليها توقيعه وتسمى: أوراق التطبيق أو أوراق المقارنة وهذا الطريق هو الذي نص عليه نظام المرافعات السعودي في المادة الخامسة والأربعون بعد المائة.

الثانية: الاستكتاب.

ويراد به: أن يؤمر المنكر لخطه إذا كان حياً بالكتابة حسبما يقدره الخبير ومن ثم تجري مطابقتها مع الخط موضع الإنكار وكذا توقيعه وبصمته.

ولم يتطرق نظام المرافعات السعودي إلى هذا الطريق بل أغفله مع أهميته وقد نص على هذا الطريق الفقهاء كما ذكرنا ذلك عن ابن فرحون المالكي سابقاً .

الفرع الخامس

أثر تخلف الخصوم عن الموعد المحدد لتقديم أوراق المقارنة نظاماً وفقهاً يجب على القاضي أن يحدد موعداً للخصوم لتقديم ما لديهم من أوراق المقارنة واختيار ما يصلح منها لذلك وعلى الخصوم الحضور في هذا الموعد الذي حدده لهم قاضي الدعوى وفق ما بيته المادة الرابعة والأربعون بعد المائة من نظام المرافعات السعودي بالنص التالي: «على الخصوم أن يحضروا في الموعد الذي يعينه القاضي لتقديم ما لديهم من أوراق المقارنة واختيار ما يصلح منها لذلك فإن تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه في الإثبات وإذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمقارنة صالحة لها».

وقد وافق النظام ما جاء في الفقه الإسلامي من أحكام بخصوص حضور الخصوم وغيابهم.

المطلب الثاني

شهادة الشهود

الفرع الأول

تعريف الشهادة ومشروعيتها

أولاً: تعريف الشهادة في اللغة والنظام والفقه.

١/ تعريف الشهادة في اللغة .

تأتي الشهادة في اللغة على معان كثيرة منها:

الحضور والمعينة والعلانية والخبر القاطع والقسم والإقرار والموت في سبيل الله وكلمة التوحيد يقال: شهد بكذا إذا أخبر به وشهد كذا إذا حضره أو عاينه إلى غير ذلك .

٢/ تعريف الشهادة في النظام.

لم يرد تعريف الشهادة في النظام كما أن شراح النظام نادراً ما تناولوا تعريف الشهادة ومن عرفها منهم لم يخرج تعريفه عن تعريف الفقهاء إن لم يكن مقتبساً منهم ومن هذه التعريفات قولهم أن الشهادة: إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق لغيره على غيره. والشهادة المقصودة هنا هي شهادة الشهود فيما يتعلق لإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع على المحرر المقتضى تحقيقه ممن نسب إليه.

٣/ تعريف الشهادة في الفقه.

عرف الفقهاء الشهادة بأنها: «إخبار الشخص بحق للغير على الغير بلفظ أشهد» ثانياً: مشروعية الشهادة نظاماً وفقهاً .

اتفقت الأنظمة الوضعية كلها على مشروعية الشهادة وحجيتها في الإثبات فنظمت أحكامها وبينت قواعدها ولكنها جعلتها في المرتبة الثانية بعد الكتابة؛ لاعتبارات كثيرة منها سهولة الكتابة وانتشار العلم في العصر الحديث وقد تطرق نظام المرافعات الشرعية السعودي إلى الشهادة وأحكامها من المادة السابعة عشر بعد المائة إلى المادة الثالثة والعشرون بعد المائة.

أما في الفقه الإسلامي فقد نص الكتاب والسنة والإجماع على مشروعية الشهادة وحجيتها.

فمن الكتاب: قول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ (البقرة ٢٨٢).
ومن السنة: ما رواه الأشعث بن قيس رضي الله عنه قال:

((كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر فاخترصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: شاهداك أو يمينه قلت: إنه إذا جلف ولا يبالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من حلف على يمين يستحق بها مالاً هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان فأنزل الله تصديق ذلك)) متفق عليه.
وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى عصرنا الحاضر على مشروعية الشهادة وأنها حجة شرعية ودليل للقضاء ووسيلة للإثبات ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين وأصبحت معلومة من الدين بالضرورة.

الفرع الثاني

الطعن في الشاهد أو شهادته نظاماً وفقهاً

نص نظام المرافعات السعودي في المادة العشرون بعد المائة على أن: «تؤدى الشهادة شفويًا ولا يجوز الاستعانة في أدائها بمذكرات مكتوبة إلا بإذن القاضي وبشرط أن تسوغ ذلك طبيعة الدعوى وللخصم الذي تؤدى الشهادة ضده أن يبين للمحكمة ما يخل بشهادة الشاهد من طعن فيه أو شهادته».

ومما جرى عليه العمل في المحاكم السعودية أن يقول القاضي للمشهود عليه: ماذا تقول في الشاهد وشهادته؟

بمعنى: هل تزكيه أو تطعن فيه؟ والشهادة هل تصادق عليها أو تكذبها؟

وهل لك دفع فيها بما ينفي الحق؟.

على أن الخصم إذا بادر بدفع للشهادة يخل بها أو طعن في الشاهد يوجب رد شهادته سماع منه القاضي ذلك وأجرى ما يلزم نحوه ولو لم يعذر له القاضي في ذلك بل إنه

إذا حصل أغنى عن مبادرة القاضي .

أما في الفقه الإسلامي فمما تقرر فيه الإعذار في الشهادة والشاهد بأن يقول القاضي للمشهود عليه بعد سماع الشهادة وتدوينها : هل لك دفع في الشهادة أو طعن في الشاهد .

الفرع الثالث

تدوين شهادة الشاهد نظاماً وفقهاً

نصت المادة الثالثة والعشرون بعد المائة من نظام المرافعات السعودي على أنه : «تثبت شهادة الشاهد وإجابته عما يوجه له من أسئلة في دفتر الضبط بصيغة المتكلم دون تغيير فيها ثم تتلى عليه وله أن يدخل عليها ما يرى من تعديل ويذكر التعديل عقب نص الشهادة مع توقيعه وتوقيع القاضي عليه» .

وتدون الشهادة في ضبط القضية باللغة العربية ولو تلقاه القاضي من الشاهد بالعامية - كما جرى عليه العمل في المحاكم السعودية .

وعلى القاضي أن يتحرى الدقة في المعنى المراد عند تدوين الشهادة وعدم التصرف فيه بأي وجه من الوجوه وإذا كان ثم لفظة عامية وردت في شهادة الشاهد يخشى القاضي ألا تصيب حقيقة معناها عند تفصيحها من اللغة العامية فإنه يدونها باللغة العربية ويثبت اللفظة العامية بين قوسين .

وقد وافق النظام ما جاء في الفقه الإسلامي فتدوين الشهادة مما نص عليه الفقهاء .

المطلب الثالث

المقارنة وشهادة الشهود معاً

أجازت أكثر القوانين العربية للمحكمة بأن تأمر بالتحقيق بالمقارنة وبشهادة الشهود معاً ولا مانع من الجمع بين الطريقتين بالرغم من أن تعددها يمكن أن يؤدي إلى التضارب بين نتائجها إذ لا ضرر من هذا التضارب مادام تقدير نتيجة كل من الطرفين مرجعه إلى المحكمة ذاتها فلها أن ترجح نتيجة المقارنة على شهادة الشهود كما لها العكس أيضاً .

ومما يجدر التنبيه إليه أن نظام المرافعات السعودي لم يتطرق إلى ذكر هذا الطريق وهذا أمر منتقد من وجهة نظري إذ أن تعدد الطرق يتيح للمحكمة حرية أوسع في اختيار الطريق المناسب

إضافة إلى أن هذه الطريقة بالذات تعزز من قوة النتائج التي يتوصل إليها فعندما تتطابق النتائج يزيد اطمئنان المحكمة لها وعندما تختلف النتائج تقوم المحكمة بعرض جميع الاحتمالات ومن ثم الترجيح بينها .

وفي ختام هذا المبحث يتبين أن لتحقيق الخطوط الثلاثة طرق الأول المقارنة وقد نص عليه نظام المرافعات السعودي وفصل أحكامه والثاني شهادة الشهود وقد أغفله نظام المرافعات السعودي ولم ينص عليه كطريق للتحقيق والثالث المقارنة وشهادة الشهود معاً وهذا أيضاً قد أغفله نظام المرافعات السعودي في حين أن أكثر القوانين العربية نصت عليها وجدير بالمنظم السعودي أن يحذو حذوهم في ذلك لما بيناه من أهمية لهذه الطرق .

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على صحة الإنكار أو بطلانه

المطلب الأول

الآثار المترتبة على صحة الإنكار

إذا ظهرت نتائج التحقيق وتبين عدم صحة المحرر وكان الإنكار صحيحاً ففي هذه الحالة يفقد المحرر حججه بشكل نهائي:

أولاً: ويستبعد من الدعوى الأصلية ثانياً غير أن استبعاد المحرر الذي يثبت بطلانه لا يعني بطلان الموضوع الذي يتضمنه فيجوز إثبات هذا الموضوع بدليل آخر مقبول نظاماً .

ثالثاً: يتعين على القاضي الذي أمامه المحرر أن يتحقق من إمكانية تحريك الدعوى الجزائية ضد مقدم المحرر إذا كان المحرر قد تعرض للتزوير أو اشتبه في صحتها . وقد نص على ذلك نظام المرافعات السعودي في المادة الثالثة والخمسون بعد المائة «يجوز للمحكمة ولو لم يدع أمامها بالتزوير أن تحكم باستبعاد أي ورقة إذا ظهر لها من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة أو مشتبه فيها كما أن للمحكمة عدم الأخذ بالورقة التي تشته في صحتها وفي هذه الأحوال يجب على المحكمة أن تبين في حكمها الظروف والقرائن التي استبان منها ذلك».

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على بطلان الإنكار

أولاً: إذا أظهرت نتائج التحقيق صحة المحرر المطعون بإنكاره فيترتب على ذلك بطلان الإنكار ويكون المحرر حجة على الكافة باعتبار صدوره من الشخص المنسوب إليه وبسلامته المادية ولا يجوز نقض حججه بعد ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير . والحكم بصحة المحرر بعد إنكاره لا يترتب عليه صحة التصرف المدون فيه ؛ لأن هذا الحكم يقتصر على سلامة المحرر من الناحية المادية ولا يتناول موضوعه إذ يستطيع الخصم الذي يحتج عليه بالمحرر إبداء جميع الدفع الموضوعية للتخلص من الالتزام المدعى به في المحرر؛ لذلك لا يجوز للمحكمة أن تقرر صحة المحرر مع الفصل

في موضوع الدعوى الأصلية وإنما يتوجب عليها إصدار حكم مستقل في دعوى تحقيق الخطوط الفرعية قبل الفصل في موضوع الدعوى الأصلية حتى تتيح للخصم الذي نُسب إليه المحرر أن يقدم مالدیه من دفع موضوعية حول مضمون المحرر باعتبار أن إيداءه للدفع الموضوعية قبل إنكار المحرر يسقط حقه في إنكاره؛ لأنه بحث في مضمون المحرر.

ثانياً: يترتب على بطلان الإنكار أن يقوم القاضي بتعزيز المنكر؛ لأنه اتخذ الإنكار وسيلة للمماطلة والتسويف وإرهاق الخصوم في إجراءات لا طائل لها إلا التأخير في حل النزاع أمام القضاء.

وقد نصت أكثر الأنظمة على غرامة محددة يفرضها القاضي على المنكر. ومما يجدر التنبيه إليه أن نظام المرافعات السعودي لم يتطرق إلى تعزيز المنكر وكان من المفترض أن ينص على عقوبة تعزيرية يفرضها القاضي على المنكر لأنه اتخذ الإنكار وسيلة للمماطلة والتسويف وإضاعة الجهد والوقت.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

تلخيص

أحكام غير المكلفين في نظام المرافعات الشرعية (دراسة مقارنة)

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية

إعداد الطالب:

عبدالله بن حمود بن عبدالله الغفيص

إشراف:

د. ناصر بن محمد الجوفان

عضو هيئة التدريس في المعهد العالي للقضاء

للعام الجامعي ١٤٢٩هـ - ١٤٣٠هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص: ١٨٩

عدد صفحات البحث بدون مقدمة ومراجع وفهارس وملاحق: ١٥٦

عدد صفحات التلخيص: ٣٩

خطة البحث:

التمهيد ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان:

المطلب الأول: تعريف الحكم في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: تعريف التكليف في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث: التعريف بنظام المرافعات الشرعية.

المبحث الثاني: المقصود بغير المكلف وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الصغير .

المطلب الثاني: القاصر عقلياً.

الفصل الأول: تصرفات الأولياء والأوصياء لغير المكلفين وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التصرفات التي تستوجب إذن القاضي وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التصرفات التي تستوجب إذن القاضي في عقار غير المكلفين في النظام.

المطلب الثاني: التصرفات التي تستوجب إذن القاضي في عقار غير المكلفين في الفقه.

المطلب الثالث: الأذن من القاضي الذي يحتاج إلى تمييز من عقار غير المكلفين.

المبحث الثاني: التصرفات التي لا تستوجب إذن القاضي وفيه مطلبان :

المطلب الأول: التصرفات التي لا تستوجب إذن القاضي في النظام.

المطلب الثاني: التصرفات التي لا تستوجب إذن القاضي في الفقه.

المبحث الثالث: التصرفات التي يجوز للقاضي فيها رفع الولاية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التصرفات التي يجوز للقاضي فيها رفع الولاية في النظام.

المطلب الثاني: التصرفات التي يجوز للقاضي فيها رفع الولاية في الفقه.

الفصل الثاني: رفع الدعوى عن غير المكلفين ومحل إقامتهم وطريقة إبلاغهم وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: رفع الدعوى عن غير المكلفين وفيه مطلبان:

المطلب الأول: رفع الدعوى عن غير المكلفين في النظام.

المطلب الثاني: رفع الدعوى عن غير المكلفين في الفقه.

المبحث الثاني: محل إقامة الدعوى على غير المكلفين وفيه مطلبان:

المطلب الأول: محل إقامة الدعوى على غير المكلفين في النظام.

المطلب الثاني: محل إقامة الدعوى على غير المكلفين في الفقه.

المبحث الثاني: طريقة إبلاغ غير المكلفين وفيه مطلبان:

المطلب الأول: طريقة إبلاغ غير المكلفين في النظام .

المطلب الثاني: طريقة إبلاغ غير المكلفين في الفقه.

الفصل الثالث: حكم الإقرار واليمين لغير المكلفين وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حكم إقرار غير المكلفين وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم إقرار غير المكلفين في النظام.

المطلب الثاني: حكم إقرار غير المكلفين في الفقه.

المبحث الثاني: أحكام اليمين لغير المكلفين وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أحكام اليمين لغير المكلفين في النظام.

المطلب الثاني: أحكام اليمين لغير المكلفين في الفقه.

الفصل الرابع: التمييز والتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة على غير المكلفين

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تمييز الأحكام الصادرة على غير المكلفين وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تمييز الأحكام الصادرة على غير المكلفين في النظام.

المطلب الثاني: تمييز الأحكام الصادرة على غير المكلفين في الفقه.

المبحث الثاني: التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة على غير المكلفين وفيه

مطلبان:

المطلب الأول: التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة على غير المكلفين في النظام.

المطلب الثاني: التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة على غير المكلفين في الفقه.

ثالثاً: الخاتمة.

التمهيد

المبحث الأول

التعريف بمفردات العنوان:

المطلب الأول

تعريف الحكم في اللغة والاصطلاح

الحكم لغة:

الحكم مصدر قولك حكم بينهم يحكم، وحكم له وحكم عليه، والمحكمة: المخاصمة إلى الحاكم. وجمع الحكم أحكام، والأصل فيها المنع. قال صاحب كتاب معجم مقاييس اللغة: «حكم: الحاء والكاف والميم أصل واحد وهو المنع وأوّل ذلك الحُكْم، وهو المنع من الظلم».

الحكم في الاصطلاح:

لحقيقة الحكم الشرعي اصطلاحان شهيران:

أحدهما: عند الأصوليين.

والثاني: عند الفقهاء.

فمعناه عند الأصوليين: هو خطاب الشارع المتعلق بأعمال العباد، بالاقتضاء، أو التخيير، أو الوضع.

وعند الفقهاء: هو مقتضى خطاب الشارع المتعلق بأعمال العباد، بالاقتضاء، أو التخيير، أو الوضع.

وصحح شيخ الإسلام - رحمه الله - إطلاقه على الجميع فقال: «قد يقال: الحكم هو خطاب الشارع، وهو الإيجاب والتحرير منه، وقد يقال: هو مقتضى الخطاب وموجبه وهو الوجوب والحرمة - مثلاً -».

وقد يقال: المتعلق الذي بين الخطاب والفعل.

والصحيح: أن اسم الحكم الشرعي ينطبق على هذه الثلاثة.

المطلب الثاني

تعريف التكليف في اللغة والاصطلاح

التكليف في اللغة هو: إلزام ما فيه كلفة أي: مشقة.

التكليف في الاصطلاح:

عرف التكليف ابن قدامة بقوله: هو: «الخطاب بأمر أو نهي».

وهذا التعريف يشمل أربعة أحكام تكليفية وهي: «الواجب، والمندوب، والمكروه،

والحرام».

والمباح لا يدخل في هذا، وبالتالي لا يكون المباح حكماً تكليفاً وهو الصحيح وذلك لأن التكليف هو الخطاب بأمر أو نهي، والمباح لا أمر فيه ولا نهي، بل يقال: إن شئت افعل وإن شئت اترك، وهذا لا مشقة فيه ولا كلفة.

المطلب الثالث

التعريف بنظام المرافعات الشرعية

التعريف هنا له وجهان :

- ١- وجه عام وهو ما يشمل أي نظام للمرافعات .
 - ٢- وجه خاص وهو نظام المرافعات الشرعية السعودي .
- المرافعات لفظ حديث من حيث مدلوله الاصطلاحي، لذا لم يتعرض الفقهاء القدامى له، وكانوا يطلقون عليه علم القضاء أو كتاب القضاء .
- وقد تعرض بعض المعاصرين لتعريف المرافعات الشرعية ومن ذلك قوله « هي الأحكام التي تنظم القضاء وما يتصل به من طرق الإثبات» .
- وعرفت بأنها: (مجموعة القواعد التي تحدد مجريات التقاضي والإجراءات التي يتبناها الخصوم عند رفع دعواهم أمام القضاء وإجراءات السير فيها حتى الفصل فيها بشكل نهائي) .

هذا هو تعريف نظام المرافعات بوجه عام .

أما تعريف نظام المرافعات الشرعية بوجه خاص وهو المقصود في هذا البحث فهو نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم [م/٢١] وتاريخ ٢٠/٥/١٤٢١ هـ . والذي بلغ عدد مواده [٢٦٤] مادة .

وقد صدرت اللوائح التنفيذية لهذا النظام بموجب قرار وزير العدل رقم (٤٥٦٩) وتاريخ ٣/٦/١٤٢٣ هـ وبلغ عددها [٨٥٣] مادة، والتي أعدت وفق الأصول الشرعية والتعليمات الصادرة بالأوامر السامية والمبادئ القضائية والإجراءات المقررة الموافقة لمقتضى النظام .

وقد صدر التعميم القضائي بتطبيقه على كافة المحاكم في المملكة العربية السعودية من وزير العدل برقم (١٣/ت/٢٠٠٥) وتاريخ ٨/٦/١٤٢٣ هـ .

المبحث الثاني

المقصود بغير المكلف

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

الصغير

الصغير لغة:

ضد الكبير والصبي «من صبيان أي الصغار» والصغير «صفة للولد من الإنسان والدواب».

فالصغير إذاً هو «الصبي، والطفل والغلام».

الصغير في الاصطلاح:

قال الماوردي: «فالصغير من لم يبلغ الحلم».

وقال البعض: هو مدة عمر الشخص ما بين الولادة إلى حين البلوغ، لذلك فالصغير هو الغلام الذي لم يبلغ الحلم.

علامات البلوغ:

أولاً: أجمع العلماء على أن الاحتلام في الرجال والنساء يلزم به العبادات والحدود وسائر الأحكام.

ثانياً: أجمع العلماء على أن الحيض والحمل بلوغ في حق النساء.

ثالثاً: علامات البلوغ للذكر ثلاث إنزال المنى دفقاً يقظة أو مناماً باحتلام أو جماع أو غير ذلك أو استكمال خمس عشرة سنة أو نبات الشعر الخشن القوي حول القبل.

رابعاً: علامات البلوغ للإناث هي علامات بلوغ الذكر وتزيد علامتين الأولى الحيض والثانية الحمل.

المطلب الثاني

القاصر عقلياً

أولاً: القاصر

القاصر في اللغة:

من قصر القاف والصاد والراء أصلاً صحیحان، أحدهما يدلُّ على ألا يبلغ الشيء مداه ونهايته، والآخر على الحبس. والأصلان متقاربان.

والقصرة: بالتحريك أصل العنق. والقصر: أصول النخل والشجر وسائر الخشب.

والقاصر من الورثة: من لم يبلغ سن الرشد.

والقاصرة: يقال امرأة قاصرة الطرف: خجلة حية وفتاة قاصرة: لم تبلغ سن الرشد.

القاصر في الاصطلاح:

تناول الفقهاء رحمهم الله هذا المصطلح في أبواب متعددة من أبواب الفقه، وتحت مسميات عدة، كأبواب الولاية والحجر والوصاية وأبواب النكاح والبيوع ونحو ذلك،

دون أن يكون لهم تحديد واضح لهذا المصطلح، وإنما مدلولهم له يكون على المعنى اللغوي الواضح والذي يفيد الحبس والمنع سواءً كان من التصرف بالمال، أم بالنفس ويمكن من خلال سياق عباراتهم أن أبين معنى القاصر، وهو لا يعدو أن يكون اشتقاقاً من المعنى اللغوي .

ولذلك يكون القاصر هو: من حبس ومنع منه التصرف المالي والنفسي بالوجه الشرعي الصحيح المعتبر، لسبب من جنون أو عته أو صغر أو سفه أو نحو ذلك . وعرف المنظم السعودي القاصر بأنه: الصغير والمجنون والمعتوه . «نظام الجنسية العربية السعودية الصادر من مجلس الوزراء بقرار رقم (٤) وتاريخ ٢٥ / ١ / ١٣٧٤ هـ، كما في المادة الثالثة .»

ثانياً: العقل:

العقل في اللغة:

«العين والقاف واللام أصلٌ واحد منقاس مطرد، يدلُّ عَظْمُهُ على حُبْسَةِ في الشَّيْءِ أو ما يقارب الحُبْسَةِ. من ذلك العَقْل، وهو الحابس عن ذَمِيمِ القَوْلِ والفِعْلِ.» قال الخليل: العَقْل: نقيض الجهل.

العقل في الاصطلاح:

لقد اختلف العلماء في العقل:

فلا يمكن إحاطة العقل برسم واحد

لكن الصحيح أن العقل اسم يطلق بالاشتراك على أربعة معان:

الأول: ضروري كالعلم باستحالة اجتماع الضدين ونقصان الواحد عن الاثنين .

الثاني: أنه غريزة تقذف في القلب وهو معنى تعريف المحاسبي له بقوله إنه غريزة يتهيأ بها إدراك العلوم وليس منها وأيضاً هو معنى تعريف الإمام أحمد له فيما حكاه عنه الحربي وهذا هو الذي يستعد به الإنسان لقبول العلوم النظرية وتدبر الأمور الخفية وهو في القلب كالنور وضوؤه مشرق إلى الدماغ.

الثالث: قوة الغريزة وهو ما ينظر به صاحبه في عواقب الأمور ويقمع الشهوة الداعية إلى اللذة العاجلة ويقهرها وهذا هو النهاية في العقل .

الرابع: علوم تستفاد من التجارب بمجاري الأحوال والمجرب يسمى عاقلاً عادة .

المقصود بالقاصر عقلياً:

هو الذي لا يستطيع النظر لنفسه، ولا يمكنه أن يلي أمره، سواءً كان صغيراً أو كبيراً بالغاً أو غير بالغ، فهو بحاجة إلى غيره ليتولى أمره وشؤونه، وتصرفاته غير نافذة

لقصور عقله.

والمقصود بالقاصر عقلياً في هذا البحث ، المجنون والمعته.

أولاً : المجنون:

الجنون لغة :

من جن الجيم والنون أصل واحد، وهو السَّترُ والتسْتُرُّ.

الجنون اصطلاحاً:

هو اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقييحة، المدركة للعواقب بأن لا تظهر آثارها وتتعدل أفعالها، إما لنقصان عليه في دماغه في أصل الخلقة، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة، وإما لاستيلاء الشيطان عليه، وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح ويفزع من غير ما يصلح سبباً لذلك:

ثانياً: العته:

العته لغة:

(عته) « التَّعْتَهُ التَّجُنُّنُ والرُّعُونَةُ، وقيل التَّعْتَهُ الدَّهْشُ وقد عْتِيَ الرجلُ عَتَهَا وَعُتَهَا وَعُتَاهَا والمَعْتُوهُ المَدْهُوشُ من غير مَسِّ جُنُونٍ والمَعْتُوهُ والمَخْفُوقُ لمجنونٌ». وقيل المَعْتُوهُ «الناقصُ العقل» .

العته اصطلاحاً:

قيل: «هُوَ مَنْ كَانَ قَلِيلَ الْفَهْمِ مُخْتَلِطَ الْكَلَامِ فَاسِدَ التَّدْبِيرِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْرِبُ، وَلَا يَشْتُمُّ كَمَا يَفْعَلُ الْمَجْنُونُ» .

وقيل: من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، سواء كان ذلك ناشئاً من أصل الخلقة أو لمرض طرأ عليه.

الفرق بين المعته والمجنون:

ربما استشكل على بعض الناس أن المعته هو المجنون أو العكس، ولكن الأمر خلاف ذلك، فهناك فرق بين الحالتين نوضحه فيما يلي:

لقد فرق العلماء بين المعته والمجنون في عدد من الأمور هي:

الأمر الأول: المعته قد يكون مميزاً أو غير مميز، فهو بهذا كالصبي المميز وغير المميز، أما المجنون فإنه لا يكون مميزاً، وهو بهذا كالصبي غير المميز.

الأمر الثاني: المعته مصاب بضعف عقلي، أما المجنون فإنه لا يعقل .

الأمر الثالث: المعته لا يصاحبه في حالة العته تهيج واضطرابات، بينما المجنون قد يصاحب جنونه في الغالب تهيج واضطرابات.

الفصل الأول

تصرفات الأولياء والأوصياء لغير المكلفين

المبحث الأول

التصرفات التي تستوجب إذن القاضي

المطلب الأول

التصرفات التي تستوجب إذن القاضي في عقار غير المكلفين في النظام بما أن غير المكلف لا يستطيع التصرف في عقاره التصرف السليم ، من بيع وشراء، ورهن وغيره من التصرفات الدائرة في عقاره ، فلقد عني النظام عناية شديدة بالاحتياط لحقوق غير المكلف ، والبحث لهم عما هو أحظ لهم ، حيث ورد فيه « إقامة الأوصياء والأولياء والنظار ، والإذن لهم في التصرفات التي تستوجب إذن القاضي وعزلهم عند الاقتضاء » «نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي بناء على قرار مجلس الوزراء رقم (م/ ٢١) وتاريخ ٢٠/٥/١٤٢١هـ المادة (٣٢) فقرة (ج)».

فقد وكل النظام إلى القاضي في حالة عدم وجود الوصي والولي على غير المكلفين، يلي ماله ويتصرف فيه، إقامة الأوصياء والأولياء عليهم .

والمقصود بالوصي: هو من يعهد إليه والد القاصر للقيام على شؤونه بعد وفاته ، وقد يطلق على من ينصبه القاضي على مال القاصر ، ويسمى (وصي القاضي).

أما الولي فهو: «قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر ، في تدبير شؤونه الشخصية والمالية» .

وقيل: «هُوَ الَّذِي يَحْقُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِ الْغَيْرِ بِدُونِ اسْتِحْصَالِ إِذْنِ بَرِّصَاءِ صَاحِبِ الْمَالِ» .

والولي على القاصر: «هو من يلي أمره حال قصره ، وهو الأب في حياته ، ثم وصيه ، ثم حاكم» .

والناظر على الوقف: «هو من يلي التصرف في الوقف بحفظه والمحافظة عليه وغير ذلك» .

وقد يطلق الولي على الوصي ، ويطلق الوصي على الولي ، ولكن المقصود هنا سواء كان ولياً أو وصياً غير الأب لأنه سيأتي معنا في المباحث القادمة أن الأب لا يحتاج إلى إذن في تصرفه بعقار القاصر سواء في النظام أو الفقه .

وجاء فيه « التصرفات التي تستوجب إذن القاضي في عقار القاصر أو الوقف هي البيع أو الشراء أو الرهن أو الاقتراض أو توثيق عقود الشركات ، إذا كان القاصر طرفاً

فيها بعد تحقق الغبطة والمصلحة من أهل الخبرة « اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية الصادرة من وزير العدل بقرار رقم (٤٥٦٩) وتاريخ ٣/٦/١٤٢٣هـ، لائحة رقم (٥) من المادة (٣٢) ».

وبهذا النص يتبين لنا، تصرفات الأوصياء والأولياء الذين يقيمهم القاضي في عقار غير المكلفين والتي تستوجب إذنه .

المطلب الثاني

التصرفات التي تستوجب إذن القاضي في عقار غير المكلفين في الفقه الفقهاء يعتبرون الولي هو الأب أما الوصي غير الأب، ولذلك سوف أتناول تصرفات الأوصياء عند الفقهاء وهل تحتاج إلى إذن، لأن تصرفات الأوصياء سوف نتطرق لها في المباحث القادمة .

أما آراء الفقهاء في هذا الجانب، فالحنفية يرون لزوم إذن القاضي للوصي في بيع عقار من تحت يده من غير المكلفين، أما المالكية والشافعية والحنابلة فلا يشترطون إذن القاضي بل يشترطون غير ذلك من المصلحة وغيرها .

الراجع وسبب الترجيح :

الراجع هو ما ذهب إليه متأخري الحنفية من اشتراط إذن القاضي في إجازة بيع الوصي لعقار غير المكلف، وذلك لما فيه من حفظ لعقار غير المكلف وحمايته، والتصرف فيه من بيع وشراء وغيره بما يعود عليه بالمصلحة، وذلك عند اشتراط إذن القاضي لإمضاء تصرف الوصي في عقار غير المكلف، ولأن في اشتراط إذن القاضي تكون الرقابة والحماية أقوى، وكذلك أحوط للمحافظة على حقوق عقار غير المكلف.

واشتراط إذن القاضي للوصي في التصرف في عقار غير المكلفين هو ما أخذ به نظام المرافعات الشرعية السعودي .

المطلب الثالث

الأذن من القاضي الذي يحتاج إلى تمييز من عقار غير المكلفين هناك نوع من التصرفات في عقار غير المكلفين، يحتاج مع أذن القاضي إلى تمييز هو بيع عقار غير المكلفين، كما نصت على ذلك اللائحة « لا بد من تمييز الإذن فيما يخص بيع عقار القاصر أو الوقف أو قسمته » « اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، لائحة رقم (٦) من المادة (٣٢) »، لأن بقاء عين العقار فيه حفظ مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه .

فالاحتياط في حفظ عقار غير المكلفين، جعل المنظم يوجب رفع أذن بيعه لمحكمة التمييز، وعند اكتساب هذا الأذن من قبل محكمة التمييز التصديق، يتم تقرير المبايعة

بين الولي والمشتري ، وتسليم العقار للمشتري ، واستلام القاضي الثمن ، وإيداعه بمؤسسة النقد بموجب إيصال يسجل رقمه في الضبط ، ويسلم أصل هذا السند لولي القاصر حتى يتولى البحث عن البديل المناسب .

أما بالنسبة لتمييز شراء العقار للقاصر فقد سكتت عنه اللائحة التنفيذية ، لكن مفهوم المخالفة من النص على تمييز الأذن بالبيع يدل على أن الإذن بالشراء لا يميز ، وهو ما عليه العمل السابق قبل صدور النظام .

المبحث الثاني

التصرفات التي لا تستوجب إذن القاضي
المطلب الأول

التصرفات التي لا تستوجب إذن القاضي في عقار غير المكلفين في النظام الولي الذي يحق له التصرف في عقار غير المكلف دون إذن من القاضي ، هو الأب فإذا كان غير المكلف له عقار ووليه أبوه فإن الأب يتصرف في عقار ولده غير المكلف ، من بيع وشراء ورهن وغيره دون إذن من المحكمة ، كما نص ذلك النظام ، بعد أن ذكر التصرف الذي يحتاج إلى إذن حيث ورد فيه « لا يحتاج تصرف الأب بالبيع ونحوه عن أولاده القاصرين إلى إذن من المحكمة » « اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ، لائحة رقم (٨) من المادة (٣٢) » ، فالأب هو الولي الطبيعي على نفس ومال ابنه غير المكلف ، وذلك لما له من سلطة أبويه عليه ، تخوله الحق في حفظه وحفظ ماله ورعايته وكذلك عنده تمام الشفقة على أولاده ، وهو كذلك أقرب الناس إليهم ، وأعرفهم بحالهم .

المطلب الثاني

التصرفات التي لا تستوجب إذن القاضي في عقار غير المكلفين في الفقه أما بالنسبة للفقه الإسلامي ف كذلك جعل تصرف الأب في عقار ولده غير المكلف إذا كان ولياً عليه نافذاً دون الرجوع إلى المحكمة والقاضي .

وأضاف بعض الفقهاء الجدل ؛ بحيث لا يحتاج تصرفه إلى إجازة من القاضي ، لأنه هو الولي بعد الأب ، ولأنه أبٌ في الحقيقة وإن علا ؛ لأن له إيلاًداً .
فتصرف الأب في عقار ولده القاصر مقبول .

المبحث الثالث

التصرفات التي يجوز للقاضي فيها رفع الولاية
المطلب الأول

التصرفات التي يجوز للقاضي فيها رفع الولاية في النظام الأصل في الولاية على غير المكلف لأبيه ، فليس للقاضي توليته لأن الأصل ولايته

شرعاً ، كما جاء ذلك في اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات لائحة رقم (٧) من المادة (٣٢) « ليس للقاضي توليته على أولاده ، لأن الأصل ولايته شرعاً » ، وجاء في اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية لائحة رقم (٨) من المادة (٣٢) « لا يحتاج تصرف الأب بالبيع ونحوه عن أولاده القاصرين إلى إذن من المحكمة .» ولكن النظام كذلك احتاط لغير المكلفين احتياطاً شديداً ، بعد أن جعل للأب التصرف المطلق في أولاده القاصرين ، حيث جعل للقاضي الحرية في رفع ولاية الأب عن أولاده غير المكلفين ، فيما يخص النكاح أو المال أو الحضانة أو جميعها إذ وجد الموجب الذي يقتضي ذلك ، حيث ورد في اللائحة التنفيذية لائحة رقم (٧) من المادة (٣٢) « كما له (للقاضي) رفع ولايته (الأب) فيما يخص النكاح أو المال أو الحضانة أو جميعها الموجب يقتضي ذلك .»

كما يجوز للقاضي عزل الولي والوصي : أي فسخ ما يمكنه من ذلك ، وتنحيته عن الولاية والوصاية ، وقد أوضحت الفقرة العاشرة من اللائحة التنفيذية للمادة الثانية والثلاثون أن للقاضي عزل الأولياء والأوصياء حال عجزهم أو فقدهم الأهلية المتبعة شرعاً ، ويتولى ذلك القاضي الذي أصدر الولاية أو الوصاية نفسها ، وإلا فخلفه يقوم بذلك ، ولهم الاعتراض على هذا العزل ، وبعد الفصل في هذا الاعتراض يعامل المعارض بتعليمات التمييز .

المطلب الثاني

التصرفات التي يجوز للقاضي فيها رفع الولاية في الفقه

الولاية على ناقص الأهلية من غير المكلفين من صغير أو مجنون أو معتوه ونحوه عند الفقهاء تشمل ضربين أحدهما : سلطة على شؤون غير المكلف المتعلقة ، بشخصه ونفسه ، كالتزويج والتعليم والتطبيب والتشغيل .

والآخر : سلطة على شؤون غير المكلف المالية من عقود وتصرفات وحفظ وإنفاق . فالولاية نوعان ولاية على النفس وولاية على المال ، هو ما عبر عنهما نظام المرافعات بالنكاح والحضانة والمال .

ومن خلال بحثي لم أجد في كتب الفقهاء ما ينص صراحة على فسخ ولاية الأب فيما يخص الحضانة والنكاح والمال كما في نظام المرافعات الشرعية ، ولكن الفقهاء يتكلمون عن الولاية بشكل عام وعن شروطها ومتى تنفسخ الولاية سواء كانت ولاية على النفس أو ولاية على المال وسواء كان أباً أم وصياً لأب أو وصي للحاكم . وهناك شروط ذكرها الفقهاء للولاية ، وأنه متى فقدت هذه الشروط ، جاز للقاضي

فيها فسخ الولاية سواءً كانت ولاية على النفس أو المال:
الشرط الأول: الإسلام.
الشرط الثاني: العقل.

الشرط الثالث: العدالة وخالف ظاهر مذهب الحنفية والمالكية في عدالة الأب حيث أجازوا ولاية الأب على مال ابنه القاصر مع فسقه، فلا تنفسخ ولاية الأب ولو كان فاسقاً إلا أن المالكية اشترطوا كون الأب رشيداً، والرشيد هو الضابط في ماله.

الفصل الثاني

رفع الدعوى عن غير المكلفين ومحل إقامتهم وطريقة إبلاغهم
المبحث الأول

رفع الدعوى عن غير المكلفين
المطلب الأول

رفع الدعوى عن غير المكلفين في النظام

الأصل في رفع الدعوى لدى المحكمة أن يرفعها المدعي ويكون خصماً بنفسه، كما جاء ذلك في النظام « في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم »، «نظام المرافعات الشرعية المادة (٤٧)» «فمتى ما أراد شخص أن يقيم دعوى على شخص آخر، فعليه أن يرفع دعوى بصحيفة يودعها لدى المحكمة « ترفع الدعوى من المدعي بصحيفة تودع لدى المحكمة » «نظام المرافعات الشرعية المادة (٣٩)».

أما إذا كان المدعي لا يستطيع رفع الدعوى والخصومة بنفسه بأن يكون صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً أو غير ذلك، فحينئذ يتولى الوالي أو الوصي النيابة في رفع الدعوى والخصومة عن ما سبق «في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو من ينوب عنهم» «نظام المرافعات الشرعية المادة (٤٧)»، وجاء في لائحة رقم (٢) هذه المادة تبين النائب عن الخصوم والمقصود بهم « النائب في الخصومة هو: الوكيل أو الوالي أو الوصي ونحوهم».

والخصومة: هي «مجموعة من الإجراءات المتتابعة التي يقوم بها مجموعة من الأشخاص أو من يمثلهم وتبدأ المطالبة القضائية بغية الحصول على حكم في الدعوى أي أنها الإجراءات التي يتم رفع الدعوى بها إلى القضاء».

والدعوى: هي «موضوع الخصومة وهي الوعاء الذي يحتويه أمام القضاء».

وترفع الدعوى إلى القضاء بصحيفة تسمى صحيفة الدعوى مشتملة على عدة بيانات نص عليها نظام المرافعات الشرعية المادة (٣٩).

وقد تنقطع الخصومة إذا زالت عن الوالي الذي يخاصم عن الصغير والمجنون ونحوهما،

وذلك بتغير حال الخصم الأصلي من صغر أو جنون إلى بلوغ الصغير أو عقل المجنون مع جواز تصرفهما - فإنه قد قام سبب الانقطاع بزوال صفة النيابة لبلوغ الصغير و عقل المجنون وجواز تصرفهما، ووجب على الولي ترك الولاية لانقطاع الخصومة. وتنقطع الخصومة كذلك إذا مات الولي على الصغير والمجنون، فإن المرافعة تتوقف لانقطاعها حتى يعين بدله، وهذا ما يجري عليه العمل.

وإذا حضر خلف من قام به سبب الانقطاع وهو الولي على فاقد الأهلية، وباشر الدعوى فإن ذلك يعد استئنافاً للسير فيها، ولا تنقطع، ويستمر القاضي في نظرها، وهذا ما بيته اللائحة التنفيذية « إذا حصل انقطاع قبل الجلسة المحددة لنظر القضية وحضر وارث المتوفى أو من يقوم مقام من فقد الأهلية أو من زالت عنه صفة النيابة وباشر الدعوى في الجلسة المحددة - فإن الدعوى لا تنقطع » (اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، لائحة رقم (٢) من المادة (٨٧)).

المطلب الثاني

رفع الدعوى عن غير المكلفين في الفقه

لما كانت الدعوى تصرفاً يترتب عليه أحكام شرعية وكذلك الجواب عنها، فقد ذهب الفقهاء في الجملة على أن يكون كل من المدعى والمدعى عليه أهلاً للقيام للتصرفات الشرعية.

وأما من ليس أهلاً فيطالب له بحقه ويرفع الدعوى عنه ممثله الشرعي من ولي أو وصي.

والحنفية لا يشترطون كمال الأهلية في كلا الطرفين، ويكتفون بالأهلية الناقصة، وكذلك المالكية في حق المدعى، ويشترط الرشد عندهم في المدعى عليه. وأما الشافعية فالأصل عندهم اشتراط البلوغ في المدعى والمدعى عليه، ولكنهم قالوا: تسمع الدعوى على المحجور عليهم فيما يصح إقرارهم به، فتسمع الدعوى بالقتل على السفهيه. وقال الحنابلة: تصح الدعوى على السفهيه فيما يؤخذ به حال سفهه، فتصح عليه دعوى الطلاق والقذف.

والفقهاء الذين يجيزون القضاء على الغائب، وهم غير الحنفية قالوا بسماع الدعوى على الصغير والمجنون والميت إذا كان مع المدعى بينة بما يدعيه، وكانت حاضرة لديه. ويحلفه القاضي يمينا سماًها بعضهم « يمين الاستظهار » ويذكر فيها أنه لم يستوف ما ادعى به ممن أقام البينة عليهم، ولا أبرأهم من ذلك.

أما رفع الدعوى بصحيفة في النظام، فكذلك في الفقه الإسلامي لها أصل، حيث كان

شريح يميز الاعتراف في القصص - أي الصحائف - فمن أقر بدعوى خصمه في صحيفة إليه أخذه بذلك .

وقد ذكر الفقهاء أن من تقدم برقعة مع خصمه سمع منه .

وكان القضاة يرسمون لأعوانهم أخذ القصص من الخصوم، كما عرف تقديم الدعوى مكتوبة في قضاء المظالم في عهد المهدي والمأمون وغيرهما من الخلفاء والولاة وذلك في النصف الثاني من القرن الثامن وما بعده، وقد كانت قبل ذلك تتلقى مشافهة فيتصل المتظلم بالخلفاء في المسجد أو مكان الولاية.

المبحث الثاني

محل إقامة الدعوى على غير المكلفين

المطلب الأول

محل إقامة الدعوى على غير المكلفين في النظام

تقام الدعوى على غير المكلف في محل إقامة وليه أو وصيه، ولقد بينت اللائحة التنفيذية ذلك حيث ورد فيها «اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، لائحة رقم (٢) من المادة (١٠)» إذا كان المدعى عليه ناقص الأهلية، أو ناظر وقف فالعبرة بمحل إقامة وليه ومحل إقامة ناظر الوقف .

وقد يسكن ولي غير المكلف في بلد ويعمل في آخر، فأى المحلين تكون إقامة الدعوى على من يمثله من غير المكلفين؟

تدل عبارة «الذي يقطنه الشخص على وجه الاعتياد» نظام المرافعات الشرعية المادة (١٠) «على أن المحل الذي يعمل فيه الإنسان من وظيفة حكومية أو مهنة أهلية ولا يسكن فيه لا يكون محلاً لإقامة الدعوى .

وإذا كان لولي غير المكلف إقامة في أكثر من بلد ففي البلد الذي يختاره المدعي من محل إقامات المدعى عليه - كما في الفقرة الرابعة من اللائحة التنفيذية للمادة الرابعة والثلاثون من نظام المرافعات -

وإذا تنازل ولي غير المكلف عن حقه في إقامة الدعوى على من يمثله في بلده (بلد الولي) ورضي بأن تقام عليه في البلد الذي يختاره المدعي - سمعت في البلد الذي يختاره المدعي، ذلك بأن الاختصاص المكاني بإقامة الدعوى عليه مقرر لحق المدعى عليه استصحاباً لأصل براءته من الدعوى، فإذا تنازل عن هذا الحق لتقام عليه في بلدة أخرى جاز ما لم ينص النظام على خلاف ذلك .

إما إذا كان ولي غير المكلف ليس له محل إقامة عام ولا مختار في المملكة ممن هو مقيم

داخلها فتسمع الدعوى عليه في بلد المدعي . ويجوز كذلك لولي غير المكلف أن يختار محل إقامة خاصاً يتلقى فيه الإخطارات والتبليغات التي توجه إليه بشأن مواضيع أو معاملات معينه بالإضافة إلى محل إقامته . وأما إذا كان المدعي يدعي نفقة فهو مخير في إقامة دعواه في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه أو المدعي وذلك مراعاة لطالب النفقة ، لأنه غالباً إما قاصر أو محتاج فروعياً جانبهم بأن لهم أن يقيموا الدعوى في بلدهم ولو كان المدعى عليه في بلد آخر بالمملكة «نظام المرافعات الشرعية المادة (٢٧) ولوائحها» .

أما في الاختصاص الدولي بالنسبة لحقوق غير المكلفين فإذا كان الصغير المطلوب نفقته مقيماً في المملكة فتختص محاكم المملكة بسماع الدعوى على السعودي أو المسلم غير السعودي الذي تلزمه النفقة ولو لم يكن له محل إقامة عام أو مختار في المملكة «نظام المرافعات الشرعية المادة (٢٧) ولوائحها» .

وكذلك تختص محاكم المملكة العربية السعودية بسماع الدعوى على السعودي وغير السعودي المسلم ولو لم يكن له محل إقامة عام أو مختار وذلك في حالتين:

أ- إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير في المملكة .

ب- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على النفس أو المال . وذلك إذا كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه محل إقامة في المملكة .

المطلب الثاني

محل إقامة الدعوى على غير المكلفين في الفقه غير المكلف ليس أهلاً للتصرفات الشرعية ، فالدعوى عليه تكون على ممثله الشرعي حيث يكون هو المدعى عليه ، فإذا كان المدعي والمدعى عليه يقيمان في بلد واحد اختص قاض البلد بنظر الدعوى إذا لم يكن في البلد سواه .

أَمَّا إِذَا تَعَدَّدَ الْقَضَاءُ ، فِي الْبَلَدِ الْوَاحِدِ فَفَقَدِ اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي تَحْدِيدِ الْقَاضِي الْمُخْتَصِّ بِنَظَرِ الدَّعْوَى عَلَى قَوْلَيْنِ .

القول الأول:

أَنَّ الدَّعْوَى تُرْفَعُ إِلَى الْقَاضِي الَّذِي يُخْتَارُهُ الْمُدَّعِي . وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ أَبُو يُوسُفَ مِنَ الْحَنَفِيَّةِ وَمُعْظَمُ فُقَهَاءِ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ . وَهُوَ قَوْلُ الْمَالِكِيَّةِ إِذَا تَعَدَّدَ الْقَضَاءُ فِي نِطَاقِ بَلَدٍ وَاحِدٍ ، وَكَانَ الْمُتَنَازِعَانِ مِنْ أَهْلِ هَذَا الْبَلَدِ .

القول الثاني:

أَنَّ الْحَقَّ فِي تَعْيِينِ الْقَاضِي الَّذِي يُنْظَرُ فِي الدَّعْوَى يَكُونُ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَا لِلْمُدَّعِي .
وَإِلَى هَذَا الْقَوْلِ ذَهَبَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ، وَهُوَ الْمُفْتَى بِهِ فِي الْمَذْهَبِ الْحَنَفِيِّ .

الراجح وسبب الترجيح:

يترجح لي القول الثاني، لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه، وكذلك هو مدافع يطلب السلامة لنفسه، فيكون له الحق في تعيين القاضي .

أما إذا كان المدعي يقيم في بلد والمدعى عليه في بلد آخر وكل واحد منهما تحت ولاية قاض ففي أي بلد تقام الدعوى ؟ في بلد المدعي أم بلد المدعى عليه ، اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

القول الأول:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الدعوى تقام في بلد المدعى عليه.

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى التفريق بين قضايا الدين والعين ، ففي قضايا الدين تقام الدعوى حيث تعلق الطالب بالمطلوب ، أي في المكان الذي يجده فيه ، وقيم الدعوى عليه لدى قاضي ذلك المكان .

واختلفوا في قضايا العين على ثلاثة أقوال:

أن الدعوى تقام في بلد المدعى عليه، وإليه ذهب أكثر المالكية وهو المشهور في مذهبهم .

أن الدعوى تقام في البلد الذي توجد به العين المدعى بها، ويضرب للمدعي عليه أجل حتى يأتي فيدفع عن نفسه، أو يوكل وكيلًا يقوم عنه في ذلك وبه قال ابن الماجشون وسحنون منهم .

أن الدعوى تقام في بلد المدعى عليه ، ويستثنى من ذلك ما لو وجد المدعي خصمه في بلده ، أو بلد الشيء المدعى به ، فيقيم عليه الدعوى حيث وجد به قال أصبغ منهم .

الراجح وسبب الترجيح:

يترجح لي أن الدعوى تقام في بلد المدعى عليه ، لأن الأصل براءة ذمته ، فلا يكلف مشقة الانتقال ، وهذا الأصل يشمل قضايا العين والدين ، حيث أنه ليس هناك دليل مخصص والأصل عدم التخصيص ، وبالنسبة للعين الغائبة عن بلد الدعوى فإنها توصف، وعند الحاجة إلى التحقق منها ، فإن المحكمة ناظرة الدعوى تنيب المحكمة

التي توجد بها تلك العين المدعى بها .

المبحث الثالث

طريقة إبلاغ غير المكلفين
المطلب الأول

طريقة إبلاغ غير المكلفين في النظام

التبليغ في اللغة: الباء واللام والغين أصل واحد، وهو الوصول إلى الشيء، بلغ الشيء بلوغاً يبلغ بلوغاً وبلاغاً: وصل وانتهى . يقال أبلغه إبلاغاً، وبلغه تبليغاً، وتبلغ بالشيء: وصل إلى مراده . والبلاغ الإبلاغ .
والإبلاغ: الإيصال، وكذلك التبليغ، والاسم منه البلاغ، وأبلغته وبلغته بمعنى واحد.

أما التبليغ في اصطلاح القانونيين: فيطلقون عليه الإعلان « إخطار المعلن إليه بها، وتمكينه من الإطلاع عليها وتسليمه صورة منها ».

وقد جاء في نظام المرافعات استخدام كلمة إعلان في مرات معدودة .

وتبليغ غير المكلف إذا كان خصماً يكون بتبليغ وليه أو وصيه حيث هو من ينوب عنه في الخصومة ومثله في المحكمة كما مر معنا فيما سبق ، لذا يكون التبليغ لوليه أو وصيه ، وكذلك جاء في نظام المرافعات أن التبليغ يكون للبالغ العاقل ، وغير المكلف ليس بالبالغ لصغره أو ليس بعاقل لجنونه أو عته فيكون التبليغ للعاقل البالغ وهو وليه أو وصيه .

ويشمل التبليغ بالحضور إلى المحكمة ما يلي:

«تبليغ المدعى عليه بموعد الجلسة، وصورة من صحيفة الدعوى».

«تبليغ المدعى عليه الغائب بالحضور لأداء اليمين المتوجهة عليه».

«تبليغ الخصم باستئناف نظر الدعوى بعد إنقطاع الخصومة فيها» .

«تبليغ الخصوم أو أحدهم باستئناف السير في الدعوى التي سبق إيقافها».

«تبليغ الخصوم بالحضور في حال وجود ما يستدعي تعديل الحكم» .

وطرق تبليغ الخصم ومن له تعلق بالدعوى يكون على طريقتين :

الأولى: بواسطة أعوان القضاة من المحضرين والمقصود بالمحضر هنا هو محضر الإعلان وهو الشخص الذي عول عليه نظام المرافعات الشرعية السعودية في تطبيق أحكام التبليغ بالدعوى الوارد في المواد من (١٢-٢٣) منه .

وقد تناول نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي بالتنظيم، اختصاصات المحضر

بأنه يقوم بـ:

جلب الخصوم وإحضار كل من ترغب المحكمة في إحضاره.
إبلاغ أوراق جلب إلى الخصوم وأخذ توقيعهم على تبليغهم وإعادة محضر الجلب إلى المحكمة موقعاً من المطلوب حضوره.
الانتقال مع القاضي أو الكاتب عند الحاجة لضبط ما يلزم.
المحافظة على النظام في قاعة المحكمة.

والمحضر هو الأصل في إبلاغ الخصوم في النظام السعودي كما ورد فيه « يتم التبليغ بواسطة المحضرين » « نظام المرافعات الشرعية السعودي مادة (١٢) » .

الطريقة الثانية: بواسطة صاحب الدعوى فقد ذكر النظام وأجاز طريقاً آخر في تبليغ الخصم وهي عن طريق الخصم صاحب الدعوى حيث ورد « ويجوز التبليغ بواسطة صاحب الدعوى إذا طلب ذلك » « نظام المرافعات الشرعية السعودي مادة (١٢) » .

وحدد نظام المرافعات الشرعية وقت تبليغ الخصوم من طلوع الشمس وحتى غروبها، وعدم جواز إجراء أي تبليغ للخصوم في غير هذا الوقت بنصه « لا يجوز إجراء أي تبليغ أو تنفيذ في محل الإقامة قبل شروق الشمس ولا بعد غروبها » « نظام المرافعات الشرعية السعودي مادة (١٣) » .

وأجاز النظام التبليغ ما بين غروب الشمس إلى شروقها في حالات الضرورة وكذلك إذا أذن القاضي كتابياً حيث استثنى من المادة الثالثة عشرة من نظام المرافعات ما نصه « إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من القاضي » .

وبالنسبة لورقة التبليغ أوضح النظام بأنه يجب أن تكون من نسختين متطابقتين، إحداهما أصل والأخرى صورة ويجب أن تحتوي بيانات مهمة وضحتها المادة (١٤) من « نظام المرافعات الشرعية السعودي » .

ويقوم المحضر بتسليم صورة التبليغ لمن وجهت إليه في محل إقامته - وغير المكلفين تسلم لوليه أو وصيه - أو مقرر عمله إن كان له عمل، ويكون التبليغ نظامياً متى سلم إلى شخص من وجهت إليه ولو في غير محل إقامته أو عمله، والوكيل كالأصيل في ذلك « نظام المرافعات الشرعية السعودي مادة (١٥) » .

فإن لم يجد من وجه إليه التبليغ شخصياً سلم صورة التبليغ إلى من يوجد في محل إقامته من الساكنين معه من أهله، وأقاربه وأصهاره، أو من يوجد من يعمل في خدمته ممن يتوفر فيه شرط البلوغ والعقل، وعلى المحضر أن يذكر الاسم الثلاثي لمن سلمت له صورة التبليغ وصفته، وذلك في أصل التبليغ، ويوقع المستلم على أصل التبليغ

باستلام صورته، ويوقع المحضر على أصل التبليغ وصورته «نظام المرافعات الشرعية السعودي مادة (١٤-١٥)».

وأورد النظام كذلك بأن تبليغ الخصم يكون نظامياً ولو في غير محل إقامته أو عمله متى سلم إلى شخصه نظام المرافعات الشرعية السعودي مادة (١٧).

تبليغ من يقع محل إقامته ضمن الاختصاص المكاني لمحكمة أخرى. الأصل في محل إقامة الدعوى إقامتها في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه، وهذه قاعدة عامة أخذت بها جميع أنظمة المرافعات، ولها بعض الاستثناءات، ومن مستثنياتها في نظام المرافعات السعودي الدعاوى الزوجية فللزوجة الخيار في إقامة الدعوى في بلدها أو في بلد الزوج «اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، لائحة رقم (١٠) من المادة (٣٤)».

وكذا الدعوى بالنفقة، فالمدعي بالنفقة له الخيار في إقامة دعواه في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه، أو المدعي «نظام المرافعات الشرعية السعودي ١٤٢١هـ مادة (٣٧)».

فإذا كان المدعى عليه يقيم داخل المملكة وخارج نطاق اختصاص المحكمة المكاني، فترسل الأوراق المراد تبليغها، من رئيس المحكمة، أو قاضيها إلى رئيس أو قاضي المحكمة المراد تبليغه في نطاق اختصاصها المكاني «نظام المرافعات الشرعية السعودي ١٤٢١هـ مادة (٢١)».

وبعد وصول الأوراق المراد تبليغها إلى المحكمة الأخرى تقوم بتبليغها حسب الكيفية التي تبلغ بها المقيمين داخل الاختصاص المكان لها، ثم تعيد الأوراق مزودة بالنتيجة للمحكمة التي أرسلتها اللائحة التنفيذية «نظام المرافعات الشرعية، لائحة رقم (٢) من المادة (٢١)».

المطلب الثاني

طريقة إبلاغ غير المكلفين في الفقه

لم تختلف طريقة إبلاغ الخصم في نظام المرافعات الشرعية السعودي عن ما جاء في الفقه الإسلامي، حيث كان القاضي أو الحاكم إذا رفع إليه أحد الناس دعوى على أحد معين كان للقاضي أو الحاكم في تبليغ الخصم.

طريقان:

أحدهما: أن يبعث القاضي أحد أعوانه إلى الخصم دليلاً على وجوب حضوره لمجلس

الحكم

الثاني: أن يدفع إلى خصمه طيناً مختوماً عليه ، أو قرطاساً عليه ، ختمه أو كتاباً يرسله معه يخبره أنه مطلوب للمحاكمة .

وإذا بلغ المدعي عليه إشعار القاضي الشرعي بوجوب حضوره لزمه أن يحضر بنفسه أو يقيم وكيلاً عنه أو يؤدي الحق الذي عليه .

فإذا دعي المدعى عليه للتحاكم إلى شرع الله وجب عليه الحضور وعدم التأخر .
أما إذا امتنع المدعى عليه من الحضور كتب القاضي إلى صاحب الشرطة أو إلى الوالي لإحضاره لأن في هذا إحياء لحقوق الناس، وهو بعض مهامهما .

الفصل الثالث

حكم الإقرار واليمين لغير المكلفين

المبحث الأول

حكم إقرار غير المكلفين

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول

حكم إقرار غير المكلفين في النظام

الإقرار في اللغة:

من (قر) القاف والراء أصلان صحيحان، يدلُّ أحدهما على برد، والآخر على تمكُّن الإقرار: ضدُّ الجحود، وذلك أنَّه إذا أقرَّ بحقِّ فقد أقرَّه قراره، وأقرَّ بالحق اعترف به وقرَّره غيره بالحق حتى أقر به وأقرَّه في مكانه فاستقرَّ .

فالإقرار: الاعتراف بالشيء .

والإقرار في الاصطلاح:

فقد تعددت تعريفات الفقهاء للإقرار حتى في المذهب نفسه ، لذا أرى أن أفضل هذه التعريفات للإقرار هو تعريف لبعض الحنفية وبعض الشافعية وهو أن الإقرار «إخبار الشخص بحق عليه لغيره .»

والإقرار ثابت في الكتاب والسنة والمعقول (كالشهادة) .

وقد أخذ نظام المرافعات الشرعية السعودي بحجية الإقرار حيث ورد فيه « إقرار الخصم عند الاستجواب أو دون استجوابه حجة قاصرة عليه » (مادة ١٠٤) . ولكن النظام اشترط لحجية الإقرار أن يكون حاصلًا أمام مجلس القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها كما نص على ذلك « ويجب أن يكون الإقرار حاصلًا أما القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها » (مادة ١٠٤) وهو ما فسرتة اللائحة التنفيذية لهذه المادة بالإقرار القضائي وهو ما يحصل أمام ناظر الدعوى أثناء السير فيها متعلقاً

بالواقعة المقر بها (للائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ، لائحة رقم (١) من المادة (١٠٤)). سواء كان الإقرار بناءً على استجواب الخصم أم وقع مبادئ منه دون استجواب. أما حكم إقرار غير المكلفين في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، فقد ذكر النظام أنه يلزم من صحة الإقرار أن يكون المقر بالغاً عاقلاً حيث جاء فيه « يشترط في صحة الإقرار أن يكون المقر عاقلاً بالغاً » (مادة ١٠٥) ، وهذا الشرط لصحة الإقرار يفترق في غير المكلف ، فغير المكلف صغير لم يبلغ أو مجنون أو ناقص العقل (معتوه) ، فيكون الإقرار في النظام لا يصح من غير المكلفين لأن النظام اشترط البلوغ والعقل. لكن يصح عند شرح النظام إقرار الصغير المأذون له بتجارة فيصح بقدر ما أذن له به ، ويصح كذلك إقرار وليه أو وصيه عنه في الديون والمعاملات التجارية فيما باشره الولي أو الوصي بنفسه ، وهذا ما جرى عليه العمل في المحاكم.

المطلب الثاني

حكم إقرار غير المكلفين في الفقه

وأما حكم إقرار غير الصغير والمجنون والمعتوه عند الفقهاء أفقد اتفقوا في هذه المسألة واختلفوا في جزء منها:
أولاً: تحرير محل النزاع:

اتفق أئمة المذاهب رحمهم الله على أنه لا يصح إقرار الصغير غير المميز وكذلك المجنون بحال من الأحوال فمتى ما أقر الصغير غير المميز والمجنون بشيء ، فإنه لا يؤخذان به لعدم صحة الإقرار الصادر منهما ، وحتى لو أجازهما الولي أو الوصي فإنه لا يصح ، وَلَا يَصِحُّ كَذَلِكَ عَلَى هَؤُلَاءِ إِقْرَارُ أَوْلِيَائِهِمْ وَأَوْصِيَائِهِمْ ، لِأَنَّ الْإِقْرَارَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ ، فَلِذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ وِلِيُّ الصَّبِيِّ عَنِ الصَّبِيِّ بِأَنَّهُ مَدِينٌ لِفُلَانٍ بَكْدًا لَا يَصِحُّ . وَكَيْسَ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ اسْتِنَادًا عَلَى هَذَا الْإِقْرَارِ أَنْ يَأْخُذَ الْمُقَرَّرَ بِهِ مِنْ مَالِ الْوَلِيِّ أَوْ مِنْ مَالِ الْوَصِيِّ .
ثم اختلف الفقهاء رحمهم الله في الصبي المميز وكذلك المعتوه المميز على قولين :

القول الأول:

يَصِحُّ إِقْرَارُ الصَّبِيِّ الْمُمِيزِ الْمَأْذُونِ لَهُ بِالتَّجَارَةِ ، لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ صَرُورَاتِ التَّجَارَةِ ، وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ فِي قَدْرٍ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ دُونَ مَا زَادَ ، وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَذْهَبِ الْحَنَابِلَةِ .

القول الثاني:

يَصِحُّ إِقْرَارُ الْمُعْتَوِّهِ وَلَوْ بَعْدَ الْبُلُوغِ ، لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الصَّبِيِّ الْمُمِيزِ ، فَلَا يَلْتَزِمُ بِشَيْءٍ فِيهِ صَرَرٌ إِلَّا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالمَالِ ، لِكُونِهِ مِنْ صَرُورَاتِ التَّجَارَةِ :

كَالدُّيُونِ، وَالْوَدَائِعِ، وَالْعَوَارِيِّ، وَالْمُضَارَبَاتِ، وَالْعُصُوبِ، فَيَصَحُّ إِقْرَارُهُ . لِإِلْتِحَاقِهِ فِي حَقِّهَا بِالْبَالِغِ الْعَامِلِ . بِخِلَافِ مَا لَيْسَ مِنْ بَابِ التَّجَارَةِ : كَالْمُهْرِ، وَالْجِنَايَةِ، وَالْكَفَالَةِ، حَيْثُ لَا يَصَحُّ إِقْرَارُهُ بِهَا لِأَنَّهَا لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْإِذْنِ . وَهَذَا قَوْلُ لِبَعْضِ الْحَنَفِيَّةِ .

القول الثالث:

لا يصح إقرار الصغير المميز وكذلك المعتوه سواءً أذن لهما بالتجارة أم لم يأذن لهما، وذلك لحديث (رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ، عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ)، والمعتوه في معنى الجنون، ولأنه كذلك لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا، وهذا قول الشافعي.

القول الرابع:

وهو قول الشيخ ابن عثيمين، وهو أن الصغير سواءً كان مميزاً أو غير مميز يصح إقراره ويؤاخذ به، فيما يصح تصرفه فيه، وذكر - رحمه الله - أن الضابط في إقرار الصغير أن ما صح منه إنشاؤه صح به إقراره.

الترجيح وسبب الترجيح:

يترجح لي القول الأول وهو قول أبي حنيفة ومذهب الحنابلة بصحة إقرار الصغير المميز بقدر ما أذن له في التجارة من بيع وشراء وذلك لأنه لو لم يصح إقراره في تلك الخُصُومَاتِ لَابْتَعَدَ النَّاسُ عَنْ مُعَامَلَتِهِ فَلِذَلِكَ قَدْ عُدَّ إِقْرَارُهُ بِتِلْكَ الْخُصُومَاتِ مِنْ لَوَازِمِ التَّجَارَةِ، ولأن الصبي المميز يعقل البيع والشراء ومعاملة الناس، ويفهم الخطاب، بخلاف الصغير الذي لم يميز فإنه قد يفوته بعض الأشياء من أمور المعاملات ولا يدركها، أما الصبي المميز المأذون له فلم لم يأذن له إلا لحسن تصرفه وإدراكه البيع والشراء ومعاملة الناس، وحيث جاز تصرفه من بيع وشراء فمن الأولى جواز إقراره فيما جاز تصرفه به .

والصبي المميز هو الذي يعقل البيع والشراء، وقيل بأنه من يفهم الخطاب ويحسن الجواب، ولا ينضب بسن مخصوص بل يختلف باختلاف الأفهام، وقيل من بلغ سبع سنين وعليه الجمهور.

لذا يلخص لنا أن الصغير والمجنون والمعتوه لا يصح إقرارهما، أما الصغير المميز فيصح إقراره في قدر ما أذن له به في التجارة من بيع أو شراء، وهذا ما سار عليه المنظم السعودي في نظام المرافعات .

المبحث الثاني

أحكام اليمين لغير المكلفين

المطلب الأول

أحكام اليمين لغير المكلفين في النظام

اليمين في اللغة:

تطلق على عدة معان:

أولاً: يمين الإنسان أو جهة اليمين فهو نقيض الشمال .

ثانياً: القوة والقدرة

ثالثاً: المنزلة.

رابعاً: الحلف والقسم : وسميت بالحلف لأنهم إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمين

صاحبه .

خامساً: البركة من اليمين .

واليمين في الاصطلاح : اليمين المقصودة بهذا الباب هي اليمين القضائية وهي « تأكيد الحق المدعى به نفيًا أو إثباتاً عند الاقتضاء من قبل المترافعين أو أحدهما بذكر اسم الله أو صفة من صفاته أمام القاضي المختص وبأذنه » .

مشروعية اليمين القضائية:

اليمين القضائية مشروعة ومن أبرز الأدلة عليها .

ما رواه ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه .

وأما حكم اليمين (القضائية) لغير المكلفين في النظام ، فلم أجد خلال بحثي في نظام المرافعات الشرعية السعودي من خلال مواده أو لوائحه التنفيذية ، ما ينص على حكم اليمين في حق غير المكلفين من صغير غير بالغ ومجنون وما في معناه صراحة، ولكني من خلال استقراي للنظام وجدت أن اليمين القضائية من غير المكلفين لا تصح وذلك لما يلي :

أولاً: أنه ورد في المادة الثامنة والأربعين من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية ما نصه « تطبق المحاكم على القضايا المعروضة عليها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة النبوية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة » وهذه المادة واضحة في دلالتها ، وعليها فاليمين الصادرة من غير المكلف لا تصح لأن هذا ما دلت عليه أحكام الشريعة الإسلامية المأخوذة من الكتاب

والسنة، وقد جرى العمل في المحاكم السعودية الأخذ بما نص عليه الكتاب والسنة .
 ثانياً: أن اليمين المقصودة في هذا الباب هي اليمين القضائية وهي « تأكيد الحق المدعى به نفيًا أو إثباتاً عند الاقتضاء من قبل المترافعين أو أحدهما بذكر اسم الله أو صفة من صفاته أمام القاضي المختص وبإذنه »، وتكون هذه اليمين تابعة لدعوى وخصومة وليست مستقلة، إذ أنه لا تؤدي ابتداءً ومن دون دعوى، بل لابد من دعوى تسبقها وقد نص نظام المرافعات على أن غير المكلف لا يصح أن يباشر الخصومة بنفسه بل لابد من نائب له من ولي أو وصي، واليمين تأتي بعد رفع الدعوى والخصومة، وإذا كان النظام لا يجيز رفع الدعوى والخصومة فيها لغير المكلفين، فعدم صحة اليمين لغير المكلفين من باب أولى لأن اليمين جزء من الدعوى .
 ولهذا يخلف ولي غير المكلفين أو وصيهم فيما باشر بنفسه، وإن نكل غرم ذلك من ماله خاصة؛ لتفريطه بترك اليمين المتوجهة عليه .

المطلب الثاني

أحكام اليمين لغير المكلفين في الفقه

ذكرت في المطلب السابق أن نظام المرافعات يستمد أحكامه من أحكام الشريعة الإسلامية، وعلى ذلك فهذا المطلب هو امتداد للمطلب السابق، ولأني ذكرت كذلك في مطلب سابق أن الفقهاء يوجبون أن يكون رافع الدعوى والمخاصم فيها أهلاً للتصرفات الشرعية، ويرفع الدعوى ويخاصم عنه ممثله الشرعي من ولي أو وصي، لأن الصغير والمجنون والمعتوه ليسوا أهلاً للتصرفات الشرعية، واليمين القضائية تكون داخلية في الدعوى، فعلى ذلك فتكون اليمين القضائية لا تصح في حق غير المكلفين .

واشترط كذلك لصحة أداء اليمين البلوغ والعقل، والصغير ضد البالغ والمجنون والمعتوه ضد العاقل، ولا خلاف في هذين الشرطين إجمالاً، وقد جاء في الحديث (رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ، عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ)، وعلى هذا الشرط تكون اليمين القضائية لا تصح ولا يترتب عليها حكم ولا تنعقد، لعدم توفر شرط البلوغ وشرط العقل في غير المكلفين .

أما الصغير المميز فالقول الصحيح هو بصحة إقرار الصغير المميز المأذون له بالتجارة في حدود ما أذن له والذي قال به بعض أصحاب المذاهب وأخذ به نظام المرافعات الشرعية، وإذا صح إقرار الصغير المميز المأذون له بالتجارة في حدود الإذن فإنه كذلك تصح يمينه إذا توجهت عليه في حدود ما أذن له، لأن اليمين كالإقرار .
 وإذا توجهت اليمين على غير المكلفين ولم تقم بينة عليهما بالحق، وأنكر وليهما فيما

يجوز له به الإقرار فلا توجه اليمين حتى يكلفا فإذا كان المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً لم يحلف لأنه لا يعول على قوله ، وبوقف الأمر حتى يكلفا فيقرا أو يحلفا أو يقضى عليهما بالنكول ، وهذا محل اتفاق أصحاب المذاهب إلا ما ندر .

يمين الاستظهار:

وهي « يمين يؤديها الخصم مع بيته الكاملة بناءً على طلب القاضي من تلقاء نفسه أو طلب الخصم وتوجيهها من القاضي وذلك لدفع ريبة أو شبهه وشك في الحال » وما يهمننا في هذه اليمين ، أنها تحلف احتياطاً مع البينة الكاملة في الدعوى على غير المكلف أو الغائب أو الميت للأخذ من تركته فيحلف أن حقه باق وأنه لم يقضى وإذا كلفوا فهم على حجتهم .

الفصل الرابع

التمييز والتاس إعادة النظر في الأحكام الصادرة على غير المكلفين

المبحث الأول

تمييز الأحكام الصادرة على غير المكلفين

المطلب الأول

تمييز الأحكام الصادرة على غير المكلفين في النظام

التمييز في اللغة:

التمييز في اللغة من ميّز، ومعناه العزل والفرز، قال الجوهري: مِزْتُ الشيءَ أَمَيَّرُهُ مَيِّزًا، عزلته وفرزته، وكذلك مَيَّرْتُهُ تَمَيِّزًا؛ فَأَنْزَارًا، وَأَمْتَارًا، وَتَمَيَّزَ، وَأَسْتَأَزَ، كُلُّهُ بِمَعْنَى وَاحِدٍ، وَيَطْلُقُ عَلَى التَّمْيِيزِ بَيْنَ الْأَشْيَاءِ تَقُولُ مِزْتُ بَعْضَهُ مِنْ بَعْضٍ فَأَنَا أَمَيَّرُهُ مَيِّزًا وَقَدْ أَمَارَ بَعْضَهُ مِنْ بَعْضٍ وَمَيَّرَهُ فَصَلَ بَعْضَهُ مِنْ بَعْضٍ وَفِي التَّنْزِيلِ الْعَزِيزُ حَتَّى يَمَيِّرَ الْحَيِّثَ مِنَ الطَّيِّبِ قَرِيءٌ يَمَيِّرُ مِنْ مَازَ يَمَيِّرُ وَقَرِيءٌ يَمَيِّرُ مِنْ مَيِّزَ يَمَيِّرُ .

التمييز في الاصطلاح:

المراد بالتمييز هنا: هو «تدقيق الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم المختصة، ومراجعتها وتدقيقها من قبل المحاكم العليا» (محكمة التمييز).

وقد أجاز نظام المرافعات السعودي بأن تكون جميع الأحكام التي يصدرها القضاء قابلة للتمييز باستثناء الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي يحددها مجلس القضاء الأعلى بقرار يصدر من هيئته العامة بناءً على اقتراح من وزير العدل «نظام المرافعات الشرعية المادة (١٧٩)» .

ولكن الاستثناء الذي ذكره النظام ، بأن بعض الدعاوى اليسيرة لا تميز ، وذكر أن

وسلم، فَيَكُونُ هُوَ الَّذِي يَفْضِي بَيْنَكُمْ، فَمَنْ عَدَا بَعْدَ ذَلِكَ فَلَا حَقَّ لَهُ، اجْمَعُوا مِنْ قَبَائِلِ الَّذِينَ حَفَرُوا الْبُرَّ رُبْعَ الدِّيَةِ، وَثُلُثَ الدِّيَةِ، وَنِصْفَ الدِّيَةِ، وَالدِّيَةَ كَامِلَةً، فَلِأَوَّلِ الرَّبْعِ، لِأَنَّهُ هَلَكَ مَنْ فَوْقَهُ، وَلِلثَّانِي ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَلِلثَّلَاثِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَلِلرَّابِعِ الدِّيَةَ كَامِلَةً، فَأَبَوْا أَنْ يَرْضَوْا، فَأَتَوْا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَهُوَ عِنْدَ مَقَامِ إِبْرَاهِيمَ، فَقَصُّوا عَلَيْهِ الْقِصَّةَ، فَقَالَ: أَنَا أَقْضِي بَيْنَكُمْ، وَاحْتَبَى، فَقَالَ رَجُلٌ مِنَ الْقَوْمِ: إِنَّ عَلِيًّا قَصَى فِينَا، فَقَصُّوا عَلَيْهِ الْقِصَّةَ، فَأَجَازَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) "أخرجه أحمد في مسنده رقم (٥٣٧) ١/ ٧٧ واللفظ له».

قال ابن فرحون في عن تدقيق الأحكام « ونظره في أحكام غيره يختلف فأما العالم العدل فلا يتعرض لأحكامه بوجه إلا على وجه التجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة فأما على وجه الكشف لها والتعقب فلا وإن سأله الخصم ذلك إلا أن يظهر له خطأ وهذا فيما جهل حاله من أحكامه هل وافق الحق أو خالفه؟ فهذا الوجه هو الذي نفى عنه الكشف والتعقب فإن ظهر له خطأ بين لم يختلف فيه وثبت ذلك عنده فيرده ويفسخه عن المحكوم به عليه وقد يذكر القاضي في حكمه الوجه الذي بنى عليه حكمه أفيوجد مخالفا لنص أو إجماع فيوجب فسخه وكذلك إذا قامت بينة على أنها علمت قصده إلى الحكم بغير ما وقع وإن هذا الحكم وقع منه سهواً أو غلطاً فينقضه من بعده كما ينقضه هو. وأما القاضي العدل الجاهل فإن أفضيته تكشف فما كان منها صواباً أمضى وما كان منها خطأ بينا لم يختلف في رده».

من خلال ما سبق يتبين أن تمييز الأحكام الصادرة من القضاة من قبل قضاة آخرين له أصل في الشريعة الإسلامية، هذا في الجملة، أما تمييز الأحكام الصادرة على غير المكلفين ووجوب ذلك في النظام، فلم أجد - حسب بحثي - ما ينص على وجوب تمييز الأحكام الصادرة على غير المكلفين عند الفقهاء، بل نجد الفقه الإسلامي احتاط لحقوق غير المكلفين من خلال المحافظة على حقوقهم، وكذلك على أموالهم وعقاراتهم، وعدم صرف أمواله إلا في مصلحة متحققة، وكذلك عدم بيع عقاراتهم إلا بعد تحقق الغبطة والمصلحة، وكذلك جواز عزل الوصي والولي حتى لو كان أباً إذا تبين عدم صلاحيتهم.

فكل هذه الاحتياطات وغيرها، تدل بالجملة على ضرورة التثبيت في إصدار الأحكام في الدعاوى المتعلقة بهم، وكذلك تمييزها احتياطاً لحقوقهم ومصالحهم، ونظام المرافعات الشرعية أخذ بعين الاعتبار ما سبق فأوجب تمييز الأحكام الصادرة بحقهم في مواجهة أوليائهم أو أوصيائهم.

المبحث الثاني

التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة على غير المكلفين المطلب الأول

التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة على غير المكلفين في النظام
التماس إعادة النظر في اللغة :

الالتماس: الطلب، والتلمس: التطلب مرة بعد أخرى، فيقال التمس فلان من فلان رئيسه، أي طلب منه التصريح له بأمر معين، فالالتماس بمعنى طلب الشيء. والإعادة: بمعنى التثنية في الأمر، أي تكرار فعل الشيء أي عوداً بعد بدأ، أي طرح الأمر من جديد، فأعاده أي فعل الشيء مرة أخرى ثانية، ويكون هنا أمام نفس الجهة. والنظر: يقصد بها التأمل والمعاينة، يقول صاحب كتاب معجم مقاييس اللغة: «النون والطاء والراء أصل صحيح، يرجع فروعه إلى معنى واحد، وهو تأمل الشيء ومعاينته.

التماس إعادة النظر في الاصطلاح :

المقصود بالتماس إعادة النظر في نظام المرافعات فهو «طعن مخصوص من الخصم يتعلق بالحكم القضائي أو وقائعه، ويترتب عليه عند قبوله بحث وقائع الطعن من قبل المحكمة التي أصدرت الحكم، وتنتهي فيه على ثبوت الطعن وتعديل الحكم أو العدول عنه أو رد الطعن لعدم ثبوته». هذا التعريف هو المقصود معنا في هذا البحث.

وأما التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة على غير المكلفين، فقد أجاز نظام المرافعات الشرعية السعودي لغير المكلفين من صغير أو مجنون ونحوه إذا صدر عليه حكم وهو غير مكلف وناقص الأهلية، أو طراً عليه جنون أثناء نظر الدعوى وثم صدر عليه حكم، ففي هذه الحالتان يسوغ التماس إعادة النظر عند الأهلية. بل ويجوز لولي من حكم عليه وهو ناقص للأهلية التماس إعادة النظر في الحكم الذي صدر على من تحت يده من غير المكلفين حالاً.

ثم بين نظام المرافعات الشرعية السعودي بعد ذلك المدة الجائزة للالتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة على غير المكلفين، وأن هذه المدة هي ثلاثون يوماً من وقت إبلاغ الحكم «نظام المرافعات الشرعية المادة (١٩٣)». ثم لا يقبل التماس إعادة النظر بعد مرور هذه المدة.

وبين نظام المرافعات الشرعية السعودي كذلك المحكمة التي يرفع إليها التماس إعادة النظر وهي محكمة التمييز ويكن ذلك في صحيفة مشتملة على الحكم الملتمس وأسباب

الالتباس «اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ، لائحة رقم (٣) من المادة (١٩٤)». ومتى اقتنعت محكمة التمييز بهذا الالتباس فإنها ترسله إلى من ينظر فيه وهو الذي تحدده محكمة التمييز سواءً كان القاضي الذي حكم في القضية مادام على رأس العمل في المحكمة نفسها أو خلفه «نظام المرافعات الشرعية المادة (١٩٣)». ثم ذكر نظام المرافعات الشرعية السعودي أن الحكم الملتبس إذا رفضته محكمة التمييز، أو صدر فيه حكم بعد قبوله من محكمة التمييز فإنه لا يجوز الاعتراض عليها بالتماس إعادة النظر «نظام المرافعات الشرعية المادة (١٩٥)».

المطلب الثاني

التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة على غير المكلفين في الفقه دل كذلك الكتاب والسنة على مشروعية التماس إعادة النظر في الأحكام ، ونفس ما ذكرنا في مشروعية التمييز حيث ذكرنا ما يؤكد ذلك من الكتاب والسنة، فكذلك التماس إعادة النظر حيث ينطبق عليه ما قلنا في مشروعية التمييز، لأن كلاهما فيه تدقيق للأحكام والتأكد من الحكم وإمكانية نقضه وإعادة الحكم في القضية . وهناك قضايا في الفقه الإسلامي دلت كذلك مشروعية إعادة التماس النظر منها: عدول علي رضي الله عنه في قضية القصاب الذي وجدته في خربه، ويده سكين ملطخ بالدم، وبين يديه قتيل يتشحط في دمه .

إذ روي أن علياً قد أمر بقتله بعد أن أقر أمامه ، وبعدها أقبل رجل وأقر أنه القاتل، وقال القصاب أنه خرج إلى حانوته مبكراً فذبح بقرة ، ولما أخذ البول أتى إلى الخربة لفضاء حاجته، وعندئذ وجد القتيل وشاهده العسعس والسكين بيده، فأيقن انه مأخوذ به فأقر، وقال الثاني أنه قتل الرجل طمعاً في ماله، وبينما هو يفر شاهد العسعس يقبضون على القصاب، وإذا صدر حكم بقتله خشي أن يبوء بدمه هو الآخر فأقر بالحق. وهنا قال أمير المؤمنين علي للحسن - رضي الله عنهما - ما الحكم في هذا؟ فقال: يا أمير المؤمنين، إن كان قتل نفساً فقد أحياناً نفساً، وقد قال تعالى، فأخلى سبيله وأخرج دية القتيل من بيت مال المسلمين .

ومما سبق يتبين لنا وجود التماس إعادة النظر في أحكام الشريعة ولكن يسمى الدفع بعد الحكم وهو في معنى التماس إعادة النظر.

أما التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة على غير المكلف من صغير ومجنون ونحوه في الفقه الإسلامي ، فإن مقتضى المذهب الحنبلي يجوز سماع الدعوى على الصغير والمجنون ، لحديث (أن هند بنت عتبة بن ربيعة قالت : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إن أَبَا سُفْيَانَ

رجل شحيح ، وَلَيْسَ يعطيني مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي ، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ؟
فَقَالَ : خُذِي مَا يَكْفِيكَ وولديك بِالْمَعْرُوفِ) وكذلك الغائب ، إن كان هناك بينة ثم حكم
بها في حقوق الأدميين على الغائب والصغير والمجنون ، فإنه إذا قدم الغائب أو بلغ
الصغير أو أفاق المجنون فإن هؤلاء على حجتهم . لأن الصغير والمجنون لا يعبر عن
نفسه كالغائب .

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن الفقه الإسلامي أنه يميز التماس إعادة النظر في
الأحكام الصادرة على غير المكلفين ، وإن كان لم يعرف مصطلح التماس إعادة النظر في
الفقه الإسلامي ، لأنه مصطلح قانوني جديد؛ إلا أن مضمونه موجود بالفقه وعند الفقهاء
كما بينته ، وتبين لنا كذلك أن نظام المرافعات الشرعية السعودي يستمد أمواده وأنظمتها
من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، كما في التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة
على غير المكلفين .

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .

تلخيص

أحكام تشريح جثة الأدمي وتطبيقاته القضائية

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في قسم الفقه المقارن

إعداد الطالب

نايف بن سعد بن عبد الرحمن الشنيفي

إشراف الدكتور

خالد بن محمد العجلان

١٤٢٥هـ - ١٤٢٦هـ

البحث قبل التلخيص ١٦٧

البحث بعد التلخيص ٢٩

تقسيمات البحث:

- التمهيد ويحتوي على ثلاثة مباحث هي:
- المبحث الأول: التعريف بمفردات عنوان البحث.
- ويشتمل على ثلاثة مطالب هي:
- المطلب الأول: تعريف التشريع.
- المطلب الثاني: تعريف الجثة.
- المطلب الثالث: الألفاظ ذات الصلة بمفردات عنوان البحث.
- المبحث الثاني: نشأة علم التشريع.
- المبحث الثالث: أقسام التشريع.
- ويشتمل على ثلاثة مطالب هي:
- المطلب الأول: التشريع المرضي.
- المطلب الثاني: التشريع التعليمي.
- المطلب الثالث: التشريع الجنائي.
- الفصل الأول: الأحكام المتعلقة بعملية التشريع.
- ويحتوي على خمسة مباحث هي:
- المبحث الأول: بيان حرمة المسلم ووجوب تكريمه حياً وميتاً.
- المبحث الثاني: شراء الجثة للتشريع.
- المبحث الثالث: عملية التشريع التعليمي.
- المبحث الرابع: عملية التشريع المرضي.
- المبحث الخامس: عملية التشريع الجنائي.
- الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بالشخص القائم بعملية التشريع (الطيب).
- ويحتوي على خمسة مباحث هي:
- المبحث الأول: التعريف بالشخص القائم بعملية التشريع.
- المبحث الثاني: شروط المشرَّح. ويحتوي على ثلاثة مطالب هي:
- المطلب الأول: شروط المشرَّح في التشريع المرضي.
- المطلب الثاني: شروط المشرَّح في التشريع التعليمي.
- المطلب الثالث: شروط المشرَّح في التشريع الجنائي.
- المبحث الثالث: نقض التشريع للطهارة: ويحتوي على مطلبين هما.
- المطلب الأول: نقض التشريع للطهارة الصغرى.

- المطلب الثاني : نقض التشريح للطهارة الكبرى.
- المبحث الرابع : النظر إلى عورة الميت أثناء عملية التشريح .
- المبحث الخامس : مس جثة الميت أثناء عملية التشريح .
- الفصل الثالث : أثر تقرير التشريح في سير القضايا الجنائية .
ويشتمل على مبحثين هما :
- المبحث الأول : مفهوم تقرير التشريح .
- المبحث الثاني : تقرير التشريح في المحاكم الشرعية .
- الفصل الرابع : تطبيقات قضائية من المحاكم الشرعية:
 - التطبيق الأول.
 - التطبيق الثاني.
 - التطبيق الثالث.
 - التطبيق الرابع.
 - التطبيق الخامس.
 - التطبيق السادس.
 - التطبيق السابع.
 - الخاتمة.

التمهيد

ويحتوي على ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول:

التعريف بمفردات عنوان البحث.

ويشتمل على ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول:

تعريف التشريح .

أولاً: تعريف التشريح في اللغة: قطع اللحم عن العضو قطعاً، أو قطع اللحم عن العظم قطعاً.

ثانياً: تعريف التشريح في الاصطلاح: تقطيع جثة الميت، وتحليلها إلى دقائق شتى، للوقوف على مواطن أعضائه وهيئاتها وكيفية تركيبها، وحقيقة أجزائها ومشتملاتها.

المطلب الثاني:

تعريف الجثة .

الجثة: مأخوذة من الجث وهو «القطع»، أو انتزاع الشجر من أصوله.

وعلى هذا فجثة الإنسان يراد بها: جسد الإنسان .

المطلب الثالث:

الألفاظ ذات الصلة بمفردات عنوان البحث .

إن لفظ (التشريح) يتصل به ألفاظ أخرى ومنها:

الطب الشرعي:

العلم الذي يبحث في تطبيق العلوم الطبية لحل كثير من القضايا التي تنظر أمام القضاء، والتي لا يستطيع القاضي إصدار حكمه إلا بالاستعانة به.

ويمكن تقسيم مجال الطب الشرعي إلى قسمين أساسيين يختصان بجسد الإنسان، سواء كان حياً أو ميتاً، وهذان القسمان هما:

الطب الشرعي الباثولوجي: (Forensic pathology)

الطب الشرعي الاكلينيكي: (Clinical Forensic Medicine)

مما تقدم يتبين أن التشريح فرع من فروع الطب الشرعي، والطب الشرعي فرع من فروع الطب لكن له ارتباط وثيق بالقضايا القانونية، والمسائل الجنائية .

الجرح:

الجيم والراء والحاء أصلان: أحدهما: الكسب والثاني: شق الجلد.

ووجه الصلة بين هذا اللفظ ولفظ التشريح؛ أن الطبيب إذا أراد تشريح الجثة يلزم من

ذلك أن يجرح الجثة بألة ، فلفظ الجرح بأصله الثاني هو الذي له علاقة بلفظ التشريح .
الشَّقُّ :

« (الشَّقُّ) : بالفتح انفراج في الشيء، وهو مصدر في الأصل ، والجمع (شقوق) مثل :
(فَلَس ، وفُلُّوس) ، و(انشق الشيء) إذا انفرج فيه فرجة .»

ووجه الصلة بين لفظ التشريح ولفظ الشق ، أن التشريح يلزم منه شق الجلد فالشق
لازم من لوازم التشريح .

المبحث الثاني :

نشأة علم التشريح .

إن المراحل التي مر بها تاريخ الطب عموماً ، والتشريح خصوصاً يمكن تصنيفها إلى
ثلاث مراحل :

المرحلة الأولى :

مرحلة ما قبل الإسلام :

لقد تعاقبت على بلاد ما بين النهرين أمم سادت حضارتها ثم بادت أخلف البابليين
الآشوريون ، وقد نشأ الطب في تلك البلاد مرتبطاً بالدين وممزجاً بالسحر والتنجيم كما
ارتبط بالأمراض والتطبيب أفكار وخرافات فتحت المجال للكهنة والسحرة والمشعوذين
في تقديم العلاج للمرضى حسب زعمهم .

ولقد نشأت حضارة أخرى معاصرة لحضارة السومريين ، وهي حضارة قدماء
المصريين التي كانت على ضفاف نهر النيل ، ونشأ فيها الطب وارتبط بالمعابد ، وكان
الكهنة هم الذين يقومون بتطبيب المرضى ، وعاصر ذلك ظهور خرافات وأفكار من
جعل آلة للطب ، وآلهة للشفاء .

ثم جاءت حضارة الإغريق وفي هذه الحضارة ولد أبقراط ، الذي خلص الطب من
الخرافات ، ولهذا سمي « أبا الطب » ، وبدأ أبقراط بتدريس الطب ونشره بين الناس بعد
أن كان مقتصرأ على الأقارب ، فعلم ودرس من لم تربط بينه وبينه أي صلة ، فانتشر الطب
بين الناس .

وورث الرومان الإغريق وتأثروا بحضارتهم وأبرع جالينوس في الطب ، وفي علم
التشريح خاصة ، وقد اكتسب خبرته في علم التشريح من العمليات التشريحية التي كان
يقوم بها على الحيوانات .

المرحلة الثانية :

مرحلة ما بعد الإسلام :

علم التشريح فرع كسائر فروع الطب، لم يغفل عنه علماء المسلمين ، ولهذا كان لهم الأثر الواضح الذي يشهد به القاصي والداني ولا ينكره إلا مكابر في علم التشريح ، ولكن هذا الأثر لم يكن في العصر الأول من الإسلام بل كان في العصور المتأخرة . فقد ظهر أطباء مسلمون أضافوا إلى علم الطب أموراً وألغوا أخرى، ولقد أضاف الطب الإسلامي إلى مجال العلوم التشريحية الشيء الكثير وذلك من خلال مسارين:

المسار الأول : ترجمة كتب التشريح القديمة .

المسار الثاني : الابتكار والإبداع .

المرحلة الثالثة:

مرحلة العصر الحديث :

إن علم الطب عامة ، والتشريح خاصة من أبرز العلوم التي أثرت فيها الحضارة الحديثة فبعد الثورة الصناعية التي شهدتها العلم أجمع، متمثلة في الصناعات والتقنيات ، وبعد الاكتشافات العظيمة التي اكتشفها البشر في هذا العصر، تقدمت مهنة الطب آلاف الخطوات ، ففي مجال التشريح حصل التطور بصفة بارزة، ويمكن أن يفرع التطور في مجال تشريح الجثث على ثلاثة فروع :

الفرع الأول: التطور في المجال النظري .

الفرع الثاني : التطور في المجال العملي .

الفرع الثالث : التطور في المجال الفقهي والشرعي .

المبحث الثالث :

أقسام التشريح .

ويشتمل على ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول :

التشريح المرضي .

وهو العلم الذي يدرس التغيرات المرضية في بنية الخلية ، والنسيج والأعضاء والأسباب المؤدية إلى ذلك شكلاً أي: بالعين المجردة ، وبواسطة المجهر باختلاف أنواعه، ابتداءً من المجهر الضوئي ، وانتهاءً بالمجهر الإلكتروني.

ثالثاً : أقسام التشريح المرضي :

ينقسم التشريح المرضي إلى قسمين رئيسيين :

١- التشريح المرضي العام :

وهذا يدرس من خلاله الحوادث المرضية الكبيرة التي تصيب العضوية ، كالاتهابات.

٢- التشريح المرضي الخاص :

ويتناول من خلاله دراسة حادثة مرضية في نسيج أو في عضو معينين ، كأن ندرس آفات القلب.

رابعاً : فوائد التشريح المرضي :

لقد ذكر المختصون فوائد التشريح المرضي، ويمكن أن تدرج في أربعة أمور رئيسية هي:

١- الوصول إلى تشخيص أكيد للمرض بفحص الآفة.

٢- يمكن بواسطة فتح الجثة القيام بالدراسة التشريحية المرضية.

٣- يعد علم التشريح المرضي إحدى الركائز الهامة للبحث العلمي الطبي.

٤- يسمح للأطباء الاختصاصيين والسريريين بفهم أفضل لآلية الحادثة المرضية.

المطلب الثاني:

التشريح التعليمي .

يمكن تعريفه بأنه : شق جلد جسم الإنسان الميت وفتح جثته ، والنظر في الأعضاء الداخلية ، ومعرفة تراكيبها، وأماكنها، وفحصها، لهدف التعليم أو التعلم .

ثالثاً : أهمية التشريح التعليمي :

لا يمكن للطبيب أن يقوم بطب الأجسام وعلاج الأمراض بأنواعها المختلفة إلا إذا أحاط خيراً بتشريح جسم الإنسان علماً وعملاً ، وعرف أعضائه الداخلية وأجزاءه المكونة لبنيته، واتصالاتها ومواضعها وغير ذلك . فهو من الأمور التي لا بد لمن يزاول الطب حتى يقوم بما أوجب الله عليه من تطيب المرضي وعلاج الأمراض.

المطلب الثالث:

التشريح الجنائي .

يمكن تعريفه بأنه : شق جلد جسم الإنسان الميت، وفتح جثته، والنظر في الأعضاء الداخلية بطريقة مخصوصة، وذلك لمصلحة القضاء .

ثالثاً: أهمية التشريح الجنائي :

للتشريح الجنائي أهمية عظيمة فيما يتعلق بالجنايات، فالتشريح - بإذن الله تعالى - يبين بعض الجوانب التي لها أثر في التحقيق ، ويمكن أن تلخص أهمية التشريح الجنائي في النقاط التالية :

معرفة السبب المباشر وغير المباشر للموت .

تحديد مسؤولية الفاعل .

كشف الجرائم المخفية .

معرفة اتجاه الإصابة .

كيفية حدوث الإصابة .

الفصل الأول :

الأحكام المتعلقة بعملية التشريح .

ويحتوي على خمسة مباحث هي :

المبحث الأول :

بيان حرمة المسلم ووجوب تكريمه حياً وميتاً .

شمل مبدأ تكريم المسلم حال حياته وحال مماته ، وقد دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع ، ومن أصرح الأدلة على ذلك :

ما جاء عن عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله - قال: (كسر عظم الميت ككسره حياً) .

فالحاصل: أن الشريعة الإسلامية تحفظ للإنسان كرامته، وتحرم إهانته بغير حق ولا غر و فهذه الشريعة نزلت من رب غفور رحيم كريم له كامل الصفات وأحسن الأسماء ، وهو أكرم الأكرمين، فتكريمه لعباده بدأ بخلقه آدم بيده ، وأمره للملائكة بالسجود لآدم عليه السلام، ومعاقبة من عصى وأبى السجود له ، وخلق الإنسان في أحسن تقويم، وغير ذلك من الأوجه العظيمة التي تبين مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بقضية تكريم الإنسان .

المبحث الثاني :

شراء الجثة للتشريح .

هذه المسألة قد بحثها بعض الفقهاء المعاصرين ، وكانهم اتفقوا على أنه لا يجوز شراء جثة الأدمي وخاصة المسلم لغرض التشريح التعليمي ، وذلك للأدلة التالية :

١- قوله تعالى: (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً) .

٢- وعن أبي هريرة - عن النبي - قال: (قال الله : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة؛ رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره) .

٣- نقل ابن المنذر : الإجماع على تحريم بيع الحر وأن البيع إذا حصل فهو باطل .

٤- ولأن من شروط البيع : أن يكون البائع مالكا للعين المعقود عليها ، أو موكلاً في بيعها والذي باع الجثة ليس مالكا للجثة ولا موكلاً من مالكةا على بيعها، فلم يجوز بيعها، وإذا لم يجوز بيعها كان العقد باطلاً، فلا يصح شراؤها .

المبحث الثالث :

عملية التشريح التعليمي .

ولقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم عملية التشريح التعليمي على قولين:

الراجح:

الذي يترجح والله أعلم هو جواز التشريح التعليمي - وبهذه أفتت لجنة الإفتاء بالأزهر بمصر وهيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية ، ولجنة الإفتاء بالملكة الأردنية الهاشمية ، والمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي . ولكن على جثة كافر، ولا يجوز تشريح جثة المسلم لمصلحة التعليم إلا في حالات الضرورة .

استدل القائلون بجواز التشريح التعليمي بعدة أدلة وهي :

الدليل الأول : دليل القياس : وهذا من عدة أوجه :

قالوا: يجوز التشريح التعليمي قياساً على جواز شق بطن المرأة الحامل الميتة

لاستخراج جنينها الذي رجيت حياته .

فهنا اشتمل الأصل على التصرف في جثة الميت بالشق والقطع طلباً لمصلحة

الحي المتمثلة في إنقاذه من الموت، وفي التشريح التعليمي مصلحة متمثلة في تعلم طائفة

من أبناء المسلمين على الطب تعليماً دقيقاً، وذلك بالوقوف على الأجزاء الداخلية

للإنسان

قالوا: يجوز التشريح التعليمي قياساً على جواز شق بطن من بلع مالا معصوباً

لاستخراجه .

قالوا: يجوز التشريح التعليمي كما يجوز نبش قبر الميت لأخذ الكفن المغصوب .

مناقشة دليل القياس:

نوقش دليل القياس بأنه فاسد؛ لأنه قياس في محل النص، فهناك أحاديث تنهى عن

إيذاء الميت، مثل: حديث عائشة - رضي الله عنها - أن النبي - صلى الله عليه وسلم -

قال: (كسر عظم الميت ككسره حياً) .

الجواب:

لا نسلم لكم أنه قياس في محل النص؛ لأنه لو كان قياساً في محل النص لما ذكر

الفقهاء - رحمهم الله - الفروع التي فيها إيذاء للميت، مثل: شق بطن المرأة الحامل

الميتة، وشق بطن من بلع مالا مغصوباً لغيره .

والحقيقة: أن الأحاديث التي نهت عن إهانة الميت ليست نصاً في المسألة، وليست

واردة في محل النزاع، وإنما موردها من فعل ذلك استهانة بالميت كما يفيد سبب ورود

الحديث وهو أن حفاًراً أخرج عظماً فذهب ليكسره، فقال النبي صلى الله عليه وسلم :
(لا تكسرها، فإن كسرك إياه ميتاً ككسرك إياه حياً، ولكن دسه في التراب) .
أما محل النزاع فهو مما تتعارض فيه المصلحة والمفسدة ثم تكون المصلحة فيه أرجح
من المفسدة .

الدليل الثاني:

النظر إلى القواعد الشرعية:

استدل القائلون بجواز التشريع التعليمي بعدد من القواعد الفقهية ومنها:
قاعدة: (إذا تعارضت مصلحتان قدم أقواهما، وإذا تعارضت مفسدتان ارتكب أخفهما
تفادياً لأشدهما) (١) .

وجه تطبيق القاعدة:

المصلحة المترتبة على التشريع التعليمي تعتبر مصلحة عامة راجعة إلى الجماعة،
وذلك لما يترتب عليه من تعلم طائفة من أبناء المسلمين علم الطب تعليماً دقيقاً، وذلك
بالإطلاع على أعضاء الإنسان ومعرفتها عن قرب وهم بذلك يكفون المسلمين الاعتماد
على الأطباء غير المسلمين، فالمصلحة هنا عامة، ومصلحة ترك التشريع مصلحة خاصة
تختص بالميت، وهنا تعارضت المصلحتان فنقدم أقواهما وهي المصلحة العامة المتمثلة في
جواز التشريع التعليمي .

قاعدة: (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) .

وجه تطبيق القاعدة:

إن تعلم الجراحة الطبية وتوفير القدر الضروري من الأطباء في المجتمع الإسلامي
فرض على مجموع المسلمين بالاتفاق، بحيث لو أنهم أعرضوا عن النهوض بهذا الواجب
أثموا جميعاً، وتحقيق هذا الواجب متوقف على التشريع التعليمي الذي يمكن بواسطته
فهم الأطباء المسلمين للعلوم النظرية عن طريق التطبيق العملي، فيعتبر مشروعاً من
هذا الوجه .

والقائلون: بجواز التشريع التعليمي مع قولهم بالجواز اشترطوا شروطاً لا بد من
توفرها وهي:

(١) انظر: الأشباه والنظائر . ابن نجيم . دار الكتب العلمية . بيروت . (١٤١٣هـ) (١٩٠) .

أن تكون الجثة لغير معصوم الدم.
 أن تكون هناك ضرورة فعلية للتشريح.
 التأكد من موت من يراد تشريحه.
 موافقة ذوي الشأن على التشريح.
 مراعاة آداب تكريم الميت.

المبحث الرابع:

عملية التشريح المرضي .

اختلف الفقهاء المعاصرون في التشريح المرضي على قولين :

الراجع :

الذي يظهر والله أعلم هو رجحان القول الأول (أن التشريح المرضي جائز)، وبهذا أفتت هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، دار الإفتاء المصرية، لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية .

ومما استدلووا به ما يلي:

دليل القياس : وذلك من وجوه منها :

قالوا: يجوز التشريح المرضي كما يجوز شق بطن المرأة الميتة الحامل لاستخراج الجنين الحي الذي في بطنها .

قالوا: يجوز التشريح المرضي كما يجوز شق بطن الميت لاستخراج مال مغصوب ابتعله .

وقد سبق هذا الدليل وما ورد عليه من اعتراضات في مبحث عملية التشريح التعليمي .

النظر إلى القواعد الشرعية : استدلووا بعدد من القواعد منها :

قاعدة : (إذا تعارضت مصلحتان قدم أفواههما ، وإذا تعارضت مفسدتان ارتكب أخفها تفادياً لأشدهما) .

وجه تطبيق القاعدة :

إن وقوع بعض الأمراض والأوبئة التي تؤثر في الناس، ووقوع وفيات حين انتشار ذلك المرض يعتبر مفسدة .

وتشريح الميت للكشف عن هذه الأمراض المميتة يعتبر مفسدة، فهنا مفسدتان متعارضتان، فترتكب المفسدة الأخف وهي المتمثلة في تشريح الميت .

قاعدة : (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) .
وجه تطبيق القاعدة :

إن من الواجبات على عموم الأمة خاصة ولي أمرهم هو اتباع الطرق لحماية مجتمعه والقيام على رعايته، ومن صنوف الرعاية اتباع السبل التي تحميهم بإذن الله من الأمراض والأوبئة، ولما كان هذا الواجب متوقفاً على معرفة الأمراض، ومعرفة الطريق إلى علاجها العلاج الفعال المبني على دراسة دقيقة واجباً على ولي الأمر، فعلى ولي الأمر أن يأمر الأخصائيين ببحث هذه الأمراض، وهذا البحث لا يكون دقيقاً فعلاً ويعطي نتائج دقيقة إلا بالتشريح المرضي، وحينئذ يكون التشريح المرضي واجباً من هذا الوجه .
المبحث الخامس :

عملية التشريح الجنائي .

اختلف العلماء المعاصرون في حكم التشريح الجنائي على قولين :
الراجح :

الذي يترجح والله أعلم هو القول الأول القائل : بجواز التشريح الجنائي، وبهذا أفتت هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، والمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ولجنة الفتوى بمصر، ولجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية .

ومما استدلووا به ما يلي :

أولاً : القياس :

وذلك من وجهين :

قالوا: يجوز التشريح الجنائي كما يجوز شق بطن المرأة الحامل لاستخراج الجنين الحي الذي في بطنها .

وسبق هذا الدليل وما يرد عليه من مناقشة في مبحث : عملية التشريح التعليمي .

قالوا: يجوز التشريح الجنائي كما يجوز شق بطن الميت لاستخراج المال المغصوب .

وسبق ذكر هذا الدليل وذكر ما يرد عليه من مناقشة في مبحث : عملية التشريح التعليمي .

ثانياً : النظر إلى القواعد الشرعية :

استدل أصحاب هذا القول ببعض القواعد الشرعية مثل :

قاعدة : (إذا تعارضت مصلحتان قدم أفواهما ، وإذا تعارضت مفسدتان ارتكب أخفهما) .

وجه تطبيق القاعدة :

من المتفق عليه أنه في القضايا الجنائية وخاصة القتل، وفي حال الغموض الذي يكتنف هذه القضايا أن عدم است فراغ الوسع في تحقيق العدالة والوصول إلى مرتبة اليقين في تجريم المجرم، أو تبرئته يؤدي إلى مفسدة عظيمة، إذ قد ينتج عنه تجريم من ليس بمجرم، ومن ثم قد يحكم بالقصاص على إنسان لم يكن هو السبب الحقيقي في وفاة المجني عليه، فهذه مفسدة .

ومن المتفق عليه أيضاً أن تشريح الميت، وتأخر دفنه مفسدة أيضاً . ولكننا إذا قابلنا بين المفسدتين المذكورتين، وجدنا أن إحداهما أشد من الأخرى، فالتقصير في تحقيق العدالة وعدم البحث عن السبل والطرق التي من الله على عباده بمعرفتها لكشف الغموض الذي يكتنف القضية، ومن ثم وصول القاضي إلى نتائج واضحة يستطيع من خلالها إصدار الحكم المناسب عن قناعة، يؤدي إلى مفسدة أعظم من مفسدة التشريح .

وعلى هذا ترتكب المفسدة الأخف وهي: (تشريح الميت).
ومثل هذه القاعدة قاعدة: (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف).
قاعدة: (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب).
وجه تطبيق القاعدة :

من الأمور التي اتفق عليها أن تحقيق العدل في القضاء، وبذل أقصى الجهد في البحث عن ذلك أنه من الواجبات التي أوجبها الله تعالى .

وهذا الواجب لا يمكن تحقيقه إلا بأمور مثل: طلب العلم، والبحث في كتب أهل العلم وغيرها. من هذه الأمور: سؤال أهل الخبرة، ومن أهل الخبرة: (الطبيب الشرعي)، والطبيب الشرعي: يعطي رأيه في القضايا الجنائية، وفي القتل خاصة يكون رأيه مبنياً على التشريح الدقيق لجثة الميت .

فلما كان تشريح الميت قد يوصل أحياناً إلى تحقيق الواجب المتفق عليه وهو العدل كان التشريح واجباً من هذا الوجه .

وقد اشترط بعض العلماء شروطاً لهذا النوع من التشريح وهي:

- أن يكون في الجناية متهم .
- غلبة الظن بكشف الجريمة من التشريح .
- عدم وجود أدلة كافية أدنى مفسدة من التشريح .
- أن يقوم بالتشريح طبيب ثقة .
- أن يأذن القاضي بالتشريح .

- التحقق من موت من يراد تشريحه .
- عدم تجاوز قدر الحاجة في التشريح .

الفصل الثاني:

الأحكام المتعلقة بالشخص القائم بعملية التشريح (الطبيب) .
ويحتوي على خمسة مباحث هي:
المبحث الأول :

التعريف بالشخص القائم بعملية التشريح .

أما الشخص القائم بعملية التشريح فلا يخلو من ثلاث حالات:
أن يكون طبيباً جراحاً :

والطبيب هو: الشخص المؤهل الذي يمارس الطب ويعالج المرضى .

والجراح هو : الطبيب الذي يجري العمليات الجراحية .

أن يكون طبيباً جراحاً ويزاول مهنة التعليم في مراكز تعليم الطب:
أن يكون طبيباً شرعياً:

الطبيب الشرعي هو: الطبيب الذي حمل شهادة الدكتوراه في الطب البشري، والذي يستعان بمعلوماته الطبية نتيجة تخصصه بالطب الشرعي في سبيل كشف الحقائق التي تعرض عليه من قبل القضاء، وتقديم المعلومات الصحيحة العلمية له، تلك الحقائق والمعلومات التي لا يستطيع القاضي الوصول إليها بنفسه دون الاستعانة بخبرة الطبيب الشرعي ليكون حكمه عادلاً ومنصفاً .

ومن كل ما تقدم يمكن أن يقال في تعريف الشخص القائم بعملية التشريح أنه :

شخص مختص يقوم بشق جلد الإنسان الميت ، وفتح جثته ، والنظر في أعضائه الداخلية، بهدف الكشف عن سبب مرض أو لمصلحة التعليم أو القضاء .

المبحث الثاني :

شروط المشرِّح . ويحتوي على ثلاثة مطالب هي :

المطلب الأول :

شروط المشرِّح في التشريح المرضي .

من ينظر إلى كتب الفقه الإسلامي يجد الفقهاء قد ذكروا مسائل يرجع فيها إلى قول

الطبيب، واشترطوا في ذلك الطبيب شروطاً وهي :

١- الدراية بالعمل .

٢- الأمانة .

هذان الشرطان اتفق الفقهاء على القول بهما .

٣-أما (الإسلام) : فقد اختلفوا في اشتراطه على قولين :

والذي يظهر والله أعلم أنه في مثل عملية التشريح المرضي لا يشترط الإسلام، لأنها ليست من الأمور الدينية التي يترتب عليها أمر ديني .

أما في الأمور الأخرى مثل قول الطبيب في المرض الذي يفطر بسببه الصائم ونحو ذلك فهذا يشترط فيه الإسلام لما علل به أصحاب القول الأول . والله أعلم .

وبالنظر إلى التنظيمات التي يصدرها ولي الأمر لتنظيم مزاوله مهنة الطب، نجد أن النظام اشترط :

أن يكون الطبيب حاصلاً على (بكالوريوس) في الطب والجراحة من إحدى الجامعات السعودية، أو شهادة معادلة من إحدى كليات الطب الأجنبية المعترف بها في المملكة .

أن يكون قد أمضى فترة التدريب الإجبارية وأن تتوفر لديه اللياقة الصحية والخبرة المطلوبة في كل فرع .

العدالة : فلا يمنح الترخيص بمزاولة مهنة الطب البشري لمن حكم عليه في جرم مخل بالشرف أو الأمانة إلا إذا رد إليه اعتباره .

المطلب الثاني :

شروط المشروط في التشريح التعليمي .

يتفق التشريح التعليمي مع التشريح المرضي في الشروط الواجب توفرها في الشخص القائم بعملية التشريح ، ففي مراكز تعليم الطب يقوم بتعليم الجراحة الطبية أطباء سبق لهم العمل كأطباء في المراكز الطبية والمستشفيات وعلى هذا فيشترط في الطبيب القائم بعملية التشريح التعليمي :

أن يكون على دراية بالعمل :

أن يكون أميناً ثقة :

ولعل التشريح التعليمي يزيد شرطاً نظامياً وهو كون القائم بعملية التشريح التعليمي مأذوناً له في التعليم في المراكز الطبية، بالإضافة إلى الشروط التي تشترطها كل جهة تعليمية على حدة .

المطلب الثالث :

شروط المشرح في التشريح الجنائي .

عملية التشريح الجنائي هي من العمليات الجراحية ؛ إلا أنه يستفاد منها في مجال القضاء، والذي يقوم بهذه العملية هو طبيب جراح من الأطباء ، فيشترط فيه ما يشترط في الطبيب الذي يقوم بالتشريح المرضي فيشترط فيه :

الدراية بالعمل :

وذلك لأن الذي ليس له دراية كافية بعملية التشريع الجنائي لن يفيد المحققين والقضاة الفائدة المطلوبة، بل قد يخطئ لضعفه وقلة درايته فيترتب على ذلك عدم بيان وإيضاح الملابسات المهمة في القضية، فقد يُجرّم بريئاً أو يبريء مجرماً، فيترتب على ذلك عدم تحقيق العدالة الذي يبحث عنها القاضي، لاسيما وأن التشريع الجنائي لا يلجأ إليه إلا في حالة غلبة الظن بأن التشريع سيبين الجوانب المهمة في القضية .
الأمانة:

فيجب أن يكون الطبيب الشرعي القائم بعملية التشريع الجنائي أميناً ثقة، وذلك لأنه سيبين رأيه للمحققين والقضاة في القضية المعروضة .
وقد يترتب على رأيه أثر على الجاني ، فيجب أن يكون على درجة عالية من الأمانة والثقة .

الإسلام:

وهذا الشرط وإن كان المختار أنه لا يشترط في التشريع المرضي والتعليمي ، إلا أنه يشترط هنا ؛ وذلك لأن الطبيب الشرعي سيبين رأيه في القضية ، وقد يترتب على رأيه أثر على الجاني ، فيشترط أن يكون مسلماً تتوفر لديه صفة المسلم العدل الثقة الذي يخاف الله عز وجل ولا يحابي أحداً .

وفي حالة عدم وجود طبيب شرعي مسلم فيستعان بالطبيب غير المسلم وذلك للضرورة، ويبحث عن الأوثق فالأوثق .

وفي التنظيم الإداري نجد أن هناك صفات وشروطاً يشترطها المختصون فيعمل في الطب الشرعي، والتشريع الجنائي ، فقد صدر تعميم من وزارة الصحة يبين الصفات والشروط الواجب توفرها في الطبيب الشرعي غير السعودي وهي :
أولاً: الصفات الشخصية:

أن يكون ذكراً يتمتع بصحة جسدية وعقلية جيدة ، وخال من الأمراض السارية والمعدية .

أن يكون مسلماً تربي تربية إسلامية .

أن يكون قوي الشخصية، ولبقاً ، ويتمتع بمنطق سليم .

ثانياً: الشهادات العلمية والأكاديمية:

أن يكون حاصلًا على شهادة تخصص عالٍ في الطب الشرعي (دكتوراه ، زمالة، ماجستير) معترف بها من الهيئة السعودية للتخصصات الصحية .

أن تكون شهادة التخصص العالي الحاصل عليها الطبيب تؤهله للعمل كطبيب شرعي

في البلد الذي منحه هذه الشهادة .

أن يكون الطبيب مسجلاً لدى نقابة الأطباء أو وزارة الصحة في بلده .
أن يكون حاصلًا على ترخيص من بلده يؤهله للعمل كطبيب أخصائي أو استشاري
بالطب الشرعي في بلده .
ثالثاً: الخبرات العملية:

خبرة كطبيب شرعي ميداني لا تقل عن ثلاث سنوات مستمرة (متتالية) بعد
الحصول على شهادة التخصص العالي في الطب الشرعي (دكتوراه، زمالة) ولا تقل عن
خمس سنوات متتالية للحاصلين على شهادة الماجستير .
يجب أن تتضمن شهادة الخبرة العملية كحد أدنى على ما يلي :
إجراء معاينة خارجية (معاينة الجثة في مسرح الوفاة) لعدد (٥٠) حالة على الأقل .
إجراء الكشف الظاهري الطبي الشرعي للجثث بما لا يقل عن (٣٠٠) حالة .
إجراء الصفة التشريحية بما لا يقل عن (١٥٠) جثة ، منها (٥٠) حالة جنائية على
الأقل .

إجراء الكشف على المصابين بما فيها حالات الاعتداءات الجنسية وتقدير السن بما لا
يقل عن (١٠٠) حالة .
إجراء ما لا يقل عن (١٠) حالات كشف على جثث مجهولة الهوية للاستعراف عليها
من الناحية الطبية الشرعية .
إجراء ما لا يقل عن (١٠) حالات فحص رفات عظمية آدمية بهدف الاستعراف
عليها ، واستخلاص ما يفيد التحقيق منها .
رابعاً: شروط إضافية يجب توفرها:

إرفاق سيرة ذاتية تفصيلية مطبوعة تتضمن السيرة الشخصية والعلمية للمرشح .
إتقان تام للغة العربية، ومعرفة تامة بالمصطلحات الطبية باللغة العربية، خاصة
المسميات التشريحية لجسم الإنسان وتغيراتها المرضية والإصابية .
إجادة اللغة الإنجليزية قراءة وكتابة .

أن يكون لديه ما يثبت المشاركة أو حضور المؤتمرات والندوات العلمية ودورات
التعليم الطبي المستمر بمجال الطب الشرعي والعلوم المتعلقة به .
الحصول على ثلاث شهادات تزكية (توصية) منفصلة من استشاريين معروفين
بالطب الشرعي .

شهادة حسن السيرة والسلوك معتمدة من السلطات المختصة الرسمية التابع لها

الطبيب الشرعي في بلده .

شهادة تفيد بأنه غير محكوم عليه سابقاً بجرائم تخل بالشرف والأمانة صادرة عن السلطات العدلية أو التحقيقية في بلده .

جميع الشهادات العلمية والعملية المطلوبة يجب أن تكون مصدقة من جهة رسمية معتمدة لدى الهيئة السعودية للتخصصات الصحية .

وبالنسبة للطبيب السعودي الذي يريد العمل كطبيب شرعي تشترط له نفس الشروط السابقة باستثناء بعض البنود كالخبرة العملية ونحو ذلك .

المبحث الثالث:

نقض التشريح للطهارة : ويحتوي على مطلبين هما .

المطلب الأول :

نقض التشريح للطهارة الصغرى .

المراد بالطهارة الصغرى : هي الطهارة الناتجة عن الوضوء، وسبق بيان أن هذه المسألة وبقية المسائل الآتية سوف تخرج على مسألة تغسيل الميت .

فالمسألة المخرّجة هي : نقض التشريح للطهارة الصغرى .

والمسألة المخرّج عليها : نقض تغسيل الميت للطهارة الصغرى .

مسألة : نقض تغسيل الميت للطهارة الصغرى :

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين :

الراجع :

الذي يترجح والله أعلم، هو أن تغسيل الميت لا ينقض الطهارة الصغرى - وهو مذهب الجمهور، ولكن يستحب الوضوء بعد تغسيل الميت وهو مذهب المالكية، والشافعية.

وذلك للأدلة الآتية:

أن إيجاب شيء على المكلف لا يكون إلا من طريق واحد وهو طريق الشرع . ومسألة نقض غسل الميت للوضوء لم يرد فيها نص من الشارع، ولا هي في معنى المنصوص عليه، وعندئذ فيبقى على الأصل وهو عدم وجوب الوضوء .

القياس على غسل الحي، فكما أن تغسيل الحي لا ينقض الوضوء فكذلك تغسيل الميت .

أن نواقض الوضوء تتفق في وصف أنها مما يخرج من الإنسان كالبول والغائط، ولذلك يقول عبدالله بن عباس - رضي الله عنهما - «الوضوء مما خرج»، وتغسيل الميت

ليس من ذلك، فلا يكون ناقضاً للوضوء .

لأن الميت المسلم طاهر؛ ومس الطاهر ليس بحدث، وإن كان الميت المسلم نجساً فكذاك مس النجس ليس بحدث .

فهذه أدلة عدم النقض، وأما دليل الاستحباب فهو ما استدل به أهل القول الثاني على نقض الوضوء وهو :

النتيجة :

يترتب على تخريج مسألة نقض التشريح للطهارة الصغرى على مسألة نقض تغسيل الميت للطهارة الصغرى : أن الطيب الذي يقوم بتشريح الجثة لا تنتقض طهارته . لكن يستحب له الوضوء . والله أعلم .

المطلب الثاني :

نقض التشريح للطهارة الكبرى .

المراد بالطهارة الكبرى هي: الطهارة الناتجة عن الاغتسال، وهي التي لا ينقضها إلا ما يوجب الغسل، وهذه المسألة سوف تخرج على مسألة نقض تغسيل الميت للطهارة الكبرى .

فالمسألة المخرّجة هي : نقض التشريح للطهارة الكبرى .

والمسألة المخرّج عليها هي : نقض تغسيل الميت للطهارة الكبرى .

مسألة : نقض تغسيل الميت للطهارة الكبرى :

اختلف العلماء في مسألة ما إذا كان تغسيل الميت يوجب الغسل أم لا على أربعة أقوال :

الراجح :

الذي يترجح والله أعلم هو القول الأول، وهو قول المالكية، والشافعية، والرواية المشهورة عند الحنابلة .

(أن تغسيل الميت لا ينقض الطهارة الكبرى ولا يوجب الغسل، ولكن يستحب للغاسل أن يغتسل).

استدل أصحاب هذا القول بحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من غسل ميتاً فليغتسل» أخرجه الخمسة إلا النسائي وحسن الترمذي هذا الحديث، وساق ابن القيم أحد عشر طريقاً لهذا الحديث ثم قال: «وهذه الطرق تدل على أن الحديث محفوظ» وقال الحافظ بن حجر: «وفي الجملة هو بكثرة بطرقه أسوأ أحواله أن يكون حسناً» . وقال بقوله الشوكاني - رحمه الله، وحسنه الألباني .

وجه الدلالة :

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر من غسل الميت أن يغتسل ، والأمر في الأصل للوجوب إلا أن هذا الوجوب قد صرفه صارف إلى الاستحباب وهو قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : « ليس عليكم من غسل ميتكم غسل إذ غسلتموه » أخرجه الحاكم في المستدرک ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١ / ٣٠٦) . وضعفه . وحسنه الحافظ ابن حجر .

النتيجة :

يترتب على التخيير السابق :

أن الطيب إذا قام بتشريح الجثة، فإنه لا تنتقض طهارته الكبرى، ولكن يستحب له الغسل . والله أعلم .

المبحث الرابع :

النظر إلى عورة الميت أثناء عملية التشريح .

عند إجراء عملية التشريح فإن الطيب يقوم بنزع الملابس التي على الميت ، وإزالة ما عليه من أقمشة ونحو ذلك، وقد يعتمد بعضهم إلى تجريد الميت من جميع ملابسه، وهنا يرد سؤال وهو :

هل يجوز للطيب الذي سيجري عملية التشريح أن ينظر إلى عورة الميت أم لا ؟
وقبل البحث عن حكم هذه المسألة ينبغي أن تبين مسألة متعلقة بالمسألة المراد بحثها
ألا وهي : «عورة الميت وتحديدتها» :

يكاد يتفق الفقهاء على أن عورة الميت هي عورة الحي ولا فرق بينهما، فإنهم عند حديثهم عن الميت وكيفية تغسيله ينصون على أنه يجب ستر عورته ، ويحدونها بما بين السرة والركبة .

إذا تقرر هذا فإن الكلام في حكم النظر إلى جسد الميت ينقسم إلى قسمين :

أن يكون النظر إلى عورة الميت :

وهنا اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز النظر إلى عورة الميت ، ويجب ستر عورته .

٢- أن يكون النظر إلى غير عورة الميت :

اختلف الفقهاء في النظر إلى بقية جسد الميت غير العورة على قولين :

الراجح :

الذي يترجح والله أعلم هو القول الأول (أنه يجوز النظر إليه) وهذا هو قول الجمهور، والصحيح من مذهب الحنابلة. ومن الأدلة على ذلك ما يلي:

قول الصحابة - رضي الله عنهم - حين مات النبي - صلى الله عليه وسلم - : « هل نجرد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كما نجرد موتاناً » .
وجه الدلالة: أن الصحابة قد تساءلوا هل يجردون رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كما كانوا يفعلون هم بموتاهم ، فدل على أن الصحابة كانوا يجردون موتاهم .
لأن نزع الثياب عنه أمكن لتغسيله وتنظيفه، ولأن الثياب قد تفسد في جسد الميت .
ويمكن أن يستدل لهذا القول بالقياس على الحي، فكما أنه يجوز النظر إلى بدن الحي غير العورة فكذلك الميت .
النتيجة:

أنه لا يجوز للطبيب الذي سيجري عملية التشريح أن ينظر إلى عورة الميت .
وهذا إذا كان مكان إجراء العملية في غير العورة كأن يكون في الرأس أو الصدر أو البطن .

وأما إذا كان مكان إجراء العملية في العورة فقد نص الفقهاء على أنه يجوز كشف عورة الحي والنظر إليها عند الحاجة كالختان والمداواة ، فإذا كانت هذه الحال مع الحي مع وجود الفتنة، فلأن يجوز ذلك في الميت من باب أولى لقلّة الشهوة وضعف الداعي إليها وعلى هذا فإنه إذا كانت عملية التشريح في موضع العورة فإنه يجوز كشفها ، وينبّه إلى أن الضرورة تقدر بقدرها فيكشف موضع الحاجة . والله أعلم .
المبحث الخامس :

مس جثة الميت أثناء عملية التشريح .

سبق بيان أن هذه المسائل من المناسب تخريجها على مسألة غسل الميت .

فالمسألة المخرّجة هي : مس جثة الميت أثناء عملية التشريح .

والمسألة المخرج عليها : مس الغاسل لجثة الميت الذي يريد تغسيله .

مس الغاسل لجثة الميت لا يخلو من حالين :

١- أن يمس الغاسل عورة الميت :

يكاد يتفق الفقهاء على أن مس عورة الميت لا يجوز، ولذلك فهم ينصون على أن الغاسل يجب عليه أن يجعل على يديه خرقة لكي ينجي بها الميت .
واختلف الفقهاء فيما إذا احتاج الغاسل أن يباشر غسل العورة بيده دون حائل على قولين :

والذي يترجح والله أعلم هو القول الأول (أنه لا يجوز ذلك)، وهو قول الجمهور،
ومما استدلوا به: القياس على النظر، فكما أن النظر إلى عورة الميت لا يجوز لقول النبي -

صلى الله عليه وسلم - لعلي - رضي الله عنه - « لا تبرز فخذك ولا تنظرن إلى فخذ حي ولا ميت » فاللمس يحرم من باب أولى .

٢- أن يمس الغاسل غير عورة الميت:

اختلف العلماء في حكم مس غير عورة الميت على قولين:

الراجح:

الذي يترجح والله أعلم هو القول الأول (أنه يستحب ألا يمس غير عورة الميت إلا بحائل، وإذا مس جسده بغير حائل فهذا خلاف الأولى) وهو مذهب الشافعية والحنابلة. ومما استدلووا به بما يلي:

ما روي أن علياً - رضي الله عنه - غسل النبي - صلى الله عليه وسلم - وبيديه خرقة يتتبع بها تحت القميص أخرجه البيهقي في السنن الكبرى . قالوا: لأن تغسيل الميت بخرقة يكون أنقى للميت.

النتيجة:

أنه لا يجوز للطبيب الذي سيجري عملية التشريح أن يمس عورة الميت بلا حائل، وأما غير عورة الميت فالمستحب ألا يمس ذلك إلا بحائل، وإن مس بلا حائل فلا بأس. والله أعلم .

الفصل الثالث:

أثر تقرير التشريح في سير القضايا الجنائية.

ويشتمل على مبحثين هما:

المبحث الأول:

مفهوم تقرير التشريح .

هو وثيقة رسمية معتمدة مكتوبة من قِبَل شخص مختص، تشتمل على نتيجة عملية شق جلد الإنسان الميت، وفتح جثته، والنظر في أعضائه الداخلية، بهدف خدمة القضاء، وتشتمل على رأي كاتبها.

ويكتسب تقرير التشريح أهمية كبيرة، وذلك لما يحتويه من نتائج الكشف الطبي الشرعي على الجثة، بالإضافة إلى رأي الطبيب الشرعي بطبيعة الإصابات والأذيات المشاهدة ومنشؤها، وتحديد سبب الوفاة وطبيعتها.

ويعتبر تقرير التشريح من وثائق الدعوى، وهو بيان مدعوم ببراہين وليس مجرد آراء.

يشتمل تقرير الطبيب الشرعي الخاص بالوفيات الجنائية (تقرير التشريح) على عدة

عناصر هي:

- الديباجة أو المقدمة .
- مذكرة الشرطة أو جهات التحقيق الأخرى (هيئة التحقيق والادعاء العام) .
- نتيجة معاينة الطبيب الشرعي لمسرح الحادث وللجثة فيه .
- الأوراق الطبية العلاجية للحالة في حالة وجودها (تقارير المستشفى) .
- نتائج فحص الملابس .
- نتائج الكشف الظاهري للجثة .
- نتائج الصفة التشريحية .
- نتائج الفحوص المخبرية التي تم إجراؤها على عينيات مأخوذة من الجثة .
- الرأي ومناقشة النتائج وتفسيرها .
- النتيجة النهائية .
- المبحث الثاني :

تقرير التشريح في المحاكم الشرعية .

ومن المعلوم أن القاضي في المحكمة عند نظره في قضية ما قد تحتاج إلى توضيح أمر لا يتمكن من معرفته المعرفة التامة بنفسه ، ولذلك فهو يستعين بغيره ممن قد يفهم ما أشكل عليه ، وهؤلاء الذين يستعين بهم يسمون : (الخبراء) .
ومن الخبراء الذين يستعين بهم القاضي (الطبيب الشرعي) .
وبالنظر إلى التقارير الطبية الشرعية المحتوية على نتائج تشريح الجثة يمكن أن تصنف نتيجة التقرير إلى ثلاثة أصناف :

- أن تكون النتيجة تؤيد ما ظهر من دعاوى المدعي وإجابات المدعى عليه .
- أن تكون النتيجة تعارض ما ظهر من الدعوى .
- أن تكون النتيجة محايدة .

على أنه يمكن أن تجعل هناك معايير يستطيع القاضي أن يجعلها لتقرير التشريح الذي له أثره في القضية ، ولعل من تلك المعايير :
أن يكون التقرير مبنياً على كشف وفحص دقيق ، وقد بينت فيه النتائج بشكل واضح ودقيق .

النظر في الطبيب الشرعي ومدى درايته بالعمل وكونه ثقة أميناً .

النظر في حالة الجثة ، وهل هي متغيرة غيراً يتعذر معه الحصول على معلومات دقيقة أم أنها طبيعية والتغير يسير لا يمنع من أخذ المعلومات بدقة تامة .

وينبغي التنبيه إلى أنه لا بد من قراءة جميع فقرات التقرير وفحصها ، والسؤال عما غمض منها وذلك لتكون الصورة واضحة أمام القاضي .
النظر في رأي الطبيب الشرعي ، وهل هو على سبيل الجزم أو غلبه الظن ، أو يحتمل احتمالاً .

الفصل الرابع :

تطبيقات قضائية من المحاكم الشرعية:

العمل جار على طلب تقرير عن الجثة إذا استدعى الأمر ذلك .
أسأل الله تعالى بمنه وكرمه ، أن يجعل جميع أعمالنا وأقوالنا خالصة لوجهه الكريم ، وأن يرزقنا علماً نافعاً وعملاً صالحاً ، إنه ولي ذلك والقادر عليه .
وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .



تلخيص

ولاية كاتب العدل في توثيق العقود

«بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير من المعهد
العالي للقضاء قسم السياسة الشرعية»

إعداد

فيصل بن عبدالرحمن العصفور

إشراف

د . عبد الكريم بن حمد الصايغ

١٤٢٨هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص : ١٣٣

عدد صفحات البحث بدون مقدمة ومراجع وفهارس : ١١٧

عدد صفحات التلخيص : ٤٥

- تقسيمات البحث:
- التمهيد: ويشتمل على مبحثين:
- المبحث الأول: تعريف ولاية كاتب العدل في توثيق العقود :
وفيه أربعة مطالب:
- المطلب الأول: تعريف الولاية.
المطلب الثاني: تعريف كاتب العدل.
المطلب الثالث: تعريف العقود.
المطلب الرابع: تعريف التوثيق.
- المبحث الثاني: مشروعية تعيين كاتب العدل والأدلة على ذلك :
وفيه مطلبان :
- المطلب الأول: مشروعية تعيين كاتب العدل.
المطلب الثاني: الأدلة على مشروعية تعيين كاتب العدل.
الفصل الأول: شروط تولية كاتب العدل.
ويشتمل على مبحثين:
- المبحث الأول: شروط تولية كاتب العدل في الفقه الإسلامي.
المبحث الثاني: شروط تولية كاتب العدل في النظام.
الفصل الثاني: قواعد اختصاص كاتب العدل.
ويشتمل على أربعة مباحث :
- المبحث الأول: الاختصاص المكاني.
المبحث الثاني: الاختصاص النوعي.
المبحث الثالث: الفئات التي منع كاتب العدل من التوثيق لهم .
المبحث الرابع: تنازع الاختصاص بين المحاكم وكتابات العدل .
الفصل الثالث: اختصاصات كاتب العدل في توثيق العقود :
ويشتمل على خمسة مباحث :
- المبحث الأول: توثيق عقود المعاوضات ويشتمل على مطلبين :
المطلب الأول: توثيق عقد بيع الأراضي والعقارات.
المطلب الثاني: توثيق عقد أجرة الأراضي الزراعية.
المبحث الثاني: توثيق عقود التبرعات ويشتمل على مطلبين :
المطلب الأول: توثيق عقد الهبة.

- المطلب الثاني: توثيق عقد الوصية.
- المبحث الثالث: توثيق عقود التوثيقات ويشتمل على مطلبين:
- المطلب الأول: توثيق عقد الكفالة.
- المطلب الثاني: توثيق عقد الرهن.
- المبحث الرابع: توثيق عقود المشاركات.
- المبحث الخامس: توثيق عقود الاطلاقات.
- الفصل الرابع: إجراءات توثيق العقود لدى كاتب العدل:
وفيه ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول: الإجراءات الشكلية.
- المبحث الثاني: الإجراءات الموضوعية.
- المبحث الثالث: حجية الأوراق الصادرة من كاتب العدل.
- الفصل الخامس: المحظورات على كاتب العدل في توثيق العقود.
- الخاتمة: وتتضمن أهم نتائج البحث وتوصياته.
- الفهارس: ويتضمن الفهارس التالية:
- أ - فهرس الآيات القرآنية.
- ب - فهرس الأحاديث والآثار.
- ج - فهرس الأعلام.
- د - فهرس المراجع والمصادر.
- هـ - فهرس الموضوعات.

المبحث الأول:

تعريف ولاية كاتب العدل في توثيق العقود

المطلب الأول:

تعريف الولاية

أولاً: تعريف الولاية في اللغة:

وقال سيبويه: «الولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم، مثل الإمارة والنبابة، لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإذا أرادوا المصدر فتحوا... وقرئ (مَا لَكُمْ مِّنْ وَلَايَتِهِمْ مِّنْ شَيْءٍ) بالفتح والكسر، وهي بمعنى النصر، وتطلق الولاية على القرابة، والخطبة، والإمارة، والسلطان، والبلاد التي يتسلط عليها الوالي.

ثانياً: تعريف الولاية في الاصطلاح الفقهي:

المتبع لكتب الفقه الإسلامي يجد أن الولاية تتعدد أنواعها فهي إما أن تكون للإنسان على نفسه وعلى ماله أو على أحدهما.

أو تكون على نفس غيره وعلى ماله أو على أحدهما.

فالأولى تسمى ذاتية أو قاصرة والثانية تسمى غير ذاتية أو متعدية.

والولاية المتعدية قد تكون غير مستمدة من الغير فتسمى ولاية أصلية كولاية الأب على ابنه القاصر وقد تكون مستمدة من الغير فتسمى ولاية نيابية.

والولاية النيابية قد تكون عامة كولاية الإمام ومن ينوب عنه وقد تكون خاصة كالوكالة والوصاية.

وقد تكون ولاية بالقول كالإيجاب والقبول في العقود وقد تكون بالفعل كالتأديب واستلام المبيع عن القاصر.

أولاً: تعريف الولاية عند الحنفية:

وعرفها بعضهم: بأنها نفاذ التصرف على الغير شاء أو أبى.

ثانياً: تعريف الولاية عند بعض المعاصرين:

عرف بعض المعاصرين الولاية بتعريفات متقاربة ومن هذه التعريفات مايلي:

١ / عرفت الولاية بأنها «الوصف الشرعي الذي يملك به الإنسان حق التصرف في شؤون غيره».

٢ / وعرفها بعضهم بأنها «سلطة شرعية في النفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيها شرعاً».

التعريف المختار:

(سلطة تمكن الإنسان من التصرف الصحيح النافذ لنفسه أو لغيره جبراً أو اختياراً).
المطلب الثاني:

تعريف كاتب العدل

مما يتطلبه تعريف الألفاظ المركبة تعريف مفرداتها على حدة ثم تعريفها باعتبارها لفظاً مركباً وهذا ما سأتناوله في الفقرتين القادمتين:
أولاً: تعريف كاتب العدل باعتباره لفظاً مفرداً.
أ / تعريف كلمة كاتب في اللغة.

الكاتب في أصل اللغة مأخوذ من الكتب وهو الجمع سمي بذلك لأنه يجمع الحروف ويؤلف منها الكلمات ثم استعمل استعمالاً عرفياً فيمن يتعاطى صناعة النثر والموظف الذي يتولى الأعمال الكتابية الإدارية
ب / تعريف كلمة العدل:

العدل في إطلاق اللغة يطلق في الأشياء المعنوية ويراد به ما قام في النفوس أنه مستقيم ضد الجور ويطلق على الأشخاص ويراد به المرضي الطريقة والمقبول قوله وحكمه ويطلق على الأشياء الحسية ويراد به المساواة.
تعريف العدل في الاصطلاح:

هو « من له ملكة تحمله على ملازمة التقوى والمروءة » والمراد بالتقوى: اجتناب الأعمال السيئة من شرك أو فسق أو بدعة.
أما المروءة فهي: فعل ما يجمله ويزينه عادة كالسخاء وحسن الخلق وحسن المجاورة واجتناب ما يدنسه ويشينه عادة من الأمور الدنية المزرية به .
ب / تعريف كاتب العدل باعتباره لفظاً مركباً:

إذا نظرنا إلى هذا اللفظ المركب من كلمتين كاتب والعدل نجد أنه قد نص عليه في محكم التنزيل فقال الله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بَدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ) .

لم أجد من عرفها من الفقهاء حسب ما اطلعت عليه إلا أن ابن خلدون في مقدمته ذكر تعريفا لها فقال: «هي وظيفة دينية تابعة للقضاء ومن مواد تعريفه وحقيقة هذه الوظيفة القيام عن إذن القاضي بالشهادة بين الناس فيما لهم وعليهم تحملاً عند الإشهاد وأداء عند التنازع وكتبا في السجلات تحفظ به حقوق الناس وأملاكهم وديونهم وسائر معاملاتهم» .

المطلب الثالث :

تعريف العقود

أولاً : تعريف العقود في اللغة:

العقود جمع عقد والعقد: نقيض الحل وهو الربط ، يقال عقده يعقده عقداً و تعاقداً ومن فروع الباب الشد ، والجمع بين أطراف الشيء ، والضمان ، والعهد والقوة ، والشدّة ، والتأكيد .

ثانياً : تعريف العقد في الاصطلاح:

إذا نظرنا لإطلاق الفقهاء للفظ العقد نجد أنهم يريدون به أحد معنيين الأول معنى عام والثاني معنى خاص .

الأول / المعنى العام للعقد عند الفقهاء :

العقد عند الفقهاء بمعناه العام هو: «كل تصرف شرعي ينشئ التزاماً في المستقبل سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد كاليمين والوقف والنذر والإعتاق والطلاق أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين كالبيع والإجارة والشركة والنكاح». الثاني / المعنى الخاص للعقد عند الفقهاء:

للعقد معنى خاص عند الفقهاء وتظهر هذه الخصوصية في اقتصار إطلاق لفظ العقد على ما كان نتيجة اتفاق بين طرفين وهذا المعنى هو الشائع بين الفقهاء وهو المراد بالعقد إذا أطلق أما المعنى الثاني فلا تدل عليه كلمة العقد إلا بتنبيه يدل على التعميم . ولقد تعددت تعريفات الفقهاء لهذا المعنى الخاص .

التعريف المختار - تعريف بعض الحنفية - : هو ارتباط الإيجاب بالقبول .

المطلب الثالث:

تعريف التوثيق

أولاً : تعريف التوثيق في اللغة:

التوثيق من قولك وثقت الشيء توثيقاً فهو موثق أو يطلق التوثيق ويراد به أحد المعاني الآتية:

١ / الائتمان . ٢ / الشد . ٣ / الأحكام . ٤ / العهد .

ثانياً / تعريف التوثيق في الاصطلاح:

عرف التوثيق اصطلاحاً بأنه: «تقوية الحق بصيانته عن التبديل والحدود أو ضمان تحصيله» .

وعرف كذلك بأنه: «عبارة عن مجموعة من الوسائل التي تؤدي إلى استيفاء الحق عند تعذره من المدين أو إثباته في ذمته عند الإنكار .

من خلال هذين التعريفين يمكن أن يقسم التوثيق إلى قسمين:

الأول : توثيق لإثبات الحق وضمان عدم جحوده أو تغييره بزيادة أو نقص ويحصل هذا بالكتابة والشهادة.

الثاني : توثيق لاستيفاء الحق عند تعذره ويحصل هذا بصورة جلية في الرهن وكذلك الضمان والكفالة .

فهذا تعريف التوثيق في الاصطلاح بوجه عام.

ويمكن أن يعرف التوثيق باعتباره من ولاية كاتب العدل : بأنه «الكتابة التي يتولاها كاتب العدل لإثبات الحق المترتب على العقد» .

المبحث الثاني:

مشروعية تعيين كتاب العدل والأدلة على ذلك

المطلب الأول:

مشروعية تعيين كتاب العدل

الأصل أن يتولى الكتابة بين الناس كل كاتب عدل كما يستفاد من العموم في آية الدين قال تعالى بعد قوله: (وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ) قال سبحانه: (وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ) قال الشوكاني: «ولا يأب كاتب النكرة في سياق النفي مشعرة بالعموم أي لا يمتنع أحد من الكتاب أن يكتب كتاب التداين كما علمه الله أي على الطريقة التي علمه الله من الكتابة أو كما علمه الله بقوله بالعدل» .

فتعين كتاب عدول يتولون توثيق ما يجري بين المتعاقدين أمر مشروع فأصل تسمية كاتب العدل مأخوذ فيما يظهر من قوله تعالى: (وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ)، فدوائر كتابات العدل ليست دخيلة في التنظيم القضائي فأصولها عريقة في تاريخ القضاء الإسلامي وذلك أن من طبيعة الإنسان النسيان والجحود فإذا وجد كاتب العدل بينهم وقد أسندت إليه مهمة التوثيق فإن الأمر سيكون محسوما بما قد تم توثيقه عنده وبهذا تنقطع الخصومات بين الناس . كذلك فإن تعيين كتاب عدول يتولون توثيق معاملات الناس أمر يجعل التعاملات سالمة من الفساد أو البطلان وذلك لأن كاتب العدل يتحقق من صحة هذه التعاملات قبل توثيقها .

المطلب الثاني:

الأدلة على مشروعية تعيين كتاب العدل

دل على مشروعية تعيين كتاب العدل الكتاب والسنة والإجماع والعقل .

فمن الكتاب قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ) .

وجه الاستدلال من هذه الآية:

أن الله سبحانه وتعالى أمر في هذه الآية المتدائنين باختيار كاتب متصف بالعدالة ليكتب بينهم وأن يكتب كما علمه الله وليس كل واحد يتوافر فيه ذلك فدل على مشروعية اتخاذ الكاتب إذ لا سبيل إلى تحقيق الأمر في الآية الكريمة إلا بذلك.

ومن السنة:

مارواه زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - [أَمَرَهُ أَنْ يَتَعَلَّمَ كِتَابَ الْيَهُودِ حَتَّى كَتَبَ لِلنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كُتُبَهُ وَأَفْرَأَهُ كُتُبَهُمْ إِذَا كَتَبُوا إِلَيْهِ]. «رواه أبو داود، والترمذي وقال «حديث حسن صحيح» (ورواه البخاري معلقاً).

وجه الاستدلال من الحديث:

أن النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اتخذ كاتباً لما كانت الحاجة داعية إليه فدل على مشروعية تعيين كاتب العدل لأن الحاجة داعية إليهم لاسيما مع كثرة تعاملات الناس فيما بينهم والذي يوجب أن تضبط هذه التعاملات بما لا يفضي إلى التنازع ولا يتأتى ذلك إلا بتعيين كاتب عدول يتولون هذه المهمة.

ومن الإجماع:

أن الخلفاء الأربعة رضي الله عنهم ومن جاء بعدهم قد اتخذوا كتاباً يكتبون لهم أفضيتهم وسائر الأمور التي تحتاج إليها الدولة ولم ينكر عليهم أحد فكان ذلك إجماعاً منهم على مشروعية ذلك.

ومن المعقول:

تعيين كاتب عدل يتولون التوثيق أمر تدعوا إليه الحاجة إذ به تحفظ الحقوق من الضياع وتقطع الخصومات وتجري المعاملات وفق الشرع فتكون في مأمن من الفساد أو البطالان ومع كثرة التعاملات بين الناس فإن كتابات العدل تمنع تداخل هذه التعاملات بعضها مع بعض.

الفصل الأول:

شروط تولية كاتب العدل

المبحث الأول:

شروط وآداب تولية كاتب العدل في الفقه الإسلامي

أولاً: الشروط والآداب الواجب توافرها في كاتب العدل في الفقه الإسلامي:

الشرط الأول: الإسلام.

هذا الشرط اختلف الفقهاء في اشتراطه في الكاتب على أقوال، والراجح منها هو: أنه

يشترط في الكاتب الإسلام مطلقاً سواء كان بين المسلمين أو كان بين الكفار.

ذهب إلى هذا المالكية والحنابلة. ووجه عند الشافعية .
والأدلة :

الدليل الأول:

قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُورًا مَّا عَتَبْتُمْ قَد بَدَتِ الْبَغْضَاءُ مِنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمُ الْآيَاتِ إِن كُنتُمْ تَعْقِلُونَ).

وجه الدلالة من الآية:

أن الله سبحانه تعالى نهى عباده المؤمنين أن يتخذوا بطانة من المنافقين من أهل الكتاب وغيرهم يظهر ونهم على سرائرهم أو يولونهم بعض الأعمال الإسلامية وذلك أنهم هم الأعداء الذين امتلأت قلوبهم من العداوة والبغضاء فظهرت على أقوالهم وما تخفي صدورهم أكبر، فدل على تحريم توليتهم الكتابة لأن من استكتبهم فقد اتخذهم بطانة. الدليل الثاني: قوله - صلى الله عليه وسلم - [إننا لا نستعين بمشرك] « رواه مسلم، فالحديث نص في نفي الاستعانة بالمشركين وتوليتهم الكتابة يخالف ذلك. الدليل الثالث: قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - [الإسلام يعلو ولا يعلى عليه] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، والدارقطني، ورواه البخاري معلقاً، وحسن إسناده الدارقطني وابن حجر في فتح الباري. وجه الاستدلال:

الحديث صريح في النهي عن استعلاء غير المسلم على المسلم وتولية غير المسلمين الكتابة فيه استعلاء عليهم وفي هذا ارتكاب للنهي الوارد في الحديث فمنع هذا الخبر أن يكون في الإسلام ولاية لغير مسلم.

الدليل الرابع:

ما جاء في الأثر أن أبا موسى - رضي الله عنه - لما وفد على عمر - رضي الله عنه - ومعه كاتب نصراني فأعجب عمر ما رأى من حفظه فقال قل لكاتبك يقرأ لنا كتاباً قال إنه نصراني لا يدخل المسجد فانتهره عمر وهم به وقال لا تكرمهم إذا أهانهم الله ولا تدونهم إذا أقصاهم الله ولا تأتمنهم إذا خونهم الله عز وجل السنن الكبرى للبيهقي الشرط الثاني: العدالة:

يشترط في الكاتب أن يكون عدلاً، وإلى ذلك ذهب جمهور العلماء من الحنيفة، والمالكية والحنابلة، ووجه عند الشافعية .

استدلوا بما يلي:

١- قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ).

٢- قالوا ولأن الكتابة من باب الأمانة والأمانة لا يؤديها إلا العفيف الصالح.

الشرط الثالث: أن يكون الكاتب حراً.

وللعلماء في هذا الشرط قولان:

القول الأول: أن الحرية شرط في الكاتب فلا يجوز تولية العبد ولا المدبر ولا المكاتب ولا من فيه جزء من الرق وإن قل. ذهب إلى هذا القول الجمهور من الحنيفة والمالكية والشافعية.

القول الثاني: أن الحرية ليست بشرط في الكاتب بل هي صفة مستحبة ذهب إلى ذلك بعض الحنابلة.

الأدلة:

أولاً: أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن العبد لا ولاية له على نفسه فلا يجوز أن تكون له ولاية على غيره.

الدليل الثاني: أن العبد لا تقبل شهادته فلا تقبل كتابته وتوثيقه.

ويمكن مناقشة بأن الأصل المقيس عليه مختلف فيه فالقياس إذا غير صحيح.

ثانياً: أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: ما ورد عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: (لو أدركني أحد رجلين جعلت هذا الأمر إليه لو ثققت به سالم مولى أبي حذيفة - رضي الله عنه - وأبو عبيدة بن الجراح - رضي الله عنه - «رواه الإمام أحمد في مسنده.

ونوقش هذا الدليل على وجهين:

الأول: أن سالمًا كان مولى لأبي حذيفة ولاء عتاقه والولاء لمن أعتق ولم يكن باقيا في الرق ولهذا قال عمر - رضي الله عنه - عنه قوله السابق.

الثاني: أن عمر - صلى الله عليه وسلم - قال ذلك على وجه المبالغة في مدح سالم - رضي الله عنه - بدليل الإجماع على عدم جواز تولية العبد الإمامة على الأمة.

الدليل الثاني: القياس على الشهادة فكما أن شهادة العبد مقبولة فكذلك توثيقه وكتابته.

ونوقش بأن القياس على أصل مختلف فيه فهو قياس غير صحيح.

ويمكن مناقشة هذا الاعتراض بأن القول بعدم صحة القياس على أصل مختلف فيه ليس على إطلاقه فالأصل المقيس عليه في هذه المسألة هو قبول شهادة العبد وقبولها دل

عليه الدليل الصحيح الصريح فالعبد داخل في عموم قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) لأن العبد من رجالنا إذا فالقياس مبني على أصل صحيح وعدم قبول القياس على أصل مختلف فيه إنما هو حال المناظرة والجدل وأما في الترجيح فما يدين به القائل هو المعتمد .

الترجيح :

يترجح والله أعلم أن الحرية شرط في الكاتب إذا أسندت له ولاية الكتابة من قبل ولي الأمر لقوة أدلة اشتراط الحرية وضعف أدلة المخالفين بما ورد عليها من مناقشة وأما إذا كان الكاتب لم يعين من قبل ولي الأمر كما كانت عليه في السابق فلا تشترط الحرية لوجهة أدلة القول الثاني القاضية بعدم اشتراط الحرية في الكاتب والله أعلم .

الشرط الرابع: البلوغ والعقل:

والمراد ما يصبح به مكلفاً فلا يصح تولية ناقص العقل لأن شهادته غير مقبولة فلا يصح توثيقه ولأنه لا ولاية له على نفسه فلا يصح أن يكون والياً على غيره .

الشرط الخامس: العلم بأحكام الكتابة:

اشترط الفقهاء رحمهم الله أن يكون الكاتب عالماً بأحكام كتابته لئلا يوجب حقاً لم يجب ولا يسقط حقاً واجباً ، ولئلا يفسد بجهله أحكام الكتابة ما يكتبه .

قال تعالى: (وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ) .

ثانياً: الشروط والآداب المستحب توافرها في كاتب العدل في الفقه الإسلامي الشروط المستحب توافرها في الكاتب يصح تولية كاتب العدل بدونها ما دامت الشروط الواجبة متوافرة وتأتي أهمية هذه الشروط المستحبة في المفاضلة بين من توفرت فيهم الشروط الواجبة فالأمانة تقتضي أن يقدم الأصح لتولي هذا المنصب الهام وهذه الشروط هي:

أولاً: أن يكون فقيهاً بما زاد من علمه بأحكام الكتابة، لأنه يحتاج إلى الاختصار والحذف من كلام الخصمين ولا يقدر على ذلك إلا من له معرفة بالفقه .

ثانياً: أن يكون وافر العقل وليس المراد بالعقل الذي يتعلق به التكليف وإنما المراد أن يكون جزل الرأي سديد التحصيل حسن الفطنة لئلا يخدع أو يدلّس عليه .

ثالثاً: جوده الخط ووضوحه ، مع ضبطه الحروف وترتيبها فلا يترك فسحة يمكن

إلحاق شيء فيها وتفصيلها فلا يكتب سبعة مثل تسعة ولا ثلاثاً مثل ثلاثين .

رابعاً: فصاحة اللغة وعدم اللحن ، لكي يعبر عن المعاني تعبيراً صحيحاً .

خامساً: العلم بلغة الخصوم.

سادساً: معرفة الحساب لأنه محتاج إلى ذلك في القسمة الشرعية والموارث .

المبحث الثاني:

شروط تولية كاتب العدل في النظام

كتابة العدل من مرافق الدولة المهمة فقد أسند إليها ولاية توثيق بعض العقود والأقارير وهي بذلك تحفظ حقوق الناس وتنظم معاملاتهم فليس غريباً أن يشترط فيمن يتولى هذه الوظيفة شروطاً تكفل لهذا المرفق تحقيق أهدافه.

وبالنظر إلى الأنظمة التي ذكرت شروط من يتولى هذه الوظيفة نجد أنها مرت بمراحل تغييرها من أنظمة الدولة إلى أن وصلت هذه الأنظمة إلى نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم / ٧٨ وتاريخ ١٩ / ٩ / ١٤٢٨ هـ فقد نص على شروط من يتولى هذه الوظيفة في المادة (٧٦) بالإحالة إلى الشروط التي اشترطها في القاضي والتي نص عليها في المادة (٣١) وهذه الشروط

هي:

١ / أن يكون سعودي الجنسية بالأصل.

٢ / أن يكون حسن السيرة والسلوك.

٣ / أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة للقضاء بحسب ما نص عليه شرعاً.

٤ / أن يكون حاصلًا على شهادة إحدى كليات الشريعة بالمملكة أو شهادة أخرى معادلة لها، بشرط أن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان خاص يعده المجلس الأعلى للقضاء.

٥ / ألا يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالدين أو الشرف، أو صدر في حقه قرار

تأديبي بالفصل من وظيفة عامة، ولو كان قدر رد إليه اعتباره.

وأما المؤهلات فقد نصت المادة (٧٧) من نظام القضاء الجديد الصادر عام ١٤٢٨ هـ على استمرار العمل باللائحة الصادرة بالاتفاق بين وزير العدل ووزير الخدمة المدنية، المتعلقة بتحديد مؤهلات شغل فئات وظائف كتاب العدل، ويجوز لهما تعديل ما يلزم منها وفقاً لأحكام النظام.

ولائحة تحديد مؤهلات شغل وظائف كتاب العدل صدرت بموجب خطاب معالي رئيس الديوان العام للخدمة المدنية رقم ٤ / ن / ٣٦١٤٤ في ٣ / ١٠ / ١٣٩٨ هـ وخطاب معالي وزير العدل رقم ٥٣ / ٥ / خ في ٦ / ١٠ / ١٣٩٩ هـ ونصت المادة الأولى من هذه اللائحة على اعتبار وظائف كتاب العدل ضمن المجموعة العامة للوظائف الإدارية وتصنف كالتالي:

كاتب عدل بالمرتبة السابعة.

كاتب عدل بالمرتبة الثامنة.

كاتب عدل بالمرتبة التاسعة.

كاتب عدل بالمرتبة العاشرة.

كاتب عدل بالمرتبة الحادية عشرة.

ثم حددت المواد الرابعة إلى الثامنة المؤهلات المطلوبة لشغل كل مرتبة على النحو الآتي:

كاتب عدل بالمرتبة الثامنة:

المؤهلات المطلوبة:

١- الشهادة الجامعية في الشريعة أو ما يعادلها مع خبرة لمدة ولا تقل عن سنتين:

٢- شهادة الماجستير في الشريعة أو ما يعادلها.

كاتب العدل بالمرتبة التاسعة:

المؤهلات المطلوبة:

١- الشهادة الجامعية في الشريعة أو ما يعادلها مع الخبرة لا تقل عن أربع سنوات.

٢- شهادة الماجستير أو ما يعادلها مع الخبرة لا تقل عن سنتين.

٣- شهادة الدكتوراه في الشريعة أو ما يعادلها.

كاتب العدل بالمرتبة العاشرة:

المؤهلات المطلوبة:

١- الشهادة الجامعية في الشريعة أو ما يعادلها مع الخبرة لا تقل عن ست سنوات.

٢- شهادة الماجستير في الشريعة أو ما يعادلها مع الخبرة لا تقل عن أربعة سنوات.

٣- شهادة الدكتوراه أو ما يعادلها مع خبرة لا تقل عن سنتين.

كاتب عدل بالمرتبة الحادية عشرة:

المؤهلات المطلوبة يشترط في هذه المرتبة مؤهلات لا تقل عن مؤهلات المطلوبة لشغل وظيفة كاتب عدل بالمرتبة العاشرة ويتم شغل هذه الوظائف طبقاً لقرار مجلس الخدمة المدنية رقم ٢/ في ١٨/٨/١٣٩٨.

نتتهي مما سبق إلى أن شروط كاتب العدل في النظام هي ما نص عليه في نظام القضاء الصادر ١٤٢٨ هـ واللائحة الصادرة بناء على المادة (٩١) من نظام القضاء الصادر ١٣٩٥ هـ اعتماداً على نص المادة (٧٧) والتي تنص على أن يستمر العمل باللائحة الصادرة بالاتفاق بين وزير العدل ووزير الخدمة المدنية، المتعلقة بتحديد مؤهلات شغل

فئات وظائف كتاب العدل، ويجوز لهما تعديل ما يلزم منها وفقاً لأحكام هذا النظام.
الفصل الثاني:

قواعد اختصاص كتاب العدل

هذا الفصل معقود لبيان حدود ولاية كاتب العدل لئلا يختلط عمل كاتب العدل بعمل غيره وهذا الترتيب معروف في الفقه الإسلامي فقد اتفق الفقهاء على أن لولي الأمر تقييد اختصاص القاضي ومن باب أولى غيره من الولايات إذ المصلحة ظاهرة في هذا التقييد .

وبالنسبة لكتاب العدل فقد عنيت الأنظمة الخاصة بتنظيم أعمال كتاب العدل ببيان قواعد اختصاص كتاب العدل بدءاً بنظام كتاب العدل الصادر عام ١٣٤٦. ثم نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي الصادر عام ١٣٥٧ ونظام كتاب العدل الصادر عام ١٣٦٤ .

ونظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي الصادر عام ١٣٧٢ .

ونظام القضاء الصادر ١٣٩٥ هـ

وأخيراً نظام القضاء الصادر ١٤٢٨ هـ فقد نص في المادة (٧٤) و(٧٥) على تلك القواعد بقوله « المادة الرابعة والسبعون: تختص كتابات العدل بتوثيق العقود وضبط الإقرارات فيما عدا الأوقاف والوصايا، ويجوز أن يعهد ببعض هذه الاختصاصات إلى الغير، وذلك وفق لائحة تصدر بقرار من وزير العدل بناء على موافقة المجلس الأعلى للقضاء.

المادة الخامسة والسبعون:

تسند مهمة كتابة العدل - في البلد الذي ليس فيه كتابة عدل - إلى محكمة البلد. ويكون لها اختصاصات كتابة العدل وصلاحياتها في حدود اختصاص المحكمة المكاني .
 تعريف الاختصاص لغة واصطلاحاً:

الاختصاص في اللغة: من خصه بالشيء خصاً وخصوصاً وخصوصية والتخصص ضد التعميم .

فالاختصاص إذاً تفرد بعض الشيء بما لا يشاركه في الجملة .

وفي الاصطلاح لا يخرج المعنى الاصطلاحي للاختصاص عن المعنى اللغوي إلا أنه يختلف بحسب ما أضيف إليه.

لكن يمكن أن نضع تعريفاً متناسباً مع ما سيأتي الكلام عليه : فأقول الاختصاص هو تفرد الموظف العام بالقيام بمهام معينة في مكان معين .

المبحث الأول:

الاختصاص المكاني

المطلب الأول:

الاختصاص المكاني في الفقه الإسلامي

المكان لغة الموضع .

ويمكن تعريف الاختصاص المكاني لكاتب العدل بأنه : تنظيم صادر من ولي الأمر يقيد فيه من ولاه كتابة العدل مكاناً معيناً.

ومن الأدلة على جواز تخصيص عمل الولاية بمكان معين ما يلي:

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - بعث أبا موسى الأشعري ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما إلى اليمن كل واحد منهما على خلاف واليمن مخلافان ثم قال يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا فانطلق كل واحد منهما إلى عمله) رواه البخاري في صحيحه ، والمخلاف هو أي المدينة والصقع والإقليم .

الدليل الثاني: ما ورد أن أهل نجران جاءوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا ابعث لنا رجلاً أميناً فقال لأبعثن إليكم رجلاً أميناً حق أمين فاستشرف لها الناس فبعث أبا عبيدة بن الجراح رواه البخاري، في صحيحه.

الفرع الثاني: الاختصاص المكاني لكاتب العدل في النظام السعودي:

تحديد النطاق المكاني لاختصاص كاتب العدل يظهر أثره فيما يتعلق بالعقار فقط إذ مهمة كاتب العدل توثيق العقود وضبط الأقارير الشرعية فليست مهمته كالقضاء والذي فيه فصل، بين متداعيين؛ مدعي، ومدعى عليه مما يلزم معه التطرق إلى مسألة إقامة الدعوى وهل هي في بلد المدعي أو المدعى عليه.

فولاية كاتب العدل لا تخلو من أمرين:

أولهما: توثيق عقود وإقرارات شرعية غير متعلقة بعقار أو متعلقة بعقار بضبط الإقرار بالوصية به أو ضبط قسمة التراضي فيه أو توثيق عقد شركة مشتملة أعيانها على عقارات . فهنا ولاية كاتب العدل غير محدودة بنطاق معين وبناء على ذلك يسوغ لكاتب العدل أن يوثق عقد وكالة أو كفالة أو نحوهما مما لا يتعلق بعقار لأطراف قدموا عليه في مقر عمله من خارج نطاق اختصاصه المكاني بعد اتخاذه الإجراءات النظامية بموجب الإحالة الرسمية عن طريق مكتب الإحالات تحت إشراف الرئيس (المادة ٤ و٥ و١٠) من لائحة اختصاصات كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ).

ثانيهما: توثيق عقود وإقرارات شرعية متعلقة بعقار سواء يبيعه أو رهنه أو هبته غير ما

سبق أولاً وهو ما يتعلق بعقار يضبط الإقرار بالوصية به أو يضبط قسمة التراضي فيه أو توثيق عقد شركة مشتملة أعيانها على عقارات.

فالاختصاص المكاني لكاتب العدل حسب الأحوال الآتية:

أولاً: البلدة التي يوجد بها كتابة عدل ، فالاختصاص المكاني لكاتب العدل هو البلدة نفسها مهما بلغ اتساعها أو ضيقها ما دام الاسم يشملها (المادة (٤) من لائحة اختصاصات كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥هـ).

ثانياً: البلدة التي ليس فيها كتابة عدل ولا محكمة تقوم بعمل كتابة العدل ، تتبع أقرب كتابة عدل أو محكمة تقوم بعملها في منطقتها .

كما سبق يمكن تقسيم البلديات التي ليس فيها كتابات عدل ولا محاكم تقوم بعمل كتابات العدل إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: البلديات داخل المنطقة الإدارية الواحدة فهذه تتبع أقرب كتابة عدل أو محكمة تقوم بعمل كتابة العدل.

القسم الثاني: البلديات التي تقرب من كتابة عدل أو محكمة تقوم بعمل كتابة العدل خارج منطقتها الإدارية فهذه تتبع أقرب كتابة عدل أو محكمة تقوم بعمل كتابة العدل داخل منطقتها الإدارية ولو كانت البلدة التي يوجد بها كتابة عدل الخارجة عن المنطقة الإدارية أقرب فالعبرة بالقرب داخل المنطقة الإدارية.

القسم الثالث: البلديات التي تقع في مسافة متساوية في القرب، بين كتابتي عدل أو كتابة عدل ومحكمة تقوم بعملها وفي منطقة واحدة فهذه تبقى على تبعيتها سابقاً وعند التنازع يتم الرفع للوزارة من قبل كتابة العدل التي دفعت الاختصاص أولاً وذلك للفصل فيه.

والمعتبر في القرب هو الطريق المسلوكة عادة بالوسائل المعتادة (ينظر : لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥هـ المادة (٤)).

المبحث الثاني:

الاختصاص النوعي لكتاب العدل

المطلب الأول:

الاختصاص النوعي لكتاب العدل في الفقه الإسلامي

يمكن تعريف الاختصاص النوعي لكتاب العدل بأنه : تنظيم صادر من ولي الأمر يقيد فيه من ولاء كتابة العدل نوعاً معيناً من التوثيقات أو نقول المهام المسندة إلى كتاب العدل والتي يتعين عليهم القيام بها باعتبارها جزءاً من وظيفة السلطة العامة .

وكتابة العدل في بادئ أمرها لم تكن ولاية مسندة من قبل ولي الأمر وإنما كان الذي يقوم بها كل من اتصف بالعدالة وعلم بالكتابة ونُهي من اتصف بهذين الوصفين ودعي إلى الكتابة أن يرفض قال تعالى: ﴿ وَلِيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ﴾ .

وكانوا يقومون بذلك احتساباً وامتثالاً لأمر الله جاء في كتاب نسب قريش، أن طلحة بن عبد الله بن عوف المعروف بطلحة الندى وخارجة بن زيد بن ثابت، كانا في زمانهما يستفتيان وينتهي الناس إلى قولها ويقسمان المواريث بين أهلها من الدور والنخل والأموال ويكتبان الوثائق للناس وذلك بغير جعل.

ثم استحدث بعض القضاة تخصيص أشخاص معينين ليشهدوا بين الناس وحدهم لا تقبل شهادة غيرهم من الأشخاص الآخرين في حال ما إذا صار نزاع بين المستشهد والمشهود عليه.

وكان أول من دون أسماء الشهود القاضي عبد الرحمن بن عبد الله بن الحسين في فترة تولية القضاء فيما بين عام ١٨٥هـ - ١٩٤هـ ومع مرور الزمن ولما كان هؤلاء الشهود يطول مقامهم في مجلس القضاء فيطلعون على ما يكتبه القاضي تعلموا حرفة الكتابة وأخذوا يمارسون عمل كتابة الوثائق خارج مجلس القضاء وتوسعت اختصاصاتهم وكثرت أعدادهم جداً وانقسموا في بعض الأقطار الإسلامية إلى قسمين:

قسم يتولون ماله صلة بالعقار من بيوع وأحباس وهبات ووصايا.
وقسم يكتبون عقود الزواج والطلاق والمعاملات التجارية كالبيوع في المنقولات والوكالات.

وبدأت أعدادهم تزيد يوماً بعد يوم واندس بينهم الجهلة وذوو الغفلة وقلة التحصيل حتى صارت الكتابة مصدراً للارتزاق.

ولما لكتابة العدل من أهمية شرعية كان من واجبات ولي الأمر أن ينظم هذه الوظيفة ويضبطها بالضوابط الشرعية وهذا ما فعلته الدولة العثمانية فقد أجدوا ما يسمى بكتاب العدل لتسجيل المعاملات التجارية كعقود الشركات وعقود المبيعات والاتفاقيات والوكالات ... الخ .

ثم استحدث بعض القضاة تخصيص أشخاص معينين ليشهدوا بين الناس وحدهم لا تقبل شهادة غيرهم من الأشخاص الآخرين في حال ما إذا صار نزاع بين المستشهد والمشهود عليه .

المطلب الثاني:

الاختصاص النوعي لكاتب العدل في النظام السعودي

بيان الاختصاص النوعي من أهم ما تبينه الأنظمة عند إصدارها، وقد صدر بخصوص كتاب العدل أنظمة كلها تنص على الاختصاص النوعي لكاتب العدل:

فأولها نظام تشكيلات المحاكم الصادر بالمرسوم الملكي في ٤/٢/١٣٤٦ هـ

وثانيها نظام كتاب العدل الصادر بتاريخ ٢٦/٢/١٣٤٦ هـ.

وثالثها: نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي الصادر في ٤/١/١٣٥٧ هـ

ورابعها: نظام كتاب العدل الصادر بتاريخ ١٩/٨/١٣٦٤ وقد ألغى كل ما يتعارض معه من أنظمة وتعليمات وأوامر وقرارات سابقة بموجب المادة (٤٨) ونصت المادة الثامنة منه على اختصاصات كاتب العدل بقولها: تقوم دوائر العدل وما قام مقامها في الجهات التي ليس بها كاتب عدل بالأعمال التالية:

أ- تحرير الوثائق التجارية والتصديق عليها.

ب- تحرير السندات المالية على اختلاف أنواعها والتصديق عليها.

ج- تحرير العقود على اختلاف أنواعها والتصديق عليها.

هـ- تحرير المقاولات والإنذارات وتبليغها عقود الرهونات والتصديق عليها.

و- تسجيل خلاصة الصكوك الصادرة من الحاكم الشرعية.

خ- تسجيل الشركات بموجب نظامها (مؤقتاً).

ح- تقرير الفروع من المسقفات السلطانية والتصديق عليها.

وخامسها: نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي الصادر في ٢٤/١/١٣٧٢ هـ فقد

نصت المادة (١٧٨ و ١٧٩) على ما يلي:

١- النظر في الإقرارات وكل ما نصت عليه التعليمات الخاصة بكتاب العدل وضبطه

في الدفتر المخصص له...

٢- إصدار الصكوك المتعلقة بإقرارات والعقود المذكورة وتنظيمها تنظيماً شرعياً وفق

مذهب الإمام أحمد إلا ما نصت الأنظمة والتعليمات بيان يكون تنظيمه وفق مذهب

مخصوص...

وسادسها / نظام القضاء الصادر بتاريخ ١٤/٧/١٣٩٥ فقد نص في مادته (٩٣) على

ما يلي يختص كتاب العدل بتوثيق العقود وضبط الأقرار وفقاً لللائحة تصدر بقرار

من وزير العدل بناء على موافقة مجلس القضاء الأعلى....

وقد صدرت هذه اللائحة التنفيذية لاختصاص كتاب العدل ونصت في مادتها الثامنة

على ما يلي يختص كاتب العدل بتوثيق العقود والإقرارات الشرعية وإصدار الصكوك

المتعلقة بها وفق ما تقضي به الأصول الشرعية والأنظمة المرعية وما تسنده الوزارة إليه مستقبلاً ما لم ينص نظام أو تعليمات على استثناء شيء منها ومن هذه العقود والإقرارات التي يختص كاتب العدل بتوثيقها ما يلي:

- أ - انتقال ملكية العقارات.
- ب - الرهون وفكها.
- ج - عقود الشركات.
- د - تسليم المبالغ والتعويضات.
- هـ - قبول المنح السكنية والزراعة.
- و - الوكالات المبنية على الإقرار.
- ز - فسخ الوكالة أو العدول عنها سواء من قبل الوكيل أو الموكل.
- ح - الوصايا أو الرجوع عنها .
- ط - التنازل عن مبالغ أو أعيان أو جنسية.
- ي - الكفالة وفكها.
- ك - قسمة التراضي بين البالغين.

كما أن هذه اللائحة نصت في مادتها (٥٦)، بأن العمل بهذه اللائحة اعتباراً من تاريخ صدورها وتلغي كل ما يتعارض مع مواردها من تعليمات).

إلا أنه وأثناء كتابة هذا البحث صدر نظام القضاء بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ والذي حل محل نظام القضاء الصادر عام ١٣٩٥هـ بموجب المادة الأخيرة منه ونص في المادة الرابعة والسبعين: على نفس الاختصاصات المنصوص عليها في النظام القديم وهي توثيق العقود وضبط الإقرارات إلا أنه استثنى الوصايا والأوقاف من تلك العقود والإقرارات وأجاز أن يعهد ببعض هذه الاختصاصات إلى الغير، وذلك وفق لائحة تصدر بقرار من وزير العدل بناء على موافقة المجلس الأعلى للقضاء.

وإلى هذا التاريخ - (يعني تاريخ إعداد هذا البحث وهو ١٤٢٨هـ) - لم تصدر هذه اللائحة. فالمعمول به في الاختصاص النوعي لكاتب العدل حتى هذا التاريخ هو ما صدر بهذا الخصوص وهي اللائحة التنفيذية لاختصاص كاتب العدل الصادرة عام ١٤٢٥هـ.

المبحث الثالث:

الفئات التي منع كاتب العدل من التوثيق لهم

المطلب الأول:

الفئات التي منع كاتب العدل من التوثيق لهم في الفقه الإسلامي إذا نظرنا إلى الكتابة باعتبارها وسيلة إثبات يعتمد عليها القاضي في فصل النزاع نجد أنها تشترك مع الشهادة، فكل من الشهادة والكتابة وسيلة إثبات، يعتمد عليها القاضي في فصل النزاع لكن أفرد الفقهاء الشهادة بباب مستقل فصلوا في أحكامها وذكروا شروطها وصيغتها ونحو ذلك من أحكامها، أما الكتابة فلم يكن الكلام عليها في باب مستقل فجاء الكلام عنها عرضاً في أبواب متعددة من الفقه .

وقد ذكر الفقهاء رحمهم الله في باب الشهادات فئات منع الشاهد أن يشهد لهم، وبما أن الكتابة تؤدي ما تؤديه الشهادة من إثبات الحق وفصل النزاع فلعل كلام الفقهاء في منع الشاهد من الشهادة لفئات معينة ينطبق على الكاتب في منعه من الكتابة، لا سيما وقد ذكر الفقهاء أن الشهادة تجري مجرى الولايات والتمليكات، أما معنى الولاية فإن فيها تنفيذ القول على الغير .

وأما معنى التملك فإن الحكم يملك الحكم بالشهادة فكأن الشاهد ملكه الحكم وهذا ينطبق أيضاً على ولاية الكتابة .
إذا فالفئات التي منع الشاهد من الشهادة لها يمنع من الكتابة لها فهذه قاعدة عامة وفيما يلي التفصيل .

فقد أجمع العلماء على أن التهمة قاذحة في التصرفات على الغير، فيمنع كاتب العدل من التوثيق لكل من توجه إليه التهمة في التوثيق له ودليل هذه القاعدة السنة والمعقول .
فأما السنة فقول - صلى الله عليه وسلم - [لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا يجوز شهادة القانع لأهل البيت] أخرجه الإمام أحمد وأبو داود، والبيهقي، وحسنه الألباني في إرواء الغليل والغمر: الحنة والشحناء، والقانع: الأجير التابع مثل الأجير الخاص .

وأما المعقول: فلأن الشهادة خبر محتمل للصدق والكذب وإنما يكون حجة إذا ترجح جانب الصدق فيها وعند ظهور سبب التهمة لا يترجح جانب الصدق .
ويدخل في وصف التهمة الفئات الآتية على التفصيل الآتي:

أولاً: توثيق الكاتب لنفسه ولمصلحته الذاتية .

ثانياً: توثيق الكاتب لأصوله وفروعه :

الكلام في هذه المسألة مرتبط بمسألة حكم شهادة الإنسان لأصوله وفروعه فقد اختلف العلماء في ذلك على قولين :

القول الأول: لا تقبل شهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض ذهب إلى هذا القول الحنيفة. والمالكية والشافعية والحنابلة.

القول الثاني: تقبل شهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض وهو قول لبعض العلماء.
القول الثالث: تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب له وهذا القول يروى عن الإمام أحمد.

القول الرابع: تقبل شهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض إذا كانوا مبرزين في العدالة قال بذلك بعض من المالكية .

يترجح والله أعلم اعتبار التهمة وحدها الوصف المؤثر في الحكم وعليه يجب تعليق الحكم بها وجوداً وعدمياً ولا تأثير لخصوص القرابة ولا عمومها بل قد توجد القرابة حيث لا تهمة وتوجد التهمة حيث لا قرابة والشارع إنما علق قبول الشهادة بالعدالة ، وكون الشاهد مرضياً وعلق عدم قبولها بالفسق ولم يعلق القبول والرد بالأجنبية ولا قرابة، وما استدلل به أصحاب الأقوال السابقة لا تعدو إلا أن تكون أدلة عقلية مقابل عموم النصوص فترد.

ثالثاً: سائر الأقارب غير الأصول والفروع :

الكلام في هذه المسألة كسابقتها مرتبط بحكم شهادتهم فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن شهادتهم مقبولة ذهب إلى هذا القول الحنيفة، والشافعية، والحنابلة، والمالكية بشرط أن يكون مبرزا في العدالة وأن لا يكون في عياله.

القول الثاني: شهادتهم غير مقبولة نقل عن بعض العلماء.

الأدلة :

أدلة القول الأول : قالوا أن هؤلاء ليس بعضهم قسط في مال البعض عرفاً وعادة فالتحقوا بالأجانب وهذا القول هو الراجح لما سبق ذكره في المسألة السابقة.

رابعاً: الزوج لزوجته :

اختلف العلماء في شهادة الزوج على أقوال :

القول الأول: أن شهادته غير مقبولة ذهب إلى هذا الحنيفة، والمالكية، والحنابلة.

القول الثاني: أن شهادته مقبولة ما لم تكن الشهادة في زنا أو قذف ذهب إلى هذا القول الشافعية .

الترجيح:

الراجح والله أعلم ما سبق ذكره في مسألة شهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض .

المطلب الثاني:

الفئات التي منع كاتب العدل من التوثيق لهم في النظام السعودي حرص المنظم السعودي على منع الكاتب من التوثيق لبعض الفئات فقد نصت المادة الثانية عشرة من لائحة اختصاص كتاب العدل على فئات لا يجوز لكاتب العدل أن يحرر أو يصدق الأوراق المتعلقة بهم وهم: أولاً: تحرير أو تصديق الأوراق المتعلقة بمصلحة الكاتب الذاتية.

ثانياً: تحرير أو تصديق الأوراق المتعلقة بأصوله وفروعه من النسب.

ثالثاً: تحرير أو تصديق الأوراق المتعلقة بالزوجة

ومفاد هذه المادة حصر المنع في هذه الفئات دون من سواهم فلا يشمل المنع سائر الأقارب من غير الأصول والفروع كالأخ والعم والخال وهذا متفق مع مذهب الخابلية وقول جمهور العلماء كما تقدم وذلك لأن التهمة في هذه الفئات التي نص عليها النظام هي الغالب .

المبحث الرابع:

تنازع الاختصاص بين المحاكم وكتابات العدل

تعريف التنازع لغة:

النون والزاء والعين أصل صحيح يدل على قلع الشيء وجذبه أو التنازع التخاصم يقال تنازع القوم اختصموا وبينهم نزاعة أي خصومة والمنازعة في الخصومة تجاذب الحجج، وتقدم بيان معنى الاختصاص.

تعريف التنازع اصطلاحاً:

الغالب قي تنازع الاختصاص أن يكون بين قاضيين أو محكمتين أو جهتين قضائيتين إما إيجاباً أو سلباً ويراد به: التجاذب بين قاضيين أو محكمتين أو جهتين قضائيتين إما إيجاباً أو سلباً.

ويلحظ على هذا التعريف أنه قصر تعريف تنازع الاختصاص في تنازع الاختصاص القضائي مما أخرج تنازع الاختصاص بين المحاكم وكتابات العدل إذا ليست كتابة العدل جهة قضائية ولا محكمة ولا يعد كاتب العدل قاضياً بمعنى أنه يفصل النزاع بين الخصوم.

لذا فإنه يحسن تعريف تنازع الاختصاص بشكل يعم تنازع الاختصاص بين المحاكم وغيرها من الدوائر الرسمية فأقول: تنازع الاختصاص هو التجاذب بين جهتين رسميتين إيجابياً أو سلبياً.

وتنازع الاختصاص بين المحاكم وكتابات العدل يقع في نوعين من أنواع الاختصاص:
أولاً: تنازع الاختصاص المكاني:

تتفق المحاكم وكتابات العدل في نطاق اختصاصهما المكاني فإذا وجدت في بلدة محكمة وكتابة عدل فنطاق اختصاص المحكمة المكاني هو نطاق كتابة العدل المكاني، وبالتالي فلا يتصور حصول تنازع بين محكمة وكتابة عدل ما دامتا في بلدة واحدة .

ثانياً : تنازع الاختصاص النوعي:

الاختصاص النوعي لكتاب العدل هو توثيق العقود والإقرارات وإصدار الصكوك المتعلقة بها كما نصت على ذلك اللائحة في مادتها الثانية وما كان من ذلك محتاج إلى إثبات أو حكم أو يمين أو سماع بينات أو جرح أو تعديل فمن اختصاص المحاكم كما بينت ذلك اللائحة في مادتها الثالثة .

فمثلاً الوكالات وجميع الإقرارات التي لم يتسن تصديقها عند كاتب العدل ، أو حصل تنازع بين الوكيل والموكل وأراد الوكيل إثبات وكالته فمرجع الإثبات في ذلك المحاكم الشرعية .

إلا أنه قد يحصل التنازع بين المحاكم وكتابات العدل بسبب انطباق عدة أوصاف على المعاملة الواردة إليهما .

ومن الأمثلة على ذلك تحويل الأرض الزراعية إلى سكنية فعندنا هنا وصفان .

الأول: أن هذا التحويل إقرار، وبناء على ذلك فإنه من اختصاص كتابة العدل لأن ضبط الإقرارات من اختصاص كتابة العدل .

الثاني : أن هذا التحويل تعديل للصك وبناء على ذلك فإنه إن كان صادراً من كتابة العدل فتخصص به كتابة العدل وإن كان صادراً من المحكمة فتخصص به المحكمة لأن تعديل الصك يختص به مصدره .

الفصل الثالث:

اختصاصات كاتب العدل في توثيق العقود

المبحث الأول:

توثيق عقود المعاوضات

المطلب الأول:

توثيق عقود بيع الأراضي والعقارات

يختص كاتب العدل بتوثيق عقود بيع الأراضي سواء كانت زراعية أو غيرها كما يختص بتوثيق عقود بيع العقارات من مبان سكنية وتجارية وسواء كانت مجزئة كالشقق والداكسين أو غير ذلك كالفلل ونحوها وهذا ما نصت عليه المادة الثانية والمادة

الخامسة والعشرون من اللائحة التنفيذية لاختصاص كتاب العدل .
المطلب الثاني:

توثيق عقد إجارة الأراضي الزراعية

يختص كاتب العدل بتوثيق عقد أجرة الأراضي الزراعية فعقد الأجرة داخل في العقود التي نص المنظم على أن كتابة العدل مختصة بتوثيقها (كما في المادة ٧٤ من نظام القضاء الجديد الصادر عام ١٤٢٨هـ) - وقد صدر التعميم الوزاري رقم ٨/ت ٩٧ في ١٨/٩/١٤١١هـ متضمنا تنظيم توثيق هذا العقد .

المبحث الثاني:

توثيق عقود التبرعات

المطلب الأول:

توثيق عقد الهبة

عقد الهبة من العقود التي تنقل الملكية من المهدي إلى المهدي إليه وقد نصت المادة الثانية من لائحة اختصاص كتاب العدل على أن توثيق عقود انتقال ملكية العقارات من اختصاص كتاب العدل فعقد توثيق هبة العقارات من اختصاص كتاب العدل ويشمل ذلك المنح الحكومية للأفـراد زراعية كانت أو سكنية.

المطلب الثاني:

توثيق عقد الوصية

بموجب المادة (٧٤) من نظام القضاء الجديد الصادر عام ١٤٢٨هـ فإن توثيق عقد الوصية غير داخل في اختصاصات كاتب العدل .

المبحث الثالث:

توثيق عقود التوثيقات

المطلب الأول:

توثيق عقد الكفالة

وهذا ما نصت عليه المادة الثانية بند(ي) من اللائحة التنفيذية لاختصاص كتاب العدل .

المطلب الثاني:

توثيق عقد الرهن

وهذا ما نصت عليه المادة الثانية بند(ب) من اللائحة التنفيذية لاختصاص كتاب العدل .

المبحث الرابع:

توثيق عقود المشاركات

وهذا ما نصت عليه المادة الثانية بند (ج) من اللائحة التنفيذية لاختصاص كتاب العدل .

المبحث الخامس :

توثيق عقود الاطلاقات

المقصود بعقود الاطلاقات : أي التي لا تدخل في أي من التقسيمات المتقدمة فليست عقود معاوضة ولا عقود تبرع ولا عقود توثيق ولا عقود مشاركة فهي مطلقة من التقييد بأي وصف من الأوصاف المتقدمة.

وهذا ما نصت عليه المادة الثانية بند (و) من اللائحة التنفيذية لاختصاص كتاب العدل .

ومن أبرز هذه العقود هي :

توثيق عقد الوكالة.

الفصل الرابع :

إجراءات توثيق العقود لدى كاتب العدل

المبحث الأول :

الإجراءات الشكلية

يمكن تعريف الإجراءات الشكلية بأنها : التصرفات التي يتخذها كاتب العدل ومريد التوثيق ليكون ظاهر الوثيقة حسب ما هو مقرر شرعاً ونظاماً .

الفرع الأول: الإجراءات الشكلية في الفقه الإسلامي :

لكي يكون العقد الموثق حجة عند الإثبات فإنه يجب أن تتوافر فيه صفات نص الفقهاء على ذكرها وهي على النحو التالي :

أولاً : البدء بالبسملة :

البدء في المكاتبات بسم الله الرحمن الرحيم شعار أهل الإسلام تأسيساً بالرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - في مكاتباته كما في كتابه إلى هرقل عظيم الروم فقد بدء بقوله : ((بسم الله الرحمن الرحيم من محمد بن عبد الله إلى هرقل عظيم الروم)) رواه البخاري في صحيحه .

ثانياً : سماع الإملاء من الذي عليه الحق :

ما لم يمنع مانع من سفه أو صغر أو خرس فيتولى الإملاء وليه وعلى الكاتب أن يكتب جميع ما سمعه من غير أن يبخس منه شيئاً لقوله تعالى : ﴿ وَتُؤْمَلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ

الْحَقُّ وَلَيَتَّقِ اللهُ رَبَّهُ وَلَا يَخْسُ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلَأَ هُوَ قَلْمًا لَمْ يَلِمْهُ بِالْعَدْلِ ﴿٤﴾ .

ثالثاً: ذكر ما يميز المعقود عليه من الصفات ويشمل ذلك ما يلي :

(أ) يذكر نوع العقد من كونه بيعاً أو إجارة أو هبة أو رهناً ونحو ذلك .

(ب) يذكر الصفات التي تخرج المعقود عليه من حد الجهالة .

(ج) يذكر ما دفعه وما قبضه المتعاقدان وما بقي لكل منهما على الآخر إن كان هناك شيء متبقي ومتى تحمل المطالبة بما يفني حتى لا يجحد أحد الطرفين حق الآخر أو ينسأه .
رابعاً: الكتابة بالألفاظ لا لبس فيها ولا غموض :

لما كان الغرض من التوثيق حسم باب المنازعات والرجوع إلى الوثيقة لمعرفة الحق الواجب كان من أهم ما يجب على الموثق الاعتناء به مراعاة ما يزيل الالتباس والغموض الذي يؤدي إلى المنازعة فيجتنب الألفاظ المشتركة ما استطاع ويختار الألفاظ الصريحة الواضحة .

خامساً: ذكر اسم الموثق :

الوثيقة تكون صالحة للاحتجاج بها متى ما توافرت شروطها ومن شروطها أن يكون كاتبها عدلاً لقوله تعالى: ﴿ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾ ولا يمكن معرفة توفر هذا الشرط إلا بذكر اسم الموثق .

سادساً: الاحتياط في ذكر ما يفيد صحة التصرف:

النص على ذكر ما يفيد صحة التصرف ونفاذه ولزومه وخلوه مما يفسده من الأمور التي اعتنى بها الفقهاء في كتابة الوثيقة .

سابعاً: التأريخ بعد الفراغ من كتابة الوثيقة واستكمال ما سبق من إجراءات :

يؤرخ الكاتب الكتاب باليوم والشهر والسنة ثم يقرأه على الشهود ومن ثم يسجل شهاداتهم عليه وتوقيعهم أيضاً ولو فرض أن المكتوب في عدة أوراق فإنه يكتب علامته على كل ورقة ثم في آخر الكتابة يسجل عدد الأوراق ويذكر عدد النسخ لهذا المكتوب إن وجدت .

الفرع الثاني: الإجراءات الشكلية في النظام السعودي :

الإجراءات الشكلية عند توثيق العقود التي يختص كاتب العدل بتوثيقها قد تتفق في بعض الإجراءات وقد ينفرد كل عقد بإجراء يتناسب معه وبالنظر إلى طبيعة العقود الموثقة لدى كاتب العدل نجد أن منها ما ينقل الملكية من شخص لآخر ومنها ما لا ينقل الملكية فالعقود التي تنقل الملكية هي بيع وهبة الأراضي والعقارات وكذلك

إجارتها باعتبار أن الإجارة نقل للملكية مؤقتاً وإجراءات توثيق هذه العقود متقاربة كما أن توثيق باقي العقود غير ما تقدم من الكفالة والرهن والوكالة والشركة متقاربة في إجراءاتها وهذه الإجراءات على النحو التالي .

أولاً: توثيق عقود بيع وهبة الأراضي والعقارات :

جرى عمل كتابات العدل عند استخراج وثيقة عقد فيه نقل ملكية أرض أو عقار سواء كان بيعاً أم هبة إتباع الإجراءات الآتية .

أولاً: يجب على المراجع الذي يريد توثيق عقد البيع أن يلتزم بمتطلبات التوثيق النظامية وهي على النحو الآتي: « الدليل الإرشادي الشامل لأعمال كتابات العدل ، الصادر من وزارة العدل ص (٤-٥-٦) ».

أولاً: ما يتعلق ببيع أو هبة العقارات:

١. حضور البائع والمشتري ومعهم هوياتهم الرسمية .
٢. إحضار صك العقار .
٣. حضور شاهدين ومعها هويتها الرسمية .
٤. في الأراضي الزراعية يتطلب عند الإفراغ إحضار موافقة البنك الزراعي على المبيعة.
٥. إفراغ البنوك يتطلب إحضار موافقة من مؤسسة النقد.
٦. في حالة كون العقار مرهوناً يتطلب الإفراغ موافقة ومن ثم رهن العقار لصالحه على انتقال الملكية .

ثانياً: ما يتعلق بشراء غير السعودي للعقار :

١. حضور البائع والمشتري ومعها هويتها الرسمية .
 ٢. ورود الموافقة على التملك من الجهة المختصة بالإذن .
 ٣. إحضار صك العقار .
 ٤. حضور شاهدين ومعها هويتها الرسمية .
- ثالثاً: ما يتعلق ببيع غير السعودي للعقار :

١. استيفاء رسم البيع المقرر من الجهة المختصة ما عدا رعايا دول مجلس التعاون الخليجي .

٢. حضور البائع والمشتري ومعها هويتها الرسمية .
 ٣. إحضار صك العقار .
 ٤. حضور شاهدين ومعها هويتها الرسمية .
- رابعاً: ما يتعلق بعقار القاصر وفاقد الأهلية :

- ١ . حضور الأب من الطرف الآخر (البائع - المشتري) . ومعها هويتها الرسمية .
 - ٢ . إحضار صك التملك .
 - ٣ . إحضار صك الولاية على الولد إذا تجاوز خمس عشرة سنة الذي يفيد استمراره قصوره .
 - ٤ . حضور شاهدين ومعها هويتها الرسمية .
خامساً: ما يتعلق بالمنح :
 - ١ . حضور الممنوح ومعها هويته الرسمية .
 - ٢ . ورود المعاملة المنحة من الجهة المختصة .
 - ٣ . حضور مندوب جهة المنح .
 - سادساً: ما يتعلق بتوثيق هبة العقار للقاصر :
 - ١ . حضور مالك العقار وولي القاصر ومعها هويتها الرسمية .
 - ٢ . إحضار صك التملك .
 - ٣ . إحضار صك الولاية على القاصر .
 - ٤ . حضور شاهدين ومعها هويتها الرسمية .
- ثانياً: يسند إلى أحد كتاب العقد القيام بمهمة التوثيق عن طريق مكتب الإحالات تحت إشراف الرئيس ولا يسوغ لأي كاتب عدل اتخاذ أي إجراء إلا بإحالة رسمية مع الإشارة في الضبط إلى رقم الإحالة وتاريخها « المادة (١٠) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ ».
- ثالثاً: يتحقق كاتب العدل من شخصيات العقد من البائع والمشتري والشهود عن طريق الهويات الرسمية «المادة (١١) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ» .
- وإذا كان وكيلاً فيتحقق من أن الوكالة تنص على تحويل الوكيل بذلك «المادة (١٤) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ» .
- رابعاً: يتحقق كاتب العدل من صك العقار فإذا ظهر له سلامته استفسر عن السجل الأصيل عن طريق قسم السجلات للتأكد من عدم وجود أي إجراء غير شرعي يفسد البيع كالبيع السابق ونحو ذلك هذا في حال ما إذا كان الصك صادراً من إدارته . أما إذا كان الصك صادراً من خارج إدارته فلا يخلو من الأحوال الآتية .
- الحالة الأولى: أن يكون العمل صادراً من المحكمة فعليه بعث الصك مرفقاً به نموذج استفسار معد من قبل الوزارة لهذا الغرض عبر القنوات الرسمية «المادة (١٦)

من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ والنص على بعث الصك عبر القنوات الرسمية لمنع تسلم المعاملة وتسليمها مناولاً .

الحالة الثانية: أن يكون الصك صادراً من خارج ولاية كاتب العدل وكان بعد تاريخ ١٨/٣/١٤٠٠ فيتم عرضه على الوزارة مع إرفاق صورة من إثبات شخصية المتقدم إما إذا كان قبل هذا التاريخ فيستفسر من الجهة المصدرة للصك عن سريانه عبر القنوات الرسمية مع أخذ صورة إثبات المتقدم .
رابعاً: من الإجراءات:

إذا تبين لكاتب العدل بعد استفساره عن سريان الصك أنه مجرى عليه بالتهميش بانتقال ملكية العقار وكان بعد تاريخ ١٨/٣/١٤٠٠ هـ فيتم عرضه على الوزارة مع إرفاق صورة من إثبات شخصية المتقدم .

أما إذا تبين له سلامته من الإجراءات اللاحقة فإنه ينتقل إلى الإجراء الآتي.
خامساً: سماع الإقرارات من أطراف العقد ففي عقد البيع يسمع إقرار البائع بالبيع وقبضه الثمن وإقرار المشتري بالشراء وقبض المبيع مع وصف المبيع وصفاً.

تتفني به الجهالة بذكر الحدود الأربعة وأطوالها وذكر مجموع المساحة وإذا كان المبيع شقة أو محلاً تجارياً في أحدى العمائر فبالإضافة إلى ما سبق يحدد الطابق ورقم الشقة أو المحل وكذلك نصيب المشتري من الأرض المقام عليها المبنى إذا كان البيع مشتملاً على ذلك وتحديد حقوق الارتفاق من طرق وعمرات وسطوح ومواقف سيارات وخلافه وفق مخطط هندسي أو إقرار مساحي مصدق من الجهة المختصة «المادة (٢٥) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ».

سادساً: الإشهاد على ما سبق من قبل شاهدين بعد التثبت من هويتها الرسمية في عقد البيع والهبة لا في المنح فلا يتطلب فيها شهود .

سابعاً: تلاوة الضبط على أصحاب العلاقة «المادة (٢٠) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ» وأخذ توقيع جميع من يلزم توقيعهم ووضع بصمة إبهام من لا يحسن كتابة أسمه وتوقيفه «المادة (٢٣) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ».

ثامناً: توقيع كاتب العدل : ويجب أن يكون ختمه الذاتي بجانب توقيع .
تاسعاً: توقيع كاتب الضبط بعد تنظيم الصك وكتابة رقم وتاريخ وصحيفة وبلد وعام الضبط على ظهر الصك «المادة (٢٠) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ».

عاشراً : إحالة الصك للسجلات لتسجيله وترقيمه وتظهيره» المادة (٢٠) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ.

الحادي عشر : الشرح على الصك أنه جرى تنظيم صك وسجل برقم وتاريخ» المادة (٢٠) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ..

الثاني عشر : الشرح على صك السجل بما تم من إجراء مع ختم وتوقيع الشروحات.
الثالثة عشر : يسلم الصك النهائي بعد ختمه الختم الرسمي و انتهاء جميع الإجراءات لصاحب العلاقة أو لوكيلة إذا كانت وكالته تحوله التسليم بعد التأكد من إثبات شخصيته ويؤخذ توقيع مستلم الصك في الدفتر المخصص لذلك «المادة (٤٥) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ».

وهذا يعني أن الصك يكتب ثلاث مرات :

المرّة الأولى / عند سماع الأقوال لضبطها وأخذ توقيع من يلزم توقيعه على الصك.

المرّة الثانية / عند تسجيل الصك في السجلات لتسجيله وترقيمه وتأريخه.

المرّة الثالثة / عند استكمال الإجراءات يسلم صك لطالب الوثيقة محتوماً بالختم الرسمي وتوقيع ختم كاتب العدل وختمه .

ثانياً : توثيق عقد إجارة الأراضي الزراعية :

توثيق عقد إجارة الأراضي الزراعية مع أهميته في حفظ الحقوق وإثباتها عند التنازع، فهو أيضاً من متطلبات الحصول على القروض التي تمنحها الدولة للمزارعين فهذه القروض تشمل مالكي المزارع ومستأجرها أيضاً ممن يمارس هذه المهنة حسب ما قرره مجلس إدارة البنك الزراعي في جلسته ذات الرقم ٤٠٣/٢٧٠ في ٢٣/١/١٤٠٣ هـ.

وللحصول على وثيقة عقد إجارة الأراضي الزراعية من كتابة العدل جرى العمل في كتابات العدل إتباع الإجراءات السابقة لعقد البيع ، فلا بد من حضور كل من المؤجر مالك قطعة الأرض الزراعية والمستأجر الذي يرغب استغلال منفعة العقار إما بنفسيهما وإما بحضور من ينوب عنهما بصفة شرعية من وكالة أو نظارة أو ولاية شرعية ، وأخذ توقيعيهما في الضبط مع شاهدي الإقرار والمعرفين للمقرين . إلا أنه عند سماع الإقرارات يتم ضبط إقرار المؤجر والمستأجر للأرض الزراعية في دفتر مفتوح يخص كاتب العدل ، وهذا الضبط المفتوح اصطلاحاً لنوعية من الدفاتر المسطرة الخالية من النموذج بحيث يتم إنشاء مساحة الأسطر من قبل كاتب العدل في أثناء ضبط المعاملة ، وذلك الاختلاف العقود وما تشمله من اتفاقات وشروط ، كما أن التوجيه بضبط العقد في دفتر كاتب العدل يدل على جهة حكومية .

وبعد ضبط عقدة الأجرة ينسخ صك بما تم ضبطه ويكون تنظيم الصك وفق ما تم ضبطه مع اختصاره اختصاراً غير مخل ثم يسجل هذا الصك حرفياً بسجل كاتب العدل وبهذا يُعلم أن الصك يكتب ثلاث مرات.

ما يشتمل عليه عقد الأجرة عند ضبطه:

وصف العين المؤجرة ويكون بذكر حدودها وأطوالها ومساحتها وموقعها وأسمها الذي تشتهر به العين وهو الغالب على الأراضي الزراعية .

ذكر ما يلحق العين المؤجرة من أعيان أخرى يقع عليها أيضاً عقدة الأجرة كالمعدات والمنشآت والمساكن وغير ذلك .

ذكر رقم صك ملكية العقار وتاريخه ومصدره .

ذكر ألفاظ الإيجاب والقبول من المؤجر والمستأجر فيما يقع عليه عقد الإجارة .

ذكر ما بين المؤجر والمستأجر من شروط صحيحة يحصل الاتفاق منها عليها .

ذكر ما للبنك الزراعي من شروط معتبرة إن وجدت وأخذ إقرار من يخصه من الطرفين بالموافقة عليها .

ذكر مقدار مدة الأجرة التي قد تكون طويلة أو قصيرة معتادة ، بل قد تكون لزراعة محصول زراعي في موسمه والذي قد لا يتجاوز أحياناً ثلاثة أشهر .

ذكر بداية مدة الأجرة .

٩- ذكر مقدار الأجرة وكيفية سدادها .

ومن ضمن التعليمات المنظمة لتوثيق عقد الأجرة أنه يتم التهميش على صك الملكية بم تم من عقد الإجارة .

ثالثاً: توثيق عقد الكفالة والرهن والشركة والوكالة:

هذه العقود يجمعها رابط مشترك وهو عدم وجود نقل للملكية عند توثيقها والإجراءات فيها متفقة عدا ما يتطلبه كل عقد من متطلبات نظامية وهذه الإجراءات

على النحو الآتي :

أولاً: يجب على كل من يريد استخراج وثيقة عقد من العقود المتقدمة الذكر أن يلتزم بالمتطلبات النظامية وهي على النحو الآتي : « الدليل الإرشادي الشامل لأعمال كتابات

العدل ، الصادر من وزارة العدل»:

أولاً: ما يتعلق : بالكفالات :

حضور الكفيل ومعه هويته الرسمية .

خطاب من الجهة طالبة الكفالة كالبنك الزراعي مثلاً فيحضر المكفول خطاب من

مدير البنك الزراعي يتضمن طلب توثيق كفالة الكفيل .
 إحصار شاهدين معرفين ومعها هويتها الرسمية .
 التصديق على ملاءة الكفلاء من الجهة المختصة .
 ثانياً : ما يتعلق بالرهون للجهات الحكومية :

حضور الراهن (مالك العقار أو الأعيان) ومعه هويته الرسمية .
 ورود خطاب من الجهة طالبة الرهن .

إحصار صك التملك في حال كون المرهون عقاراً .
 ثالثاً : ما يتعلق بالرهون للأفراد والجهات الأهلية :

حضور الراهن والمرتهن ومعها هويتها الرسمية .
 إحصار صك العقار إذا كان المرهون عقاراً .

حضور شاهدين ومعها هويتها الرسمية .

ويشترط لرهن عقار القاصر وفاقد الأهلية إحصار صك شرعي من المحكمة بالإذن بالرهن .

رابعاً : ما يتعلق بتوثيق عقود الشركات :

حضور الشركاء ومعهم هوياتهم الرسمية أو من ينوب عنهم بصفة شرعية .
 ورود خطاب من الجهة المختصة بطلب تسجيل العقد .

إحصار صور للعقد بعدد الشركاء مع نسخة واحدة إضافية .

حضور شاهدين معرفين ومعها هويتها الرسمية .

خامساً : ما يتعلق بتوثيق الوكالات :

١ - حضور الموكل ومعه هويته الرسمية .

ويكتفى بالهوية بالنسبة للرجل عن إحصار شاهدين في جميع الوكالات عدا نموذج الوكالات العامة وما يماثلها .

وبالنسبة للوكالات المراد استخدامها خارج المملكة ما عدا استقدام العمال ، لا بد من تصديقها من وزارة العدل أو من له صلاحية بالتصديق كرئيس كتابة العدل أو فرع الوزارة وكذلك يلزم تصديقها من وزارة الخارجية أو من أحد فروعها .

٢ - إذا كان الموكل وكيلاً أو ناظراً أو ولياً فيجب إحصار صك الوكالة أو النظارة أو الولاية المخول له بالتوكيل

٣ - يكون التوكيل عن الشركات بحضور ممثل الشركات النظامي .

٤ - للأب التوكيل عن أولاده القاصرين عن سن الرشد - الخامسة عشر فما دون -

دون الحاجة إلى إحضار صك الولاية .

وكالة الاستقدام:

حضور الموكل ومعه هويته الرسمية والتأشيرة .

ويشترط أن يكون أحد الفئات التالية:

- أن يكون سعودياً .
- أو مكتب مرخص له بالاستقدام .
- أو غير سعودي لاستقدام نفسه بنفسه .
- أو غير سعودي يعمل تحت كفالة صاحب التأشيرة .

ثانياً: تسند مهمة توثيق العقد إلى أحد كتاب العدل عن طريق مكتب الإحالات

تحت إشراف الرئيس كما تقدم في القسم الأول .

ثالثاً: يتحقق كاتب العدل من شخصيات العقد والشهود عن طريق الهويات

الرسمية.

رابعاً: سماع الإقرارات من أطراف العقد .

خامساً: الإشهاد على ما يلزم فيه الإشهاد وقد تقدم بيان ذلك.

سادساً: تلاوة الضبط على أصحاب العلاقة وأخذ توقيع جميع من يلزم توقيعهم

ووضع بصمة إبهام من لا يحسن كتابة أسمه وتوقيفه .

سابعاً: توقيع كاتب العدل: ويجب أن يكون ختمه الذاتي بجانب توقيعته .

ثامناً: يسلم صك نهائي بعد ختمه الختم الرسمي وبعد انتهاء جميع الإجراءات

لصاحب العلاقة أو لوكيلة إذا كانت وكالته تحوله التسليم بعد التأكد من إثبات شخصيته

ويؤخذ توقيع مستلم الصك في الدفتر المخصص لذلك « المادة الخامسة والأربعون من

لائحة اختصاص كتاب العدل الصادرة ١٤٢٥ هـ».

وهذا يعني أن الصك في هذه العقود يكتب مرتين:

المرّة الأولى / عند ضبط الأقوال وأخذ توقيع من يلزم توقيعته على الصك كما في

النموذج المحدد لذلك .

المرّة الثانية / بعد انتهاء الإجراءات يسلم صك نهائي لطالب الوثيقة مختوماً بالختم

الرسمي وتوقيع كاتب العدل وختمه كما في النموذج المحدد لذلك .

المبحث الثاني:

الإجراءات الموضوعية

المراد بالإجراءات الموضوعية هنا: هي « ما يلزم توافره في الوثيقة من غير أن يتخذ

شكلاً معيناً» وهذه الإجراءات الموضوعية قد مر ذكرها في مواضعها في البحث لكن أعيد ذكرها بما يتناسب مع هذا البحث لأهميتها :

أولاً: التقيد التام بالاختصاص سواء أكان نوعياً أو مكانياً :

تحديد ولي الأمر لكاتب العدل نوعاً معيناً من التوثيق في مكان معين يفيد أن ولايته في حدود ما قيد به وبالتالي فلا ولاية له خارج نطاق اختصاصه المكاني أو النوعي مما يعني أن الإجراء الذي يتخذه خارج نطاق اختصاصه يعد إجراء باطلاً لا ترتب عليه آثاره ويكون كاتب العدل مسؤولاً عن ذلك «المادة (٥) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادر عام ١٤٢٥ هـ «ويصبح ما أصدر من صك وثيقة عادية «المادة (١٩٦) من نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي الصادر عام ١٣٧٢ هـ».

ثانياً: التحقق من عدم مخالفة أحكام الشرع أو النظام :

من مسؤوليات كاتب العدل عند توثيقه لأي عقد أن يتحقق من أنه لا يخالف أحكام الشرع وعليه أن يمتنع من توثيق أي عقد يخالف الوجه الشرعي ويكون مسؤولاً عن ذلك «المادة (١٨٢) نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي (١٣٧٢)».

ومما يدخل في مخالفة أحكام الشرع التوثيق لمن منع كاتب العدل التوثيق لهم ومما يدخل في مخالفة النظام توثيق عقد رهن لجهة حكومية من غير ورود خطاب من الجهة الحكومية طالبة التوثيق.

المبحث الثالث:

حجية الأوراق الصادرة من كاتب العدل

الصكوك الصادرة من كاتب العدل تتميز بخاصيتين تجعل لها قوة إثبات مطلقة :

الخاصية الأولى : كونها مستند رسمي .

والمستند الرسمي حجة مطلقاً لا يحتاج في إثباته إلى بينة إضافية متى ما توافرت فيه الشروط الآتية.

١- أن يقوم بكتابة الورقة موظف عام .

٢- أن يكون تحريرها من أعمال وظيفية .

٣- أن يستوفي كافة الإجراءات المعمول بها في تلك الدائرة .

الخاصية الثانية :

النص النظامي الوارد في المادة (٨٠) من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي م/ ٧٨ في ١٩/٩/١٤٢٨ هـ فقد بين أن الأوراق الصادرة عن كاتب العدل بموجب الاختصاص المنصوص عليها في المادة (٧٤) تكون لها قوة الإثبات ويجب العمل بمضمونها أمام

المحاكم بلا بينة إضافية ولا يجوز الطعن فيها إلا تأسيساً على مخالفتها لمقتضى الأصول الشرعية أو تزويرها.
الفصل الخامس:

المحظورات على كاتب العدل في توثيق العقود
 يحظر على كاتب العدل عند توثيقه لأي عقد من العقود محظورات نصت عليها الأنظمة ويمكن تقسيمها إلى قسمين:
 القسم الأول: المحظورات على كاتب العدل باعتباره خاضعاً لجميع الأحكام التي يخضع لها موظفو الخدمة المدنية .
 القسم الثاني: المحظورات على كاتب العدل بموجب الأنظمة الصادرة بخصوص كاتب العدل .

القسم الأول: المحظورات على كاتب العدل باعتباره خاضعاً لجميع الأحكام التي يخضع لها موظفو الخدمة المدنية .
 نص نظام القضاء الصادر عام ١٤٢٨ هـ في المادة (٧٨) على أن كتاب العدل خاضعون لجميع الأحكام التي يخضع لها موظفوا الخدمة المدنية.
 وبالنظر إلى نظام الخدمة المدنية نجد أنه نص على محظورات يجب على الموظف أن يتجنبها وبما أن هذا الفصل معقود لبيان المحظورات على كاتب العدل في توثيق العقود فلعلنا اقتصر على ما يتناسب معه .
 أولاً: إساءة استعمال السلطة الوظيفية أو استغلال النفوذ «المادة (١٢) فقرة (أ-ب) من نظام الخدمة المدنية» .

يجب على الموظف مراعاة الغاية المقررة من وظيفته وهي تحقيق المصالح العامة في حدود وظيفته فعليه أن يسخر الإمكانيات والأدوات والصلاحيات التي تحت يده لتحقيق هذه الغاية دون أن يستغلها فيسيء استخدامها في تحقيق أغراضه الشخصية أو نحو ذلك مما بعد إساءة في استعمال السلطة الوظيفية فالمقصود بإساءة استعمال السلطة أن يستعمل رجل الإدارة (كاتب العدل) سلطته الوظيفية لتحقيق غرض غير معترف له به أو تحقيق أهداف غير تلك التي حددها له النظام .

ثانياً: قبول الرشوة أو طلبها بأي صورة من الصور .
 الرشوة إذا بالمعنى الدقيق «هي قيام الموظف بأخذ أو قبول أو طلب مقابل معين له قيمة مادية أو معنوية للقيام بعمل من اختصاصه بحكم وظيفته أو للامتناع عن عمل من اختصاصه كذلك أو للإخلال على أي نحو بمقتضيات واجبات الوظيفة» .

ثالثاً: قبول الهدايا والإكراميات أو خلافه بالذات أو بالوساطة لقصد الإغراء من أرباب المصالح:

قد يتجرأ من له مصلحة عند الموظف العام فيقدم له أو لمن يهيمه أمره هدية أو إكرامية فإذا وجد من هذا قصده فإن على الموظف أن يمتنع عن قبول الهدية أو الإكرامية، فإذا قبل ذلك فقد وقع في مخالفة شرعية ونظامية يستحق عليها التأديب بموجب الأنظمة الواردة في هذا الشأن .

رابعاً: إفشاء الأسرار التي يطلع عليها بحكم وظيفته ولو بعد تركه للخدمة :

من طبيعة الوظيفة أن يكون للموظف بصفته الوظيفية أسرار تجاه الأفراد الذين اضطروا لإفشاء أسرارهم له رغبة منهم في سير معاملاتهم بالطرق النظامية وأسرار تجاه المرفق العم الذي يعمل فيه الموظف فقد يحتوي على معلومات سرية تقتضي المصلحة العامة عدم إفشاءها .

القسم الثاني: المحظورات على كاتب العدل بموجب الأنظمة الصادرة بخصوص

كاتب العدل:

أولاً: يحظر على كاتب العدل توثيق أي عقد يخالف الوجه الشرعي أو الإجراء النظامي «المادة (١٨٢) من نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي الصادر ١٣٧٢هـ والمادة (٩) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادر ١٤٢٥هـ» .

ثانياً: توثيق عقود خارج نطاق اختصاصه النوعي والمكاني «المادة (٥) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادر ١٤٢٥هـ» كتوثيق إقرار بإنشاء وقف وإذا فعل ذلك فلا اعتبار لعمله «المادة (١٩٥) من نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي الصادر ١٣٧٢هـ» .

ثالثاً: تجنب الكشط أو الزيادة وكل ما يثير شبهة التزوير «المادة (١٢) من نظام كتاب العدل الصادر ١٣٦٤هـ» .

رابعاً: استنابة أي من موظفي الإدارة في سماع الإقرارات والإشهاد عليها أو التأكد من شخصية المقر والشهود أو التثبت من الصكوك بل يقوم بذلك كله بنفسه «المادة (١١) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادر ١٤٢٥هـ» .

ولا يعبر عن أحد المتعاقدين أو غيرهما من أرباب المعاملات ولا يغير أقواله «المادة (١٨٣) من نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي الصادر ١٣٧٢هـ» .

خامساً: ليس لكاتب العدل إطلاع أي شخص على ضبوط وسجلات إدارته سواء كان الإطلاع خطياً أو شخصياً وإذا كان الطلب وارداً من جهة رسمية فإن ذلك خاضع

لتقدير رئيس الإدارة وتحت طائلة مسؤوليته في حالة موافقته أكما لا يجوز بأي حال تمكين صاحب العلاقة من حمل الضبوط أو السجلات أو المعاملات أو المكاتبات التي انتهت إجراءاتها أو التي لازالت تحت الإجراء التي تتم بين كاتب العدل ومنسوبي الإدارة «المادة (٣٣) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادر ١٤٢٥هـ».

سادساً: لا يجوز لكاتب العدل اعتماد الوثائق الصادرة من خارج المملكة العربية السعودية إلا بعد تصديق وزارة العدل عليها وموافقتها للوجه الشرعي والتعليقات «المادة (٣٩) من لائحة اختصاص كتاب العدل الصادر ١٤٢٥هـ».

تم التلخيص بحمد الله تعالى
وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه
ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

تلخيص

المنع من السفر

دراسة مقارنة

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد:

إسحاق بن إبراهيم بن عبدالرحمن الحصين

إشراف

د. فيصل بن رميان الرميان

العام الجامعي ١٤٢٨ / ١٤٢٩ هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص: ٢١٧

عدد صفحات البحث بدون مقدمة ومراجع وفهارس: ١٩٢

عدد صفحات التلخيص: ٤٤

تقسيمات البحث:

التمهيد، وفيه التعريف بمفردات العنوان.

المبحث الأول: التعريف بالمنع لغة، واصطلاحاً.

المبحث الثاني: المراد بالمنع من السفر.

المبحث الثالث: التمييز بين المنع من السفر وما يشابهه.

المبحث الرابع: حرية التنقل في الشريعة الإسلامية، والنظام السعودي، والمعاهدات الدولية.

الفصل الأول: أسباب المنع من السفر في النظام والفقهاء.

المبحث الأول: أسباب المنع من السفر في النظام.

المبحث الثاني: أسباب المنع من السفر في الفقهاء.

المبحث الثالث: المقارنة بين النظام والفقهاء.

الفصل الثاني: الجهات المختصة بالمنع من السفر.

المبحث الأول: الجهات المختصة بالمنع من السفر في النظام.

المبحث الثاني: الجهات المختصة بالمنع من السفر في الفقهاء.

المبحث الثالث: المقارنة بين النظام والفقهاء.

الفصل الثالث: رقابة القضاء على قرار المنع من السفر.

المبحث الأول: إلغاء قرار المنع من السفر.

المبحث الثاني: طلب وقف تنفيذ قرار المنع من السفر.

الفصل الرابع: التعويض عن أضرار قرار المنع من السفر.

المبحث الأول: التعويض عن الأضرار المادية.

المبحث الثاني: التعويض عن الأضرار المعنوية.

التمهيد

المبحث الأول

التعريف بالمنع من السفر

أولاً: التعريف بالمنع في اللغة:

أن المنع معناه الحيلولة بين الرجل وما يريد، وهو ضد الإعطاء. أو هو تحجير الشيء، بمعنى عزله عن أيدي الآخرين.

ثانياً: التعريف بالمنع في الاصطلاح:

إن استعمالات الفقهاء لهذه الكلمة لا تخرج عن مدلولها اللغوي من الحيلولة والتحجير وعدم الإعطاء.

ثالثاً: التعريف بالسفر في اللغة:

والسفر في اللغة: قطع المسافة، والجمع أسفار

رابعاً: التعريف بالسفر في الاصطلاح:

«هو خروج عن محل الإقامة بقصد مسيرة ثلاثة أيام بسير وسط من ذلك المحل». والعرف هو العبارة في تحديد السفر.

المبحث الثاني

المراد بالمنع من السفر

«هو الحجر على حرية التنقل لشخص ما، ومنعه من مغادرة المحلة التي ارتكب بها ما أوجب على الحاكم أو القاضي إصدار أمر بمنعه من السفر، وقد تكون هذه المحلة صغيرة كقرية مثلاً أو تكون كبيرة».

وأما المنع من السفر في النظام يطلق ويراد به أحد معنيين:

الأول: هو تقييد حرية الشخص ومنعه من الخروج من إقليم الدولة وحدودها.

الثاني: هو منع الإنسان من السفر إلى بلد معين، مع إطلاق حرته في الذهاب والمجيء في داخل الإقليم وخارجه سوى ذلك البلد.

المبحث الثالث

التمييز بين المنع من السفر وما يشابهه

١ - تقييد السفر:

معنى تقييد السفر هو نفس معنى المنع من السفر تماماً ومطابق له.

٢ - الحرمان من السفر:

إن معنى المنع والحرمان بمعنى واحد، حيث أن الحرمان هو منع الشخص من بعض

حقوقه المباحة بسبب ما أقدم عليه من فعل منكر، فقولنا المنع من السفر هو بمعنى الحرمان من السفر.

٣- الإقامة الجبرية:

هي إلزام المحكوم عليه بالإقامة في مكان معين يحدده له القاضي، وبالتالي يحظر عليه تجاوزه والانتقال إلى مكان آخر.

يتضح أن هناك فرقاً بين الإقامة الجبرية، وبين المنع من السفر، فالإقامة الجبرية هي أقرب إلى السجن ولكنه في مكان خاص بعيداً عن السجون الحكومية، بينما المنع من السفر فهو منع الشخص من تجاوز حدود الإقليم والدولة، فالإقامة الجبرية أضيق وأكثر تقييداً للحرية من المنع من السفر.

٤- الترسيم:

هو تضييق على الشخص بمكان من الأمكنة وتعويق حركته بحيث لا يستطيع أن يذهب من مكان إلى آخر.

من هنا يتضح أن الترسيم هو تقييد حرية الشخص وتعويق حركته بحيث لا يستطيع أن يذهب من مكان إلى آخر، فهو يشارك المنع من السفر في تقييد حرية التنقل، إلا أن الترسيم أضيق وأكثر تقييداً من المنع من السفر، حيث أن المنع من السفر يمنع الشخص من تجاوز حدود الإقليم والدولة، فالترسيم أقرب ما يكون إلى الإقامة الجبرية.

٥- التغريب:

وأما التغريب في الشرع: «هو إبعاد الجاني عن بلده الذي ارتكب فيه الجناية إلى بلد آخر».

وعند التأمل في معني التغريب نجد أنه يشتمل على معنى من معني المنع من السفر حيث أن المنع من السفر يطلق ويراد به إبقاء شخص في محلّة معينة أو في حدود إطار الإقليم والدولة ومنعه من الخروج منها، ويطلق على منع الإنسان وتقييد حريته من دخول بلد معين، مع إطلاقها فيما عدى ذلك البلد المعين، وهذا المعنى الثاني ينطبق والله أعلم على معنى التغريب.

المبحث الرابع

حرية التنقل في الشريعة الإسلامية، والمعاهدات الدولية، والنظام السعودي لقد جاء تقرير هذه الحرية في الشريعة الإسلامية الغراء في أكثر من موضع في القرآن والسنة، ووضع لها من الضوابط التي تكفل أمر حمايتها، كما احتضنت المعاهدات والمواثيق الدولية مظاهر تلك الحرية، ولم تغفل النظم السعودية هذه الحرية بل نصت

عليها واعتنت بها.

حرية التنقل في الشريعة الإسلامية:

لقد قررت الشريعة الإسلامية للإنسان حق التنقل من مكان إلى آخر بحرية تامة، داخل الدولة أو خارجها دون عوائق تمنعه من مباشرة هذا الحق، ويستفاد حق التنقل من مجمل الأحكام الشرعية المتعلقة بهذا الموضوع، فهو حق طبيعي ملازم لحق الحياة وتعدد مظاهر حرية التنقل في الشريعة الإسلامية، فقد تكون بقصد طلب الرزق والتجارة، أو بقصد طلب العلم، أو بقصد السياحة للنظر والتأمل في آيات الله والاعتبار، وقد تكون بقصد أداء الفرائض الدينية، وقد دلت أدلة الكتاب والسنة والإجماع على تقرير حرية التنقل.

حرية التنقل في المعاهدات والمواثيق الدولية:

حرصت المواثيق والاتفاقيات الدولية على تقرير حق التنقل والسفر وكفلت هذا الحق، وقد أكد كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وإعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام، والميثاق العربي لحقوق الإنسان على حرية التنقل والإقامة.

حرية التنقل في النظام السعودي:

لقد احتضنت المملكة العربية السعودية هذا الحق - حق حرية التنقل - وقررت في أنظمتها وقوانينها، وإن من نافلة القول تقرير حق التنقل في أنظمة المملكة العربية السعودية، حيث أن المملكة تطبق في جميع شؤونها أحكام الشريعة الإسلامية.

والمنع من السفر عموماً لا بد أن تخضع لبعض الشروط والضوابط.

وأهم هذه الشروط والضوابط ما يلي:

١ - أن يكون المنع من السفر صادراً من الجهة المختصة.

٢ - التحقق من المصلحة عند إصدار المنع من السفر.

٣ - أن يكون الشخص الممنوع من السفر مستحقاً لذلك. كما قررت المادة السادسة والثلاثون من النظام الأساسي للحكم على أن توفر الدولة الأمن لجميع مواطنيها وللمقيمين على إقليمها ولا يجوز تقييد تصرفات أحد أو توقيفه أو حبسه إلا بموجب أحكام النظام.

٤ - لا بد من تحديد مدة المنع من السفر. جاء في المادة (٢٥) من لائحة الإجراءات التي تتبع عند المطالبة لحقوق خاصة ونصها: «أن المحكمة إذا قررت منع المدعى عليه من السفر لخارج المملكة، فيجب أن تحدد في قرارها مدة منعه فإذا لم تبت في الدعوى

قبل انقضائها بعشرة أيام نظرت في طلب تجديدها بناء على طلب المدعي وبعد سماع أقوال المدعى عليه، ويكون التجديد قبل أسبوع على الأقل من تاريخ انقضاء مدة المنع السارية.

٥- بيان سبب المنع من السفر. ينص النظام « على الجهة المختصة المعنية بإعداد أمر بإدراج اسم شخص على القائمة أن تحدد في الأمر سبب إدراجه والمدة التي ترى أنها كافية لبقاء اسمه مدرجاً على القائمة...».

٦ - تبليغ الشخص الممنوع من السفر بذلك: جاء في المادة السادسة من نظام وثائق السفر، ما يدل على ذلك في الفقرة الثانية من هذه المادة حيث جاء فيها: «لا يجوز المنع من السفر إلا بحكم قضائي أو بقرار يصدره وزير الداخلية لأسباب محددة تتعلق بالأمن ولمدة معلومة وفي كلتا الحالتين يبلغ الممنوع من السفر في فترة لا تتجاوز أسبوعاً من تاريخ صدور الحكم أو القرار بمنعه من السفر».

٧ - إذا كان المنع من السفر صادر لأجل حق خاص فلا بد من مطالبة صاحب الحق بذلك. هذا الشرط يمكن استفادته من المادة السادسة والثلاثين بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية، حيث نصت المادة على أن «لكل مدعي بحق على آخر أثناء نظر الدعوى أو قبل تقديمها مباشرة أن يقدم إلى المحكمة المختصة بالموضوع دعوى مستعجلة لمنع خصمه من السفر...».

٨ - إذا كان المنع من السفر صادراً لأجل حق خاص فلا بد أن يُقَدَّم مُقَدِّمُ الطلب تأميناً يجدهه القاضي أو كفيل مليء بالتعويض المقدّر. وقد نصت المادة (٢٢) من لائحة الإجراءات التي تتبع عند المطالبة بحقوق خاصة «أنه يجب على من يطلب منع خصمه المدعى عليه من السفر لخارج المملكة أن يقدم كفيلاً مليئاً لضمان ما قد يترتب على منع خصمه من إضرار حاله إذا ظهر بطلان ادعائه».

الفصل الأول

أسباب المنع من السفر في النظام والفقهاء

المبحث الأول

أسباب المنع من السفر في النظام

المطلب الأول

المنع من السفر لمصلحة الحفاظ على الحقوق المالية

وذلك في الأحوال الآتية:

١- المنع من السفر لمصلحة الحفاظ على الحقوق المالية المتعلقة بخزينة الدولة الأمر الأول: ضد المتهمين بالتهريب والمخالفين لنظام الجمارك الموحد. حيث جاء

في المادة (١٣٨) من نظام الجمارك الموحد، ما نصه «يجوز للمدير العام أو من يفوضه أن يطلب من السلطة المختصة منع المخالفين أو المتهمين بالتهريب من مغادرة البلاد في حالة عدم كفاية قيمة المواد المضبوطة لتغطية الضرائب والرسوم والغرامات.

الأمر الثاني: ضد الأجانب عند وجود مخالفات مرورية عليهم . حيث جاء في تعميم وزير الداخلية ما نصه «حفاظاً على سمعة المملكة من التفسيرات الخاطئة عند القبض على الأجانب في المطارات والمنافذ بسبب المخالفات المرورية فإنه يجب إتباع ما يلي:

أولاً: التأكيد على الشركات والمؤسسات بأن لا تصفّي حقوق العاملين الأجانب لديها كالسائقين إلا بعد التأكد من خلو السائق من المخالفات المرورية بإحضار ورقة من المرور تفيد بأنه لا يوجد عليهم مخالفات أو أنه قام بتسديد المخالفات و عدم إعطائهم تأشيرات خروج نهائي أو عودة أو تجديد إقامة أو رخصة قيادة إلا بعد التأكد من خلوه من المخالفات المرورية....

الأمر الثالث: اختلاس الأموال الحكومية. حيث جاء بيان ذلك في قرار سمو وزير الداخلية ببيان الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف، فإذا كانت هذه الجرائم توجب التوقيف ضد من قام بها، فإنها توجب المنع من السفر من باب أولى وأحرى لأن من ملك الأعلى ملك الأدنى.

٢- المنع من السفر لمصلحة الحفاظ على الحقوق المالية الخاصة:

أولاً: المطالبة بدين تجاري: لقد بينت المادة (٣١) من لائحة الإجراءات التي تتبع عند المطالبة بحق خاص «الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم ٢٠ في ١٢ / ١ / ١٤٠٦ هـ. «أنه إذا كان المدين تاجراً والدين تجارياً، وطلب المدعي، منع مدينه من السفر، سواءً أكان الطلب قبل إقامة الدعوى أو بعدها يحال مع المدعى عليه إلى هيئة حسم المنازعات التجارية للفصل في طلبه، حسبها هو منصوص عليه في المادتين ٥٨٥ و ٥٨٦ من نظام المحكمة التجارية.

ثانياً: إذا كان الدين عادياً: نظم هذا الاختصاص في المادة (٢٣٦) من نظام المرافعات، والتي نصها «لكل مدع بحق على آخر أثناء نظر الدعوى أو قبل تقديمها مباشرة أن يقدم إلى المحكمة المختصة بالموضوع دعوى مستعجلة لمنع خصمه من السفر وعلى القاضي أن يُصدر أمراً بالمنع إذا قامت أسباب تدعو إلى الظن أن سفر المدعى عليه أمر متوقع وبأنه يعرّض حق المدعي للخطر أو يؤخر أداءه، ويشترط تقديم المدعي تأميناً يحدده القاضي لتعويض المدعى عليه متى ما ظهر أن المدعي غير محق في دعواه، ويحكم بالتعويض في الحكم في الموضوع، ويقدر بحسب ما لحق المدعي عليه من أضرار لتأخيرته

عن السفر».

ثالثاً: وأما إذا كان الحق الخاص ناشئاً بسبب النزاع في الأوراق المالية: فإن الجهة المختصة بإصدار المنع من السفر هي لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية والتي بين إنشائها واختصاصاتها المادة ٢٥ من نظام السوق المالية، وقد بين اختصاص المنع من السفر لهذه اللجنة المادة (٥٨) من نظام السوق المالية.

المطلب الثاني

المنع من السفر لمصلحة التحقيق

١- منع المتهمين الأجانب من السفر حتى ينتهي التحقيق . صدر تعميم وزير الداخلية رقم ٢٠٦٨١ /١٦ في ٢٠ /٣ /١٤٠٦ هـ ببيان أنه يجب عدم تسفير الأجانب المتهمين، إلا بعد التحقيق معهم ومحاكمتهم وعدم تسفيرهم قبل صدور الحكم بتبرئتهم أو إدانتهم وتنفيذ ما يصدر بحقهم .

٢- في جريمة التزوير . يعتبر التزوير من الجرائم الكبار والتي يستحق مرتكبها تقييد حريته بالمنع من السفر، « الأمر السامي الكريم رقم ٤٣١ /٧ م في ٦ /٣ /١٤٠٦ هـ والمعمم برقم ٢٠٦٨١ /١٦ في ٢٠ /٣ /١٤٠٦ هـ ومرشد الإجراءات الجنائية نسخة ١٤٢٣ هـ ».

٣- في جريمة الرشوة . صدر تعميم وزير الداخلية رقم ٢٠٦٨١ /١٦ في ٢٠ /٣ /١٤٠٦ هـ وبين أنه يجب عدم تسفير الأجانب المتهمين، إلا بعد التحقيق معهم ومحاكمتهم وعدم تسفيرهم قبل صدور الحكم بتبرئتهم أو إدانتهم وتنفيذ ما يصدر بحقهم .

٤- في جريمة التستر . وقد جاء في المادة الخامسة من نظام مكافحة التستر، بيان أن من ارتكب هذه الجريمة فإن هيئة التحقيق والادعاء العام، أن تطلب منع سفر من يُثبت التحقيق ضلوعه في التستر إلى أن يصدر الحكم النهائي في القضية، فإذا صدر الحكم بالإدانة يبعد غير السعودي عن المملكة بعد تنفيذ الحكم و سداد الضرائب والرسوم المستحقة أو أي التزام آخر، ولا يسمح بعودته إليها للعمل بعد ذلك .

٥- في جريمة الغش التجاري . جاء في المادة الثالثة والعشرين من نظام الغش التجاري والتي نصها «هيئة التحقيق والادعاء العام أن تطلب منع سفر من يثبت التحقيق ارتكابه مخالفة لأحكام هذا النظام إلى أن يصدر الحكم النهائي في القضية، فإذا صدر الحكم بالإدانة تقوم الجهة المختصة بإبعاد الأجنبي عن المملكة بعد تنفيذ الحكم، ولا يسمح بعودته إليها للعمل بعد ذلك».

٦- الخطأ الصحي من قبل الطبيب . جاء في المادة ٤٠ /٣ ل من اللائحة التنفيذية لنظام مزاوله المهن الصحية : على الجهة الصحية المختصة، أن تأمر بإجراء التحقيق فور

تقديم الشكوى من المدعي. ويجوز للمكلف بإجراء التحقيق تأجيل سفر المدعى عليه ومن يتطلب التحقيق سماع أقواله من ذوي العلاقة والشهود، حتى يصدر قرار مدير الشؤون الصحية المختص وفقاً للمادة (٤٠/١٣/ل) والتي تبين أن قرار مدير الشؤون الصحية هو الإحالة إلى الهيئة الصحية الشرعية، أو حفظ الأوراق لعدم وجود خطأ أو مخالفة لأحكام الأنظمة الصحية.

٧- كل جريمة تكون سبباً لتوقيف المتهم لمصلحة التحقيق فهي سبب لمنعه من السفر. جاءت المادة ١٣ من نظام الإجراءات الجزائية لتبين أنه إذا كانت هناك أدلة كافية ضد المتهم في ارتكاب جريمة كبيرة، أو كانت مصلحة التحقيق تستوجب توقيفه لمنعه من الهرب أو من التأثير على سير التحقيق، فعلى المحقق إصدار قرار بتوقيفه.

وقد جاء قرار سمو وزير الداخلية رقم ١٩٠٠ في ٩/٧/١٤٢٨ هـ لتحديد ما يعد من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف وهي ما يلي:

- ١- الحدود المعاقب عليها بالقتل أو القطع.
- ٢- القتل العمد، أو شبه العمد.
- ٣- جرائم الإرهاب والجرائم المخلة بأمن الدولة.
- ٤- قضايا المخدرات والمؤثرات العقلية، أو الأسلحة والذخائر أو تزييف أو تقليد النقود أو التزوير أو الرشوة أو انتحال صفة رجل السلطة العامة، أو غسل الأموال المعاقب على أي منها نظاماً بسجن يزيد عن ستين.
- ٥- سرقة السيارات.
- ٦- القوادة أو إعداد أماكن للدعارة.
- ٧- ترويج المسكرات، أو قصد الترويج في حال تهريبها، أو تصنيعها أو حيازتها.
- ٨- اختلاس الأموال الحكومية، أو أموال الشركات المساهمة، أو البنوك أو المصارف ما لم يرد المبلغ المختلس.
- ٩- الاعتداء عمداً على ما دون النفس الناتج عنها زوال عضو أو تعطيل منفعه أو جزء منها، أو إصابة تكون مدة الشفاء منها تزيد عن خمسة عشر يوماً، ما لم يتنازل صاحب الحق الخاص.
- ١٠- الاعتداء عمداً على الأموال أو الممتلكات العامة أو الخاصة بأي وسيلة من وسائل الإلتلاف بما يزيد قيمة التالف عن خمسة آلاف ريال ما لم يتنازل صاحب الحق الخاص.
- ١١- الاعتداء على رجل الأمن أثناء مباشرته مهام وظيفته، أو الإضرار بمركبته

الرسمية، أو بما يستخدمه من تجهيزات.

- ١٢- استعمال أو إشهار السلاح الناري بقصد الاعتداء أو التهديد.
- ١٣- انتهاك حرمة المنازل بالدخول بقصد الاعتداء على النفس أو العرض أو المال.
- ١٤- انتهاك الأعراض بالتصوير أو النشر أو التهديد بالنشر.
- ١٥- الاعتداء على أحد الوالدين بالضرب ما لم يحصل التنازل.

المطلب الثالث

المنع من السفر لمصلحة الحفاظ على أنظمة الجوازات

كل مخالفة لنظام وثائق السفر ولوائحته التنفيذية، تعتبر سبباً للمنع من السفر وإليك بيان ذلك:

- (١) الإضافة أو الحذف أو التغيير في المعلومات الواردة في جواز السفر أو تذكرة المرور من جهة غير مختصة.
- (٢) الإلتاف المتعمد أو التحريف أو التغيير في الصورة الشخصية في جواز السفر أو تذكرة المرور.
- (٣) الإهمال المؤدي إلى فقدان جواز السفر أو تذكرة المرور.
- (٤) تمكين الغير عمداً من استعمال جواز سفره أو تذكرة مروره بصورة غير مشروعة أو بيع أي منهما أو رهنه.
- (٥) استعمال أو محاولة استعمال جواز سفر أو تذكرة مرور يعود أي منهما إلى الغير أو المساعدة في ذلك.
- (٦) مغادرة المملكة أو الدخول إليها من غير المنافذ المحددة لذلك إلا ما كان بعذر مقبول.
- (٧) مغادرة المملكة أو الدخول إليها دون وثيقة سفر إلا ما كان بعذر مقبول.
- (٨) السفر إلى البلدان التي منع وزير الداخلية السفر إليها.
- (٩) لقد بينت المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية لنظام وثائق السفر، جملة من الشروط التي لا بد من توفرها واستكمالها للحصول على جواز السفر، ونقص شرط من هذه الشروط لن يمكنه من الحصول على جواز السفر، وبالتالي يكون سبباً من أسباب المنع من السفر.
- (١٠) إذا قام الشخص بحمل جواز السفر دون وجه حق، فإن هذا يكون سبباً من أسباب سحب جوازه من قبل وزير الداخلية أو من يفوضه، وبالتالي فلن يتمكن من السفر بدونه.

(١١) فقدان جواز السفر أكثر من مرة، يوجب عدم منح صاحب الجواز المفقود جواز سفر بديلاً عنه، وعرض موضوعه على اللجنة الإدارية المختصة بذلك .
 (١٢) ما جاء في المادة الثامنة من نظام الإقامة والتي تبين أنه يجوز لمكتب مراقبة الأجانب أو من يقوم مقامه من سلطات الأمن العام أن يحجز سفر الأجنبي عند الاقتضاء... وحجز سفر الأجنبي أي منعه من السفر.
 (١٣) كما أن كل تصرف ذُكر في نظام الإقامة أنه يستوجب السجن فهو يستوجب المنع من السفر .

المطلب الرابع

المنع من السفر لمصلحة أمن المجتمع «الحفاظ على الدين والصحة والأخلاق العامة»
 يمنع من السفر كل من ارتكب إحدى الأمور التالية:

١- المخدرات والمؤثرات العقلية . حيث جاء في المادة السادسة والخمسين من نظام المخدرات والمؤثرات العقلية ما نصه:

«١- يمنع السعودي المحكوم عليه بارتكاب أحد الأفعال الجرمية المنصوص عليها في المادة الثالثة من هذا النظام، من السفر إلى خارج المملكة بعد انتهاء تنفيذ عقوبة السجن مدة ماثلة لمدة عقوبة السجن المحكوم بها عليه، على ألا تقل مدة المنع عن سنتين، ولوزير الداخلية الإذن بالسفر للضرورة أثناء مدة المنع .

٢- يبعد غير السعودي عن المملكة بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه ولا يسمح له بالعودة إليها فيما عدا ما تسمح له تعليمات الحج والعمرة» .

٢- الأمراض المعدية . امتداداً لحرص المملكة العربية السعودية على مجتمعها منعت من السفر إلى المملكة والدخول إليها كل شخص يحمل مرضاً معدياً، كما جاء ذلك في تعليمات إعداد أوامر الإدراج على القائمة بأنواعها والرفع منها وتنفيذها «الصادر بالأمر رقم ش/ ١١٩٨٠ / ٢ في ١١ / ٨ / ١٤١٦ هـ» ، حيث جاء فيها: «الأمراض المعدية الإيدز - الدرر الرئوي - الجذام في حالة ثبوت إصابة أي شخص أجنبي بمرض من الأمراض المعدية الموضحة أعلاه مخاطبة وكالة الوزارة للشؤون الأمنية حال إبعاده مع ضرورة التقييد بما ورد في الفقرة (٦ - ح) لإدراج اسمه على قائمة منع الدخول لمدة عشرين سنة .

٣- المنع من السفر للحج لمدة خمس سنوات: بهدف التقليل من الازدحام في المشاعر المقدسة وإتاحة الفرصة لكل مسلم لأداء الفريضة كما صدر في ذلك الأمر السامي رقم ١٥٩٣٧ في ٢٧ / ١٠ / ١٤١٨ هـ والذي يقضي بتنظيم الحج كل خمس سنوات والمبني على قرار هيئة كبار العلماء الصادر بالأغلبية برقم ١٨٧ في ٢٦ / ٣ / ١٤١٨ هـ .

٤- غير المرغوب فيهم . نصت المادة ٣٧ من نظام الجوازات السفرية: «يحق للحكومة العربية السعودية أن تمتنع من الدخول إلى بلادها الأجانب الذين تنطبق عليهم الصفات الآتية وإن كانوا يحملون جوازات رسمية وهم:

(١) المتسولون والمشردون.

(٢) المطرودون من بلادهم.

(٣) الساقطون من رعويتها.

(٤) غير المرغوب فيهم.

وجاء بيان غير المرغوب فيهم في المادة ١٨ من نظام الإقامة، حيث نصت على أنه «في جميع الحالات التي يصرح فيها بدخول الأجنبي إلى البلاد، أو مروره بها، أو تنقله داخلها أو إقامته فيها يُشترط أن لا يكون من غير المرغوب فيهم دينياً وأخلاقياً وسياسياً» .

٥- من يقل عمره عن ٢١ سنة:

وقد نص على ذلك نظام وثائق السفر في المادة التاسعة والعشرين بأنه: «لا يجوز سفر من هم دون سن الحادية والعشرين للخارج، إلا بعد حصولهم على تصريح من قبل إحدى إدارات الجوازات يتضمن موافقة ولي الأمر، أو بموجب إقرار خطي من ولي الأمر مصدق من أي جهة حكومية بأنه لا مانع لديه من سفر ابنه، ويستثنى من ذلك المتزوج والذين يسافرون مع أسرهم أو يدرسون بالخارج ولديهم ما يثبت ذلك». وبينت المادة بأنه لا يسمح لهم بالسفر إلا بشروط وهي:

- أن يتجاوز عمره ٢١ سنة لأنه في الغالب من تجاوز هذه السن أصبح لديه الإدراك والتفريق، ويصعب التغرير به.

- أو الحصول على تصريح من قبل إحدى إدارات الجوازات يتضمن موافقة ولي أمره.

- أو بموجب إقرار خطي من قبل ولي الأمر مصادق عليه من إحدى الدوائر الحكومية يُبين فيه عدم ممانعته من سفر ابنه.

- أو يكون هذا الشاب الذي لم يتجاوز ٢١ سنة متزوجاً، فإن كان متزوجاً سُمح له بالسفر بدون تلك الشروط لأن الزواج مظنة الرشد والعقل.

- أو يكون الشخص الذي لم يبلغ ٢١ سنة في صحبة أسرته في السفر فلا يشترط ما سبق.

- أو يكون هذا الشاب يدرس بالخارج ولديه ما يثبت هذا الأمر.

٦- منع المرأة من السفر بدون محرم .

صدر تعميم نائب وزير الداخلية بمنع سفر المرأة السعودية بدون محرم « رقم

٣٦٢/س ع ت في ٢١ / ٥ / ١٣٩٧ هـ المبني على أمر صاحب السمو الملكي نائب وزير الداخلية، رقم ٢ س ٤٨ / ٢ في ٢ / ٥ / ١٣٩٧ هـ ورقم ٢ س / ٦٩٠ في ١ / ٤ / ١٣٩٧ هـ « إلا أنه استثنى من هذا المنع بعض الحالات وهي:

- ١- إذا كانت المرأة من ضمن أسرة أو مع أولادها بعد موافقة ولي أمرها.
- ٢- إذا كانت المرأة مسنة.
- ٣- إذا وافق ولي أمرها على سفرها بمفردها لأسباب الولادة والعلاج والظروف العائلية.
- ٤- إذا كانت المرأة طيبة أو ممرضة وكان سفرها في مهمة رسمية إلى الخارج بموجب خطاب وزارة الصحة .
- ٧- المنع من السفر لبعض الدول . وقد جاء في اللائحة التنفيذية لنظام وئائق السفر في المادة ٤٩ مانصه «يحظر على أي مواطن السفر إلى البلدان المستثناة من السفر إليها والمدونة في استمارة طلب صرف جواز السفر» .

المطلب الخامس

المنع من السفر لمصلحة أمن الدولة
يمنع من السفر للأسباب التالية:

- ١- المنع من السفر لأسباب تتعلق بالأمن .
- لقد جاء نظام وئائق السفر في المادة السادسة بسبب من أسباب المنع من السفر، وهذا السبب إنما هو لمصلحة تتعلق بأمن الدولة، حيث نصت هذه المادة على:
- «١- ...

٢- لا يجوز المنع من السفر إلا بحكم قضائي أو بقرار يصدره وزير الداخلية لأسباب محددة تتعلق بالأمن ولمدة معلومة» .

٢- منع العسكريين من السفر: قد نص المنظم في المادة الحادية والعشرين من اللائحة التنفيذية لنظام وئائق السفر على أنه «يتم تزويد العسكريين بجوازات سفر عادية تحمل صورهم المدنية على أن تُظهر مهنته (عسكري) في سجل الحاسب الآلي ولا يسمح بالسفر خارج المملكة للعسكريين الذين تقل رتبته عن عميد إلا بعد حصولهم على وثيقة رسمية لهم بالسفر من قبل مرجعهم» .

٣- الإساءة لسمعة المملكة . صدر قرار مجلس الوزراء «رقم ١٠٤ في ٥ / ٥ / ١٤٠٤ هـ» بشأن الترتيبات المتعلقة بمن يسيئون إلى المملكة العربية السعودية في الخارج من السعوديين، ومفاد هذا القرار بأن يلتزم رعايا المملكة العربية السعودية بحسن السيرة والسلوك، وأن

يمنتعوا عن كل ما يسيء إلى سمعة بلادهم وكل ما يخل بالشرف والآداب العامة.

المبحث الثاني

أسباب المنع من السفر في الفقه

١- المنع من سفر المرأة بغير محرم . وقد عقد الإمام مسلم - رحمه الله - في صحيحه باباً بعنوان سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، وروى فيه سبعة عشر حديثاً من أبرزها حديث :

حديث ابن عباس - رضي الله عنه - قال: سمعت النبي - صلى الله عليه وسلم - يخطب يقول: «لا يخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم، ولا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم» فقام رجل فقال: يا رسول الله! إن امرأتي خرجت حاجة، وإني اكتتبت في غزوة كذا وكذا، قال: «انطلق فحج مع امرأتك» .

٢- منع الكفار من السفر إلى الحرم المكي . نهى الله تعالى المشركين عن قرب المسجد الحرام، كما قال تعالى (يا أيها الذين آمنوا إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) الآية والنهي يفيد التحريم، فإذا منعوا من قرب المسجد الحرام، فهو منع من حرم المسجد الحرام؛ لأن حرمه هو قربه . والمسألة فيها خلاف والراجح وهو مذهب الشافعية والحنابلة .

٣- المنع من السفر لبلاد الكفار . قال الرسول - صلى الله عليه وسلم - : «أنا بريء من كل مسلم أقام مع المشركين ...» . أخرجه الطبراني، في المعجم الكبير، عن قيس بن أبي حازم عن خالد بن الوليد أو قال الهيثمي في مجمع الزوائد ورجاله ثقات . قال ابن مفلح في الفروع وذلك: «لأن من يقيم من المسلمين عندهم متهم في أنه يكثر جمعهم، ويقصد نصرهم، ويرغب في دينهم» .

٤- المنع من السفر لمشاهدة آثار المعذبين . فعن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما مر بالحجر قال: «لا تدخلوا مساكن الذين ظلموا أنفسهم، إلا أن تكونوا باكين أن يصيبكم ما أصابهم ثم تقنع بردائه وهو على الرحل» أخرجه البخاري في صحيحه، فقد نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - المسلمين عن الدخول في مساكن الذين ظلموا أنفسهم، إلا أن يكونوا متفكرين في أمرهم وسوء عاقبتهم، فيكون ذلك داعياً ومهيجاً لهم على البكاء خوفاً من أن يصيبهم ما أصاب أولئك المعذبين .

٥- المنع من السفر من وإلى البلد الذي يظهر فيه الطاعون .

فعن أسامة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «إن

هذا الطاعون رجز سُلط على من كان قبلكم أو على بني إسرائيل فإذا كان بأرض فلا تخرجوا منها فراراً منه وإذا كان بأرض فلا تخرجوا منها فراراً منه وإن كان بأرض فلا تدخلوها» أخرجه مسلم في صحيحه .

وقد ذكر العلماء في النهي عن الخروج من البلد الذي وقع فيه الطاعون حكماً منها:

- (١) أن الطاعون في الغالب يكون عاماً في البلد الذي يقع فيه فلا يفيد الفرار .
- (٢) أن الناس لو تواطؤوا على الخروج لأصبح من أصابه العجز بسبب الطاعون ضائع المصلحة لفقده من يتعهده حياً وميتاً .
- (٣) لو شرع الخروج للأقوياء فخرجوا لكان في ذلك كسر لقلوب الضعفاء .

٦- المنع من السفر وشد الرحال لغير المساجد الثلاثة . عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد: المسجد الحرام، ومسجد الرسول - صلى الله عليه وسلم -، والمسجد الأقصى» متفق عليه .

٧- المنع من السفر للجهاد من أجل الوالدين .

وقد جاء رجل إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - يستأذنه في الجهاد فقال: «أحي والدك؟» قال: نعم، قال: «ففيهما فجاهد» أخرجه البخاري في صحيحه، عن عبدالله بن عمر .

إن من أهم المهمات وأعظم الواجبات بر الوالدين والإحسان إليهما بكل وسائل الإحسان، والكف عن كل ما يؤدي إلى عقوبتهما، ومن بر الوالدين والإحسان إليهما استئذانهما عند الرغبة في السفر، بل إن بعض الفقهاء نص على أن السفر غير الواجب يحرم إن لم يستأذن الولد والديه .

وأما السفر للجهاد الذي هو من أفضل الأعمال الصالحة، والمجاهد المخلص يترقب أحد الحسينين إما النصر أو الشهادة والفوز بالجنة. ولكن مع هذا الفضل العظيم والمنزلة الكبيرة يظل بر الوالدين مقدماً على الجهاد الذي لم يتعين، فيجب على كل من يرغب في الجهاد أن يستأذن والديه، فإن أذنا له وإلا فلا يذهب إلى الجهاد، وإنما يلزمهما؛ لأن لزومهما نوع من أنواع الجهاد كما قال - صلى الله عليه وسلم - «ففيهما فجاهد»، وقد وردت أدلة كثيرة توجب بر الوالدين ولزوم طاعتها وتحذر من معصيتهما وترتب الوعيد الشديد على من عقهما .

٨- منع ناقص الأهلية من السفر إلا بإذن والديه . إن الصغر والجنون من الأسباب الموجبة للحجر، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه، ولا تصرف المجنون المغلوب بحال، وأما الصغير فلنقصان عقله، غير أن إذن الولي آية أهليته والجنون لا تجامعه

الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال والصبي تُرتقب أهليته فلهذا وقع الفرق .
 وإذا كان ناقص الأهلية يمنع من التصرف في ماله، وفي كل ما من شأنه أن ينتج عنه ضرر به، فإنه يجب من باب أولى منعه من السفر والحجر عليه في ذلك، وجعل الإذن له في السفر من عدمه راجع إلى صاحب الولاية عليه، فيأذن متى توفرت المصلحة في سفره، ويمنعه من السفر متى دعت المصلحة إلى ذلك.
 والحجر يزول عن الصغير سواء في منعه من السفر أو غير ذلك، إذا بلغ وأصبح رشيداً، والمجنون يزول عنه الحجر إذا أفاق.

٩- منع الحاضنة من السفر بالمحزون إذا كان ذلك أصلح . في هذه المسألة خلاف وكما قال ابن القيم في كتابه زاد المعاد، أنها (أقوال لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له، والأنفع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ روعي ولا تأثير لإقامة ولا نقلة، هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر وانتزاع الولد منه، فإن أراد ذلك لم يُجب إليه)
 ١٠- منع المدين من السفر .

أ. حكم سفر المدين إذا كان الدين حالاً:

اتفق الفقهاء على أن للدائن منع مدينه الموسر من السفر إن كان الدين حالاً، وذلك بأن يرفع أمره إلى الحاكم ويطلبه بالدين؛ لأن قضاء الدين واجب مقدم على السفر .
 ب. حكم سفر المدين إذا كان الدين مؤجلاً:

اختلف الفقهاء في حكم سفر المدين إذا كان الدين مؤجلاً على أقوال:

والذي يترجح هو قول الحنابلة وهو منع المدين من السفر إذا كان الدين مؤجلاً ما لم يوثق برهن كافٍ، أو كفيل ملئ؛ وذلك لأن في السفر تأخيراً للحق أو إضاعة له، ومنعاً من استيفاء الدين في محله، ومن المعلوم أن حقوق بني آدم مبنية على المشاحة وعدم السماح، وكذلك وسائل حفظها تكون مبنية على المشاحة وعدم السماح، فيمنع المدين من السفر من أجل حفظ مال الدائن أو الله أعلم.

المبحث الثالث

المقارنة بين أسباب المنع من السفر في النظام والفقهاء

أولاً: أوجه الاتفاق:

١- أن المصلحة ملموسة وظاهرة في أسباب المنع من السفر في الفقه الإسلامي، وكذلك لا بد أن تكون المصلحة محققة في أسباب المنع من السفر في النظام، وإلا فإن السبب باطل وغير مشروع.

٢- جملة من أسباب المنع من السفر في النظام منصوص عليها في الفقه الإسلامي فتكون الدليل المبين لحكمها، وأما الأسباب المنصوص عليها في النظام ولم ينص عليها في الشريعة الإسلامية، فإنها تكون فروع تقاس على أشباهها ونظائرها في الشريعة الإسلامية وتأخذ حكمها.

٣- تكفل الشريعة الإسلامية وكذلك النظم السعودية مبدأ الحرية الإنسانية بأنواعها المتعددة ومجالاتها الواسعة، وعلى وجه الخصوص حرية التنقل وعدم تقييد الحرية وتجعله كأصل. والمساس به والمنع من السفر مستثنى منه.

٤- لا يتم منع المدين من السفر إلا بناءً على طلب الدائن.

٥- يتفق الفقه والنظام في أن للمنع من السفر أسباباً كثيرة منها ما يكون عقوبة ومنها ما يكون إجراءً احترازياً أو تحفظياً.

ثانياً: أوجه الاختلاف:

١- لم يفرق الفقه الإسلامي بين جنسيات المسلمين المقيمين في البلد الإسلامي الواحد، وإنما جعلهم سواء، بخلاف النظام فإنه جعل أنظمة خاصة للمقيمين، وفرق بينهم وبين المواطنين، فتجد أن الجرم الواحد قد يكون سبباً في المنع من السفر للمواطن دون المقيم مثل ترويج المخدرات.

٢- يشترط في الفقه في منع المدين من السفر أن يكون الدين ثابتاً في ذمة المدين، وأما كون الدين حالاً فهذا محل خلاف بين الفقهاء، وأما النظام فلم يشترط في المنع من السفر ابتداءً أن يكون الدين ثابتاً، وإنما يشترط أن يكون حالاً.

٣- أن المراد بالمنع من السفر في الفقه الإسلامي المنع من السفر بمعناه العام، أي كل ما يطلق عليه سفرًا يُمنع منه سواءً داخل المملكة أو خارجها، وسواءً دل على المنع دليل نصي أو اجتهادي، وأما في النظام فإن المراد بالمنع من السفر ما كان خارج المملكة، وبهذا يكون معنى تقييد السفر أو المنع منه في الفقه الإسلامي أعم من النظام.

٤- إذا دل الكتاب أو السنة أو الإجماع على المنع من السفر أو تقييده في بعض الحالات، فإنه يجب الامتثال ولا يجوز المخالفة مهما تغير الزمان أو المكان، أما النظام فإن حالات المنع من السفر في الغالب تكون مبنية على حالات وأغراض معينة يزول المنع بزوالها.

٥- اهتم النظام بالحدود مع الدول المجاورة وجعل لها أنظمة يجب إتباعها، ويعاقب مخالفتها، أما الفقه الإسلامي فإنه يرى أن البلاد الإسلامية منطقة واحدة لا فرق بينها.

الفصل الثاني

الجهات المختصة بالمنع من السفر في النظام والفقہ

المبحث الأول

الجهات المختصة بالمنع من السفر في النظام

المطلب الأول

الجهات الإدارية المختصة بالمنع من السفر

لقد تعددت الجهات الإدارية المختصة بالمنع من السفر بين طالبٍ للمنع من السفر، وأمرٍ به، ومنفذٍ له وإليك بيان ذلك:
هيئة التحقيق والادعاء العام:

قد ورد في أكثر من نظام ومنها نظام مكافحة التستر . كما جاء في المادة الخامسة منه ما نصه «لهيئة التحقيق والادعاء العام أن تطلب منع سفر من يثبت التحقيق ضلوعه في التستر إلى أن يصدر الحكم النهائي في القضية، فإذا صدر الحكم بالإدانة يُبعد غير السعودي عن المملكة، بعد تنفيذ الحكم وسداد الضرائب والرسوم المستحقة أو أي التزام آخر، ولا يُسمح بعودته إليها للعمل بعد ذلك».

* مصلحة الجمارك . تعتبر مصلحة الجمارك من الجهات المختصة بطلب المنع من السفر، كما جاء ذلك صريحاً في المادة ثمانية وثلاثين بعد المائة والتي نصها «يجوز للمدير العام أو من يفوضه أن يطلب من السلطات المختصة منع المخالفين أو المتهمين بالتهريب من مغادرة البلاد في حالة عدم كفاية قيمة المواد المضبوطة لتغطية الضرائب والرسوم والغرامات. ويلغى قرار المنع إذا قُدّم المخالف أو المتهم بالتهريب كفالة تعادل المبالغ التي قد يطالب بها، أو إذا تبين فيما بعد أن قيمة المواد المضبوطة كافية لتغطية المبالغ المطالب بها».

* إدارة الحقوق المدنية . وقد أعطى المنظم السعودي لإدارة الحقوق المدنية الحق في طلب المنع من السفر بسبب حق مالي خاص، كما جاء في المادة ٢٣ والتي نصها «يقدم طلب منع سفر المدعى عليه لخارج المملكة لإدارة الحقوق المدنية وعليها إحالته فوراً إلى المحكمة التي تنظر دعوى المطالبة بالحق».

* المديرية العامة لحرس الحدود . المديرية العامة لحرس الحدود من الجهات المختصة بالمنع من السفر، مستندة في ذلك إلى نظام أمن الحدود ولائحته التنفيذية، إلا أن طبيعة علاقتها بالمنع أنها علاقة تنفيذية ميدانية فحرس الحدود هم من الجهات التي تباشر وتنفذ المنع من السفر، تطبيقاً لما جاء في الأنظمة والأوامر أو التوجيهات من الجهات

المختصة.

* المديرية العامة للجوازات . المديرية العامة للجوازات تعتبر من الجهات المختصة بالمنع من السفر، مستندة في ذلك إلى نظامي الإقامة ووثائق السفر واللائحة التنفيذية لنظام وثائق السفر، إلا أن الأغلب في طبيعة علاقتها بالمنع من السفر أنها علاقة تنفيذية ومباشرة، فالجوازات تنفذ وتباشر المنع من السفر طبقاً لما جاء في الأنظمة والأوامر والتوجيهات، كما أن لها اختصاصاً بطلب المنع من السفر كما سبق بيانه.

* وزارة الداخلية . يظهر أن من عمل وزارة الداخلية ممثلاً في وزيرها أو من ينيبه المنع من السفر عملٌ أصيل واختصاص له طابع خاص، وهو إصدار الأمر بالمنع من السفر، بخلاف الجهات الأخرى التي ينحصر اختصاصها في موضوع المنع من السفر بطلب إصدار الأمر بالمنع من السفر من وزارة الداخلية.

* إمارات المناطق . جاء في المادة الثامنة والعشرين من لائحة تنظيم الإجراءات التي تتبع عند المطالبة لحقوق خاصة، ما يؤكد اختصاص أمراء المناطق بإصدار قرار المنع من السفر، حيث جاء نصها: «إذا لم تر المحكمة ما يدعو لمنع المدعى عليه من السفر فيجوز للمدعي أن يطلب من الإمارة عدم السماح للمدعى عليه بالسفر بعد استيفاء الشروط الآتية:

أ - أن يقدم وكيلاً يباشر الدعوى أمام المحكمة نيابة عنه في مواجهة المدعي الذي طلب منعه من السفر.

ب - أن يقدم كفيلاً مليئاً يضمن الوفاء بالحق المدعى به في حالة الحكم للمدعي باستحقاقه.

كما جاء أيضاً في المادة الثانية والثلاثين من اللائحة المذكورة أنه «في الأحوال الطارئة يجوز لأمير المنطقة الأمر بتأخير سفر المدعى عليه مع إحالته فوراً مع المدعي إلى الجهة المختصة بنظر المنازعة بينهما ولتقرير ما تراه بشأن منع المدعى عليه من السفر، وهذا التأخير الذي يقوم به أمير المنطقة إنما هو منع المدعى عليه من السفر.

فتبين هذه اللائحة اختصاص أمير المنطقة وصلاحيته في إصدار أمر المنع من السفر لتنفيذه.

كما أن تعليقات إعداد أوامر الإدراج على القائمة، قد صرحت بهذا الاختصاص لأمير المنطقة أو نائبه، كما جاء في الفقرة الثالثة من هذه التعليقات والتي نصها:

«٣ - صلاحية أوامر الإدراج على القائمة - بالنسبة لقائمة المنع من السفر ... فهي من صلاحية صاحب السمو الملكي وزير الداخلية وسمو نائبه بالإضافة لأمرات المناطق

ونوابهم فقط».

ومن هنا يتضح جلياً أن الإمارة هي إحدى الجهات المختصة بالمنع من السفر، ولكن اختصاصها اختصاص ذو طابع خاص، وهو إصدار أمر المنع من السفر لا مجرد طلب إصداره.

المطلب الثاني

الجهات القضائية، وشبهها المختصة بالمنع من السفر

١- القضاء العادي . بين المنظم» أن المحاكم تختص بالمسائل التي ترفع إليها طبقاً لهذا النظام - نظام القضاء الجديد - ونظام المرافعات الشرعية ...» .

وقد تضمن نظام المرافعات النص على المنع من السفر في المادة ٢٣٤ والمادة ٢٤٦ .

٢- ديوان المظالم . لديوان المظالم اختصاصات عدة مبيّنة في نظامه، وقواعد المرافعات أمامه، والذي يهمني منها اختصاصه بالمنع من السفر، حيث أن هذا الاختصاص اختصاص أصيل له، حيث جاء في قواعد المرافعات أمام ديوان المظالم في المادة العاشرة ما نصه «للموقوف احتياطاً وللممنوع من السفر بسبب قضية منظورة أمام إحدى دوائر الديوان أن يتظلم إلى رئيس الديوان أو من ينيبه من قرار وقفه أو منعه» .

٣- اللجان شبه القضائية:

١ - لجنة الفصل في المنازعات الجمركية .

٢ - لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية .

٣ - لجنة الفصل في منازعات الاستثمار الأجنبي .

٤ - ولجنة الفصل في منازعات التأمين التعاوني .

٥ - ولجنة تسوية المنازعات المصرفية .

كما جاء في البند تاسعاً من محضر الترتيبات التنظيمية لأجهزة القضاء وفض المنازعات الذي كان في ٦/٣/١٤٢٥هـ.

هذا ما يمكن تقريره من الناحية العلمية النظرية، ولكن عندما قمت بزيارة تلك اللجان وجدت أن الأمر يختلف بعض الشيء عما قرّر:

أولاً: أن لجنة الفصل في منازعات التأمين التعاوني والتي مقرها في مؤسسة النقد، لا تمارس هذا الاختصاص ولا تقوم به، بل ترى أنه ليس من اختصاصها القيام بذلك .

ثانياً: لجنة الفصل في المنازعات الجمركية فهي أيضاً لا تمارس هذا الاختصاص، وإنما مهمتها تقرير العقوبة والحكم بها ثم إعطاء الحكم لطرفي النزاع وهما مصلحة الجمارك. والمدعى عليه.

ثالثاً: لجنة الفصل في منازعات الاستثمار الأجنبي ومقر هذه اللجنة في الهيئة العامة للاستثمار، وهذه اللجنة تمنع من السفر ولكن ليس بطلب إصدار أمر بالمنع من السفر من الجهات المختصة، وإنما بالتنفيذ المباشر وذلك بالامتناع عن تقديم الخدمات. وأما لجنة الفصل في المنازعات المالية ومقرها في أبراج التعاونية، ولجنة تسوية المنازعات المصرفية ومقرها في مبنى صندوق التنمية العقاري، فإن لهما الحق بالمنع من السفر.

المبحث الثاني

الجهات المختصة بالمنع من السفر في الفقه

* حاكم المسلمين العام .

كان النبي - صلى الله عليه وسلم - الحاكم الأول وقد باشر - صلى الله عليه وسلم - تدبير شؤون المسلمين، والسعي لما فيه مصلحة الجماعة والأفراد، وسنذكر بعض الوقائع التي لها صلة بالمنع من السفر منها :

- صلح الحديبية فقد تضمن إقراره - صلى الله عليه وسلم - تقييد سفر المستضعفين فلا يخرجوا من مكة إلا بإذن أوليائهم، وذلك لتنفيذ الصلح الذي تم بين النبي - صلى الله عليه وسلم - وبين المشركين حيث ورد فيه: «على أن من أتاه من المشركين رده إليهم، ومن أتاهم من المسلمين لم يردوه» أخرجه البخاري في صحيحه، عن البراء بن عازب - رضي الله عنه - .

- نص القرآن على منع سفر المنافقين والمخلفين، قال تعالى: (فإن رجعت الله إلى طائفة منهم فاستأذنوك للخروج فقل لن تخرجوا معي أبداً ولن تقاتلوا معي عدواً الآية).

فهذا التقييد للخروج مع النبي - صلى الله عليه وسلم - ومنع السفر معه للجهاد اعتبر عقوبة لهم لتخلفهم وكذبهم ونفاقهم، ودرءاً لمفاسد سفرهم فاقتضى الحال منعهم، والله أعلم.

وقد ذكر العلماء ما يلزم حاكم المسلمين القيام به من الواجبات عامة، وهذه الأمور هي من مهام الحاكم، وقد تقتضي من حاكم المسلمين منع سفر بعض رعيته من أجل تحقيق أمر من هذه الأمور، إما عقوبة أو جلباً لمصلحة أو درءاً لمفسدة، أو أداء لحق الله أو حق عباده.

* القاضي:

قد تقتضي بعض مسارات القضايا سواء كانت حقاً لله أو لعباده، إلى منع سفر أحد المدعين، إما لمصلحة السير في الدعوى أو لدرء مفسدة قد يتضرر منها أحدهما، أو عقوبة

لمن يستحقها.

وقد وقع في اجتهادات الخلفاء أمثلة تدل على منع السفر، إما عقوبة لمن استحق ذلك، أو درءاً للمفاسد، فهؤلاء الذين عُربوا يمنعون من السفر والقدوم إلى المكان الذي عُربوا، فيه وبهذا يتبين أن القاضي يعتبر جهة من الجهات المختصة بالمنع من السفر، وهذا ما دلت عليه الوقائع والشواهد.

* والي المظالم:

والي المظالم هو من يقود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة، كما ذكره الماوردي في الأحكام السلطانية.

ومن ضمن اختصاصات والي المظالم - كما ذكر الماوردي -:

- ١ - النظر في تعدي الولاة على الرعية.
- ٢ - النظر في جور العمال فيما يجبونه من الأموال.
- ٣ - النظر في كتاب الدواوين.
- ٤ - النظر في تظلم المسترزقة من نقص أرزاقهم، أو تأخرها عنهم.
- ٥ - النظر بين المتشاجرين، والحكم بين المتنازعين.

واختصاصات والي المظالم مبنية على قود المتظالمين إلى التناصف وزجر المتنازعين عن التجاحد، وذلك قد يقتضي منع سفر الظالم حتى يكف عن غيه، لاسيما إذا كان ذلك أجدى في تحصيل الحق، ودفع الضرر.

* والي الحسبة:

إن جميع الولايات مقصودها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، سواء في ذلك ولاية الحرب أو ولاية الشرطة، أو ولاية الحكم، أو ولاية المال أو ولاية الحسبة. وتمتاز ولاية الحسبة باتساع سلطتها، لتطول كافة جوانب الآداب العامة، وضبط الأخلاق والمعاملات، وحفظ الحقوق وفرائض الدين.

وقد قرر الماوردي، أن من مهام والي الحسبة في زمانهم أن يمنع أرباب السفن من حمل ما لا تسعه ويخاف منه غرقها، وكذلك يمنعهم من المسير عند اشتداد الريح. وللمحتسب أن يبذل كافة السبل التي تعين على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وله أن يجتهد في الوسائل الموصلة إلى تحقيق المعروف وقمع المنكر، فإذا رأى أن المنكر لا يزول إلا بالتغريب والإبعاد عن البلاد والمنع من القدوم إليها - كما فعل عمر مع نصر بن الحجاج - فله أن يدعي بذلك ويطلب به عند ولي أمر المسلمين.

المبحث الثالث

المقارنة بين الجهات المختصة بالمنع من السفر في النظام والفقهاء
أولاً: أوجه الاتفاق:

- ١ - يتفق النظام والفقهاء في تحديد صاحب الاختصاص الأصلي والمصدر الأول في المنع من السفر وهو حاكم المسلمين، ثم يأتي بعده في الدرجة الثانية من ينييه ولي أمر المسلمين كالقاضي، فهو يمنع من السفر في الدعاوى وما يتعلق بها.
- ٢ - إذا قَدَّمَ المدعى عليه المطلوب منعه من السفر كفيلاً أو رهناً لضمان ما يجب عليه، فإنه لا يمنع من السفر.
- ٣ - لا يمنع المدين من السفر إلا بناءً على طلب الدائن.
- ٤ - قصد المصلحة ودرء المفسدة والسعي لإيصال الحقوق عند المنع من السفر في كلِّ ثانياً: أوجه الاختلاف:

- ١ - الجهات المختصة بالمنع من السفر في النظام متعددة جداً، فهناك سلطات تنظيمية وقضائية وإدارية وتنفيذية تتولى تقييد السفر، أما الفقهاء الإسلامي، فإن هذا الأمر محصور بولي أمر المسلمين أو والي المظالم أو القاضي أو والي الحسبة، فهي الجهات المختصة بالمنع من السفر في الفقهاء الإسلامي.
- ٢ - لم يفرق الفقهاء الإسلامي بين جنسيات المسلمين المقيمين في البلد الإسلامي الواحد، وإنما جعلهم سواء، بخلاف النظام، فإنه جعل أنظمة خاصة للمقيمين، وفرق بينهم وبين المواطنين.
- ٣ - أن الجهات المختصة بالمنع من السفر في النظام، لم تفرق بين الأجانب المقيمين إذا كانوا مسلمين أو غير مسلمين، أما في الفقهاء الإسلامي فإنه فرق، فأعطى غير المسلمين عهداً وموآثيق وأحكاماً خاصة.
- ٤ - المنع من السفر أو تقييده في الفقهاء الإسلامي ينظر إلى الجانب المعنوي والجوهري، ولا يهتم بالإجراءات الشكلية، أما النظام فإنه يهتم بالإجراءات الجوهرية والشكلية.
- ٥ - أن جميع الجهات المختصة بالمنع من السفر في الفقهاء الإسلامي، هي جهات تقوم بإصدار الأمر بالمنع من السفر، أما النظام فإن أغلب الجهات المختصة بالمنع من السفر، إنما هي جهات تطلب المنع من السفر من وزارة الداخلية أو من الإمارة ولا تأمر بنفسها.

الفصل الثالث

رقابة القضاء على قرار المنع من السفر

المبحث الأول

إلغاء قرار المنع من السفر

المطلب الأول

تعريف دعوى إلغاء قرار المنع من السفر

«دعوى يتقدم بها صاحب الشأن إلى القاضي طالباً بإلغاء قرار إداري بمنعه من السفر بحجة عدم مشروعيته». ويختص ديوان المظالم بنظر هذه الدعوى .

المطلب الثاني

خصائص دعوى إلغاء قرار المنع من السفر

١- أنها دعوى تتصل بالنظام العام .

٢- أنها دعوى قضائية .

٣- أنها دعوى موضوعية عينية .

٤- أنها دعوى مشروعية .

المطلب الثالث

شروط قبول دعوى إلغاء قرار المنع من السفر

الفرع الأول: شروط تتعلق برفع دعوى إلغاء قرار المنع من السفر:

الشرط الأول: أهلية التقاضي: يشترط في رافع دعوى إلغاء قرار المنع من السفر، ما يشترط في بقية الدعاوى الأخرى، حيث يجب أن يكون الشخص أهلاً للتقاضي، والأهلية المقصودة هي أهلية الأداء

الشرط الثاني: المصلحة: فيشترط أن يكون المتقدم صاحب صفة وصاحب مصلحة، وقد استقر القضاء الإداري على أن شرط الصفة في دعوى الإلغاء تندمج في شرط المصلحة.

الفرع الثاني: شروط تتعلق بعين قرار المنع من السفر المطعون فيه:

الشرط الأول: أن يكون قرار المنع من السفر قراراً نهائياً ذا أثر نظامية . وهو القرار الذي يصدر دون حاجة إلى تصديق سلطة إدارية أعلى، بأن يستنفذ القرار جميع مراحل التدرج الإداري اللازمة لوجوده حتى يكتسب الصفة النهائية، وأن يكون القرار قابلاً للتنفيذ دون حاجة إلى أي إجراء لاحق، سواء كان هذا القرار صريحاً أو ضمناً وسواء كان القرار إيجابياً أو سلبياً.

كما أنه من البديهي أن يكون قرار المنع من السفر ذا أثر نظامي، بمعنى أنه قرار من شأنه إلحاق ضرر بالطاعن.

الشرط الثاني: أن يكون صادراً عن سلطة إدارية، أو من اللجان شبه القضائية، أو من المجالس التأديبية. أما إذا كان من سلطة قضائية فلا .

الشرط الثالث: أن يكون القرار صادراً من سلطة إدارية وطنية . يجب أن يكون القرار

صادرًا عن سلطة إدارية وطنية تعبر عن السيادة السعودية، وترتب على ذلك استبعاد القرارات التي تصدر عن جهات أجنبية من مجال الإلغاء، سواءً كانت هذه الجهات أو الهيئات الأجنبية دولية أو عربية أو إسلامية. فلا يقبل الطعن في القرارات الصادرة عن السفارات والقنصليات الموجودة في المملكة العربية السعودية، وكذلك القرارات الصادرة عن موظفين سعوديين يعملون لدى جهات أجنبية، لأن السلطة التي يصدرون بمقتضاها قراراتهم مستمدة من مصدر أجنبي. الفرع الثالث: شروط تتعلق بشكل القرار الإداري الصادر بالمنع من السفر: من أهم الشروط أن يتقدم بالتظلم إلى الجهة الإدارية المختصة ضمن القرار الإداري. مدة ميعاد الطعن في قرار المنع من السفر: أن دعوى إلغاء قرار المنع من السفر لا تتقيد بميعاد معين للطعن.

المطلب الرابع

أسباب إلغاء قرار المنع من السفر ومن الممكن تصنيف هذه العيوب إلى صنفين: الصنف الأول: عيوب المشروعية الخارجية، وتشمل عيب عدم الاختصاص، وعيب الشكل.

عيب عدم الاختصاص: يمكن تعريف عيوب عدم الاختصاص بأنه «عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين لأن المشرع جعله من سلطة هيئة أو فرد آخر». وعليه فإن قرار المنع من السفر إذا صدر من سلطة لا تملك إصدار هذا القرار نظاماً، فإن هذا القرار يكون معيباً بعيب عدم الاختصاص.

عيب الشكل: المراد به هو: صدور القرار الإداري دون مراعاة الإدارة للشكليات، أو الإجراءات التي نص عليها القانون سواءً أن الإدارة تجاهلت تماماً تلك الشكليات أو الإجراءات، أو أنها نفذتها بطريقة ناقصة وغير مكتملة. ، كما لو أصدرت وزارة الداخلية قراراً بمنع شخص من السفر ولكن القرار لم يوقع، أو لم تذكر الأسباب التي من أجلها تم منعه من السفر، كما أوضحت المادة السادسة من نظام وئائق السفر.

الصنف الثاني: عيوب المشروعية الداخلية، وتشمل عيب مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها، أو تأويلها، أو تفسيرها، وعيب إساءة استعمال السلطة.

عيوب المشروعية الداخلية:

أولاً: عيب انعدام السبب:

والمراد بعيب انعدام سبب قرار المنع من السفر، هو عدم مشروعية أسباب المنع من

السفر التي بنت الإدارة عليها قرار المنع من السفر، إما لعدم وجودها وإما لعدم صحة تكييفها القانوني.

ثانياً: عيب مخالفة النظم، واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها.

وهذا العيب يمكن تقسيمه إلى صورتين:

الصورة الأولى: مخالفة النظم واللوائح:

وتسمى أيضاً هذه المخالفة بالمخالفة الصريحة، وهذه المخالفة قد تكون إيجابية وقد تكون سلبية، كما لو منعت الإدارة شخصاً من السفر، مع أن النظام ينص بعدم منعه من السفر.

ومثال ذلك إذا قدم شخص على آخر دعوى يطالبه بمبلغ من المال وطلب منعه من السفر، فإنه يمنع من السفر إلا إذا قدم وكيلًا يباشر المثول عنه أمام المحكمة نيابة عنه في مواجهة خصمه الذي طلب منعه من السفر، وأحضر كفيلاً يضمن ما يثبت عليه من حقوق لخصمه، فإنه يصرح له بالسفر بعد ذلك. فلو أن الإدارة استمرت في منع هذا الشخص المدعى عليه من السفر فإن، هذا التصرف منها يعتبر مخالفاً للنظم واللوائح.

الصورة الثانية: الخطأ في تطبيق أو تأويل النظم واللوائح:

بأن تعطي الإدارة تلك القاعدة تفسيراً يخالف التفسير الذي قصده المنظم، ويعود الأمر إلى إعطاء التفسير الصحيح إلى القاضي الإداري عند قيامه بمراقبة مشروعية أعمال الإدارة.

ثالثاً: عيب إساءة استعمال السلطة:

وهو أشد العيوب صعوبة في الإثبات، إذ أنه يتعلق بالهدف أو الغاية التي قصدت إليها الإدارة من إصدار القرار، وإثبات المقاصد والنوايا أمر في غاية الصعوبة والعسر، ويمكن تعريف هذا العيب بأنه: استخدام سلطة مشروعية لتحقيق أهداف غير الأهداف التي أنشئت من أجلها تلك السلطة.

المطلب الخامس

إجراءات رفع دعوى إلغاء قرار المنع من السفر

أولاً: رفع دعوى إلغاء قرار المنع من السفر:

١- عريضة دعوى إلغاء قرار المنع من السفر. تنص المادة الأولى من قواعد الإجراءات أمام ديوان المظالم، على أن «ترفع الدعوى الإدارية بطلب من المدعي... متضمناً بيانات المدعي والمدعى عليه، وموضوع الدعوى، وتاريخ مطالبة الجهة الإدارية

يلحق المدعى به، إن كان مما يجب المطالبة به قبل رفع الدعوى، وفقاً للمادة الثانية من هذه القواعد، ونتيجة المطالبة أو تاريخ التظلم من القرار المطعون فيه، إن كان مما يجب التظلم منه... قبل رفع الدعوى وفقاً للمادة الثالثة من هذه القواعد ونتيجة للتظلم»
 ٢- تقديم عريضة دعوى إلغاء قرار المنع من السفر . بينت المادة الأولى من قواعد المرافعات الإجراءات أمام ديوان المظالم، على أنه « تُرفع الدعوى الإدارية بطلب من المدعي يقدم إلى رئيس الديوان أو من ينيبه» كما نصت على ذلك المادة السابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، على أنه «لا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ القرار المطعون... على أنه يجوز للدائرة المختصة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار أو أن تأمر بإجراء تحفظي أو وقتي بصفة عاجلة عند الاقتضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تقديم الطلب العاجل أو إحالته إليها إذا قدرت ترتب آثار يتعذر تداركها، وذلك حتى يُفصل في أصل الدعوى». وقد بينت المادة العاشرة من قواعد المرافعات أن الممنوع من السفر بسبب قضية منظورة أمام إحدى دوائر الديوان، أن يتظلم إلى رئيس الديوان أو من ينيبه عن قرار منعه، ويحيل رئيس الديوان أو من ينيبه التظلم إلى الدائرة المختصة، وعلى الدائرة أن تبت في التظلم على وجه السرعة، بحيث لا تزيد المدة على سبعة أيام، فإذا تعذر ذلك فعلى الدائرة أن تُصدر قبل انتهاء هذه المدة قراراً بتحديد مدة أخرى مع ذكر الأسباب الداعية لذلك، وبينت المادة أنه يكون البت في التظلم بعد سماع طرفي الخصومة. ويكون السماح له بالسفر بكفالة أو بدون كفالة على حسب الأحوال، وإذا رفض تظلمه فلا يجوز للمتظلم تجديد تظلمه قبل مضي ستين يوماً من تاريخ رفض تظلمه، ما لم تظهر وقائع جديدة تبرر ذلك، وبينت المادة الحادية عشرة أنه إذا تم رفع المنع من السفر، يُبلغ رئيس الديوان أو من ينيبه الجهات ذات العلاقة بقرار رفع المنع من السفر عنه لتنفيذه، ما لم يكن ثمة سبب آخر للمنع من السفر.

٣- إعلان عريضة دعوى إلغاء قرار المنع من السفر . وقد نصت المادة الخامسة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، على أن «على رئيس الدائرة حال ورود القضية إليه أن يحدد موعداً لنظرها يبلغ به أطراف الدعوى وكلاً من وزارة المالية والاقتصاد الوطني وديوان المراقبة العامة».

ثانياً: تحضير الدعوى . لقد نصت المادة الأولى من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، على أن: «ترفع الدعوى الإدارية بطلب من المدعى يقدم إلى رئيس الديوان أو من ينيبه.. وللدائرة المختصة الاستعانة بأحد المختصين لتحضير الدعوى تحت إشرافها والمختص المذكور في المادة السالفة ليس إلا امتداداً للمحقق الذي عرفه الديوان في المادة

الثامنة من النظام القديم.

ثالثاً: سير دعوى إلغاء قرار المنع من السفر . بعد بيان بداية إجراءات رفع دعوى إلغاء قرار المنع من السفر، والحديث عن عريضة الدعوى وتقديمها وإعلانها، وبعد بيان تحضير الدعوى، فإنه بعد ذلك تبدأ إجراءات سير دعوى إلغاء قرار المنع من السفر .

المطلب السادس

الحكم في دعوى إلغاء قرار المنع من السفر ومدى حجيته

حجية الحكم الصادر في دعوى إلغاء قرار المنع من السفر، يختلف طبقاً لمضمون الحكم، فإن كان الحكم الذي فصل في طلب إلغاء قرار المنع من السفر قد قضى برفض ذلك الطلب، فإن حجية الحكم تكون نسبية، ومعنى ذلك عدم قبول الدعوى إذا تقدم بها الطاعن ذاته، وبصفته الأولى بطعن جديد يشتمل على المحل ذاته والسبب القانوني نفسه، أما إذا تقدم الطاعن بطلب جديد لا تتوفر فيه بعض الشروط المقررة لقيام الجمعية النسبية، فلا محل في هذا الغرض للقضاء بعدم القبول، ويعني معنى نسبية الحكم أيضاً، أن الحكم يكون في مواجهة الطاعن، أما غيره فبإمكانه مهاجمة القرار الإداري طاعناً عليه بالإلغاء للأسباب ذاتها، وبالنسبة للإدارة في حال رفض دعوى إلغاء قرار المنع من السفر، فإن القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء لا يكتسب أي قوة خاصة، ومن ثم فإن الإدارة تحتفظ بحريتها في الإبقاء على القرار أو إلغائه أو تعديله في حدود اختصاصها. وأما إن كان الحكم قد قضى بإلغاء قرار المنع من السفر، فإن هذا الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري يتمتع بحجية مطلقة، ويمكن أن يحتج به أي شخص في مواجهة الكافة.

المبحث الثاني

وقف تنفيذ قرار المنع من السفر

المطلب الأول

تعريف دعوى وقف تنفيذ قرار المنع من السفر

(دعوى إدارية يُطلب فيها حكم وقتي مسجل يوقف العمل بالقرار الإداري إذا خشي أن تترتب آثار ضارة من تنفيذه يصعب تداركها متى ما قام طلب الوقف على أسباب جدية).

المطلب الثاني

خصائص دعوى وقف تنفيذ قرار المنع من السفر

١- إنها دعوى ذات طبيعة مستعجلة . تعتبر دعوى وقف تنفيذ قرار المنع من السفر

من الدعاوى ذات الطبيعة المستعجلة، بل إن دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري من أهم الدعاوي الإدارية المستعجلة.

٢- إنها دعوى فرعية (تابعة). ومعنى ذلك أنها طلب متفرع عن طلب إلغاء قرار المنع من السفر، لذلك فهي تابعة لدعوى الإلغاء؛ لأنه وإن كان الهدف هو إلغاء قرار المنع من السفر في دعوى الإلغاء، فإن دعوى وقف تنفيذه الغاية منها وقف تنفيذ هذا القرار لإجراء وقتي، إلى حين الفصل في الموضوع وإلغائه فيما بعد.

٣- إنها دعوى استثنائية. حيث أن هذه الدعوى تأتي استثناءً عن الأصل، واستثناءً عن المبدأ العام القاضي بتنفيذ القرار الإداري، وقاعدة الأثر غير الواقف للطعن في القرارات الإدارية بأي وجه من وجوه الطعن، وهذه القاعدة مستقرة في الأنظمة الإدارية المقارنة. ولقد ألمحت المادة السابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، إلى أن دعوى وقف التنفيذ دعوى استثنائية، حيث جاء فيها «ويجوز للدائرة المختصة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار...». فهذا السياق وهذه الصيغة تدل على أن وقف التنفيذ استثناء من الأصل وهو عدم الوقف.

المطلب الثالث

شروط وقف تنفيذ قرار المنع من السفر

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لوقف تنفيذ قرار المنع من السفر:

أولاً: شرط الاستعجال:

وشرط الاستعجال له مكانة خاصة بالنسبة لدعوى وقف التنفيذ للقرار الإداري، فهو مبرر رفع الدعوى، وهو الذي يُسبغ عليها الطبيعة المستعجلة التي تتميز بها دعوى وقف التنفيذ، ويعني هذا الشرط أن يكون هناك ضرر يخشى وقوعه، إذا ما تم تنفيذ قرار المنع من السفر المطعون فيه بالإلغاء، لذلك يتعين على الدائرة المختصة أن تأمر بوقف تنفيذه، منعاً لوقوع هذا الضرر المحقق، وإن هذا الضرر المقصود هو الضرر الذي يصعب إصلاحه، ولا يجدي التعويض عنه، أو يترتب عليه آثار يصعب إصلاحها، أو أن يكون على درجة غير عادية من الجسامه، والقاضي في دعوى وقف تنفيذ قرار المنع من السفر، يملك سلطة تقديرية حول مدى توفر شرط الضرر والجدية - أيضاً -، حيث يفيد نص المادة السابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم ذلك، حيث نصت على أنه «يجوز للدائرة المختصة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار...».

ثانياً: شرط الجدية:

ويطلق عليه شرط المشروعية، ويقصد به: رجحان احتمال الحكم بإلغاء القرار بناءً

على الأسباب الجدية التي أسس عليها الطاعن دعوى الإلغاء، بحيث إذا رأت الدائرة من فحصها الظاهري للدعوى، أن الأسباب التي استند إليها المدعي لإلغاء قرار السفر المطعون فيه مشروعة، فإنها تقضي بوقف تنفيذ القرار إذا ما اكتملت الشروط الأخرى، ويستند هذا الشرط في استخلافه إلى الحس السليم؛ إذ لا يوجد مصلحة عملية حقيقة لوقف التنفيذ، إلا إذا وجدت فرصاً حقيقية بالنسبة لموضوع الدعوى. وإذا نظرنا إلى نظام ديوان المظالم وإلى قواعد المرافعات والإجراءات أمامه، لا نجد ذكر لشرط الجدية، وكل ما يتعلق بتقرير هذا الشرط هو اجتهادات من الشراح في استخلاف هذا الشرط من أحكام الديوان، ويمكن أن يقال: إن الأمر لا يقتصر على مجرد تسويق أو ملاحظة من قبل رافع الدعوى؛ لأن الأمر يرتبط بقرار إداري واجب النفاذ، وقد يصل الأمر إلى حد إلغائه، فالسبب القوي إذاً لا بد أن يتم بحسب الظاهر من الأوراق، دون الغوص في عمق النزاع الموضوعي بذلك، فإن شرط الجدية بوصفه المتقدم، يعد بمثابة عنصر توازن لصالح الإدارة التي يجب ألا تُمس قراراتها بالإلغاء أو الوقف، إلا إذا كان بسبب عدم المشروعية المتينة أو الراجحة، ومع عدم الصراحة في النظام على شرط الجدية، إلا أنه ملموس في أحكام الديوان.

الفرع الثاني: الشرط الشكلي لدعوى وقف تنفيذ قرار المنع من السفر ومدى أهمية الاقتراح:

وهو وجود دعوى إلغاء للقرار ومدى أهمية الاقتراح بينهما، وما يجري عليه العمل في ديوان المظالم، أنه عند رفع دعوى وقف تنفيذ قرار المنع من السفر، لا بد أن يكون هناك دعوى إلغاء لهذا القرار، قد تقدم بها صاحب الشأن ضد قرار المنع من السفر لإلغائه، فدعوى وقف التنفيذ دعوى تابعة وفرعية لدعوى إلغاء القرار، فإذا تعذر النظر في دعوى الإلغاء، فإنه يتعذر تبعاً لذلك النظر في دعوى وقف التنفيذ، ولا يمكن أن يُنظر في طلب دعوى وقف التنفيذ لقرار المنع من السفر إذ ذاك، إلا إن قد اقترن معه أو سبقه دعوى إلغاء هذا القرار، وأما عن مدى أهمية الاقتراح، فالتأمل والناظر فيما يجري عليه العمل في ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، يجد أن الديوان قد أخذ هذا الموضوع بشيء من المرونة، فمن الممكن أن تشتمل الصحيفة الواحدة على دعوى الإلغاء لقرار المنع من السفر مقترناً بها دعوى وقف تنفيذه، وقد يتأخر تقديم طلب دعوى وقف التنفيذ إلى فترة من الزمن قد تصل إلى ثلاثة أشهر في بعض الأحيان.

المطلب الرابع

إجراءات رفع دعوى وقف تنفيذ قرار المنع من السفر والدائرة المختصة بذلك

ومدى حجية حكم وقف التنفيذ

لا تختلف إجراءات رفع دعوى وقف تنفيذ قرار المنع من السفر، عن إجراءات إلغاء ذلك القرار، إلا أن صفة الاستعجال التي تكتنف هذه الدعوى تستلزم سرعة البت فيها على خلاف دعوى الإلغاء .

وأما عن الجهة المختصة بنظر الدعوى، فإن القاعدة العامة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وعليه فالقضاء المختص بنظر دعوى وقف التنفيذ لقرار المنع من السفر هو القضاء الإداري، وأن الدائرة المختصة بنظر دعوى وقف التنفيذ هي نفس الدائرة التي تنظر دعوى إلغاء قرار المنع من السفر.

فإذا تصورنا إجراءات رفع دعوى وقف التنفيذ لقرار المنع من السفر، وعلما الجهة المختصة بنظر هذه الدعوى، فهنا قد يثور سؤال ما مدى حجية هذا الحكم الصادر بوقف تنفيذ قرار المنع من السفر؟

وللجواب عن ذلك نقول: إن الحكم الصادر بوقف التنفيذ يأخذ الشكل المعهود للأحكام القضائية، وتذيل الصورة التنفيذية منها بالصيغة التنفيذية، إلا أن له خاصية الاستعجال فغاياته هي حفظ الحقوق والمراكز القانونية من الضياع نتيجة طول أمد النزاع في دعوى الإلغاء، وحكم وقف التنفيذ لقرار المنع من السفر كغيره من الأحكام، لا يفصل في النزاع ويُنهيه ولا يمس أصل الدعوى التي هي إلغاء قرار المنع من السفر، وإنما يضع حداً لآثار القرار الصادر بوقفها حتى يتم الفصل في النزاع. ثم إن حكم الوقف وإن لم يكن إلغاء للقرار المطعون فيه، إلا أن اشتقاقه من دعوى الإلغاء لا بد أن يجعل له الحجية العينية المطلقة نفسها التي يتمتع بها الحكم القضائي بالإلغاء، وبالمثل فإنه إذا كان الحكم الصادر برفض الإلغاء ذا حجية نسبية أي قاصرة على أطرافه، دون غيرهم ممن تقوم لهم مصلحة في طلب الإلغاء، فإن حكم رفض طلب وقف التنفيذ لن تتجاوز حجيته نطاق هذه النسبية .

الفصل الرابع

التعويض عن أضرار قرار المنع من السفر

التعويض عن قرار المنع من السفر، يمكن أن يقال في تعريفه: إنه المال الذي يُحکم به على من أوقع الضرر أو تسبب في وقوعه على الممنوع من السفر في نفسه أو في ماله أو في شرفه.

وعند التأمل في هذا التعريف نجد أنه يشتمل على التعويض عن نوعي الضرر، الضرر المادي، والضرر الأدبي.

المبحث الأول

التعويض عن الأضرار المادية

المراد بالضرر المادي: ما يسبب للشخص خسارة مالية

وللضرر المادي نوعان هما:

النوع الأول: ضرر يلحق بحق ثابت للشخص، فيسبب له خسارة مالية، وذلك مثل الضرر الذي يحدث نتيجة المساس بحق الملكية للشخص، وكالمساس بصحة الإنسان، وسلامة جسمه، وكالمساس بحق الحرية الشخصية.

النوع الثاني: ضرر يلحق بمصلحة مالية للمضرور، ويمثلون لهذا النوع بأن يصاب عامل فيستحق معاشاً عند رب العمل .

التعويض عن الضرر المادي الناجم عن قرار المنع من السفر:

أولاً: التعويض عن الضرر الذي حدث فعلاً:

إن نصوص الشريعة الإسلامية والنظام السعودي الذي هو مقتبس من الشريعة الإسلامية، قد استقرا على جواز التعويض عن الضرر المادي متى ما تحقق ذلك الضرر، فالشخص إذا مُنِع من السفر بقرار من الإدارة، وكان هذا القرار غير مشروع وطالب المضرور بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، فإن المنظم السعودي قرر له ذلك الحق وتكون الإدارة مسؤولة عن ذلك، فلو أن شخصاً رغب في السفر إلى خارج المملكة لتخليص أوراق بضاعته التي وصلت إلى ميناء الإمارات، فأصدرت الإدارة قراراً بمنعه من السفر وكان هذا القرار معيباً، فترتب على منعه من السفر نشوء غرامات مالية، فمن حق هذا الشخص المضرور المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر الذي أصابه .

ومن الأدلة على التعويض: ما جاء عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال النبي - صلى الله عليه وسلم - : (من تطبب ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن) أخرجه أبو داود في سننه.

كما أننا نجد في القواعد الفقهية التي قررها فقهاؤنا - رحمهم الله - ما يقرر هذا المبدأ ويكون مستنداً له مثل «الضرر يزال» و«الغرم بالغنم».

ولقد اتفق شراح الأنظمة على وجوب التعويض عن الضرر المادي متى ما كان الضرر محققاً، ومخلاً بمصلحة مالية مشروعة.

وعند النظر في الأنظمة السعودية نجد أنها تقر هذا المبدأ وتلزم بالتعويض عن الضرر المادي ومن ذلك:

١ - ما جاء في نظام تزييف العملة المادة رقم (١٣) ما نصه: «يجوز للحكومة ولكل

من أصابه ضرر بسبب الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام أن يطالب المحكوم عليه بتعويضه عما لحقه من ضرر مادي أو معنوي».

٢ - كما أن نظام الإجراءات الجزائية أكد على هذا الأمر وقرره، حيث جاء في المادة (٢١٠) ما نصه: «كل حكم صادر بعدم الإدانة - بناءً على طلب إعادة النظر - يجب أن تتضمن تعويضاً معنوياً ومادياً للمحكوم عليه لما أصابه من ضرر، إذا طلب ذلك».

٣ - كما نص نظام الإجراءات الجزائية كما في المادة (٢١٧) أيضاً على أن «لكل من أصابه ضرر نتيجة اتهامه كيداً، أو نتيجة إطالة مدة سجنه أو توقيفه أكثر من المدة المقررة، الحق في طلب التعويض».

ثانياً: التعويض عن المنفعة التي انعقد سبب وجودها إذا فاتت بسبب المنع من السفر:

ويمكن تعريف هذا النوع من التعويض بأنه: المال الذي يُحكم به على من تسبب في عدم إدراك إنسان مصلحة أو فائدة مشروعة له، تؤكد حصولها.

كما لو ترك العامل العمل في المزرعة دون فسخ العقد، فإنه يجب عليه التعويض عما تلف من نصيب المالك؛ لأنه استولى على الأرض وفوت نفعها.

ولقد قررت الشريعة الإسلامية، والنظام السعودي، مبدأ التعويض عن المنفعة التي انعقد سبب وجودها إذا فاتت بسبب المنع من السفر، ونصوص الشريعة الإسلامية من الكتاب والسنة مستفيضة في تقرير هذا الأمر، حيث أن حقيقة تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها، إنما هو نوع من أنواع الإلتاف الموجب للضمان، وقد دلت أدلة الكتاب والسنة وقد قرر فقهاؤنا - رحمهم الله - ذلك .

وقد جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: «ذهب جمهور الفقهاء إلى أن منافع الأموال مضمونة بالتفويت بأجرة المثل مدة مقامها في يد الغاصب أو غيره؛ لأن كل ما ضمن بالإلتاف جاز أن يضمن بمجرد التلف في يده كالأعيان... ومن المنافع التي نصوا على ضمانها تفويت منفعة الحر، فإن من قهر حراً وسخره في عمل ضمن أجرته».

- وعندما نبحث مسألة التعويض عن تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها بسبب المنع من السفر في أنظمة المملكة العربية السعودية، فإننا نقول بأنها تدخل ضمن النظام المدني، والمملكة تطبق بخصوصه ما قرره الفقهاء فيما يتعلق بالضمان. ومع ذلك توجد بعض المواد في بعض أنظمة المملكة تتضمن التعويض عن تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها.

ومن ذلك ما ورد في نظام المرافعات الشرعية بخصوص قبول دعوى المنع من السفر

المادة (٢٣٦)، فعندما يحكم القاضي بمنع الخصم من السفر، ثم يتبين أن خصمه غير محق في دعواه ويكون ترتب على منعه من السفر، فوات مصلحة قد انعقد سبب وجودها، فإنه يستحق التعويض عن ذلك حيث نصت المادة على: «... ويشترط تقديم المدعي تأمناً يحدده القاضي لتعويض المدعى عليه متى ظهر أن المدعي غير محق في دعواه، ويحكم بالتعويض مع الحكم في الموضوع...».

المبحث الثاني

التعويض عن الأضرار الأدبية - المعنوية -

المراد بالضرر الأدبي بأنه «ما يصيب المضرور في شعوره، أو في عاطفته أو كرامته أو شرفه، أو أي معنى من المعاني التي يحرص عليها. ويشترط لتحقق الضرر الأدبي الذي يستحق المضرور عنه التعويض عند المطالبة عدة شروط وهي:

١ - أن تكون هذه المصلحة التي أحل بها الضرر مصلحة مشروعة غير مخالفة للنظام العام أو الآداب.

٢ - أن يكون الضرر الأدبي محقق الوقوع.

٣ - تحقق علاقة السببية بين الخطأ والضرر بأن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية للخطأ.

وإن تعويق الشخص وتقييد حريته ومنعه في السفر بدون حق، تعد عليه وهذا يسبب له أضراراً أدبية، وهذه الأضرار الأدبية حاصلة لا محالة بمجرد منعه من السفر بغير وجه حق، فإذا تبين أن الضرر الأدبي حاصل لا محالة فهل للمضرور المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر الذي أصابه أم لا؟

وللجواب عن ذلك يقال:

اختلف العلماء المعاصرون في التعويض عن الضرر الأدبي على قولين:

تحرير محل النزاع:

جميع العلماء متفقون على أن إلحاق الضرر الأدبي موجب للعقوبة التعزيرية وفق الضوابط الشرعية.

وإنما الخلاف بينهم منحصر في جواز جبر الضرر الأدبي بالمال على قولين:

الراجح منها هو جواز التعويض عن الضرر الأدبي (١).

(١) ومن قال به د. محمود شلتوت، انظر: المسؤولية المدنية والجناحية عن فعل الغير في الشريعة الإسلامية، مكتب الجامع الأزهر للشؤون العامة ص (٣٥)، ود. فوزي فيض الله، انظر: المسؤولية التقصيرية، ص (١٤٤)، مرجع سابق، ود.

ومن أبرز الأدلة على ذلك ما يلي:

- قوله - صلى الله عليه وسلم - : (لا ضرر ولا ضرار) رواه مالك في الموطأ، عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه وغيره، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة.

- أن التعويض عن الضرر الأدبي يدخل في عموم القاعدة الشرعية: «لا ضرر ولا ضرار». والتي تعتبر من أعظم الأمور التي ينبني عليها التعويض والضمان، وهذه القاعدة جاءت عامة، ووجه ذلك أن كلمة «ضرر» جاءت منكراً بعد النفي، والنكرة في سياق النفي تفيد العموم، كما هو مقرر في علم أصول الفقه.

كما أن النظام السعودي سار على مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي فقد نص على ذلك في العديد من الأنظمة كنظام تزييف الأموال أو نظام الإجراءات الجزائية، والتي سبق ذكرها.

ومن هنا يتضح أن القول الراجح في الفقه الإسلامي، وما استقر عليه القانون والقضاء، وما سار عليه النظام السعودي هو جواز التعويض عن الضرر الأدبي متى ما تحقق ذلك الضرر.

فالشخص إذا منع من السفر بقرار من الإدارة وكان هذا القرار غير مشروع، فإن الضرر الأدبي حاصل في ذلك، فإذا ما طالب المضرور عن الضرر الذي أصابه كان له التعويض المناسب بما يرد اعتباره بين الناس ويحقق له قدرًا من الرضا والمواساة والهدوء النفسي، ويكون طلب هذا التعويض لدى الجهة المختصة بذلك -وهي القضاء الإداري - بتقديم دعوى تسمى بدعوى التعويض، كما نص على ذلك نظام ديوان المظالم في مادته الثالثة عشرة .

وهبة الزحيلي، انظر: نظرية الضمان، ص(٢٤)، مرجع سابق، ود. محمد سراج، انظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة ١٤١٠ هـ ص (١٥٦)، وهو قول الشيخ محمد بن إبراهيم حيث قال عندما سئل عن زواج الأجنبي «نفيدكم بأننا نوافق على أنه يجب عند طلب عقد نكاح الأجنبي من التأكد من حسن سيرته وسلوكه ... ويجب أخذ الكفيل القوي عليه لتغريمه جميع التكاليف الأدبية والمالية إذا ثبت حصول خلل في الشروط السابقة» مجموع فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم جمع محمد بن عبدالرحمن القاسم (١٠/٦٣).

تلخيص

الحبس التعويضي

(دراسة مقارنة)

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية

إعداد الطالب:

عبد السلام بن سليمان الصائغ

إشراف:

د. يوسف بن عبد الله الخضير

للعام الجامعي ١٤٢٥ - ١٤٢٦ هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص: ١٤٥

عدد صفحات البحث بدون مقدمة ومراجع وفهارس وملاحق: ١٠٣

عدد صفحات التلخيص: ٢٥

تقسيمات البحث:

التمهيد:

ويتضمن:

المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان. ويتضمن:

المطلب الأول: تعريف الحبس.

المطلب الثاني: تعريف التعويض.

المطلب الثالث: تعريف الحبس التعويضي مركباً.

المبحث الثاني: تمييز الحبس التعويضي عما قد يشته به. ويتضمن:

المطلب الأول: تمييزه عن الحبس الاحتياطي.

المطلب الثاني: تمييزه عن التوقيف.

المطلب الثالث: تمييزه عن السجن.

المبحث الثالث: أنواع الحبس. ويتضمن:

المطلب الأول: أنواع الحبس في الفقه.

المطلب الثاني: أنواع الحبس في النظام.

الفصل الأول:

حكم الحبس التعويضي وشروطه وأهدافه في الفقه والنظام. ويتضمن:

المبحث الأول: حكم الحبس التعويضي ويتضمن:

المطلب الأول: حكم الحبس التعويضي في الفقه.

المطلب الثاني: حكم الحبس التعويضي في النظام.

المبحث الثاني: شروط الحبس التعويضي. ويتضمن:

المطلب الأول: شروط الحبس التعويضي في الفقه:

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: الشروط الأول: عجز المحكوم عليه عن دفع الغرامة والضمان.

الفرع الثاني: الشرط الثاني: أن يتم احتساب المدة بناء على ما يقرره ولي الأمر.

الفرع الثالث: الشرط الثالث: ثبوت المصلحة في ذلك.

الفرع الرابع: الشرط الرابع: انقضاء الظلم عن المحبوس.

المطلب الثاني: شروط الحبس التعويضي في النظام:

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: الشرط الأول: إدعاء المحكوم عليه بالغرامة عجزاً عن سدادها.

الفرع الثاني: الشرط الثاني: دلالة شواهد الحال على عجزه عن السداد.
الفرع الثالث: الشرط الثالث: عدم زيادة مدة الحبس على سنة واحدة.
الفرع الرابع: الشرط الرابع: أن يتم احتساب المدة بحبسه يوم واحد بناء على ما يحدده النظام.

المبحث الثالث: أهداف الحبس. ويتضمن:

المطلب الأول: أهداف إصلاحية.

المطلب الثاني: أهداف عقابية.

الفصل الثاني:

أثر الحبس التعويضي وأسباب انتهائه في الفقه والنظام ويتضمن:

المبحث الأول: أثر الحبس التعويضي. ويتضمن:

المطلب الأول: أثر الحبس التعويضي في الفقه.

المطلب الثاني: أثر الحبس التعويضي في النظام.

المبحث الثاني: أسباب انتهاء الحبس التعويضي في الفقه والنظام. ويتضمن:

المطلب الأول: أسباب انتهاء الحبس التعويضي في الفقه:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: السبب الأول: تمام المدة.

الفرع الثاني: السبب الثاني: دفع الغرامة.

الفرع الثالث: السبب الثالث: العفو عن المحكوم عليه.

المطلب الثاني: أسباب انتهاء الحبس التعويضي في النظام:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: السبب الأول: أداء الغرامة المحكومة بها أو ما بقي منها.

الفرع الثاني: السبب الثاني: إتمام سنة كاملة.

الفصل الثالث:

التطبيقات في المملكة العربية السعودية.

الخاتمة.

التمهيد

المبحث الأول

التعريف بمفردات العنوان .

المطلب الأول

تعريف الحبس

تعريف الحبس في اللغة :

في لسان العرب : حبس : حبسه يحبسه حبساً فهو محبوس وحبيس واحتبسه وحبّسه أمسكه عن وجهه ، والحبس : ضد التخليّة ، والحبس والمحبسة والمحبس : اسم الموضوع . أما تعريف الحبس في الاصطلاح :

قال ابن القيم في تعريفه للحبس : « هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه حيث شاء سواء كان في بيت أو في مسجد أو كان يتوكل نفس الغريم أو وكيله عليه وملازمته له » .

المطلب الثاني

تعريف التعويض

تعريف التعويض لغةً :

وفي لسان العرب : عوض : العوض البدل ، والجمع أعواض ، والعوّض : مصدر قولك عاضه عوضاً وعياضاً ومعوضةً ، تقول : عضت فلاناً وأعضته وعوضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه ، وتعوض منه واعتاض : أخذ العوض .

أما تعريف التعويض اصطلاحاً : فهو دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير .

واستعمال الفقهاء لهذا المصطلح لا يخرج عن المصلح اللغوي من ناحية المعنى .

المطلب الثالث :

تعريف الحبس التعويضي مركباً .

أما عن الحبس التعويضي مركباً فلم أجد تعريفاً له فيما بين يديّ من مراجع وبعد مراجعة النظام استنبطت منه تعريفاً : وهو الحبس الذي يُعوّض عن الغرامة الواقعة على الشخص في أحوال مخصوصة . «نظام استبدال الغرامة بالحبس الصادر بالقرار رقم ١٢٨ وتاريخ ٢٥ / ٤ / ١٣٨٠ هـ في مادته الأولى» .

المبحث الثاني

تمييز الحبس التعويضي عما قد يشته به

المطلب الأول

تمييز الحبس التعويضي عن الحبس الاحتياطي.

الحبس الاحتياطي وهو: « إجراء استثنائي يسمح لقضاة النيابة والتحقيق الحكم كل فيما يخصه بأن يأمر أن يودع السجن لمدة محددة كل متهم بجناية أو جنحة من جنح القانون العام ولم يقدم ضمانات كافية لمثوله من جديد أمام القضاء » .

وأما في النظام السعودي فهو يعرف بالتوقيف الاحتياطي : وهو إجراء يتخذ بعد التحقيق لمنع المتهم من الهرب أو من التأثير في سير التحقيق .

أما الحبس التعويضي فقد سبق تعريفه.

ويمكن إيضاح الفرق بينهما في أمور :

أولاً : أن التوقيف الاحتياطي يقصد منه التحرز والاحتياط من هرب أحد أطراف القضية من أجل تحقيق في قضية ما . أما الحبس التعويضي فيقصد منه التعويض عن غرامة واقعة على من وجب عليه غرامة ويعجز عن سدادها فهنا يجس عوضاً عن تلك الغرامة ويجسم عن كل يوم مبلغ معين .

ثانياً : أن التوقيف الاحتياطي يكون فيما فيه تهمة ولم تثبت إدانته فيما اتهم به ، بخلاف الحبس التعويضي فإن الإدانة فيه ثابتة .

ثالثاً : أن التوقيف الاحتياطي يكون في الجنايات أما الحبس التعويضي فيكون في الأموال ونحوها .

رابعاً : أن التوقيف الاحتياطي يصدر الحكم من رجال السلطة المختصة سواء كانوا رجال الضبط الجنائي أو أعضاء هيئة التحقيق والإدعاء العام . بخلاف الحبس التعويضي فإنه يصدر بقرار من وزير الداخلية ، أما إذا أصدر الحاكم الشرعي حكماً بالغرامة والحبس بمقتضى سلطة التعزير فإن حق إصدار قرار استبدال الغرامة بالحبس التعويضي يكون لرئاسة مجلس الوزراء .

المطلب الثاني

تمييز الحبس التعويضي عن التوقيف

حتى يتبين لنا الفرق لابد أن نقف على تعريف التوقيف : وهو المكان المخصص لحجز أو توقيف الأشخاص المقبوض عليهم في الجهة القابضة سواء كانت هذه الجهة الشرطة أو المرور أو مكافحة المخدرات أو غيرها، أثناء فترة التحقيق .

والموقوف : وهو كل شخص يتم القبض عليه للاشتباه به في ارتكاب جريمة معينة والتحقيق معه حتى تثبت إدانته وإحالاته إلى السجن أو يتم الإفراج عنه .

ويتضح الفرق بينهما فيما يلي :

أولاً: بأن الموقوفين لا يعاملون معاملة المحبوسين حسباً تعويضياً لا من حيث المكان ولا اللباس ولا الزيارة ونحو ذلك لأن الوضع الذي هم عليه تحديد مصير إما الإفراج أو الحبس إلا أنهم يشتركون معهم في أن حريتهم تكون مقيدة .

ثانياً: أن الحبس التعويضي يكون في الغرامات المالية بخلاف التوقيف فهو أعم من ذلك .

ثالثاً: أن الحبس يُتخذ لتحقيق أغراض منها: التهذيب والإصلاح والتعليم، بينما التوقيف يُتخذ لتحقيق هدفين هما: سلامة التحقيق وحماية أمن المجتمع .

المطلب الثالث

تمييز الحبس التعويضي عن السجن

حتى يتبين لنا الفرق لا بد أن نقف على تعريف السجن، فقد عرّف السجن بـ «توقيف الشخص ومنعه من التصرف بنفسه» .

ومن هنا يتبين لنا أن السجن أحد أنواع الحبس وذلك لأن كل منهما فيه منع وتقييد للحرية .

لكن الحبس أعم من السجن لأن السجن هو مكان يقيد فيه الشخص ويمنع حريته وهو مكان محدد أما الحبس فليس له مكان محدد ففي أي مكان يقيد ويمنع حريته يقال فلان حُبس، بيد أن القرآن الكريم والحديث الشريف لم يفرقا بين الحبس والسجن في الدلالة، لأنهما بمعنى المنع والتوقيف مطلقاً قال تعالى: ﴿وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِنْ دُبُرٍ وَالْأَفْيَا سَيَّدهَا لَدَا الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسَجَّنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ .

وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمْنَا﴾ .

وفي الحديث عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (الدنيا سجن المؤمن) أخرجه مسلم .

وفي حديث آخر عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (إن الله حبس عن مكة الفيل) متفق عليه .

وفي كتب السنة يراد بالحبس الوقف، وهذا المعنى يدل على الحبس والسجن معاً مما يدل على أن القرآن والسنة لم يفرقا بينهما .

أما في القانون فالأمر مختلف، ففي النظام السعودي الحبس ما كان مدته لا تزيد عن خمسة أيام من تاريخ القبض عليه ويجوز تمديد هذه المدة إذا اقتضت المصلحة ذلك على ألا يزيد مجموعها على ستة أشهر من تاريخ القبض عليه.

بمعنى أنه مادام أنه في دور التحقيق فإنه يعتبر حبس إلى المدة المذكورة في النظام، أما السجن فإنه متى ثبت إدانته وصدر بحقه حكم قضائي فإنه يحال إلى السجن العام.

المبحث الثالث

أنواع الحبس

المطلب الأول

أنواع الحبس في الفقه

يتنوع الحبس في الفقه أنواع شتى باعتبارات مختلفة منها :

باعتبار كونه عقوبة أولاً ينقسم إلى قسمين :

الأول : ما كان بقصد العقوبة :

ويكون في الأفعال والجرائم التي لم تشرع فيها الحدود سواء كان في حق الله تعالى أو حق لآدمي ، والأصل في هذا أن يكون الحبس فرع من التعزير ، وقد أجاز الفقهاء جمع الحبس تعزيراً مع غيره من العقوبات ، ومن ذلك على سبيل التمثيل لا الحصر : الجمع بين الحبس والقصاص تعزيراً وذلك إذا أعتق ولي الدم ورأى ولي الأمر أن يُحبس للصالح العام . وغير ذلك من الأمثلة .

وميّز الفقهاء بين الحبس القصير والحبس الطويل بأن ما كان أقل من سنة قصيراً، وما كان سنة فأكثر طويلاً.

الثاني : ما كان بقصد الإستيثاق :

ويقصد بذلك : تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه بقصد الإستيثاق وضمان عدم الهرب . وينقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام :

الحبس للتهمة : ويقصد به : تعويق ذي الريبة عن التصرف بنفسه حتى يتبين أمره فيما ادعى عليه من حق، سواء كان لله أو لآدمي أو اعتبره الفقهاء من السياسة العادلة إذا تأيدت التهمة بقريضة قوية أو عُرف بالفجور، أما إذا لم تقم قريضة على اتهامه فلا يجوز حبسه ولا عقوبته اتفاقاً .

الحبس للاحتراز : يقصد به : التحفظ للمصلحة العامة على من يتوقع حدوث ضرر بتركه ولا يستلزم وجود تهمة .

مثل حبس العائن الذي يضر الناس بعينه احترازاً من أذاه .

الحبس لتنفيذ عقوبة أخرى : ويقصد به : أنه إذا حال دون تنفيذ العقوبة بها أمر عارض أرجى التنفيذ حتى يزول العذر ، فإن كان له من يخدمه فلا يُخرج من الحبس أما إذا لم يوجد من يخدمه فإنه يُخرج من الحبس بكفيل لئلا يهلك ، فإذا خيف هرب المطلوب تنفيذ العقوبة عليه مثلاً جاز حبسه .

باعتبار التأييد من عدمه ينقسم إلى قسمين :

١ - الحبس المؤبد :

وقد ذكر الفقهاء عليه أمثلة منها :

حبس الممتنع عن الصلوة كسلاً ، ومن يعمل عمل قوم لوط وغيرها كثير .

٢ - الحبس غير المؤبد :

وهو الحبس الذي تكون المدة فيه محددة ، وهو ينقسم إلى قسمين :

الأول : حبس غير محدد المدة :

فيظل محبوساً حتى تظهر توبته ويصلح حاله وإلا بقى محبوساً حتى يكف شره عن المجتمع .

الثاني : حبس محدد المدة :

وهذا النوع يتنوع إلى نوعين :

الأول : الحبس القصير : وهو ما كانت المدة أقل من سنة وهذا على الأشخاص الذي تكون جرائمهم خطيرة كتعاطي المخدرات والاستعمال والحيازة للاستعمال أما إذا كانوا من الأشخاص أصحاب الجرائم غير الخطيرة فتكون مدته ثلاثة أيام ، ومثل له الفقهاء بدشاتهم جيرانه وترك الصيام مدة شهر رمضان .

وللحبس القصير مزايا وعيوب :

فمن مزاياه :

أنه يصلح للجنة الأثرياء الذي لا تجدي معهم العقوبات المالية .

أنه كذلك يصلح لمرتكبي الجرائم المتوسطة الجسامية .

ومن عيوبه :

أنه يزيد ازدحام السجون مما يزيد أعباء الدولة المادية .

أنه يترتب عليه إبعاد الجاني من أسرته وفقدانه لشرفه وعمله .

الثاني : الحبس الطويل : وهو ما كانت المدة سنة فأكثر طويلاً وذلك مثل : حبس

الزاني البكر سنة بعد إقامة الحد عليه ونحو ذلك .

المطلب الثاني

أنواع الحبس في النظام

أما أنواع الحبس في النظام فهي نوعان :

١- حبس بسيط : وهو ما كان العمل للمحكوم عليه اختيارياً . وتسلب منه حريته ويقتى داخل السجن .

والحبس البسيط قد يحوّل إلى حبس مع الشغل بشرط أن تكون لمدة لا تتجاوز الثلاثة شهور، أما إذا زادت عن هذه المدة فلا مجال لإعمال الحكم السابق [وهو تحويله إلى حبس مع الشغل]، ويشغل المحكوم عليه في هذا العمل بلا مقابل لإحدى جهات الحكومة مدة تساوي المدة المحكوم عليه في الحبس . أما إذا لم يقم بالعمل المكلف به فتعاقبه جهة الإدارة بما تراه مقبولاً ثم يرسل إلى السجن للتنفيذ عليه ويحسم له من مدته الأيام التي شغل فيها .

٢- حبس مع الشغل : وهو العمل الذي يكون إلزامياً على المحكوم عليه ، وقد نص نظام السجن والتوقيف في المملكة العربية السعودية المادة (١٦) على أن: «يكون تشغيل المسجونين والموقوفين وفق قواعد تضعها وزارة الداخلية بالاشتراك مع وزارة العمل والشئون الاجتماعية» . والمحكوم عليهم بالحبس مع الشغل يشتغلون داخل السجن أو خارجه في الأعمال المعينة لهم، والحبس مع الشغل قد يكون وجوبياً وقد يكون جوازياً، فيكون وجوبياً في حالتين :

الأولى : إذا كانت العقوبة المحكوم بها سنة فأكثر .

الثانية : وكذلك إذا كانت العقوبة أقل من سنة بشرط أن يُنص على ذلك كما هو الشأن في جرائم السرقة وإتلاف المزروعات وغيرها .

الفصل الأول

حكم الحبس التعويضي

في الفقه والنظام

المبحث الأول

حكم الحبس التعويضي

المطلب الأول

حكم الحبس التعويضي في الفقه

واختلف العلماء في حكم الحبس التعويضي على قولين :

القول الأول : يرى جواز الحبس التعويضي ، وقد استدل لهذا القول بعموم الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول الدالة على مشروعية الحبس أعلی النحو الآتي :

أ/ من الكتاب :

ومما يدل على مشروعية الحبس قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُوهَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ ۗ﴾ .

وجه الدلالة من الآية الكريمة: أن في هذه الآية الكريمة إرشاداً إلى حبس من توجب عليه الحق حتى يؤديه .

ب/ ومن السنة المطهرة :

يستدل على مشروعية الحبس ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: (بعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خيلاً قبل نجد فجاءت برجل من بني حنيفة يقال له ثمامة بن أثال فربطوه بسارية من سواري المسجد ، فخرج إليه الرسول - صلى الله عليه وسلم - فقال: ما عندك يا ثمامة؟ فقال: عندي خير يا محمد إن قتلتنني تقتل ذا دم وإن تنعم تنعم على شاكر وإن كنت تريد المال فسل منه ما شئت ، فتركه حتى كان الغد ثم قال له ما عندك يا ثمامة؟ قال: ما قلت لك إن تنعم تنعم على شاكر، فتركه حتى كان بعد الغد ، فقال: ما عندك يا ثمامة؟ فقال: عندي ما قلت لك ، فقال: أطلقوا ثمامة ، فانطلق إلى نخل قريب من المسجد فاغتسل ثم دخل المسجد فقال: أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله) رواه البخاري ومسلم .

وجه الدلالة من الحديث الشريف: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حبس ثمامة ولم ينكر حبسه مما يدل على مشروعية الحبس .

ج/ من الإجماع :

أجمع الصحابة ومن بعدهم على مشروعية الحبس وأنه نوع من أنواع العقوبة الشرعية ، وكما ذكرنا سابقاً من وقائع للصحابة تدل على أنهم حبسوا أولاً يعرف لهم منكرًا فكانت إجماعاً .

د/ من المعقول :

أن الحاجة تدعو إلى إقرار عقوبة الحبس التعويضي لأن فيها مصلحة تعود على المجتمع ، وكذلك تعود على المخالف حتى تبرأ ذمته من الدين الذي عليه بإقرار هذه العقوبة .

وإذا كان الحبس وقع في زمن النبوة وفي أيام الصحابة والتابعين ، فلأن يكون في زماننا من باب أولى .

القول الثاني: يرى عدم جواز الحبس التعويضي ، وهذا القول للدكتور عبد القادر

عودة، وقد استدلل على ذلك بـ :

أن الحبس في الدين لم يشرع إلا لحمل المدين على الدفع فإذا كان عاجزاً عن الدفع امتنع الحبس لانعدام سببه ، فإذا كان المحكوم عليه بالحبس قادراً على دفع المال لكنه تمتنع عن دفعه فهنا يجبس ، وذكر الدكتور أنه ليس في الشريعة ما يمنع من تشغيل المحكوم عليه في عمل حكومي لاستيفاء الغرامة المحكوم بها من أجره .

وبناءً على ما سبق تكون عقوبة الحبس عقوبة خاصة بالفقراء ومن شروط العقوبة الأساسية أن تكون عامة وإلا كانت غير مشروعة .

والراجع :- والله أعلم - هو القول الأول لقوة الأدلة .

المطلب الثاني

حكم الحبس التعويضي في النظام

أجاز المنظم السعودي الحبس التعويضي وهو [استبدال الغرامة بالحبس] لما رأى في ذلك من المصلحة ، فقد صدر بذلك نظام يسمى بـ [نظام استبدال الغرامة بالحبس] الصادر بالقرار رقم (١٢٨) وتاريخ ٢٥ / ٤ / ١٣٨٠ هـ والمتضمن أربع مواد ، ويحقق مصلحة للدولة باستيفائها للعقوبة من الشخص العاجز عن تسديد الغرامة الواقعة عليه فيحبس هذا الشخص ويحسم عن كل يوم مبلغ وقدره عشرة ريالاً لليوم الواحد كما نص عليه النظام المذكور في مادته الثانية .

المبحث الثاني

شروط الحبس التعويضي

إن وجود الشرط أمر مهم لأنه يضبط الأمر بما يحقق العدل والمصلحة بحيث إذا توفرت الشروط ثبت الحكم وإذا انتفت أو انتفى بعضها لم يثبت ، ويندرج تحت هذا المبحث مطلبان:

المطلب الأول

شروط الحبس التعويضي في الفقه

إن للحبس التعويضي شروطاً في الفقه سوف أقسمها - إن شاء الله - إلى فروع:

الفرع الأول:

الشرط الأول:

عجز المحكوم عليه عن دفع الغرامة والضمان :

مقصود بالغرامة : إذا أخل الشخص بشروط من الشروط الذي وضعتها الدولة ويترتب على ذلك غرامة ، مثل رجل يريد إنشاء مبنى ومن الإجراءات إخراج رخصة من البلدية تسمح له بهذا الإنشاء وفي هذه الرخصة شروط فإذا أخل الرجل بشروط من

الشروط فإنه يترتب على ذلك غرامة تقف على عاتق الرجل المخالف . أما الضمان: فهو إذا أتلّف الشخص شيئاً من المال العام فإنه يضمن ذلك ، وذلك مثل : إتلاف عامود الإشارة أو عامود إنارة الكهرباء ونحو ذلك .

ويثبت إعساره بإقامة البينة وهي شهادة الشهود على إعساره وهذا مما اتفق عليه الفقهاء .

أما بالنسبة للغريب عن البلد الذي لا يمكنه إقامة البينة على إعساره فيأمر القاضي اثنين من أهل البلد يبحثان عن حال الغريب هل له مال أو ليس له ويكفي في ذلك غلبة الظن .

أما بالنسبة لمن أقام بينة الإعسار وهو من ذوي البيوت والأعيان فإن الحاكم يلتمس منه البينة ويحضر له فوق الثلاثة ممن يعرفون حالة إعساره فإن ثبت إعساره فيحكم الحاكم بإعساره بعد أن يستخير الله - عز وجل - في ذلك .

الفرع الثاني:

الشرط الثاني:

أن يتم احتساب المدة بناءً على ما يقرره ولي الأمر :

فلا يجبس الشـخص المحكوم عليه بالحبس التعويضي إلا بناءً على ما يقرره ولي الأمر مما هو مذكور في الأنظمة التي وضعها والذي يجب على الناس اتباعها .

الفرع الثالث:

الشرط الثالث:

ثبوت المصلحة في ذلك :

الفرع الرابع :

الشرط الرابع:

انتفاء الظلم عن المحبوس :

المطلب الثاني

شروط الحبس التعويضي في النظام

للحبس التعويضي شروط في النظام ، وسوف أذكر كل شرط في فرع ، وبالتالي تكون

هناك أربعة فروع :

الفرع الأول :

الشرط الأول :

إدعاء المحكوم عليه بالغرامة عجزه عن سدادها :

كما في المادة (٢) من نظام استبدال الغرامة بالحبس ، وذلك بأن يثبت إعساره لدى المحكمة ، ولا يحال إلى المحكمة لإثبات إعساره إلا بعد الرفع عن ذلك إلى المقام السامي «الأمر السامي رقم (٤٠٨) . وتاريخ ٢٦ / ٢ / ١٣٨٩ هـ ، ولا بد في المدعي أن تتوفر فيه الأهلية المعروفة كأبي مدعي .

الفرع الثاني :

الشرط الثاني :

دلالة شواهد الحال على عجزه عن السداد :

دلالة شواهد الحال على عجزه عن السداد مما يثبت إعساره وبالتالي يمكن حبسه حبساً تعويضياً بعد استكمال كافة الشروط والإجراءات أو من شواهد الحال التي تدل على عجزه عن السداد :

شهادة الشهود على عجزه وعدم قدرته عن السداد .

وجود خطاب من البنك الذي يتعامل معه الشخص المديون للدولة يفيد هذا الخطاب بعدم وجود رصيد في حساب هذا الشخص مما يدل دلالة واضحة على عدم قدرته عن السداد .

وجود خطاب من إحدى الجمعيات الخيرية أو الضمان الاجتماعي في المملكة العربية السعودية يفيد هذا الخطاب بأن فلاناً من الناس المديون للدولة ممن يُصرف له معونات مما يدل ذلك على عجزه وعدم قدرته عن السداد .

الفرع الثالث :

الشرط الثالث :

عدم زيادة مدة الحبس على سنة واحدة :

نص نظام استبدال الغرامة بالحبس على هذا الشرط في « مادته الثانية «وذكر أنه لا يجوز أن تزيد مدة الحبس على سنة واحدة وذلك على أحوال: الحالة الأولى : أن الغرامة التي تقل مدة الحبس عنها سنة متى تم استيفاؤها فإنه تسقط المدة المتبقية .

الحالة الثانية : إذا كانت الغرامة تفوق الحبس عنها سنة واحدة فإنه يحسم من الغرامة ما تم حبسه فيها أما ما بقي من الغرامة بعد مرور سنة من حبسه فإنه تسقط ما تبقى من الغرامة ولا يلزم المحكوم عليه بدفع ما تبقى منها .

الحالة الثالثة: إذا تعددت الغرامات المحكوم بها على الشخص في مدة سنة واحدة فيمكن استبدال أكبرها مبلغاً وبعد ذلك يلتزم المحكوم عليه بدفع بقية الغرامات. الحالة الرابعة: إذا كانت الغرامة الأكبر مبلغاً تقل عن مدة سنة في الحبس التعويضي فتُضم إليها غرامة أخرى حتى يبلغ سنة واحدة وما بقي من الغرامات يلتزم المحكوم عليه بدفعها بعد خروج المحكوم عليه من الحبس التعويضي.

الفرع الرابع:

الشرط الرابع:

أن يتم احتساب المدة بحبسه بناءً على ما يحدده النظام:

وقد حدد النظام في المادة (٢) و(٤) ذلك بأن يحسم عن كل يوم في الحبس عشرة ريات سواء كانت الغرامة واحدة أو متعددة أو تحسب هذه المدة من أول يوم يحكم عليه بالحبس التعويضي إلى أن يتم الإفراج عنه.

وقد صدر بعد ذلك تعميم من رئيس ديوان رئاسة مجلس الوزراء «تعميم رقم (٩٧٥٢-٣/ش) وتاريخ ٢١/٤/١٣٩٣هـ».

ونص على أنه «لا يعتبر النظام بإبدال الغرامة بالحبس ناسخاً للنصوص الخاصة المتعلقة بإبدال الغرامة بالسجن في نظام الجمارك، وإنما يقتصر تطبيق نصوص نظام الجمارك على الحالات المتعلقة به» وقد ورد في نظام الجمارك أنه في حالة عدم استطاعة المهرب دفع الغرامة المحكوم عليه بها فإنه يعاقب بالحبس يوماً واحداً عن كل خمسة ريات، ولكن لا يجوز أن تتجاوز مدة الحبس عن ثلاثة شهور» المادة (٥٣) من نظام الجمارك الصادر عام ١٣٧٢هـ وكذلك المادة (٢٦) من لائحته. أما ما يتعلق بسلاح الحدود فقد صدر تعميم الإدارة العامة للسجون «رقم ١١/س/٤٢٠ في ٢٧/٢/١٤٠٩هـ» المبني على خطاب صاحب السمو الملكي نائب وزير الداخلية «رقم ١٨/س/٤٨٠ في ٩/٢/١٤٠٩هـ». الموجه لمدير عام سلاح الحدود بشأن قيام اللجان الإدارية بسلاح الحدود باستبدال الحبس بالغرامة المترتبة على المتهمين بموجب نظام أمن الحدود ولائحته التنفيذية بالحبس يوماً واحداً عن ثلاثين ريال مهما طال مدة الحبس، وتضمن خطاب سموه أن ذلك يرجع إلى المادة (٤٠) من اللائحة التنفيذية لنظام أمن الحدود «رقم ١٤٤٠/س ج في ٧/٧/١٣٩٦هـ». لم تنص على حد أقصى لمدة الحبس، وحيث لم تنص تلك اللائحة على الحد الأقصى للحبس فإنه يُعمل بموجب نظام استبدال الغرامة بالحبس الذي تنص المادة الثانية منه على ألا تزيد مدة الحبس في مجموعها عن سنة واحدة. أما ما يتعلق بالنظام الجزائي الخاص بتزوير وتقليد النقود فقد نصت المادة الثانية عشرة: «للحكومة

الحق في اقتضاء الغرامة بطريق التنفيذ الجبري على أملاك المحكوم عليه الثابتة والمنقولة أو بطريق الإكراه بحبس المحكوم عليه يوماً واحداً عن كل خمسة ريلات سعودية على ألا تتجاوز مدة الحبس ستة أشهر» «النظام الجزائي الخاص بتزوير وتقليد النقود الصادر برقم (١٠٤) بتاريخ ٧/٧/١٣٧٩هـ».

المبحث الثالث

أهداف الحبس

المطلب الأول

أهداف إصلاحية

للحبس أهداف إصلاحية كثيرة منها للجاني ومنها للمجتمع ومن هذه الأهداف :

١- تحقيق المصلحة :

إن أهم ما تهدف إليه عقوبة الحبس حفظ حقوق الناس وحماية مصلحتهم وهذه المصلحة تكمن في الحفاظ على الضروريات الخمس وهي : حفظ الدين ، وحفظ النفس ، وحفظ العقل ، وحفظ النسل ، وحفظ المال ، وذلك لأنه لا تستقر الحياة ولا تستقيم إلا بالحفاظ على هذه المصالح .

والحبس التعويضي يحقق هذه المصلحة التي تعود على المحبوس بأن يعلم أنه لا مجال للمفروض من هذه العقوبة فإما دفع الغرامة أو الحبس حسباً تعويضياً ، وكذلك تعود على المجتمع بمنعه من العودة لمثل هذا العمل .

٢- إصلاح الجاني وتهذيبه :

إن الهدف من عقوبة الحبس هو إصلاح حال الجاني وتهذيبه وتنقيته من الأفعال الإجرامية، وليس كما يراها البعض بأن الحبس يتصور منه تنزيل الآلام بالجاني وتعذيبه، بل أن هذه النظرة خاطئة لأن العقوبات لم تشرع لذلك وإنما شرعت لتوجيه الجاني وتهذيبه وإصلاح حاله ، وذلك مثل الوالد عندما يخالف ولده أمره أو يفعل ما يوجب عقابه فإن والده يضطر إلى عقابه بما يهذبه ويصلح حاله .

والحبس التعويضي يؤكد هذا الأمر وذلك عندما يُزج الشخص في الحبس ويعلم أن هذا مآله فإنه يندم على فعلته ويعزم على عدم العودة لمثل هذا مما فيه إصلاح للجاني وتهذيبه وتنقيته من مثل هذه الأفعال .

٣- ردع الجاني وزجره :

إن الهدف من عقوبة الحبس هو ردع الجاني وزجره عن معاودة ما فعله من إجرام ، ولهذا شرعت العقوبات لأنها إن جاءت للردع والزجر ، فمثلاً عندما يفعل المجرم جرمه

ويُجس فيكون في ذلك ردعاً بأن لا يعاود هذه الجريمة وزجراً لغيره ممن يمشون على نهجه . وبذلك يتحقق مصلحة عامة للمجتمع يكف أذى هؤلاء المجرمين .
وذلك يحصل في الحبس التعويضي عندما يُزج الشخص العاجز عن دفع الغرامة في الحبس ويعلم أنه إن لم يدفع الغرامة فسوف يدخل الحبس فإنه يرتدع عن مثل هذا العمل وينزجر مما يقلل وقوع مثل هذه الأعمال.

المطلب الثاني

أهداف عقابية

إن لعقوبة الحبس أهدافاً عقابية تكمن فيما يلي :

١- الإحباط:

إن من الأهداف العقابية التي تؤثر على الجاني هو إحباط الدافع للجريمة ، فإذا فكر الجاني بالجريمة وتذكر عقوبة الحبس انحبط الدافع للجريمة وتركها ، والإحباط يكون من قبل الجاني كما ذكرنا سابقاً ، وقد يكون الإحباط عاماً .
والحبس التعويضي تأكيد لهذا الأمر حيث يعلم المخالف أنه لا مفر من إيقاع العقوبة عليه ، فإذا ثبت عجزه عن الغرامة أنتقل إلى الحبس التعويضي فيتحقق الإحباط لدى المخالف .

٢- إحساس المجرم بالمذلة والإهانة لنفسه :

فالمجرم عندما يودع في الحبس وينعزل عن أهله وعن المجتمع وأن هذه عقوبة من يفعل أفعالاً إجرامية ويخالف نظام البلد الذي هو يعيش فيه عندئذ يحس بالمذلة والإهانة لنفسه، لأنه يعلم أنه بعد خروجه من السجن لن ينظر الناس إليه كما ينظرون إليه قبل عقوبته بالحبس مهما كانت مكائته مما يؤدي بذلك إلى إحساسه بالمذلة والإهانة وفي الحبس التعويضي تأكيد لهذا الأمر وذلك عند دخول الشخص العاجز عن دفع الغرامة للحبس وانزاله عن الناس فيحس المحبوس بالمذلة والإهانة لنفسه .

٣- الحفاظ على المحبوس وجعله في متناول اليد عند الطلب :

إن من الأهداف العقابية التي تؤثر على الجاني تقييده ومنعه من التصرف في نفسه وجعله في متناول اليد عند الطلب ، وذلك للحفاظ عليه وعدم تأثيره في الأدلة ، وأنه متى ما احتاجوا إليه يكون قريباً منهم .

وهذا الأمر متحقق في الحبس التعويضي ، فإن المخالف عندما يُزج في الحبس يكون قريباً منهم إذا احتاجوا إليه .

الفصل الثاني

أثر الحبس التعويضي وأسباب انتهائه في الفقه والنظام

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

أثر الحبس التعويضي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

أثر الحبس التعويضي في الفقه

براءة الذمة :

إن هذا الأثر الشرعي المترتب على الحبس التعويضي لم نجد له - بعد النظر والتأمل - ذكراً صريحاً في كتب المتقدمين ، وإنما ذكر عرضاً أو لمسائل أخرى .
وقد تكلم الفقهاء عن براءة الذمة وأنها الأصل ، وإذا طرأ عليها طارئ ثم زال عدنا إلى الأصل وإذا لم يزل بحثنا عما يزيله وهو قضاء ما عليه من ديون حتى تبرأ ذمته ، فقد حرصت الشريعة الإسلامية على ذلك ، وذكر الفقهاء في كتبهم ما يدل على حرص الشريعة الإسلامية :

وبناءً على ذلك فهذا المحبوس حبساً تعويضياً كانت ذمته بريئة ثم سُغلت فلما استوفى منه الحق بالحبس وذلك بأن يجبس بدلاً عن الغرامة سنة واحدة ، أو يدفع الغرامة التي عليه ، وبالتالي تعود ذمته بريئة كما كانت ، إذا فالأثر المترتب على الحبس التعويضي من الناحية الشرعية هو براءة الذمة .

المطلب الثاني

أثر الحبس التعويضي في النظام

يترتب على دخول الشخص للحبس آثار وسوف أقسمها - إن شاء الله - إلى آثار اجتماعية ونفسية واقتصادية وإلى براءة الذمة . على النحو التالي:
أولاً: الآثار الاجتماعية والنفسية :

وقد قمت بدمجها لأن بينهما ترابط وثيق ، ولا شك أن هذا الأثر من أهم الآثار وأخطرها على المحبوس وعلى أهله أيضاً ، فإن المحبوس ينعزل انعزال تاماً عن مجتمعه الذي هو عايش فيه وبالتالي يؤثر ذلك على المحبوس بأن النظرة قد اختلفت عنه مما يفقده الثقة بنفسه وبالتالي يمكن أن تفقده حياته الاجتماعية بعد خروجه من السجن فقد يصبح منعزلاً عن الناس لا يراهم ولا يرونه .

مما يؤثر ذلك أيضاً على حياته الزوجية ، فنرى دائماً في واقعنا أن الزوجة تطلب

الطلاق من زوجها بسبب أنه في السجن أو خرج من السجن، وكذلك الغير متزوج عندما يريد أن يتزوج لا يجد من يزوجه إلا نادراً بسبب أنه خارج من السجن، وإذا كان متزوجاً وله أولاد فإن أولاده يتأثرون بذلك في مدرستهم وبين أقاربهم .

ثانياً : الآثار الاقتصادية :

لا شك أنه يترتب على إيداع الشخص في الحبس انقطاع مورده المالي إذا كان ذا عمل، فإذا كان موظفاً فإنه يتم فصله من العمل أو هو يستقيل خوفاً من مواجهة زملائه في العمل، وإذا كان ذا عمل مهني فيترتب عليه أيضاً انقطاع عمله لأنه يكون بعيداً عن إدارته، وبالتالي سوف تتأثر عائلته من بعده مما قد يؤدي - لا قدر الله - إلى انحراف العائلة .

وهذا الانقطاع للمورد المالي قد يكون في أثناء جلوسه في السجن وقد يكون بعد خروجه من السجن بأن ينعزل عن المجتمع ولا يشتغل أو قد لا يجد من يُشغله بسبب أنه خارج من السجن .

ثالثاً : براءة الذمة :

يترتب على الحبس التعويضي إذا انتهت المدة المقررة له الحكم ببراءة ذمته من الدين الذي عليه ، بيد أنه إذا كانت الغرامات المحكوم بها عليه متعددة وحكم عليه بأكبرها مبلغاً وانتهت مدة الحبس التعويضي وهي سنة واحدة فإنه في هذه الحالة لا تبرأ ذمته من الدين ويلتزم بدفع بقية الغرامات .

المبحث الثاني

أسباب انتهاء الحبس التعويضي في الفقه والنظام

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

أسباب انتهاء الحبس التعويضي في الفقه

لانتهاؤ الحبس التعويضي في الفقه لا بد له من أسباب تنهيه وسوف أقسمها - إن شاء

الله - إلى فروع :

الفرع الأول : السبب الأول : تمام المدة :

تمام المدة سبب من الأسباب التي تُبرأ ذمة الشخص وتكون ذمته فارغة بعد أن شغلت بالدين الذي عليه بعد عقوبته بالسجن، فيكون تمام المدة سبباً من أسباب انتهاء الحبس التعويضي لأنه إذا حُبس حبساً تعويضياً مدة معلومة وانقضت لا يحق لهم الزيادة عليها لأنه أصبح برئ الذمة بمجرد الانتهاء من المدة المقررة عليه .

الفرع الثاني : السبب الثاني : دفع الغرامة :

والسبب الثاني من أسباب انتهاء مدة الحبس التعويضي هو قيام المحبوس بدفع الغرامة المقررة بهذا الأمر وبمجرد دفع الغرامة استحق الخروج من هذا الحبس لأن ذمته الآن أصبحت بريئة نظامياً من أجل إقرار الجهات المختصة بذلك وهو حق لهم وقد تنازلوا عن المحبوس عند دفعه للغرامة فلذلك برئت ذمته من الحق العام المنوط به .

الفرع الثالث : السبب الثالث : العفو عن المحكوم عليه :

من أسباب انتهاء الحبس التعويضي العفو عن المحكوم عليه بأن يُسقط ويسامح عن الدين الذي للدولة .

وللعفو فوائد منها :

تقوية الروابط وزيادة التماسك بين الراعي والرعية .

تشجيع المحبوس على عدم العود لمثل ما فعل .

تبرئة ذمة المخالف مما تعلق بها حقاً للصالح العام .

إلا أنه ينبغي أن نبه على أمر ضروري وهو أن العفو إنما يكون لمن كان أهلاً للعفو ويستحق ذلك، أما إذا كان لا يستحق العفو وليس أهلاً له فالأفضل عدم العفو لأنه يمكن أن يكون في العفو عنه مضرّة للمجتمع ولأن الله - عز وجل - قال : ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴾ والعفو في مثل هذه الحالة ليس بإصلاح .

وكذلك من الأسباب العامة الموت: وذلك لأن الحبس يتعلق بذات الشخص فإذا انعدمت الذات إنعدم الحبس .

المطلب الثاني

أسباب انتهاء الحبس التعويضي في النظام لانتهاء الحبس التعويضي في النظام لا بد له من أسباب تنهيه وسوف أقسمها إلى فرعين :

الفرع الأول :

السبب الأول : أداء الغرامة المحكوم بها أو ما بقي منها :

نص على ذلك نظام استبدال الغرامة بالحبس في المادة (٢)، بمعنى متى ما دفع الشخص المحكوم عليه بالحبس الغرامة وجب إطلاق سراحه، وكذلك أيضاً لو بقي من الغرامة مثلاً الثلث أو الربع ودفعها فإنه يجب إطلاق سراحه. لأن ذمته برئت مما تعلق فيها من حق، وعلى ذلك يكون زال السبب الذي من أجله صار الحبس .

الفرع الثاني:

السبب الثاني: إتمام سنة كاملة :

ينتهي الحبس التعويضي بإتمام سنة كاملة في الحبس فإذا تم سنة كاملة فإنه يجب إطلاق سراحه وتسقط الغرامة المتبقية منها إذا كانت الغرامة واحدة، أما إذا كانت الغرامة متعددة وزادت عن مدة حبسه فإنه يلتزم بدفع ما تبقى منها .
ومن الأسباب كذلك عفو ولي الأمر عن الحق الذي علي .

ومن الأسباب كذلك الموت الذي يعتبر منهياً للحبس التعويضي بل منهياً للحياة كلها ، فبمجرد موت المحبوس ينتهي هذا الحبس ، لأن الحبس يتعلق بذات الشخص وإذا انعدمت الذات انعدم الحبس .

الفصل الثالث

التطبيقات في المملكة العربية السعودية .

ذكر الباحث عدة قضايا تدل على العمل بهذا النظام .

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .



تلخيص

جريمة تعاطي المخدرات وعقوبتها

(دراسة مقارنة)

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

من المعهد العالي للقضاء

إعداد الطالب:

لؤي بن عبدالله بن علي الخليوي

إشراف:

د. سعود بن محمد البشر

الأستاذ المشارك بالمعهد العالي للقضاء

العام الجامعي: ١٤٢٧ - ١٤٢٨ هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص: ٢٢٩

عدد صفحات التلخيص: ٤٠

التمهيد:

المبحث الأول:

تعريف الجريمة وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول :

تعريف الجريمة في اللغة:

فعل الأمر الذي لا يستحسن ويستهجّن.

المطلب الثاني:

تعريف الجريمة في النظام:

الواقعة التي ترتكب من شخص بإرادة جنائية إضراراً بمصلحة حماها المنظم في قانون

العقوبات ورتب عليها أثراً جنائياً متمثلاً في العقوبة الجنائية.

المطلب الثالث:

تعريف الجريمة في الفقه:

محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير.

المبحث الثاني:

تعريف تعاطي المخدرات وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

تعريف تعاطي المخدرات في اللغة .

الأصل الثلاثي للكلمة (العين. الطاء. الحرف المعتل) يدل على الأخذ والمناولة ولا

يخرج الباب عنهما.

فالتعاطي بمعنى تناول ما لا يحق هو الأقرب للمعنى الاصطلاحي لتعاطي المخدرات

لكون المخدرات تعتبر تناولاً لما لا يحق.

المطلب الثاني:

تعريف تعاطي المخدرات في النظام .

لم يضع نظام مكافحة المخدرات تعريفاً للتعاطي وهذا مما يُلاحظ على النظام ولكن

وضع شُراح الأنظمة عدة تعريفات للتعاطي منها : «استعمال المتهم للمخدر بأي وسيلة

كانت وأياً كان نوع المخدر مادة أو نبات وكان هذا الاستعمال لغرض غير طبي أو

علاجي».

المطلب الثالث:

تعريف تعاطي المخدرات في الفقه:

لم يعرف الفقهاء - حسب اطلاعي - تعاطي المخدرات ولكن عرف الفقهاء التعاطي

بناءً على كونه نوعاً من أنواع البيوع وهو بيع التعاطي ومن الممكن أن يُعرّف التعاطي في الفقه بأنه: استعمال كل محظور بأي طريقة سواء من المخدرات أو المسكرات أو سائر المحرمات لغرض غير طبي أو علاجي .

المبحث الثالث:

تعريف المخدرات وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

تعريف المخدرات في اللغة .

جمع مخدر وهو مأخوذ من الخدر وهو: الضعف والكسل والفتور والاسترخاء فمادة (المخدر) في اللغة تطلق على عدة معان منها: الضعف والكسل والفتور والاسترخاء والستر والظلمة الشديدة.

المطلب الثاني:

تعريف المخدرات في النظام .

اتخذت الأنظمة الوضعية في تعريف المخدرات طريقتين:

الطريقة الأولى (طريقة الحصر):

أن يقوم المنظم بحصر المواد المخدرة والنباتات المنتجة للمواد المخدرة في جداول كما يقوم أيضاً بحصر وذكر ما يُستثنى من هذه المواد ووضعها أيضاً في جداول ويضاف إليها كل جديد يمكن اكتشافه بل يتم تعديل هذه الجداول كلما احتيج لذلك عن طريق الوزير المختص ويتم الإعلان عن ذلك بالصحيفة الرسمية ، وقد كان النظام السعودي سابقاً يأخذ بهذه الطريقة فقد جاء في المادة الثانية من نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة تحديد المقصود بالمواد المخدرة . وكذلك أخذ به النظام الجديد كما سيأتي .

وعلى أساس هذه الطريقة فقد اجتهد بعض شُراح الأنظمة في محاولة إيجاد تعريف محدد للمواد المخدرة، ومن أحسن هذه التعريفات:

«مجموعة العقاقير التي تؤثر على النشاط الذهني والحالة النفسية لتعاطيها إما بتنشيط الجهاز العصبي المركزي أو بإبطاء نشاطه أو بتسببها للهلوسة أو التخيلات وهذه العقاقير تسبب الإدمان وينجم عن تعاطيها الكثير من مشاكل الصحة العامة والمشاكل الاجتماعية» .

الطريقة الثانية (طريقة ذكر صفة المخدر):

أن يحدد النظام ويبين ما يعد مادة مخدرة بذكر صفة المخدر ويترك للقاضي حرية التقدير في تحديد كنه وطبيعة المادة على ضوء ما يثبت لديه من تحليلها من قبل الخبراء .

وقد أخذت بهذه الطريقة بعض الأنظمة العربية .

أما بالنسبة للنظام السعودي الجديد فقد جاء في المادة الأولى من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) في تاريخ ٨/٧/١٤٢٦ هـ تعريف المواد المخدرة بأنها: « كل مادة طبيعية أو مركبة أو مصنعة من المواد المخدرة المدرجة في الجدول رقم (١) المرافق لهذا النظام».

كما عرفت المادة نفسها المؤثرات العقلية بأنها: « كل مادة طبيعية أو مركبة أو مصنعة من المؤثرات العقلية المدرجة في الجدول رقم (٢) المرافق لهذا النظام».

المطلب الثالث:

تعريف المخدرات في الفقه .

إن أشكال المخدرات المعروفة لم تظهر عند المسلمين إلا في أواخر المائة السادسة على يد التتار. لذلك لم يعرفها الفقهاء الأوائل - حسب اطلاعي - ولكن حين عرفت عندهم انقسموا في تعريفهم لها إلى فريقين وهي كالتالي:

الفريق الأول: ذهب بعض أهل العلم إلى التسوية بين هذه المواد المخدرة كالحشيش والأفيون وغيرها وبين المشروبات الخمرية المسكرة حيث اعتبر هذه المواد مواداً مسكرة. وممن قال بهذا الرأي ابن تيمية والنووي وغيرهما.

قال شيخ الإسلام: « وأما المحققون من الفقهاء فعلموا أنها - أي الحشيشة - مسكرة » وقال أيضاً: « والصحيح أن الحشيشة مسكرة كالشراب».

الفريق الثاني: وذهب بعض أهل العلم إلى عدم اعتبار المواد المخدرة مسكرة بل هي مواد مفترية أو مفسدة ينحصر تأثيرها في الفتور والاسترخاء الذي يصيب الأطراف فيشلها عن الحركة ولكنها لا تغيب العقل. وممن قال بهذا الرأي القرافي والعظيم آبادي وغيرهما. قال القرافي: «... وهذا الفرق يظهر لك أن الحشيشة مفسدة وليست مسكرة». الترحيح:

وبعد التأمل يترجح لدي - والله أعلم - أنه لا يمكن ترجيح رأي أي فريق ، وبالتالي: لا يمكن إعطاء تعريف محدد للمخدرات في الفقه الإسلامي، لأنه لا يمكن اعتبار جميع المواد المخدرة مسكرة أو مفترية وغيرها بل يجب النظر إلى أثر كل مادة على حده فما أدى إلى تغييب العقل وتغطيته سواء كان بنشوة أو طـرب أو بدونها فيعد مسكراً أما ما أدى إلى تنبيهه أو تخديره أو فتوره للجسم وأعضائه ولم يؤد إلى تغطية العقل فإنه لا يكون مسكراً بل هو من المفترات.

المبحث الرابع:

تعريف العقوبة وفيه ثلاثة مطالب:
المطلب الأول:

تعريف العقوبة في اللغة.

عقب: عَقَبُ كل شيء وعَقْبُهُ وعاقبته وعقبته. وَأَعْتَقَب الرجل خيراً أو شراً بما صنع: كافأه به والعقاب والمعاقبة أن تجزي الرجل بما فعل سُوءاً والاسم العقوبة وعاقبه بذنبه معاقبة وعقاباً: أخذه به

والأصل الثلاثي للكلمة (العين والقاف والباء) يدل على أمرين هما:

الأمر الأول: تأخر الشيء وإتيانه بعد غيره ومنه العقوبة والعقاب لأنها تأتي بعد الذنب.

الأمر الثاني: يدل على الارتفاع والشدة والصعوبة ومنه العقبة وهي الطريق الوعرة في الجبل.

المطلب الثاني:

تعريف العقوبة في النظام .

عرفت العقوبة عند سُراح النظام بعدة تعريفات ومن أحسنها:

«انتقاص أو حرمان من كل أو بعض الحقوق الشخصية يتضمن إيلاماً ينال مرتكب الفعل الإجرامي . كنتيجة قانونية لجريمته ويتم توقيعها بإجراءات خاصة وبمعرفة جهة قضائية»

المطلب الثالث:

تعريف العقوبة في الفقه .

بالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي القديمة والحديثة نجد أن العقوبة عُرِّفت بعدة

تعريفات منها:

تعريف ابن عابدين بأنها: «جزاء بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل سمي بها لأنها تتلو الذنب من تعقبه: إذا تبعه».

وعرفها بعض المتأخرين (عبدالقادر عودة) بأنها: الجزء الرادع المقرر لمصلحة الجماعة

على عصيان أمر الشارع.

ولعل هذا التعريف أوضح وأشمل؛ لأنه اشتمل على العقوبات المقررة على ارتكاب

أمر حظره الشارع كعقوبة شرب الخمر والزنا وغيرها وعلى العقوبات المقررة على

ترك ما أمر به الشارع كعقوبة تارك الصلاة والصيام وغيرها كما أنه يدخل فيه جميع

العقوبات التي وضعها الشارع سواءً أكانت حدوداً أو قصاصاً أو تعزيرات موكله إلى

الإمام.

الفصل الأول:

أركان جريمة تعاطي المخدرات وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول:

الركن الشرعي لجريمة تعاطي المخدرات .

ويقصد بالركن الشرعي: أن يكون هناك نص يحظر ويحدد الجريمة ويبين الجزاء

العقابي الدنيوي المترتب عليها.

أولاً: النص النظامي في تجريم تعاطي المخدرات:

فقد جاء النص على تجريم التعاطي في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من نظام مكافحة

المخدرات والمؤثرات العقلية والتي تنص على أنه: « تعد الأفعال الآتية أفعالاً جرمية:

٢- جلب المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو استيرادها أو تصديرها أو إنتاجها أو صنعها

أو استخلاصها أو تحويلها أو استخراجها أو حيازتها أو إحرازها أو بيعها أو شراؤها أو

توزيعها أو تسليمها أو تسلمها أو نقلها أو المقايضة بها أو تعاطيها أو الوساطة فيها أو

تسهيل تعاطيها أو إهداؤها أو تمويلها أو التمويين بها إلا في الأحوال المنصوص عليها في

هذا النظام وطبقاً للشروط والإجراءات المقررة فيه .»

ثانياً: النصوص الشرعية التي تحرم جريمة تعاطي المخدرات:

١- قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ

وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ سورة المائدة،

آية (٩٠) .

فيرى بعض العلماء أن الخمر هي ما أضررت العقل وسترته وهذا ينطبق على المخدرات

لأنها تخامر العقل وتسكبه فتندرج تحت اسم الخمر فتكون من الخمر المحرمة ومن قال

بذلك شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره.

٢- حديث أم سلمة - رضي الله عنها- قالت: « نهى رسول الله - صلى الله عليه

وسلم عن كل مسكر ومفتر » أخرجه أحمد في مسنده، وأبو داود في سننه، وابن أبي شيبة

في المصنف، والبيهقي في السنن الكبرى قال المناوي في فيض القدير عن هذا الحديث:

رمز المصنف (أي السيوطي) لصحته وهو كذلك. وقال الألباني عنه: ضعيف أخطأ من

صحح إسناده. فهذا الحديث نص صريح على تحريم المخدرات وذلك لأن المخدرات

إما أن تكون مسكرة أو مفتر أو جامعة بين الأمرين وعلى جميع الأحوال فإن الحديث

نص بالنهي عنها .

٣- روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما- أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم قال:

« كل مسكر خمر وكل خمر حرام » أخرجه مسلم في صحيحه . وفي رواية أخرى عنه بلفظ: « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام ».

قال ابن رجب: « وقد كانت الصحابة - رضي الله عنهم - تحتج بقول النبي - صلى الله عليه وسلم: « كل مسكر حرام » على تحريم جميع أنواع المسكرات ما كان موجوداً منها على عهد النبي - صلى الله عليه وسلم وما حدث بعده ».

المبحث الثاني:

الركن المادي لجريمة تعاطي المخدرات .

ويقصد بالركن المادي: إتيان العمل أو القول المكون للجريمة سواء أكان هذا العمل أو القول فعلاً أو امتناعاً.

ويتكون الركن المادي في جريمة تعاطي المخدرات من عنصرين هما:

العنصر الأول: المخدر: ويقصد به أن تقع جريمة التعاطي وتنصب على مادة مخدرة.

وبناء على ما مشى عليه النظام السعودي في تعريفه للمخدرات من تحديد المواد المخدرة في الجدول المرفق فإنه يجب على القاضي أثناء النظر في قضايا تعاطي المخدرات أن ينتبه لعدة أمور وهي:

أن يستعين القاضي بأهل الخبرة لمعرفة هل هذه المادة مخدرة أم لا؟ وبالتالي يستطيع أن يعرف هل هذه المادة مدرجة في جدول المواد المحظورة أم لا؟. وقد صدر تعميم من وزارة العدل برقم (٢٠٦٣ / ٣ / م) وتاريخ ٦ / ٩ / ١٣٨٥ هـ وجاء فيه التأكيد على أن استنشام أفواه السائقين في حوادث السيارات للتأكد من عدم تناولهم مسكراً أو مخدراً إنما يكون على من تبدو منه بوادر تقوي الشبهة وألا يُبعث الشخص لوزارة الصحة لاستصدار تقرير طبي بحقه إلا في حالة الشبهة وهذا فيه استعانة من قبل القضاء لأهل الخبرة في وزارة الصحة وغيرها.

وقد جاء في تعميم للوزارة أيضاً برقم (٨ / ١٩١ / ك) وتاريخ ٢٧ / ١٠ / ١٤٠٨ هـ أنه يجب اعتماد هذا التقرير من قبل خيرين مسلمين من الرجال دون النساء.

أن يلتزم القاضي ببيان نوع المخدر وكميته حتى يمكن لمحكمة التمييز في حالة تمييز الحكم أن تراقب ما إذا كانت المادة تعتبر مادة مخدرة أم لا .

وقد صدر تعميم من وزارة العدل برقم (١١ / ١ / ت) وتاريخ ١١ / ١ / ١٤٠٤ هـ وجاء فيه التأكيد على ضرورة اشتغال القرار الشرعي على اسم المادة المخدرة كما ترد في تقرير التحليل الكيميائي.

العنصر الثاني: السلوك الإنساني: فتعتبر جريمة التعاطي من جرائم السلوك المجرد

التي يكتفي فيها المنظم بتحقيق السلوك الإجرامي بغض النظر عن النتائج المتحققة من عدمه.

ويقصد بالسلوك الإنساني: فعل التعاطي نفسه من المجرم. ويكون بأي شكل من الأشكال الممكن التعاطي بها كالشم والتدخين والبلع والحقن وغيرها.

وعملية إثبات التعاطي للمخدرات من المسائل الفنية التي تحتاج إلى خبير مختص في هذا المجال يتولى التحليل وسيأتي الحديث عن كيفية إثبات التعاطي في المبحث الأول

من الفصل الثاني

المبحث الثالث:

الركن المعنوي لجريمة تعاطي المخدرات .

ويقصد بهذا الركن: أن يكون الجاني مكلفاً ومسئولاً عن الجريمة التي وقعت منه.

ويتكون الركن المعنوي في جريمة تعاطي المخدرات من عنصرين هما: الأهلية الجنائية والقصد الجنائي.

العنصر الأول: الأهلية الجنائية:

ويسري على جريمة التعاطي فيما يتعلق بالأهلية الجنائية ما يسري على غيرها من الجرائم الأخرى فتعتبر الأهلية الجنائية كاملة ما لم يوجد سبب من أسباب موانع المسؤولية وهي في الغالب: صغر السن الجنون والعتة الإكراه أو حالة الضرورة السكر غير الاختياري.

أولاً: صغر السن:

لا خلاف بين أهل العلم أنه لا يقام القصاص والحدود على الصبي فلا يثبت التكليف في الشريعة الإسلامية إلا إذا كان المكلف بالغاً عاقلاً. وتعتبر الشريعة الإسلامية أول شريعة في العالم قد ميزت بين الصغار والكبار من حيث المسؤولية الجنائية تمييزاً كاملاً فوضعت لمسؤولية الصغار قواعد لم تتغير منذ أن وضعت

وقد جاء في النظام السعودي ما يشير إلى استثناء الأحداث من عقوبة تعاطي

المخدرات سابقاً والتي كانت محددة بالقرار الصادر من مجلس الوزراء رقم (١١)

وتاريخ ١٣/٢/١٣٧٤ هـ. وكان هذا الاستثناء بناءً على الأمر السامي رقم (٨/٧٠٨)

وتاريخ ١٣/٤/١٣٩٩ هـ والذي يقض بتحويل وزير الداخلية صلاحية استثناء الشباب

مستعملي الحبوب المخدرة من العقوبة الواردة بقرار مجلس الوزراء السابق وأن يُكتفى

بتطبيق العقوبة المناسبة لكل حالة على ألا تتجاوز مدة السجن ثلاثة أشهر أو خمسين

جلدة.

وقد وضعت وزارة الداخلية قواعد لمعالجة قضايا الشباب الذين يقبض عليهم بتهمة استعمال الحبوب المخدرة وجاء فيها التفصيل في كيفية التعامل معهم وتحديد العقوبة المناسبة لهم وليس هذا مقام التفصيل فيها ولينظر إلى نص التعميم الصادر من وزارة الداخلية برقم (١٩/س/٣٩٦٩) وتاريخ ١٠/١٠/١٤٠٠هـ.

ثانياً: الجنون والعتة:

ثالثاً: الإكراه أو حالة الضرورة:

رابعاً: السكر غير الاختياري:

وعلى هذا فمتى ما انتفت هذه الموانع فإن الشخص يكون كامل الأهلية الجنائية ومسؤولاً عما يرتكب، ومتى ما وجدت أو بعضها فإنه لا يكون مسؤولاً جنائياً.

ويلاحظ أن النظام السعودي لم يشر لموانع المسؤولية إلا في قضية صغر السن أما الموانع الأخرى وهي: الجنون والإكراه والسكر غير الاختياري فلم يشر لها في النظام السعودي - حسب اطلاعي - وهذا لا يعني أن مثل هذه الموانع لا يعمل فيها في النظام السعودي، بل إن هذه الموانع معتبرة في الأنظمة السعودية حتى وإن لم ينص عليها في الأنظمة أو التعميمات لأن المرجع في الأنظمة والعمل بها هو الشريعة الإسلامية كما بينت المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم.

العنصر الثاني: القصد الجنائي:

يعرف القصد الجنائي بأنه: إرادة الجاني الذاتية لارتكاب فعل يعلم طبيعته ونتيجته والظروف التي قد تدخل في تكوينه بالإضافة إلى عدم مشروعيته نظامياً.

ويعتبر القصد الجنائي هو جوهر الركن المعنوي. وينقسم القصد الجنائي إلى قصد عام وقصد خاص ينص عليه في النظام فبعض الجرائم تحتاج إلى وجود قصد خاص مع وجود القصد العام وبعض الجرائم يُكتفى فيها بوجود القصد العام وجريمة تعاطي المخدرات يُكتفى فيها بوجود القصد العام.

ويقوم القصد الجنائي العام على عنصرين هما:

العلم: ويقصد بالعلم هنا هو: علم الجاني بطبيعة الفعل الذي أقدم عليه وعلمه بطبيعة النتيجة والظروف المكونة للجريمة مع علمه أن الفعل الذي يقوم به جريمة يعاقب عليها النظام.

والعلم الذي يجب توافره هنا هو العلم بكنه المادة وأنها من المواد المخدرة المحظورة

نظماً .

أما العلم بتحريم النظام لتعاطي المخدرات فهو أمر لا يقبل فيه الاحتجاج من قبل المتهم بأنه كان يجهل تحريم النظام لذلك وقد جاءت الشريعة الإسلامية بهذا المبدأ وقالت: أن الجاني لا يؤخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالماً علماً تاماً بتحريمه فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسؤولية. ويكفي في العلم التحريم إمكانية علمه فمتى بلغ الإنسان وكان عاقلاً وميسراً له أن يعلم ما حرم عليه فقد أصبح عالماً بالتحريم. ولم تشترط الشريعة تحقق العلم فعلاً، لأن ذلك يؤدي إلى الحرج ويفتح باب الإدعاء بالجهل على مصراعيه وبذلك تتعطل النصوص عن تنفيذها.

وعلى هذا فمتى انتفى تيسر العلم بتحريم شيء فإنه يُقبل الاحتجاج بالجهل وذلك كمن عاش في بادية لا يختلط بالمسلمين أو من أسلم حديثاً ولم يكن مقيماً بين المسلمين فمثل هؤلاء لم يكن العلم ميسراً لهم وبالتالي يقبل احتجاجهم بالجهل. الإرادة: ويقصد بالإرادة هنا: « أن يكون الجاني في حالة نفسية عالية تمكنه ساعة ارتكاب الجريمة من تحقيق قصده الجرمي ».

ويقصد بالإرادة في جريمة تعاطي المخدرات إثبات إتيان السلوك الإجرامي وهو التعاطي هنا بإرادة حرة كاملة وتنتفي هذه الإرادة عند وجود ما يعارضها التي قد أشرت إليها في موانع المسؤولية. وعلى هذا فإن القصد الجنائي العام يقوم على العلم والإرادة دون النظر إلى الباعث وراء ارتكاب الجريمة.

الفصل الثاني:

كيفية إثبات تعاطي المخدرات وإجراءات التحقيق فيهِ مبحثان:

المبحث الأول:

كيفية إثبات تعاطي المخدرات وفيهِ ثلاث مطالب:

المطلب الأول:

كيفية إثبات تعاطي المخدرات في النظام.

يعتبر تعاطي المخدرات كغيره من الجرائم تثبت بالشهادة والإقرار غير أن المتهم قد لا يقر بارتكاب جريمته ولا يتوفر شاهدان لإثباتها ولكن يمكن فحص المتهم طبيّاً وتحليل دمه أو بوله ليتبين تعاطيه للمخدرات من عدمه.

وقد أصبح بالإمكان الكشف عن المخدرات بعدة طرق: مثل طريقة تركيز المخدر في هواء الزفير بواسطة جهاز يسمى مقياس الشرب أو عن طريق تقدير تركيز المخدر في

الدم أو البول بواسطة التحليل وهي أدق من الأولى، وغيرها من الطرق .
والذي يسير عليه التحقيق في أنظمة المملكة العربية السعودية هو أن الشخص المتهم في قضايا تعاطي المخدرات يتم إحالته للجهات المختصة لتقوم بتحليله والتأكد من تعاطيه للمواد المخدرة من عدمها.
وقد اعتبرت الأنظمة السعودية أن مثل هذه التحاليل قرينة تدل على تعاطي المتهم للمواد المخدرة.

فقد جاء في تعميم لوزارة العدل برقم (١٢٥ / ٢ / ت) في ١١ / ٧ / ١٣٩١ هـ اعتبار وجود الكحول الثابت بالتحليل الكيماوي الشرعي قرينة على تعاطي الشخص سائلاً محتويماً على الكحول.

كما جاء في تعميم لوزارة العدل برقم (١٣ / ت / ٢٣٨٦) في ٢٢ / ١ / ١٤٢٥ هـ بناءً على قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة برقم (٢١٣) وتاريخ ١٤ / ٦ / ١٤٢٤ هـ في دورته الثامنة والخمسين وفي دورته التاسعة والخمسين التي انعقدت بتاريخ ١١ / ٦ / ١٤٢٤ هـ بأنه يجوز استعمال الوسائل الحديثة كالبالونة والشريط اللاصق لإثبات وجود المواد المسكرة من عدمها مع الأخذ بعين الاعتبار أن ما يتوصل إليه بواسطة هذه الوسائل يعد قرينة من القرائن.

كما يقوم التحقيق في المملكة في حالة اعتراف المتهم بتعاطيه للمواد المخدرة بإرسال عينات لمراكز السموم للتأكد من تعاطيه للمواد المحظورة من عدمها كما جاء ذلك في تعميم للإدارة العامة لمكافحة المخدرات برقم (٨ / ٢٣٥٦ / س) في ١٤ / ١١ / ١٤١٧ هـ.
وقد جاء في تعميم لهيئة التحقيق والإدعاء العام برقم (هـ / ١٠٢٨ / ١٤) وتاريخ ١٩ / ٨ / ١٤٢٧ هـ بأن من يعترف بتعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية أو من يروجها دون ضبط المادة المروجة أو المستعملة وتحليلها مخبرياً فإنه لا تطبق عليه أحكام نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية ويطلب إثبات ما أسند إليه والحكم بتعزيره لقاء اعترافه بما يراه فضيلة ناظر القضية. وهذا يدل على اعتماد الأنظمة في المملكة على فحص العينات لإثبات إيجابيتها من عدمه.

وبناءً على ذلك فإن الفحوص الطبية تعد قرينة قوية لإثبات جريمة تعاطي المخدرات من عدمه. ومن المعلوم أن القرائن تعد من وسائل الإثبات الشرعية التي يترك للقاضي حرية تكوين قناعته لهذه القرينة من عدمها.
واستخدام مثل هذه الوسائل وإن كانت قد تمس بالشخص وكرامته وقد تتم بغير

رضاه إلا إن هذا النوع من الإكراه يمارس بغرض التحقق من بعض الأدلة المادية وليس بغرض الحصول على اعترافه .

المطلب الثاني:

موقف الفقه الإسلامي من كيفية إثبات تعاطي المخدرات.

يثبت تعاطي المخدرات كغيره من الجرائم بالشهادة والإقرار وقد تحدث الفقهاء عن ثبوت الجرائم بالشهادة والإقرار وقد يثبت التعاطي بغير ذلك عن طريق العمل بالقرائن .

وقد اختلف الفقهاء في حكم العمل بالقرائن في إثبات وإقامة حد الشرب استناداً على هذه القرائن على قولين:

القول الأول:

أن القرائن كالقيء والرائحة والسكر لا يعتمد عليها في إقامة حد الشرب. قال بهذا الحنفية والشافعية ورواية عند الحنابلة هي المذهب عندهم.

القول الثاني:

أن القرائن يعتمد عليها في إثبات حد الشرب. قال بهذا المالكية والحنابلة في رواية.

أدلة القول الثاني:

ما رواه السائب بن يزيد - رضي الله عنه - أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - خرج عليهم فقال: «إني وجدت من فلان ريح شراب فزعم أنه شرب الطلاء وإني سائل عما شرب فإن كان مسكراً جلده فجلده عمر الحد تماماً» أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً، ومالك في الموطأ، والنسائي في السنن الكبرى، والدارقطني في سننه، والبيهقي في سننه الكبرى. قال أبو الطيب محمد آبادي في التعليق المغني على الدارقطني: إسناده صحيح .

وجه الاستدلال من هذا الأثر:

أن عمر - رضي الله عنه - أقام حد الشرب اعتماداً على قرينة الرائحة ولو لم تكن معتبرة لإقامة الحد لما عمل بها.

استدلوا بالمعقول حيث قالوا: أن وجود الرائحة وغيرها من القرائن تدل على شربه فكان دليلاً عليه كالإقرار.

الترجيح:

الذي يظهر لي - والله أعلم - اعتبار هذه القرائن في إثبات وإقامة الحد إذا تبين أن ما شربه خمر ولكن بشرط أن توجد قرائن أخرى يقتنع بها القاضي وهي:

ظهور السكر على تصرفات المتهم قولاً وفعلاً.

ألا توجد قرينة تدل على تناوله المادة المسكرة بإكراه أو عدم علمه أن ما تناوله كان مسكراً وذلك كأن يظهر عليه علامات الصلاح والتقوى ففي هذه الحالة لا يقام عليه الحد.

أن يظهر على المتهم علامات الفسق والفساد ومعرفة الناس للمتهم بارتكاب تلك الجريمة فلا يشك أحد بعد ذلك في ارتكاب المتهم هذه الجريمة مع وجود القرائن ويمكن معرفة حالة المتهم بالرجوع إلى سوابقه الإجرامية.

ولا شك أن هذا الرأي فيه سد لباب الفساد والشر؛ إذ الغالب أن متعاطي جريمة الشرب لا يتعاطاها إلا في الخفاء فإذا لم يقيم الحد إلا بالشهادة أو الإقرار فلن يتم إقامة الحد على أغلب مرتكبي هذه الجريمة التي بدأت تنتشر كثيراً في هذا الزمان فكان الأخذ بهذا القول فيه سداً لهذا الشر.

وقد قررت هيئة كبار العلماء قراراً برقم (٥٣) في ٤/٤/١٣٩٧ هـ.

تقضي فيه بثبوت الحد بوجود رائحة الخمر أو قيئه مع وجود قرينة أخرى يقتنع بها القاضي. وعلى ضوء ذلك صدر تعميم من وزارة العدل برقم (٧٣/١٢/ت) في ١١/٦/١٣٩٧ هـ بالعمل بذلك.

وعلى ضوء هذا فإذا جاز العمل بالقرائن وفق الشروط التي ذكرت - في إثبات حد السكر - مع أن هذه القرائن لا ترتقي أبداً إلا قرينة الفحص الطبي الدقيق في إثبات تعاطي المتهم، فإن إثبات التعاطي للمخدرات بناء على هذه الفحوص أولى لأن الاحتمالات التي تحدث عنها الفقهاء في العمل بالقرائن في إثبات حد السكر منتفية غالباً في قرينة الفحص الطبي إذا عملنا بها وفق الضوابط السابقة.

وعلى هذا فالفحوص الطبية تعتبر دليلاً قوياً لإثبات تعاطي المتهم للمخدرات ولكن لا بد مع ذلك أن يضبط بالضوابط التي ذكرتها سابقاً.

المطلب الثالث:

المقارنة بين الفقه الإسلامي والنظام في كيفية إثبات تعاطي المخدرات.

الراجح في الفقه الإسلامي هو العمل بالقرائن في إثبات تعاطي المخدرات وإقامة العقوبة فيها وفق ضوابط معينة، كما بينت أن النظام السعودي أخذ بذلك وعليه جرى العمل. وبالتالي فإنه يُلحظ مدى التوافق والانسجام بين الشريعة الإسلامية والأنظمة في المملكة.

المبحث الثاني:

إجراءات التحقيق في تعاطي المخدرات .

وفيه خمس مطالب:

المطلب الأول:

القبض على المتهم في قضايا المخدرات.

لم يُعرّف نظام الإجراءات الجزائية القبض ولكن جاء في مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية في الباب الأول منه تعريف القبض بأنه: « السيطرة على المتهم لاتخاذ الإجراءات النظامية حياله ».

وكذلك لم يُعرّف نظام الإجراءات الجزائية المتهم ولكن جاء في مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية في الباب الأول منه تعريف المتهم بأنه: « كل شخص أسند إليه ارتكاب الجريمة أو قامت دلائل كافية على اتهامه بها أو أقيمت ضده دعوى جزائية ».

ونظراً إلى أن القبض من الإجراءات الخطيرة التي تمس الحريات الشخصية فقد حرص النظام على إحاطته بالضمانات الكافية لصيانة حقوق الإنسان التي كفلتها الشريعة الإسلامية وقد أكدها النظام الأساسي للحكم في المادة السادسة والثلاثون منه، ولأجل هذا فقد نص نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٩) وتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢هـ في المادة الثانية منه على أنه « لا يجوز القبض على أي إنسان أو تفتيشه أو توقيفه أو سجنه إلا في الأحوال المنصوص عليها نظاماً ... ».

ومن أجل هذا جعلت حالات القبض في النظام على سبيل الحصر كما أوكلت ذلك لجهات مختصة بذلك.

وقد نص النظام على أن القبض على المتهم يكون في حالتين:

الحالة الأولى: حالة التلبس بارتكاب الجريمة.

ويقصد بالتلبس: « وصف يفيد تقارباً زمنياً بين لحظة ارتكاب الجريمة ولحظة كشفها بحيث يتم ضبطها في وقت تكون فيه أدلتها ظاهرة واحتمال الخطأ في التقدير ضعيفاً ».

ففي هذه الحالة - حالة التلبس - يحق لرجل الضبط الجنائي القبض على المتهم وهو بذلك يمارس عملاً من أعمال التحقيق.

وللتلبس بالجريمة حالات محصورة لا يمكن الزيادة عليها كما في المادة (٣٠) من نظام الإجراءات الجزائية وهي:

مشاهدة الجريمة حال ارتكابها. وذلك كأن يرى المتهم يحمل في يده المادة المخدرة أو يشم رائحة المخدر المحترق الذي يدخنه المتهم أو يشاهده يتعاطى المواد المخدرة.

مشاهدة الجريمة عقب ارتكابها بوقت قريب. وهذا يعني أن رجل الضبط الجنائي لم يشاهد الجريمة ذاتها وإنما شاهد نتيجة وأثار هذه الجريمة. ويرجع تحديد الوقت وأنه يعتبر قريباً أو غير قريب لجهة التحقيق وللمحكمة.

تتبع المتهم مع الصياح إثر وقوع الجريمة سواء أكان هذا التتبع من المجني عليه أو من عامة الناس.

مشاهدة الجاني بعد وقوع الجريمة بوقت قريب حاملاً أدلة الجريمة سواء أكان المتهم حاملاً لهذه الأشياء أو وجد في جسمه أو ملابسه آثار وعلامات تدل على أنه الفاعل للجريمة أو شريك بها.

ويقدر رجال الضبط الجنائي هذه الأدلة وتراقبها في ذلك جهة التحقيق والمحكمة. وكل من له صفة الضبط الجنائي يحق له القبض على المتهم وذلك في حالة التلبس بالجريمة. وقد جاء النص على ذلك في المادة الثالثة والثلاثون من نظام الإجراءات الجزائية .

كما حددت المادة الثلاثون حالات التلبس التي ذكرتها سابقاً. فبعد القبض على المتهم في حالة التلبس من قبل رجال الضبط الجنائي فإنه يرسل ومعه المواد المضبوطة لإدارة مكافحة المخدرات أو فروعها في المحافظات حسب مكان القبض على المتهم.

الحالة الثانية: صدور أمر من السلطة المختصة بالقبض عليه. وقد نص نظام الإجراءات الجزائية على هذا كما في المادة (٣٥) وقد ورد في مواد أخرى من هذا النظام ذكر لبعض الصور التي يصدر فيها أمر من السلطة المختصة بالقبض على المتهم ومنها ما يلي:

إذا كانت ظروف التحقيق تستلزم ذلك وهذا في حالة تكليف الشخص المطلوب التحقيق معه بالحضور. كما في المادة (١٠٣) .

إذا رفض الشخص المتهم الحضور أمام المحقق طوعاً في الحال. كما في المادة (١٠٤) . إذا لم يحضر المتهم بعد تكليفه بالحضور رسمياً وكان عدم الحضور لعذر غير مقبول أو إذا خيف هربه ولو كانت الواقعة مما لا يجوز فيها توقيف المتهم. كما في المادة (١٠٧) . وفي هذه الصور التي تملك حق إصدار الأمر هي سلطة التحقيق ويجوز لرجال الضبط الجنائي القيام بمهمة القبض إذا تم ندبه من قبل المحقق كما نص على ذلك في المادة (٦٥) .

المطلب الثاني:

إرسال المتهم إلى إدارة مكافحة المخدرات.

جرى العمل أنه حينما يتم القبض على المتهم من رجال الضبط الجنائي فإنه يرسل مباشرة إلى إدارة مكافحة المخدرات وعند استلامه من قبل الإدارة فإنه ينظر في دلائل القضية فإن كانت كافية على اتهام المقبوض فلا بد من إجراء الآتي:

إبلاغ وإشعار هيئة التحقيق والإدعاء العام عن الشخص المقبوض عليه فوراً وقد جاء النص على ذلك في المادة (٣٣) من نظام الإجراءات ولائحته التنفيذية.

يقوم رجل الضبط الجنائي بسماع أقوال المتهم المقبوض عليه الأولية وإذا لم يقدم المتهم ما يبرئه فإنه يرسله إلى جهة التحقيق خلال أربع وعشرين ساعة من وقت القبض عليه فإن أتى بما يبرئه أثبت ذلك في محضر وأخلى سبيله.

وقد نص على ذلك في المادة الرابعة والثلاثون من النظام، وكذلك ما جاء في المادة الرابعة والثلاثون من مشروع اللائحة التنفيذية للنظام.

يقوم رجل الضبط الجنائي بإعداد محضر يبين فيه كمية أو وزن المادة المخدرة المضبوطة كما تؤخذ عينة من المادة المضبوطة فإذا كانت حبوباً فتؤخذ ست حبات وترسل إلى المختبر ويحفظ بثلاث عينات مساوية للأولى حتى ورود نتيجة التحليل للعينة المرسله وفي حالة ثبوت سلبية عينة المادة المضبوطة للمخدرات والمحظورات فترسل عينة ثانية من الحبوب لتحليلها وهكذا حتى يقطع باليقين وقد نص على ذلك في تعميم الإدارة العامة لمكافحة المخدرات رقم (٨/٢٣٥٦/١س) في ١٤/١١/١٤هـ.

كما يتم في بعض الحالات خصوصاً إذا لم يكن هناك اعتراف من المتهم في تعاطيه المخدرات بفحص وتحليل المتهم ذاته كما يفحص المتهم ذاته دائماً في جريمة التعاطي إذا كان يقود سيارة أثناء التعاطي وترفق نتيجة ذلك في المحضر الذي يرفع إلى هيئة التحقيق والإدعاء العام. ويقوم رجل الضبط الجنائي بمصادرة المواد المخدرة ثم تتلف هذه المواد أو تسلم كاملة أو يسلم جزء منها إلى جهة حكومية للانتفاع بها في الأغراض العلمية أو الصناعية أو الطبية وفق أحكام النظام وقد جاء النص على ذلك في المادة الثانية والخمسون من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية.

يقوم رجل الضبط الجنائي بتبصيم المتهم على كرت البصمات لبحث سوابقه للتأكد من وجود سوابق على المتهم من عدمه.

بعد ذلك يقوم رجل الضبط الجنائي بإرسال المتهم لجهة التحقيق مع كامل أوراق القضية كما جاء ذلك في المادة الرابعة والثلاثون من نظام الإجراءات.

المطلب الثالث:

إحالة المتهم إلى جهة التحقيق.

بعد أن تتم أوراق القضية وإعداد محضر لها من قبل رجال الضبط الجنائي فإنهم يرسلون المتهم لجهة التحقيق مع كامل أوراق القضية. وبعدها تصل الأوراق للمحقق فإنه يجب عليه التحقيق في القضية وذلك إذا كانت الجريمة من الجرائم الكبيرة المنصوص عليها في النظام (وقد جاء تحديد الجرائم الكبرى في قرار وزير الداخلية رقم (١٢٤٥) في ٢٣/٧/١٤٢٤ هـ ثم جاء تعديل لهذا القرار من وزير الداخلية بقرار رقم (١٩٠٠) وتاريخ ٩/٧/١٤٢٨ هـ ولا تعتبر جريمة تعاطي المخدرات من ضمن الجرائم الكبرى).. أما إذا كانت الجريمة غير الجرائم الكبرى كجريمة تعاطي المخدرات فللمحقق أن يقوم بالتحقيق فيها إذا وجد أن ظروفها أو أهميتها تستلزم ذلك وله في غير ذلك أن يرفع الدعوى مباشرة أمام المحكمة المختصة مكتفياً بتحقيق رجال الضبط الجنائي المبدئي ويكلف المتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة وقد جاء النص على ذلك في المادة الرابعة والستون من نظام الإجراءات.

وفي حالة ما إذا رأى المحقق أن يقوم بالتحقيق فعليه القيام بما يلي:

١. إشعار المتهم بالتهمة الموجهة له مع إخباره بأسباب إيقافه كما جاء ذلك في المادة الخامسة والثلاثون من النظام كما أن على المحقق أن يشعر المتهم بأحقته بالاستعانة بمحامي أو وكيل وقد جاء النص على ذلك في المادة الرابعة والمادة الرابعة والستون من النظام.

٢. على المحقق أن يقوم باستجواب المتهم حيال التهمة المنسوبة إليه وذلك خلال الأربع والعشرين ساعة التالية لإحالة القضية من رجال الضبط إلى جهة التحقيق. وهذا الاستجواب لا يقوم به إلا المحقق فقط وقد جاء النص على ذلك في المادة الرابعة والثلاثون والمادة الخامسة والستون من النظام.

٣. بعد الانتهاء من التحقيق يقوم المحقق بالتصرف بالمتهم إما بإطلاق سراحه وذلك في غير الجرائم الكبرى إن وجد أن توقيفه ليس له مبرر وأنه لا ضرر على التحقيق من إخلاء سبيله ولا يخشى المحقق هروب أو اختفاء المتهم بشرط أن يتعهد المتهم بالحضور إذا طلب منه ذلك كما جاء ذلك في المادة العشرون بعد المائة من النظام. كما أن للمحقق أن يأمر بإيقاف المتهم مدة لا تزيد عن خمسة أيام وذلك في القضايا الكبيرة الموجبة للتوقيف. كما جاء ذلك في المادة الثالثة عشرة بعد المائة من النظام. كما أنه في حالة إطلاق سراح المتهم فإنه يطلق بعد أن يعين له محلاً يوافق عليه المحقق وإلا فيحق

للمحقق أن يصدر أمراً بإيقافه كما جاء ذلك في المادة الحادية والعشرون بعد المائة من النظام.

كما أنه يجوز للمحقق أن يأمر بتوقيف المتهم في القضايا البسيطة لمدة خمسة أيام من تاريخ القبض عليه وذلك إذا كانت مصلحة التحقيق تستوجب توقيفه كما جاء ذلك في المادة الثالثة عشرة بعد المائة.

وإذا أراد المحقق الاستمرار في توقيف المتهم أكثر من خمسة أيام فإنه يرفع طلب تمديد التوقيف ويعرض الأوراق على رئيس فرع هيئة التحقيق والإدعاء العام بالمنطقة ليصدر أمر تمديد التوقيف مدة أو مدداً متعاقبة لا يزيد مجموعها عن أربعين يوماً من تاريخ القبض عليه. وإذا تطلبت حالات التحقيق تمديد التوقيف مدة أطول فيرفع الأمر إلى رئيس هيئة التحقيق والإدعاء العام ليصدر أمره بالتمديد لمدة أو مدد متعاقبة لا تزيد كل مرة على ثلاثين يوماً ولا يزيد مجموعها عن ستة أشهر من تاريخ القبض على المتهم ويتعين بعدها مباشرة إحالته للمحكمة المختصة أو الإفراج عنه. كما جاء ذلك في المادة الرابعة عشر بعد المائة من النظام.

٤. يقوم المحقق باستكمال إجراءات القضية وذلك باستكمال واستيفاء نواقص القضية كالترتيب المتضمن نتيجة فحص عينة المضبوطات وغيرها.

٥. بعد انتهاء المحقق من إجراءاته المختلفة في التحقيق فعليه أن يتصرف في القضية بأحد ثلاثة أمور:

أ. حفظ الأوراق من قبل المحقق إذا رأى أن لا وجه للسير في الدعوى وذلك إذا كان الفعل غير معاقب عليه أو وجد سبب من أسباب موانع المسؤولية أو كانت الأدلة غير كافية وغيرها من الأسباب التي تؤدي إلى حفظ المحقق للأوراق. وكما أنه يجوز للمحقق أن يحفظ الأوراق فإنه يحق لرئيس الدائرة التي يتبعها المحقق الأمر بحفظ الأوراق. ويبلغ أمر الحفظ إلى المجني عليه وإلى المدعي بالحق الخاص - إذا كان أحدهما حياً - أو لورثته جملة - إذا كان أحدهما متوفياً - في محل إقامته. وقد جاء النص على ذلك في المادة الثانية والستون والمادة الثالثة والستون من نظام الإجراءات الجزائية. وقد جاء في نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) في ٨/٧/١٤٢٦ هـ في المادة الثانية والأربعين في الفقرة الأولى منها أنه: « لا تقام الدعوى بسبب تعاطي أو استعمال أو إدمان المخدرات أو المؤثرات العقلية بحق مرتكب أحد هذه الأفعال إذا تقدم بنفسه أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه أو أحد أقاربه طالباً بعلاجه ويشترط في ذلك تسليم ما بحوزة المتعاطي أو المدمن من مخدرات أو مؤثرات عقلية إذا

وجدت أو الإرشاد إلى مكانها».

ب. حفظ الدعوى والإفراج عن المتهم الموقوف. وهذا الإجراء يتم بناء على توصية من المحقق إذا رأى بعد انتهاء التحقيق أن الأدلة غير كافية لإقامة الدعوى. ويترتب على ذلك إطلاق المتهم الموقوف إذا لم يكن موقوفاً لسبب آخر ولا يعتبر هذا الإجراء نافذاً إلا إذا أمر رئيس الدائرة بتأييد ذلك. ويجب أن يشتمل الأمر الصادر بهذا الإجراء على الأسباب التي بني عليها لكي يكون هذا التصرف مقنعاً وصحيحاً.

ويبلغ أمر الحفظ إلى المدعي بالحق الخاص - إذا كان حياً - أو من ينوب عنه أو لورثته جملة - إذا كان ميتاً - كما جاء ذلك في المادة الرابعة والعشرون بعد المائة من النظام. وقد جاء في المادة الثانية والأربعين من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية وفي الفقرة الثانية منها أنه: «يجوز حفظ التحقيق في قضايا استعمال المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية في المدة الأولى إذا تحققت الاعتبارات التالية:

أ. ألا يتجاوز عمر المتهم عن عشرين عاماً.

ب. ألا تقترن جريمة الاستعمال أو التعاطي بجريمة جنائية تستدعي النظر شرعاً.

ج. ألا تقترن جريمة الاستعمال أو التعاطي بحادث مروري نتج عنه وفيات ورتب في ذمته حقوقاً خاصة.

أن يكون قد صدر من المتهم - عند ضبطه - أي مقاومة شديدة تحدث ضرراً لسلطة القبض أو غيرهم.

ولكن متى ما وجدت دلائل جديدة من شأنها تقوية الاتهام جاز العودة إلى التحقيق وذلك كشهادة الشهود والمحاضر والأوراق الأخرى التي لم يسبق عرضها على المحقق أو لم تأخذ حقها من الفحص والتمحيص عند عرضها وغيرها.

وقد جاء ذلك في المادة الخامسة والعشرون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية.

ج. إحالة القضية من قبل المحقق للإدعاء العام في حالة توجيه الاتهام له. ويقوم المدعي العام بفحص كامل أوراق القضية للتأكد من وجود جميع الأوراق كهوية المتهم والتقارير الكيميائية وغيرها ومن ثم يقوم بإعداد لائحة دعوى عامة ضد المتهم ويقوم بإحالتها للمحكمة المختصة ويكلف المتهم بالحضور أمامها كما جاء ذلك في المادة السادسة والعشرين بعد المائة من النظام ولكن جاء في مشروع اللائحة التنفيذية لهذه المادة من نظام الإجراءات الجزائية في الفقرة الثانية منه: أنه إذا تضمن قرار الاتهام طلب توقيع عقوبة غير إتلافية على المتهم فإنه يرفع القرار إلى لجنة مشكلة من ثلاثة أعضاء في

مرتبة أعلى من مرتبة المحقق الذي أوصي بالإحالة أو سابقين له في الأقدمية إذا كانوا في مرتبة واحدة. ولهذا اللجنة أن تتخذ أحد الإجراءات التالية:

١. أن تؤيد قرار الاتهام وتأمّر بالإحالة.

٢. أن تأمر بإجراء تحقيق تكميلي في نقاط تجدها للمحقق.

٣. أن تصدر قرار مسبباً بالحفظ وفق ما يقضي به نظام الإجراءات ولائحته.

ومن المعلوم أن المحاكم المختصة بالنظر في قضايا تعاطي المخدرات هي المحاكم الجزئية حيث جاء النص على ذلك في المادة الثامنة والعشرون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية.

وهذه هي إجراءات التحقيق في قضايا تعاطي المخدرات بشكل عام وإن كان هناك إجراءات خاصة للتحقيق مع متعاطي المخدرات إذا كانوا أحداثاً أو نساءً أو فتيات ولكن لا يتسع المقام للحديث عنها .

المطلب الرابع:

موقف الفقه الإسلامي من إجراءات التحقيق.

لقد أقرت الشريعة الإسلامية القواعد العامة والمبادئ والأصول الإجرائية الكفيلة بتطبيق العقوبات الشرعية على مستحقها وذلك بما يحقق الأمن والاستقرار في المجتمع، ويحفظ كرامة الإنسان. ومن ذلك إقرار مايلي :

العنصر الأول: الحبس الاحتياطي:

وهو « حجز الشخص في مكان من الأمكنة حتى تثبت إدانته أو براءته إن كان متهماً، أو يؤمن شره إن كان مصدر شر أو تستوفي العقوبة الواجبة عليه إذا منع من استيفائها وقت الحكم بها مانع».

والذي يظهر - والله أعلم - هو جواز حبس المتهم احتياطياً إذا كان مجهول الحال أو معروفاً بالفسق والفجور حتى يتم عرض قضاياهم على القضاء وهذا هو قول عامة علماء المسلمين ومن أبرز أدلتهم ما روى من أن النبي - صلى الله عليه وسلم « حبس رجلاً في تهمة » أخرجه الترمذي في سننه وأبو داود في سننه، والنسائي في سننه، والبيهقي في السنن الكبرى قال الألباني عنه: حديث حسن.

فهذا الحديث يدل على جواز حبس المتهم مجهول الحال، وإذا جاز ذلك فدلالته على حبس المتهم المعروف بالفجور أولى.

العنصر الثاني: إشعار المتهم بالتهمة المنسوبة إليه:

لقد جاءت الشريعة الإسلامية بهذا المبدأ

ومما يؤكد ذلك ما ورد في حديث علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - حينما بعثه النبي - صلى الله عليه وسلم قاضياً إلى اليمن حيث يقول: بعثني رسول الله - صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً، فقلت يا رسول الله: ترسلني وأنا حديث السنن، ولا علم لي بالقضاء؟ فقال - صلى الله عليه وسلم: «إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء» قال علي: فما شككت في قضاء بعد» أخرجهُ أبو داود في سننه ٣٥٧٧، وأحمد في مسنده، والنسائي في السنن الكبرى، والبيهقي في السنن الكبرى. قال الألباني عنه: صحيح...

العنصر الثالث: حق المتهم في الاستعانة بمحام:

لقد أعطت الشريعة الإسلامية للمتهم الحق في الاستعانة بمحام يقوم بالمدافعة عنه، وقد تحدث الفقهاء في هذه المسألة تحت مسمى الوكالة بالخصومة والتي تعني: «استنابة جازئ التصرف بمثله في مدافعه غيره عن حقه الذي تدخله النيابة حال الحياة لدى قاضٍ». فالمحامي هو الوكيل في الخصومة.

وقد نقلت عدة آثار عن الصحابة تدل على التوكيل في الخصومة فكان ذلك إجماعاً من الصحابة في جواز ذلك .

المطلب الخامس:

المقارنة بين الفقه الإسلامي والنظام في إجراءات التحقيق.

بعد عرض إجراءات التحقيق في النظام وفي الفقه الإسلامي، تبين مدى الانسجام والتوافق بين ما جاء في الفقه الإسلامي والنظام السعودي.

الفصل الثالث:

عقوبة تعاطي المخدرات وفيه مبحثان:

المبحث الأول:

عقوبة تعاطي المخدرات في النظام وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول:

عقوبة تعاطي المخدرات.

لم يأت نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية - حسب اطلاعي - بذكر عقوبة محددة لمن يتعاطى ويستعمل المواد المخدرات، وهذا يعتبر خلافاً واضحاً في النظام، فكيف بموضوع حساس كتعاطي المخدرات لا يأتي النص على عقوبة محددة له، رغم أن النظام قد نص على تجريم تعاطي المخدرات فكان لزاماً أن ينص وبوضوح على عقوبة للتعاطي.

ولذا كان القضاة الذين تعرض عليهم قضايا تعاطي المخدرات يختلفون في تحديد عقوبة جريمة تعاطي المخدرات. فبعضهم يرى أن عقوبة تعاطي المخدرات تتدرج تحت عقوبة الحيازة للاستعمال الشخص وبالتالي يكتفي بتطبيق العقوبة الواردة في المادة الحادية والأربعين من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الصادر بالمرسوم الملكي (م/٣٩) في ٨/٧/١٤٢٦هـ.

بينما يرى أغلب القضاة إن لم يكن كلهم - وهو الذي جرى عليه عملهم - أنهم يقسمون المخدرات إلى عدة أنواع، تختلف العقوبة فيها تبعاً لاختلافها. وتعرف هذه الأنواع من خلال الإطلاع على التقرير الكيميائي الذي يرفق بملف القضية. وتقسيمهم كالآتي:

أ - إذا كان المتهم قد تعاطى ما يؤدي إلى الإسكار وذلك كتعاطي الحشيش والهروين، فإنه يقام على متعاطيها حد السكر. وفي هذا إعمالاً للتعميم الصادر من وزارة العدل برقم (١٢/١٢٢/ت) في ١١/١٠/١٤٠٢هـ والمبني على قرار مجلس هيئة كبار العلماء رقم (٨٥) في ١١/١١/١٤٠١هـ والذي جاء فيه: أن من يتعاطى المخدرات فيجري في حقه الحكم الشرعي للسكر.

وقد صدر تعميم من وزارة العدل برقم (١٢/٧٣/ت) في ١١/٦/١٣٩٧هـ المبني على قرار هيئة كبار العلماء برقم (٥٣) في ٤/٤/١٣٩٧هـ، وجاء فيه تحديد حد شرب الخمر بجلده ثمانين جلدة.

ولأجل هذا فعمل القضاء جرى على عقوبة متعاطي ما يسكر كالحشيش والهروين بجلده حد السكر ثمانين جلدة، وبعض القضاة يزيد على الحد ويقوم بتعزيز متعاطي الهروين بالجلد زيادة على الحد، وذلك لشدة تأثيرها على متعاطيها ولكونها تعتبر من أخطر أنواع المخدرات.

ب - أما ما عدا المواد المسكرة كالمواد المنبهة كالامفيتامين وغير ذلك من المواد المخدرة، فإن القضاة يقومون بتعزيز متعاطيها بما يروونه مناسباً وذلك بجلده أقل من الحد.

المطلب الثاني:

عقوبة تعاطي عدة أنواع من المخدرات.

الذي جرى عليه عمل القضاة أن الشخص الذي يتناول عدة أنواع من المخدرات فإنه إذا كان تناول ما يسكر كالحشيش مع مواد مخدرة أخرى لا تسكر كالكتاجون فإنه يُكتفى بعقوبة جلده الحد، وقد يعزز زيادة على الحد إذا تكرر منه ذلك أو كان صاحب

سوابق.

أما إذا تناول عدة أنواع من المخدرات كالكبتاجون والقات مما لا يسكر فإنه يُكتفى بتعزيره بما يراه القاضي ويعاقب وكأنه تعاطى نوعاً واحداً.

بقي أن أشير إلى النظام قد جاء بعقوبات تكميلية وتبعية لجريمة تعاطي المخدرات، وبما أن هذه العقوبات هي نفس العقوبات التي تطبق على جريمة الحيازة للاستعمال الشخصي فلعلي أرجي الحديث عنها حينها، خصوصاً أن العقوبة الأصلية للتعاطي لم ينص عليها في النظام.

المطلب الثالث:

عقوبة من وجد في مكان يتعاطى فيه المخدرات.

مما يحمّد لنظام مكافحة المخدرات السعودي أنه جاء بالنص على عقوبة كل من يضبط وهو يتردد على مكان معدّ للتعاطي إذ أن وجود الشخص في مكان أعد للتعاطي قد تكون خطوة أولى في طريق ارتباطه بالمخدرات ومن ثم وقوعه في تعاطيها حيث جاء في المادة السادسة والأربعون من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ٨/٧/١٤٢٦ هـ. بيان عقوبة من فعل ذلك وبيانها: عقوبة من تردد على هذه الأماكن ووجد فيها هي السجن بمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو بالجلد بما لا يزيد على خمسين جلدة. ولكن جاء النظام بعدة شروط حتى توقع العقوبة على من تردد على هذه الأماكن، وهي:

١. يجب أن يضبط الشخص وهو متلبساً في المكان الذي أعد للتعاطي، فلا يكفي مثلاً أن يشهد أحد الأشخاص بوجود المتهم في هذا المكان.
٢. أن يكون المكان معدّ لتعاطي المخدرات بمعنى أن يكون معروفاً بذلك وبه جميع الاحتياجات للمتعاطي. ومع ذلك يبقى لفظ « على مكان معد لتعاطي المخدرات... » غير واضح، فكان لزاماً أن يتم توضيحه في اللائحة التنفيذية للنظام التي لم تصدر حتى الآن.
٣. أن يتم ضبط المتردد وقت التعاطي بالفعل، أما إذا تم الضبط قبل التعاطي أو بعده فلا يعاقب عليه بالعقوبة المنصوص عليها في النظام.
٤. أن يكون المتردد عالماً بما يجري في ذلك المكان، بمعنى أنه يكون متستراً على ذلك.

كما جاء في النظام الإشارة إلى أن العقوبة لا تقام على بعض الفئات التي قد تردد على أماكن التعاطي وهي:

- أ - زوج من أعد الأماكن المخصصة لتعاطي المخدرات.
 ب - أصول أو فروع أو إخوة من أعد الأماكن المخصصة لتعاطي المخدرات.
 ج - كل من يقيم في الأماكن المعدة لتعاطي المخدرات.
 المطلب الرابع:

إحالة المتعاطي إلى عيادة متخصصة لعلاج.

مما يحمده للنظام السعودي أنه نص في المادة الثالثة والأربعين من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٩) في ٨/ ٧/ ١٤٢٦ هـ على أنه: «يجوز - بدلاً من إيقاع العقوبة على المدمن بسبب تعاطي المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية - الأمر بإيداعه في إحدى المصحات المخصصة لهذا الغرض...». وفي هذا يكون النظام قد اهتم بإصلاح حال المتعاطي ولم يهتم فقط بإيقاع العقوبة عليه. وتعتبر إحالة المتعاطي إلى إحدى المصحات عقوبة حيث أن فيها إعتداءً على حرية الشخص ومنعه من حق التنقل.

ولكن مما ينبغي الإشارة إليه أن عمل القضاة - كما ذكرت - جرى على اعتبار بعض أنواع المخدرات كالحشيش وغيرها من المسكرات وأنه يجري عليها حد السكر فلذلك لا يصح أن تسقط عقوبتها ويستعاض عنها بإحالة المتعاطي إلى عيادة أو مصحة، وذلك لأن الحدود لا يمكن أن تسقط كما بين ذلك أهل العلم. ولهذا فلا بد إذا صدرت اللائحة التنفيذية أن تبين متى يتم إحالة المتعاطي إلى المصحة وتذكر أن المخدرات التي تأخذ حكم المسكر فإن متعاطيها لا بد أن يعاقب بالحد وأنه لا يصح أن يستعاض عن ذلك بإحالة المتعاطي إلى المصحة المخصصة لذلك.

ولعل من الأفضل أن يتم إيجاب إحالة المتعاطي إلى المصحات المخصصة حتى وإن تم إيقاع العقوبة عليه وذلك حتى يتم علاج المتعاطي من إدمانه لهذه السموم.

المبحث الثاني:

عقوبة تعاطي المخدرات في الفقه الإسلامي مع المقارنة في النظام. وفيه مطلبان:
 المطلب الأول:

عقوبة تعاطي المخدرات في الفقه الإسلامي.

لما بدأت المواد المخدرة بالظهور فقد اتفق أهل العلم على تحريمها وأنها توجب العقوبة، ولكن اختلفوا في هذه العقوبة على قولين:

القول الأول:

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمعتد عند المالكية والشافعية وبعض الحنابلة إلى أن عقوبة تعاطي المخدرات عقوبة تعزيرية راجعة لاجتهاد الحاكم بما يراه كافياً لردع

من تعاطاها.

القول الثاني:

يرى بعض أهل وهو المعتمد عند الحنابلة وقول للشافعية والمالكية أن المخدرات تعتبر من المواد المسكرة وبالتالي يطبق حد شارب الخمر على متعاطي هذه المواد، وهو جلده ثمانين جلده أو أربعين على خلاف بين أهل العلم كما هو معلوم، وهذا القول هو الذي رجحه شيخ الإسلام .

أدلة القول الأول:

١ - أن المخدرات لا يتناولها اسم الخمر المسكر وبالتالي فإن تناولها لا يجد بل يعزر.

٢ - حديث أم سلمة - رضي الله عنها - «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم نهى عن كل مسكر ومفتر» .

وجه الدلالة من الحديث:

أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم عطف المفتر على المسكر في النهي، والعطف يقتضي المغايرة .

أدلة القول الثاني:

قول النبي - صلى الله عليه وسلم «كل مسكر خمر وكل خمر حرام» وفي رواية أخرى «كل مسكر خمر وكل مسكر حرام» .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم علق الحكم على وجود علة الإسكار، فكل مسكر يعطى حكم الخمر بغض النظر عن أصله أو كيفية صنعه أو لونه أو كونه مطعوماً أو مشروباً أو مشموماً فكل ما يؤدي إلى السكر فإنه يقام على متعاطيه حد الخمر .

الترجيح:

بعد عرض أدلة الأقوال نجد أنه من الصعب أن نعطي حكماً محددًا لعقوبة تناول المخدرات وذلك راجع لكثرة أنواع هذه المخدرات واختلاف أنواعها وتأثيرها، فعليه نقول: أن المواد المخدرة التي يؤدي تعاطيها إلى الإسكار فتأخذ حكم الخمر من حيث وجود الحد فيها، أما المواد التي لا يؤدي تعاطيها إلى إسكار وتؤدي إلى الفتور أو التنبيه وغيره فإنه لا يجد متعاطيها ويجهد الحاكم في تعزيره بما يراه مناسباً. وبهذه الطريقة نكون قد جمعنا بين القولين السابقين وهذا هو المعمول به في المحاكم كما بينت سابقاً .

المطلب الثاني:

المقارنة بين الفقه الإسلامي والنظام في عقوبة تعاطي المخدرات .

موقف الفقه الإسلامي على الراجح في عقوبة التعاطي هو تقسيمه المخدرات إلى ما يسكر وما لا يسكر فأما ما يسكر فإنه يقام عليه الحد مع جواز الزيادة على الحد بالتعزير أما ما لا يسكر فإن الحاكم يجتهد في تعزيره، أما من الناحية النظامية فذكرت أن النظام لم ينص صراحة على عقوبة التعاطي وأن عمل القضاة جرى على ما هو معمول به في الراجح في الفقه الإسلامي وهذا فيه توافق ما بين الشريعة وعمل القضاة. لكن مما يميز الفقه الإسلامي أنه قد وضع قاعدة عامة في ذلك وأن أي مادة مخدرة تؤدي إلى الإسكار فإنه يجري في حق متعاطيها ما يجري على متعاطي الخمر في إقامة الحد عليه، بينما أي مادة مخدرة يثبت أنها لا تؤدي إلى الإسكار فإنه يجري في حق متعاطيها العقوبة التعزيرية. فهذه قاعدة عامة وضعتها الشريعة ليدخل فيها كل ما يستجد ويظهر من مواد.

هذه المقارنة في العقوبة الأصلية أما العقوبات الأخرى التي ذكرتها في النظام كعقوبة تعاطي عدة أنواع من المخدرات أو إحالة المتعاطي إلى عيادة متخصصة لعلاج أو عقوبة من وجد في مكان يتعاطى فيه المخدرات وغيرها من العقوبات فإن ذلك داخل في الجانب التعزيري في الفقه الإسلامي الذي مرجعه لاجتهاد الحاكم، وبالتالي يكون الفقه الإسلامي متوافق مع النظام في المملكة في هذه الجوانب.

الفصل الرابع:

عقوبة حيازة المخدرات للاستعمال الشخصي، وفيه تمهيد وأربعة مباحث:

تمهيد:

المبحث الأول:

تعريف الحيازة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

تعريف الحيازة في اللغة.

الحوز: الجمع وضم الشيء، وكل من ضم شيئاً إلى نفسه من مال أو غير ذلك، فقد

حازه حوزاً، كالحيازة.

المطلب الثاني:

تعريف الحيازة في النظام.

الحيازة: وضع اليد على المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية على سبيل التملك أو

الاختصاص. كما جاء في المادة الأولى من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية.

المطلب الثالث:

تعريف الحيازة في الفقه.

استيلاء الشخص على عين من الأعيان، بحيث تكون تحت قدرته وسيطرته.
المبحث الثاني:

العقوبة الأصلية لحيازة المخدرات للاستعمال الشخصي، وفيه ثلاثة مطالب:
المطلب الأول:

العقوبة الأصلية لحيازة المخدرات للاستعمال الشخصي في النظام.
والعقوبات الأصلية التي تضمنها نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية بالنسبة لجريمة الحيازة غير المشروعة للمخدرات هي السجن فقط وقد جاء النظام بتحديد عقوبة السجن بمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنتين. فالقاضي ناظر القضية يجتهد في تقدير عقوبة السجن بين حديهما، بما يراه مناسباً لظروف الجريمة وظروف مرتكب الجريمة.

فقد جاء في المادة الحادية والأربعين من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية أنه: « ١ - يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين، كل من ارتكب أحد الأفعال الجرمية المنصوص عليها في الماديتين (السابعة والثلاثين) و(الثامنة والثلاثين) من هذا النظام، وكان ذلك بقصد التعاطي أو الاستعمال الشخصي في غير الأحوال المصرح بها نظاماً» .

ومن الأفعال المجرمة التي وردت في المادة الثامنة والثلاثين حيازة المخدرة . وبالتالي فمن حاز المخدر بقصد الاستعمال الشخصي أو التعاطي فإنه يعاقب بالعقوبة التي ذكرت سابقاً.

وقد جاء في النظام أنه يجوز بدلاً من إيقاع عقوبة السجن على الحائز للمواد المخدرة بقصد التعاطي أن يلزم بمراجعة عيادة نفسية تخصص لهذا الغرض وفقاً لآلية معينة حددتها المادة الخمسون من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية.

وأرى أن يتم تفعيل هذه العقوبة البديلة وذلك لكون عقوبة السجن قد تكون في هذا الوقت غير مناسبة، لكون السجن ممتلئ بالمساجين، وهذا قد يؤدي إلى إفساد السجن أكثر من إصلاحه، ومن المعلوم أن غالب من يجوز هذه المواد يكون قد أقدم على ذلك نتيجة عوامل اجتماعية واضطرابات نفسية، وعليه فإن السجن لن يزيد السجن إلا فساداً يصعب معه إصلاحه وعلاجه.

بقي أن أشير إلى أنه غالباً ما يستدل على قصد التعاطي من حيازة المدعى عليه للمخدرات من خلال ضآلة الكمية المضبوطة، وأنه لم يشاهد مثلاً وهو يوزع المخدر

وغير ذلك . وفي ضالة الكمية ليس هنالك ضابط محدد لذلك، ولكن قد يتم التحقق منه من خلال أمارات الجاني ومحضر الضبط وغير ذلك.

وبناءً على ما ذكر من أنه يستدل على قصد التعاطي من خلال ضالة الكمية، فعليه لا بد أن تضبط المادة المخدرة نفسها حتى يتأكد من كميتها وأن ما حازه يعتبر من المواد المحظورة، فلو أن التقرير الكيميائي أثبت سلبية العينة أو أنه لم يضبط مع المتهم مادة مخدرة فإنه يعزرر بما يراه الحاكم ولا تطبق عليه أحكام النظام، ويمكن أن يُستأنس لذلك بالتعميم الصادر من هيئة التحقيق والإدعاء العام برقم (هـ/١٠/١٤٠٢٨س) في ١٩/٨/١٤٢٧هـ والذي جاء فيه: «... أن من يعترف بتعاطي المواد المخدرة أو المؤثرة عقلياً المحظورة أو من يروجها دون ضبط المادة المروجة أو المستعملة وتحليلها مخبرياً فيطلب إثبات ما أسند إليه والحكم بتعزيره لقاء اعترافه بما يراه فضيلة ناظر القضية».

المطلب الثاني:

موقف الفقه الإسلامي من العقوبة الأصلية لحيازة المخدرات للاستعمال الشخصي.

وقد اتفق الفقهاء على جواز التعزير بالسجن بل ونقل الإجماع على ذلك.

مدة السجن تعزيراً:

اتفق الفقهاء على أنه لا تحديد لأقل مدة السجن تعزيراً بل إن المرجع في ذلك للحاكم واختلفوا في تحديد أكثر مدة السجن تعزيراً والراجح: عدم تحديد مدة أكثر السجن، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وبعض الشافعية والحنابلة.

المطلب الثالث:

المقارنة بين الفقه الإسلامي والنظام في العقوبة الأصلية لحيازة المخدرات للاستعمال الشخصي.

العقوبة الأصلية لحيازة المخدرات - في النظام - هي السجن ، والنظام توافق في ذلك مع الفقه الإسلامي.

ومما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من التنظيمات أنها تفضل في العقوبات التعزيرية الجلد وغيره على السجن، وأنها لا تحكم بالسجن إلا في نطاق ضيق، وذلك راجع إلى العيوب الموجودة في عقوبة السجن، وهذا لا يعني أن الشريعة لا تميز السجن كعقوبة تعزيرية ولكنها ترى ألا يلجأ لذلك إلا في نطاق محدود وأن يستعاض عن ذلك بالجلد وغيره من التعزيرات.

المبحث الثالث:

العقوبة التكميلية لحيازة المخدرات للاستعمال الشخصي ، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

العقوبة التكميلية لحيازة المخدرات للاستعمال الشخصي في النظام.

والعقوبات التكميلية التي ورد ذكرها في نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الخاصة بجريمة الحيازة غير المشروعة للمواد المخدرة للاستعمال الشخصي هي: المصادرة والإتلاف، ومنع السعودي من السفر إلى خارج المملكة لمدة لا تقل عن ستين، وإبعاد غير السعودي عن المملكة.

هي ما يلي:

أولاً: المصادرة:

لقد جاء تعريف المصادرة في المادة (١) من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية بأنها: «إدخال أشياء أو أموال أو جزء منها إلى ملكية الدولة بحكم قضائي، لصلتها بجريمة منصوص عليها في هذا النظام أو لكونها متحصلة عنها» وتكون المصادرة للأشياء في جريمة الحيازة غير المشروعة للمخدر بقصد التعاطي في الأشياء التالية:

١ - مصادرة المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية المضبوطة وإن لم تكن هذه المواد عائدة إلى المتهم أو لم تؤد إلى إدانته ^{(كما في الفقرة الأولى من المادة (٥٢))} بل إن مصادرة المواد المخدرة واجبة من جهة الضبط حتى ولو لم تقدم الدعوى إلى المحكمة أصلاً وعندئذ يكون هذا العمل عملاً وقائياً.

٢ - مصادرة الأدوات المضبوطة التي استخدمت في ارتكاب الجريمة كما في الفقرة الأولى من المادة (٥٣).

ثانياً: الإتلاف:

ويعتبر الإتلاف من العقوبات التكميلية التي توقع على مرتكب جريمة الحيازة غير المشروعة للمواد المخدرة بقصد التعاطي، حيث تتلف المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية التي تصدر. وقد أجاز النظام أن تسلم هذه المواد كاملة، أو يسلم جزء منها، إلى أي جهة حكومية للانتفاع بها في الأغراض العلمية أو الصناعية أو الطبية كما في الفقرة الثانية من المادة (٥٢).

ثالثاً: منع السعودي من السفر إلى خارج المملكة، وإبعاد غير السعودي عن المملكة:

فمن العقوبات التكميلية التي توقع على مرتكب جريمة الحيازة غير المشروعة للمواد المخدرة للاستعمال الشخصي إذا كان سعودياً أنه يمنع من السفر إلى خارج المملكة بعد انتهاء تنفيذ عقوبة السجن مدة مماثلة لمدة عقوبة السجن المحكوم بها عليه، بشرط ألا تقل مدة المنع هذه عن ستين، إلا أنه يحق لوزير الداخلية الإذن بالسفر للضرورة أثناء مدة المنع كما في الفقرة الأولى من المادة (٥٦).

أما إذا كان المجرم غير سعودي فإنه يبعد عن المملكة بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه، ولا يسمح له بالعودة إليها، فيما عدا ما تسمح به تعليقات الحج والعمرة كما في الفقرة الثانية من المادة (٥٦).

بقي أن أشير إلى أنه يوجد أيضاً في جريمة الحيازة غير المشروعة للمخدر للاستعمال الشخصي ما يعرف بالعقوبة التبعية.

وهذه العقوبة التبعية التي توقع على من ثبتت عليه جريمة الحيازة هي فصل من وقعت منه هذه الجريمة من الوظيفة العامة، وحرمانه كذلك من شغل الوظائف العامة. وهذا الفصل يكون على الجاني إذا حكم عليه بالسجن في جريمة مخلة بالشرف والأمانة، ومن الجرائم المخلة بالشرف والأمانة جرائم المخدرات وقد جاء الإشارة إلى ذلك في المادة رقم (٣٠/١٤) والمادة رقم (٣٠/١٦ ب) من اللائحة التنفيذية لنظام الخدمة المدنية الصادرة بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم (١) في ٢٧/٧/١٣٩٧ هـ.

المطلب الثاني:

موقف الفقه الإسلامي من العقوبة التكميلية لحيازة المخدرات للاستعمال الشخصي. تحدث الفقهاء عن العقوبة التكميلية من خلال حديثهم عن التعزير بالمال والذي يعتبر من العقوبات التكميلية.

وقد اختلف الفقهاء في حكم التعزير بالمال على قولين: والقول الراجح هو: مشروعية التعزير بالمال سواء أكان التعزير أخذاً أو إتلافاً، وهذا القول رواية عن أبي يوسف من الحنفية، وقول بعض المالكية، وهو مذهب الشافعي في القديم وقول لبعض الحنابلة. واختاره ابن القيم. وقد استدلوا بجملة من أقضية النبي صلى الله عليه وسلم تدل على مشروعية التعزير بأخذ المال إتلافاً وأخذاً.

بقي أن أشير لموقف الفقه الإسلامي من العقوبة التبعية التي هي الفصل من الوظيفة. وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: « وقد يعزر بعزله عن ولايته، كما كان النبي - صلى الله عليه وسلم وأصحابه يعزرون بذلك، وقد يعزر بترك استخدامه في جند المسلمين، كالجندي المقاتل، إذا فر من الزحف، فإن الفرار من الزحف من الكبائر، وقطع خبزه نوع تعزير له، وكذلك الأُمير إذا فعل ما يستعظم فعزله من الإمارة تعزير له».

المطلب الثالث:

المقارنة بين الفقه الإسلامي والنظام في العقوبة التكميلية لحيازة المخدرات للاستعمال الشخصي.

قد توافق النظام السعودي مع القول الراجح في الفقه الإسلامي، فقد أباح النظام مصادرة أو إتلاف المخدرات وما يتعلق بها من آلات وغيرها.
فالشريعة الإسلامية والنظام السعودي متفقان في العقوبة التكميلية لحيازة المخدرات للاستعمال الشخصي.

وكذلك في العقوبة التبعية وهي حرمان الموظف وفصله من الوظائف العامة، فقد توافق في ذلك الفقه الإسلامي مع النظام السعودي.

المبحث الرابع:

حالات تخفيف عقوبة الحيازة للاستعمال الشخصي، وفيه ثلاثة مطالب:
المطلب الأول:

حالات تخفيف عقوبة الحيازة للاستعمال الشخصي في النظام.

فقد راعى النظام اختلاف هذه الظروف، وسمح للقاضي أن ينزل عن الحد الأدنى من عقوبة السجن في جريمة الحيازة غير المشروعة للمواد المخدرة للاستعمال الشخصي. ففي المادة الستين من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، جاء في الفقرة الأولى منها أنه: «للمحكمة - ولأسباب، إذا ظهر لها من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو ظروفه الشخصية أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة أو غير ذلك مما يبعث على الاعتقاد بأن المتهم لن يعود إلى مخالفة أحكام هذا النظام - النزول عن الحد الأدنى من عقوبة السجن المنصوص عليها في المواد (السابعة والثلاثين) و(الثامنة والثلاثين) و(التاسعة والثلاثين) و(الأربعين) و(الحادية والأربعين) من هذا النظام...، ما لم يكن سبق أن حكم عليه وعاد إلى المخالفة نفسها، ويجب أن تبين الأسباب التي استند إليها في الحكم في جميع الأحوال».

المطلب الثاني:

موقف الفقه الإسلامي من حالات تخفيف عقوبة الحيازة للاستعمال الشخصي.

ومن المعلوم أن عقوبة الحيازة غير المشروعة للمخدرات للاستعمال الشخصي تعتبر من العقوبات التعزيرية، والعقوبات التعزيرية مرجعها للحاكم يقدر فيها ما يراه مناسباً من التغليب أو التخفيف بالعقوبة.

فمتى ما نص الحاكم على التخفيف في عقوبة معينة كعقوبة الحيازة فإن له ذلك، لأنها عقوبة تعزيرية.

وقد تحدث الفقهاء عن سقوط التعزير، وتحدثوا كذلك عن حالات تخفف فيها الحدود فمن باب أولى أن يكون التخفيف واقع في التعزير.

المطلب الثالث:

المقارنة بين الفقه الإسلامي والنظام في حالات تخفيف عقوبة الحيازة للاستعمال الشخصي.

النظام جاء موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كما وضحناه سابقاً. ولكن مما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها أنها أجازت بالإضافة إلى تخفيف العقوبة التعزيرية، أن يتم إسقاط العقوبة التعزيرية بالكلية كما في حالة توبة من يستوجب التعزير وفق ضوابط معينة.

تم التلخيص بحمد الله تعالى
وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه
ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.



تلخيص

إشراف الجهة القضائية على تنفيذ العقوبات الجنائية (دراسة مقارنة)

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد الطالب:

إبراهيم بن يحيى بن إبراهيم الجهيمي

إشراف:

أ.د. عبدالله بن إبراهيم الطريقي

عدد صفحات البحث قبل التلخيص: ١٥٠

عدد صفحات البحث من غير الفهارس: ١٢٩

عدد صفحات التلخيص: ٣٣

تقسيمات البحث:

- المقدمة . وفيها أشير لأهمية الموضوع وسبب اختياري له.
- فصل تمهيدي. وفي هذا الفصل ثلاثة مباحث أولها تعريف لمصطلحات عنوان البحث ، والثاني أتحدث فيه عن المعنى الإجرائي للجهة المشرفة على تنفيذ العقوبات الجنائية، والثالث فهو عن علاقة هذا البحث بنظام قضاء التنفيذ.
- الفصل الأول بعنوان : إجراءات تنفيذ العقوبة وشروطه . وفيه مبحثان الأول إجراءات تنفيذ العقوبة وتحتة مطلبان في الفقه والنظام ، والمبحث الثاني يتكلم عن شروط تنفيذ العقوبة وتحتة مبحث في الفقه والآخر في النظام.
- الفصل الثاني بعنوان : الإشراف القضائي على تنفيذ العقوبات الجنائية . وهو بمثابة الفصل الرئيسي للبحث، وتحتة أربعة مباحث الأول عن شروط اختيار المشرف القضائي في الفقه والنظام، والثاني يتحدث عن اختصاصات المشرف القضائي على التنفيذ، والثالث يتحدث عن الطرق التي يستعملها المشرف القضائي في تنفيذ العقوبة، أما المبحث الرابع والأخير فهو عن : الجهات المعاونة للمشرف القضائي على تنفيذ العقوبة وسيكون الحديث في مطلبين الأول ما عليه العمل في المملكة والثاني ما عليه العمل في جمهورية مصر العربية.
- وبعد هذا الخاتمة التي أسأل الله حسنها.

الفصل التمهيدي المبحث الأول

التعريف بمصطلحات العنوان

أولاً: تعريف الإشراف:

الإشراف لغة: مصدر أشرف، أي اطلع على الشيء من أعلى، يقال أشرفتُ الشيءَ علوّته وأشرفتُ عليه اطلّعتُ عليه من فوق، والإشراف: الدنو والمقاربة.

وفي الاصطلاح الفقهي: يطلق الإشراف عند الفقهاء ويُراد به (المراقبة المهيمنة) التي يُقصد منها تحقيق مصلحة شرعية واجبة.

ثانياً: تعريف القضاء:

القضاء لغة: قال ابن فارس: القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته.. وسمي القاضي قاضياً؛ لأنه يحكم الأحكام وينفذها.

وفي اصطلاح الفقهاء: تعددت تعاريف الفقهاء بناء على تعدد واختلاف كل مذهب:

والتعريف المختار هو: «ولاية تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات»

أما القضاء في اصطلاح القانون: اختلف شراح القانون في تعريف القضاء، فمنهم من عرف القضاء شكلياً، ومنهم من عرفه موضوعياً:

ويمكن أن أستخلص تعريفاً للإشراف القضائي وهو المعني في هذا البحث فأقول: هو «الاطلاع والتدقيق والمراقبة والمتابعة من قبل القضاء الشرعي على الأحكام القضائية الصادرة وكيفية تنفيذها حسب ما نص عليه الحكم الشرعي والصك القضائي والأدلة الصحيحة وأقوال الفقهاء وما قد يطرأ عليها من موانع تستوجب وقف تنفيذها أو نقضها وذلك نيابة عن الإمام في حدود الاختصاص الذي حدده ولي الأمر نيابة عنه في تنفيذ الأحكام من باب السياسة الشرعية».

ثالثاً: تعريف التنفيذ:

التنفيذ لغة: مأخوذ من نفذ الأمر نفاذاً ونفوذاً بمعنى: مضى وأمره نافذ: أي مطاع. والتنفيذ في الحكم: الإجراء العملي لما قضى به.

أما في اصطلاح الفقهاء: فهو: (إمضاء قضاء القاضي بشروطه).

وفي اصطلاح القانون: (هو إعمال ما يُقضى به من حكم نهائي يصدر عن القضاء الجنائي في أعقاب دعوى جنائية صحيحة).

رابعاً: تعريف العقوبة:

العقوبة لغة: مأخوذة من عاقب عقاباً ومعاقبةً، والمعاقب هو الذي أدرك ثأره،

ويقال: جازيتك بما فعلت، فالعقاب: أن يجزي الرجل بما فعل فيقال عاقبه بذنبه أي جازاه بالسوء. قال ابن فارس: ومن الباب عاقبت الرجل معاقبةً وعقوبةً وعقاباً، واحذر العقوبة.. وإنما سميت عقوبة؛ لأنها تكون آخراً وثاني الذنب.

اصطلاح الفقهاء: عُرِفَت العقوبة بتعاريف كثيرة؛ والتعريف المختار فيما يظهر ما عرفه الماوردي بقوله: (زواجر وضعها الله للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر)، فعلى هذا يتبين أن التعريف الفقهي أخص من المعنى اللغوي.

خامساً: تعريف الجناية:

الجناية لغة: من الفعل -جنى- قال ابن فارس: الجيم والنون والياء أصل واحد، وهو أخذ الثمرة من شجرها، ثم يحمل على ذلك، تقول: جنيت الثمرة أجنبيها واجتنيتها. ومن المحمول جنيت الجناية أجنبيها. الجِنَايَةُ: الدَّنْبُ والجُرْمُ وما يفعلُه الإنسان مما يوجب عليه العقاب، فهي كل فعل وقع على وجه التعدي سواء كان في النفس أو المال. أما في الاصطلاح الفقهي: فهو كالمعنى اللغوي لكنها في عرف الفقهاء تختص وتقتصر على ما كان متعلقاً بالأبدان، قال الإمام عبدالرحمن المقدسي: ومعناها في عرف الفقهاء، التعدي على الأبدان.

أما في اصطلاح القانون: فلقد جاء تعريف الجناية في القانون الكويتي بأنه: الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام أو بالحبس المؤبد أو بالحبس المؤقت مدة تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين.

المبحث الثاني

التعريف الإجرائي للجهة القضائية المشرفة على تنفيذ العقوبات الجنائية قرر الفقهاء رحمهم الله أن الأصل في تفويض العقوبات وتنفيذها هو إلى السلطة الحاكمة، فولي الأمر هو الذي بيده الأمر بالتنفيذ والإذن فيه وهو الذي بيده إيقاف تنفيذها بناء على الأسباب الشرعية كعفو الولي عن القصاص وغيرها، فلقد أجمع الفقهاء رحمهم الله على وجوب تويي ولي الأمر إقامة الحدود، وأجمعوا على جواز الاستخلاف فيها. والاستخلاف في تنفيذ الحدود يقصد به الإذن فيه ومراقبته والإشراف عليه، وذلك تحريماً لسلامة تنفيذ الأحكام الجنائية من أي خلل ولكي يحقق بذلك الردع والزجر، وأولى من يستخلف وينوب عن الإمام في تنفيذ الأحكام الجنائية هي الجهة التي أصدرت الحكم وهي الجهة القضائية.

فنستطيع أن نُعرِّف الجهة القضائية المشرفة على تنفيذ العقوبات الجنائية بأنها: «جهة قضائية لها صفة إدارية، فُوض إليها مباشرة الإشراف على تنفيذ الجزاءات الجنائية، بعد

صدور الحكم القضائي النهائي فيها».

المبحث الثالث

علاقة الموضوع بقضاء التنفيذ

مما لا يخفى أن أمر تنفيذ العقوبات الجنائية له وقع كبير في تحقيق الحكمة من تشريع العقوبات ، فمرحلة التنفيذ هي الثمرة من إقامة الدعوى الجنائية؛ ولهذا كان من لوازم هذا الأمر أن يجعل أمر الإشراف لجهة قضائية تتولى عملاً من أعمال القضاء وهو الإشراف على التنفيذ كما هو الحال عندنا في المملكة العربية السعودية فإن أمر التنفيذ والإشراف عليه أوكلت لهيئة التحقيق والادعاء العام «المادة (٣) فقرة هـ من نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥) وتاريخ ٢٤/١٠/١٤٠٩ هـ.» ولقد اعتنى القانون المصري بهذا الجانب من التنفيذ وبالأخص ما يتعلق بتنفيذ الجزاءات الجنائية باستحداثهم في مشروع قانون الإجراءات الجنائية نظام قاضي التنفيذ، وذلك لوجود تدابير تحتاج إلى إشراف عند تنفيذها ولم يجدوا أولى من قاضٍ يتولى هذه المهمة نظراً لطبيعتها الخاصة التي لا يعرفها إلا القاضي، ولما يتمتع به القاضي من استقلالية في حكمه وعدم تأثره بالضغوط الإدارية التي قد تفرض عليه وقت إشرافه على تنفيذ العقوبات الجنائية، فإن الأصل هو استقلالية القضاء ، وتولي مهمة الإشراف على التنفيذ قد يعرض لها عارض إداري من السلطة العليا فتؤثر في التنفيذ لكن إذا كان الذي يتولى أمر التنفيذ هو القاضي الذي يتمتع بميزة الاستقلالية في حكمه فإن لحكمه قوة ونفوذاً.

الفصل الأول

إجراءات تنفيذ العقوبة وشروطه

المبحث الأول

إجراءات تنفيذ العقوبة

المطلب الأول

إجراءات تنفيذ العقوبة في الفقه

إن الناظر فيما ورد عن رسول الله عليه الصلاة والسلام وما تكلم عنه الفقهاء رحمهم الله فيما يتعلق بالجزاءات الجنائية وتنفيذها ، ليجد ويستنتج بعض الإجراءات التي تفعل قبل تنفيذ العقوبة وبعده وهي على النحو التالي:

التأكد من عدم وجود شبهة حال فعل الجنائية؛ وذلك بأن تكون الحالة التي حُكِم على الجاني فيها بالحد الشرعي غير قابلة للطعن وليس فيها شبهة؛ وذلك لأن وجود الشبهة في الجنائية تدرأ الحد، فلقد روى علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- عن رسول الله

- صلى الله عليه وسلم - قوله : (ادرؤا الحدود بالشبهات)، وفي رواية : (ادفعوا الحدود عن المسلمين ما وجدتم لها مدفعاً) «البيهقي رقم (١٧٤٠١) باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، ٤٦٩/١٢، والحديث الثاني عن أبي هريرة أخرجه ابن ماجة باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات ٨٥٠/٢ رقم (٢٦١٤)»، وكلتا الروايتين ضعيفة قال الألباني : لكن قال الصنعاني : في سياق المصنف في التلخيص عدة روايات موقوفة صحيح بعضها وهي تعاضد المرفوع وتدل على أن له أصلاً في الجملة ومعنى هذا أن حكم القاضي في الحدود لا يكتسب القطعية ولا يكون واجب التنفيذ إلا إذا سلمت الواقعة القضائية من الشبهات فالواجب على الحاكم التحري والنظر فيما يرفع إليه .

والتحقيق في عدم وجود شبهة تدرأ الحد هي من الأعمال أسندت في الوقت المعاصر للمحقق التابع لهيئة التحقيق والادعاء العام، فلقد نصت المادة الثالثة من نظام الهيئة على اختصاص الهيئة بالتحقيق في الجرائم «نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ ٢٤/١٠/١٤٠٩ هـ المادة الثالثة فقرة أ» وكذلك جاء في نظام الإجراءات الجزائية النص على هذا كما في المادة الرابعة عشرة: (تتولى هيئة التحقيق والادعاء العام التحقيق والادعاء العام طبقاً لنظامها ولائحته) «نظام الإجراءات الجزائية المادة ١٤ من الباب الأول»، وجاء في مشروع اللائحة التنظيمية ما يؤكّد اختصاص الهيئة بتحريك الدعوى الجنائية والتحقيق في الجرائم «مشروع اللائحة التنظيمية لهيئة التحقيق والادعاء العام لعام ١٤١٧ هـ م / ٢١ / ف١»، وبعد رفع الدعوى للمحاكمة فإن القاضي يقوم بالنظر في الدعوى من جميع جوانبها ثم يتأكد من سلامتها من الشبهة ولا يكتفي بما يقوم به المحقق؛ لأن الحاكم قد يظهر له من الشبه أثناء الدعوى ما لا يظهر عند غيره .

صدور الأمر من القاضي بتنفيذ الحكم على الجاني بعد صدور الحكم عليه، وهو ما ثبت عنه - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الذي رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - قال: أتى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رجلٌ في المسجد فناداه فقال: يا رسول إني زنيت، فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه حتى ثنى عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله فقال أبك جنون؟ فقال: لا، فقال: هل أحصنت؟ قال: نعم فقال رسول الله: (اذهبوا به فارجموه) «البخاري ومسلم» .

يُعيّن القاضي الشخص الذي سيتم تنفيذ الحكم الجنائي عليه، بحيث لا يختلط على منفذي الحكم بينه وبين شخصٍ آخر.

توكيل القاضي مهمة تنفيذ الحكم لشخص ثقة أو جهة موثوقة في تنفيذ الحكم. والدليل على هذين الإجراءين قصة العسيف الذي رواه أبو هريرة وزيد بن خالد الجهني أن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله تعالى.. فقال: (قل) قال: إن ابني كان عسيفاً على هذا، فزنى بامرأته، وإني أخبرت أن على ابني الرجم، فافتديت منه بائة شاة ووليدة، فسألت أهل العلم، فأخبروني أنها على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (والذي نفسي بيده لأفضين بينكما بكتاب الله، الوليدة والغنم ردُّ عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغديا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها) «أخرجه البخاري» .

تبَّعَ الجهة المنفذة للحكم بعد تنفيذها القاضي بالطريقة التي تم بها تنفيذ الحكم، فيكون بمثابة تقرير عن ما حصل أثناء تنفيذ الحكم، لكي يكون القاضي على علم ودراية بما حدث وقت تنفيذ الحكم، وهل كان التنفيذ مطابقاً لمنطوق الحكم! .

والدليل على ذلك ما أخرجه البيهقي من رواية أبي هريرة - رضي الله عنه - : جاء معز الأسلمي إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال إني زيت فاعرض عنه وذكر الحديث قال : اذهبوا به فارجموه ، فلما وجد مس الحجارة فريشتد فمر رجل معه حتى بَعِيرٍ فضره فقتله فذكر فراره للنبي - صلى الله عليه وسلم - فقال : « هلا تركتموه » وفي رواية «هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه» «السنن الكبرى للبيهقي ، ٨ / ٣٩٧»

المطلب الثاني

إجراءات تنفيذ العقوبة في النظام

بعد صدور حكم الإدانة الجنائية على شخص معين تنتقل حالة القضية من حيز النَّظَر إلى حيز التنفيذ ولقد أوضح نظام الإجراءات الجزائية السعودي وغيره إجراءات تنفيذ العقوبة وهي كما يلي:

١- يصدر الحكم النهائي في القضية الجنائية حسب اختصاص كل محكمة وبالصورة الإجرائية الموضحة في النظام:

أ- فقضايا التعزيرات والحدود التي لا إتلاف فيها وأروش الجنايات التي لا تزيد عن ثلث الدية فهي من اختصاص المحكمة الجزئية ويصدر الحكم من قاض فرد، جاء في نظام الإجراءات الجزائية ما نصه : (تختص المحكمة الجزئية بالفصل في قضايا التعزيرات إلا بما يستثنى بنظام، وفي الحدود التي لا إتلاف فيها، وأروش الجنايات التي لا تزيد على ثلث الدية) «مادة ١٢٨ من الفصل الأول الباب الخامس من نضام الإجراءات الجزائية

الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٣٩ في ٢٨ / ٧ / ١٤٢٢ هـ).

ب - وبالنسبة لقضايا القتل والرجم والقطع والقصاص فيما دون النفس فهي من اختصاص المحكمة العامة، والإجراء اللازم في الحكم في هذه القضية أن تعقد الجلسة من ثلاثة قضاة ويعد حكمهم في القضية نهائياً «المادة ١٢٩ من الباب الخامس الفصل الأول من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٣٩ في ٢٨ / ٧ / ١٤٢٢ هـ».

٢- يرفع القاضي الذي حكم صك حكمه لرئيس المحكمة لكي يوقع عليه بالموافقة ثم يرسل رئيس المحكمة صك حكم التنفيذ للحاكم الإداري في المنطقة «وهي الإمارة» ليصدّق على الحكم القضائي ومن ثمّ يأمر مباشرة التنفيذ، «مادة ٢١٩ من الباب التاسع الأحكام الواجبة التنفيذ من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٣٩ في ٢٨ / ٧ / ١٤٢٢ هـ».

٣- التأكّد من هويّة من سيقام عليه الحد؛ جاء في تعميم مدير الأمن العام: «أنه يلزم من التأكّد على شخصيّة المراد تنفيذ حكم الإعدام عليه أو القصاص أو الحد» «تعميم الإدارة العامة للسجون رقم ١١/س/ ٢٠٦٧ في ١٩ / ١٠ / ١٤٠٩ هـ. المبني على خطاب صاحب السمو الملكي وزير الداخلية بالنيابة رقم ١٦/س/ ٣١٣٧ في ٢٨ / ٧ / ١٤٠٩ هـ. تعميم مدير الأمن العام رقم ٢٩٠٨ تأريخ ١٧ / ١١ / ١٤١٠ هـ».

٤- يلزم عند إقامة الحد حضور أولياء الدم وهم ورثة المجني عليه أو من ينوب عنهم، «تعميم الإدارة العامة للسجون رقم ١١/س/ ٧٠٦ في ٦ / ٦ / ١٤١٠ هـ. الأمر المستدّيم من مدير الأمن العام رقم ٥٦٤٠/ج ن في ١٧ / ٨ / ١٤٩٥ هـ. المادة الأولى فقرة ج» وهذا الإجراء فيه تحقيق لمصالح شرعيّة منها:

(أ) فيه إتاحة الفرصة لأولياء الدم إن كانوا يرغبون في إقامة الحد بأنفسهم؛ لأن هذا هو الأصل في الشرع أو أنهم يكتفون بمشاهدة التنفيذ على الجاني.

(ب) حضور ورثة المجني عليه عمليّة التنفيذ قد يدفعهم إلى العفو والتراجع عن إيقاع العقوبة، وفي ذلك مصلحة كبيرة للجاني، وأجر وثواب عظيم لأولياء الدم.

٥- إعلان الحكم القضائي وقراءته قبيل تنفيذ الجزاء الجنائي، لكي يسمعه الناس الحاضرون على أن يكون ذلك بمكبرات الصوت، «تعميم الإدارة العامة للسجون رقم ١١/س/ ٧٠٦ في ٦ / ٦ / ١٤١٠ هـ. الأمر المستدّيم من مدير الأمن العام رقم ٥٦٤٠/ج ن في ١٧ / ٨ / ١٤٩٥ هـ. المادة الأولى فقرة د». مع مراعاة عدم ذكر اسم المجني عليه وذلك منعاً للتشهير به وإلحاق الأذى بأهله، «تعميم وكيل وزارة الداخلية رقم ١٥٢٠٦ في ٢١ / ٢ / ١٤٠٨ هـ».

٦- ضرورة حضور طبيب شرعي - عدل ثقة يؤمن من جانبه الحيف - لساحة التنفيذ، لمراقبة حالة الجاني قبل تنفيذ الحكم عليه وإسعافه إذا أصيب بحالة إغماء أو توتر عصبي «دليل إجراءات السجون صفحة ٣١٧. اعداد ومراجعة النقيب/ حميدي الشهراني والرائد/ علوش العتيبي إشراف اللواء/ صالح بن شويل القحطاني . طبعة خاصة من مطابع الحكومة» ، كما أنه يستعان به على تفحص الآلة التي سينفذ بها الحكم ومدى صلاحيتها للاستعمال «تعميم رئيس هيئة التحقيق والإدعاء العام رقم ٢٧٧ في ٧/١٢/١٤١٥هـ» وليؤكد كذلك سلامة عملية التنفيذ والتحقق من موت الذي أُقيم عليه الحد أو القصاص.

٧- إعداد المحاضر اللازمة من قِبَل اللجنة المنفذة للحكم، بما يفيد الانتهاء من تنفيذ الحكم ، والتوقيع عليها من قِبَل اللّجنة المشرفة على التنفيذ، ومن المسؤول الذي أشرف على اللجنة «تعميم الإدارة العامة للسجون رقم ١١/س/٧٠٦ في ٦/٦/١٤١٠هـ. الأمر المستديم من مدير الأمن العام رقم ٥٦٤٠/ج ن في ١٧/٨/١٤٩٥هـ. المادة الأولى فقرة ق».

المبحث الثاني

شروط تنفيذ العقوبة

المطلب الأول

شروط تنفيذ العقوبة في الفقه

الشروط التي تشترط لتنفيذ جميع العقوبات أربعة والكلام فيها على النحو التالي:

الشرط الأول: وجوب العقوبة على الجاني:

فلا يقام على شخص عقوبة من العقوبات الشرعية إلا إذا وجبت عليه بناء على صدور الحكم النهائي من القاضي المختص ويكون الحكم بناء على قيام البينات، وإذا لم تثبت الجناية عليه فلا يجوز تنفيذ العقوبة.

الشرط الثاني: ألا يطرأ أمر يبطل طريق ثبوت الجناية:

مما هو متقرر أن العقوبة لا تنفذ في الشريعة الإسلامية وفي غيرها إلا إذا ثبتت الجناية بإحدى طرق الإثبات، ولقد فصل فقهاء الشريعة في هذه الطرق على حسب نوع العقوبة:

(أ) فإذا كانت العقوبة من الحدود ، فإن طريق الإثبات فيها محصور على ما كان قطعياً ، كالإقرار والشهادة ؛ وذلك للأصل المتقرر في الشرع بأن الحدود تدرأ بالشبهات .
(ب) أما إذا كانت العقوبة تعزيرية فإن طرق الإثبات فيها أوسع من الحدود فيجوز

الحكم بالعقوبة التعزيرية بناء على القرائن ، لجواز الحكم فيها مع وجود الشبهة .

الشرط الثالث: أن يكون القائم على التنفيذ الإمام أو نائبه .

فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز أن يقيم الحد على الأحرار إلا الإمام أو نائبه

واستدلوا بالآتي:

١- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- كان يقيم الحد في حياته ويأمر به ، وكذلك خلفاؤه من بعده، فلقد وكَّل عثمانُ علياً بإقامة حد شرب الخمر على الوليد بن عقبة «أخرجه مسلم» .

٢- لأنه حق لله تعالى ويفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن من استيفائه الحيف فتوجب تفويضه إلى النائب عن الأمة وهو ولي أمر المسلمين .

فإن مسؤولية إقامة الحد لو أوكلت إلى اجتهاد الناس لأصبحت دماء الناس رخيصة، ولقد نهى عمر بن الخطاب الناس عن ذلك فكتب الآفاق «ألا تقتلوا أحداً إلا بإذني» (السنن الكبرى ٨/ ٤١٠) .

ولا يلزم من هذا الشرط حضور الإمام بنفسه ، فإن الرسول -صلى الله عليه وسلم- كان يأمر بالحد ولا يحضره فقال « واغديا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها» وأمر برجم ماعز ولم يحضر، وأتى بسارق فقال: ((اذهبوا به فاقطعوه)) «أخرجه النسائي والبيهقي في الكبرى وقال الألباني: لم أقف عليه» .

الشرط الرابع : أن يكون استيفاء العقوبة عادلاً .

ومن الأدلة على هذا الشرط ما يأتي:

١- عن شدّاد بن أوس -رضي الله عنه- قال: قال -صلى الله عليه وسلم- : (إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليأخذ أحدكم شفرتة وليرح ذبيحته) أخرجه مسلم .

٢- ولقد وضع الرسول عليه السلام ضابطاً للسطو الذي يُجلد به وما ذلك إلا لكي لا ينال المحكوم عليه بعقوبة أشد من عقوبته، وذلك بأن تكون الآلة في عقوبة الجلد بسوط لا شديد فيقتل ولا ضعيف فلا يردع ، فلقد روي أن رجلاً اعترف عند النبي -صلى الله عليه وسلم- فأتي له بسوط مكسور فقال : (فوق هذا) : فأتي بسوط جديد لم تكسر ثمرته فقال : (بين هذين) «أخرجه مالك في الموطأ وأخرجه البيهقي في الكبرى قال ابن عبد البر: لا أعلم هذا الحديث أسند بوجه من الوجوه وقال الألباني: ضعيف .

وروي عن عمر أنه أتى له برجل في حد، فأتي بسوط فقال: أريد ألين من هذا، فأتي بسوط فيه لين فقال : أريد أشد من هذا ، فأتي بسوط بين السوطين فقال : اضرب ولا

يرى إبطك، وأعط كل عضو حقه «مصنف ابن أبي شيبة سنن البيهقي الكبرى». وهو ما عليه العمل في المملكة العربية السعودية، فلقد وضع معيار يُسار عليه في العصا التي يجلد بها، وذلك موضَّح في تعميم رئيس القضاة الذي ينصُّ على: «أن يكون الجلد بسوط لا شديد فيقتل ولا ضعيف فلا يردع ولا مبالغاً بالضرب بحيث يشق الجلد؛ أن القصد أدب المضروب» «تعميم رئيس القضاة رقم ١/٤٠٢٨ بتاريخ ٢٠/٩/١٣٨٥هـ». ٣- ونهي عن إقامة الحد على المريض الذي يرجى برؤه على الراجح من أقوال العلماء.

فلقد روى علي -رضي الله عنه- أنه قال: إن أمة لرسول الله زنت فأمرني أن أجدها فإذا هي حديثة عهد بنفاس، فخشيت إن أنا جلدها أن أقتلها، فذكرت ذلك لرسول الله فقال: (أحسن) «أخرجه الترمذي والبيهقي في الكبرى ورواه مسلم بزيادة» «اتركها حتى تماثل».

فإقامة الحدود مبنية على أساس من العدل ونبذ التعدي والظلم.

٤- وجهت الشريعة أن العقوبة لا تتعدى الجانب الذي ارتكب الجنائية فلقد قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَاناً فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً﴾ ﴿فبعد نهيهِ سبحانه عن قتل النفس المعصومة، بيّن أن على وليّ الدم ألا يتعدى على غير الجاني بالقتل؛ لأن هذا عين الظلم وهو إلحاق الأذى والضرر على الغير بدون مسبب يوجب العقوبة.

٥- أجمع العلماء على عدم جواز إقامة حد الرجم على الزانية وهي حبلى، لما روى بريده أن امرأة من بني غامد قالت: يا رسول الله طهّرني قال: وما ذاك؟ قالت: إنها حبلى من زنى قال: أنت، قالت: نعم فقال لها: «ارجعي حتى تضعي ما في بطنك» «أخرجه مسلم أخرجه النسائي في الكبرى والبيهقي في السنن الكبرى والدارقطني.

المطلب الثاني

شروط تنفيذ العقوبة في النظام

الشرط الأول: أن يصدر الحكم القضائي بالإدانة على شخص معيّن، ويكون الحكم هذا نهائياً ولا يكون الحكم نهائياً إلا بطرق ثلاثة:

- ١- قناعة المحكوم عليه.
- ٢- تصديق الحكم من محكمة التمييز.
- ٣- تصديق المجلس الأعلى للقضاء للحكم إذا كان الحكم متعلقاً بالقتل أو الرجم أو القطع، جاء في المادة ٢١٣ من نظام الإجراءات الجزائية مانصه:

«الأحكام النهائية هي الأحكام المكتسبة للقطعية بقناعة المحكوم عليه أو بتصديق من محكمة التمييز أو مجلس القضاء الأعلى بحسب الاختصاص» «مادة ٢١٣ من الباب الثامن من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٩ في ٢٨/٧/١٤٢٢هـ».

فإذا لم يكن الحكم نهائياً فلا يتم التنفيذ، جاء في المادة ٢١٥ من نظام الإجراءات الجزائية: «الأحكام الجزائية لا يجوز تنفيذها إلا إذا أصبحت نهائية» «مادة ٢١٥ من الباب التاسع من نظام الإجراءات الجزائية»، فإذا اعتُرض على الحكم الصادر بأي من طرق الطعن المعتبرة كطلب التماس إعادة النظر في الحكم، أو غيرها فإن الحكم لا يُعدُّ نهائياً.

الشرط الثاني: صدور إذن ولي أمر المسلمين بتنفيذ الجزاء الجنائي وأمره به، فإذا كانت العقوبة قصاصاً أو رجماً أو قطعاً فيكون الإذن من المقام السامي وهو الملك أو نائبه «مادة ٢١٩ من الباب التاسع من نظام الإجراءات الجزائية»، أما إذا كان غير ذلك من العقوبات فيكتفى بتصديق الحاكم الإداري لحكم القاضي وأمره بالتنفيذ على الفور دون تأخر. جاء في المادة ٢١٩ من النظام ما نصه: «على الحاكم الإداري اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم على الفور» «مادة ٢١٩ من الباب التاسع من نظام الإجراءات الجزائية».

الشرط الثالث: أن يشهد تنفيذ العقوبة مندوبو الحاكم الإداري -الإمارة- والمحكمة وهيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والشرطة للتأكد من سلامة تنفيذ العقوبة جاء ذلك منصوصاً عليه في النظام «مادة ٢٢٠ من الباب التاسع من نظام الإجراءات الجزائية». وتكون هذه الجهات تحت إشراف عضو هيئة التحقيق والادعاء العام ولقد نُص على هذا في اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات في المادة ٢٢٠/٢ «أن تتولى هيئة التحقيق والادعاء العام الإشراف على تنفيذ الأحكام الجزائية وفق نظامها ولائحته» مادة ١٦ من الباب الأول، من نظام الإجراءات الجزائية».

الشرط الرابع: علنية التنفيذ.

وذلك بأن تقع العقوبة في مكان يشهده الناس ويحضره، وذلك لغرض الردع والزجر وذلك لقوله تعالى في حق الزانيين: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْسَ لَهُدَّاءُ بِهِمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ ولقد أتت الإشارة إلى لزوم هذا الشرط من تعميم وزير الداخلية الذي ينص على أن: «الحدود تنفذ في مكان عام ويضاف إليها التعزيرات التي نص القاضي على إشهارها، وتنفذ عقوبة التعازير داخل السجن إلا ما رأى القاضي مصلحة شرعية في إعلانها، أما النساء المحكوم عليهن بالجلد فيجلدن داخل السجن».

تعميم وزير الداخلية رقم ١٠٥٨١ في ١٠/٦/١٣٨٣هـ.

ولقد نص تعميم وزير الداخلية على أن الحدود الشرعية باستثناء الجلد تنفذ أثناء انقضاء المصلين من صلاة الجمعة والهدف من ذلك تحقيق الغاية من الردع والزجر. «تعميم وزارة الداخلية رقم ١٩١٥٨ في ٢/٧/١٣٩٦ المبني على كتاب وزير العدل رقم ٦٢٦ في ٢٧/٥/١٣٩٦ والمادة ٢٣ من التعميم رقم ٣٧٣٥ عام ١٣٩٠هـ». ولكن لا يشترط ذلك بل يجوز في جميع أيام الأسبوع إلا ما نص عليه الحكم القضائي بأن يكون يوم الجمعة» من تعميم الإدارة العامة على السجون رقم (٥٨٩/١١) في ٢٣/٩/١٤٠٨هـ الفقرة الثانية».

الفصل الثاني

إشراف الجهة القضائية على تنفيذ العقوبات الجنائية

المبحث الأول

شروط اختيار المشرف القضائي

المطلب الأول

شروط اختيار المشرف القضائي في الفقه:

لقد فصل الفقهاء -رحمهم الله- في شروط اختيار القاضي، واعتنوا به عناية عظيمة؛ وذلك لما لها من الأهمية البالغة، وسوف أذكرها هنا وأنزلها على المشرف القضائي أوقاضي الإشراف على التنفيذ وهي على النحو الآتي:

الشرط الأول: الإسلام:

الإشراف على تنفيذ الأحكام عمل من أعمال القضاة، وأعمال القضاة من أعلى الولايات، ولقد نهى سبحانه عن تولية الكافر أي ولاية عامة لقوله سبحانه: ﴿الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ بِكُفْرِهِمْ فَإِنَّ كَانَ لَكُمْ فِتْحٌ مِّنَ اللَّهِ قَالُوا أَلَمْ نَكُنْ مَعَكُمْ وَإِنْ كَانَ لِلْكَافِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوا أَلَمْ نَسْتَحِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعُكُم مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾.

الشرط الثاني: التكليف (البلوغ والعقل):

ولقد ذكر أهل العلم هذا الشرط احترازاً من تولي المجنون والصغير هذا العمل، فإذا كان الله سبحانه وتعالى أسقط عنهما التكليف الشرعية التي فرضت على المسلمين، فمن باب أولى أن يسقط عنهما عمل من أعمال القضاة التي هي فرض كفاية.

الشرط الثالث: الحرية:

فلا تصح تولية العبد؛ لأنه مسلوب التصرف قال سبحانه وتعالى: ﴿صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَن رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ

يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ﴿﴾ ولأن العبد ليس له أهلية في أدنى الولايات -وهي ولايته على نفسه- فكيف يولى ولاية عملٍ من أعمال القضاة التي هي أعظم الولايات.

الشرط الرابع: أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية وكيفية تطبيقها: لا بد للمشرّف القضائي على التنفيذ أن يكون متفقهاً بالأحكام الشرعية المتعلقة بتنفيذ الجزاءات الجنائية، والتمييز بين المتفق عليه عند أهل العلم وما هو مختلف فيه، ويأخذ بالراجح فيما يراه من كل قول. وهذا داخلٌ في ما ثبت عن النبي -صلى الله عليه وسلم- إذ قال: (القضاة ثلاثة .. ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار) «الترمذي وأبو داود والبيهقي في السنن الكبرى وصححه الألباني».

الشرط الخامس: الذكورة: اختلف الفقهاء قديماً وحديثاً في كون الذكورة شرطاً فيمن يتولى الأعمال القضائية نتيجة لاختلافهم في حكم قضاء المرأة على قولين مشهورين: القول الأول: المنع مطلقاً، وقال بهذا القول كثير من المالكية وهو قول الشافعية والحنابلة. فالذكورة عندهم شرط صحة ولاية القاضي وشرط جواز نفوذ ولايته، فإذا وُليت المرأة القضاء كانت ولايتها باطلة، وأحكامها مردودة وليست نافذة. واستدلوا بأمور منها حديث عن أبي بكره قال: لقد نفعني الله بكلمة أيام الجمل لما بلغ النبي -صلى الله عليه وسلم- أن فارساً ملكوا ابنة كسرى فقال: (لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة) «صحيح البخاري».

القول الثاني: جواز تولية المرأة القضاء مطلقاً، وهو قول الحسن البصري وحكي هذا القول عن الإمام ابن جرير الطبري وعلل جوازه بقياسه على جواز فتياها. القول الثالث: التفصيل، فالذكورة تشترط فيمن يتولى أعمال القضاء إذا كان يتعلق بالحكم في الحدود أو القصاص، أما فيما عداهما فلا تُشترط الذكورة. ودليل هذا القول قياس أهلية المرأة في القضاء على أهليتها في الشهادة إذ إنها لها حق الشهادة في كل الأمور إلا ما يتعلق بالحدود والقصاص.

الترجيح:

وعلى هذا فالراجح فيما يبدو هو القول الأول وهو اشتراط الذكورة لقوة أدلته وسلامتها من الاعتراض وضعف أدلة القول الثاني، ولأن المتولى لأعمال القضاء ومنها تنفيذ الأحكام يحتاج للقوة والحزم وعدم الضعف، والمرأة ليست فيها تلك القوة، بل

هي بطبيعة خلقتها العاطفية لا تطبق ذلك، بل إن الرسول عليه الصلاة والسلام ثبت عنه أنه أرشد أبا ذر - رضي الله عنه - بقوله: (إني أراك ضعيفاً وإني أحب لك ما أحب لنفسي فلا تأمرنَّ على اثنين ولا تولينَّ مال يتيم) صحيح مسلم فقد أرشد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أبا ذر بأن لا يتولَّى أعمال القضاء ومنها الفصل بين الخصوم بسبب ضعفه، فإذا كان هذا في شأن الرجال الضعفاء فكيف الأمر في حال المرأة التي أصل خلقتها ضعيفة!

الشرط السادس: العدالة:

المراد بالعدالة عند من اشترطها من أهل العلم فيمن يتولى أعمال القضاء هي كما عرّفها الجمهور بأنها: صفة زائدة على الإسلام بأن يكون الشخص ملتزماً لواجبات الشرع ومستحباته مجتنباً للمحرمات والمكروهات، فالذي يتولى الإشراف على تنفيذ العقوبات الشرعية يقوم بأمر عظيم، بتطبيق شرع الله مراعيّاً في ذلك تحقيق المصلحة العامة بردع الجاني عن جنائته، وزجر غيره من أهل النفوس المريضة، مع عدم الزيادة في العقوبة المفروضة عليه، ولا يتسنى ذلك إلا لمن كان خوف الله يملأ قلبه، ومراقبته لا تفارق ذهنه، ومن هنا اشترط العلماء فيمن يقوم بأعمال القضاء أن يكون عدلاً.

المطلب الثاني

شروط اختيار المشرف القضائي في النظام

شروط القاضي التي تحدث عنها نظام القضاء في المملكة العربية السعودية فقد نص على شروط من يتولى الإشراف على التنفيذ التي هي من أعمال القضاء كما ذُكرت في النظام كالتالي:

١- أن يكون الذي يتولى أعمال القضاء سعودي الجنسية بالأصل المادة ٣١ من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي م/ ٧٨ بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، من الباب الرابع الفصل الأول فقرة أ.

٢- وأن يكون حسن السيرة والسلوك: المادة ٣١ من نظام القضاء، الصادر بالمرسوم الملكي م/ ٧٨ بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، من الباب الرابع الفصل الأول فقرة ب». وهذا الشرط تأكيد لشرط الفقهاء رحمهم الله العدالة فيمن يتولى أعمال القضاء، فلا بد إذن من نزاهة المشرف القضائي على تنفيذ العقوبات الشرعية وعدالته، وصفاء سيرته.

٣- أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة للقضاء بحسب ما نُص عليه شرعاً «نظام القضاء المادة (٣١) من الباب الرابع الفصل الأول فقرة ج».

٤- أن يكون حاصلاً على شهادة إحدى كليات الشريعة في المملكة أو شهادة أخرى

معادلة لها . وذلك بشرط أن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان خاص يعده المجلس الأعلى للقضاء «نظام القضاء المادة (٣١) من الباب الرابع الفصل الأول فقرة د» . وهذا الشرط تأكيد لشرط الفقهاء ؛ بأن يكون من يتولى أعمال القضاء عالماً بأحكام الشريعة وكيفية تطبيقها .

٥- ألا يقل سن من يتولى أعمال القضاء عن اثنين وعشرين سنة «نظام القضاء المادة (٣١) من الباب الرابع الفصل الأول فقرة هـ» .

٦- ألا يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالدين والشرف أو صدر في حقه قرار تأديبي بالفصل من الوظيفة العامة ولو كان قد رُد إليه اعتباره «نظام القضاء المادة (٣١) من الباب الرابع الفصل الأول فقرة و» .

المبحث الثاني

اختصاصات المشرف القضائي على التنفيذ

المطلب الأول

تحديد أسلوب التنفيذ

إذا حكم القاضي بحكم فإن حكمه واجب التنفيذ على الصورة التي وصفها القاضي في حكمه فعلى المسؤول عن التنفيذ تطبيق الحكم الواقع بالصورة التي رسمها القاضي في حكمه ، غير أن هناك حالات يجب مراعاتها في الحكم قد يغفل عنها القاضي في حكمه .. والمراد بالحالات ، النظر في حال الجاني وقدرة تحمل له للعقوبة فإنه قد يزني لكن قد يكون جسمه ضعيفاً فقد يضرب الحد مائة جلدة تؤدي بحياته ، وكذلك الحال في المرأة الحامل أو النفساء فإنها إذا جُلدت فإنه قد تضر وتموت ويموت جنينها في بطنها .

فهذه الأحوال تُغيّر في أسلوب تنفيذ العقوبة إما بالتخفيف أو التأخير ، وقد يكون بالعكس فقد تكون هذه الأحوال تحول مجرى الحكم من التخفيف إلى الشدة . وكل هذه الأحوال منصوص عليها في السنة النبوية وذلك في الأحوال التالية :

١- إذا كان الشخص كبيراً ضعيفاً أو مريضاً لا يرجى برؤه :

فعن سعيد بن سعد بن عبادة قال : كان بين أبياتنا رجل مخدع ضعيف فلم نزل إلا وهو على أمة من إماء الدار يخبث بها فرفع شأنه سعد بن عبادة إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم -فقال : (اجلده مائة سوط) فقالوا : يا نبي الله هو أضعف من ذلك ، فقال : (خذوا له عُشكاً لآ فيه مائة شمراخ واضربوا واحدة) «أخرجه أحمد والبيهقي في الكبرى وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة .

٢- إذا كانت المرأة نفساء :

روى أبو عبد الرحمن السلمي: قال سمعت علياً -رضي الله عنه- وهو يخطب على المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أيها الناس أيما عبد أو أمة زنى فأقيموا عليه الحد، وإن كان أحصن فاجلدوه، فإن خادماً لرسول الله -صلى الله عليه وسلم- زنت فأرسلني إليها لأضربها فوجدتها حديثة عهدٍ بنفاسها وخشيت إن أنا ضربتها أن أقتلها فرددت عنها حتى تمائل وتشتد قال: «أحسنت» «أخرجه الترمذي والبيهقي في الكبرى ورواه مسلم بزيادة «تركها حتى تمائل».

ففي هذا الحديث دليل على جواز تأخير الحد وتأجيله إذا كانت المرأة نفساء.
٣- إذا كانت المرأة حاملاً:

روى عمران بن حصين أن امرأة من جهينة اعترفت عند النبي -صلى الله عليه وسلم- بالزنا فقالت: إني حبلى، فدعا النبي -صلى الله عليه وسلم- وليها فقال: (أحسِن إليها فإذا وضعت حملها فأخبرني) ففعل فأمر بها فشدت عليها ثيابها ثم أمر برجمها فرجمت «أخرجه مسلم».

فالحديث دليل على جواز تأخير إقامة الحد وتأجيله إذا كانت المرأة حاملاً بإقامة الحد عليها في حال حملها إتلافاً لمعصوم ولا سبيل إليه.
المطلب الثاني

العفو عن العقوبة

إن من أهم الأعمال المناطة بالمشرف القضائي على تنفيذ العقوبات الجنائية هو إصداره الأمر بوقف وقف تنفيذ العقوبة بناء على عفو المجني عليه أو أولياء الدم عن الجاني إذا كان الحكم قصاصاً.

لما رواه أبو شريح الخراعي مرفوعاً: (من أصيب بدم أو خبل، فهو بالخيار بين إحدى ثلاث: إما أن يقتص أو يأخذ العقل أو يعفو) أخرجه أحمد والبيهقي في سننه الكبرى والدارمي وضعفه الألباني في ارواء الغليل.

ولا سبيل لمعرفة عفو أولياء الدم أو بعضهم إلا عن طريق المشرف القضائي على تنفيذ العقوبات الجنائية، فإن عمله هو مباشرة تنفيذ العقوبات في الميدان، وإن من صلاحياته إصداره الأمر بإيقاف العقوبة بناء على عفو ولي الدم، بل عليه أن يرغب أولياء الدم بالعفو كما كان فعله عليه الصلاة والسلام فيما رواه أنس بن مالك -رضي الله عنه- «أن النبي -صلى الله عليه وسلم- ما رُفِع إليه قصاص إلا أمر فيه بالعفو» أخرجه أحمد وأبو داود والبيهقي في سننه الكبرى قال الألباني عنه: صحيح.

ولقد كان من واجبات المشرف على تنفيذ العقوبات الجنائية في النظام السعودي أن

يراعي مثل هذه الأمور فهو أولاً مأمور باستدعاء أولياء الدم لساحة التنفيذ تعميم رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام رقم (هـ/١٣/٧٩/س) في ٦/٤/١٤١٧ هـ المبني على بريقة نائب وزير الداخلية رقم (١٦/٥٢٢/ش) في ٢٣/٢/١٤١٧ هـ، وهذا من باب ترغيبهم بالعفو، وكذلك من الأمور التي لا بد للمشرف من إحصارها معه إلى ساحة التنفيذ نماذج رسمية للإقرار بالعفو، كما أخبرني بذلك أحد الموظفين في هيئة التحقيق والادعاء العام، بل صدر تعميم من رئيس الهيئة في المملكة لمن يشرف على التنفيذ: «أن يراعي العضو قواعد العفو» «تعميم رئيس الهيئة رقم (هـ/١٣/٤٧٠٠) بتاريخ ٥/٩/١٤٢٢ هـ».

المطلب الثالث

التأديب

للجاني عقوبة محددة في الشريعة يحكم القاضي بإيقاعها عليه إذا ثبتت جنايته، لكن قد يصاحب فعل الجناية ضرر آخر يتولد من فعل الجناية تلك، كمثل ترويع الناس وزعزعة أمنهم، أو مثل فعل الجناية في نهار رمضان ... ولقد عني الفقهاء بمثل هذه الأحوال وتكلموا عنها، وهذا في باب اجتماع التعزير مع الحدود المقدرة وذلك من باب تأديب الجاني، ومن أبرز هذه الصور ما يلي:

١- تبيكيت شارب الخمر:

يرى الفقهاء من الشافعية والحنابلة جواز تبيكيت شاربة الخمر والمراد بالتبيكيت: هو تعزير شارب الخمر بالقول بعد إقامة الحد عليه، وهذا إذا شرب الخمر وتسلط بسكره وأذى الناس أو رماه بحجارة ونحوها، فيجوز تعزيره بالقول، واستدلوا بما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أتى برجل شرب فقال: (اضربوه) فقال أبو هريرة فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه. وفي رواية ثم قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بكّته فأقبلوا عليه يقولون: ما أتقيت الله ما خشيت الله وما استحييت من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «أخرجه أبو داود وقال الألباني: صحيح».

فالتعزير بالقول من أعمال المشرف على التنفيذ فقد يكون موجب التعزير بالقول يخفى على القاضي فيقوم المشرف على التنفيذ بتنبيه القاضي بأن الشارب قد أذى الناس وروعهم أو بناءً على تنبيهه يتغير مجرى الحكم.

٢- تعليق يد السارق على عنقه:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن من الصور التي يجوز فيها هي تعليق يد السارق

بعد قطعها إذا كانت عقوبة السرقة واقعة في بلدة يكثر فيها اللصوص والغاية من ذلك ليكون أبلغ في الردع والزجراً واستدلوا بما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أن عبد الرحمن بن محيريز سأل نضالة بن عبيد -رضي الله عنه-، أرأيت تعليق يد السارق في العنق أمن السنة؟ قال: نعم رأيت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أتى بسارق فأمر به فقطعت يده ثم أمر بها فعلقت في عنقه «أخرجه أبو داود وقال الألباني: صحيح»
٣- تعزير شارب الخمر في نهار رمضان :

ذهب الحنفية المالكية والحنابلة إلى أن الذي يشرب الخمر في نهار رمضان يحد حد الشرب ويزاد عليه سوط تأديباً له وتعزيراً على إبطاره في نهار رمضان واستدلوا بما رواه عطاء بن أبي مروان عن أبيه قال: أتى لعلي -رضي الله عنه- بالنجاشي قد شرب خمرأ في رمضان فأفطر، فضربه ثمانين ثم أخرجه من الغد فضربه عشرين وقال: إنما ضربتك هذه العشرين لجرأتك على الله وإفطارك في شهر رمضان» أخرجه البيهقي في السنن الكبرى وابن أبي شيبة في مصنفه وقال الألباني: الحديث حسن.

المطلب الرابع

الإفراج الشرطي

الأصل أن المحكوم عليه بعقوبة السجن لا يخرج حتى ينهي المدة المحكوم عليه بها .

غير أنه إذا وجد سبيل للمسجونين للخروج قبل تمام المدة المحددة في الصك الشرعي وهو ما يسمى «بالإفراج الشرطي أو العفو على شرط» فالإفراج الشرطي يُمنح مكافأة للسجين حسن السيرة والسلوك في السجن، بأن لا يكون في سجله أي مشكلات أو عصيان أو غيرها، فإنه مكافأة له يفرج عنه ويطلق سراحه من السجن لكن يكون الإفراج مشروطاً بأن تقيّد حرّيته بعدم السماح له بالسفر خارج المدينة، وكذلك عدم توظيفه في الوظائف الحكومية وغيرها من القيود المشروطة بحيث يكون باقياً على ما هو عليه منفذاً في حقه العقوبة المحددة حتى تنتهي المدة المحددة، وتختلف كل دولة عن الأخرى في وضع تلك الشروط، وكذلك يختلف كل سجين عن الآخر في وضع تلك الشروط.

ويُعدُّ الإفراج الشرطي في غالبية الدول العربية بأنه منحة تمنح للسجين مكافأة له على حسن سلوكه وانضباطه، وأولى هذه الدول التي منحت للسجين فرصة لتقليل مدة سجنه ومنحه إفراجاً شرطياً هي هذه الدولة المباركة المملكة العربية السعودية، فإن المنظم السعودي لم يغفل عنها . فلقد جاء في المادة (٢٥) من نظام السجن والتوقيف

مانصه: «يجوز لوزير الداخلية أن يقرر الإفراج تحت شرط على أي محكوم عليه بعقوبة السجن إذا أمضى في السجن ثلاثة أرباع مدة العقوبة وكان سلوكه أثناء وجوده في السجن يدعو إلى الثقة بتقويم نفسه وذلك ما لم يكن في الإفراج عنه خطر على الأمن العام، ويجب أن لا تقل المدة التي أمضاها المفرج عنه تحت شرط في السجن عن تسعة أشهر ولا يجوز منح الإفراج تحت شرط إلا إذا رضي المحكوم عليه بجميع الالتزامات المالية المترتبة على الجريمة التي حكم عليه من أجلها. ويحدد قرار الإفراج تحت شرط الواجبات التي تفرض على المفرج عنه من حيث إقامته وطريقة تعيشه وضمان حسن سيره وسلوكه.. فإذا ثبت وقوع ما يدل على سوء سلوكه جاز لوزير الداخلية إصدار قرار بإعادته إلى السجن لإتمام المدة المحكوم بها عليه» «نظام السجن والتوقيف الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣١) في ٢١/٦/١٣٩٨ هـ بناء على قرار مجلس الوزراء رقم (٤٤١) وتاريخ ١٣٩٨/٦/٨ هـ المادة رقم ٢٥».

ولقد كان من الأمور التي تميّز هذه الدولة عن غيرها وتدل على سمو مقصدها أن جعلت للإفراج الشرطي صورة أخرى وطريق آخر، وهو حفظ القرآن الكريم لإسقاط جزء من المدة المقرر مكوثها في السجن. فلقد صدر من المقام السامي مكرمة ملكية تنص على هذا الشأن، فأصدر الملك أمرين ساميين يوضحان هذه المكرمة «الأمر السامي الأول رقم (١٠٧) في ٧/٢/١٤٠٨ هـ، والأمر الثاني رقم (٤/٢٠٨١/م) في ٢٧/١١/١٤١١ هـ، ثم أتى تفصيل هذه المكرمة من وزير الداخلية بالتعميم الآتي:

«حيث قضى الأمر الأول بإعفاء كل سجين تمكن من حفظ كتاب الله (غيباً) أثناء فترة سجنه وأن يكون الإعفاء (٥٠٪) من مدة العقوبة وذلك بعد التحقق من صحة ذلك بإجراء الامتحان اللازم له من قِبَل الجهة المختصة، وقضى الأمر الثاني بالموافقة على توزيع حفظ القرآن الكريم حسب المدة المحكومة ويُشترط لذلك أن لا تقل محكومية السجن عن ستة أشهر وأن لا يقل حفظه عن جزئين» «تعميم وزير الداخلية رقم (١٨/١٩٥١١/٢س) في ٧/٤/١٤٢٥ هـ».

ولما كانت مراقبة السجن ودور التوقيف من اختصاصات هيئة التحقيق والادعاء العام بالإضافة إلى اختصاصهم بالإشراف على تنفيذ العقوبات، كان من اللازم الدخول في مراقبة حفظ المساجين للقرآن ومتابعتهم أو يقومون كذلك باختيار اللجنة التي تجري الامتحان للحافظين، وكذلك يقومون بالمبادرة بوضع الإجراء اللازم لمن حفظ القرآن بإسقاط الجزء المخصص من المدة.

المبحث الثالث

طرق إشراف المشرف القضائي على تنفيذ العقوبات الجنائية المطلب الأول

الرقابة

عُرفت الرقابة كوظيفة من وظائف المشرف القضائي بأنها: «الوقوف على الإجراءات المتخذة في السجون ودور التوقيف بحق الموقوفين أو السجناء والتحقق من أنها تتم بالصورة المحددة نظاماً» «التعميم الدائم من رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام لجميع فروع الهيئة في المملكة رقم هـ ٢٠٩٥٧/١٢ في ٢٠١٦/١٢/١٤٢٧هـ، ص ٢» .

والأصل في الحبس الذي هو التضييق على المتهم كان موجوداً في عهده -صلى الله عليه وسلم- فقد ثبت عنه أنه: «حبس رجلاً في تهمة يوماً وليلة ثم خلى عنه» أخرجه الترمذي، باب ما جاء في الحبس في التهمة رقم (١٤١٦) ٢/٥٦٨؛ والنسائي من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده رقم (٧٣٦٤) باب الحبس في تهمة ٤/٣٢٨» .

ولقد تحدث شراح القانون عن الرقابة على السجون ودور قضاء التنفيذ فيها فقالوا:

هي على نوعين:

١- رقابة عامة: وتمثل هذه الرقابة في الحق في زيارة المؤسسات العقابية -السجون؛ للتحقق من أن التنفيذ يجري مطابقاً للحكم المنصوص ، وللتأكد من عدم وجود مجوس بدون وجه حق .

٢- رقابة فردية: وهي رقابة على كل محكوم عليه على حدة؛ لاستجماع المعلومات اللازمة لتكوين تقدير معين لحالة السجين ثم يُتخذ القرار الواجب لكيفية سجن هذا السجين نظراً لأحواله الخاصة التي يميّز بها وذلك إما بالتشديد عليه، أو للتخفيف عليه بسبب مرض نفسي أو غيره من الأحوال

فالنوع الأول: من اختصاص النيابة العامة أو هيئة التحقيق والادعاء العام.

وأما النوع الثاني من الرقابة، فالذي يختص بها هو قاضي التنفيذ.

وهذا النوع من الرقابة من اختصاصات هيئة التحقيق والادعاء العام جاء في المادة (٣) من نظام هيئة التحقيق والادعاء العام فقرة «و» أن من ضمن اختصاصات الهيئة: «التفتيش على السجون ودور التوقيف.. والقيام بالاستماع إلى شكاوى المسجونين، والموقوفين والتحقق من مشروعية سجنهم وتوقيفهم، ومشروعية بقائهم في السجن أو دور التوقيف بعد انتهاء المدة، واتخاذ الإجراءات اللازمة لإطلاق سراح من سُجن أو أوقف منهم بدون سبب مشروع، وتطبيق ما تقضي به الأنظمة في حق المتسببين في ذلك، ويجب إحاطة وزير الداخلية بما يبدو من ملاحظات في هذا الشأن، ورفع تقرير له كل

سنة أشهر عن حالة السجناء والموقوفين» المادة (٣) فقرة «و» من نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) في ٢٤/١٠/١٤٠٩ هـ بناء على قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٠) في ١٣/٨/١٤٠٩ هـ.

ولقد جاء في المادة (٣٧) من نظام الإجراءات الجزائية ما نصه: «على المختصين من أعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام زيارة السجون ودور التوقيف.. والتأكد من عدم وجود مسجون أو موقوف بصفة غير مشروعة وأن يطلعوا على سجلات السجون ودور التوقيف وأن يتصلوا بالمسجونين والموقوفين، وأن يسمعوها وشكاواهم وأن يتسلموا ما يقدموا منه في هذا الشأن، وعلى مأموري السجون ودور التوقيف أن يقدموا لأعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام كل ما يحتاجونه لأداء مهامهم» المادة (٣٧) من نظام الإجراءات الجزائية».

وبناء على ما سبق يتضح أن الرقابة على السجون من اختصاص هيئة التحقيق والادعاء العام، وذلك بالنظر والتأكد من سلامة تطبيق الحكم الشرعي على كل مسجون من استنفاده المدة المقرر عليه مكوثها في السجن أو التحقق من صحة تطبيق العقوبة البدنية عليه بالشكل الصحيح.

فعملهم في الرقابة على السجون على قسمين:

١- الرقابة على المساجين والموقوفين.

٢- الرقابة على سلامة تطبيق الأحكام الجزائية عليهم في السجن.

ولقد نص نظامهم على هذين القسمين في أول الفقرة «و» من المادة (٣) أن من اختصاص الهيئة: «الرقابة والتفتيش على السجون ودور التوقيف، وأي أماكن تنفذ فيها أحكام جزائية» المادة (٣) من نظام الهيئة فقرة «د» فرقاتهم على مجالين رقابة على أحوال المساجين والموقوفين والسماع لشكاويهم، والرقابة الثانية النظر والإشراف على تطبيق العقوبات البدنية عليهم في السجون، هذا إذا لم ينص القاضي في حكمه على أن يجلد في مكان عام.

ولقد حددت اختصاصات من يتولى عمل القسم الأول بما يلي:

(أ) اختصاص من يتولى عمل القسم الأول بالرقابة على أحوال المساجين والموقوفين وقد جاء بيانه في تعميم رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام المَعَمَّم على كل فروع الهيئة في المملكة «تعميم رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام رقم (هـ/١٢/٢٠٥٥٧) في ١٦/١٢/١٤٢٧ هـ أص ٥» ما يلي:

أ - التحقق من عدم وجود أي سجين أو موقوف بصفة غير مشروعة.

ب - التحقق من إيداع المسجون أو الموقوف في الأماكن المخصصة نظاماً للسجن أو التوقيف .

ج - التحقق من عدم إساءة معاملة المسجونين والموقوفين .

د - التحقق من تطبيق نظام السجن والتوقيف والأنظمة والتعليقات .

هـ - سماع شكاوى المسجونين والموقوفين واستلام ما يقدمونه في هذا الشأن والتحقق منها .

و - اتخاذ الإجراءات اللازمة للإفراج عمّن سُجن أو أُوقِف بصفة غير مشروعة، وتطبيق ما تقضي به الأنظمة في حق المتسببين في ذلك .

(ب) اختصاص من يتولى القسم الثاني بالرقابة على إقامة الحد في السجن وقد جاء بيانه في تعميم رئيس الهيئة لتفعيل دور الهيئة في الإشراف على تنفيذ الأحكام الجزائية ما يلي:

التأكد من منطوق القرار الشرعي، والتأكد من اكتساب الحكم الصفة النهائية.

التأكد من استكمال الإجراءات اللازمة قبل التنفيذ، ومنها حضور طبيب يرى حالة المحكوم عليه، وحضور كاتب عدل ليكتب الوصية إن كانت العقوبة قصاص أو رجم. التأكد من شخصية المحكوم عليه.

التأكد من عدد الجلدات ودفعاتها من نص الحكم الشرعي، ويرى مناسبة آلة الجلد.

التأكد من حضور مندوبي الجهات المعاونة، مبيناً ذلك في محضر يكتبه ويطلب من جميع الجهات المعاونة التوقيع أو يكون آخر توقيع في هذا المحضر توقيع عضو الهيئة؛ وذلك بصفته مشرفاً على التنفيذ .

المطلب الثاني

الاستشارة

من الطرق التي يستخدمها المشرف القضائي في متابعته وإشرافه على تنفيذ العقوبات الجنائية ويقصد بها: أن تعمد السلطة التنفيذية إلى مشاوررة المشرف القضائي وأخذ رأيه قبل اتخاذ أي إجراء أو قرار يتعلق بتنفيذ العقوبة الجنائية على المحكوم عليه، وعلى المشرف وجوباً بإبداء رأيه واتخاذ قراره في ذلك .

وهذه الطريقة أو الوظيفة نص عليها شراح القانون، وجعلوها من اختصاص قاضي التنفيذ أو قاضي تطبيق العقوبات ، فأمر يتعلق بالمحكوم عليه وكيفية تنفيذ العقوبة عليه، أو أي إشكال يرد في عقوبته ، فإن الواجب على السلطة التنفيذية الرجوع إلى قاضي التنفيذ وأخذ رأيه في ذلك وعلى الجهة تنفيذ ما يوجههم إليه من رأي ومشورة ؛ لأن أمر

التنفيذ لا يكون إلا بموافقة وإذنه .

المطلب الثالث

اتخاذ القرارات

سلطة اتخاذ القرارات هي الوظيفة الأهم لقاضي الإشراف على التنفيذ، وبدون هذه الوظيفة لا يسوغ الحديث عن الإشراف القضائي على التنفيذ. ويرى كثير من الباحثين في قضاء التنفيذ، أن سلطة القرار وجعلها بيد قاضي الإشراف على التنفيذ تركز على أسس أهمها:

١- حماية حقوق المحكوم عليه أو ذلك لتوفير الضمانات الممكنة له من استدعاء المحامي الخاص وتوكيله، وإعطائه حقوقه الشرعية.

٢- ضمان تحقيق أهداف السياسة الجنائية والعقابية، فالمشرف أو قاضي الإشراف على التنفيذ يسعى بإشرافه على التنفيذ أن تتم العقوبة على طريقة توصل إلى الهدف المنشود وهو الردع والزجر أو كذلك يسعى للعدل في العقوبة وألا ينال المحكوم عليه بعقوبة زائدة على ما نُص عليه.

المبحث الرابع

الجهات المعاونة للمشرف القضائي على التنفيذ

المطلب الأول

الجهات المعاونة للمشرف القضائي على تنفيذ العقوبات الجنائية في المملكة العربية السعودية

اعتنى المنظم السعودي عناية ملحوظة بتنفيذ الأحكام الجزائية وكان من عنايته أن جعل مشرفاً على التنفيذ وجعل معه جهات تعاون، وكان من أبرز ما يبيّن عناية هذه الدولة بتطبيق حدود الله أن جعلت جهتين من هذه الجهات تُعنى بالرقابة الشرعية على التنفيذ ومدى توافقه مع أحكام الشريعة، وهما مندوب المحكمة المُصدرة للحكم، ومندوب هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وهذا ما ميّز أمر الإشراف على التنفيذ في المملكة عن غيرها، فلقد نص نظام الإجراءات الجزائية على هذه الجهات المعاونة، جاء في المادة (٢٢٠) ما نصه: «يشهد مندوبوا الحاكم الإداري -الأمانة - والمحكمة وهيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والشرطة تنفيذ الأحكام الصادرة بالقتل أو الرجم أو القطع أو الجلد» مادة (٢٢٠) فقرة «ب» من نظام الإجراءات الجزائية الباب التاسع.

وجاء تعميم وزير الداخلية بالنص الآتي: «تكون لجنة دائمة من الأمانة والمحكمة والشرطة والهيئة تكون مهمتها الحضور والإشراف على إنفاذ الأحكام والتعزيرات

الشرعية وإتلاف الخمرور والمنوعات وتنظيم المحاضر اللازمة» تعميم وزير الداخلية رقم (١٥٧٧٥) في ١١/٦/١٣٩٧ هـ.

ولقد اشترط وكيل الوزارة أن تكون هذه الجهات المعاونة على علم بالأحكام الشرعية وكيفية تطبيقها تعميم وكيل وزارة العدل رقم (١٤٨) في ٢٢/٨/١٤٠٣ هـ.

ونصت اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية أن المشرف على هذه اللجان هو عضو هيئة التحقيق والادعاء العام جاء في الفقرة الثانية من اللائحة تحت المادة (٢٢٠) ما نصه:

«تتولى هيئة التحقيق والادعاء العام الإشراف على تنفيذ الأحكام الجزائية وفق نظامها ولائحته، ويحق للهيئة أن يكون من ضمن اختصاصاتها الإشراف على التنفيذ باعتبار أنها تتولى جميع إجراءات التحقيق وبالتالي تكون هي المسؤولة عن تنفيذ الأحكام الصادرة في ادعاءاتها» اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية فقرة «٢» من المادة (٢٢٠).
وبعد سرد النصوص النظامية يتضح لنا أن الجهات المعاونة للمشرف على تنفيذ الأحكام:

مندوب المحكمة الشرعية التي أصدرت الحكم .

مندوب هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . والغرض من حضوره هو إيجاد الرقابة الشرعية على التنفيذ من بين هذه اللجان، وهذا ما يميز الجهات المعاونة عندنا في المملكة عن غيرها من الدول.

مندوب الأمانة أو الحاكم الإداري، الذي يُمثل أمير المنطقة الذي يقع التنفيذ تحت سلطته وإمرته. ولقد كان في السابق مندوب الأمانة هو الذي يشرف على هذه اللجنة ولكن في الوقت الراهن أصبح الإشراف من اختصاص عضو هيئة التحقيق والادعاء العام.

مندوب الشرطة وهو الذي يقع عليه الإشراف الفعلي على التنفيذ.

ولقد حاولت تقفي اختصاصات كل جهة من هذه الجهات، ولم أجد ما ينص على اختصاصات أي من هذه الجهات سوى عضو هيئة التحقيق والادعاء العام والشرطة أو السلطة التنفيذية أما ما يتعلق بعضو هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ومندوب المحكمة فلم أجد لهم شيئاً! وعليه فإن الحديث سيكون عن اختصاصات السلطة التنفيذية (الشرطة).

جاء في تعميم مدير الأمن العام المبني على الأمر المستديم «تعميم مدير الأمن العام ٣٦٧/ج في ١٧/٣/١٣٩٧ هـ. وهي القواعد المتبعة لتنفيذ أحكام الجلد والقطع، وفيه

التقيد بتنفيذ الأمر المستديم رقم ٥٦٤٠/ج ن في ١٧/٨/١٣٩٥ هـ. الذي منه أخذت هذه التعليمات. انظر: دليل إجراءات السجون ص ٣١٥»

بيان مسؤولية السلطة التنفيذية وتخصصها في تنفيذ الجزاء الجنائي ما يلي:

إعداد الكتابة للجهات ذات العلاقة مثل الصحة لحضور الطبيب الشرعي والهلال الأحمر، لنقل الجثة، وكاتب العدل لتسجيل الوصية والمحكمة والأمانة لحضور مندوبيها عملية التنفيذ.

تصوير وأخذ بصمات من يراد تنفيذ حكم الإعدام فيه قصاصاً أو حداً.

استدعاء ورثة المجني عليه أو من ينوب عنهم لحضور عملية التنفيذ.

إعلان الحكم بواسطة مكبرات الصوت.

عمل الترتيبات اللازمة؛ لتوفير الأمن وحماية المواطنين بم نهم من التسلق على العمارات والأماكن المرتفعة خشية سقوطهم.

الحضور شخصياً مع كاتب العدل لتسجيل وصية من يراد تنفيذ عقوبة الإعدام فيه، والتوقيع على محضر مخلصاته.

التأكد قبل نقل الجثة من مفارقتها الحياة تماماً عن طريق الطبيب المختص.

إعداد المحاضر اللازمة بما يفيد تنفيذ الأحكام والتوقيع عليها من قبل اللجنة ومن المسؤول الذي ينفذ الحكم.

وهناك جهة معونة تابعة للسلطة التنفيذية، وهي الإدارة العامة للسجن فإنها من الجهات التي لها دور كبير في التنفيذ ومن أبرز اختصاصاتها كما نص عليه في تعميم الإدارة العامة للسجون ما يلي:

التأكد التام من شخصية من يراد تنفيذ الحكم فيه. فهذا العمل من أعمال المشرف على التنفيذ لكنه أوكل عملياً لمدير الإدارة العامة للسجون.

الحضور شخصياً مع كاتب العدل ومدير الشعبة الجنائية في تسجيل الوصية والتوقيع على المخلصات واستلامها والمحافظة عليها وإدخالها بيت المال بالطرق الرسمية.

إحضار من يراد تنفيذ حكم الحد فيه إلى ساحة العدل شخصياً بالحراسة الكافية المسلحة في الوقت المحدد والذي يتفق عليه مسبقاً على محضر التنفيذ.

تم التلخيص بحمد الله تعالى
وصلى الله وسلم على نبينا محمد
وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.



تلخيص

المحكم في نظام التحكيم السعودي

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد الطالب:

إبراهيم بن صالح بن عبدالرحمن الأطرم

إشراف:

د. ناصر بن محمد الجوفان

عدد صفحات البحث قبل التلخيص : ١٥٧

عدد صفحات البحث من غير الفهارس : ١٣٩

عدد صفحات التلخيص : ٥٠

تقسيمات البحث:

المقدمة وتشمل: أهمية الموضوع . أسباب اختياره . الدراسات السابقة . منهج البحث .

تقسيمات البحث

التمهيد :

في المراد بالمحكم والتحكيم وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : المراد بالمحكم .

المبحث الثاني : مفهوم التحكيم وأهميته ومشروعيته وفيه مطلبان :

المطلب الأول : معنى التحكيم وأهميته .

المطلب الثاني : مشروعية التحكيم .

المبحث الثالث : تمييز المحكم عن ما يشابهه .

الفصل الأول : شروط المحكم وفيه مبحثان :

المبحث الأول : شروط المحكم في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : شروط المحكم في النظام .

الفصل الثاني : تعيين المحكم وعزله وفيه مبحثان :

المبحث الأول : كيفية اختيار المحكم وفيه مطلبان :

المطلب الأول : كيفية اختيار المحكم في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : كيفية اختيار المحكم في النظام .

المبحث الثاني : عزل المحكم وفيه مطلبان :

المطلب الأول : عزل المحكم في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : عزل المحكم واعتزاله وردة في النظام وفيه فروع :

الفرع الأول : عزل المحكم واعتزاله .

الفرع الثاني : رد المحكم في النظام .

الفصل الثالث : اختصاصات المحكم ومسؤوليته وفيه مبحثان :

المبحث الأول : اختصاصات المحكم وفيه مطلبان :

المطلب الأول : اختصاصات المحكم في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : اختصاصات المحكم في النظام .

المبحث الثاني : مسؤولية المحكم وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مسؤولية المحكم في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : مسؤولية المحكم في النظام .

- الفصل الرابع : حقوق المحكم وواجباته وفيه مبحثان :
- المبحث الأول : حقوق المحكم وفيه مطلبان :
- المطلب الأول : حقوق المحكم في الفقه الإسلامي .
- المطلب الثاني : حقوق المحكم في النظام .
- المبحث الثاني : واجبات المحكم وفيه مطلبان :
- المطلب الأول : واجبات المحكم في الفقه الإسلامي .
- المطلب الثاني : واجبات المحكم في النظام .
- الخاتمة : وفيها أبرز النتائج والتوصيات .

التمهيد:

المبحث الأول

المطلب الأول

المراد بالمحكم لغة

«المحكم» بالفتح الحكم والفاصل ، و«محكم» في الأمر حكم فيه وفصل برأي نفسه من غير أن يبرز وجهاً للحكم ، «وحكمه» جعله حكماً . واحتكم الخصمان إلى الحاكم: أي رفعاً خصومتها إليه والحاكم من نصب للحكم بين الناس ، وجمعه : حكام .

المطلب الثاني

المراد بالمحكم اصطلاحاً

وضع الشراح له تعريفات فيمكن تعريف المحكم: « أنه شخص مولى بمقتضى اتفاقية تحكيم مهمته البت بخلاف معين » ، وعرفه البعض « بأنه شخص طبيعي يوكل إليه المتخاصمون مهمة الفصل في نزاع قائم أو قد يحدث بينهم ، كما قد تعينه الجهة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع بناء على إرادة الخصوم أو أحدهم في حدود الصلاحيات التي أعطاها إياه نظام التحكيم .»

والمحكم بالمفهوم السابق يمكن أن يكون شخص واحد أو أكثر يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع ، وفي كل الأحوال لا يكون المحكم شخصاً معنوياً ، لأن نظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية لم يشير إلى إمكانية تحكيم الشخص المعنوي فقد نصاً على عدد من الشروط الواجب توفرها في المحكم وعلى العديد من المحظورات المانعة من تعيين المحكم وهذه الشروط والمحظورات لا يمكن تطبيقها إلا على الشخص الطبيعي .

المبحث الثاني

مفهوم التحكيم وأهميته ومشروعيته

المطلب الأول

مفهوم التحكيم وأهميته

الفرع الأول: مفهوم التحكيم:

تعريف التحكيم لغة : مصدر حكم بتشديد الكاف مع فتحها وأصلها حكم ،

بمعني منع وقضى وفصل

ويقال : حكمه في ماله أي وكل إليه الحكم فيه ، وحكمه في الأمر أمره أن يحكم فيه .

واحتكم في الأمر : أي قبل التحكيم والحكم القضاء ، والحكيم العالم .

تعريف التحكيم اصطلاحاً : عرف الفقهاء التحكيم بأنه: «تولية الخصمين حاكماً

يحكم بينهما ، وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٧٩٠ بأن « التحكيم عبارة عن اتخاذ

الخصمين آخر حاكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواها» .
 أما شرح القانون فقد عرفوا التحكيم بأنه: «الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به .»

وعلى ذلك يمكن تعريف التحكيم بأنه : « وسيلة من الوسائل التي بموجبها يفصل في المنازعات يختارها المتنازعون للفصل في النزاع الناشئ بينهم عن طريق طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين (محكم أو محكمين) للبت فيه دون اللجوء إلى الجهة المختصة أصلاً بالفصل في مثل هذا النوع من المنازعات .»

الفرع الثاني : أهمية التحكيم

مما وضعه الشرع لحماية الإنسان من الزلل والظلم ولاية القضاء والمظالم والحسبة وغيرها ومما يلحق بولاية القضاء التحكيم بين المتخاصمين وإصلاح ذات البين .
 والتحكيم باب واسع في الشريعة الإسلامية لإقامة العدل وفض النزاعات ، لذا كان التحكيم أمر مهماً، وسبب أهميته إشتهاله على عدة أمور ومزايا:
 السرية: فالتحكيم يعتمد على حفظ أسرار العمل بين الخصمين سواء كانا في شركة أو مؤسستين

يساهم في إصلاح ذات البين، ويقطع الخصومات، ويزيل آثار الخصومة من نفوس أطراف النزاع.

سرعة الفصل في النزاع : اللجوء للتحكيم يحقق سرعة الفصل في النزاع القائم، لأن المحكمين يكونون عادة متفرغين للفصل في النزاع أكثر من القضاة، ولا شك أن سرعة الفصل في النزاع يوفر على الخصوم خسائر مادية ومعنوية بسبب طول الوقت الذي يستغرقه القضاء .

وكذلك النزاع المطروح على المحكم لا بد أن يصدر الفصل فيه خلال الميعاد المحدد في وثيقة التحكيم وإذا لم يصدر الحكم وجب على المحكمين أن يصدروا الحكم خلال مدة وجيزة حددها النظام بتسعين يوماً لا تمدد إلا لأسباب مجدية ومقنعة» (المادة ٩) من نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ وتاريخ ١٢/٧/١٤٠٣ هـ .
 التحكيم يساند القضاء مما يجعل القضاة أكثر تهيؤاً لما يعرض عليهم ، ويقلل عدد القضاة الواجب نصبهم في كل بلد ، مما يقلل العبء المالي على الدولة في الإنفاق على القضاة .

ولأهمية التحكيم واشتماله على المزايا حرصت الدول على تنظيم التحكيم الداخلي والخارجي وقد حرصت المملكة العربية السعودية على تنظيمه انطلاقاً من مشروعيته

في الإسلام، ومن الفوائد التي قدمها فجاء أول تنظيم للتحكيم على شكل مواد في نظام المحكمة التجارية تميز التحكيم في المنازعات التجارية والصناعية» من المادة (٤٩٣) إلى المادة (٤٩٧)». ثم صدر نظام الغرفة التجارية في عام ١٣٦٥ هـ وأجاز التحكيم وبشكل أوسع فقد أعطى الغرفة الصلاحية بأن تكون حكماً.

ثم شهدت المملكة تطوراً اقتصادياً أدى لازدهار التجارة داخلياً وخارجياً مما أدى لزيادة حجم التبادل التجاري بين الدول، وبناء على ذلك كثر اللجوء للتحكيم كوسيلة سريعة للفصل في المنازعات فكان لا بد من وضع نظام متكامل، لذا صدر نظام الغرفة التجارية الجديد عام ١٤٠٠ هـ بالمرسوم الملكي رقم ٦/٢ وتضمن العديد من النصوص التي تنظم التحكيم النظامي» حددت المادة (٥) من هذا النظام اختصاصات الغرف التجارية الصناعية، ومن تلك الاختصاصات (فض المنازعات التجارية الصناعية بطريق التحكيم إذا اتفق أطراف النزاع على إحالتها إليها)»، ثم صدرت اللائحة التنفيذية لهذا النظام عام ١٤٠١ هـ، وباعتماد التحكيم النظامي في المملكة بقي تحكيم الحالات الخاصة التي يتم اللجوء إليه من قبل المتنازعين الذين ليسوا تجاراً محكوماً بنظام المحكمة التجارية، لكن كان تنفيذ الحكم التحكيمي اختيارياً لذا ظهرت الحاجة لإصدار نظام للتحكيم يواكب متطلبات العصر فصدر نظام التحكيم عام ١٤٠٣ هـ، ثم صدرت اللائحة التنفيذية له عام ١٤٠٥ هـ بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٢١٢١/٧ ورد عند عمل هذا النظام ما جاء بالقرآن والسنة.

وبالرغم من المزايا التي تدل على أهمية التحكيم إلا أن هناك انتقادات منها:

ارتفاع رسوم التحكيم، وأتعاب المحكمين خاصة ما يتعلق بالمنازعات الدولية.
أن التحكيم من الأنظمة التي تشغل القضاء، فكثير من حالات التحكيم التي تنتهي يلجأ أطرافها للطعن فيها أمام القضاء إما في صحة التحكيم، أو الحكم، أو صحة اختيار المحكم.... إلخ.

إلا أن هذه العيوب يمكن للمتخصصين تفاديها وذلك عن طريق اتباع الإجراءات المحددة نظاماً بصورة دقيقة.

المطلب الثاني

مشروعية التحكيم

من القواعد التي قررها الإسلام إصلاح ذات البين، والتحكيم من طرق الإصلاح، وإزالة الخصومات، والتوفيق بين الخصوم، إلا أنه حصل خلاف بين الفقهاء حول مشروعية التحكيم على أقوال:

القول الأول: أن التحكيم جائز على إطلاقه حتى لو وجد قاضٍ في البلد، وهذا قول جمهور الفقهاء.

واستدلوا لذلك بعدة أدلة منها:

قوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ .
وعن شريح بن هانئ عن أبيه (أنه لما وفد الرسول - صلى الله عليه وسلم - سمعهم يكتننون هانئاً بأي الحكم، فدعاه، فقال: له إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكنى بأبي الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الطرفين، فقال: ما أحسن هذا، فما لك من الولد؟ قال: لي شريح وعبد الله ومسلم، قال: من أكبرهم؟ قال: شريح، فقال: أنت أبو شريح فدعاه له ولولده) «سنن أبو داود، كتاب الأدب، باب تغيير الإسم القبيح، حديث رقم (٤٩٥٥) / ٤ / ٢٨٩، وسنن النسائي، كتاب القضاء، باب إذا حكموا رجلاً بينهم، حديث رقم (٥٩٤٠)، ٣ / ٤٦٦، والسنن الكبرى للبيهقي، ١٠ / ١٤٥، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ٨ / ٢٣٧» .

القول الثاني: لا يجوز التحكيم إذا وجد قاضي في البلد؛ لأنه إذا وجد قاضي فلا تكون هناك ضرورة للتحكيم وإنما الضرورة تكون عند عدم وجود قاضي. وهذا قول للشافعية.

القول الثالث: لا يجوز التحكيم مطلقاً؛ لأن فيه إفتيات على الإمام، وهو قول للشافعية .

* الراجح - والله أعلم - : قول الجمهور لقوة أدلتهم، وما أورده المخالفون من تعليقات لا تقوى على معارضة الأدلة الخاصة التي أوردها الجمهور .

ولمشروعية التحكيم في الإسلام فقد أخذت به المملكة العربية السعودية فصدرت عدة أنظمة وقد أشرت إليها سابقاً وأجاز النظام الأخير للتحكيم الصادر عام ١٤٠٣ هـ الاتفاق على اللجوء للتحكيم لحل النزاع القائم. راجع: المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي .

المبحث الثالث

تمييز المحكم عن ما يشابهه

المطلب الأول

تمييز المحكم عن القاضي

هناك عدة فروق بين المحكم والقاضي وأبرزها :

اختيار المحكم يكون برضى الطرفين، بخلاف القاضي فهو منصوب من قبل

السلطان.

يقتصر اختصاص المحكم في نظر الدعوى المحكم فيها ولا ينظر في غيرها إلا بتحكيم جديد بخلاف القاضي فله النظر في كل ما يدخل في اختصاصه لأن ولايته من قبل السلطان.

حكم المحكم لا يتعدى المحكوم عليه ولا يتعدى لغيره إلا برضى المحكوم عليه بخلاف القاضي فحكمه حجة في حق الناس جميعاً .

لا يصح حكم المحكم على ولي صغير أو مجنون أو نحوهم بما يضرهم ، لأنهم لا يستطيعون التنازل عن المولى عليهم، بخلاف القاضي.

المحكم لا يتقيد بالاختصاص المكاني ، بخلاف القاضي فحكمه في حدود ولايته. الخصوم لهم عزل المحكم إذا رضوا، بخلاف القاضي فليس لهم ذلك لأن ولايته من قبل السلطان.

المحكم لا يستطيع تفويض غيره للتحكيم لأن الاختصاص لم يرضوا بغيره . المحكم لا يتمتع بالحماية المقررة للقاضي بخصوص مساءلته ، فهو لا يملك الحصانة القضائية ، لذا يمكن مساءلته ومطالبته بالتعويض عما يقع فيه من أخطاء.

المطلب الثاني

تمييز المحكم عن الموفق

الموفق شخص يقوم من تلقاء نفسه أو يختاره الأطراف برضاهم لحل النزاع دون اللجوء للقضاء أو التحكيم وذلك عن طريق تقديم عرض أو اقتراح، ويتشابه المحكم مع الموفق في أن كل منهما يعمل على حل النزاع، إلا أنهما يختلفان في عدة نقاط : إذا تم الاتفاق على التحكيم فلا يحق لأحد الأطراف الرجوع عنه، أما التوفيق فيمكن لأي منهما أن يعدل عنه للقضاء أو التحكيم.

حكم المحكم ملزم للطرفين ولا يجوز لهم الطعن فيه كقاعدة عامة، بخلاف الموفق فدوره يقتصر على دراسة النزاع وتقديم مقترحات وآراء وهذه المقترحات والآراء ليست لها قوة إلزامية .

المطلب الثالث

تمييز المحكم عن الوسيط

الوسيط شخص يحاول حصر الخلاف بمداومة الاتصال بين الأطراف منفردين أو مجتمعين بهدف تقريب كل طرف من الآخر حتى يتفقوا على حل يرضيهم، ويختلف المحكم عن الوسيط في أمور:

الوسيط قد يعرض عمله من تلقاء نفسه وللأطراف التبديل أو الرفض، وإذا قبلوا

فلهم حق الرجوع، وحكمه ليس ملزم، بينما المحكم لا يعرض عمله على الأطراف من تلقاء نفسه، ومتى ما اختاره الأطراف فلا يحق لهم الرجوع، ويلتزمون بما يصدره من حكم.

الوسيط له الحق في الانفراد بأحد أطراف القضية ثم يلتقي الطرف الآخر منفرداً، وهذا هو جوهر عمل الوسيط، بخلاف المحكم فلا يحق له الانفراد بأحد الأطراف وإلا لعد مخرلاً بمبدأ الحياد.

المطلب الرابع

تمييز المحكم عن المصلح

المصالح شخص يختاره الأطراف لحل نزاعهم إستناداً إلى قواعد العدالة وذلك بأن ينزل كل منهم للآخر عن بعض إدعاءاته ويتفق المحكم مع المصلح في أمور: كلاهما يجلان النزاع المطروح بناءً على اختيار الأطراف.

المسائل التي لا يجوز للمحكم النظر فيها هي ذاتها لا يجوز للمصالح البت فيها.

يتفقان في أنه لا بد من كتابة العقد الذي يخول لكل منهما القيام بهذا العمل.

أما أوجه الاختلاف:

الاتفاق على اختيار المحكم يقيّد الأطراف فلا يحق لأحدهم العدول، بخلاف المصالح في الاتفاق عليه لا يقيّد أحد الأطراف عن الرجوع.

المحكم يحسم النزاع بحكم ملزم، أما المصالح فحكمه لا ينفذ إلا برضى الأطراف.

حكم المحكم لا يتم إلا بعد إصدار أمر تنفيذه من جهة الاختصاص، أما حكم

المصالح لا يمكن تنفيذه ما لم يأخذ الاتفاق عليه صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة.

المطلب الخامس

تمييز المحكم عن الوكيل

الوكيل يتصرف برأيه وعبارته وتقديره حسب ما يرى من المصلحة، ويقوم بعمل

معلوم لحساب موكله، ويختلف عن المحكم في أمور:

الوكيل يستمد سلطته من الموكل ولا يجوز له أن يعمل إلا لصالح موكله ولا يخرج

عما حدده له موكله، أما المحكم فبمجرد الاتفاق على التحكيم يصبح مستقلاً تماماً عن

الطرف الذي اختاره.

الوكيل يستطيع عزل وكيله أو استبداله، بينما المحتكم لا يملك بإرادته المنفردة عزل

المحكم.

المطلب السادس

تمييز المحكم عن الخبير

الخبير هو الشخص الذي يملك خبرة معينة حول موضوع معين، ويطلب منه إبداء الرأي فيما يعرض عليه، ودوره ينحصر في مجرد إبداء الرأي في مسائل قد تكون هندسية أو حسابية أو طبية أو غير ذلك، ويختلف الخبير عن المحكم في أمور: المحكم حكمه ملزم، بينما الخبير يحسم مسألة فنية برأي غير ملزم. المحكم يعتبر قاضياً، فيقوم بهذه المهمة بناء على إجراءات معينه محددة نظاماً، وأما الخبير عند إصداره رأيه ليس مجبراً على اتخاذ الإجراءات والمدد المحددة بالنسبة للتحكيم.

الفصل الأول

شروط المحكم

المبحث الأول

شروط المحكم في الفقه الإسلامي

اشترط الفقهاء في المحكم الذي يختاره الطرفان أن يكون صالحاً للتحكيم، وأهلاً له وذلك بتوافر الشروط المعتبرة شرعاً، ويلزم توافر أهلية المحكم منذ اختياره محكماً حتى صدور الحكم، وقد اختلف الفقهاء في الشروط الواجبة توافرها في المحكم على قولين: القول الأول: لا يكون الحكم صالحاً للتحكيم إلا إذا كان أهلاً للقضاء، أي يجب توفر شروط القاضي المعتبرة في المحكم، وهذا مذهب الحنيفة، وبعض المالكية، والشافعية، والحنابلة.

وعللوا لذلك: أن الحكم بعد نصبه من الخصمين أصبح بمنزلة القاضي بينهما. القول الثاني: لا يشترط أن يكون المحكم أهلاً للقضاء، فلا يجب توفر شروط القاضي، وهذا قول أكثر علماء المالكية، واختار هذا القول ابن تيمية. وتعليهم: أن التحكيم يعتبر من باب الوكالة، فلا يراعى فيه شيء من شروط القاضي سوى العقل.

والذي يظهر - والله أعلم - القول الأول، وذلك لأن الخصمين إذا جعلوا للمحكم الحكم بينهما في جميع إجراءات القضية حتى الحكم فيها فقد جعلاه والياً عليهما في الحكم فيكون بمنزلة القاضي في النظر بالقضايا بالدقة والإحاطة المطلوبة لئلا يتطرق لحكمه الفساد، وهو أيضاً بمنزلة في نفاذ حكمه.

وعلى ذلك سنذكر الشروط بناء على القول الأول.

شروط المحكم:

الشرط الأول: شرط الإسلام: لا خلاف بين الفقهاء في أن تولية غير المسلم القضاء

بين المسلمين أو أي قضية أحد طرفيها مسلم بأنها لا تجوز .

الشرط الثاني: شرط البلوغ: اتفق الفقهاء على شرط البلوغ في القاضي ، فلا يجوز تولية القضاء من ليس بالغاً ، لأنه يكون تحت ولاية غيره .

الشرط الثالث: شرط العقل: اتفق الفقهاء على أن هذا الشرط يجب توافره في المحكم فلا يجوز تحكيم المجنون . والسبب في ذلك ، أن المجنون فاقد الأهلية .

الشرط الرابع : الحرية : اشترط جمهور الفقهاء شرط الحرية فيمن يولى القضاء ، فلا يجوز تولية الرقيق القضاء ، لأنه مشغول بخدمة سيده ، ولأن منافع الرقيق مملوكة لسيدة ، فهو معدوم الأهلية .

الشرط الخامس : العلم بالأحكام الشرعية : اختلف الفقهاء هل يشترط في المحكم بلوغ رتبة الاجتهاد على قولين :

القول الأول: اشترطه مطلقاً ونص على هذا الشرط الشافعية، وكذا المالكية .

القول الثاني: يشترط الفقه فيما حكم فيه لا في جميع الأحكام ، وهذا قول الحنابلة ، وبعض الشافعية .

والذي يظهر - والله أعلم - أنه لا يشترط الاجتهاد في المحكم ، وإنما يكفي الفقه والمعرفة فما يحكم فيه ، لأنه قد يتعذر الاجتهاد ، ثم إن التحكيم يختص بقضية معينة فيكفي العلم بها .

الشرط السادس : العدالة : وقد اختلف الفقهاء في توفر شرط العدالة في المحكم على قولين :

القول الأول : أنه يشترط العدالة ، فلا يجوز تحكيم الفاسق ، ولا ينفذ حكمه ، وهذا قول الحنابلة ، وأكثر المالكية ، وبعض الحنفية .

واستدلوا لذلك بأدلة منها : قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ .

والفاسق ليس أهلاً للقضاء ، والقاضي إذا فسق ينعزل بنفس الفسق .

القول الثاني : الأولى عدم تحكيم الفاسق ، لكن إذا حكم فيجوز ويصح حكمه ، وهذا قول الحنفية .

وتعليهم في ذلك: أن القاضي إذا فسق ينعزل، ولكن لا ينعزل بنفس الفسق .

والذي يظهر - والله أعلم - أن تحكيم الفاسق لا يجوز وأنه لا بد من العدالة في المحكم .

الشرط السابع : الذكورة : اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين :

القول الأول: يجوز تحكيم المرأة فيما سوى الحدود والقصاص، وهذا مذهب الحنفية، وبعض المالكية، وعللوا لذلك: أن المرأة تصح شادتها فيما سوى الحدود والقصاص فتصلح حكماً.

القول الثاني: لا يجوز تحكيم المرأة مطلقاً، وهذا مذهب الجمهور من الشافعية، والحنابلة، وأكثر المالكية، واستدلوا لذلك بعدة أدلة:

قوله - صلى الله عليه وسلم - ﴿لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة﴾ «رواه البخاري في الفتن والمغازي، حديث رقم (٤٢٢٥)، ٨/ ١٢٦».

لأنها ناقصة عقل، قليلة الرأي.

من يتولى التحكيم يحتاج لمخالطة الرجال، وحضور مجالسهم، والمرأة ليست أهلاً لذلك.

* والراجح - والله أعلم -: أنه يظهر عدم جواز تحكيم المرأة إذا كان التحكيم كلياً، لأن التحكيم الكلي يشبه القضاء، ولأن القضاء يشترط فيه الذكورة على القول الراجح من أقوال العلماء.

الشرط الثامن: سلامة الحواس: شرط سلامة الحواس في المحكم حصل فيه خلاف بين العلماء:

فتحكيم الأعمى: فيه قولان: القول الأول: لا يجوز تحكيم الأعمى، ولو حكم فقضؤه باطل، وإلى هذا ذهب الحنفية، والشافعية، وعلتهم في ذلك: انعدام أهليته فلا يصلح للقضاء، والمحكم بمنزلة القاضي.

القول الثاني: جواز تحكيم الأعمى، وإلى هذا القول ذهب الحنابلة.

وعللوا لذلك: أنه كما تجوز شهادة الأعمى، فكذلك يجوز تحكيمه، إذ لا يعوزه إلا معرفة الخصم ولا يحتاج لذلك، وإنما يقضي على موصوف كما قضى داوود بين الملكين. واختار هذا القول ابن تيمية.

* والذي يظهر - والله أعلم -: عدم جواز تحكيم الأعمى، لأن المعرف له بأعيان الشهود والخصوم قد يكون غير عالم فلا يصيب الواقع فيخطئ الأعمى في الحكم.

كذلك المحكم يحتاج للنظر إلى المستندات ومعاينة كل ما يتعلق بالنزاع والأعمى لا يقدر على ذلك.

أما تحكيم الأصم: نص الشافعية على عدم جواز تحكيم الأصم، وذلك لعدم أهلية للقضاء.

وهذا قول قوي ووجيه، لأن المحكم يحتاج لسماع دعاوى الخصوم ودفوعهم وهذا

معتذر بالنسبة للأصم.

أما اشتراط الكلام فلا بد منه ، وذلك لأن المحكم يحتاج لمباحثة الخصوم ومناقشتهم ، والمباحثة والمناقشة لا تكون إلا بالكلام ، فكان لا بد من اشتراط الكلام .
الشرط العاشر : أن يكون المحكم معلوماً ، فلو حكم الخصمان أول من يدخل المسجد مثلاً لم يجز بالإجماع ، لما فيه من الجهالة ، إلا إذا رضوا به بعد العلم فيكون حينئذٍ تحكيمياً للعلوم .

المبحث الثاني

شروط المحكم في النظام المطلب الأول

الشروط المنصوص عليها في نظام التحكيم

نصت المادة الرابعة من نظام التحكيم على أنه يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة ، حسن السيرة والسلوك ، كامل الأهلية ، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً " المادة (٤) من نظام التحكيم السعودي " ، وستناول في الفروع التالية تفصيل هذه الشروط :

الفرع الأول: أن يكون المحكم من ذوي الخبرة : اشترط النظام السعودي هذا الشرط بخلاف غالبية الأنظمة الأخرى كالقانون المصري ، والكويتي ، والفرنسي ، وكان موفقاً في اشتراط هذا الشرط .

الفرع الثاني: أن يكون حسن السيرة والسلوك : وهذا أمر تقتضيه طبيعة المهمة المسندة إليه ، فهو سيجلس مجلس القضاء للفصل بين الخصوم ، فيتعين ألا تشوب تصرفاته وسيرته العامة أو الخاصة أية شائبة تؤدي إلى الشبه في حيدته وتصرفاته ونزاهته . ويؤكد هذا الشرط نص اللائحة التنفيذية؛ حيث اشترطت ألا يكون المحكم قد صدر عليه حكم بحد أو تعزيز في إحدى الجرائم المخلة بالشرف ، أو الأمانة ، أو يكون قد فصل من الوظيفة العامة فصلاً تأديبياً «اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي ، مادة (٤)» .

الفرع الثالث : أن يكون كامل الأهلية : يقصد بالأهلية : صلاحية الشخص لمباشرة حقوقه ، ويكون المحكم أهلاً للفصل في النزاع متى ما كان كامل الأهلية ، وعلى ذلك لا يجوز تعيين ناقص الأهلية محكماً كالمحجور عليه والسفيه . وتأكيدها لهذا الشرط فقد نصت اللائحة التنفيذية على أنه لا يجوز أن يكون المحكم قد سبق الحكم عليه بشهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره " اللائحة التنفيذية مادة (٤) ،" ، أيضاً كان نوع الإفلاس (احتيالي - تقصيري

- حقيقي) (انظر المواد (١٠٥، ١٠٦، ١٠٧) من نظام المحكمة التجارية؛ فالإفلاس يعتبر مانعاً من جعل الشخص محكماً ما لم يرد إليه اعتباره ' نظام المحكمة التجارية، الصادر عام ١٣٥٠هـ، مادة (١٠٤) ، ما عدا المفلس الإحتيالي فلا يرد إليه اعتباره أبداً طبقاً لنص المحكمة التجارية " نظام المحكمة التجارية، الصادر عام ١٣٥٠هـ، مادة (١٣٣) .

الفرع الرابع: إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً: أجاز النظام السعودي في المادة الرابعة من نظام التحكيم السعودي تعدد المحكمين، لكن يجب أن يكون عددهم وتراً، فالمنظم السعودي أخذ بما أخذت به معظم القوانين، وعلّة وجوب شرط الوتريّة هي التخلص من ضرورة الإلتجاء إلى حكم مرجح، وضمان موافقة الأغلبية على قرار التحكيم، ولأن العدد الزوجي قد يحدث فيه تساوي الآراء فلا تحصل الأغلبية، وبذلك يتعطل الفصل في الخصومة، وهذا لا يتفق مع الحكمة من إصدار نظام للتحكيم، ومع ما نص عليه النظام من ضرورة صدور القرار خلال المدة التي حدتها المادة التاسعة منه .

المطلب الثاني

الشروط المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم

نصت المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي على (أن المحكم يكون من الوطنيين، أو الأجانب المسلمين من أصحاب المهن الحرة، أو غيرهم، ويجوز أن يكون من بين موظفي الدولة، بعد موافقة الجهة التي يتبعها الموظف، وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية، والأنظمة التجارية، والعرف، والتقاليد السارية في المملكة)، وستتناول في الفروع التالية تفصيل هذه الشروط :

الفرع الأول: أن يكون المحكم وطنياً أو من الأجانب المسلمين :

المنظم السعودي لم يفرق بين الوطنيين والأجانب المسلمين في تولي الفصل في المنازعات عن طريق تعيينهم محكمين لكن الأجنبي الذي من حقه أن يكون محكماً هو الأجنبي الذي لديه جنسية دولة أخرى أي - يكون معروف الجنسية - ويكون دخوله للمملكة وإقامته فيها بوجه مشروع كما هو منصوص عليه في نظام الإقامة السعودي، كما اشترط النظام السعودي فيمن يعين محكماً إذا كان أجنبياً أن يكون مسلماً.

الفرع الثاني: مهنة المحكم :

أجازت اللائحة أن يكون المحكم من أصحاب المهن الحرة كالطبيب، والمحامي، وأجازت أيضاً أن يكون المحكم من موظفي الدولة، لكن بشرط أن تتم موافقه جهة

عمله.

الفرع الثالث: الدراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية:

أوجبت اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم توفر هذا الشرط في رئيس هيئة التحكيم، وذلك إذا كان النزاع سيتم الفصل فيه من قبل أكثر من محكم.

ويرى بعض الشراح أنه إذا كان النزاع سيتم الفصل فيه من قبل محكم واحد فإنه لا ضرورة لتوافر هذا الشرط في المحكم، لأن النص النظامي لم ينص على هذه الحالة وإنما سكت عنها، وهذا السكوت يفهم منه عدم ضرورة توافر هذا الشرط فيما لو كان النزاع سيتم الفصل فيه من قبل محكم واحد.

وذهب البعض إلى أنه لا بد من توفر هذا الشرط ولو كان النزاع سيتم الفصل فيه من قبل محكم.

والذي يظهر أنه وإن كان النظام نص صراحة على أن هذا الشرط خاص برئيس هيئة التحكيم، إلا أنه لا بد من توفر هذا الشرط أيضاً فيما لو كان النزاع سيتم الفصل فيه من قبل محكم واحد، وذلك لأن الهدف من هذا الشرط صدوره موافقاً للشريعة وإذا كان هذا هو الهدف فلا بد أيضاً من اشتراطه في المحكم الواحد، وكذلك لأن التحكيم مثل القضاء، والقضاء يشترط فيه العلم بالأحكام الشرعية.

لذلك كان من الأولى أن ينص في النظام على اشتراط أن تتوفر في كل محكم الدراية بالقواعد الشرعية، لضمان عدم مخالفة الحكم الصادر من المحكم النصوص الشرعية.

الفرع الرابع: أن لا يكون للمحكم مصلحة في النزاع:

وهذا الشرط منصوص عليه في المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية، وذلك لأن التحكيم كالقضاء يهدف إلى العدل بين الخصوم، وتعيين من كانت له مصلحة في الخصومة يخشى معها عدم حياده.

وقد ساوت المادة الثانية عشر من النظام التي تضع المحكم بمنزلة القاضي وتحدد أسباب عزله بالأسباب التي تميز رد القاضي؛ إذ لا يجوز أن يكون حكماً كما أنه لا يجوز أن يكون قاضياً من له منفعة، أو كان النزاع يجلب له نفعاً. ومن خلال النظر في الشروط التي اشترطها المنظم السعودي يتضح أن نظام التحكيم لم يتطلب توافر شروط القاضي في المحكم؛ لأن المحكم ليس له ولاية القضاء العامة، ولا يعتبر موظفاً عاماً، وبناءً على ذلك فإنه لا يجب أن تتوافر فيه جميع شروط القاضي في الشريعة، كما أنه لا يجب توافر جميع الشروط المنصوص عليها في نظام القضاء السعودي (م / ٣٧). وبالرغم من أن نظام التحكيم ولائحته لم يتطلب توافر شروط القاضي في المحكم إلا أنها قد تضمننا

معظم هذه الشروط .

الفصل الثاني

تعيين المحكم وعزله

المبحث الأول

كيفية اختيار المحكم

المطلب الأول

كيفية اختيار المحكم في الفقه الإسلامي

لاخلاف بين الفقهاء في أن الخصوم هم أصحاب الحق في تعيين المحكم ، وقد اتفق الفقهاء على أن اختيار المحكم يكون من قبل المتحاكمين ، بحيث يكون كل من المتحاكمين رضي به ، ولم يلزمه به ، أو أحدهم ، ويرضى المحكم بذلك ، ويكون الرضا بصدور الإيجاب ، وصدور القبول من المحكم .

وكما أنه يحق للخصمين اختيار المحكم فإنه يصح للمحكم تفويض غيره أن يحكم ، لكن بشرط أن يكون المحكم مأذوناً له ، لأن الإذن بمثابة توكيل ويكون الطرفان بموجب ذلك قد وكلا المحكم بالتحكيم ، أما إذا كان المحكم غير مأذون له فليس له أن يوكل غيره ، مثله مثل القاضي ، فإذا كان القاضي مأذوناً له في الإنابة فله أن ينيب ، وإلا لم يكن له حق في ذلك .

وذهب بعض الفقهاء إلى جواز تعيين المحكم من قبل الوالي ، أو القاضي ، فقالوا لو أمر الإمام رجلاً ممن تجوز شهادته أن يحكم بين رجلين فإن هذا الرجل يكون بمنزلة القاضي ويجوز حكمه ، وكذلك قالوا إن مات من اتفقوا عليه ، ولم يتفقوا على غيره ردوا إلى مأمئهم وكانوا على الحصار حتى يتفقوا مع الإمام على تعيين آخر مقام الذي مات ، وذلك في التحكيم في حالة الحرب .

* مسألة تعدد المحكمين : يجوز للخصوم أن يختاروا أكثر من محكم ، ونص على هذا كثير من الفقهاء ولم ينصوا على عدد معين ، فأجازوا تحكيم الاثنين وأكثر ، لأن العبرة برضا الأطراف بمن يفصل بينهم ، واشترط الفقهاء في حال تعدد المحكمين أن يتفقوا على الحكم «مجلة الأحكام العدلية مع شرحها لعلي حيدر مادة (١٨٤٣) ، ٤ / ٦٤٣» ، وعللوا لذلك بما يلي :

١- أن التحكيم يحتاج لرأي ، والخصوم قد رضوا برأي المحكمين معاً ، والرضا برأيهم لا يكون رضا برأي الواحد منهم .

٢- كما أن الوكيلين إذا اختلفا لا ينفذ تصرفهما ، فكذلك الحكمان .

المطلب الثاني

كيفية اختيار المحكم في النظام

لاختيار المحكم طرق يتفق عليها الأطراف ويحددونها ، إما في صلب عقد التحكيم (شرط التحكيم) ، أو في اتفاق مستقل ، سواءً كان سابقاً لعقد التحكيم أو لاحقاً (مشاركة التحكيم) ، وقد يتفق الأطراف على أن يعهدوا بالتحكيم لفرد واحد ، أو عدد من الأطراف ، أو يفوضون الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع لإجراء الاختيار ، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على صورة من هذه الصور فإن الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع هي التي تتولى تعيين المحكم أو المحكمين .

وقد منح نظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية أطراف النزاع حق اختيار وتعيين المحكم ، كما منح الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع هذا الحق ، وهذا يعني أن هناك طريقتين يتم من خلالها اختيار المحكم أو المحكمين وفقاً للنظام السعودي وهما : الطريقة الأولى : يتم تعيين المحكم أو المحكمين من قبل أطراف النزاع أنفسهم ، وهذا هو الأصل ، بشرط أن تتوفر في المحكم الشروط التي أوجبها النظام ، وقد نصت المادة السادسة من اللائحة التنفيذية على هذه القاعدة .

الطريقة الثانية : يتم تعيين المحكم أو المحكمين من قبل الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، ويكون ذلك في حالات حددتها المادة العاشرة من نظام التحكيم .

المبحث الثاني

عزل المحكم

المطلب الأول

عزل المحكم في الفقه الإسلامي

المحكم في الشريعة له موقع ودور ولكن يمكن عزله ، ولا يتصور عزله إلا إذا كان تم اختيار المحكم وتعيينه ، وقبل المحكم بالمهمة . وقد ذكر الفقهاء عدة طرق لعزل المحكم ، وفي ما يلي من فروع تبين لهذه الطرق :

الفرع الأول : طرق عزل المحكم لانتهاج الدعوى التحكيمية :

ينعزل المحكم لانتهاج الدعوى التحكيمية بإحدى طريقتين :

الطريقة الأولى : الفصل في النزاع بحكم ، فإذا أصدر المحكم الحكم انعزل ، وليس له الإستمرار في التحكيم في قضية أخرى لم يُحكَم فيها ، لأن المحكم كالقاضي ، والقاضي إذا ولي في قضية بخصوصها فإنه ينعزل بصدور الحكم " مجلة الأحكام العدلية مع شرحها لعلي حيدر ، مادة (١٨٤٢) ، ٤ / ٦٤٣ " .

الطريقة الثانية : ينعزل المحكم بوجود عارض موجب لانتهاج الدعوى قبل الحكم

فيها، كالصلح.

الفرع الثاني: طرق عزل المحكم قبل انتهاء الدعوى التحكيمية:

ينعزل المحكم بعدة طرق:

الأولى: فقدانه أحد الشروط اللازمة لصحة تحكيمه.

الثانية: ينعزل المحكم بانتهاء مأموريته، وذلك في الأحوال التي يكون فيها التحكيم مؤقتاً بوقت وانتهى ذلك الوقت.

الثالثة: عزل أطراف النزاع معاً للمحكم، أو عزل أحدهما له، فالمحكم إما أن يكون معيناً من قبل القاضي، أو يكون معين من قبل أطراف النزاع، فإن كان معيناً من قبل القاضي، فلا يملك الخصوم عزله، ولو اتفقوا، ولا يعزل إلا بموافقة القاضي، لأن القاضي استخلفه فأصبح بمنزلة النائب له.

أما إذا كان مختاراً من قبل الخصوم، فالأصل أن الخصوم يملكون عزله بشرط اتفاقهم جميعاً.

أما عزل أحد الخصوم للمحكم، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: جواز عزل المحكم من قبل أحد الأطراف قبل الشروع في التحكيم، أما إذا شرع المحكم في التحكيم فلا يجوز لأحدهما عزله، وهذا قول عند المالكية، ووجه عند الشافعية والحنابلة.

وعللوا لذلك: بالقياس على الخصوم عند القاضي لا يجوز لأحدهما بعد الترافع عند التقاضي أن يوكل وكيلاً أو يعزله، وأنه يؤدي إلى أن كل واحد من الخصمين إذا رأى من المحكم ما لا يوافقه أن يرجع، فيبطل المقصود من التحكيم ويصير لغواً لا فائدة فيه.

القول الثاني: أن لكل واحد من الخصمين عزل المحكم سواء قبل الشروع في التحكيم أو بعده، ما لم يصدر حكمه، فإذا حكم لزم حكمه، وبهذا قال الحنفية والشافعية، وهو قول عند المالكية والحنابلة. وعللوا لذلك بما يلي: أنه مقلد من جهتهما، فلا يحكم إلا برضاها جميعاً، وأنها الموليان له، فلهما عزله قبل أن يحكم، كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم، ولو حكم قبل عزله نفذ، وعزله بعد ذلك لا يبطل حكمه، فكذا المحكم هنا.

القول الثالث: ليس لأحد الخصمين عزل المحكم بعد الاتفاق على التحكيم والرضا به، سواءً قبل الشروع في التحكيم أو بعده، وبهذا قال بعض المالكية. وعللوا لذلك: أن التحكيم يلزم بالاتفاق عليه والرضا به.

* والذي يظهر - والله أعلم - أنه يجوز عزله من قبل أحد الخصوم قبل الشروع

في التحكيم ، أما إذا شرع في التحكيم فلا يسوغ لأحدهما عزله ، لأنه يطيل مدة الخلاف ، ويتيح الفرصة للمتلاعب من الخصوم أنه متى ما شعر بالغبلة عزل المحكم ، كما أن فيه ضرر بالمحكم فقد يكون خسر بعض النفقات ودرس القضية ، واستغرق وقتاً ، كما أن التحكيم عقد بين الخصوم والمحكم ، والله أمر بالوفاء بالعقود .

الرابعة : تنحي المحكم : يجوز للمحكم أن يعزل نفسه قبل الشروع في التحكيم ، أما بعد الشروع فلا يسوغ له التنحي إلا برضا الخصوم أو لعذر .

الخامسة : غيبة المحكم : فإذا غاب المحكم مدة تضر بالخصوم أو أحدهم جاز للأطراف عزله .

المطلب الثاني

عزل المحكم واعتزاله وردة في النظام

الفرع الأول : عزل المحكم واعتزاله :

ويقصد بعزل المحكم : قيام الخصوم بعزل المحكم المعين من مباشرة مهمة التحكيم ، سواء أتم تعيينه من قبلهم أو بواسطة الجهة المختصة .

وقد رأينا أن المحكم يتم تعيينه إما باتفاق الخصوم ، أو تعيينه الجهة المختصة ، ومتى ما تم تعيينه فهو ملزم بمباشرة عملية الفصل في النزاع حتى نهايتها وفقاً للإجراءات المحددة نظاماً ، لكن قد يحدث أن يتم عزله من قبل أطراف النزاع ، فقد أعطى النظام في المادة الحادية عشرة الخصوم الحق في عزل المحكم ، حتى ولو بدون إبداء المبررات والأسباب ، ولكن بشرط أن يتفقوا على ذلك ؛ حيث نصت المادة على أنه لا يجوز عزل المحكم إلا بتراضي الخصوم .

ويستوي هنا أن يكون المحكم قد تم تعيينه بواسطة الخصوم أو عن طريق الجهة المختصة ؛ حيث إن النص لم يفرق بين هاتين الحالتين .

كما أنه يستوي أيضاً أن يكون العزل صريحاً أو ضمناً ، كأن يختار الخصوم محكماً آخر للفصل في النزاع .

ويتضح من نص المادة الحادية عشر أن عزل المحكم لا بد أن يكون باتفاق الخصوم ، وعليه لا يجوز للخصم بإرادته المنفردة عزل المحكم ، لكن له أن يطلب من الجهة المختصة عزل المحكم مبنياً للأسباب التي بناءً عليها طلب عزل المحكم ، كما يجب عليه أن يثبت وجود هذه الأسباب ، وبذلك يختلف المحكم عن القاضي الذي لا يجوز عزله باتفاق الأطراف .

وشرط اتفاق الخصوم على عزله موافق لما هو مقرر شرعاً من أنه لا بد لعزل المحكم

من اتفاق الخصوم.

ومن البديهي أن عزل المحكم لا يتم إلا بعد تعيينه ، أما قبل ذلك فلا يكون معيناً. هذا وإمكانية عزل المحكم تستمر في أي مرحلة من مراحل نظر النزاع مادام المحكم لم يصدر الحكم.

ونظراً لعدم وجود نص في نظام التحكيم السعودي يتضمن الحالات التي يجب أن يتنحى فيها المحكم ، فقد ذهب البعض إلى أن المحكم يقاس على القاضي ، وبالتالي فإن المحكم يجب أن يتنحى عن النزاع من تلقاء نفسه أو يتم عزله وذلك في الحالات المحددة نظاماً لتنحي القضاة .

وقد نص نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٢١ ، عام ١٤٢١ هـ ، على الحالات التي يجب على القاضي أن يتنحى من تلقاء نفسه ، فقد نص على (أن القاضي يكون ممنوعاً من نظر الدعوى وسماعها ولو لم يطلب أحد الخصوم ذلك في الأحوال التالية :

- ١ / إذا كان زوجاً لأحد الخصوم ، أو قريباً ، أو صهراً إلى الدرجة الرابعة.
- ٢ / إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى ، أو مع زوجته .
- ٣ / إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم ، أو وصياً أو قياً عليه أو مظنة وراثته له ، أو كان زوجاً لوصي أحد الخصوم أو القيم عليه ، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بهذا الوصي أو القيم .
- ٤ / إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب ، أو لمن هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قياً عليه ، مصلحة في الدعوى القائمة .
- ٥ / إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى ، أو كتب فيها ، ولو كان ذلك قبل اشتغاله في القضاء ، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً ، أو كان قد أدى شهادة فيها أو باشر إجراء من إجراءات التحقيق فيها (م / ٩٠) من نظام المرافعات الشرعية السعودي .

واعتزال المحكم في حالة توافر إحدى الحالات السابقة يكون في أية مرحلة من المراحل التي وصلت إليها الدعوى التحكيمية.

الفرع الثالث: رد المحكم:

نص نظام التحكيم على أنه يطلب رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي ، ويرفع طلب الرد إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع خلال خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم ، أو من يوم ظهور أو حدوث سبب من أسباب الرد ، ويحكم في

طلب الرد بعد دعوة الخصوم والمحكم المطلوب رده إلى جلسة تعقد لهذا الغرض مادة (١٢) من نظام التحكيم». ويتضح من النظام أنه جعل أسباب رد المحكم هي أسباب رد القاضي، وهي: «مادة (٩٢) من نظام المرافعات الشرعية».

١/ إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها .

٢/ إذا حدث له أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المنظورة أمام القاضي، ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه .

٣/ إذا كان لمطلقة التي له منها ولد، أو لأحد أقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى، أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت أمام القاضي بقصد رده .

٤/ إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم، أو كان قد تلقى منه هدية قبل رفع الدعوى أو بعدها .

٥/ إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجع معها عدم استطاعته الحكم بدون تحيز، ولطرف النزاع حق تقديم الطلب في أي مرحلة من مراحل التحكيم شريطة أن يكون قبل صدور الحكم خلال المدة المحددة نظاماً، وقد حددت المادة الثانية عشر تلك المدة بخمسة أيام من تاريخ إبلاغ الخصم بتعيين المحكم أو من ظهور سبب الرد. ويترتب على رد المحكم إنهاء مهمته ومنعه من مواصلة التحكيم وبتلاني أي إجراء يتخذه بعد الرد، كما أن الإجراءات التي اتخذها قبل رده تعتبر كأن لم تكن، كما أنه يترتب على رده أيضاً امتداد الميعاد للحكم ثلاثين يوم، حيث نص النظام على أنه إذا عين محكم بدلاً عن المحكم المعزول أو المعتزل امتداد الميعاد المحدد للحكم ثلاثين يوم «مادة (١٤) من نظام التحكيم السعودي» .

والفرق بين عزل المحكم و رده: أن المحكم في حالة عزله يفقد صلاحية النظر في النزاع، فيكون حكمه باطلاً حتى ولو تم تمييزه، ولو اتفق الخصوم على صحته، أما لو توفرت حالة من حالات الرد ولم يطلب الخصوم أو أحدهم الرد مع علمهم بتوافر تلك الحالة فإن، حكمه يكون صحيح .

الفصل الثالث

اختصاصات المحكم ومسؤوليته

المبحث الأول

اختصاصات المحكم

المطلب الأول

اختصاصات المحكم في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: الاختصاص الموضوعي:

اختلف الفقهاء حول اختصاص المحكم الموضوعي وما يجوز له التحكيم فيه من عدمه على أقوال:

القول الأول: يجوز للمحكم التحكيم في كل شيء، بما في ذلك الحدود والقصاص، وهذا مذهب الحنابلة وقول للشافعية.

القول الثاني: يجوز التحكيم في كل شيء، إلا في الحدود والقصاص والتعازير، وهذا مذهب الحنفية، وقول أكثر الشافعية.

القول الثالث: التحكيم جائز في الأموال وما في حكمها، ولا يكون في الحدود، ولا اللعان والقصاص والطلاق والعتاق والنسب، وهذا مذهب المالكية، وقول للشافعية، والحنابلة.

* والذي يظهر - والله أعلم - أن المحكم يجوز له التحكيم في الأموال وما في معناها، وما هو من حق الخصمين بحيث يجوز لهم العفو والصلح، وهذا مما لا خلاف فيه بين الفقهاء في الجملة.

وعلى هذا فلا يجوز التحكيم في الحدود والتعزيرات، وما هو داخل في اختصاص القضاة بصفة مباشرة.

الفرع الثاني: الاختصاص الإجرائي:

ذكر أيضاً الفقهاء أن من اختصاص المحكم سماع الدعوى وطلب تحريرها، واستجواب الخصم عنها، وسماع البينة، وسماع الطعن فيها وإثباته، وتعديلها، والإصلاح بين الخصوم عند رضاهم، وليس له إجراء الصلح بين الخصوم من دون تفويضه من قبل الخصوم، ولو أجرى الصلح دون تفويض بطل الحكم.

كذلك ذكر بعض الفقهاء أن المحكم لا يختص بمجازاة من لا يلتزم بأداب الجلسة، لأن التعزير لصاحب الولاية العامة كالقاضي، لكن يقال أن التعزير لمن أساء في مجلس التحكيم درجات، فإن كان التعزير باللوم والتوبيخ ونحوه جاز للحكم، وليس له ما فوق ذلك، بل يرفعه للقاضي لأن من العقوبات ما هو يسير، والزجر عليها ينبغي أن يكون ناجزاً.

كذلك ذكر بعض الفقهاء أن المحكم لا يملك شيئاً من التنفيذ، وليس له الحبس في عقوبة.

المطلب الثاني

اختصاصات المحكم في النظام

الفرع الأول: البت في وجود اتفاق التحكيم وصحته:

عند لجوء الأطراف إلى التحكيم لعرض نزاعهم على محكم، فإن أول عمل يقوم به المحكم هو التأكد من وجود اتفاق التحكيم وصحته، وهذا العمل من صميم اختصاص المحكم.

الفرع الثاني: الاختصاص الموضوعي للمحكم:

أجاز النظام حل المنازعات التي تقع بين الأطراف عن طريق التحكيم، إلا أنه حدد نطاق التحكيم، فحظر عدة مسائل لا يجوز للمحكم النظر فيه وهي: المسائل التي لا يجوز فيها الصلح: وهي المسائل المتصلة بشخص الإنسان دون الحقوق المالية المترتبة على هذه المسائل، وقد جاء في المادة الثانية من النظام النص على أنه لا يقبل التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وهذا الضابط هو قول جمهور الفقهاء.

المسائل المتعلقة بالنظام العام:

لا يجوز للمحكم الفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل تعتبر من النظام العام، وقد جاء النص على ذلك في المادة الأولى من اللائحة التنفيذية، فنصت على أنه لا يجوز التحكيم في كل ما هو متعلق بالنظام العام.

الفرع الثالث: اختصاص المحكم في تحديد مكان التحكيم:

النظام لم يستوجب مكاناً محدداً تنظر فيه جلسات التحكيم، فقد يتم في مكتب المحكم أو المحكمين، كما أن النظام لم يلزم أن تتم الجلسات في مكان واحد، ويستطع الخصوم تحديد المكان التحكيم مسبقاً، وينص عليه في وثيقة التحكيم، لكن في حالة عدم الاتفاق على تحديد المكان من قبل الخصوم، فهنا يختص المحكم أو المحكمين بتحديد مكان التحكيم آخذين في الاعتبار ظروف القضية.

الفرع الرابع: اختصاص المحكم في تحديد مواعيد الجلسات:

يختص المحكم أو هيئة التحكيم بتحديد ميعاد أول جلسة بعد إخطار المحكم أو هيئة التحكيم بقرار اعتماد وثيقة التحكيم، ويجب تحديد هذا الموعد في مدة لا تتجاوز خمسة أيام من تاريخ إخطار المحكم أو هيئة التحكيم بقرار اعتماد وثيقة التحكيم «مادة (١٠) من اللائحة التنفيذية». ، والتبليغ يتم عن طريق كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع «مادة (٨) من نظام التحكيم، ومادة (٩) و (١١) من اللائحة التنفيذية»، ويتم

تحديد موعد كل جلسة تالية في الجلسة التي تسبقها ، وفي جميع الأحوال يجب أن يبلغ الخصوم بهذه المواعيد وفق ما هو محدد في اللائحة.

الفرع الخامس : اختصاص المحكم في اتخاذ الأحكام التحكيمية الإجرائية :

ويشمل هذا النوع الأحكام المستعجلة التي يصدرها المحكمون باتخاذ إجراء طارئ لا بد منه، فالمحكم قد يرى ضرورة القيام بتعيين حارس مثلاً على العين محل النزاع ، لحفظ حقوق الخصوم أو أحدهم فيقوم فوراً بإصدار حكم ينص على هذا التعيين، وقد أجاز نظام التحكيم السعودي ذلك «مادة (١٨) من نظام التحكيم» ، وجعل للمحكم أو هيئة التحكيم الاختصاص في إصدار أحكام جزئية وإصدار قرارات إعدادية أو مؤقتة، لكن يشترط لهذا النوع من الأحكام أن يكون الموضوع المراد إتخاذ الإجراء المستعجل بشأنه من المواضيع التي يسمح نظام التحكيم للمحكمين الفصل فيها .

أما إذا كانت تخرج عن ولايتهم ، ففي هذه الحالة يجب تطبيق المادة السابعة الثلاثين من اللائحة التنفيذية ، ويحال الموضوع إلى الجهة المختصة ويوقف الميعاد المحدد للحكم حتى يصدر حكم نهائي من تلك الجهة .

الفرع السادس : اختصاص المحكم فيما يتعلق بإجراءات الإثبات :

وسوف نعرض هذا الموضوع من خلال المسائل التالية :

المسألة الأولى : طلب الوثائق والمستندات والمحرمات والاطلاع عليها : على كل طرف تقديم ما لديه من مستندات تتعلق بالنزاع طواعية ، وإلا فإن للمحكم أو هيئة التحكيم إجباره على تقديمها ، وقد أجازت المادة الثامنة والعشرون من اللائحة التنفيذية لهيئة التحكيم أن تقوم من تلقاء نفسها بإلزام أحد الخصوم على تقديم أي محرر موجود تحت يده منتجاً في الدعوى ، كما أجازت لها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إلزام الخصم الآخر بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده .

المسألة الثانية : سماع شهادة الشهود : أجازت اللائحة التنفيذية للمحكم أو هيئة التحكيم سماع شهادة الشهود ، فقد أجازت اللائحة للخصم الذي يطلب إثبات مآلديه بشهادة الشهود أن يقوم بذلك ، بعد أن يبين الوقائع وإثباتها كتابة أو شفاهة ، ويصطحب الشهود في الجلسة المحددة لهذا الغرض «مادة (٣١) من اللائحة التنفيذية» ، وهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بطلب أحد الخصوم سماع شهادة شاهد ما ، فإن رفض كان لها أن تطلب من الجهة المختصة إجبار ذلك الشاهد على الإدلاء بشهادته ، ويجب أن تكون الشهادة حسب الأصول الشرعية ، كما نصت على ذلك المادة الحادية والثلاثين من اللائحة التنفيذية ، وكذلك يجب على هيئة التحكيم التقييد بما نص عليه

نظام المرافعات الشرعية عند سماع شهادة الشهود بخصوص تنظيم حضور الشهود. المسألة الثالثة: استجواب المحكّمين: جعلت المادة الثالثة والثلاثون من اللائحة استجواب المحكّمين من اختصاص هيئة التحكيم بناء على طلب أحد الخصوم أو بمبادرة منها، ولم يبين المنظم كيفية هذا الإستجواب لذلك ليس أمامها في هذه الحالة إلا الرجوع إلى القواعد العامة التي يطبقها القاضي عند استجوابه للخصوم، لأنها قواعد يجب اعتمادها لإعتبارها من النظام العام.

المسألة الرابعة: الانتقال للمعينة: نصت المادة الخامسة والثلاثون من اللائحة التنفيذية أن هيئة التحكيم أن تقوم من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم الانتقال لمعينة بعض الوقائع أو المسائل المنتجة في الدعوى، ومتى ما قررت هيئة التحكيم الانتقال للمعينة وجب عليها إصدار قرار بذلك، يحدد فيه موعد المعينة، ويبلغ به الخصوم، ويجب أن تتم المعينة بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم إذا كانوا أكثر من محكم. المسألة الخامسة: الاستعانة بالخبراء: يتم الإستعانة بالخبراء لاستجلاء العناصر الفنية أو التقنية، والتي لا تملك هيئة التحكيم المعرفة الكافية بها ولذلك أعطت مختلف أنظمة التحكيم للمحكم اختصاصاً في تعيين وندب الخبراء، «من تلك الأنظمة التي منحت المحكم هذا الاختصاص قانون الأونسيرال في المادة (٢٦) فنص على أن للمحكم أن يعين خبيراً أو أكثر لتقديم تقرير بشأن مسائل معينة يحددها المحكم». وتتميز الخبرة بأنها من طرق الإثبات المهمة، خاصة إذا توقف الفصل في النزاع على ما يقرره الخبير.

لقد منحت المادة الثالثة والثلاثون من اللائحة التنفيذية هيئة التحكيم حق الإستعانة بخبير أو أكثر، ويجب أن تحدد الهيئة في قرار الإستعانة بخبير مهمته، كما تحدد الطرف الذي يلتزم بأتعاب الخبير. وعلى الخبير أن يقدم تقريره، ويناقش في جلسة خاصة تعقد لهذا الغرض بحضور أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع، وفي جميع الأحوال يعد رأي الخبير رأياً استشارياً غير ملزم لهيئة التحكيم» مادة (٣٤) من نظام التحكيم.

المسألة السادسة: سلطة هيئة التحكيم بالنسبة لإجراءات الإثبات:

أعطت المادة الثلاثون من اللائحة هيئة التحكيم الاختصاص في أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات، لكن بشرط بيان أسباب العدول في محضر الجلسة، كما أن لها أن لا تأخذ بنتيجة الإجراء، فلها سلطة تقديرية كاملة بخصوص تقدير مدى حجية وقوة وسائل الإثبات، لكن يجب عليها بيان أسباب عدم أخذها بنتيجة إجراء الإثبات في الحكم الذي تصدره.

الفرع السابع : طلب المساعدة القضائية :

المحکم ليس له سلطة الإجبار التي للقضاء ، ورغم اختصاصاته إلا أنه لا غنى له عن مساعدة القضاء ، لتغطية القصور الذي يعانيه في عمله ، لذلك رخصت معظم التشريعات على أن يعطى المحکم اختصاص في طلب المساعدة القضائية .

والمساعدة القضائية قد تكون في بداية التحكيم ، أو أثناءه ، أو في نهايته ، ففي بدايته تتمثل المساعدة التي تقدمها الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع لهيئة التحكيم في تنفيذ اتفاق التحكيم ، أو في تعيين أعضاء هيئة التحكيم أو بعضهم ، وقد نص النظام صراحة على قيام الجهة المختصة بإعتد وثيقة التحكيم المقدمة من أطراف النزاع قبل التحكيم» مادة (٦) من نظام التحكيم» ، كما أنه أعطى الجهة المختصة حق التدخل في تعيين المحکم الذي يرأس الهيئة إذا فشل الأطراف في الوصول إلى اتفاق في هذا الشأن ، أو تعيين محکم الطرف الذي يتخلف عن القيام بتعيينه «مادة (١٠) من نظام التحكيم» . كما أن الجهة المختصة تقوم بتقديم المساعدة أثناء نظر القضية ، فهئة التحكيم قد تواجه بعض الصعوبات أثناء التحكيم لذلك تلجأ إلى الجهة المختصة لطلب المساعدة ، ولقد قضت المادة السابعة الثلاثون من اللائحة بأن على هيئة التحكيم أن تأمر بوقف إجراءات التحكيم وطلب مساعدة الجهة المختصة للفصل فيما يظهر من مسائل أولية تخرج عن ولاية هيئة التحكيم ، أو قيام أحد الأطراف بالطعن بتزوير مستند من المستندات المقدمة من الطرف الآخر .

وفي نهاية التحكيم تطلب هيئة التحكيم مساعدة الجهة المختصة ، وذلك بطلب إقرار حكم التحكيم ، وإصدار سند التنفيذ ، ولقد أوجب النظام على هيئة التحكيم أن تودع الحكم خلال خمسة أيام من تاريخ صدوره لدى الجهة المختصة ، كما قضى النظام بجواز الاعتراض على الحكم من قبل الأطراف أمام الجهة المختصة خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ إبلاغهم به ، وللجهة المختصة رفض الاعتراض وإصدار سند تنفيذ الحكم أو أن تقبل الاعتراض وتفصل فيه من جديد «مادة (١٨) من نظام التحكيم» .

إن جعل طلب المساعدة القضائية من اختصاص المحکم سائغ شرعاً ، لما في ذلك من حفظ للحقوق ، ودفع للضرر الذي قد يحدث لأحد أطراف النزاع .

الفرع الثامن : اختصاصات المحکم المتعلقة بالحكم :

قبل غلق باب المرافعة لإجراء المداولة وإصدار الحكم يقوم المحکم بالاستفسار من الأطراف عما إذا كان لديهم أدلة أخرى أو شهود آخرين ، كما أن للمحکم اختصاص إعادة فتح باب المرافعة ، وبعاد فتح باب المرافعة بقرار يدون فيه الأسباب والمبررات ،

ويبلغ المحكّمين بالميعاد المحدد للنظر في القضية «(مادة/ ٤٠)» من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم». ومع أن المحكم تنتهي مهمته بصدور الحكم، إلا أنه قد يتضح أن الحكم ينطوي على غموض أو أخطاء مادية، وبالتالي فالجهة التي أصدرته هي وحدها المختصة بتصحيح الحكم وتفسيره.

ويتولى المحكمون تصحيح الأخطاء، أما بناءً على طلب الخصوم أو أحدهم أو من تلقاء أنفسهم، وإذا تجاوز المحكم حقه الممنوح له في القيام بتصحيح الحكم، فإنه يجوز الطعن في قراره الصادر بالتصحيح وهذا ما قرره المادة الثانية الأربعون من اللائحة التنفيذية.

والتصحيح يتم على النسخة الأصلية لحكم التحكيم، ويوقعه أعضاء التحكيم، كما ذكرت ذلك المادة الثانية والأربعون من اللائحة التنفيذية.

هذا ولم يحدد النظام السعودي مدة معينة يجب أن يقدم خلالها طلب تصحيح الحكم، لذلك ذهب البعض إلى القول بوجوب تقديم طلب التصحيح قبل إيداع الحكم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع، لأن إيداع الحكم أمام الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ينهي صلاحية هيئة التحكيم وسلطاتها للفصل في النزاع، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بجواز تقديم طلب تصحيح الحكم خلال المدة المحددة للاعتراض على الحكم، كما أن المحكم مختص بتفسير الحكم، فقد يصدر المحكم حكمه وفي منطوقه ما يثير اللبس أو الغموض، وللتغلب على ذلك فإن كثيراً من قوانين التحكيم تمنح المحكم سلطة تفسير أي غموض يصاحب حكمه «كقواعد الأونسيرال في المادة (٣٣)، وقانون التحكيم المصري في المادة (٤٩)»، وقد قضت المادة الثالثة والأربعون من اللائحة التنفيذية بأن لأي من أطراف النزاع حق طلب تفسير ما وقع في منطوق الحكم من غموض أو إبهام من قبل هيئة التحكيم.

ولم يتضمن النظام السعودي أي نص يحدد مدة معينة يجب خلالها تقديم طلب التفسير، لذلك ذهب البعض للقول بوجوب تقديم طلب التفسير خلال المدة المحددة لصدور الحكم، وقبل إيداعه لدى الجهة المختصة، وإلا أصبح من صلاحيات الجهة المختصة بالفصل في النزاع أن تقوم بذلك، بينما يذهب آخرون للقول بوجوب تقديم طلب التفسير قبل انتهاء المدة المحددة للإعتراض على الحكم.

المبحث الثاني

مسؤولية المحكم
المطلب الأول

مسؤولية المحكم في الفقه:

الخطأ من صفات البشر ، فالمحكم ليس معصوماً عن الخطأ ، قال النبي - صلى الله عليه وسلم - (إنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار) أخرجه البخاري في صحيحه .

وخطأ الحاكم في الحكم إما أن يرجع لشخصه أو إلى غيره ، والخطأ غير المتعمد إما أن يكون عن تقصير منه وإما أن يكون عن اجتهاد صحيح ، والحاكم لا يسأل عن الخطأ المقرون بالاجتهاد والخالي من الجور بل يثاب على اجتهاده ، يقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر) أخرجه البخاري ومسلم ، ولكن الحاكم يسأل إذا كان خطأ غير المتعمد عن تقصير منه ، وذلك لعدم اجتهاده في البحث عن الحكم الصحيح ، أو قصر في اتباع الإجراءات القضائية الواجبة اتباعها قبل الفصل في النزاع .

أما إذا تعمد المحكم الحكم بالجور لأخذ رشوة أو نحوها ، أو تعمد ترك النظر في النزاع ولم يكن هناك أسباب داعية لذلك ، فللخصوم تحميله مسؤولية الإضرار بهم وفقاً للقاعدة الفقهية (لا ضرر ولا ضرار) .

المطلب الثاني

مسؤولية المحكم في النظام

الفرع الأول : مبررات تقرير مسؤولية المحكم:

أورد الشراح عدداً من المبررات لتقرير مسؤولية المحكم ، ويمكن إجمالها فيما يلي :

- ١/ أن دافع الأطراف للتحكيم هو ثقتهم بالمحكم وعدالة حكمه ، وفي حالة غياب مسؤوليته لا يكون هناك ما يضمن عدالة ونزاهة حكمه .
- ٢/ أن إبطال حكم التحكيم لا يكفل جبر الضرر الذي يلحق بالأطراف ، بل يعتبر ضرراً في حد ذاته .

٣/ أن الرد والإقالة لا يمكن الاحتجاج به كجزاء رادع للمحكم يحول دون إمكان محاسبته عن أخطائه التي أدت لرده أو إقالته ، فالرد مثلاً قد يلحق بالأطراف ضرراً أفدح مما يلحق بالمحكم ، كما أن الرد لا يكون إلا لخطأ يبرر هذا الرد ، وهو في حد ذاته يستوجب مسألة المحكم ، وإلا فلا معنى للرد دون مسألة .

الفرع الثاني : أساس مسؤولية المحكم :

بما أن التحكيم أصبح وظيفة اجتماعية ، فإن خطأ المحكم يعتبر تقصيراً بالتزام قانوني

يسبب للأطراف في دعوى التحكيم أو الغير ضرراً مادياً أو معنوياً يؤدي لقيام المسؤولية على عاتقه .

والتزام المحكم يعتبر التزام بعمل ملتزم فيه ببذل الغاية والجهد طبقاً لقواعد مهمة التحكيم ، ومتى ثبتت مسؤوليته عن خطأ ارتكبه فلا يجوز التستر عليه ، إذ إن التستر على مثل هذا يعتبر خطراً على التحكيم .

إننا لا نجد في نظام التحكيم السعودي أية قاعدة تتعلق بمسؤولية المحكم إلا أنه وفقاً للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية ، فإن المحكم يعد مسؤولاً عن أخطائه إذا نجم عنها ضرر .

وتحدد مسؤولية المحكم حسب نوعية الخطأ الذي ارتكبه ومدى الأضرار التي سببها .

ومن الحالات المثبتة لمسؤولية المحكم بسبب سلوكه الشخصي :

- ١/ عدم إفصاحه للأطراف عن الصلات والعلاقات التي لها تأثير على حيده .
- ٢/ إذا تجاوز اختصاصه المخول له بشكل ظاهر ، أو أغفل قاعدة أساسية من قواعد الإجراءات .

٣/ إذا أخل بمبدأ من مبادئ التقاضي .

٤/ إذا أهمل واقعة أو طلباً ، أو تصرف بسوء نية .

٥/ إذا امتنع امتناعاً غير مشروع عن إصدار الحكم ، أو انسحب من غير مبرر .

٦/ إذا ثبت أنه أخذ رشوة .

ومن الحالات التي تثبت مسؤولية المحكم بسبب خطأ ارتكبه في الحكم :

١/ إذا أصدر الحكم ولم يكن هناك اتفاق تحكيم ، أو كان الاتفاق باطلاً .

٢/ إذا أصدر الحكم مخالفاً للنظام العام .

الفرع الثالث : أثر ثبوت مسؤولية المحكم :

خطأ المحكم المثبت لمسؤوليته هو الخطأ الجسيم المقصود بسوء نية ، والذي ينتج عنه إحداث ضرر محقق ، سواء بأحد الأطراف أو جميعهم أو بالغير ، مع ضرورة توافر علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه والضرر الذي أصاب المضرور ، لأن علاقة السببية ركن من أركان المسؤولية ، وعلى ذلك يكون المحكم مسؤولاً ومسؤولية كاملة عن جبر الضرر . وبما أن المحكم لا يتمتع بالضمانات المقررة للقاضي ، فهو يعتبر كأى شخص عادي يمكن مساءلته ، وعند مساءلته يكفي اتخاذ الطرق العادية المقررة بالنسبة لمساءلة الأشخاص العاديين .

ومما يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير الخطأ الذي قام به المحكم شخصه وعلمه

وثقافته، فمسؤولية المحكم إن كان مستشاراً قانونياً تكون أكبر من مسؤولية المحكم إن كان طبيباً مثلاً فيما يتعلق بالحكم، وذلك لافتراض أن المحكم المستشار أعلم من المحكم الطبيب.

الفصل الرابع

حقوق المحكم وواجباته

المبحث الأول

حقوق المحكم

المطلب الأول

حقوق المحكم في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: حقه في الاعتذار عن التحكيم قبل بدئه:

ذكر بعض الفقهاء أن المحكم له حرية الاعتذار عن التحكيم قبل بدئه فيه، وذلك لأن المحكم مولى برضاه، ولأن التحكيم في أصله من العقود الجائزة، فعلى ذلك يجوز له الرجوع قبل البدء في التحكيم، جاء في درر الأحكام (التحكيم من العقود الغير اللازمة في حق الطرفين، كشركة المضاربة).

الفرع الثاني: حق في المحكم أخذ الأجرة على عمله، وله المصروفات التي أنفقها: لا شك أن المحكم لو قام بالتحكيم لله كان ذلك أفضل، لكن هل يجوز له أن يأخذ ما لا على التحكيم؟

كثير من الفقهاء لم يذكر هذه المسألة عند الكلام عن التحكيم، وإنما أشاروا إلى ذلك في مواطن أخرى كالحديث عن مسألة أخذ الأجرة على القضاء. وقد ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى جواز أخذ الأجرة على التحكيم. ولكن بشروط منها:

١/ ألا يكون للمحكم على التحكيم شيء من بيت المال .

٢/ أن يسلم المال قبل الشروع في التحكيم، ويودع لدى جهة محايدة حتى لا يكون هناك تهمة على المحكم في الحكم لمن يسلم له الأجرة.

وعلة جواز أخذ الأجرة على التحكيم ما يلي:

١/ أن القاضي يجوز له أخذ رزق من بيت المال يكفيه هو وأولاده لقاء تفرغه للقضاء، فإن لم يكن له رزق جاز له أخذ الأجرة من الخصمين على عمله عند بعض الفقهاء، فإذا جاز للقاضي أخذ الأجرة من الخصمين، فأولى أن يجوز للمحكم.

٢/ أن التولية في التحكيم للمحكم من قبل المتخاصمين، والتولية في القضاء من قبل السلطان، والسلطان يفرض للقاضي، فذلك الخصوم ينبغي أن يعطوا المحكم من أموالهم ما يقابل أتعبه لأنه كالأجير عندهم.

وقد أخذ النظام السعودي بذلك ، فجعل من حق المحكم أخذ الأتعاب والنفقات (مادة / ٢٢) من نظام التحكيم .

الفرع الثالث : حقه في التأديب معه :

من حقوق المحكم أن يعامل في الجلسة معاملة شبيهة بالقاضي من حيث احترام الجلسة التي يرأسها ، وأن يتأديب الخصوم أمامه فلا يسوغ مثلاً مقاطعته ، أو رفع الصوت عليه .

الفرع الرابع : حقه في الاستمرار في القضية :

من حق المحكم الإستمرار في النظر في القضية حتى نهايتها ، وعدم جواز عزله إلا باتفاق الخصوم ، وإن أجازه القاضي المأذون له بنصب نائب فلا يجوز عزله إلا بإذن القاضي .

الفرع الخامس : حقه في طلب التعويض إذا تضمن عزله ضرراً : للخصوم باتفاقهم عزل المحكم ، لكن إذا تضمن عزله ضرراً لم يجوز ولم ينفذ ، إلا على وجه يضمن به ذلك الضرر ، كما لو كان التحكيم على أجرة فله المطالبة بما يستحقه من الأجرة ، وهذا ما أخذ به نظام التحكيم السعودي ، فأعطى المحكم الحق في المطالبة بالتعويض فيما لو لم يكن العزل بسبب منه (مادة / ١١) من نظام التحكيم .

الفرع السادس : حقه في عدم مساءلته إذا لم يخطئ :

من حقوق المحكم أن لا تلحقه تبعه أو مسؤولية من قراره إذا اتبع الإجراءات المتفق عليها ووفى ما التزم به ، أما لو حكم بظلم متعمداً ، أو حكم بجهل وأخطأ فعليه الضمان ، جاء في الشرح الكبير (فإن حكماً جاهلاً أو كافراً لم ينفذ حكمه ، فإن حكم ولم يصب فعليه الضمان) .

الفرع السابع : حقه في تنفيذ حكمه :

إذا صدر حكم المحكم فإنه يلزم ، ويكون قاطعاً ، ويجب تنفيذه ، بشرط أن يكون التحكيم مستوفياً شروطه المقررة شرعاً وأن لا يكون الحكم مستوجباً للنقض .

وينفذ حكمه ولو لم يرض الخصوم به ، وذلك لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمضى حكم سعد بن معاذ على اليهود ولم يسألهم عن رضاهم بحكمه ، ولأن توقف الإلزام بحكم المحكم على رضا الخصوم إضاعة للجهد المبذول في التحكيم ، وإطالة للنزاع عند عدم الرضا به مما ينافي المقصود من التحكيم .

وهذا ما أخذ به نظام التحكيم السعودي فجعل حكم المحكم واجب التنفيذ عندما يصبح نهائياً بتصديقه من الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، إذا لم يوجد ثمة مانع

شريعاً انظر (مادة / ٢٠) من نظام التحكيم .

المطلب الثاني

حقوق المحكم في النظام

الفرع الأول : حق المحكم في قبول مهمة التحكيم أو رفضها:

عند توجه أطراف الخصومة إلى محكم ليحكموه ، فإنه يجب عليه أن يصدر موافقته « (مادة / ٥) من نظام التحكيم السعودي ، وقد نصت على أن وثيقة التحكيم لا بد أن تشمل على أسماء المحكمين وقبولهم نظر النزاع» ، ومتى ما قبل المهمة فإنه يصدر موافقته بشكل صريح وكتابي ، وتضمن وثيقة التحكيم :

وإذا كان نظام التحكيم السعودي لم ينص صراحة على حق المحكم في عدم قبول مهمة التحكيم ، إلا أنه يفهم منه أن المحكم كما أن له الموافقة ، فإن له في المقابل عدم قبول مهمة التحكيم ، لأن التحكيم قائم أصلاً على إرادة الأطراف والمحكم المنفردة . وكما أنه لا يجبر أحد الأطراف على قبول محكم ، فإنه أيضاً لا يجبر محكم على قبول التحكيم فيما لا يرغب الفصل فيه .

الفرع الثاني : حق المحكم في احترامه وتنفيذ حكمه:

إذا قبل المحكم مهمة التحكيم فإنه يترتب عليه التزامات وواجبات ، كالمساواة بين الأطراف ، وعدم التجني على أحدهم ، وفي المقابل يكون من حق المحكم على الأطراف أيضاً احترامه ، وعدم الإساءة إليه لأنه يمارس شكلاً من أشكال العدالة . وبالنظر لأنظمة التحكيم نجد أنها لم تنص على هذا الحق ، وهذا ما يثير الاستغراب ، فالمحكم ليس أقل شأنًا من أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامي ، فكان من الواجب النص على ذلك في أنظمة التحكيم .

كما يجب امتداد احترام المحكم ليشمل احترام حكمه وتنفيذه طالما أنه صدر صحيحاً ، ولا يوجد ما يمنع من تنفيذه شرعاً «(مادة / ٢٠) من نظام التحكيم السعودي» ، وإذا صدر الأمر بتنفيذه من الجهة المختصة أصلاً بالنظر في النزاع فإنه يعتبر في قوة الحكم الصادر من الجهة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ «(مادة / ٢١) من نظام التحكيم السعودي» ، أي أنه يجوز قوة الشيء المقضي فيه ، فلا يجوز إعادة عرضه ، أو إقامة دعوى به أمام أية جهة أخرى ، وهذا أمر ظاهر شرعاً ، لأن موافقة القاضي لحكم المحكم إجازة له .

الفرع الثالث : حق المحكم في الاستقالة ، وعدم عزله أو رده دون مبرر :

المسألة الأولى : حقه في الاستقالة : المحكم يلتزم بالسير في مهمة التحكيم حتى نهايتها ، ولا يحق له من حيث المبدأ الاستقالة بعد صدور موافقته ، إلا أنه قد تكون هناك

ظروف حدت بالمحكم إلى تقديم الاستقالة فيصبح المحكم غير قادر على الاستمرار في نظر النزاع، كأن يطلب أحد الأطراف عزله دون مبرر، فإن هذا سيؤثر على سمعته مما يضطره إلى عدم الاستمرار في التحكيم.

المسألة الثانية: حقه في عدم عزله، أو رده دون مبرر :

الأطراف لهم الحق في عزل المحكم أو رده متى ما توافرت الأسباب المؤدية لذلك، إلا أنه قد يطلب رده أو عزله بدون أسباب جدية أو صحيحة، وهذا يسيء للمحكم في سمعته، ويؤثر على عمله، ولضمان عدم حدوث مثل ذلك نص نظام التحكيم السعودي في المادة الحادية عشر على (أنه يجوز للمحكم المطالبة بالتعويض إذا كان قد شرع في مهمته قبل عزله، ولم يكن العزل بسبب منه، كما أنه لا يجوز رده إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد إيداع وثيقة التحكيم).

وحق المحكم في عدم رده دون مبرر أمر لا ملحظ عليه شرعا، لأن التهمة لا تمنع المحكم من الحكم إذا رضيه الأطراف

الفرع الرابع : حق المحكم في الحصول على أتعابه ومصاريفه :

إن فكرة حصول الشخص على مقابل نظير قيامه بالتحكيم لم تكن معروفة قبل نهاية القرن التاسع عشر الميلادي، لأن المحكم كان يجد حرجا في طلب أتعابه، لأن أطراف النزاع غالبا ما يختارون صديقا لهم ليقوم بالتحكيم، إلا أنه منذ بداية القرن العشرين الميلادي تغيرت هذه الفكرة، وأصبحت القاعدة هي حصول المحكم على أتعابه نظير ما يقوم به من جهد، إلا إذا كان تنازل عنها بدون مقابل.

وأتعاب المحكم هي المبالغ التي يحصل عليها كأجرته مقابل العناء والجهد الذي بذله أثناء نظر النزاع.

ومصاريف المحكم تشمل نفقات السفر - إذا تطلب الأمر ذلك - ونفقات الإقامة، ومصروفات الخبراء والمسجلين، والفنيين، ممن تمت الإستعانة بهم، ويكون التقدير على أساس مدة التحكيم مع الإعتداد بالعرف الجاري، إذا كان هناك ثمة عرف في هذا الصدد.

وتحدد أتعاب المحكم ومصاريفه عادة بالاتفاق بين أطراف النزاع والمحكم ذاته، أو تقوم الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع بتحديد ذلك إذا فشل الأطراف والمحكم في الوصول إلى اتفاق بشأنها.

وهناك ثلاث طرق يتم بواسطة أي منها تحديد أتعاب المحكم وهي :

الطريقة الأولى : يتم تحديد أتعاب المحكم بتحديد نسبة معينة من المبلغ الإجمالي

للنزاع مع الأخذ في الاعتبار طبيعة ذلك النزاع .
 الطريقة الثانية : تحديد مبلغ يومي يدفع للمحكم مقابل العمل الذي يقوم به ،
 وهذه الطريقة تعتمد على قيام المحكم بتسجيل عدد الساعات التي استغرقتها في دراسة
 المذكرات والمستندات، وعلى ثقة أطراف النزاع في المحكم .

الطريقة الثالثة : تحديد مبلغ معين يدفع للمحكم يتفق عليه بين أطراف النزاع
 والمحكم وفقاً لطبيعة النزاع، والوقت الذي يحتاجه للفصل فيه .

إلا أنه يؤخذ على هذه الطريقة أنه لا يمكن التنبؤ بالتطورات التي تحصل ، وما إذا
 كانت مهمة المحكم يمكن إنجازها في وقت قصير، أو تستغرق فترة زمنية طويلة .

ووفقاً لنظام التحكيم السعودي فإن تحديد أتعاب المحكم يتم باتفاق الخصوم
 والمحكم ، وإذا لم يوجد اتفاق ووقع نزاع بشأنها، ففي هذه الحالة تكون الجهة المختصة
 بالفصل في النزاع مسؤولة عن تحديد أتعاب المحكم» (مادة / ٢٢) من نظام التحكيم
 السعودي»، ولها الحق في الاستعانة بأهل الخبرة في تحديد الأتعاب عند الحاجة لذلك،
 ويكون الحكم الصادر بهذا الشأن نهائياً لا يقبل الاعتراض أو الطعن «(مادة / ٢٣) من
 نظام التحكيم السعودي».

هذا وقد يتم الاتفاق بين الخصوم على أن يتناصفوا الأتعاب، أو يتحملها أحدهم
 بنسبة أكبر من الآخر، وقد لا يتم أي اتفاق بين الخصوم، ففي هذه الحالة يدفع كل
 منهم أتعاب المحكم الذي اختاره، ويدفعون مناصفة، أو حسب اتفاقهم، أو بناءً على ما
 تقرره الجهة المختصة أتعاب المحكم المرجح، ونفس الشيء فيما لو كان المحكم شخصاً
 واحداً.

ويجب النص في وثيقة التحكيم على مقدار الأتعاب وكيفية دفعها، وإذا تم تحديدها
 وبذل المحكم جهداً كبيراً لم يكن متوقعاً ، فله الحق في طلب زيادتها، هذا وإذا تم حسم
 النزاع عن طريق الصلح فيكون من حق الخصوم أن يخفصوا الأتعاب ، وليس للمحكم
 إلا مقدار ما بذله إذا كان هناك اتفاق، أما إذا لم يكن هناك اتفاق فليجأ الخصوم للجهة
 المختصة لطلب التخفيض من الأتعاب .

ويتم دفع الأتعاب كاملة مقدماً للمحكم ، وهذا الغالب والأفضل، وذلك منعاً للماطلة
 الخصم الذي قد يرى أن الدعوى التحكيمية لا تسير في صالحه، أو الذي يحكم عليه ، كما
 أنه قد يتم دفع جزء من الأتعاب ، وفي هذه الحالة يجب إيداع الجزء المتبقي منها خلال
 خمسة أيام من تاريخ صدور القرار باعتماد وثيقة التحكيم ، والإيداع يكون في صندوق
 الجهة المختصة بتنفيذ الحكم» (مادة / ٢٢) من نظام التحكيم السعودي» .

وبالإضافة للأتعاب التي يستحقها المحكم لقاء الجهد الذي بذله ، يستحق أيضا المصاريف التي أنفقها في سبيل قيامه بعمله ، كمصاريف السفر ، والإقامة في البلد الذي سافر إليه ، فمثل هذه المصروفات يجب الاتفاق عليها بين المحكم والخصوم ، فإما أن يقوموا بدفعها وتأخذ نفس حكم الأتعاب ، أو يقوموا بتأمين جميع ما يحتاج إليه المحكم لإنجاز مهمته .

ويستحق المحكم الأتعاب والمصاريف لقاء قيامه بالمهمة الموكلة إليه وإنهائها بصدور حكم في النزاع ، وذلك بغض النظر عما قد يتخذه الخصوم بعد ذلك من الطعن في الحكم .

المبحث الثاني

واجبات المحكم

المطلب الأول

واجبات المحكم في الفقه

اختصاصات المحكم ليست مطلقة، بل هناك قيود وواجبات شرعية يجب عليه مراعاتها والإلتزام بها أثناء نظره في النزاع حتى لا يكون عمله مشوباً بالبطلان ، ومن أهم هذه الواجبات :

- ١/ المساواة بين الخصوم في مجلس الحكم ، فيعدل بينهما في لحظه ، وإشارته ، ومقعده ، ومجلسه ، ولا يرفع صوته على أحدهم ، ولا يفضل أحدهم على الآخر .
- ٢/ الاستماع إلى أقوال وحجج ودفوع كل واحد من الأطراف ، واستفصال ما لديهم ، وألا ينشغل عنهم بأي أمر آخر ، وإذا ورد ما يشغله أوقف الاستماع .
- ٣/ الاطلاع على كافة وسائل الإثبات ، وألا يحكم إلا بما ثبت لديه .
- ٤/ يجب على المحكم حفظ هيئته ووقاره ، فلا يمزح أو يضحك في مجلس التحكيم .
- ٥/ يجب على المحكم أن يتولى التحكيم بنفسه ، ولا يجوز له أن ينيب غيره إلا إذا كان مأذون له بالاستخلاف ، فيجوز له استخلاف غيره في نظر النزاع .
- ٦/ إذا رأى الأطراف حل النزاع بينهم صلحاً ، وجب على المحكم إجراء الصلح .
- ٧/ يجب على المحكم ألا يتجاوز بحكمه إلى غير الأطراف ، ولا إلى مسألة غير المسائل التي طلب منه التحكيم فيها .
- ٨/ عدم التعرض للقضايا التي لا يجوز حلها بالتحكيم .
- ٩/ يجب على المحكم الإلتزام بميعاد الحكم ، تأسيساً على أنه التزم في وثيقة التحكيم على إصدار الحكم في الميعاد المحدد ، والوثيقة في الحقيقة عقد .

١٠ / يجب على المحكم أن يشهد على الأطراف بالرضا بحكمه قبل أن يحكم بينها.
 ١١ / تعليل القرار التحكيمي، فأوجب الفقه الإسلامي هذه القاعدة قياساً على تعليل الأحكام القضائية، وهذا التعليل ضروري لفرض الرقابة على القرار التحكيمي، ومعرفة ما إذا يتضمن خلافاً أو ظلاً.

المطلب الثاني

واجبات المحكم في النظام

أولاً: عند ما يتوجه الأطراف إلى محكم ليحكموه، فأول ما يجب عليه قبل موافقته أن يراجع نفسه، ويتفحص ظروفه المحيطة به، فينظر لوقته، وأعماله، وينظر هل له القدرة على حل النزاع على الوجه المطلوب دون إخلال بالتزاماته وواجباته.

ثانياً: يجب على المحكم أن يتحقق من نطاق عمله قبل البدء في الفصل في النزاع، فعليه التأكد من موضوع النزاع الذي سيفصل فيه، وأنه هو المبين في وثيقة التحكيم، وأنه لا يتعلق بالمسائل التي لا يجوز حلها بالتحكيم، ولا يتعلق بالنظام العام، فقد نص نظام التحكيم على أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، وكل ما هو متعلق بالنظام العام» (مادة / ٢) من نظام التحكيم السعودي، و(مادة / ١) من اللائحة التنفيذية للنظام».

كما أنه يجب عليه التأكد من صفة أطراف النزاع، ومن توافر أهليتهم، فإذا ما تبين له أن أحدهم ناقص الأهلية أو عديمها وجب عليه الإمتناع عن النظر في النزاع، وإصدار حكمه حين تصحيح الوضع بتعيين ولي أو قيم، فقد نص النظام على أنه لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا لمن له أهلية التصرف الكاملة» (مادة / ٢) من النظام، و(مادة / ٢) من اللائحة التنفيذية للنظام».

ثالثاً: يجب على المحكم أن يصدر موافقته للأطراف على قبوله مهمة التحكيم» (مادة / ٥) من نظام التحكيم السعودي»، فمجرد تسميته من المحتكمين لا يعتبر مختاراً، وإنما يعتبر مرشحاً، ولا يصبح مختاراً إلا إذا أصدر موافقته.

رابعاً: الالتزام بالحياد وعدم الانحياز، والمساواة بين الأطراف، وهذا التزام يشمل كل ما من شأنه تحقيق العدالة للخصوم بحيث لا يميل لأحد الأطراف دون الآخر. (يؤكد هذا مضمون المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية)

خامساً: احترام مبدأ المواجهة: وهذا المبدأ من أهم المبادئ التي يجب على المحكم أن يحرص عليها عند نظره النزاع. (يؤكد هذا مضمون المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية).

سادساً: احترام حقوق الأطراف في الدفاع التي منحها النظام لأطراف الخصومة.

سابعاً : عندما يتم تعيين المحكم أو المحكمين فإنه يجب عليهم أن يبدأوا عملهم وهو الفصل في النزاع وفقاً للقواعد والإجراءات التي يحددها نظام التحكيم.

ثامناً : تحديد ميعاد الجلسة: بعد إخطار هيئة التحكيم بقرار اعتماد وثيقة التحكيم، تجتمع هيئة التحكيم وتحدد ميعاد أول جلسة من جلسات الفصل في النزاع، وتبلغ الخصوم به، ويجب تحديد هذا الموعد في مدة لا تتجاوز خمسة أيام من تاريخ إبلاغ هيئة التحكيم بقرار اعتماد وثيقة التحكيم، وهذا ما أكدته المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم.

تاسعاً: التقيد بالمدة المحددة لإصدار الحكم، فيجب على المحكم التقيد بالمهل المحددة لإنجاز التحكيم، وإصدار الحكم قبل نهاية المدة، وهذا ما نصت عليه المادة التاسعة من النظام.

عاشراً: الالتزام بعلنية الجلسات: بناءً على ما نصت عليه المادة العشرون من اللائحة التنفيذية فإن الأصل في الجلسات العلنية، إلا إذا رأت هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم أن تكون سرية، والهدف من العلنية هو إعطاء نوع من الإطمئنان للخصوم ولغيرهم.

الحادي عشر: الالتزام باللغة العربية: وقد شدد المنظم على هذا المبدأ فنص في المادة الخامسة والعشرين من اللائحة التنفيذية أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية وهذا مبدأ أساسي في أنظمة المملكة العربية السعودية، كما نص عليه في النظام الأساسي للحكم «(مادة / ١) من النظام الأساسي للحكم».

الثاني عشر: واجبات تتعلق بسلوكيات المحكم أثناء أدائه لمهمته، وهي كما يلي:

- أ / لا يجوز له الاتصال بأطراف النزاع سعيًا لتعيينه أو اختياره.
- ب / يجب على من يرشح ليكون محكم أن يصرح لمن يتصل به في أمر هذا الترشيح بكل الظروف التي من شأنها إثارة شكوك حول حيادته.
- ج / يجب على المحكم تجنب إجراء اتصالات من جانب واحد مع أحد الأطراف بشأن موضوع يتعلق بالتحكيم، وفي حالة حدوث ذلك فإنه يتعين عليه التصريح لباقي الأطراف والمحكمين بما تم.
- د / لا يجوز له قبول هدايا من أي من أطراف التحكيم.

هـ / يجب على المحكم الالتزام بسرية المعلومات التي اطلع عليها أثناء نظر النزاع.

الثالث عشر: يجب على المحكم قبل إنهاء المرافعة لإصدار الحكم أن يستفسر أولاً من الأطراف عما إذا كان لديهم أدلة أخرى لتقديمها، أو شهود آخرين، فإن لم يكن لديهم ما

يقدمونه فيغلق المرافعة ، وفتح باب المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم واحد ، وتصدر الحكم بالأغلبية إذا لم يتم الاتفاق . « (مادة / ٢) من نظام التحكيم السعودي » .

الرابع عشر : نصت المادة السابعة والثلاثون من اللائحة التنفيذية على أنه يجب على المحكم أو هيئة التحكيم إجراءات وقف إجراءات الدعوى عند ظهور مسألة تخرج عن ولاية المحكم أو هيئة التحكيم حين صدور حكم نهائي من الجهة المختصة بالفصل في تلك المسألة العارضة .

الخامس عشر : كتابة الحكم وتسييبه : يجب أن يصدر الحكم مكتوباً وموقع من المحكم أو المحكمين ، وإذا رفض أحدهم التوقيع فيبين ذلك في وثيقة التحكيم . وكذلك يجب أن يصدر الحكم مسبياً ، لأن التسييب أمراً ضرورياً لتحقيق العدالة . ورغم الجدل الذي ثار حول تسييب الأحكام إلا أن ما استقر عليه العمل في معظم الأنظمة هو التأكيد على أن التسييب أمر ضروري ، وهذا ما أكدته نظام التحكيم السعودي « (مادة / ٥) من نظام التحكيم » .

السادس عشر : يجب على المحكم أن يكون حكمه متمشياً مع أحكام الشريعة ، وكذلك يجب عليه إبطال جميع المطالبات الربوية .

السابع عشر : بيانات الحكم : أوجب نظام التحكيم السعودي على المحكم أو المحكمين عند إصدار الحكم أن يحتوي الحكم على بيانات معينة ، فقد نص النظام في عدة مواد « (م / ١٧) من النظام ، و (م / ٤١) من اللائحة التنفيذية للنظام » على أنه يجب أن تشتمل وثيقة الحكم على أمور وهي :

- ١ / وثيقة التحكيم .
- ٢ / ملخص أقوال الخصوم .
- ٣ / ملخص عن المستندات التي قدمها الخصوم .
- ٤ / أسماء المحكمتين وصفاتهم وموطن كل واحد منهم .
- ٥ / حضور الخصوم .
- ٦ / عرض مجمل لوقائع الدعوى .
- ٧ / عرض لطلبات الخصوم ، وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم .
- ٨ / أسباب الحكم .
- ٩ / منطوق الحكم .
- ١٠ / تاريخ صدور الحكم .

١١/ توقيعات المحكمين والكتاب على نسخة الحكم الأصلية .

١٢/ إثبات واقعة امتناع أحد المحكمين عن توقيع الحكم .

وإضافة لما سبق فلا بد أن يكون الحكم مكتوباً في ورقة باللغة العربية، ولو صدر بغير العربية في المملكة العربية السعودية يعتبر حكم باطلاً، حتى لو تم وفقاً للإجراءات المحددة نظاماً أو تمت ترجمته .

الثامن عشر: النطق بالحكم :

أوجب النظام على المحكم أو المحكمين النطق بالحكم» (مادة/ ٤١) من اللائحة التنفيذية»، ويتم في الجلسة المحددة لهذا الغرض ، وبحضور المحكمين ، أو من ينوب عنهم، والمنظم السعودي خالف هنا الاتجاه الذي لا يلزم بضرورة النطق في الحكم ، وإنما يكفي بكتابته وتوقيعه ، وإبلاغ الخصوم ، دون تحديد جلسة لهذا الغرض .

التاسع عشر: إيداع حكم التحكيم :

ألزم المنظم المحكمين إيداع الحكم لدى الجهة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع ، وقد قررت المادة الثامنة عشر من النظام ذلك ، حيث أوجبت على المحكمين أن يقوموا بإيداع الحكم الصادر لدى الجهة المختصة بالفصل بالنزاع خلال خمسة أيام من تاريخ صدور الحكم ، ومما تجدر الإشارة إليه أن أحكام المادة الثامنة عشر المتعلقة بالإيداع لا تسري إلا على الأحكام التي صدرت في المملكة ، أما الأحكام الصادرة من خارج المملكة ، والتي تنفذ في المملكة فلا يلزم إيداعها لدى الجهة المختصة ، لأنها تودع في البلد الذي أصدرت فيه ، وطبقاً لقوانينه .

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .



0 5 3 8 9 9 9 8 8 7



0 5 3 8 9 9 9 8 8 6

qdha.ksa@gmail.com



@ Q d h a



facebook.com/qdha.ksa

