



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم



جامعة 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 ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد الثاني عشر
ويحتوي على (٤) ملخصات
ربيع الثاني ١٤٣٧ هـ



المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الجمعية العلمية القضائية السعودية



سلسلة

ملخصات الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد الثاني عشر

ويحتوي على (٤) ملخصات

ربيع الأول ١٤٣٧ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



ملخصات الأبحاث القضائية
(العدد الثاني عشر)

محتويات العدد

يضم هذا العدد من السلسلة عدد (E) من ملخصات الأبحاث وهي:

● التدابير الاحترازية ١٧

- إعداد: محمد بن عبد الرحمن المهنا
- إشراف: د. محمد الحسيني المصليحي
- العام الجامعي: ١٤٢٣ - ١٤٢٤هـ

● تنفيذ الأحكام الإدارية ٧٥

- إعداد: وليد بن محمد الصمعاني
- إشراف: د. رضا متولي وهدان
- العام الجامعي: ١٤٢٤ / ١٤٢٥هـ

● ضوابط الحكم بالعرف المصرفي ١٨٩

- إعداد: عبد المجيد بن محمد الصالح
- إشراف: د. سليمان التركي
- العام الجامعي: ١٤٣٠هـ

● فهم النصوص ٢١٣

- إعداد: راشد بن شهيل القعود
- إشراف: د. حمزة بن بستان حمزة
- العام الجامعي: ١٤٢٤ - ١٤٢٥هـ

كلمة رئيس مجلس الإدارة

الحمد لله و صلاة و سلاما على رسول الله أما بعد:

فإن من أهم أهداف الجمعية نشر العلوم القضائية، وتقديم الدراسات التي تجلي تميز القضاء الشرعي، ومن وسائل ذلك الأبحاث الأكاديمية المتخصصة المنتقاة من مكتبة المعهد العالي للقضاء والتي يسر الله إصدار اثني عشر جزءا منها انتظمت (٧٦) بحثا ملخصا بأسلوب ميسر وذلك لتسهيل الإفادة منها لسائر المهتمين بالشأن القضائي، وقد تابعت هذه الأجزاء لما وجدناه من اهتمام كبير وتواصل مشجع من القراء، وهاهو (الجزء الثاني عشر) مشتمل على أبحاث جديدة تتناول جوانب قضائية متنوعة مفيدة لكل مهتم،

شاكرين كل من بذل جهده فيه، وعلى رأسهم عضو الجمعية الدكتور عبدالعزيز الغسلان عميد كلية الشريعة بجامعة حائل؛ المشرف على هذا المشروع العلمي المبارك، شكر الله له ونفع به وبجهود العاملين معه، ووفق الجميع لما يحب ويرضى.

رئيس مجلس الإدارة

د. عبدالله بن منصور الغفيلي

كلمة رئيس لجنة ملخصات
الأبحاث القضائية

الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فهذا هو العدد الثاني عشر من سلسلة ملخصات الأبحاث القضائية ، والتي حرصنا فيها على تسهيل الانتفاع بالبحوث التكميلية ورسائل الدكتوراه لقسمي (السياسة الشرعية ، والفقہ المقارن) في مكتبة المعهد العالي للقضاء ، وذلك بتلخيصها تسهيلاً للانتفاع بها وإيصالها إلى المستفيدين بأكبر قدر ممكن.

وقد أخذت اللجنة في التلخيص منها حرصت فيه أن يقدم زبدة البحث بما يفيد المختص و الباحث والقارئ.

وقد وصل عدد البحوث الملخصة في الأعداد السابقة (٧٦) بحثاً ملخصاً.

أسأل الله تعالى بمنه وكرمه أن يبارك لنا في هذا المشروع ويعيننا على إنجازه بجميع مراحلها على أكمل حال وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم ، وأن يحقق فيه الأجر والنفع للجميع.

كما أسأله سبحانه أن يجزي بالخير الوفير القائمين على هذا العمل ، ومن بادروا بطباعة هذه السلسلة وإخراجها ونشرها. آمين آمين آمين.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه /

رئيس لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
د. عبدالعزيز بن سليمان بن علي الغسلان

قائمة بأسماء البحوث الملخصة في الأعداد السابقة

| م | الملخص | العدد | الباحث | المشرف | العام الجامعي |
|----|---|-------|----------------------------|----------------------------|-----------------|
| ١ | المحكمة العليا في نظام القضاء | الأول | عثمان بن صالح السبيعي | د. رضا متولي وهدان | ١٤٢٩هـ - ١٤٣٠هـ |
| ٢ | الاختصاص المكاني في رفع الدعوى | الأول | بندر بن عبد العزيز العرفج | د. ناصر بن محمد الجوفان | ١٤٢٥هـ - ١٤٢٦هـ |
| ٣ | حصانة القاضي | الأول | سلمان بن فوزان الفوزان | د. محمود حجازي | ١٤٢٩هـ |
| ٤ | الصلح القضائي وتطبيقاته في المحاكم السعودية | الأول | عبد الله بن سعد القحطاني | د. يوسف بن عبد الله الشيلي | ١٤٢٧هـ - ١٤٢٨هـ |
| ٥ | السوابق القضائية | الأول | شيخين بن محمد العبدلي | د. خالد الوديناني | ١٤٢٦هـ - ١٤٢٧هـ |
| ٦ | إجراءات الإثبات بالشهادة في نظام الإجراءات الجزائية | الأول | منصور بن محمد الهنيدي | د. فيصل الرميان | ١٤٢٤هـ - ١٤٢٥هـ |
| ٧ | الظعن بالإنكار في المحررات في نظام المرافعات | الأول | صالح بن عبد الله الحسين | د. عارف العلي | ١٤٢٩هـ - ١٤٣٠هـ |
| ٨ | أحكام غير المكلفين في نظام المرافعات الشرعية | الأول | عبد الله بن حمود الغفيص | د. ناصر بن محمد الجوفان | ١٤٢٩هـ - ١٤٣٠هـ |
| ٩ | أحكام تشريح جثة الأدمي وتطبيقاته القضائية | الأول | نايف بن سعد الشنيقي | د. خالد العجلان | ١٤٢٥هـ - ١٤٢٦هـ |
| ١٠ | ولاية كاتب العدل في توثيق العقود | الأول | فيصل بن عبد الرحمن العصفور | د. عبد الكريم الصايغ | ١٤٢٨هـ |
| ١١ | المنع من السفر | الأول | إسحاق بن إبراهيم الحصين | د. فيصل الرميان | ١٤٢٨هـ - ١٤٢٩هـ |
| ١٢ | الحبس التعويضي | الأول | عبد السلام بن سليمان الصنع | د. يوسف الخضير | ١٤٢٥هـ - ١٤٢٦هـ |
| ١٣ | جرمة تعاطي المخدرات وعقوبتها | الأول | لؤي بن عبد الله الخليوي | د. سعود بن محمد البشر | ١٤٢٧هـ - ١٤٢٨هـ |
| ١٤ | إشراف الجهة القضائية على تنفيذ | الأول | إبراهيم بن يحيى | أ.د. عبد الله | -- |

| | | | | | |
|----|---------------------------------------|---|--------|---|----|
| | بن إبراهيم الطريقي | الجهيمي | | العقوبات القضائية | |
| -- | د. ناصر الجوفان | إبراهيم بن صالح الأطرم | الأول | المحكم في نظام التحكيم السعودي | ١٥ |
| -- | د. ناصر الجوفان | محمد بن علي الدوسري | الثاني | الإدخال والتدخل في نظام المرافعات الشرعية | ١٦ |
| -- | أ.د. عبدالله بن إبراهيم الطريقي | محمد بن رزق الله بن محمد السلمي | الثاني | أحكام جريمة المعاكسة في النظام السعودي | ١٧ |
| -- | د. عارف بن صالح العلي | ضاحي بن علي بن سعود العثمان | الثاني | تعدد درجات التقاضي | ١٨ |
| -- | د. حمزة بوستان حمزة | عبدالرحمن بن عبدالإله الدوسري | الثاني | الخبر ندبه ومسؤولياته وحقوقه في نظام المرافعات الشرعية | ١٩ |
| -- | د. ناصر بن محمد الجوفان | عبدالرحيم بن إبراهيم المخيدف | الثاني | دعوى الإعسار في الفقه والنظام السعودي | ٢٠ |
| -- | د. سعود بن محمد البشر | حسن بن هندي بن محمد الهندي العماري | الثاني | حسن النية وأثره في العقوبة التعزيرية | ٢١ |
| -- | د. رضامتولي وهدان | حسن بن رجب بن حسن الزهراني | الثاني | إثبات جرائم تقنية المعلومات | ٢٢ |
| -- | د. عبدالرحمن السند | عبدالله بن صالح اللحيدان | الثاني | الإثبات الرقمي | ٢٣ |
| -- | د. رضامتولي وهدان | فارس بن لاحق بن مزيد السلمي | الثاني | أحكام التظهير التأميني | ٢٤ |
| -- | د. رضامتولي وهدان | عبدالرحمن بن محيسن بن عبدالرحمن المحيسن | الثاني | أحكام رأس مال الشركة المساهمة | ٢٥ |
| -- | د. يوسف الخصي | مهدي بن عماش سليمان الشمري | الثاني | الجريمة الصحفية وعقوبتها | ٢٦ |
| -- | د. فيصل بن | عبدالرحمن بن حمد | الثاني | مواعيد إجراءات الإثبات في | ٢٧ |

| | | | | | |
|----|--|--|--------|--|-----------------|
| | زميان الرميان | بن إبراهيم الجنيدل | | نظام المرافعات الشرعية | |
| ٢٨ | أ. د. مدني عبد الرحمن تاج الدين | مشعل بن زايد بن مفوز الشمري | الثالث | تحريك القضاء للدعوى الجنائية في الفقه والنظام | ١٤٣١- ١٤٣٢هـ |
| ٢٩ | أ. د. خالد بن زيد الوذينياني | زياد بن عبدالمحسن بن محمد العجيان | الثالث | الأحكام الفقهية لخدمات المكاتب العقارية | ١٤٢٨هـ |
| ٣٠ | أ. د. عبد الرحمن بن عبداهلل السند | عبدالله بن سعد الريك | الثالث | البريد الإلكتروني ضوابطه، وحجته | ١٤٢٨- ١٤٢٩هـ |
| ٣١ | د. رضا الملاح | أشرف بن عبدالله الضحوي | الثالث | المساهمة في الجرائم المعلوماتية المتعلقة بالاعتداء الشخصي | ١٤٢٨- ١٤٢٩هـ |
| ٣٢ | د. علي بن راشد الديبان | سليمان بن إبراهيم بن عبد الرحمن الفييم | الثالث | المسؤولية الجنائية في الجرائم العالمية تجاه القضاء | ١٤٢٨- ١٤٢٩هـ |
| ٣٣ | د. عبد الكريم الصايغ | علي بن عبد العزيز بن علي الرومي | الرابع | الستر في الجرائم | ١٤٢٨هـ |
| ٣٤ | د. فيصل الرميان | عبد الله بن عبد العزيز الشتوي | الرابع | ضمانات التحقيق الجنائي مع المرأة قضاء تنفيذ | ١٤٢٧- ١٤٢٨هـ |
| ٣٥ | د. ناصر بن محمد الجوفان | يوسف بن عبد الرحمن البيديوي | الرابع | قضاء التنفيذ | ١٤٢٨- ١٤٢٩هـ |
| ٣٦ | د. صالح اللحيدان | عبد العزيز بن عبد الله المقبل | الرابع | الضوابط الفقهية في النفقات مع تطبيقات قضائية | ١٤٢٤هـ |
| ٣٧ | د. سعود البشر | ماجد بن أحمد أبو زهير | الرابع | سلطة الدولة في إبعاد الأجانب | ١٤٣٢- ١٤٣٣هـ |
| ٣٨ | د. عبدالله بن منصور الغفيل | خالد بن عبدالعزيز السعيد | الخامس | أحكام بيع المزايدة في الفقه الإسلامي | |
| ٣٩ | د. فيصل بن رميان الرميان | مساعد بن محمد بن مبارك الجوفان | الخامس | أحكام إصدار الأوامر القضائية | |
| ٤٠ | د. هاني | نواف بن عبدالرحمن | الخامس | الاستيقاف | |

| | | | | | |
|----|---|-----------------|------------------------------------|-----------------------------------|-----------------|
| | الطهراوي | السوليمي العتري | | | |
| ٤١ | تصرفات القاضي وأحكامه النيابة وتطبيقاتها القضائية | الخامس | إبراهيم بن محمد بن عبد الله الفالح | أ.د. / عبدالرحمن بن سلامة المزيني | |
| ٤٢ | خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري | الخامس | أحمد بن محمد الجوير | د. خالد بن خليل الظاهر | |
| ٤٣ | نظام الأئمة والمؤذنين | السادس | عبد العزيز بن حمود الفوزان | د. فيصل الرميان | ١٤٢٧هـ |
| ٤٤ | أحكام التظلم الإداري | السادس | فارس بن أحمد الشهري | د. فيصل الرميان | ١٤٢٦هـ |
| ٤٥ | أحكام الخاصة | السادس | سامي بن مسعد المطيري | د. سعد بن عمر الخراشي | ١٤٢٣- ١٤٢٤هـ |
| ٤٦ | اختصاص الغير في نظام المرافعات الشرعية | السادس | عبد العزيز بن سليمان العيد | د. ناصر الجوفان | ١٤٢٢هـ |
| ٤٧ | القواعد الفقهية في صيغ العقود وتطبيقاتها | السادس | عبد العزيز بن محمد عبد الباقي | د. يوسف الشيلي | ١٤٢٦- ١٤٢٧هـ |
| ٤٨ | السببية الجنائية | السابع | عبد الله بن محمد عبد الله الرشود | د. رضا بن متولي وهدان | ١٤٢٥- ١٤٢٦هـ |
| ٤٩ | آثار القدرة على دفع الجناية وتطبيقاتها القضائية | السابع | عبد الله بن سعد الدوسري | د. يوسف بن عبد الله الشيلي | ١٤٢٦- ١٤٢٧هـ |
| ٥٠ | العاهات النفسية وأثرها في المسؤولية الجنائية | السابع | خالد بن سليمان الحمد الحويش | أ.د. سعود بن محمد البشر | ١٤٢٥هـ |
| ٥١ | أحكام جريمة الاتفاق الجنائي | السابع | عثمان بن سعدي بن خليف الشمري | د. رضا متولي وهدان | ١٤٢٤هـ |
| ٥٢ | أحكام جريمة الكسب غير المشروع | السابع | ماجد بن محمد القشيري الشهري | د. يوسف الخضير | ١٤٢٣هـ |

| | | | | | |
|----|--|--------|--|----------------------------|-----------------|
| ٥٣ | التحقيق الإداري | الثامن | عبدالله بن عبدالعزيز بن فهد العجلان | أ.د. محمد الشعراوي | ١٤٢٥-١٤٢٦هـ |
| ٥٤ | الدفع الإداري وتطبيقها القضائية من محاكم ديوان المظالم | الثامن | عبدالله بن علي عبدالرحمن العليان | د. محمد مصيلحي | ١٤٢٣هـ |
| ٥٥ | القيود على جهة الإدارة في العقود الإدارية | الثامن | يحيى بن أحمد بن محمد عبيد | د. خالد بن خليل الظاهر | ١٤٢٨- ١٤٢٧هـ |
| ٥٦ | العرف الإداري وتطبيقاته في النظام الإداري السعودي | الثامن | عبد اللطيف بن عوض محمد القرني | د.عبد الكريم الصايغ | ١٤٢٥هـ |
| ٥٧ | الدفع في نظام المرافعات الشرعية | التاسع | فهد بن عبد العزيز اليحيى | د. ناصر بن محمد الجوفان | ١٤٢٤- ١٤٢٥هـ |
| ٥٨ | العرف التجاري وأثره في المعاملات التجارية السعودية | التاسع | داود بن محمد بن عبد الله بن دواد | د. ناصر بن محمد الجوفان | ١٤٢٤هـ |
| ٥٩ | البيانات الشكلية وغيوبها في السند الأمري | التاسع | عبد الرحمن بن عبد الله الرومي | د. عبد الكريم الصايغ | ١٤٢٥هـ |
| ٦٠ | القروض المصرفية المتبادلة وتطبيقها المعاصرة | | عبد اللطيف بن عوض محمد القرني | د.عبد الكريم الصايغ | ١٤٢٦-١٤٢٧ |
| ٦١ | القواعد الفقهية المتعلقة بدعوى الضمان وعوارضه وموانعه | التاسع | محمد بن سالم المري | د. عبد الله السلمي | ١٤٢٤-١٤٢٣ هـ |
| ٦٢ | المواعيد الإجرائية في القضاء المستعجل والحراسة القضائية | التاسع | محمد بن عبد العزيز الخصيري | د. ناصر بن محمد الجوفان | ١٤٢٤- ١٤٢٥هـ |

| | | | | | |
|----|--|---------------------|----------------------------------|-------------------------------------|------------------|
| ٦٣ | أحكام الشركات المهنية | التاسع | منصور بن تركي المطيري | د. يوسف الخضير | ١٤٢٣هـ |
| ٦٤ | التحريض على الجرائم التعزيرية المنظمة | العاشر | ماجد بن حسن بن سليمان المشيقح | د. عبد الكريم الصايغ | ١٤٢٧هـ |
| ٦٥ | التحكيم بواسطة الإنترنت | العاشر | نايف بن إبراهيم بن حمد المسعد | د. وليد التويجري | ١٤٣٠هـ |
| ٦٦ | القواعد الفقهية المتعلقة بتكوين الضمان | العاشر | يحيى بن حمد بن بطي النعمي | د. خالد بن زيد الوذيناني | ١٤٢٤هـ |
| ٦٧ | حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات | العاشر | عبد الله بن عبد العزیز الفحام | د. فيصل الرميان | ١٤٣٠هـ |
| ٦٨ | الشرط المتقدم على العقد | العدد الحادي عشر | أحمد بن عبدالعزيز شبيب | عبدالعزیز بن عبدالله آل الشيخ | ١٤٢٤هـ ١٤٢٥هـ |
| ٦٩ | تحويل الملكية العامة إلى الخاصة | العدد الحادي عشر | بندر بن سعد العريفي | سعود بن محمد البشر | ١٤٢٥هـ ١٤٢٦هـ |
| ٧٠ | فسخ العقد التجاري | العدد الحادي عشر | فهد بن عبدالله العبيدي | د. يوسف الخضير | ١٤٢٣هـ ١٤٢٤هـ |
| ٧١ | ملكية الوحدات العقارية | العدد الحادي عشر | ماجد بن عبد الله المشوح | د. سعود بن محمد البشر | ١٤٢٤هـ ١٤٢٥هـ |

ملخص بحث

التدابير الاحترازية

((دراسة مقارنة))

إعداد الطالب

محمد بن عبد الرحمن بن عبد العزيز المهنا

١٤٢٣/١٤٢٤هـ

إشراف:

الأستاذ الدكتور: محمد الحسيني مصيلحي

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) ١٧٠

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) ١٤١

البحث بعد التلخيص بحجم (A4) ٣٥

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

تقسيمات البحث:

المقدمة وتتكون من:

- (١) أهمية الموضوع.
- (٢) أسباب اختيار الموضوع.
- (٣) الدراسات السابقة.
- (٤) منهج البحث.
- (٥) تقسيمات البحث.

التمهيد : وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول : تعريف التدابير، وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : تعريف التدابير في اللغة.

المطلب الثاني : تعريف التدابير في الفقه.

المطلب الثالث : تعريف التدابير في النظام.

- المبحث الثاني : تعريف الاحتراز، وفيه ثلاثة مطالب
- المطلب الأول : تعريف الاحتراز في اللغة.
- المطلب الثاني : تعريف الاحتراز في الفقه.
- المطلب الثالث : تعريف الاحتراز في النظام.
- المبحث الثالث : تعريف التدابير الاحترازية، وفيه مطلبان
- المطلب الأول : تعريف التدابير الاحترازية في الفقه.
- المطلب الثاني : تعريف التدابير الاحترازية في النظام.
- المبحث الرابع : تمييز التدابير الاحترازية عن غيرها، وفيه ثلاثة مطالب
- المطلب الأول : تمييز التدابير الاحترازية عن العقوبة.
- المطلب الثاني : تمييز التدابير الاحترازية عن تدابير الدفاع الاجتماعي.
- المطلب الثالث : تمييز التدابير الاحترازية عن التدابير الوقائية.
- الفصل الأول : شروط التدابير الاحترازية وتقسيماتها، وفيه ثلاثة مباحث
- المبحث الأول : شروط إيقاع التدابير الاحترازية، وفيه مطلبان
- المطلب الأول : شروط إيقاع التدابير الاحترازية في الفقه.

- المطلب الثاني : شروط إيقاع التدابير الاحترازية في النظام.
- المبحث الثاني : الجمع بين التدبير الاحترازي والعقوبة، وفيه مطلبان
- المطلب الأول : الجمع بين التدبير الاحترازي والعقوبة في الفقرة.
- المطلب الثاني : الجمع بين التدبير الاحترازي والعقوبة في النظام.
- المبحث الثالث : تقسيم التدابير الاحترازية، وفيه ثلاثة مطالب
- المطلب الأول : التدابير الاحترازية السالبة للحرية، وفيه خمسة فروع:
- الفرع الأول : اعتقال المجرمين في مأوى علاجي.
- الفرع الثاني : حظر ممارسة العمل.
- الفرع الثالث : سحب رخصة القيادة.
- الفرع الرابع : المنع من حمل السلاح.
- الفرع الخامس : موقف الفقه من التدابير الاحترازية السالبة للحرية.
- المطلب الثاني : التدابير الاحترازية المقيدة للحرية، وفيه أربعة فروع:
- الفرع الأول : المراقبة.
- الفرع الثاني : المنع من الإقامة.

الفرع الثالث : الإخراج من البلاد.

الفرع الرابع : موقف الفقه من التدابير الاحترازية المقيدة للحرية.

المطلب الثالث : التدابير الاحترازية المادية، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول : المصادرة.

الفرع الثاني : غلق المحل.

الفرع الثالث : حل الشخص المعنوي.

الفرع الرابع : موقف الفقه من التدابير الاحترازية المادية.

الفصل الثاني : أحكام التدابير الاحترازية، وفيه مبحثان

المبحث الأول : الأحكام الموضوعية للتدابير الاحترازية، وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : تحديد مدة التدابير الاحترازية، وفيه فرعان

الفرع الأول : تحديد مدة التدابير الاحترازية في الفقه.

الفرع الثاني : تحديد مدة التدابير الاحترازية في النظام.

المطلب الثاني : مدى اعتبار التدبير الاحترازي سابقة عند العود، وفيه فرعان

الفرع الأول : مدى اعتبار التدبير الاحترازي سابقة عند العود في الفقه

الفرع الثاني : مدى اعتبار التدبير الاحترازي سابقة عند العود في النظام.

المطلب الثالث : مدى جواز تعدد التدابير الاحترازية، وفيه فرعان

الفرع الأول : مدى جواز تعدد التدابير الاحترازية في الفقه.

الفرع الثاني : مدى جواز تعدد التدابير الاحترازية في النظام

المبحث الثاني : الأحكام الإجرائية للتدابير الاحترازية، وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : الرقابة على إصدار أحكام التدابير الاحترازية.

المطلب الثاني : إجراءات صدور الحكم بالتدابير الاحترازية.

المطلب الثالث : التنفيذ الفوري للتدبير الاحترازي.

الخاتمة : وتشمل النتائج.

الفهارس : وتشمل:

فهرس : الآيات. المصادر والمراجع.

فهرس : الأحاديث والآثار.

فهرس : الأعلام.

فهرس : المصادر والمراجع.

فهرس : الموضوعات.

التمهيد

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول : تعريف التدابير:

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : تعريف التدابير في اللغة التدابير جمع تدبير،
والتدابير من دَبَّرَ الأمر وتدبره، ومعناه نظر في عاقبته، واستدبره.

المطلب الثاني : تعريف التدابير في الفقه

(التدبير: عبارة عن العتق الموقع في المملوك بعد موت المالك عن دبر).

وما سبق من تعريف الفقهاء للتدبير ليس هو المقصود في موضوع التدابير
الاحترافية.

المطلب الثالث : تعريف التدابير في النظام يمكنني أن أعرف

التدابير في النظام بأنها: مجموعة الإجراءات التي تتخذ قبل وقوع أمر
محظور، وذلك بالنظر في عاقبة ذلك الأمر.

المبحث الثاني: تعريف الاحتراز

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاحتراز في اللغة

الاحتراز مصدر احترز يحترز احترازاً، والاحتراز في لغة العرب هو التحفظ، والتوقي.

المطلب الثاني : تعريف الاحتراز في الفقه

الحرز هو ما يُحفظ فيه المال، ويتوقى به من السرقة، وعلى ذلك فيكون معنى الاحتراز في الفقه التوقي والتحفظ.

المطلب الثالث : تعريف الاحتراز في النظام

فالاحتراز في النظام هو: مجموعة الإجراءات التي من شأنها أن تكون حافظة وواقية من وقوع أمر مخالف في النظام.

المبحث الثالث:

تعريف التدابير الاحترازية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف التدابير الاحترازية في الفقه

يمكن أن تُعرف التدابير الاحترازية في الفقه الإسلامي بأنها: مجموعة من الإجراءات الوقائية التحفظية مما لا حد فيه ولا قصاص، التي وضعتها الشريعة الإسلامية، لمنع الأشخاص الذين تظهر منهم خطورة على أنفسهم أو مجتمعاتهم، وحماية للمجتمع من وقوع الجريمة.

المطلب الثاني: تعريف التدابير الاحترازية في النظام

(مجموعة من الإجراءات، تواجه خطورة إجرامية كامنة في شخصية مرتكب جريمة؛ لتدراها عن المجتمع).

ويتحقق التدبير الاحترازي بطرق مختلفة، منها منع التسهيلات التي تُيسر للجاني طريقة لارتكاب الجريمة، كإغلاق المؤسسة، أو مصادرة الأشياء التي تستخدم في الجريمة، أو بمنعه، أو حظر إقامته في مكان معين. وقد تسعى التدابير لتحقيق غايتها أيضاً، بإعطاء الفرد فرصة للعيش بكرامة

في المجتمع، وذلك بعلاجه أو تهميده، أما في حالة اليأس من إصلاح الجاني، فإن وقاية المجتمع تتطلب اللجوء إلى تدابير عازلة، كالإبعاد أو الاعتقال.

المبحث الرابع

تمييز التدابير الاحترازية عن غيرها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تمييز التدابير الاحترازية عن العقوبة

الاختلاف بين التدابير الاحترازية والعقوبة يظهر فيما يلي:

(١) من حيث نقطة البداية التاريخية لكل منهما: فالعقوبة كانت نقطة البداية هي التكفير عن جرم قد وقع في الماضي، أما التدابير الاحترازية فكانت نقطة البداية منذ نشأتها هي التوقي من جرم يحتمل أن يحدث مستقبلاً.

(٢) من حيث اختلاف الأسباب القانونية: فالعقوبة رد فعل مباشر لمخالفة قاعدة قانونية جنائية، أما التدابير الاحترازية فتطبق بمناسبة انتهاك أو مخالفة القاعدة الجنائية، بهدف منع وقوع مخالفات في المستقبل.

(٣) من حيث أساس الفكرة لكل منهما: فالعقوبة قامت على فكرة الخطأ والمسؤولية الأخلاقية لدى الجاني، أما التدابير الاحترازية فقد قامت على أساس الخطورة الإجرامية لشخص الجاني، وحق المجتمع في الدفاع عن نفسه.

(٤) من حيث الوظيفة الأساسية لكل منهما: فالعقوبة وظيفتها الأساسية الردع، أما التدابير الاحترازية فوظيفتها الوحيدة هي تحقيق المنع الخاص من وقوع الجريمة في المستقبل.

(٥) من حيث اختلاف الموضوع: فالعقوبة تؤثر على الجانب النفسي للفرد، أما التدابير الاحترازية فتنصب مباشرة على العوامل التي تدفع إلى الجريمة.

(٦) من حيث وقت تطبيق كل منهما على الفرد: فالعقوبة توقع بعد الفعل الضار أو الخطر وبسببه، أما التدابير الاحترازية فتطبق بعد وقوع الفعل.

(٧) من حيث المقدار الذي يوقع على الفرد: فمقدار العقوبة تتناسب بحسب الأصل مع جسامة الجريمة، أما في التدابير الاحترازية فتتناسب مع مقدار الخطورة الإجرامية.

المطلب الثاني : تمييز التدابير الاحترازية عن تدابير الدفاع

الاجتماعي

يجب التمييز بين التدابير الاحترازية وتدابير الدفاع الاجتماعي،

فالأول يُتخذ بعد الجريمة، اتقاء العودة إليها، أما تدابير الدفاع

الاجتماعي فيتخذ قبل الجريمة، بل وقبل الخطورة الاجتماعية.

المطلب الثالث : تمييز التدابير الاحترازية عن التدابير الوقائية

إنَّ التدابير الوقائية لا يشترط لإيقاعها وجود جريمة سابقة، كما هو الحال في التدابير الاحترازية، والتدابير الاحترازية هي خاصة بالجرائم.

وهذا التدبير قد صرح به النبي - صلى الله عليه وسلم - كما في حديث عبد الله بن عامر بن ربيعة رضي الله عنه أن عمر - رضي الله عنه - خرج إلى الشام، فلما جاء سرَّغ بلغه أن الوباء قد وقع بالشام، فأخبره عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "إذا سمعتم به بأرض، فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرض وأنتم بها، فلا تخرجوا فراراً منه" فرجع عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - من سرغ. أخرجه البخاري (٥٧٣٠، ٦٩٧٣) ومسلم (٢٢١٩)

الفصل الأول

شروط التدابير الاحترازية وتقسيماتها، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: شروط إيقاع التدابير الاحترازية. وفيه مطلبان:

المطلب الأول : شروط إيقاع التدابير الاحترازية في الفقه

١. التزام أحكام الكتاب والسنة، واستخلاص المعاصي التي لا حدود فيها ولا كفارة وإدخالها دائرة الجرائم التعزيرية.

٢. أن يكون الدافع إلى تقنين هذه الجرائم هو حماية المصالح الإسلامية المقررة، وضابط التفرقة بين المصلحة العامة للأمم والمصلحة الخاصة للحاكم، هو مقدار الضرر.

٣. أن يكون الغرض منها التأديب والتهذيب وإزالة الشرور أو تخفيفها، شريطة أن لا يترتب على تقنين هذه الجرائم ضرر مؤكد أو فساد أشد.

٤. أن يكون هناك تناسب بين الجريمة وعقوبتها التعزيرية، وأن تُراعى ظروف الفاعل.

٥. المساواة والعدالة بين الناس، بحيث يكون ضابط التجريم هو نوع الجريمة وظروف الجاني وأحواله.

هذا وقد اشترط علماء الفقه القانوني لإنزال التدابير الاحترازية شرطين عامين لكل تدبير، وهما الجريمة السابقة، والخطورة الإجرامية

المطلب الثاني : شروط إيقاع التدابير الاحترازية في النظام

الشرط الأول: الجريمة السابقة:

أولاً: ماهية الجريمة السابقة:

١. التعريف بالجريمة وعناصرها: (سلوك فعل أو امتناع غير مشروع، أخل بمصلحة أساسية صادرة عن إرادة جنائية، يقرر له القانون عقوبة أو تدبيراً احترازياً).

ومن خلال هذا التعريف يمكن أن تُستخلص عناصر الجريمة، وهي كما يلي:

أ. تفترض الجريمة إتيان سلوك يتمثل في إحدى صورتين، فعل إيجابي أو فعل سلبي.

ب. وتفترض الجريمة كذلك سلوكاً غير مشروع طبقاً لنظام العقوبات.

ج. أن يكون من شأن هذا السلوك الإخلال بمصلحة أساسية لا غني للمجتمع عنها لبقاء كيانه قائماً.

د. وتفترض الجريمة الجنائية صدورها عن إرادة الجاني.

٢. أركان الجريمة: تنهض الجريمة على ثلاثة أركان:

الركن الشرعي "القانوني"، الركن المادي، الركن المعنوي.

ثانياً: مدى اعتبار الجريمة السابقة شرطاً لإيقاع التدبير الاحترازي:

الرأي الأول: القول بعدم اشتراط ارتكاب جريمة سابقة.

يرى أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يكفي لإنزال التدبير الاحترازي بالشخص أن يكشف عن خطورته الإجرامية، دون الحاجة إلى ارتكاب جريمة سابقة، ويكشف الشخص عن شخصيته الإجرامية بارتكابه لأي فعل يمكن أن يُستشف منه مدى خطورة ذلك الشخص على المجتمع الذي يعيش فيه.

* **حجج أنصار هذا الرأي:** ويستند أصحاب هذا الاتجاه لدعم وجهة نظرهم بالحجج التالية:

أ. أن التدخل قبل ارتكاب الجريمة وعند توافر الخطورة الإجرامية لا ينافي مبدأ العدالة، فالعدالة المبتغاة هي العدالة التي تحمي المجتمع وتقيه من المجرمين الذين لا يردعهم التهديد بإنزال العقوبة، وإنه لمن غير العدل ومن الخطر أيضاً أن تتركهم يهددون المجتمع، فالواجب يقتضي أن تطبق عليهم التدابير الملائمة لطبيعتهم لتجنب الجريمة المتوقع حدوثها.

الرأي الثاني: ضرورة ارتكاب جريمة سابقة لإنزال التدابير الاحترازية:

* **حجج أنصار هذا الرأي:**

أ. صعوبة التحقق من حالة الخطورة الإجرامية.

ب. مراعاة مبدأ الشرعية.

ج. الجريمة السابقة دليل على توافر حالة الخطورة الإجرامية.

وتطبيقاً للقاعدة الفقهية (الضرر الأشد يُدفع بالضرر الأخف) فإنني أرجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني.

الشرط الثاني: الخطورة الإجرامية:

أولاً: تعريف الخطورة الإجرامية:

يمكن تعريف الخطورة الإجرامية بأنها: حالة تتوفر لدى شخص وتفصح عن ميله لارتكاب الجريمة.

ثانياً: خصائص الخطورة الإجرامية:

١. احتمال ارتكاب الجريمة: وموضوع الاحتمال هو جريمة ما، وليست جريمة معينة، ويتعين الرجوع إلى المعايير القانونية لتحديد معنى الجريمة المحتملة على ضوء حالة الشخص، وبذلك يكون هناك مقياس موضوعي يمكن الاعتماد عليه في تحديد معنى الجريمة التي تُنسب إليها الخطورة، وهي الجريمة التالية.

٢. الخطورة الإجرامية تعتمد على ظروف واقعية: ويعني ذلك أن الخطورة يجب أن تنبعث من ظروف واقعية ملموسة فعالة تدل عليها أمارات واضحة، وبذلك فإنه لا يكفي مطلقاً للقول بتوافر الخطورة الاستناد إلى مجرد الافتراضات.

٣. الخطورة الإجرامية حالة حاضرة: يتعين أن تكون الخطورة الإجرامية حال حاضرة ثابتة، وبذلك يكون الاحتمال المقصود بالخطورة الإجرامية هو ارتكاب الأفعال الإجرامية المستقبلية التي تصدر عن تلك الحالة الحاضرة.

٤. تجسد الخطورة الإجرامية في أمارات مادية: يتعين أن تكون الخطورة الإجرامية مجسدة في أمارات مادية تدل عليها.

٥. الخطورة الإجرامية فكرة نسبية: يقتضي هذا الغرض أن الخطورة الإجرامية تعد فكرة نسبية إلى كل نظام اجتماعي، فهي بذلك تتوقف على الحالة الاجتماعية السائدة في لحظة توافرها وفقاً للعلاقات الفردية بين الأشخاص وما يتسمون به من مساعدات علاجية.

ثالثاً: إثبات الخطورة الإجرامية:

الأول: منح القاضي سلطة تقديرية: ويستعين القاضي في تقدير توافر الخطورة الإجرامية لدى المجرم بعناصر كثيرة منها ما يتعلق بشخصية المجرم كحالته الصحية أو العقلية أو النفسية أو البدنية، ووضعه الاجتماعي، ومدى نجاحه أو فشله في دراسته أو عمله، ومنها ما يتعلق بظروف ارتكابه للجريمة وهل أقدم عليها بعد تروي وإصرار، أو ارتكبا كأثر لانفعال مفاجئ، وهل شعر بالندم أم بالارتياح بعد ارتكابها.

الثاني: افتراض الخطورة الإجرامية: قد يرى المقنن في بعض الحالات أن الخطورة الإجرامية من الواضح بحيث لا توجد ضرورة لإخضاعها لسلطة القاضي التقديرية فيفترضها في المجرم إذا صدرت عنه أفعال معينة، أو اتصف بصفات معينة.

المبحث الثاني

الجمع بين التدبير الاحترازي والعقوبة ، وفيه مطلبان:

المطلب الأول : الجمع بين التدبير الاحترازي والعقوبة في الفقة .

أولاً التعزير مع الحد أو القصاص :

فالحنفية لا يرون تغريب الزاني غير المحصن من حد الزنى، فهم يكتفون بجلد الزاني غير المحصن مائة جلدة لا غير، ولكنهم يجيزون تغريبه بعد الجلد، وذلك على سبيل التعزير.

ويجوز تعزير شارب الخمر بالقول، بعد إقامة حد شرب المسكر عليه، فعن أبي هريرة — رضى الله عنه — أن النبي — صلى الله عليه وسلم — أمر بتبكيث شارب الخمر بعد الضرب، فأقبلوا عليه يقولون : ما اتقيت الله ؟ ما خشيت الله ؟ ما استحييت من رسول الله — صلى الله عليه وسلم — . أخرجه أبو داود حديث رقم ٤٤٧٨، وصححه الألباني (سنن أبي داود بتحقيق الشيخ الألباني ٤/١٦٣) ..

والتبكيث تعزير بالقول ، ومن قال بذلك : الحنفية والمالكية.

وعند المالكية أن الجارح عمداً يقتص منه ويؤدب، ومن ثم فالتعزير قد اجتمع مع القصاص في الاعتداء على مادون النفس عمداً.

ويجوز اجتماع التعزير مع القصاص فيما دون النفس من الجنايات على البدن، كما هو مقررة في مذهب الشافعي، وهو أيضاً يقول بجواز اجتماع التعزير مع الحد، وهذا كذلك هو مذهب الحنابلة.

ودليل ذلك ما رواه فضالة بن عبيد أن النبي - صلى الله عليه وسلم - "قطع يد سارق، ثم أمر بها فعلقت في عنقه". أخرجه أبو داود حديث رقم ٤٤١١ (٤/١٤٣)، والترمذي (٤/٥١)، والنسائي حديث رقم ٤٩٨٤ (٨/٩٢)، وابن ماجه (٨/٨٦٣)، قال الترمذي: حديث حسن غريب، قال النسائي بعدما أورد الحديث: الحجاج بن أرطاة ضعيف لا يحتج بحديثه، وضعفه الألباني (إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل حديث رقم ٢٤٣٢).

وحد شرب المسكر عند الشافعية، أربعون جلدة، ويجوز الزيادة عليها تعزيراً.

ثانياً التعزير مع الكفارة: قد يجتمع التعزير مع الكفارة، فمن المعاصي ما فيه الكفارة مع الأدب كالجماع في الإحرام، وفي نهار رمضان، ووطء المظاهر منها قبل الكفارة إذا كان الفعل متعمداً في جميعها.

وعند الشافعية، يجتمع التعزير مع الكفارة في حالة مظاهره الزوج من زوجته وكذا في حالة الحلف بالله - تعالى - كذباً متعمداً، وفي حالة جماع الرجل لزوجته في نهار رمضان، وفي حالة قتل أحد الوالدين لولده، وكذا قتل السيد لعبده.

وعند الحنابلة ، يجتمع التعزير مع الكفارة في القتل شبه العمد، وكذا في الظهر والإفطار في نهار رمضان بسبب الجماع، وكذا الوطء في الإحرام.

المطلب الثاني : الجمع بين التدابير الاحترازية والعقوبة في النظام

يتنازع إمكانية الجمع بين التدبير الاحترازي والعقوبة أربع نظريات:

١- النظرية الأولى الاقتصار على العقوبة: يرى هذا الاتجاه أنه لو سلبنا عن العقوبة فكرة الزجر والإيلام، وحصرنا وظيفتها في الوقاية فقط، سواء عامة أو خاصة فإنها تفقد صفتها كعقوبة.

* **تقدير هذه النظرية:** الانتقادات التي وجهت لهذا الاتجاه كونه أخذ بفكرة العقوبات الثابتة، والتي لا يملك القاضي فيها سلطة تقديرية، فإما أن يوقعها كلها أو يرفضها كلها، إذ لا مجال له في إيقاع ما يراه مناسباً لردع المجرم.

٢- النظرية الثانية الاقتصار على التدابير الاحترازية:

ويقوم هذا الاتجاه على أساس الاهتمام بدراسة المجرم ، ويرى أن رد فعل المجتمع حيال المجرم والجريمة يجب أن يراعى فيه أساساً فكرة إزالة العوامل والأسباب المؤدية للإجرام.

* **تقدير هذه النظرية:** حددت المسؤولية الجنائية على أساس الخطورة الإجرامية للشخص دون اعتبار لقدرة الضرر في الجريمة أو الخطأ فيها.

٣- النظرية الثالثة الجمع بين العقوبة والتدبير الاحترازي في نظام واحد:

هذا الاتجاه يرى وجوب النظر إلى العقوبة على أنها إجراء وقائي للجماعة وليس إجراء يتضمن الإيلام والزرر للمحكوم عليه، وهي بذلك تتفق مع التدابير الاحترازية في الغاية والهدف).

ويرى أنصار هذه النظرية أنه إذا كانت التدابير الاحترازية تبتغي فقط الردع الخاص، فإن هذا الغرض هو أهم ما تستهدفه العقوبة).

* **تقدير هذه النظرية:** تجاهل أنصار هذه النظرية الفارق الأساسي بين كلاً من العقوبة والتدبير الاحترازي، كما أن العقوبة محددة المدة، بينما التدبير غير محدد المدة مرتبط بالخطورة الإجرامية وجوداً وعدمًا.

(من الانتقادات التي وجهت إلى فكرة الجمع بين النظامين أيضاً، أنها تجرد شخصية المحكوم عليه إلى جزئين، أحدهما يمثل الخطورة، والآخر يمثل الخطأ وما يترتب عليه من تخصيص لكل شخصية بما يناسبها من معاملة، وكأننا أمام شخصين مختلفين لا شخص واحد، وهذا مناقض للواقع .

٤- **النظرية الرابعة:** ازدواج بين العقوبة والتدبير الاحترازي: يرى أنصار هذا المذهب ضرورة استقلال كلاً من العقوبة والتدبير الاحترازي كل في مجال تطبيقه.

وحتهم في ذلك هو اختلاف كل منهما عن الآخر من حيث الطبيعة، والأساس، والهدف، فالعقوبة جزاء يستند إلى ثبوت الخطأ في جانب المحكوم عليه، بينما التدابير إجراء يواجه الخطورة الإجرامية.

* تقدير هذه النظرية: أخذ عليه أنه يخالف منطق المذهب التقليدي، كما يخالف أسس المذهب الوضعي، ولا ينتهج فيما بينهما منهجاً له وحدته المنطقية، فهو يحتمل بكل انتقادات المدرسة التقليدية على تدابير الاحتراز حيث مخالفتها لمبدأ الشرعية.

المبحث الثالث:

تقسيم التدابير الاحترازية وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التدابير الاحترازية السالبة للحرية.

الفرع الأول: اعتقال المجرمين في مأوي علاجي

١- تعريف المأوي العلاجي:

هذا التدبير يفترض في أمرين:

أ — أن توفير العلاج الملائم يقتضي منع الحرية والتزام الإقامة في مكان معين.

ب — أن خطورة المجرم على المجتمع هي بالقدر الذي لا يمكن معه درءها بغير اعتقاله.

٢- الفئات التي يُتزل بها هذا التدبير:

الفئات التي يُتزل بها هذا التدبير هم:

(أ- المجرمون المجانين.

ب — المجرمون المصابون بالعتة والخلل النفسي.

ج — المجرمون المدمنون على المخدرات والمسكرات).

٣- حالات الحكم بهذا التدبير: يوقع هذا التدبير على الفئات الآتية الذكر

في حالات هي كالآتي:

أ — إذا ارتكب شخص جناية أو جنحة مقصودة ، عقابها الحبس سنتين، وقُضي بعدم مسؤوليته ، لسبب فقدانه العقل.

ب — إذا ارتكب شخص جنحة غير مقصودة ، وعقوبتها الحبس أقل من سنتين ، وقضي بعد مسؤوليته ، لسبب فقدانه العقل ، وثبت للقاضي أنه خطر على السلامة العامة.

ج — من حُكِمَ عليه بعقوبة جنائية أو جنحة مانعة أو مقيدة للحرية ، وخفضت عنه العقوبة بسبب العته.

هـ — من حكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة مانعة أو مقيدة للحرية، وثبت أنه مدمن مخدرات أو كحول ، وكان خطراً على سلامة العامة .

و — من حكم عليه بعقوبة مانعة أو مقيدة للحرية أو بالعزلة أو بالمراقبة أو بالمنع من الإقامة وثبت أنه أثناء تنفيذ الحكم قد أصيب بالجنون.

٤ — مدة الحجز في المأوى العلاجي : لم يُحدد المنظم مدة محددة لهذه التدابير ؛ وذلك ضماناً لحرية المحكوم عليه فهو تدبير علاجي سالب للحرية ، ولكنه غير محدد المدة ، وهو يعني — كما سبق — وضع المحكوم عليه بهذا التدبير في مستشفى يُعالج ، وتزول بذلك خطورته الإجرامية التي من أجلها أُدخل المأوى.

٥ — تطبيقات قانونية لهذا التدبير : من التطبيقات القانونية لهذا التدبير :

أ — المادة (٣٧) من القانون المصري رقم (١٨٢) لسنة ١٩٦٠م والتي تضمنت عقوبة السجن والغرامة لمدمن المخدرات ، وجاء في آخرها أنه (يجوز للمحكمة بدلاً من توقيع العقوبة المنصوص عليها في هذه المادة أن تأمر بإيداع من ثبت إدمانه على تعاطي المخدرات أحد المصححات التي تُنشأ لهذا الغرض ليعالج فيها ، إلى أن تقرر اللجنة المختصة ببحث حالة المودعين المذكورة الإفراج عنه ، ولا يجوز أن تقل مدة البقاء بالمصححة عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة).

وهذه المادة جاءت على رأي من يرى بتحديد مدة هذا التدبير .

ب — المادة (٣٤٢) من قانون الإجراءات الجزائية المصري والتي تنص بأنه (إذا صدر أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى أو حكم ببراءة المتهم وكان ذلك بسبب عاهة في عقله ، تأمر الجهة التي أصدرت الأمر أو الحكم إذا كانت الواقعة جنائية أو جنحة عقوبتها الحبس بحجز المتهم في أحد المحال المعدة للأمراض العقلية إلى أن تأمر الجهات المختصة بإخلاء سبيله).

الفرع الثاني : حظر ممارسة العمل

١ — **التعريف بهذا التدبير :** (منع المحكوم عليه من مزاوله عمل معين أو مهنة معينة ، وذلك متى تبين أن سلوكه في عمله أو مهنته يمثل عملاً إجرامياً ، ويشكل خطورة على المجتمع وسلامته).

٢ — **الفئات التي يُتزل بها هذا التدبير :**

أ- الطبيب والصيدلي.

ب- القابلة التي ترتكب جريمة الإجهاض.

ج- مدير الشركة الذي يحتال على الجمهور.

هـ- صاحب المصنع الذي يغش في بضاعته.

د. المهندس الذي لا يلتزم بأصول البناء.

٣- شروط إنزال هذا التدبير: يشترط للحكم بإنزال هذا التدبير ما

يلي:

أ- أن تتوقف مزاولة العمل على صدور إجازة من سلطة مختصة قانوناً بإصدارها.

ب - أن تكون الجريمة المرتكبة جنائية أو جنحة.

ج - أن تكون الجريمة قد ارتكبت إخلالاً بواجبات المهنة.

٤- المدة المقررة لهذا التدبير: تنص بعض القوانين على أن مدة هذا

التدبير تتراوح بين شهرين وستين، ويمكن الحكم بهذا التدبير مدى الحياة

إذا كان المجرم قد حكم عليه بالمنع المؤقت بحكم مبرم لم تمر عليه خمس

سنوات أو إذا نص القانون صراحة على ذلك.

٥- تطبيقات قانونية لهذا التدبير:

أ - المادة (٦) من نظام محاكمة الوزراء السعودي ، والتي تنص على أنه (

يترتب حتماً على الحكم بإدانة الوزير أو من في مرتبته بعزله من منصبه

وحرمانه من تولي الوظائف العامة ومن إدارة مجالس الهيئات والشركات والمؤسسات ومن أية وظيفة منها).

ب — المادة (١٢) من نظام مكافحة الرشوة السعودي ، والتي تنص على (الحكم بالإدانة في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام يترتب عليه حتماً وبقوة النظام العزل من الوظيفة وحرمان المحكوم عليه من تولي الوظائف العامة...). نظام مكافحة الرشوة والمذكرة الإيضاحية الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (١٤٤) وتاريخ ٢٩/٢/١٣٨٢هـ —

الفرع الثالث : سحب رخصة القيادة

١ — مفهوم هذا التدبير: تدبير احترازي سالب للحرية يُحرم بمقتضاه من أوقع عليه هذا التدبير من رخصة القيادة الممنوحة له، من سلطة مختصة بإصدارها قانوناً.

٢ — حالات إيقاع هذا التدبير :

أ — أن يكون من يوقع عليه هذا التدبير قد صدر في حقه حكم قضائي يدينه بارتكاب جريمة الاعتداء على النفس أو العرض أو المال.

ب — إذا كان من يوقع عليه هذا التدبير مدمناً على المسكرات ولم يثبت توبته بموجب طرق الإثبات التي يحددها النظام.

ج — إذا أُدين بحكم قضائي بتعاطي المخدرات أو صنعها أو حيازتها أو ترويجها، ما لم يكن قد مضى على انتهاء تنفيذ العقوبة خمس سنوات على الأقل.

د. أن تكون الجريمة المرتكبة من الجرائم التي يعتبر ارتكابها إخلالاً بالالتزامات التي يفرضها القانون على صاحب الرخصة.

٣- تطبيقات قانونية لهذا التدبير :

أ — المادة (٧) من نظام المرور السعوي والتي تنص على (أ — تسحب رخصة السيارة العمومية إذا حُكم قضائياً على حاملها بإدانته بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (ج) من المادة (٤) . ب — لا تُعطي رخصة سيارة مهما كان نوعها لمن أُدين بحكم قضائي بتعاطي المخدرات أو صنعها أو حيازتها أو ترويجها، ما لم يكن قد مضى على انتهاء تنفيذ العقوبة خمس سنوات على الأقل . ج — لا تُعطي رخصة سيطرة مهما كان نوعها لمن كان مدمناً على المسكرات، إلا إذا ثبتت توبته بموجب إجراءات للإثبات يحددها وزير الداخلية، ويعتبر مدمناً في حكم هذا النص من أُدين مرتين على الأقل بحكم قضائي بارتكاب جريمة سكر) .

ب — المادة (١٨٨) من نفس النظام السابق والتي تنص على أن (مدير إدارة المرور العامة عند تكرار المخالفة أكثر من مرة أن يسحب رخصة السياقة لمدة أقصاها شهر ويمكن سحب لأكثر من شهر أو سحبها نهائياً

بعد موافقة وزير الداخلية إذا كانت المخالفات المتكررة تشكل خطراً على السلامة العامة). نظام المرور الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٤٩) وتاريخ ١٣٩١/١١/٦هـ .

الفرع الرابع : المنع من حمل السلاح

١- التعريف بهذا التدبير : (إنهاء مفعول الترخيص بحمل السلاح الذي يجوزه من يُتزل به هذا التدبير ، وعدم جواز إعطائه ترخيصاً تالياً خلال المدة التي يمتد الحرمان خلالها).

٢- شرط إيقاع هذا التدبير: يشترط لإنزال هذا التدبير أن يكون اقتراف الجريمة بواسطة السلاح أو العنف.

٣- المدة المقررة لهذا التدبير : الحرمان من حق حمل السلاح قد يكون مؤبداً يستمر مدى الحياة ، وقد يكون مؤقتاً تتراوح مدته بين ثلاث سنوات وخمس عشرة سنة .

٤- تطبيقات قانونية لهذا التدبير: أ- النظام في المملكة العربية السعودية يسمح بمنح ترخيص حمل السلاح وفق شروط وضوابط معينة ، وينص النظام السعودي على جواز سحب ترخيص حمل السلاح ، حيث ورد في المادة (١٨) من نظام سحب الترخيص أو إلغائه بتسليم السلاح فوراً

حتى يُنظر في أمره. نظام الأسلحة والذخائر الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٨) ،
وتاريخ ١٤٠٢/٢/١٩هـ .

الفرع الخامس : موقف الفقه من التدابير الاحترازية السالبة للحرية
إن التدابير الاحترازية في الفقه تدور مع المصلحة العامة أو النظام العام
وجوداً وعدمًا، فمتى ظهر من الشخص ضرر متوقع، وخطورة إجرامية،
فإن لولي الأمر وللقاضي إيقاع ما يشاء من العقوبات، التي من شأنها أن
تردع ذلك الشخص الخطير.

إن حجز المشبوهين والخطرين في مأوى علاجي، لكي يتلقوا فيه ما يصلح
حالتهم - بعد الله تعالى - هو مما يوافق ما جاء به الفقه الإسلامي، (ومن
أمثلة التعزير للمصلحة العامة، منع الجنون من الاتصال بالناس، إذا كان في
اتصاله بهم ضرر عليهم، وحبس من أشتهر بإيذاء الناس ولو لم يقم عليه
دليل أنه أتى فعلاً معيناً) ، ومما يُلحق بالجنون من به عته وخلل نفسي،
يتوقع منه إلحاق الضرر بالناس .

أما مدمن الخمر، فإنه يجبس لأجل تكرر شربه المسكر، ودليل ذلك أن
عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - جلد أبا محجن الثقفي - رضي الله
عنه - في الخمر ثماني مرات، وأمر بجمسه، فأوثق يوم القادسية، ثم أطلق
بعد توبته. أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٧/٧) الحديث رقم
(٣٣٧٣٥)، وعبدالرزاق في منصفه (٩/٢٢٣) الحديث رقم (١٧٠٧٧).

أما حظر ممارسة العمل، لكل شخص يظهر منه خطورة إجرامية فهو مما يتوافق مع الفقه الإسلامي، فقد عرف الفقه التعزير بالعزل. ومن ذلك: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطى رايقة الأنصار في غزوة الـفتح سعد بن عبادة، فلما مر سعد بأبي سفيان وهو محتجز على مضيق الوادي لعرض الجيش الإسلامي عليه لإدخال الرعب في قلبه، ثم تحطيم معنويات قومه بواسطته، قال له سعد: اليوم يوم الملحمة، اليوم تستحل الحرمة، اليوم أذل الله قريشاً، فلما حاذى الرسول - صلى الله عليه وسلم - أبا سفيان قال له: يا رسول الله ألم تسمع ما قاله سعد؟ قال: وما قال؟ قال: قال كذا وكذا، فأرسل الرسول - صلى الله عليه وسلم - إلى سعد فترع منه اللواء ودفعه إلى قيس ابنه. أخرجه البخاري، (٤٠٣).

ويطبق التعزير بالعزل في كل جريمة يرى ولي الأمر أو نائبه ملائمة تلك العقوبة لها، وهذا وقرر كثير من الفقهاء التعزير لبعض الجرائم فمن ذلك: أن ابن تيمية - رحمه الله - يرى تعزير شارب الخمر بعزله عن ولايته بعد حده أربعين.

كما قرر بعض فقهاء الحنفية والشافعية توجيه العزل على المرتشي، ورأى بعضهم أنهم ينعزل بمجرد أخذ الرشوة.

ومن التدابير التي تسلب الشخص حريته، سحب رخصة القيادة، فيجوز لولي الأمر أن يمنعه من قيادة السيارة. وما قيل في سحب رخصة القيادة، يجري في جواز منع حمل السلاح إذا كان يُستهدف من حمله إيقاع جريمة أو كان السلاح قد استُخدم في جريمة ما.

المطلب الثاني : التدابير الاحترازية المقيدة للحرية

الفرع الأول: المراقبة.

١- التعريف بهذا التدبير : (تدبير احترازي يقوم على تقييد حرية الفرد بإخضاعه لمراقبة خاصة، وإلزامه بتنفيذ تعليمات معينة، بهدف تجنيبه ارتكاب جرائم جديدة).

٢- حالات إيقاع هذا التدبير: يُحكم بهذا التدبير في الحالات التالية:

أ- إذا كان الحكم بالحبس لمدة سنة أو أكثر، صادراً في جنابة عادية مطلقاً .

ب - إذا كان الحكم بالحبس لمدة سنة أو أكثر في أي جنحة سرقة أو احتيال أو تهديد أو إخفاء محكوم عليهم فارين.

ج — إذا كان الحكم بالحبس لمدة سنة أو أكثر في أيّة جنحة بصورة مطلقة، إذا كان المحكوم عليه بها عائداً، أو اتضح لأسباب معقولة أنه سيعود إلى ارتكاب أيّة جناية أو جنحة.

٣— القيود الواردة على هذا التدبير:

أ— عدم تغيير محل الإقامة إلا بإذن مسبق من الجهة المراقبة، وإن لم يكن له محل إقامة عينت له الجهة المختصة محلاً، ويجب عليه أن يكون موجوداً في المسكن أو في المكان المعين للإقامة .

ب — يجب التواصل بينه وبين الجهة المختصة ، بأن يقدم نفسه لها حسب ما تحدده الجهة .

ج — تجنب مخالطة ذوي السوابق والسمعة السيئة، وعدم ارتياد الأماكن المحظور ارتيادها في الحكم.

د — عدم مغادرة المسكن في أوقات معينة بالليل إلا بإذن مسبق.

هـ — عدم حمل أي من الأدوات التي يمكن أن تستعمل في الاعتداء.

٤— المدة المقررة لهذا التدبير: تتراوح مدة هذا التدبير بين سنة إلى خمس سنوات ، ويُقدم للقاضي تقريراً عن سيرة المحكوم عليه مرة كل ثلاثة أشهر على الأقل ، ومن خالف الأحكام التي فرضها عليه النظام أو القاضي أو

اعتاد التملص من المراقبة، حُكم عليه بالحبس مدة ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات.

٥- تطبيقات قانونية لهذا التدبير: ما نص عليه الفصل (١٠) من القانون الجنائي المغربي من أنه (إذا تبين من الأحداث أن المتهم بارتكاب إحدى جرائم المس بسلامة المجتمع له نشاط عادي فيه خطر على المجتمع جاز للمحكمة التي تقضي عليه بالعقوبة من أجل تلك الجريمة أن تعين له مكاناً للإقامة أو دائرة محصورة لا يجوز له الابتعاد عنها بدون رخصة، طوال المدة التي يحددها الحكم على أن لا تتجاوز خمس سنوات، تبتدىء مدة الإجمار على الإقامة من يوم انتهاء تنفيذ العقوبة).

الفرع الثاني : المنع من الإقامة

١- التعريف بهذا التدبير: هو حرمان المحكوم عليه بعد انقضاء مدة عقوبته من أن يرتاد مكاناً معيناً أو أماكن معينة مدة من الزمن .

٢- الأماكن التي تُمنع الإقامة فيها: تمنع الإقامة في نوعين من الأماكن:

أ — الأماكن التي تُمنع الإقامة فيها بقوة القانون ، وهي المقاطعة أو المدينة التي اقترف فيها المحكوم عليه الجريمة ، والمقاطعة التي يسكن فيها الجاني عليه أو أبنائه حتى الدرجة الرابعة .

ب — الأماكن التي يحددها القاضي إذا قدر من ظروف الجريمة أن من المناسب حظر إقامته فيها ؛ درءاً لعودته إلى ارتكاب الجريمة..

٣— المدة المقررة لهذا التدبير: مدة المنع من الإقامة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن مدة العقوبة المحكوم بها، على أن لا تزيد في جميع الأحوال عن خمس سنوات ، ويجوز للمحكمة في أي وقت أن تأمر بإعفاء المحكوم عليه منها ، أو تأمر بتعديل المكان أو الأماكن التي تنفذ فيها.

٤— تطبيقات قانونية لهذا التدبير: المادة (١٠٧) من قانون العقوبات المصري والتي تنص على أن (للمحكمة أن تفرض منع الإقامة على كل محكوم عليه في جناية عادية أو جنحة مخلة بالشرف ، ولها في أي وقت أن تأمر بناء على طلب المحكوم عليه أو الادعاء العام بإعفائه من كل أو بعض المدة المقررة في الحكم لمنع الإقامة أو بتعديل المكان أو الأمكنة التي ينفذ فيها).

الفرع الثالث : الإخراج من البلاد

١— التعريف بهذا التدبير : (عمل بمقتضاه تُنذر الدولة فرداً أو عدة أفراد يقيمون فيها بالخروج منها في أقرب وقت ، وإكراههم على ذلك عند اللزوم).

٢- الفئة المعنيّة بهذا التدبير : يوقع هذا التدبير على الأجانب دون

المواطنين. وهذا التدبير يطبق على الأجانب في حالتين هما :

أ- في حالة الحكم على الأجنبي بعقوبة جنائية مهما كان نوعها .

ب - في حالة الحكم على الأجنبي بعقوبة بسبب جنحة مهما كان نوعها.

٣- المدة المقررة لهذا التدبير : الحكم بهذا التدبير قد يكون مؤبداً ، وقد يكون مؤقتاً .

والمؤقت يكون لمدة تتراوح ما بين ثلاث سنوات إلى خمس عشرة سنة .

وعلى المحكوم عليه أن يغادر البلاد خلال مدة معينة ، حُددت في القانون السوري بخمسة عشر يوماً، ويعاقب كل من تخلف بعد المدة المعطاة له لمغادرة البلاد بعقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر.

٥- تطبيقات قانونية لهذا التدبير :

أ- المادة (٦٠) من نظام الإقامة، والتي تنص على أن (كل من يساعد أجنبياً على الحصول على إقامة أو تأشيرة أو تصريح بالعمل على أساس التدليس أو الغش أو التزوير أو تلفيق المعلومات أو الرشوة ، يجازى بالسجن ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر أو بغرامة مالية من ثلاثمائة إلى ستمائة ريال أو بهما معاً ، ويجري إبعاده عن البلاد إن لم يكن سعودياً)

ب — المادة (٥٤) من نفس النظام السابق ، والتي تنص على أن (كل أجنيي يخالف المادة الثانية عشرة ، يحرم من حق الإقامة ويجري إبعاده عن البلاد).نظام الإقامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١٧) في ١١/٩/١٣٧١هـ .

الفرع الرابع : موقف الفقه من التدابير الاحترازية المقيدة للحرية العقوبات التعزيرية متعددة في الشريعة الإسلامية ومتنوعة، إذ أن مقاديرها وأجناسها، وصفاتها تختلف باختلاف الجرائم ، والتعزير لا يختص بفعل معين ولا قول معين وليس لأقله حد مقدر.

ويجتهد الإمام في جنس التعزير وقدره ، وعلى الإمام مراعاة الترتيب والتدرج اللائق بالحال في القدر، كما يراعيه في دفع الصائل، فلا يرقى إلى مرتبة وهو يرى ما دونها كافياً مؤثراً.

والمنع من الإقامة في البيت من التدابير الاحترازية المقيدة للحرية في الشريعة الإسلامية، ويطبق ذلك في حق من يأوي إليه أهل الفسق والخمر، فيُمنع من الإقامة في بيته حفاظاً عليه وعلى الآخرين .

ومن أشهر التدابير المقيدة للحرية في الفقه الإسلامي ، النفي أو التعزيب على وجه التعزير، وهو ما يُعرف في القانون بالإخراج من البلاد.

ومن أمثلة عقوبة النفي تعزيراً ما رواه البخاري عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: "لعن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - المخنثين من

الرجال والمترجلات من النساء، وقال: أخرجوهم من بيوتكم، وأخرج فلاناً، وأخرج عمر فلاناً". أخرجه البخاري ، رقم الحديث (٦٤٤٥). ويجوز النفي للمصلحة العامة، كنفي عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لنصر بن حجاج من المدينة إلى البصرة ، وذلك بسبب افتتاح النساء به. مصنف عبد الرزاق ٣٨٢/٧.

ويجوز للدولة الإسلامية عند الضرورة أن تبعد أي مسلم أو ذمي عن أرضها إذا لم يكن هناك وسيلة لدفع خطره إلا بالإبعاد، ويكون الإبعاد لبلد هذا الشخص المبعد أو لبلد إسلامي آخر ، ولا يجوز الإبعاد لبلد كافر.

المطلب الثالث : التدابير الاحترازية المادية

الفرع الأول: المصادر.

١- **التعريف بهذا التدبير:** يُقصد بالمصادرة أن تستحوذ الدولة على أشياء مملوكة للغير، قهراً وبدون مقابل، إذا كانت تلك الأشياء ذات صلة بجريمة اقترفت فعلاً، أو أنها من الأشياء المحرمة قانوناً.

٢- خصائص المصادرة كتدبير احترازي:

أ. أن الحكم بها واجب ولو برىء المتهم من الجريمة أو صدر عفو عنه أو توفي أثناء نظر الدعوى الجنائية.

ب. لا تقيد المصادرة كتدبير احترازي بمراعاة حقوق الغير، ولو كان حسن النية.

ج. المصادرة كتدبير احترازي واجبة الوقوع.
د. لا بد أن يكون الشيء موضوع المصادرة قائماً وفي حيز الوجود عند صدور الحكم.

٣. تطبيقات قانونية لهذا التدبير :

أ. المادة (١١) من نظام مكافحة التزوير السعودي والتي جاء فيها) تضبط وتصادر جميع النقود المزيفة والمقلدة وكافة الأدوات المستعملة في الجريمة أو المتحصل عيها، وتسلم إلى مؤسسة النقد العربي السعودي، ولا يدفع مقابل لها أي تعويض عنها بأي حال من الأحوال). النظام الجزائي للتقليد والتزوير الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥٣) في ١١/٥/١٣٨٢هـ .

ب — المادة (١٢) من نظام مكافحة الرشوة السعودي والتي تنص على أنه) يُحكم في جميع الأحوال بمصادرة المال أو الميزة أو الفائدة موضوع الجريمة متى كان ذلك ممكناً عملاً). نظام مكافحة الرشوة الصادر بقرار من مجلس الوزراء رقم (١٤٤) في ٢٩/٢/١٣٨٢هـ .

ج. المادة (٣٩) من نظام المطبوعات السعودي، والتي تنص على أنه) في حال ارتكاب مخالفة لحكم المادة (٣/أ) من هذا النظام يجب الحكم دائماً بمصادرة المبلغ أو المنفعة المقبوضة بالإضافة إلى العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣٨)). نظام المطبوعات والنشر الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٦٥) في ٢٣/٣/١٤٠٢هـ .

الفرع الثاني : غلق المحل

١- التعريف بهذا التدبير والهدف منه : (منع مزاوله العمل المخصص له هذا المحل أو هذه المؤسسة)

ويهدف هذا التدبير إلى منع الشخص المحكوم عليه من العودة إلى استعمال المحل أو المؤسسة لممارسة عمل إجرامي يمثل خطراً على المجتمع.

٢- الشروط الواجب توافرها للحكم بهذا التدبير:

أ- أن تكون الجريمة جنائية أو جنحة.

ب- أن يكون المحل بجيازة المحكوم عليه وقت ارتكاب الجريمة.

ج. أن يكون المحل قد استخدم في ارتكاب الجريمة.

٣. مدة هذا التدبير : يحكم بإقفال المحل الذي استخدم في ارتكاب الجريمة مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة .

٤- تطبيقات قانونية لهذا التدبير:

أ- المادة (٥٧) من نظام مزاوله مهنة الصيدلة والاتجار بالأدوية الطبية والمستحضرات الطبية ، والتي تنص على أنه(يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن عشرة آلاف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من فتح أو أنشأ أو أدار منشأة أو صيدلية بدون ترخيص وفي كل الحالات يُحكم بغلق المنشأة). نظام مزاوله مهنة الصيدلة والاتجار

بالأدوية الطبية والمستحضرات الطبية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٣٥) في ١٧/٣/١٣٩٨هـ .

ب — المادة (٢٠٢) من نظام العمل والعمال ، والتي تنص على أن (يعاقب سجل من يخالف أحكام الفصل الثامن لغرامة قدرها ألف ريال وإغلاق المؤسسة كلياً أو جزئياً أو إيقاف المنشآت الجديدة). نظام العمل والعمال الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم(٧٤٥) في ٢٣/٨/١٣٨٩هـ، والمتوج بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) في ٦/٩/١٤٨٩هـ.

الفرع الثاني : حل الشخص المعنوي

١— التعريف بهذا التدبير : يقصد بحل الشخص المعنوي : تصفية أمواله، وزوال وصف الشخصية المعنوية عنه.

٢— الحالات التي يُحكم فيها بحل الشخصية المعنوية:

أ. إذا لم تتقيد الشخصية المعنوية بموجبات التأسيس القانوني .
ب . إذا كانت الغاية من تأسيسها مخالفة للقانون، أو كانت تستهدف في الواقع مثل هذه الغاية.

ج. إذا خالفت الأحكام القانونية المنصوص عليها تحت طائلة الحل.

د. إذا كانت قد أوقفت بموجب قرار مبرم لم تمر عليه خمس سنوات

٣— الآثار المترتبة على الحكم بحل الشخصية المعنوية:

أ. إلغاء الوجود القانوني للشخص المعنوي.

- ب. تصفية أعمال وأموال الشخص المعنوي.
- ج. إنهاء أعمال المديرين والممثلين والعمال، وتصفية استحقاقهم وفقدان كافة العاملين مراكزهم وصفاتهم.
- د. لا يستطيع المتسبب من الأشخاص الطبيعيين الاشتراك في تأسيس شخصية اعتبارية مماثلة أو الاشتراك في إدارتها.
- هـ . إلغاء الترخيص بمزاولة النشاطات الممنوح لها.

٤- تطبيقات قانونية لهذا التدبير :

أ- ما نصت عليه المادة (١٠٨) من قانون العقوبات اللبناني من أنه (يمكن وقف كل نقابة وكل شركة أو جمعية وكل هيئة معنوية ، ما خلا الإدارات العامة إذا اقترب مديروها أو أعضاء إدارتها أو ممثلوها أو عمالها باسمها أو بإحدى وسائلها جنائية أو جنحة مقصودة يعاقب عليها بسنتي حبس على الأقل).

الفرع الرابع: موقف الفقه من التدابير الاحترازية المادية
لم يُغفل الفقه الإسلامي اعتبار التدابير الاحترازية المادية، فقد صادر عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أموال أبي هريرة - رضي الله عنه - عندما استعمل عمر أبا هريرة على البحرين، فاجتمعت لأبي هريرة اثنا عشر ألفاً، فلما قدم إلى عمر قال له: أسرقت مال الله؟ فقال أبو هريرة: لم أسرق مال الله، ولكن خيلي تناسلت، وعطائي تلاحق، وسهامي

اجتمعت، فأخذ منه عمر المال، فلما صلى أبو هريرة الغداة قال: اللهم أغفر لعمر.

ويجوز لولي الأمر أن يأمر بإغلاق المحل أو حل الشخص المعنوي إذا ظهر من أصحابهما المخالفة، وعلى ولي الأمر أن ينص على كل أمر مخالف، لكي لا يعاقب من يقع في المحذور بغير علم.

هذا وقد طبقت الشريعة قاعدة: (لا جريمة ولا عقوبة بلا نص) في جرائم التعازير، وكان من المنطقي أن تطبقها؛ لأن القاعدة من القواعد الأساسية في الشريعة، فلا يمكن إهمالها.

الفصل الثاني

أحكام التدابير الاحترازية، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الأحكام الموضوعية للتدابير الاحترازية. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مدة التدابير الاحترازية.

الفرع الأول : مدة التدابير الاحترازية في الفقه
الأصل أن التدابير الاحترازية غير محددة المدة؛ لأنها تختلف باختلاف الأشخاص، والأزمان، وكذلك نوع الجريمة.

ففي الحبس تعزيراً، نجد أن الفقهاء قد اتفقوا على أنه لا تحديد لأقله، بل الأمر في ذلك مفوض إلى اجتهاد القاضي، فيحكم بالقدر الذي يراه كافياً لزجر وردع المجرم، فقد يكفي سجن يوم أو ساعة بالنسبة لبعض الناس. أما الحد الأعلى فغير محدود عند الجمهور، فلم يبين جمهور الحنفية والمالكية، والحنابلة وطائفة من الشافعية حداً لأعلى الحبس تعزيراً، بل المرجع عندهم في تقدير أعلى مدة الحبس تعزيراً إلى اجتهاد الحاكم بما يراه كافياً للزجر والردع، وذلك يختلف باختلاف الجريمة، والفاعل والظروف التي ارتكب فيها الجريمة.

وذهب طائفة من الشافعية إلى تحديد مدة الحبس في التعزير، فقالوا: لا يجوز أن يبلغ التعزير بالحبس سنة للحر، ونصف سنة للعبد. ودليلهم قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: "من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين" أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، وضعفه الألباني (صحيح وضعيف الجامع الصحيح، حديث رقم ٥٥٠٣)..

والراجح أن يُترك أمر تقدير المدة للقاضي؛ لأن المدة المحددة قد تمضي دون أن يحصل المراد من الحبس، وهو توبة المجرم وانزجاره عن معاودة الجريمة، ولو ورد تحديد بذلك لما جازت مخالفته.

والسجن يعد تدبيراً احترازياً مقيداً للحرية، ويقاس عليه سائر التدابير الاحترازية.

الفرع الثاني : مدة التدابير الاحترازية في النظام
 مدة التدبير الاحترازي يجب ألا تتحدد في حدها الأقصى؛ لتعارض ذلك مع
 منطق الأمور التي من أجلها جاءت التدابير الاحترازية، ولكن هل من
 المنطق أيضاً تحديدها في حدها الأدنى؟

لا شك أن اعتبارات منطقية تدعو هي الأخرى إلى عدم الأخذ بذلك، فما
 دام أن التدبير الاحترازي مناطه الخطورة الإجرامية ، ولذلك فإن منطق
 الأمور يقضي أيضاً بعدم تحديد التدبير الاحترازي في حده الأدنى.
 والواقع أنه ما دام أن هناك تدخلاً قضائياً في توقيح التدابير الاحترازية، فلا
 مانع من ترك الأمور لتقدير القاضي تبعاً لظروف كل شخص.
 وهناك وجهة أخرى ترى عدم جواز تحديد مدة التدبير الاحترازي؛ لأن
 هذا يفسح المجال بدون حد لطريق التحكم سواء لسلطة التنفيذ أو للقاضي
 المشرف عليه.

ومن جهة أخرى فليس من الضروري أن يظل المحكوم عليه خاضعاً للتدبير
 طيلة المدة التي حُددت في الحكم، فالطريقة المثلى في التنفيذ أنه بعد أن
 ينقضي الحد الأدنى لمدة التدبير - كما هو مبين في نص القانون- يفحص
 القاضي حالة المحكوم عليه.

ومن جهة ثالثة، ليس من المحتم إبطال العمل بالتدبير فور انتهاء المدة التي
 حددها الحكم، فقد يتبين للقاضي أن حالة المحكوم عليه تتطلب مزيداً من
 العلاج فيقرر إطالة مدة التدبير.

أما تجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً للتدبير، فإنه يلزم أن يحاط بقيود وشروط تكفل عدم تقديره في غير موضعه.

وفي رأيي أن عدم تحديد مدة للتدبير الاحترازي، هو الرأي الصحيح؛ لأن مناط إيقاع التدبير الاحترازي هو الخطورة الإجرامية، فمتى زالت هذه الخطورة فيمكن أن يُزال التدبير الاحترازي، لكي لا يكون إيقاع التدبير الاحترازي سبباً في التدخل في حريات الأفراد بدون سبب، وهذا ما يتوافق مع روح الشريعة الإسلامية.

وبهذا يتضح الفارق الأساسي بين العقوبة والتدبير الاحترازي، فالأصل في العقوبة أنها محددة المدة باعتبارها تمثل الجزاء عن فعل ارتُكب وخطيئة صاحبه، وهما ما يسع القاضي العلم بهما، والاستناد إليها في تحديد نوع العقوبة ومقدارها، وعلى الخلاف من ذلك فإن التدبير الاحترازي بطبيعته غير محدد المدة، باعتباره يواجه احتمالاً مستقبلاً.

المطلب الثاني

مدى اعتبار التدبير الاحترازي سابقة عند العود، وفيه فرعان:

الفرع الأول: مدى اعتبار التدبير الاحترازي سابقة عند العود في الفقه.

من أصر على الجريمة ولم يرتدع بما أوقع عليه من تدبير احترازي فإن للقاضي أن يشدد في إيقاع تدبير آخر.

وعند الحنفية: أن اللوطي والسارق وشاتم النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا تكرر منهم ذلك يعزرون بالقتل..

وعند الحنابلة: أن من تكرر منه الفساد ولم يرتدع بالحدود المقدرة يعزر بالقتل، واعتبروه حينئذ كالصائل.

والعود للجريمة له مفهومان:

أحدهما: أن يرتكب جريمة ثم يعود إليها نفسها، كأن يرتشي ثم يعود إلى الارتشاء مرة أخرى، وهذا ما يسمى في القانون بالعود الخاص.

وثانيهما: أن يرتكب جريمة ثم يعود إلى جريمة أخرى من نوع آخر، كأن يرتشي ثم يشهد الزور، وهذا ما يسمى في القانون أيضاً بالعود العامة.

وكلا المفهومين ينطبق عليهما العود.

وليس هناك حد فاصل بين زمن ارتكاب الجريمة الأولى وبين زمن ارتكاب الجريمة الثانية، فإن العائد لها يُعد في جميع الأحوال عائداً يستحق إيقاع التعزير بل و تغليظ التعزير إذا رأى القاضي ذلك.

الفرع الثاني : مدى اعتبار التدبير الاحترازي سابقة عند العود في النظام تعتبر العقوبة الصادرة بموجب حكم نهائي - نال قوة الأمر المقضي به- على الجاني سابقة في العود، عندما يعود الجاني لاقتراف جريمة جديدة، على أن يحدد القانون ظروف اعتبار الإدانة السابقة سابقة في العود. وقد أعارت القوانين الوضعية بمحملها اهتماماً خاصاً بمسألة العود، باعتباره ظرفاً مشدداً يبرر تشديد العقوبة على العائد، لعل في العقوبة ما يكفي لزره ويشيه عن عزمته في الإجرام.

ويجادل فقهاء القانون الوضعي في إمكانية اعتبار التدبير الاحترازي إنذاراً، فيرى البعض أن التدبير الاحترازي لا ينطوي على معنى الإنذار؛ وهو اتجاه يتفق مع ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية، حيث اعتبرت أن التدبير الاحترازي الذي يُتزل بالحدث لا يمكن اعتباره سابقة في العود، فعقوبة الإرسال إلى الإصلاحية مهما تكون مدتها لا يمكن اعتبارها أساساً لأحكام العود.

ولعل الرأي الآخر الذي يرى عدم إهمال التدبير الاحترازي عند تقرير حالة العود، هو الراحح؛ لأن التدبير يحمل إيلاًماً معيناً لمن ينفذ عليه، وقد يعتبر في بعض الحالات أفسى من العقوبة ذاتها، وهو ما يستوجب اعتبار التدبير كالعقوبة إنذاراً سابقاً.

وقد سبق أن شرطي تطبيق التدبير هما: توافر الخطورة الإجرامية، وارتكاب جريمة سابقة.

ولكن ما الفائدة من اعتبار التدبير الاحترازي إنذاراً للجاني، فهل يمكن تشديد التدبير الاحترازي الجديد أو العقوبة الجديدة؟ الأمر واضح بالنسبة للعقوبة؛ ذلك أن اعتبار التدبير إنذاراً سابقاً يؤدي إلى تشديد العقوبة، إذا رأى القاضي ضرورة الحكم بالعقوبة من جديد، أما عند الحكم بتدبير جديد فمن المنطق القول أن التدبير الجديد لا يشدد.

المطلب الثالث : مدى جواز تعدد التدابير الاحترازية ، وفيه فرعان :
 الفرع الأول : مدة جواز تعدد التدابير الاحترازية في الفقه .
 العقوبات التعزيرية يجتهد الإمام ونوابه القضاة في جنسها، وقدرها على ضوء مقاصد الشريعة ومصالح الأمة.
 قال أبو حنيفة في المرأة الحرة المرتدة المستتابة ولم ترجع إلى الإسلام: إنها تسجن تعزيراً حتى تسلم أو تموت، ويُعرض عليها الإسلام فإن أسلمت وإلا أعيدت، وتضرب أسواطاً في كل مرة.
 تعدد التعازير على شخص واحد، جائز ، ويكون ذلك على حسب الحاجة، وحال الجاني، وكذلك خطورته الإجرامية.

الفرع الثاني : مدى جواز تعدد التدابير الاحترازية في النظام
 الأصل هو تعدد التدابير الاحترازية بتعدد أسبابها، ومما يؤكد ذلك أنه يصعب إجراء تدرج للتدابير الاحترازية لتحديد أشدها وتطبيقه دون غيره.

أما إذا كانت الجريمة قد صدرت من حدث فإن التدابير في حقه لا تتعدد، كما جاء ذلك في القانون المصري من أنه إذا ارتكب الحدث الذي لا تزيد سنه على خمس عشرة سنة جريمتين أو أكثر وجب الحكم عليه بتدبير واحد مناسب، ويتبع ذلك إذا ظهر بعد الحكم بالتدبير أن الحدث ارتكب جريمة أخرى سابقة أو لاحقة على ذلك الحكم. المادة (١٦) من القانون المصري برقم (٣١) لسنة (٧٤) والمعدل بالقانون رقم (٧) لسنة ١٩٩٢م.

المبحث الثاني:

الأحكام الإجرائية للتدابير الاحترازية وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الرقابة على إصدار أحكام التدابير الاحترازية

لا يُتصور تدبير احترازي إلا بناء على قانون ينص عليه ويحدده ويبين أحكامه وشروط إنزاله تطبيقاً لمبدأ الشرعية.

وفيما يتعلق بنوع التدبير نجد أن القانون هو المختص وحده بتحديد أنواعها، ويربطها بنوع الخطورة الإجرامية.

فالقانون ينص على تدابير تربوية للأحداث، يتعين على القاضي أن يطبق تدبير واحد منها.

وهناك بعض الحالات الأخرى يتقيد القاضي بنوع التدبير المنصوص عليه كما في حالة علاج المدمنين، ولا يستطيع القاضي أن يطبق التدبير المنصوص عليه إلا بناء على معلومات طبية من الواجب توافرها.

وعلى هذا فيجب على الجهات التي تراجع الأحكام القضائية - كما هو الحال في المملكة العربية السعودية فحكمة التمييز تراجع الأحكام الصادرة من المحاكم- أن ترى مدى تطبيق القاضي للقانون الصادر للتدبير الاحترازي فإذا رأت أن القاضي قد خالف القانون فعليها أن تنبه القاضي لذلك فيتراجع عن حكمه أو يبدي وجهة نظره في سبب إيقاع هذا

التدبير، كأن تكون الخطورة الإجرامية للمجرم تستدعي أن يوقع عليه تدبير أشد من التدبير المقرر.

المطلب الثاني : إجراءات صدور الحكم بالتدابير الاحترازية

تمر دعوى التدابير الاحترازية بمرحلتين:

الأولى مرحلة خاصة بالتحقق من ارتكاب الجريمة.

الثاني تتعلق بالتحقق من الخطورة الإجرامية.

والمرحلة الأولى هي في الواقع من اختصاص قاضي الموضوع.

إلا أن التحقق من الجريمة ليس هو الشرط الوحيد الذي يسبق تطبيق التدبير الاحترازي؛ وذلك لأنه يتعين تحقق مرحلة ثانية هي الكشف عن الخطورة، سواء كانت خطورة اجتماعية أم خطورة إجرامية.

وعندما يقرر القاضي من تلقاء نفسه التدبير الاحترازي فإنه يرسل الأوراق للنيابة العامة كما في مصر — هيئة التحقيق الإدعاء العام كما في المملكة العربية السعودية — لإبداء رأيها ، ومن الضروري أن تكون هذه الطلبات أو تلك الآراء التي تبديها النيابة العامة مكتوبة ومسببة.

المطلب الثالث : التنفيذ الفوري للتدابير الاحترازي

تقضي قرينة الأصل في المتهم البراءة، أن يكون لطرق الطعن — كقاعدة عامة- أثر مؤوقف لتنفيذ الجزاء الجنائي، ومن الأمور التي تجعل التدابير الاحترازية غير خاضعة للطعن ما يلي :

- ١- أن إخضاع التدبير الاحترازي لطرق الطعن وتوقيف تنفيذه أمراً ليس في مصلحة المجتمع أصلاً.
 - ٢- قيل إنه لا فائدة من إخضاع التدابير الاحترازية لطرق الطعن أصلاً؛ ذلك أن التدابير بطبيعتها قابلة لإعادة النظر فيها.
 - ٣- إذا ما ثبتت خطورة الفاعل فلا مجال بعدها للتمسك بقاعدة (إن الجاني يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته)، فإذا كان ذلك ضرورياً في العقوبات فهو ليس كذلك في التدابير الاحترازية.
- أما العقوبات فإنها تراعي الخطأ الذي وقع، وتسعى لإيجاد الجزاء المناسب معه.

ولا بد بعد ذلك من التسليم بضرورة التطبيق الفوري للتدابير رغم كل طرق الطعن.

إن التنفيذ الفوري للتدابير الاحترازية يتناسب بشكل واضح مع الأحداث الذين تنفذ بحقهم التدابير تنفيذاً معجلاً ولو مع استئنافها المادة (٣٨) من قانون الأحداث المصري.

تم التلخيص بحمد الله تعالى
وصلى الله وسلم على نبينا محمد
وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

تنفيذ الأحكام الإدارية

إعداد الطالب

وليد بن محمد الصمعاني

إشراف

د. رضا متولي وهدان

١٤٢٤ - ١٤٢٥ هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) ٢٨١

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) ٢٤٨

البحث بعد التلخيص بحجم (A4) ٦٦

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

تقسيمات البحث:

تتكون تقسيمات البحث من مقدمة وتمهيد، وأربعة فصول، وخاتمة، يليها فهارس البحث:

المقدمة وتشمل: أهمية الموضوع، أسباب اختيار الموضوع، الدراسات السابقة، منهج البحث، وتقسيمات البحث.

التمهيد: تعريف مفردات العنوان.

وفيه مباحث:

المبحث الأول: مفهوم التنفيذ.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم التنفيذ في اللغة.

المطلب الثاني: مفهوم التنفيذ في النظام.

المطلب الثالث: مفهوم التنفيذ في الفقه.

ب – المبحث الثاني: مفهوم الحكم.

وفيه مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الحكم في اللغة.

المطلب الثاني: مفهوم الحكم في النظام.

المطلب الثالث: مفهوم الحكم في الفقه.

جـ — المبحث الثالث: مفهوم الحكم الإداري.

وفيه مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الحكم الإداري في اللغة.

المطلب الثاني: مفهوم الحكم الإداري في النظام.

المطلب الثالث: مفهوم الحكم الإداري في الفقه.

الفصل الأول: القوة التنفيذية للحكم الإداري.

وفيه مباحث:

المبحث الأول: حقيقة القوة التنفيذية للحكم، وتميزها عما يختلط بها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حقيقة القوة التنفيذية للحكم.

الفرع الأول: حقيقة القوة التنفيذية للحكم في النظام.

الفرع الثاني: حقيقة القوة التنفيذية للحكم في الفقه.

المطلب الثاني: تمييز القوة التنفيذية للحكم عما يختلط بها.

الفرع الأول: تمييز القوة التنفيذية للحكم عما يختلط بها في

النظام.

الفرع الثاني: تمييز القوة التنفيذية للحكم عما يختلط بها في

الفقه.

المبحث الثاني: مصدر القوة التنفيذية للحكم.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: منطوق الحكم .

الفرع الأول: منطوق الحكم في النظام.

الفرع الثاني: منطوق الحكم في الفقه.

المطلب الثاني: أسباب الحكم.

الفرع الأول: أسباب الحكم النظام.

الفرع الثاني: أسباب الحكم في الفقه.

المبحث الثالث: الصيغة التنفيذية للحكم الإداري.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الصيغة التنفيذية للحكم الإداري في النظام.

المطلب الثاني: الصيغة التنفيذية للحكم الإداري في الفقه.

المبحث الرابع: التزام الإدارة بتنفيذ الأحكام الإدارية.

وفيه مطالب:

المطلب الأول: أساس الالتزام العام للإدارة بتنفيذ أحكام

القضاء.

المطلب الثاني: أساس الالتزام الخاص للإدارة بتنفيذ الأحكام

الصادرة ضدها.

الفرع الأول: النظرية الاجتماعية.

الفرع الثاني: نظرية النص القانوني.

الفرع الثالث: نظرية حجية الشيء المقضي به.

الفرع الرابع: نظرية القوة الإلزامية للحكم.

المطلب الثالث: موقف الفقه من التزام الإدارة بتنفيذ أحكام القضاء.

الفصل الثاني: صور وأسباب امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية. وفيه مبحثان:

المبحث الأول: صور امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها. وفيه مطالب:

المطلب الأول: التأخير في التنفيذ.

المطلب الثاني: التنفيذ الناقص.

المطلب الثالث: الامتناع بإصدار قرار إداري.

المطلب الرابع: الرفض الصريح.

المطلب الخامس: موقف الفقه من صور امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام.

المبحث الثاني: أسباب امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية. وفيه مطالب:

المطلب الأول: الأسباب المستمدة من المصلحة العامة.

المطلب الثاني: الأسباب المتعلقة بصعوبات التنفيذ.

المطلب الثالث: الأسباب المتعلقة بالدوافع الشخصية.

المطلب الرابع: موقف الفقه من أسباب الامتناع.

الفصل الثالث: كيفية تنفيذ الأحكام الإدارية.

وفيه مباحث:

المبحث الأول: كيفية تنفيذ أحكام وقف تنفيذ القرار الإداري.

وفيه مطالب:

المطلب الأول: الوضع الخاص لدعوى وقف تنفيذ القرار

الإداري.

المطلب الثاني: كيفية تنفيذ الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار

الإداري في النظام.

المطلب الثالث: كيفية تنفيذ الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار

الإداري في الفقه .

المبحث الثاني: كيفية تنفيذ أحكام الإلغاء.

وفيه مطالب:

المطلب الأول: علاقة الأثر الرجعي لحكم الإلغاء بتنفيذ الحكم.

المطلب الثاني: قواعد تنفيذ حكم الإلغاء.

الفرع الأول: القواعد الشكلية لتنفيذ حكم الإلغاء.

الفرع الثاني: القواعد الموضوعية لتنفيذ حكم الإلغاء.

المطلب الثالث: قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية في الفقه.

المبحث الثالث: كيفية تنفيذ أحكام التعويض.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة.

الفرع الأول: كيفية تنفيذ أحكام التعويض في النظام.

الفرع الثاني: كيفية تنفيذ أحكام التعويض في الفقه.

المطلب الثاني: كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة لصالح الإدارة.

الفرع الأول: كيفية تنفيذ أحكام التعويض الصادرة ضد

الأفراد.

أولاً: التنفيذ القضائي.

ثانياً: التنفيذ الإداري.

الفرع الثاني: مسؤولية الإدارة عن المخاطر في التنفيذ

ضد الأفراد في النظام.

الفرع الثالث: تنفيذ الإدارة للحكم ضد الأفراد في

الفقه.

الفصل الرابع: ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: وسائل حث الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية.
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الوسائل القضائية.

الفرع الأول: إخطار الإدارة بواجبها في تنفيذ الأحكام.

الفرع الثاني: تدخل القاضي الإداري لتنفيذ أحكامه.

الفرع الثالث: استخدام أسلوب الضغط المالي.

الفرع الرابع: موقف الفقه من الوسائل القضائية لحث
الإدارة على تنفيذ الأحكام.

المطلب الثاني: الوسائل شبه القضائية.

الفرع الأول: لجان التقرير والإيضاح.

الفرع الثاني: الوسيط.

الفرع الثالث : موقف الفقه من الوسائل شبه القضائية
لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام .

المبحث الثاني : جزاء امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام
الإدارية.

وفيه مطالب :

المطلب الأول : إلغاء القرار المخالف للحكم المقضي

به.

الفرع الأول: إجراءات إلغاء القرار المخالف للحكم المقضي به في النظام.

الفرع الثاني: موقف الفقه من إجراءات إلغاء القرار المخالف للحكم المقضي به.

المطلب الثاني: انعقاد المسؤولية المدنية للإدارة.

الفرع الأول: شروط انعقاد المسؤولية.

الفرع الثاني: جزاء انعقاد المسؤولية.

الفرع الثالث: موقف الفقه من المسؤولية المدنية للإدارة.

المطلب الثالث: المسؤولية الجزائية للموظف المسؤول.

الفرع الأول: المسؤولية الجزائية للموظف المسؤول في النظام.

الفرع الثاني: موقف الفقه من المسؤولية الجزائية للموظف المسؤول.

— الخاتمة.

— الفهارس:

٥ — فهرس الموضوعات.

المبحث الأول مفهوم التنفيذ

المطلب الأول: مفهوم التنفيذ في اللغة.

التنفيذ: مصدر للفعل نَفَّذَ، يدل على قضاءٍ في أمرٍ وغيره .

المطلب الثاني : مفهوم التنفيذ في النظام

معنى التنفيذ في القانون هو: إعمال القواعد القانونية في الواقع العملي، أو — كما سبق —: احترام القانون أو العقد وإعمال ما يقضيان به من أوجه الأمر والنهي.

وبهذا التعريف يكون التنفيذ في المفهوم النظامي بوجه عام هو تطبيق النظام على الواقع سواءً كان ذلك عن طريق التنفيذ الاختياري من قبل المحكوم عليه — سواء كان فرداً أو جهة عامة — أو كان عن طريق تدخل السلطة العامة لإجباره على التنفيذ.

المطلب الثالث : مفهوم التنفيذ في الفقه

التنفيذ في المفهوم الفقهي له إطلاقان:

— الإطلاق الأول: ما يقارب المعنى اللغوي للتنفيذ وهو الإمضاء، وهذا هو المعنى الأعم.

— الإطلاق الثاني: إعلام القاضي الثاني بما حكم به القاضي الأول على وجه التسليم، وهو معنى اصطلاحى خاص.

المبحث الثاني

مفهوم الحكم

— المطلب الأول: مفهوم الحكم في اللغة.

الحكم لغة: مصدر للفعل حَكَمَ يَحْكُمُ. والجمع: أحكام، وهو المنع.

المطلب الثاني : مفهوم الحكم في النظام

من خلال عرض مذاهب الشراح، والتي تتلخص في ثلاثة اتجاهات:

(أ) **الاتجاه الأول:** ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحكم يراد به: كل القرارات التي تصدرها المحاكم في خصومة أو في غير خصومة، ولو لم تكن فاصلة في نزاع.

(ب) **الاتجاه الثاني:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحكم هو: القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكياً صحيحاً ومختصة في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة، أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه، وهذا الاتجاه هو رأي كثير من شراح الأنظمة

(ج) الاتجاه الثالث: ويراد بالحكم عند أصحاب هذا الاتجاه: القرار الصادر عن جهة قضائية للفصل في المنازعات وفق قواعد المرافعات.

والذي يظهر أن الاتجاه الأخير هو الاتجاه الأوجه، ذلك أن الحكم القضائي يجب أن ينحصر إطلاقه في الوظيفة الأساسية للسلطة القضائية وهذه الوظيفة هي فصل الخصومات وإنهاء المنازعات.

المطلب الثالث : مفهوم الحكم في الفقه

يمكن أن يستخلص من هذه التعاريف تعريفاً مختصراً وشاملاً للحكم القضائي، فيقال في تعريف الحكم القضائي أنه: فصل الخصومة من مختص بطريق الإلزام.

المبحث الثالث

مفهوم الحكم الإداري

المطلب الأول: مفهوم الحكم الإداري في اللغة.

الإدارة في اللغة تأتي بمعنى الرياسة والتصريف وتولي شأن أمر من الأمور.

وبهذا يتضح أن الحكم الإداري في اللغة هو: المنع من تصريف أو تولى أمر من الأمور.

المطلب الثاني : مفهوم الحكم الإداري في النظام

مفهوم الحكم الإداري هو: القرار الصادر عن جهة قضائية للفصل في المنازعات الإدارية وفق قواعد المرافعات.

المطلب الثالث : مفهوم الحكم الإداري في الفقه

لزماً علينا تحديده مفهوم قضاء المظالم في الفقه لنخلص من خلاله إلى تحديد مفهوم الحكم الصادر فيه وهو الحكم الإداري.

قضاء المظالم يمكن تحديد مفهومه بأنه: (سلطة قضائية خاصة بمراقبة عمال الدولة، والفصل في الخصومات التي يكون أحد أطرافها أو كلاهما من ذوي القوة والنفوذ بسبب عمله الوظيفي أو بأي سبب آخر).

يمكن تعريف الحكم الإداري الصادر في هذه المنازعة بأنه: فصل الخصومة التي يكون أحد أطرافها أو كلاهما من ذوي القوة والنفوذ بطريق الإلزام من قاضي المظالم.

فالحكم الإداري — هنا — هو الحكم القضائي الصادر في الخصومة المتعلقة بذوي الجاه والنفوذ، وهذا ما يميزه عن غيره من الأحكام القضائية.

الفصل الأول

القوة التنفيذية للحكم الإداري

المبحث الأول: حقيقة القوة التنفيذية للحكم وتمييزها عما يختلط بها.

المطلب الأول: حقيقة القوة التنفيذية للحكم.

الفرع الأول: حقيقة القوة التنفيذية للحكم في النظام.

القوة التنفيذية للحكم لا تثبت له بمجرد صدوره، وإنما يتعين لقيامها استيفاء الحكم لعدة شروط مثل: ألا يكون للطعن في الحكم أثر واقف، أو أن يكون الطعن قد تم، أو فاتت مواعيده، فضلاً عن استيفاء مقدمات التنفيذ .

وبذلك يتضح أن القوة التنفيذية للأحكام القضائية تستهدف إعمالها وتحقيق مقتضاها، إما طوعاً وإما جبراً عن طريق الاستعانة برجال السلطة العامة.

والقوة التنفيذية للحكم القضائي إنما تكون لحكم الإلزام دون غيره من الأحكام.

والأحكام القضائية قد تكتسب القوة التنفيذية وإن لم تحز هذه الأحكام الحجية.

وعلى هذا، فإن الحكم القضائي يكتسب حجية الشيء المقضي بمجرد صدوره، وهذه الحجية تنطوي على قوة إلزامية تفرض واجب الخضوع للحكم.

فالقوة التنفيذية تفترض مقدماً قيام الحجية ووجودها، وتوافر شروط أخرى والأصل أن القوة التنفيذية لا تكون إلا للأحكام القطعية النهائية، فهي تتوقف على استغلاق طرق الطعن العادية .

والقوة التنفيذية للحكم القضائي لا تختلف في نظام المرافعات عنها في النظام الإداري ، فطالما أن الحكم قد اكتسب الصفة القضائية فهو متمتع بالقوة التنفيذية سواء كان صادراً ضد الإدارة، أو ضد فرد من الأفراد.

فالقوة التنفيذية وصف متعلق بالحكم القضائي ذاته، دون اعتبار لمن صدر ضده هذا الحكم.

وتطبيقاً للقوة التنفيذية للحكم القضائي، فإن النظام القضائي السعودي أسبغ هذه القوة على الأحكام القطعية، فأضفى القوة

التنفيذية العادية على الأحكام القطعية، وجعل هذا هو الأصل، ولكنه مع ذلك أعطى بعض الأحكام غير القطعية هذه القوة لاعتبارات خاصة المادة (١٩٨) من نظام المرافعات، والمادة (٧) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم . .

والنظام القضائي السعودي لم يفرق في ذلك بين الأحكام الصادرة ضد الأفراد والأحكام الصادرة ضد الإدارة، بل جعل الأساس في تمتع الحكم بالقوة التنفيذية هو اكتساب القطعية أو عدم اكتسابه لها مع بعض الاستثناءات.

ويتجلى ذلك من خلال النظر في نظام المرافعات صدر نظام المرافعات بالمرسوم الملكي م/٢١ في تاريخ ٢٠/٥/١٤٢١هـ.، وقواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم صدرت هذه القواعد بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٩٠ في تاريخ ١٦/١١/١٤٠٩هـ. .

فقد نصت المادة (١٩٨) من نظام المرافعات: على أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً قبل اكتساب الحكم القطعية إلا إذا كان التنفيذ المعجل مأموراً به في الحكم.

وبينت المادة (٣١) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم: أن الحكم يكون نهائياً وواجب النفاذ إذ لم يطلب تدقيق الحكم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليم المحكوم عليه نسخة إعلام الحكم.

واستثنت المادة (٧) من هذه القواعد بعض الأحكام غير النهائية فاعترفت لها بقوة تنفيذية معجلة، كالأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري، أو الأمر بإجراء تحفظي أو وقفي، إذا قدرت الدائرة القضائية ترتب آثار يتعذر تداركها.

والحكم في النظام القضائي السعودي يكتسب القطعية بالتصديق عليه من محكمة التمييز، أو هيئة التدقيق بالنسبة لأحكام ديوان المظالم، أو بانقضاء الميعاد المحدد للطعن فيه دون طعن من قبل المحكوم عليه كما تنص على ذلك المادة (١٨٨) من نظام المرافعات، والمادة (٣٥) والمادة (٣٦) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم..

الفرع الثاني : حقيقة القوة التنفيذية للحكم في الفقه

إن القوة التنفيذية للحكم في الفقه تتأسس على قابلية الحكم للتنفيذ، وعدم جواز نقضه.

وهذه القوة لا تثبت للحكم القضائي أيًا كان نوع الدعوى التي صدر بشأنها إلا بتوافر شروط معينة، وهي:

١. ألا يكون الحكم قد صدر مخالفاً لنص من الكتاب، أو السنة أو الإجماع، أو القياس الجلي ، وذلك لحديث: {من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد} أخرجه البخاري في صحيحه ٧٥٣/٢، ومسلم في صحيحه ١٣٤٣/٣ ...
٢. ألا يكون الحكم قد صدر من قاضٍ تجاوز ولايته المحددة له من قبل ولي الأمر.
٣. ألا يكون الحكم قد صدر في دعوى يمنع القاضي من نظرها شرعاً.
٤. ألا يكون الحكم قد اشترط لقطعيته مراجعة قضاة آخرين.

وتكتسب القوة التنفيذية للحكم القضائي أهميتها من حيث كونها الهدف الأساسي من القضاء، وبمقتضاها تعود الحقوق لأصحابها، كما قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "... فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له" السنن الكبرى: البيهقي ١٥٠/١٠، وسنن الدارقطني ٢٠٦/٤، ونصب الراية: الزيلعي ٨٠/٥.

المطلب الثاني

تميز القوة التنفيذية للحكم عما يختلط بها

الفرع الأول: تمييز القوة التنفيذية للحكم عما يختلط بها في النظام.

أولاً: تمييز القوة التنفيذية عن حجية الشيء المقضي.

حجية الشيء المقضي يقصد بها: أن الحكم القضائي يجوز الاحترام بصدوره سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى، بحيث إذا رفع أحد الخصوم الدعوى التي فصل فيها تعين عدم قبولها، وإذا أثير ما قضى به أمام القضاء وجب التسليم به دون بحث مجدد .

وهذه الحجية تثبت للحكم بمجرد صدوره سواء كان حكماً ابتدائياً أو نهائياً، حضورياً أو غيابياً.

وحجية الشيء المقضي قد يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدر بشأنها الحكم،.

والغاية من إقرار مبدأ حجية الشيء المقضي يتلخص في أمرين:

الأول: وضع حد للمنازعات، والحيلولة دون تأييد الخصومات.

الثاني: ضمان عدم تناقض الأحكام القضائية وتضاربها.

عند المقارنة نجد أن شراح النظام قد اختلفوا حول ارتباط القوة التنفيذية بحجية الشيء المقضي:

فبعض الشراح ذهب إلى التسوية بين حجية الشيء المقضي وبين القوة التنفيذية للحكم القضائي، وأن حجية الشيء المقضي تفرض على الإدارة نوعين من الالتزامات:

الأول: التزام الإدارة بعدم اتخاذ أي إجراء يتعارض مع الحكم القضائي.

الثاني: الالتزام بعمل كل إجراءات التنفيذ التي يتطلبها الحكم القضائي.

وأما الغالبية من الشراح فقد ذهبوا إلى التفرقة بين حجية الشيء المقضي وبين القوة التنفيذية للحكم القضائي .

و الرأي القاضى بالتفرقة بين حجية الشيء المقضي وبين القوة التنفيذية للحكم القضائي هو الأوجه، لا سيما وأن القول الأول قد قسم الحجية إلى قسمين مختلفين مما يدل على وجود الحجية بمعناها

السابق إلى جانب القوة التنفيذية، ولذا كان الفصل بينهما هو الأولى، ويتجلى ذلك بوضوح من خلال الآتي:

أولاً: أن القوة التنفيذية للحكم القضائي تضمن تحقيقه وإعمال ما قضى به بطريق فعال ومباشر.

ثانياً: أن حجية الشيء المقضي تنتج أثرها في مواجهة الجهات القضائية.

ثالثاً: أن القوة التنفيذية للحكم القضائي تستهدف في جميع الأحوال تحقيق نتيجة إيجابية هي: إعمال الحكم وتنفيذ مقتضاه.

أما حجية الشيء المقضي فتحقق في الغالب غاية سلبية هي: الحيلولة دون عرض النزاع من جديد أمام القضاء.

رابعاً: أن حجية الشيء المقضي من أهم ما يتميز ويختص به العمل القضائي دون سائر الأعمال النظامية.

خامساً: أن حجية الشيء المقضي والقوة التنفيذية قد لا يتعاصران بل قد لا يجتمعان مطلقاً في حكم واحد.

ثانياً: تمييز القوة التنفيذية للحكم عن قوة الشيء المقضي.

تميز القوة التنفيذية للحكم القضائي عن قوة الشيء المقضي ففتين من خلال اختلاف مفهوم كل منهما عن الآخر، فالقوة التنفيذية للحكم القضائي تعني الأثر الذي يرتبه النظام على أحكام القضاء الملزمة ويجعلها صالحة للتنفيذ متى توافرت شروط معينة كإعلان الحكم ونحوه - كما سبق - .

وأما قوة الشيء المقضي فتعني: عدم قابلية الحكم للطعن فيه بطرق الطعن العادية .

وعلى هذا، فإن القوة التنفيذية للحكم القضائي مرحلة متأخرة عن مرحلة قوة الشيء المقضي التي تحصن الحكم ضد الطعن فيه بالطرق العادية، وتمهد له في الوقت ذاته تنفيذ مقتضاه في الواقع، فقوة الشيء المقضي تحقق للحكم قدراً معقولاً من الاستقرار يبرر تنفيذه متى ما استكمل الحكم الشروط اللازمة لذلك.

الفرع الثاني : تمييز القوة التنفيذية للحكم عما يختلط بها في الفقه إن القوة التنفيذية للحكم القضائي في الفقه تعني: قابلية الحكم للتنفيذ ولزومه. وهذه القوة لا تثبت للحكم إلا بتوافر شروط معينة:

- ١- عدم مخالفته للكتاب والسنة والإجماع والقياس الجلي.
- ٢- ألا يكون الحكم قد صدر من قاضٍ تجاوز حدود ولايته.

- ٣- ألا يكون الحكم قد صدر من قاضٍ ممنوع من نظر الدعوى شرعاً.
- ٤- ألا يكون قد اشترط لتنفيذ الحكم مراجعة قضاة آخرين له.

ومما يدل على اعتبارهم للأثر السلبي للحجية ما يذكره الفقهاء في: كتاب القاضي إلى القاضي، حيث أوجبوا على القاضي المكتوب إليه العمل بما ورد في الكتاب، واعتماد ما جاء به من شهادة أو حكم إذا تأكد من صحة نسبة الكتاب إلى القاضي المرسل. وهذا يعني: احترام أحكام القضاة دون حاجة لبحث صحتها.

فالحكم إذا صدر من القاضي المختص اكتسب الحجية التي تمنع من إعادة نظر الدعوى من قبله أو من قبل غيره، وكذلك عدم جواز رجوعه عن الحكم، فإذا تمتع الحكم بهذه الحجية وتوافرت فيه الشروط التي تتيح تنفيذه مثل تصديقه من قضاة آخرين عنهم ولي الأمر للتأكد من الأحكام فإن الحكم يكتسب القوة التنفيذية التي تجعله صالحاً للتطبيق في الواقع.

المبحث الثاني

مصدر القوة التنفيذية للحكم

— المطلب الأول: منطوق الحكم.

الفرع الأول: منطوق الحكم في الفقه.

كانت الأحكام القضائية في بداية العصر الإسلامي شفوية، ولم يبدأ تسجيل الأحكام إلا في عهد معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه.

والفقهاء متفقون على جواز كتابة الحكم وتسجيله، وجمهورهم على الاستحباب، وإنما اختلفوا في وجوب الكتابة أو عدم وجوبها، والراجح الوجوب إذا دعت الحاجة إلى ذلك.

وقد اشترط الفقهاء لمنطوق الحكم شروطاً يلزم توافرها فيه، وهي:

١- أن يكون المنطوق دالاً على الحكم.

بل إن بعض الفقهاء من الحنفية أوجبوا على القاضي استخدام صيغة معينة في الحكم كقوله: قضيت، أو حكمت، أو أنفذت.

وإن كان جمهور الفقهاء لم يشترط ذلك، بل يكفي بأن يكون اللفظ دالاً على ماهية الحكم وحقيقته؛ إذ العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني.

٢- أن يكون المنطوق دالاً على الحكم على سبيل الجزم والتأكيد.

٣- أن يكون المنطوق موافقاً للدعوى والحجج.

٤- أن يكون المنطوق موافقاً لأحكام الشريعة المقررة في الكتاب والسنة والإجماع والقياس الصحيح .

٥- ألا يخالف القاضي في منطوقه شرط ولي الأمر من حيث التقييد في الزمان والمكان والنوع.

فإذا اكتملت هذه الشروط في منطوق الحكم اكتسب قوته كمصدر للقوة التنفيذية التي تجعل الحكم القضائي صالحاً للتنفيذ.

الفرع الثاني

منطوق الحكم في النظام

إذا أردنا تحديد مفهوم منطوق الحكم في النظام فإنه: نص المحكمة النهائي الذي تقضي به حلاً للتراع.

والمنطوق قد يكون صريحاً أو ضمناً، فالمنطوق الصريح هو النص القاطع في محل التراع، وأما المنطوق الضمني فإنه ما قد يستخلص من المنطوق ذاته.

ولكي يكون المنطوق معتبراً لا بد أن تتوافر فيه الشروط التالية:

- ١- أن يكون منطوق الحكم واضحاً، ومتسقاً في ذاته.
- ٢- أن يكون منطوق الحكم قاطعاً، وحاسماً للتراع .
- ٣- ألا يغفل منطوق الحكم الفصل في دفع أو طلب قُدم إلى المحكمة.

وتطبيقاً لذلك، فإن ديوان المظالم قد أشار إلى ذلك في عدد من الأحكام القضائية الصادرة عنه: ومن ذلك ما ورد في حكم له: "ومن حيث إنه لما كان الفصل في المنازعات المعروضة على القضاء

إنما يتم بصيغة الحسم التي تقطع بالبت في النزاع على نحو يحدد حقوق والتزامات الخصوم، فإنه وقد عبر الحكم محل التدقيق عن قضائه في الدعوى الماثلة بصيغة الرأي لا يكون حاسماً في النزاع، الأمر الذي يستلزم نقضه "الحكم رقم ٣٤٥/ت/٣ لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم ٤/٤/٤٩/ق لعام ١٤٠٤هـ..

وكذلك ما ورد من ملاحظة على أحد الأحكام فيما يتعلق بصيغة المنطوق: "جاء منطوق حكم الدائرة بصيغة عامة لا تنهي النزاع ولا تدل على المقصود الذي ورد في طلب المدعي وأسباب الدائرة" الحكم رقم ٣٠/ت/٤ لعام ١٤٢٠هـ في القضية رقم ٥٣٤/العام ١٤١٧هـ..

ويلحظ في أحكام ديوان المظالم أن منطوق الحكم يكون مقسماً إلى عدة فقرات، وذلك عند تعدد الطلبات أو الدفعات ومن ذلك: الحكم رقم ٥٩/ت/١ لعام ١٤١٥هـ، في القضية رقم ١/٩٢/ق لعام ١٤٠٨هـ، والحكم رقم ٣٢/ت/٢ لعام ١٤١٥هـ في القضية رقم ٤/٣٣/ق لعام ١٤١٤هـ..

المطلب الثاني : أسباب الحكم

الفرع الأول: أسباب الكم في الفقه.

يقصد بأسباب الحكم عند الفقهاء: ذكر القاضي ما بنى عليه حكمه القضائي من الأحكام الكلية، وأدلتها الشرعية، وذكر الوقائع القضائية المؤثرة، وكيفية ثبوتها بطرق الحكم المعتمدة.

وتنقسم أسباب الحكم باعتبار الموضوع إلى قسمين:

أ - الأسباب الشرعية..

ب - الأسباب الواقعية.

الفرع الثاني : أسباب الحكم في النظام

يقصد بأسباب الحكم: الحثيات والأسانيد الواقعية والحجج النظامية التي بني عليها الحكم ، وتنقسم أسباب الحكم بعدة اعتبارات:

فمن حيث الاعتبار الواقعية والنظامية تنقسم الأسباب إلى قسمين:

أ - الأسباب الواقعية.

ب- الأسباب النظامية.

وتنقسم الأسباب باعتبار أهميتها إلى قسمين:

أ- الأسباب الجوهرية.

ب- الأسباب العرضية.

- ويشترط لاعتبار أسباب الحكم صحيحة الشروط التالية:

- ١- أن تكون الأسباب واضحة غير مجهلة ولا ناقصة .
- ٢- أن تكون الأسباب غير متناقضة، ومؤدية للنتيجة التي انتهت إليها.
- ٣- أن تكون الأسباب مستخلصة من وقائع الدعوى وأدلتها.
- ٤- أن تكون الأسباب كافية لإصدار الحكم.
- ٥- أن تكون الأسباب واردة في ورقة الحكم ذاتها.

وتطبيقاً لذلك، فإن ديوان المظالم قد أشار في بعض أحكامه إلى تلك الشروط والصفات اللازم توافرها في التسبيب، ومن ذلك:

ما ورد في حكم للديوان نصه: "وإنه يكفي لسلامة الحكم أن يكون مقاماً على أسباب يستقيم معها بحيث يتفق منطوق الحكم في نتيجته مع الأسباب التي قام عليها، وحسب الحكم السديد أن يورد الأسباب التي يقيم عليها قضاءه" الحكم رقم ٣٢/ت/٣ لعام ١٤١١هـ في القضية رقم ١/٢٩٩٢/١ ق لعام ١٤٠٩هـ..

وكذلك ما ورد في حكم آخر نصه: ".... وما ذكره المدعى عليه مردود بما جرت عليه ضوابط تسبيب الأحكام من أن للمحكمة أن تورد الأدلة الواقعية والحجج التي استند إليها الخصوم في ثنايا أسباب الحكم، كما أنه يكفي لسلامة الحكم أن يكون قائماً على أسباب يستقيم معها، ولا يلزم أن يتعقب حجج الخصوم في مناحي أقوالهم استقلالاً ثم يفندوها تفصيلاً الواحد تلو الآخر" الحكم رقم ٤٨/ت/٣ لعام ١٤١١هـت في القضية رقم ١/١/٨٣٠/ق لعام ١٤٠٩هـ . .

ويلحظ على أحكام الديوان — وخصوصاً في دعاوى الإلغاء — الميل إلى الاقتضاب والاختصار، وهو مع ذلك غير مفرط في الاقتضاب

ورغم أن التسبب من المبادئ العامة التي لا يحتاج إلى نص يستند إليه كما سبق — إلا أن الأنظمة القضائية في المملكة قد أكدت على ذلك كما في المادة (١٦٢ — ١٦٤) من نظام المرافعات صدر نظام المرافعات بالمرسوم الملكي رقم م/ ٢١ في تاريخ ٢٠/٥/١٤٢١هـ.

والمادة (٣١) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم صدرت هذه القواعد بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٩٠ في

تاريخ ١٦/١١/١٤٠٩هـ، حيث نصت على: أنه يجب أن
يشتمل إعلان الحكم على الأسباب التي بني عليها وبيان مستنده.

المبحث الثالث

الصيغة التنفيذية للحكم الإداري

المطلب الأول: الصيغة التنفيذية للحكم الإداري في النظام.

الفرع الأول: مضمون الصيغة التنفيذية.

مضمون الصيغة التنفيذية هو: إدراج عبارة نظامية في الحكم القضائي تدل على قابليته للتنفيذ وقد جرت الأنظمة على استعمال صيغة محددة، وهذا ما ورد في المادة (١٩٦) من نظام المرافعات.

بعض الأنظمة تفرق في تلك الصيغة من حيث صياغتها، ففي حين أنها تضمن الصيغة التنفيذية للأحكام غير الإدارية ما يدل على جواز استعمال القوة في سبيل تنفيذ الحكم، نجد أنها لا تضمن الصيغة التنفيذية للحكم الإداري ما يدل على ذلك.

وفي المقابل نجد أن بعض الأنظمة الأخرى لا تفرق في ذلك إلا فيما يخص دعاوى الإلغاء تحديداً، فتكون الصيغة التنفيذية فيها كالصيغة التنفيذية للأحكام الأخرى من حيث تضمنها لجواز استعمال القوة على الرغم من عدم جواز استعمال القوة ضد جهة الإدارة.

الفرع الثاني: وظيفة الصيغة التنفيذية وأهميتها.

اختلف في ذلك شراح الأنظمة على رأيين:

- أ- **الرأي الأول:** ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الصيغة التنفيذية تعد ركناً شكلياً في الحكم القضائي.
- ب- **الرأي الثاني:** ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى اعتبار أن الصيغة التنفيذية لها وظيفة تأكيدية.

والذي يظهر أن الرأي الثاني أقرب إلى الصواب؛ لأن الصيغة التنفيذية ما هي إلا شهادة بأن الحكم قابل للتنفيذ موضوعاً.

ونجد تطبيقاً لذلك: أن الأحكام القضائية الصادرة من ديوان المظالم لا تذييل بالصيغة التنفيذية، وإنما يكفي لتنفيذها وجود ما يدل على كونها نهائية قطعية، وهذا يدل ضمناً على وجوب تنفيذها.

وعند النظر في الأنظمة الأخرى يلحظ أن الحكم القضائي له صورتان:

أ - الأولى: النسخة العادية (البسيطة) وهي التي تتضمن بيانات الحكم القضائي.

ب – الثانية: النسخة التنفيذية. وهي الصورة الرسمية للحكم.

ومن خلال النظر في الأنظمة القضائية السعودية يتضح أن قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم لم تشر إلى وجوب تضمين نسخة إعلام الحكم الصيغة التنفيذية، بل اكتفت – كما في المادة ٣١ – بختم الدائرة القضائية والتوقيع من رئيس الدائرة وأعضائها وأمين سرها.

وأما نظام المرافعات، فقد نص في المادة (١٩٦) على أنه: يتم التنفيذ بموجب نسخة الحكم الموضوع عليها صيغة التنفيذ، وصيغة التنفيذ هي: (يطلب من كافة الدوائر والجهات الحكومية المختصة العمل على تنفيذ هذا الحكم بجميع الوسائل النظامية المتبعة ولو أدى إلى استعمال القوة الجبرية عن طريق الشرطة).

المطلب الثاني: الصيغة التنفيذية للحكم الإداري في الفقه

إن الحكم القضائي في الفقه لا يستلزم صيغة تنفيذية من أجل صيرورته صالحاً للتنفيذ، ولكن هذا الأمر يختلف في الفقه عنه في النظام لأمر منها: أن سلطة تنفيذ الأحكام في بداية العصر الإسلامي يختص بها ولي الأمر أو القاضي على حسب الحال.

ويدل على أن التنفيذ من اختصاص ولي الأمر فعل الرسول، حيث كان يتولى التنفيذ إلى جانب القضاء، ومن ذلك: ما جاء في حديث كعب بن مالك - رضي الله عنه - عندما تقاضى ديناً له عند ابن أبي حدرد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ وهو في بيته، فخرج إليهما ونادى: يا كعب. فقال كعب: لبيك يا رسول الله. قال: ضع من دينك هذا، وأوماً إليه بالشرط، قال: قد فعلت يا رسول الله. قال: "قم فاقضه" أخرجه البخاري في صحيحه ١٧٤/١ .

وكذلك فإن الأحكام القضائية يتم تنفيذها علانية، وبحضور عدد من العلماء والفقهاء والشهود، وذلك يعني عن الصيغة التنفيذية للحكم.

ومبدأ العلانية مقرر في العقوبات الشرعية كما في قوله تعالى: الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلِيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ (٢) سورة النور، آية: ٢..

وكذلك فعل الرسول عليه الصلاة والسلام في تطبيقه للحدود كما في رجمه ﷺ : الأسلمي وغيره، وقد أخرج بعض أحاديث الرجم البخاري في صحيحه ٢٥٠٩/٦، ومسلم في صحيحه ١٤٥٣/٣..

فعلم هنا: أن مناط ذلك الحاجة وتغير أحوال الناس كما هي القاعدة الفقهية: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.

وهذا الأمر ينطبق — أيضاً — بالنسبة للصيغة التنفيذية فقد كانت الحاجة لا تدعو إليها لما سبق من أمور، ولكن إذا دعت الحاجة إليها فلا مانع من إيجادها وهذا هو المعمول به بالنسبة للأحكام القضائية الشرعية كما في المادة (١٩٦) من نظام المرافعات..

المبحث الثاني

أسباب امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية

المطلب الأول : الأسباب المستمدة من المصلحة العامة
لا يجوز استهداف تحقيق المصلحة العامة عن طريق غير مشروع
ومخالف للنظام .

ولكن وعلى الرغم من ذلك، فإن أحكام القضاء الإداري قد
استقرت على التمييز بين الإدعاء بتحقيق المصلحة العامة من خلال
عدم التنفيذ، وبين احتمالات حدوث اضطرابات خطيرة في الأمن
والنظام العام.

على أن هذا الحق للإدارة لا يمنع من المحافظة على حقوق المحكوم
له، بحيث إذا استمر الامتناع عن تنفيذ الحكم مدة طويلة، أو لم
ينفذ أصلاً، فإنه يكون من حقه - حينئذٍ - المطالبة بالتعويض.

المطلب الثاني : الأسباب المتعلقة بصعوبات التنفيذ

الفرع الأول: الأسباب المادية.

إن جهة الإدارة كثيراً ما تتذرع بوجود صعوبات مادية تعوق تنفيذ
الحكم القضائي الصادر ضدها، وغالباً ما يكون هذا السبب واهياً

لا أساس له من الواقع، ولذا فقد استقر القضاء الإداري على عدم الاعتداد بتلك الأسباب ما لم تكن لها مستندات حقيقية.

وجهة الإدارة حين تنذرع ببعض الصعوبات المادية فإن بعض تلك الصعوبات قد تكون واقعية تمنع من تنفيذ الحكم القضائي.

الفرع الثاني : الأسباب النظامية

إن جهة الإدارة حين تسيء التنفيذ فإنها قد تتعلل بأسباب نظامية تمنعها من تنفيذ الحكم، وهذه الأسباب قد تكون غير حقيقية وإنما تتخذها جهة الإدارة ستاراً لكي لا تتحمل مسؤولية عدم التنفيذ، وقد تكون تلك الأسباب حقيقية تعود إلى إجراء يستند إلى نص نظامي.

المطلب الثالث

الأسباب المتعلقة بالدوافع الشخصية

إن الفقه في نظريته للأسباب والدوافع التي تؤدي إلى الامتناع عن تنفيذ أحكام القضاء إنما ينظر إلى أصل ذلك السبب أو الدافع لا إلى مظهره الخارجي، ومن ثم يكون الحكم بإقرار هذا السبب واعتباره سبباً مشروعاً للامتناع عن تنفيذ الحكم.

إضافة إلى أن الفقهاء ينظرون إلى الأسباب نظرة فاحصة متأنية، ولذا فهم حين يقررون مشروعية السبب وصلاحيته كعذر للامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي؛ فإنهم يقررون في الوقت ذاته أن ذلك لا يعني بطلان الحق الشرعي الثابت بالحكم القضائي، بل يجب جبر الضرر الواقع على المحكوم عليه طبقاً للقواعد الفقهية المعتمدة في هذا الشأن، كقاعدة: لا ضرر ولا ضرار، وقاعدة: الضرر يزال .

ولذا لو كان تنفيذ الحكم القضائي يمكن أن يؤدي إلى فتنة أو خلل عام يؤثر على المصلحة العامة للأمة، فلا شك أن هذا يعد سبباً مسوغاً، وعذراً شرعياً يمنع من تنفيذ الحكم تبعاً لاعتبار المصالح والمفاسد، كما يتقرر ذلك في القاعدة الفقهية: إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما .

وتطبيق هذه القاعدة يكون فيما لو ترتب على تنفيذ الحكم مفسدة عامة، وعدم تنفيذه يرتب مفسدة خاصة بالمحكوم له، فلا شك أن مقتضى إعمال هذه القاعدة مراعاة المفسدة العظمى بارتكاب المفسدة الصغرى وهي عدم التنفيذ، ولقد راعى الفقهاء هذا الجانب وأكدوا عليه.

و اعتبار المصلحة العامة متقرر في جميع الأمور الشرعية، ومن ذلك: تنفيذ الأحكام القضائية، فإذا اقتضت المصلحة العامة للأمة عدم التنفيذ وجب ذلك متى ما كان اعتبار المصلحة محققاً .

وعلى الرغم من وجوب التنفيذ فإن للإدارة سلطة تقديرية يحق لها إعمالها في هذا المجال.

وأما إن كان سبب الامتناع عائد إلى معنى في الحكم ذاته لغموضه وعدم وضوحه، فإن على القاضي المصدر له تفسيره.

وأما بالنسبة للأسباب الشخصية التي تمنع من تنفيذ أحكام القضاء، فلا عبرة بها مطلقاً.

ولذلك كله فلقد حرص الفقهاء على التأكيد على أن ولي الأمر معني بقمع الممتنع عن تنفيذ أحكام القضاء، بل إنه بلغ من حرصهم

على تنفيذ أحكام القضاء أن قرروا وجوب تنفيذ أحكام قضاة أهل
البغي متى ما توافرت شروطه اللازمة لذلك ، وهي:

١. أن يكون تأويل جرمهم غير ظاهر البطلان.
٢. ألا يستبيحوا دماء أهل العدل.
٣. ألا يخالف الحكم نصاً من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياساً
جلياً.

الفصل الثاني

صور وأسباب امتناع الإدارة عن تنفيذ

الأحكام الإدارية

المبحث الأول: صور امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها.

أ- **المطلب الأول: التأخير في التنفيذ.**

إذا ما تجاوزت جهة الإدارة المدة المعقولة لتنفيذ الحكم القضائي، ودون أن يكون لهذا التجاوز ما يبرره انعقدت مسؤوليتها تجاه هذا التأخير، وعد ذلك الامتناع بمثابة قرار سلبي غير مشروع يحق معه للمحكوم له رفع دعوى للمطالبة بإلغائه، كما يحق له المطالبة بالتعويض إذا كان قد ترتب عليه ضرر من جراء هذا التأخير.

وهذا التأخير يعد أحد نوعي القرارات الإدارية للامتناع من تنفيذ الحكم القضائي وهو القرار السلبي، والنوع الآخر هو القرار الإيجابي (الرفض الصريح) — كما سيأتي —.

المطلب الثاني: التنفيذ الناقص

قد تقوم الإدارة بتنفيذ الحكم القضائي ظاهراً، فلا تلتزم بتنفيذ مضمون الحكم حرفياً، وإنما تتعسف بمقتضى السلطة الممنوحة لها، فلا تنفذ الحكم حسب مضمونه، بل تنفذه تنفيذاً ناقصاً ومبتوراً بما يتوافق مع رغبتها، ومن هنا كان ذلك صورة من صور الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي.

المطلب الثالث : الامتناع بإصدار قرار إداري

إن الإدارة في سبيل امتناعها عن تنفيذ الحكم القضائي قد تلجأ إلى الامتناع في صورة قرار إداري، فتقوم الإدارة بإصدار قرار إداري مطابق للقرار الملغي، أو مشابه له في المضمون .

فالإدارة وهي تمتنع عن التنفيذ بإصدار قرار إداري قد تقوم بإصدار القرار الملغي ذاته متجاهلة الحكم الذي قضى بإلغائه، وذلك مثل أن تصدر الإدارة قراراً برفض تعيين شخص مع صدور حكم بإلغائه قرار الرفض السابق ..

وفي كل الحالات السابقة يكون القرار الجديد - سواء كان فردياً أو لائحياً - مستحقاً للطعن ولصاحب الحق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإلغائه شرط ألا يكون هناك عذر من ضرورة أو تغيير في مركز الطاعن قد اضطر الإدارة إلى اتخاذ هذا القرار، بل إن البعض يرى أنه في هذه الحالة يعد إصدار القرار الجديد

قرينة ضد الإدارة تدل على لجؤها إلى وسائل مُقنَّعة لتحقيق ذات الآثار التي كانت تستهدف تحقيقها من القرار الملغي، وبالتالي يقع على عاتقها عبء الإثبات بأن القرار الجديد قد صدر لتحقيق مصلحة عامة.

المطلب الرابع : الرفض الصريح

إن جهة الإدارة حين تعجز عن المناورة عند محاولتها الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي، فإنه لا يكون أمامها إلا الرفض الصريح لتنفيذ الحكم وتطبيق مضمونه .

وعلى الرغم من قلة لجوء الإدارة: لهذه الصورة، إلا أنها تلجأ إليها في أحكام الإلغاء دون أحكام التعويض.

المطلب الخامس : موقف الفقه من صور امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الفقه عالج كل صور الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية معالجة عامة وناجعة، وهي عدم قبولها مطلقاً إلا في حالات معينة، وقد سبقت الصور التي يمكن أن تتخذها الإدارة للامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي كالتأخير في التنفيذ، أو التنفيذ الناقص، أو

الرفض الصريح وغير ذلك، وكل هذه الصور مرفوضة في الفقه طالما لم يكن لها سبب مشروع يسوغها. وأما مسألة اختيار الإدارة للوقت المناسب للتنفيذ، وأن لها سلطة تقديرية في هذا الشأن، فإن الفقه كذلك أعطى الإدارة هذه السلطة، ولكنه لم يتركها مطلقة بل ضبطها بعدد من القيود والضوابط التي تحكمها لئلا تتماذى في استخدامها على وجه غير مشروع، ومن تلك الضوابط :

(أ) ألا تخالف الإدارة بمقتضى هذه السلطة أحكام الشريعة الإسلامية.

(ب) أن تستهدف الإدارة من هذه السلطة المصلحة العامة في تصرفاتها، وأن تلتزم بالأسباب التي حددها الشرع.

(ج) أن تستعمل الإدارة هذه السلطة في الحدود اللازمة لاستعمالها دون تعسف أو استبداد.

إن التأخير غير المبرر لا يسوغ مطلقاً بل يرتب على مرتكبه من موظفي الدولة المسؤولية الكاملة تجاه هذا التأخير، وكذا التنفيذ الناقص.

وأشدُّ من ذلك الرفض الصريح لتنفيذ الحكم القضائي، إذ أنه يعد امتناعاً عن الامتثال لأمر الله تعالى، حيث قال سبحانه: فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا (٦٥) النساء، آية: ٦٥..

ولقد أكد السلف على أهمية تنفيذ الحكم القضائي ومن ذلك قول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: " .. فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له" .

الفرع الثاني: موقف الفقه من إجراءات إلغاء القرار المخالف للحكم المقضي به.

إذا فصل في الدعوى، فإنه لا يجوز إعادة مرة أخرى تحت أي ظرف، ولو كانت الإعادة ليست للدعوى ذاتها، وإنما لمضمونها - كما في مساءلتنا - ولذا فإنه إذا واجهت الحكم القضائي صعوبات في التنفيذ كصدور قرار إداري مخالفٍ له ونحو ذلك؛ فإن ذلك لا يسوغ إعادة النظر في هذا القرار.

ولا شك أن رفع دعوى للمطالبة بإلغاء قرار مخالف للحكم القضائي يعد إعادة لمضمون الدعوى.

وكذلك فإن كلام الفقهاء حول حجية الحكم القضائي يدل على أن الواجب إمضاؤه وتنفيذه، وبالتالي فإن أي امتناع عن التنفيذ يعد مخالفاً لتلك الحجية.

ولذا فإن التنفيذ إذا لم يُتَحَّ بسبب امتناع الإدارة في صورة قرار إداري عن تنفيذ الحكم، فإن الواجب في هذه الحالة عرض الأمر على الإمام في نطاق طلب التنفيذ ليتم إزالة هذا القرار وتنفيذ الحكم.

وكذا فإن الفقهاء قد قرروا في اختصاصات قاضي المظالم: الإشراف على تنفيذ الأحكام القضائية التي يعجز القضاة عن تنفيذها لنفوذ المحكوم وعليه أو جاهه ، وهذا يدخل فيه جهة الإدارة عند امتناعها عن التنفيذ، ومرجع هذا الاختصاص: أن الحكم القضائي الذي لا ينفذ يعد نوعاً من الظلم يستلزم تدخل قاضي المظالم لتنفيذه .

الفصل الثالث

كيفية تنفيذ الأحكام الإدارية

المبحث الأول: كيفية تنفيذ أحكام وقف تنفيذ القرار الإداري.

المطلب الأول: الوضع الخاص لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري.

إن دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري تتسم بطابع خاص يميزها عن غيرها من الدعاوى الإدارية، فهي دعوى فرعية غير مستقلة بذاتها، ذلك أنه يلزم لرفعها قيام دعوى أصلية هي دعوى إلغاء القرار الإداري المطلوب وقف تنفيذه، وهذا الوضع الخاص لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري يتضح من خلال الشروط التي يجب توفرها في هذه الدعوى لأجل قبولها، وهذه الشروط هي:

- ١- طلب صاحب الشأن وقف تنفيذ القرار الإداري.
- ٢- توافر الاستعجال في الطلب.

وقد استقر العمل بهذا الشرط قضاءً كما تقرّر نظاماً فقد نصت المادة (٧) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٦/١١/١٤٠٩هـ. أنه: لا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ

القرار المطعون فيه على انه 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 أو إحالته إليها إذا قدرت ترتب آثار يتعذر تداركها وذلك حتى تفصل في أصل الدعوى. ، فقد حكم ديوان المظالم بعدم قبول دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، لتخلف شرط الاستعجال فيه، حيث يمكن تدارك نتائجه مالياً بالتعويض حكم هيئة التدقيق رقم ١٠٨/ت/١ لعام ١٤١٢هـ، وأيضاً حكمها رقم ٩٠/ت/١ لعام ١٤١٠هـ.

٣ - جدية المطاعن الموجهة للقرار الإداري.

يجب أن يكون طلب الإلغاء مبنياً على أسباب جدية تحمل - بحسب الظاهر - على ترجيح إلغاء القرار، وهذا الشرط هو ما أشار إليه ديوان المظالم في أحد أحكامه: - حكم هيئة التدقيق رقم ٩٣/ت/١ لعام ١٤١٠هـ.

"رفض الطلب العاجل المقدم من المدعي بوقف تنفيذ القرار السلبي المطعون فيه.. طلب وقف التنفيذ غير قائم - حسب الظاهر - على أسباب جدية".

ولذلك فإن دعوى وقف التنفيذ لا تقبل إلا بتوافر هذه الشروط، وإلا فإن الأصل أنه لا يترتب على رفع دعوى الإلغاء وقف تنفيذ القرار الإداري كما أشارت لذلك المادة (٧) من قواعد المرافعات — كما سبق — وقد أشار ديوان المظالم إلى شرطي الاستعجال والجدية من خلال حكم هيئة التدقيق رقم ١٠٨/ت/العام ١٤١٢هـ، حيث جاء فيه: "الحكم بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه إعمالاً لأحكام المادة (٧) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان رهين بتوافر ركنين: ركن الاستعجال وركن الجدية...".

ومما يميز دعوى وقف التنفيذ أن الحكم فيها حكم مؤقت.

ولذا فلا غرابة أن يحكم في بعض الحالات — وإن كانت نادرة — برفض طلب الإلغاء مع وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، كما حصل في أحد قرارات ديوان المظالم، حيث قرر الديوان رفض طلب إلغاء قرار سحب العمل من المتعاقد بعد أن كان قد قرر وقف تنفيذ القرار الذي طعن فيه من قبل المتعاقد قرار رقم ١٨٤/٥ في ١٣٩٨/١/٢٥هـ، وأيد من هيئة التدقيق برقم ٦/ت لعام ١٣٩٨هـ..

المطلب الثاني : كيفية تنفيذ الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار الإداري

الحكم الصادر في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري يصدر في الشكل العادي للأحكام القضائية، غير أنه - لطابع الدعوى الخاص في الاستعجال - فإنه يمكن تنفيذ حكم وقف التنفيذ بصورة عاجلة وذلك من خلال أمر الدائرة المختصة بذلك دون إعلان خاص للحكم.

ولكن التنفيذ - هنا - يكون مؤقتاً لحين الفصل في الدعوى الأصلية، فإذا كانت الدائرة قد فصلت بإلغاء القرار محل الطعن أصبح حكم وقف التنفيذ كأن لم يكن، أما إذا قضى بعدم إلغاء القرار فحينئذ يجوز للإدارة تنفيذ قرارها، وتسقط حجية الحكم بوقف تنفيذ القرار.

المطلب الثالث

كيفية تنفيذ الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار الإداري في الفقه بالنسبة لموقف الفقه من هذه الدعوى وكيفية تنفيذ الحكم الصادر فيها، فيتضح ذلك من خلال ما يأتي:

أولاً: لا بد أن يتقرر بداية أن الفقه عرف القرار الإداري من ناحية المضمون والحقيقة بغض النظر عن الشكل؛ ولذا فإن ما يماثل القرار الإداري المعروف اليوم هو ما يطلق عليه عند الفقهاء: صك التعيين .

ومعلوم أن تعريف القرار الإداري في النظام هو: إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة في الشكل الذي يحدده القانون بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة.

ومن هنا يعلم أن القرار الإداري في النظام يلزم لصحته شروط معينة، وهي :

- ١ . الاختصاص.
- ٢ . الشكل.

٣. السبب.

٤. المحل.

٥. الغاية.

وهذه الشروط قد سبق للفقهاء أن قرروا معانيها في كتبهم.

أن القرار الإداري موجود في الفقه بحقيقته وجوهره وإن لم يوجد بشكله ومظهره؛ ولذا فإنه يظهر جلياً أن الفقه يذهب إلى اعتبار هذا الطلب بل يوجب نظره وتنفيذ الحكم الصادر فيه إذا ظهرت الأسباب المسوغة لذلك، وذلك لأمر عديدة، منها:

— أن الشريعة الإسلامية إنما شرعت القضاء لغاية عظيمة وهي: إقامة العدل بين الناس، وإنصاف المظلومين، وردع الظالمين، وهذا أمر واجب، ولا يمكن تحقيق هذا الهدف في موضوعنا إلا من خلال إقرار دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري.

— أن هذه الدعوى متى ما توافرت شروطها اللازمة، ومنها: ترتب الضرر الفعلي والذي يتعذر تداركه فيما بعد في حال تنفيذ القرار المطلوب وقف تنفيذه، فإنه لا بد شرعاً من إجابة المدعي إليها، خاصة إذا كانت الدعوى الأصلية قائمة على أسباب جديدة؛ وذلك لأن إزالة الضرر المترتب على تنفيذ القرار أمر متقرر شرعاً — كما

سبق — في القاعدة الفقهية: "لا ضرر ولا ضرار" ، وكذلك قاعدة: الضرر يزال.

وكذلك فإن نظر القاضي لهذه الدعوى والحكم فيها لا يترتب عليه أيُّ أمر محظور شرعاً؛ لأن حكمه مؤقت يُقصد به تلافي حصول الضرر وهذا أمر مطلوب شرعاً كما دلت على ذلك القاعدة الفقهية: الضرر يدفع قدر الإمكان. ودعوى وقف تنفيذ القرار الإداري فيها تحقيق لهذا المعنى.

ويتم تنفيذ الحكم الصادر في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري طبقاً لما يقرر ولي الأمر في تنفيذ أحكام القضاء عموماً.

المبحث الثاني

كيفية تنفيذ أحكام الإلغاء

— المطلب الأول: علاقة الأثر الرجعي لحكم الإلغاء بتنفيذ الحكم.

يترتب على الحكم بالإلغاء إزالة القرار المطعون فيه، واعتباره كأن لم يكن، وهذا هو المقصود بالأثر الرجعي لحكم الإلغاء، حيث إنه يكشف عن عدم شرعية القرار المعيب منذ تاريخ صدوره، وحكم الإلغاء — عند التأمل — يتحلل إلى عنصرين : —

— الأول: التقرير بعدم مشروعية القرار منذ صدوره.

— الثاني: التقرير الذي يحمله المنطوق ويتضمن إلغاء القرار.

والأثر الرجعي لحكم الإلغاء محل عمل في المجال القضائي بالنسبة لديوان المظالم، كما ورد في حكم للديوان حكم رقم ٥/د/أ/١٨ لعام ١٤٠٧هـ — في القضية رقم ٤٠/٩٤/ق لعام ١٤٠٦هـ. : "... ويتعين بالتالي القضاء بإلغاء القرار المطعون فيه، واعتباره كأن لم يكن، وما ترتب على ذلك من آثار ممثلاً في إعادة المدعي إلى عمله بنفس وظيفته ودرجته.. وما يستحقه من

علاوات، ذلك أنه أثر من آثار إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور قرار الفصل".

وتبرز العلاقة بين الأثر الرجعي لحكم الإلغاء وبين تنفيذ الحكم من خلال النتائج التي تعود على التزامات جهة الإدارة فيما يتعلق بتنفيذ الحكم، وهذا ما جرى عليه العمل في ديوان المظالم قرار رقم ١٣٩٧/٤/١ في القضية رقم ٢٦٤/ ق لعام ١٣٩٧هـ، ينظر مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية ص ٢٦٧ .

المطلب الثاني

قواعد تنفيذ حكم الإلغاء

الفرع الأول: القواعد الشكلية لتنفيذ حكم الإلغاء.

إن لحكم الإلغاء قواعد شكلية تحكم تنفيذه، وتحدد نطاق التنفيذ من الناحية الإجرائية، وهذه القواعد قسمين:

أولاً: قواعد إجراءات تنفيذ حكم الإلغاء.

إن إجراءات تنفيذ حكم الإلغاء تتضمن عدداً من القواعد:

١ - طلب صاحب الشأن. فالإدارة ملتزمة بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بالإلغاء، وهي ملزمة بالتنفيذ من تلقاء نفسها — من حيث المبدأ.

٢ - ميعاد التنفيذ. يجب أن يتم التنفيذ بعد إعلان الحكم بمدة معقولة.

٣ - الاعتبارات الواقعية التي يجب مراعاتها.

لا بد للإدارة وهي بصدد إصدار القرارات الإدارية الجديدة تنفيذاً لحكم الإلغاء مراعاة عناصر الواقع وهي العناصر المادية والصعوبات المطلقة كاستحالة التنفيذ واقعاً.

ثانياً: الاختصاص بالتنفيذ: الاختصاص بالتنفيذ ينعقد لجهة الإدارة وليس للقاضي؛ إذ أن القاضي الإداري يقف دوره عند حد إصدار حكم الإلغاء فلا يصدر أوامر للإدارة ولا يحل محلها في استخلاص آثار الحكم وتنفيذ ما يتطلبه الشيء المقضي وقد أشار إلى هذا المعنى ديوان المظالم في أحد أحكامه، كما ورد في الحكم رقم ٣/ت/٦٨ لعام ١٤١١هـ في القضية رقم ٣/٨/ق لعام ١٤٠٨هـ: "... ومن المستقر عليه أنه لا يجوز للقضاء الإداري وهو يزاول ولايته القضائية أن يحل نفسه محل جهة الإدارة عند مباشرتها لسلطاتها الإدارية..".

الفرع الثاني : القواعد الموضوعية لتنفيذ حكم الإلغاء

إن حكم الإلغاء تحكم تنفيذه عدة قواعد موضوعية لا بد من توافرها:

أولاً: القرارات الإدارية التي تصدر تنفيذاً لحكم الإلغاء هي قرارات مؤكدة.

ثانياً: أن السلطة التقديرية في التنفيذ تثبت للإدارة، وتتسع تلك السلطة كلما سكت الحكم عن بيان طريقة التنفيذ.

ثالثاً: دور جهة الإدارة في إزالة أثر القرار الملغى.

أ — إزالة الآثار النظامية.

لا يخلو القرار الملغى من أن يكون قراراً سلبياً أو إيجابياً؛ فإن كان سلبياً فالقاعدة — هنا —: أن إلغاء الرفض لا يساوي الترخيص أو التصريح، فلا يمكن للمحكوم له الاحتجاج بحكم الإلغاء.

وأما إن كان القرار الملغى إيجابياً فإنه لا يخلو لتنفيذه وإزالة الآثار النظامية له من حالتين:

الأول: أن يكفي لتحقيق الأثر المقرر لحكم الإلغاء صدور الحكم ذاته.

وبالنسبة لديوان المظالم فإن هذا الفرض يتصور في حالة صدور حكم بإلغاء قرار حل جمعية خيرية — كما سبق — ونحو ذلك.

الثانية: أن لا يكفي لتحقيق الأثر المقرر لحكم الإلغاء صدور الحكم فقط، بل لا بد من تدخل الإدارة لإزالة الآثار النظامية للقرار الملغى.

وهذا ما أشير إليه في حكم لديوان المظالم جاء فيه: "... إن مقتضى تنفيذ الحكم القضائي الصادر من الديوان بإلغاء.. أن تصدر جهة الإدارة قراراً بإلغاء القرار المذكور، وبجيت يزول التطبيق، وكذلك كافة آثاره النظامية" الحكم رقم ٣٣٠/ت/٣ لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم ١٤٤/٢/ق لعام ١٤٠٤هـ..

ب — إزالة الآثار المادية للقرار الملغى : القاعدة أن الطعن في القرار الإداري لا يوقف تنفيذ القرار، وعليه فقد ينجم عن ذلك آثار، ويحدث أن يستحيل على جهة الإدارة إزالة تلك الآثار المادية كأن يتضمن القرار الملغى أمراً بهدم منزل، ويصدر حكم الإلغاء بعد الهدم، أو كأن يكون القرار الملغى منع فرداً من مزاوله نشاطه التجاري، ولم يصدر حكم الإلغاء إلا بعد انقضاء سنوات على ذلك فهنا لا يبقى له إلا المطالبة بالتعويض.

* هذه هي القواعد الموضوعية لتنفيذ حكم الإلغاء، ونظراً لارتباط قضاء الإلغاء بالوظيفة العامة وأوضاع الموظفين — خصوصاً قرارات الفصل والترقية — فإني في ختام هذا الفرع أُلح إلى كيفية تنفيذ حكم الإلغاء في الوظيفة العامة:

الأصل في أحكام الإلغاء بالنسبة للأمور المتعلقة بالوظيفة العامة أنها تعيد الطاعن إلى مركزه النظامي السابق الذي كان يشغله قبل صدور حكم الإلغاء مع إعادة ترتيب وضع الموظف على اعتبار أن القرار الملغى كأن لم يصدر وهذا ما عليه قضاء ديوان المظالم كما في الحكم رقم ١٨/د/٥ لعام ١٤٠٧هـ في القضية رقم ٤٠/٩٤ ق لعام ١٤٠٦هـ . .

وبالنسبة لأحكام الفصل، فإن إعادة الموظف المحكوم بإلغاء قرار فصله إلى وظيفته هو الأثر الجوهرى لحكم الإلغاء، ومع ذلك فإنه يُفَرَّق بين العودة القانونية والعودة الفعلية، فالإدارة ملزمة بإعادة ترتيب وضع الموظف الملغى قرار فصله باتخاذ ما يلزم من إجراءات لإعادة الوضع إلى ما كان عليه، باعتبار أن القرار الملغى كأنه لم يصدر، وعلى خلاف ذلك فإنه ليس بالإمكان - دائماً - تحقيق إعادة الفعلية، وهذا هو ما أخذ به ديوان المظالم في أحكامه الحكم رقم ٣٣٠/ت/٣ لعام ١٤٠٩هـ - السابق ذكره، وكذلك الحكم رقم ١٨/د/٥ لعام ١٤٠٧هـ . .

و لكي يأخذ الأثر الرجعي للحكم مداه المقرر له - اعتبار القرار كأن لم يكن - لا بد من افتراض أن الموظف كان على رأس عمله لإعادة ترتيب وضعه الوظيفي، وتطبيقاً لذلك فإن

الترقية بالأقدمية لا صعوبة فيها، إذ على جهة الإدارة ردها إلى الأوضاع التي نصت عليها الأنظمة واللوائح آنذاك واحتسابها على الوجه المطلوب، أما الترقية بالاختيار فإن لصاحب الشأن حقاً في الترقية طبقاً للتنظيمات المعمول بها، وأن تلتزم الإدارة حين إجراءاتها بالتقديرات المتبعة، ويؤكد ديوان المظالم على ذلك في حكم له جاء فيه: "... على أنه حتى مع توافر تلك الشروط يظل أمر إجراء الترقية موكولاً إلى جهة الإدارة تمارس بشأنه سلطة تقديرية، وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة..." "حكم رقم ٣٥٣/ت/٣ لعام ١٤٠٩ هـ في القضية رقم ١/٥٦٣/ق لعام ١٤٠٧ هـ..

وإذا كانت الرابطة بين القرارين لا تقبل التجزئة فإن جهة الإدارة تلتزم بسحب القرار الفرعي.

المطلب الثالث : قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية في الفقه

لا بد من الإشارة إلى أن الفقه عرف القرار الإداري من حيث المضمون والجوهر — كما سبق — ولذا فإنه عرف دعوى الإلغاء كذلك، وقد وردت عدة وقائع تدل على إقرار الفقه لدعوى الإلغاء

وعلى هذا فلو جدت إجراءات وأنظمة جديدة، فليس هناك ثمة مانع شرعي من الأخذ بها واعتبارها طالما كانت تحقق المصلحة للمسلمين ولا تخالف نصاً شرعياً، وذلك مع ثبات المضمون المتقرر شرعاً، ولذا قرر الفقهاء قاعدة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، ومقصودهم: الأحكام القابلة للتغيير كالأحكام المبنية على العرف ونحوها .

ولذا فإن مخالفة السلطة الإدارية في قراراتها لنص قطعي من الكتاب والسنة يجعل قراراتها منعدمة مستوجبة للإلغاء، لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: "كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد" سيف تخريجه .

وأما بالنسبة للقواعد التي تحكم تنفيذ حكم الإلغاء في الفقه، فإنها لا تختلف عن قواعد تنفيذ أحكام القضاء عموماً، وقضاء المظالم على وجه الخصوص.

وأما ميعاد التنفيذ، فإن الفقه — كما سبق حرص على السرعة في التنفيذ، مع إعطاء الإدارة سلطة تقديرية مضبوطة بقيود معينة.

المبحث الثالث

كيفية تنفيذ أحكام التعويض

المطلب الأول: كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة.

الفرع الأول: كيفية تنفيذ أحكام التعويض في النظام.

إن صدور حكم ضد جهة الإدارة يتطلب كيفية مختلفة لتنفيذه طبقاً لقواعد أداء الديون العامة التي تفرض على جهة الإدارة أسلوباً معيناً في أداء ما عليها من ديون يختلف تماماً عن أسلوب أداء أشخاص القانون الخاص لديونهم، فالدائن الذي بيده سند بحقه لا يملك إرغام الإدارة على الدفع له بالطرق العادية وإنما يجب أن يخضع لإجراءات إدارية معينة.

ولذا فإذا كان المبلغ الواجب دفعه محددًا في منطوق الحكم الصادر بالتعويض، أو كان قابلاً للتحديد، فلا يقتضي ذلك إلا استخراج الإذن المالي الذي يسلم للمحكوم له ليصرف بمقتضاه ما حكم له به، فإذا امتنعت جهة الإدارة عن الدفع رفعت الدعوى للقضاء الشرعي؛ لأنها صارت مطالبة بدين عادي ثابت بحكم صادر من الجهة المختصة، أما إذا لم يكن المبلغ محددًا في منطوق

الحكم أو في أسبابه فإنه ينبغي حسابه طبقاً للإجراءات المتبعة في ذلك.

الفرع الثاني : كيفية تنفيذ أحكام التعويض في الفقه

لقد تقرر قضاء التعويض في الفقه وعُمِلَ به منذ عصر الرسول ﷺ، ولقد عبر الفقهاء عن هذا النوع من القضاء: بالضمان، ويقصدون بذلك: جبر الضرر وإزالته، وإن كان بعض الفقهاء المتأخرين قد عبر بالتعويض .

وأما بالنسبة للأدلة الدالة على اعتبار قضاء التعويض في الفقه فكثيرة، ومنها:

١. حديث خالد بن الوليد — رضي الله عنه — عندما قتل بعض أفراد قبيلة جذيمة بعد أن دخل أهلها الإسلام ظناً منه أنهم يخادعونهم ولم يسلموا، فلما بلغ ذلك الرسول ز استنكر فعله وقال: "اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد" وأرسل علي بن أبي طالب — رضي الله عنه — ليرفع عنهم الظلم ويدفع دية قتلاهم، فودی لهم الدماء، وما أصيب لهم من الأموال وعوضهم عنها، حتى إنه عوضهم عن الوعاء الذي يسقى منه الكلب أخرج البخاري في صحيحه ١٥٧٧/٤..

ولذلك فإن الفقهاء نصوا على مسؤولية الإمام عند الخطأ.

وقد فرق الفقهاء في ذلك بين ما يقوم به الإمام ونوابه من الأعمال العامة، وبين ما إذا كان عملهم لشأن خاص، ففي الأولى يكون الضمان من بيت المال، وفي الثانية يكون الضمان على العاقلة.

وإذا نظرنا إلى القواعد المتقررة في النظام بشأن التعويض من عدم جواز الحجز على الأموال العامة، وعدم استخدام الطرق العادية في التنفيذ عليها، بل لا بد من اتباع إجراءات خاصة لتنفيذ حكم التعويض الصادر ضد الإدارة، وذلك من أجل المحافظة على انتظام سير المرافق العامة.

فإن هذه القواعد عند عرضها على أحكام الفقه يلحظ أنه لا يوجد ما يعارض هذه القواعد لقوله تعالى: وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا سورة الأنعام، الآية: ١٥٢.

فإذا كان التنفيذ المباشر على الأموال العامة قد يضر بانتظام سير المرافق العامة، والتي تؤدي مصلحة عامة للأمة فإن ذلك يوجب اتخاذ الإجراءات الكفيلة بقيام هذه المصلحة واستمرارها إذا لم يكن هناك ما يمنع شرعاً من اتخاذ مثل هذه الإجراءات، وأن لا تؤدي

تلك الإجراءات إلى إبطال حق المتضرر وعدم حصوله على التعويض المحكوم له به.

المطلب الثاني : كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة لصالح الإدارة

ويشتمل هذا المطلب على ثلاثة فروع:

الفرع الأول: كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الأفراد.

أولاً: التنفيذ القضائي.

الأصل أن جهة الإدارة لا تلجأ إلى القضاء الإداري لرفع دعوى ضد موظف أو فرد من الأفراد عموماً، وإنما تستخلص حقها منه مباشرة وهذا ما قرره ديوان المظالم في حكمه رقم ٣١٣/ت/١ لعام ١٤١٧هـ في القضية رقم ٣/١٨٧/ق لعام ١٤١٥هـ، حيث جاء فيه ما نصه: "... وحيث إن المستقر عليه فقهاً وقضاً أنه في مجال تحديد أطراف الخصومة الإدارية أن جهة الإدارة تكون في الأغلب الأعم في مركز المدعى عليها ونادراً ما تكون مدعية، ويأتي ذلك من منطلق ما لديها من سلطة لاقتضاء حقوقها بنفسها عن طريق ما يسمى بالتنفيذ المباشر ولو باستخدام القوة الجبرية

دون ما حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة".

لكن إذا حصل ذلك — سواء كانت الدعوى مرفوعة منها أو من الفرد وخسر الدعوى أو رفضت وصدر حكم لصالح جهة الإدارة، فإن التنفيذ — حينئذٍ — يجري ضد الأفراد، ومتى اختارت جهة الإدارة ذلك كان لزاماً عليها التقييد بالشروط والضمانات المقررة لذلك.

ثانياً: التنفيذ الإداري.

التنفيذ الإداري يتميز بأنه طريق اختياري لجهة الإدارة، وتحمل تبعاته، ولا يحتاج لحكم قضائي، حيث يقوم القرار الإداري مقام الحكم القضائي، ويتميز بسهولة إجراءاته.

ولا بد في التنفيذ الإداري من قرار مكتوب من موظف مختص.

وأما التنفيذ الإداري على المتعاقد مع جهة الإدارة، فإنه يخضع لقواعد خاصة تعطي لجهة الإدارة امتيازات وسلطات استثنائية قبل الطرف الآخر وهذه السلطات حق مكتسب لجهة الإدارة، وقد أقر ديوان المظالم هذه السلطات لجهة الإدارة في العديد من أحكامه،

ومن ذلك الحكم رقم ١٩/ت/١ — ١٤٠١هـ، والحكم رقم ٢٨٤/ت/٣ — ١٤١٠هـ والحكم رقم ٨٩/ت/١ — ١٤١٢هـ. والصادرة من هيئة التدقيق بالديوان..

الفرع الثاني : مسؤولية الإدارة عن المخاطر في التنفيذ ضد الأفراد في النظام.

مسئولية جهة الإدارة عن المخاطر في التنفيذ تقوم على أساسين في النظام، وهما:

أولاً: مسؤولية جهة الإدارة على أساس الخطأ.

وفي هذه الحالة لا بد من توافر الأركان الثلاثة اللازمة لقيام مسؤولية جهة الإدارة على أساس الخطأ وهذه الأركان هي:

١. الخطأ.
٢. الضرر.
٣. علاقة السببية بينهما.

و الحال يختلف بحسب ما إذا كان الخطأ مرفقياً أو شخصياً .

فإذا كان الخطأ مرفقياً وقعت المسؤولية على عاتق جهة الإدارة وحدها، وتحملت التعويض، وانعقد الاختصاص لديوان المظالم كجهة قضاء إداري، وإن كان الخطأ شخصياً كانت المسؤولية على الموظف، وتحمل التعويض، وانعقد الاختصاص للقضاء الشرعي.

وقد أخذ المنظم السعودي بذلك، فقرر عدم مساءلة الموظف إلا عن خطئه الشخصي فقد نص نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧/م) في ١٣٩١/٢/١هـ في المادة (٢/٣٤) على مساءلة الموظف في حالة قيامه بإطاعة قرار أو أمر رئاسي غير مشروع، إلا إذا ثبت أن عمله كان تنفيذاً لأمر أو قرار صادر إليه من رئيسه بالرغم من قيامه بتنبيه الأخير كتابة لعدم المشروعية. وكذلك فإن ديوان المظالم أخذ بفكرة التفريق بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي كما في قرار رقم ٣٨/ت لعام ١٤٠٠هـ في القضية رقم ١/٣٦٠/ق لعام ١٣٩٩هـ. وكذلك اعتبر ديوان المظالم مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ في عدد من أحكامه، ومنها: الحكم رقم ٢٥٤/ت/٣ لعام ١٤١٠هـ، والحكم رقم ١١٥/ت/٣ لعام ١٤١١هـ.

ثانياً: مسؤولية جهة الإدارة على أساس تحمل التبعة.

وهنا تقوم المسؤولية بدون خطأ على أساس توافر ركنين من أركان المسؤولية فقط، وهما:

١- الضرر.

٢- وعلاقة السببية بين الضرر وبين تصرف الإدارة.

ولذا فإن جهة الإدارة إذا قامت بتنفيذ الحكم الصادر لصالحها ضد الأفراد ونتج عن ذلك التنفيذ ضرر محقق للفرد غير الضرر المتوقع لتنفيذ الحكم، وكان سبب ذلك الضرر هو تصرف الإدارة، فهنا يمكن تحميل جهة الإدارة المسؤولية عن المخاطر التي سببها التنفيذ.

وقد أخذ ديوان المظالم بفكرة مسؤولية جهة الإدارة على أساس تحمل التبعة كما في الحكم رقم ٨٤/ت/٣ لعام ١٤١١هـ، والحكم رقم ٥٥/ت/٢ لعام ١٤١٤هـ، والحكم رقم ١٤٧/ت/٢ لعام ١٤١٣هـ .

الفرع الثالث : تنفيذ الإدارة للحكم ضد الأفراد في الفقه

أكد الفقهاء على أن الإمام مسؤول عن الإلزام بالحقوق، سواء كانت تلك الحقوق لبيت المال، أو لعموم المسلمين؛ لأن ذلك من المصالح العامة التي يجب على الإمام رعايتها والحفاظة عليها ؛ لأنه

مسؤول عن ذلك بنص حديث رسول الله ﷺ : "كلكم راعٍ ومسؤول عن رعيته، فالإمام راعٍ... ومسؤول عن رعيته" أخرجه البخاري في صحيحه ٣٠٤/١، ومسلم في صحيحه ١٤٥٩/٣..

ولذلك كله كان للإمام سلطة إلزام الناس بالحقوق الثابتة لبيت المال، وذلك بأن يتزل نفسه من المال مترلة الولي من مال اليتيم، كما قال عمر ابن الخطاب — رضي الله عنه —: "إني أنزلت نفسي من هذا المال بمترلة ولي اليتيم..." السنن الكبرى: البيهقي ٣٥٤/٦، ومصنف ابن أبي شيبة ٢٤٦٠/٦..

وهذا الأمر هو ما عبر عنه النظام بـ: سلطة التنفيذ المباشر.

وأما إذا سلك ولي الأمر أو مَنْ ينيبه مسلك القضاء لاستيفاء الحقوق لبيت المال وإثباتها؛ فإن هذا المسلك لا يوجد ما يمنع منه فقهاً.

وأما بالنسبة لتحمل الإدارة للمخاطر المترتبة على تنفيذ الحكم القضائي؛ فإن الفقه — هنا — قد قرر مسؤولية الإمام أو نوابه عند الخطأ في ذلك.

فقد قرر الفقهاء في عدة مواضع على أن خطأ الحكم في تنفيذ الحكم بالحد أو القصاص يوجب مسؤوليته عن ذلك الخطأ، ويستحق المتضرر التعويض من بيت المال.

وهذا الحكم يعمم في سائر الأحكام التي يترتب على تنفيذها ضرر بالمحكوم عليه بسبب خطأ الحاكم أو نائبه في التنفيذ.

والتعويض في الفقه مرتبط بالضرر وإن لم يوجد خطأ.

والتعويض يكون بدفع مال مقدر أو مصالح عليه يدفع لمن وقع عليه الضرر.

الفصل الرابع

ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية

المبحث الأول: وسائل حث الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية.

المطلب الأول: الوسائل القضائية.

الفرع الأول: إخطار الإدارة بواجبها في تنفيذ الأحكام.

لقد ظل القضاء الإداري يرفض مبدأ إخطار جهة الإدارة وتذكيرها بواجبها في تنفيذ الأحكام، ولكن مع مرور الوقت بدأ التحول تدريجياً عن رفض التدخل.

وقد أخذ ديوان المظالم بهذا الاتجاه، فيلحظ في بعض أحكامه تذكير للإدارة بواجبها في التنفيذ وكيفية ذلك كما في الحكم رقم ٣٣٠/ت/٣ لعام ١٤٠٩هـ، والحكم رقم ١٨/د/٥ لعام ١٤٠٧هـ . . .

وهذا الإخطار لجهة الإدارة يمكن أن يأخذ عدة صور منها:

١. تضمين الحكم الأصلي كيفية تنفيذه وهذا ما تتضمنه بعض أحكام ديوان المظالم، ومنها الحكم رقم ٥

د/أ/١٨ لعام ١٤٠٧هـ والذي جاء فيه: "... ويتعين بالتالي القضاء بإلغاء القرار المطعون فيه واعتباره كأن لم يكن وما ترتب على ذلك من آثار ممثلاً في إعادة المدعي إلى نفس عمله بنفس وظيفته ودرجته...".

٢. تضمين كيفية التنفيذ في حكم لاحق.

الفرع الثاني : تدخل القاضي الإداري لتنفيذ أحكامه

لقد استقر القضاء الإداري على مبدأ أحظر توجيه أوامر من القاضي الإداري إلى الإدارة وحظر حلوله محلها، وأن القاضي يقضي ولا يدير.

وقد أخذ بهذا الاتجاه عدد من الشراح، وهو ما استقر عليه القضاء اعتماداً على المبادئ السابقة، وقد أخذ ديوان المظالم بذلك كما في الحكم رقم ٦٨/ت/٣ لعام ١٤١١هـ في القضية رقم ٣١٨/ق لعام ١٤٠٨هـ.

ولكن نظراً لتفاقم مشكلة عدم تنفيذ الأحكام الإدارية فقد اتجه بعض الشراح إلى القول بأن: القاضي الإداري يملك التدخل في مواجهة الإدارة لتنفيذ أحكامه عن طريق سلطة الأمر.

ولكن عند التأمل في حجج الطرفين يتضح أن القول بعدم جواز تدخل القاضي الإداري عن طريق الأمر الموجه لجهة الإدارة هو القول الذي يجب أن يصار إليه.

الفرع الثالث : استخدام أسلوب الضغط المالي

إن القاضي الإداري إذا كان لا يملك حق توجيه أوامر لجهة الإدارة لتنفيذ أحكامه، فإنه على الرغم من ذلك لم يعدم الوسائل التي تمكنه من ممارسة الضغط على جهة الإدارة من أجل تحقيق ذلك، ومن هذه الوسائل: استخدام أسلوب الضغط المالي على جهة الإدارة لحملها على التنفيذ.

ولكن لا بد عند الحكم من مراعاة أمرين :

الأول: وجود التزام على جهة الإدارة بالتنفيذ.

الثاني: وجوب أن يكون التنفيذ ممكناً.

وأسلوب الضغط المالي أو ما يسمى: بالغرامة التهديدية أخذ به القضاء الإداري في فرنسا ، ولكن لم يؤخذ به في ديوان المظالم.

الفرع الرابع : موقف الفقه من الوسائل القضائية لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام

أولاً: إخطار الإدارة بواجبها في تنفيذ الأحكام.

كان التنفيذ في بداية العصور الإسلامية يعهد إلى القاضي نفسه، فتكون مهمته القضاء والتنفيذ معاً.

وأما إن عهد الإمام بالتنفيذ إلى غير القاضي من الولاة والعمال كما هو الحال في العصور المتأخرة. فإنه يحق للقاضي إخطار الإدارة ممثلة في شخص الوالي بواجبها بالتنفيذ، ولذا فقد بلغ الأمر ببعضهم إلى التهديد بترك القضاء إن لم ينفذ الوالي حكمه .

ثانياً: تدخل القاضي الإداري لتنفيذ أحكامه.

القاضي الإداري في العصور الإسلامية يقضي ويدير، فقد كان قاضي المظالم يتمتع بسلطات تنفيذية إلى جانب سلطاته القضائية .

ثالثاً: استخدام أسلوب الضغط المالي.

وهذه الوسيلة النظامية تعني: إلزام الإدارة بدفع مبلغ معين عن كل فترة تأخير إلى أن تقوم بالتنفيذ، ويشترط لتطبيقها إمكانية تنفيذ الحكم في الواقع.

وإذا نظرنا إلى ديوان المظالم في المملكة نجد أنه لم يأخذ بهذه الوسيلة — كما سبق —.

وعند عرض هذه الوسيلة على الفقه يتضح أن التنفيذ إذا كان من اختصاص الجهة الإدارية، فهل يجوز للقاضي فرض غرامة مالية عليها لتأخرها في التنفيذ بصفته نائباً عن ولي الأمر؟.

بعض الفقهاء أجازوا التعزير بالعقوبات المالية لولي الأمر، وله استخدامها كعقاب للمخالف والمتعدي بحسب المصلحة .

واستدلوا لذلك بعدة أدلة منها:

١. أمر الرسول ﷺ بتحريق نخل بني النضير أخرجته البخاري في صحيحه ٨١٩/٢، ومسلم في صحيحه ١٣٦٥/٣ .

ولذا فإن لولي الأمر — إذا رأى تعيين جهة مختصة — سواء كانت جهة قضائية أو إدارية — بمراقبة تنفيذ الأحكام القضائية ومتابعة

مراحل تنفيذها، ولها في سبيل ذلك فرض الغرامات المالية على
الجهة الإدارية المتأخرة في التنفيذ من أجل حثها على المسارعة إليه.

المطلب الثاني

الوسائل شبه القضائية

الفرع الأول: لجان التقرير والإيضاح.

تختص هذه اللجان بإعطاء إيضاحات لجهة الإدارة عن كيفية تنفيذ الحكم، وكذلك فإنه يحق للأفراد الذين صدرت لهم أحكام ضد جهة الإدارة اللجوء إليها لكي تقوم بالاتصال بجهة الإدارة.

فهذه اللجان تقوم بمحاولة علاج مشكلة عدم تنفيذ الأحكام بطريقة إدارية بحتة،

وأما بالنسبة لديوان المظالم في المملكة؛ فإن نظامه قد نص على أنه على رئيس الديوان رفع تقرير سنوي للملك عن أعمال الديوان.. وهذا ما تضمنته المادة (٤٧) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ، حيث جاء فيها ما نصه: "يرفع رئيس الديوان في نهاية كل عام إلى جلالة الملك تقريراً شاملاً عن أعمال الديوان متضمناً ملاحظات ومقترحاته". .

الفرع الثاني : الوسيط.

الوسيط في حقيقته عضو مستقل مهمته القيام بدور الوساطة بين المحكوم له وجهة الإدارة في سبيل الوصول إلى تنفيذ الحكم القضائي. وتتلخص سلطاته في هذا المجال فيما يلي:

أولاً: المساعي الحميدة والودية بين الجهة الإدارية والمحكوم له بما يؤدي إلى تنفيذ الحكم الإداري.

ثانياً: سلطة الأمر، والتي يحق له بموجبها توجيه الأمر إلى الجهة الإدارية لتنفيذ الحكم الصادر ضدها طبقاً للمهلة التي يحددها.

ثالثاً: التقارير العامة:

أ — التقرير السنوي الذي يرفع لرئيس الحكومة.

ب — التقرير الذي ينشر في الجريدة الرسمية متضمناً الجهات الإدارية الممتنعة عن تنفيذ الأحكام القضائية.

رابعاً: حق المقاضاة، فيحق للوسيط اتخاذ الإجراءات التأديبية لمساءلة الموظف المسؤولة عن تصرفه الخاطيء في حالة عدم تنفيذ الحكم القضائي.

وفي المملكة لا يوجد نظام الوسيط ولا يعمل به.

الفرع الثالث : موقف الفقه من الوسائل شبه القضائية لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام

أولاً: لجان التقرير والإيضاح: وهذه اللجنة تختص بإعطاء إيضاحات للإدارة عن كيفية تنفيذ الحكم، وكذا تقوم بمساعدة الأفراد من أجل الاتصال بجهات الإدارة وبيان الإجراءات التي يتعين عليها اتخاذها من أجل تنفيذ الحكم.

ثانياً: الوسيط: وهو عضو مستقل مهمته الوساطة بين المحكوم له والإدارة من أجل تنفيذ الحكم القضائي.

وله الاختصاصات ذاتها التي تختص بها لجان التقرير والإيضاح.

وإذا عرضنا هذه الوسائل على الفقه نجد أن هذه الوسائل تعد من صلاحيات الإمام، فله إقرارها والإلزام بها لما فيها من المصالح حسب ما يراه.

إضافة إلى أن لجان التقرير والإيضاح مطبقة من حيث مضمون العمل الذي تقوم به وإن لم توجد بالشكل الذي هي عليه الآن، إلا أن المهم في الأمر هو حقيقة العمل والاختصاص

المبحث الثاني

جزاء امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية

المطلب الأول: إلغاء القرار المخالف للحكم المقضي به.

الفرع الأول: إجراءات إلغاء القرار المخالف للحكم المقضي به.

بالنسبة لإجراءات هذه الدعوى وطبيعتها النظامية؛ فإنها لا تختلف من حيث الجوهر عن دعوى إلغاء أي قرار إداري إلا في بعض الجوانب، ولذا فإنه يشترط لقبولها:

١ — أن يكون هناك قرار إداري.

٢ — أن يكون القرار الإداري نهائياً.

٣ — توافر المصلحة لرافع الدعوى.

وكذلك فإن هذه الدعوى تختلف عن دعوى الإلغاء في أمور:

أ- أن الحكم في هذه الدعوى غالباً ما يشتمل على بيان كامل للكيفية التي يجب أن ينفذ بها الحكم.

ب- أن الحكم إذا كان متعلقاً بمنازعة مرتبطة بالوظيفة العامة، فإنه يقرر ما يجب أن يكون عليه الوضع الوظيفي تطبيقاً لمضمون الحكم .

ج- أنه في حال ما إذا بلغت المخالفة حد انعدام تطبيق القرار الملغى ووقوع اعتداءٍ مادي، فإنه في هذه الحال يترع عن قرارها صفته الإدارية.

وأما بالنسبة للسبب الذي يعتمد عليه حكم الإلغاء، فإن امتناع جهة الإدارة عن التنفيذ يعد في حد ذاته مخالفة صارخة لمبدأ حجية الشيء المقضي به.

ولكون هذه الدعوى لا تختلف عن دعوى الإلغاء العادية في جوهرها، فقد ذهب بعض الشراح إلى تبرير وجودها كجزءٍ لامتناع جهة الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية فأبرزوا أن لهذه الدعوى جدوى تتلخص في أمور منها :

أما تحمل نوعاً من الإكراه الأدبي لجهة الإدارة مما يحملها على المسارعة في تنفيذ الحكم القضائي.

أن الحكم الصادر في هذه الدعوى يزيل أي حجة قد تدعيها جهة الإدارة كمانع من التنفيذ.

ولكن عند التأمل، نجد أن هذه الدعوى لا تمثل جزءاً رادعاً لجهة الإدارة من الناحية العملية.

ثم إن في هذه الدعوى إضعافاً لهيئة القضاء في نفوس الأفراد، وإشعارهم بأنه لا سلطان له على تصرفات الإدارة الخاطئة.

ثم إن الإدارة قد لا تستجيب لهذا الحكم — أيضاً — مما يدخلنا في حلقة مفرغة تستدعي رفعة دعوى ثالثة ورابعة.. دون جدوى.

ولذلك كله كان من الأولى — من وجهة نظري — البحث عن طريق آخر يجبر الإدارة على الانصياع وتنفيذ الحكم القضائي متمثلاً فيما يأتي:

أولاً: التقصي عن وقائع عدم تنفيذ الأحكام القضائية كل واقعة على حدة.

ثانياً: التحقيق الفعلي في واقعة عدم التنفيذ.

ثالثاً: عند التحقق من مسؤولية الجهة الإدارية عن التنفيذ يتم مخاطبتها رسمياً، والتأكيد عليها بواجبها في التنفيذ، وإنذارها بتسجيل امتناعها عن التنفيذ.

رابعاً: تسجيل كل ما تم من وقائع عدم التنفيذ والتحقيقات التي تمت في هذا الشأن.

خامساً: تتم محاسبة الجهة الإدارية وموظفيها عن واقعة عدم التنفيذ من قبل الجهة المسؤولة عن ذلك وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة للمسؤولية.

وأما ما جرى عليه العمل في ديوان المظالم، فقد ذكر الديوان في هذا الشأن الحكم رقم ٧١/ت/٣ لعام ١٤٠٨هـ في القضية رقم ١/١٨٩٤/ق لعام ١٤٠٧هـ.: "... ومن حيث إن المدعي يحمل حجية استحكام صادرة من المحكمة الكبرى... وهو حكم شرعي واجب النفاذ يجب احترامه وتنفيذه ما يقضي به وعدم التعرض له بالإبطال لما له من الحجية والقوة ما دام قائماً، ولا يجوز التعرض له والمنازعة فيه إلا أمام الجهة القضائية المختصة التي أصدرته وفقاً للأنظمة والتعليمات وهو ما لم تفعله المؤسسة... المدعى عليها فقد أصدرت قرارها محل الطعن معيماً لمصادراته حكماً شرعاً قائماً تقضي الأنظمة والتعليمات تنفيذ مقتضاه، مما يتعين معه القضاء بالغائه".

الفرع الثاني : موقف الفقه من إجراءات إلغاء القرار المخالف للحكم المقضي به.

إن التنفيذ إذا لم يُتَّح بسبب امتناع الإدارة في صورة قرار إداري عن تنفيذ الحكم، فإن الواجب في هذه الحالة عرض الأمر على الإمام في نطاق طلب التنفيذ ليتم إزالة هذا القرار وتنفيذ الحكم، ولا يتطلب ذلك رفع دعوى جديدة لما في ذلك من التسلسل، وإضعاف هيبة القضاء.

وكذا فإن الفقهاء قدر قرروا في اختصاصات قاضي المظالم: الإشراف على تنفيذ الأحكام القضائية التي يعجز القضاء عن تنفيذها لنفوذ المحكوم وعليه أو جاهه ، وهذا يدخل فيه جهة الإدارة عند امتناعها عن التنفيذ، ومرجع هذا الاختصاص: أن الحكم القضائي الذي لا ينفذ يعد نوعاً من الظلم يستلزم تدخل قاضي المظالم لتنفيذ ، وبذلك يظهر أن أي عمل مخالف للحكم القضائي يُعد ظلماً ينبغي إزالته فوراً لا رفع دعوى للنظر فيه وهذا يقتضي الإمضاء والتنفيذ مباشرة، فيكون الاختصاص – في هذه الحالة – اختصاص تنفيذي محض .

وبهذا يكون الفقه في ظاهره لا يؤيد رفع هذه الدعوى.

المطلب الثاني

انعقاد المسؤولية المدنية للإدارة

الفرع الأول: شروط انعقاد المسؤولية.

إن المسؤولية المدنية للإدارة تقوم بثلاثة شروط هي :

أ — الخطأ من قبل جهة الإدارة.

ب — الضرر الواقع على صاحب الشأن.

ج — علاقة السببية بين تصرف الإدارة والضرر.

مع ملاحظة أن هذه المسؤولية قد تقوم بلا خطأ اعتماداً على أساس تحمل التبعية (المخاطر).

وتفصيل هذه الشروط كما يلي:

أولاً: **الخطأ**: من المقرر في القضاء الإداري أن خروج جهة الإدارة عن التزاماتها الناشئة عن أحكام القضاء يُعد عملاً غير مشروع،

ويشكل خطأ من جانب الإدارة يحق معه لصاحب الشأن المطالبة بالتعويض .

أ) المسؤولية على أساس الخطأ.

وهنا تنعقد مسؤولية الإدارة لامتناعها عن تنفيذ الحكم باعتباره خطأ مرفقياً يوجب التعويض، ويستوي في ذلك القرار الإداري المخالف للحكم القضائي سواء كان إيجابياً أو سلبياً .

وكذلك فإن الاختصاص بالتعويض — في هذه الحالة — لا يقتصر على العيوب المحددة للقرار الإداري وهي العيوب التي نصت عليها المادة (١/٨/ب) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ بتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ والتي نصت على أن الديوان يختص بالفصل: "بالدعوى المقدمة من ذوي الشأن بالطعن في القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة...".؛

لأن تلك العيوب إنما يقصد بها قضاء الإلغاء دون قضاء التعويض الذي لا يوجد أي شرط لقبول الدعوى بشأنه وهو الذي نصت عليه المادة (١/٨/ج) من نظام الديوان السابق نصاً مطلقاً على أنه

من اختصاص الديوان بقولها: "... دعاوى التعويض الموجهة من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية العامة المستقلة بسبب أعمالها" . .

والامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية من قبل جهة الإدارة يأخذ صوراً متعددة — كما سبق —:

فقد يكون في صورة تأخر في التنفيذ.

وقد يكون الامتناع في صورة تنفيذ ناقص، أو تنفيذ على وجه غير صحيح، وقد يأخذ الامتناع صورة الرفض الصريح لتنفيذ الحكم القضائي.

ب — المسؤولية بدون خطأ.

لقد أخذ القضاء الإداري بنظرية المسؤولية على أساس المخاطر ولكن يشترط لقيام مسؤولية جهة الإدارة على أساس المخاطر شروط خاصة في الضرر الذي يحدث للمضروب علاوة على الشروط العامة — التي ستأتي فيما بعد — وهذه الشروط هي:

١. أن يكون هذا الضرر مادياً.

٢. أن يكون هذا الضرر خاصاً.

٣. أن يبلغ هذا الضرر درجة غير عادية من الجسامة.

وتستند نظرية المسؤولية على أساس المخاطر إلى مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة.

ثانياً: الضرر: تشدد القضاء الإداري في قيام ركن الضرر، ومن ذلك أنه يشترط في الضرر في جميع الأحوال الشروط الآتية :

١. أن يكون الضرر محقق الوقوع.

٢. أن يكون الضرر ماساً بحق ثابت للمضرور شخصياً
ويحميه النظام.

٣. ألا يكون الضرر قد سبق تعويضه.

ثالثاً: علاقة السببية بين الخطأ من قبل جهة الإدارة.

وبالنسبة لاعتبار المسؤولية المدنية لجهة الإدارة في قضاء ديوان المظالم، فإن ذلك مقرر بنص نظامي كما نصت على ذلك المادة (١/٨/ج) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ بتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ.، وأن الديوان قد قرر قيام مسؤولية الإدارة إذا توافرت العناصر الثلاثة - السابقة - كما في

كثير من أحكامه، ومن ذلك الحكم الذي جاء فيه ما نصه الحكم رقم ٣٩٩/ت/١ لعام ١٤١٨هـ — في القضية رقم ١٠٦٢/٢/ق لعام ١٤١٧هـ.: ".... ولما كانت الدائرة قد قررت حصول الخطأ في جانب المدعى عليها، وحدث ضرر للمدعي، وقيام العلاقة السببية بينهما، أي بتوافر أركان المسؤولية الإدارية مجتمعة في جانب المدعى عليها فإنه يتعين تعويض المدعي عما لحقه من ضرر...".

وجاء في حكم آخر الحكم رقم ١٩١/ت/١ لعام ١٤١٤هـ في القضية رقم ١/٥١٨/ق لعام ١٤١٢هـ.: "... فاستبان للدائرة أن استحقاق التعويض رهين بتوافر أركان المسؤولية الثلاث من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما".

وهذا الأمر متقرر في أحكام الديوان ومن ذلك: الحكم رقم ٢٣٦/ت/٣ لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم ٤/٨٣/ق لعام ١٤٠٦هـ. والحكم رقم ٣١٠/ت/٣ لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم ٤٨٩ لعام ١٤٠٨هـ..

وكذلك فإن الديوان قد أقر قيام مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر كما في الحكم الذي جاء فيه الحكم رقم ١٥٦/ت/٢ لعام

١٤١٣هـ، وكذلك الحكم رقم ٨٤/ت/٣ لعام ١٤١١هـ.:
 "... التعويض على أساس تحمل التبعة لا يفترض ارتكاب خطأ من
 قبل جهة الإدارة، وإنما يتعين لقيامه وجود الضرر ووجود علاقة
 السببية بينه وبين عمل الإدارة...".

الفرع الثاني: جزاء انعقاد المسؤولية

أولاً: طبيعة التعويض النظامية وتقديره: إذا انعقدت المسؤولية
 سواء على أساس الخطأ أو بدون خطأ فإن صاحب الشأن يستحق
 تعويضاً لجبر ما أصابه من ضرر جراء عدم تنفيذ الحكم القضائي،
 وبهذا تبتعد فكرة التعويض عن أن تكون عقوبة للإدارة وموظفيها؛
 إذ العقوبة تكون على قدر الخطأ، أما التعويض فيكون على قدر
 الضرر، ولذا فإن القاضي الإداري لا ينظر في تقدير التعويض إلى
 درجة الخطأ الذي ارتكبه جهة الإدارة بل إلى جسامته الضرر حكم
 ديوان المظالم رقم ١٩٧/ت/١ لعام ١٤١٣هـ. — كما سيأتي
 .—

والتعويض — هنا — لا يكون إلا تعويضاً نقدياً، ولا يكون عينياً
 أي الوفاء بذات الالتزام؛ لأن الدعوى لم ترفع إلا لامتناع جهة
 الإدارة عن التنفيذ، ثم إن ذلك يتنافى مع سلطة القاضي الإداري

والذي لا يملك حق توجيه أوامر للإدارة، ومن ثم لا يبقى إلا التعويض النقدي حكم ديوان المظالم رقم ٣٩٩/ت/١ لعام ١٤١٨هـ في القضية ١٠٦٢/٢/ق لعام ١٤١٧هـ الذي جاء فيه: "... واستقر القضاء الإداري... إلزام المدعى عليها بالتعويض المادي الذي يراه جابراً للأضرار التي لحقت المدعي...." والحكم رقم ٢٥٨/ت/١ لعام ١٤١٧هـ في القضية رقم ٢١/٢/ق لعام ١٤١٧هـ..

والأصل أن التعويض النقدي يكون مبلغاً نقدياً يدفع دفعة واحدة.

ويقدر التعويض قياساً على الضرر المباشر الواقع على صاحب الشأن، ومن أهم ما يشملها:

١. ما لحق المضرور من خسارة جراء الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي.
٢. ما فاتته من كسب.

ولكن بالنظر إلى واقع القضاء الإداري العملي، فإن اعتبار جسامه الخطأ تؤثر في تقدير التعويض بسبب الشعور الطبيعي الذي يستولي على القاضي الإداري عند نظر الدعوى، وهو ما يقرره ديوان المظالم في حكم له جاء فيه ما نصه الحكم رقم ١٩١/ت/١ لعام

١٤١٤هـ في القضية رقم ١٨/٥١٨/ق لعام ١٤١٢هـ.: " ... فإن الدائرة المختصة تتولى تقدير قيمة التعويض في ضوء رأي أهل الخبرة، أو في ضوء ما قر في وجدانها وضميرها من واقع الأوراق والمستندات ووقائع وظروف الدعوى وفقاً لضوابط....، وأخذاً في الاعتبار حجم الخطأ الذي ارتكبته جهة الإدارة... وحجم الضرر المتوقع...".

وديوان المظالم قد أخذ في طبيعة التعويض وتقديره — بالقواعد العامة المقررة في القضاء الإداري مع اعتبار ما تقرره أحكام الشريعة الإسلامية وما استقر عليه قضاء الديوان في هذا الشأن، ومن ذلك:

— أن التعويض إنما يكون بمقدار الأضرار الفعلية دون الربح الفائت وهذا ما يقرره الحكم رقم ١٤٦/ت/١ لعام ١٤١٧هـ في القضية رقم ١٦٧٧/١/ق لعام ١٤١٥هـ .

— أن التعويض لا يحكم به إذا كان ركن الخطأ مشتركاً بين جهة الإدارة وبين صاحب الشأن الحكم رقم ٢٦٣/ت/٢ لعام ١٤١٦هـ القضية رقم ١٤٧١/١/ق لعام ١٤١٤هـ .

— تعدد أسباب الضرر الواقع على صاحب الشأن لها أثر في تقدير قيمة التعويض الحكم رقم ٩٢/ت/٣ لعام ١٤١١هـ .

وفي هذه الحالة يمكن رفع دعوى التعويض على جهة الإدارة وتحمل التعويض، ثم ترجع على الموظف المسؤول إذا تبين حصول الخطأ منه بصفة شخصية، كما يمكن لصاحب الشأن رفع دعوى أمام المحاكم العامة لمطالبة الموظف بصفته الشخصية عن الأضرار التي تسبب لها .

الفرع الثالث : موقف الفقه من المسؤولية المدنية للإدارة

لاشك أن الامتناع عن تنفيذ الحكم أو تعطيله من أعظم الأسباب التي ترتب مسؤولية الإدارة.

ومما قرره الفقهاء في ذلك نصهم على تحمل الإمام خطأه في تنفيذ الحكم القضائي كما في تنفيذ الحدود والقصاص .

وهذا الحكم يعم سائر الأحكام القضائية التي يتم تنفيذها بشكل خاطئ، أو يمتنع عن تنفيذها أصلاً.

ومما يحسب للفقهاء في هذا الصدد تفريقهم بين أن يكون الخطأ متعمداً من قبل الإمام أو نوابه، أو كان غير متعمد، وهو ما يماثل

نظرية الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في النظام، حيث قرروا أن الخطأ غير المتعمد والذي يرتكبه الإمام فيما فيه عمل لعموم المسلمين (الخطأ المرفقي)، فإن ضمانه يكون من بيت المال.

وأما إن كان الخطأ عن تعمد وتفريط (الخطأ الشخصي)، فإن ضمانه يكون في ماله الخاص.

وبهذا يتبين إقرار الفقه للمسؤولية الإدارية القائمة على أركانها الثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما.

وأما فيما يخص التعويض بدون خطأ، فإن الشريعة الإسلامية ومن خلال القواعد الفقهية العامة تقرر مشروعية هذا التعويض، كما في قاعدة: الضرر يزال.

فهذه القاعدة ونحوها تقضي بوجوب إزالة الضرر الواقع على المتضرر وجبره بكل الوسائل التي يمكن من خلالها جبر ذلك الضرر، ومن ذلك تعويضه عن ما أصابه من ضرر.

ولا شك أن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم القضائي يسبب ضرراً للمحكوم له.

وقد بين الفقهاء أن إضرار صاحب الحق لا يجوز ولو كان لمصلحة إذا كانت هذه المصلحة تسبب ضرراً محققاً عليه، فقرروا أن تعطيل تنفيذ حكم القضاء لا يجوز إلا أن يكون لمصلحة كأن يطمع القاضي في الصلح، ومع ذلك فليس له التماادي في ذلك خشية الإضرار بصاحب الحق.

ومما يؤكد أن التعويض في الشريعة متوقف على وجود الضرر أنه يفهم من عبارات الفقهاء أن القصد من التعويض هو: دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير .

المطلب الثالث: المسؤولية الجزائية للموظف المسؤول

الفرع الأول: المسؤولية الجزائية للموظف المسؤول في النظام.

أولاً: المسؤولية التأديبية كانت المسؤولية التأديبية تنفرد بقواعد خاصة تميزها عن المسؤولية المدنية والجنائية المذكورة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧ بتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ، ص ١٠ .

وتختلف المسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجنائية من خلال أن المسؤولية التأديبية تهدف أساساً إلى محاسبة الموظف عن خطئه

الوظيفي وإنزال جزاء يناله في حياته الوظيفية فحسب المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين ص ١٠ .

وكذلك فإن ما يميز المسؤولية التأديبية هو أنها لا تتطلب لتحقيقها وقوع ضرر ما، وإنما يحاسب الموظف في أحيان كثيرة بسبب الخطأ الصادر منه ولو لم ينتج عنه ضرر.

كما نصت على ذلك المادة (٣١) من نظام تأديب الموظفين بقولها: "يعاقب تأديبياً كل موظف ثبت ارتكابه مخالفة مالية أو إدارية".

وهذه المادة نصت على استحقاق العقوبة في حالة ارتكاب الموظف مخالفة مالية أو إدارية، ولم تُحدد المخالفات على وجه الحصر بل تُرك ذلك للسلطة المشرفة على التأديب وهذه السلطة هي: هيئة الرقابة والتحقيق مع ثبوت هذا الحق - أيضاً - للجهة الإدارية للموظف كما تنص على ذلك المادة (٥) من نظام تأديب الموظفين. لتقرر ما إذا كان الفعل المنسوب للموظف يمكن أن يكون مخالفة تأديبية أو لا المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين. ص ١٠ .

ولا تقوم المسؤولية التأديبية للموظف إذا كان عدم تنفيذه للحكم القضائي ناتجاً عن استجابته لأمر مكتوب من قبل رئيسه المختص بالرغم من مصارحة الموظف له كتابة بأن الفعل المرتكب يعد مخالفة كما نصت على ذلك المادة (٢/٣٤) من نظام تأديب الموظفين .

وكذلك فإن قيام المسؤولية التأديبية في حق موظف ما لا تمنع من قيام المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية مما نصت على ذلك المادة (٣١) من نظام تأديب الموظفين.

وأما بالنسبة للعقوبة التأديبية فلا يمكن إيقاعها بالموظف عند ارتكابه للمخالفة التأديبية والمتمثلة — هنا — بالامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي إلا في حال توافر ركني المسؤولية التأديبية وهما :

أ — الركن المادي.

ب — الركن المعنوي.

وأما بالنسبة للعقوبات التأديبية التي يجوز إيقاعها على الموظف المخالف، فقد حصرها النظام، وهي — كما نصت على ذلك المادة (٣٢) من نظام تأديب الموظفين —:

أولاً: بالنسبة لموظفي المرتبة العاشرة فما دون أو ما يعادلها:

١. الإنذار.
٢. اللوم.
٣. الحسم من الراتب بما لا يتجاوز صافي راتب ثلاثة أشهر على ألا يتجاوز المحسوم شهرياً ثلث صافي الراتب الشهري.
٤. الحرمان من علاوة واحدة. ٥ - الفصل.

ثانياً: بالنسبة للموظفين الذين يشغلون المرتبة الحادية عشر فما فوق أو ما يعادلها:

- ١ - اللوم. ٢ - الحرمان من علاوة دورية واحدة.
- ٣ - الفصل.

ثانياً: المسؤولية الجنائية: نصت بعض أنظمة الدول على اعتبار أن الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية يشكل جريمة جنائية متى ما توافرت أركان الجريمة.

ويتصور حصول تعطيل تنفيذ الأحكام القضائية من الموظف بإحدى طريقتين :

أ – استعمال الموظف سلطته الوظيفية في وقف تنفيذ الحكم.

ب – امتناع الموظف المختص بالتنفيذ عمداً عن تنفيذ الحكم.

ولكي تقوم الجريمة – هنا – لا بد من توافر أركانها:

١ – الركن المادي للجريمة: هو استعمال سلطة الوظيفة في وقف تنفيذ الحكم.

٢ – الركن المعنوي: ويتمثل في قصد وقف تنفيذ الحكم عمداً دون وجه حق.

وقد سن النظام المصري عقوبة لهذه الجريمة وذلك بعد إنذار الموظف بأن فعله يشكل جريمة جنائية، فإن أصر قامت المسؤولية الجنائية في حقه وعوقب بالحبس والعزل، مع ترك التحديد في ذلك للقاضي .

وفي المملكة لم تتحدد هذه المسؤولية بنص نظامي، إذ أن أغلب الجرائم التي ليس لها عقوبات حدية لم يسن لها أنظمة، وإنما هي متروكة لتقدير القاضي في المحاكم الشرعية، والذي يقدر عقوبة تعزيرية للجرائم والمخالفات التي لم ينص عليها، ومن ثم فلا يوجد

ما يمنع من تقديم صاحب الشأن دعوى جنائية للمحكمة الشرعية على الموظف بصفته الشخصية إذا كان امتناعه عن تنفيذ الحكم منطلقاً فيه من دوافع شخصية مما يسوغ معه الحكم بتعزيره، ولا علاقة لهذه الدعوى بالمسؤولية المدنية والتأديبية الناشئة عن هذا الفعل — كما سبق.

الفرع الثاني: موقف الفقه من المسؤولية الجزائية للموظف المسؤول

أولاً: المسؤولية التأديبية. : بالنسبة لموقف الفقه من المسؤولية التأديبية للموظف، فإن الفقه يقر المسؤولية التأديبية للموظف نتيجة خطئه الوظيفي، بل إن الشريعة الإسلامية سبقت الأنظمة في هذا المجال، وذلك من خلال معاقبتها للموظفين بالجزاءات التأديبية كالعزل إذا حصل من الموظفين ما يوجب ذلك، ويدل على ذلك ما يلي:

١. أن الرسول ﷺ عزل العلاء بن الحضرمي عامله على البحرين لما شكاه وفد عبد قيس الاستيعاب ١/٦٢ .

والوقائع في هذا المجال كثيرة، وهذه الوقائع تؤكد بجلاء إقرار الفقه للمسؤولية التأديبية وتطبيق الجزاءات المتعلقة بها عند وجود ما يستدعي ذلك، بل إن العزل كعقوبة تأديبية يتم تطبيقه — أحياناً

— ولو لم يقع من الموظف خطأ، وإنما كانت المصلحة العامة تتطلب ذلك، كما في عزل عمر بن الخطاب — رضي الله عنه — لشرحبيل بن حسنة مصنف ابن أبي شيبة ١٨٩/٦، ومصنف عبدالرزاق ٤٥٥/٥.

ولذا أكد الفقهاء على جواز التعزير للإمام بالنسبة لولاته وعماله ولو لم تقع منهم معصية، إذا اقتضت المصلحة ذلك.

أما إذا أخطأ الموظف أو قصر أو تجاوز حدوده الموكولة إليه، فإن التأديب يكون في حقهم أولى، وذكر الفقهاء صورة لذلك في القاضي إذا تعمد الحكم بالجوز فإنه يعزل مع تعزيره وضمانه، وهذا يدل على مشروعية تعدد العقوبات على الفعل الواحد إذا كانت من أجناس مختلفة والمقتضيات متعددة.

ويطلق الفقهاء على هذا النوع من التأديب: التعزير، ويعلقونه بالإمام .

وأما بالنسبة لكيفية التأديب فإن ذلك متروك للإمام حسبما يراه محققاً للمصلحة .

ثانياً: المسؤولية الجنائية.

لقد قررت الشريعة الإسلامية حق الإمام في إيقاع العقوبة بمن يستحقها من ولاة الدولة وعملها، ولذا فإن للإمام تعزير مَنْ وقع منه خطأ لم ينص على عقوبته، إذ أن المعاصي التي لا حد فيها يعزر فاعلها على حسب تقدير الإمام .

ويلحظ أن بعض الأنظمة التي قررت المسؤولية الجنائية بالنسبة للموظف الممتنع عن التنفيذ قد اشترطت توافر أركان هذه المسؤولية من العمد والقصد.

وهذا معتبر في الشريعة الإسلامية، فإذا كان الموظف لم يتعمد الامتناع عن التنفيذ فلا محل لعقوبته وكذا إذا لم يقصد الامتناع عن التنفيذ.

وكذا فقد أكد الفقهاء على أن لولي الإمام تعزير مَنْ ترك الواجبات بما يراه مناسباً.

والامتناع عن تنفيذ أحكام القضاء يدخل في ترك الواجبات ولذا فإن الموظف الممتنع يستحق العقوبة التعزيرية.

ومن العقوبات المقررة في هذا الشأن: الحبس.

وإذا نظرنا إلى موقف الفقه من هذه العقوبة نجد أن كثيراً من الفقهاء قد عدَّ عقوبة الحبس من ضمن العقوبات التعزيرية التي يجوز لولي الأمر إنفاذها على الشخص المستحق لها حسب ما يراه ولي الأمر محققاً للمصلحة .

وعلى هذا، فإن الحبس كعقوبة تعزيرية مشروع، بل إن بعض الفقهاء قد نقل إجماع الصحابة على مشروعيته .

وأما تقدير مدة الحبس وكيفيته، فإن هذه أمور اجتهادية يقررها القاضي حسب ما يراه محققاً للمصلحة .

المبحث الرابع

التزام الإدارة بتنفيذ الأحكام الإدارية

المطلب الأول: أساس الالتزام العام للإدارة بتنفيذ أحكام القضاء.

المفترض أن الإدارة تقوم بالتنفيذ اختياراً؛ لأنه لا توجد سلطة تجبرها على الطاعة، ثم إن التنفيذ من وظيفة الإدارة وليس القاضي، فالإدارة من واجبها أن تحترم قوة الشيء المقضي به بالنسبة للأحكام القضائية ، فتلتزم بتنفيذها متى طلب منها ذلك ولو بالقوة الجبرية إن لزم الأمر.

وهذا الالتزام النظامي على الإدارة يرتب عليها - أيضاً - أن تراعي النتائج الحتمية التي تترتب على الحكم.

المطلب الثاني : أساس الالتزام الخاص للإدارة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها.

الفرع الأول: النظرية الاجتماعية.

أن الأساس الخاص للالتزام من خلال هذه النظرية هو: ما يجب على الإدارة من ضمان حفظ النظام العام، وتحقيق العدالة الاجتماعية التي تفرض على الإدارة واجباً نظامياً يتمثل في الالتزام بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها.

الفرع الثاني : نظرية النص القانوني

تقوم هذه النظرية على مقتضى أن القانون هو أساس الالتزام بالتنفيذ، وأن الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة القانونية الملزمة، ومتى ما أصبح الحكم نهائياً، فإنه حينئذ يعد قاعدة قانونية واجبة الاتباع في النزاع الذي صدر بشأنه.

ويترتب على ذلك: أن جهات الإدارة المنوط بها تنفيذ أحكام القضاء ملزمة بالتنفيذ ولو كان ضدها بموجب الالتزام القانوني الذي يفرضه الحكم القضائي.

الفرع الثالث : نظرية حجية الشيء المقضي به

الذي يفهم من هذه النظرية أن أساس الالتزام الخاص للإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية يقوم بشكل أساسي على حجية الشيء المقضي به بالنسبة للحكم المراد تنفيذه، وحجية الشيء المقضي به — كما سبق — تعني أن الحكم القضائي يجوز الاحترام بمجرد صدوره، بحيث يحول ذلك دون رفع دعوى جديدة في ذات موضوع الحكم، إضافة إلى أنه يجب التسليم بما أثير في الدعوى السابقة دون الحاجة إلى بحث مجدد.

الفرع الرابع : نظرية القوة الإلزامية للحكم

إن هذه النظرية تقوم في أساسها على اعتبار أنه رغم استقلال كل من القضاء والإدارة عن بعضهما البعض، فإن ذلك لا يعني تجاهل كل منهما لقرارات الآخر، ولذا فإن الحكم القضائي وإن كان يتمتع بحجية الشيء المقضي به، فإن ذلك لا يعني احترام ما قضى به فقط، بل لا بد من أن يتحول ذلك إلى واقع ملموس باتخاذ الإجراءات الإلزامية، وهذه القوة الإلزامية للحكم القضائي، وهي الأساس الخاص للالتزام الإدارة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها .

والذي يظهر لي رجحانه من هذه النظريات هي: نظرية النص القانوني؛ لأن النص القانوني يشكل قاعدة نظامية يمكن من خلالها محاسبة الإدارة عند مخالفتها محاسبة منفصلة عن امتناعها عن التنفيذ. المطلب الثالث : موقف الفقه من التزام الإدارة بتنفيذ أحكام القضاء.

أساس التزام الإدارة بتنفيذ أحكام القضاء في ظل الفقه منطلقاً من التزامها بتطبيق الشريعة الإسلامية؛ لأن القضاء في حقيقته ما هو إلا تنفيذ لشرع الله تعالى، والدولة ممثلة بولي الأمر ملزمة بتطبيقه، وهذا أقوى التزام ممكن يعتمد عليه الحكم القضائي في تنفيذه، سواء كان صادراً ضد فرد عادي أو ضد الدولة ذاتها.

ومن ثم كان تنفيذ الحكم القضائي تنفيذاً لحكم الشرع ذاته، وهذا هو الأساس المتين للالتزام الدولة بالتنفيذ؛ لأنها ملزمة بتطبيق شرع الله تعالى، كما في قوله تعالى: **إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَاخْشَوْنِ وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ (٤٤) سورة المائدة، الآية: ٤٤.**

وقد كان سلف الأمة من الصحابة والتابعين يحيطون القضاء بكل مظاهر الإجلال والتكريم، وكانوا يقبلون الأحكام الصادرة ضدّهم وينفذونها طائعين مختارين ، وبالتالي فإنهم قد كفّلوا لهذه الأحكام مكانتها وتنفيذها.

بل إن الخلفاء الراشدين حرصوا في توجيهاتهم على الاهتمام بجانب تنفيذ أحكام القضاة وحضوا الولاة قبل غيرهم على هذا الجانب، وهذا ما يظهر جلياً في خطاب عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه - حيث جاء فيه: **(.... فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له) .**

ولذا كان السلف ينفذون الأحكام القضائية على اعتبار أنها تنفيذ لشرع الله تعالى، وهذا أعظم التزام يمكن أن يعطي الأحكام

القضائية الأساس المتين الذي يضمن تنفيذها سواء صدرت ضد الإدارة أو الأفراد على حد سواء وهذا هو المهم.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

ضوابط الحكم بالعرف المصرفي

إعداد

عبد المجيد بن محمد العالحي

إشراف

د. سليمان التركي

١٤٣٠ هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) ٩١

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) ٦٣

البحث بعد التلخيص بحجم (A4) ٢٠

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث

- المقدمة
- الفصل التمهيدي: تعريفات البحث
 - المبحث الأول : معنى العرف لغة وفقهاً وقانوناً.
 - المبحث الثاني : تمييز العرف عن غيره.
 - المبحث الثالث : معنى العرف المصرفي.
- الفصل الأول : أقسام العرف المصرفي وشروطه :
 - المبحث الأول : أقسام العرف المصرفي .
 - المبحث الثاني : شروط العرف المصرفي.
- الفصل الثاني : ظهور العرف المصرفي ، وحجيته وأحكامه عند التعارض المبحث الأول : ظهور العرف المصرفي (كيفية نشأته).
 - المبحث الثاني : حجية العرف المصرفي.
 - المبحث الثالث : أحكام العرف المصرفي عند التعارض.
- الفصل الثالث : ضوابط الحكم بالعرف المصرفي وتطبيقاته :
 - المبحث الأول : ضوابط الحكم بالعرف المصرفي.

المبحث الثاني : تطبيقات الحكم بالأعراف المصرفية.
- الخاتمة ، وفيها أبرز النتائج والتوصيات.

المراجع

-الفهارس

الفصل التمهيدي وفيه :

المبحث الأول : معنى العرف وتمييزه عن غيره

المطلب الأول : العرف لغة : " العين والراء والفاء أصلاً صحيحان ، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض ، والآخر على السكون والطمأنينة "

المطلب الثاني : معنى العرف اصطلاحاً :

التعريف المختار : " العرف : ما اعتاده أكثر الناس ، وساروا عليه في جميع البلدان أو في بعضها ، سواء أكان ذلك في جميع العصور ، أم في عصر معين "

المطلب الثالث : معنى العرف في القانون : وضع علماء القانون للعرف

تعريفات عديدة ، باعتباره مصدراً من مصادر القانون ، ومن " العرف : هو مجموعة القواعد التي تنشأ من اطراد سلوك الناس عليها زمناً طويلاً مع اعتقادهم بإلزامها وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي . "

المبحث الثاني : تمييز العرف عن غيره :

المطلب الأول : تمييز العرف عن العادة :

أولاً : تمييز العرف عن العادة عند الفقهاء : لقد تعددت اتجاهات الفقهاء

وآراؤهم في التفريق بين العرف والعادة ، ومن هذه الآراء ما يلي :

الرأي الأول : أنه لا فرق بين العرف والعادة ، وأنهما بمعنى واحد.

الرأي الثاني : أن العادة هي عرف عملي ، أي أن العرف أعم من العادة .

الرأي الثالث : أن العادة مخصصة بالفعل ، والعرف مخصوص بالقول ، أي

أفهما متباينان.

الرأي الرابع : أن العادة قد تكون فردية ، ولكن العرف لا يكون إلا من

الجماعة .

وهذا الرأي هو الراجح وذلك لسببين :

الأول : الدلالة اللغوية في كل منهما ، فالعادة تتكرر مطلقاً سواء أكان

ذلك التكرر من جماعة أم من فرد، أما العرف فإنه يتكرر فعله والعمل به

من كثيرين.

الثاني : الواقع العملي والتطبيق الفقهي ، فإن هناك أموراً لا يمكن أن يطلق

عليها اسم العرف ، بل يطلق عليها لفظ عادة، أما العادة الجماعية قولية

كانت أو فعلية فيصح أن يطلق عليها اسم العرف كما يطلق عليها اسم

العادة.

ثانياً : تمييز العرف عن العادة عند القانونيين :

١. أن العرف يلزم لقيامه توفر الركنين المادي والمعنوي ، أما العادة فيكفي لقيامها توفر العنصر المادي فقط.
٢. أن العرف ملزم ،أما العادة فهي لا تعتبر قاعدة قانونية في ذاتها ولا تلزم أحداً ولا يحكم بها إلا إذا اتفق الطرفان عليها ، بشرط ألا تخالف النظام العام والآداب.
٣. أن المحاكم تطبق العرف من تلقاء نفسها ، أما العادة فإنها لا تطبق إلا إذا تمسك بها أحد الخصوم.
٤. أن الحكم المستند إلى العرف يخضع لرقابة محكمة النقض إثباتاً وتطبيقاً ،خلافاً للعادة التي لا تخرج عن أن تكون مجرد واقعة ، لقاضي الموضوع الرأي فيها.

المطلب الثاني : تمييز العرف عن الإجماع :

١. أن الإجماع لا ينعقد إلا باتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر من العصور ، بخلاف العرف فإنه لا يشترط فيه ذلك.
٢. أن الإجماع متى تحقق لا يكون فاسداً أو باطلاً ، أما العرف فمن الجائز أن يكون فاسداً بأن يتعارف الناس على ما هو مخالف لنصوص الشارع ومقاصده.
٣. أن الإجماع متى تحقق فهو عند العلماء يكون ملزماً وحنة قطعية على حكم ما أجمع عليه ، أما العرف فلا إلزام فيه ما لم يكن مستنداً إلى دليل شرعي.

٤. أن الإجماع القطعي لا تجوز مخالفته ، أما العرف فمن الجائز أن يتغير أو يتبدل.

٥. أن الإجماع لا ينعقد عند مخالفة أحد من المجتهدين ، أما العرف فلا يؤثر فيه شذوذ طائفة عن العمل به.

٦. أن العرف لا يتحقق إلا بعد الاستمرار والدوام عليه ، أما الإجماع فإنه يتحقق بمجرد اتفاق المجتهدين على الحكم.

المبحث الثالث : معنى العرف المصرفي :

أولاً : معنى العرف المصرفي في الفقه : هو ما اعتاده أكثر الأشخاص في عمل مصرفي وساروا عليه في جميع البلدان أو بعضها سواء كان ذلك في جميع العصور أم في عصر معين.

ثانياً : معنى العرف المصرفي عند علماء القانون : هو ما درج عليه الأشخاص في تنظيم أعمالهم المصرفية بحيث تصبح قوة ملزمة فيما بينهم شأنها شأن النصوص القانونية.

وقد ورد لفظ " أعمالهم المصرفية " وعند الفقهاء ورد لفظ " عمل مصرفي " ، فما المراد بالأعمال المصرفية ؟

جاء بيان المراد بالأعمال المصرفية في جزء من المادة الأولى من نظام مراقبة البنوك ، بالنص التالي :

" (٢) يقصد باصطلاح (الأعمال المصرفية) أعمال تسلم النقود كودائع جارية أو ثابتة ، (٣) وفتح الحسابات الجارية وفتح الاعتمادات وإصدار

خطابات الضمان ودفع وتحصيل الشيكات أو أذونات الصرف وغيرها من الأوراق ذات القيمة، (٤) وخصم السندات والكمبيالات وغيرها من الأوراق التجارية، (٥) وأعمال الصرف الأجنبي، (٦) وغير ذلك من أعمال البنوك". نظام مراقبة البنوك الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٢ هـ

الفصل الأول

أقسام العرف المصرفي وشروطه : وفيه :

المبحث الأول : أقسام العرف المصرفي :

المطلب الأول : أقسام العرف المصرفي باعتبار الصحة والفساد :

أولاً : العرف المصرفي الصحيح : العرف الصحيح هو الذي لا يخالف قواعد الشريعة.

ثانياً : العرف المصرفي الفاسد : ما يتعارفه الأشخاص كلهم أو بعضهم في معاملاتهم المصرفية مما يخالف الشرع أو يجلب ضرراً أو يفوت نفعاً. وهذا القسم من العرف المصرفي غير معتبر في الشرع وتجب مخالفته لمصادمته لنصوص الشريعة

المطلب الثاني : أقسام العرف المصرفي باعتبار العموم والخصوص :

أولاً : العرف المصرفي العام : هو ما تعامله أكثر الأشخاص من المعاملات المصرفية في جميع البلدان سواء أكان قديماً أم حديثاً.

ثانياً : العرف المصرفي الخاص : ما اعتاده أكثر الناس من المعاملات المصرفية في بعض البلدان.

المطلب الثالث : أقسام العرف المصرفي باعتبار سببه :

أولاً : العرف المصرفي القوي : وهو تعارف المصرفيين - ومن يتعامل معهم - على إطلاق لفظ على معنى ليس موضوعاً له في أصل اللغة ،

بحيث يتبادر - ذلك العرف- إلى الذهن عند سماعه من غير قرينة ولا علاقة عقلية.

ثانياً : **العرف المصرفي العملي** : وهو ما جرى عليه عمل أكثر الناس في معاملاتهم المصرفية في جميع البلدان أو بعضها وتعارفوه في معاملاتهم وعقودهم.

المطلب الرابع : أقسام العرف المصرفي باعتبار طبيعته القانونية :

أولاً : العرف المصرفي الآمر : وهو العرف المنشئ لقاعدة قانونية ، لا يجوز للمتعاملين مصرفياً مخالفتها ، ولا الخروج عليها ، شأنه في ذلك شأن التقنين الآمر.

والعرف المصرفي الآمر يعتبر مصدراً من مصادر تكوين النظام المصرفي.

ثانياً : **العرف المصرفي المفسر** : وهو العرف المصرفي الذي يقرر الحكم في حالة عدم الاتفاق على خلافه ، أو يفسر نية المتعاقدين عند عدم الدلالة عليها.

المبحث الثاني : شروط العرف المصرفي :

المطلب الأول : شروط العرف المصرفي في الفقه :

الشرط الأول : أن يكون العرف المصرفي مطرداً وغالباً : أما إذا كان العرف المصرفي مضطرباً ، على معنى أنه يعمل به في بعض الحوادث دون بعض أو في زمن دون آخر فلا يعتد به.

الشرط الثاني : أن يكون العرف المصرفي عاماً : والمراد بهذا الشرط أن يكون العرف المصرفي شائعاً ومستفيضاً بين المعاملين الذين تعارفوه بحيث لا يتعلق بقلة منهم.

الشرط الثالث : ألا يكون العرف المصرفي مخالفاً لنص شرعي : يشترط في العرف المصرفي ألا يكون مخالفاً لنص من الكتاب أو السنة ، فإذا كان ما تعارف عليه المتعاملون مصرفياً مخالفاً لأحكام القرآن أو السنة فإنه لا يعتد به .

وبعضهم يضيف شرطاً رابعاً وهو : أن يكون العرف المصرفي ملزماً : بالتأمل في هذا الشرط يتبين للمتأمل أنه نتيجة للشروط السابقة ، فمتى استوفى العرف المصرفي ما مضى من الشروط فإن حينئذ يكون ملزماً وتبني عليه الأحكام.

المطلب الثاني : شروط العرف المصرفي عند علماء القانون :

الشرط الأول : أن يكون العرف المصرفي عاماً :

الشرط الثاني : أن يكون العرف المصرفي قديماً : أن تمضي على اتباعه فترة طويلة .

الشرط الثالث : أن يكون العرف المصرفي ثابتاً : أن يتبعه الناس بانتظام بطريقة لا تتغير ولا تنقطع.

الشرط الرابع : أن يكون هناك اعتقاد سائد بضرورة احترام العرف المصرفي : لا بد أن يشعر المتعاملون بضرورة احترامه واعتباره ملزماً.

الشرط الخامس : أن يكون العرف المصرفي موافقاً للنظام العام والآداب العامة :

الفصل الثاني

ظهور العرف المصرفي ، وحجيته ، وأحكامه عند التعارض : وفيه :

المبحث الأول : ظهور العرف المصرفي (كيفية نشأته)

إن المعاملات المصرفية تتسم بالسرعة وكثرة المعاملات المستجدة ، فحينما تنشأ معاملة مصرفية جديدة أو صورة من صورها ، وليس فيها تنظيم من قبل المنظم ، فإنه - مثلاً - يبدأ مصرف ما بالعمل بها على طريقة معينة ، ويتكرر ذلك منه وينتشر هذا العمل في فروع البنك ليصبح عادة مصرفية ، ثم تنتقل هذه العادة إلى بنك آخر ، وهكذا ، حتى يكون عرفاً مصرفياً منتشراً بين المتعاملين مصرفياً ، ويتأكد العمل به عندما تحكم به لجنة تسوية المنازعات المصرفية في أحد قراراتها.

المبحث الثاني : حجية العرف المصرفي : اختلف الفقهاء في حجية العرف

الخاص واعتباره على قولين :

العرف المصرفي يعد عرفاً خاصاً ، والعرف الخاص وقع فيه خلاف بين الفقهاء ، فهم على قولين :

القول الأول : وهو المذهب عند الحنفية وذهب إليه بعض الشافعية وهو اشتراط أن يكون العرف عاماً ، أي أنه لا يصح الاحتجاج بالعرف الخاص على قولهم.

القول الثاني : ذهب بعض الحنفية والمالكية وبعض الشافعية إلى اعتبار العرف الخاص حجة كالعرف العام.

وهذا القول هو الراجح ؛ لأنه لو لم يعتبر العرف الخاص لتجردت مسائل كثيرة عن الأحكام.

وبعد ذكر خلاف الفقهاء في هذه المسألة ، أذكر ما تيسر من الأدلة على حجية العرف :

أولاً : من القرآن الكريم :

أ - قول الله تبارك وتعالى : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف } سورة البقرة ، آية رقم ٢٣٣ .

ثانياً : من السنة النبوية :

أ - حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت : قالت هند أم معاوية للنبي صلى الله عليه وسلم : إن أبا سفيان رجل شحيح فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرّاً ؟ قال :

(خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف) . رواه البخاري ، برقم ٢٢١١ ، ومسلم ، برقم ١٧١٤ .

ثالثاً : حجية العرف من الإجماع : إن من أنواع الإجماع : الإجماع العملي ، وهو مما يستند إلى العرف المصرفي في إثبات حجيته ، وذلك أن الناس إذا

تعارفوا على أي عمل في عصر من العصور ولم ينكر عليهم أحد من العلماء مع علمهم به ، بل ربما عملوا به ، فهذا هو الإجماع العملي

رابعاً : حجية العرف المصرفي من بعض قواعد الشريعة :

قاعدة المصالح المرسلّة : كثيراً من الأعراف والعادات مستندة على المصلحة المرسلّة ، وذلك أن تكون الضرورة أو الحاجة داعية إلى عمل من الأعمال ، ثم يستمر الأمر على هذه الحال وهذا العمل حتى يصبح عرفاً متأسلاً في نفوس الناس حيث يصعب عليهم تركه والتخلي عنه .

خامساً : حجية العرف من قواعد النظام :

هناك الكثير من المواد النظامية التي أحالت إلى العرف ، مما يدل على حجيته - ومنه العرف المصرفي - ومن ذلك :

١. نص نظام المحكمة التجارية على الآتي : " يتبع فيما للدلالة من الحقوق وفيما عليه من الواجبات وفيما يستحقه من الأجرة العرف المطرد والعادة ."
نظام المحكمة التجارية ، المادة رقم ٣١ .

٢. نص نظام العمل والعمال على الآتي : " لا يجوز المساس بأحكام هذا النظام ولا بما اكتسبه العامل من حقوق أخرى بمقتضى أي نظام آخر أو اتفاقيات الامتياز أو أي عقد من عقود العمل أو اتفاقية أخرى أو قرارات التحكيم أو الأوامر الملكية أو ما جرى به العرف أو اعتاد صاحب العمل على منحه للعمال في منطقة أو مناطق معينة " . نظام العمل والعمال السعودي ، المادة رقم ٦ .

المبحث الثالث : أحكام العرف المصرفي عند التعارض :

المطلب الأول : حكم العرف المصرفي عند تعارضه مع النصوص الشرعية :

معارضة العرف المصرفي للنصوص الشرعية إما أن تكون من جميع الوجوه بحيث يلزم من العمل بالعرف المصرفي تعطيل النص ورفع حكمه ، فالعرف المصرفي في هذه الحالة لا يعتبر باتفاق أهل العلم ؛ لأن ذلك يؤدي إلى ترك الشريعة ورفع أحكامها بالأعراف الفاسدة.

أما إذا لم تكن المعارضة على الوجه السابق ، بأن يكون النص عاماً ، والعرف عارضه في بعض أفراده أو جاء العرف بتقييده بعد أن كان مطلقاً ، فهل يعتبر هذا التخصيص أو التقييد ؟

الذي عليه أكثر الفقهاء أن العرف الخاص لا يعتبر هنا فلا يخصص الدليل ولا يقيده ، خلافاً لبعض مشايخ بلخ من الحنفية.

وهذا القول هو الراجح. وذلك ؛ لأن العرف العام يقوي تخصيص العام وتقييد المطلق بخلاف العرف الخاص.

المطلب الثاني : حكم العرف المصرفي عند التعارض مع العرف العام :

العرف المصرفي عرف خاص ، وعند تعارض العرف الخاص مع العرف العام يقدم الخاص

وهذا الحكم كما نجد في الفقه نجده في القانون ، فإن القانونيين يقولون : والعرف الخاص يغلب على العرف العام.

المطلب الثالث : حكم العرف المصرفي عند التعارض مع الاجتهاد :
 إذا تعارض العرف المصرفي مع حكم اجتهادي بأن كان مدرك الحكم في المسألة مبنياً على العرف ثم تغير ذلك العرف في تلك المسألة فإن الحكم الأول غير معتبر لعدم اعتبار مدركه ، ويحكم العرف الحاضر ؛ لأنه أصبح هو مدرك الحكم.

المطلب الرابع : حكم العرف المصرفي عند التعارض مع نصوص القانون :

أولاً : العرف المصرفي عند تعارضه مع النصوص التجارية :

أ - حكم العرف المصرفي عند التعارض مع النصوص التجارية الآمرة :
 عند مخالفة عرف مصرفي لنص تجاري أو مصرفي أمر فإن النص يقدم على العرف المصرفي ؛ لأن النصوص الآمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ب - حكم العرف المصرفي عند التعارض مع النصوص التجارية المفسرة : المشهور والمعمول به أن العرف المصرفي يجوز أن يخالف النصوص التجارية والمصرفية المفسرة وقد حكى بعض الشراح الاتفاق على ذلك.

ثانياً : العرف المصرفي عند تعارضه مع النصوص المدنية : الصحيح الذي عليه جمهور القانونيين أن العرف المصرفي يقدم على النصوص المدنية الآمرة ؛ وذلك لاختلاف طبيعة العمل المصرفي عن طبيعة العمل المدني .

ووجود العرف المصرفي يعد قاعدة قانونية داخلية في سلم القانون التجاري والمصرفي بتدرجه.

الفصل الثالث

ضوابط الحكم بالعرف المصرفي ، وتطبيقات الحكم بالأعراف المصرفية
: وفيه :

المبحث الأول : ضوابط الحكم بالعرف المصرفي
الضابط الأول : أن يكون العرف المصرفي قائماً وقت إنشاء التصرف :
وذلك بأن يكون حدوث العرف المصرفي الذي تحمل عليه المعاملة سابقاً
على وقتها ثم يستمر إلى زمانها فيقارنها ، سواء كانت المعاملة قولاً أو
فعلاً.

فخرج بهذا أمران :

الأول : ما إذا كان العرف طارئاً على المعاملة وحادثاً بعدها ، وإن قارن
العمل بمقتضاها.

الثاني : ما إذا كان سابقاً على المعاملة وتغير قبل إنشائها. فإن العرف
المصرفي لا يحكم في منهما.

الضابط الثاني : ألا يعارض العرف المصرفي نص بخلافه : يجب عند الحكم
بالعرف المصرفي ألا يوجد تصريح من المتعاقدين أو المتعاملين بخلاف
مضمون العرف المصرفي، فإذا صرح المتعاقدان بخلاف ما جرى عليه
العرف المصرفي فإنه يعمل بما اتفقا عليه ولا عبرة بالعرف المصرفي ؛ وذلك

لأن اللجوء إلى العرف المصرفي إنما يكون عند عدم النص وانعدام ما يفيد غرض المتعاقدين صراحة ، فإذا عرف المقصود صراحة فلا حاجة إلى العرف ، ومن هنا يتضح أن دلالة العرف أضعف من دلالة النص.

الضابط الثالث : ألا يرتفع العرف المصرفي إلى مرتبة قانونية أعلى : فإذا كان الحكم في معاملة من المعاملات المصرفية مستنداً إلى شيء من هذه الأنظمة أو اللوائح أو القرارات - التي كانت أعرافاً - فإنه لا يصح أن يعد الحكم هنا مستنداً إلى العرف المصرفي ؛ لأنه ارتقى إلى مرتبة قانونية أعلى ، سواء كانت مادة في نظام أو لائحة أو كان قراراً أو تعميماً.

لضابط الرابع : أن تقره لجنة تسوية المنازعات المصرفية :

صدر الأمر السامي رقم ٨/٧٢٩ بتاريخ ١٠/٧/١٤٠٧هـ بتشكيل لجنة في مؤسسة النقد العربي السعودي من ثلاثة أشخاص من ذوي التخصص لدراسة القضايا بين البنوك وعملائها من أجل تسوية الخلافات وإيجاد الحلول المناسبة طبقاً للاتفاقيات الموقعة بينهما ، والذي ألزم المحاكم الشرعية وهيئات حسم المنازعات التجارية بعدم سماع الدعاوى المصرفية التي تقام ضد البنوك أو من قبلها إلا بموافقة سامية وإحالة المتداول أمامها من هذه القضايا إلى تلك اللجنة والتي سميت بلجنة تسوية المنازعات المصرفية. المنازعات المصرفية ، إعداد الأمانة العامة للجنة تسوية المنازعات المصرفية ، ٥

" و يجدر بالذكر أمران :

الأول : أن لجنة تسوية المنازعات المصرفية هي لجنة مستقلة ذات اختصاص قضائي لا سلطان عليها إلا النظام وقناعات أعضائها.
والثاني : أن المراد بتسوية المنازعة إنزال حكم النظام والأصول والأعراف المصرفية على وقائع التراع ". المنازعات المصرفية ، ٦ .

المبحث الثاني : تطبيقات الحكم بالأعراف المصرفية :

١. " من المعروف أن البنك يقدم خدمات مصرفية متعددة لعملائه من بينها تحصيل الأوراق التجارية وغيرها من الحقوق ، والبنك في أدائه لهذه الخدمة يقوم باعتباره وكياً بما يتطلبه حسن النية من شخص محترف ومتخصص ويلتزم ببذل العناية المعتادة والمألوفة من البنوك وفقاً لما استقر عليه العرف المصرفي ، ، ويكون البنك مسؤولاً عن عدم تنفيذ أحد الواجبات المفروضة عليه أو بسبب تنفيذها بطريقة سيئة أو مخالفة لما استقر عليه العرف المصرفي أو بسبب التأخير في القيام بالإجراء اللازم أو اتخاذه بطريقة منافية للمألوف وما يتطلبه العمل المصرفي من سرعة الأداء كما يسأل البنك لعدم اتخاذه الاحتياطات الكفيلة بالتحصيل في الوقت المناسب". المنازعات المصرفية ، المبدأ رقم ٢١٦ من القرار رقم ١٤٠٩/٢٠٠ ، وأشير هنا إلى أنني سأكتفي بذكر رقم المبدأ في التطبيقات القادمة.

٢. " المستقر عليه أن عقد التسهيلات المصرفية يعتمد أساساً على ثقة البنك في عميله ومدى جدارته بالائتمان. ويجدد الرصيد النهائي للحساب في تاريخ انتهاء العقد وقفل الحساب سواء بانتهاء مدته أو بوقف التعامل على الحساب في العقد غير محدد المدة ، مع الأخذ في الحسبان القيود الدائنة والمسحوبات التي تتم بعد قفل الحساب . ويستحق سداد دين الرصيد النهائي منذ تاريخ قفله " المبدأ رقم ٢٥٣.

٣. " استقر العمل المصرفي فيما يتعلق بالعمليات المصرفية ، ومن بينها فتح الحساب وما تعلق به ، بأنه يتعين التحوط عند استعمال الوكالات في فتح الحسابات بطلب تضمنها لنصوص صريحة قاطعة في الدلالة على انصراف نية الموكل و إرادته إلى تخويل الوكيل السلطات أو الصلاحيات التي أوكلها إليه الموكل فيما يتعلق بحساباته. أثر مخالفة البنك ذلك : ترتيب مسؤوليته المدنية إذا ما لحق الضرر بالموكل". المبدأ رقم ٦٦٤.

٤. " استقر العرف المصرفي على صرف قيمة الشيك للأمر للشخص الذي يرد اسمه بعد كلمات (مناولة) أو (بواسطة) أو (تسليم) سواء كانت العبارة باللغة العربية أو بأي لغة أخرى تفيد نفس المعنى متى حررت بذات لغة الشيك. المبدأ رقم ٥١٦.

٥. " ضوابط بيع البنك للأسهم المرهونة : أن يكون البيع في الوقت الملائم ، وأن يحقق أقصى ربح أو عائد للعميل مع تجنبه الخسائر أو الحد منها بقدر الإمكان في ضوء المسلك المعتاد للبنك". المبدأ رقم ٤٦٥.

٦. " المستقر عليه أنه متى قام البنك بتنفيذ الاعتماد والوفاء بقيمته إلى المستفيد عند ورود المستندات مطابقة لشروط الاعتماد فإنه يقوم بإخطار عميله الأمر بوجود المستندات لتسلمها مقابل دفع قيمتها. المبدأ رقم ٧٠.

٧. " المقرر أنه يجب على البنوك أن تفحص جميع المستندات بعناية معقولة للتأكد من أنها تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الاعتماد أما المستندات التي تبدو في ظاهرها متناقضة مع بعضها البعض فتعتبر في ظاهرها وكأنها غير مطابقة لشروط الاعتماد.

والتناقض بين المستندات يبرر رفضها". المبدأ رقم ٧٤.

٨. " المستقر عليه أنه وإن كان البنك غير مسؤول عن الدفع بناء على مستندات مزورة طالما كان مظهرها سليماً وكاملة طبقاً لشروط الاعتماد وليس بينها تناقضات ، إلا أن اتخاذ البنك موقفاً سلبياً إزاء البضاعة بعد رفض العميل استلام المستندات لتقليل الأضرار. المبدأ رقم ٧٥.

٩. " المستقر عليه أن البنك فاتح الاعتماد المستندي متى تلقى المستندات من المستفيد وقام بفحصها وانتهى إلى سلامتها ومطابقتها للتعليمات فإنه يلتزم بنقلها إلى الأمر بفتح الاعتماد ويمكن للأمر تسلمها مقابل أداء قيمتها في حالة عدم اعتراضه عليها.

ويحصل البنك من العميل على إيصال باستلام المستندات كاملة. المبدأ رقم ٩٠.

١١. "المستقر عليه أن البنك المراسل باعتباره متخصصاً في الأعمال المصرفية ويهتم بالمحافظة على حقوق ومصالح عملائه والمتعاملين معه - ومنهم المستفيد من الاعتماد - يلتزم ببذل العناية المعقولة والمعروفة بالنسبة لإتمام عمليات التبليغ في الوقت المناسب.

أثر مخالفة ذلك : ترتيب مسؤوليته المدنية". المبدأ رقم ٩١.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

فهم النصوص

إعداد الطالب

راشد بن شهيل بن إبراهيم القعود

إشراف

د. حمزة بسـتان حمزة

١٤٢٤-١٤٢٥ هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) ١٦٦

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) ١٢٣

البحث بعد التلخيص بحجم (A4) ٣٨

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

تقسيمات البحث:

تم تقسيم هذا البحث التكميلي إلى ما يأتي:

المقدمة: وتشتمل على:

◀ أهمية الموضوع.

◀ أسباب اختيار موضوع البحث.

◀ الدراسات السابقة.

◀ منهج البحث.

◀ خطة البحث.

الفصل الأول: التعريف بمفردات العنوان:

١/ المبحث الأول: بالمراد بالفهم.

المطلب الأول: الفهم لغة.

المطلب الثاني: الفهم اصطلاحاً.

المطلب الثالث: الفهم في النظام.

٢/ المبحث الثاني: المراد بالنصوص

المطلب الأول: النصوص في اللغة.

المطلب الثاني: النصوص في الاصطلاح.

المطلب الثالث: النصوص في النظام.

الفصل الثاني: أسباب الاختلاف في فهم النصوص.

المبحث الأول: أسباب الاختلاف في فهم النصوص الشرعية.

المطلب الأول: الإبهام في النصوص.

المطلب الثاني: الاختلاف في العمل بالمنطوق غير الصريح.

المطلب الثالث: الاختلاف في العمل بالمفهوم.

المطلب الرابع: الاختلاف في العمل بالأدلة المختلف فيها.

المطلب الخامس: الاختلاف في القواعد الأصولية والمسائل الأصولية.

المبحث الثاني: أسباب الاختلاف في فهم النصوص النظامية.

المطلب الأول: النص النظامي غير الواضح.

المطلب الثاني: الدلالات في النصوص النظامية.

المطلب الثالث: أنواع تفسير الأنظمة.

الفصل الثالث: العوامل المؤثرة في فهم النصوص.

المبحث الأول: العوامل المؤثرة على فهم النصوص الشرعية.

المطلب الأول: الطبيعة البشرية.

المطلب الثاني: محدودية العلم البشري.

المطلب الثالث: النشأة المذهبية.

المطلب الرابع: البيئات المحيطة بالإنسان.

المبحث الثاني: العوامل المؤثرة على فهم النصوص النظامية

- المطلب الأول: الطبيعة البشرية لواضعي النظام.
- المطلب الثاني: الطبيعة البشرية لشارحي النظام.
- المطلب الثالث: الطبيعة البشرية لفاهمي النظام.
- الفصل الرابع: القواعد المساعدة على فهم النصوص.

المبحث الأول: القواعد المساعدة على فهم النصوص الشرعية .

- المطلب الأول: معرفة مقاصد الشريعة.
- المطلب الثاني: معرفة اللغة العربية.
- المطلب الثالث: معرفة متزلة الأصول والفروع من الشرع.
- المطلب الرابع: معرفة شمول الشرعية وصلاحيتها لكل زمان ومكان.
- المطلب الخامس: التفريق بين النص الشرعي وبين كلام أهل العلم.
- المبحث الثاني: القواعد المساعدة على فهم النصوص النظامية .

- المطلب الأول: معرفة المقصود من النظام وروح النظام.
- المطلب الثاني: معرفة القواعد المنطقية لفهم وتفسير النظام.
- المطلب الثالث: بين النظام والمصلحة منه.

الفهارس:

- ١- فهرس الآيات.
- ٢- فهرس الأحاديث والآثار

- ٣- فهرس الأعلام.
- ٤- فهرس المصادر والمراجع.
- ٥- فهرس الموضوعات.

الفصل الأول

التعريف بمفردات العنوان

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: المراد بالفهم.

وفيه ثلاث مطالب: المطلب الأول: الفهم لغة.

(فهم: الفاء والهاء والميم علم الشيء كذا يقولون أهل اللغة).

المطلب الثاني : الفهم اصطلاحاً

(معرفة لوازم المعنى ونظائره ومراد المتكلم بكلامه ومعرفة حدود كلامه،

بحيث لا يدخل فيها غير المراد، ولا يخرج منها شيء من المراد).

أما معنى المفهوم فهو اسم مفعول من الفهم، وفي اصطلاح علماء أصول

الفقه أنه ما فهم من اللفظ في غير محل النطق.

وهو قسمان: مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة.

١. مفهوم الموافقة: وهو ما كان السكوت عنه موافقاً للمنطوق في

حكمه نفيًا وإثباتًا.

٢. مفهوم المخالفة: وهو ما دل عليه اللفظ في غير محل النطق وكان

حكمه مخالفًا للمنطوق.

المبحث الثاني

المراد بالنصوص

النصوص في اللغة. وفيه ثلاث مطالب: المطلب الأول:

النصوص جمع نص وهو من الرفع، نص: النون والصاد أصل صحيح يدل على رفع وارتفاع وانتهاء في الشيء.).

المطلب الثاني: النصوص في الاصطلاح

للنص عدة اطلاقات في الاصطلاح فمن تلك الاطلاقات: .

الأول: ما لا يحتمل إلا معناً واحداً فقط.

الثاني: كل كلام مفهوم المعنى سواء كان ظاهراً أو نصاً أو مفسراً اعتباراً منه للغالب.

الثالث: ما لا يتطرق إليه احتمال أصلاً، لاعلى قرب ولا على بعد.

الرابع: ما دل بنفس لفظه وصيغته على المعنى دون توقف على أمر خارجي.

الخامس: وأطلق الفقهاء كلمة النص على معاني منها:

يطلق النص في مقابل الإجماع والقياس.

ويطلق النص عند الفقهاء على اللفظ الذي دلالاته قوية الظهور.

ويطلق أيضاً على ما نصه الفقهاء في كتبهم.

وقد يطلق النص أيضاً على صيغة الكلام الأصلية التي وردت عن المؤلف أو المتكلم.

المطلب الثالث : النصوص في النظام

أولاً: تعريف النظام في اللغة: "النون، والطاء، والميم، أصل يدل على تأليف الشيء وتكثيفه".

ثانياً: تعريف النظام في الاصطلاح: يعرف النظام في الاصطلاح باعتبارين:

الاعتبار الأول: من الناحية الموضوعية؛ فهو عبارة عن مجموعة من الأحكام التي تتعلق بموضوع محدد، وتعرض في صورة متتالية.

الاعتبار الثاني: من الناحية الشكلية؛ فهو عبارة عن وثيقة مكتوبة تصدر عن يملك حق إصدارها، تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد في مجتمعهم، وإدراك مصالح الأفراد.

فالقاعدة النظامية في مصطلح علماء القانون: هي خطاب موجه إلى الأشخاص في صيغة له قوة الإلزام.

فمحتوى القاعدة النظامية مبني على:

١. الخطاب

٢. العموم

٣. الإلزام

كما أن للقاعدة النظامية سمات أخرى من أهمها:

١. أنها قاعدة سلوك اجتماعية.

٢. أنها تنظيم الروابط بين الأشخاص.

فهي ترتبط بالسلوك الخارجي.

وبعد تحديد مبسط لمفهوم القاعدة النظامية وهي التي يستند عليها النص في

النظام ندلف إلى تحديد معنى النص في النظام.

للنص في النظام عد اطلاقات منها:

١. مجموع نصوص قاعدة قانونية منظور إليها في التعبير المكتوب.

٢. برهان مستخرج من أحد النصوص بدون استبعاد اعتبار مصدره

وروحه.

٣. المستند الخطي الذي يتضمن هذه الأحكام أو ينشرها.

٤. محتوى عمل ما (قرار، عقد) والمستند الخطي الذي يتضمنه.

٥. النصوص التشريعية: هي النصوص القانونية التي يسنها المشرع

والتي تطبق على الكافة وفقاً لموضوعها.

الفصل الثاني

أسباب الاختلاف في فهم النصوص

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أسباب الاختلاف في فهم النصوص الشرعية.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: الإبهام في النصوص.

قليل في تعريف اللفظ غير الواضح الدلالة من الألفاظ، هو ما لا يدل على المراد منه بنفس صيغته، بل يتوقف فهم المراد منه على أمر خارجي. وقد قسم علماء الأصول اللفظ المبهم أو غير واضح الدلالة إلى أربعة أقسام: الخفي والمشكل، والمحمل، والمتشابه.

وفيما يلي بيان لهذه الأقسام وأثرها في فهم النصوص واستنباط الأحكام.

١- الخفي: في اللغة: الخفاء والفناء واليباء أصلاً متباينان متضادان:

فالأول: الستر، والثاني: الإظهار

والأصل الأول هو المراد هنا وهو عدم الظهور، والستر والكتمان.

والخفي في الاصطلاح: هو اللفظ الظاهر في دلالاته على معناه، ولكن

عرض له من خارج صيغته ما جعل في انطباقه على أفراد نوع

غموض وخفاء، لا يزول إلا بالطلب والاجتهاد.

وطريقة إزالة الإبهام في الخفي هو بحث المجتهد وتأمله، وعماد ذلك الرجوع إلى النصوص المتعلقة بالمسألة المرادة بالحكم، ومراعاة التعليل ومقاصد الشريعة.

٢- **المشكل: المشكل:** شكل: الشين والكاف واللام معظم بابه المماثلة.

والمشكل اصطلاحاً: هو ما لا ينال المراد منه إلا بتأمل بعد الطلب. وعند الأصوليين المشكل هو، اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المراد منه، بل لابد من قرينة خارجية تبين ما يراد منه، وهذه القرينة في متناول البحث.

وطريقة إزالة الإبهام في المشكل هو الاجتهاد، بأن يعمل القرائن والأدلة التي نصبها الشارع إلى إزالة إشكاله.

٣- **المجمل: في اللغة:** جَمَلَ: جمع، وجمعه عن تفرقة.

أما المجمل في الاصطلاح: هو ما له دلالة على أحد أمرين، لا مزية لأحدهما على الآخر بالنسبة إليه.

فأسباب الإجمال ثلاثة: اللفظ المشترك الذي لا تحف به قرينة تعين أحد معانيه.

والثاني من أسباب الإجمال: هو نقل اللفظ من معناه الظاهر في اللغة إلى معنى شرعي جديد.

والثالث من أسباب الإجمال: هو ما يكون إجماله ناشئاً عن غرابة اللفظ في المعنى الذي استعمل فيه.

وأما حكم المجمل فهو: " التوقف في تعيين المراد منه، فلا يجوز العمل به إلا إذا ورد من الشارع ما يزيل إجماله ويكشف معناه.

٤- المتشابهة: في اللغة من شبه: الشين والباء والهاء أصل واحد يدل على تشابه الشيء وتشاكله لونا ووصفاً...

والمراد بالمتشابهة في اصطلاح الأصوليين: اللفظ الذي لا تدل صيغته بنفسها على المراد منه. ولا توجد قرائن خارجية تبينه، واستأثر الشارع بعلمه فلم يفسره.

المطلب الثاني :الاختلاف في العمل بالمنطوق غير الصريح

قسم أهل العلم المنطوق إلى منطوق صريح ومنطوق غير صريح ولكل منهما أقسام وأنواع وسوف نحاول تبين ذلك فيما يلي:
أولاً: تعريف المنطوق: ما دل عليه اللفظ في محل النطق.
وهو قسمان:

١. المنطوق الصريح: هو دلالة اللفظ على الحكم بطريق المطابقة أو التضمن.

٢. المنطوق غير الصريح: وهو دلالة اللفظ على الحكم بطريق الالتزام.

أقسام المنطوق غير الصريح:

أ) دلالة الاقتضاء: وهي "دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته العقلية أو الشرعية".

ب) دلالة الإشارة: "وهي دلالة اللفظ على لازم غير مقصود للمتكلم، لا يتوقف عليه صدق الكلام ولا صحته"

ج) دلالة الإيماء والتنبيه: وهي أن يذكر وصف مقترن بحكم في نص من نصوص الشرع على وجه لو لم يكن ذلك الوصف علة لذلك الحكم لكان الكلام معيباً.

المطلب الثالث : الاختلاف في العمل بالمفهوم

أولاً: تعريف المفهوم لغة: سبق معنا أن الفهم هو العلم والمعرفة للشيء بالقلب.

ثانياً: تعريف المفهوم اصطلاحاً: فهو ما فهم من اللفظ في غير محل النطق.

ثالثاً: أقسام المفهوم. وتنقسم دلالة المفهوم إلى قسمين:

أ) مفهوم الموافقة.

ب) مفهوم المخالفة.

أ) مفهوم الموافقة:

فأما مفهوم الموافقة فهو ما كان السكوت عنه موافقاً للمنطوق في حكمه نفيًا وإثباتًا. ويسمى فحوى الخطاب ولحن الخطاب. وهو دلالة النص عند الحنفية. وهو أربعة أقسام هي:

١. أن يكون الحكم المسكوت عنه أولى بالحكم المنطوق قطعاً.

٢. أن يكون الحكم المسكوت عنه مساوياً لحكم المنطوق قطعاً .
 ٣. أن يكون الحكم المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق مع نفي الفارق بالظن الغالب.

٤. أن يكون الحكم المسكوت عنه مساوياً للمنطوق به مع كون الفارق مظنوناً لا مقطوعاً.

حكم مفهوم الموافقة: مفهوم الموافقة إما أن يكون قطعي وإما أن يكون ظني، فمفهوم الموافقة القطعي فعامرة أهل العلم يقول به بل نقل الأُمدي الاتفاق على ذلك فقال: "وهذا مما اتفق أهل العلم على صحة الاحتجاج به إلا ما نقل عن داود الظاهري".

أما ما كان ظني من مفهوم الموافقة فوقع فيه الخلاف.

(ب) مفهوم المخالفة: وهو ما يدل عليه اللفظ في غير محل النطق وكان حكمه مخالفاً للمنطوق.

وهو ينقسم إلى عشرة أقسام هي:

١. مفهوم الوصف: وهو تعليق الحكم على الذات بأحد الأوصاف.

٢. مفهوم الغاية، نحو: ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره

﴾. سورة البقرة (الآية: ٢٣٠)

٣. مفهوم الشرط نحو: ﴿ وإن كن أولات حمل ﴾. سورة الطلاق (الآية: ٦)

٤. مفهوم العدد، نحو: ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾. سورة النور (الآية: ٤)

٥. مفهوم العلة، نحو: اعط السائل حاجته.

٦. مفهوم اللقب، وهو تعليق الحكم بالاسم العلم.

٧. مفهوم الحصر، وهو أنواع، أقواها الحصر: بـ "ما" و "إلا".
٨. مفهوم الاستثناء، كقوله تعالى: ﴿ لا إله إلا الله ﴾. سورة الصافات (الآية: ٣٥)
٩. مفهوم الزمان، كقوله تعالى: ﴿ الحج أشهر معلومات ﴾. سورة البقرة (الآية: ١٩٧)
١٠. مفهوم المكان، نحو: ﴿ وأنتم عاكفون في المساجد ﴾. سورة البقرة (الآية: ١٨٧)
- حكم مفهوم المخالفة:** اختلف موقف أهل العلم في حجيته مفهوم المخالفة بوجه عام على قولين:
- القول الأول:** ذهب جمهور أهل العلم أن جميع مفاهيم المخالفة حجة، إلا مفهوم اللقب.
- القول الثاني:** وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - أن جميع مفاهيم المخالفة ليست بحجة.

المطلب الرابع : الاختلاف في العمل بالأدلة المختلف فيها

أجمع المسلمون على أن الأصول ثلاثة الكتاب والسنة والإجماع..

وأما باقي أدلة الشرع فهي أدلة مختلف فيها وهي بالاستقراء ستة

عشر دليلاً وهي:

- | | | |
|------------------|---------------------------|----------------------|
| ١- القياس | ٢- الاستحسان | ٣- المصالح المرسلة |
| ٤- العرف | ٥- قول الصحابي | ٦- البراءة الأصلية |
| ٧- الاستصحاب | ٨- سد الذرائع | ٩- إجماع أهل المدينة |
| ١٠- الاستقراء | ١١- الاستدلال | ١٢- الأخذ بالأخف |
| ١٣- العصمة | ١٤- إجماع الخلفاء الأربعة | ١٥- إجماع أهل الكوفة |
| ١٦- إجماع العترة | | |

وبعضها راجع إلى بعض وبعضها لا شك في عدم اعتباره ولكن

سوف نتكلم عن أهم هذه الأدلة وأثر الاختلاف فيها على فهم النصوص

وهذه الأدلة هي:

١- القياس.

٢- الاستحسان.

٣- المصالح المرسلة.

أولاً: القياس: القاف والواو والسين أصل واحد يدل على تقدير شيء

بشيء

وفي اصطلاح الأصوليين "حمل فرع على أصل في حكم بجامع بينهما"

وللقيام أربعة أركان وهي:

١. الأصل.

٢. حكم الأصل.

٣. الفرع.

٤. العلة.

❖ **حكم القياس:** اتفق جمهور أهل العلم على الاستدلال بالقياس. وهو

حجة شرعية، وكذلك اتفقوا على حجية القياس في حالتين:

الأولى: إذا كان حكم الأصل منصوص على علته.

الثانية: إذا كان القياس من أقيسة الرسول.

أما القياس في غير هاتين الحالتين، فقد اختلف أهل العلم فيه على

قولين هما:

أولاً: رأي جمهور علماء المسلمين من الأصوليين الفقهاء

والمتكلمين، وهو أنه حجة شرعية وهو الأصل الرابع بعد

الكتاب والسنة والإجماع.

ثانياً: رأي أهل الظاهر والنظام إلى امتناعه عقلاً وشرعاً

أثر الاختلاف بالعمل بالقياس على فهم النصوص:

قال ابن القيم — رحمه الله — "فإن الناس فيه (أي القياس) طرفان

ووسط، فأحد الطرفين من ينفي العلل، ويجوز ورود الشريعة

بالفرق بين المتساويين والجمع بين المختلفين، ولا يثبت أن الله

سبحانه شرع الأحكام لعلل ومصالح، وبإزاء هؤلاء قوم أفرطوا

فيه، وتوسعوا جداً، وجمعوا بين الشيئين اللذين فرق الله بينهما بأدنى جامع.

ومن الأمثلة الفقهية التي توضح منهج من لا يعمل بالقياس ما يلي:

١. أن مسح البول باليمين جائز، وكذلك مستقبل القبلة
٢. مسألة أنه إذا كان على حجر نجاسة غير الرجيع أجزأ ما لم يأت عنه فهي.
٣. وأنه يجوز قراءة القرآن والسجود فيه ومس المصحف.
٤. وإذا أحدث في الماء أو بال خارجاً منه تم جري البول فيه فهو طاهر، ويجوز الوضوء منه والغسل له ولغيره.

ثانياً: الاستحسان: تعريف الاستحسان: في اللغة: هو مشتق من الحسن، وهو في اللغة عد الشيء حسناً.

ومعناه في الاصطلاح: هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه يقتضي التخفيف، ويكشف عن وجود حرج عند إلحاق تلك الجزئية بنظائرها في الحكم.

❖ أنواع الاستحسان عند الحنفية:

١. الاستحسان بالنص.
٢. الاستحسان بالإجماع.
٣. الاستحسان بالضرورة.
٤. الاستحسان بالقياس الخفي.

❖ أنواع الاستحسان عند المالكية هي:

١. ترك مقتضى الدليل للعرف.
٢. ترك مقتضى الدليل بالإجماع.
٣. ترك مقتضى الدليل للمصلحة.
٤. ترك مقتضى الدليل في السير لتفاهته ونزارته لرفع المشقة إثارة التوسعة.

وذكر الشاطبي نوعاً خامساً عند المالكية، هو الاستحسان بمراعاة الخلاف.

حكم العمل بالاستحسان: أشهر المذاهب في حجية الاستحسان ثلاثة هي:

١. مذهب جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة، أنه دليل شرعي تثبت به الأحكام في مقابلة ما يوجبه القياس، أو عموم النص.
٢. مذهب الشافعي أنه ليس بدليل شرعي.
٣. مذهب فريق من العلماء دليل شرعي ولكنه ليس دليلاً مستقلاً بل هو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى.

تحرير محل النزاع في حكم حجية الاستحسان.

مصطلح الاستحسان مثلاً حياً على ذلك، فمن جعل هو عبارة عن القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهي من غير دليل أبطله وردده وشنع على القائلين به. وهذا لم يقل به أحد. وهم متفقون على ذلك.

ومن جعل الاستحسان هو العدول عن موجب دليل إلى موجب أقوى منه، فهذا مما لا ينكره أحد، وأما الاستحسان بالمصلحة أو العرف أو الضرورة، أو غير ذلك، فإن الذي يقول به إنما يقول بهذه الأدلة، فحجته هي حجة هذه الأدلة.

أثر الاختلاف بالعمل بالاستحسان على فهم النصوص: إن الناظر في كلام أهل العلم في الاستحسان يجدهم ينقسمون فيه إلى أربعة أقسام هي:

١. القول بالاستحسان في كثير من المسائل وكذلك هو مذهب الإمام أبي حنيفة
٢. القول بالاستحسان باعتدال وهو مذهب الإمام أحمد — رحمه الله
٣. عدم القول بالاستحسان الذي هو إتباع الهوى والقول بالتشهي، والعمل بالاستحسان الذي هو متفق عليه، وهذا هو مذهب الإمام الشافعي — رحمه الله.
٤. عدم القول بالاستحسان مطلقاً وهو قول أبي محمد علي ابن حزم — رحمه الله.

❖ من الأمثلة الفقهية المترتبة على ما سبق. ما يلي:

١. مسألة المشاركة حيث إن عمر رضي الله عنه قضى فيها أولاً بقضاء لم يكن للأشقاء شيء لأنهم عصابة، غير أن عمر رضي الله عنه لاحظ بعد

ذلك؛ أن تطبيق قاعدة النصيب في هذه الجزئية ينبني عليه نوع من الحيف أو الجور، فترك ذلك الحكم السابق وقضى بتوريث الأخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثلث.

٢. ومن الأمثلة أيضاً تأجير عمر رضي الله عنه أرض السواد بأجرة مؤبدة معدومة مجهولة المقدار، مع أن القياس عدم جواز ذلك. ولكن عمر رضي الله عنه ترك القياس لما في تركه من المصلحة العامة المؤبدة.

٣. ومن المسائل الفقهية أيضاً: ما لو باع رجل سلعة بثمن لأجل ثم اشتراها بائعها بعينها قبل قبض ثمنها بأكثر من الثمن الأول لأبعد من الأجل الأول فالقياس يقتضي جواز البيعتين فيهما، لكن عدل بهذه المسألة عن نظائرها من أفراد بيع سلعة بثمن إلى أجل بدليل خاص.

٤. ومن المسائل، تضمين الصناع المؤثرين في الأعيان بصنعتهم، وتضمين الحمالين للطعام والإيدام دون غيرهم.

ثالثاً: المصالح المرسلة:

أولاً: تعريف المصلحة: هي في اللغة على وزن ومعنى منفعة. وفي الاصطلاح "هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينهم. ثانياً: أقسام المصلحة: أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشارع، هي:

أ- المصالح المعتبرة: وهي المصالح التي شهد الشارع بنص أو إجماع للأوصاف التي بنيت عليها، بالقبول..

ب- المصالح الملغاة: وهي المصالح التي ألغها الشارع وشهد لها بالبطلان إما نصاً أو إجماعاً.

ج المصالح المسكوت عنها: وهي المصالح التي لم يشهد لها نص معين من الشرع ولا إجماع، لا بالبطلان والإلغاء ولا بالاعتبار.
ثالثاً: شروط العمل بالمصلحة:

١- أن تكون المصلحة حقيقة لا وهمية وقطعية لا ظنية.

٢- أن تكون المصلحة ضرورية أو حاجية متزلة متزلة الضرورة.

٣- أن تكون كلية عامة، أي ليست مصلحة شخصية.

٤- أن لا تعارض نصاً ولا إجماعاً.

٥- أن تكون ملائمة لمقاصد الشرع.

٦- أن تكون فيما عقل معناه.

رابعاً: حكم العمل بالمصالح المرسلة: اتفق أهل العلم على أنه لا مجال للقياس ولا للاستحسان ولا للمصالح في العبادات.

أما أحكام المعاملات والتعزيرات وطرق الإثبات وأحكام الإجراءات وسائر أنواع الأحكام، فقد اختلف العلماء في العمل بها بناءً على مراعاة

المصالح المرسلة على النحو التالي:

القول الأول: وهو أن المصلحة دليل شرعي فيما لا نص فيه ولا إجماع، وهو مذهب جماعة من أهل العلم منهم الإمام مالك والإمام أحمد — رحمهما الله —

القول الثاني: وهو أن المصلحة ليست دليلاً شرعياً ولا يستتبط بها الأحكام، هذا القول منسوب إلى الإمام أبي حنيفة — رحمه الله — والإمام الشافعي — رحمه الله.

القول الثالث: وهو أن المصلحة ليست دليلاً شرعياً مطلقاً ولم يعملوا بها وهو مذهب الظاهرية، فهم ينكرون القياس، فمن باب أولى أن ينكروا المصالح المرسلة.

القول الرابع: أن المصالح المرسلة هو الدليل الشرعي الأساسي في المعاملات سواء، مع عدم وجود الدليل الشرعي وهو النص أو مع وجود النص وذلك في المعاملات والسياسات الدنيوية فحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله، وهذا القول منسوب لنجم الدين الطوفي — رحمه الله.

❖ أثر الاختلاف في العمل بالمصالح المرسله على فهم النصوص:

الأولى: أن أكثر أهل العلم يعملون بالمصالح المرسله سواءً من الناحية التأصيلية مثل المالكية والحنابلة أو من الناحية العملية مثل الحنفية والشافعية، ومن أمثلة ذلك ما يلي:

١- جواز تنصيب الأمثل من غير المجتهدين إماماً إذا لم يوجد المجتهد. وجواز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراحات للمصلحة، وذلك عند المالكية.

٢- وجواز إتلاف الحيوانات التي يقاتل عليها الأعداء، وإتلاف شجرهم، إذا كانت حاجة القتال والظفر بالأعداء والغلبة عليهم تستدعي ذلك، وذلك عند الشافعية.

٣- جواز حرق ما يغنمه المسلمون من متاع وضأن إذا عجزوا عن حملها، فيذبحون الضأن، ويحرقون اللحم، وذلك عند الحنفية.

٤- جواز تخصيص بعض الأولاد بالهبة لمصلحة معينة، ذلك عند الحنابلة.

الثانية: أن المانعين من العمل بالمصالح المرسله يكادون ينحسرون في أهل الظاهر.

الثالثة: القول بإعمال المصلحة مع وجود النص في مجال المعاملات وتقديمها عليه، وهذا خرق للإجماع الذي تتابعت العصور عليه.

الرابعة: نتيجة لما حصل من تضخيم لرأي الطوفي والنفخ فيه نتج لنا قول غريب وهو اعتبار المصلحة مطلقاً وتقديمها على النصوص بدعوى أن هذا تقديم للنصوص الكلية على النصوص الجزئية.

المطلب الخامس: الاختلاف في القواعد الأصولية والمسائل الأصولية تختلف مذاهب العلماء في تقرير هذه القواعد الأصولية، وبناءً عليه يختلف فهمهم للنصوص، وسوف نعرض لبعض تلك القواعد ثم نبين اختلاف العلماء في العمل بها وأثر ذلك على فهم النصوص.

أولاً: تعريف القواعد الأصولية: هي المبادئ والمباحث اللغوية التي تكون منهاجاً يعتمد عليه الفقيه في تفسير النصوص الشرعية واستنباط الأحكام منها

ثانياً: أقسام القواعد الأصولية:

قسم علماء الأصول هذه القواعد إلى ثلاثة أقسام هي:

١. القواعد الأصولية اللغوية: وهي ما كان استمداها جاء من قبل اللغة "

٢. القواعد الشرعية: وهو ما يعبر عنه بمقاصد الشريعة فإن معرفتها أمر ضروري لفهم النصوص الشرعية على الوجه الصحيح.

٣. القواعد الأصولية العقلية: يقصد بها ما يتعلق بالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة.

ثالثاً: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية والمسائل الأصولية على فهم النص:

للعلماء في دراسة أصول الفقه ووضع القواعد والمسائل الأصولية منهجين: أحدهما: منهج نظري وهو لا يتأثر بفروع أي مذهب، بل هو يقرر القواعد من غير تطبيقها على أي مذهب تأييداً أو نقضاً، وقد سلك هذا المنهج طائفة كبيرة من المتكلمين.

ثانيهما: منهج مستأثر بالفروع وهو يتجه لخدمتها، وإثبات سلامة الاجتهاد فيها، فيذكرون القواعد التي تؤيد مذهبهم.

وبناء على ما تقدم أذكر بعض الأمثلة الموضحة لهذين المنهجين ومدى أثره على فهم النصوص والعمل بها واستنباط الأحكام منها.

١. دلالة العام عند الحنفية قطعية وعند الجمهور ظنية، وقد ترتب

على هذا الخلاف اختلافهم في أمرين:

الأمر الأول: تخصيص عام القرآن بخاص خبر الآحاد. عند جمهور العلماء يجوز تخصيص اللفظ العام الوارد في القرآن، باللفظ الخاص الوارد في سنة الآحاد، لأن خبر الآحاد وإن كان ظني الثبوت فهو قطعي الدلالة لكونه خاصاً، وعام القرآن وإن كان قطعي الثبوت فهو ظني الدلالة، فتعادلا.

الأمر الثاني: عند اختلاف حكم العام مع الخاص، فعند الحنفية يقع التعارض والنسخ بينهما، وعند الجمهور فلا تعارض عندهم بين العام والخاص.

المبحث الثاني

أسباب الاختلاف في فهم النصوص النظامية

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: النص النظامي غير الواضح.

أن هذا المصطلح يندرج تحت مسألة العيوب التي تطرأ على النص النظامي مما يجعله يشمل على عدة عيوب وهي:

أولاً: الغلط أو الخطأ المادي و القانوني

الخطأ الذي يشوب نصاً نظامياً قد يكون مادياً أو قانونياً وحينئذ يجب التصحيح...

ثانياً: القصور قد يقع المشرع في عيب القصور عندما يضع نصاً قاصراً وناقصاً عن أداء المعنى المطلوب منه، بحيث كان يتوجب عليه أن يكمل عبارته.

ثالثاً: التزديد قد يقع المشرع في عيب التزديد وهو نقيض القصور، فيورد عبارة زائدة لا معنى لها في سياق النص، وتؤدي إلى إرباك معناه والاختلاف في فهمه.

رابعاً: الغموض: فاللفظ الغامض أو العبارة الغامضة التي تؤدي إلى غموض النص لا تكون واضحة في الدلالة.

خامساً: النقص في عبارة النص يتحقق النقص بإغفال لفظ في النص لا يستقيم الحكم بدونه، وعندئذ يجب على المفسر إكمال هذا النقص مسترشداً في ذلك بقصد المشرع.

سادساً: تعارض النصوص: ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار تعارض النصوص صورة من صور عيوب النص، غير أنهم لا يرون ذلك. أما إذا حدث التعارض في نصوص تشريع واحد أو نصوص تشريعات متساوية في القوة، وجب إتباع قواعد الاستدلال حيث تقدم العبارة على الإشارة وهكذا.

الوسائل المساعدة لفهم النص المعيب: (وذلك إما بطريق التفسير الداخلية أو طرق التفسير الخارجية).

• طرق التفسير الداخلية: تقوم هذه الطريقة على تحليل النص ذاته تحليلاً منطقياً واستنتاج الحكم المطلوب منه مباشرة دون اللجوء إلى عناصر خارجة عنه:

١. الاستنتاج عن طريق القياس.
٢. الاستنتاج من باب أولى.
٣. الاستنتاج عن طريق مفهوم المخالفة.
٤. تقريب النصوص من بعضها.

• طرق التفسير الخارجية:

١. الأعمال التحضيرية.
٢. الاستعانة بالمصدر التاريخي.
٣. الرجوع إلى حكمة النص.
٤. العادات وقواعد العدالة.

المطلب الثاني : الدلالات و الإجمال في النصوص النظامية

• الدلالات:

• أولاً: دلالة النص.

المعنى الإجمالي لهذه القاعدة: أن النص الشرعي أو القانوني قد يدل على معان متعددة بطرق متعددة من طرق الدلالة وليست دلالته قاصرة

على ما يفهم من عبارته وحروفه، بل هو قد يدل أيضاً على معان تفهم من إشارته ومن دلالاته ومن اقتضائه، وكل ما يفهم منه من المعاني بأي طريق من هذه الطرق يكون من مدلولات النص ويكون النص دليلاً وحجة عليه، ويجب العمل به.

١- دلالة عبارة النص:

هي دلالة الكلام على المعنى المتبادر منه، سواء كان هذا المعنى مقصوداً من السياق أصالة أو تبعاً.

• عبارة النص في القوانين:

والأمثلة على المفهوم من عبارة النص في القوانين الوضعية كثيرة جداً، لأن كل نص قانوني إنما ساقه واضع القانون ليدل على حكم خاص، وصاغ ألفاظ النص وعباراته لتدل دلالة واضحة عليه.

٢- دلالة إشارة النص:

المراد بما يفهم من إشارة النص: المعنى الذي لا يتبادر فهمه من ألفاظه، ولا يقصد من سياقه ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر من ألفاظه.

٣- دلالة النص:

إذا كان النص تدل عبارته على حكم في واقعة لعله بُني عليها هذا الحكم، ووجدت واقعة أخرى، تساوي هذه الواقعة في علة الحكم أو

هي أولى منها، فإنه يفهم لغة أن النص يتناول الواقعتين، وأن حكمه الثابت لمنطوقه يثبت لمفهومه الموافق له في العلة، سواء كان مساوياً أم أولى.

اقتضاء النص:

المراد ما يفهم من اقتضاء النص، المعنى الذي لا يستقيم الكلام إلا بتقديره . موقف رجال القانون من الأخذ بالمفهوم

دلالة المفهوم عندهم تقابل دلالة المنطوق، شأنها في قواعد التفسير عند الأصوليين، وعند الأخذ بالمفهوم في تفسير النصوص القانونية نراه معتبراً بنوعية الموافق والمخالف ؛ ذلك أن دلالة المفهوم - كما هو معلوم - قد تكون دلالة على حكم موافق لحكم المنطوق وتسمى (مفهوم موافقة)، وقد تكون دلالة على حكم مخالف لحكم المنطوق وتسمى (مفهوم المخالفة)، وكلاهما طريق معتبر في تفسير النصوص.

ولا شك أن الأخذ بالمفهوم بنوعية الموافق والمخالف إلى جانب المنطوق في تفسير النص هو المعمول به.

المطلب الثالث : أنواع تفسير الأنظمة

التفسير: هو بيان المعنى الحقيقي الذي تدل عليه القاعدة القانونية وإيضاحه واستنتاج الحكم الذي تنص عليه ليتمكن تطبيقه تطبيقاً صحيحاً.

ومن أبرز الأسباب التي تستدعي ضرورة التفسير:

- أ- سهو المشرع عن إيراد حكم ما لوقائع جارية في التعامل.
 - ب- عدم توقع ما ينشأ من متغيرات بعد نفاذ التشريع.
 - ج- غموض النص وتناقضها بعضها مع البعض الآخر.
 - د- وجود غلط مادي غير مقصود في بعض النصوص.
- وقد شجر خلاف في الفقه بشأن نطاق التفسير.

يذهب أنصار الرأي الأول إلى أن التفسير لا محل له حين يكون النص واضحاً، وأنه لا يحتاج إلى تفسير إلا إذا كان النص غامضاً أو ناقصاً أو متناقضاً.

وقد احتج أنصار الرأي الثاني أن فيما قال به أصحاب الرأي الأول مصادرة على المطلوب.

وفي الحقيقة أننا نميل إلى الرأي الأخير ونرى أن من الصعب في كثير من الأحيان التفريق بشكل قاطع بين حالة النص الواضح، والأحوال الأخرى التي يحتاج فيها الأمر إلى التفسير، فهذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإننا نثني على من ذهب إلى أن مسألة: هل النص واضح أم غامض مسألة تعتمد على التقويم الشخصي للمفسر وتتوقف قبل كل شيء على فطنته، فرب نص يكون واضحاً عند مفسر ذكي وغامضاً عند مفسر آخر أقل ذكاءً.

أنواع التفسير:

١- التفسير الفقهي.

٢- التفسير القضائي..

مقارنة بين التفسير القضائي والتفسير الفقهي:

يقصد بالتفسير الفقهي: ذلك الذي يقوم به الفقهاء عند دراستهم للقانون، ويقصد بالتفسير القضائي ذلك الذي يتولاه القضاء حين يطبقون القانون على ما يرفع إليهم من أفضية.

ولا يختلفان هذان النوعان من التفسير إلا في الظروف الذي يصدر فيها كل منهما، ذلك أن القضاة يفسرون القانون لتبين الحكم الذي يطبقونه على المنازعات المعروضة عليهم ، أما الفقهاء فهم يفسرون القانون بطريقة مجردة، دون أن تكون تحت نظرهم حالات واقعية يراد الفصل فيها.

على أن هذا لا يعني انعدام الصلة بين الفقه والقضاء، فهناك تعاون وثيق بينهما في تفسير القانون، وهو تعاون تفرضه طبيعة الأشياء، حيث يستفيد كل منهما من عمل الآخر. فالفقيه ينير الطريق أمام القاضي، وهذا يزود الفقيه بصورة عملية لم تحظر له.

٣- التفسير التشريعي:

● معنى التفسير التشريعي والسلطة التي تقوم به:

التفسير التشريعي: هو الذي يتولاه الشارع.

والأصل أن يصدر التفسير التشريعي من السلطة نفسها التي وضعت التشريع المراد تفسيره، غير أن الضرورات العملية قد تقتضي أن تفوض السلطة التي وضعت التشريع سلطة أخرى في القيام بهذا التفسير. والسؤال الذي يطرح نفسه الآن: ما هي مدى القوة الملزمة للتفسير التشريعي؟

يعتبر التفسير التشريعي جزءاً متمماً للتشريع المراد تفسيره، ومن ثم تكون له ذات القوة الملزمة في التشريع المراد تفسيره، وهذا يقتضي التفرقة بين حالتين:

الأولى: إذا صدر التفسير التشريعي من سلطة تملك تعديل التشريع المراد تفسيره وحينئذ يكون التفسير ملزماً حتى لو جاء متضمناً لقواعد جديدة بحيث ينطوي على تعديل التشريع المراد تفسيره.

● والثانية: إذا صدر التفسير التشريعي من سلطة قامت بمقتضى تفويض من السلطة المختصة بوضع التشريع المراد تفسيره، وحينئذ يجب على السلطة المفوضة أن تراعي الغرض المقصود من المهمة الموكلة إليها.

الفصل الثالث

العوامل المؤثرة في فهم النصوص

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : العوامل المؤثرة في فهم النصوص الشرعية.

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول: الطبيعة البشرية

الإنسان بمقتضى كونه حياً حساساً فهو كادح مكابد، أي عامل دائم العمل، وأساس العمل هو الفكر والإرادة.

فنحن نتاج أفكارنا، وهذه الأفكار قد تتأثر بعوامل صحيحة تعطي نتاج صحيح أو تتأثر بعوامل غير صحيحة فتعطي نتائج وأعمال وفهم خاطئ. فمن العوامل المؤثرة في هذه الأفكار والتي بالتالي تؤثر على الفهم ما يلي:

١. الوراثة.

٢. الأسرة وأساليب التنشئة.

٣. المؤثرات الثقافية والاجتماعية.

٤. الأزمات والعقبات النفسية.

هذه العوامل وغيرها كثير تجعل طبيعة البشر تختلف، فكل إنسان له شخصيته المستقلة وتفكيره المتميز به، فكما ينفرد كل إنسان بصورة وجهه،

ونبرة صوته وبصمة بنانه، ينفرد كذلك بلون تفكيره وميوله وذوقه، ونظراته إلى الأشياء والأشخاص والمواقف والأعمال.

❖ فوائد معرفة الطبيعة البشرية:

١. يفيد في بيان الآثار الطيبة والثمار النافعة للإيمان والتدين.
٢. يفيد في فهم كثير من النصوص الشرعية.
٣. يفيد في فهم أسرار كثير من الأحكام الشرعية.
٤. يعين على فهم نفسيات الناس، ومدى تأثيرها على أفكارهم وتصرفاتهم.

المطلب الثاني : محدودية العلم البشري

إن علم الإنسان قاصر عن إدراك جميع حقائق هذا الكون وأسراره، قال تعالى: ﴿والسماء بنيناها بأيدٍ وأنا الموسعون﴾ سورة الذاريات (الآية: ٤٧) إن العالم الحقيقي هو ذلك الذي يعرف حدود علمه خاصة وحدود العلم الإنساني بوجه عام، ورغم الانبهار العصري بما وصل إليه العلم فإنه محدودة بالنسبة للكون الواسع وبالنسبة للظواهر المحسوسة نفسها. هذا في مجال العلوم الإنسانية بوجه عام وبالنسبة للعلوم الشرعية فلا تذهب بعيداً عن هذا.

والمقصود مما تقدم أن محدودية العلم البشري بصفة عامة يؤثر على فهم النصوص، وهذا ما يجعل الإنسان يعذر أصحاب الأقوال المخالفة للصواب

في رأيته ويبحث عن الفهم السليم للنص وترك العوامل المؤثرة بالسلب على هذا الفهم المطلوب.

المطلب الثالث : النشأة المذهبية

أولاً: حول اختلاف المذاهب:

إن اختلاف المذاهب الفكرية القائم في البلاد الإسلامية نوعان:

(أ) اختلاف في المذاهب الاعتقادية.

(ب) واختلاف في المذاهب الفقهية.

فأما النوع الأول: وهو الاختلاف الإعتقادي، فهو في الواقع مصيبة جرت إلى كوارث في البلاد الإسلامية، وشقت صفوف المسلمين، وفرقت كلمتهم، وهي مما يؤسف له ويجب أن لا يكون، وأن تجتمع الأمة على مذهب أهل السنة والجماعة الذي يمثل الفكر الإسلامي السليم في عهد رسول الله ﷺ، وعهد الخلافة الراشدة التي أعلن الرسول أنها امتداد لسنته بقوله: (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي، تمسكوا بها وعضو عليها بالنواجذ).

النوع الثاني: وهو اختلاف المذاهب الفقهية في بعض المسائل فله أسباب علمية اقتضه والله سبحانه في ذلك حكمة بالغة، ومنها: الرحمة بعباده، وتوسيع مجال استنباط الأحكام من النصوص، فهذا النوع الثاني من اختلاف المذاهب، وهو الاختلاف الفقهي، ليس نقيصة ولا تناقضاً في ديننا، ولا يمكن أن لا يكون، فلا يوجد أمة فيها نظام تشريعي كامل

بفقهه واجتهاده ليس فيها هذا الاختلاف الفقهي الاجتهادي، لأن النصوص الأصلية كثيراً ما تحمل أكثر من معنى واحد، كما أن النص لا يمكن أن يستوعب جميع الوقائع المحتملة لأن النصوص محدودة والوقائع غير محدودة.

ثانياً: وأما تلك الفئة الأخرى التي تدعو إلى نبذ المذاهب:

وتريد أن تحمل الإنسان على خط اجتهادي جديد لها وتطعن في المذاهب الفقهية القائمة وفي أئمتها أو بعضهم، ففي بياننا الآنف عن المذاهب الفقهية ومزايا وجودها وأئمتها ما يوجب عليهم أن يكفوا عن هذا الأسلوب البغيض الذي ينتهجونه.

المطلب الرابع : البيئات المحيطة بالإنسان

- ١ . البيئة المكانية: الجوية والجغرافية، من جبال وسهول ومحيط الهواء من جاف أو رطب وهواء طلق وملوث.
- ٢ . البيئة الزمانية: أي الزمن الذي يعيش فيه الإنسان ومدى تأثيره على فهم النصوص.
- ٣ . البيئة الاجتماعية: ولاشك أن الإنسان يؤثر بتأثر من حوله، ويؤثر هذا في معتقدات الشخص ومشاعره وآراءه وطريقة تفكيره وتصرفاته وفي علاقته مع الآخرين.
- ٤ . البيئة السياسية: ومثالاً على ذلك ما وقع بعد حرب صفين إذ انقسمت الأمة الإسلامية سياسياً إلى فرق ثلاثة رئيسية:

١. الخوارج.
٢. الشيعة.
٣. جمهور المسلمين الذين وقفوا بجانب هاتين الطائفتين بدون أن يمسه
شيء من ابتداع التشيع والخروج.
فقد فسر الشيعة كثيراً من الآيات القرآنية حسب معتقدتهم السياسي.

المبحث الثاني

العوامل المؤثرة في فهم النصوص النظامية

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: الطبيعة البشرية لواضي النظام

صياغة النص النظامي: صياغة القاعدة القانونية أو الصنعة القانونية هي عملية تحويل المادة الأولية أي الفكرة الجوهرية التي يتوصل إليها العقل على ضوء الظروف الواقعية لتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل.

في شأن دراسة الصياغة أو الصنعة القانونية لا بدّ من التعرف أولاً لأنواع الصياغة:

١- الصياغة الجامدة : هي صياغة الفكرة الجوهرية صياغة تتمتع بالانضباط والتحديد الكافي بحيث لا تترك مجالاً للتقدير عند تطبيق القاعدة.

وتعتبر الصياغة الجامدة في حالات استبدال الفكرة الجوهرية بشكل معين، كما تعتبر الصياغة جامدة كلما تحدد وتعين الشخص أو الواقعة أو الحكم في القاعدة بوصف لا يدع مجالاً للاجتهاد

واختلاف وجهات النظر عند البحث في توافر شروط تطبيق القاعدة عند تقرير حكمها.

٢- الصياغة المرنة: هي تلك الصياغة التي تمنح القاعدة القانونية قدراً من المرونة والاستجابة لظروف العمل ، استجابة تسمح بمراعاة اختلاف الظروف من حالة إلى أخرى، ومن مزاياها أنها تحقق فكرة العدل الفعلي او الواقعي أي العدالة بما تراعيه من تفاوت واختلاف في الظروف ..

المطلب الثاني : الطبيعة البشرية لشارحي النظام

شارح النظام بشر يتأثر بعدة عوامل سبق ذكرها وهذا مما يؤثر بدوره على فهم النص و إعطاء تصور عنه، لذا تجد عدة مدارس في تفسير القانون.

مدارس التفسير : توجد ثلاث مدارس في تفسير النصوص القانونية هي :

١- مدرسة الشرح على المتون : وهذه المدرسة تقوم على ثلاث أسس

هي : إعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون ، تقديس النصوص

التشريعية ، و وجوب البحث عند تفسير هذه النصوص عن إرادة

المشرع.

٢- المدرسة التاريخية : قامت هذه المدرسة على أسس أهمها : تكون

القانون و تطوره بصفة تلقائية ، و الاعتماد عند التفسير بإرادة

المشرع الاحتمالية .

من عيوب هذه المدرسة فقدان الإستقرار و الثبات في التشريع ،
وهي تؤدي إلى توسع غير مأمون العاقبة لسلطة القضاء .

٣- مدرسة البحث الحر:

وهذه المدرسة ظهرت بهدف تجنب التطرف في المدرسة الشرح على
المتون و المدرسة التاريخية ، و مضمون هذه المدرسة يقوم على أساسين
هما:

١- عدم اعتبار التشريع المصدر الرسمي الأصلي هو المصدر
الوحيد التشريع .

٢- اعتبار المصادر الرسمية للقانون وسائل تعبير عن الحقائق
المختلفة التي تكون المصادر المادية للتشريع .

المطلب الثالث : الطبيعة البشرية لفاهمي النظام

معوقات الفهم و التفكير الصحيح :

١- قلة المصادر و المعلومات وما يحتف بها من صدق و ضده .

٢- تأثير الهوى و العاطفة و الرغبات الشخصية و الاستنتاجات
العشوائية .

٣- تعقد المشكلة و تداخل أطرافها و غموضها .

٤- خلل في التصور من تصغير حجم المشكلة أو عكسه من تضخيم
حجم المشكلة أو الموضوع أو القضية .

٥- الغفلة عن الأسباب أو بعضها .

- ٦- الانغلاق جهلاً أو عمداً .
- ٧- الجمود و العناد ؟
- ٨- سوء التوقيت من تبكير أو تأخير أو تردد أو تأجيل .
- ٩- خبث الهدف و سوء النية .

الفصل الرابع

القواعد المساعدة على فهم النصوص

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : القواعد المساعدة على فهم النصوص الشرعية.

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : معرفة مقاصد الشريعة.

❖ **تعريف المقاصد لغة:** أصل المقاصد من الفعل الثلاثي (قصد) يقصد قصداً ، إتيان الشيء وقصده.

❖ **تعريف المقاصد في الاصطلاح:** هي المعاني الملحوظة في الأحكام الشرعية التي تحقق العبودية لله ومصالحة الخلق في الدارين.

❖ **أهمية معرفة مقاصد الشريعة لفهم النصوص الشرعية:**

إن معرفة المقصد العام للشارع من تشريع الأحكام الشرعية، سواء أكانت تكلفية أم وضعية. ومعرفة مراتب الأحكام باعتبار مقاصدها، من أهم ما يستعان به على فهم النصوص حق فهمها، وتطبيقها على الوقائع واستنباط الحكم فيما لا نص فيه.

كما إن فهم النص بعيداً عن مقاصد الشارع يؤدي إلى خلل في الفهم والاستنباط، وسنعرض بعدد من الوجوه نبين فيها كيف يهتدي المجتهد بالمقاصد عند فهمه للنص وتفسيره، وذلك على النحو الآتي:

- ١) فهم النصوص في ضوء مقاصدها: ينبغي أن تفهم النصوص والأحكام في ضوء مقاصدها دون الوقوف عند ظواهرها وألفاظها وصيغها، وهذا ما ذهب إليه الجمهور.
 - ٢) تحديد مضمون النص ونطاق تطبيقه.
 - ٣) الجمع بين الكليات العامة والنصوص الخاصة.
 - ٤) دفع التعارض الظاهري.
- ❖ طرق إثبات المقاصد:

الطريقة الأولى: مجرد الأمر والنهي الابتدائي الصريح : وهذه الطريقة لا يختلف عليها من اعتبر مجرد الأمر والنهي (أهل الظاهر) وكذلك من نظر إلى العلة (أصحاب القياس).

الطريقة الثانية: اعتبار المقاصد التابعة خادمة ومكملة للمقاصد الأصلية.

الطريقة الثالثة: الاستقراء: وهو تتبع عادات الشرع وتصرفاته، فإن ذلك يعرفنا بالمصالح والمفاسد المقصود للشارع.

الطريقة الرابعة: الاهتداء بفهم الصحابة لمقاصد التشريع وتفسير النصوص واستنباط الأحكام منها.

الطريقة الخامسة: سياق الخطاب: يقصد بسياق الكلام تتابعه وأسلوبه الذي يجري فيه.

الطريقة السادسة: ضبط اللسان العربي: إن اللغة ليس غاية في حد ذاتها، وإنما هي وسيلة لفهم أقوال الشارع. والعلم بها ضروري لفهم نصوص الوحي فهماً سليماً.

الطريقة السابعة: دلالة المقاصد الأصلية على المقاصد التبعية: المقاصد الأصلية تمد المقاصد التابعة وتثبتها، والمقاصد التابعة الفرعية تكمل الأصلية وتحفظها..

الطريقة الثامنة: سكوت الشارع عن الحكم مع قيام المقتضى وتوافر الشرط وانتفاء المانع: إن سكوت الشارع عن حكم وموجبه المقتضى له قائم، فلم يقرر فيه حكم عند نزول النازلة زائد على ما كان في ذلك الزمان، فهذا الضرب، السكوت فيه كالنص على أن قصد الشارع أن لا يزداد فيه ولا ينقص.

أقسام المقاصد الشرعية:

المقصد الأول: جلب المصالح ودرأ المفاسد: وقد سبق في مبحث الأدلة المختلف فيها تعريفها وهنا أذكر أقسامها على نحو ما يلي:

أقسام المصالح: تنقسم المصالح باعتبار آثارها في قوام الأمة إلى ثلاثة أقسام:

أولاً: الضرورية: المصالح الضرورية فهي التي تكون الأمة بمجموعها وآحادها في ضرورة إلى تحصيلها، بحيث لا يستقيم النظام بإحلالها.
ثانياً: مصالح الحاجية: وهي ما يحتاج إليه الإنسان وهو ليس ضرورياً بل للتوسعة .

ثالثاً: مصالح التحسينية: هي ما لا يرجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة، ولكن يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات.

المقصد الثاني: مخالفة المشركين وعدم التشبه بهم: وإذا كانت مخالفتهم سبباً لظهور الدين، فإنما المقصود بإرسال الرسل أن يظهر دين الله كله، فتكون نفس مخالفتهم من أكبر مقاصد البعثة.

المقصد الثالث: مخالفة الشياطين ومن لم يكمل دينه: ومما يشبه الأمر بمخالفة الكفار الأمر بمخالفة الشياطين كما رواه مسلم في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (لا يأكلن أحدكم بشماله، ولا يشربن بها، فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بها). صحيح مسلم، رقم (٥٢٦٧)

وقريب من هذا مخالفة من لم يكمل دينه من الأعراب ونحوهم، لأن كمال الدين بالهجرة، فكان من آمن ولم يهاجر من الأعراب ونحوهم ناقصاً. قال تعالى: ﴿الأعراب أشد كفرةً ونفاقاً وأجدر ألا يعلموا حدود ما أنزل الله على رسوله والله عليم حكيم﴾ سورة التوبة (الآية : ٩٧)

ومثل ذلك ما رواه مسلم في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (لا يغلبنكم الأعراب على اسم صلاتكم إلا إنها العشاء، وهم يعتمون بالإبل) صحيح مسلم، رقم (١٤٥٥)

المصد الرابع: خلق السماحة والصبر والشجاعة والكرم: قال تعالى: ﴿ وتواصوا بالصبر وتواصوا بالمرحمة ﴾ سورة البلد (الآية: ١٧).

المقصد الخامس: الائتلاف وعدم الاختلاف: قال تعالى: ﴿ واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا ﴾ سورة آل عمران (الآية: ١٠٣)

المقصد السادس: الدعوة إلى الله والجهاد في سبيله والتعاون على ذلك: إن الدعوة إلى الله واجبة على من اتبع الرسول ﷺ وسار على طريقه، وهم أمته ، وهذا المقصود راجع إلى حفظ الدين وتكميله.

المقصد السابع: العدل وعدم الظلم: قال تعالى: ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ سورة النساء (الآية: ٥٨)

المقصد الثامن: مخالفة المكلف هواه حتى يكون عبداً لله طوعاً، كما هو عبد الله كرهاً: فالواجب على العبد أن ينظر في نفس حبه وبغضه، ومقدار حبه وبغضه هل هو موافق لأمر الله ورسوله، وهو هدى الله الذي أنزل على رسوله ﷺ بحيث يكون مأمور بذلك الحب والبغض. وهذا المقصد راجع إلى حفظ الدين.

المطلب الثاني: معرفة اللغة العربية

نصوص القرآن والسنة باللغة العربية. وفهم الأحكام منها إنما يكون فهماً صحيحاً إذا روعي فيه مقتضى الأساليب في اللغة العربية وطرق الدلالة فيها، وما تدل عليه ألفاظها مفردة ومركبة..

وإذا فرضنا مبتدئاً في فهم اللغة العربية فهو مبتدئي في فهم الشريعة، أو متوسطاً فهو متوسط في فهم الشريعة، والمتوسط لم يبلغ درجة النهاية، فإذا انتهى إلى الغاية في العربية كان ذلك في الشريعة، فكان فهمه فيها حجة، كما كان .

المطلب الثالث: معرفة ما يقبل الإجهاد وما لا يقبل الاجتهاد

لو شاء الله عز وجل لجعل النصوص الشرعية محكمة قطعية، في دلالتها لا تحتل توارد الظنون ولا تكافؤ الأدلة المتعارضة، غير أن الله حكمه في أن تكون الفروع والجزئيات قابلة لهذا الخلاف، ثم إن هذه المسائل تنظم في سلم أولويات بحسب الأهمية والخطورة وليس المقصود ترتيبها الأخذ ببعضها من أعلى السلم والاستغناء عما في أدناه، وهكذا سنجد أنفسنا أمام كليات لها الأولوية، وجزئيات يسوغ فيها الخلاف، بين أصول مشتركة بين كل المسلمين، وبين فروع قد يخالف فيها بعض المسلمين بعضاً دون أن يؤثّموا أو يبدعوا..

مفهوم الأصول والفروع عند ابن تيمية: (جمهور مسائل الفقه التي يحتاج إليها الناس ويفتون بها هي ثابتة بالنص أو الإجماع، وإنما يقع الظن

والتراع في قليل مما يحتاج إليه الناس، وهذا موجود في سائر العلوم، وكثير من مسائل الخلاف هي في أمور قليلة الوقوع ومقدرة وأما ما لا بد للناس منه من العلم مما يجب عليهم ويحرم ويباح فهو معلوم مقطوع به) وبعد ما تقدم سوف نتكلم عن الاجتهاد والمسائل التي يقبل فيها الاجتهاد والتي لا يقبل فيها الاجتهاد على النحو التالي:

- **تعريف الاجتهاد في اللغة:** بذل الجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال.
- **تعريف الاجتهاد في الاصطلاح:** بذل المجتهد وسعة في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط.
- **شروط المجتهد:** يشترط في المجتهد الشروط التالية، منها:
 - أولاً: العلم بالعربية
 - ثانياً: معرفة الكتاب: لا بد للمجتهد أن يعرف آياته جميعاً معرفة إجمالية، ويعرف آيات الأحكام فيه معرفة تفصيلية.
 - ثالثاً: العلم بالسنة: وهذا الشرط اتفق عليه العلماء. فيجب أن يكون المجتهد عالماً بالسنة القولية والفعلية والتقريرية في كل الموضوعات التي يتصدى لدراستها
 - رابعاً: المعرفة بمواضع الإجماع: يجب على المجتهد العلم التام بمواقع الإجماع حتى لا يجتهد أو يفتي بخلاف ما وقع عليه الإجماع.
 - خامساً: معرفة مقاصد الشريعة.

سادساً: معرفة أصول الفقه: إذ بهذا العلم يعرف المجتهد أدلة الشرع وترتيبها في الرجوع إليها وطرق استنباط الأحكام منها..

سابعاً: معرفة أحوال عصره: لا بد للمجتهد من فهم أحوال عصره ، ليتمكن بذلك من تكييف الوقائع.

شروط قبول الاجتهاد:

١. الإسلام ٢. التكليف ٣. العدالة

ما لا يجوز فيه الاجتهاد: هو نوعان:

١) النصوص قطعية الثبوت والدلالة: وهي النصوص التي وردت بطريق التواتر المفيد للقين لكثرة عدد رواتها، فثبوتها قطعي، وهي في الوقت نفسه قطعية الدلالة لكون دلالتها لا تعني إلا معنى واحد فقط.

٢) الأحكام التي ثبتت حجيتها بالإجماع: فلا يجري فيها الاجتهاد لأن ثبوتها بالإجماع جعل حجيتها قطعية.

❖ المجالات التي يجوز فيها الاجتهاد: وهي أربعة، على النحو التالي:

١. النصوص القطعية الثبوت ظنية الدلالة. وهي التي وردت عن طريق التواتر المفيد للقين ، ولكنها ظنية الدلالة لكونها تدل على أكثر من معنى، ويمكن حملها على أي من تلك المعاني بحسب ما يترجح من الدلالات..

١) النصوص ظنية الثبوت وقطعية الدلالة: فهي ظنية لأنها وردت عن طريق رواية الآحاد فهي تفيد الظن، ولكنها قطعية الدلالة.

٣) النصوص ظنية الثبوت والدلالة معاً: فهي ظنية في ثبوتها، لكونها رواية عن طريق الآحاد. وظنية في دلالتها، ولا يكون هذا النوع من النصوص في آيات القرآن أو الأحاديث المتواترة، وإنما يكون في الأحاديث الآحادية.

٣) القضايا التي لم يرد فيها الإجماع: ومجال الاجتهاد فيها هو البحث عن الحكم الشرعي عن طريق القياس أو المصلحة أو غيرهما من الأدلة كالاستحسان أو الاستصحاب وسد الذرائع.

المطلب الرابع: معرفة شمول الشريعة وصلاحتها لكل زمان ومكان إن الشريعة جاءت أحكامها عامة وشاملة كلية لجميع المكلفين في جميع الأزمنة وجميع الأمكنة، ولا يخرج عن حكمها زمان ولا مكان ولا إنسان فلا يسع أحداً الخروج عن أحكامها بحال من الأحوال. قال تعالى: ﴿ قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعاً ﴾ سورة الأعراف (الآية: ١٥٨) .
والسر في دوام هذه الشريعة هو أمران:

الأول: أن الله أراد ذلك وقدره، فقد ضمن الله لهذه الأمة في شريعته شيين:

أ) حفظ الكتاب الذي هو مصدر الشريعة قال تعالى: ﴿ إن نحن نزلنا الذكر وإننا له لحافظون ﴾. سورة الحجر (الآية: ٩)

ب) ألا تجتمع هذه الأمة على ضلالة.

والثاني: إن هذه الشريعة تملك الخصائص التي تجعلها صالحة للحياة والإنسانية مهما ترقى الحياة وتطورت.

ولا شك أن فهم الشريعة في إطار إقليم معين أو زمن معين يحجب الرؤية عن فهم عموم الشريعة ويكون حاجزاً عن إدراك حقيقة الشرع المطهر، وهذا ما نشاهده اليوم، وذلك جراء ما يحدث للأمة من تسلط الأعداء عليها، مما أثر على كثير في فهم النصوص وخاصة ما يتعلق بأمر الجهاد والولاء والبراء — والله المستعان.

المطلب الخامس : التفريق بين النص الشرعي وبين كلام أهل العلم

الأحكام التي يكون دليلها النص وهو واضح الدلالة عليها دون معارض أو ناسخ فلا شك أنه حكم الله، والأحكام المأخوذة بالظن الراجح لما يمكن أن يفهم من عموم نص أو فحوى الشريعة فإنها آراء الرجال، وإنه ليس من الإنصاف أن تتزل آراء الرجال منزلة النصوص أو أن تعتبر الإفهام البشرية تعبيراً قاطعاً عن حكم الله في المسألة.

لما كان الخلاف في غالبه إنما يكون في فهم المنصوص، أكثر من الخلاف على النصوص نفسها ولذلك فالاعتماد على فهم سلف الأمة من الأئمة المعترين ومن الفقهاء المعروفين، هو المنهج الأسلم والأقرب للصواب، مع الحرص على موافقة أهل العلم.

المبحث الثاني

القواعد المساعدة على فهم النصوص النظامية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معرفة المقصود بالنظام وروح النظام.

من المؤكد أن ألفاظ القانون لا يمكن أن تكون شاملة لكل الحوادث و الوقائع إذ أن النصوص تنهاى و الوقائع لا تنهاى، و يلاحظ أن معرفة المقصد من النظام أياً كان يجب أن يحقق العدالة الشاملة فإن العدالة مقصد عام لكل نظام، إذ أن النظام وضع لخدمة العدالة، و تنظيم المعاملات بين الناس بالقسط و الميزان، و خير الحاكمين وهو اعدل العادلين.

وينقسم القانون إلى قسمين:

١- القانون العام.

٢- القانون الخاص.

فالغاية من القانون العام هو تحقيق المصلحة العامة، أما الغاية من القانون الخاص هي تحقيق المصالح الخاصة للأفراد.

المطلب الثاني: معرفة القواعد المنطقية لفهم و تفسير النظام .

أولاً: الاستدلال المباشر: وهو ما كان الاستنتاج فيه من قضية واحدة، قضية أخرى ، وأن به نستنتج صدق قضية ، أو كذبها ، على افتراض

صدق قضية أخرى ، أو كذبها . وهو قسمان : الاستدلال بالتكافؤ ، و الاستدلال بالتقابل .

ثانياً: الاستدلال الغير مباشر : وهو ما توصل به إلى نتيجة من مقدمتين ، أو أكثر ، بينما واسطة تربطهما . وهو محصور في القياس و الاستقراء و التمثيل .

واذكر هنا أمثلة على كيفية الاستفادة من الاستدلال الغير مباشر في فهم النصوص:

٣. استخدام الاستدلال الاستقرائي لفهم النصوص وهو قسمان: تام و ناقص

٤. الاعتماد على الاستدلال الاستنباطي لاستنتاج النتائج الصحيحة التي تتفق مع المقصود من النص.

٥. الوحدة المنطقية بين فهم النص و منطوقه.

٦. ابتعاد الاستدلال عن المسخ والتحرير.

شروط استخدام القواعد المنطقية لفهم النظام :

١ - استخدام الاستدلال القضائي في تفسير النظام لا يكفي لكي يفهم النظام ، وإنما يجب أن يغوص في أعماقه لكي يحدد المصالح والحقوق

٢ - تفسير النص الواضح في عباراته ودلالة ألفاظه يتحقق بمجرد انطباقه على الواقعة وفقاً لنص النظام .

٣ - أن يتحقق علمه بقواعد التفسير اللفظي ومراعاة النص النظامي .

٤- يجب أن يعلم أن تفسير النص يفهم بالدلالات المختلفة لألفاظه.
٥- يجب عليه الاستعانة بقواعد التفسير المنطقي إلى جانب قواعد التفسير اللفظي.

٦- إذا كان النص غامض لا بد أن يسلك أحد الطرق التالية:-
أ- الاستعانة بالمصلحة التي يحميها النص للوصول إلى تفسيره.
ب - الاستعانة بوسائل تخرج عن ألفاظ النطق للوصول إلى تفسيره أو الرجوع للنصوص القديمة .

أسباب الوقوع في الغلط عند المناطقة :أهتم المناطقة بيان ماثرات الغلط ، لأنه لا بد من تبين الحق و شروطه مع بيان أين يكون الغلط وهي نوعين أغاليط لفظية وأغاليط معنوية:

أولاً : الأغاليط اللفظية : وهي

- ١- الاشتراك .
- ٢- الاشتباه .
- ٣- التركيب .
- ٤- التقسيم .
- ٥- النبرة .

٦- صورة الكلام .

ثانياً : الأغاليط المعنوية : وهي

- ١- الأغلوطة بالعرض .
- ٢- الأغلوطة بالجوهر .
- ٣- الأغلوطة بتجاهل المطلوب .

- ٤- الأغلوطة بأخذ ما ليس بعلة علة .
 - ٥- الأغلوطة بالمصادرة على المطلوب .
 - ٦- أغلوطة إيهام عكس اللوازم .
 - ٧- أغلوطة جمع المسائل في مسألة .
- وعند علماء النفس أن مواطن الخطأ في التفكير البشري محصورة فيما يسمى بالأوهام الأربعة، و التي هي :

١-أوهام الجنس.

٢-أوهام الكهف.

٣-أوهام السوق.

٤-أوهام المسرح.

المطلب الثالث : بين النظام والمصلحة منه

إذا تعارض حرفية النظام مع المصلحة التي من أجلها وضع النظام فلا شك في تقديم المصلحة على حرفية نصوص النظام.

وبما أن النظام يخضع للشريعة بحكم أن خطاب الشريعة موجه للحاكم والمحكوم فالجميع مكلفون بتحقيق الهدف الأسمى وهو تحقيق المقاصد الشرعية في جلب المصالح ودرء المفاسد وضمان الحفاظ على الضرورات الخمس الدين والنفس والنسل والعقل والمال.

والمملكة العربية السعودية بحكم تمسكها بالعقيدة الصحيحة وتطبيق الشريعة، فقد جعلت جميع الأنظمة واللوائح والقرارات محكومة بالشريعة

ومنطلقة من قاعدة المصالح المرسلة حيث لا يكون ثمة دليل من الكتاب والسنة أو إجماع ولا تعارض بينها وبين مقاصد الشرع ولا مخالفة لها.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وفي الختام:

نسأل الله أن تعالى أن يكون هذا العمل قد تحقق فيه النفع المرجوا منه ، كما نسأله سبحانه أن يجزي القائمين - من فريق إعداد ومتابعة وطباعة وإشراف وأمانة الجمعية وكل من أسهم فيه - خيراً وأن يرزقهم سعادة الدنيا والآخرة وأن يجعلهم مباركين في كل شؤونهم.
(إن ربنا سميع قريب مجيب)
إخوانكم في لجنة ملخصات الأبحاث القضائية.

للتواصل مع اللجنة:

- جوال

+٩٦٦٥٦٩٧٧٠٠٧٧

- البريد الإلكتروني:

Asag770077@gmail.com

