



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 العاشر

ويحتوي على (٤) ملخصات

شعبان ١٤٣٦ هـ



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

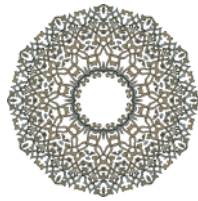
لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد العاشر

ويحتوي على (٤) ملخصات

شعبان ١٤٣٦ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



ملخصات الأبحاث القضائية
(العدد العاشر)

محتويات العدد

يضم هذا العدد من السلسلة ملخصات الأبحاث الآتية:

- التحريض على الجرائم التعزيرية المنظمة
.....
إعداد: ماجد بن حسن بن سليمان المشيقح
إشراف: د. عبد الكريم الصايغ
العام الجامعي: ١٤٢٧هـ.
- التحكيم بواسطة الإنترنت.....
١٢٣
إعداد: نايف بن إبراهيم بن حمد المسعد
إشراف: د. وليد التويجري
العام الجامعي: ١٤٣٠هـ.
- القواعد الفقهية المتعلقة بتكوين الضمان
..... ١٩٥
إعداد: يحيى بن حمد بن بطي النعيمي
إشراف: د. خالد بن زيد الوديناني
العام الجامعي: ١٤٢٤هـ.
- حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات
..... ٣٠١
إعداد: عبد الله بن عبد العزيز بن محمد الفحام

كلمة رئيس مجلس الإدارة

الحمد لله وكفى وصلاة وسلاماً على المصطفى و آله وصحبه ومن اقتفى أما بعد :

فإن نشر العلوم القضائية، وتقديم الدراسات التي تجلي تميز القضاء الإسلامي وإبراز جوانب العدالة فيه والإجابة عن ما يثار حوله من شبهات ، هذا كله من أهم أهداف الجمعية التي أنشأت لأجله، ومما يعين على ذلك الأبحاث الأكاديمية المتخصصة المنتقاة من مكتبة المعهد العالي للقضاء والتي يسر الله إصدار تسعة أجزاء منها انتظمت ٦٣ بحثاً ملخصاً بأسلوب ميسر لتسهيل الإفادة منها لأكثر شريحة مهتمة بالشأن القضائي، وقد وجدنا لذلك تفاعلاً كبيراً من القراء والمهتمين.

وهاهو (الجزء العاشر) مشتمل على أربعة أبحاث جديدة تتناول جوانب قضائية

متنوعة.

شاكرين كل من بذل جهده فيه، وعلى رأسهم عضو الجمعية الدكتور عبدالعزيز الغسلان عميد كلية الشريعة بجامعة حائل فقد كان صاحب فكرة هذا المشروع والمشرف العلمي عليه ولا زال، نفع الله به وبارك في عمله، وفي جهود القائمين معه.

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:

فلا تزال ملخصات الأبحاث القضائية تتوالى بحمد الله وهذا هو العدد العاشر من
سلسلة ملخصات الأبحاث القضائية والتي بلغ عدد الأبحاث منها (٤) ملخصا ، 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 متميزا حرصت فيه أن يقدم زبدة البحث بما يفيد
المختص و الباحث والقارئ.

كما حرصت اللجنة علي تنوع البحوث وإنتقائها
أسأل الله تعالى بمنه وكرمه أن يعيننا على إنجاز هذا العمل بجميع مراحلها على
أكمل حال وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم , وأن يحقق فيه الأجر والخير والنفعة للجميع.
كما أسأله سبحانه أن يجزي القائمين على هذا العمل , ومن بادروا بطباعة هذه
السلسلة وإخراجها ونشرها خير الجزاء وأوسع وأوفره. أمين أمين أمين.
وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه /

رئيس لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

د. عبدالعزيز بن سليمان بن علي الغسلان

١٥/٨/١٤٣٦هـ



ملخص بحث

التَّحْرِيزُ عَلَى الْجَرَائِمِ التَّعْزِيرِيَّةِ الْمُنظَّمَةِ

(دراسة مقارنة)

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد

ماجد بن حسن بن سليمان المشيقح

إشراف الدكتور

عبد الكريم الصايغ

١٤٢٧هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٤٠٣

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ٣٢٥

البحث بعد التلخيص ٧٣

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)



خطة البحث

- تتكوّن خَطَّةُ البحثِ من : مُقدِّمةٍ ، وتمهيدٍ ، وفصلين ، وخاتمةٍ .
- المقدمة : وهي تشتمل على : أهمّية الموضوع ، وأسباب اختياره ، والدراسات السابقة حوله ، ومنهج البحث ، وخَطَّةُ البحث .
- التمهيد : وفيه مباحث :
- المبحث الأول : تعريف التحريض .
- المبحث الثاني : تعريف الجريمة .
- المبحث الثالث : تعريف التعزير .
- المبحث الرابع : تعريف التحريض على الجريمة التعزيريّة المنظّمة
- الفصل الأول : مفهوم وصور وطرق إثبات التحريض في الجريمة التعزيريّة المنظّمة، وفيه مباحث :
- المبحث الأول : مفهوم التحريض ، وفيه مطالب :
- المطلب الأول : ضابط التحريض .

- المطلب الثاني : نشاط المحرِّض .
- المطلب الثالث : من وُجِّه إليه التحريض .
- المطلب الرابع : محل التحريض .
- المطلب الخامس : من وقع عليه التحريض .
- المبحث الثاني : صور التحريض ، وفيه مطالب :
- المطلب الأول : الإيعاز .
- المطلب الثاني : الإثارة .
- المطلب الثالث : التعزيز .
- المطلب الرابع : التحبيذ .
- المبحث الثالث : طرق إثبات التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة ، وفيه مطالب :
- المطلب الأول : إثباتُ التَّحريضِ بالإقرارِ .
- المطلب الثاني : إثباتُ التَّحريضِ بشهادة الشُّهُودِ .
- المطلب الثالث : إثباتُ التَّحريضِ بالقرائنِ .
- الفصل الثاني : أنواع وأركان وشروط وعقوبة التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة ، وفيه مباحث :
- المبحث الأول / أركان التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الركن الشرعي لجريمة التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة .
المطلب الثاني : الركن المادي لجريمة التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة .
المطلب الثالث : الركن المعنوي لجريمة التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة .
المبحث الثاني / أنواع التحريض في الجرائم التعزيرية المنظمة ، وتحت مطالبان :

المطلب الأول : التحريض الصوري في الجريمة التعزيرية المنظمة .
المطلب الثاني : الفاعل المعنوي في الجريمة التعزيرية المنظمة .
المطلب الثالث : الإكراه في الجريمة التعزيرية المنظمة .
المبحث الثالث / شروط التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة ، وفيه مطالب :

المطلب الأول : أن يكون التحريض مباشراً .
المطلب الثاني : أن يكون التحريض سابقاً على الجريمة التعزيرية المنظمة .
المطلب الثالث : أن يكون التحريض خاصاً .
المطلب الرابع : أن يقبل الفاعل التحريض .
المبحث الرابع / عقوبة التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة ، وفيه مطالب :

المطلب الأول : عقوبة الوقوع في التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة .

المطلب الثاني : عقوبة الشروع في التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة .

المطلب الثالث : عدول المحرض عن الجريمة وتوبته .

المطلب الرابع : عقوبات التحريض المنصوص عليها في الأنظمة السعودية

خاتمة البحث :

الفهارس :

التمهيدُ : وفيه مباحث :

المبحثُ الأولُ : تعريفُ التَّحْرِيزِ : وفيه أربعة مطالب :

المطلبُ الأولُ : تعريفُ التَّحْرِيزِ في اللغة . مصدرٌ مأخوذٌ من الفعل

حرض ، وهو يعني : الحثُّ والإِحْمَاءَ والحضُّ على الشَّيءِ .

المطلبُ الثاني : تعريفُ التَّحْرِيزِ في الفقه

بعد التأمُّلِ في نصوصِ الفقهاءِ والمفسِّرين نجد أنَّ مفهومَ التَّحْرِيزِ في الفقه الإسلامي لا يختلف عن المفهوم اللغويِّ ، فغايتُهُ الحثُّ والحضُّ والإِحْمَاءُ على الشيءِ ، وندبُ المرءِ للفعلِ .

المطلبُ الثالثُ : تعريفُ التَّحْرِيزِ في النظام

لم أجد تعريفاً محدَّداً للتَّحْرِيزِ في النِّظامِ الجنائيِّ السعوديِّ ، إذ أنه كما نعلم لا يوجد نظامٌ جنائيٌّ سعوديٌّ مُقَنَّ ، كما يوجدُ في النِّظامِ التجاريِّ ، أو نظامِ التأميناتِ الاجتماعيَّةِ ، ونحو ذلك .

وخلاصةُ التَّعْرِيفِ من خلالِ النَّظَرِ في بعضِ الأنظمةِ السعوديَّةِ للجرائمِ التَّعْزِيَّةِ أن نقول : " التَّحْرِيزُ هو حثُّ الجاني للإقدامِ على ارتكابِ تلكِ الجريمةِ " .

المطلبُ الرابعُ : مقارنةً بين تعريفِ التَّحْرِيزِ في النظامِ والفقه

الفقهاء لم يخصّصوه بالجريمة ، كما فعل أهل القانون الوضعي ، والكلُّ ينطلق في تعريف التحريض من المعنى اللغويّ له .

والفقهاء يتحدّثون عن حالاتٍ معيّنة تدخل تحت مفهوم التحريض ويولونها اهتماماً خاصّاً.

المبحث الثاني : تعريفُ الجريمةِ وفيه أربعةُ مطالب :

المطلبُ الأولُ : تعريفُ الجريمةِ في اللغةِ .

أولاً : تعريفُ الجريمةِ لغةً : الجيْمُ والرَّاءُ والميْمُ أصلٌ واحدٌ يدلُّ على القطعِ ، والجَرْمُ : هو التعدِّي ، والجَرْمُ : الذَّنْبُ .

المطلبُ الثاني : تعريفُ الجريمةِ في النظامِ

عند التأمُّلِ في الأنظمةِ السعوديَّةِ ، فلم يخرج تعريفُ النظامِ الجنائي السعودي للجريمةِ عن تعريفِ الفقهِ الإسلاميِّ لها .

فجاء تعريفُ الجريمةِ في كتابِ "الإجراءاتِ الجنائيَّةِ في المملكةِ" بأنَّها : ((فعلٌ محظوراتٍ شرعيَّةٍ زَجَرَ اللهُ تعالى عنها بحدِّ أو تعزيرٍ)) .

المطلبُ الثالثُ : تعريفُ الجريمةِ في الفقهِ

أولاً : في القرآنِ والسُّنَّةِ :

١- في القرآنِ :

(أ) أكثر ما تُطلق على الكفرِ باللهِ تعالى ، كقولهِ تعالى : ﴿ إِنَّهُ مَنْ يَأْتِ رَبَّهُ مُجْرِمًا فَإِنَّ لَهُ جَهَنَّمَ لَا يَمُوتُ فِيهَا وَلَا يَحْيَى ﴾ سورة طه ، الآية رقم (٧٤) . .

(ب) كما يُطلقُ الإجرامُ على كسبِ الذَّنْبِ ، كقولهِ تعالى : ﴿ أم يقولون افتراه قل إن افتريتهُ فعليَّ إجرامي وأنا بريءٌ مما تُجرمون ﴾ سورة هود ، الآية رقم (٣٥) ..

ويمكن استخلاصُ تعريفٍ للجريمةِ من القرآنِ الكريمِ بأنها : ((الانحرافُ عمَّا وُضِعَ اللهُ لعبادِهِ من حدودٍ وتعديها)) .

٢- في السُّنَّةِ :وردت مُشتقَّاتُ كلمةِ جريمةٍ في السُّنَّةِ في مجموعةٍ من الأحاديثِ بمعانٍ عدَّةٍ ، من أبرزها إطلاقُ الجريمةِ على الذَّنْبِ وهو الذي يُهْمُنَا ؛ لقوله ﷺ : ((إِنَّ أَعْظَمَ الْمُسْلِمِينَ جُرْمًا مَنْ سَأَلَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يُحَرِّمْ عَلَيْهِ فَحَرَّمَ عَلَى النَّاسِ مِنْ أَجْلِ مَسْأَلَتِهِ)) أخرجه البخاري حديث رقم (٢٠٩٦) ، ومسلم ، حديث رقم (٢٣٥٨) ..

ثانياً : عند علماء الشريعة الإسلامية :

عرَّفَ أكثرُ الفقهاءِ الجريمةَ فقالوا : ((هي فعلٌ محظورٌ شرعيٌّ زَجَرَ اللهُ تعالى عنه بحدٍّ أو تعزيرٍ)) .

وقد يُعبرُ الفقهاءُ بلفظِ الجنايةِ بدلاًً من الجريمةِ ، وهذا هو الغالبُ والأكثرُ .

والجنايةُ لغةٌ : اسمٌ لما يكتسبه الإنسانُ من الذَّنْبِ .

واصطلاحاً : اسمٌ لفعلٍ مُحَرَّمٍ شرعاً سواءً وقع الفعلُ على النَّفسِ ، أو المالِ ، أو العَرَضِ ، أو غير ذلك .

المطلب الرابع: مقارنة بين تعريف الجريمة في النظام وفي الفقه

أولاً: تعتمد مفاهيم الجريمة وسائر ما يتعلّق بها في الشريعة الإسلامية على الوحي اعتماداً مباشراً، أما في القوانين الوضعيّة فالتّحريم أساسه جملة وتفصيلاً الجهد البشري المعزول عن الوحي الصحيح.

ثانياً: الأفعال التي حرّمها الشريعة الإسلامية، قد حرّمها لذاتها، بينما القوانين الوضعيّة إنّما تُحرّم الأفعال تبعاً لأوصافٍ محدّدة.

ثالثاً: من خلال تعريف الفقهاء للجريمة وتعريف أهل القانون لها يظهر لنا بعض جوانب الاتفاق فيما بينهما، وذلك من كون الجريمة فعل أو عمّل يُجرّمه النصّ الشرعيّ أو النظامي.

أما الفرق بين تعريف الجريمة فقهاً ونظاماً هو العموم، فالجريمة في الفقه تشتمل الجريمة في النظام.

أركان الجريمة:

١- الفعل.

٢- كون هذا الفعل محظوراً بدليل من قبيل الشارع.

٣- أن يكون هذا الفعل المحظور قد رَجَرَ اللهُ تعالى عنه بحدٍّ أو تعزير.

المبحث الثالث: المقصود بالتعزير، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : المقصود بالتعزير في اللغة .

التعزيرُ في اللغةِ : العينُ والزاءُ والراءُ كلمتان : إحداهما التَّعْظِيمُ والنَّصْرُ ،
والكلمة الأخرى جنسٌ من الضَّرْبِ .

المطلب الثاني : المقصود بالتعزير في الفقه

نستطيع القول بأنَّ التعزيرَ هو : " تأديبٌ على معصيةٍ لا حدَّ فيها " .

المطلب الثالث : المقصود بالتعزير في النظام

نصَّ خطابُ رئيسِ القضاةِ رقم (١/١٢٩٠) بتاريخ ١٣٨٩/٦/٧ هـ على «
أنَّ التعزيرَ واجبٌ في كلِّ معصيةٍ لا حدَّ فيها ولا كفَّارة» التصنيف
الموضوعي لتعاميم وزارة العدل خلال ٦٨ عاماً ١٣٤٥١٤١٢ هـ (٣٩٣/٢)
، أعدته لجنةٌ متخصصةٌ بالوزارة ، طبعة وزارة العدل ، المملكة العربية
السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣ هـ .

والمرجعُ في نظرِ جميعِ القضايا والمخاصماتِ إلى أحكامِ الشريعةِ الإسلاميَّةِ .
وقد نصَّ على ذلك نظامُ المرافعاتِ الشرعيَّةِ في المملكةِ العربيَّةِ السعوديَّةِ
الصادر بالمرسوم الملكي رقم بتاريخ ١٤٢١/٥/١٤ هـ . في المادةِ الأولى ،
حيث نصَّت على ((أنَّ المحاكمَ تطبِّقُ على القضايا المعروضةِ أمامها أحكامَ
الشريعةِ الإسلاميَّةِ ، وفقاً لما دلَّ عليه الكتابُ والسنةُ ، وما يُصدره وليُّ الأمرِ
من أنظمةٍ لا تتعارضُ مع الكتابِ والسنةِ)) ، فيدخلُ فيه التعزيرُ .

وهكذا ترد المادةُ بنصِّها في نظامِ الإجراءاتِ الجزائيةِ الصادرِ بالمرسومِ الملكي رقم (٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨ هـ. ، في المادةِ الأولى منه : ((تُطبَّقُ المحاكمُ على القضايا المعروضةِ أمامها أحكامَ الشريعةِ الإسلاميةِ ، وفقاً لما دلَّ عليه الكتابُ والسنةُ ، وما يُصدرُهُ وليُّ الأمرِ من أنظمةٍ لا تتعارضُ مع الكتابِ والسنةِ ، وتتقيَّدُ في إجراءاتِ نظرها بما وردَ في هذا النظامِ . وتسري أحكامُ هذا النظامِ على القضايا الجزائيةِ التي لم يتم الفصلُ فيها والإجراءاتُ التي لم تتم قبل نفاذه)) .

المطلبُ الرابعُ : مقارنةً بين المقصودِ بالتَّعزيرِ في النظامِ وفي الفقهِ

إذا عَلِمنا أنَّ التَّعزيرَ عند الفقهاءِ عبارةٌ عن تأديبٍ على معصيةٍ لا حدَّ فيها ، وأنَّه في الأنظمةِ يعني العقوبةَ ، فإنَّ العقوبةَ في النظامِ السعوديِّ هي في حقيقتها تعزيرٌ .

المبحثُ الرابعُ : تعريفُ التَّحريضِ على الجريمةِ التعزيريةِ المنظَّمةِ

المطلبُ الأولُ : تعريفُ التَّحريضِ على الجريمةِ التعزيريةِ المنظَّمةِ في الفقهِ

يُمكن أن نُعرِّفَ التحريضَ على الجريمةِ التعزيريةِ المنظَّمةِ في الفقهِ الإسلاميِّ بأنه : " التَّأثيرُ على الغيرِ ودفعُهُ نحو إتيانِ الجريمةِ التعزيريةِ المنظَّمةِ بوعدهِ ، أو وعيدٍ ، أو إغراءٍ ، أو غيرِ ذلك " .

وهذا التحريض يكون بوسائل ، كالوعدٍ بحديةٍ أو التهديد أو غيرها ، ويدخل بذلك هذا الفعل في دائرة المعصية ، ويستحقُّ مُرتكبها عقوبةً على فعله .

المطلب الثاني: تعريف التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة في النظام :

يُمكن تعريف التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة في النظام الجنائي السُّعوديِّ ، بأنه " الاشتراك في الجريمة التعزيرية المنظمة بالحثِّ عليها والترغيب فيها " .

وهذا مأخوذٌ ممَّا جاء في نظام مكافحة الرِّشوة ، إذ دلَّ على أنَّ المحرِّض يُعتبرُ شريكاً في الجريمة : ((ويُعتبرُ شريكاً كلُّ مَنْ اتَّفَقَ ، أو حرَّضَ ، أو ساعدَ في ارتكابها)) المادة العاشرة من نظام مكافحة الرِّشوة الصادر بالمرسوم الملكيِّ رقم (٣٦) ، وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩ هـ ..

المطلب الثالثُ : مقارنةً بين تعريف التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة في النظام والفقهِ

علماء الشريعة الإسلامية المتقدمين تحدَّثوا عن مفهوم التحريض على أنَّه الحثُّ والحضُّ على الخير أو الشرِّ ، والنُّظْمُ الوضعيَّةُ كذلك عرَّفته على أنه وسيلةٌ من وسائل الحثِّ والإغراء من أجل إيقاع الجريمة ، إلا أنَّ الفقهاء لم يخصِّصوه بالجريمة ، كما فعل أهل القانون الوضعيِّ .

الفصل الأول

مفهومٌ وصورٌ وطرقُ إثباتِ التَّحْرِيزِ في الجريمةِ التعزيريَّةِ المنظَّمةِ ، وفيه
مباحث :

المبحث الأول : مفهومُ التَّحْرِيزِ على الجريمةِ التعزيريَّةِ المنظَّمةِ.

وفيه مطالب :

المطلبُ الأوَّلُ : ضابطُ التَّحْرِيزِ على الجريمةِ التَّعزيريَّةِ المنظَّمةِ .

أولاً : ضابطُ التَّحْرِيزِ على الجريمةِ التعزيريَّةِ المنظَّمةِ في النِّظامِ :

بعد تأمُّلِ بعضِ موادِّ النِّظامِ الجنائيِّ السعوديِّ ، يظهرُ لنا مفهومُ التَّحْرِيزِ
على الجريمةِ التعزيريَّةِ المنظَّمةِ فيه .

فالمحرِّضُ لا يخرجُ من كونهِ شريكاً في الجريمةِ التَّعزيريَّةِ المنظَّمةِ ، ولكن يُشترطُ
لمسائلةِ الشريكِ عن فعلِهِ ثلاثةَ شروطٍ ذكرها بعضُ شُرَّاحِ الأنظمةِ السعوديَّةِ
، وهي :

الشرطُ الأوَّلُ / وقوعُ الجريمةِ التَّعزيريَّةِ المنظَّمةِ بناءً على هذا التَّحْرِيزِ

الشرط الثاني / توافر الرابطة السببية بين الاشتراك وبين الجريمة.

الشرط الثالث / توافر القصد الجنائي لدى الشريك .

وسنتناول في هذا المطلب المعيارين اللذين يقوم عليهما المذهبان القانونيان ، ونوضح وجهة نظر كلٍ منهما :

المعيار الأول : المعيار الموضوعي . الفاعل الأصلي وفقاً لهذا المعيار هو : مَنْ يُباشِرُ أفعالاً مُكوّنة بذاتها للجريمة ، أما الشريك فهو : مَنْ يُباشِرُ عملاً غير محرم قانوناً .

المعيار الثاني : المعيار الشخصي . الفاعل الأصلي وفقاً لهذا المعيار هو مَنْ تتوافر لديه نيّة الفاعل للجريمة لا نيّة المشاركة فيها ، أما الشريك فهو : مَنْ تتّجه إرادته إلى المشاركة في الجريمة .

وأما في أنظمة المملكة العربية السعودية ، فقد علمنا أنّها تعتبر التحريض نشاطاً أساسياً وداخلياً في نطاق الجريمة ، وعندما ننظر في عقوبة المحرض على الجريمة التعزيرية المنظمة ، فالمعمول به في الأنظمة عموماً هو ما تقرّر بأنّ مَنْ يشترك في جريمة فعليه عقوبتها إلاّ إذا جاء نصّ خاصّ بخلاف ذلك .

ف نجد أنّ هناك اتّجاهان في عقوبة المحرض ، أحدهما يُساوي فيها بين الفاعل والمحرض وهو الأصل كما سبق ، والآخر يُخفّف عن المحرض العقوبة ، وهما :

الاتّجاه الأول : اتّجاه المساواة بين الفاعل والشريك :

في نظام مكافحة الرشوة ، قد نصّت المادة (١٠) منه على أنه : ((يُعاقب المرتشي والوسيط وكلّ من اشترك في إحدى الجرائم الواردة في هذا النظام بالعقوبة المنصوص عليها في المادة التي تُجرّمها ، ويُعتبَر شريكاً في الجريمة كلّ من اتَّفَقَ ، أو حَرَّضَ ، أو سَاعَدَ في ارتكابها مع علمه بذلك ، متى تَمَّت الجريمة بناءً على هذا الاتفاقِ ، أو التَّحريضِ ، أو المساعدة)) المادة (١٠) من نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٦) وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩ هـ ..

وكذا في نظام الجمارك في المادة (٢٤٣) من لائحته التنفيذية على أنه : ((يُعاقب المشترك في التهريب بالعقوبة التي يحكم بها على الفاعل الأصلي)) المادة (٢٣٤) من نظام الجمارك الصادر بالمرسوم الملكي (٤٢٥) وتاريخ ١٣٧٢/٣/٥ هـ ..

وكذا في نظام مكافحة التزوير في المادة (٧) منه .الإتجاه الثاني : الإتجاه التفریق بين الفاعل والشريك في العقوبة :

قرّر المنظّم السعودي عقوبة مهرب المخدرات بالقتل تعزيراً إن قصّد بتهريبه الاتجار ؛ بناءً على قرار من هيئة كبار العلماء قرار هيئة كبار العلماء ، رقم (١٣٨) وتاريخ ١٤٠٧/٦/٢٠ هـ . لكنّ المنظّم السعودي هنا خفّف عن الشريك في العقوبة ، حيث نصّ على أن يُعاقب الشريك في تهريب

المخدرات بالسجن من خمس سنوات إلى سبع سنوات ، وفصله من وظيفته إن كان موظفاً .

ثانياً : ضابط التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة في الفقه :

بعد الاطلاع على كتب الفقه الإسلامي والتأمل فيها ، يتبين لنا أن الاشتراك في الجريمة يأتي على ضربين :

الضرب الأول : الاشتراك المباشر . **الضرب الثاني :** الاشتراك بالتسبب .

والاشتراك المباشر معناه : القيام بتنفيذ الركن المادي في الجريمة أو بعضه .

وقد تكلم الفقهاء عن صورته وأنماطه ، وذكره بعضهم في مسألة مسؤولية المباشر في حالتي التوافق والتماثل ، فيُفرق أغلب الفقهاء بين مسؤولية الشريك المباشر في حالة التوافق وبين مسؤوليته في حالة التماثل ، ففي حالة التوافق يُسأل كل شريك عن نتيجة فعله فقط ، ولا يُسأل عن نتيجة فعل غيره ، أما في حالة التماثل فيُسأل كل منهما .

أما النوع الثاني من أنواع الاشتراك في الجريمة فهو : الاشتراك بالتسبب ، ومعناه : أن تتوسط بين إرادة الجاني والنتيجة إرادة أخرى ، كما سبق .

فيُعتبر شريكاً متسبباً كل من اتفق مع غيره على ارتكاب فعلٍ معاقبٍ عليه ، ومن حرّض غيره أو أعانه على هذا الفعل ، ويُشترط في الشريك أن يكون قاصداً الاتفاق أو التحريض أو الإعانة على الجريمة ..

وهذا النوع الأخير هو الذي يُعرف عند علماء الفقه الجنائيِّ الوضعيِّ بـ "التحريض على الجريمة" .

ووجه الشبه أن الموكَّل لا يُباشِر الجريمة بنفسه ، كذلك المحرِّضُ فإنه لا يُباشِر الجريمة بنفسه ، بل يدفع غيره لارتكابها مع قصد النتيجة .

وذكر الفقهاء أن الاشتراك بالتسبُّب لا يوجد إلا إذا توافرت ثلاثة شروط :
أولها : فعلٌ معاقبٌ عليه ، وهو الجريمة . وثانيها : وسيلةٌ لهذا الفعل وهي اتفاقٌ أو تحريضٌ أو إعانةٌ . وثالثها : أن يكون الشريك قاصداً من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه .

إلا أنه لا بدَّ من الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة قد اهتموا بإبراز أحكام الاشتراك المباشر ، بينما أهملوا إلى حدٍّ كبيرٍ أحكام الاشتراك بالتسبُّب ، ولذلك الاهتمام وهذا الإهمال علَّتان :

الأولى : أن الفقهاء قَصَرُوا هَمَّهُم على بيان أحكام الجرائم ذات العقوبات المقدَّرة ، أما جرائم التعزير فلم يهتموا بها ولم يضعوا لها أحكاماً خاصَّةً .

الثانية : أن القاعدة العامَّة في الشريعة أن العقوبات المقدَّرة تقع على من باشَرَ الجريمة دون المتسبِّب .

والفقهاء بالرغم مما سبق لم يُهملوا الاشتراك غير المباشر إهمالاً كلياً ، بل تعرَّضوا له أثناء بحث الجنائية على النفس أو مادونها أي جرائم القتل والجرح

؛ لأنّ هذه الجرائم تُرتكب إما مباشرةً وإما بالتسبب . والاشتراك غيرُ المباشرِ نوعٌ من التسببِ .

المعيارُ المأخوذُ به عند فقهاءِ الشريعةِ الإسلاميّةِ :فقهاءِ الشريعةِ الإسلاميّةِ يأخذون بالمعيارِ الموضوعيِّ للتمييزِ بين الفاعلِ الأصليِّ والشريكِ ؛ لأنّهم يُقسّمون الاشتراكَ في الجريمةِ إلى اشتراكٍ مباشرٍ ، و اشتراكٍ غيرِ مباشرٍ أو بالتسببِ ، أما الشريكُ المتسببُ فهو مَنْ يقتصرُ دورهُ على التحريضِ ، ولكنه لا يُباشِرُ تنفيذَ الركنِ الماديِّ للجريمةِ .

مقارنةً بين الفقهِ والنظامِ في ضابطِ التحريضِ على الجريمةِ التعزيريّةِ المنظّمةِ :
المحرّضُ عليها يُعتبرُ شريكاً بالتسببِ في الفقهِ الإسلاميِّ ، و يُعتبرُ مساهماً تبعياً في النظامِ الوضعيِّ .

و الاشتراكُ بالتسببِ هو أن تتوسّطَ بين إرادةِ الجاني والتّيجةِ إرادةٌ أخرى والمساهمةُ التبعيّةُ هي : قيامُ شخصٍ أو أكثرِ بنشاطٍ ثانويِّ ، ويجمع بينهما عدَمُ قيامِ الشريكِ المتسببِ والمساهمِ التبعيِّ بالجريمةِ التعزيريّةِ المنظّمةِ مباشرةً .
بناءً على ذلك كلّهُ فإنّ وجهةَ نظرٍ كلٍّ من الفقهِ والنظامِ في وضعِ المحرّضِ على الجريمةِ التعزيريّةِ المنظّمةِ من المساهمةِ الجنائيّةِ متماثلةٌ مع الأخرى .

المطلب الثاني : نشاط المحرّض على الجريمة التعزيرية المنظمة

التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة لا بدّ له من توفر أربعة عناصر، وهذه العناصر هي : نشاط المحرّض ، ومن وُجّه إليه التحريض ، ومحلّ التحريض ، ومن وقع عليه التحريض ، وسنبداً بنشاط المحرّض .

يقصد بـ " نشاط المحرّض " : ((القيام بخلق فكرة الجريمة والتصميم عليها في ذهن كان في الأصل خالياً منها ، ودفعه بناءً على ذلك نحو ارتكاب الجريمة)) .

ويرى البعض أنّ التحريض قد يكون بعمَلٍ سلبيّ ، امتناعاً أو تركاً ، لا سيّما وإن كانت الجريمة بالغة الخطورة .

هذا وتشترط الشريعة الإسلامية كون المحرّض كغيره من الجناة عاقلاً ، بالغاً ، مختاراً .

والنشاط الصادر من قبل المحرّض على الجريمة التعزيرية المنظمة ، لا بدّ فيه من توفر شرطين :

الشرط الأول : أن يكون محدّداً .

الشرط الثاني : أن يكون غير مشروعاً .

ويتميّز نشاط المحرّض بأنه يؤدّي إلى نتيجتين : نفسية ، ومادية .

فالتَّيَجَةُ النَّفْسِيَّةُ تَبْدُو فِي تَأْثُرِ نَفْسِيَّةِ الْفَاعِلِ بِهَذَا التَّحْرِيضِ وَانْدِفَاعِهِ لَارْتِكَابِهَا .

وَالْمَادِّيَّةُ تَتَمَثَّلُ فِي الْجَرِيمَةِ الَّتِي ارْتَكَبَهَا الْفَاعِلُ مَادِّيًّا بِنَاءً عَلَى ذَلِكَ التَّحْرِيضِ عَلَى الْجَرِيمَةِ التَّعْزِيرِيَّةِ الْمُنظَّمَةِ .

وَنَشَاطُ الْمَحْرُضِ قَدْ يَكُونُ صَرِيحًا ، وَقَدْ يَكُونُ ضَمْنِيًّا عَنْ طَرِيقِ الْإِمَاءِ وَهَذَا التَّعْبِيرُ عَنِ الْإِرَادَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُشَافَهَةً ، أَوْ كِتَابَةً ، أَوْ إِشَارَةً .

وَلَكِنْ لَا بَدَّ أَنْ يَقْصِدَ الْمَحْرُضُ مِنْ ذَلِكَ كَلَّهُ إِيقَاعَ الْجَرِيمَةِ التَّعْزِيرِيَّةِ الْمُنظَّمَةِ .

فَفِي الْإِشْتِرَاكِ فِي جَرِيمَةِ الرِّشْوَةِ يُعَدُّ الْمَحْرُضُ مَجْرَمًا وَفَاعِلًا لِلنَّشَاطِ الْإِجْرَامِيِّ عِنْدَ تَحْرِيطِهِ لِغَيْرِهِ عَلَى الطَّلَبِ أَوْ الْقَبُولِ أَوْ الْأَخْذِ ، إِذَا دَخَلَتْ فِي حَيْزِ التَّنْفِيدِ ، سِوَاءً وَقَعَتْ تَامَّةً أَوْ بِصَفَةِ شُرُوعٍ بِنَاءً عَلَى التَّحْرِيضِ وَهَذَا وَاضِحٌ فِي نِظَامِ مَكَاغِحَةِ الرِّشْوَةِ ، كَمَا نَصَّتْ الْمَادَّةُ (١٠) مِنْهُ عَنِ ذَلِكَ كَمَا سَبَقَ .

وَلِهَذَا أَصْدَرَتْ هَيْئَةُ الْحُكْمِ فِي قَضَايَا التَّزْوِيرِ بِدِيَوَانِ الْمَظَالِمِ فِي الْمَمْلَكَةِ الْعَرَبِيَّةِ السُّعُودِيَّةِ حُكْمًا فِي الْقَضِيَّةِ رَقْمَ (١٠٩/١/ق) لِعَامِ ١٤٠٢ هـ ، بِتَارِيخِ ٢٠/٤/١٤٠٢ هـ ، جَاءَ فِيهِ : إِدَانَةُ الْمُتَّهَمِ ... تَشَادِي الْجَنْسِيَّةِ ، بِجَرِيمَةِ التَّزْوِيرِ الْمَنْسُوبَةِ إِلَيْهِ ، وَالْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا وَالْمَعَاقِبِ عَلَيْهَا بِالْمَادَّةِ التَّاسِعَةِ مِنْ نِظَامِ مَكَاغِحَةِ التَّزْوِيرِ ، وَسَجْنِهِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، وَتَغْرِيمِهِ مِائَةَ رِيَالٍ ، حَيْثُ اشْتَرَكَ الْمُتَّهَمُ مَعَ غَيْرِهِ بِطَرِيقِ التَّحْرِيضِ وَالْمُسَاعَدَةِ عَلَى ارْتِكَابِ جَرِيمَةِ تَزْوِيرِ

في جواز سفرٍ ؛ وذلك لأنَّ النظامَ الداخليَّ للمملكةِ قد مَنَحَ المحرَّراتِ الأجنبيةَّةِ ثقةً تُعادلُ ما تتمتَّعُ به المحرَّراتُ الرسميَّةُ الوطنيَّةُ ، ولذلك فقد أخذتِ حكمَها في صدَدِ جرمِةِ التَّزويرِ تلكَ مجموعةُ القراراتِ الجزائيَّةِ الصادرةِ عن دوائرِ هيئةِ الحكمِ في قضايا الرشوةِ والتَّزويرِ لعامِ ١٤٠٢ هـ ، الإصدارِ الجزائيِ الثالثِ (ص ١٨٥-٢١٩) لديوانِ المظالمِ بالمملكةِ العربيَّةِ السعوديَّةِ ، بعنوانِ "قضيَّةِ اتِّفاقٍ ومساعدةٍ وتحريضٍ في تزويرٍ" .

وقد سارَ القضاءُ في ديوانِ المظالمِ على هذا الحكمِ في القضيَّةِ رقمِ (١٧٨٣/١/ق) الصادرِ في جلسةِ ١/٣/١٤٠٢ هـ ، في قضيَّةِ "تحريضٍ وعرضِ رشوةٍ" ، انظر : المرجع السابق (ص ١٨١-١٨٥) ..

المطلبُ الثالثُ : مَنْ وُجِّهَ إليه التَّحريضُ على الجريمةِ التَّعزيريَّةِ المنظَّمةِ يلزُمُ أن يكونَ الشَّخصُ المحرَّضُ مُكلِّفًا ، بالغًا ، عاقلًا ، مثلهُ مثلُ المحرَّضِ ، وأن يكونَ عالمًا بخطورةِ وجرمِ ما يفعلهُ .
ونجدُ أنَّه يختلفُ بحسَبِ الجريمةِ التَّعزيريَّةِ المنظَّمةِ المحرَّضِ عليها.

فينصُّ النظامُ على أنه إذا كان مُرتكبُ الجريمةِ موظَّفًا عامًّا ، أو في حكمِ الموظَّفِ العامِّ ، أن يُشدَّدَ العقابُ إلى أقصاه إذا كان الفاعلُ الأصليُّ أو الشريكُ في الجريمةِ موظَّفًا عامًّا أو مَمَّن يتقاضى راتبًا من خزانةِ الدولةِ كما في المادةِ (٣) من نظامِ مكافحةِ التزويرِ الصادرِ بالمرسومِ الملكيِ رقمِ ١٤٤ وتاريخِ ٢٦/١١/١٣٨٠ هـ . ، أمَّا غيرُ الموظَّفِ من الأشخاصِ العاديينِ ،

فإنه إذا ارتكبت الجريمة فإنَّ الأصل أن يُعاقب بالعقوبة العادية ولا يُشدَّد عليه العقاب مثل الموظف العام أو مَنْ في حكمه .. مثل : نظام مكافحة التزوير الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١١٤) وتاريخ ١٣٨٠/١/٢٦ هـ ، وقد عدل بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٥٠) وتاريخ ١٣٨٢/١١/٣ هـ ، المتوجَّع بالمرسوم الملكي رقم (٥٣) وتاريخ ١٣٨٢/١١/٥ هـ . .

وهناك أنظمة يُشترط لتطبيق العقوبة المحددة من قِبَل النظام عليها أن يكون مرتكب الجريمة (الإرتشاء) موظفاً عاماً أو مَنْ كان في حكمه ، وذلك مثل : نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٦) وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩ هـ . ، حيث يُطبَّق على الموظفین العامین في الدولة ومَنْ في حكمهم بخصوصهم أما غير الموظف العام إذا ارتكبت جريمة الرشوة فإنه لا ينطبق عليه النظام ، وإنما يُعزَّره القاضي الشرعي في المحاكم العامة.

وبعض أنظمة الجرائم لا تُفرِّق بين الموظف العام أو غيره . مثل : نظام الاتجار في المواد المخدرة وتهريبها الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٣١٨) في تاريخ ١٣٥٣/٤/٩ هـ والمعدَّل بعض موادّه بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٤/١١) وتاريخ ١٣٧٤/١٢/١ هـ. ، ونظام مكافحة الغش التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٩٩٤٦/٧/٩٩٤٦/٧ هـ وتاريخ ١٤٠٤/٦/٤ هـ .

والموجهُ إليه التحريض قد يكون فرداً ، وقد يكون جماعةً ، وقد يكون عاماً موجَّهاً إلى أشخاص غير مُعيَّنين بذواتهم ..

المطلب الرابع : محلُّ التَّحْرِيزِ على الجريمةِ التَّعْزِيرِيَّةِ المنظَّمة

محلُّ التَّحْرِيزِ هنا إذاً هو الجريمةُ أو الجرائمُ التَّعْزِيرِيَّةُ المعاقبُ على إتيانها في النظام، بغضِّ النَّظَرِ عن عقوبتها وشدَّتِها ، فكلُّ جريمةٍ صدرَ بخصوصها نظامٌ في المملكةِ العربيَّةِ السَّعوديَّةِ هي محلُّ لهذا التَّحْرِيزِ .

وفي الفقهِ الإسلاميِّ يُعاقبُ الشخصُ تعزيراً على تحريضه حتى لو كان التَّحْرِيزُ على أمرٍ لم تنص عقوبته ؛ لأنَّ الجرائمَ والمخالفاتِ في الفقهِ أوسعُ باباً من الجرائمِ والمخالفاتِ في النَّظامِ .

المطلب الخامس : مَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ التَّحْرِيسُ

لا يُشترطُ في مَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ التَّحْرِيسُ أَنْ يَكُونَ مُدْرِكاً أَوْ عَاقِلاً أَوْ بَالِغاً ، بَلْ يَسْتَحِقُّ الْجَانِي الْعُقُوبَةَ حَتَّى وَلَوْ وَقَعَتْ عَلَى طِفْلِ أَوْ رَضِيعٍ أَوْ مَعْتُوهِ أَوْ حَتَّى عَلَى الْجَنِينِ .

وَمَا يَصِحُّ أَنْ يَقَعَ التَّحْرِيسُ عَلَى شَخْصٍ طَبِيعِيٍّ كَذَلِكَ يَصِحُّ أَنْ يَقَعَ عَلَى شَخْصٍ مَعْنَوِيٍّ .

بَلْ يَدْخُلُ فِي هَذَا الْحُكْمِ الْأَمْوَاتُ ، وَلَا تُتَصَوَّرُ الْجَرَائِمُ ضِدَّ الْأَمْوَاتِ إِلَّا فِي الْاِعْتِدَاءِ عَلَى رُفَاتِ الْأَمْوَاتِ وَقَدْفِهِمْ .

المبحث الثاني : صورُ التَّحْرِيزِ

وفيه مطالب:

المطلبُ الأولُ : الإيعازُ :

يُمكنُ تعريفُ " الإيعازِ " بأنه صورةُ التَّحْرِيزِ التي يخلُقُ فيها المحرِّضُ العزمَ الإجرامي لدى الغيرِ ، بمعنى أنَّ هذا العزمَ لم يكن له وجودٌ قبل أن يتدخَّلَ الموَعِزُ بنشاطِهِ التَّحْرِيزِيّ .

ولكن يُشترطُ لهذا ألاَّ تكون هذه البواعث كافية في ذاتها وبمفردها لخلقِ الفكرةِ الإجرامِيَّةِ لدى صاحبِها ، بمعنى أنَّ هذه البواعث لم يكن في مقدورها وحدها أن تصلَ بصاحبِها إلى مرحلةِ التَّصميمِ أو العزمِ ؟

وفي هذا الصَّدَدِ ، كانت بعضُ القوانينِ تُرتَّبُ عقوبةً مخفَّفَةً للموعِزِ في الحالةِ التي تكون فيها لدى الموَعِزِ إليه بواعثُ شخصيَّة

إنَّ بعضَ القوانينِ جعلت أكثر من مادَّة رتَّبت فيها قاعدةً عامَّة تنصُّ على أنَّ العقوبةَ مخفَّفَةً بالنِّسبةِ للمُساهمِ الذي قامَ بدورٍ قليلٍ الأهمِّيَّةِ في تحقيقِ النَّتِيْجَةِ الإجرامِيَّةِ.

هذا ويُشترطُ في البواعثِ الذاتيَّةِ التي نحنُ بصددِها أن تكون تلقائيَّة ، بمعنى أن يكون مصدرُها هو نفسُ الموَعِزِ إليه ، لا نتيجةً مؤثِّرٍ خارجيٍّ ، وأن يكون من شأنها أن تساهم مع الإيعازِ في تحقيقِ النَّتِيْجَةِ الإجرامِيَّةِ ، على أنه يُشترطُ في تلك البواعثِ ألا تكون من صنعِ الموَعِزِ وإيجاده ، وإلاَّ كان

مسؤولاً مسؤوليَّةً كاملة . وتكون هذه البواعث من صنع الموعز في الحالة التي يخلق فيها تصوُّراً خاطئاً لدى الموعز إليه عن واقعةٍ معيَّنة ، يدخلها هذا الأخير في اعتباره ويبنى عليها بواعثه الشخصية .

المطلب الثاني: الإثارة

في هذه الصورة من صور التحريض نكونُ بصدَدِ مركزِ يقفُ لدى الحدودِ الفاصلةِ بين داخلية "المحرِّضِ وخارجيِّه" أو في عبارةٍ أخرى يقفُ لدى حدودِ المرحلةِ السَّابقةِ على تكوينِ العزمِ الإجراميِّ الحاسمِ بصفتها المرحلة العليا للفكرة النفسية التي لم تبرز بعدُ للوجودِ الخارجيِّ ، وبين مرحلةِ العزمِ الحاسمةِ والتَّصميمِ المؤكَّدِ .

المطلب الثالث: التعزيز

وقد يتدخَّلُ المحرِّضُ بنشاطه التحريضي بعد أن يكون المحرِّضُ قد وصلَ إلى قرارٍ حاسمٍ أبرزه إلى العالمِ الخارجيِّ وانفصلَ عنه ، فأصبحَ ذا كيانٍ مستقلِّ . ولكن يُشترطُ أن يكون تدخُّلُ المحرِّضِ في هذه المرحلة من مراحلِ الإرادة من شأنه أن يُضيفَ إلى المحرِّضِ بواعثَ جديدة تشدُّ من عزميِّه ، ويكون من شأنها تقويُّه ودعم "التأثيرِ السَّببي" للنتيجة التي تحققت .

أوضحنا في هذه الصور الثلاث من صور التحريض لحظةَ تدخُّلِ النشاطِ التحريضيِّ وما تخلَّعه على المحرِّضِ من وصفٍ قانونيِّ . ولكن إلى أي لحظةٍ

يُمكن للمُحرِّضِ أن يتدخَّلَ بنشاطِهِ التَّحْرِيزِيِّ فيُعتبرُ ذلك مساهماً في الجريمة ؟

القاعدةُ أنَّ التَّحْرِيزَ ينبغي أن يتمَّ قبل تحقُّقِ النَّتِيجَةِ الإِجْرَامِيَّةِ ..

أما بالنسبة للجريمة المستمرة ، فمن الممكن للنشاط التحريضي أن يتدخل أثناء استمرار "الحالة الإجرامية" أو "المركز القانوني" الذي ينشؤه الفاعل الأصلي ، وتستمر إمكانية التدخل قائمة حتى اللحظة التي تنتهي فيها هذه الحالة الإجرامية ، أي حتى لحظة الكف عن استمرار الجريمة .

فيجب أن يتم التدخل بالنشاط التحريضي - اذن - أثناء الاستمرار الضروري للجريمة ، ويُعتبر التحريض الذي يقع أثناء استمرار هذه الجريمة " تعزيراً " .

أما بالنسبة للجرائم التي يُعلَّقُ العقابُ فيها على شرط ، فيجب أن يتمَّ تدخُّلُ النَّشاطِ التَّحْرِيزِيِّ قبل أن يستنفذ الفاعلُ الأصليُّ نشاطَهُ الإِجْرَامِيَّ ، ومن بابٍ أولى قبل أن يتحقَّقَ الشرطُ الذي تعلَّقت العقوبةُ عليه .

ويُشترطُ للاشتراك بالتَّحْرِيزِ في جرائم الاعتياد أن يتمَّ التَّحْرِيزُ بالنسبة لنفسِ الفاعلِ الأصليِّ وفي عددٍ من المرات التي تكفي في نظر القانون لتحقُّقِ ركنِ الاعتيادِ .

المطلب الرابع: التَّحْيِيدُ

تتحقق هذه الصورة في كلِّ مرّة لا يكون من شأنِ التَّحْرِيزِ إضافةً بواعث جديدة إلى الفاعلِ الأصليِّ للجريمة ، وبالتالي في كلِّ مرّة لا ينطوي فيها النشاطُ التَّحْرِيزِيُّ على تأثيرٍ سببيٍّ للنتيجةِ الإجراميّةِ التي تتحقّقُ في معزِلٍ عن نشاطِهِ التَّحْرِيزِيِّ.

هذا ونظراً لتخلُّفِ مفعول "التأثير السببي" في هذه الصورة من صورِ التَّحْرِيزِ ، فإنّه لا عقابَ عليه باعتباره تحريضاً ، وإن كان من الممكنِ العقابُ عليه باعتباره جريمة قائمة بذاتها هي جريمة التَّحْيِيدِ . على أننا نرى أنّ المحرِّضَ في هذه الحالةٍ يخضع على الأقل لتدبيرٍ وقائيٍّ يوقعه عليه القاضي.

صورُ التَّحْرِيزِ على الجرائمِ التَّعْزِيرِيَّةِ المنظَّمةِ في المملكةِ العربيَّةِ السَّعُودِيَّةِ :
إنَّ المتأمِّلَ في الصورِ السابقةِ للتَّحْرِيزِ على الجريمة يجد أنها مراحل التصوُّرِ التي تتَمَثَّلُ في أشياء عدّة ، ترجعُ إلى مؤثِّرٍ خارجيٍّ .
ومن الناحيةِ العمليَّةِ في القضاء : نجد أنّ القانونيين اختلفوا في اعتبارها ، وأنَّ الجانبَ السَّائدَ في القوانينِ يتَّجه إلى إلغائِ هذه الأنواعِ ويرى أنها لا تنطوي على فائدةٍ عمليَّةٍ .

وفي المملكة العربية السعودية نجد أنّ الأنظمة لم تتحدّث عن هذه الصور ولم تُرتّب على اختلافها أموراً ، تُغيّر في عقوبة المحرّض الذي حرّض بصورةٍ من تلك الصور .

وبالنسبة للفقهاء فإنّهم لم يتحدّثوا عن صور التّحريض ، ولم يتطرّقوا لهذه الصور الأربع ، إلّا أنّ الفقهاء قد ينظرون إليها ويجعلون لها اعتباراً يعتمد عليه القاضي أثناء تطبيق العقوبة على المحرّض على الجريمة التّعزيرية المنظمة.

المبحث الثاني: طرق إثبات التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة

يُمكن إثبات التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة بكافة وسائل الإثبات.

تعريف الإثبات لغةً: يُقال: ثبت الشيء ثباتاً وثبوتاً، دام واستقرّ فهو ثابت، ومنه قيل للحجة: ثبت، يُقال: لا أحكم بكذا إلا بثبت بفتح الباء، أي بحجة.

تعريف الإثبات اصطلاحاً: هو إقامة الدليل أمام القاضي في مجلس قضاؤه على حقٍّ أو واقعةٍ من الوقائع، يترتب عليها آثارٌ شرعيةٌ.

الإثبات في النظام: الإثبات في القانون لا يخرج في تعريفه ومعناه عمّا وردّ في الشريعة، فمما قيل في تعريفه: «الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يُحددها القانون على وجود حقٍّ متنازع فيه».

إجراءات إثبات التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة:

هناك إجراءات لإثبات أي دعوى مرفوعة أمام المحاكم السعودية، نصّ عليها نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، نُطّقها على دعوى التحريض هنا، فللمحكمة أن تستجوب مَنْ يكون حاضراً من الخصوم في دعوى التحريض، ولكلّ منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر، وتكون الإجابة في الجلسة نفسها إلا إذا رأت المحكمة إعطاء ميعاد للإجابة، كما تكون الإجابة في مواجهة طالب الاستجواب كما في المادة (١٠٠) من نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية الصادر بتاريخ .

وللمحكمة أن تأمر بحضور الخصم (وهو هنا المحرّض) لاستجوابه سواءً من تلقاء نفسها ، أو بناءً على طلب خصمه (الذي رفع عليه الدعوى) إذا رأت المحكمة حاجةً لذلك ، وعلى من تُقرّر المحكمة استجوابه أن يحضر الجلسة التي حدّدها أمر المحكمة كما في المادة (١٠١) من هذا النظام . .

وإذا كان للخصم (المحرّض) عذرٌ مقبولٌ يمنعه من الحضور بنفسه لاستجوابه ينتقل القاضي أو يندب من يثق به إلى محلّ إقامته لاستجوابه ، وإذا كان المستجوب (المحرّض) خارج نطاق اختصاص المحكمة فيستخلف القاضي في استجوابه محكمةً محلّ إقامته كما في المادة (١٠٢) من هذا النظام . ، وتقدير العذر المقبول يرجع لناظر القضية كما في الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية للمادة (١٠٢) ..

وإذا تخلف الخصم (المحرّض) عن الحضور للاستجواب بدون عذرٍ مقبولٍ، أو امتنع عن الإجابة دون مبررٍ ، فللمحكمة أن تسمع البيّنة وأن تستخلص ما تراه من ذلك التخلف أو الامتناع كما في المادة (١٠٣) من هذا النظام . . والامتناع عن الإجابة هنا هو : الامتناع عن الإجابة عن الاستجواب كما في الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية للمادة (١٠٣) . .

وإذا تخلف الخصم (المحرّض) عن الحضور لاستجوابه بدون عذرٍ مقبولٍ أو امتنع عن الإجابة عن الاستجواب دون مبررٍ ، ولم تكن بيّنة للخصم ، عدّه

القاضي ناكلاً ، وأجرى ما يلزم شرعاً كما في الفقرة الثانية من اللائحة التنفيذية للمادة (١٠٣) ..

المطلب الأول : إثبات التحريض بالإقرار

المسألة الأولى : إثبات التحريض بالإقرار في الفقه

الفرع الأول : تعريف الإقرار :

تعريف الإقرار لغةً : الإقرار هو الاعتراف ، وأصله من قرّ ، وهو وضع الشيء في قراره . يقال : قرّ الشيء في مكانه إذا ثبت وتمكّن .

تعريف الإقرار اصطلاحاً : أقرب التعاريف إلى الصواب : « أنه إظهار مكلّف مختار ما عليه لفظاً أو كتابةً أو إشارة أخرس أو على موكله أو موليه أو مورثه بما يمكن صدقه » .

الفرع الثاني : مشروعية الإقرار :

الأصل في الإقرار ، الكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، فمن الكتاب قوله تعالى :

﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ ﴾ سورة

آل عمران ، الآية رقم (٨١) ..

ومن السنّة :

١- حديث العسيف الذي زنى ، حين قال النبي ﷺ : « واغدُ يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » رواه البخاري ، برقم (٦٨٢٨) ، ومسلم ، برقم (١٦٩٨) . .

ونقل الإجماع على حجّية الإقرار كثيرٌ من أهل العلم ، وعليه العمل من صدر الإسلام الأول ، حتى يومنا هذا .

ومن المعقول : أنّ الإنسان لا يمكن أن يجزّ على نفسه أذى أو يحملها حقوقاً ليست عليها.

حجّية الإقرار : إذا صدر الإقرار صحيحاً مستوفياً لشروطه ، أصبح المقرُّ محلاً للمسؤولية الجنائية ، وحقّت العقوبة الشرعية المقررة عليه .

شروطُ الإقرار:

١- أن يكون المقرُّ بالغاً عاقلاً ، فأما الطفل والمجنون والمبرسّم وهو من به علةٌ يهذي فلا يصحُّ إقرارهم .

٢- الاختيار ، فلا يصحُّ إقرار من مُكرهٍ على إقراره .

٣- عدمُ التُّهمة ، بأن لا يكون المقرُّ مُتَّهماً في إقراره ، كإقرار المريض لوارثه بدينٍ عليه ؛ فإنّه متَّهمٌ بمجاملة هذا الوارث .

المسألة الثانية : إثباتُ التَّحريضِ بالإقرار في النظام

تعريف الإقرار في النظام : عرّفته المادة (١٠٣) من قانون الإثبات المصري بأنه « اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة معينة مدعى بها عليه ، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة » قانون الإثبات المصري ، رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ م .

مشروعية الإقرار في النظام : الإقرار حجة بموجب العقل ؛ لصدوره من شخص ضد مصلحته ، فيجعل احتمال صدقه أرجح من احتمال كذبه ، ويشتراط في الإقرار عند القانونيين عدّة شروط :
الأول : أن يكون الإقرار أمام المحكمة .

الثاني : أن يكون الإقرار أثناء سير الدعوى الخاصة بالحق المقرّ به .
الثالث : أن يكون الإقرار بقول صريح أو إخبار .

الرابع : أن يكون الإقرار متعلقاً بواقعه لا بالتطبيق القانوني .
الخامس : أن يدرك المقرّ مرمى إقراره ، وأنه سيأخذ حجة عليه .

السادس : أن يكون للمقرّ أهلية التصرف فيم أقرّ به ، وإقرار المريض كالوصية .

السابع : لا يشترط أهلية للمقرّ له ، فيجوز للصغير والمجنون ، ولا يشترط قبوله ، ولكنه يصح له عدم قبوله .

وفي المملكة العربية السعودية نصَّ نظامُ المرافعاتِ الشرعيَّةِ في المادةِ (١٠٥) على أنَّه «يُشترطُ في صحَّةِ الإقرارِ أن يكونَ المقرُّ عاقلاً بالغاً مختاراً غيرَ محجورٍ عليه ، ويُقبلُ إقرارُ المحجورِ عليه للسَّفهِ في كلِّ ما لا يُعدُّ محجوراً عليه فيه شرعاً» .

حكمُ الإقرارِ : الإقرارُ حجَّةٌ كاملةٌ في إثباتِ الشيءِ لا يحتاجُ إلى ما يؤيِّده .
فإذا توفَّرت شروطُ الإقرارِ القانونيَّةِ كان الإقرارُ ملزماً للمقرِّ إلاَّ إذا كذب بحكم كما نصَّت المادةُ (٩٩) من قانونِ البيِّناتِ السوري ، ونصَّت المادةُ (١٠٤) من قانونِ الإثباتِ المصريِّ على أنَّ الإقرارَ حجَّةٌ على المقرِّ . .

والإقرارُ في القانونِ قسمان : قضائيٌّ رسميٌّ ، وغيرُ رسميٍّ ، فالإقرارُ القضائيُّ يُشترطُ فيه شرطان ، أن يكونَ الاعترافُ في مدَّةِ سيرِ القضيةِ ، وأن يكونَ الاعترافُ قد حصلَ أمامَ المحكمةِ .

والاعترافُ القضائيُّ حجَّةٌ كاملةٌ في الإثباتِ لا يحتاجُ إلى غيره .

أما الإقرارُ غيرُ القضائيِّ وهو الحاصلُ خارجَ مجلسِ القضاءِ ، أو خارجَ النَّظَرِ في الدَّعوى فليس له هذه الحجِّيَّةُ والقوَّةُ في الإثباتِ .

وما جاءت به الشريعةُ أخذت به الأنظمةُ في المملكةِ العربيَّةِ السعوديَّةِ ، فقد نصَّ نظامُ المرافعاتِ الشرعيَّةِ في المادةِ (١٠٤) على « أنَّ إقرارَ الخصمِ عند

الاستجواب أو دون استجوابه حجة قاصرة عليه ، ويجب أن يكون الإقرار حاصلًا أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها .

وتقول اللائحة التنفيذية لهذه المادة : « (١) المقصود بالإقرار هنا هو : الإقرار القضائي ، وهو ما يحصل أمام ناظر الدعوى ، أثناء السير فيها ، متعلقًا بالواقعة المقر بها ، (٢) الإقرار غير القضائي هو : الذي اختل فيه قيد من القيود المذكورة في هذه المادة .

(٣) الإقرار غير القضائي تجري عليه أحكام الإثبات الشرعية . »

المقارنة بين الفقه والنظام في الإقرار :

يلاحظ الاتفاق في حقيقة الإقرار بين الشريعة والقانون ، فكلاهما إخبار ، كما يتفقان في قيود الإقرار واحترازاته لقصره على المقر ، وتفريقه عن الدعوى والشهادة .

ويختلف تعريف القانون في محل الإقرار ، وهو المقر به ، فهو في الأول واقعة قانونية وفي الثاني حق ، وهذا أعم ، وهو موافق لتعريف الشريعة .

ونلاحظ أن أحكام الإقرار في القانون متفقة تمامًا مع أحكام الإقرار في الشريعة الإسلامية ، فالإقرار حجة كاملة ، وحجة ملزمة للمقر ، وتوجب على القاضي الحكم بموجبه ، وقاصرة على المقر دون غيره ، وتجعل المدعى به مسلماً للمقر له ، ويقطع عنه الخلاف والتنازع ، وإنما يختلف القانون عن

الشرعية في الإقرار غير القضائي ، فالشريعة تقبله بدون قيود كقبولها للشهادة ، والقانون يُقيده ويحدّه لتقييده للشهادة .

المطلب الثاني : إثبات التحريض بالشهادة

المسألة الأولى : إثبات التحريض بالشهادة في الفقه

تعريف الشهادة وحجيتها :

الشهادة في اللغة : شَهِدَ كَعَلِمَ ، أصلٌ صحيحٌ ، وأصلُ شَهِدَ معناها الحضور ، والشهادة خبر عن قاطع .

الشهادة اصطلاحاً :

والتعريف المختارُ : أنها إخبار صدق لإثبات حق أو واقعة لغيره على غيره بلفظ الشهادة وما في معناها في مجلس القضاء .

مشروعية الشهادة : ثبتت مشروعية الشهادة بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول .

فمن الكتاب : قوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾ سورة البقرة ، الآية رقم (٢٨٢) .

وفي السنة : ما أخرجه الشيخان أن رسول الله ﷺ قال المدع في خصومة :
«شاهدك أو يمينه» رواه البخاري (٣٣١/٥) ، ورواه مسلم (١٢٣/١) .

أما الإجماع : فقد أجمعت الأمة من عهد النبي ﷺ وحتى يومنا هذا على مشروعية الشهادة ، وأنها حجة ، ودليل للقضاء ووسيلة إثبات إذا استكملت شرائطها .

ومن المعقول : أن الشهادة ضرورية لقيام الحياة الاجتماعية ، فشرعت الشهادة للحفاظ الأموال ، وتوثق الحقوق وتصون الأنفس ، وتسهل أعمال القضاء في رد الحقوق إلى أصحابها .

المسألة الثانية : إثبات التحريض بالشهادة في النظام

تعريف الشهادة في النظام : عرفها بعضهم بأنها : « هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحقٍ لغيره على غيره » ، وهو مشابه لتعريف الفقهاء الشرعيين .

مشروعية الشهادة في النظام : اتفقت التشريعات الوضعية كلها على مشروعية الشهادة وحجيتها في الإثبات ، لأنها الوسيلة الوحيدة في الإثبات في بعض الحالات كالوقائع المادية ، وحالات عدم استعمال الكتابة لمانع أدبي أو مادي .

وفي المملكة العربية السعودية نصَّ نظام المرافعات الشرعية في المادة (١١٧) :
« على الخصم الذي يطلب أثناء المرافعة الإثبات بشهادة الشهود ، أن يُبين

في الجلسة كتابةً أو شفاهاً الوقائع التي يُريد إثباتها ، وإذا رأت المحكمة أنّ تلك الوقائع جائزة الإثبات بمقتضى المادة السابعة والتسعين قرّرت سماع شهادة الشهود، وعيّنت جلسةً لذلك ، وطلّبت من الخصم إحضارهم فيها . «

وتقول اللائحة التنفيذية لهذه المادة : « (١) إذا لم يبادر الخصم إلى طلب سماع بيّته على ما يدّعيه سأل القاضي عنها، (٢) إذا قرّر القاضي سماع شهادة الشهود وعيّنت جلسةً لسماع شهادتهم فيشار إلى ذلك في ضبط القضية » .

وإذا كان للشاهد عذرٌ يمنعه عن الحضور لأداء شهادته فينتقل القاضي لسماعها أو تندب المحكمة أحد قضاها لذلك ، وإذا كان الشاهد يُقيم خارج نطاق اختصاص المحكمة فتستخلف المحكمة في سماع شهادته محكمة محلّ إقامته كما في المادة (١١٨) من هذا النظام . .

ويُرجع في تقدير العذر المانع من حضور الشاهد إلى ناظر القضية كما في الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية للمادة (١١٨) من هذا النظام .

وعلى الشاهد أن يذكر اسمه الكامل وسنّه ومهنته ومحلّ إقامته وجهة اتصاله بالخصوم بالقرابة أو الاستخدام أو غيرها إن كان له اتصال بهم مع التحقّق عن هويته كما في المادة (١١٩) من هذا النظام . .

وإذا حضرَ الشاهدُ في الجلسةِ المحدَّدةِ لسماعِ شهادتهِ ولم يحضرِ الخصمُ المشهودُ عليه فيتمُّ سماعُ شهادتهِ وضبطُها ، وتُتلى على الخصمِ إذا حضرَ في جلسةٍ تاليةٍ كما في الفقرةِ الثانيةِ من اللائحةِ التنفيذيةِ للمادةِ (١١٩) من هذا النظام . .

تؤدَّى الشهادةُ شفويّاً ولا يجوزُ الاستعانةُ في أدائها بمذكراتٍ مكتوبةٍ إلا بإذنِ القاضي وبشرطِ أن تسوغَ ذلك طبيعةُ الدَّعوى كما في المادةِ (١٢٠) من هذا النظام . .

للقاضي من تلقاءِ نفسه أو بناءً على طلبِ أحدِ الخصومِ أن يوجِّهَ للشاهدِ ما يراه من الأسئلةِ مفيداً في كشفِ الحقيقةِ وعلى القاضي في ذلك إجابةً طلبِ الخصمِ إلا إذا كان السؤالُ غيرُ منتجٍ كما في المادةِ (١٢١) من هذا النظام

إذا طلبَ أحدُ الخصومِ إمهاله لإحضارِ شهودِهِ الغائبين عن مجلسِ الحكمِ فيمهلُ أقلَّ مدَّةٍ كافيةٍ في نظرِ المحكمةِ فإذا لم يُحضرهم في الجلسةِ المعيّنة أو أحضرَ منهم مَنْ لم توصل شهادتهِ أمهلَ مرَّةً أخرى مع إنذارِهِ باعتباره عاجزاً إن لم يحضرهم ، فإذا لم يحضرهم في الجلسةِ الثالثةِ أو أحضرَ منهم مَنْ لم توصل شهادتهِ فللمحكمةِ أن تفصلَ في الخصومةِ فإذا كان له عذرٌ في عدمِ إحضارِ شهودِهِ كغيبتهم أو جهلهِ محلَّ إقامتهم كان له حقُّ إقامةِ الدعوى متى حضرُوا كما في المادةِ (١٢٢) من هذا النظام ..

إذا قرَّر الخصمُ عدمَ قدرتهِ على إحضارِ الشهودِ، أو طلبَ مهلةً طويلةً عرفاً
تضرُّ بخصمهِ ، فللقاضي الفصلُ في الخصومةِ ويفهمه بأنَّ له حقُّ إقامةِ دعواه
بسماعِ شهودِهِ متى أحضرهم ، كما في الفقرةِ الأولى من اللائحةِ التنفيذيةِ
للمادةِ (١٢٢) من هذا النظام ..

و تثبَّتُ شهادةُ الشاهدِ وإجابتهُ عمَّا يوجه له من أسئلةٍ في دفترِ الضبطِ
بصيغةِ المتكلمِ دونَ تغييرٍ فيها ثم تُتلى عليه وله أن يُدخَلَ عليها ما يرى من
تعديلٍ ويذكرُ التعديلَ عقبَ نصِّ الشهادةِ مع توقيعِهِ وتوقيعِ القاضي عليه
كما في المادةِ (١٢٣) من هذا النظام ..

يُراعى في تدوينِ شهادةِ الشاهدِ أن تكونَ مطابقةً لما نطقَ به . كما في
الفقرةِ الأولى والثانية من من اللائحةِ التنفيذيةِ للمادةِ (١٢٣) من هذا النظام

..

المطلب الثالث :

إثبات التحريض بالقرينة

المسألة الأولى : إثبات التحريض بالقرينة في الفقه

تعريف القرينة :

أولاً : تعريف القرينة لغةً : قرنتُ الشَّيءَ بالشيءِ : وصلَّتهُ ، والقرينُ

المصاحبُ .

ثانياً : تعريف القرينة شرعاً :

عرَّفها بعضُ المعاصرين بقوله : « القرينة كلُّ أمارَةٍ ظاهرةٍ تُقارنُ الشيءَ خفياً ، وتدلُّ عليه » .

حكمُ العملِ بالقرينة : اختلف أهلُ العلمِ في حكمِ العملِ بالقرائنِ عموماً على قولين :

القولُ الأوَّلُ : ذهبَ عامةُ أهلِ العلمِ إلى جوازِ العملِ بالقرائنِ في الجملة .

القولُ الثاني : ذهبَ ابنُ نجيمٍ وبعضُ الفقهاءِ إلى منعِ العملِ بالقرائنِ .

استدل القائلون بمشروعية القضاء بالقرائن بالأدلة التالية :

١ - قوله تعالى : ﴿ وجاءوا على قميصه بدم كذب ﴾ سورة يوسف ،

الآية رقم (١٨) ..

٢- ما أخرجه الشيخان أن رسول الله ﷺ حكّم بموجب اللّوث في القسامة ، وجوّز للمدّعين أن يخلفوا خمسين يميناً ويستحقّون دم القتل رواه البخاري (٢٧٠٢) (٦٨٩٨) ، ورواه مسلم (١٦٦٩).

واستدل القائلون بعدم مشروعية العمل بالقرائن بأدلة منها :

١- قوله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين بالقرائن على من أنكر » أخرجه البخاري (١٨٧/٣) ..

الراجح والله أعلم : هو القول الأول المجيز للعمل بالقرائن ؛ لوضوح أدلتهم من الكتاب والسنة.

ولأنّ القرائن مما يتفق قصد الشارع الحكيم؛ إذ أنّ من مقاصده العليا إقامة العدل والقسط بين الناس ، وكم من قرينة كانت أقوى من بيّنة لا يرتاب فيها الناظر فكيف تُهدر؟

وأما استدلال المانعين بحديث : ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر)) فإنّ القرينة الظاهرة تدخّل في مفهوم البينة التي يُبنى عليها الحكم؛ لأنّ البينة اسم لكل ما يُبيّن الحق ويظهره ، وليست مقصورة على الشهادة والشهود .

واختلف أهل العلم رحمهم الله في ما يُقضى فيه بالقرائن على قولين :

القول الأول : ذهب المالكيَّة والحنبلةُ إلى العملِ بقرائنِ الأحوالِ بصفةٍ مطلقةٍ ، بدون قيودٍ ولا حدودٍ .

دليلُ القولِ الأولِ : استدَلَّ أصحابُ القولِ الأولِ بعمومِ الأدلَّةِ المتقدمةِ من الكتابِ والسنةِ وعملِ السلفِ على جوازِ القضاءِ بالقرائنِ في تلكِ المسائلِ الواردِ فيها الحكمُ بالقرينةِ ، إلا أنَّهما يرون أنَّ تلكِ الأدلَّةَ ليست قاصرةً على مواردِها ، وأنها تشملُ جميعَ الحقوقِ ، بما في ذلكِ الحدودُ والقصاصُ

أدلةُ القولِ الثاني :

١- استدلَّ أصحابُ القولِ الثاني بما رواه ابنُ عباسٍ رضي الله عنهما عن رسولِ الله صلَّى الله عليه وآله أنه قال: « لو كنتُ راجماً أحداً بغيرِ بينةٍ لرجمتُ فلانةً ، فقد ظَهَرَ منها الريبةُ في منطِقِها وهَيْئِتها ومَن يدخُلُ عليها » رواه البخاري ، برقم (٥٣١٠)، ورواه مسلم برقم (١٤٩٧) . .

٢- من المعقولِ : أنَّ الاحتياطَ واجبٌ في مسائلِ الدماءِ ما أمكن؛ ولأجلِهِ منعنا العملَ بالقرائنِ فيها.

الترجيحُ : أرى أنَّ الراجحَ والله أعلمُ القولُ بصحَّةِ العملِ بالقرائنِ إذا قويتِ واطمأنَّ لها الحاكمُ، وذلك فيما عدا الحدودِ ، فيعملُ بها في القصاصِ وما دونه؛ وذلك لأنَّ الحدودَ تُدرأُ بالشُّبُهاتِ؛ إذ قد روي عن النبي صلَّى الله عليه وآله قوله : « ادروا الحدودَ عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم لمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإنَّ الإمامَ لأن يخطئ في العفو خيرٌ من أن يخطئ في العقوبةِ »

أخرجه الترمذي (١٤٢٤) ، والدارقطني (٣٢٣) ، والحاكم (٣٨٤/٤) ، والبيهقي (٢٣٨/٨).

والراجح في حكم إثبات الجرائم الموجبة للتعزيز بالقرائن: ما ذهب إليه الحنفية ، والمالكية إلى أن للقاضي أو الوالي التعزيز بالتهمة ، وذلك إذا قامت قرينة على أن المتهم ارتكب محظوراً ولم يكتمل نصاب الحجة ، أو استفاض عنه أنه يعيث في الأرض فساداً

وقد استدلووا على ذلك بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه : ((أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس في تهمه يوماً وليلة)) رواه الترمذي (١٤٣٥) ، وأبو داود (٣٦١٣) ، والنسائي (٤٨٧٤) ، والحاكم (١٠٢/٤) ، والبيهقي في الكبرى (٥٣/٦) ، وعبد الرزاق في المصنف رقم (٣٧٨٥) : «إسناده حسن» . وحسنه في «إرواء الغليل» برقم (٢٣٩٧) ..

حكم إثبات التحريض بالتصوير السينمائي أو التسجيل الصوتي :

الجرائم الموجبة للتعزيز تثبت بالتصوير السينمائي أو التسجيل الصوتي ، إلا أنه ينبغي التنبيه على أنه يجب على القاضي التأكد من سلامة التصوير من التزوير والتلفيق والدبلجة أو التقليد في الصوت ، فإن كانت سالمة من ذلك عزّر المتهم بموجبها ، وإلا فلا .

المسألة الثانية : إثبات التحريض بالقرينة في النظام : وقد نصّت المادة (١٥٥) من نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية على أنه : «يجوز للقاضي أن يستنتج قرينةً أو أكثر من وقائع الدعوى أو مناقشة الخصوم أو الشهود ؛ لتكون مستنداً لحكمه ، أو ليكمل بها دليلاً ، ناقصاً ثبت لديه ، ليكون بهما معاً اقتناعه بثبوت الحق لإصدار الحكم» .

وعلى القاضي في كل الأحوال أن يبيّن مصدر القرينة الذي اعتمده في ثبوتها ، وكذا عليه بيان وجه الدلالة منها كما في الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية لهذه المادة . .

وقد نصّت المادة (١٥٥) من هذا النظام على أنّ « لكل من الخصوم أن يثبت ما يخالف القرينة التي استنتجها القاضي وحينئذٍ تفقد القرينة قيمتها في الإثبات» .

الفصل الثاني

أنواع وأركان وشروط وعقوبة التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة :
وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : أنواع التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة .:

وفيه ثلاثة مطالب : المطلب الأول : التحريض الصوري .

وفيه ثلاثة فروع : الفرع الأول : المراد بالتحريض الصوري .

يُقصد بالتحريض الصوري : التحريض الصادر من رجال السلطة ورجال الضبط القضائي ، ومن في حكمهم من المرشدين والمخبرين السريين بهدف إيقاع الجناة ، وضبطهم قبل ارتكاب الجريمة .

وهناك مبررات أدت إلى قيام هذا النوع من التحريض من أهمها :

أنَّ الأسلوب الصادر من رجال السلطة العامة ضروري بالنسبة لبعض الجرائم ، والتي تتسم بالسرية والغموض ويلزم للبحث عن مرتكبها دقة متناهية .

ويمكن التفريق بين التحريض الصوري والحقيقي من ناحيتين :

الناحية الأولى : وجود الضَّرَر : فإذا انعدم الضَّرَرُ كان التحريضُ صورياً ، أما إذا تحقَّقَ اعتُبرَ التحريضُ حقيقياً .

الناحية الثانية : القصد الجنائي : يُعتبرُ محرّضاً صورياً الشخصُ الذي يتَّجه قصدُهُ إلى الوقوفِ بالأفعالِ التنفيذية للفاعلِ عند مرحلة البدءِ في التنفيذِ، في حين أنَّ المحرِّضَ الحقيقيَّ يهدفُ إلى وقوعِ الجريمةِ تامَّةً ويهدفُ إلى تحقيقِ نتائجها .

الفرع الثاني : أثر التحريضِ الصُّوريِّ يُرادُ من هذا الفرعِ بيانُ الأثرِ الناتجِ عن التحريضِ الصُّوريِّ فيما إذا قُبِضَ على المحرِّضِ متلبساً بسببه، هل يكون ذلك شرعياً ونظامياً أو غير ذلك ؟

الرأي الأول : يرى فريقٌ من العلماءِ إباحيةً ونظاميةً التحريضِ الصُّوريِّ . ويرى هذا الفريقُ أنَّ مصلحةَ الجماعةِ تقتضي وتُلزِمُ اتِّباعَ مثلِ هذه الأساليبِ .

الرأي الثاني : ويرى فريقٌ آخر بطلانَ هذا الإجراءِ وما يترتَّبُ عليه من آثارٍ ، بل يرون أنَّ هذا من أبشعِ الوسائلِ التي تتنافى مع القيمِ والأخلاقِ ، وتتعارضُ مع الضماناتِ الممنوحةِ من قِبَلِ الأنظمةِ لحرِّيَّاتِ الأفرادِ .

والرأي الراجحُ في ذلك : لو تأمَّلنا القولَ الثاني ، فإنَّ ما ذهبوا إليه من وجوبِ الحفاظِ على الحرِّيَّاتِ الشخصيةِ وأنَّ أنظمةَ الدولةِ لابدَّ أن تكونَ

بمناى عن الشُّبُهَاتِ والشُّكُوكِ ، ويجب أن تَتَنَزَّهَ عن الخوضِ في وحولِ الجرائمِ .. كلُّ ذلك صحيحٌ ولا بدَّ أن يؤخَذَ بعينِ الاعتبارِ .

ولعلَّ القولَ بهذا الرأيِ الرأيِ الأوَّلُ أولى بالأخذِ ؛ لأنَّه وإن كان في سلوكِ هذا الطريقِ مفسدةٌ وضررٌ على الشخصِ المحرَّضِ وسلباً لحريتهِ ، إلا أنَّ فيه حمايةً للعامةِ ورفعاً للضررِ العامِّ ، وذلك بناءً على القاعدةِ الفقهيَّةِ التي تقولُ : « الضررُ الأشدُّ يُزالُ بالضررِ الأخفِ » وهي قاعدةٌ متفقٌ عليها بين أهلِ العلمِ

من أجل ذلك الذي يتَّضحُ صحَّةٌ ومشروعِيَّةٌ هذا التصرُّفِ .. ولكن هذا ليس على إطلاقِهِ ، وليس في كلِّ حالٍ ، بل لابدَّ من ضوابطٍ لذلك يجبُ مراعاتُها وهي :

- ١- أن تكونَ الجريمةُ التي يُرادُ التَّحريضُ عليها جريمةً تمسُّ بالأمنِ العامِّ والمصلحةِ العامَّةِ.
- ٢- أن يكونَ الشخصُ المحرَّضُ قد وصلَ حدَّ الشكِّ فيه درجةً اليقينِ والقطعِ.
- ٣- ألاَّ توجدَ وسيلةً للإطاحةِ بهِ إلا هذه الوسيلةُ .
- ٤- أخذُ الإذنِ من السُّلطاتِ العليا وكبارِ المسؤولين في الدولة عن ضبطِ الجرائمِ من أجلِ القيامِ بالتَّحريضِ الصوريِّ .

وفي المملكة العربية السعودية ، لا تتدخل السلطات على الإطلاق إلا بعد بدء الجاني في تنفيذ مشروعه الإجرامي .

وتطبيقاً لذلك ، فقد قضى في المملكة بإدانة شخص بجرمة عرض رشوة ، بعد أن تقدّم الموظف المختص بإخباريّة ، عن محاولته باعتباره من المسؤولين في شركة ما ، لإرشاء هذا الموظف وآخر معه ، مقابل ضمان وضعهم على قوائم المشاريع ، وضمان مشروع مبنى الوزارة التي يعملون بها ، مع توافر اختصاصهم بهذا الشأن .

وبناءً على تلك الإخباريّة ، قامت السلطات بمراقبة الجاني ، وتمكّنت من ضبطه متلبساً بجرمته ، وعاقبته جهة الحكم المختصة بالسجن والغرامة ، ومصادرة المال موضوع الرشوة ، وقدره مليون وتسعمائة ألف دولار القرار رقم (هـ/٧/١) وتاريخ ٢٨/١/١٤٠٠هـ ، المجموعة ، الجزء الثاني ، (ص ٥) وما بعدها ، وانظر أيضاً على سبيل المثال : القرار رقم (هـ/٤/١) لعام ١٤٠٠هـ ، (ص ١) وما بعدها . والقرار رقم (هـ/٨٦/١) لعام ١٤٠٠هـ ، (ص ٨١) وما بعدها ، والقرار رقم (هـ/٢٣/٣) لعام ١٤٠٠هـ ، (ص ١٩٣) ، وما بعدها . والقرار رقم (هـ/٣٦/٣) لعام ١٤٠٠هـ ، (ص ٣١٢) وما بعدها . .

أثر التحريض الصوري في الفقه : تباينت الآراء الفقهية بشأن المسؤولية الجنائية للمحرّض الصوري إذا وقعت الجريمة :

الرأي الأول : يُعاقبُ المحرّضُ الصوريُّ هنا ، والدليلُ : لأنه ليس من مهمّة رجالِ السُلطةِ في حالة اتّباعِهِمْ أسلوبَ التّحريضِ الصوريِّ المساهمة في ارتكابِ الجريمة .

الرأي الثاني : لا يُعاقبُ المحرّضُ الصوريُّ ؛ والدليلُ : لانتفاءِ القصدِ الجنائيِّ لديه ، ولأنَّ إرادته لم تتّجه إلى تحقيقِ النتيجةِ الإجراميّةِ .

وذلك بناءً على القاعدةِ الفقهيّةِ التي تقول : « الضررُ الأشدُّ يُزالُ بالضررِ الأخف » وهي قاعدةٌ متفقٌ عليها بين أهلِ العلم .

ومن أهمِّ مقاصدِ الشريعةِ الإسلاميّةِ تحقيقُ المصلحةِ العامّةِ ، فإن رأى وليُّ الأمرِ صحّةً ونظاميّةً هذا التصرفِ وأنه يخدمُ المصلحةَ العامّةَ ، فله الحقُّ بإصدارهِ وتعميمهِ على الجميع ، فإنّ تصرفُهُ على الرعيّةِ منوطٌ بالمصلحةِ

الفرعُ الثالثُ : المسؤوليةُّ الجنائيّةُ للمحرّضِ الصوريِّ

لا تكون هناك أيّةُ مسؤوليّةٍ على هذا المحرّضِ الصوريِّ ، طالما كان عمله يُحقِّقُ المصلحةَ ويرفعُ المفسدةَ ، وكان بإذنِ ورضا وليِّ الأمرِ ، وكذا إذا لم يتجاوز النّظامَ والصلاحياتِ المخوّلة له من قِبَلِ المنظّم .

المطلبُ الثاني : الفاعلُ المعنويُّ

وفيه ثلاثةُ فروعٍ : الفرعُ الأوّلُ : المرادُ بالفاعلِ المعنويِّ .

يقصدُ بالفاعلِ المعنويِّ للجريمةِ : ((من يحملُ أو يُعيَّنُ على تنفيذِ الفعلِ المكوِّنِ لها شخصاً غيرَ مسؤولٍ عنها ؛ لفقدِ الأهليَّةِ أو لحسنِ النيَّةِ)) .
ولقد اعتبرت محكمةُ النَّقضِ المصريَّةُ من ينفذُ تزويراً بواسطةِ غيرهِ فاعلاً معنويّاً للجريمةِ متى كان المُنقِّذُ فاقدَ الأهليَّةِ أو حسنَ النيَّةِ نقض ٢٦/٤/١٩٤٩ م ،
مجموعة القواعد (٨٥١/٧) رقم (٨٤٤) .

وبطبيعةِ الحالِ ، لا مجالُ لتطبيقِ هذا النظريةِ إلا حينما يكونُ المنقِّذُ الماديُّ للجريمةِ مجردَ أداةٍ بيدِ هذا الفاعلِ كما ذكرنا ، وكذلك أن يكونَ حسنَ النيَّةِ أي لا قصدَ جنائيٍّ له ، كمن يسلمُ شخصاً حقيبةً بها موادٌ مخدِّرةٌ على أنها حقيبةٌ ملابسٍ ؛ ليوصلها إلى المكانِ الذي يرغبُهُ .

الفرعُ الثاني : الفرقُ بين المحرِّضِ و الفاعلِ المعنويِّ

أوجهُ الاتفاقِ : يتفقُ كلُّ من المحرِّضِ والفاعلِ المعنويِّ في أنَّ كلاهما لا يرتكبُ الفعلَ الذي يقومُ عليه الركنُ الماديُّ للجريمةِ ، وإنما يقومُ به غيرهُ .
أوجهُ الاختلافِ :

الوجهُ الأوَّلُ : تتوافرُ لدى الفاعلِ المعنويِّ إرادةُ السَّيطرةِ على المشروعِ الإجراميِّ ، واعتبارُ الجريمةِ ونتيجتها لحسابه الخاصِّ ، ومصالحتهِ المحضَّةِ ، أما المحرِّضُ فلا تتوافرُ لديه هذه الإرادةُ .

الوجه الثاني : في التَّحْرِيزِ هناك تطابقٌ في القصدِ والتصوُّرِ لدى كلِّ من المحرِّضِ والمحرَّضِ . بينما هذا لا يوجدُ لدى الفاعلِ المعنويِّ ، فالفاعلُ المباشرُ للجريمةِ لا قصدَ له في ارتكابها .

الوجه الثالثُ : الفاعلُ المعنويُّ هو الذي يقطفُ ثمراتِ الجريمةِ المدفوعِ إليها غيره ، في حين أنَّ المحرَّضَ قد لا ينالُ هذه الثمرةَ الإجراميّةً .

الوجه الرابعُ : الفاعلُ المعنويُّ لا يخلُقُ القصدَ الجنائيَّ في نفسِ وثيَّةِ الفاعلِ ، فالفاعلُ المباشرُ تنعدمُ لديه النيَّةُ الإجراميّةُ ، أما المحرَّضُ فهو يخلُقُ هذا القصدَ الجنائيَّ في نفسِ الفاعلِ .

الوجه الخامسُ : وهذا هو الفرقُ الأهمُّ ، أنَّ الفاعلَ المعنويَّ يدفعُ إلى الجريمةِ شخصاً غيرَ مسؤولٍ جزائياً أو حسنِ النيةِ . أما المحرَّضُ فهو يوحي الفكرةَ ويدفعُها إلى شخصٍ مدركٍ ، جديرٍ بالمسؤوليّةِ الجزائيَّةِ .

الوجه السادسُ : المحرَّضُ يُعتبرُ شريكاً بالتبعيّةِ، أما الفاعلُ المعنويُّ فإنه يُعتبرُ الفاعلُ الأصليُّ للجريمةِ .

الفرعُ الثالثُ : الفاعلُ المعنويُّ في الشريعةِ

لم يُغفل علماءُ الشريعةِ الإسلاميَّةِ التعرُّضَ للحديثِ عن الفاعلِ المعنويِّ وذكرِ عقوبتهِ ، فقد وُجِدَ مفهومُ الفاعلِ المعنويِّ عند المتقدمين من الفقهاءِ .

إلا أنّ ذات المصطلح لم يُذكر ، وإنما عُرِفَ الفاعلُ المعنويُّ عندهم بمفهوم " الأمر بالقتل " .

وقد ذكر ذلك جميع الأئمة الفقهاء واتفقوا على ذات العقوبة . وعلى ذلك فإنّ الفاعلَ المعنويَّ يقابل في الفقه الإسلامي أمر الشخص الصبي أو المجنون بالقتل ، أو غيره من الجرائم .

المطلب الثالث : الإكراه

الفرع الأول : تعريف الإكراه

تعريفُ الإكراه في اللغة : الإكراه في اللغة مأخوذٌ من الفعل كره ، يدلُّ على خلافِ الرِّضا والمحبة .

تعريفُ الإكراه في الفقه : الإكراه هو إجبارُ الشخصِ على أن يأتيَ أمراً من غير أن يكون له فيه رغبةٌ ولا يلزمه ذلك الأمرُ شرعاً .

تعريفُ الإكراه في النظام : عرّفهُ القانونُ المدنيُّ العراقيُّ كما في المادة (١/١١٢) بأنه : « إجبارُ شخصٍ بغيرِ حقِّ على أن يعملَ عملاً دونَ رضاه . »

المختار هو تعريفُ القانونِ العراقيِّ ؛ لأنّه مؤدِّ للغرضِ دونَ تطويلٍ .

الفرع الثاني : أنواعُ الإكراه

الإكراهُ يأتي على ثلاثة أنواعٍ : إكراهٌ ماديٌّ ، وإكراهٌ معنويٌّ ، وإكراهٌ أدبيٌّ

١- الإكراه المادي: وهو الذي يمحو إرادة الفعل على نحو لا تنسب للفاعل غير حركة عضوية، أو موقف سلبي مجردين من الصفة الإرادية .

٢- الإكراه المعنوي: وهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع فالمكروه معنوياً لديه فسحة من الوقت للمفاضلة بين أمرين : إما الوقوع تحت طائلة الخطر ، أو إتيان التصرف المكروه عليه .

وهذا النوع من الإكراه على صورتين :

الإكراه الملجئ : وهو التهديد بما يعرض النفس أو عضواً منها للتلف .

الإكراه غير الملجئ : وهو الذي يكون بما لا يفوت النفس أو أحد الأعضاء .

٣- الإكراه الأدبي: وهو الإكراه الذي لا يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ولكنه يوجب غماً للشخص .

الفرع الثالث : أدلة الإكراه :

أ) الأدلة من القرآن الكريم :

١- قوله تعالى : ﴿ لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله فقد استمسك بالعروة الوثقى لا انفصام لها والله سميعٌ عليمٌ ﴾ سورة البقرة ، الآية رقم (٢٥٦) ..

ب) الأدلة من السنة :

٢- روى البخاريُّ أنَّ جاريةً يُقالُ لها : خنساء بنت خدام النصارية ، أنَّ أباها زوّجها وهي ثيب ، فكَرِهَتْ ذلك ، فأَتَتْ النبيَّ ﷺ فرَدَّ نكاحها رواه البخاري برقم (٦٥٤٦) . . .

ج) الأدلة من الآثار : ماروي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه أُتِيَ بِامْرَأَةٍ قَدْ زَنَتْ ، فقالت : إني كنتُ نائمةً فلم أستيقظ إلا برجلٍ جثم عليّ فخلّى سبيلها ولم يضربها أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (١١/٢٠٧) ، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/٢٣٦) . . .

الفرع الرابع : أركان الإكراه :

أركان الإكراه في الفقه :

- ١ - المكره ، وهو الذي يُلْزَمُ غيره بما لا يريدُهُ من الأقوالِ أو الأفعالِ .
- ٢- المكره ، وهو الذي أُلْزِمَ بفعلٍ ما أمره به المكره .
- ٣- المكره عليه : وهو الشيء الذي يُريدُ المكره من المكره أن يقوم به .
- ٤ - المكره به : وهي الوسائل التي يتخذها المكره لكي يتوصل بها إلى حمل المكره على فعلٍ ما أمره به .

أركان الإكراه في النظام : نصّت الفقرة الأولى من المادة (١٢٧) من القانون المدني المصري على أنه : يجوزُ إبطالُ العقدِ للإكراه إذا تعاقدَ شخصٌ تحت

سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حقّ ، وكانت قائمة على أساس .

أركان الإكراه في النظام لا تختلف عن أركان الإكراه في الفقه الإسلامي .

المبحث الرابع: شروطُ الإكراهِ

المطلب الأول : شروطُ الإكراهِ في الفقه

- ١- أن يكون المكره قادراً على تحقيق ما أوعده به .
- ٢- أن يقع في نفس المكره أنه لو لم يفعل ما دُعِيَ إليه تحقَّق ما أوعده به .
- ٣- أن يقع من المكره فعلٌ ما أُكْرِه عليه تحت تأثيرِ خوفه من المكره .
- ٤- أن يكون ما أُكْرِه به مزمناً أو متلفاً عضواً أو موجباً غمماً شديداً ، ينعدم الرضا باعتباره .
- ٥- أن يكون الفعلُ المكره عليه ممتنعاً منه قبل الإكراه ، وهذا الامتناع إما لحقِّ المكره ، أو لحقِّ آدميٍّ آخر ، أو لحقِّ الشرع .
- ٦- أن يكون الوعيدُ بأمرٍ حالٍّ يوشكُ أن يقع إن لم يستجِب المكره .
- ٧- أن يعجزَ المكره عن دفعِ التَّهديدِ بهروبٍ ، أو استغاثةٍ ، أو مقاومةٍ ..

المطلب الثاني : شروطُ الإكراهِ في النظام

تشرطُ النظمُ الوضعيَّةُ شروطاً لتحقيقِ الإكراهِ العائِبِ للرِّضا ، يجبُ توافرها للحكمِ بوجودِ الإكراهِ ، وهذه الشروطُ كما يلي :

١- وقوعُ الإكراهِ الدافعِ إلى الفعلِ .

٢- أن يكون الإكراهُ دونَ حقِّ .

٣- أن يكون الإكراه صادراً من الطرف الثاني في العقد.

٤- أن يكون الإكراه غير مشروع.

الفرع الثالث علاقة التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة بالإكراه

لو تأملنا معنى التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة وأنه إغراء الجاني لارتكاب تلك الجريمة ، وتأملنا معنى الإكراه وأنه حمل الغير على أمرٍ ممتنعٍ عنه .. وتأملنا أنواعه المذكورة سلفاً .

نعرف بناءً على ذلك أنّ التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة لا يدخل في النوع الأول منه وهو الإكراه المادي ؛ إذ ليس للمكروه حول ولا قوة على ذلك الفعل ، ولا يدخل كذلك في النوع الثالث وهو الإكراه الأدبي إن اعتبرناه نوعاً مستقلاً .

أما بالنسبة للنوع الثاني الإكراه المعنوي فالصورة الأولى منه ((وهي الإكراه الملجئ)) بعد تدقيق النظر فيها ، نجد أنها غير داخلية في معنى التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة ولا هو داخل في معناها .

والسبب في ذلك : أنّ هذا النوع من الإكراه له تأثيرٌ على اختيار المكروه . إذ يجعله مسلوب الاختيار ويُقدّم على ذلك الفعل رغماً عنه .

أما التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة فإنه لا يصل إلى درجة سلب الاختيار بل هو مجرد إغراء وتمويه وحث على الفعل .

أما الصورة الأخرى منه ((وهي الإكراه غير الملجئ)) فإنه يُمكن اعتبارها من صور أو وسائل التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة .

المبحث الثاني: أركان التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة

وفيه ثلاثة مطالب: المطلب الأول: الركن الشرعي .

المطلب الأول: الركن الشرعي

نستعرض الركن الشرعي للتحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة بوصفه صورة للاشتراك في الجريمة في الفرعين التاليين :

الفرع الأول: النصوص الشرعية .

قد وردت نصوص كثيرة في تحريم التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة .

١- قال الله تعالى : ﴿ وتعاونوا على البرِّ والتقوى ولا تعاونوا على

الإثم والعدوان ﴾ سورة المائدة ، الآية رقم (٢) .

٢- ويقول ﷺ : ((من سنَّ في الإسلام سنة سيئة فعلية وزرها ووزر من عمل بها بعده من غير أن ينقص من أوزارهم شيء)) رواه مسلم في صحيحه ، برقم (١٠١٧) ..

٣- المصلحة: فمصلحة الأمة تقتضي أن يُجرَّم التحريض على الجريمة عموماً ، ويدخل في ذلك التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة ، ويستحق مرتكبُه العقوبة .

الفرع الثاني : النصوص النظامية : توافرت النصوص النظامية في المملكة العربية السعودية على اعتبار التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة جريمة ، وعدت من حرّض المجرم عليها مجزماً مثله ، كما ورد في كثير من الأنظمة ، ومنها :

١- نظام مكافحة الرشوة وقد سبق القول بأنه صادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٦) وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩ هـ . ، في المادة العاشرة منه : ((يُعاقب المرتشي والوسيط وكل من اشترك في إحدى الجرائم الواردة في هذا النظام بالعقوبة المنصوص عليها في المادة التي تجرمها ، ويُعتبر شريكاً في الجريمة كل من اتفق ، أو حرّض ، أو ساعد في ارتكابها مع علمه بذلك ، متى تمت الجريمة بناءً على هذا الاتفاق ، أو التحريض ، أو المساعدة)) المادة (١٠) من نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٦) وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩ هـ ..

١- نظام الجمارك الصادر بالإرادة الملكية رقم (٤٢٥) وتاريخ ١٣٧٣/٣/٥ هـ . ، في المادة (٢٤٣) من اللائحة التنفيذية له : فقد نصت المادة الثالثة والأربعون بعد المائتين من لائحته التنفيذية على أن ((يُعاقب المشترك في التهريب بالعقوبة التي يحكم بها على الفاعل الأصلي . والاشتراك في التهريب يكون في عمل التهريب إمّا مباشرة أو غير مباشرة ، وبموجب اختيار ورضا المشترك)) .

١- نظام مكافحة التزوير الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥٣) وتاريخ ١١/٥/١٣٨٢ هـ . ، في المادة السابعة منه : حيث نصت المادة السابعة على أن ((كل من اشترك في اقتراح جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام ، سواء بالتحرير أو المساهمة أو المساعدة أو المساعدة ، يُعاقب بذاتها العقوبة المقررة للجريمة)) .

نظام مكافحة الغش التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٦/٧/٩٩٤٦ ر وتاريخ ٤/٦/١٤٠٤ هـ . ، في المادة الحادية عشر منه : فقد نصت المادة الحادية عشر من نظام مكافحة الغش التجاري على أنه : ((تسري العقوبات الواردة في هذا النظام على كل من شارك في ارتكاب المخالفة ، أو حرّض على ارتكابها)) المادة (١١) من نظام مكافحة الغش التجاري ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٦/٧/٩٩٤٦ ر وتاريخ ٤/٦/١٤٠٤ هـ .

المطلب الثاني : الركن المادي

ويعرّف الركن المادي بأنه : ((ارتكاب بالفعل أو القول للأمر الذي ورد به النهي ، وقررت له عقوبة يطبقها القضاء)) .

إذن يتكوّن الركن المادي في جريمة التحريض من ثلاثة عناصر :

١ - وسائل التحريض .

٢ - النتيجة .

٣ - الرابطة السببية .

الفرع الأول : وسائل التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة
الوسيلة الأولى / التحريض على الجريمة المنظمة بالهدية أو الوعد :
تعريف الهدية :

الهدية في اللغة : أصل المادة هدى ، وهي تُطلق على الجمع والضم .
والهدية في الاصطلاح : ((مالٌ يُعطيه الشخصُ إلى غيره ولا يكون معه شرطاً)) .

وعند القانونيين : ((بذلٌ قدرٍ من المالِ المجزي أو غيره من الأشياء المستفزة بطمع الفاعل)) .

ولا يشترط في الهدية أن تكون من نوع معين أو شكل محدد ، بل المهم أن تكون الهدية مما يمكن الانتفاع بها بأي شكل كان ، وأن تكون لها قيمة مادية أو معنوية .

ولكن إذا لم يقدم له شيئاً قبل وقوع الجريمة ولم يكن بينهما وعد سابق ، فلا تعد هذه هدية بل مكافأة ، بل هذا محمودٌ في الشرع ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ((**تهادوا تحابوا**)) أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤) ، و أبو يعلى في «المسند» (٦١٤٨) ، والبيهقي في «السنن»

(١٦٩/٦) ، وفي «الشعب» (٨٩٧٦) ، والدولابي في «الكنى» (١٥٠/١) و (٧/٢) ، وابن عدي في «الكامل» (١٠٤/٤) ..

ويشترط في الهدية ثلاثة شروط :

الشرط الأول : أن تكون تامة التسليم.

الشرط الثاني : وجوب تحديد الفائدة التي ستعود على المحرض.

الشرط الثالث : أن يكون المحرض قد قبل الهدية حين تسليمها له قبل تنفيذ الجريمة.

الوسيلة الثانية : التحريض بالتهديد : التهديد و التهديد من الوعيد والتخوف ، فهو التخويف .

وتعني هذه الوسيلة : استخدام التهديد من أجل إيقاع الأذى على المحرض أو على ماله أو على غيره أو ماله .

ويُعرف التهديد في الفقه الإسلامي بالإكراه، وله صورٌ وأنواعٌ سبقَ الحديثُ عنها .

ويعتبر الإكراه المعنوي غير الملجبيء وسيلة من وسائل التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة ، وإن كان من أقل الصور التي تدل على معنى التحريض .

الوسيلة الثالثة : التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة عن طريق استخدام السلطة أو الصولة : بمعنى : إساءة استعمال العلاقة القائمة بين المحرض على

الجريمة التعزيرية المنظمة والمحرض ، فيستغل هذه العلاقة ليرغم المحرض على ارتكاب الجريمة التعزيرية المنظمة .

والفرق بين الصولة والسلطة : أن الصولة يُقصدُ بها الحالات التي لا تكون السلطة التي للشخص على آخر مصدرها القانون ، وإنما مصدرها الواقع، أما السلطة فهي التي يكون مصدرها القانون.

الوسيلة الرابعة : التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة عن طريق المخادعة والدسيسة :

مفهوم المخادعة بأنها : الغش والمكيدة والمكر وأيئة وسيلة أخرى تهدف إلى خلق حالة من الغلط في ذهن الشخص لدفعه إلى ارتكاب الجريمة ، ويكون ذلك بإيهام الشخص بشرعية الجريمة وبوجود الحماية القانونية لها ويجب أن تتوفر فيه النيّة الحتمية لدى المحرض لإيقاع الجريمة المحددة .

الوسيلة الخامسة : التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة عن طريق العلانية : مفهوم هذه الوسيلة : إيصال علم واقعة معينة أو تصرف معين إلى الناس إيصلاً حقيقياً أو مفترضاً .

ومن وسائل العلانية :

١ - الأعمال أو الإشارات أو الحركات إذا حصلت في طريق عام أو محفل عام.

- ٢- القول أو الصياح إذا حصلَ الجهرُ به في مكانٍ من الأماكن التي ذكرتُ آنفاً .
- ٣- إذا كانَ عن طريقِ الصحافةِ أو المطبوعاتِ .
- ٤- الكتابةُ والرسومُ والصورُ والإشاراتُ ونحوها إذا عُرِضَتْ في مكانٍ من الأماكنِ السابقةِ .

الفرعُ الثاني: النَّتِيجَةُ

والنتيجة التي تترتب على نشاط المحرّض على الجريمة التّعزيريّة المنظمّة هي :
نشوء التصميم الإجرامي لدى الشخص الذي حُرِّضَ على الجريمة التّعزيريّة المنظمّة .

الفرعُ الثالثُ: الرابطة السببيّة رابطة السببيّة هي تلك العلاقة التي تصلُ بين السلوك الإجرامي والنّتيجة المترتبة عليه، بحيث يمكن أن يُقال : إنّ سبب وقوع الجريمة هو هذا السلوك .

المطلبُ الثالثُ: الركنُ المعنويُّ وفيه فرعان:

الفرعُ الأوّلُ : القصدُ الجنائيُّ في الفقه .

الركنُ المعنويُّ هو قصدُ ارتكابِ الجناية أو الجريمة ، والقصدُ مبنيٌّ دائماً على المسؤولية الجنائيّة . وقبل الحديث عن القصدِ الجنائيِّ في الفقه والنظام نُشيرُ إلى مفهوم ونطاقِ المسؤولية الجنائيّة ..

أما علماء الفقه الإسلامي في العصور المتأخرة ، فقد أشاروا إلى مصطلح المسؤولية الجنائية وقيل في تعريفها : ((أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها)) .

فالشريعة الإسلامية لا تعرف محلاً للمسؤولية الجنائية إلا الإنسان المكلف الحي ، فإن مات سقطت عنه التكاليف ولم يعد محلاً للمسؤولية .

الفرع الأول : القصد الجنائي في الفقه

القصد الجنائي يتكوّن من عنصرين ، هما : الإرادة والعلم .

فعنصر الإرادة هو جوهر القصد الجنائي ويعني إرادة الفعل وإرادة النتيجة معاً، وبالتالي فلا إرادة إلا من إنسان ، وقد بيّن الله سبحانه وتعالى ذلك بقوله : ﴿ وما خلقت الجنّ و الإنس إلا ليعبدون ﴾ سورة الذاريات ، الآية رقم (٥٦) .

ولا إرادة من صغيرٍ ومجنونٍ ونائمٍ ؛ لأنّه لا قصد له في إحداثِ فعلٍ ولا معرفةً بالنتيجة ، يدلُّ على ذلك قول الرسول ﷺ : ((رُفِعَ القلمُ عن ثلاثة : عن النائمِ حتى يستيقظ، وعن الصغيرِ حتى يكبر، وعن المجنونِ حتى يعقل)) أخرجه الإمام أحمد (١٠١/٦، ١٠٠) . والدارمي (٢٣٠١) وأحمد (١٠١/٦) وأبو داود (٣٩٨) ، وابن ماجه (٢٠٤١) والنسائي (١٥٦/٦) ، وابن ماجه (٢٠٤١) ، وابن الجارود في المنتقى (١٤٨) ، وأبو يعلى (٣٦٦/٧) ، ومن

طريقه ابن حبان (١٤٢) ، والحاكم (٥٩/٢) ، ومن طريقه البيهقي (٨٤/٦).

وبعد ذلك إن كان الشريك بالتَّحْرِيزِ إنساناً بالغاً عاقلاً ، فُيَشْتَرَطُ فيه أن تتوجَّه إرادتهُ لفعلِ هذا الجرمِ باختيارِه من غيرِ إكراهٍ ، متعمِّداً لا عن طريقِ الخطأ ، فُيَشْتَرَطُ في الفعلِ أن يكون مُعَبِّراً عن إرادةِ الفاعلِ وقصدِه وحدوثِ الفعلِ مع الإكراهِ فلا يدلُّ على نيَّةِ الفاعلِ لهذا الفعلِ والتَّيَجُّهِ المتربِّةِ عليه ، بل لا إرادةَ له ولا اختيار ، يدلُّ لذلك قوله تعالى : ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ من الآية رقم (١٠٦) من سورة النحل

تعريفُ القصدِ : القصدُ في اللغة يُطلق على معانٍ منها : الإتيانُ والأثمُّ والاعتمادُ على الشيءِ .

وفي الاصطلاح : العزمُ على الفعلِ أو الإرادةِ المقترنةِ بالفعلِ.

أما القصدُ الجنائيُّ في الفقه : فهو مصطلحٌ حديثٌ لم يتحدث عنه الفقهاء في العصور المتقدمة بهذا اللفظ ، وإنما كتبوا في قصد العصيان وعُرفَ قصدُ العصيانِ بأنه : ((عبارةٌ عن ارتكابِ منهي عنه ، فإن لم يكن منهيُّ عنه فلا عصيان . ولا يعتبر الإنسانُ عاصياً إلا إذا وجد منه شرطا العصيان ، وهما الإدراك والاختيار)) .

وتجدُرُ الإشارةُ أيضاً إلى أنَّ الشريعةَ لم تجعل للباعثِ على الجريمةِ أي تأثيرٌ في تكوينها أو في تحديدِ العقوبةِ المقررة لها .

وهذا في جرائم الحدود ، أما في جرائم التعازير ، فللقاضي الحرية في تحديد مقدار العقوبة ، وقد يعتمد في ذلك على الباعث للجريمة ، انطلاقاً من قوله ﷺ : ((أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم)) أخرجه أبو داود في سننه (٤٣٧٥)، وأخرجه النسائي (٤١٣/٢) ، وأحمد في مسنده (١٨١/٦) ، والبيهقي (٢٦٧/٨)..

والقصد في الشريعة الإسلامية لا بد له من ثلاثة أركان :

الركن الأول : إتيان الفعل الذي نتجت عنه النتيجة أو الامتناع عن الفعل الذي من شأنه إيقاع الجريمة .

الركن الثاني : إرادة ذلك الفعل أو ذلك الامتناع الذي نتجت عنه الجريمة إرادة جازمة ، فالمخطيء مثلاً لا يقصد حدوث الجريمة .

الركن الثالث : العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه ؛ لأنَّ الجريمة مع فقد العلم الذي توزن به الأمور تعتبر غير مقصودة .

الفرع الثاني : العلم بالجريمة في الفقه :

يُعدُّ العلم بالجريمة عنصراً من عناصر القصد الجنائي .

يدلُّ لذلك حديثُ أبي هريرة رضي الله عنه قال : بينما نحنُ جلوسٌ عند النبي ﷺ إذ جاءه رجلٌ ، فقال : يا رسول الله هلكت ؟ قال : ((ما لك ؟)) قال : وقعتُ على امرأتي وأنا صائمٌ ، فقال رسول الله ﷺ : ((هل تجد رقبةً تعتقها

((قال : لا ، قال : ((فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟))
 قال : لا ، فقال : ((فهل تجد إطعام ستين مسكيناً ؟)) قال : لا ، قال :
 فمكث النبي ﷺ ، فبينا نحن على ذلك أتى النبي ﷺ بعرقٍ فيه تمرٌ والعرقُ
 المكتلُ قال : ((أين السائل ؟)) فقال : أنا ، قال : ((خذ هذا فتصدق
 به)) ، فقال الرجلُ: أعلى أفقرٍ مِنِّي يا رسولَ الله؟! فوالله ما بين لابتئها
 يريد الحرتين أهل بيتٍ أفقرَ من أهل بيتي!! فضحك النبي ﷺ حتى بدت
 أنيابُهُ ، ثم قال : ((أطعمهُ أهلك)) رواه البخاري برقم (١٨٣٤)..

الفرع الثاني : العلمُ بالجرمةِ في النظام :

المرادُ بعنصرِ العلمِ في النظام : فهو إحاطةُ الجاني بعناصرِ الواقعةِ الإجراميّةِ
 وبكافةِ العناصرِ القانونيّةِ الأخرى المكوّنة لها حسبَ نموذجِها الإجراميّ
 القانونيّ، ولذا يُفترقُ النظامُ والقانونُ بين العلمِ بالنظامِ والعلمِ بالقانونِ .

فالعلمُ بالنظامِ : الأصلُ عدمُ جوازِ الاعتذارِ بجهلهِ .

وأما العلمُ بالوقائعِ : فيُقصدُ به : إحاطةُ الجاني بكافةِ العناصرِ النظاميّةِ
 المكوّنة للجرمةِ وفقَ النموذجِ الإجراميّ المحدّد لها ، بحيث إذا جهلَ الجاني
 أحدَ هذه العناصرِ أو غلطَ بشأنها ، انتفى لديه القصدُ الجنائيُّ .

فيهدفُ اشتراطُ "العلمِ بالجرمةِ" استبعادَ حالةِ حُسنِ النيّةِ من المسؤوليةِ
 الجنائيّةِ .

الفرع الثاني: القصد الجنائي في النظام

نصَّ شُرَّاحُ الأنظمةِ السَّعوديَّةِ على وجوبِ توافُرِ القصدِ الجنائيِّ لدى الشريكِ حتى يمكنَ اعتبارهُ شريكاً في الجريمةِ .

فقد جاءَ في كتابِ "النظامِ الجنائيِّ السَّعوديِّ" قوله : « ومن المبادئِ المقرَّرةِ في النظامِ السَّعوديِّ وجوبُ معاصرةِ القصدِ الجنائيِّ للسلوكِ الإجراميِّ ، فإن لم يكن متوافراً في هذه اللحظة وتوافَّرَ بعدَ ذلك ، فهو قصدٌ لاحقٌ لا عبرةَ له .

وفي الأنظمةِ الوضعيَّةِ الأخرى يُعرَّفُ القصدُ الجنائيُّ بأنه : إرادةُ الفعلِ مع العلمِ بالنتيجةِ الإجرامِيَّةِ التي يحتملُ أن تترتَّبَ عليه ، وبالظروفِ والوقائعِ التي تُعطي الفعلَ دلالةً إجرامِيَّةً .

عند المقارنةِ بين الفقهِ والنظامِ في القصدِ الجنائيِّ ، نجد أنه قد أهملَ علماءُ النظامِ والقانونِ ركناً هاماً في القصدِ الجنائيِّ ، وهو إتيانُ الفعلِ أو الامتناعِ عنه بخلافِ الشريعةِ الإسلاميَّةِ ؛ إذ نصَّوا على ذلك في تعريفهم .

وعلى هذا الخلافِ تكون أركانُ القصدِ الجنائيِّ في الفقهِ تختلفُ نوعاً ما عنها في النظامِ . فالأركانُ في الفقهِ :

- أ- إتيان الفعل أو الامتناع عنه .
- ب- إرادة ذلك الفعل أو ذلك الامتناع .

ج- العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه .

أما الأركانُ عند علماء النظام :

أ- إرادة الفعل .

ب- العلم بالنتيجة .

ج- إرادة تلك النتيجة .

وقد نصَّ كلُّ من علماء الشريعة والنظام على وجوب توافر الإرادة كشرط من شروط القصد الجنائي، أما في الفقه الإسلامي ، فإن كل ممتنع مسؤول عما ترتب على امتناعه في الحالات التي يجب عليه شرعاً أو عرفاً ألا يمتنع .

المبحث الثالث: شروط التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة

المطلب الأول: أن يكون التحريض على جريمة تعزيرية منظمة

يُقصدُ بهذا الشرط أن يكون موضوع التحريض فعلاً غير مشروع ، بحيث تعدُّه الشريعة جريمةً ولا بدَّ أن تكونَ هذه الجريمة من جرائم التعازير التي وُضِعَ بخصوصها نظامٌ يُحدِّدُ أحكامها من قِبَلِ السُّلطةِ التشريعيَّةِ المخوَّلةِ من قِبَلِ وليِّ الأمرِ .

والأساسُ في اعتبارِ الفعلِ جريمةً في الشريعة الإسلامية هو كونُ الفعلِ فيه اعتداءً على النفسِ ، أو الدينِ ، أو المالِ ، أو النسلِ ، أو العقلِ .

والأساسُ في اعتبارِ الجريمة من جرائم التعازير : أنَّها كل فعلٍ عدَّه الشارعُ معصيةً ولم يجعل لها حدَّ ولا كفَّارة ..

والتعزيرُ يختلفُ عن الحدودِ والجناياتِ فالحدودُ والجناياتُ عقوباتٌ مُقدَّرةٌ معيَّنةٌ من الشارعِ، وهي لازمةٌ ولا يجوزُ استبدالها ولا الزيادةُ والنقصانُ فيها، أما التعزيرُ فهو عقوبةٌ غيرُ مُقدَّرةٍ بعينها، ولا لازمةٌ بعينها. وأيضاً فإنَّ الحدودَ والجناياتِ لا تقبلُ العفوَ، ولا الإسقاطَ من قِبَلِ الحاكمِ إلاَّ العفوَ من صاحبِ الحقِّ في الجناياتِ وهذا بخلافِ التعزيرِ، فإنَّه يقبلُ العفوَ والإسقاطَ...

وأما المخالفاتُ فهي العقوباتُ التي يوقعها الحاكمُ على من يُخالفُ أوامرَ السلطانِ قال اللهُ تعالى: ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ سورة النساء ، الآية رقم (٥٩) . .

وعن أمّ الحصين الأحمسيّة أنّها سمعت النبي ﷺ يقول: **اسمعوا وأطيعوا، وإن أمر عليكم عبدٌ حبشيٌّ ما أقام فيكم كتابَ الله عزَّ وجلَّ** رواه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده برقم (٢٧٣٠١)

المطلب الثاني: أن يكون التحريض على الجريمة التعزيرية مباشراً

التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة يجب أن يكون متمثلاً في أعمال ذات طبيعة من شأنها إحداث تأثير في تفكير وإرادة من يُراد دفعه إلى ارتكاب الجريمة التعزيرية المنظمة .

وليس المقصود بهذا الشرط اتجاه قصد المحرض على الجريمة التعزيرية المنظمة إلى وقوع الجريمة حالاً ومباشراً لتحريضه.

المطلب الثالث : أن يكون التحريض سابقاً على الجريمة التعزيرية المنظمة : لا بد أن يكون التحريض سابقاً على وقوع الجريمة التعزيرية المنظمة ؛ حتى نجزم بأن تلك الجريمة التعزيرية المنظمة إنما وقعت بسبب هذا التحريض .

وكذلك يدخل في هذا الشرط كون التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة معاصراً للجريمة.

المطلب الثالث : أن يكون التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة خاصاً يُقصد بهذا الشرط : أن يكون التحريض موجهاً ضد فرد أو جماعة معينة أما إذا كان التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة غير محدد أو غير موجه إلى فرد معين ، فلا تكتمل الجريمة .

المطلب الخامس : أن يقبل الفاعل التحريض

لا يُسأل المحرّض على الجريمة التّعزيرية المنظّمة عن تحريضه إلا بعد قبول
الفاعل هذا التّحريض وقيامه بتنفيذه ، سواءً تمّت الجريمة أو لم تتمّ .
والقبول الصادر من قبل المحرّض قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً ، فلا
يلزم أن يعلن المحرّض على الجريمة التّعزيرية المنظّمة عن قبوله للتّحريض صراحةً
؛ بل يكفي القيام بارتكاب أيّ فعل يدلّ على قبول هذا النوع من التّحريض

المبحث الرابع: عقوبة المُحرِّضِ على الجريمة التَّعزيريَّة المنظمة

وفيه مطالب :

المطلب الأول : عقوبة الوقوع في التَّحريض على الجريمة التعزيريَّة المنظمة .

الفرع الأول : العقوبة في حالة وقوع الجريمة فقهاً .

التَّحريض على الجريمة يُعتبرُ معصيةً ليست لها عقوبةٌ مقدَّرةٌ ، والقاعدةُ الفقهيَّةُ تقول : ((إنَّ كلَّ معصيةٍ ليست لها عقوبةٌ مقدَّرةٌ فإنَّ صاحبها يُعاقبُ بعقوبةٍ تعزيريَّةٍ)) .

يمكن تقسيمُ جرائمِ التَّعزيرِ إلى ثلاثة أقسامٍ هي :

أ) ما شرَّعَ في جنسِهِ الحدُّ ، ولكن شروط الحد لم تتوافر فيه .

ب) ما شرَّعَ في جنسِهِ الحدُّ أو القصاصُ ، ولكنه امتنع إما لشبهةٍ درأت الحدَّ ، أو سقطَ القصاصُ لوجودِ مانعٍ .

ج) ما لم يُشرعَ فيها ولا في جنسِهِ الحدُّ أو القصاصُ ، ويدخلُ تحته أكثرُ المعاصي .

وعرفنا أنَّ للتَّحريضِ وسائلَ هي : التهديدُ (الإكراهُ) ، واستغلالُ السلطةِ (الأمرِ) ، والهديةُ ، والمخادعةُ أو الدسيسةُ ، والعلانيةُ .

أما إذا كانت وسيلة التحريض الوسيلة الأولى وهي التهديد ، فنقول :

أولاً : يجب ألا يصل التهديد إلى حدّ سلب الاختيار.

وعليه فإن كانت الوسيلة المتبعة في هذه الحالة هي التهديد (الإكراه) فنقول : إن العقوبة إنما تقع على المباشر دون المحرض، وهذا لا يمنع من عقوبة المحرض بما يراه القاضي مناسباً

وهناك رأي آخر في المسألة، إلى أن العقوبة تجب على الأمر والمباشر .

وبالإجمال فإن العقوبة لا تقع إلا على الأمر فقط ؛ لأنّ المباشر هنا صار كآلة في يد الأمر .

فالأمر هنا لا يخلو من حالات :

الحالة الأولى : أن يكون الأمر هنا هو السلطان والمأمور حسن النيّة لا يعلم ، فالأمر وحده هو المستحق لعقوبة الجريمة التّعزيرية المنظمة وليس على المأمور شيء .

الحالة الثانية : أما إذا كان الأمر هو السلطان وكان المأمور يعلم تماماً بالحرمة ومع ذلك أقدم عليه فالعقوبة عليه وحده ، وليس على الأمر إلا الإثم ..

الحالة الثالثة : أما إذا كان المأمور مكلفاً ولم يكن للأمر عليه سلطان ووقف عند مجرد الأمر ، فإنّ العقوبة تقع على الفاعل وحده دون الأمر

الفرع الثاني : العقوبة في حالة وقوع الجريمة نظاماً

في النظام الجنائي في المملكة العربية السعودية ، يُعاقب الشريك بالتحريض بالعقوبة المقررة في الفقه الإسلامي ، وبما أصدرته السلطة التنظيمية من أنظمة

والتمييز في مرجع العقوبة بحسب الجرائم المتفرقة ، وهنا يجب التفريق بين نوعين من الجرائم في النظام الجنائي في المملكة العربية السعودية .

النوع الأول : جرائم الحدود والقصاص وبعض التعازير :

تسري الأحكام الفقهية السابقة على الشريك بالتحريض على الجريمة في المملكة العربية السعودية ، وفقاً لكتاب الله وسنة رسوله ﷺ والإجماع .

وقد جاءت المادة (٤٨) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٣) وتاريخ : ١٤١٢/٨/٢٦ هـ . ؛ لتقرر ذلك بقولها : ((تُطبَّق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دلَّ عليه الكتاب والسنة ، وما يُصدره وليُّ الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة)) .

وكذا في المادة (٤٦) من النظام الأساسي للحكم : ((القضاء سلطة مستقلة ، ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية)) .

النوع الثاني : جرائم التعزير التي صدرت بشأنها الأنظمة : لقد أصدرت السلطة التنظيمية بالمملكة العربية السعودية ، العديد من الأنظمة التعزيرية ،

حدّدت فيها بعض الأفعال التي تُعدُّ جرائم ، والعقوبات التي توقع على مرتكبيها ، ومن الأنظمة التّعزيريّة بالمملكة العربيّة السعوديّة : نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٦) وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩ هـ . ، ونظام مكافحة التزوير الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١١٤) وتاريخ ١٣٨٠/١/٢٦ هـ ، وقد عُدِّلَ بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٥٠) وتاريخ ١٣٨٢/١١/٣ هـ ، المتوجُّ بالمرسوم الملكي رقم (٥٣) وتاريخ ١٣٨٢/١١/٥ هـ . ، ونظام مباشرة الأموال العامّة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٧) وتاريخ ١٣٩٥/١٠/٢٣ هـ والمعدّل بالمرسوم الملكي رقم (٥) وتاريخ ١٤٠٠/٤/١٤ هـ . ، ونظام الاتّجار في الموادّ المخدّرة وتهريبها الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٣١٨) في تاريخ ١٣٥٣/٤/٩ هـ والمعدّل بعض موادّه بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٤/١١) وتاريخ ١٣٧٤/١٢/١ هـ . ، ونظام مكافحة الغشّ التجاريّ الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٩٩٤٦/٧/٩٩٤٦ هـ وتاريخ ١٤٠٤/٦/٤ هـ . ، وغيرها من الأنظمة .

وأوردُ هنا أمثلةً على العقوبات التي يُعاقبُ بها الشريك في الأنظمة الجنائيّة السعوديّة.

أولاً : في اتّجاه المساواة بين الفاعل والشريك : في نظام مكافحة الرشوة ، قد نصّت المادّة (١٠) منه على أنه : ((يُعاقبُ المرتشي والوسيطُ وكلُّ مَنْ اشترك في إحدى الجرائم الواردة في هذا النظام بالعقوبة المنصوص عليها في

المادّة التي تُجرّمها ، ويُعتَبَرُ شريكاً في الجريمة كلُّ من اتَّفَقَ ، أو حَرَّضَ ، أو سَاعَدَ في ارتكابها مع علمه بذلك ، متى تَمَّتْ الجريمة بناءً على هذا الاتفاقِ ، أو التَّحْرِيسِ ، أو المساعدةِ)) المادة (١٠) من نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٦) وتاريخ ٢٩/١٢/١٤١٢ هـ ..

وكذا في نظام الجمارك في المادة (٢٤٣) من لائحته التنفيذية على أنه : ((يُعاقَبُ المشترك في التَّهْرِيبِ بالعقوبة التي يحكم بها على الفاعلِ الأصليِّ)) المادة (٢٣٤) من نظام الجمارك الصادر بالمرسوم الملكي (٤٢٥) وتاريخ ٥/٣/١٣٧٢ هـ ..

وكذا في نظام مكافحة التزوير في المادّة (٧) منه .

ثانياً : في اتجاه التَّفْرِيقِ بين الفاعلِ والشَّرِيكِ في العقوبة :

قَرَّرَ المُنظَّمُ السُّعُودِيُّ عقوبةً مهْرَبِ المَخْدَرَاتِ بالقتلِ تعزيراً إن قصَدَ بتَهْرِيبِهِ الاتِّجَارَ؛ بناءً على قرارٍ من هيئة كبار العلماءِ قرار هيئة كبار العلماء ، رقم (١٣٨) وتاريخ ٢٠/٦/١٤٠٧ هـ . لكنَّ المُنظَّمُ السُّعُودِيُّ هنا خَفَّفَ عن الشَّرِيكِ في العقوبة ، حيثُ نصَّ على أن يُعاقَبَ الشَّرِيكُ في تهْرِيبِ المَخْدَرَاتِ بالسَّجْنِ من خمسِ سنواتٍ إلى سبعِ سنواتٍ ، وفصله من وظيفته إن كان موظفاً نظاماً منع الاتِّجَارَ بالموادِ المَخْدَرَةِ ، بيدَ أنَّ هناك من تلك الأنظمة التَّعْزِيريَّةِ ما ينصُّ على العقابِ للفاعلِ الأصليِّ دون أيَّةِ إشارةٍ إلى الشَّرِيكِ بالتَّحْرِيسِ ، ومن هذه الأنظمة :

- نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٦) وتاريخ ٢٢/٣/١٣٨٥هـ. ، المواد (٢٢٩-٢٣١) .
- نظام الأوراق التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٧) وتاريخ ١١/١٠/١٣٨٣هـ. ، المواد (١٢٠-٢٢٩) فيما يتعلق بجرائم الشيك .
- نظام وظائف مباشرة الأموال العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٧) وتاريخ ٢٣/١٠/١٣٩٥هـ ، والمعدّل بالمرسوم الملكي رقم (٥) وتاريخ ١٤/٤/١٤٠٠هـ. ، المادة (٩) فيما يتعلق بالاختلاس .

المطلب الثاني : عقوبة الشروع في التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة

الفرع الأول : العقوبة في حالة الشروع في الجريمة فقهاً : لبيان عقوبة جريمة التحريض على الجرائم التعزيرية المنظمة عند حالة الشروع فقط ، لا بد من بيان عقوبة الشروع في الفقه الإسلامي عموماً .

والأصل في الشرع أن يؤخذ المتهم بقدر ما فعل ، ويُعاقب بقدر ما اكتسبت يده ، فعقاب الشروع لا يتساوى مع عقاب الجريمة التامة ، وأما بالنسبة للشروع في الجرائم التعزيرية ، فالأمر متروك لتقدير القاضي .

الفرع الثاني : العقوبة في حالة الشروع في الجريمة نظاماً :

العقاب على الشروع في الجريمة للمشارك فيها بصورة التحريض هو ذات العقاب المقرّر للفاعل الأصلي في حالة شروعه في الجريمة ، ما لم يأت نصٌ بخلاف ذلك .

وأخذ النظام الجنائي في المملكة العربية السعودية بتطبيق اتجاهين لحالة الشروع في الجريمة ، هما :

أولاً : المساواة في العقوبة بين الجريمة التامة والشروع .

ثانياً : تخفيف العقوبة في الشروع عنها في الجريمة التامة .

وتمثيلاً لذلك : فقد أخذ نظام الجمارك الصادر بالمرسوم الملكي (٤٢٥) وتاريخ ١٣٧٢/٣/٥هـ. باتجاه التسوية في العقاب بين العقوبة المقررة للجريمة التامة والعقوبة المقررة للشروع في التهريب الجمركي حيث نصّت المادة (٢٤٢) منه على أنّ ((الشروع في التهريب يُماتل التهريب الذي يتم فعلاً ، والعقوبة التي يُحكّم بها في الجريمتين مُتساوية)) .

وفي نفس الاتجاه سار نظام مكافحة الغش التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٩٩٤٦/٧ر/ وتاريخ ١٤٠٤/٦/٤هـ . ، حيث نصّت المادة الأولى منه على أنّ ((يُعاقب بغرامة من مائة ريال إلى ألف ريال كل من خدع أو شرع في أن يخدع أو غش ، أو شرع أن يغش المتعامل معه ..)) .

بينما أخذ نظام حماية النقد المتداول الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٠) وتاريخ ٢٠/٧/١٣٧٩ هـ. ، بالأحكام المتداول الذي يعاقب عن جريمة الشروع بعقوبة أخف درجة عن العقوبة للجريمة التامة ، حيث نصت المادة (٨) منه على أن ((يعاقب على الشروع في أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام بعقوبة تُعادل نصف العقوبة المقررة للجريمة التامة)) .

المطلب الثالث : عدول المحرض على الجريمة التعزيرية المنظمة عن الجريمة وتوبئته : من المعلوم شرعاً وعقلاً : سقوط عقوبة التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة عند موت المحرض ، هذا إذا تقررت العقوبة بيد الجاني ، بخلاف ما لو تم القبض على المحرض وحكم القاضي عليه بالتعزير بعقوبة مالية ، ثم مات قبل تنفيذ الحكم ، فلا تسقط العقوبة ، وهذا مبني على مسائل فقهية ، أتناولها فيما يلي :

المسألة الأولى : مشروعية العفو عن التعزير :

يرى الحنابلة جواز العفو عن التعزير إن رأى الإمام ذلك في غير المنصوص على وجوب التعزير فيه .

ويرى الحنفية : أن التعزير إذا لم يكن منصوصاً عليه ورأى الإمام بعد مجانبته هوى نفسه أنه ينزجر بدونه فإنه لا يجب ، ويجوز العفو عنه .

ويرى المالكيَّة: أنه يجوزُ العفو عن التَّعزيرِ إذا كان لحقِّ الله ، فإن تجرَّد عن حقِّ آدميٍّ وانفردَ به حقُّ السُّلطنة ، كان لوليِّ الأمرِ مراعاةُ حكمِ الأصلحِ في العفو والتَّعزيرِ .

وعند الشافعيَّة: أنَّ العفوَ فيما يتعلَّقُ بحقِّه سبحانه وتعالى يجوزُ للإمامِ حيثُ يرى في ذلك مصلحةً .

واستدلوا على مشروعية العفو عن التَّعزيرِ بما يلي:

أولاً : ما روي عن النبي ﷺ أن رجلاً جاء إليه وقال: إني لقيت امرأة فأصبت منها ما دون أن أطأها؟ فقال: أصليت معنا؟ قال: نعم ، فتلا عليه : ﴿ إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ ﴾ سورة هود ، الآية رقم : (١١٤) .
أخرجه البخاري (٣ / ٢٦١) وابن ماجه (١٣٩٨ ، ٤٢٥٤) وأحمد (١ / ٣٨٦ ، ٤٣٠) رواه مسلم في صحيحه (١٠٢/٨) و عند أبي داود (٤٤٦٨) ، والترمذي (١٨٨/٢ - ١٨٩) ، وكذا أحمد (١ / ٤٤٥ / ٤٤٩) ..

المسألة الثانية : متى لا يصحُّ العفو عن التَّعزيرِ: لا يصحُّ العفو عن التَّعزيرِ عند الحنابلة والحنفيَّة والمالكيَّة في الأمور الآتية :

أ ما كان التَّعزيرُ منصوباً عليه ؛ لما روى حبيب بن سالم أن رجلاً يقال له عبد الرحمن بن حنين وقع على جارية امرأته ، فرفع إلى النعمان بن بشير وهو أمير على الكوفة فقال: لأقضينَّ فيكم بقضاءِ رسولِ الله ﷺ : إن

كانت أحلتها لك جلدتك مائة فوجدتها أحلتها له ، فجلده مائة رواه أحمد (١٨٤٤٤)، وأبو داود (٤٤٥٨)، والنسائي (٥٥٥٤)، والبيهقي في الكبرى (١٦٨٤٤) و (١٦٨٤٥) . .

وخالف في ذلك الشافعية وقالوا: إنَّ ما شُرِعَ فيه التعزير ليس بواجب ، فيجوز العفو عنه كوطء جارية امرأته أو جارية مشتركة .

ب كذلك لا يجوز العفو عن التعزير فيما لم يكن منصوصاً عليه، ولكن الإمام إذا رأى المصلحة في التعزير. أو علم أنه لا ينزجر إلا به، فيجب التعزير، لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى كالحد .

ج ولا يجوز العفو عن التعزير الثابت لحق الآدمي إذا طلبه فيلزم إجابته إلى طلبه، ولا يجوز العفو عنه .

والشافعية يتفقون مع الحنابلة والحنفية والمالكية في هذا .

حالة الإعفاء من العقاب نظاماً: لا يوجد في المملكة العربية السعودية نظام خاصٌ بالتحريض على الجريمة ، وبالتالي فإنَّ الجاني يُعفى من العقاب كما في الفقه الإسلامي والأنظمة الجنائية التي صدرَ بشأنها نظامٌ ، كما في المادة (١٤) من نظام مكافحة الرشوة الصادرُ بالمرسوم الملكي رقم (٣٦) وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩ هـ . ، حيث نصَّت على أنه : ((يُعفى الرَّاشي أو الوسيطُ إذا أخبرَ السُّلطاتِ بالجريمة قبل اكتشافها)) .

المطلب الرابع: عقوبات التحريض المنصوص عليها في الأنظمة السعودية

أولاً : عقوبة المحرّض على الجريمة التعزيرية في الأنظمة السعودية :

تنصُّ غالبُ الأنظمة الجنائية السعودية التي ذكرت العقوبات التعزيرية على جعل عقوبة المحرّض على الجريمة هي نفس عقوبة الفاعل الأصلي للجريمة.

لكن كما علمنا أنّ التَّحْرِيزَ إنما هو اشتراك في الجريمة ونوعٌ من أنواع المشاركة في الجريمة وهذا مأخوذ من المادة العاشرة من نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي ، رقم (٣٦) وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩ هـ . إذ نصت هذه المادة على أن المحرض يعتبر شريكاً في الجريمة . (.. ويُعتبرُ شريكاً كلُّ من اتفقَ أو حرَّضَ أو ساعدَ في ارتكابها ..) .

وهذه المواد هي :

أولاً : نصَّت المادةُ (١٠) من نظام مكافحة الرشوة على أنه : ((يُعاقبُ المرتشي والوسيطُ وكلُّ مَنْ اشتركَ في إحدى الجرائم الواردة في هذا النظام بالعقوبة المنصوص عليها في المادة التي تُجرِّمُها ، ويُعتبرُ شريكاً في الجريمة كلُّ من اتَّفَقَ ، أو حرَّضَ ، أو ساعدَ في ارتكابها مع علمه بذلك ، متى تمَّت الجريمة بناءً على هذا الاتفاقِ ، أو التَّحْرِيزِ ، أو المساعدة)) المادة (١٠) من نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٦) وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩ هـ ..

ثانياً : نصَّت المادةُ (١) من نظام مكافحة التزوير على أنّ ((مَنْ قَلَّدَ بقصدِ التَّزْوِيرِ الأختامَ ، والتَّوَاقِيعَ الملكِيَّةَ الكريمةَ ، أو أختامَ المملكة العربية السعودية

، أو توقيع أو خاتم رئيس الوزراء ، وكذلك من استعمل أو سهّل استعمال تلك الأختام والتواقيع مع علمه بأنها مزورة ، عوقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات ، وبغرامة مالية من خمسة آلاف ريال إلى خمسة عشر ألف ريال)) المادة (١) من نظام مكافحة التزوير الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٤٤ و تاريخ ٢٦ / ١١ / ١٣٨٠ هـ ..

وكذا نصّت المادة (٢) من نظام مكافحة التزوير على أنّ : ((من زوّر أو قلّد خاتماً أو علامة عائدة لإحدى الدوائر العامّة في المملكة العربيّة السعوديّة ، أو الممثليّات السعوديّة في البلاد الأجنبيّة ، أو خاصّة بدولة أجنبيّة أو بدوائرها العامّة ، أو استعمل أو سهّل استعمال التواقيع أو العلامات أو الأختام المذكورة ، عوقب بالسجن من ثلاث إلى خمس سنوات ، وبغرامة من ثلاثة آلاف إلى عشرة آلاف)) المادة (٢) من نظام مكافحة التزوير الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٤٤ و تاريخ ٢٦ / ١١ / ١٣٨٠ هـ ..

وكذا نصّت المادة (٣) من نظام مكافحة التزوير على أنه : ((إذا كان مُرتكب الأفعال الواردة في المادتين الأولى والثانية من هذا النظام أو المشترك بها موظفاً عامّاً ، أو ممّن يتقاضون مُرتباً من خزينة الدولة العامّة يُحكّم عليه بأقصى عقوبة ، وإذا أتلّف الفاعل الأصلي أو الشريك الأشياء المزورة المذكورة في المادتين السابقتين قبل استعمالها أو أخبر عنها قبل إجراء التبعات

النظامية يُعفى من العقاب والغرامة ((المادة (٣) من نظام مكافحة التزوير الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٤٤ وتاريخ ١١/٢٦/١٣٨٠ هـ ..

ثالثاً : جاء في المادة (١) من النظام الجزائي على تزوير وتقليد النقود ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١٢) وتاريخ ١٣٧٩/٧/٢٠ هـ ، والتي عدلت بالمرسوم الملكي رقم (٥٣) وتاريخ ١٣٨٢/١١/٥ هـ : ((مَنْ قَلَّدَ أَوْ زَوَّرَ الأوراقَ الخاصَّةَ بالمصارفِ أو سنداتِ الشركاتِ ، سواء كانت المصارفُ أو الشركاتُ سعوديَّةً أو أجنبيَّةً ، أو قَلَّدَ أَوْ زَوَّرَ الطوابعَ البريديةَ والأميريَّةَ السعوديَّةَ ، وأسانيدَ الصَّرفِ على الخزينةِ ، وإيصالاتِ بيوتِ المالِ ودوائِرِ الماليَّةِ ، أو اقتنى الأدواتِ العائدةَ لتزويرِ السَّنَدَاتِ والطوابعِ المذكورةِ؛ بقصدِ استعمالها لنفسه أو لغيره عُوقِبَ بالسَّجنِ من ثلاثة إلى عشرة سنواتِ ، وبغرامةٍ تتراوحُ من ثلاثة إلى عشرة آلافِ ريالٍ ، يُعزَّمُ الفاعلُ الأصليُّ والشريكُ بالإضافة إلى العقوباتِ السابقةِ بجميعِ المبالغِ التي تسبَّبَ بخسارتها للخبزينةِ ، أو للشركاتِ ، أو للمصارفِ ، أو للأفرادِ)) جاء في المادة (١) من النظام الجزائي على تزوير وتقليد النقود الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٢ وتاريخ ١٣٧٩/٧/٢٠ هـ والتي عدلت بالمرسوم الملكي رقم ٥٣ وتاريخ ١٣٨٢/١١/٥ هـ ..

رابعاً : نصَّت المادة (٢) من المرسوم الملكي رقم (٤٣) على أنه : ((يُعاقبُ بالسَّجنِ مدَّةً لا تزيدُ عن عشرِ سنواتٍ ، أو بغرامةٍ لا تزيدُ عن عشرين ألفِ ريالٍ ، كلُّ موظَّفٍ ثبتَ ارتكابهُ لإحدى الجرائم الآتيةِ ، وكذلك

كُلُّ مَنْ اشْتَرَكَ أَوْ تَوَاطَأَ مَعَهُ عَلَى ارْتِكَابِهَا سِوَاءَ كَانُوا مَوْظَفِينَ ، أَوْ غَيْرِ مَوْظَفِينَ : (..)) الْمَادَّةُ (٢) مِنْ الْمَرْسُومِ الْمَلَكِيِّ رَقْمِ ٤٣ وَتَارِيخِ ١٣٧٧/١١/٢٩ هـ .

خَامِساً : نَصَّتِ الْمَادَّةُ (١١) مِنْ نِظَامِ مَكَافِحَةِ الْغِشِّ التِّجَارِيِّ عَلَى : ((تسري العقوبات الواردة في هذا النظام على كلِّ مَنْ شارَكَ في ارتكابِ المخالفةِ ، أَوْ حَرَّضَ عَلَى ارْتِكَابِهَا)) الْمَادَّةُ (١١) مِنْ نِظَامِ مَكَافِحَةِ الْغِشِّ التِّجَارِيِّ ، الصَّادِرِ بِالْمَرْسُومِ الْمَلَكِيِّ رَقْمِ ٦/٧/٩٩٤٦ ر/ وتاريخ ٤/٦/٤٠٤١ هـ ..

سَادِساً : نَصَّتِ الْمَادَّةُ (٩) مِنْ نِظَامِ مَبَاشِرَةِ الْأَمْوَالِ الْعَامَّةِ عَلَى : ((استثناءً مِنْ أَحْكَامِ الْمَرْسُومِ رَقْمِ (٤٣) وَتَارِيخِ ١٣٧٧/١١/٢٩ هـ ، يُعَاقَبُ بِالسَّجْنِ مَدَّةً لَا تَزِيدُ عَنْ عَشْرَةِ سِنَوَاتٍ ، أَوْ بِغْرَامَةٍ لَا تَزِيدُ عَنْ مِائَةِ أَلْفِ رِيَالٍ أَوْ بِكِلَيْهِمَا مَعاً ؛ كَلُّ مَوْظَفٍ يَشْمَلُهُ هَذَا النِّظَامُ وَيَثْبُتُ ارْتِكَابُهُ لْجُرْمِ الْاِخْتِلَاسِ ، أَوْ التَّبْدِيدِ ، أَوْ التَّصْرُفِ بغيرِ وَجْهِ شَرْعِيٍّ فِي أَمْوَالِ الدَّوْلَةِ الْعَامَّةِ ، أَوْ الْأَعْيَانِ ، أَوْ الطَّوَابِعِ ، أَوْ الْأَوْرَاقِ ذَاتِ الْقِيَمَةِ الْمُسْلَمَةِ إِلَيْهِ ، كَمَا يُعَاقَبُ بِنَفْسِ الْعُقُوبَةِ مَنْ اشْتَرَكَ أَوْ تَوَاطَأَ مَعَهُ عَلَى ارْتِكَابِ إِحْدَى تِلْكَ الْجَرَائِمِ ، سِوَاءَ كَانَ مَوْظَفاً أَمْ غَيْرِ مَوْظَفاً ، بِالإِضَافَةِ إِلَى إِلْزَامِهِمْ بِإِعَادَةِ الْأَمْوَالِ وَالْأَعْيَانِ وَالطَّوَابِعِ وَالْأَوْرَاقِ ذَاتِ الْقِيَمَةِ ، الْمُخْتَلَسَةِ ، أَوْ الْمَبْدُودَةِ ، أَوْ

المفقودة ، أو ما يُعادل قيمتها)) المادة (٩) من نظام مباشرة الأموال العامة ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٧) وتاريخ ٢٣/١٠/١٣٩٥هـ ..
سابعاً : نصّت المادة (٢٣٤) من نظام الجمارك على أنه : ((يُعاقبُ المشترك في التّهريبِ بالعقوبة التي يُحكّم فيها على الفاعلِ)) المادة (٢٣٤) من نظام الجمارك الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٤٢٥) وتاريخ ٥/٣/١٣٧٢هـ ..

ثامناً : نصّت المادة (١) من المرسوم الملكي بشأن كفالة استمرار سير المرافق العامة على : ((إنَّ عقوبة مَنْ يُحرِّضُ المستخدمَ أو العاملَ على تركِ العملِ ، أو التوقُّفِ عنه ، يكون السجن لمدة لا تقل عن سنةٍ ، وعقوبة المستخدمِ أو العاملِ الذي يتركُ العملَ لا تقلُّ عن أسبوعٍ)) من المادة (١) من المرسوم الملكي بشأن كفالة استمرار سير المرافق العامة ..

ثانياً : عقوبة المحرِّضِ على الجريمة التعزيرية في القوانين الأخرى :

نهجت الكثير من القوانين الوضعية العربية مبدأ المساواة بين الفاعل للجريمة والمحرِّضِ عليها .

ثالثاً : موقفُ الفقه الإسلامي من عقوبة المحرِّضِ

على الجريمة التعزيرية المنظمة في الأنظمة السعودية :

أولاً : العقوبة وأنواعها في الشريعة : عرّف الماورديّ العقوبة بأنها زواجٌ وضعها الله تعالى للردّ عن ارتكاب ما حظّر وترك ما أمر به .

والعقوبات في الشريعة الإسلامية نوعان :

الأول : عقوباتٌ مُقدّرةٌ ، وهي ضربان :

الضربُ الأولُ : الحدودُ.

الضربُ الثاني : القصاصُ أو الديةُ.

الثاني : عقوباتٌ غيرُ مُقدّرةٍ ، وهي التّعزيرُ.

ثانياً : أنواعُ التّعزيرِ ليست محدّدة :

الفقهاء يرون أنّ أنواعه ليست محصورةً ، وما ذكروه منها إنما يكونُ من بابِ ذكرِ البعضِ لا الجميع ، فيرجعُ فيها لاجتهادِ الإمامِ بما يصلحُ لردعِ المجرمين .

ثالثاً : الجمعُ بين نوعين من التّعزيرِ :

العقوباتُ التّعزيريّةُ يجتهدُ الإمامُ في جنسها ، وقدرها ، على ضوءِ ما حدّدتهُ الشريعةُ الإسلاميّةُ ، لانتفاءِ تقديرها شرعاً ، فتركت لرأيه واجتهادهِ .

وروى مكحولٌ ~ قال : قال عمرُ بن الخطاب : شاهدُ الزورِ يُجلدُ أربعين ويُسخَمُ وجهُهُ ويُطالُ حبسُهُ أخرجهُ ابن أبي شيبة (١١ / ٧٩ / ١) .

وأما إن كان من بين العقوبات القتل فيستوفي القتل وحده ، لما روى سعيد بإسناده عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: إذا اجتمع حدان أحدهما القتل أحاط القتل بذلك أخرج ابن أبي شيبة (٥٦/٢/١١).

رابعاً : مَدَى حُرْيَةِ الْقَاضِي فِي التَّعْزِيرِ :

إِنَّ التَّعْزِيرَ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ عَقُوبَةٌ مَفُوضَةٌ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي.

والراجح عند الفقهاء عدا المالكية أَنَّ التَّفْوِيضَ يَكُونُ مِنْ حَيْثُ النَّوْعِ دُونَ الْمَقْدَارِ.

وعند الإمام مالك : الرَّاجِحُ أَنَّ التَّفْوِيضَ يَشْمَلُ النَّوْعَ وَالْمَقْدَرَ مَعاً.

خامساً : هَلِ التَّعْزِيرُ لَوْلِيِّ الْأَمْرِ أَوْ لِلْقَاضِي ؟

سلطة ولي الأمر عامة وسلطة القاضي خاصة ، فبعض التعزير لا يتولاه إلا الوالي وليس للقاضي سلطة فيها ، فمن ذلك :

- (١) للأمير في التهمة حسب المتهم للكشف والاستبراء .
- (٢) يجوز للوالي ضرب المتهم تعزيراً ، ولا يجوز للقاضي ذلك.
- (٣) يجوز للأمير فيمن تكرر منه الجرائم ولم ينزجر عنها بالحدود أن يستديم حبسه إذا تضرر الناس بجرائمه حتى يموت ، أو يتوب.

(٤) يجوز للأمير إحلاف المتهم استبراءً لحالِهِ وتغليظاً عليه في الكشف عن أمرِهِ في التهمة بحقوق الله تعالى وحقوق الآدميين، وليس للقاضي إحلاف على غير حقّ .

تعزير المحرض على الجريمة التعزيرية المنظمة :

إنّ عقوبة ارتكاب التحريض على الجريمة التعزيرية المنظمة لم ينص عليها الشارع الكريم.

وتعزير مرتكبي جريمة التحريض نابع من مخالفة أحكام الإسلام ومعصية الله ، وهذه وتلك توجب إيقاع أشدّ العقوبات المناسبة التي تضمن ردع هؤلاء عن إجرامهم ، كما قال الرسول ﷺ : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده .. » رواه مسلم في صحيحه ، برقم (٤٩) ..

أولاً / العقوبة المائيّة : احتلّف العلماء في العقوبات المائيّة ، من حيث كونها باقية أو منسوخة ، بعد أن اتفقوا على أنّ رسول الله ﷺ عمّل بها . وفرّق بعض العلماء بين العقوبات المائيّة وبين الحدود ..

المسألة الأولى : منشأ الخلاف فيها :

ومنشأ الخلاف في هذه المسألة هو : هل العقوبات المائيّة منسوخة أو لا ؟

فجمهور أهل العلم على بقاء العقوبات المائيّة ، وأنها لم تُنسخ .

فَيَرى علماء أهل المدينة وعلماء الحديث أَنَّ السُّنَنَ والآثار قد جاءت بالعقوبات المالية كما جاءت بالعقوبات البدنية .

" وقد أَنْكَرَ العقوباتِ المَالِيَّةِ من أَنْكرها مِنْ أهل الكوفة ومن اتَّبَعهم وادَّعوا أَنها منسوخة " .

المسألة الثانية : في حُكْمِ العقوباتِ المَالِيَّةِ : اختلفَ الفقهاءُ رحمهم الله في حكم التَّعْزِيرِ بِأخذِ المَالِ على قولين :

القولُ الأوَّلُ : أَنَّ التَّعْزِيرَ بِأخذِ المَالِ جائز ، وهو قول القاضي أبي يوسف من الحنفية ، وقولٌ عند المالكية ، والقديمُ من قولي الشافعي ، وقولٌ عند الحنابلة ، واختاره جمعٌ من المحققين من أهل العلم ، منهم : شيخ الإسلام بن تيمية ، وابنُ القيم .

القولُ الثاني : أَنَّ التَّعْزِيرَ بِأخذِ المَالِ غير جائز ، وهذا القول هو المشهور من مذهب الحنفية والمالكية ، والجديد من قولي الشافعي ، والمشهور من مذهب الحنابلة .

وقبل عَرَضِ الحُكْمِ أسوق ما وقفتُ عليه من أدلَّة هذا الباب :

الدليل الأوَّل : حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلَّى الله عليه وآله : ((أَثْقَلُ صَلَاةٍ عَلَى الْمُنَافِقِينَ : صَلَاةُ الْعِشَاءِ وَصَلَاةُ الْفَجْرِ ، وَلَوْ يَعْلَمُونَ مَا فِيهِمَا لِأَتَوْهَا وَلَوْ حَبَوَا ، وَلَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَمُرَ بِالصَّلَاةِ فَتُقَامَ ، ثُمَّ أَمُرَ رَجُلًا فَيُصَلِّيَ بِالنَّاسِ ، ثُمَّ أَنْطَلِقَ مَعِيَ بِرِجَالٍ مَعَهُمْ حِزْمٌ مِنْ حَطَبٍ إِلَى

قوم لا يشهدون الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم بالنار ((رواه البخاري (ح) ٦١٨) ومسلم (ح ٦٥١) ..

الدليل الثاني : عَمَلُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ بِالْعُقُوبَاتِ الْمَالِيَةِ .

الدليل الثالث : دليل عقلي : وهو إذا كان يجوز أن يُعزَّرَ بالقتل ، فالمال لا شك أنه دون النَّفْسِ فَيُمكن أن يُعزَّرَ به .

الراجحُ : جواز العقوبة بالمال ، وهي الغرامة . وَعَمِلَ به الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فَمَنْ بعدهم من التابعين والخلفاء من بعد .

المسألة الثالثة : أنواعُ التَّعْزِيرِ بِالْمَالِ :

١ - الإِتْلَافُ .

٢ التَّغْيِيرُ .

٣ التَّمْلِيكُ .

الحبسُ لغَةً : المنعُ والإِمْسَاكُ وهو ضِدُّ التَّخْلِيَةِ .

والحبسُ في الشَّرْعِ هو : تعويقُ الشَّخْصِ ومنعُهُ من التَّصَرُّفِ بِنَفْسِهِ .

وقد اختلفَ الفقهاءُ في مشروعِيَّةِ الحبسِ ، فذهبَ بعضُ أصحابِ الإمامِ أحمدَ وآخرونَ إلى عدمِ مشروعِيَّتِهِ لما روى أبو داود وابن ماجة من حديث : الهرماس بن حبيب ، عن أبيه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال : أتيتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِغَرِيمِ لِي ، فقال لي :

ألزمه ، ثم قال : يا أبا بني تميم ما تريد أن تفعل بأسيرك ؟ رواه أبو داود (٣٦٢٩) ، وابن ماجه (٢٤٢٨) ، والبيهقي في الكبرى (١١٠٦٨) ، والبخاري في التاريخ الكبير (٢٨٨٤).

وذهب إلى مشروعيتِهِ جماهيرُ الفقهاء ، وقد نصَّ على ذلك فقهاءُ المذاهبِ الأربعة ، بل حُكي الإجماعُ على ذلك كما سيأتي ، واستدلوا لمشروعيتِهِ بما يلي:

أولاً : من القرآن :

١- قوله تعالى : ﴿ وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتُوفَاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ سورة النساء ، الآية رقم (١٥) .

ثانياً : من السنّة :

١ ما رواه الخمسةُ إلا ابن ماجه عن بهز بن حكيم ، عن أبيه ، عن جده رضي الله عنه : ((أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا فِي تَهْمَةٍ ثُمَّ حَلَّى عَنْهُ)) رواه الترمذي (١٤٣٥) ، وأبو داود (٣٦١٣) ، والنسائي (٤٨٧٤) ، والحاكم (١٠٢/٤) ، والبيهقي في الكبرى (٥٣/٦) ، وعبد الرزاق في المصنف (٣٠٦/٨).

ثالثاً :

الإجماع : فقد حكى فخر الدين الزيلعي إجماع الصحابة على مشروعية الحبس.

ثالثاً : عقوبة الفصل من الوظيفة : معنى العزل : هو حرمان الشخص من وظيفته ، وحرمانه تبعاً لذلك من راتبه الذي يتقاضاه عنها ؛ لعزله عن عمله .

كما قرّر كثير من الفقهاء كالحنفية والشافعية استحقات المرتشي العزل ، بل رأى بعضهم أنه ينعزل بمجرد أخذ الرشوة.

وإضافةً إلى هذه العقوبة : يرى بعض العلماء أنه ينبغي حرمانه من الحقوق التي تمنحها الدولة للأفراد.

رابعاً : عقوبة من تكرر منه التحريض على الجريمة التعزيرية :

إنّ تشديد العقوبة على من تكرر منه الجريمة واشتد شره و زاد ، أمر واجب ، فمن الواجب تعزيره تعزيراً أشد من التعزير الأول .

موقف الدوائر المختصة بقضايا التزوير والرشوة في المملكة من التحريض

من خلاصة أقوالهم يتضح أنّ الاتجاه السائد لديهم ، هو أن تكون مسؤولية المساهم التبعية (المتسبب) عن طريق التحريض ، أخف من مسؤولية الفاعل الأصلي (المباشر).

وإذا كانت بعض النصوص النظامية الصادرة في المملكة العربية السعودية ، قد أخذت بالمساواة - بحسب الأصل - بين عقوبة الفاعل الأصلي وعقوبة الشريك يُراجع على سبيل المثال : نظام مكافحة الرشوة بالمملكة المادة (٦) ، ، ونظام الجمارك المادة (٢٤٣) من لائحته التنفيذية ، ونظام التعدين لعام ١٣٩٢ هـ المادة (٦٩) ، ونظام مكافحة التزوير المادة (٧) ..

وفي نطاق أحكام الاشتراك بالمملكة نصَّ نظام مكافحة تقليد النقود على أنَّ " كلَّ مَنْ اشْتَرَكَ فِي اقْتِرَافِ جَرِيْمَةٍ مِنْ الْجَرَائِمِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا فِي هَذَا النَّظْمِ ، سِوَا بِالْتَّحْرِيزِ أَوْ بِالْمُسَاهَمَةِ أَوْ بِالْمُسَاعَدَةِ ، يُعَاقَبُ بِذَاتِ الْعُقُوبَاتِ الْمَقْرَّرَةِ لِلْجَرِيْمَةِ " .

وبناءً على ذلك لا يسوغ القول بأنَّ " اشتراك المتهم مع غيره بطريق التحريض على ارتكاب جريمة التزوير والاستعمال يجعله في حكم الفاعل الأصلي القرار الصادر من الدائرة المختصة بديوان المظالم برقم (١٢/١/هـ) ، في القضية رقم (١/٣٢١/ق) لعام ١٤٠٠ هـ ، مجموعة أحكام عام ١٤٠٠ هـ (ص ١٤) ..

ولا يُصَحِّح ذلك ، استناد القرار الذي أورد القول المشار إليه، إلى قرار مجلس الوزراء رقم (٢٢٣) وتاريخ ١٤/٨/١٣٩٩ هـ ؛ لأنَّ هذا القرار قد نصَّ على أن " يُعْتَبَرُ فَاعِلًا أَصْلِيًّا كُلُّ مَنْ سَاهَمَ فِي تَنْفِيذِ الرِّكْنِ الْمَادِّيِّ " لجريمة التزوير ، فلا يسوغ إزاء هذا النص أن تُقرَّر الدائرة المختصة بديوان المظالم أن مَنْ

يُساهم مساهمة تبعية في التزوير بالتحريض ، إنما يكون في حكم الفاعلِ الأصليِّ ، إذ في هذا القول تحميلٌ للنصِّ الوارد في قرارِ مجلسِ الوزراءِ أكثر مما يحتمل .

ولم يقتصر الأمرُ على حالةٍ واحدةٍ ، ذكرت فيها الدائرةُ المختصةُ بديوانِ المظالمِ هذا المعنى ، وإنما تكرر ذلك في قراراتٍ أخرى اعتبر فيها الشريك في حكمِ الفاعلِ الأصليِّ انظر القرارات أرقام (هـ/٣٢/٣) ، (هـ/٢/١٦١) ، (هـ/٢/١٣٦) ، (هـ/٢/١٢٥) ، (هـ/٢/١٢٠) ، لعام ١٤٠٠ هـ ، الصفحات (٣٣٣، ٣٥١، ٣٦٣، ٣٩١، ٤٥١، ٤٨٨) على التوالي،

وانظر أيضاً: القرارات أرقام (هـ/١/٢٧) ، (هـ/١/٥٩) ، (هـ/١/٨٣) ، (هـ/٢/٣٩) ، (هـ/٢/٢٨) ، (هـ/٢/١٠٥) ، (هـ/٣/١٥) ، (هـ/٣/٤) ، لعام ١٤٠٠ هـ ، الصفحات (٣٨، ١٠١، ١٤٥، ١٨٦، ٢٠٩، ٣٠٦، ٤١٠، ٤٣٨) . .

تطبيقاتٌ للتحريضِ على جرمي الرشوة والتزوير في قضاءِ ديوانِ المظالمِ
بالمملكة العربية السعودية

أولاً : الرشوة :

القضية الأولى: قرار (هـ/٢/٢٨) لعام ١٤٠٢ هـ في القضية رقم (٧٨٣/١/ق) لعام ١٤٠١ هـ الصادر بجلسة ١/٣/١٤٠٢ هـ بمقر فرع ديوانِ المظالمِ بجدة .

هيئة الحكم : بعد مطالعة الأوراق وسماع المرافعة والمداولة:

وقائع الدعوى أنّ هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بجدة تلقّت إخباريّةً سرّيّةً عن وجود منزلٍ بحجّي الجامعة معدّ للدعارة والنساء ، وعند مداهمة الدار بمعرفة رجال الهيئة وجدوا كلاً من ... و... و... وهنّ جميعاً تحملنّ الجنسيّة الإثيوبيّة - ومعهنّ رجلٌ غيرٌ محرّم لهنّ وأثناء تفتيش رجال الهيئة للدار عرضنّ عليهم مبلغ ألفي ريالٍ كرشوةٍ في مقابل إطلاق سبيلهنّ ، وذلك بعد أن قامت المتّهمّة الأولى بتحريض المتّهمتين الأخريتين ، وحثهنّ على دفع مبلغٍ لرجال الهيئة من أجل إطلاقهنّ .

ومن حيث أن هذه الوقائع قد قام الدليل عليها وثبت صحتها لدى الهيئة من خطاب رئيس هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بجدة رقم (٨٨٨ س) إلى مدير قسم شرطة الكندرة بالنيابة ، والوارد مضمونه في خطاب هذا الأخير إلى مدير المباحث الجنائية بالوقائع سالفه الذكر ، ومن إقرار المتهمات المؤرخ ٢١/٧/٢٠١٤هـ بدفعهنّ مبلغ ألفي ريالٍ إلى رجال الهيئة في سبيل إطلاق سراحهنّ ، وكان ذلك بعد تحريض المتّهمّة الأولى وترغيبها في دفع الرّشوة ، ومن حيث أنّ رجال هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بمقتضى النظام الخاصّ بالهيئة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (١٦١) وتاريخ ١٦/٩/٢٠٠٤هـ والموافق عليه بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٧) وتاريخ ٢٦/١٠/٢٠٠٤هـ يعتبرون من الموظفين العموميين ذلك أنه وإن كان نظام الموظفين العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥) وتاريخ ١/٢/١٣٩١هـ لم

يضع تعريفاً للموظف العام إلا أنه من المقرر أنّ الموظف العام هو الشخص الذي يُعهد إليه على وجه قانونيٍّ بأداء عملٍ على وجه الانتظام والدوام في مرفقٍ عامٍّ تديره الدولة أو أحد الأشخاص المعنويّة العامّة إدارةً مباشرةً .

لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أنّ مبلغ الرشوة قد عُرضَ عليهم من المتهمين الأولى والثانية في مقابل الإخلالِ بواجباتٍ وظيفتهم وإطلاقِ سراحهم وعدم التبليغ عن الواقعة ، وكانت المتهمّة الثالثة وإن لم تشارك في دفع مبلغ الرشوة إلا أنّها قد حرّضت على الرشوة وثبت حصول التّحريض من الأولى والاتفاق بين جميع المتهمات على عرض الرشوة .

ومن حيث أنه لما تقدّم فقد ثبت لدى الهيئة ارتكاب المتهمات الثلاثة جريمة عرض الرشوة المنصوص عليها ، والمعاقب عليها بالمادة الثامنة من نظام مكافحة الرشوة عدل بعض مواد هذا النظام بالمرسوم الملكي رقم (٣٦) وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩ هـ

وقد ثبت لدى الهيئة اشتراك المتهمّة الأولى في الجريمة بتحريضها على الرشوة المنصوص عليها ، والمعاقب عليها بالمادة العاشرة من نظام مكافحة الرشوة . فل هذه الأسباب : قررت الهيئة :

أولاً : إدانة المتهمتين اللتين سمّين أنفسهنّ ، بجريمة عرض الرشوة المنسوبة إلى كلّ واحدةٍ منهنّ ، وسجن كلّ واحدةٍ ستة أشهرٍ تحسب من تاريخ توقيفها على ذمّة هذه القضية .

ثانياً : إدانةُ المتهمةِ الأولى بجرمةِ التحريضِ على الرشوةِ المنسوبةِ إليها ومعاملتها معاملةَ الفاعلِ الأصليِّ .

ثالثاً : مصادرةُ مبلغِ الألفي ريالٍ محلِّ الجريمةِ المرفقِ بأوراقِ القضيةِ عملاً بالمادةِ الثالثةِ عشرة من النظام نفسه .

القضيةُ الثانيةُ : قرار (هـ/١/٩٩) لعام ١٤٠٢ هـ في القضية رقم (١١٢/١/ق) لعام ١٤٠٢ هـ، الصادر بجلسة ٢٣/٧/١٤٠٢ هـ بمقر ديوان المظالم بالرياض .

هيئة الحكم : الوقائع تتحصّل فيما أُبلغَ به ... الموظفُ بالخطوطِ السعوديةِ شرطة مطار الرياض من أنه نما إلى علمه أنّ العمالَ الباكستانيين ... و ... أخذوا رشوةً من أحدِ المسافرين على الرحلة رقم (٣٥٠) المتجهة إلى كراتشي يوم ٢٣/٦/١٤٠٢ هـ، بعد تحريضٍ وترغيبٍ من أحدهم، وأنهم اختلفوا على اقتسام مبلغ الرشوة وقدره يُساوي ٨٥٠ ريال ، والذي قام بضبطه وأرفق بالأوراق ..

وحيث أنّ المادةَ الثالثة من نظام مكافحة الرشوة نصّت على أنّ : « كلّ موظفٍ عامٍ طلبَ لنفسه أو لغيره ، أو قبلَ أو أخذَ وعداً أو عطيةً للإخلاء بواجباتِ وظيفتهِ يُعدُّ مرتشياً، ويُعاقبُ بالعقوباتِ المنصوصِ عليها في المادةِ الأولى من هذا النظام » .

وحيث أن أركان جريمة الرشوة سالفه الذكر متوافرة في الدعوى الراهنة في حق المتهم الأول ... فبالنسبة للركن الأول : فالمتهم المذكور يُعدُّ في حكم الموظف العام وفقاً للفقرة (د) من المادة التاسعة من نظام مكافحة الرشوة ؛ إذ هو من العاملين بمؤسسة ... المكلفة من الخطوط السعودية بالعمل في الصالة الدولية بالمطار يختصُّ بحكم عمّله بوضع بطاقات على عفش المسافرين بعد عمليّة الوزن ، ثم نقله على السير .. وطلب مبلغاً من المال من أجل الإخلال بواجبات الوزن ليجنبه بذلك دفع الأجر المقرر عن الوزن الزائد ، وهو الطلب الذي قام على تحقيقه المتهم الثالث ، وبالنسبة للركن الثالث والأخير هو القصد الجنائي فالثابت مما ساقته الهيئة من أدلة الثبوت أن المتهم الأول كان يدرك وقت طلب مبلغ الرشوة انه مقابل الإخلال بواجبات وظيفته ، وان إرادته اتجهت إلى طلب العطية .

وحيث أنه لذلك تكون جريمة الرشوة المنسوبة الى المتهم ... (الأول) ثابتة في حق مما يتعين معه إدانته ومعاقبته عنها إدانته ومعاقبته عنها وفقاً لنص المواد الأولى والثالثة والتاسعة من نظام مكافحة الرشوة .

وحيث إن اشتراك كلاً من المتهمين الثاني والثالث مع المتهم الأول في جريمة الرشوة ثابت في حقهما مما استخلصته الهيئة من أدلة تفيد ذلك مما يتعين معه معاقبتها عن فعل الاشتراك بذات العقوبة المقررة لجريمة الرشوة وذلك عملاً بنص المادة السادسة من نظام مكافحة الرشوة .

فلهذه الأسباب :قررت الهيئة :

أولاً : إدانة المتهمين الثلاثة : ١- ... باكستاني الجنسية ٢- ... باكستاني الجنسية ، ٣- ... باكستاني الجنسية ، بجرمة الرشوة المنسوبة إلى كل واحد منهم المنصوص عليها والمعاقب عليها بالمواد الأولى والثالثة والسادسة والتاسعة من نظام مكافحة الرشوة ، وسجن كل واحد منهم سنة واحدة ، تُحتسب من تاريخ توقيفه على ذمة القضية .

ثانياً : إدانة المتهم بالاشتراك في الجريمة وذلك بالتحريض على أخذ الرشوة ومعاملته معاملة الفاعل الأصلي .

ثانياً : مصادرة مبلغ الثمانمائة وخمسين ريالاً محل الجريمة المرفقة بأوراق القضية عملاً بالمادة الثالثة عشرة من النظام نفسه .

ثانياً : التزوير : قرار رقم (٤٤/١/هـ) لعام ١٤٠١هـ في القضية رقم (١/٥٢/ق) لعام ١٤٠١هـ، الصادر بجلسة ١٨/٥/١٤٠٠هـ المنعقدة بمقر ديوان المظالم بالرياض .

هيئة الحكم :الوقائع تتحصّل فيما أبلّغ به كل من المواطنين ... ، ... ، ... وما قرّره بتحقيقات الشرطة ، من أنّ كلاً منهم تقدّم بطلب قرض من صندوق التنمية العقارية للبناء بمخطّط الخماسين بوادي الدواسر ، وأخذ كل منهم الدفعة الأولى من القرض بعد أن تحصّل على رخصة بناء ، ثم اتفق كل منهم مع المقاول ... (المتهم) على أن يقوم ببناء فلّة له ، وتم التعاقد في

شهر جماد أول عام ١٣٩٩ هـ ، بالنسبة للبعض وشهر جمادى ثاني من ١٣٩٨ هـ ، بالنسبة للآخرين ، على أن تكون مدة التنفيذ ستة أشهر من تاريخ التعاقد ، عدا الثاني فالمدة سبعة أشهر ، وأن يقوم المقاول باستلام الدفعات الثانية والثالثة والرابعة من القرض، واشترط المقاول إخراج صاحب الشأن وكالة لشخص حدده في هذا الخصوص ، وأنه تبعاً لذلك قام كلٌّ منهم بعمل تلك الوكالة ، كما تم استلام المقاول للدفعات بموجب شهادة من البلدية ، بعد أن قام مندوبها بإثبات حصول البناء ، وهو أمر لم يتم ، وأنه بعد الشكوى إلى الإمارة ، حضرت لجنة من قِبَل البنك العقاري والوزاري ، تبين لها من معاينة الأراضي أنّ الميدات قد صُبت ، وطلبت منهم دفع الأقساط المترتبة عليهم ، وقرّر المدعُو / ... المساح ببلدية وادي الدواسر ، أنه عهد إليه القيام بأعمال الصندوق العقاري لتغيب زميله المختص بهذا العمل أصلاً ، وأنه كان يخرُج على المباني الذي يُحرّر شهادتها ويأخذ قياساتها من الداخل ، ويتحقق من مقدار الإنجاز ، وأنّ المقاول المتهم - وكيل الشاكين - في استلام الدفعات قد خدعه وغشه

وحيث أنّ لجنة التحقيق انتهت في قرارها رقم (٨٠/٣) تاريخ ١٤/٣/٢٠١٤ هـ إلى إدانة المتهم ... المقاول ، لتزويره شهادات الاستحقاق ، واستعمال الشهادات المزورة ، وذلك وفقاً لنصّ المادتين الخامسة والسادسة من نظام مكافحة التزوير .

وحيث أنه يبين من التحقيقات على هذا النحو ، أن شهادات الاستحقاق الخاصة بالدفعتين الثانية والثالثة لثلاثة من الشاكين ، وشهادة الاستحقاق الخاصة بالدفعتين الثالثة والرابعة بالنسبة للرابعة ، والتي حررت بمعرفة موظفين بالبلدية ، هي شهادات مزورة ، وأن التزوير الحاصل فيها هو تزوير معنوي ، حيث اثبت بها وقائع كاذبة على أنها وقائع صحيحة ، ومفاد تلك الوقائع الكاذبة ، أنه تم انجاز نسب معينة من مباني المقترضين ، حال أن تلك الوقائع لم تحصل ، إذ كانت معاينة مندوبي البلدية المختصين بتحرير تلك الشهادات ، لمبان أخرى جاهزة .

وحيث أن الثابت من الأوراق ، أن المتهم قد اشترك مع مندوبي البلدية حسني النية قارفاه ، من فعل التزوير بتلك الشهادات ومن ثم يكون المتهم فيما آتاه من فعل شريكاً لفاعلين حسني النية، هما مندوبا البلدية في تزوير شهادات الاستحقاق ، ومقتضي مساهمته على هذا النحو، في تنفيذ الركن المادي للجريمة ، أنه يعد فاعلاً أصلياً فيها ، عملاً بأحكام المادة الثالثة من قرار مجلس الوزراء رقم (٢٢٣) لعام ١٣٩٩ هـ .

وحيث أن جرمي التزوير والاستعمال المنسوبتين الى المتهم ، والثابت في خقه مرتبطنان ، ارتكبتا تنفيذاً لغرض إجرامي واحد ، ومن ثم يتعين معاقبته عنهما بعقوبة واحدة .

فلهذه الأسباب : قررت الهيئة : إدانة المتهم ... " سوري الجنسية " بجريمتي التزوير والاستعمال المنسوبين إليه المخصوص عنهما ، والمعاقب عليهما ، بالمادتين الخامسة والسادسة من نظام مكافحة التزوير ن وسجنه سنة واحدة ، تحسب من تاريخ توقيفه على ذمة القضية ، وتغريمه ألف ريال .

القضية الثانية : قد أصدرت هيئة الحكم في قضايا التزوير بديوان المظالم في المملكة العربية السعودية حكماً في القضية رقم (١٠٩/١/ق) لعام ١٤٠٢ هـ ، بتاريخ ٢٠/٤/١٤٠٢ هـ جاء فيه : إدانة المتهم ... تشادي الجنسية ، بجريمة التزوير المنسوبة إليه ، والمنصوص عليها والمعاقب عليها بالمادة التاسعة من نظام مكافحة التزوير ، وسجنه سنة أشهر ، وتغريمه مائة ريال ، حيث اشترك المتهم مع غيره بطريق التحريض والمساعدة على ارتكاب جريمة تزوير في جواز سفر ؛ وذلك لأن النظام الداخلي للمملكة قد منح المحررات الأجنبية ثقة تُعادل ما تتمتع به المحررات الرسمية الوطنية ، ولذلك فقد أخذت حكمها في صدق جريمة التزوير تلك مجموعة القرارات الجزائية الصادرة عن دوائر هيئة الحكم في قضايا الرشوة والتزوير لعام ١٤٠٢ هـ ، الإصدار الجزائي الثالث (ص ١٨٥-٢١٩) لديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية ، بعنوان "قضية اتفاق ومساعدة وتحريض في تزوير" .

وقد سارَ القضاء في ديوانِ المظالمِ على هذا الحكمِ في القضيةِ رقم
(١٨٣/١/ق) الصادر في جلسة ١/٣/١٤٠٢ هـ ، في قضية "تحريض وعرض
رشوة" ، انظر : المرجع السابق (ص ١٨١-١٨٥) . .

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلّى الله وسلّم على نبينا محمّد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.



ملخص بحث

التحكيم بواسطة الإنترنت

(دراسة مقارنة)

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد

نايف بن إبراهيم بن حمد المسعد

إشراف

فضيلة الدكتور وليد التويجري

١٤٣٠هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ١٥٠

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ١٢٣

البحث بعد التلخيص ٤٤

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)



خطة البحث

تشتمل هذه الرسالة على مقدمة وتمهيد وثلاثة فصول وخاتمة :

المقدمة : وتشتمل على الآتي :

أولاً: أهمية الموضوع

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع

ثالثاً: الدراسات السابقة .

تمهيد: في التعريف بمفردات العنوان وأهمية الموضوع. وفيه مبحثان:

المبحث الأول : مفهوم التحكم بواسطة الإنترنت.

المطلب الأول : تعريف التحكم بواسطة الإنترنت مفرداً ومركباً. وفيه

فرعان:

الفرع الأول : تعريف التحكم بواسطة الإنترنت مفرداً .

الفرع الثاني : تعريف التحكم بواسطة الإنترنت مركباً.

المبحث الثاني : أهمية التحكم بواسطة الإنترنت . وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : مزايا التحكم بواسطة الإنترنت.

- المطلب الثاني : أسباب اللجوء للتحكيم بواسطة الإنترنت .
- المطلب الثالث : موانع اللجوء للتحكيم بواسطة الإنترنت .
- الفصل الأول : اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت . وفيه ستة مباحث:
 - المبحث الأول : تمهيد في اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت .
 - المبحث الثاني : تعريف اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت .
 - المبحث الثالث : أنواع اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت .
 - المبحث الرابع : النظام الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت .
 - المبحث الخامس : موقف الفقه الإسلامي من اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت .
 - المبحث السادس : موقف النظام السعودي من اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت .
- الفصل الثاني : إجراءات التحكيم الإلكترونية بواسطة الإنترنت . وفيه خمسة مباحث:
 - المبحث الأول : النظام الواجب التطبيق على إجراءات المرافعة الإلكترونية .
 - المبحث الثاني : اختيار المحكم ومكانه .
 - المبحث الثالث : سير المرافعة الإلكترونية بواسطة الإنترنت . وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : عرض الوثائق والطلبات من المدعي .
- المطلب الثاني : عرض الوثائق والطلبات من المدعي عليه.
- المطلب الثالث : طعون أطراف الدعوى على سير المرافعة الإلكترونية.
- المبحث الرابع : موقف الفقه الإسلامي من إجراءات المرافعة الإلكترونية .
- المبحث الخامس : موقف النظام السعودي من إجراءات المرافعة الإلكترونية.
- الفصل الثالث : إصدار حكم التحكيم بواسطة الإنترنت ، وأمثلة لمراكز معاصرة.
- وفيه أربعة مباحث:
- المبحث الأول : تمهيد في إصدار حكم التحكيم بواسطة الإنترنت .وفيه أربعة مطالب:
- المطلب الأول : كيفية إصدار حكم التحكيم بواسطة الإنترنت .
- المطلب الثاني : حجية حكم التحكيم بواسطة الإنترنت .
- المطلب الثالث : موقف الفقه الإسلامي من إصدار الحكم وحجيته.
- المطلب الرابع : موقف النظام السعودي من إصدار الحكم وحجيته .
- المبحث الثاني : الطعن في حكم التحكيم بواسطة الإنترنت وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : جهة الاعتراض القضائية.

المطلب الثاني : أسباب الاعتراض .

المطلب الثالث : موقف الفقه الإسلامي من الطعن في حكم التحكيم.

المطلب الرابع : موقف النظام السعودي من الطعن في حكم التحكيم.

المبحث الثالث : تنفيذ حكم التحكيم بواسطة الإنترنت. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تنفيذ حكم التحكيم بواسطة الإنترنت.

المطلب الثاني : موقف الفقه الإسلامي من تنفيذ حكم التحكيم بواسطة الإنترنت.

المطلب الثالث : موقف النظام السعودي من تنفيذ حكم التحكيم بواسطة الإنترنت.

المبحث الرابع : أمثلة لمراكز تحكيم بواسطة الانترنت.
الخاتمة

نتائج البحث

التوصيات

المراجع

فهارس الآيات ، الأحاديث ، الأعلام ، المصطلحات ، الموضوعات

الفصل التمهيدي ويشتمل على المباحث التالية:

المبحث الأول : مفهوم التحكيم بواسطة الإنترنت .

المطلب الأول : تعريف التحكيم بواسطة الإنترنت مفرداً ومركباً .

الفرع الأول : تعريف التحكيم بواسطة الإنترنت مفرداً.

التحكيم لغة : مصدر حَكَمَ يُحَكِّمُ ، وهو المنع ، وأول ذلك الحُكْمُ ، وهو المنع من الظلم.

والذي يفصل في الخصومة يسمى " المحكَّم " _بفتح الكاف_ والذي اختاره يسمى " مُحَكِّم " بكسر الكاف.

والتحكيم في الاصطلاح :

عرفه بعض المالكية بأنه : تولية الخصمين حكماً يرتضيانه ليحكم بينهما .
تعريف المالكية هو الأقرب للصواب .

وأما التحكيم بمعناه الاصطلاحي عند شراح القانون :

الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه ، دون المحكمة المختصة .

ولعل هذا التعريف هو القرب للصواب ، لتحقيق الغرض من التعريف ، من حيث تمييز المعرّف عن غيره بأقصر عبارة .

تعريف كلمة واسطة : أصلها وسط ، والواو والسين والطاء بناءً صحيح يدلُّ على العدل والنّصف . وأعدّل الشيء : أوَسَطَهُ وَوَسَطَهُ .

تعريف كلمة الإنترنت : "وتعد شبكة الإنترنت , شبكة عامة غير مملوكة , لدولة معينة أو جهة معينة , وإنما هي عبارة عن تجمع هائل لعدد ضخم من الشبكات والأجهزة المملوكة لجهات متعددة تتشارك جميعها في الاستفادة من الشبكة.

الفرع الثاني : تعريف التحكيم بواسطة الانترنت مركبا.

التعريف المناسب (للتحكيم بواسطة الانترنت) أن يقال: (هو اتفاق طرفي خصومة معينة , على تولية من يفصل في منازعة بينهما , بواسطة الانترنت ابتداءً وانتهاءً).

المبحث الثاني: أهمية التحكيم بواسطة الإنترنت :

المطلب الأول : مزايا التحكيم بواسطة الإنترنت

١. إن أهم ميزة للتحكيم بواسطة الإنترنت هي سرعة الفصل في النزاع.
٢. السرية.
٣. تقليل نفقات التقاضي.

المطلب الثاني : أسباب اللجوء للتحكيم بواسطة الإنترنت :

١. الرغبة في عرض النزاع على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة.
٢. من أسباب اللجوء للتحكيم بواسطة الانترنت , هو صعوبة تحديد النظام الواجب التطبيق , وتحديد المحكمة المختصة , عند إحالة النزاع للقضاء العادي , بينما في التحكيم بواسطة الانترنت , يتم تحديد المحكم والنظام الواجب التطبيق من قبل طرفي النزاع , وهذه الطريقة أيسر بكثير من إحالة النزاع للقضاء العادي.
٣. سهولة الحصول على الحكم.

المطلب الثالث : موانع اللجوء للتحكيم بواسطة الإنترنت .

١. تحديد مكان التحكيم, والذي يترتب عليه آثار كثيرة ومهمة , فما هو المكان الذي يعتبر انه مكان للتحكيم؟, هل هو مكان إبرام العقد أو تنفيذه؟, أو مكان المحكم؟.

٢. ومن المعوقات أيضا , ما يتعلق بكيفية إجراءات التحاكم , وتداول الوثائق الالكترونية , ومدى صحة البيانات التي تقدم عبر الانترنت.
٣. ومن المعوقات أيضا , حينما يريد صاحب الحق أن ينفذ الحكم في دولة معينة , هل يمكن يكون حكم التحكيم بواسطة الانترنت , متحقق فيه شروط تنفيذ حكم التحكيم في الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها؟ فرما لا تعترف أنظمة تلك الدولة بالوسيلة الالكترونية.

الفصل الأول

اتفاق التحكيم بواسطة الانترنت. ويشتمل على المباحث التالية:

المبحث الأول: تمهيد في اتفاق التحكيم بواسطة الانترنت.

التحكيم أمر استثنائي ، فلا يجوز لطرفي العقد التمسك به إلا باتفاق صريح بينهما.

وعلاوة على ما سبق ذكره ، فإن الاتفاق على التحكيم بواسطة الانترنت ملزم للطرفين - كما سيأتي - يمنعهما من طرح النزاع على المحكمة القضائية مادامتا متفقين على التحكيم ، على أن ذلك لا يمنع من التجاء الطرفين إلى القضاء لاتخاذ الإجراءات العاجلة والضرورية .

المبحث الثاني : تعريف اتفاق التحكيم بواسطة الانترنت

يمكن أن يقال في تعريف اتفاق التحكيم بواسطة الانترنت ، بأنه : استخدام الإنترنت ، في تعهد طرفين ، في صلب العقد أو منفصل عنه ، على إحالة النزاع الناشء ، على مُحكِّم أو أكثر ليفصل بينهما

المبحث الثالث : أنواع اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت يمكن تقسيم

الاتفاق بواسطة الانترنت بالنظر إلى اعتبارين:

أولاً : باعتبار الزمن : وهذا ينقسم إلى نوعين :

النوع الأول : شرط التحكيم : وفي هذا النوع يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع ، فلا ينتظر أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع بينهما.

النوع الثاني : مشاركة التحكيم : وهذا يكون في الاتفاق بين الطرفين على اللجوء إلى التحكيم ، لفض النزاع الذي نشأ بينهما فعلاً ، وهذا يعني أن اتفاق التحكيم في هذا النوع يكون اتفاقاً لاحقاً ومستقلاً عن العقد الأصلي بين الطرفين.

ثانياً : باعتبار المكان (مكان ورود الاتفاق على التحكيم) : وهذا على نوعين :

النوع الأول : أن يرد الاتفاق في نفس العقد الأصلي ، فيتفق طرفا العقد على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد أو تنفيذه ، يحل عن طريق التحكيم.

النوع الثاني : أن يرد الاتفاق على التحكيم في عقد منفصل عن العقد الأصلي ، وهذا ربما يكون قبل نشوء النزاع - شرط التحكيم - أو بعد نشوء النزاع - مشاركة التحكيم -

وإذا تبين هذا، فإن كل الأنواع المشار إليها فيما سبق ستكون بوثائق الكترونية، وهذه الوثائق ستكون عبارة عن صفحات في وثائق الكترونية على الإنترنت.

"ولا تنير أي مشكلة في مجال التحكيم بواسطة الإنترنت .

إلا أنه أحياناً تكون صفحة الموقع الواحدة، تتضمن العديد من الملفات التي تترك حرية الدخول إليها إلى زائر الموقع، عبر الضغط على الرابط الخاص بها، فإذا كان شرط التحكيم وارداً في أحد الملفات المستقلة المتاحة على صفحة الموقع، فهل يعد هذا كافياً، للقول بوجود اتفاق الطرفين بحصول الموافقة عليها منهما معاً، ولا سيما من الطرف الذي يدخل إلى الموقع، ويبرم العقد مع التاجر الذي وضع الشرط؟ يذهب بعض شراح القانون إلى أن ورود شرط التحكيم بواسطة الإنترنت في ملف مستقل يعد مقبولاً قانوناً.

إلا أن عد شرط التحكيم في مثل هذه الحالة (اتفاق تحكيم بالإحالة) يتطلب للقول به توافر أمرين:-

الأمر الأول: أن يتضمن العقد الأصلي - وهو عقد الكتروني - إشارة إلى شرط التحكيم الموجود في ملف مستقل، يضمه أحد الروابط في صفحة الموقع.

الأمر الثاني: أن يكون الوصول الفعلي إلى الملف الذي يتضمن شرط التحكيم ممكناً.

المبحث الرابع : النظام الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت:

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة ، سواء في مجال الاتفاقيات الدولية أو لوائح التحكيم أو التنظيمات الوضعية. ويترتب على هذا الاستقلال أثران مهمان :

الأول : عدم ارتباط اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت بمصير العقد الأصلي.

الثاني : عدم خضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني لذات النظام (القانون) الذي يحكم العقد الأصلي.

وتحديد ما يرتبه من حقوق والتزامات على لأطراف الاتفاق, ونفرق في هذا الصدد بين حالة اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق ,وحالة عدم الاتفاق على ذلك.

الحالة الأولى : اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق. القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة, فالأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم. وكي تقوم إرادة أطراف التحكيم بوظيفتها في تحديد القانون الواجب التطبيق , يجب أن تكون هذه الإرادة صريحة وواضحة.

الحالة الثانية:عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق.

إذا لم يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم , فقد اتجه بعضهم إلى خضوع الأمر لقانون مقر التحكيم .

ويصعب إعمال ذلك بالنسبة للتحكيم بواسطة الانترنت , حيث يتم في عالم افتراضي غير مرتبط بمكان محدد , وإلا أصبحنا بصدد فراغ قانوني يتعذر مواجهته.

وإذا لم يتم تحديد القانون الواجب لتطبيق على موضوع النزاع , فيرجع إلى المحكم لتحديد ذلك.

ويجب مراعاة النصوص المتعلقة بالنظام العام.

ويحكم القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم كافة الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم وآثاره وانقضاؤه , وكذلك في وجود اتفاق التحكيم والصور التي يأخذها هذا الاتفاق , كما يحكم التراضي بين الطرفين , وتقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم.

الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم بواسطة الانترنت:

تكاد تجمع القوانين الوضعية وكذلك شراح القوانين , أن لاتفاق التحكيم شروط معينة يجب توافرها حتى يكون صحيحا , وهي كالتالي:

أولاً: وجود الرضا بين الطرفين في اتفاق التحكيم: يكون الإيجاب والقبول عبر تلك الوسيلة الإلكترونية , إذ يضمن التاجر موقعه في الإنترنت شروط العقد , ومن بينها شرط التحكيم, فإذا كانت هذه الوسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة , ونقلها إلى الطرف الآخر , فما مدى اعتداد القانون بهذه

الطريقة , كوسيلة للتعبير عن الإرادة , بحيث تترتب عليه الآثار القانونية , وأهمها إبرام العقد وإلزام الطرفين بما ورد فيه؟؟.

يتفق الفقه الوضعي على أن القواعد العامة تسمح بالتعبير عن الإرادة بطرق عدة , سواء باللفظ , أو بالكتابة , أو بالإشارة المعهودة عرفاً , ولومن غير الأخرس , أو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي،ولكن ينبغي تصميم الموقع , بحيث يتاح لزائره المرور على شروط التعاقد , ومن بينها شرط التحكيم قبل الضغط على أيقونة القبول , كما ينبغي أن يربط بشكل واضح بين إيقونة القبول وشروط التعاقد.

وأيضاً ينبغي ألا يبدأ في تنفيذ العقد قبل الضغط على إيقونة القبول. وأما إبرام اتفاق التحكيم بواسطة البريد الإلكتروني, فلا يخلو الأمر من حالين:

- ١- " إذا كان العرض للسلعة أو الخدمة قد تم عبر البريد الإلكتروني وكانت حالة الاتصال بالكتابة مباشرة , فإن الإيجاب هو ما صدر أولاً.
- ٢- إذا كانت حالة الاتصال ليست مباشرة , بحيث توجد فترة زمنية تفصل ما بين الإيجاب والقبول , كما إذا كان العرض موجهاً إلى شخص محدد أو لعدة أشخاص في آن واحد , فإن الإيجاب هو ما صدر أولاً , وعلى الموجب (العارض) أن يبقى على إيجابه.."

ثانياً: صحة التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم بواسطة الانترنت
صحة التعبير عن الإرادة تتحقق بأمرين:

الأمر الأول: أن يكو رضا الطرفين خاليا من العيوب.

الأمر الثاني: توفر الأهلية لدى طرفي اتفاق التحكيم بواسطة الانترنت ,
يصار إلى التحقق من هوية أطراف الاتفاق عن طريق شخص ثالث ,
مهمته التأكيد على أن المتعامل إلكترونياً قدم بيانات دقيقة عن هويته
الشخصية ... ويطلق على هذا الشخص الثالث (مقدم خدمة التصديق).
ومجهز خدمة التصديق يقدم خدمة التصديق , عن طريق إصدار
شهادة الكترونية تتضمن بيانات تحدد هوية حامل الشهادة , فتبين اسمه
وعنوانه ورقم بطاقة الائتمان الخاصة به , وصفته فيما إذا كان يتصرف
بالنيابة عن شخص معنوي معين , كإحدى الشركات التجارية.
ويتعين على مجهز خدمة التصديق أن يتحقق من صحة هذه البيانات ,
وبهذه الصورة يمكن التأكد من أن الشخص الذي يبرم اتفاق التحكيم جازئ
الأهلية التصرف المطلوبة وأنه لم يتخذ اسماً وهمياً أو مستعاراً .

ثالثاً: المحل في اتفاق التحكيم بواسطة الانترنت: إن المحل في اتفاق التحكيم
بشكل عام , هو "فض النزاع بين المتنازعين" ويشترط أن يكون النزاع قابلاً
للتحكيم.

والأصل أن المتعاقدين في التجارة الدولية يتمتعان بالحرية في تحديد
المسائل الخاضعة للتحكيم , إلا أن بعض القوانين والأنظمة تضع قيوداً على
حرية الأطراف في إخضاع النزاع للتحكيم , ومن أهم تلك القيود تأثيراً على

قابلية النزاع للتحكيم بواسطة الانترنت , هي تلك النصوص الخاصة بحماية المستهلك.

ولأجل ذلك ذهب بعضهم على إلى أن حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية, تستلزم أن نكون أكثر تشددا في تقدير صحة الرضا باتفاق التحكيم.

بينما ذهب البعض لوضع حلا لذلك حينما يتم الاتفاق بين التاجر والمستهلك عبر الانترنت عن طريقين:

الأول: أن يقدم التاجر صاحب الموقع تعهدا من جانب واحد للمستهلكين الذين يرمون عقدهم عبر الموقع , باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن التعامل معه , وهذا التعهد يلزم التاجر ولا يلزم المستهلك.

الثاني: ويتمثل في إدراج بند في العقد المبرم بين المستهلك والتاجر , يعطي الخيار بموجبه للمستهلك , بأن يلجأ لفض النزاع الذي قد ينشأ عن العقد أو بسببه إلى القضاء أو التحكيم , وبالمقابل يكون الطرف الثاني_التاجر_ ملزما بلا خيار باللجوء إلى التحكيم بموجب العقد .

رابعا: الكتابة في اتفاق التحكيم بواسطة الانترنت

التحكيم بواسطة الانترنت يخضع _في الجملة_ إلى الأحكام التي تسري على التحكيم بوجه عام , والإشكال هنا, حول كيفية استيفاء الكتابة في اتفاق التحكيم بواسطة الانترنت؟؟

ذهب بعض شراح القانون إلى تحديد معنى مفهوم الكتابة , تكون
بآلة الكتابة أو بالحاسب الالكتروني , فكل هذه الوسائل تنتج كتابة
يعتد بها.

وذهب بعضهم إلى انه عندما تقرر القواعد القانونية ضرورة أن
يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وموقعا بين عليه يدويا بمعرفة الأطراف ,
فإن هذا التقرير يجب أن يشمل نظائره الالكترونية.

المبحث الخامس : موقف الفقه الإسلامي من اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت

التكييف الفقهي لاتفاق التحكيم : اتفاق التحكيم هو عقد خاص , فهو مع ذلك يأتي على صورتين :

١- شرط التحكيم الوارد في العقد :

اتفاق التحكيم كما سبق القول, هو عقد شأنه شأن سائر العقود, فلا بد من احترام شروط المتعاقدين , ولم يتطرق الفقه الإسلامي بصورة مباشرة لشرط التحكيم الوارد في العقد, ولكن يمكن تأسيسه على ضوء آراء الفقه الإسلامي للشروط المقترنة بالعقد. والشروط على قسمين :

القسم الأول : الشرط الصحيح ، وهو شرط مشروع ويجب أن

يكون:

(أ) شرط يقتضيه العقد (ب) شرط يلائم العقد .

القسم الثاني : الشرط الفاسد: وهو على نوعين:

(أ) شرط فاسد لا يفسد العقد, فيبقى العقد صحيح ، وهو ما

ينفي مقتضى العقد, ولا يحقق منفعة لأحد الأطراف , ولا يمكن المطالبة بتنفيذه

(ب) شرط فاسد يؤدي سقوطه إلى فساد العقد بكامله.

وبتطبيق القواعد التي اقرها الفقه الإسلامي على الشروط المقترنة بالعقد بصفة عامة ، فإنه يمكن اعتبار شرط التحكيم شرطاً صحيحاً ؛ لأنه شرط يلائم العقد ، وفيه مصلحة للطرفين . ويقتضيه العقد .
 ونظراً لما تتميز به الانترنت من العالمية ، وأن المتعامل بها ربما تعامل مع من يضع شروطاً مخالفة للشريعة الإسلامية ، فإن الأصل تطبيق القاعدة العامة (كل شرط خالف الشريعة الإسلامية فهو باطل وإن كان مائة شرط) .
 الصورة الثانية : اتفاق التحكيم المستقل عن العقد : اتفاق التحكيم ذي العقد المستقل عن العقد الأصلي يعتبر من العقود الصحيحة ، وذلك
 لأمرين :

- ١ . قوله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } سورة المائدة : ١ .
- ٢ . أن الأصل في المعاملات والعادات الحل ، ويدل لهذه القاعدة قوله تعالى " { هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً سورة البقرة: ٢٩ }
 ، ثم إن النبي ﷺ قال (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً او حرم حلالاً) رواه أبو داود : ، رقم (٣٥٩٤) والترمذي ، رقم (١٣٥٢) وقال : هذا حديث حسن صحيح، والبيهقي في السنن الكبرى (٧٩/٦) .
- ٤ . فاتفاق التحكيم يعتبر عقداً صحيحاً وإلزامياً بين أطرافه ، وإن كان لا يعتبر عقد من العقود المسماة التي درسها وفصلها فقهاء الشريعة الإسلامية .

وبعد أن تبين أن اتفاق التحكيم عقد صحيح ، ننظر : هل أركان العقد يمكن تطبيقها فعلياً باستخدام الإنترنت؟! و مدى مشروعيته؟!
يرى الحنفية أن أركان العقد واحدة هو الإيجاب والقبول فقط ((الصيغة)) ولكن يستلزمه العاقدان والمحل .
ويرى الجمهور أن الأركان ثلاثة :

١ . الصيغة .

٢ . العاقدان .

٣ . المحل .

أولاً : الصيغة الإيجاب والقبول : التعاقد عبر الإنترنت _غالباً_ يتم عن طريق الإشارات والرموز ، والعقد في الشريعة الإسلامية ينعقد - على القول الصحيح - بكل ما يدل عليه ، من دون اشتراط صيغة معينة أو شكل محدد .

وقد ذهب عامة أهل العلم على صحة التعاقد بالكتابة بين غائبين .
والإنترنت ما هو إلا وسيلة لتوصيل الكتابة ، وهذه الوسيلة معتبرة شرعاً لعدم تضمنها محذوراً شرعياً ، ولأنها شبيهة في حقيقة الأمر بالتعاقد عن طريق الرسول أو البريد العادي التي أجاز العلماء التعاقد بواسطتهما .
وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة في دورته السادسة . وصدر بذلك القرار رقم (٦/٣/٥٢) ونص على صحة إجراء العقود به

ولا يوجد فترة زمنية بين الإيجاب والقبول ، وذلك لأنه هنا تعاقد بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان ، وبيانه : أن مكان المتعاقدين مختلف فهما لا يجتمعان في مكان واحد كما هو الحال في التعاقد العادي .

أما زمان التعاقد فهو واحد ، حيث أن صفحة العقد تكون معدة سلفاً من قبل العارض (المحكّم)، وما على المتعاقد سوى القبول أو الرفض فلا توجد فترة زمنية تفصل بين الإيجاب والقبول ، ويستثنى من ذلك ما إذا كان العارض عنده تحفظ في القبول أو الرفض

ثانياً : محل العقد في ، وهو المعقود عليه : العقد في اتفاق التحكيم بواسطة الانترنت ، ينبغي أن يكون فيه أمران :

الأمر الأول: أن يكون للعقد محل يضاف إليه ، وهو فض النزاع بين المتخاصمين عبر الانترنت ، فهل يجوز فض النزاع عبر الانترنت؟
يجوز فض النزاع بين المتخاصمين عبر الانترنت ، وذلك لعدة أمور:

١. عموم النصوص الشرعية الدالة على مشروعية التحكيم.
٢. حرص الشريعة على إقامة العدل ، وإيصال الحقوق لأصحابها بأي طريقة كانت ، وفي أسرع وقت ، قال تعالى : { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا

بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً { سورة

النساء ٥٨ .

الأمر الثاني: أن يكون المحل قابلاً للتحكيم، فأكثر الفقهاء - رحمهم الله - اختلفوا في القضايا التي يجوز أن يتحاكم إليه بعد أن اتفقوا على جواز التحكيم في الجملة، وذلك على قولين:

القول الأول: أنه يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع الأحكام والقضايا كالحدود والنكاح واللعان وغيرها. وهذا هو المذهب عند الحنابلة. وقال به بعض الشافعية. والظاهرية.

القول الثاني: أنه يجوز الاتفاق على التحكيم فيما يكون من حقوق العباد، أو كانت حقوق العباد فيه أظهر جاز التحكيم فيه، وما كان من حقوق الله تعالى، أو كان حقه - سبحانه - أظهر، فإنه يختص بالقاضي. وهذا مذهب جمهور العلماء من الحنفية. والمالكية. وأكثر الشافعية. وإحدى الروايتين عن الحنابلة، مع أن أصحاب هذا القول لم يتفقوا على الأنواع التي يجوز فيها التحكيم وما لا يجوز.

واستدلوا: أن الإمام أو من ينيبه هو المكلف باستيفاء حقوق الله تعالى.

الترجيح: الراجح - والله اعلم - هو القول الثاني من أن التحكيم يجوز في أشياء مخصوصة، لسلامة أدلتهم

وفيما يتعلق باتفاق التحكيم بواسطة الانترنت ، فإن غالب العقود بين الطرفين تكون على أمور مالية ، وهذا يجوز_ بالاتفاق _ على أن يبرم اتفاق التحكيم عبر الانترنت لأجل نزاع مالي ، مع أن المتعاقدين _ لاسيما في التجارة الدولية _ يتمتعان بالحرية في تحديد المسائل التي تخضع للتحكيم ، لكن يجب التقييد أن تكون تلك المسائل هي متعلقة بحقوق العباد ، وليست من حقوق الله .

ثالثاً : العاقدان : ويراد به : الاثنان اللذان يحتكمان إلى الحاكم ليفصل بينهما .

فالتحكيم مبناه على الرضا ، والاختيار من المحكّم ، ولا يتم ذلك إلا بأهلية كاملة للمحكّم _ بكسر الكاف _ تؤهله للاختيار الذي يعود عليه بالفائدة . ولهذا يشترط لصحة التحكيم _ كسائر عقود والمعاوضات _ أن يكون المحكم أهلاً للتصرف ، وهو البالغ العاقل الرشيد ، واشترط بعضهم أن يكون حراً ، والأصل أن الإنسان إذا بلغ عاقلاً تكون أهليته للأداء كاملة وهذا الشرط - أهلية الأداء - يجمع عليه في الجملة ، لأن التحكيم عقد وفاقد الأهلية لا يصح تعاقد مطلقاً ، وأما ناقص الأهل فهو على ضربين :

١ . ما يتعلق بحقوق الله : فهذا يترتب عليه صحة ما يفعله من العبادات فيصح إسلامه وحجه .. الخ ، ولكن لا يكون ملزماً بأدائها إلا على جهة التأديب والتحريم

٢ . ما يتعلق بحقوق العباد ، فتصرفاته على ثلاثة أقسام :

- (أ) التصرفات النافعة نفعاً محضاً فهذه تنفذ وتصح .
- (ب) التصرفات الضارة ضرراً محضاً فهذه لا تصح منه ، ولو أجازها الولي ؛ لأنه لا يملكها .
- (ج) التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهذه موقوفة على إجازة الولي ، إن أجازها صحت وإلا فلا .
- وعقد التحكيم من النوع الثالث الدائر بين النفع والضرر ، لكن لما كان له بديل أنفع منه ، وهو التقاضي لدى القضاء وكان الاحتياط فيه أولى ، ومنعه من التحكيم أسلم .
- ولذلك الفقهاء يطلبون لصحة التحكيم أهلية المحكم ، حتى منعوا نائبه أن ينوب عنه في ذلك ، لاحتمال أن يضره التحكيم .
- وإذا علمنا ذلك ، فإنه يجب على المتحاكمين عن طريق الإنترنت، أن تتوفر فيهم الأهلية الكاملة ، لكي تصح منهم تصرفاتهم ، وتكون نافذة .
- فإذا عقد ناقص الأهلية اتفاقاً للتحكيم بواسطة الانترنت ، فإنه يكون عقده باطل ، لان منعه من التحكيم أسلم له وأحوط له ولذا لا بد من حلول لكيفية معرفة أهلية المتعاقدين ، لكي لا يتعرض العقد للبطلان .
- أما الطرف الثاني : فهو المحكم : وقد عقدت للكلام عنه مبحثاً خاصاً في الفصل التالي ، لأهميته وكثرة أحكامه .

رابعاً: النظام الواجب تطبيقه في الفقه الإسلامي: يحدد - في الغالب - أطراف التعاقد النظام الذي يجب تطبيقه على اتفاق التحكيم، وهذا الاتفاق صحيح ويعمل به لقوله ﷺ "والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً" سبق تخريجه

ولكن هذا الاتفاق محكوم بقاعدة شرعية أساسية هي أن يكون هذا النظام الذي اتفق عليه المتعاقدان راجعاً إلى الشريعة الإسلامية ومستمداً منها. وهذه المسألة مقررة في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ ، قال تعالى :
 " { فَإِن تَنَارَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ } " سورة النساء : ٥٩

وهذا من حيث الأصل العام ، ولكن أحيانا يضطر الشخص للتحاكم لمحاكم غير إسلامية ، لاسيما في المنازعات الدولية ، فهل يترك حقه يذهب إلى غيره ، وأحيانا تكون أموالا طائلة ، أو يتحاكم لمحاكم غير إسلامية للحصول على حقه المشروع ؟

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي " إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلًا، لما هو جائز شرعا قرار رقم : ٩١ (٩/٨) مجلة المجمع (ع ٩ ، ج ٤ ص ٥)

المبحث السادس : موقف النظام السعودي من اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت:

لقد صدر في المملكة العربية السعودية أول نظام للتحكيم ضمن نظام المحاكم التجارية في عام ١٣٥٠هـ ، وذلك بالأمر السامي رقم (٣٢) وتاريخ ١٣٥٠/١/١٥هـ ، ثم صدر نظام متكامل للتحكيم ، مستفيداً مما صدر سابقاً في هذا الشأن ، وبما صدر في بعض البلاد العربية ، فأخذ هذا النظام بمحاسن ما سبق ، مما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية .
ولذا سنلاحظ التشابه الكبير والموافقة مع أحكام التحكيم الإسلامي ، ونظام التحكيم السعودي .

أولاً : أنواع الاتفاق في نظام التحكيم السعودي . أخذ النظام السعودي في مادته الأولى بصحة النص على التحكيم في صلب العقد وقبل حدوث الخلاف ، كما أجاز الاتفاق على التحكيم عند وقوع النزاع ، فنصت المادة الأولى من نظام التحكيم ، على أنه (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم ، كما يجوز لاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين) وبهذا يتفق النظام السعودي مع قواعد الشريعة الإسلامية من حيث جواز أنواع الاتفاق (شرط ومشاركة التحكيم) .

ثانياً: محل التحكيم في النظام السعودي: نصت المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي ، على عدم قبول التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح .

ويتضح بأن النظام هنا اعتمد على القول الراجح من أقوال الفقهاء في المسائل التي يجوز فيها التحكيم وما لا يجوز.

ثالثاً : ما يتعلق بالأهلية : نصت المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي في جزئها الثاني , على اشتراط وجود الأهلية في التصرف من طرفي التحكيم , وقد بينت اللائحة التنفيذية درجة الأهلية وما لا يجوز تصرفه في ذلك , حيث نصت بأنه " لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا من له أهلية التصرف كاملة, ولا يجوز للوصي على القاصر أو الولي المقام , أو ناظر الوقف اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن مأذوناً له من المحكمة المختصة"

رابعاً : ما يتعلق بالكتابة في اتفاق التحكيم في النظام التحكيم السعودي من المعلوم أن اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت يعني أن الإنترنت هو الوسيلة الوحيدة للكتابة فيه , وقد بينا سابقاً طريقة اتخاذ اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت والإجراءات الإلكترونية.

والسؤال هنا :هل هذا يحتج به في نظام التحكيم السعودي؟

ففي نظام التحكيم السعودي, يجب التصديق على اتفاق التحكيم المكتوب من قبل المحكمة المختصة , ويشترط في وثيقة التحكيم :

١. أن تكون موقعة من الخصوم أووكلائهم الرسميين المفوضين.
٢. أن تكون موقعة من المحكم أو من المحكمين إذا تعددوا .
٣. أن يبين بها موضوع النزاع.
٤. أن يبين بها أسماء الخصوم.

٥. أن يبين بها أسماء المحكمين وقبولهم نظر النزاع.

٦. أن ترفق بها صورة من المستندات الخاصة بالنزاع نظام التحكيم السعودي

المادة السادسة.

وبالنظر إلى نصوص نظام التحكيم في السعودية لا تستطيع أن تحتج به على جواز إجراءات اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت ، إذ أن ظاهر المواد هو قصد الكتابة التقليدية العادية على أوراق مادية ، يوقع عليها أصحاب الشأن ، لاسيما وأن اتفاق التحكيم في النظام السعودي ذو طبيعة تعاقدية.

ولكن حينما تلقي النظر إلى نظام التعاملات الإلكترونية الصادر بقرار رقم (٨٠) وتاريخ ٨/٣/٢٠١٤هـ.

فربما نجد مستنداً نظامياً لاتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت.

ففي المادة الأولى من النظام ، فسرت التعاملات الإلكترونية بأنها (تبادل أو تراسل أو تعاقد ، أو أي إجراء آخر يبرم أو ينفذ بشكل كلي أو جزئي بوسيلة إلكترونية)

وهذه المادة تعطي _الشرعية_ للإنترنت في الجملة ، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت يعد من التعاملات الإلكترونية المعتمدة في الجملة في النظام السعودي.

ونجد في المادة السابعة من نظام التعاملات الإلكترونية ما يدل صراحة على أن أي نظام يطلب سجلات ووثائق أو معلومات وتكون مكتوبة ، فإن تقديمها في شكل إلكتروني يفني بهذا الغرض .

وجاء في المادة الأولى من النظام في بيان توضيح معنى (إلكتروني) من الفقرة التاسعة بأنها : تقنية استعمال وسائل كهربائية أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة) ، والإنترنت يدخل في مقصود هذه المادة .

ويتبين من ذلك بأن اتفاق التحكيم بواسطة الإنترنت وسيلة معتمدة ، حسب مواد هذا النظام

ولكن المادة السادسة من نظام التعاملات الإلكترونية ، ذكرت شروطاً لاعتماد تلك الوسيلة وهي :

(أ- حفظ السجلات الإلكترونية بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو تسلم به ، أو بشكل يمكن من إثبات أن محتواه مطابق للمحتوى الذي أنشئ به أو أرسل به أو تم تسلمه به .

ب- بقاء السجل الإلكتروني محفوظاً على نحو يتيح استخدامه والرجوع إليه لاحقاً

ج- أن تحفظ مع السجل الإلكتروني المعلومات التي تمكن من معرفة المنشئ والمرسل إليه وتاريخ إرسالها وتسلمها ووقتها)

الإيجاب والقبول في التعامل الإلكتروني : ذهب المنظم السعودي إلى مزيد من التوسع والانفتاح , حتى جعل أنه يمكن أن ينعقد الإيجاب والقبول عبر التعامل الإلكتروني , ويعد العقد صحيحاً وقابلاً للتنفيذ , وجاء في المادة العاشرة من نظام المتعاملات الإلكترونية من الفصل الثالث أنه : (يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول في العقود بوساطة التعامل الإلكتروني , ويعد صحيحاً وقابلاً للتنفيذ , متى تم وفقاً لأحكام هذا النظام)

خامساً: النظام الواجب تطبيقه في النظام السعودي : حرص المنظم السعودي في ضبط أحكام التحكيم , بحيث لا تخالف الشريعة حيث جاء في اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم من المادة الثالثة: (... وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة)

وأما ما يتعلق بالتحكيم الدولي , فليس للدولة تدخل في اختيار النظام الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم , بل هو من اختصاص المتعاقدين في الأصل .

إلا أنه حينما يريد صاحب الحق تنفيذ حكم التحكيم في المملكة العربية السعودية فإنه لا يكون قابلاً للتنفيذ في السعودية إلا إذا صدر أمر بالتنفيذ من الجهة القضائية المختصة (وهي المحاكم الإدارية في ديوان المظالم) , والجهة القضائية تتأكد من توافر الشروط التي ينص عليها نظام المرافعات الشرعية فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام الوطنية الداخلية ,

وبالتالي سوف يحرص القاضي أن يكون الحكم موافقا للشريعة الإسلامية , ويراعي نص المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي أنه "لا يقبل التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ..". نظام ديون المظالم الصادر في تاريخ ١٩ / ٩ / ١٤٢٨ هـ المادة ١٣ , وانظر المادة الخامسة , الفقرة (أ) من اتفاقية

نيويورك.

الفصل الثاني

إجراءات التحكيم الاللكترونية بواسطة الانترنت.

ويشتمل على المباحث التالية :

المبحث الأول: النظام الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الاللكترونية

وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة , والذي أقرته اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨م , المادة الخامسة , فإن لأطراف اتفاق التحكيم الحرية الكاملة في تحديد النظام الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وهناك عدة إمكانيات متاحة أمام الخصوم عند اختيار إجراءات التحكيم على النحو التالي:

- ١ _ قد يتولى الخصوم بأنفسهم وضع إجراءات التحكيم
 - ٣ _ الاتفاق على اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين .
 - ٤ _ قد يتفق أطراف التحكيم على اتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم
- وتبدوا الصعوبة عند عدم اتفاق الأطراف على قواعد تحكم إجراءات التحكيم.

بعضهم يرى وجوب الرجوع لقانون مكان التحكيم, وهذا ما عليه اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م, المادة الخامسة, ولكن ما هو المقصود بمكان التحكيم, هل هو قانون الدولة التي تنعقد فيها هيئة التحكيم لأول مرة, أو قانون الدولة التي يصدر فيها حكم التحكيم؟

يقال في الإجابة على هذا الإشكال أنه ينبغي تحديد مكان التحكيم منذ إجراءات التحكيم إما على أساس اتفاق الأطراف, أو المكان الذي تعينه هيئة التحكيم عند عدم الاتفاق

وقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى إكمال إرادة الأفراد بقواعد

القانون الدولي العام

مجال تطبيق القانون الذي يحكم الإجراءات: يسري القانون الذي يتفق عليه الأطراف أو يحدده المحكم, على كافة إجراءات التحكيم منذ بدايتها حتى نهايتها وهذا ما قرره المادة ٢١ من القانون النموذجي (الأنسترال)

ولكن إذا لم يتفق الأطراف على تحديد بداية الإجراءات, فهناك اتجاه يرى أن بداية الإجراءات من وقت إيداع وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع وهذا ما عليه نظام التحكيم السعودي المادة الخامسة.

واتجاه يرى أن بداية الإجراءات من وقت تسليم المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي, وهذا ما عليه قانون لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي المادة ٢١.

وتأتي الإشكالية هنا في مدى مناسبة هذا الأمر بالتحكيم بواسطة

الانترنت!

يتمتع الأطراف بجرية كاملة في تحديد القانون الذي يحكم الإجراءات الالكترونية , كما يمكنهم الخضوع لإحدى لوائح هيئات التحكيم , ويمكنهم اختيار قانون وطني باعتباره القانون الواجب التطبيق .

وفي حالة عدم اختيار لائحة تحكيم الكترونية , فإنه يتعين عند بعض شراح القانون أن يحدد الأطراف في اتفاقهم التحكيمي الاشتراطات الفنية

وفي هذا الإطار تقرر المادة ١٤ _ من لائحة المحكمة الالكترونية من خضوع إجراءات التحكيم للقواعد الإجرائية التي تنص عليها لائحة المحكمة مع مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام ,

وبالنسبة لاتفاقية نيويورك ١٩٥٨ م , فقد قررت الرجوع لمكان التحكيم , إذا لم يتفق الطرفان على مكان معين , ويمكن تحديد ذلك في التحكيم العادي , ولكن الصعوبة تكون في تحديد مكان التحكيم في التحكيم بواسطة الانترنت .

فقد ذهب اتجاه إلى أن مكان التحكيم عبر الانترنت بالرجوع إلى مكان المحكم

, وذهب اتجاه آخر أنه ينبغي الرجوع إلى مكان مقدم الخدمة .
وذهب اتجاه آخر إلى ترك تحديد مكان التحكيم لهيئة التحكيم .

وذهب اتجاه آخر إلى عدم إسناد التحكيم الإلكتروني إلى قانون مكان التحكيم.

والحل الأقرب هو ترك الحرية للأطراف في تحديد مكان وهمي للتحكيم لعدم وجود مقر مادي للمحاكم الإلكترونية .

المبحث الثاني : اختيار المحكم ومكانه

أولاً: تعيين المحكمين: يمكن تعيين المحكمين بأساليب ثلاث :

الأولى: تسمية المحكمين باتفاق الأطراف

الثانية: تسمية المحكمين من قبل الغير برضاء الأطراف

الثالثة: أن يقوم كل طرف بتسمية محكم على أن يقوم المحكمان المختاران من قبل الطرفين بتسمية المحكم الثالث المادة (١١) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

وأما في حالة رجوع الأطراف لهيئة التحكيم , فإن حرية الأطراف في تعيين المحكمين تكون مقيدة بنظام تلك الهيئة .

ثانياً: صفات المحكم واستقلالته

يجب ان تتوافر في المحكم الحيطة والنزاهة والاستقلالية ،تنص المادة ٩ من نظام المحكمة الإلكترونية , على ضرورة أن يكون المحكم مستقلاً في مواجهة الأطراف بما تستلزمه هذه الاستقلالية من عدم وجود أي علاقة من أي نوع بينه وبين أطراف التحكيم.

ويجب_ كما في لائحة المحكمة الالكترونية_ على المحكّم أن يعلن قبل تعيينه عن هذه الاستقلالية.

ثالثا: رد المحكمين : جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري من المادة (١٣) انه " للطرفين حرية الاتفاق على إجراءات رد المحكّم مع مراعاة أحكام الفقرة ٣ من هذه المادة"

كما نظمت المادة(١٠) من لائحة المحكمة الالكترونية , إجراءات رد المحكمين , وهذا الرد يجب أن يكون مؤسسا , إما على عدم الحيدة من المحكم , أو عدم الاستقلالية , ويجب أن يقدم طلب الرد خلال ١٠ أيام من تاريخ تعيين المحكم , أو من تاريخ علم الطرف طالب الرد بالأسباب التي بني عليها طلب الرد , ولا يُلتفت إلى طلب الرد الذي يقدم بعد فوات الميعاد , وتفصل سكرتارية المحكمة في طلب الرد المقدم بقرار نهائي غير قابل للطعن

رابعا: استبدال المحكمين: نصت المادة ١١ من لائحة المحكمة الالكترونية , على إمكانية تعيين محكم بدلا من المحكم الذي سبق تعيينه لنظر نفس النزاع , وذلك إذا لم يتم بواجباته , أو إذا تم رده , أو استقالته بعد قبول سكرتارية المحكمة له , أو في حالة قيامه بإجازة.

المبحث الثالث : سير المرافعة الالكترونية بواسطة الانترنت
المطلب الأول: عرض الوثائق والطلبات من المدعي(المحتكم)

تمر الخصومة التحكيمية عبر ذلك المركز بعدة مراحل , تشمل على إجراءات يتعين اتباعها, من قبل طرفي التحكيم , إذا أرادا عرض النزاع عبر مركز التحكيم والوساطة.

وهي كالتالي:

١. التوجه لموقع مركز التحكيم المعين على شبكة الانترنت , والنقر بعدها على مفتاح إحالة النزاع , فيظهر على الشاشة نموذج طلب التحكيم معد سلفا من قبل مركز التحكيم.

٢. يتعين على المحكم أن يكتب في طلب التحكيم ما يلي :

أ_ طبيعة النزاع وظروفه.

ب_ ذكر أسماء ممثلية في نظر النزاع المواد:(٦,٧,٨,٩) مركز تحكيم ووساطة Wipo

ج_ تحديد عدد المحكمين(١,٣,١٠٠٠).

د_ اختيار الإجراءات المتبعة خلال نظر النزاع.

وسيعطى مهلة أسبوع _ بعد تسليم طلب التحكيم_ لكي يختار الإجراءات المقترحة .

هـ _ إرفاق نسخة عن اتفاق التحكيم للمركز.

و_ إعداد قائمة بالأدلة والبيانات المستند إليها في الادعاء.

ز_ إرسال طلب التحكيم بعد ذلك للمركز وللمحتمك ضده(المدعى عليه)

وللمحتكم الخيار بأن يترك للمركز الإخطار للمدعى عليه بطلب التحكيم , أو هو يخطره بنفسه , وإذا اختار الخيار الثاني , فعليه أن يخطره في مدة أقصاها عشرون يوما من وصول الادعاء للمركز , وإلا عد المحتكم راجعا عن طلبه في إحالة النزاع للتحكيم.

ح_ أداء الرسوم الإدارية المحددة وفق جدول مرسوم .
ويبدأ تاريخ النظر في النزاع بعد استلام طلب التحكيم مباشرة , ولو لم يدفع الرسم الإدارية. المادة ٤١/ب,ج مركز تحكيم ووساطة Wipo

المطلب الثاني: عرض الوثائق والطلبات من المدعى عليه(المحتكم ضده)
بعد إخطار المدعى عليه بطلب التحكيم , يمنح مهلة عشرين يوما لإرسال جواب للمركز , و الذي يجب أن يتضمن النقاط التالية:
١ _ دفعه واعتراضاته على الادعاء.
٢ _ إعداد قائمة بالبيّنات المؤيدة لدفاعه.
٣_إرفاق بيناته مع الجواب , أو يؤجل تقديمها لمرحلة لاحقة.
٤ _ تحديد عدد المحكمين(١,٣...٠) مع فقدان المدعى عليه هذه الخيار في حال اختار المحتكم لثلاثة محكمين لنظر النزاع, إذ يتعين عليه هنا إرسال قائمة بأسماء ثلاثة محكمين من قائمة:

وعلى فرض تأييده لوجود محكم فرد، عليه إخطار المركز بذلك خلال ١٥ يوماً من بدء التحكيم، وإلا كان الخيار للمركز في الاختيار. المادة ١٤ (أ، ب) مركز تحكيم ووساطة wipo _ وان اعترض المدعى عليه بالمحكم الفرد، فيتعين عليه أداء الرسوم الإدارية عن ثلاثة محكمين.

بنكول المحكم عن دفع الفرق في الرسوم الإدارية خلال المهلة أعلاه، عد راجعاً عن إدعاءه

_ وباستلام المركز الجواب، ومع وجود أي نقص في بيّنات المحكم ضده فسيخطره المركز بذلك خلال أسبوع من استلام الجواب، ومنحه مهلةً يومين لإكمال النقص.

_ تجدر الإشارة أن للمحتم ضده أن يرفق مع جوابه ادعاءً مقابلاً أو لاحقاً خلال إجراءات نظر النزاع.

_ يعين المركز موعد المحاكمة بتمام بيّنات فريق النزاع، وتحديد تاريخ صدور قرار الهيئة، وذلك خلال ٣٠ يوماً من استلامه الجواب.

_ جلسات المحاكمة سرية وسريعة، لا تتجاوز ثلاثة أيام في حال طلب سماع الشهود أو طلب الخبرة الفنية، أو لتقديم أية بينة سبق أن أشار إليها أي من الفريقين ضمن قائمة بيّناته، وإخطار المركز أنه سيقدمها وقت المحاكمة. المواد (٤٢/ج)، (٣٩/أ)، (٥٣/د)، مركز تحكيم ووساطة wipo

المطلب الثالث: طعون أطراف الدعوى على سير المرافعة الالكترونية يجوز

لأطراف الدعوى تقديم الطعون في موضعين :

الموضع الأول: حين طلب رفع النزاع , فالمدعى عليه يقدم دفعه وطعنه

بعد طلب المدعي التحكيم في مدة ٢٠ يوم ... , وبالمقابل فإن المدعي يتم

تزويده بنسخة من طعون المدعى عليه ليقوم بالرد عليها , وهذا الإجراء

يكون قبل بداية جلسات المحاكمة .

الموضع الثاني: في أثناء جلسات المحاكمة , وذلك أمام هيئة التحكيم,

ويكون مركز التحكيم قد أُبلغ من الجانبين _ المدعي والمدعى عليه_ بأن في

حيازتهم ما يطعن به أحدهم ضد الآخر, وأنهم سيقدمونها خلال الجلسات

في المحاكمة. حيث إنهم لم يسبق أن قدموا تلك الطعون أو الدفع قبل

جلسات المحاكمة. المادة(٤٤), مركز تحكيم ووساطة wipo

وفي هذا الموضع , تقتصر إجراءات المحاكمة أمام هيئة التحكيم على ثلاثة

أنواع من البنات , والتي تتضمن إما إدعاء أو جواب. وهي :

أولاً: البيئة الخطية:الأصل أن يقدم فريقا النزاع دفعهم وبيئاتهم دفعة واحدة

, وذلك عند رفع النزاع , بالنسبة للمحتكم ضده المادة (١٣ / ب), مركز تحكيم

ووساطة wipo

ثانياً: البيئة الشخصية:وهذه البيئة لها خطوات عملية لمن أراد الاستعانة

بشهود في سير الدعوى , وهذه الخطوات تتمثل في :

١_ إخطار هيئة التحكيم مسبقاً برغبته في الاستعانة بهم.

٢_ تحديد الوقائع التي يطلب سماع شهادتهم فيها.

٣_ تزويد الهيئة بأسمائهم وعناوينهم .

بعد موافقة الهيئة على سماع شهادتهم , توضع لهم آلية سماعهم , وهي:

١_ إما تكون عن طريق الهاتف.

٢_ أو استدعائهم لجلسة سرية.

ونفقة الشاهد على من أتى به , وعليه أيضا مسؤولية صون الشاهد ,

وحفظه سرية ما شهد عليه , وسائر ما اطلع عليه أثناء الجلسة وخارجها.

المادة (٥٤/أ،ب،ج،د) مركز تحكيم ووساطة wipo

ثالثا: الخبرة الفنية: يشترط للاستعانة بهم:

١_ إخطار الهيئة بذلك في وقت معقول قبل المحاكمة.

٢_ ذكر اسم الخبير.

٣_ تحديد الواقعة المطلوب إجراء الخبرة حولها.

وبعد موافقة الهيئة تجعل مهلة ٣٠ يوما على الأكثر , لتسليم تقرير الخبير ,

ويقوم الأطراف بعدها بمناقشة الخبير عن التقرير, وتقديم انتقادات خطية ضد

التقرير, ثم للهيئة الخيار الأخذ بالتقرير أم لا, وتفقد الهيئة هذا الخيار.

ثم بعد انتهاء سماع البيانات يحدد موعد لصدور قرار التحكيم خلال

ثلاثين يوما, قابل للتأجيل عند الاقتضاء. المواد (٤٩/أ) , (١٢) ,

٥٥/أ،ب،ج،د), (٦٣/ب) مركز تحكيم ووساطة wipo

المبحث الرابع : موقف الفقه الإسلامي من إجراءات المرافعة الالكترونية

أولاً: اختيار المحكم ومكانه:

المحكّم: هو الشخص الذي يحتكم إليه. وهو الطرف الثاني في عملية

التحكيم

ولقد اتفقت جميع المذاهب الفقهية في اشتراط كمال الأهلية في المحكم
وإذا نظرنا في الشروط التي اشتطرت في المذاهب الأربعة , نجد أنهم اتفقوا
على الشروط التالية:

١_الإسلام ٢_العقل

٣_البلوغ

٤_ البصر, وعند المالكية ليس شرط صحة بل يوجب العزل

٥_ الكلام

٦_ السمع , وعند المالكية ليس شرط صحة بل يوجب العزل واختلفوا في

:

١_ الذكورة: قال الحنفية: يجوز للمرأة أن تتولى القضاء في غير الحدود

والقصاص

٢_ الاجتهاد: قال الحنفية : إن وجد فلا يولى غيره

٣_ العدالة : قال الحنفية : إن وجد العدل فلا يولى غيره

وزاد الشافعية: الكفاية وفسروها بالقدرة العقلية والجسمية على مهام

القضاء

والصحيح أنه لا يشترط الاجتهاد , بل يكفي أن يعلم الحكم الذي يحكم

فيه

ومن المتفق عليه عند جمهور العلماء أن المحكمين إذا كانا اثنين , أنه يجب اتفاقهم على الحكم , وإلا لم يلزم , وذلك لأمر:

(١) أن علي بن أي طالب رضي الله عنه وأبا موسى الأشعري

رضي الله عنه - حكما معاوية وعمرو بن العاص رضي الله

عنهما - ورضيا بحكهما

والذي يظهر جواز الحكم بالأغلبية إذا كان عددهم وترا , لأن في زيادة العدد ترجيحاً لأحد الرأيين , إلا أن مثل هذا الأمر ينبغي أن يعلم للمحكمين مسبقاً ليتم الرضا به.

ولا يجوز تحكيم المرأة على الصحيح من أقوال العلماء, لقوله تعالى {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ

أَمْوَالِهِمْ سورة النساء: ٣٤}

{لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة) أخرجه البخاري في صحيحه

, كتاب الفتن , باب ب الفتنة التي تموج كموج البحر

ثانيا: عزل المحكمين ورددهم: اختلف العلماء في جواز فسخ عقد التحكيم ,

أو عزل المحكم قبل الحكم ,

فقد ذهب بعضهم : إلى جواز فسخ عقد التحكيم , من قبل المتخاصمين أو

أحدهما قبل شروع المحكم في النظر في الخصومة , وأما بعد شروع المحكم في

النظر في الخصومة , فلا يجوز لأحدهما الرجوع عن التحكيم , وهذا قول عند المالكية , ووجه عند الشافعية , وأحد الوجهين عند الحنابلة وحجتهم في ذلك :

١. بالقياس على الخصوم عند القاضي , لا يجوز لأحدهما بعد الترافع عند القاضي_ إن يوكل وكيلًا أو ليعزله وذهب بعضهم : أن لكل واحد من الخصمين أن يرجع عن التحكيم مالم يحكم عليهما , فإذا حكم لزمهما , وهذا قول الحنفية والشافعية , وقول عند المالكية , وأحد الوجهين عند الحنابلة

الترجيح: والراجع هو القول الأول , لأنه يترتب على جواز الفسخ هنا الإضرار بالمحكَّم ولاسيما مع وجود العوض , فقد يكتب واثاق, ويحضر معلومات , ويستشير... , ولأنه يضر بأحد الخصمين , فكل من رأى أن الحكم لا يوافق رجوعه , فيبطل المقصود , والله أمر بالإيفاء بالعقود { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } سورة المائدة : ١ , وبذلك يكون عقد التحكيم عقدا لازما لا يجوز فسخه إلا قبل شروع المحكم في النظر في القضية .

وأما في حال التحكيم بواسطة الانترنت , فالتحكيم مرتبط غالبا بعقود أخرى , وبالتالي فلا يصح الرجوع عن شرط التحكيم.
ثالثا: سير المرافعة الالكترونية في الفقه الإسلامي. نلتمس مشروعية المرافعة الالكترونية من عدة أمور:

١- عموم الأدلة الدالة على العدل, وإقامة الحق , وإيصال الحقوق لأهلها
 قال تعالى { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ
 النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا
 { سورة النساء: ٥٨

٢- قول النبي صلى الله عليه وسلم " إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّهُ يَأْتِينِي الْخُصْمُ فَلَعَلَّ
 بَعْضُكُمْ أَنْ يَكُونَ أَبْلَغَ مِنْ بَعْضٍ فَأَحْسِبُ أَنَّهُ صَدَقَ فَأَقْضِي لَهُ بِذَلِكَ
 فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ مُسْلِمٍ فَإِنَّمَا هِيَ قِطْعَةٌ مِنَ النَّارِ فَلْيَأْخُذْهَا أَوْ
 فَلْيَتْرُكْهَا" أخرجه البخاري رقم (٧١٨١), مسلم , , رقم (٨١٨)

٣- أن من مقاصد الشريعة الإسلامية في المحاكمات والتقاضي , هو التيسير
 ورفع الحرج , والتعجيل بالفصل في الخصومة بعد انقضائها , وضبط
 إجراءات التحاكم , وتحقيق الوصول للعدل

رابعاً: حجية التوقيع الإلكتروني التوقيع الإلكتروني عبارة عن ملف رقمي
 صغير يصدر عن إحدى الهيئات المتخصصة والمستقلة ، والمعترف بها من قبل
 الحكومة ، وفي هذا الملف يتم تخزين الاسم وبعض المعلومات الهامة ، كرقم
 التسلسل وتاريخ انتهاء الشهادة ومصدرها ونحو ذلك

وللتوقيع الإلكتروني صورتان:

١- التوقيع الرقمي (الكودي) : وذلك عن طريق استعمال عدة أرقام
 يتم تركيبها , لتكوّن في النهاية كوداً خاصاً , يتم التوقيع به.

٢- التوقيع بالقلم الإلكتروني: ويتم ذلك عن طريق استخدام قلم إلكتروني حاسبي , يمكن عن طريقه الكتابة على شاشة الحاسب الآلي, باستخدام برنامج مخصص لذلك. وقد اعترفت بعض الدول بالتوقيع الإلكتروني وسأوت بينه وبين التوقيع العادي في الإثبات

خامسا: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في الفقه الإسلامي

الذي يظهر صحة استخدام التوقيع الإلكتروني، وخاصة التوقيع الرقمي لإثبات التعاملات الإلكترونية في الفقه الإسلامي، وأن هذا يتفق مع مبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية وذلك لما يلي:

١. أن وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية غير محصورة في عدد معين

أو شكل محدد على القول الراجح، بل تشمل كل وسيلة يبيّن فيها

الحق وتوصل إلى العدل

٢. أن القصد من التوقيع دلالاته على صاحبه وعلمه بمضمون الكتابة

التي وقّع عليها، وهذا متحقق في التوقيع الإلكتروني كما هو متحقق

في التوقيع العادي، إن لم يكن أكثر.

٣. أن الكتابة ليست محصورة بشيء معين كالورق، بل تصح على

الأشجار والأحجار والجلود وغيرها

٤. إن التوقيع الإلكتروني الرقمي يحدد هوية المرسل والمستقبل.

سادسا: أجرة المحكم الرسوم الإدارية إن مما يدل على جواز أخذ المحكم

أجرة على التحكيم مايلي:

١- أن القاضي وهو ولاية شرعية يجوز له أخذ رزق من بيت المال، يكفيه هو

وأولاده لقاء تفرغه للقضاء، فإن لم يكن له رزق من بيت المال، جاز له

أخذ الأجرة في أحد الوجهين عند الحنابلة.

فإذا جاز له ذلك , فأولى بالجواز ذلك المحكّم , الذي لا رزق له على عمله هذا من بيت مال المسلمين.

٢_ أن التولية في التحكيم للمحكّم من قبل المتخاصمين , والتولية في القضاء من قبل السلطان , والسلطان يفرض للقاضي ما يكفيه من بيت المال , فكذاك الخصوم.

المبحث الخامس: موقف النظام السعودي من إجراءات المرافعة

الالكترونية

أولاً: اختيار المحكم ومكانه: يتم تعيين المحكم أو المحكمين باتفاق المحكمين , في وثيقة تحكيم يحدد فيها موضوع النزاع , وأسماء المحكمين.. المادة ٥٥, من نظام التحكيم السعودي ..

وعند اختيار المحكم هناك شروط معينة نص عليها نظام التحكيم السعودي من المادة الرابعة منه .

وهي كالتالي:

١_ أن يكون من ذوي الخبرة.

٢_ أن يكون حسن السيرة والسلوك, ونصت اللائحة التنفيذية لناظم

التحكيم, المادة الرابعة

انه (لا يجوز أن يكون محكما من كانت له مصلحة في النزاع ,ومن عليه حكم عليه بحد أو تعزير في جرم مخل بالشرف أو صدر بحقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة او حكم بشهر إفلاسه ما لم يكن قد رد إليه . (اعتباره) .

٣_ أن يكون كامل الأهلية , ولم تحدد المقصود بكامل الأهلية هنا , وليست الأهلية هنا مرادفة لأهلية القاضي في المملكة, بدليل انه جاء في اللائحة التنفيذية للنظام المادة الثالثة , انه يجوز أن يكون المحكم من

الأجانب المسلمين...، ولكن ربما الأمر متروك لاجتهاد جهات مختصة ، وهذا رأي مستتب من مادتين من اللائحة التنفيذية للنظام وهي :

١_ المادة الخامسة ، وفيها(تعد قائمة بأسماء المحكمين بالاتفاق بين وزير العدل ووزير التجارة ورئيس ديوان المظالم...)

٢_ المادة السابعة ، وفيها(على الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تصدر قراراً باعتماد وثيقة التحكيم... وأن تخطر هيئة التحكيم بقرارها) وهل يجوز أن تتولى المرأة التحكيم بين الخصوم في النظام السعودي؟ النصوص النظامية مطلقة وعامة ، وكان من المفترض تقييد المحكم بالرجال ، بناء على القول الراجح في الفقه الإسلامي . أو على الجهة المختصة منع اختيار المرأة للتحكيم .

وإذا لم يختار المتحاكمون محكماً ، عيّنت للجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين ، وذلك بناء على من يهيم التعجيل من الخصوم ، ويكون ذلك بحضور الخصم الآخر ، أو في غيبته بعد دعوته إلى جلسة تعقد لهذا الغرض ، ويجب أن يكون عدد من يعينون مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم ، أو مكماً له ، ويكون القرار في هذا الشأن نهائياً . المادة ١٠: من نظام التحكيم السعودي .

وبناء على ما سبق فإن اختيار المحكمين في النظام السعودي له ثلاث حالات:

(١) الأطراف هم الذين يعينون هيئة التحكيم .

٢) تعيين المحكمين من قبل مراكز وهيئات التحكيم.

٣) تعيين المحكمين من قبل القضاء الوطني (الجهة المختصة أصلاً بنظر

النزاع). هذا مقتضى المواد ٦,١٠ من نظام التحكيم السعودي , والمواد ٦,١٢ من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي.

ثانياً: عزل المحكمين وردهم لا يجوز عزل المحكم إلا بتراضي الخصوم , ويجوز للمحكم المعزول المطالبة بالتعويض.

ويجوز رد المحكم عن نظر النزاع اذا كان قام بسبب من أسباب الرد , وقد جاء في المادة (١٢) من نظام التحكيم السعودي , على أنه "يطلب رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي "

وهذه الأسباب المذكورة في نظام المرافعات الشرعية , المادة (٩٢)

وهي :

١. إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها..
٢. إذا حدث له أو لزوجته خصومة مع احد الخصوم أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المنظورة أمام القاضي , ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه.
٣. إذا كان لمطلقة التي ولد منها ولد , أو لأحد أقاربه , وأصهاره إلى الدرجة الرابعة , خصومة قائمة أمام لقضاء مع احد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته , ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت أمام القاضي بقصد رده.

٤. إذا كان أحد الخصوم خادما له، أو اعتاد مؤاكلته أو مساكنته ...

٥. إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة.

فينظر لأسباب الرد هنا فتطبق على المحكم ، مع إمكان تنحي المحكم عن نظر النزاع بعد قبوله قبل القيام بمهمته، ويترتب على عزل المحكم أو اعتزاله امتداد الميعاد المحدد ثلاثين يوما كما في المادة (١٤) من نظام التحكيم السعودي.

ويتفق النظام السعودي مع الفقه الإسلامي من أن العقد يكون لازما للخصمين ولا يفسخ إلا برضى المتخاصمان

وقد بين نظام التحكيم السعودي المادة (٢٢)، أن أتعاب المحكمين تحدد في اتفاق الخصوم ، وما لم يدفع منها ، يودع لدى الجهة المختصة لتسلمها للمحكمين خلال أسبوع من تاريخ صدور الأمر بتنفيذ الحكم.

ثالثا: سير المرافعة الالكترونية في النظام السعودي

يتولى كاتب الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع كافة الإخطارات والإعلانات المنصوص عليها في نظام التحكيم السعودي المادة: ٨ من نظام التحكيم السعودي.

وحين أصدرت المملكة العربية السعودية نظام التعاملات الالكترونية

، كان تعزيزا لقبول

العقود الالكترونية ، وبالتالي أصبحنا أمام حجية التعامل الالكتروني ، والذي يدخل في نطاقها كل تبادل أو تراسل أو تعاقد ، أو أي إجراء

آخر يبرم أو ينفذ عبر وسيلة إلكترونية المادة الأولى من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي, الفقرة الأولى

ولكن السؤال هنا : ما مدى حجية البيانات المرسلّة من خلال المرافعة الإلكترونية , وهل التوقيع الإلكتروني حجة إثبات أمام النظام السعودي؟ إن التوقيع الإلكتروني هو: "بيانات إلكترونية , مدرجة في تعامل إلكتروني , أو مضافة إليه , مرتبطة به منطقياً تستخدم للإثبات هوية الموقع وموافقته على التعامل الإلكتروني , واكتشاف أي تعديل يطرأ على هذا التعامل بعد التوقيع عليه" المادة الأولى من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي , الفقرة التاسعة

وقد نصت المادة التاسعة من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي , أن "التوقيع الإلكتروني دليلاً في الإثبات"

وفي المادة الثامنة جاء فيها : "يعد السجل الإلكتروني أصلاً بذاته عندما تستخدم وسائل فنية , تؤكد سلامة المعلومات الواردة فيه من الوقت الذي أنشئ فيه بشكله النهائي على أنه سجل إلكتروني , وتسمح بعرض المعلومات المطلوب تقديمها متى طلب ذلك"

ويراعى عند تقدير حجية التعامل الإلكتروني مدى الثقة فيما يلي :

١. "الطريقة التي استخدم في إنشاء السجل الإلكتروني أو تخزينه أو إبلاغه وإمكان التعديل عليه.

٢. الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات.

٣. الطريقة التي حددت بها شخصية المنشئ." المادة التاسعة من نظام التعاملات

الالكترونية السعودي , من الفصل الثاني

وقد بينت اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي البند (و) , كيفية تحديد مكان التحكيم , حيث يتضمن الإخطار اسم هيئة التحكيم ومقرها وموضوع الإجراء والتاريخ المحدد له , وهذا حل لمشكلة المكان في التحكيم بواسطة الانترنت .

وإجراءات التحكيم تبدأ من وقت إيداع وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي . المادة : ٥ .

وبذلك يتبين أن النظام السعودي قد جرى مجرى الفقه الإسلامي , في جواز المرافعة الالكترونية , وأن الوثيقة الالكترونية لها حكم الوثيقة المادية , من حيث الإثبات ونحو ذلك .

الفصل الثالث

إصدار حكم التحكيم بواسطة الانترنت والأمثلة المعاصرة.

ويشتمل على المباحث التالية :

المبحث الأول: تمهيد في حكم التحكيم بواسطة الانترنت.

المطلب الأول: كيفية إصدار حكم التحكيم بواسطة الانترنت.

جاء في نظام مركز التحكيم التابع للمنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية (WIPO) , أن الحكم يصدر حكم التحكيم كتابة , وتكفي الأغلبية لصدوره مع توقيعه عليه من الرئيس والأعضاء , مع ذكر رأي العضو المخالف , إن لم يكن الحكم بالإجماع.

ويتضمن القرار بالإضافة للحكم على:

٣. تاريخ ومكان صدور الحكم .

٤. أجور المحكمين , نفقات تنقلاتهم , اتصالاتهم, أجور الخبراء وأية

نفقات أخرى استلزمها عملية التحكيم.

٥. تسبيب القرار ما لم يتفق الأطراف على عدم التسبيب المادة ٧١/أ

وتقوم هيئة التحكيم, بتزويد المركز بالقرار ليتم تسليمه للأطراف , ويعد

الحكم ملزماً لهم بمجرد الاستلام.

يبقى للأطراف بعد استلامهم قرار الحكم في الرجوع للهيئة , وسؤالها حول أمور محددة , وهي تصحيح أية أخطاء اعترت القرار , وهي المادية , الحسائية , أو تفسير القرار إذا شابه غموض , وإذا ما أغفلت الهيئة في ان تحكم في أي طلب , فللأطراف أن يطلبوا صدور حكم إضافي , وما ينطوي عليه من الحق في تقديم ما يثبتته , أو يدحضه من الطرف الآخر. المادة ٦٢ , ٦٣ , مركز تحكيم ووساطة WIPO

وللهيئة من تلقاء نفسها تصحيح أي أخطاء مادية او حسائية , وذلك خلال ثلاثين يوما من صدور القرار المادة : ٦٦/أ,ب,ج مركز تحكيم ووساطة WIPO .

المطلب الثاني: حجية حكم التحكيم بواسطة الانترنت

الحجية تنصرف إلى المستقبل وتعمل خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم , أما قوة الأمر المقضى , فتعمل داخل الخصومة للدلالة على ما يتمتع به القرار من قابلية , أو عدم قابلية الطعن بطرق الطعن. ويلاحظ انه وإن كان حكم التحكيم يتمتع بحجية , فإن هذه الحجية ليست مطلقة , وإنما يتحدد نطاقها بنطاق اتفاق التحكيم.

المطلب الثالث: موقف الفقه الإسلامي من إصدار الحكم وحجيته

إن على المحكّم بعد أن يستوفي كلام الخصمين وحججهما, وبياناتهما, المبادرة إلى الحكم في القضية, وإذا اتضحت وبان الحق فيها, ويحرم عليه تأخير ذلك.

ويدل لذلك ما رواه عبد الله بن الزبير رضي الله عنه - انه حدّث " أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير عند النبي صلى الله عليه وسلم, في شراج الحرّة التي يسقون بها النخل, فقال الأنصاري: سرّح الماء يمر, فأبى عليه, فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم, فغضب عليه وسلم, فقال للزبير: اسق يا زبير, ثم أرسل الماء لجارك, فغضب الأنصاري, فقال أن كان ابن عمّتك؟ فتلوّن وجه النبي صلى الله عليه وسلم, ثم قال: اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر, فقال الزبير: والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك, { فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا } سورة النساء: ٦٥: متفق عليه, أخرجه البخاري واللفظ له (٨٣٢/٢), وأخرجه مسلم (١٨٢٩/٤).

والواجب على المحكّم في عبر الانترنت, أن يبادر في الفصل في القضية, ويكون حكمه نافذا لاسيما مع رضا الطرفين. ويكون حكم المحكّم لازم وباق لا يتغير, فلو غاب المحكّم, أو أغمي عليه.

إلا أن الفقهاء بحثوا مسألة اشتراط الرضا بعد الحكم, فهل يشترط تراضي

الخصمين لنفوذ الحكم: فيه قولان:

القول الأول: لا يشترط الرضا بعد الحكم , وان حكم الحكم نفذ حكمه على المتحاكمين ولزمهما , وليس لأحدهما الرجوع عن تحكيمه. وهذا قول الجمهور, من الحنفية, والمالكية, والحنابلة.

وحجة هذا القول:

١_ ماروي مرفوعا, عن النبي ﷺ انه قال "من حكم بين اثنين تراضيا به, فلم يعدل بينهما فعليه لعنة" أخرجه أبو الفتح الأزدي في كتابه: المخزون في علم الحديث (١١٨/١), لسان الميزان (٣_١٣٣), وانظر تنقيح التحقيق للذهبي (٢_٣٢١) والنتيجة أن الحديث ضعيف

٢_ لولا اللزوم لما كان للترافع إليه معنى .

القول الثاني: يشترط رضا الخصمين بعد الحكم , فلا يلزم حكم الحكم إلا بتراضيهما , ويكون ذلك الحكم كالفتوى , وهو أحد قولي الشافعي الترجيح الراجح هو القول الأول.

وبناء عليه فبعد صدور الحكم, عبر الانترنت يجب تنفيذه في مواجهة لمن عليه الحق , ويكون حجة وناظرا .

لمطلب الرابع: موقف النظام السعودي من اصدرا الحكم وحجيته

في نظام التحكيم السعودي , نص على صدور الحكم بالأغلبية , ويشتمل على الأمور التالية:

١_ وثيقة التحكيم.

٢_ ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم.

٣_ أسباب الحكم و منطوقه وتاريخ صدوره.

٤_ توقيعات المحكمين المادة : ١٧.

والحكم الصادر من المحكمين بعد إصدار الأمر بتنفيذه , في قوة الحكم الصادر من الجهة المختصة_وهي ديوان المظالم_ التي أصدرت الأمر بالتنفيذ المادة ٢١ من نظام التحكيم السعودي .

ويصدر المحكمون قراراتهم غير مقيدين بالإجراءات النظامية عدا ما نص عليه في نظام التحكيم ولائحة التنفيذية , وتكون بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية الأنظمة المرعية اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم المادة:٣٩.

المبحث الثاني: الطعن في حكم التحكيم بواسطة الانترنت

المطلب الأول: جهة الاعتراض القضائية فيما يتعلق بالتحكيم بواسطة الانترنت ,تنص المادة (٢٥) من لائحة المحكمة الالكترونية على أنه يعد حكم التحكيم نهائيا , لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف , وقد جاء في الفقرة السادسة من المادة المشار إليها , على أن يعتبر اتفاق الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم , وفقا للائحة المحكمة الالكترونية تنازلا منهم عن الطعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن , وهذا الحكم هو نفس الحكم الذي يقرره نظام القاضي الافتراضي.

ويقترح بعض الباحثين , بناء تنظيمات ذاتية فعالة تدير التحكيم الالكتروني , بداية من الاتفاق على التحكيم وحتى تنفيذ حكم التحكيم , تنظيمات تجنب تقرير بطلان حكم التحكيم من قبل القضاء الوطني . ويرى من الأفضل تضمين هذه التنظيمات , قواعد تكفل الطعن في الحكم الصادر أمام هيئة تحكيم أخرى , يتم تشكيلها خصيصا لنظر الطعن , مع قصر الطعن في الحكم بالبطلان الذي يلحق هذا الأخير لأسباب محددة حصرا , على غرار ما تقرره الأنظمة الوطنية ...

المطلب الثاني : أسباب الاعتراض

يحتوي القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأنسترال) على قائمة حصرية , بالأسباب المحدودة التي يجوز بناء عليها إلغاء قرار التحكيم , والإلغاء هو الطريقة الوحيدة للطعن في حكم التحكيم , وهذه القائمة مماثلة

من حيث الجوهر للقائمة الواردة في مادة(٣٦)الفقرة الأولى المأخوذة من

المادة الخامسة لاتفاقية نيويورك ١٩٥٨ وهي:

١. عدم أهلية الطرفين لعقد اتفاق التحكيم .
 ٢. عدم وجود اتفاق تحكيم صريح .
 ٣. عدم إخطار طالب الإلغاء بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم.
 ٤. عدم استطاعة احد الطرفين عرض قضيته.
 ٥. كون قرار التحكيم يتناول مسائل لا يشملها الاتفاق المعروض على التحكيم .
 ٦. مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو سير إجراءات التحكيم للاتفاق الفعلي بين الطرفين.
 ٧. كون موضوع النزاع متعذر التسوية بالتحكيم ومخالفة السياسة العامة للدولة المراد منها التنفيذ.
- ومن بين الأسباب المنصوص عليها , عدم جواز الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم بناء على طلب الخصم الذي صدر ضده الحكم إلا إذا قدم هذا الخصم الدليل على أن مخالفة تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات التحكيم لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه الحكم في حالة عدم الاتفاق

؟

فإنه في مجال التحكيم بواسطة الإنترنت من الصعوبة تحديد المكان الذي تم فيه التحكيم , ومن ثم لن يكون لدينا قانون البلد الذي تم فيه التحكيم , فكيف يمكن الحكم على مدى صحة تشكيل هيئة التحكيم وإجراءاته؟. ومع أن أسباب الإلغاء تتماثل تقريبا مع أسباب رفض الاعتراف أو التنفيذ, تجدر الإشارة إلى اختلافين عمليين :

أولاً: أن الأسباب المتعلقة بالسياسة العامة بما فيها تعذر التسوية بالتحكيم قد تكون مختلفة في مضامينها رهنا بالدولة المعنية (أي الدولة التي يجرى فيها الإلغاء أو الدولة التي يقع فيها التنفيذ)

الثاني: أن أسباب رفض الاعتراف أو التنفيذ لا تكون صحيحة أو نافذة إلا في الدولة (أو الدول) التي يطلب فيها الطرف المحكوم له الاعتراف او التنفيذ, بموجب أحكام المادة الخامسة (١)(هـ) من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ م و المادة ٣٦ من القانون النموذجي.

المطلب الثالث: موقف الفقه الإسلامي من الطعن في حكم التحكيم

لا يطعن في حكم التحكيم بعد صدوره , ويلزم تنفيذه , لكن ذكر بعض العلماء ثلاث صور, من صور جواز نقض الحكم.

الأولى: إذا حكم بغير مذهبه , بأن كان المختصمان مالكيين مثلاً, وتحاكما إلى مالكي, ثم حكم بغير المذهب فهذا ينقض حكمه , لأنهما لم يحكماه على أن يخرج من قول الإمام مالك وأصحابه..

الثانية: إذا حكم بجور بين لم يختلف عليه العلماء .

الثالثة: إذا كان المحكم ليس كاملاً للأهلية, على خلاف بين العلماء في تفاصيل هذه الأهلية ...
ولا ينقض الحكم إلا بعد رفعه للقاضي_جهة الاعتراض_ لينظر في حجة المعارض

المطلب الرابع: موقف النظام السعودي من الطعن في حكم التحكيم
قد نص نظام التحكيم السعودي على إيداع الحكم في المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع , لكي تصدر قرار تنفيذه...
ولكن قد يحدث في بعض الأحيان اعتراض من أحد الطرفين المتنازعين على الحكم , خلال المدة المبينة في المادة (١٨) , من نظام التحكيم السعودي وهي خمسة عشر يوماً من إبلاغ أطراف النزاع بالحكم , ثم تتولى الجهة التي أودع الحكم لديها بحث الاعتراض , فإذا قبلت الاعتراض فإنها تتولى الفصل في الموضوع , وإلا فينفذ الحكم... المادة: ١٨,١٩ من نظام التحكيم السعودي .

ولا يخرج أسلوب الاعتراض عن قواعد الشريعة الإسلامية , لاسيما أن الجهة التي أودع لديها الحكم تتأكد عند مراجعتها للأوراق_قبل صدور قرار التنفيذ_ انه ليس هنا ما يمنع من الناحية الشرعية...
إلا أن الجهة والمعارض لهما إقامة حجة الاعتراض على الحكم بأحد أسباب الاعتراض المذكورة في قانون (الأونسترال)(٣٦م).

ومن المهم التنبيه هنا أن الأحكام التي تودع هي تلك الأحكام التي تصدر من في المملكة , أما الأحكام الصادرة في الخارج , فإنه طبقا للمستقر عليه فإن هذه تتبع الأحكام الصادرة في بلد أجنبي. , ويكون ديوان المظالم هو المختص بنظرها المادة (١٣/ ز) من نظام ديوان المظالم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٨/م) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ (الذي حل محل نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥١/م) وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ) قد نظمت مسألة الاختصاص بتنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية؛ حيث تنص على أن المحاكم الإدارية تختص بالفصل في "طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام المحكمين الأجنبية".

المبحث الثالث: تنفيذ حكم التحكيم بواسطة الانترنت

عندما يفضل الأطراف اللجوء للتحكيم , فإنه يجب عليهم تنفيذ الحكم الصادر من محكمة التحكيم دون تأخير وعليه أن يقدم أصل الحكم أو صورة طبق الأصل منه للاعتراف به , بالإضافة إلى أصل و صورة وطبق الأصل من اتفاق التحكيم قانون الأستزال: المادة ٣٥

ولكن هل يمكن تطبيق شروط تنفيذ حكم التحكيم الذي صدر عن طريق الانترنت؟ وهل يمكن تجاوز المعوقات النظامية؟

المطلب الأول: تنفيذ حكم التحكيم بواسطة الانترنت

الأصل أن تنفيذ حكم التحكيم يتم بالتراضي بين أطراف خصومة التحكيم , الذين ارتضوا من قبل التحاكم عبر التحكيم.

ومع ذلك فإنه يمكن الخروج عن الأصل السابق إذا أبدى أحد الطرفين عدم رضاه بتنفيذ حكم التحكيم الصادر, فالطرف المستفيد من لك الحكم يمكنه اللجوء إلى قضاء دولة التنفيذ طالبا الأمر بالتنفيذ الجبري للحكم.

والوسيلة الالكترونية لا تميز بين الأصل والصورة, إلا أنه جاء في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة والخاص بالتجارة الالكترونية الصادر سنة ١٩٩٨م, المادة ١/٨ انه " عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي, تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا:

١. وجد ما يعول عليه تأكيد سلامة المعلومات عند الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي, وكانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه, عند طلبها. و تنص المادة ٣/٨ على أن, " يكون معيار تقييم سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير... "

وهكذا يمكن أن تماثل الوثيقة الالكترونية الأصل بتوافر شرطين معا: ١. يتعين وجود ضمان إمكان التشغيل فيما يخص كمال المعلومة.

٢. يتعين كذلك ان تكون المعلومة ممكن الكشف عنها للشخص المقدمة إليه

واقضاء كمال المعلومة يتم استيفاءه بمجرد بقاء المعلومة كاملة دون إتلاف أو تشويه.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من تنفيذ حكم التحكيم بواسطة الانترنت

إذا صدر حكم التحكيم بواسطة الانترنت , وأراد المستفيد أن ينفذ هذا الحكم , وقد تأكدنا خلو التحكيم من المخالفات الشرعية , سواء من جانب المحكم , أو من جانب المحكمين , أو من جانب المحكوم به , فإنه لم يبق إلا أن يثبت صدور حكم التحكيم , فهل يفتقر حكم المحكم هنا إلى حكم القاضي ليكون لازماً أولاً؟ .قولان عند الفقهاء :

القول الأول: أن حكم المحكم لا يلزم إلا بعد أن ينظر فيه القاضي , فإن كان موافقاً لرأيه وللحق عنده أمضاه , وإن كان مخالفاً لرأيه وللحق عنده رده . وهذا مذهب الحنفية

القول الثاني : أن حكم المحكم لازم , ولا يفتقر لحكم القاضي , وهذا قول المالكية واحد قول الإمام الشافعي وهذا مبني على القول بعدم اشتراط رضا الخصمين بحكم لحكم , ولزومه لهما وتقدم هناك من قال به .

واستدلوا بما يأتي :ماروي مرفوعاً , عن النبي ﷺ أنه قال "من حكم بين اثنين تراضيا به , فلم يعدل بينهما فعليه لعنة " سبق تحريجه

أن حكم المحكم حكم صحيح لازم , فلم يجوز فسخه لمخالفته رأي القاضي , كحكم من له ولاية من القضاة , لا يجوز لغيره فسخه

وكلا القولين لهما حظ من النظر إلا أن الراجح - والله اعلم -
أن حكم المحكّم واجب التنفيذ على الخصمين من غير حكم
القاضي , لأن المحكّم له ولاية على الخصمين
ولكن هل يستطيع إثبات حكم التحكيم عن طريق الصادر عن
الانترنت ؟

سبق أن بينا أن الشريعة الإسلامية بقواعدها العامة , تجيز استخدام
التوقيع الإلكتروني , وانه وسيلة إثبات معاصرة , يمكن أن يثبت بها اتفاق
التحكيم لكي يقدم بين يدي المحكمة لتنفيذه , وهو بمثابة إثبات الرضا من
الطرفين على التحكيم بواسطة الانترنت ابتداء , و ثم يثبت الحكم بوجود
التوقيع الإلكتروني عليه

وقد دلت النصوص الشرعية على وجوب تنفيذ حكم التحكيم , إذا اكتملت
شروط تنفيذه , قال تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ
لِلَّهِ } سورة النساء : ١٣٥

في الحديث " **مطل الغني ظلم** " متفق عليه , أخرجه البخاري (٧٩٩/٢) , وأخرجه مسلم
(١١٩٧/٣)

**المطلب الثالث: موقف النظام السعودي من تنفيذ حكم التحكيم
بواسطة الانترنت**

إذا صدر حكم التحكيم , من مركز تحكيم أجنبي , فإن هناك شروطا لتنفيذه داخل المملكة العربية السعودية , إما موضوعية أو إجرائية .فأما الشروط الموضوعية تتمثل في:

١. أن يكون الحكم صدر في مسألة يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم.
٢. أن يكون الحكم صدر بناء على إجراءات صحيحة وسليمة .
٣. أن يكون الحكم صادرا في نطاق اختصاص هيئة التحكيم.
٤. أن يكون الحكم نهائيا.
٥. ألا يترتب على تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي مخالفة للنظام العام الآداب العامة في المملكة العربية السعودية.

٦. ألا يتعارض الحكم التحكيمي المطلوب تنفيذه مع حكم قائم في ذات النزاع أو دعوى قائمة سابقا اتفاقية الرياض , الصادرة عام ١٩٨٥م المادة ٣٧: , اتفاقية جامعة الدول العربية الصادرة عام ١٩٥٢ م المادة الثانية, اتفاقية نيويورك , المادة الخامسة.

وأما الشروط الإجرائية فتتمثل في :

١. أصل الحكم الرسمي او صورة منه.
٢. أصل إعلان الحكم المطلوب تنفيذه.
٣. شهادة رسمية تدل أن الحكم نهائيا.
٤. أصل وثيقة التحكيم أو صورة منه.

٥. أن تكون جميع الأوراق المطلوبة والمقدمة مترجمة باللغة العربية. اتفاقية جامعة الدول العربية , المادة الثانية والخامسة واتفاقية نيويورك , المادة الرابعة وجاء في المادة الواحدة والعشرون من نظام التحكيم السعودي "يعتبر الحكم الصادر من المحكمين بعد إصدار الأمر بتنفيذه حسب المادة السابقة في قوة الحكم الصادر من الجهة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ "

وهذا موافق لقول بعض الفقهاء انه لا بد من حكم القاضي ليكون حكم المحكم نافذا , وهو قول له حظ من النظر كما ذكرنا .

المبحث الرابع : أمثلة لمراكز تحكيم بواسطة الانترنت .

يوجد في الوقت الحاضر عدد من مراكز التحكيم التي تتخذ الانترنت وسيلة لفض النزاع , ومنها ما يلي :

١. _جمعية التحكيم الأمريكية (A.A.A) : وهذه الجمعية تقدم خدمات التحكيم والوساطة والوسائل البديلة لحل المنازعات منذ عام ١٩٢٨م .

٢. مشروع المحكمة المفتوحة الكندي (cyber Tribunal) وهو مشروع تقدم به مركز أبحاث القانون العام التابع لكلية الحقوق بجامعة مونتريال (GRDP) لحل مشكلة تسوية النزاع على الشبكة وذلك عام ١٩٩٦ , ويختص بنظر المنازعات المتعلقة باستخدام تكنولوجيا المعلومات .

٣. مركز التحكيم التابع للمنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية WIPO , وهي منظمة غير حكومية , ومخصصة في الملكية الفكرية , ولها مركز تحكيم ووساطة , أنشئ عام ١٩٩٤ م , بهدف تقديم خدمات التحكيم والوساطة لحل المنازعات التجارية بين الأشخاص الخاصة في مجال الملكية الفكرية , وتقدم أربع إجراءات غير قضائية لحل المنازعات , وهي : الوساطة , والتحكيم , والتحكيم المستعجل , والوساطة التي تتبع التحكيم عند عدم وجود اتفاق .

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



ملخص

القواعد الفقهية المتعلقة بتكوين الضمان

مع تطبيقات قضائية من المحاكم الشرعية

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إعداد الطالب

يحيى بن حمد بن بطي النعيمي

إشراف

الشيخ الدكتور / خالد بن زيد الوديناني

العام الجامعي

١٤٢٤هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٢٩٢

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ٢٠٧

البحث بعد التلخيص ٧١

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)



خطة البحث

وقد جعلتها في مقدمة وتمهيد وفصلين وخاتمة على النحو التالي :

المقدمة ، وتشتمل على ما يلي :

- ١- أهمية الموضوع وفائدته.
- ٢- تحديد موضوع البحث وعنوانه.
- ٣- أسباب اختياره .
- ٤- الدراسات السابقة .
- ٥- منهج البحث .
- ٦- خطة البحث .

التمهيد ، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: تعريف القواعد لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الضمان لغة واصطلاحاً

المبحث الثاني: مشروعية الضمان وطبيعته وحكمه وأركانه ، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مشروعية الضمان.

المطلب الثاني: طبيعته.

المطلب الثالث: حكمه.

المطلب الرابع: أركانه.

المبحث الثالث: قواعد الضمان وعلاقتها بالقواعد الكلية.

الفصل الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بأسباب الضمان وأهلية الضامن،

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: قاعدة أسباب الضمان:

(قاعدة: أسباب الضمان ثلاثة: عقد ويد وإتلاف).

المبحث الثاني: القواعد المتعلقة بأهلية الضامن، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: قاعدة: (من صح تصرفه بنفسه صح ضمانه ومن لا فلا).

المطلب الثاني: قاعدة: (الصبي مؤاخذ بضمان الأفعال دون الأقوال فيما يتنوع إلى صح

وفاسد).

الفصل الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بكيفية الضمان ومن يجب عليه وتملكه:

ويشتمل ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: القواعد المتعلقة بكيفية الضمان ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: قاعدة: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه).

المطلب الثاني: قاعدة: (الأصل في المتلفات ضمان المثل بالمثل ، والمتقوم بالقيمة).

المبحث الثاني: القواعد المتعلقة بمن يجب عليه الضمان ، وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: قاعدة: (الخراج بالضمان).

المطلب الثاني: قاعدة: (يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً).

المطلب الثالث: قاعدة: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر).

المطلب الرابع: قاعدة: (المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي).

المطلب الخامس: قاعدة: (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه أو بلا س

شرعي).

المبحث الثالث: قاعدة تملك المضمون: (المضمونات تملك بالضمان).

الفصل الثالث: تطبيقات قضائية من المحاكم الشرعية .

الخاتمة.

الفهارس

التمهيد وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان .

المطلب الأول: تعريف القواعد لغة واصطلاحاً

القواعد لغة: القواعد جمع قاعدة، والقاعدة مشتقة من الفعل قَعَدَ يقعد

قعوداً، وهو: الاستقرار والثبات وأقرب هذه المعاني إلى المراد في معاني

القاعدة هو الأساس.

القواعد في الاصطلاح:

التعريف المختار: التعريف المختار للقواعد بأنها: (قضايا كلية) .

تعريف القواعد الفقهية: القاعدة الفقهية بأنها (قضية كلية فقهية جزئياً

قضايا كلية فقهية).

المطلب الثاني: تعريف الضمان لغة واصطلاحاً:

تعريف الضمان لغة: الضمان مصدر ضمن الشيء ضماناً، فهو ضامن

وضمنين: إذا كفل به، وله معنيان: معنى عام وهو: جعل الشيء في شيء

يحميه.

ومعان خاصة وهي: الكفالة والغرامة.

تعريف الضمان اصطلاحاً:

أولاً: الأحناف: (ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً بنفس

أو بدين أو عين)

ثانياً: المالكية: (التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له).

وهنا ثمرة فقهية تظهر بين تبويب الأحناف والمالكية موجزها: لو أطلقت الكفالة عند الأحناف فيإلى ما تنصرف؟ وكذا لو أطلق الضمان أو أطلقت الحمالة عند المالكية فيإلى ما تنصرف؟

ذهب بعض الأحناف إلى أن ألفاظ الكفالة إذا أطلقت تحمل على الكفالة بالنفس.

وأما المالكية فإنهم إذا أطلقوا الضمان فإنه يحمل على ضمان المال على الراجح عندهم.

ثالثاً: الشافعية: (التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة).

رابعاً: الحنابلة: عرفوا الضمان ب(ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما).

كما عرفوا الكفالة ب(التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي إلى ربه).
وثمة ملاحظتان:

الملاحظة الأولى: كما أن للأحناف والمالكية وجاهة في إطلاق الكفالة على الضمان أو الحمالة على الضمان من باب أنهما مترادفان في اللغة، فإنه أيضاً

للشافية والحنابلة وجاهة في تخصيص إطلاق الضمان وتخصيص إطلاق الكفالة

الملاحظة الثانية: يقول علي الخفيف: (يستعمل أكثر الفقهاء كلمتي الضمان والكفالة على أنهما لفظان مترادفان يراد بهما ما يعم ضمان المال وضمان النفس كما يستعملون اسم الضمان فيما هو أعم من ذلك، وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد كاعتداء).

المبحث الثاني:

مشروعية الضمان وطبيعته وحكمه وأركانه وأقسامه:

المطلب الأول: مشروعية الضمان: يستدل لشرعية الضمان في معانيه

المذكورة سابقاً، بما يأتي:

أولاً: فيما يتصل بمعنى الكفالة، بقوله تعالى: ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ
وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ سورة يوسف: الآية ٧٢..

ثانياً: وفيما يتصل بضمان المال : بحديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال : ((كنا
جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ أتى بجنابة فقالوا صل عليها فقال: هل عليه دين
قالوا لا. قال: فهل ترك شيئاً. قالوا: لا فصلى عليه، ثم أتى بجنابة أخرى
فقالوا يا رسول الله: صل عليها. قال هل عليه دين: قيل نعم، قال: فهل
ترك شيئاً. قالوا: ثلاثة دنانير فصلى عليها ثم أتى بالثالثة فقالوا: صل
عليها. قال: هل ترك شيئاً. قالوا: لا. قال: فهل عليه دين. قالوا: ثلاثة
دنانير. قال: صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله
وعلى دينه. فصلى عليه)) أخرجه البخاري في- صحيحه حديث
رقم(٢١٦٨).

ثالثاً: ضمان العين وله صور:

أ- فيما يتصل بالإتلافات ونحوها، بحديث أنس رضي الله عنه قال: أهدت بعض

أزواج النبي ﷺ طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها. فقال النبي ﷺ: ((طعام بطعام، وإناء بإناء)) أخرجه الترمذي رقم (١٣٥٩) وقال عنه: (حديث حسن صحيح)

ب- وفيما يتصل بضمان وضع اليد: بحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((الخراج بالضمان)) أخرجه الخمسة [أحمد (٢٤٢٧٠) وأبوداود رقم (٣٥٠٤) (٢٨٣/٣) والترمذي حديث رقم (١٢٨٦) (٥٨٢/٣) والنسائي في كتاب البيوع باب الخراج بالضمان حديث رقم (٤٤٩٠) (٢٥٤/٧) وابن ماجه رقم (٢٢٤٣): ((الخراج بالضمان)) الترمذي فيه : هذا حديث حسن صحيح .

ت- وفيما يتصل بجنایات البهائم: حديث حرام بن محيص رضي الله عنه أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها) أخرجه مالك في الموطأ حديث رقم (١٤٣٥) (٧٤٧/٢) وأحمد في المسند حديث رقم (٢٣٧٤١) والبيهقي في السنن رقم (١٧٠٦٦) (٢٧٩/٨)

المطلب الثاني: طبيعته:

١- هو وثيقة بدين أو عين.

- ٢- هو تبرع في ضمان المال والنفس وغرامة في ضمان العين.
- ٣- هو تصرف انفرادي يقوم على رضا الضامن وحده في ضمان المال والنفس وأما ضمان العين فلا ينظر فيه لرضا الضامن.
- ٤- التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي.

المطلب الثالث: حكمه للضمان حكمان: حكم تكليفي وحكم وضعي

أما الحكم التكليفي للضمان فهو في أصله مباح وحين التلبس به ينقلب واجباً، هذا في ضمان المال والنفس، وأما ضمان العين فالحكم فيه الوجوب. وأما بالنسبة للحكم الوضعي للضمان فهو السببية: أي: كون الضمان سبباً للالتزام.

وقد اتفقت كلمة المذاهب الأربعة على ذلك، وإن كان بعض الحنفية يذكرون أن تركه أحوط.

المطلب الرابع: أركان الضمان :

أركان الكفالة عند الأحناف: الكفالة عند الأحناف لها ركن واحد هو الإيجاب والقبول خلافاً لأبي يوسف حيث لم يجعل القبول ركناً.

أركان الضمان عند الجمهور:

أولاً: عند المالكية: أركانه أربعة:

١- المضمون عنه.

٢ - المضمون له.

٣ - الضامن.

٤ - الصيغة.

ثانياً: عند الشافعية: أركانه خمسة كما ذكر الغزالي:

١ - المضمون عنه.

٢ - المضمون له.

٣ - الضامن.

٤ - المضمون به.

٥ - الصيغة.

وهذا كله يصدق على ضمان المال والنفس، أما ضمان العين فلم أقف لهم في حد بحثي على كلام فيه، وإنما يفهم من تناولهم لمسائل ضمان العين أن أركانه ثلاثة:

١ - الضامن.

٢ - المضمون عنه.

٣ - المضمون به.

ثالثاً: عند الحنابلة: ضامن ومضمون عنه ومضمون له) ولم يذكر المضمون به كما لم يذكر الصيغة لأنهما من البدهيات في الضمان.

المبحث الثالث: قواعد الضمان وعلاقتها بالقواعد الكلية: عد الفقهاء من أمهات القواعد الخمس التي يدور عليها معظم أحكام الفقه : قاعدة (الضرر يزال) وقواعد الضمان متفرعة عن هذه القاعدة الكلية.

الفصل الأول

القواعد الفقهية المتعلقة بأسباب الضمان وأهلية الضامن

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: قاعدة أسباب الضمان:

(قاعدة: أسباب الضمان ثلاثة: عقد وابد وإتلاف)

المطلب الأول: تحليل القاعدة:

الفرع الأول: بيان مفردات القاعدة: (أسباب) جمع سبب، والمراد به

في اللغة الحبل وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء ثم استعير لكل

شيء يتوصل به إلى أمر من الأمور.

وأما في الاصطلاح فهو: (ما يلزم من وجوده الوجود ويلزم من عدمه العدم لذاته).

(الضمان) وقد تقدم بيانه.

(العقد) يطلق العقد في اللغة على معان كثيرة منها: الربط، والشد، والإحكام،

والتوثيق، والجمع بين أطراف الشيء وربطها، ويطلق أيضاً على الضمان

والعهد.

وأما في اصطلاح الفقهاء فيطلق على معنيين :

(١) معنى خاص: وهو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر

على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه.

(٢) معنى عام: وهو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي.

(اليد) والمراد بها وضع اليد على المال، فإذا حاز إنسان مالا قيل: إنه في يده

أو تحت يده.

(الإتلاف) التلف في اللغة هو الهلاك والفاء.

وفي الاصطلاح هو: (إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه

عادة).

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة: إن للضمان موجبات يوجد

الضمان عند وجودها، وينعدم عند عدمها وقد حصرها بعض

الفقهاء في ثلاث موجبات : أولها: العقد.

وثانيها: اليد.

وثالثها: الإتلاف.

الفرع الثالث: أركان القاعدة:

الركن في اللغة (الراء والكاف والنون أصل واحد يدل على قوة: فركن الشيء:

جانبه الأقوى).

وفي الاصطلاح هو (ما لا وجود للشيء إلا به).

إن أركان القضية، عند المناطق هي:

١- الموضوع، أو المحكوم عليه.

٢- المحمول، أو المحكوم به على الموضوع.

٣- الحكم.

وعليه فركنا قاعدة (أسباب الضمان ثلاثة: عقد ويد وإتلاف) هما: (أسباب

الضمان) الذي هو موضوع القاعدة و كونها ثلاثة (العقد واليد والإتلاف) هو

محمول القاعدة، والمحكوم به على الموضوع.

المطلب الثاني: تأصيل القاعدة:

الفرع الأول : ضمان العقد

المسألة الأولى : معنى ضمان العقد: (تعويض مفسدة مالية مقترنة بعقد).

و ضمان العقد في نظر الفقهاء لا يكون إلا فيما نص عليه في العقد كالمبيع في

عقد البيع ، والتمن إذا كان عيناً والأجرة في عقد الإجارة إذا كان عيناً معينة،

وبدل الصلح إذا كان عيناً كذلك.

المسألة الثانية : أقسام العقود باعتبار سببيتها للضمان: تقسم العقود من

حيث سببيتها للضمان إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: عقود ضمان.

القسم الثاني: عقود أمانة.

القسم الثالث: عقود مزدوجة الأثر.

المسألة الثالثة: دخول الشروط في ضمان العقود: استدل الفقهاء على ذلك بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ سورة المائدة: الآية ١.

وقوله ﷺ ((المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)) أخرجه الترمذي رقم (١٣٥٢)، وأبو داود وقال الترمذي (٦٣٤/٣) عن رواية عمرو بن عوف - (رضي الله عنه) -: (هذا حديث حسن صحيح).

ومن قواعد فقهاء الحنفية والمالكية: ((يلزم مراعاة الشرط ما أمكن))، وذهب الشافعية والحنابلة إلى وجوب مراعاة الشرط متى أمكن وإن لم يكن التقييد مفيداً.

الفرع الثاني: ضمان اليد:

المسألة الأولى: تعريف ضمان اليد: (هو تعويض تلف المال المحوز، بائتمان أو بغير ائتمان).

المسألة الثانية: أقسام الأيدي التي توضع على الأموال:

القسم الأول: يد مؤتمنة على المال.

القسم الثاني: يد غير مؤتمنة، لكنها موضوعة بإذن المالك بموجب عقد من عقود الضمان.

القسم الثالث: يد غير مؤتمنة لم توضع بموجب عقد، ولا إذن من المالك
المسألة الثالثة: ذكر ابن رجب في قاعدته التسعين من قواعده الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه؛ ولتعلق هذه القاعدة بأيدي الضمان آثرت إيرادها: قال ابن رجب (ت: ٧٩٥هـ): (الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة:

- ١- يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك، فينتفي الضمان عما يستولى عليه، سواء حصل الملك به أو لم يحصل.
 - ٢- يد لا يثبت لها الملك وينتفي عنها الضمان.
 - ٣- يد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان.
- أما الأولى؛ فيدخل فيها صور:
- (منها): استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب.
 - (ومنها): استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين.
 - (ومنها): استيلاء الأب على مال الابن.
- وأما اليد الثانية؛ فيدخل فيها صور:
- (منها): من له ولاية شرعية بالقبض.

- (ومنها): من قبض المال لحفظه على المالك...

- (ومنها): الطائفة الممتنعة عن حكم الإمام كالبغاة...

وأما اليد الثالثة؛ فهي اليد العارية التي يترتب عليها الضمان).

المسألة الرابعة: دخول الخيلولة في مفهوم اليد: الخيلولة تكون سبباً للتضمين ولكنها تكون سبباً للتضمين بمعنى شغل الذمة فقط ما دام المال قائماً ميسور الرد.

الفرع الثالث: ضمان الإتلاف:

المسألة الأولى: تعريف ضمان الإتلاف: فإنه تعويض مفسدة مالية لم تقترب بعقد).

المسألة الثانية: أقسام الإتلاف: ينقسم الإتلاف إلى قسمين:

القسم الأول: إتلاف حسي. وهذا القسم نوعان:

الأول: إتلاف كلي.

الثاني: إتلاف جزئي.

القسم الثاني: إتلاف معنوي ، من أمثلة ذلك ما يأتي:

١- إذا أخرج المالك مال الزكاة بعد وجوبها فيه عن ملكه بغير عوض.

٢- إذا خلط المودع الوديعة بغيرها خلطاً لا تتميز به فإنه يضمنها.

٣- إذا انفسخ البيع بالتحالف، أو فسخ لزم المشتري رد المبيع إن كان باقياً

بحاله، وإن كان تالفاً لزمه بدله من المثل أو القيمة.

٤ - إذا أعتق السيد عبده الجاني فإنه يضمنه بأقل الأمرين من أرش الجناية، أو قيمته.

تنبيه: قد يعبر بالإهلاك أو الاستهلاك بدل الإلتلاف، وقد يعبر أحياناً بالإفساد.

ويطلق الإفساد على ما كان دون ذلك بحيث لا يذهب به جميع الشيء، ويرى أنه نوعان:

١ - إذهاب المنفعة المقصودة من الشيء.

٢ - أن يكون الفساد يسيراً..

وينقسم الإلتلاف - من حيث الوسيلة التي يحصل بها - إلى قسمين: القسم الأول: إلتلاف بالمباشرة، والقسم الثاني: إلتلاف بالتسبب.

المسألة الثالثة: دخول الغرور في مفهوم الإلتلاف :

يقول علي الخفيف موضحاً ذلك: (أساس التضمين بالغرور إما الإلتلاف بالتسبب إن كان غروراً بالفعل، وإما الضمان والالتزام بالقول إن كان غروراً بالقول .

بعد الانتهاء من بيان أسباب أسباب الضمان؛ نشير إلى أمرين مهمين متعلقين بما مضى :

الأمر الأول : الفرق بين ضمان العقد واليد والإتلاف. مصدر الضمان في الإتلاف هو مباشرة الفعل، وأما مصدر ضمان اليد فهو إما المباشرة أو التسبب.

الأمر الثاني : مراتب أسباب الضمان :يمكن ترتيب أسباب الضمان من حيث القوة على النحو التالي :

- ١- الإتلاف بالمباشرة.
- ٢- الإتلاف بالتسبب.
- ٣- اليد.
- ٤- العقد : وهو أقل الأسباب قوة .

المطلب الثالث: تطبيق القاعدة:

المقدمة الأولى : بحث شروط تطبيق القاعدة الفقهية:

- ١- أن تتوفر في الوقائع الشروط الخاصة.
- ٢- أن لا يعارضها ما هو أقوى منها أو مثلها.
- ٣- أن تكون الواقعة المطلوب تطبيق القاعدة عليها خالية من الحكم الشرعي الثابت بالنص أو الإجماع.

المقدمة الثانية: تعريف الشرط لغة واصطلاحاً، مع بيان إطلاقاته:

أولاً: تعريف الشرط لغة واصطلاحاً:

الشرط في استعمال أهل اللغة: العلامة.

والشرط اصطلاحاً: (ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته).

ثانياً: إطلاقات الشرط:

الأول: ما يذكر في أصول الفقه مقابلاً للسبب والمانع..

الثاني: الإطلاق اللغوي. والمراد به: صيغ التعليق ب(إن) ونحوها..

الثالث: جعل الشيء قيداً في شيء كزاد الدابة بشرط كونها حاملاً ونحو ذلك. ولذا فقد قسمنا شروط تطبيق قاعدة أسباب الضمان إلى ثلاثة أقسام موزعة على ثلاثة فروع :

الفرع الأول : شروط تطبيق ضمان العقد:

الشرط الأول : أن يكون العقد من عقود الضمان أو العقود مزدوجة الأثر
الشرط الثاني : أن لا يعارض ضمان العقد ضمان آخر.

صور تعارض ضمان العقد مع ضمان اليد، ومنها:

(١) ما ذكره الحنفية في الصبي المميز. إذا لم يكن مأذوناً له في التجارة وتعاقد مع غيره على شيء ثم تسلمه منه أو أتلفه، فهل يضمنه أم لا؟
قال أبو حنيفة ومُجَّد وهو الراجح عند الحنفية: لا يضمن

(٢) ما ذكره الشافعية وهو: هل الصداق (المهر) المعين بذاته في يد الزوج قبل قبض المرأة له مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟ وفي ذلك قولان، والترجيح

مختلف فيما يترتب على الاختلاف من مسائل فقهية منها: الأصح أنه لا يصح للمرأة بيع هذا المهر قبل قبضه، بناء على أنه مضمون ضمان عقد. وفي قول ثان: يصح البيع بناء على أنه مضمون ضمان يد.

ومنها: أنه إذا أتلّف هذا المهر أو أتلّفه الزوج قبل القبض، فينفسخ المهر المسمى ويطالب بمهر المثل بناءً على ضمان العقد، وفي قول آخر: لا يفسخ الشيء المسمى، ويلزم الزوج مثله أو قيمته بناءً على ضمان اليد. وهذا هو قول الحنفية والراجح من القولين عند الشافعية أن المهر في هذه الحالة وغيرها (أي إذا عين أو لم يعين) مضمون ضمان عقد لا ضمان يد.

(٣) ما ذكره الحنابلة في الغاصب لو باع الشيء المغصوب، وخلى بينه وبين المشتري، فتلف قبل أن ينقله إليه، فهل يضمه المشتري ضمان عقد أم ضمان يد؟ قال بعضهم: لا يضمه ضمان يد أي غضب، ولكن يضمه ضمان عقد بمجرد التخلية، وقال بعضهم: للمالك أن يضمه إياه ضمان يد.

(٤) إذا هلك المبيع في يد المشتري في حالة فساد العقد فهل يكون مضموناً عليه ضمان عقد أو يد؟

ومن الفقهاء من ذهب إلى أنه مضمون ضمان عقد بالثمن للاتفاق بين المتعاقدين على تملكه بالثمن المتفق عليه قياساً على من قال لآخر: تصدق بمالك هذا عني بكذا لا يقره الشارع لفساده.

الفرع الثاني : شروط تطبيق ضمان اليد :

الشرط الأول : إذا كان ثمة اعتداء على المال بأخذه من غصب ونحوه.

الشرط الثاني : إذا حصل تعدد أو تقصير في عقود الأمانات.

الشرط الثالث : أن لا يعارض ضمان اليد ضمان آخر.

الفرع الثالث : شروط تطبيق ضمان الإلتلاف :

الشرط الأول : أن يكون المحل المتلف : مالاً منقولاً مملوكاً محترماً .

الشرط الثاني : أن لا يكون هناك مانع من التضمين كأمر حاكم في مصلحة

عامة مثلاً.

الشرط الثالث : أن لا يعارض ضمان الإلتلاف ضمان آخر.

المبحث الثاني: أهلية الضامن:

المطلب الأول: قاعدة (من صح تصرفه بنفسه صح ضمانه ومن لا فلا)

الفرع الأول: تحليل القاعدة:

المسألة الأولى: مفردات القاعدة: أولاً: (الصحة) قال الفيومي معلقاً على مادة صحح (الصحة في البدن حالة طبيعية تجري أفعاله معها على المجرى الطبيعي، وقد استعيرت الصحة للمعاني فقبل صحت الصلاة إذا أسقطت القضاء، وصح العقد إذا ترتب عليه أثره، وصح القول إذا طابق الواقع .
وأما في الاصطلاح: فتحدث الأصوليون عن الصحة من جهتين:

الأولى: الصحة في العبادات.

والثانية: الصحة في المعاملات.

أما الأولى فقد وقع الخلاف في تفسيرها بين المدرستين الأصوليتين : مدرسة الفقهاء (الحنفية) ومدرسة المتكلمين (معظم المالكية والشافعية والحنابلة) فقال الفقهاء الصحة في العبادة هي (سقوط القضاء بالفعل) وأما المتكلمون فقالوا هي (موافقة الأمر وإن لم يسقط القضاء).

وأما الثانية وهي الصحة في المعاملات فقال الأصوليون في تعريفها: هي (ترتب أحكامها المقصودة بها عليها).

ثانياً: (التصرف) يقال في اللغة تصرف فلان في الأمر: احتال وتقلب فيه.

والتصرف في الاصطلاح : أنه ما يصدر من الشخص من قول أو فعل ،

ويرتب عليه الشارع حكماً).

ثالثاً: (الضمان) وقد سبق الحديث عنه.

رابعاً: (عدم الصحة) أي: ضد الصحة، والمراد بها البطلان والفساد، والفساد من الأعيان ما تغير عن حاله، واختل ما هو المقصود منه.

والباطل من الأعيان هو الذي انعدم معناه المخلوق له، وفات بحيث لم يبق إلا صورته. ولهذا مقابل الباطل: الحق الذي هو عبارة عن الكائن الثابت. أما في الاصطلاح فيراد بهما ما هو المفهوم منهما في وضع اللغة. وهما عند الجمهور مترادفان ويقابلان الصحة الشرعية.

وفي المعاملات: عبارة عن عدم ترتب الأثر عليها، وقد وافق الحنفية الجمهور في العبادات أما في المعاملات فقالوا نحن نفرق بين الباطل والفساد فيها، فالفساد ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، ويفيد الملك عند اتصال القبض به. والباطل ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي: من يكن ذا أهلية في التصرف، فإنه يصح ضمانه.

المسألة الثالثة: أركان القاعدة:

هذه القاعدة مركبة من قاعدتين: وعليه فأركان القاعدة الأولى هي:

١- صحة التصرف.

٢- المتصرف.

٣- صحة الضمان.

أما القاعدة الثانية فأركانها هي:

١- عدم صحة التصرف.

٢- المتصرف.

٣- عدم صحة الضمان.

الفرع الثاني: تأصيل القاعدة: نص على هذه القاعدة - (من صح تصرفه بنفسه صح ضمانه ومن لا فلا) بعض الحنابلة كابن حمدان وغيره لتكون قاعدة في ضبط مسائل الضمان فيما يتعلق بتصرفات الضامن، ولكن هل هذه القاعدة المذكورة محل وفاق أم محل خلاف؟ للوصول إلى كلمة حول هذا الشأن نقف على خمس صور هي كبرى فروع هذه القاعدة وهي:

المسألة الأولى : ضمان المحجور عليه لسفه : ذهب عامة الفقهاء إلى أنه لا يصح ضمان المحجور عليه لسفه ، إلا أنه جاء عن القاضي أبي يعلى الحنبلي (ت: ٤٥٨هـ) أن ضمان السفه صحيح.

المسألة الثانية : ضمان الصغير : اتفقت كلمة المذاهب الأربعة في المشهور عنهم على بطلان ضمان الصبي بأن يضمن شخصاً أو مالاً أما ضمان ما يتلفه فقد قالوا بتضمينه.

المسألة الثالثة: ضمان المحجور عليه لفلس: العلماء في ضمان المحجور عليه لفلس فريقان:

أحدهما: من يرى عدم صحة ضمانه وهو ظاهر مذهب المالكية.
 والثاني: من يرى صحة ضمانه ويطلب بما ضمنه بعد فك الحجر وهو
 مذهب الشافعية والحنابلة في الصحيح عنهم.
 المسألة الرابعة: ضمان المريض: ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه
 يصح ضمان المريض مرض الموت بحيث لا يتجاوز - مع سائر تبرعاته -
 ثلث التركة؛ فإن جاوزته تكون موقوفة على إجازة الورثة.
 وذهب الشافعية إلى أن ضمان المريض يكون من رأس ماله، إلا إذا ضمن وهو
 معسر واستمر إعساره إلى وقت وفاته، أو ضمن ضماناً لا يستوجب رجوعه
 على المدين، فيكون حينئذ في حدود الثلث.
 وإذا استغرق الدين مال المريض بطل الضمان إلا إذا أجازته الدائن.
 المسألة الخامسة: ضمان المرأة: وهذه مسألة مثارة بالدرجة الأولى عند
 المالكية، لأنهم خالفوا الجمهور ففرقوا بين الرجل والمرأة في الضمان، ولهم
 في هذا التفصيل الآتي: الجارية البكر بعد بلوغها المحيض تعتبر كالولد
 الصغير في الضمان، فلا يصح منها الضمان حتى مع إذن الولي. والمرأة
 ذات الزوج يصح الضمان منها في حدود الثلث فقط، فإن زاد على الثلث
 اعتبر هذا إضراراً بالزوج فلا يصح الضمان إلا كان بموافقة الزوج نفسه،
 وكانت مرضية أي: في تصرفها، غير سفيهة في حالها. أو إلا أن تكون إنما
 زادت الدينار أو الشيء الخفيف فهذا يعلم أنها لم ترد به الضرر، فهذا
 يمضي.

ويصح ضمائها عن زوجها وإن بلغ جميع مالها بإذنه. أما المرأة الأيم غير ذات الزوج إذا كانت لا يولى عليها فهي التي تكون بمنزلة الرجل في الضمان. والمالكية إنما قالوا هنا بالتفريق نظراً لأصلهم في الحجر على مال الأنتى. وكذا الحال في المرأة المتزوجة الرشيد فإنه يحجر على ما زاد على الثلث إلا أن يكون قد أذن لها زوجها في ذلك، وعمدتهم في هذا أن ((خيرة امرأة كعب بن مالك أتت رسول الله ﷺ بحلي لها فقالت إني تصدقت بهذا فقال لها رسول الله ﷺ لا يجوز للمرأة في مالها إلا بإذن زوجها فهل استأذنت كعبا قالت نعم فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب بن مالك زوجها فقال هل أذنت لخيرة أن تتصدق بحليها فقال نعم فقبله رسول الله ﷺ منها)) أخرجه ابن ماجه حديث رقم (٢٣٨٩) (٧٩٨/٢) وقال عنه الألباني (صحيح)..

ومن المعقول: - أن من وجب دفع ماله إليه لرشد، جاز له التصرف فيه من غير إذن، كالغلام.

الفرع الثالث: تطبيق القاعدة: لهذه القاعدة شروط ، وتتمثل في

الآتي:

- ١- أن يكون الضامن أهلاً للتصرف.
 - ٢- أن لا يكون الضامن محجوراً عليه.
 - ٣- أن لا يكون ثمة مانع من موانع التضمين كالإكراه مثلاً.
- المطلب الثاني: قاعدة: (الصبي مؤاخذ بضمان الأفعال دون ضمان الأقوال

فيما يتنوع إلى صحيح وباطل)

الفرع الأول : تحليل القاعدة:

المسألة الأولى : مفردات القاعدة:(الصبي) قال أهل اللغة: (الصبي):

الغلام، والجمع صبية وصبيان.

أما عند الفقهاء فله حالان :الحال الأولى : الصبي غير المميز، وهذا لا تصح منه التكاليف الشرعية.

الحال الثانية : الصبي المميز ، وهذا تصح منه التكاليف الشرعية.

والفقهاء يطلقون الصبي على من لم يبلغ.

(الأقوال) جمع قول والمراد به الكلام.

(الأفعال) جمع فعل قال في الكليات: (الفعل بالفتح: مصدر قولك فعلت

الشيء أفعله،والفعل: التأثير من جهة مؤثر، وهو عام لما كان بإجادة أو غير

إجادة، ولما كان بعلم أو غير علم، وقصد أو غير قصد، ولما كان من الإنسان

والحيوان والجمادات.

(الصحيح والباطل) مر معنا بياهما

المسألة الثانية : المعنى الإجمالي:أن الصبي مسؤول عن ضمان الأفعال

كالخاصل بالإتلاف أو الأفعال الجنائية،أما ضمان أقواله من عقوده

وإقراراته؛ فإنه لا يعتد بها شرعاً؛ لعدم تعقلها منه.

المسألة الثالثة : أركان القاعدة :هذه القاعدة لها ركنان: موضوع ومحمول.

أما الموضوع فهو: (الصبي).

وأما المحمول فهو: (مؤاخذته بالضمان الفعلي فقط).

الفرع الثاني : تأصيل القاعدة : يُستدل لهذه القاعدة بدليل مركب

من دليلين:

١- قوله ﷺ : ((رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر)) الحديث بهذا اللفظ أخرجه أبو داود (٤٣٨٩) وأخرجه ابن ماجه (٢٠٤١). وفي لفظ ((وعن الصبي حتى يحتلم)) أخرجه أبو داود من حديث ابن عباس (٤٤١٠) وفي لفظ آخر ((وعن الصبي حتى يبلغ)) أخرجه أحمد في مسنده (٩٤٠).

٢- أن إتلافات الصبي داخلة تحت باب : الضرر يزال، والشارع قد جاء بتقرير ذلك في قوله ﷺ ((لا ضرر ولا ضرار)) هذا الحديث رواه مالك في الموطأ (١٤٢٩) الدارقطني (٨٥) (٢٢٨ / ٤) والبيهقي في سننه (١١١٦٦) والحاكم في المستدرک (٢٣٤٥) ..

هذا إجمالاً، أما تفصيلاً فيتضح تضمين الصبي من عدمه حين الحديث عن أطوار الصغر وعلاقتها بالضمان ، ولذا أقول وبالله التوفيق: يمر الصبي بطورين: **الطور الأول: طور الطفولة:** وهو من الولادة حتى وصوله إلى التمييز، والصبي في هذا الطور تثبت له أهلية وجوب كاملة، لكن لا تثبت له أهلية أداء مطلقاً. **الطور الثاني: طور التمييز،** وهو من التمييز وحتى البلوغ وتثبت فيه للصغير أهلية وجوب تامة، كالتالي لغير المميز، لكن تثبت له أهلية أداء ناقصة، فلا

يطلب بالعبادات إلا تأديباً وتوجيهاً أما تصرفاته المالية :

- ١- فما كان منها نافعاً، صح من غير إجازة وليه.
 - ٢- وما كان منها ضاراً، كالتبرعات فهو باطل، ولو أجازته الولي.
 - ٣- وما تردد بين النفع والضرر، كالبيع والإجارة وسائر المعاوضات المالية فقد اختلف فيه العلماء على قولين: منهم من قال ببطلان تصرفه وهم الشافعية ومنهم من قال بصحة تصرفه فيما أذن له الولي، وإلا كان موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي، وهم الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة.
- وكما هو ظاهر فإن الضمان يعتبر من قبيل القسم الثاني والذي يعتبر تصرفه فيها ضاراً ولذا فجماهير الفقهاء على عدم صحة ضمانه. أما إتلافاته فإنه يضمنها من ماله ؛ للعلة التي ذكرناها في ضمان الصبي غير المميز ، والله أعلم.

الفرع الثالث: تطبيق القاعدة: لتطبيق قاعدة: (الصبي مؤاخذ

بضمان الأفعال دون ضمان الأقوال فيما يتنوع إلى صحيح

وباطل) ينبغي مراعاة شروط التطبيق وهي:

- ١- أن يترتب على الفعل الصادر من الصبي ضرر أو إتلاف.
- ٢- كون الضمان لم يعارضه أمر آخر يؤدي إلى رفعه: طرد الفقهاء قاعدة تضمين عديمي الأهلية والتميز؛ ولم يوجبوا على أوليائهم وأوصيائهم ضمان ما أتلفوه إلا في هذه الأمور:
- أ - إذا كان إتلاف الصغار للمال ناشئاً عن تقصير الأولياء في حفظهم.

- ب- أو كان بسبب إغرار الآباء بإتلافهم المال.
ج- أو كان بسبب تسليطهم على المال.

الفصل الثاني

القواعد الفقهية المتعلقة بكيفية الضمان ومن يجب عليه وتملكه :

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: القواعد المتعلقة بكيفية الضمان.

المطلب الأول: قاعدة: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)

الفرع الأول : تحليل القاعدة:

المسألة الأولى : مفردات القاعدة:

(على) اسم فعل أمر بمعنى يجب.

(اليد) في اللغة هي من المنكب إلى أطراف الأصابع، مؤنثة وقيل: هي الكف

والذراع. وقيل هي الكف.

أما في الشرع فالمراد بها من أطراف الأصابع إلى الكوع.

(ما) موصولة بمعنى الذي ، من ألفاظ العموم.

(تؤديه) التأدية مأخوذة من الفعل أدى. وهو إيصال الشيء إلى الشيء أو

وصوله إليه من تلقاء نفسه)

أما في اصطلاح الأصوليين فالأداء هو فعل العبادة في وقتها المحدد شرعاً. المسألة الثانية: المعنى الإجمالي: أنه يجب على قابض ملك الغير سواء أكان غاصباً أو مستعيراً أو وديعاً أو مستأجراً ونحوهم أن يرده إلى صاحبه، ولا يبرأ من المسؤولية إلا بوصول الشيء إلى مالكه أو من يقوم مقامه.

المسألة الثالثة: أركان القاعدة: ركنا هذه القاعدة هما:

١- اليد الآخذة ملك غيرها (موضوع القاعدة).

٢- لزوم رد المأخوذ إلى أهله (محمول القاعدة).

الفرع الثاني: تأصيل القاعدة: قاعدة: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) من القواعد المتفق عليها بين أرباب المذاهب وهذه القاعدة تستمد حجيتها من نفسها إذ إنها نص حديث نبوي.

كما دلت نصوص أخرى على رد ما أخذته اليد بنوعيتها:

أ- بالنسبة ليد المؤمن:

حديث صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال: أغصباً يا محمد؟ قال: ((بل عارية مضمونة)) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٣٣٧) وأبو داود في سننه حديث رقم (٣٥٦٢) وحسنه ابن حزم في المحلى (١٤٥/٨) وشعيب الأرنؤوط في تحقيق المسند (٢٠٠/٣) وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة (٢٠٦/٢).

ب- بالنسبة ليد غير المؤمن كالغاصب ونحوها:

- ١ - قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ سورة النساء: الآية ٢٩ .
- ٢ - أن النبي ﷺ قال في خطبة يوم النحر: ((إن دماءكم وأموالكم حرام، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)) رواه مسلم برقم (١٢١٨) ..

المسألة الأولى: إذا طرأ على المأخوذ زيادة أو نقص، فما الحكم؟

إن طرأ على المال المأخوذ نقص فهو إما نقص في القيمة أو نقص في غيرها ، فإن كان نقصاً في القيمة فإن الواجب هو دفع المال بعينه فقط من غير زيادة ، وهذا قول الجمهور .

وذهب الشافعية في قول لهم إلى لزوم النقص الحاصل بتفاوت السعر .

وما ذهب إليه الجمهور أولى لأن حقه متعلق بعين ماله وقد رد عليه جميعه ، وما حصل من نقص في السعر فلا يجبر .

أما إذا كان البدل غير مقدر ، فإن الواجب هو القيمة ويترك المجني عليه للجاني أو أخذه مع أرش النقص إذا لم يكن المال من الأموال الربوية فإن كان من الأموال الربوية فليست له إلا القيمة أو أخذه إن رضي بدون أرش . ثم ما ذكر إذا كان النقص من الجاني ، فإن كان بأفة سماوية وقت الغصب مثلاً فإن المالكية لا يوجبون الضمان بل ليس للمالك إلا أن يأخذ عين ماله ولو ناقصاً ، لأن النقص الحاصل من الجاني هو سبب الضمان أما مجرد الغصب بدون جنائية فليس له إلا أخذ ماله ، أو يخير المالك بتركه للغاصب ، ويضمن

الغاصب المال وقت الغصب. وما ذهب إليه الجمهور أولى؛ لأن النقص حصل وقت تعدي الغاصب فكان بتعديه ونقله لملك الغير قد أوجب على نفسه الضمان كما لو غصب فجنى عليه آخر.

المسألة الثانية: مؤنة رد المأخوذ :

نص الفقهاء على أن مؤنة رد العارية على المستعير لقول النبي ﷺ : ((على اليد ما أخذت حتى تؤدي)) تقدم تخريجه

الفرع الثالث: تطبيق القاعدة: مما يتفرع عن هذه القاعدة أن التقادم ليس سبباً مملكاً من أسباب الملكية، ولا يسقط به الحق عن المدعى عليه، ورفض القضاء لسماع الدعوى. من باب ضبط النظام وحمايته من الفوضى. لا يمنح حق الملكية، فيجب على من بيده الرد ديانة. وينظم هذه القاعدة شرطان هما في الواقع قاعدتان:

١- (الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره: الضمان)

٢- (لا يجوز لآخذ أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي)

ومما جاء في ذلك من الفروع: أ- أنه لو ادعى إنسان على آخر بحق، وبعد أن تصالحا ظهر بأنه ليس له حق أصلاً، فللمدعى عليه استرداد بدل الصلح منه. ب- لو صالح البائع المشتري على عيب ادعاه في المبيع بعد أن أنكره هو، فتبين له بعد ذلك أن المبيع خال من العيب أو كان فيه فزال بنفسه، فللبائع حق استرداد بدل الصلح من المشتري.

المطلب الثاني: قاعدة: (الأصل في المتلفات ضمان المثل بالمثل، والمتقوم بالقيمة).

الفرع الأول: تحليل القاعدة:

المسألة الأولى: مفردات القاعدة:

(الأصل) أساس الشيء ، ويطلق الأصل في لسان العلماء على عدة إطلاقات:

الإطلاق الأول: الدليل.

والإطلاق الثاني: الرجحان.

والإطلاق الذي يناسب الأصل في قاعدتنا هو الإطلاق الثاني.

(المتلفات) جمع متلف والمراد: المال المتلف المعترف وشروط اعتباره ثلاثة:

الشرط الأول: أن يكون متقوماً.

الشرط الثاني: أن يكون مملوكاً.

الشرط الثالث: أن يكون محترماً.

(المثل)، (المتقوم والقيمة) لبيان هذه المصطلحات نقدم بهذه المقدمة:

التمن في اللغة: ما يستحق به الشيء، والجمع أثمان

وأما في الاصطلاح فهو: (ما يكون بدلاً للمبيع وتعلق بالذمة). وهو نوعان:

التمن المسمى، وثن المثل.

والقيمة بكسر القاف، واحدة القيم، وقيمة الشيء: قدره. ويقال: قَوْم السلعة

واستقامها: إذا قدرها.

وأما في الاصطلاح فهي: (الثلث الذي يقدره المقومون للمتاع) .
 وأما القيمي - بكسر القاف، نسبة إلى القيمة فهو ما لا يوجد له مثل في السوق.

وأما المثلي بكسر الميم نسبة إلى المثل: (ما لا تفاوت بين آحاده معتبر مما له في السوق مثيل).

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي: ما يتم إتلافه من أموال معتبرة يكون فيه الجزاء، ويتحدد الجزاء بناء على نوعية المتلف ؛ فإن كان الشيء المتلف من قبيل المثليات فإن الجزاء يكون مثليا ، أما إن كان من قبيل القيميات فيكون الجزاء هو القيمة.

المسألة الثالثة: أركان القاعدة: هذه القاعدة الفقهية لها ركنان:

الركن الأول: موضوع القاعدة والمتمثل في المتلف المثلي والمتلف القيمي .
 الركن الثاني: محمول القاعدة والمتمثل في وجوب المثل في حالة المثلي والقيمة في حالة القيمي .

الفرع الثاني: تأصيل القاعدة: للنص النبوي والقاعدة الفقهية ((على

اليد ما أخذت حتى تؤدي)) وفي رواية ((تؤديه)) سبق تخريجه.

أما إن تلف أو أتلف ماله فينظر إن كان مثليا فالواجب المثل بلا

خلاف.

والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى فأما القيمة فمثل من حيث المعنى دون

الصورة ؛ ولأن ضمان الغصب ضمان جبر الفأنت ومعنى الجبر بالمثل أكمل منه من القيمة.

أما إن تعذر جنس المثلي وهو الذي يسمى بالقيمي فإنه يصار إلى القيمة بلا خلاف.

ويدل عليه حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: ((من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه وإلا فقد عتق منه ما عتق)) أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم (٢٣٨٦) ومسلم في صحيحه حديث رقم (١٥٠١) ..

أما إن كان للشيء المتلف مثل في جنسه وليس مثليه فهل يجب هنا المثل إلحاقاً له بالمثلي أم تجب القيمة إلحاقاً له بالقيمي؟ فيه خلاف : فذهب عامة الفقهاء وفيهم المذاهب الأربعة إلى الثاني، وذهب الشافعي في قول منسوب له، وهو رواية عن أحمد اختارها ابن تيمية وابن القيم وهو قول ابن حزم إلى الأول مع ملاحظة أن ابن تيمية وتبعه ابن القيم قد قيذا قولهما في وجوب المثل في جنسه ما أمكن بقيد هو مراعاة القيمة بأن تكون قيمة المالية واحدة ما أمكن.

ويدللون على قولهم بأدلة ، عمدتهم فيها على ما يلي عموم الآيات التي دلت على وجوب المثل ، إذ أوجبت المثل دون تمييز بين مثلي وقيمي. حديث أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فضمها وجعل

فيها الطعام وقال كلوا وحبس الرسول والقصة حتى فرغوا فدفعت القصة الصحيحة وحبس المكسورة أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٤٩) أنه إذا كان مثل الحيوان والآنية والثياب ونحوه من كل وجه متعذراً فإن الأمر دائر بين شيئين:

إما أن يضمنه بالقيمة، وهي نقود مخالفة للمضمون في الجنس والصفة والمقصود والانتفاع، وإن كانت تساويه في المالية، وإما أن يضمنه بالمثل، فهنا المالية مساوية كما في النقد، وامتاز هذا بالمشاركة في الجنس والصفة فكان أمثل، وما كان أمثل فهو أعدل، فيجب الحكم به إذا تعذر المثل من كل وجه.

أما عامة الفقهاء فهم على ضابطهم في أن غير المثلي يقوم ويعطى صاحبه القيمة وعمدتهم في ذلك دليلان: أحدهما: قصة الرجل الذي أعتق شركاً له في عبد فقوم العبد عليه. سبق تخريجه

والثاني: أن القيميات لا تتساوى أجزاءها، وتتباين صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب.

وعلى كل فالقول بوجوب المثل ما أمكن له وجاهته وقوته إلا أنه عند التطبيق تختلف فيه الأنظار فقد يرى البعض بأن المثل المناسب له كذا وآخرون يرون بأنه كذا مما يُلبس على الأمر على المعوض. بينما قول عامة الفقهاء أضبط.

وثمة مسألتان مهمتان متعلقتان بضمان المتلف وهما:

المسألة الأولى: وقت تقدير قيمة المتلف القيمي: وهذه المسألة لها

صورتان :

الصورة الأولى : أن يكون المتلف في غير يد الضامن : تحدد القيمة بمعرفة الخبراء، وزمان تحديد القيمة يوم التلف.

الصورة الثانية : أن يكون المتلف تحت يد الضامن : يختلف وقت تقدير القيمة هنا باختلاف وضع الشيء التالف:

١ - يرى الحنفية والمالكية أن المغصوب إذا تلف أو تلف فالمعتبر قيمة يوم غصبه .

٢ - ويرى الشافعية أن المغصوب القيمي إذا تلف أو أتلّف فالمعتبر أقصى قيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف .

٣ - ويرى الحنابلة : أن المغصوب القيمي إذا هلك عند الغاصب، فالواجب قيمته يوم التلف ما لم يكن اختلاف قيمة ما بين الغصب والتلف لمعنى فيه .

ورجح ابن قدامة القول القائل باعتبار يوم التلف ما لم يكن اختلاف قيمة ما بين الغصب والتلف لمعنى فيه ، واستدل على ترجيحه بما يلي : إن القيمة إنما تثبت في الذمة حين التلف؛ لأنه قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحال، كما لو لم تختلف قيمته

المسألة الثانية : وقت تقدير المثلي إذا أعوز : وقع خلاف بين الفقهاء في وقت تقدير المثلي إذا أعوز.

- ١- فذهب أبو يوسف (ت: ١٨٢هـ) إلى اعتبار القيمة يوم الغصب.
 - ٢- وذهب محمد بن الحسن (ت: ١٨٩هـ) إلى اعتبار القيمة يوم الانقطاع.
 - ٣- وذهب أبو حنيفة إلى اعتبار القيمة يوم القضاء.
 - ٤- وأما المالكية فقد وردت عبارات في بعض كتبهم يمكن أن يفهم منها أن المثلي المغصوب إذا تعذر رد مثله، فحكمه حكم القيمي المغصوب أي : تعتبر قيمته يوم الغصب.
 - ٥- وأما الشافعية فأصح الأقوال عندهم، أن المعتبر أقصى قيمة، وصل إليها المثلي من وقت الغصب إلى أن تعذر المثل.
 - ٦- وأما الحنابلة فجمهورهم على اعتبار قيمة يوم الانقطاع والإعواز. وقد رجح ابن قدامة القول القائل بأن المعتبر في التقدير هو قيمة يوم الانقطاع وهو ما ذهب إليه محمد بن الحسن من الحنفية والحنابلة .
- واستدل على ترجيحه بما يلي : إن القيمة وجبت بالذمة حين انقطاع المثل، فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المنقوم .

الفرع الثالث: شروط تطبيق القاعدة:

- الشرط الأول: أن يكون المال المتلف معتبراً: وحتى يكون المال معتبراً ؛ لا بد له من ثلاثة أمور : الأول: أن يكون متقوماً.
- الثاني: أن يكون مملوكاً
- الثالث: أن يكون محترماً.

الشرط الثاني: تحديد نوعية المتلف: إذ لا بد من تمييز الشيء المتلف هل هو مثلي أم قيمي؟

الشرط الثالث: ما ذكر من شروط في ضمان الإتلاف تذكر هنا أيضاً.

المبحث الثاني:

القواعد الفقهية المتعلقة بمن يجب عليه الضمان:

المطلب الأول: قاعدة: (الخراج بالضمان)

الفرع الأول: تحليل القاعدة:

المسألة الأولى: مفردات القاعدة:

(الخراج) من الفعل خرج، والخرج ما يحصل عن غلة الأرض؛ ولذلك أطلق على الجزية). ويجمع الخراج: أخرج وأخرج وأخرجته.

والمراد بالخراج في هذه القاعدة: (هو الحاصل من الشيء إذا كان منفصلاً عنه غير متولد منه، ككسب العبد، وسكنى الدار، وأجرة الدابة).

(بالضمان): الباء في (بالضمان) متعلقة بمحذوف تقديره: الخراج مستحق بالضمان أي بسببه

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي: ما خرج عن الشيء من غلة أو منفعة فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك؛ فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه فالغلة له، ليكون النفع في مقابلة الغرم).

المسألة الثالثة: أركان القاعدة:

الركن الأول: الموضوع: وهو الخراج أو غلة العين المملوكة أو الزيادة الحاصلة من العين.

الركن الثاني: المحمول: وهو أن غلة العين تملك لمن وجب عليه الضمان.

الفرع الثاني: تأصيل القاعدة: هذه القاعدة عبارة عن نص حديث نبوي تلقاه العلماء بالقبول شرح معاني الآثار للطحاوي (٢١/٤). وعملوا به في أبواب البيوع وهذه القاعدة لها ارتباط وثيق بما ثبت في الحديث من نهي رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن [أخرجه أحمد (٦٦٢٨) وأبوداود (٣٥٠٤) والترمذي (١٢٣٤) والنسائي (٤٦٢٩) وابن ماجه (٢١٨٨) وقال الترمذي (٣٥٣/٣) : حسن صحيح] ..

المسألة الأولى: دليلة القاعدة: يستدل لهذه القاعدة بالسنة والإجماع والقياس والأثر:

١- حديث عائشة - رضي الله عنها - : أن رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ : ((الخراج بالضمان)) سبق تخريجه.

٢- الإجماع.

٣- من المعقول: القياس على الأصل (من ملك شيئاً ملك منافعها) بجامع ضمان الهلاك في كل..

٤- قضاء بعض السلف في ذلك : فقد قضى شريح بين الرجلين اللذين احتكما إليه في مثل هذا بأن قال للمشتري: رد العبد بدائه، ولك الغلة

والضمان المصنف لابن أبي شيبة (١٣٩/٥).

المسألة الثانية: بيان المراد بالخراج الذي لا يرد ويأخذه المشتري: لا يخلو المبيع الذي استحق الفسخ: إما أن يكون بحاله فيرده ويأخذ رأس ماله ، أو زاد بعد العقد زيادة متصلة كالسمن والتعلم والحمل قبل الوضع والثمرة قبل التأبير فإنه يردها بنمائها. وأما إن كانت الزيادة منفصلة ، فإن كانت من غير عين المبيع فإنها للمشتري في مقابلة ضمانه وأما إن كانت الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن فهي للمشتري أيضاً

وهذا القول ، هو الراجح من أقوال أهل العلم ، وبهذا قال الشافعي وأحمد وصححه الموفق ابن قدامة.

وقال مالك في هذه الصورة: إن كان النماء ثمرة لم يردها وإن كان ولداً رده معها.

أما أبو حنيفة فقال: النماء الحادث في يد المشتري يمنع الرد.

المسألة الثالثة: استشكالات وتساؤلات حول القاعدة: ذكر بعض الفقهاء تساؤلين عن هذه القاعدة

أحدهما: أنه لو كان الخراج في مقابلة الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع تم العقد أو انفسخ، لكونه من ضمانه، ولا قائل به.

الثاني: لو كانت العلة الضمان، لزم أن تكون الزوائد للغاصب، لأن ضمانه

أشد من ضمان غيره.

وبهذا احتج لأبي حنيفة في أن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب.

وهناك من أهل العلم من أورد تعارضاً بين قاعدة (الخراج بالضمان) وحديث المصرة في الصحيحين [البخاري برقم (٢٠٤١) ومسلم (١٥١٥)] حيث أن مقتضى حديث ((الخراج بالضمان)) أن المشتري إذا اطلع على عيب يسوغ الرد، وحديث المصرة ورد فيه الأمر برد الغلة وهي اللبن بضمانه بصاع من التمر، مع أن مشتري الشاة ضامن لها حال وجودها عنده، ومقتضى كونه ضامناً أن الغلة تكون له مقابل الضمان.

والجواب عن هذا : أن اللبن كان موجوداً في الضرع حال البيع فهو جزء من المبيع فيرده معه كما لو كان المبيع حاملاً فولدت عند المشتري فإذا ردها رد الولد معها، والصاع عوض عن اللبن الموجود في الضرع وقت العقد لا عما حدث بعد العقد.

المسألة الرابعة: قواعد مشابهة: أورد واضعو مجلة الأحكام العدلية عند ذكرهم لقاعدة الخراج بالضمان

قواعد أخرى، وهي: قاعدة (الغرم بالغنم) المادة ٨٧، درر الحكام (٩٠/١). وقاعدة (النعمة بقدر النعمة، والنقمة بقدر النعمة) المادة ٨٨، درر الحكام (٩١/١).

وهنا يثار تساؤل حول العلاقة بين هذه القواعد وقاعدة الخراج بالضمان؟ عند التأمل في قاعدة (الغرم بالغرم) نجد أنها تعبر عن نفس المعنى المراد من

قاعدة (الخراج بالضمان).

إذاً نخلص من هذا أن قاعدة الغنم بالغرم ماثلة لقاعدة الخراج بالضمان، أما قاعدة الغرم بالغنم فهي تفيد عكس القاعدة السابقة. وقد مثل الفقهاء لقاعدة الغنم بالغرم بأمثلة ومنها:

١- أجرة حارس المرهون على المرتهن، لأن المرتهن هو الذي يستفيد من المرهون بتأمينه وتوثيق حقه.

٢- أجرة صك الشراء وحجج المبيعات، فإنها على المشتري بمقابلة انتفاعه بها.

٣- على الشركاء نفقة تعمیر وترميم وصيانة المشترك بقدر حصصهم.

٤- يلتزم المستعير بنفقة رد العارية إلى المعير، لأن وضع يده على العارية لمصلحة نفسه، والغاصب وقابض المبيع بيعاً فاسداً مثل المستعير. هذا بعكس الوديعة والمستأجر والمرتهن. فإن نفقة رد الشيء المحفوظ لديهم على نفقة صاحبه.

وكذا الحال في قاعدة: (النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة) فهي بمعنى قاعدة (الغنم بالغرم والغرم بالغنم) وأيضاً القسم الأول من هذه القاعدة مماثل لقاعدة (الخراج بالضمان) أما القسم الثاني منها فهو عكسها.

وقد مثل الفقهاء لهذه القاعدة (النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة) بأمثلة منها:

١- الخزينة العامة أو ميزانية الدولة هي التي تتحمل نفقة اللقطاء وتربيتهم

مقابل استحقاقها تركتهم إذا ماتوا بدون وارث.

٢- على الزوجة إطاعة زوجها في غير المعاصي مقابل التزامه بالإففاق عليها لقوله تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ البقرة : الآية ٢٢٨.

٣- قيمة ما اتفقوا على إلقائه في البحر من الأمتعة المحمولة في السفينة إذا أشفيت على الغرق من ثقلها، فإنها على ركبها مقابل سلامة أنفسهم.

الفرع الثالث: تطبيق القاعدة:

المسألة الأولى: شروط تطبيق القاعدة:

الشرط الأول: أن تكون الغلة منفصلة عن الأصل سواء كانت متولدة عنه أو غير متولدة.

الشرط الثاني: أن تكون الغلة حاصلة عن عين مملوكة ملكاً شرعياً.

الشرط الثالث: أن تكون الغلة حاصلة بعد وقوع سبب الملك.

المسألة الثانية: تفرعات وتطبيقات فقهية:

١- ما سبق من أمثلة في قاعدة (الغنم بالغرم والغرم بالغنم) وقاعدة (النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة) فإنه يصلح هنا.

٢- إتفاق الفقهاء على أن مؤنة رد العين المنتفع بها في الإجارة على المؤجر.

٣- عند الملكية والحنابلة غلة الشقص المشفوع فيه والتي تحدث عند المشتري قبل أخذه منه بالشفعة تكون له.

٤- غلة الموصى به في حالة تأخر قبول الموصى له للوصية بعد موت الموصي

،اختلف فيها الفقهاء، فعند الحنفية، وهو الأظهر عند الشافعية وأحد الأقوال عند المالكية والحنابلة تكون الغلة الحادثة بعد موت الموصي وقبل القبول للموصى له.

والصحيح عند الحنابلة، وهو أحد الأقوال عند المالكية والشافعية أن الغلة الحادثة تكون للورثة.

والمشهور عند المالكية أنه يكون للموصى له ثلث الغلة فقط، بناءً على أن المعبر في تنفيذ الوصية الأمران معاً. وقت الموت ووقت القبول .

٥- قول الحنفية في شركة الوجوه إذا شرط الشركاء مناصفة المشتري أو مثالثته، وشرط الربح على خلاف ذلك، فالشرط باطل.

٦- قول الحنابلة أن مؤونة الرهن على راهنه، مخرج على هذا الأصل.

٧- وفي الاقتصاد المعاصر ينسحب هذا الحكم على ما يسمى في البنوك بالحساب الجاري.

٨- كذلك ما يسمى في المصارف بخطاب الضمان ويعد البعض خطاب الضمان مخرجا على أساس (الخراج بالضمان).

ويقترح في هذه الحالة : أن يكون المصرف شريكاً مع العميل في إتمام الصفقة مع الاستفادة بحصته التي هي الضمان، كما إن العميل هو صاحب المال والعمل .

٩- وأيضاً : ما يسمى في المصارف بالاعتماد السندي حيث جاء في توصيفه الفقهي لدى البعض أنه مخرج على أساس الضمان .

إلا أنه يؤخذ على هذا التخريج أنه لا يسمح للمصرف بأخذ مقابل لهذا الضمان، لأن الضمان من عقود الوفاء والإرفاق . لكن من قال بذلك التخريج خرج من ذلك بقوله بالتفريق بين أجر الخدمة الفعلية الحقيقية وبين الفائدة والزيادة مقابل الضمان، فالأول (الأجر) جائز، والثانية (الفائدة) ربا محرم .

١٠- في ضوء فهم هذه القاعدة ندرك حكم ما يسمى في مجال الأسهم بالأسهم الممتازة وبالتالي فإن هذا التخصيص التي تناله هذه الأسهم يتنافى مع قاعدة (الغرم بالغنم) وعكسها قاعدة (الخراج بالضمان).

١١- الفقه الإسلامي لم يقرر لرأس المال حقاً في الحصول على الربح إلا إذا كان ذلك على وجه المشاركة مع رأس مال آخر أو عمل آخر توقعاً للربح وتحسباً للخسارة وهذا ما تقتضيه قاعدتنا.

المسألة الثالثة: مستثنيات القاعدة: (خرج عن هذا مسألة، وهي ما لو اعتقت المرأة عبداً، فإن ولاءه يكون لابنها، ولو جنى جنابة خطأ، فالعقل على عصبتها دونه، وقد يجيء مثله في بعض العصبات، يعقل ولا يرث).
أكثر العلماء جعلوا مجال هذه القاعدة أبواب البيوع ولم يعدوها إلى غيرها من الفرائض.

المطلب الثاني: قاعدة : (يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً).

الفرع الأول: تحليل القاعدة:

المسألة الأولى: مفردات القاعدة:

(يضاف) أصله من الفعل ضيف: (والمضاف: الملصق بالقوم الممال إليهم وليس منهم، وكل ما أميل إلى شيء وأسند إليه فقد أضيف).

(الفعل) ويدخل فيه القول وقد سبق بيانه.

(الأمر) اسم فاعل من أمر، والأمر: (الأمر بمعنى الحال جمعه أمور والأمر بمعنى الطلب جمعه أوامر فرقاً بينهما، والمعنى الذي يناسب القاعدة هو معنى الطلب، وهو أيضاً المراد عند الأصوليين حينما قالوا بأنه (استدعاء الفعل بالقول أو ما قام مقامه على جهة الاستعلاء).

(مجبراً) يقول أهل اللغة: (أجبرت فلاناً على كذا أي أكرهته عليه).

والإكراه لغة من كره الشيء كرهاً وكراهة وكراهية: خلاف أحبه فهو كرهه ومكروه.

ويقال الكره: بضم الكاف وفتحها يعني المشقة.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي: (يضاف الفعل) أي ينسب حكمه، لأن الشرع يبحث عن أفعال المكلفين من حيث أحكامها، لا من حيث ذواتها. (إلى الفاعل) ويقتصر عليه إذا كان عاقلاً بالغاً.

و(لا) ينسب الفعل إلى (الآمر) به، لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. ومتى بطل الأمر لم يضمن الأمر، ولأن الأمر قد يكون سبباً والفاعل علة، والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها، ثم إنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الأمر (ما لم يكن) الأمر (مجبوراً) أي مكرهاً للفاعل على الفعل، فإذا كان مكرهاً له عليه فحينئذ ينسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل إليه، لا إلى الفاعل.

المسألة الثالثة: أركان القاعدة:

هذه القاعدة في حقيقتها قاعدتان:

القاعدة الأولى: يضاف الفعل إلى الفاعل في غير الإيجابار.

القاعدة الثانية: يضاف الفعل إلى الأمر في حالة الإيجابار.

وعليه فتكون أركان القاعدة الأولى هي:

الركن الأول: الفعل الصادر من الفاعل (الموضوع).

الركن الثاني: كون الفعل منسوباً للفاعل في غير الإكراه (المحمول).

أما القاعدة الثانية فأركانها هي:

الركن الأول: الفعل الصادر من الفاعل (الموضوع).

الركن الثاني: كون الفعل منسوباً للأمر في الإكراه.

الفرع الثاني: تأصيل القاعدة: هذه القاعدة تدل على حكمين: الحكم

الأول: أنه متى ما كان المرء مكلفاً ولم يكن ثمة عارض من عوارض

الأهلية؛ فإن فعله ينسب إليه وتبعته يتحملها إجماعاً لعمومات

كثيرة ، ومنها قوله تعالى: ﴿ مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ

فَعَلَيْهَا ﴾ سورة فصلت : الآية ٤٦ .

الحكم الثاني: إذا أكره المرء على فعل أو قول شيء ما، فهل ينسب هذا القول أو الفعل إلى الفاعل ويتحمل تبعته أم أنه في حالة الإكراه والإكراه ينسب الفعل إلى الأمر لا الفاعل ؟

ظاهر القاعدة يدل على أنه في حالة الإكراه والإكراه ينسب الفعل إلى الأمر لا الفاعل. ولكن ما الإكراه الذي يجعل الفعل ينسب للأمر لا الفاعل ؟ للإجابة على هذا السؤال نتناول مسألتين من خلالهما يتبين لنا إجابة هذا السؤال.

المسألة الأولى: أقسام الإكراه: ذكر علماء الأصول أقسام الإكراه، وانفردت كل مدرسة أصولية بذكر تقسيم لها.

أولاً: مدرسة الحنفية: ينقسم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ. فالإكراه الملجئ أو الكامل عندهم هو الذي يكون بالتهديد بإتلاف النفس أو عضو منها ، أو بإتلاف جميع المال ، أو بقتل . وحكم هذا النوع : أنه يعدم الرضى ويفسد الاختيار ولا يعدمه

والإكراه غير الملجئ أو الناقص هو : الذي يكون بما لا يفوت النفس أو بعض الأعضاء ، كالحبس لمدة قصيرة ، والضرب الذي لا يخشى منه القتل أو تلف بعض الأعضاء .

وحكم هذا النوع أنه يعدم الرضا ولكن لا يفسد الاختيار.

ثانياً: مدرسة الشافعية: ينقسم الإكراه عندهم إلى إكراه بحق وإكراه بغير حق.

القسم الأول: الإكراه بحق: هو الإكراه المشروع. وهو ما توافر فيه أمران :
الأول : أن يحق للمكروه التهديد بما هدد به . الثاني : أن يكون المكروه عليه مما يحق للمكروه الإلزام به . وهذا القسم لا تنقطع فيه نسبة الفعل إلى الفاعل.
القسم الثاني: الإكراه بغير حق: الإكراه ظلماً , أو الإكراه المحرم، وهو يتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: الإكراه على فعل أباح الشرع الإقدام عليه بسبب الإكراه، وحكم هذا النوع، أن تنقطع نسبة الفعل عن الفاعل سواء كان قولاً، أو فعلاً.
النوع الثاني: الإكراه على فعل لم يباح الشرع الإقدام عليه بإكراه وذلك كالقتل والزنى، وهذا النوع لا تنقطع نسبته عن الفاعل.

ثالثاً : مدرسة المالكية والحنابلة: يتفق المالكية والحنابلة في تقسيم الإكراه إلى نوعين: النوع الأول : الإكراه الملجئ : هو أن لا يصح منه الترك . وحكمه : لا يكلف عندهم ، بل نقل الإجماع في ذلك.

النوع الثاني : الإكراه غير الملجئ : هو أن يصح منه الترك ، وهو على نوعين : إكراه بحق وإكراه بغير حق . ويختلف عندهم باختلاف المكروه عليه .

ثالثاً: العلاقة بين المدرستين الأصوليتين (مدرسة الأحناف ومدرسة

الشافعية):

قسم أصوليو الشافعية وغيرهم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ لكنهم اعتبروا الملجئ هو ما زالت به قدرة المكلف عن الفعل، لا شك أن الإكراه وفق هذا التفسير يمنع التكليف بالفعل المكروه عليه وبنقيضه أيضاً..

والإكراه بهذا المعنى لا يدخل في عوارض الأهلية بل هو من باب التكليف بما لا يطاق، الذي لم يقع في الشريعة والحمد لله، أما أصوليو الأحناف فإنهم نظروا إلى ما كان الفعل فيه ممكناً فقط، وقسموه إلى ملجئ وغير ملجئ فغير الملجئ عند الشافعية يشمل الملجئ وغير الملجئ عند الحنفية.

المسألة الثانية: أثر الإكراه: ذكر العلماء - رحمهم الله تعالى - آثار تصرفات المكروه (الفاعل) سواء كانت قولية أو فعلية وذكروا حكم كل منهما.

أولاً: أثر الإكراه على التصرفات القولية:

١ - عند الحنفية: التصرفات القولية المكروه عليها تنسب إلى الفاعل ولا

يتعدى أثرها إلى الحامل.

فتكون الأقوال كلها - على هذا - ثابتة في حق الفاعل لا الحامل، غير أن الأقوال :

أ- إن كان إقرارات لم تعتبر.

ب- وإن كانت الأقوال مما لا يحتمل الفسخ فإنها تقع وتترتب عليها أحكامها

ولا يؤثر فيها الإكراه ولو كان ملجئاً.

ج- وأما إن كانت الأقوال مما يحتمل الفسخ كان أثر الإكراه فيها إفسادها لا إبطالها، فترتب عليها ما يترتب على العقد الفاسد.

٢- عند المالكية: يختلف أثر الإكراه عندهم باختلاف المكروه عليه:

أ- فإن كان المكروه عليه عقداً أو حلاً أو إقراراً أو يميناً لم يلزم المكروه شيء.
ب- وإن كان الإكراه على الكفر بأي صورة من صورته، أو قذف المسلم بالزنى، فلا يحل له الإقدام على شيء من هذه الأشياء إلا في حالة التهديد بالقتل.

٣- عند الشافعية: يختلف أثره عندهم باختلاف المكروه عليه: يكون

الإكراه بالقول إذا كان المكروه عليه عقداً أو حلاً أو أي تصرف
قولي فإنه لا يصح عملاً لعموم حديث ((رفع عن أمي الخطأ
والنسيان وما استكروها عليه)) سنن ابن ماجه حديث رقم
(٢٠٤٥) والبيهقي حديث رقم (١٤٨٧١)

وعمقتضى أدلة التخصيص يقرر الشافعية أنه لا أثر لقول المكروه إلا في الصلاة
فتبطل به في الأصح.

٤- عند الحنابلة: التصرفات القولية تقع باطلة مع الإكراه إلا النكاح،

فإنه يكون صحيحاً مع الإكراه، قياساً على الهازل، وإنما لم يقع
الطلاق مع الإكراه للحديث الشريف ((لا طلاق في إغلاق))

أخرجه بهذا اللفظ الدارقطني (٩٨). وقال ابن حجر (حديث عائشة لا طلاق في إغلاق رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وأبو يعلى والحاكم والبيهقي من طريق صفية بنت شيبة عنها وصححه الحاكم).

ومن أكره على الكفر لا يعتبر مرتدًا، ومتى زال عنه الإكراه أمر بإظهار إسلامه، والأفضل لمن أكره على الكفر أن يصبر وإذا أكره على الإسلام من لا يجوز إكراهه، فأسلم لم يثبت له حكم الإسلام، حتى يوجد منه ما يدل على إسلامه طوعاً، أما من يجوز إكراهه على الإسلام كالمترد، فإنه إذا أكره فأسلم حكم بإسلامه ظاهرًا والإكراه يسقط الحدود عن المكره.

ثانياً: أثر الإكراه على التصرفات الفعلية:

١ - عند الحنفية: التصرفات الفعلية عندهم تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الأفعال التي لا يحتمل أن يكون الفاعل فيها آلة للحامل. وفي هذه الحالة لا يكون للإكراه أثر، بل يلزم حكمها الفاعل ويقتصر عليه.

القسم الثاني: الأفعال التي يحتمل أن يكون الفاعل فيها آلة للحامل، وهي على وجهين:

الوجه الأول: أن يلزم من اعتبار الفاعل آلة تبدل محل الجنابة وفي هذه الحال يقتصر أثر الفعل على الفاعل ولا يتعدى إلى الأمر كالقسم الأول، أما لزوم الجزاء على الأمر مع الفاعل أيضاً فيعود إلى أن إكراهه الفاعل يفوق دلالاته على الصيد، وفي الدلالة يجب الجزاء.

الوجه الثاني: أن لا يلزم من اعتبار الفاعل آلة للآمر تبديل محل الجناية، وفي هذه الحالة إن كان الإكراه ملجئاً نسب الفعل إلى الأمر ولزمته العهدة، وعد الفاعل آلة له، وإن كان الإكراه غير ملجئ اقتصر الحكم على الفاعل لعدم فساد اختياره فيضمن ما أتلفه من الأموال، ويقتص منه في القتل العمد.

٢- عند المالكية: يختلف أثر الإكراه عندهم باختلاف المكره عليه:

أ- فإن كان المكره عليه هو الزنى بامرأة طائعة خلية . غير متزوجة . ، فلا يحل له الإقدام على ذلك إلا في حالة التهديد بالقتل .

ب- وإن كان الإكراه على قتل مسلم أو قطع عضو منه، أو على زنى بمكرهه، أو بامرأة لها زوج، فلا يجوز الإقدام على شيء من ذلك ولو أكره بالقتل .

ت- وأما لو أكره على فعل معصية - غير الكفر - لا حق فيها لمخلوق فيتحقق الإكراه بأية وسيلة من قتل أو غيره . ويترتب عليه في الصوم القضاء دون الكفارة . وفي الصلاة يكون الإكراه بمنزلة المرض المسقط لبعض أركانها ، ولا يسقط وجوبها . وفي شرب الخمر لا يقام الحد . وألحق سحنون بهذا النوع الزنى بامرأة طائعة لا زوج لها ، خلافاً للمذهب . ويضيف المالكية أن القطع في السرقة يسقط بالإكراه مطلقاً ، ولو كان بضرب أو سجن لأنه شبهة تدرأ الحد .

٣- عند الشافعية: الإكراه عند الشافعية يسقط أثر التصرف إلا في مسائل

ويمكن أن تحمل المسائل المتعلقة بالتصرفات الفعلية في خمس مسائل:

المسألة الأولى: الفعل المضمن: كالقتل أو إتلاف المال أو الغصب , فعلى المكره القصاص أو الضمان.

المسألة الثانية: الزنى وما إليه: يأثم المكره بالزنى , ويسقط الحد للشبهة , ويترتب على وطء الشبهة حكمه .

المسألة الثالثة: الرضاع: فيترتب عليه التحريم المؤبد في المناكحات وما ألحق بها .

المسألة الرابعة: كل فعل يترتب عليه بطلان الصلاة فتبطل الصلاة بما تقدم برغم الإكراه عليه .

المسألة الخامسة: ذبح الحيوان: تحل ذبيحة المكره الذي تحل ذبيحته.

٤ - **عند الحنابلة:** ذكر الحنابلة صوراً للإكراه في التصرفات الفعلية وهي:
الصورة الأولى: إكراه إنسان على قتل غيره، أو قطع عضو من أعضاء بدنه، فيقتص منها معاً باعتبارهما شركاء في الجريمة.

الصورة الثانية: الإكراه على الزنى.

الصورة الثالثة: الإكراه على إتلاف المال: فيضمن الأمر ما يقع من إتلاف الفاعل بسببه.

الخلاصة: من خلال ما تقدم يتبين لنا ما يلي:

- ١ - أن هناك فرقاً بين نسبة الفعل وبين التضمنين فهما غير متلازمان .
- ٢ - تتفق كلمة الجمهور على بطلان تصرفات المكره القولية مطلقاً.

٣- قاعدة الحنفية في نسبة الفعل في الإكراه : إن اختيار المكره (الفاعل) لما كان فاسداً فإما يعارضه اختيار صحيح وهو اختيار الأمر أو لا. فإن لم يعارضه اختيار صحيح من الحامل كان التصرف منسوباً إلى الفاعل. وإن عارضه اختيار صحيح من الأمر كان التصرف منسوباً إلى الأمر، واعتبر الفاعل كالمعدوم، إلا في حالة تبدل محل الجناية عند نسبة الفعل إلى الأمر.

٤- قاعدة المالكية في نسبة الفعل في الإكراه: قسموا الإكراه إلى نوعين:

أحدهما: إكراه شرعي، والآخر: إكراه غير شرعي.

أولاً: الإكراه الشرعي وحكمه: هو عبارة عن إكراه على الفعل الذي تعلق به حق المخلوق.

وهو لا يقطع نسبة الفعل عن الفاعل.

ثانياً: الإكراه غير الشرعي وحكمه: هو عبارة عن إكراه على فعل لا يتعلق به حق المخلوق).

وهو يختلف باختلاف المكره عليه، وقد مر تفصيل الحالات وبيان حكم كلٍ منها.

٥- قاعدة الشافعية في نسبة الفعل في الإكراه: الإكراه قسمان: إكراه بحق

وإكراه بغير حق.

أما الإكراه بحق فلا تنقطع فيه نسبة الفعل عن الفاعل، ولا أثر له هنا بل يصح التصرف وينفذ.

وأما الإكراه بغير حق فقسمان:

أ- الأول منهما ما كان معذرة شرعية بأن أحل الشارع للمكروه الإقدام على الفعل وفيه تنقطع نسبة الحكم عن الفاعل وينفذ على الأمر إن كان من الممكن نسبة الفعل إليه..

ب- والثاني ما لم يكن معذرة شرعية ، بأن لا يحل له الإقدام على الفعل وفيه لا تنقطع نسبة الحكم عن الفاعل وينفذ في حقه جميع ما يترتب على ما أقدم عليه.

٦- قاعدة الحنابلة في نسبة الفعل في الإكراه: يتفق الحنابلة مع المالكية في قاعدة نسبة الفعل في الإكراه في الجملة .

أقوال الفقهاء في سقوط الضمان عن المكروه: اختلف الفقهاء في كون الإكراه عذراً يسقط به الضمان عن المكروه ويجب به الضمان على المكروه على أقوال :
القول الأول: أن الضمان يجب على المكروه دون المكروه إن كان الإكراه تاماً، ويجب على المكروه دون المكروه إن كان ناقصاً ، وهذا مذهب الحنفية ، وعللوا له بما يأتي :

أ - عللوا لوجوب الضمان على المكروه دون المكروه إذا كان الإكراه تاماً ووجوبه على المكروه دون المكروه إذا كان الإكراه ناقصاً بما يأتي :

١ - أن المحدث للضرر المالي حقيقة في حالة الإكراه التام هو المكروه وليس المكروه ؛ لأن المكروه وإن كان هو المباشر لإحداث الضرر إلا أنه بمنزلة الآلة في يد المكروه فيما يصلح أن يكون آلة له فيه، إذ يصلح أن يرمي المكروه المكروه على المال فيتلفه، أما في حالة الإكراه الناقص فإن المحدث للضرر حقيقة هو المكروه

؛ لأن الإكراه الناقص لا يجعل المكره آلة في يد المكره ؛ لأنه ليس له تأثير على اختياره أصلاً .

القول الثاني: أن الضمان يجب على المكره والمكره على الترتيب : بأن يجب الضمان على المكره أولاً فإن كان مُعدماً وجب الضمان على المكره ، وقد فرقوا بين هاتين المسألتين بأن المكره في المسألة الأولى متسبب، إذ لم يصدر عنه إلا الإكراه، والمكره فيها هو المباشر لإحداث الضرر، فلذا قدم المكره على المكره في الضمان ، أما في المسألة الثانية فالمكره والمكره كل منهما مباشر ، فلذا وجب الضمان عليهما معاً.

القول الثالث: أن الضمان يجب على المكره ولصاحب المال مطالبة المكره إلا أنه يرجع بما ضمن على المكره ، وهذا أصح الأقوال عند الشافعية، وهو مذهب الحنابلة، ونص الحنابلة على وجوب الضمان على المكره حتى وإن كان المال للمكره ، وعلل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه : بأن إحداث الضرر منسوب إلى المكره؛ لأن المكره بمنزلة الآلة في يده ، فلذا وجب الضمان عليه .

أما توجه المطالبة إلى المكره فلعله استناداً إلى أن المكره هو الذي باشر إحداث الضرر بالمال فكان لصاحب المال مطالبته مع رجوعه بما ضمن على المكره.

الفرع الثالث : تطبيق القاعدة :

المسألة الأولى : بيان شروط قاعدة الإكراه:

- الشرط الأول : قدرة المکره على إيقاع ما هدد به.
- الشرط الثاني : خوف المکره من إيقاع ما هدد به.
- الشرط الثالث : أن يكون ما هدد به قتلاً أو إتلاف عضو.
- الشرط الرابع : أن يكون المکره ممتنعاً عن الفعل المکره عليه لولا الإكراه.
- الشرط الخامس : أن يكون محل الفعل المکره عليه متعينا ..
- الشرط السادس : ألا يكون للمکره مندوحة عن الفعل المکره عليه.
- المسألة الثانية: تطبيقات القاعدة:

- ١- إذا طلب شخص من آخر أن يحرق هذه السيارة الواقفة فأحرقها المأمور، فهو ضامن لها، والأمر لا يضمن، لكن إذا قال: أحرق سيارتي هذه فأحرقها فهو غير ضامن.
- ٢- إذا قال شخص لآخر: اركب هذه السيارة وسقها أو ادخل هذا البيت واهدم هذا الحائط، ففعل المأمور ما طلب منه كان ضامناً.
- ٣- إذا أمر مصمم برامج الحاسوب بإدخال برنامج يؤدي إلى تلف أجهزة الحاسوب المملوكة لشركة ما، ونفذ المصمم ما أمر به، فإنه يضمن ما لم يكن مكرهاً.

المسألة الثالثة: مستثنيات القاعدة: خرج عن هذه القاعدة بعض الفروع الفقهية وهي:

- ١- ما لو كان المأمور أجيراً خاصاً للأمر فتلف بعمله شيء من غير أن يجاوز المعتاد؛ فالضمان على أستاذه الأمر له.

- ٢- لو أمره برش الماء في فناء دكانه فرش، فما تولد منه فضمانه على الأمر، وإن بغير أمره فالضمان على الراش.
- ٣- إذا كان الأمر سلطاناً فإن أمره إكراه.
- ٤- إذا كان الأمر أباً فأمر ابنه بإتلاف مال غيره، فالأب الأمر ضامن، أو غير الأب إذا كان المأمور صبياً.

المسألة الرابعة: تنبيهات مهمة:

التنبيه الأول: الظاهر أن إضافة الفعل للفاعل لا للأمر إنما تكون في فعل ظهر فيه تعدد على الغير موجب للضمان فلو لم يكن فيه شيء من هذا، فإن الفعل يضاف حينئذ للأمر إذا كان الفعل يقبل الاستنابة.

التنبيه الثاني: الفروع الفقهية التي أوردها الفقهاء على هذه القاعدة تدل على أن القاعدة مقيدة بأن لا يكون الفعل المأمور به لمصلحة الأمر، وإلا كان الأمر عندئذ في حكم الوكالة.

التنبيه الثالث: كما أن الإكراه يكون حقيقياً فقد يكون حكماً تقديرياً كما لو كان الأمر سلطاناً فإن أمره إكراه.

المطلب الثالث: قاعدة: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر).

الفرع الأول: تحليل القاعدة:

المسألة الأولى: (مفردات القاعدة):

(المباشر) اسم فاعل من باشر، فالمباشرة تعني - إذاً - : ملامسة الشيء الشيء

واتصاله به من غير أن يكون هناك حائل بينهما.

وفي لغة الفقهاء: لا تخرج المباشرة عن المعنى اللغوي بل هي عندهم أخص.
(المتسبب) اسم فاعل من سبب، والسبب في اللغة هو الحبل الذي يتوصل إلى الماء .

فالتسبب عند الفقهاء أخص من التسبب في اللغة، إذ قصر الفقهاء التسبب على ما يكون من قبيل الإتلاف، ولذا الإتلاف بأنه: (هو الذي حصل التلف بفعله، وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار).

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي: (إذا اجتمع المباشر) للفعل، أي الفاعل له بالذات (والتسبب) له. أي المفضي والموصل إلى وقوعه (يضاف الحكم إلى المباشر) كما تقدم في القاعدة السابقة، من أن الفاعل هو العلة المؤثرة، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة،
المسألة الثالثة: ألفاظ أخرى للقاعدة:

اللفظ الأول: (إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة قدمت المباشرة).

اللفظ الثاني: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر، أو قدم المباشر في الضمان).

اللفظ الثالث: (إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب والمتأمل في معنى قاعدة تقديم المباشرة على التسبب وتطبيقاتها لدى الفقهاء يلحظ أن مجال القاعدة هو الضمان والجنايات.

المسألة الرابعة: أركان القاعدة:

الركن الأول: اجتماع المباشر والمتسبب على إتلاف شيء ما.
الركن الثاني: إضافة التبعة والمسؤولية على المباشر للإتلاف دون المتسبب (هذا هو محمول القاعدة).

الفرع الثاني: تأصيل القاعدة:

المسألة الأولى: دليلية القاعدة: أورد الفقهاء في تقرير القاعدة دليلين:
الدليل الأول: قاعدة الشريعة في تقديم الراجح عند التعارض.
الدليل الثاني: دليل عقلي: إذا اجتمع المباشر والمتسبب، فالمباشر مقدم كالعلة وعلة العلة، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة).

المسألة الثانية: صور اجتماع المباشرة مع التسبب: إذا اجتمعت المباشرة مع التسبب، لم تخل المباشرة من إحدى صورتين:

الصورة الأولى: أن تكون المباشرة صادرة عن محل الضرر أو مالك المحل فإن كانت المباشرة صادرة عن عاقل: فهنا إما أن تكون تعدياً أو لا، فإن كانت تعدياً لم يجب الضمان على المتسبب، أما إذا لم تكن المباشرة تعدياً، فإن الضمان يجب على المتسبب.

وإن كانت المباشرة صادرة عن غير عاقل: لم تعتبر مباشرته فيجب الضمان على المتسبب.

الصورة الثانية: أن تكون المباشرة صادرة عن غير محل الضرر ومالك المحل: وفي هذه الصورة إما أن يكون من صدرت عنه المباشرة عاقلاً وهو:

الإنسان أو غير عاقل ، فإن كان غير عاقل لم تعتبر مباشرته، وهذا ما لم تكن
المباشرة منسوبة إلى عاقل.

وإن كان من صدرت عنه المباشرة عاقلاً، فالقاعدة العامة فيما يجب الضمان به
عند اجتماع المباشرة والتسبب هي الضمان بالأقوى منهما، وبناءً على هذه
القاعدة ، فإن هناك ثلاثة أحوال للضمان عند اجتماع المباشرة والتسبب:

الحال الأولى: الضمان بالمباشرة دون التسبب: وهذا هو الأصل فإن المباشرة
تقدم على التسبب في الضمان عند اجتماعهما باتفاق المذاهب الأربعة.

الحال الثانية: الضمان بالتسبب دون المباشرة .

الحال الثالثة: اشتراك المباشرة والتسبب في الضمان.

الفرع الثالث: تطبيق القاعدة: متى كان المتوسط بين السبب

والمعلول صالحاً لإضافة المعلول إليه، يكون السبب حينئذ سبباً

حقيقياً أي محضاً ، وذلك المتوسط هو العلة، وهذا هو المبحوث

عنه في القاعدة.

المسألة الأولى: شروط تطبيق القاعدة:

أولاً: أن لا يكون التسبب أقوى من المباشرة أو مثلها:

١ - فإن استويا في القوة اشتركا في الضمان.

٢ - أما إن كان التسبب أقوى من المباشرة فإن الضمان يكون على

المتسبب دون المباشر، وقد ذكر الفقهاء لذلك ضوابط:

الضابط الأول: أن يكون التسبب تعدياً والمباشرة ليس فيها تعدي.

الضابط الثاني: أن تكون المباشرة ناشئة عن التسبب على وجه الإلجاء ،

والإلجاء على أنواع:

أ- إلقاء حسي .

ب- إلقاء شرعي .

ج- إلقاء عرفي

ويدخل في المباشرة الناشئة عن التسبب على وجه الإلجاء المباشرة الناشئة عن

التسبب عن طريق الغرور إذا كان المباشر معذوراً بالاغترار، والاغترار على

نوعين:

١- اغترار متعمد.

٢- اغترار خطأ.

ثانياً: أن يتعذر تضمين المباشر: وفي هذه الحالة يتوجه الضمان للمتسبب

صيانة للدم والمال المعصومين عن الإهدار ما أمكن.

وذهب الشافعية إلى أن الضمان لا يجب على المتسبب إذا تعذر تضمين

المباشر لكونه ممن لا يجب عليه الضمان أو غير متصف بالأهلية له.

المسألة الثانية: تطبيقات القاعدة:

١- إذا حفر بئراً فردّاه فيها آخر فالقصاص على المردّي لأنه مباشر.

٢- من أمسك شخصاً فقتله آخر، أو ألقاه من شاهق فتلقاه آخر فقداه

فالقصاص على القاتل والقاد فقط.

٣- لو دل شخص سارقاً على مال إنسان فسرقه، أو دل آخر على القتل أو قطع الطريق، ففعل فلا ضمان على الدال بل على السارق والفاعل وقاطع الطريق لأنه المباشر.

٤- لو دفع شخص سكيناً إلى صبي مميز ليمسكها له فقتل الصبي بها نفسه، فلا ضمان على الدافع المتسبب.

المسألة الثالثة: مستثنيات القاعدة: خرج عن هذه القاعدة المثالين التاليين:

١- لو دل المودع نفسه السارق على الوديعة فسرقها، فإنه يضمن لترك الحفظ، إلا إذا منعه حين الأخذ، فأخذها كرهاً فلا يضمن.

٢- لو دل محرم على صيد فاصطاده المحل لزم المحرم الجزاء.

المطلب الرابع: قاعدة: (المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي).

الفرع الأول: تحليل القاعدة:

المسألة الأولى: مفردات القاعدة:

(المباشر) سبق بيانه.

(المتسبب) مر معنا توضيحه.

(التعدي) لغة: مجاوزة الحد والقدر والحق

أما عند الفقهاء (التعدي: فعل السبب بغير حق)

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي: المباشر للفعل الضار ضامن لما أتلفه، لأن

المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإتلاف، فيضمن، وإذا كان الضمان

متقراً في حالة الخطأ فهو محل اعتبار في حالة التعمد من باب أولى إلا أنه في حالة الخطأ ضمان دون إثم وفي حالة التعمد ضمان وإثم، أما المتسبب فلا يضمن إلا إذا كان متعدياً، فإن كان السبب خالياً من التعدي فليس ثمة ضمان.

المسألة الثالثة: ألفاظ أخرى للقاعدة: القاعدة التي نحن بصددتها قد أوردتها مجلة الأحكام العدلية في قاعدتين بهذه الصياغة:

١- (المباشر ضامن وإن لم يتعمد).

٢- (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد).

المسألة الرابعة: أركان القاعدة: قاعدتنا مكونة من قاعدتين:

القاعدة الأولى: (المباشر ضامن وإن لم يتعد).

القاعدة الثانية: (المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي).

فأركان القاعدة الأولى: ركنان:

الركن الأول: المباشر (الموضوع).

الركن الثاني: يضمن مطلقاً تعد أم لم يتعد (المحمول).

أما أركان القاعدة الثانية فهي ركنان:

الركن الأول: المتسبب (الموضوع).

الركن الثاني: يضمن في حالة التعدي (المحمول).

الفرع الثاني: تأصيل القاعدة: اتفق الفقهاء على أن المباشر إذا باشر

الإتلاف وحده كان ضامناً مطلقاً متعمداً كان أو مخطئاً كما اتفقوا

أيضاً على اشتراط التعدي في التسبب.

المسألة الأولى: دليلية القاعدة:

الدليل الأول: حديث عائشة لما رعت يداها فسقط الإناء فانكسر سبق تخريجه.

الدليل الثاني: حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل، فهو ضامن)) أخرجه البيهقي في سننه حديث رقم (١٧٤٧١) وضعفه (٣٤٤/٨).

المسألة الثانية: أنواع التعدي: يقسم التعدي تقسيمات كثيرة باعتبارات:

أولاً: يقسم باعتبار السلبية وعدمها، إلى قسمين:

القسم الأول: التعدي الإيجابي.

القسم الثاني: التعدي السلبي.

ثانياً: ويقسم باعتبار نوعية التصرف إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن يتصرف الإنسان بما لا حق له فيه أصلاً:

القسم الثاني: أن يتصرف الإنسان بما هو حق له، ولكنه يتجاوز حد حقه في

مثل هذا التصرف من جانب الزيادة، ويسمى (الإفراط).

القسم الثالث: أن يتصرف الإنسان بما هو حق له، ولكنه يقصر بترك

الاحتياط المطلوب.

ثالثاً: ويقسم باعتبار الجسامة والطفافة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: تعد يسير: وهو ما لا يفوت به شيء من المنفعة، بل يدخل النقص على الأشياء.

القسم الثاني: تعد فاحش: وهو ما يفوت به بعض العين، وبعض المنفعة لا كلها.

القسم الثالث: تعد كلي: وهو ما يفوت العين ومنفعتها.

المسألة الثالثة: تعدد الأسباب: إذا اعتدى جمع من الأشخاص، وأحدثوا ضرراً مالياً، فإما أن يكون اعتداؤهم من نوع واحد، بأن يكونوا جميعاً متسببين أو مباشرين، وإما أن يكون اعتداؤهم مختلفاً بأن يكون بعضهم مباشراً، والآخر متسبباً، فينتظم من ذلك حالان:

الحال الأولى: أن يكونوا جميعاً مباشرين أو يكونوا متسببين فإما أن يتحد عملهم في النوع أو يختلف:

(١) ففي الصورة الأولى: أي إذا كانوا جميعاً مباشرين أو متسببين واتحد عملهم نوعاً ولم يختلف قوة وضعفاً كان الضمان عليهم بالسوية، وهذا محمل قول عمر بن الخطاب: (لو اشترك في قتله أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً) أخرجه البخاري في صحيحه موصولاً ومعلقاً مجزوماً به (٢٥٢٧/٦) ..

(٢) وفي الصورة الأخرى، أي إذا كانوا جميعاً متسببين أو مباشرين واتحد عملهم نوعاً، لكن اختلف عملهم قوة وضعفاً، فهنا وقع الخلاف بين الفقهاء على قولين:

القول الأول: أن الضمان يلزم الجميع موزعاً عليهم بالسوية دون اعتبار لمقدار تسبب كل منهم، وهذا ما ذهب إليه الحنفية استحساناً وهو قول المالكية ووجه عند الشافعية وقول الحنابلة.

وعللوا قولهم بما يلي: أن الضمان يلزم جميع المتسببين بأنهم قد اشتركوا في إيجاد السبب فيلزمهم الاشتراك في ضمان الضرر الناشئ عنه.

القول الثاني: أن الضمان يلزم المتسبب الذي حدث الضرر بالجزء الذي تسبب فيه أولاً، وبناءً عليه فلو حدث الضرر بالسبب كله دفعة واحدة لزم الضمان جميع المتسببين بالسوية، وهذا هو القياس عند الحنفية

القول الرابع: أن القول الأول وهو أن الضمان يلزم جميع المتسببين موزعاً عليهم بالسوية هو الأولى بالاختيار.

ثمرة الخلاف: ينبني على هذا الخلاف الثمرات التالية:

الثمرة الأولى: اجتماع سائق الدابة وقائدها: لو كان مع الدابة شخصان: أحدهما سائق لها والآخر قائد فأتلفت مالاً أو غيره لزمهما الضمان بالسوية.

الثمرة الثانية: الاشتراك في الحفر: إذا تعدى إنسان فحفر في الطريق بئراً قريبة العمق، فجاء إنسان آخر فعمقها إلى القرار فتردى فيها مال فتلف، لزم الضمان بناءً على القول الأول كلاً من الحافر والمعمق بالسوية

الثمرة الثالثة: الاستئجار للحفر: لو استأجر إنسان أجيراً فأمره أن يحفر له في غير ملكه بدون إذن من المالك، فحفر له الأجير وهو يعلم بحقيقة الحال، لزم - عند بعض الفقهاء - المستأجر والأجير معاً ضماناً ما حصل بالحفر ذاته أو

بالوقوع فيه من الضرر ، وهذا القول هو الراجح - والله أعلم .

الحال الثانية: أن يكون المعتدون مختلفين: بعضهم مباشر، وبعضهم متسبب. والأصل في هذه الحال، تقديم المباشر على المتسبب في التضمن للقاعدة السابقة: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر) مع العلم بمراعاة حال الفرع المنزل عليه حكمها.

المسألة الرابعة: تسلسل الأضرار: إذا ترتب على الفعل الضار ضرر فأكثر، فهنا حالان:

الحال الأولى: إذا كان فعل المتسبب متصلاً بالفعل الضار: فيسأل المتسبب عن الأضرار الناجمة عن فعله.

الحال الثانية: إذا انقطع أثر فعله بتدخل سبب آخر: فلا يضمن.

الفرع الثالث: تطبيق القاعدة:

المسألة الأولى: شروط تطبيق القاعدة:

اتفق الفقهاء على أن مباشرة الإلتلاف تكون سبباً للضمان بغض النظر عن قصد صاحبه وعلمه، مع مراعاة قاعدة أخرى عند تطبيق قاعدة المباشرة وهي قاعدة: (الجواز الشرعي ينافي الضمان).

وأما التسبب في الإلتلاف فله شروط:

الشرط الأول: أن يكون متعمداً.

والشرط الثاني: أن يكون متعدياً.

الشرط الثالث: تحقق السببية.

اختلف الفقهاء في الشرط الذي ينبغي اعتباره للحكم بتحقيق السببية،
على اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن الشرط هو كون السبب مما شأنه أن يقضي إلى الإلتلاف
عادة..

الاتجاه الثاني: هو أن يكون السبب مما يقصد به تحصيل العلة التي حصل
التلف بها، وذلك لكون العلة مما يتوقع وجوده مع السبب.

والذي يظهر أن الاتجاه الثاني أقرب من الاتجاه الأول في تحديد شرط السببية
إلا أنه يقال عند الكشف والتحقق من ذلك ينبغي مراعاة طرق الإثبات من
إقرار وبينة وبمين وشاهد ونحوها من طرق الإثبات حتى يُتمكن من الوقوف
على حقيقة الأمر دون التباس.

الشرط الرابع: أن لا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مباشر.

المسألة الثانية: تطبيقات معاصرة لقاعدة التسبب والمباشرة: عند التأمل في
حوادث التصادم نجدها تنتظم في صورتين:

الصورة الأولى: إذا وقع التصادم بين سيارتين سائرتين فكيف يكون الجزاء؟
اختلف الفقهاء في ذلك على قولين هما:

١- قول الجمهور وهو اعتبار فعل كل واحد منهما في الآخر دون فعله في
نفسه.

٢- وذهب الشافعية وزفر من الحنفية إلى اعتبار تأثير كل منهما بفعله وفعل
صاحبه.

وبالتأمل في القولين يتبين رجحان مذهب الجمهور في اعتبار فعل كل منهما في الآخر دون نفسه، لما تقدم من التعليل؛ ولأنه قد أفتى به علي بن أبي طالب حيث اعتبر فعل كل منهما في الآخر دون نفسه.

الصورة الثانية: إذا كانت إحدى السيارتين سائرة والأخرى واقفة، فإما أن تكون الواقفة متعدية بالوقوف أو غير متعدية: فإن كانت متعدية بالوقوف، فالضمان على صاحب السيارة الواقفة لتعديه بالوقوف وهذا قول، والقول الآخر أن الضمان عليهما جميعاً لحصول التعدي منهما فالواقف متعدي بالوقوف فهو متعد.

وما ذهب إليه الشافعية أولى؛ لأن الصادم قد تعدى بتفريطه فهو مأمور بالحيلة والاحتراز أثناء السير، فيكون الجزاء بينهما ويزاد على الواقف جزاء المخالفة المرورية.

أما إذا كان الواقف غير متعد بالوقوف كأن يقف في ملكه أو في شارع واسع يسمح بالوقوف فيه أو أمام الإشارة المرورية فالضمان على الصادم لتعديه بالصدمة ولا يتحمل الواقف شيئاً لعدم تعديه بالوقوف، وإن مات فهو هدر لأنه هو الذي أتلف نفسه.

وحكى الشافعية قولاً آخر يلزم الضمان عليهما لأن ابتداء السير كان منهما فلزمهما الضمان.

وما ذهب إليه الجمهور من عدم الضمان أولى؛ لأنهما مأذون لهما بالسير ولم يفترط بل ما وقع منهما هو أمر لا يدخل في وسعهما لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ

اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴿٢٨٦﴾ سورة البقرة : الآية ٢٨٦ ..

المطلب الخامس:

قاعدة: (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه أو بلا سبب

شرعي)

الفرع الأول: تحليل القاعدة:

المسألة الأولى: مفردات القاعدة:

(لا يجوز) أي : لا يصح ، وعدم الصحة مر معنى ببيانها لغة و اصطلاحاً ، و يفسر عدم الجواز هنا بمعنيين:

المعنى الأول: المنع الموجب للضمان (حالة التصرف الفعلي).

المعنى الثاني: عدم النفاذ (حالة التصرف القولي) .

(لأحد) نكرة في سياق النفي فتعم كل أحد.

(أن يتصرف) التصرف لغة التقلب في الأمور.

و التصرف في الاصطلاح: (ما يصدر من الإنسان بإرادته، و يرتب الشرع عليه أحكاماً مختلفة)

و بهذا المعنى يكون التصرف أعم من الالتزام، إذ من التصرف ما ليس فيه التزام.

(ملك الغير) سواء أكان خاصاً أو مشتركاً، و خرج بهذا القيد ملكه إذ يجوز له التصرف فيه.

(بلا إذنه) سابقاً، أو إجازته لاحقاً، و الضمير هنا (الهاء) يرجع إلى إذن المالك.

(سبب شرعي) أي مسوغ شرعي يقتضي التصرف في ملك الغير .

المسألة الثانية : المعنى الاجمالي : لا يحل شرعاً لإنسان أن يتصرف في أموال الآخرين بدون إذن أصحابها ، سواء أكان التصرف فعلياً أم قولياً كما لا

يحل له أيضاً مهما كان الحال عمداً أم خطأ ، جداً أم هزلاً أن يأخذ إنسان مال غيره بدون سبب شرعي مشروع.

المسألة الثالثة : ألفاظ أخرى للقاعدة :

اللفظ الأول : (ليس لأحد أن يحدث مرجأً في ملك غيره ، ولا يتخذ فيه نهرأً ولا بئرأً ولا مزرعةً ، إلا بإذن صاحبه ، ولصاحبه أن يحدث ذلك كله).

اللفظ الثاني : قاعدتا مجلة الأحكام العدلية :

القاعدة الأولى : (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه) .

والقاعدة الثانية : (لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعي) .

اللفظ الثالث : (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن) .

اللفظ الرابع : (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن ولا ولاية ولا ضرورة)

اللفظ الخامس : (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن أو إباحة من الشرع أو بولاية) .

المسألة الرابعة : أركان القاعدة : الركن الأول :

١- التصرف في ملك الغير بدون إذنه .

٢- التصرف في ملك الغير بدون سبب شرعي

الركن الثاني : عدم الجواز (المحمول) .

الفرع الثاني : تأصيل القاعدة :

المسألة الأولى : دلالية القاعدة :

الدليل الأول : حديث : ((لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا ولا جادا ومن أخذ عصا أخيه فليردها)) سبق تخريجه.

الدليل الثاني : حديث : ((على اليد ما أخذت حتى تؤدي)) سبق تخريجه.

الدليل الثالث : قول النبي ﷺ : ((إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو مما أسمع منه فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من النار)) أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم (٢٥٣٤) ومسلم في صحيحه حديث رقم (١٧١٣)..

المسألة الثانية: أنواع التصرف:التصرف في ملك الغير نوعان:

النوع الأول: التصرف الفعلي: و له حالان:

الحال الأولى: أن يتقدم هذا التصرف إذن سابق و في هذه الحال يحل الفعل و يصح التصرف .

الحال الثاني: أن لا يتقدمه إذن سابق ، و هذه لها صورتان:

الصورة الأولى: وضع اليد فقط: وحكم هذه الصورة أن هذا غضب وأن صاحبها قد ارتكب محظوراً و يجب عليه رد العين و تكون مضمونة بالتلف إلا إذا لحقتها إجازة المالك.

الصورة الثانية: أن يكون التصرف بإحداث ذي أثر أو إتلاف: و مثال هذه الصورة : كما جاء عند الحنفية, ما لو حفر في ملك الغير بلا إذنه. فليس

للمالك أن يجبر الحافر عند أبي حنيفة و أبي يوسف, بل يضمنه النقصان, بخلاف الحفر في الطريق العام, فإن الحافر فيه يجبر على اتفاقاً.

النوع الثاني: التصرف القولي: وله حالان:

الحال الأول: تصرف قولي محض . وضابطها : هو كل قول لم يعقبه تسليم، وهذا حكمه حكم تصرف الفضولي . وخلاف العلماء فيه مشهور .

الحال الثانية: تصرف قولي عقبه تسليم . وحكمها أن المتصرف يعد غاصباً بالتسليم وضامناً وعقده هل يكون باطلاً أو موقوفاً ؟ على الخلاف .

المسألة الثالثة: أنواع الإذن : له تقسيمان :

التقسيم الأول: إذن شرعي وإذن عرفي

التقسيم الثاني: إذن صريح وإذن دلالة.

قسم العلماء الإذن إلى أقسام ومنها:

١- تقسيمه إلى إذن شرعي وإذن عرفي .

٢- وتقسيمه إلى إذن صريح وإذن دلالة .

المسألة الرابعة: أسباب التملك الشرعية إن أسباب التملك التي أقرتها

الشرعية تنحصر في أربعة:

أولاً: إحرار المباحات : ولإحرازه شريطتان :

الشريطة الأولى : أن لا يكون قد سبق إلى إحرار المباح شخص سابق.

الشريطة الثانية: قصد التملك: فلو حصل المباح في حوزة الإنسان دون قصد

منه لتملكه فإنه لا يملكه.

ثانياً : العقود : العقود كلها تصرفات قولية يشترط فيها لتكون سبباً للملكية شرائط . من أهمها : الاختيار إلا أنه يدخل في العقود من حيث سببية الملكية حالان هما استثناء من شريطة الاختيار و هذا الاستثناء هو من مقتضيات المصلحة العامة, و هما :

الأولى : العقود الجبرية التي تقوم بإجرائها السلطة القضائية مباشرة وصراحة بالنيابة تجب عليهم إذا امتنعوا عن إجرائها.

الثانية : حالة التملك الجبري المسمى في الاصطلاح القانوني : نزع الملكية الجبري. و له صورتان:

الصورة الأولى : هي الشفعة.

الصورة الثانية : هي الاستملاك لأجل المصالح العامة .

ثالثاً : الخلفيّة : هي : حلول شخص أو شيء جديد محل قديم زائل في الحقوق , و هي نوعان :

الأول : خلفية شخص عن شخص.

الثاني : خلفية شيء عن شيء.

رابعاً : التولد من المملوك.

المسألة الخامسة : أنواع السبب الشرعي : ينقسم السبب الشرعي إلى قسمين :

القسم الأول : سبب لا يحتاج فيه إلى حكم : ويسمى عند بعض العلماء

بالسبب القوي.

القسم الثاني: سبب يحتاج فيه إلى حكم حاكم : ويسمى عند بعض العلماء

بالسبب الضعيف

الفرع الثالث: تطبيق القاعدة :

المسألة الأولى : شروط تطبيق القاعدة :

الشرط الأول : أن لا يكون موجب التصرف في ملك الغير وكالة أو ولاية.

الشرط الثاني : أن لا يكون ثمة ضرورة قد دفعت صاحبها للتصرف في

ملك الغير .

الشرط الثالث: أن لا يكون المتصرف في ملك الغير مجبراً.

المسألة الثانية : تطبيقات:

١- لا يجوز المشي في بستان الغير ولا السكن فيه حتى لا يجوز إجابة دعوة

من سكن في بستان مغصوب ولا عيادته .

٢- لا يجوز لأحد أن يستخدم جدار الغير, و إذا فعل ذلك كان لجاره

حق طلب رفع ذلك .

٣- لا يجوز لمن ليس له حق المرور في طريق خاص أن يفتح باباً على ذلك

الطريق بلا إذن مالكة , فإن فعل كان لصاحب الطريق طلب سد الباب.

٤- من دفع شيئاً لآخر ظاناً أنه دين واجب عليه , ثم تبين خلافه فله

استرداده , و من تصالح مع آخر فأخذ عوض الصلح ثم اعترف أنه لا حق له

- عند الخصم , وجب عليه رد ما أخذه لصاحبه , و بطل الصلح .
- ٥ - إذا أخذ المشتري من البائع بدلاً عن العيب الذي اطلع عليه في المبيع ثم زال العيب , فيجب عليه رد بدل النقصان إلى البائع.
- ٦ - من وضع يده على شيء بالتقادم مدة طويلة من الزمان , ثم ادعى شخص عليه , و أثبت أن الشيء مملوك له , وجب عليه ديانة رد الشيء .
- ٧ - المبحث الثالث: قاعدة تملك المضمون: (المضمونات تملك بالضمان):

الفرع الأول: تحليل القاعدة:

المسألة الأولى: مفردات القاعدة:

(المضمونات): جمع مضمون وهو ما يجب فيه الضمان سواء أكان الضمان ناشئاً عن عقد، أم كان ناشئاً عن إتلاف ويد:

(تملك): أي: دخل في ملكه.

(بالضمان): سبق بيانه وشرحه.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي: هو أن الذي يدفع قيمة الشيء الهالك أو مثله: يكون مالكا لهذا الشيء مستنداً أي بأثر رجعي إلى وقت القبض.

المسألة الثالثة: أركان القاعدة:

الركن الأول: المضمونات (موضوع القاعدة).

الركن الثاني: تملكها بالضمان (محمول القاعدة).

الفرع الثاني: تأصيل القاعدة:

المسألة الأولى: أنواع المضمونات: المضمونات ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الأعيان.

النوع الثاني: المنافع.

النوع الثالث: الحقوق.

أولاً: الأعيان: جمع عين ، والعين تطلق على ما له وجود حسي ، وتقسم الأعيان إلى تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلفة فهي بالنظر إلى حماية الشارع لها تنقسم إلى أمانات ومضمونات ، وبالنظر إلى استقرارها وتحولها تنقسم إلى عقار ومنقول.

١- **انقسامها إلى أمانات ومضمونات:** فالأمانات: يجب تسليمها بذاتها وأداؤها فور طلبها للنص وهو قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ سِوَةِ النَّسَاءِ: آيَةَ ٥٨﴾ وتضمن حال التعدي أو التقصير وإلا فلا ضمان فيها. وهي نوعان:

أ- أمانة حصلت في يد المؤمن برضا صاحبها: فلا يجب أداؤها إلا بعد المطالبة بها.

ب- أمانة حصلت في يد المؤمن بدون رضا صاحبها: فيجب المبادرة إلى ردها مع العلم بمستحقها والتمكن منه، ولا يجوز التأخير مع القدرة على الرد والمضمونات تضمن بالإتلاف، والتلف ولو كان سماوياً.

وللعلماء في تحديد المضمونات طريقتان:

الطريقة الأولى: طريقة الحنفية: حيث قسموا الأعيان المضمونة إلى نوعين:

أ- عين مضمونة بنفسها (أي في حد ذاتها)

ب- عين مضمونة بغيرها.

الطريقة الثانية: طريقة الجمهور: حيث قسموا الأعيان المضمونة إلى نوعين:

أ- أعيان مضمونة بسبب العدوان كالمغصوبات.

ب- أعيان مضمونة بسبب قبض مأذون فيه كالشراء والهبة والوصية والقرض ونحوها.

٢- انقسامها إلى عقار ومنقول .

وهل يضمن العقار كما يضمن المنقول؟ ما يجب فيه الضمان فهو: كل مال أتلفت عينه، أو تلفت عند الغاصب عينه ، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق. واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور: إنها تضمن بالغصب أعني أنها إن أهدمت ضمن قيمتها، وقال أبو حنيفة: لا يضمن..

ثانياً: المنافع: المنافع لغة: جمع منفعة وهي اسم للمصدر، والفعل نفع المنفعة بأنها (ما لا يمكن الإشارة إليه حساً ،دون إضافة، يمكن استيفاءه، غير جزء مما أضيف إليه).

وقع اختلاف بين الفقهاء في مالية المنفعة: حيث ذهب أبو حنيفة وصاحباه إلى عدم اعتبار المنفعة مالاً بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى ماليتها.

ثالثاً: الحقوق: الحقوق جمع حق وله في اللغة معان كثيرة منها:

أ- الثابت الواجب على الغير وهو: المعنى الأولى.

والحق في الاصطلاح: (هو ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير).

١- أقسام الحق وطريقة ضمانه يمكن إرجاع الحقوق إلى حقين رئيسين:

الحق الأول: حق الله تعالى، ويدخل فيه ما كان لله خالصاً وما كان مشتركاً إلا أن حق الله فيه غالب.

الحق الثاني: حق العبد، ويدخل فيه ما كان للعبد خالصاً وما كان مشتركاً إلا أن حق العبد فيه غالب.

وحق الله تعالى بقسميه لا نتحدث عنه هنا أما حق العبد فهو مجال بحثنا. لم يتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على تقسيم موحد لحقوق العباد. إلا أن بعض الفقهاء قد ذكر تقسيماً لحقوق العباد فقد قسم ابن عابدين الحنفي حقوق العباد إلى قسمين:

القسم الأول: حقوق مجردة.

والقسم الثاني: حقوق متعلقة بالمال

أ- بيان الحقوق المجردة وضمائها: هذه الحقوق على نوعين:

النوع الأول: حقوق لم تثبت أصالة لأصحابها وإنما أثبتها الشارع لدفع الضرر عنهم:

ضمائها: اتفقت المذاهب الأربعة في المشهور عنها على عدم جواز بيع هذه الحقوق لأنها ليست من الحقوق المالية، ولأنها تثبت لأصحابها تبعاً لا أصالة، وإنما وقع الخلاف بينهم في جواز التنازل عن هذه الحقوق مقابل مال على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية وجمهور الشافعية والحنابلة إلى المنع في ذلك، وبه قال

المالكية في حق الشفعة إذا أراد الشفيع بيعه من رجل أجنبي ، أما لو أراد بيعه من المشتري نفسه ، فأرجح الأقوال عندهم المنع .

القول الثاني: جوز المالكية كما ذكر ذلك القرطبي عنهم مصالحة الزوجة عن ليلتها في المبيت مقابل مال . وذهب بعضهم في قول ضعفه . كما أجاز أبو إسحاق من الشافعية بيع حق الشفعة أيضاً من المشتري وغيره .

القول الثالث: أجاز ابن تيمية الاعتياض عن هذه الحقوق دون تمييز بين حق وآخر .

ب- بيان الحقوق المتعلقة بالمال وضمائمها: اختلف الفقهاء بالنسبة لهذه الحقوق على قولين:

القول الأول: مذهب الجمهور بأن حقوق الارتفاق كالمال يصح بيعها وهبتها .

القول الثاني: مذهب الحنفية حيث فرقوا بين حق وآخر حيث يطلون بيع أو هبة حق العلو وحق المسيل ووقع بينهم خلاف في حق المرور وحق الشرب . بعد ذكر الخلاف في مالية هذه الحقوق نذكر الطريقة التي يتم أخذ العوض فيها، وهي طريقتان:

الطريقة الأولى: الاعتياض بطريق البيع ، وحقيقته : نقل ما كان يملكه البائع إلى المشتري بجميع مقتضيات النقل .

الطريقة الثانية: أخذ العوض عن طريق الصلح والتنازل، وحقيقته أن النازل يسقط حقه، ولكن لا ينتقل الحق إلى المنزول له بمجرد نزوله، ولكن يزول مزاحمة النازل بمقابلة المنزول له .

النوع الثاني: حقوق ثبتت أصالة لأصحابها لا على وجه رفع الضرر فقط: لا يجوز الاعتياض عن هذه الحقوق بطريق البيع ؛ لأن هذه الحقوق إنما أثبتها الشارع لرجل مخصوص بصفة مخصوصة، ودليل ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنهما ((أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وهبته)) أخرجه الترمذي في جامعه حديث رقم (١٢٣٦) وقال عنه: (هذا حديث حسن صحيح.. إلا أن الفقهاء قد أجازوا الاعتياض بمال عن هذه الحقوق بطريق الصلح والتنازل.

المسألة الثانية: تملك المضمون: هذه المسألة للفقهاء، فيها قولان:

القول الأول: أن الغاصب يملك الشيء المغصوب بعد ضمانه من وقت حدوث الغصب بالضمان ، وهو مذهب الحنفية والمالكية .

القول الثاني: لا يملك الغاصب الشيء المغصوب بأداء الضمان وهو مذهب الشافعية والحنابلة على الصحيح من مذهبهم كما قاله الموفق ابن قدامة.

استدل أصحاب القول الثاني على قولهم بأدلة من المنقول والمعقول :

فمن المنقول: حديث: ((لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)) أخرجه أحمد في مسنده (٢٠٧١٤) والبيهقي في سننه حديث رقم (١١٣٢٥).

من المعقول: أنه لا يصح أن يملكه بالبيع غيره ، لعدم القدرة على التسليم ، فلا يصح أن يملكه بالتضمن كالشيء التالف لا يملكه بالإتلاف.

الراجح كما قاله ابن قدامة هو مذهب الشافعية والحنابلة وذلك لأمرين :

الأول : وجاهة أدلتهم وقوتها .

الثاني : أن هذا القول فيه سداً للذرائع .

وعلى الترجيح الماضي تكون صياغة القاعدة كالتالي : (المضمونات لا تملك بالضمان)

الفرع الثالث : تطبيق القاعدة :

المسألة الأولى : شروط تطبيق القاعدة .

الشرط الأول : أن تكون اليد يد ضمان لا أمانة .

الشرط الثاني : أن يتعذر رد العين إما حقيقة أو حكماً .

الشرط الثالث : أن تكون بعد تسليم العوض .

المسألة الثانية : تطبيقات :

١- من غصب شيئاً فأخفاه ، فضمن المالك قيمته ، ملكه الغاصب من وقت وجود الغصب ، حتى أنه لو باعه أو وهبه أو تصدق به قبل أداء الضمان نفذ تصرفه ، وإذا كان الشيء المضمون غلة أو ربحاً كان ذلك من حق الغاصب، وهذا هو مذهب الحنفية والمالكية إلا أنه عند المالكية لا غلة للغاصب ويرد ما أكل من غلة أو منفعة خلافاً للشافعية والحنابلة القائلين بعدم تملك الغاصب للشيء المغصوب بالضمان.

٢- إذا ضمن الراعي شاة تلفت بسبب سوقه الماشية فلا أجر له عنها ، وكذلك كل من وقع عليه الضمان فلا أجر له فيها ؛ لأنه ملك المضمون بالضمان ، فلا يكون مسلماً إلى صاحبه .

٣- لو ضمّنا السارق قيمة المسروق أو مثله ، ملك المسروق من وقت
الأخذ.

الفصل الثالث

تطبيقات قضائية من المحاكم الشرعية

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: قضية في ثبوت حقوق مالية في ذمة شخص والتعليق عليها

المطلب الأول: عرض لأحداث القضية مع الحكم عليها :

الوقائع وأسباب الحكم : بناء على الدعوى المقدمة من الرجل / بصفته وارثاً ووكيلاً لورثه / في مواجهة المدعى عليه الرجل / ، انعقدت جلسة قضائية بتاريخ ١٤١٦/٢/١ هـ الموافق ١٩٩٥/٦/٢٩ م حضرها الأطراف وطالب فيها المدعي المدعى عليه بدين في ذمته قدره أربعون ألف ريال قطري لصالح مورثهم المتوفي ؛ وأن يقوم المدعى عليه بتسجيل قطعتي أرض باسم الورثة لأنها اشترت من قبل المتوفى بمبلغ وقدره ستة وأربعون ألف ريال قطري وسجلت باسم المدعى عليه لأن المورث لم يكن مسموحاً له بتملك الأراضي والعقارات ؛ لكونه أجنبياً غير قطري ، وقد أقر المدعى عليه / ... بانشغال ذمته بمبلغ أربعين ألف ريال قطري لصالح المورث .
وتأسيساً على ما سبق ذكره؛ وحيث أقر المدعى عليه بالدين المالي الذي في

ذمته، وحيث لم يتمكن الأطراف من نقل ملكية قطعتي الأرض، فقد حكمنا بالآتي : إلزام الرجل / بدفع مبلغ وقدره ستة وثمانون ألف ريال قطري لصالح ورثة المتوفى / وللعمل بموجبه ومقتضاه خط هذا الحكم وتحرر .

وعند تنفيذ الحكم طالب المحكوم عليه بتقسيم المبلغ وعليه طلب القاضي منه كفيلاً غارماً فكفل المدعى عليه زوجته كفالة إحضار وغرم وأداء في سداد المبلغ المتعلق بدمته.

المطلب الثاني : التعليق عليها :

- ١- قد ثبت تعلق في ذمة المدعى عليه، وكذلك الأرض من طريق الإقرار.
- ٢- المعمول به في المحاكم الشرعية : أن من ثبت عليه بحكم قضائي حق مالي لآخر لا يخلو من حالين :

الحال الأولى : أن يسدد مباشرة وهذا واضح لا إشكال فيه ؛لأن ذمته تبرأ بذلك .

الحال الثانية : أن يطلب تقسيط المبلغ عليه لصعوبة سداده مباشرة؛ وفي هذه الحال إما أن يكفل كفالة إحضار أو كفالة غرم وأداء على حسب ما يراه القاضي مناسباً.

- ٣- يطبق على هذه القضية قاعدة (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) إذ الأرض كانت تحت يد المدعى عليه، ويده هنا يد أمانة، والأمانة متى طلبت

وجب ردها بعينها إلى صاحبها، لكن كما كان يصعب ردها بعينها؛ نظراً لمنع تملك الأجنبي اعتبرها القاضي متلفة حكماً وهي بدا تدخل تحت قاعدة (الأصل في المتلفات ضمان المثل بالمثل والتقويم بالقيمة) وكما كان المثل متعذراً في ذلك حكم القاضي بالقيمة .

المبحث الثاني: قضية في مطالبة امرأة بمؤخر صداقها والتعليق عليها:

المطلب الأول : عرض لأحداث القضية مع الحكم عليها :

الوقائع وأسباب الحكم :

بجلسة الموافق حضر الطرفان المتداعيان ، بوشرت المحكمة علناً كررت المدعية دعواها وصادقت عليها، وطلبت الحكم لها بمهرها المؤجر البالغ خمسين ألف ريال قطري حيث إنه قد طلقها بإرادة منفردة ولم يرجعها أثناء عدتها قولاً ولا فعلاً، وقد تزوجت برجل آخر غيره .

وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى صادق على سبق الزوجية والدخول بينه وبينها وتولد الأولاد وحصول الطلاق بتاريخه وصيغته المذكورة وانتهاء عدتها وتزوجها من غيره، وصادق على قيمة المهر المؤجل البالغ خمسين ألف ريال المحكمة قد حكمت على المدعى عليه بأن يدفع لمطلقاته بئناً المدعية قيمة مهرها المؤجل البالغ خمسين ألف ريال قطري المسجل لها في عقد الزواج الجاري بينهما وذلك اعتباراً من تاريخه حكماً حضورياً، أفهم للطرفين علناً في الموافق وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه

أجمعين .

وعند تنفيذ الحكم لم يتمكن الرجل من سداد المبالغ كاملاً، كما أصابته ظروف استدعت سفره للعلاج في الخارج؛ وعليه أخذ عليه ضامن يضمنه في مؤخر الصداق .

المطلب الثاني : التعليق عليها :

- ١- ثبتت مطالبة المرأة بمهرها بإقرار الرجل بزواجه منها على مهر مؤجل ثم ثبوت طلاقها منه بالإقرار .
- ٢- يعتبر عقد النكاح من عقود الضمانولذا تعلق في ذمة الرجل مؤخر الصداق فقد حكم القاضي هنا بوجوب أداء مؤخر الصداق؛ ولعدم استطاعته أخذ عليه ضامن يضمنه هنا ضمان مال لا ضمان نفس .

المبحث الثالث:

قضية في قيادة مركبة برعونة وعدم احتراز والتعليق عليها :

المطلب الأول : عرض لأحداث القضية مع الحكم عليها :

الوقائع : تولت النيابة العامة يمثلها وكيل النائب العام / الاتهام في مواجهة

المتهمين

الأول : / امرأة

الثاني : / رجل / ٢١ سنة .

بتهمة قيادة مركبة برعون وعدم احتراز بمخالفة أحكام المواد (٦٧/٣٧) مرور

للمتهمين سوياً مع أحكام المادة (٦٥) من نظام العقوبات التعزيرية لسنة

١٤٢٠هـ مما أدى بالإصابة الجسمانية للمتهمة الأولى.. كذلك تهمه الدخول

عكس السير للمتهمة الأولى بمفردها .

ولما كان المتهم الثاني قد أقر بقدرٍ من عدم الانتباه؛ فإن اندفاع سيارة المتهمة

الأولى (٣٥) خطوة بعد الصدم يؤكد عنف الصدمة ويعكس السرعة الزائدة

للمتهم الثاني .

وتقرر المحكمة مشاركة المتهمين في الخطأ الأولى بنسبة ٨٠% والثاني ٢٠%

وتخلص المحكمة لإدانة أيّاً من المتهمين : الأولى بموجب المادة (٦٥) من نظام

العقوبات التعزيرية لسنة ١٤٢٠هـ مقرونة مع المادة (٣٧) (١) مرور، وتعتد

المحكمة بحساب التعويض بأقل التقديرات، ويجرى تسوية الحقوق المدنية بنسبة خطأ كل طرف، وتلزم بها الشركات المؤمنة لسيارات المتهمين بالتضامن مع المتهمين، وبهدر ما يعادل مساهمة أياً منهما في الخطأ عن استحقاقه في التعويض، ويلزم الطرفين بمبلغ (٥٠٠) ريال قطري أتعاب الخبير بنسبة الخطأ في مسؤولية الحادث .

الأسباب : إقرار المتهمة الأولى بدخولها فتحة الطريق المعدة للسيارات القادمة من المسار العكسي يشكل خطأ جسيماً في معنى المادة (٣٧) (١) مرور.. وعند الإجابة عن الدعوى أقرت المتهمة الأولى بخروجها إلى الشارع من الفتحة عكس خط السير، وأنها التزمت اليمين ثم واصلت سيرها في المسار الأوسط وأنكرت اعتراضها سيارة المتهم الثاني ودفعت بعدم مسؤوليتها عن الخطأ في هذا الجانب .

أما المتهم الثاني فقد أنكر السرعة الزائدة وأقر بقدرٍ من عدم الانتباه، ودفع المتهم الثاني بأنه كان خارجاً من دوار المطار مما ينفي تهمه السرعة الزائدة . فدعت النيابة العامة شاهد الاتهام / محقق مرور المطار الذي أدلى ببينته على اليمين بطلب المتهمة الأولى، وقد أكد خطأ المتهمة الأولى دخولها الشارع الدائري الرابع من فتحة المسار العكسي وأن الشارع الدائري الرابع رئيسي وخطر .

تقدمت الشركة للتأمين المؤمنة لسيارة المتهم الثاني بمذكرة جوابية دفعت

بموجبها بانتفاء مسؤولية المتهم الثاني (المؤمن لديها) وقيام مسؤولية المتهم الأولى عن الخطأ في الحادث بالكلية لدخولها فتحة الشارع العكسي.. وقدمت الشركة ثلاث مقاييسات للسيارة تويوتا كامري

أما المتهم الأولى من جهتها فقد قدمت مقاييسات للسيارة كامري

أما المتهم الثاني فقد تقدم بثلاث مقاييسات لسيارته نيسان

ولمعالجة التباين حول تقدير السيارة كامري خاصة المتهم الأولى فقد انتدبت المحكمة الخبير

وقد قبلت المتهم الأولى بالتقدير ولم يعترض عليها بقية الأطراف. لذلك حكمت حضورياً بالآتي :

أولاً : إدانة أيأ من المتهمين :الأولى : بموجب المادة (٦٥) من نظام العقوبات التعزيرية لسنة ١٤٢٠هـ مقرونة مع المادة (٣٧) (١) قانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٨م بشأن المرور .

الثاني : بموجب المادة (٦٥) من نظام العقوبات التعزيرية لسنة ١٤٢٠هـ مقرونة مع المادة (٣٧) (١) قانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٨م بشأن المرور .

ومعاقبة أيأ منهما بالحبس أسبوعاً مع وقف التنفيذ تحت مراقبة الالتزام بضوابط المرور لمدة شهر وتحمل المتهم الأولى ٨٠% من نسبة مسؤولية الخطأ والثاني

٢٠% .

ثانياً : ١-إلزام المتهمة الأولى بالتضامن مع شركة للتأمين بمبلغ ضمان تلف السيارة نيسان تدفع للمتهم الثاني .

٢-إلزام المتهمة الأولى والشركة اللبنانية السويسرية للضمان بمبلغ مناصفة أتعاب الخبير الميكانيكي المهندس .

ثالثاً : إلزام المتهم الثاني بالتضامن مع الشركة اللبنانية السويسرية للضمان يلتزم المتهم الثاني وحده بمبلغ حصته من أتعاب الخبير الميكانيكي المهندس .

رابعاً : تؤول السيارات لملاكها .

المطلب الثاني : التعليق عليها :

١- دخول شركات التأمين مع المدعى عليهم ؛ نظراً لأن شركات التأمين تتضامن مع المؤمنين.

٢- عند اختلاف التقدير فإن القاضي ينتدب خبيراً يقوم بتقييم المتلف.

٣- يطبق على هذه القضية قاعدة (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر).

المبحث الرابع:

قضية في قيادة سيارة بروعنة وبإهمال وتعريض حياة الناس والأموال للخطر

، والتعليق عليهما :

المطلب الأول : عرض لأحكام القضية مع الحكم عليها .

الوقائع : كان المتهم المذكور يقود سيارته وهي من نوع كابريس، ورقم لوحتها

[] وغير مؤمنة، وإهماله وعدم انتباهه ولسرعته الزائدة ، صدم بمقدمة سيارته مؤخرة سيارة المشتكي المذكور، والتي كانت تسير أمامه ؛ مما أدى ذلك

إلى صعود السيارتين إلى الرصيف الفاصل على جهة اليسار. ونتج عن ذلك الأضرار المادية للسيارتين والأضرار الجسمانية الموضحة بالملف .

وطالب المشتكي بالحكم له بأرشف أصابته حسب النسبة التي قدرتها اللجنة الفنية التابعة لوزارة الصحة، وهي نسبة (4%) . كما طالب : بقيمة الأضرار اللاحقة بسيارته.

وبعرض الدعوى على المتهم، أفاد بأنه في تاريخ الحادث كان يقود سيارته وهي نوع كابريس والمشتكي كان يسير أمامه على خط المسار الأوسط، ومال نحوه وأراد أن يتجاوز سيارة المشتكي بعد أن يفسح له الطريق، إلا أنه لم يتمكن من ذلك وحدث الاصطدام ، ويرى نفسه غير مخطئ في هذا الحادث .

استمعت المحكمة إلى شهادة المحقق وهو الشرطي، وشهد هذا الشاهد بتحميل المتهم بكامل المسؤولية التي أدت إلى الحادث .

الحكم : حكمت حضورياً على المتهم ، موظف بالآتي :

١ - بإدانته تحت المادة (٦٥) من نظام العقوبات التعزيرية لسنة (١٩٩٩) بارتكابه لجريمة قيادة السيارة برعونة وعدم احتراز و بإهمال وعدم انتباه وبالسرعة الزائدة .

٢ - وبجسه لمدة خمسة عشرة يوماً مع وقف التنفيذ.

٣ - وبإلزامه بتأدية مبلغ سبعة وعشرين ألف ريال قطري إلى مالك السيارة رقم [.....] ، والمبلغ.

٤ - وبتسليم حطام السيارة المذكورة إلى مالكيها المذكور .

٥ - وبإلزامه بتأدية مبلغ أربعة آلاف ريال قطري إلى المشتكي، وهو عبارة عن أرش إصابته .

٦ - وبإلزامه بتأدية مبلغ خمسمائة ريال قطري إلى وزارة الشؤون البلدية والزراعة، وهو عبارة عن قيمة الأضرار المادية للحواجز الحديدية المتلفة .

المطلب الثاني : ١-التعليق عليها : قضى القاضي بتحمل المدعى عليه قيمة الأضرار المادية الحاصلة على سيارة المدعي بعد ثبوت مباشرة المدعي عليه للفعل الضار .

١ - تم تقييم قيمة الأضرار عن طريق سؤال أهل الخبرة.

٢ - ألزم المدعى عليه بقيمة ما أتلفه من حواجز حديدية أثناء انحراف سيارته في الحادث ، والإتلاف كما هو معلوم ومقرر أحد أسباب الضمان .

٣- قول القاضي : في أثناء تسببيه : (وبما أن الحواجز الحديدية تم تلفها بواسطة سيارة المشتكي التي اندفعت بسبب الصدم وفي هذه الحال ينسب السبب إلى المباشر في الضمان) ..

أما أن نقرر أن ذلك حدث بالتسبب ثم نقول ينسب السبب إلى المباشر في الضمان فهذا فيه نظر؛ إلا أن يكون قول القاضي فيه تجوز ففي هذه الحال يكون له وجه .

وعلى كل فيمكن تصحيح التسبيب بحمله على أحد ثلاثة محامل :

المحمل الأول : أن يكون ذلك الفعل فيه مباشرة للإتلاف وهذا واضح في إيجاب الضمان .

المحمل الثاني : أن يكون ذلك من قبيل التسبب ، وقد ظهرت صورة التعدي فيه من خلال السرعة الزائدة التي كان يقود بها السائق سيارته .

المحمل الثالث : أن يكون ذلك من قبيل مسألة تسلل الأضرار ، وقد مر تفصيلها.

٥- قدر القاضي قيمة إصلاح تلف الحواجز الحديدية حسب إفادة الجهة المسؤولة عن تلك الحواجز . وهي هنا وزارة البلدية . إلا أنه لو وجه بتقدير القيمة إلى خبير محايد ينتدبه لكان أولى .

المبحث الخامس: قضية في رجوع شركة تأمين على المؤمن لديها ، والتعليق

عليها :

المطلب الأول : عرض لأحداث القضية مع الحكم عليها :

١- وقائع الدعوى : بتاريخ الموافق حُدِّدَت الجلسة الأولى
 لنظر الدعوى الحقوقية المقامة من شركة التأمين ضد المدعى عليهما،
 وجاء في مذكرة الشركة أنه صدر الحكم الشرعي الابتدائي رقم والمؤيد
 بالاستئناف رقم ويقضي بتأدية المتهم الأول (المدعى عليه الأول
 بالتضامن مع شركة التأمين) جاء في حيثيات حكم المحكمة الابتدائية
 الجنائية الشرعية في القضية المذكورة، بأن المدعى عليه الأول تسابق مع المتهم
 الثاني وأثناء السباق صدم المشتكي، محدثاً إصابته .
 أعلن المدعى عليه الأول بتاريخ إلا أنه غادر البلاد بعد حصول إعلانه
 وحضر المدعى عليه الثاني بنفسه، بجلسة يوم واستناداً على حكم المادة
 (١٧) من نظام الإجراءات الشرعية لسنة ١٩٣٠ تقرر السير في الدعوى
 غيابياً في حق المدعى عله الأول وحضورياً في مواجهة الثاني .
 وعرضت الدعوى عليه فأجاب: إنه لا يعلم شيئاً عن الحادث الذي تسبب فيه
 المدعى عليه الأول، وطلب المدعى عليه الثاني إمهاله حتى يتمكن من إيداع
 كافة المستندات المؤيدة لدفعه وصادق على أن سيارته المذكورة كانت مؤمنة
 لدى شركة التأمين واستكتب مدير معرض لاستيضاح ما دفع به
 المدعى عليه الثاني. وفي جلسة وردنا ما يفيد من مدير معرض بأن
 السيارة رقم [.....] تايوتا كروان موديل ١٩٨٥ تم بيعها بتاريخ إلى

المدعو، وأفاد مندوب المعرض المذكور بأن، لم يتمكن من تسجيل السيارة باسمه فباعها بدوره وهو المدعى عليه الأول بواسطة وقال المدعو / إنه لم يتمكن من تسجيل السيارة المذكورة باسمه لذلك باعها إلى المدعى عليه الأول وهي لا تزال مسجلة باسم مالكها السابق

٢- الأسباب والحجيات : حيث إن المدعى عليه الأول مقر بأنه كان في تسابق قبيل صدمه للمدعو / وبموجب أحكام المادة (٧٢) الفقرة (ب) من اللائحة التنفيذية فإنه يجوز للمؤمن أن يرجع على المؤمن له بقيمة ما يكون قد أداه من تعويض في حالات محددة منها استعمال المركبة في غير الغرض المبين بدفتر ترخيصها أو استعمالها في السابق واختبارات السرعة .

٣- الحكم : حكمت المحكمى غيابياً على المدعى عليه الأول /
..... / ٢٨ سنة .

- ١- بتأدية مبلغ ثلاثين ألف ريال قطري إلى المدعية / شركة التأمين .. .
- ٢- وأمرته بأداء المبلغ المذكور .
- وحكمت المحكمة حضورياً برد الدعوى في حق المدعى عليه الثاني /
- ٣- ويعلن المدعى عليه الأول بالحكم الغيابي الصادر ضده وبحقه في الطعون .

المطلب الثاني: التعليق عليها:.

- ١- إنقلاب أطراف الخصومة، فشرية التأمين كانت في بداية الأمر مدعاً عليها

مع المؤمن عندها ثم انقلبت شركة التأمين مدعية على المؤمن لديها .
٢ - الالتزامات المالية التي حكم بها القضاء على المؤمن لديها بمقتضى عقد التأمين، وذلك بموجب عقد التأمين ، حتى لو ثبت الإخلال من المؤمن بأحد بنود الوثيقة فإن المعمول به في المحاكم أن تتضامن مع مؤمنها في إعطاء الآخرين حقهم ثم ترجع على مؤمنها بمطالبته بما قد دفعته للغير، وهذا يدخل في مسألة المطالبة في الضمان ، وقد مرت معنا.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.



ملخص بحث

حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات

(دراسة مقارنة)

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد

عبد الله بن عبد العزيز بن محمد الفحام

إشراف فضيلة الدكتور

فيصل الرميان

١٤٣٠هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٨٨

البحث قبل التلخيص بون المقدمة والفهارس ٦٢

البحث بعد التلخيص ٢٥

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)



خطة البحث

وتشمل خطة البحث على مقدمة وتمهيد ثلاث فصول:

المقدمة: وتشتمل على:

- ١- أهمية الموضوع.
- ٢- أسباب اختيار الموضوع.
- ٣- الدراسات السابقة.
- ٤- منهج البحث.
- ٥- خطة البحث.

الفصل التمهيدي:

المبحث الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني مفصلاً.

المطلب الثاني: تعريف التوقيع الإلكتروني مركباً وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية.

الفرع الثاني: تعريف التوقيع الإلكتروني عند أهل القانون.

المبحث الثاني: وظائف التوقيع الإلكتروني وصوره وفيه مطلبان:

المطلب الأول: وظائف التوقيع الإلكتروني.

المطلب الثاني: صور وأشكال التوقيع الإلكتروني.

المبحث الثالث: الأضرار المترتبة على تزوير التوقيع الإلكتروني وسماته وفيه

مطلبان:

المطلب الأول: الأضرار المترتبة على تزوير التوقيع الإلكتروني.

المطلب الثاني: سمات جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني.

الفصل الأول: شروط حجية التوقيع الإلكتروني وآثاره في الإثبات ووظيفة

ودور التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

المبحث الأول: شروط حجية التوقيع الإلكتروني وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط حجية التوقيع الإلكتروني في القانون.

المطلب الثاني: شروط حجية التوقيع الإلكتروني في الفقه.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على توافر شروط حجية التوقيع الإلكتروني وفيه

مطلبان:

المطلب الأول: الآثار المترتبة على توافر شروط حجية التوقيع الإلكتروني من

الناحية القانونية.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على توافر شروط حجية التوقيع الإلكتروني من الناحية الفقهية.

المبحث الثالث: وظيفة التوقيع الإلكتروني في الإثبات

الفصل الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني وفقاً للقوانين المنظمة للتوقيع الإلكتروني في التشريعات الأجنبية والعربية وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حجية التوقيع الإلكتروني وفقاً للقوانين المنظمة للتوقيع الإلكتروني في التشريعات الأجنبية.

المبحث الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني وفقاً للقوانين المنظمة للتوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية.

الفصل الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني وفقاً لمبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية ووفقاً للقواعد العامة في الفقه الإسلامي وتخريج الفروع الفقهية عليها.

المبحث الأول: حجية التوقيع الإلكتروني وفقاً لمبادئ الإثبات وللقواعد العامة وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حجية التوقيع الإلكتروني وفقاً لمبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني وفقاً للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية

أولاً: قاعدة [المشقة تجلب التيسير]

ثانياً: قاعدة [الحاجة تنزل منزلة الضرورة]

ثالثاً: قاعدة [العادة محكمة]

المبحث الثاني: الشهادة على الخط في الفقه الإسلامي وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الشهادة على خط نفسه.

المطلب الثاني: الشهادة على خط المقر [صاحب التوقيع]

الخاتمة وفيها: أهم النتائج والتوصيات.

الفصل التمهيدي وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني.

المبحث الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني

المطلب الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني مفصلاً

التوقيع لغةً: وقع القول و الحكم: إذا وجب ، والتوقيع في الكتاب: إلحاق شيء فيه بعد الفراغ منه وهو المعنى المراد به هو: التوقيع في الكتاب فكأن الموقع في الكتاب يؤثر في الأمر الذي كُتِبَ الكتاب فيه ما يؤكده ويؤجبه .

الإلكتروني لغةً: (إلكترون: دقيقة أولية ذات شحنة سالبة مقدارها هو أصغر مقدار يوجد من الكهرباء وكتلتها تساوي بالتقريب جزءاً من ثمان مائة وألف جزءاً من كتلته أصغر ذرة موجودة وهي ذرة الإيدروجين).

التوقيع اصطلاحاً: هو علامة خطية خاصة ومميزة يضعها الموقع بأية وسيلة على مستند لإقراره.

الإلكتروني اصطلاحاً: عرف المشرع الأردني كلمة [الإلكتروني] في قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٥٨) سنة ٢٠٠١ بأنه: (تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكترومغناطيسية

أو أي وسائل متشابهة في تبادل المعلومات و تخزينها) قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٥٨) سنة ٢٠٠١ م
وعرفه أيضا المشرع الإماراتي مصطلح [الكتروني] في قانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات و التجارة الإلكترونية في المادة (٢) بأنه: (ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو مؤتمتة أو ضوئية أو ما شابه ذلك) قانون المعاملات ، والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم (٣) السنة ٢٠٠٢ م

تعريف التوقيع الإلكتروني مركباً وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية:

أ/ تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الأجنبية: عرفه القانون الفدرالي للتوقيع الإلكتروني بأنه: (التوقيع الذي يصدر في شكل إلكتروني ويرتبط بسجل إلكتروني)

ب/ تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية:

لم أجد تعريفاً للتوقيع الإلكتروني في النظام السعودي حيث أنه لم يوضع للتوقيع الإلكتروني قانوناً.

ونكتفي في تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية بتعريف القانون المصري عرفه القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الإلكتروني من المادة

(١) بأنه : (ما يوضع على محرر الكتروني و يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها و يكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع و يميزه عن غيره) قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) السنة ٢٠٠٤ م

الفرع الثاني: تعريف التوقيع الإلكتروني عند أهل القانون:

التعريف المختار للتوقيع الإلكتروني هو: عملية إلكترونية، يمكن بمقتضاها تحديد هوية الشخص المنسوب التوقيع إليه، مع توافر النية لديه في أن يُنتج آثار قانونية على نحو يماثل التوقيع بخط اليد .

المبحث الثاني: وظائف التوقيع الإلكتروني وصوره

المطلب الأول: وظائف التوقيع الإلكتروني

يتحدد دور التوقيع عامة في ثلاث وظائف أساسية هي:

- (١) تمييز هوية صاحب التوقيع.
- (٢) التعبير عن إرادة صاحب التوقيع.
- (٣) التوقيع يدل على حضور صاحب التوقيع

أولاً / تمييز هوية صاحب التوقيع وذلك بأن يدل التوقيع الموجود على المحرر أنه ينسب لشخص معين بالذات, فيجعل الورقة الموقعة منسوبة إليه, وهذه الوظيفة يقوم بها التوقيع دليلاً كتابياً كاملاً يحتج بها على من وقعها. ويعتبر هذا العنصر من أهم وظائف التوقيع عامة , ولذا ذهب كثير من الفقهاء إلى ضرورة منح التوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات .

ثانياً: التعبير عن إرادة صاحب التوقيع

بالنسبة للتوقيع الإلكتروني فيستفاد رضاء الموقع وقبوله الإلتزام بمجرد وضع توقيعه بالشكل الإلكتروني على البيانات التي تحتويها المحررات الإلكترونية.

ثالثاً/ التوقيع يدل على حضور صاحب التوقيع

التوقيع الإلكتروني لا يسلمتزم حضور الأشخاص فهو في الأساس وسيلة حديثة جعلت لتستعمل في مجال التعاقد عن بعد. فمثلاً إدخال العميل الرقم السري بنفسه يُعد في حد ذاته توقيعاً منه ودليلاً على أنه صدر منه شخصياً

وأنه كان فعلاً متواجداً حين صدر منه التوقيع في صورة أرقام سرية لا يعرفها
إلا هو..

المطلب الثاني: صور وأشكال التوقيع الإلكتروني

أولاً: التوقيع الكودي أو السري يقصد به: استخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما يختارها صاحب التوقيع لتحديد هويته وشخصيته ويتم تركيبها أو ترتيبها في شكل كودي معين بحيث لا يعلمها إلا صاحب التوقيع فقط ومن يبلغه بها.

ويتم التوقيع الكودي أو السري في حالة السحب الآلي عن طريق بطاقة الصرف الآلي عندما يدخل البطاقة إلى الجهاز الذي يتعرف عليها فبعد التعرف يطلب الجهاز من صاحب البطاقة إدخال الرقم السري والمكون من أربعة أرقام فإذا أدخلت الأرقام السرية وكانت صحيحة يسمح له بالقيام بما يريد من عمليات السحب أو الإيداع أو السداد أو غيرها.

ثانياً: التوقيع البيومترى هذا النوع من التوقيع يعتمد على الخواص الكيميائية والطبيعية للأفراد وتشمل تلك الطرق الآتي: البصمة الشخصية, مسح العين البشرية, التحقق من مستوى نبرة الصوت, خواص اليد البشرية, التعرف على الوجه البشري وهو ما يعن أنه يتم تعيين الخواص الذاتية للعين.

فإذا تبين أنه يوجد أي اختلاف فلا يتم السماح لهم بالدخول على هذا الحاسب.

ثالثاً: التوقيع بالقلم الإلكتروني تتم هذه الصورة من التوقيع عن طريق قيام الموقع بكتابة توقيع الشخص , بإستخدام قلم إلكتروني ضوئي خاص وحساس يمكنه الكتابة على شاشة جهاز الحاسب عن طريق برنامج خاص

يقوم بخدمة التقاط التوقيع والتحقق من صحته بالإستناد إلى حركة هذا القلم على الشاشة, ويمكن نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي ثم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة هذا التوقيع إليه عبر شبكة الإتصال الإلكتروني.

رابعاً: التوقيع الرقمي هو استخدام أرقام حسابية مطبوعة عن طريق التشفير, لتكيز وضغط محتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها, وتتم الكتابة الرقمية للتوقيع ولتحتوى المعاملة عن طريق التشفير.

المبحث الثالث: الأضرار المترتبة على تزوير التوقيع الإلكتروني وسماهته.

المطلب الأول: الأضرار المترتبة على تزوير التوقيع الإلكتروني

أولاً: إحاق الضرر بالسمعة التجارية للشخص

لما كان الضرر الذي يصيب السمعة التجارية للتاجر يعد من أقصى أنواع الضرر التي يمكنه أن يتحملها ذلك أن العمل التجاري يتوقف كلياً على الثقة بين الأطراف وثقتهم في تنفيذ ما يلتزمون به بموجب العقود التي يتم إبرامها بين التجار وعليه فعندما يفقد التاجر ثقة من حوله من التجار فيه فإن ذلك يعد أقصى ما يمكن أن يصيبه من أضرار في مجال تجارته.

ثانياً: إضعاف الثقة في أي محررات إلكترونية وموقعة إلكترونية من

الشخص

ذلك أن الثقة في التوقيع الإلكتروني تكتسب ذات الثقة والحجية في الإثبات التي تكتسبها التوقيعات التقليدية العادية, فإذا ما تم تزويرها فإن ذلك ولا

شك يضعف الثقة في منظومة التوقيع الإلكتروني تلك، وفي أي محركات إلكترونية مزيلة بهذا التوقيع الإلكتروني، ويحتاج الشخص إلى وقت طويل حتى تنتهي تلك الآثار الضارة.

المطلب الثاني: سمات جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني

أولاً: يعتبر تزوير التوقيع الإلكتروني جريمة .

ووجه هذا التجريم: لسرقة منظومة التوقيع الإلكتروني، وجريمة سرقة منظومة التوقيع الإلكتروني لشخص ما قد تتم: بطريقة تقليدية كالتلصص، وقد تتم عبر الإنترنت عن طريق القرصنة الإلكترونية، أو التجسس الإلكتروني

ثانياً: لا عقاب على سرقة منظومة التوقيع الإلكتروني طالما لم يتم

استخدامها

لم يجرم القانون النموذجي [الأونسيتال] الصادر من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سرقة منظومة التوقيع الإلكتروني المملوكة لشخص ما وسار على

هذا المنهج كافة القوانين التي سنتها الدول والتي خرجت من تحت عباءة القانون النموذجي وعلى هذا الأساس فإن سرقة منظومة التوقيع الإلكتروني المملوكة لشخص ما و إن كانت تعد جريمة إلا أنها غير معاقب عليها، وإنما يدخل الفعل دائرة التأثيم و التجريم و العقوبة عندما يتم استخدام تلك المنظومة فهنا نكون أمام جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني.

ثالثاً: تعد إحدى التهديدات الموجهة إلى التجارة الإلكترونية

تعد جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني أهم التهديدات الموجهة إلى نمو التجارة الإلكترونية واتساع عدد مستخدميها عبر إضعاف ثقة مستخدمي تلك الوسيلة في إبرام الإتفاقات التجارية.



الفصل الأول

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: شروط حجية التوقيع الإلكتروني.

المطلب الأول: شروط حجية التوقيع الإلكتروني في القانون

من الممكن تقسيمها إلى نوعين:

(١) شروط تتعلق بالتقنية والتطور التكنولوجي.

(٢) شروط مصدرها القانون.

أولاً: الشروط التكنولوجية والتقنية

هناك مجموعة شروط تستند إلى التقنية يكون من الضروري توافرها في التوقيع الإلكتروني ومن ثم فإن تلك الشروط يتحكم في تحديدها التطور التكنولوجي وهذه دائماً تكون قابلة للتغيير في كل وقت حسب ما تسفر عنه الإكتشافات العلمية من برامج بسبب التغيرات السريعة في آلية تطبيق التوقيع الإلكتروني، ومن هذه التقنيات المتطورة ما يعرف الآن بنظام التشفير والدفن الإلكتروني ومن شروط التكنولوجية والتقنية.

أولاً: الموثوقية الأصل أن الموقع يُقبل توقيعه دون تدخل من أحد أيا كانت الطريقة التي تستخدم لتعيين هوية هذا الشخص.

و الموقع قد يكون في حاجة إلى استخدام توقيعه الإلكتروني بطريقة آمنة، تكفل السرية وتنطوي على مصداقية مطلوبة للطرف المتعاقد وهذا لن

يتحقق في الوقت الراهن بدون اتباع إجراءات تأمين للتوقيع الإلكتروني تجعله صعب الاختراق أو التقليد

ثانياً: كفالة استمرارية وجود التوقيع الإلكتروني فترة زمنية معقولة

يشترط ضرورة إمكانية حفظ السند الإلكتروني الموقع ضمن شروط تضمن السلامة, بل يرى البعض اشتراط قابليته للحفظ بشكل مستديم, وأنه يتعين التوقيع بوسيلة تترك أثراً متميزاً يبقى ولا يزول على الأقل فترة زمنية معقولة على الأقل إلى حين تمام تنفيذ العقد.

ثانياً: الشروط القانونية للتوقيع الإلكتروني من أهم تلك الشروط ما يلي:

أولاً: تحديد هوية صاحب التوقيع الإلكتروني علامة مميزة وخاصة بصاحبها أيا كانت هذه العلامة وهو يقوم وحده بوظيفة التعريف عن هوية الموقع خصوصاً في الشبكات المفتوحة بين أشخاص لا يعرفون بعضهم بعض في الشبكات المغلقة يتم إدارة الشبكة ومراقبتها عادة من قبل هيئة ويتم الإنتساب إلى هذه الشبكة عبر طلب تسجيل لديها حيث يتعارف مستخدمو الشبكة ويقعون على اتفاقيات إطار تنظيم علاقتهم.

وتنص المادة ١٣١٦/٤ من القانون الفرنسي رقم ٢٣٠ لعام ٢٠٠٠ على: (... إذا كان التوقيع إلكترونياً فيتمثل في استخدام وسيلة آمنة لتحديد الشخص تضمن صلته بالتصرف الذي وضع عليه...) وقد أجمع أصحاب القانون على أهمية اشتراط تحديد هوية صاحب السند.

ثانياً: التعبير عن إرادة الموقع يتعين على أن يكون توقيع الموقع دالاً على موافقته على السند الإلكتروني, أو رسالة البيانات وعلى اتجاه إرادته إلى الالتزام بموجبات مضمون هذا السند, أو إذعانه بمحتوى هذا السند معبراً عن إرادة صاحبه زاوية الرضا بالتعاقد وقبول الالتزامات وهذا لا يتحقق إلا عن طريق اتصال هذا التوقيع بالمحرر الإلكتروني المنسوب إلى الموقع ورضا الموقع وقبوله بالإلتزام الوارد بالمحرر

وهذا الشرط قد ورد بالمادة السابعة من قانون الأونسترال بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م والتي تنص على أن (... التبدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات).

ويرى بعض أصحاب القانون أنه على الرغم من أن العرف استقر بالنسبة للمحركات التقليدية على وضع شروط وجود التوقيع أو صحته فالمهم أن يدخل هذا التوقيع على إقرار صاحبه بمضمون المحرر وقبوله له.

المطلب الثاني: شروط حجية التوقيع الإلكتروني في الفقه

إذا توفرت الشروط التي تضمن صحة التوقيع الإلكتروني وسلامته وتؤدي إلى اليقين أو غلبة الظن بنسبته إلى الموقع فإنه يجوز الإعتماد عليه ويكون حجة

وهو ما تقبله القواعد العامة، وفي ذلك تيسير على المتعاملين بالوسائل الإلكترونية ودفع الضرر عنهم، ولحاجتهم إلى الإثبات بالتوقيع الإلكتروني وعملاً بالعرف والعادة التي جرت على استخدام التوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات الإلكترونية.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على توافر شروط حجية التوقيع الإلكتروني

في الإثبات من الناحية القانونية والفقهية.

المطلب الأول: الآثار المترتبة على توافر شروط حجية التوقيع الإلكتروني

في الإثبات من الناحية القانونية

نصت المادة (٥) من التوجيهات الأوربية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني: (فإن الدول أعضاء الاتحاد الأوروبي يجب عليها مراعاة التأثير القانوني للتوقيع الإلكتروني وقبوله كحجية في الإثبات القانوني ...)

وأما في مشروع قانون التجارة المصري فإن المادة (٤) منه تنص على أنه: (يعتبر التوقيع الإلكتروني توقيعاً في مفهوم قانون الإثبات ويتمتع بالحجية المقررة للتوقيع العادي على أن يستوفي الشروط، والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية)

وإذا كان المحرر الموقع إلكترونياً متساوياً مع المحرر العرفي من حيث استيفاء كل منهما شروط اعتباره دليلاً كتابياً كاملاً بينهما يثور وعلى القاضي أن يرجع السند الأقرب إلى الاحتمال أي كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه، طالما أنه لم يوجد نص قانوني أو اتفاق بين الأطراف يحدد أساساً أخرى للترجيح.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على توافر شروط حجية التوقيع الإلكتروني

في الإثبات من الناحية الفقهية.

إذا توافرت الشروط التي تضمن صحة التوقيع الإلكتروني وسلامته من التزوير والتلاعب وتؤدي إلى اليقين أو غلبة الظن بنسبة إلى الموقع فإنه يجب مراعاة الآثار المترتبة عليه وقبوله.

المبحث الثالث: وظيفة التوقيع الإلكتروني في الإثبات

التوقيع بصفة عامة له فوائد كثيرة بالنسبة لقوة الدليل الكتابي في الإثبات بل إن التوقيع هو الذي يجعل للكتابة أفضلية في الإثبات ، والتوقيع ليس فقط عنصراً من عناصر الدليل الكتابي بل هو أيضاً دليل معد مقدماً على الحضور الجبري لأطراف التصرف وتعبير عن إرادة الموقع في الإلتزام بمضمون الورقة وإقراره لها ووسيلة لتمييزه هوية الموقع.

وقد وضعت الأمم المتحدة قانون الإونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م وكان من أهم أهداف وضع هذا القانون: (معالجة التزايد السريع في استعمال وسائل الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني وتبادل البيانات الإلكترونية

لتيسير المعاملات التجارية الدولية والتي يتوقع لها المزيد من التطور حينما تصبح

وسائل الدعم التقني كطرق المعلومات السريعة وشبكة الإنترنت ميسورة المنال على نطاق واسع).

الفصل الثاني

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : حجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات الأجنبية .

أ- في الولايات المتحدة الأمريكية: تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أولى الدول التي أصدرت تشريعات تعترف بالتوقيع الإلكتروني وتمنحه حجية كاملة في الإثبات شأنه في ذلك شأن التوقيع التقليدي.

ب - وفي فرنسا: صدر قانون التوقيع الإلكتروني رقم (٢٣٠) لسنة ٢٠٠٠ م في ١٣ مارس ٢٠٠٠ م في صورة تعديل للنصوص المنظمة للإثبات في القانون المدني الفرنسي بما يجعلها متوافقة مع تقنيات المعلومات وكثرة استخدام التوقيع الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية، وقد أدرج هذا التعديل في نص المادة (١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي في ست فقرات، وقد أضفى على الكتابة الإلكترونية

والمحرمات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات شأنها في ذلك شأن الكتابة الخطية والمحرمات الورقية والتوقيع التقليدي.

ج - وفي بريطانيا: صدر قانون الاتصالات والتجارة الإلكترونية الذي بدأ العمل به في ٢٥ يوليو ٢٠٠٠ م وجعل التوقيع الإلكتروني دليلاً مقبولاً في الإثبات، ونظم الجهات التي توفر الأمان القانوني للتعاقد الإلكتروني عن بعد

د- وفي إيطاليا: صدر القانون رقم (٩٧/٥٩) في ١٥ مارس ١٩٩٧ م ونظام حجية التوقيع التقليدي بشرط أن يتم التوقيع الإلكتروني الرقمي عن طريق نظام شفرة المفتاحين العام والخاص، وأن يدل التوقيع بشكل واضح على هوية وشخصية الموقع ويميزه عن غيره من الأشخاص.

هـ- وفي ألمانيا: وافقت الحكومة الألمانية عام ٢٠٠١ م على مشروع يقضي بمنح التوقيع الإلكتروني على المستندات والأوراق التجارية الصفة القانونية التي يحملها التوقيع التقليدي بالقلم وهو القانون الذي يستهدف تيسير إبرام الصفقات التجارية في ألمانيا عبر خدمة التجارة الإلكترونية للتوافق مع قانون الاتحاد الأوروبي في هذا الشأن.

و- وفي استراليا: قدمت الحكومة هناك حزمة تشريعات تنظم الموضوعات التي فرضتها التطورات التكنولوجية في عصر المعلومات.

ز- وفي الهند: تم إعداد تشريع متكامل أسمته الحكومة هناك [قانون تكنولوجيا المعلومات] سنة ١٩٩٨ م لمواجهة التطورات التكنولوجية الحديثة

بفاعلية وعلى الأخص الاتصالات والتجارة الإلكترونية وسن أحكام قانون
للوثائق التي تُنتج إلكترونياً
والخدمات الأخرى التي تقدم إلكترونياً والحد أو التقليل من إساءة استخدام
الكمبيوتر، ووضع قواعد موحدة في شأن حجية السجلات التي تحفظ
إلكترونياً، وكذلك التوقيع الإلكتروني.

المبحث الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية

أ - في مصر: أصدر المشرع المصري قانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ م وجاء في المادة (١٨): (يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية:

١- إرتباط الموقع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

٢- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

٣- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني وتحديد اللائحة التنفيذية بهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة

لذلك) قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ المادة (١٤) و (١٨).

ب - وفي الأردن فقد منح القانون الجديد للمعاملات الإلكترونية، سواء التجارية أو المدنية أو الحكومية والتوقيعات الإلكترونية ذات القوة الحجية القانونية المعطاة للمعاملات والوثائق والتوقيع المكتوبة باليد قانون المعاملات الإلكتروني الأردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ م المادة (٣١).

ج - وفي تونس: لم يعطي المشرع التونسي الحرية المطلقة في حجية التوقيع الإلكتروني وإنما اشترط أن يحدث التوقيع الإلكتروني بواسطة منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات قانون المبادلات الإلكترونية التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠ م المادة (٥)

د- وفي الإمارات العربية: صدر قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ م والذي أشتراط شرطاً واحداً لكي يتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في الإثبات مثله مثل التوقيع التقليدي وهو أن يكون التوقيع الإلكتروني محمياً قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ المادة (٢٠).

هـ - وفي الكويت: صدر نظام التجارة الإلكترونية وقد اعتبر التوقيع الإلكتروني حجة في الإثبات بشرط أن يؤدي إلى تعيين هوية الموقع وبدل على موافقته على المعلومات الواردة في المستند الإلكتروني بطريقة جديدة بالتعويل عليها قانون التجارة الإلكترونية الكويتي المادة (٥) .

و - وفي البحرين: فقد تعرض المشرع البحريني صراحة في المادة السادسة من قانون التوقيع الإلكتروني على أن لا يُنكر الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني من حيث صحته وإمكان العمل بمُوجِبَة، لمجرد وروده كلياً أو جزئياً في شكل إلكتروني قانون المعاملات الإلكترونية البحريني لسنة ٢٠٠٢ م المادة (٦) .

الفصل الثالث

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حجية التوقيع الإلكتروني وفقاً لمبادئ الإثبات في

الشريعة الإسلامية ووفقاً للقواعد العامة الفقهية. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حجية التوقيع الإلكتروني وفقاً لمبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية.

حجية التوقيع الإلكتروني في الفقه الإسلامي تتفق مع مبادئ الإثبات في التشريعات الإسلامية ويتضح ذلك من النقاط الآتية:

١- أن جميع وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية هدفها إظهار الحق وتحقيق العدل بين الأطراف بأية وسيلة كانت، وبالتالي يجوز اللجوء لأية وسيلة مشروعة تثبت الحق.

٢- الإثبات في الفقه الإسلامي لا يشترط الكتابة على ورق محدد أو بمواد معينة بل يجوز الكتابة على الحجر والورق والعظام والشجر و يجوز الكتابة على أي دعائم عادية أو إلكترونية.

٣- يجوز التوقيع بالخط العادي باليد والختم و يجوز أيضاً ببصمة الإصبع وهذا الوضع يقبل أيضاً التوقيع الرقمي وهو أحد صور التوقيع الإلكتروني

٤- يُحقق التوقيع الإلكتروني ذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع العادي ويُحافظ على مستوى الأمن والخصوصية بل ويضفي نوعاً من الثقة في المعاملات.

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني وفقاً للقواعد الفقهية العامة

أولاً: قاعدة: " المشقة تجلب التيسير " المعنى الشرعي لها: [إن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عصر أو إحراج] ولهذه القاعدة أدلة كثير من الكتاب العزيز ومن السنة المطهرة ومن الإجماع الدال على عدم التكليف بالشاق من الأعمال.

فمن الكتاب: قوله تعالى: [يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ] البقرة آية (١٨٥)

ومن السنة المطهرة: حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحدٌ إلا غلبه فسددوا وقاربوا وأبشروا

واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة " أخرجه البخاري رقم الحديث (٣٩) (٣١)

قال العلماء: يتخرج على هذه القاعدة جميع: [رخص الشرع وتخفيفاته] وقد أجمعت الأمة على أنه لم يقع التكليف الشاق في التشريع وهو يدل على عدم قصد الشارع إليه ولو كان الشارع قاصداً للمشقة في التكليف لما كان هنا لا ترخيص ولا تخفيف وهذا مما علم من الدين الإسلامي بالضرورة.

ولا شك أن تَطَلُّبُ إثبات المعاملات الإلكترونية بالكتابة والخط التقليدي يؤدي إلى العسر والمشقة على المتعاملين حيث تتم المعاملات عن بُعد باستخدام أجهزة الحاسب الآلي.

ثانياً: قاعدة: " الحاجة تُنزل منزلة الضرورة " ومعنى هذه القاعدة: [أن ما يفتقر إليه المكلف في حياته ويلحقه بفواته حرج وضيق فإنه يعطي حكم الضرورة فيبيح المحظور المناسب لمقام الحاجة، ليرتفع الحرج والضيق عن المكلف]

والمراد بالحاجة هنا: ما كان دون الضرورة، ولهذا القاعدة أدلة من السنة المطهرة منها:

حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أنظرت إليها " ؟ قال : لا قال : " فأذهب فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً " أخرجه مسلم رقم الحديث (٣٤٧٠)

وقد حَرَجَ الفقهاء على هذه القاعدة جواز الاعتماد على الكتابة والخط
لحاجة الناس إليه.

ولا شك أن ذلك ينطبق على التوقيع الإلكتروني فالحاجة داعية إلى قبوله
والقول بعدم قبوله يسبب للناس الكلفة والخرج في حياتهم وهذا مخالف
للقاعدة ولما جاءت به الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: قاعدة: " العادة مُحْكَمَةٌ " معنى القاعدة: [أن العادة في نَظَرِ الشارع
حاكمة تخضع لها أحكام التصرفات فتثبت تلك الأحكام على وفق ما
تقضي به العادة أو العرف إذا لم يكن هناك نص شرعي مخالف لتلك العادة]
ولهذه القاعدة أدلة الكتاب والسنة

فمن الكتاب: قوله تعالى: [وَهَئِن مِّثْلُ مَثَلٍ الَّذِي عَلَيَّهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ] البقرة آية : (٢٢٨)

ومن السنة المطهرة: حديث عائشة - رضي الله عنها - أن هند بنت عتبة قالت: يا
رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا
ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "
متفق عليه وقد أخرجه البخاري ، رقم الحديث (٥٣٦٤) (١٠٦٢) وأخرجه مسلم -رقم (٤٤٥٢)

واعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجِعَ إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثيرة.

فمن ذلك مسألة [التوقيع الإلكتروني] فإنه يمكن تطبيق هذه القاعدة عليه إذا جرت العادة والعرف على استخدامه في إثبات المعاملات الإلكترونية وكان على الرسم والصفة المتعارف عليهما، وتوافرت فيه الشروط والضوابط التي تؤدي إلى اليقين أو غلبة الظن بنسبته إلى صاحبه، فإنه يجوز الاعتماد عليه شرعاً، ويجوز الاحتجاج به عملاً بالعرف والعادة.

المبحث الثاني: الشهادة على الخط في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: الشهادة على خط نفسه

صورة المسألة: اتفق جمهور الفقهاء على جواز شهادة الإنسان على خط نفسه إذا كان يتذكر الحادثة لأنه شهادة على حادثة معروفة، والشاهد يتذكر ما شهد عليه، وليست الشهادة هنا على الخط، بل هي على الحادثة

واختلفوا إذا كان الشاهد لا يتذكر الحادثة وإنما عرف خطه، وختمه، أو توقيعه على الوثيقة على ثلاثة آراء.

القول الأول: للحنفية والمالكية والمشهور عند الشافعي وأحمد في رواية عنه أن الشهادة على خط نفسه غير جائزة حتى يتذكر الشهادة

القول الثاني: أن الشهادة على خط نفسه جائزة إذا كان المكتوب محفوظاً عند صاحبه وفي حرزه وهي رواية عن أحمد وهو قول لابن القيم.

القول الثالث: رواه مالك وللأمام أحمد: أن الشهادة على خط نفسه جائزة وإن لم يتذكر الشهادة، وتقبل شهادته متى كانت الورقة مضمونة ومحفوظة في مكان أمين، أو عرف خطه، أو ختمه، أو توقيعه، فيصح له أن يشهد بما رآه في كتابه وخطه وختمه

واستدلوا بأدلة منها:

(١) قوله تعالى: [وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا] البقرة آية (٢٨٢).

(٢) أن الخطوط والتوقيعات لا تتشابه، وأن لكل شيء طريقة في الكتابة، والتوقيع لا يشاركه غير فيها.

الراجع: هو القول الثالث لما فيه من مراعاة الاحتياط والحذر والأمن من التغيير والتزوير؛ ولأنه يحقق مصالح الناس الذين يحفظون كتاباتهم أو شهاداتهم في أماكن مضمونة ومصونة.

المطلب الثاني: الشهادة على خط المقر [صاحب التوقيع]

صورة المسألة: إذا كتب شخص بخطه إقراراً بحق الآخر، ثم لما احتج المدعي بتلك الوثيقة، أنكر المقر أن تكون بخطه، أو أنكر وارثه ذلك بعد أن مات الكاتب واحتج شخص بما تضمنه السند الذي كتبه الكاتب قبل موته، وشهد عدلان بأن ذلك الخط هو خط فلان المدعى عليه بناء على معرفتهما لخطه فهل يثبت الحق للمدعي بناءً على شهادة العدلين أم لا ؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين هما:

القول الأول: وهو مذهب عامة الحنفية أن الشهادة على خط المقر غير جائزة.

القول الثاني: وهو مذهب الحنابلة والمالكية والشافعية وبعض الحنفية منهم أبو يوسف إلى جواز شهادة المقر وأدلتهم في ذلك:

(١) أن النبي ﷺ كان يبعث كتبه إلى الملوك وغيرهم، وتقوم بها حجته، ولم يكن يشافه رسولاً بكتابه بمضونة، ولا جرى هذا في مدة حياته صلى الله عليه وسلم، بل يدفع الكتاب محتوماً، ويأمره بدفعه إلى المكتوب إليه وهذا معلوم بالضرورة، لأهل العلم بسيرته وأيامه.

(٢) وأن الخلفاء والقضاء والأمراء والعمال يعتمد بعضهم على كتب بعض ولا يشهدون حاملها على ما فيها ولا يقرءونه عليه، وهذا عمل الناس من زمن نبيهم إلى الآن.

(٣) أن الخطوط لا تتشابه، وأن لكل شخص طريقة في الكتابة لا يشاركه غيره فيها

الراجح هو القول الثاني لعدم تشابه الخطوط والختم إذا دقق وأمعن النظر فيها، ولفح الحرج عن الناس والتوسيع عليهم خاصة إذا كان الكتاب في مأمّن من التصنيع والتزوير.

شروط الشهادة على الخط

اشترط بعض فقهاء الحنفية والشافعية وجمهور المالكية شروطاً لجواز الشهادة على خط المقر وهي كالآتي:

(١) وجود شاهدي، عدل.

(٢) أن يعرف الشاهدان الخط معرفة تامة كمعرفة الشيء المعين فلا تقبل الشهادة على الخط إلا من فطن عارف بالخط.

(٣) أن يكون الخط موجوداً حاضراً عند الشهادة عليه حتى يعمل بمقتضاه، ولا تقبل الشهادة في حالة غياب الوثيقة.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وختاماً:

نسأل الله العظيم أن يكون هذا العمل قد تحقق فيه النفع المرجو منه ,
كما نسأله سبحانه أن يجزي القائمين - من فريق إعداد ومتابعة وطباعة
وإشراف وتنسيق وأمانة الجمعية وكل من أسهم فيه - خيراً وأن يرزقهم السعادة
في الدنيا والآخرة وأن يجعلهم مباركين أينما كانوا.
(إن ربنا سميع قريب مجيب)

إخوانكم لجنة ملخصات الأبحاث القضائية.

للتواصل مع اللجنة:

- جوال

+٩٦٦٥٦٩٧٧٠٠٧٧

- البريد الإلكتروني:

Asag770077@gmail.com



0 1 1 2 5 8 4 7 0 1 📞

qadha.ksa@gmail.com ✉

@ Q d h a 🐦

facebook.com/qadha.ksa 📘