



المملكة العربية السعودية
وزارة العدل
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
الجمعية العلمية القضائية السعودية



فضاء

مجلة علمية محكمة

العدد التاسع والعشرون • ربيع الثاني ١٤٤٤هـ • نوفمبر ٢٠٢٢م

الدعوى الجزائية العامة في جرائم
الفساد المالي والإداري - دراسة
تطبيقية نظامية

محمد بن سلطان العمري

السيف القاطع في حكم الطلاق
المتتابع - تحقيق ودراسة

د. أحمد بن يحيى الزهراني

وحدات الصلح في النيابة العامة
في المملكة العربية السعودية
وأثرها في الدعوى الجزائية -
دراسة تحليلية مقارنة

د. تركي بن عوض السلمي

القضاء بين منع التظالم وقطع
التخاصم - دراسة استقرائية تحليلية
تأصيلية تطبيقية

د. عبد الحميد بن صالح الغامدي

الأمن السيبراني واجب من
واجبات الدولة الحديثة ووسائل
تحقيقه التنظيمية - دراسة
تأصيلية مقارنة

د. عبد العزيز بن أحمد المزيني

قاعدة من سقطت عنه العقوبة
بإتلاف نفس أو طرف مع قيام
المقتضي له لمانع ضعف عليه الغرم

د. يوسف بن عبد الرحمن آل الشيخ

ضوابط التحكيم في ضوء
نظام المنافسات والمشتريات
الحكومية - دراسة مقارنة

د. بدر بن عبد الله المطرودي

اتحاد مجلس القضاء وأثره في فقه
العقوبات - دراسة فقهية مقارنة

د. مفرح بن جابر الأسمرني

قضاء

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد التاسع والعشرون • ربيع الثاني ١٤٤٤هـ • نوفمبر ٢٠٢٢م

✉ info@qadha.org.sa

☎ 0112584996

☎ 0538999887

📷 qadha.ksa

🐦 qdha



© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٤هـ (٢٠٢٢م)
تعتبر المواد المقدمة للنشر عن آراء مؤلفيها، ويتحمل أصحابها
مسؤولية صحة المعلومات والاستنتاجات ودقتها، وجميع الحقوق
محفوظة للجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، وعند
قبول البحث للنشر تؤول ملكية النشر من المؤلف إلى المجلة.

الرقم الدولي المعياري: (ردمد: ISSN 1658-6735)

هيئة التحرير

رئيس التحرير

فضيلة أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحَيْدَرِيِّ

وكيل جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
أستاذ السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء

أعضاء هيئة التحرير

فضيلة أ. د. خَالِدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُصْلِحِ

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
في جامعة القصيم

فضيلة أ. د. عَبْدِ الْوَاحِدِ بْنِ حَمَدِ الْمَرْزُوعِ

نائب رئيس جامعة الإمام عبد الرحمن بن فيصل
أستاذ وعميد كلية الشريعة والقانون

فضيلة أ. د. مُحَمَّدُ بْنُ جَبْرِ الْأَلْفِيِّ

أستاذ الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء
في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - سابقاً -

فضيلة د. مِشْعَلُ بْنُ سَعْدِ آلِ عَسْكَرٍ

قاضي استئناف

فضيلة د. خَالِدُ بْنُ عُمَانَ الْعُمَيْرِ

عميد كلية الحقوق بكليات الشرق العربي

فضيلة الشيخ / عَبْدِ الْإِلَهِ بْنِ إِبْرَاهِيمِ الْعَرَوَانِ

محامٍ

ضوابط النشر في مجلة قضاء

- (١) كون البحث فيما يخدم مجال القضاء ولم يسبق نشره.
- (٢) اتصاف البحث بالجدة والأصالة.
- (٣) التزام الباحث بالمنهجية العلمية لكتابة البحوث وتحقيق المخطوطات.
- (٤) إذا كان البحث تحقيقاً لمخطوط؛ فيذكر الباحث ما يفيد قيمته العلمية وأنه لم يسبق تحقيقه.
- (٥) يرسل البحث عبر البريد الإلكتروني للمجلة mag@qadha.org.sa بصيغتي (Word) و (PDF)، نسخة فيها اسم الباحث وأخرى بدونه.
- (٦) أن يكون خط الأصل (١٨) وخط الهامش (١٤)، ونوع الخط (Traditional Arabic).
- (٧) عدم تجاوز عدد الصفحات (٥٠ صفحة).
- (٨) إرفاق الباحث ملخصاً للبحث باللغتين (العربية والإنجليزية) بما لا يزيد عن مائتي كلمة، وسيرته الذاتية.
- (٩) للمجلة الحق في نشر البحث على الموقع الإلكتروني للجمعية بعد إجازته للنشر.
- (١٠) لا يحق للباحث نشر البحث قبل مضي ستة أشهر من تاريخ نشره في المجلة.

إجراءات التحكيم في مجلة قضاء

المرحلة الأولى:

الفحص المبدئي؛ فيُنظر في البحث من حيث: مطابقته ضوابط النشر في المجلة، وصلاحيته إحالته إلى لجنة التحكيم، ويفاد الباحث بقبول إحالة البحث للتحكيم حال موافقته الضوابط، أو الرفض.

المرحلة الثانية:

إحالة البحث -عند مطابقته لضوابط النشر في المجلة- إلى محكمين من أهل الاختصاص في مجال البحث وفق نموذج معايير دقيقة لتقييمه؛ ويشمل: ملاءمة العنوان لمضمون البحث، ووضوح أهداف البحث، والعمق العلمي له، وإضافته للتخصص، واستيفاءه المادة العلمية، وسلامة المنهج المتبع فيه، وسلامته من الأخطاء اللغوية والإملائية، ودقة التوثيق العلمي فيه، ووضوح نتائج وأهميتها، وكفاية مراجعه ومناسبتها.

المرحلة الثالثة:

صدور نتيجة المحكمين للبحث -إما بقبوله للنشر كما هو بدون ملحوظات، أو قبوله بعد تعديل الملحوظات، أو عدم قبوله للنشر-.
- في حال كانت النتيجة (قبول البحث للنشر بعد تعديل الملحوظات)؛ ترسل الملحوظات للباحث بهدف تعديلها أو الجواب عنها، ومن ثم إرسال شهادة التحكيم والاعتماد.
- وفي حال كان رأي أحد المحكمين (عدم قبول البحث للنشر)؛ فيرسل لمحكّم ثالث مرّجّح يقوم بتقييمه وتصويبه.
- وفي حال كان رأي المحكّمين -أو أحدهما مع المرّجّح- (عدم قبول البحث للنشر)؛ فيرسل اعتذار للباحث عن نشر البحث مزوداً بالسبب الذي من أجله رفض البحث.

المرحلة الرابعة:

مراجعة البحث وتدقيقه ختامياً بعد وصول النسخة النهائية من قبل الباحث، وفحصه فحصاً يجعله صالحاً للنشر، وإرسال نسخة للباحث لمراجعتها قبل نشرها وإبداء رأيه فيها.

محتويات العدد

٦

كلمة التحرير

٩

السيفُ القاطعُ في حكمِ الطلاقِ المتتابع - تحقيق ودراسة
د. أحمد بن يحيى الزهراني

٧٥

القضاء بين منع التّظالم وقطع التّخاصم - دراسةً استقرائيّةً تحليليّةً
تأصيليّةً تطبيقيّةً
د. عبد الحميد بن صالح الغامدي

١٥٩

قاعدة من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضي
له لمانع ضعف عليه الغرم
د. يوسف بن عبد الرحمن آل الشيخ

٢٠١

اتحاد مجلس القضاء وأثره في فقه العقوبات - دراسة فقهية مقارنة
د. مفرج بن جابر الأسمرى

٣٥٩

الدعوى الجزائية العامة في جرائم الفساد المالي والإداري - دراسة
تطبيقية نظامية
محمد بن سلطان العمري

٤٤٧

وحدات الصلح في النيابة العامة في المملكة العربية السعودية وأثرها
في الدعوى الجزائية - دراسة تحليلية مقارنة
د. تركي بن عوض السلمي

٤٩٢

الأمن السيبراني واجب من واجبات الدولة الحديثة ووسائل تحقيقه
التنظيمية - دراسة تأصيلية مقارنة
د. عبد العزيز بن أحمد المزيني

٥٤٢

ضوابط التحكيم في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية -
دراسة مقارنة
د. بدر بن عبد الله المطرودي

كلمة التحرير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين،

وبعد:

فتقدم لكم (الجمعية العلمية القضائية السعودية) العدد التاسع والعشرين من (مجلة قضاء)، والذي احتوى أبحاثاً محكمة تناولت مسائل مختلفة؛ إذ تناول بعضها أحكام الأحوال الشخصية في تحقيق علمي لمخطوطة قيّمة، وتناول شق آخر منها ما كان متصلاً بالأنظمة الجزائية، ونظام المرافعات والأنظمة القضائية، والنظام الإداري، كما تناول أحدها مستجدات متصلة بالأمن السيبراني من الناحية التنظيمية.

وقد تنوعت هذه الأبحاث في مناهجها؛ إذ كان بعضها تحليلياً تأصيلياً تطبيقياً، وكان بعضها دراسة مقارنة فقهية، وكان البعض الآخر دراسة مقارنة بين الفقه والنظام، وكان بعضها مقارناً بأنظمة قانونية أخرى.

أملاً أن تكون هذه الأبحاث القيمة إضافة نوعية للمكتبة القضائية.

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

رئيس هيئة التحرير

أ. د. منصور بن عبد الرحمن الحيدري





السيفُ القاطعُ

في حكم الطلاق المتتابع

تأليف: محمد بن يحيى الأفضش الصنعاني (ت ١٢٦٥هـ)
تحقيق ودراسة

د. أحمد بن يحيى بن أحمد الزهراني

أستاذ مساعد بقسم العلوم الشرعية بكلية الملك فهد الأمنية

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وسلم تسليماً كثيراً، وبعد:

فقد هياً الله تعالى لهذه الأمة علماء صادقين عكفوا على بذل أوقاتهم وكرسوا جهودهم في سبيل خدمة هذا الدين، تعلماً وتعليماً، وإرشاداً وتوضيحاً، فكانوا كالسُرج في طريق طلب العلم، يستضاء بنورهم، ويقتدى بعلمهم، خالفاً عن سالف، وقرناً بعد قرن، فبهم حفظ الله الدين، وبيّن المجمل، وأوضح المشكل، فألفوا العلوم ووثقوها، وقيدوا المحفوظات ونقحوها، فجاء من بعدهم واعتنوا بها وشرحوها.

ومن جملة هؤلاء العلماء الأفاضل الشيخ محمد بن يحيى بن إسماعيل الأخفش الصنعاني (ت: ١٢٦٥هـ)، الذي عاش في القرن الثالث عشر الهجري وتلمذ على يد القاضي محمد بن علي الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ) رحمهم الله جميعاً.

حيث ألف رسالة بخط يده في مسألة تُعد من أهم مسائل الفقه قديماً وحديثاً، ومن أكثرها خلافاً، ألا وهي مسألة طلاق الثلاث في مجلس واحد فأساها بـ «السيف القاطع في حكم الطلاق المتتابع».

فرايت أن أحقق هذه الرسالة؛ لما لها من أهمية في موضوع فقهي مهم،
يحتاج إليه كثيراً في المحاكم الشرعية، فبالله نستعين وعليه نوكل.

أهمية الموضوع:

يمكن تلخيص أهمية الموضوع في النقاط الآتية:

١. إنَّ هذه الرسالة تعد نفيسة في بابها، حيث أفرد فيها مؤلفها مسألة
فقهيّة دقيقة، وهي مسألة الطلاق المتتابع.
٢. إنَّ الرسالة تميزت بجمع كل ما ذكر من أدلة ومناقشات حول المسألة
من أقوال المفسرين والفقهاء والمحدثين.
٣. قام مؤلف الرسالة بجمع الأقوال ومناقشتها وتوضيح القوي منها
والضعيف.
٤. قام المؤلف بجمع كل ما يمكن جمعه من الاحتمالات الواردة على
الأدلة ومناقشتها والرد عليها.

أسباب اختيار الموضوع:

- وتتلخص أسباب اختياري لتحقيق هذه الرسالة ودراستها فيما يأتي:
١. الإسهام في خدمة التراث الإسلامي المخطوط وإخراجه بصورة
حديثّة، حتى تتم الاستفادة منه.
 ٢. أن مسألة الطلاق المتتابع تعد من أقوى المسائل الفقهيّة خلافاً في
القديم والحديث، وتحتاج لمزيد بحث.

٣. أن مؤلف هذه الرسالة من العلماء المتأخرين البارزين في اليمن وما حوله.

فعندما نظرت إلى هذه الأسباب، وغيرها من الأسباب الأخرى، ومما سبق بيانه في أهمية الموضوع، دفعني ذلك لاختيار تحقيق هذه الرسالة القيمة في موضوعها.

الدراسات السابقة للمخطوط:

بعد البحث والتقصي والبحث في مكتبة الأمير سلطان بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وفهرس مكتبة الملك فهد الوطنية، ومركز الملك فيصل، وفي مكتبة الملك عبد العزيز بجامعة أم القرى، وفي مكتبات الجامعات بالسعودية وخارجها، وكلام بعض المهتمين بالفقه المقارن المخطوط تبين لي أن هذه الرسالة لم تحقق بعد.

خطة البحث:

ينقسم البحث إلى مقدمة، وقسمين، وخاتمة:

المقدمة:

وتشتمل على ذكر أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، وخطة البحث.

القسم الأول: الدراسة:

وتشتمل على: التعريف بالمؤلف وكتابه، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: ترجمة المؤلف:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اسمه ونسبه ومولده ونشأته وشيوخه.

المطلب الثاني: مؤلفاته ومذهبه وعقيدته ومكانته العلمية ووفاته.

المبحث الثاني: دراسة عنوان الرسالة:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تحقيق اسم الرسالة وتوثيق نسبتها للمؤلف.

المطلب الثاني: منهج المؤلف في الرسالة.

القسم الثاني: التحقيق:

ويشتمل على الآتي:

أولاً: تمهيد في وصف الرسالة «السيف القاطع في حكم الطلاق المتتابع»، من بداية الرسالة إلى نهايتها، وبلغ عدد اللوحات سبع لوحات.

ثانياً: بيان منهج التحقيق.

ثالثاً: النص المحقق.

الخاتمة:

وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

ويليها فهرس المصادر والمراجع.

القسم الأول الدراسة: التعريف بالمؤلف وكتابه

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: ترجمة المؤلف:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اسمه ونسبه ومولده ونشأته وشيوخه.

المطلب الثاني: مؤلفاته ومذهبه وعقيدته ومكانته العلمية ووفاته.

المبحث الثاني: دراسة عنوان الرسالة:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تحقيق اسم الرسالة وتوثيق نسبتها للمؤلف.

المطلب الثاني: منهج المؤلف في الرسالة.



المبحث الأول ترجمة المؤلف^(١)

المطلب الأول: اسمه ونسبه ومولده ونشأته وشيوخه.

اسمه ولقبه ونسبه ونسبته:

هو محمد بن يحيى بن إسماعيل الأخفش، يكنى بالحسني الصنعاني. وبيت الأخفش من البيوت المعروفة في اليمن، ينتهي نسبهم إلى محمد الملقب بالأخفش بن الحسن بن محمد بن صلاح بن الحسن بن جبريل بن يحيى بن محمد بن سليمان بن أحمد بن الإمام الداعي يحيى بن المحسن الحسني^(٢).

مولده:

ولد في مدينة صنعاء باليمن في سنة (١٢١٠) من الهجرة وإليها نسبته.

(١) ينظر: «التقصار في جيد زمان علامة الأقاليم والأمصار» لمحمد بن الحسن الشجني الحميري، ص (٤٣٠) و«حدائق الزهر في ذكر الأشياخ أعيان الدهر» للحسن الضمدي، ص (٢٤٨) و«عقود الدرر بتراجم علماء القرن الثالث عشر» للحسن الضمدي، ص (٩٤)، و«موسوعة أعلام اليمن» لعبد الولي الشميري، (٢/٢٥٤، ٢٥٥)، و«نيل الوطر من تراجم رجال اليمن في القرن الثالث عشر» لمحمد بن زباره (٢/٣٣٩).

(٢) ينظر: «البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع» للشوكاني (٢/٣٢١).

نشأته ووظائفه:

نشأ محمد بن يحيى الأخفش رَحِمَهُ اللهُ في مدينة صنعاء باليمن، واشتغل بالعلم منذ صغره، وأخذ عن عدد من علماء صنعاء، فلازمهم وأخذ عنهم عدد من العلوم، حتى برع في علوم الآلة، ثم تولى القضاء في مدينة «ثلا» من بلاد عَمْران^(١)، وفي مدينة «الحُدَيْدة» من طريق حاكم اليمن في ذلك الوقت المهدي عبد الله بن المتوكل أحمد (ت: ١٢٦٧هـ)، وحمدت سيرته، ولكنه لم يطب له المقام فيها، فترك القضاء وعاد إلى «صنعاء» ليتولى التدريس فيها، ولم يزل على هذا الحال المرضي في التعليم والتحقيق ومراجعة المسائل والكتب، حتى توفاه الله.

شيوخه:

تتلمذ رَحِمَهُ اللهُ على عدد من علماء اليمن، فأخذ عن أحمد بن زيد الكِبْسِيِّ (ت: ١٢٧١هـ)^(٢)، كما أخذ عن القاضي علي بن عبد الله الحَيْمِيِّ

(١) مدينة ثلاء هي إحدى المدن اليمنية التاريخية، يرجع تاريخها إلى فترة مملكة حمير، وهي واحدة من خمس مدن ضمن مواقع التراث العالمي المؤقتة في اليمن في قائمة التراث العالمي لليونسكو، وتقع على بعد ٥٠ كيلومتراً شمال غرب العاصمة صنعاء، وهي تتبع إدارياً محافظة عمران.

ينظر: الموقع الرسمي لمدينة ثلا على صفحة الأنترنت: (<https://sites.google.com/>) (site/thulaoldcity).

(٢) أحمد بن زيد بن عبد الله بن ناصر الحسني الطالب الكبسي (١٢٠٩هـ - ١٢٧١هـ) كان من أكبر تلامذة البدر العلامة الشوكاني، وكان عالماً بالحديث والأصول من أهل صنعاء مولداً ووفاء، له «شرح على سنن أبي داود» يقع في مجلدين. ينظر: «حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر» للبيطار، ص (١٩٠)، و«معجم المؤلفين» عمر رضا، (٢٢٧/١).

(ت: ١٢٥٦هـ)^(١)، وأخذ أيضاً عن القاضي محمد بن علي الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، وكان له اتصال كامل به، وكان أبرز شيوخه^(٢)، فلازمه وأخذ عنه في بعض كتب الأمهات في الحديث، كما أخذ عنه في مؤلفاته «الدّراري المضية شرح الدرر البهية» وفي «السّيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار» وغيره من كتب الفقه.

وقد أثبت ذلك في نهاية هذه الرسالة التي نحن بصدد تحقيقها حين ذكر القول الراجع في مسألة الطلاق المتتابع فقال: «ومنهم -أيضاً- شيخي وعمدتي، شيخ الإسلام: محمد بن علي الشوكاني -حفظه الله-».

(١) علي بن عبد الله الحيمي الصنعائي (١٢٠٠هـ - ١٢٥٦هـ)، قرأ على جماعة من علماء صنعاء، كالفقيه أحمد بن حسين الوزان، وإبراهيم بن عبد القادر، والقاضي محمد بن علي الشوكاني وغيرهم، ولي القضاء في تهامة وغيرها. ينظر: «نيل الوطر من تراجم رجال اليمن في القرن الثالث عشر» لمحمد زبارة (٢/ ١٨٠ - ١٨١).

(٢) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ثم الصنعائي، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، يعد من أبرز علماء القرن الثالث عشر، ولد بهجرة شوكان «من بلاد خولان، باليمن» ونشأ بصنعاء، وولي قضاءها سنة (١٢٢٩هـ) ومات حاكماً بها (١٢٥٠هـ)، كان يرى تحريم التقليد، له عشرات المؤلفات، منها «نيل الأوطار»، «فتح القدير»، «إرشاد الفحول». ينظر: ترجمته لنفسه في «البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع» (٢/ ٢١٤)، و«الأعلام» للزركلي (٦/ ٢٩٨).

المطلب الثاني: مؤلفاته ومذهبه وعقيدته ومكانته العلمية ووفاته.

مؤلفاته وآثاره العلمية:

له رسالة ضمن مجموع، والمجموع موجود في مكتبة ملت بتركيا، والرسالة بعنوان «السيف القاطع في حكم الطلاق المتتابع»، وقد وافق الفراغ من تسويدها في الليلة المسفر عنها يوم ٢٨ شهر شعبان سنة ١٢٤٤هـ، وبعد البحث والتقصي لم نظفر إلا بتلك الرسالة له، ولم يذكر من ترجم له شيئاً من مؤلفاته.

مذهبه وعقيدته:

عاش محمد بن يحيى بن إسماعيل الأخفش الحسني الصنعاني في مجتمع انتشر فيه مذهب الشافعية ومذهب الزيدية^(١)، وهذان المذهبان هما السائدان في بلده في ذلك الوقت؛ غير أنه نحا منحى شيوخه في نبد التقليد والتمسك بالسنة ومنهج أهل الحديث، فعقيدته فيما يتضح لي من خلال هذه الرسالة هي عقيدة أهل السنة والجماعة، كعقيدة شيخه الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)؛

(١) يعد المذهب الزيدي أحد المذاهب الإسلامية المنتشرة في اليمن، ويوصف دائماً بأنه أقرب المذاهب الشيعية إلى فرق أهل السنة في الفروع، وهم مخالفون لأهل السنة في مسائل الاعتقاد، فهم أقرب للمعتزلة في باب الأسماء والصفات، ونسبة المذهب إلى الإمام زيد بن الإمام زين العابدين علي بن الحسين بن الإمام علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (ت: ١٢٢هـ)؛ باعتباره العلم المميز لهم.

ينظر: «الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب» الندوة العالمية للشباب الإسلامي (٦/٢٩٨).

كونه ملازماً له وله اتصال كامل به، وكذلك ما يتضح للقارئ في هذه الرسالة من التزامه بالآثار والأخبار الصحيحة المنقولة عن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأصحابه، واتباعه لمنهج السلف الصالح، وامتداحه لفهمهم والأخذ بما صح عنهم، أما مذهبه الفقهي فهو فقيه مجتهد ينبذ التقليد ويجتهد بما يراه موافقاً للدليل، ولعل ما ذكره في مقدمة هذه الرسالة يدل على ذلك.

مكانته العلمية وثناء العلماء عليه:

يعد الشيخ محمد بن يحيى الأخفش من العلماء والقضاة المعروفين في زمانه، وقد تولى القضاء فترة من الزمن إلا أنه تركه؛ رغبة في ملازمة شيخه القاضي الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، والاشتغال بالعلم والتدريس.

وقد ترجم له محمد بن حسن الشُّجْنِي (ت: ١٢٨٦هـ)^(١) -وهو أحد أقرانه ممن تتلمذوا على يد الشوكاني، فقال: «أدرك في علوم العربية الآلات مع فهم صادق، وتعقل تام، وعناية كاملة، وصار من أعيان الطلبة النبلاء، مع كمال نجابة، واشتغال بالعلم، حتى أدرك فيه أحسن الإدراك، وعرف علم الآلات معرفة تامة واشتغل به، وهو الآن قاض في (ثلاء)»^(٢).

(١) هو محمد بن الحسن بن علي بن أحمد بن ناصر الشُّجْنِي الحميري الذماري، من علماء القرن الثالث عشر في اليمن، عاش بصنعاء، تتلمذ على يد العلامة الشوكاني وله عدة كتب من أشهرها «كتاب التقصار في جيد زمان علامة الأقاليم والأمصار» توفي رَحْمَةً اللَّهِ سنة (١٢٨٦هـ). ينظر: «الأعلام» للزركلي (٦/٩٣).

(٢) «التقصير في جيد زمان علامة الأقاليم والأمصار» لمحمد الشجني، ص (٤٣٠).

وترجم له الحسن بن عاكش الضَّمَدِي (ت: ١٢٨٩هـ)^(١) فقال: «العالم المحقق، الفاضل المدقق، أخذ عن عدة من علماء «صنعاء»، ولازم شيخنا شمس الإسلام أحمد بن زيد، وتشاركنا في القراءة عليه في عدة فنون من العلم، وجادت يده في علوم الآلة، وله نفس طويل في الاستدلال، وحسن عبارة في توضيح ما يرد عليه من الإشكال، وله اتصال كامل بشيخنا البدر الشوكاني»^(٢).

وفاته:

توفي رَحْمَةُ اللَّهِ فِي مُتَوَسِّفِ الْقَرْنِ الثَّالِثِ عَشَرَ، قَالَ ابْنُ عَاكِشِ الضَّمَدِي: أَظْنَهُ فِي عَامِ خَمْسَةِ وَسْتِينَ بَعْدَ الْمِائَتَيْنِ وَالْأَلْفِ.

(١) هو الحسن بن أحمد بن عبدالله بن عاكش الضَّمَدِي، من علماء القرن الثالث عشر في جنوب الجزيرة العربية، عاش في صنعاء وزيد وضمند وجازان، وله عدة مؤلفات في الفقه والتفسير والحديث والسير والتراجم، كـ «الذهب المسبوك في سيرة سيد الملوك» و«عقود الدرر في تراجم رجال القرن الثالث عشر» توفي رَحْمَةُ اللَّهِ سَنَةَ (١٢٨٩هـ). ينظر: «الأعلام» للزركلي (٢/١٨٣).

(٢) «حدائق الزهر في ذكر الأشياخ أعيان الدهر» للحسن الضَّمَدِي، ص (٢٤٨)

المبحث الثاني دراسة عنوان الرسالة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تحقيق اسم الرسالة وتوثيق نسبتها للمؤلف.

المطلب الثاني: منهج المؤلف في الرسالة.

المطلب الأول: تحقيق اسم الرسالة وتوثيق نسبتها للمؤلف.

تحقيق اسم الرسالة:

هذه الرسالة عنوانها مؤلفها بـ«السيف القاطع في حكم الطلاق المتتابع»،
ويدل على صحة هذه التسمية عدة أمور منها:

- ورود هذا العنوان على طرّة الرسالة «السيف القاطع في حكم الطلاق المتتابع» دون أي تغيير أو تعديل فيه.

- اتفاق هذا العنوان مع المحتوى، فإن مقصد المؤلف رَحْمَةُ اللَّهِ من هذا العنوان تبين القول الفصل الذي يقطع النزاع والخلاف في مسألة حكم الطلاق إذا تلفظ به الزوج متوالياً، بأن طلق أكثر من طلقه في مجلس واحد، وجاء هذا متفقاً مع ما بينه المصنف في أول كتابه، حيث قال: «فإنه لما وقع مني الفتوى لبعض من سأل، وإنقاذ من فرّ يناشدني الله في تحريم ما أحل، وشكا علي أنه أوقع على زوجته ثلاث تطليقات متوالية، لم يتخللها رجوع، وأنه منع من رجوعها إليه حتى تنكح زوجاً غيره....».

- لم يتبين لي من خلال قراءة هذه الرسالة ما يدل على وجه اسم لها غير هذا الاسم، «السيف القاطع في حكم الطلاق المتتابع».
- أثبت ناسخ هذه الرسالة محمد بن حسين العمري، في (اللوحة السابع ب) بأنه نقلها بخطه عن المؤلف بهذا العنوان.

توثيق نسبة الرسالة إلى المؤلف:

لم تسعفنا مصادر الترجمة التي تناولت حياة المؤلف بذكر شيء من مصنفاته، إلا أن هناك بعض القرائن التي يستأنس بها لتوثيق نسبة الكتاب إلى مؤلفه محمد بن يحيى الأخفش، منها:

- ما ورد على طرّة الرسالة بعد ذكر العنوان «لسيدي العلامة البدر محمد بن يحيى بن إسماعيل الأخفش رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى».

- ما جاء في قيد الختام، منقولاً من النسخة التي بخط المصنف ما نصّه: «وافق الفراغ من تسويدها في الليلة المسفرة عنها يوم الثلاثاء ٢٨ شهر شعبان سنة ١٢٤٤ والكل بقلم الحقير الراجي عفو ربه الوجمل من ذنبه محمد بن يحيى الأخفش عفا الله عنه».

- عدم ادعاء أحد نسبة هذه الرسالة إلى غير المؤلف.

وما تقدم يؤكد صحّة نسبة الرسالة إلى مصنفها محمد بن يحيى الأخفش رَحِمَهُ اللهُ.

المطلب الثاني: منهج المؤلف في الرسالة.

لقد سار المؤلف محمد الأخفش رَحْمَةُ اللَّهِ فِي هَذِهِ الرِّسَالَةِ عَلَى النُّحُو التَّالِي:

- استهل المؤلف رسالته بالبسملة، ثم سورة الإخلاص، ثم حمد الله وأثنى عليه، وصلى على نبيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثم ذكر سبب تأليفه لهذا الرسالة وحال من يستفتيه والفتوى المنتشرة في ذلك الوقت، لا سيما أنه كان قاضياً ومفتياً وأحد أشهر طلاب الإمام الشوكاني، فليس له بد من إجابتهم وتوضيح الأمر لهم، وقد اتضح من مقدمته أنه لا يرى وقوع الثلاث تطليقات بثلاث.

- بعد ذلك مهد لرسالته بمقدمة ذكر فيها ثلاث ضرورات في الاستدلال، كتمهيد لما سيذكره من أدلة وردود لتقريرها في ذهن القارئ.

- قام المؤلف بعد ذلك بسرد مذاهب العلماء عامة في مسألة من طلق زوجته ثلاث طلاقات متوالية، وذكر ستة أقوال دون ذكر أدلتها، فنقل عن الصحابة، والتابعين، وأصحاب المذاهب الأربعة، والظاهرية، وأضاف أقول بعض علماء الزيدية؛ كونه المذهب المنتشر في اليمن في حينه.

- ركز المؤلف رَحْمَةُ اللَّهِ فِي رِسَالَتِهِ عَلَى قَوْل وَاحِدٍ، وَهُوَ الْقَوْلُ بِوُقُوعِ طَلَاقِ الثَّلَاثِ بِثَلَاثٍ؛ كَوْنَهُ مَذْهَبُ الْجُمْهُورِ، وَهُوَ أَشْهُرُ الْأَقْوَالِ فِي الْمَسْأَلَةِ، فَقَامَ بِذِكْرِ كَافَةِ الْأَدْلَةِ الَّتِي اسْتَدَلَّ بِهَا أَصْحَابُ هَذَا الْقَوْلِ، ثُمَّ قَامَ بِالرَّدِّ عَلَيْهَا جَمِيعَهَا، بَدَأَ بِأَدْلَةِ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ ثُمَّ السَّنَةِ النَّبَوِيَّةِ، وَقَدْ يَنْقَلُ أحياناً بَعْضُ الرَّدُودِ عَنِ شَيْخِهِ الشُّوكَانِيِّ دُونَ أَنْ يَشِيرَ إِلَى ذَلِكَ.

- تميز منهج المؤلف في ردوده بلغته الأصولية الجلية في كثير من عباراته وترجيحاته، كما تميز بتنوع الردود أصولياً ولغوياً وحديثياً، وتميز أيضاً باستقصاء كافة الأدلة الواردة في محل النزاع وذكر تأويلات السلف -الذين هم أعرف الناس بمعاني الكتاب والسنة- في الأدلة محل النزاع، وبتوضيح حكم المحدثين على الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول من حيث الصحة والضعف.

- ثم ختم رسالته بذكر أصح ما جاء في مسألة الطلاق المتتابع من أدلة، ورجح القول بأن طلاق الثلاث إنما يقع طلقة واحدة، وسرد أبرز القائلين بهذا القول من الصحابة والتابعين والعلماء من المتقدمين والمتأخرين.

القسم الثاني التحقيق

ويشتمل على الآتي:

- أولاً: تمهيد في وصف مخطوط: «السيف القاطع في حكم الطلاق المتتابع».
- ثانياً: بيان منهج التحقيق.
- ثالثاً: النص المحقق.

أولاً: تمهيد في وصف مخطوط: (السيف القاطع في حكم الطلاق المتتابع)

وصف النسخة الخطية:

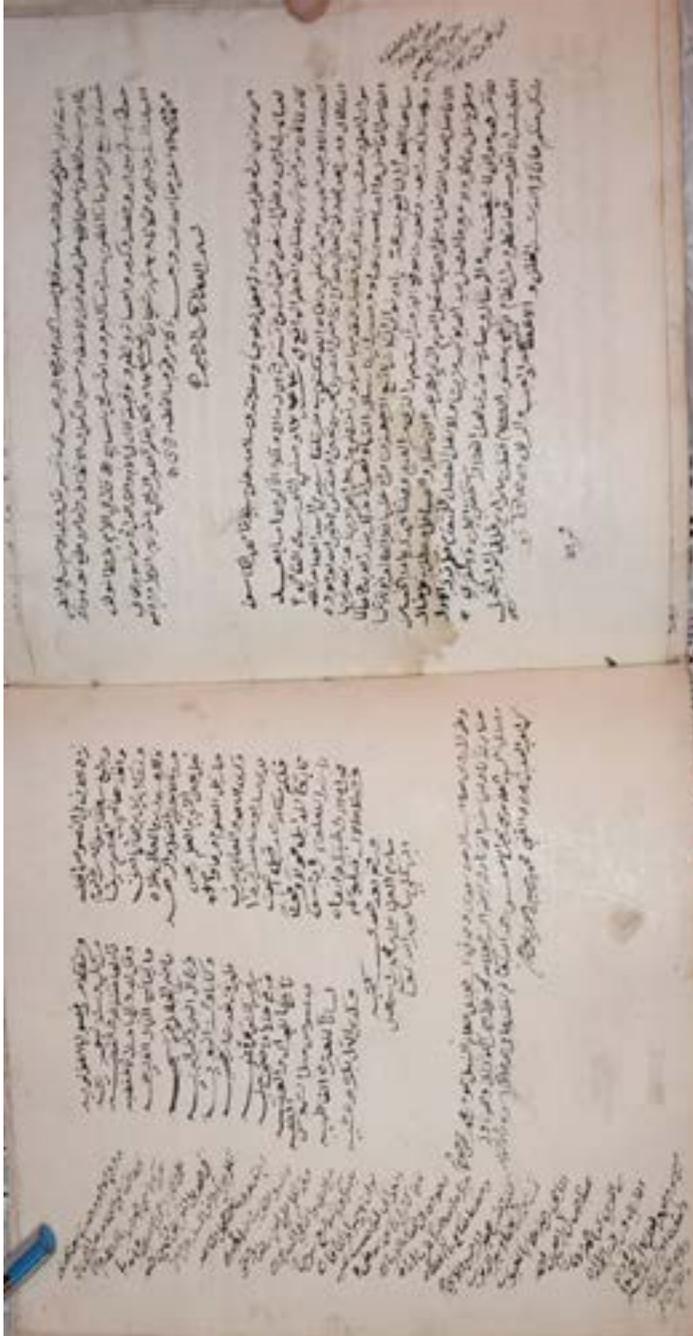
لم نقف للمخطوط إلا على نسخة خطية وحيدة محفوظة في مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية بصنعاء، «فهرس المخطوطات الرقمية في القرص رقم (٤١٥)، ضمن مجموع رقمه (٢٠٢٩)»، وهناك نسخة مصورة منها «إلكترونية» محفوظة في مكتبة ملت بتركيا، ضمن مجموع يضم عدّة رسائل، هذه الرسالة ترتيبها الثاني فيه، وتوجد في سبع لوحات، بكل لوحة وجهان ما عدا الأولى والأخيرة بها وجه واحد، ومسطرتها تختلف من وجه لوجه آخر ما بين (٢٤) إلى (٣٠) سطر، وبكل سطر ما بين (١٤) إلى (٢١) كلمة كتبت بخط تعليق مقروء، وقد نسخت من نسخة المؤلف التي انتهى من تسويدها في يوم الثلاثاء ٢٨ شعبان سنة ١٢٤٤هـ، وقد تميزت النسخة بوضوحها في الغالب عدا بعض المواضع، وكذلك سهولة قراءتها.

وهذه النسخة نسخها بخطه محمد بن حسين العمري وذكر في (اللوح السابع الوجه ب) تقریظاً، بأن هذه الرسالة وصلته مناولة عن شيخه حمود بن محمد الذي أخذها مناولة من شيخه محمد الكوكباني الذي أخذها عن مصنفها محمد يحيى الأخفش.

وذكر أيضاً في نهاية هذه الرسالة في هامش (اللوح السابع الوجه أ) أن مصنفها أسماها أولاً «بالقول النافع بسرعة بأن توالي الثلاث لا تمنع الرجعة» ثم سمها بعد ذلك «بالسيف القاطع في حكم الطلاق المتتابع» وهو ما أثبتته الناسخ في عنوان هذه الرسالة في اللوح الأول.

كما وجد في (اللوح السابع الوجه ب) نظم فيه تقرّظ لهذه الرسالة من خمسة عشر بيتاً كتبه علي بن محمد بن إسماعيل البهكلي، أثنى فيها على الرسالة ومصنفها.

اللوحه الأولى من نسخة الأصل



اللوحه الأخيرة من نسخة الأصل



ثانياً: منهج التحقيق

اتخذت منهجاً سرت عليه في التحقيق على النحو التالي:
 أولاً: أخرجت نص الكتاب على أقرب صورة وضعها عليه المؤلف،
 وذلك باتباع ما يلي:

١. المحافظة على نص هذه النسخة ما لم يتبين أن هناك خطأ واضحاً لا تستقيم العبارة معه، فاجتهدت في تصويبها بما يتناسب مع سياق الكلام، مع الإشارة إلى ذلك في الحاشية، وأثبت ما ورد في النسخة، وإذا لم يتضح لي أشرت في الحاشية بعبارة (كذا في الأصل).

٢. أثبت ما قد يسقط من الحروف أو الكلمات من الأصل في الصلب بين معكوفتين هكذا []، ووجهت ذلك في الحاشية، وأشرت إلى ما يعزز ذلك من المصادر والمراجع.

٣. رسمت الكتاب بالرسم الإملائي الحديث دون الإشارة لذلك.

٤. أعجمت ما أهمله المؤلف من الكلمات، دون الإشارة إلى ذلك.

٥. ضبطت بالشكل ما يحتاج إلى ضبط من الألفاظ.

٦. تنظيم النص بتقسيمه إلى فقرات، ووضع علامات الترقيم، مما يسهل وضوح المعنى للقارئ.

٧. وضعت خط مائلاً هكذا (/) للدلالة على نهاية كل وجه من كل لوحة، مع اعتماد الترقيم الموجود في صلب المخطوط، رامزاً للوجه الأيمن

بالحرف (أ)، وللوجه الأيسر بالحرف (ب)، كل ذلك بين معكوفتين، فيكون الترقيم بهذه الطريقة: [رقم اللوحة/ أ]، [رقم اللوحة/ ب].

ثانياً: ربطت الكتاب بمصادره التي استفاد منها استفادة مباشرة.

ثالثاً: وثقت الآراء التي يذكرها المؤلف من مصادرها المعتبرة.

رابعاً: حصرت الآيات بين قوسين مزهرين وخرجتها من مواطنها في المصحف مع الإشارة إلى اسم السورة ورقم الآية بين معكوفتين بهذه الطريقة [اسم السورة: رقم الآية].

خامساً: عزوت الروايات التي ينقلها المؤلف من مصادرها المعتبرة، ووثقتها بقدر الاستطاعة.

سادساً: خرّجت الأحاديث الواردة في الكتاب، وذكرت حكم أهل الحديث عليها، ونظرت في كلام أهل العلم، وأثبت ما يظهر لي - ما لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كانت في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت حينئذ بالعزو إليهما أو لأحدهما.

سابعاً: وثقت الآثار الواردة في الكتاب.

ثامناً: شرحت المفردات اللغوية الغريبة.

تاسعاً: شرحت المفردات الفقهية، والأصولية، والحديثية الغريبة، التي وردت.

عاشراً: ترجمت للأعلام غير المشهورين، وذلك بإيراد ترجمة قصيرة تتضمن اسم العلم، وكنيته، ومذهبه، وبعض كتبه، ووفاته.

الحادي عشر: وضعت الفهارس العامة: «فهرس الموضوعات - فهرس المصادر والمراجع»، على ضوء ما سبق في الخطة.



النص المحقق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ ﴿١﴾ اللَّهُ الصَّمَدُ ﴿٢﴾ لَمْ يَلِدْ وَلَمْ يُولَدْ ﴿٣﴾ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ ﴿٤﴾﴾ [الإخلاص: ١ - ٤]، وأحمده حمداً لا تحصره الألسن والأقلام عدداً، ولا يقوم به البحر وإن جئنا بمثله مدداً، فهو الغني الذي ما اتخذ صاحبة ولا ولداً، وأصلي وأسلم على رسوله الذي فاق الخلق الإنساني عفافاً وزهداً، وعلى آله الذين هم خير آل وأصحابه الذين بذلوا دونه الأنفس والأموال.

أما بعد:

فإنه لما وقع مني الفتوى لبعض من سأل، وإنقاذ من فرّ يناشدني الله في تحريم ما أحل، وشكا علي أنه أوقع على زوجته ثلاث تطليقات متوالية، لم يتخللها رجوع، وأنه منع من رجوعها إليه حتى تنكح زوجاً غيره، ولما رأيته ممتثلاً لقوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿فَسَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾﴾ [النحل: ٤٣]، ورأيت حرصه على رجوع أهله، ومضبة الغيرة^(١) من أن يظأ فراشه غيره، أمرته بالإرجاع.

ولما [أبيت]^(٢) رأيت أناساً يتوجعون سراً ولا يظهرون، وينقمون خيفة ولا يعلنون، ويهمون بالنطق ولا يطيقون، وأراهم يحسبون ذلك جهلاً مني، (١) مضبة الغيرة أي غضب الغيرة، فالضُّبُّ هو الغضب والحقد. ينظر: «لسان العرب» لابن المنظور (١/٥٣٩).

(٢) وتقدير الكلام: ولما أبيت إلا القول برجوع المطلق ثلاثاً في مجلس واحد لزوجه... إلى آخر كلام المؤلف.

أو جموداً على مذهب زائف، ورأي لأهل الحق مخالف، وأن الحامل عليه محبة الخالف للسالف، وأقول: حاشا وكلا، فما حمل على ذلك إلا أدلة واضحة، وحجج لتقويم الأقوال نافعة صالحة.

وحينئذ عزمت على زبر ما سنح وتيسر، مع قلة البضاعة، وقصور الباع عن هذه الصناعة، ولكنني سأرغم ما تيسر من ذلك الحاصل؛ ليطلع عليه من وقف، فإذا تأمله قبل الاعتقاد، ورزقه الله نصيباً من الانتقاد، فإن كنت غير مصيب بين الصواب، ليردني عنه من رد، أو إن رأي مصيباً فعسى يزيده ما حررته هدى.

وأقول وبالله الثقة والتوفيق:

اعلم أيها المطلع أنه لا بد من مقدمة تشتمل على ثلاثة أطراف، لا بد منها، فإنها كادت لوضوح أدلتها تلحق بالمعلومات الضرورية:

الطرف الأول: اعلم أن الله -تعالى- لم يتعبد أحداً من خلقه بغير ما أنزله في كتابه، وما ثبت من سنة رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وإيضاح العالم للعامي نقلاً عنهما، وإظهاراً لما استخرجه منهما، ولا كلفنا بالعمل بغير آيات الكتاب العزيز، الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، أو بلغنا بنقل الثقات؛ أنه قاله النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ على وجه التكليف، أو فعله مع دليل الوجوب، أو قرر عليه كذلك، بل ولا كلفنا بقول شخصين، وإن بلغا في الفضل أي مبلغ، ولا بقول أهل محلة، وإن شرفت بأعلى تشریف، وإنما كلفنا بقول مجتهدي الأمة؛ لاشتماله على مستند مردود إليهما، وإلا لم يحصل امتثال قوله -تعالى-: ﴿فَإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾

[النساء: ٥٩]، وللقطع بأن الحق لا يخرج عن جميعهم، كما قرر في موضعه، وهذا على فرض وجوده، وإن كان الآن محالاً، أو كالمحال.

الطرف الثاني: أن هذه الآيات والأحاديث -التي ذكرتها- لا يمكن العمل بها إلا مع وضوح دلالتها، وصحة متونها وأسانيدها، بعدالة روايتها وثقتهم، والبحث عما يظن ناسخاً أو مخصصاً، أو مقيداً، [١/ب] أو معارضاً، أو راجحاً، أو مساوياً؛ مع معرفة وجوه الترجيح بين الظنيات فحسب، وغير ذلك مما يعرفه الخذاق.

الطرف الثالث: أن تعلم أننا لم نكلف إلا بما يبلغنا من الأدلة، وأما ما لم يبلغ، فلم نكلف به، بل لا يجوز لنا العمل به، وإن جاءت قرائن قوية تدل على أن هناك دليلاً؛ كأن ينقل إلينا عن عالم جليل القدر معلوم العدالة، بالمعنى الأعم، أنه يقول في مسألة: كذا بكذا. ولم نجد الدليل الذي استند إليه، لم يجب علينا العمل بقوله وإن ظننا أنه لم يقله إلا عن دليل؛ لأنه إذا كان هناك دليل، فالمكلف به ذلك العالم الذي اطلع عليه، وأما من لم يبلغه، فلم يكلف به، وإلا كان من تكليف الغافل، وهو باطل بأدلتنا^(١).

إذا تمهد هذا، فاعلم أن مسألة من طلق زوجته ثلاثاً متوالية، قد تشعبت أفانينها^(٢)، وتعارضت قوانينها، واختلفت مذاهب العلماء فيها؛ فمنهم من (١) هذا الكلام من المؤلف رَحِمَهُ اللهُ يمكن أن يُقال في حق العالم أمّا العامي فلا يمكنه معرفة الدليل ولا الترجيح، ولو كُلف ذلك لكان تكليفاً بضرب من الاجتهاد، وهو لا يستطيعه.

(٢) الأفانين أجناس الشيء وطرقه، ومنه الفنن، وهو الغصن، وجمعه أفنانٌ. ينظر: «مقاييس اللغة» لابن فارس، باب الفاء (٤/ ٤٣٥).

قال: بالوقوع مطلقاً^(١)، ومنهم من قال بعدم الوقوع مطلقاً^(٢)، ومنهم من قال: تقع واحدة فقط مطلقاً^(٣)، ومنهم من قال: تقع ثلاثاً في المدخولة، وواحدة في غير المدخولة^(٤)، ومنهم من فرق بين إرسال الثلاث بلفظ واحد وبين من أرسلها بألفاظ متعددة^(٥)، ومنهم من قال: يرجع إلى نية المطلق، ويستحلف^(٦)؛ لحديث رُكَّانة^(٧)، وستعرفه إن شاء الله -تعالى-، ولا غرو

(١) وهو رأي الحنابلة، ومعظم الظاهرية. ينظر: «المغني» لابن قدامة (٢٤٣/٨)، و«كشاف القناع» للبهوتي (٢٦١/٥)، و«المحلى» لابن حزم (٤٠٧/٩).

(٢) وهذا القول حكى عن ابن علية، وهشام بن الحكم، وأبي عبيد، وبعض أهل الظاهر؛ لأنه طلاق بدعي فلا يقع. ينظر: «المغني» لابن قدامة (٣٦٦/٧)، و«المحلى» لابن حزم (٣٩٤/٩)، و«نيل الأوطار» للشوكاني (٢٧٤/٦).

(٣) هذا القول منقول عن ابن عباس، وبه قال إسحاق، وطاوس، وعكرمة، وعطاء، وهو قول عند بعض أهل الظاهر، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم. ينظر: «المغني» لابن قدامة (٢٣٠/٧)، و«مجموع الفتاوى» لابن تيمية (٨٠/٣٢)، و«إعلام الموقعين» لابن القيم (٣١/٣).

(٤) وهو رأي الحنفية، والشافعية، وابن حزم؛ لأنها بانت بالأولى وصارت أجنبية عنه، وطلاق الأجنبية باطل. ينظر: «حاشية ابن عابدين» (٤٥٥/٢)، و«نهاية المحتاج» للرملي (٤٥١/٦)، و«المحلى» لابن حزم (٤٠٥/٩).

(٥) وهذا رأي المالكية. ينظر: «بداية المجتهد» لابن رشد (١٠٠/٣)، و«مواهب الجليل» للحطاب (٥٨/٤).

(٦) روي ذلك عن الإمام مالك، وأبي الزناد، وربيعه. نقله عنهم ابن المنذر في «الأوسط» (١٦٠/٩).

(٧) عن رُكَّانة: «أنه طلق امرأته سُهَيْمَةَ البتة، فأخبر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بذلك، فقال: والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((والله ما أردت إلا واحدة؟))»، قال رُكَّانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردّها إليه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وطلّقها الثانية في زمان عمر بن الخطاب، والثالثة في زمن عثمان». رواه الشافعي في الأم (٣٠٦/٦)، ومن طريقه أبو داود (٢٢٠٦)، والدارقطني (٣٩٧٩)، ونقل الدارقطني =

على المتأخر، فإن الخلاف فيها قديم بين الصحابة والتابعين، ثم استمر إلى وقتنا هذا، والتأمل والإنصاف نافع في تحصيل الظن، والحق أحق أن يتبع. وها أنا أسرد لك ما عرفته من أدلة القائلين بالوقوع، وأبين لك ما الذي أوجب طرحها.

فأقول: استدلوا أولاً بقوله -تعالى-: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، قالوا: وهذا الذي أرسل ثلاثاً لم يقتصر على اثنتين حتى يتأتى منه الإمساك، بل أتى بالثالثة، فيلزمه ما رتب عليها من قوله -تعالى-: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وهذا كتاب الله، دلالته واضحة، ومراده بين، لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه.

والجواب:

أما قولكم: هذا كتاب الله، فلا شك ولا ريب أن كتاب الله هو الحكم الأمين، وبأي حديث بعده يؤمنون؟ وماذا بعد الحق إلا الضلال؟ خلا أن قولكم: دلالته واضحة. ممنوع، بل الآية مجملة، وقد سبق في المقدمة ما سبق، وبيان إجمالها: أن لفظ المرتين يحتمل أن يراد به الطلقتان المصحوبتان بالرجعة، وأن يراد به الطلقتان المجردتان عنها، واحتمال هذا اللفظ لهذين المعنيين في غاية الوضوح، يشهد به الذوق السليم، واستعمال أهل اللغة لاحق عن

= أن أبا داود قال: هذا حديث صحيح، وأخرجه أيضاً الترمذي (١١٧٧) وصححه ابن حبان (٤٤٣٢) والحاكم (٣٨١٧). قال الترمذي: «لا يعرف إلا من هذا الوجه، وسألت محمداً عنه، يعني البخاري فقال: فيه اضطراب» انتهى.

سابق، وخالف عن سالف، لا يختلف اثنان في أنه يصح أن يقال لمن طلق زوجته ثم راجعها، ثم طلقها وراجعها: فلان طلق زوجته مرتين، وأنه يجوز إطلاقه على من طلق زوجته طلقين مجردة عن الرجعة، على أن لو ادعينا ظهوره في المعنى الأول، لم يبعد ذلك؛ فإن الشائع في الاستعمال أن يقال: فلان طلق زوجته مرتين، لمن كان قد طلق وراجع، ثم طلق وراجع، وأما من أرسل طلقين، فالشائع في المحاورات أن يقال: فلان طلق طلقين، ويشهد له ما قاله كثير من المفسرين^(١): أنه [٢/أ] وقع العدول عن لفظ الطلقين في النظم القرآني إلى لفظ المرتين؛ تنبيها على قبح الإرسال دفعة، وإرشاداً إلى الاقتصار والتفريق، ولكننا لا ندعي ذلك في هذا المقام، بل يكفينا منع الظهور إذا تقرر الإجمال؛ فالمجمل تتوقف دلالاته على مجيء البيان، أو تعلم قرينة معينة؛ لأن المراد بالمرتين الطلقتان المجردة، فما أظنه يجد الباحث قرينة في الشريعة تعين هذا المعنى، فإن قيل: ما سيأتي من الأخبار والآثار المسوقة للاستدلال على وقوع الثلاث قرينة وأي قرينة، قيل فيها ما ستعرف، وما لا يصلح دليلاً لا يصلح مبيناً.

فإن قيل: الآية ههنا من قبيل المطلق الذي يصدق على القليل؛ وهو الطلاق المجرد، والكثير؛ وهو الطلاق مع الرجعة، والمطلق إذا ورد مطلقاً

(١) قال الشوكاني: «وإنما قال سبحانه: مرتان ولم يقل طلقتان إشارة إلى أن ينبغي أن يكون الطلاق مرة بعد مرة، لا طلقتان دفعة واحدة، كذا قال جماعة من المفسرين». «فتح القدير» (١/٢٧٣). ينظر: «تفسير الرازي» (٦/٤٤٣)، «التقييد الكبير» للبسيلي (ص: ٣١٣)، «اللباب في علوم الكتاب» للنعماني (٤/١٣٢) «تفسير النيسابوري» (١/٦٣٠).

وجب حملة على أقل ما يصدق عليه، وهو الممكن المطابق، فيجب حملة هنا على الطلاق المجرد، وهذا لا يحتاج إلى قرينة، وما ذكرت من حملة على الطلاق مع الرجعة هو المفتقر إلى القرينة^(١).

فالجواب: أنا قد قررنا الإجمال، فلا نعيده، سلمنا؛ فالقرينة موجودة، وهي أن قوله -تعالى-: ﴿فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] مرتب على الطلقتين، مع ثبوت الفاء المقتضية للتعقيب، فلو كان الطلقتان مجردة عن الرجعة، لم يصح الإمساك عقيبهما، أو لا قائل بأنه: يصح الإمساك عقيب الطلاق بلا رجعة، فلا محيص عن حمل المرتين على الطلقتين؛ ضرورة عدم جواز الإمساك للأجنبية للوطء ونحوه.

فإن قيل: وهل المراد بالإمساك في الآية إلا الرجعة نفسها، فهو دليل لنا وقرينة منادية بما قلنا؛ لأنه لا يصح الإرشاد إلى الرجعة المعبر عنها بالإمساك؛ إلا لمن قد صارت مطلقة خارجه عنه عند النكاح، فثبت أن ليس المراد بالمرتين إلا الطلقتين المجردة عن الرجعة، وهو الذي نريد.

فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن الإمساك في اللغة هو: الكف، وترك الشيء على ما هو عليه^(٢)، وحمل اللفظ على حقيقته هو اللازم، ولا ملجئ ههنا للعدول عنها، بل معنى الآية عليه واضح، وذلك بأن يقال: قال -تعالى-: ﴿الطَّلُقُ

(١) ينظر: «العدة في أصول الفقه» لأبي يعلى (٢/٦٤٠).

(٢) ينظر: «الفروق اللغوية» للعسكري (ص: ١١٢)، و«أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء» (ص: ٤٧).

مَرَّتَانِ ﴿البقرة: ٢٢٩﴾ يعني وبعد المرتين إما إمساك عن الزوجة وتركها على ما هي عليه من البقاء في عقدة النكاح، أو تسريح بإحسان، ومتى جاء في لغة العرب تسمية الرجعة إمساكاً؟ بل الاستعمال بخلافه، كما جاء في لسان الشارع في حديث ابن عمر: «فطلق عند ذلك، أو أمسك»^(١)، وكما ورد في قصة عويمر العجلاني^(٢): «كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَمْسَكْتُهَا»^(٣) يعني بَقِيَّتْهَا في عقدة نكاحي؛ لأنه كان يعتقد أنها لا تبين باللعان؛ ولهذا طلقها من بعد، وهذا واضح في أنهم كانوا يريدون بالإمساك التبقية لا إنشاء الرجعة.

الوجه الثاني: أنه لا شك ولا ريب في أنه قد جعل التسريح في الآية الكريمة مقابلاً للإمساك، ومعادلاً له، ونخيراً بينه وبينه، والتسريح هو الطلاق، فلو كان المراد بالإمساك الرجعة، لما صح الإرشاد إلى الطلاق مكانها؛ لأنه لا معنى للإرشاد إلى طلاق من قد صارت مطلقة مفتقرة إلى الرجعة، فيلزم خلو قوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] عن الفائدة، ويكون تطويلاً وهذا اللازم باطل، يسان عنه الكتاب وأورد عليه منع كون التسريح في الآية هو الطلاق، وإنما المراد به ترك الرجعة، قالوا: والمعنى على

(١) سيأتي بتامه وسيخرج في موضعه.

(٢) هو عويمر بن أبيض العجلاني الأنصاري، صحابي، وهو الذي رمى زوجته، ونزلت فيها آية اللعان. ينظر: «معرفة الصحابة» لأبي نعيم (٢٠١٦/٤)، و«الاستيعاب في معرفة الأصحاب» لابن عبد البر (١٢٢٦/٣)، ترجمة (٢٠٠٤).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث (٥٢٥٩) وغيره من المواضع، ومسلم في كتاب الطلاق (١٤٩٢)، من حديث سهل بن سعد الساعدي، مرفوعاً.

هذا؛ يعني: أنه -تعالى- خير من طلق طلقتين بين الإمساك بإنشاء الرجعة، والتسريح بتركها وإهمالها حتى تنقضي عدتها.
ورد هذا الإيراد بوجهين أيضاً أولاً:

فإن التسريح هنا قد وصف بالإحسان، فلا بد وأن يكون أمراً وجودياً قابلاً لقيام هذا العرض المعنوي به، وترك الرجعة عدم محض، لا يصح قيام العوارض به، وأيضاً فإن الكف من قسم المتواطئ [٢/ب] التي لا تتفاوت أفراده في الشدة والرخاء والحسن والقبح -يعني لذاته- فيؤدي ما ذكرتم إلى تعطيل الوصف بالإحسان عن الفائدة، وهو باطل^(١).

وأما ثانياً: فإنه قد ثبت بالسنة المطهرة، وبتأويل السلف -الذين هم أعرف بمعاني الكتاب العزيز ومواقع التنزيل- أن التسريح هو الطلاق، فمن ذلك ما رواه عبد الرزاق بسنده إلى أبي رزين الأسدي قال: قال رجل: يا رسول الله، الطلاق مرتان فأين الثالثة؟ فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ((التسريح بإحسان الثالثة))^(٢) وهو نص فيما قلنا وهذا الحديث أخرجه جماعة، منهم أبو داود في الناسخ^(٣) ورواه ابن المنذر^(٤) وأخرجه أيضاً البيهقي^(٥) وغيرهم

- (١) لمزيد الفائدة في معرفة الفرق بين المشترك والمتواطئ والمشكك، ينظر: «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي (١٧/١)، و«المستصفي» للغزالي ص (٢٦).
(٢) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١١٠٩١)، وسعيد بن منصور في «السنن» (١٤٥٦)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (١٩٢١٦) وأبو داود في «المراسيل» (٢٢٠) من طريق أبي رزين بمثله، ومسعود بن مالك أبو رزين تابعي، فالحديث مرسل.
(٣) لم أقف على «الناسخ والمنسوخ» لأبي داود، وخرجت له من «المراسيل» كما تقدم.
(٤) أخرجه ابن المنذر في «الأوسط» (٧٥٨٩)، وفي «الإشراف» (١١٢٢).
(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٣٤٠/٧) من طريق أبي رزين بمثله، وهو مرسل كما تقدم.

وروي أيضاً نحوه من حديث ابن عباس^(١) وروي عن مجاهد أنه قال: «قال الله للثالثة: فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان»^(٢) وروي أيضاً عن يزيد^(٣) بن أبي حبيب^(٤) أنه قال: «التسريح في كتاب الله الطلاق»^(٥) إذا تقرر ما جعل المرتين بمعنى الطلقتين المجردة عن التكاليف والتعسفات وما ذكرنا من الردودات، فلتعلم أن جعلها مع الرجعة أظهر من أن يشرح؛ لأنه يكون معنى الآية أن الله تعالى خير من طلق زوجته وراجعها ثم طلقها وراجعها بين الإمساك وهو تركها على ما هي عليه من البقاء في عقدة نكاحه بالمعروف بين الناس من حسن المعاشرة، وبين التسريح وهو إيقاع الطلاق الثالث عليها؛ فلماذا قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ يعني اختار التسريح ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وقد تضمن ما ذكرنا وجوب حمل الآية على الطلاق مع الرجعة [...]»^(٦).

(١) أخرجه الطبري في «جامع البيان» (١٢٨/٤) بلفظ مختلف، والأقرب لهذا اللفظ ما أخرجه الدارقطني في «سننه» عن أنس بن مالك (٣٨٨٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» عن أنس (١٤٩٩١)، وقال: «والصواب عن إسماعيل بن سميع عن أبي رزين عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلاً، كذلك رواه جماعة من الثقات عن إسماعيل».

(٢) أخرجه الطبري في «جامع البيان» (١٣١/٤) وقال: والذي قاله مجاهد في ذلك عندنا أولى بالصواب.

(٣) رُسمت في (الأصل): (بُرِيد) والصواب كما أثبتته من مصادر التخريج

(٤) هو يزيد بن أبي حبيب المصري، أبو رجاء، واسم أبيه سويد، عالم أهل مصر، ثقة من العلماء الحكماء الأتقياء (ت: ١٢٨هـ). ينظر: «سير أعلام النبلاء» (٣١/٦).

(٥) أخرجه ابن أبي حاتم في «التفسير» (٢٢٤٤) من طريق ابن لهيعة، عن يزيد بن أبي حبيب بمثله.

(٦) ورد في المتن عبارة «وليس ودیعة» ونظراً لعدم ارتباطها بما قبلها وبما بعدها قمت بحذفها كون الكلام يستقيم بدونها.

ثم استدلوا أيضاً فقالوا روي في الصحيحين من حديث أبي سلمة: أن فاطمة بنت قيس^(١) أخبرته أن زوجها طلقها ثلاثاً ثم انطلق إلى اليمن فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأتوا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فقالوا إن أبا حفص^(٢) طلق امرأته ثلاثاً فهل لها نفقة فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: ((ليس لها نفقة وعليها العدة))^(٣).

قالوا: وفي صحيح مسلم من حديثها قالت: فأتيت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فقال: ((كم طلقك؟)) فقلت: ثلاثاً. فقال: ((صدق ليس لك نفقة))^(٤)، قالوا: وفي رواية أخرى عند مسلم أيضاً قالت: «يا رسول الله إن زوجي طلقني ثلاثاً وأنا أخاف أن يقتحم علي»^(٥)، وفي لفظه عنها أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قال في المطلقة ثلاثاً: ((ليس لها سكنى ولا نفقة))^(٦).

(١) فاطمة بنت قيس صحابية مشهورة، إحدى المهاجرات، وأخت الضحاك. حدث عنها: الشعبي، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، وآخرون. عاشت إلى زمان معاوية. ينظر: «معرفة الصحابة» لأبي نعيم (٣٤١٦/٦)، و«سير أعلام النبلاء» للذهبي (٣١٩/٢).

(٢) أبو عمرو بن حفص بن المغيرة القرشي المخزومي وقيل أبو حفص بن المغيرة، صحابي مات باليمن في أواخر حياة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وقيل في خلافة عمر، ترجمته في «معرفة الصحابة» لأبي نعيم (٩٠٢/٢).

(٣) ليس في الصحيحين كما ذكر المصنف، بل أخرجه مسلم (١٤٨٠) من حديث أبي سلمة بمثله.

(٤) أخرجه مسلم (١٤٨٠) من حديث أبي بكر بن أبي الجهم بمثله.

(٥) أخرجه مسلم (١٤٨٢) من طريق عروة عن فاطمة بنت قيس، بمثله.

(٦) أخرجه مسلم (١٤٨٠) من حديث الشعبي عن فاطمة، بمثله.

والجواب: أن الاستدلال بما ذكرتم على ما نحن فيه غلط أو مغالطة لأن هذه فاطمة بنت قيس التي ذكرتم إن كانت هي فاطمة بنت قيس المعروفة في صغار الصحابة أعني فاطمة بنت قيس بن خالد، أخت الضحاك بن قيس^(١) أمير العراق، المشهورة بالعقل والجمال فالمشهور في قصتها أن زوجها أبو عمرو بن حفص بن المغيرة المخزومي خرج إلى اليمن في أصحاب أمير المؤمنين علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ورضي الله عنه؛ لما بعثه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ثم أرسل إليها بتطليقة بقيت له عليها، وأمر الحارث بن هشام^(٢) وغيره من بني عمه بأن يعطوا نفقتها، فلما سلموا إليها ما أمرهم به استقلت ذلك وشكت إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فقال: ((ليس لك سكنى ولا نفقة))^(٣).

وهذا ظاهر مشهور لا يجمله من له أنسة بعلم الرواية وأحوال الصحابة؛ فإنه ثابت في صحيح مسلم وغيره، وهذا لا ينافي ما ذكرتم عنها، فإن من بعث إليها زوجها بتطليقة بقيت له عليها، يصدق عليه أنه قد طلقها ثلاثاً وإنما تمسكتم بالمجمل فأوردنا بيانه.

(١) هو الضحاك بن قيس بن خالد بن وهب بن ثعلبة بن وائلة بن عمرو الفهري، أخو فاطمة بنت قيس، يكنى أبا سعيد، قتل بمرج راهط بعد وفاة يزيد بن معاوية، سنة أربع وستين، وهو معدود في الصحابة. ينظر: «معرفة الصحابة» لأبي نعيم (١٥٣٧/٧)، و«الاستيعاب في معرفة الأصحاب» لابن عبد البر (٧٤٤/٢) ترجمة (١٢٥٣).

(٢) الحارث بن هشام بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم بن يقظة بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب يكنى أبا عبد الرحمن من الصحابة، توفي بالشام في طاعون عمواس. ينظر: «معرفة الصحابة» لأبي نعيم (٧٦٢/٢).

(٣) مضى تخريجه.

قالوا: روى الدارقطني من حديث الحسن^(١) عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض، ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أُخريين عن القرآن فبلغ ذلك رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، فقال: ((يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله تعالى إنك أخطأت السنة، والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء)) قال: فأمرني رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فراجعتهَا، ثم قال: ((إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك)) فقلت: يا رسول الله لو طلقتهَا ثلاثاً، أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: ((لا كانت تبين منك وتكون معصية))^(٢).

قالوا وهذا نص في محل النزاع، على أنه لو طلق ثلاثاً لبانت منه.

والجواب: [٣/أ] أن هذه الزيادة غير ثابتة؛ لأنها من رواية عطاء الخراساني^(٣) عن الحسن، وعطاء الخراساني ممن لا يحتج بحديثه فإنه قد نسبه سعيد بن مسيب إلى الكذب^(٤)، وجزم ابن حبان بأنه بطل الاحتجاج به؛

(١) هو الحسن بن أبي الحسن: يسار البصري، الأنصاري مولا هم أبو سعيد، من أوسط التابعين، الإمام، كان كبير الشأن، رفيع الذكر، رأساً في العلم والعمل (ت: ١١٠هـ). ينظر: «سير أعلام النبلاء» (٤/٥٦٣).

(٢) أخرجه الدارقطني في «السنن» (٣٩٧٤) من طريق الحسن عن ابن عمر، بمثله، وأصله في الصحيحين أخرجه البخاري (٥٢٥١)، ومسلم (١٤٧١) من طريق نافع عن ابن عمر، بنحوه.

(٣) هو عطاء بن أبي مسلم الخراساني، من أهل سمرقند ويقال من أهل بلخ مولى المهلب بن أبي صفرة الأزدي سكن الشام ودخل دمشق روى عن ابن عمر وابن عباس مرسلًا، وحاله كما سيذكر المصنف (ت: ١٣٥هـ) بأريحا، «تاريخ دمشق» لابن عساكر (٤٠/٤١٦)، و«تاريخ الإسلام» (٣/٧٠١).

(٤) ينظر: «الضعفاء والمتروكون» لابن الجوزي (١/١٠٤).

لكثرة وهمه وسوء حفظه^(١)، وقال شعبة: كان نسيماً^(٢)، حتى قال محمد بن إسماعيل: ليس في من روى عنه مالك من يستحق الترك غيره^(٣)، ولم يتابع عطاء في هذه الزيادة بل خالف فيها الثقات، وإن كان أصل الحديث ثابتاً، فهذه الزيادة وهي قوله: «أرأيت يا رسول الله لو طلقته ثلاثاً... إلخ هي محل الحجة، فهل يحل التمسك بهذه الزيادة التي هذا حالها في التفريق بين الزوجين، وعدم الجمع بينهما إلا بعد زوج آخر.

على أن شعيب بن رزيق^(٤) الراوي عن عطاء شامي ضعيف^(٥)، ومع هذا فلو أنها ثبتت هذه الزيادة لم يكن فيها حجة لما نحن فيه فإنه قد ثبت في صدر الحديث أن ابن عمر كان أراد أن يطلق امرأته ثلاثاً مفرقة في ثلاث حيض كما ينادي به قوله، وأراد أن يتبعها بتطليقتين أخريتين عند القرأين، فقوله: أرأيت لو طلقته ثلاثاً، يعني على الوجه الذي عزمت؛ وهو أن يوقع في كل قرء طلقة، وهذا ظاهر يدل عليه السياق دلالة واضحة، وهو أيضاً دليل لنا على أن مراد التفريق كان أمراً حقيقياً عندهم، وهذا تععيد في الاستدلال وإلا فقد عرفت بطلان هذه الزيادة وعدم الحاجة إلى ما ذكرنا هنا.

(١) ينظر: «المجروحين» لابن حبان (١١٢/١٣ - ١١٣).

(٢) ينظر: «سير أعلام النبلاء» للذهبي (١٤١/٦).

(٣) ينظر: «العلل الكبير» للترمذي (ص: ٢٧١).

(٤) شعيب بن رزيق الشامي، أبو شيبة المقدسي، من كبار التابعين، وحاله مختلف فيه فضعفه جماعة كما سيذكر المصنف، ووثقه الدارقطني. ينظر: «تاريخ الإسلام» (٤/٦٤٩).

(٥) نقل تضعيفه عن دحيم. ينظر: «الجرح والتعديل» لابن أبي حاتم (٤/٣٤٦) ترجمة (١٥١٠)، ووثقه الدارقطني. ينظر: «تاريخ الإسلام» (٤/٦٤٩).

قالوا وهكذا حديث محمود بن لبيد^(١) [عند^(٢)] النسائي قال: «أخبر رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضبان ثم قال: ((أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟)) حتى قام رجل فقال: يا رسول الله ألا أقتله؟»^(٣).

والجواب: أن هذا الدليل لا مساس له بمحل النزاع، وأي لفظ أو حرف في هذا الحديث يدل على أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أمضى عليه الثلاث وحكم بأن زوجة هذا الرجل لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره؟
فإن غاية ما فيه أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ غضب ممن فعله وقال ما قال، والوقوع وعدمه وراء هذا.

قالوا وفي مسند أحمد من حديث سهل بن سعد قال لما لاعن أخو بني عجلان^(٤) امرأته قال: «يا رسول الله ظلمتها إن أمسكتها هي الطلاق وهي

(١) هو محمود بن لبيد بن عقبة بن رافع الأنصاري الأوسي الأشهلي، أدرك النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وولد في حياته، ينظر: «معرفة الصحابة» لأبي نعيم (٢٥٢٤/٥)، و«معجم الصحابة» للبخاري (٤٢٧/٥).

(٢) وردت في (الأصل): «عن» والصواب ما أثبتته؛ لأن محمود بن لبيد الراوي الأعلى.

(٣) أخرجه النسائي في «السنن» (٣٤٠١) من حديث محمود بن لبيد، بمثله، وصححه ابن القيم في «زاد المعاد» (٢٢١/٥).

(٤) عويمر العجلاني، وقد مضت ترجمته.

الطلاق وهي الطلاق»^(١). وهو عند أكثر الجماعة بلفظ «كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ»^(٢). ووجه الاستدلال أن عويمراً كان يعتقد بقاءها في عقدة نكاحه فأراد أن يبت طلاقها فطلقها ثلاثاً [٣/ب] بمرأى ومسمع من رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ؛ طلباً للبينونة الكبرى، فلو كان إرسال الثلاث لا يفيد ذلك، لعرفه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ؛ لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز.

ويجاب عنه أولاً بالمعارضة؛ فيقال: كون جمع الثلاث معصية، وفعلاً محرماً قد ثبت بأدلتها، ولو لم يكن فيه إلا حديث محمود السابق، وغضب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وتسميته لعباً بكتاب الله، والتقرير على قبح المعصية أشد قبحاً من تأخير البيان، فما كان جوابكم عن هذا فهو جوابنا عن ذلك.

ويجاب ثانياً: بالمحل، وهو أن يقال هذه المرأة قد بانت باللعان، فالطلاق الواقع عليها واقع على غير زوجها، ومتى كان يجب بيان الأحكام الواقعة في غير موقعها، فإن ما هذا حاله لا يسأل عنه، ولا تلاحظ أحكامه، ولا يلتفت إليها.

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢٢٨٣١)، من حديث سهل بن سعد، بمثله، وإسناده صحيح بطرقه، كما أشار الشيخ شعيب الأرناؤوط في تعليقه على «مسند أحمد» عقب الحديث المذكور.

(٢) مضى تخريجه.

وثالثاً: إن قولكم تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز مسلّم، ولكن كون هذا الوقت وقت حاجة ممنوع؛ لأنه لا دليل أن عويمراً قد قصد بهذا الطلاق البينونة الكبرى، وأي حرف في هذا الحديث يدل على ذلك؟ فغاية ما فيه أنه قال: ظلمتها إن أمسكتها. وعدم الإمساك يصدق بالطلقة الواحدة، كما يصدق بها مع غيرها، وهو ظاهر.

قالوا: أخرج الشافعي ورواه الدارقطني -أيضاً- عن ركانة أنه طلق امرأته سهيمة^(١) البتة، فأخبر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بذلك فقال: رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ((والله ما أردت إلا واحدة؟)) فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة. فردها إليه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان^(٢).

قالوا: وهذا حديث صححه أبو داود وأخرجه غير واحد من أهل الحديث كالحاكم وابن حبان والترمذي، ووجه الاستدلال به على وقوع الثلاث المتوالية أنه استحلفه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ على ما أَرَادَهُ، وهذا يدل على أن للمطلق كذلك نيته، ولولا أنه لا يردّها عليه لو رجع عن اليمين، لم يكن لاستحلاف النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لركانة فائدة.

(١) هي سهيمة بنت عمير المزنية، معدودة من الصحابة، لم أقف على سنة وفاتها، وأفاد الحديث المذكور بأنها كانت حية في زمان عثمان، ينظر: «معرفة الصحابة» (٦/ ٣٣٦٠)، و«الاستيعاب» لابن عبد البر (٣٣٩١).

(٢) أخرجه الشافعي في «الأم» (٥/ ١٤٧) ومن طريقه الدارقطني في «السنن» (٣٩٧٩) من طريق نافع بن عجير، بمثله، ونقل الدارقطني تصحيح أبي داود له، وقال الحاكم (٢٨٠٨): قد صح الحديث بهذه الرواية، وسكت عنه الذهبي.

والجواب عنه من وجوه:

أحدها: عدم صلاحية الحديث سنداً ومنتناً:

أما السند: فإن من رواه الزبير بن سعيد^(١) وهو ضعيف، بل قيل إنه متروك^(٢)، والجرح مقدم على التوثيق، كما بين في موضعه.

وأما منتناً: فلأنه مضطرب المتن، كما جزم به البخاري^(٣).

وثانيها: أنه أخص من الدعوى، فإن المفروض وقوع الثلاث مطلقاً من غير نظر إلى نية المطلق.

وثالثها: أنه لا يدل على ما نحن فيه؛ إذ المذكور فيه أنه طلقها البتة، ومحل النزاع من طلق زوجته ثلاثاً متوالية^(٤).

ورابعها: أنه معارض بما سيأتي؛ وهو حديث أصح منه سنداً، وأثبت منتناً - كما ستعرفه إن شاء الله تعالى -.

(١) هو الزبير بن سعيد بن سليمان بن سعيد بن نوفل بن الحارث القرشي الهاشمي، من أتباع التابعين، لين الحديث (ت بعد: ١٥٠هـ) ينظر: «تقريب التهذيب» لابن حجر (١٩٩٥).

(٢) أُخْتَلَفَ فِيهِ بَيْنَ التَّوْثِيقِ وَالضَّعْفِ، وَلَمْ أَجِدْ مِنْ قَالَ بِتَرْكِهِ كَمَا وَصَفَ الْمُصَنِّفُ، وَقَالَ ابْنُ الْقَيْسَرَانِي فِي «مَعْرِفَةِ التَّذَكُّرَةِ فِي الْأَحَادِيثِ الْمَوْضُوعَةِ» (ص ٢٣٢) الزبير بن سعيد منكر الرواية وقال يحيى بن معين ليس بشيء.

(٣) أورد الترمذي قول البخاري عقيب الحديث (١١٧٧).

(٤) المقصود بطلاق البتة هو أن يقول: أنت طالق بالثلاث، وأما المتوالية أن يقول: أنت طالق طالق طالق.

وخامسها: أن لو سلمنا دلالته على الثلاث من حيث المعنى، لم يكن فيه حجة على ما نحن فيه البتة؛ لأنه إنما يدل على ذلك لو قام دليل على أنه لو رجع ركانة عن اليمين لبت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ طلاق زوجته، ومنعها [٤/أ] من الرجوع حتى تنكح زوجاً غيره، وهذا الدليل مفقود بالكلية، بل دعواه قريب من دعوى الغيب بما في نفس رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، ولا أظنه يطبق مؤمن على القطع بأن ركانة لو نكل عن اليمين لحرمها عليه، بل المحل محل احتمال لإمكان أن يكون في نفس النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ حكم يترتب على الرجوع غير هذا الحكم؛ لأنه معلم الشرائع ومبتدعها^(١)، وبالجملة فهنا جانبان، جانب الحلف، وجانب النكول، تعيّن بهذا الحديث أحد الجانبين؛ وهو أن من حلف ما أراد بالطلاق الذي هذا حاله إلا واحدة، ردت عليه زوجته، والجانب الآخر مسكوت عنه، لم يذكر بنفي ولا إثبات، فإن قيل: هذه الدلالة من قبيل المفهوم فتلك دعوى دونها مفاوز؛ لأننا نقول: المفاهيم محصورة مشهورة^(٢)، بعضها معمول به، وبعضها غير معمول به، فنطالب أولاً بتعيين هذا المفهوم، وما اسمه؟ ومن أي المفاهيم هو؟ فإذا ثبت -وما أظنه يثبت- طالبنا بالدليل على الأخذ به، فإذا ثبت -وهو أبعد-، عارضنا بفائدة للتحليف سوى تخصيص الرجعة بمن حلف، فيبطل العمل

(١) قد أخطأ المؤلف رَحِمَهُ اللهُ في هذه العبارة؛ فالنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يبتدع شيئاً من الشرائع، فهو لا ينطق عن الهوى، وكل ما جاء به وحيٌّ يوحى.

(٢) المفهوم ينقسم إلى قسمين مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة. ينظر: «البحر المحيط في أصول الفقه» لبدر الدين الزركشي (١٢١/٥)، و«شرح الكوكب المنير» لابن النجار (٤٨٢/٣).

به؛ لبطلان شرطه، إذ من شرط مفهوم المخالفة أن لا يظهر للفظ فائدة سوى التخصيص^(١).

قالوا: روى عبد الرزاق، عن يحيى بن العلاء^(٢)، عن عبيد الله بن الوليد الوصافي^(٣)، عن إبراهيم بن عبيد الله بن عبادة بن الصامت^(٤) قال: طلق جدي^(٥) امرأة له ألف تطلقته، فانطلق^(٦) إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ،

- (١) ينظر: «العدة» لأبي يعلى (٥٧٩ / ٢)، «الإحكام» للآمدي (٧١ / ٣).
- (٢) هو يحيى بن العلاء البجلي، أبو سلمة ويقال أبو عمرو، الرازي، مدني الأصل كان ينزل بفورزاد من الري، رُمي بالوضع (ت: ١٦٠هـ). ينظر: «ديوان الضعفاء» للذهبي (ص: ٤٣٧) ترجمة رقم (٤٦٧٠)، و«تقريب التهذيب» لابن حجر (٧٦١٨).
- (٣) ورد الاسم الأول في (الأصل): «عبد الله» والصواب ما أثبتته، لموافقة لمصادر ترجمته، وهو عبيد الله بن الوليد الوصافي، أبو إسماعيل، الكوفي، وهو ضعيف، (ت: قبل عام ١٥٠هـ). ينظر: «الضعفاء والمتروكين» للدارقطني برقم (٣٢٨)، و«تقريب التهذيب» لابن حجر (٤٣٥٠).
- (٤) إبراهيم بن عبيد الله بن عبادة بن الصامت، راوي مجهول لا يُعرف حاله، ترجم له ابن حجر في اللسان وقال: «قال الدارقطني: ضعيف وقال في موضع آخر: مجهول، وكذا قاله بن حزم». «لسان الميزان» (١ / ٣١٦). وقال ابن حزم: «مجهول لا يعرف». «المحلى» (٣٩٣ / ٩).
- (٥) هناك من أخرجه من طريق إبراهيم بن عبيد الله عن داود عن عبادة بن الصامت، كما جاء عند العيني في «نخب الأفكار» (١٩ / ١١)، والشوكاني في «نيل الأوطار» (٢٧٥ / ٦). والصحيح أنه عن إبراهيم عن أبيه عبيد الله عن جده عبادة بن الصامت، قال السيوطي: «أخرجه الطبراني وابن عساكر عن إبراهيم بن عبيد الله بن عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده». جمع الجوامع (٤ / ٥١٢). ولذا ذكر إبراهيم أن الذي طلق هو جده وهو عبادة بن الصامت. ورواه الدارقطني في سننه بهذا الإسناد (٣٦ / ٥).
- (٦) نقله بهذا اللفظ الشوكاني في «نيل الأوطار» (٢٧٥ / ٦)، ولم أفق عليه عند غيره بهذا اللفظ، وقد جاء بألفاظ مختلفة، فعند عبد الرزاق «فانطلق أبي» (١١٣٣٩)، وعند الدارقطني «فانطلق بنوه» (٣٩٤٣)، وكذا عند ابن حزم (٣٩٢ / ٩).

فذكر له ذلك، فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ((ما اتقى الله جدك، أما ثلاث فله، وأما تسعمائة وسبع وتسعون فعدوان وظلم، إن شاء الله عذبه بها، وإن شاء غفر له))^(١).

وفي رواية: ((إن أباك لم يتق الله فيجعل له مخرجاً، بانت منه بثلاث على غير السنة، وتسعمائة وسبع وتسعون إثم في عنقه))^(٢).

والجواب: إن هذا الحديث باطل؛ فإن يحيى بن العلاء: ضعيف، وعبيد الله بن الوليد: هالك، وإبراهيم بن عبيد الله: مجهول^(٣)، على أن والد عبادة بن الصامت لم يدرك الإسلام، فكيف بجده؟^(٤) فهذا ما تيسر نقله من المرفوع، مما يمكن أن يكون شبه دليل على هذه المسألة، وأظنه لا يوجد غيرهما في الشريعة، وفوق كل ذي علم عليم.

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١١٣٣٩)، وقال الهيثمي: رواه كله الطبراني، وفيه عبيد الله بن الوليد الوصافي العجلي، وهو ضعيف. «مجمع الزوائد» (٤/٣٣٨).

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣٩٤٣) وقال: «رواته مجهولون وضعفاء»، وابن حزم في «المحلى» (٩/٣٩٢)، وكلاهما بلفظ «إن أباكم». وينظر كلام المصنف على رجاله فيما سيأتي.

(٣) تقدّم الترجمة لثلاثتهم.

(٤) فيما ذكره المصنف نظراً، فالمقصود بالجد هنا جد إبراهيم، أي عبادة بن الصامت، وليس جد عبادة. وقد نقل المؤلف هذا النقد من شيخه الشوكاني وإن لم يشر إليه. ينظر: «نيل الأوطار» (٦/٢٧٥).

قالوا: انعقد الإجماع على المسألة في أيام عمر، ولم ينقل خلاف عن أحد من الصحابة في ذلك الوقت، والإجماع حجة قاطعة، يجب اتباعها، ويحرم خلافها، ولا يجوز إحداث قول قط بعد انعقاد الإجماع^(١).

والجواب: إن هذه دعوى بينها وبين الصحة بعد المشرقين، فإن الإجماع الذي يكون حجة قاطعة - كما ذكرتم - هو: أن ينقل عن كل فرد من أفراد المجتهدين في ذلك الوقت أنه يقول بوقوع الثلاث المتوالية، نقلاً متواتراً، حتى يفيد القطع، وهذا يحيله العقل قبل النقل؛ لانتشار المجتهدين في ذلك الوقت، وكثرتهم وتفرقهم في الأقطار المتباينة، والبلدان المتباعدة، حتى لا يكاد أن يتعارفوا، أو يسمع بعضهم ببعض فكيف ينقل عن كل فرد منهم ما قال فيها تواتراً؟^(٢) على أننا نعفوكم عن التواتر؛ لقيام الحجة بالظن، فأين النقل عن جميعهم؟ ولو آحاداً، بل أين النقل عن النصف [٤/ب] أو الربع، على أننا نفرض المحال، ونقول: لو صح النقل عن جميعهم، لما كان فيه حجة؛ لأن أدلة حجية الإجماع من قوله - تعالى -: ﴿وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النساء: ١١٥] وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لن تجتمع أمتي على ضلالة»^(٣)

(١) قال ابن العربي: «وانعقاد الإجماع من الأمة بأن من طلق طلقتين أو ثلاثاً أن ذلك لازم له». «أحكام القرآن» (١/٢٥٩). وقد نقل الإجماع أيضاً ابن المنذر «الإجماع» (ص: ٦٤)، وابن عبد البر «الاستذكار» (٤/٦). ونقل عن غيرهم، والصحيح عدم وقوع الإجماع. ينظر: موسوعة الإجماع (٣/٤٨٦).

(٢) هذا الكلام للمصنف فيه نظر؛ فإن إجماع الصحابة في زمن عمر متصور، بل هو حجة، وقد نقل عنهم كثير من مسائل الإجماع يقول ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «فإنهم متفقون على أن إجماع الصحابة حجة، ومتنازعون في إجماع من بعدهم». «منهاج السنة» (٢/٦٠١).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٢٧٢٢٤)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٢١٧١)، والحاكم في «المستدرک» (٣٩٩) وأشار الحاكم إلى صحته.

وغير ذلك إنما تنزل على كل الأمة، والموجود في عصر عمر ليس كل الأمة، بل الأمة اسمٌ لمن وُجد وأتبع من البعثة إلى آخر الزمن، ولكننا نسقط اعتبار من سيؤخر ضرورة عدم^(١) انعقاد الإجماع إلى يوم القيامة^(٢)، وأما من سبق فلا وجه لإسقاطه وطرح قوله، بل الواجب اعتبار أهل العصر ومن قبلهم، وأنتم لا تدعون الاتفاق بين من سبق، فلا إجماع، قالوا: إذا اشتبهت علينا الأدلة، وتعارضت علينا الأمارات، ولم يتضح لنا صحيحها من سقيمها، ولا تميز لنا سابقها من لاحقها، ولا قدرنا على العمل بأياها، رجعنا إلى قول السلف؛ فهم القدوة، وبهم الأسوة، وبأيهم اقتدينا اهتدينا، وهم أعرف بمواقع التنزيل، وقد ثبت لنا القول بذلك عن جمهورهم، ولو لم يكن منهم إلا المحدث الأمين عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وحبر الأمة عبد الله بن العباس، وابن أم عبد، الذي ارتضى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ما ارتضى لها، فيكفينا اقتفاء آثارهم، واتباع طريقتهم، ولا نتحول عن ذلك.

والجواب: إن ما ذكرتم من أنها إذا اشتبهت عليكم الأدلة وتعارضت عندكم الأمارات... إلخ، رجعتم إلى أقوال السلف، فلا شك ولا ريب بأن أولئك الأقوام من الصحابة الراشدين، والعترة المطهرين، هم هداة

(١) أثبت الناسخ فوق هذه اللفظة بخط صغير عبارة: «عبد ربه»؛ أو هكذا بدت، ولم تتسق مع العبارة، ولذلك لم نثبتها.

(٢) هذا الكلام للمصنف غير مسلم، فإن الإجماع حجة، وليس المقصود أن يحصل إجماع كل الأمة من زمن الصحابة إلى قيام الساعة، بل اتفاق المجتهدين في عصر من العصور، وإنما الخلاف في بعض صور الإجماع، وقد رد على مثل هذا القول كثير من علماء السنة. ينظر: «تقويم الأدلة» للدبوسي (ص: ٢٣)، «التلخيص في أصول الفقه» للجويني (٧/٣)، «البحر المحيط» للزرکشي (٤٩٦/٦).

الدين، وحفظة شريعة سيد المرسلين، وبهم القدوة [ومن الناس بعدهم]^(١)، خلا أنها لم تشبه علينا الأدلة، ولا تعارضت عندنا الأمارات، واتضح لنا صحيحها من سقيمها، وتبين لنا كيفية العمل بها، ومما ظهر لنا أن لا يصح الاستدلال لمذهبكم بشيء مما سبق، ولا يمكن الاعتماد على شيء من ذلك في مثل هذا الأمر الذي تعم به البلوى، وثمرته التفرقة بين أليفين قد أبغض الله التفرقة بينهما بما شرعه قطعاً، وأباحه عقلاً وسمعاً، هذا وقد حان الشروع في بيان الحامل لنا على القول بأن التطليقات الثلاث إذا أرسلها الزوج في وقت واحد إذا فات ولم يتخللها رجعة بلفظ واحد أو ألفاظ - لا تقع إلا واحدة.

فنقول: اعلم أولاً أن لو وقفنا هاهنا وقلنا الأصل جواز الرجعة إلى ما لا نهاية له كما ثبت ذلك عقلاً ونقلاً، وقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] نسخ ما زاد على مرتين لكان كافياً، ومن ادعى نسخ جواز الرجعة بالكلية في بعض صور الطلاق، فعليه الدليل، وحينئذ لا يجد الخصم دليلاً قط بعد تمهيد ما سبق، على أننا نتعدى هذا المقام فنقول: ثبت في «السنن» عن عمرو بن شعيب^(٢)، عن أبيه، عن جده، قال: قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ((لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق، [٥/أ] ولا طلاق فيما لا يملك))^(٣) وهذا الحديث

(١) هكذا كتبت في الأصل، والذي يظهر أن المراد «للناس من بعدهم».

(٢) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، صدوق، (ت: ١١٨هـ) ينظر: «تقريب التهذيب» لابن حجر (٥٠٥٠).

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٩٠)، الترمذي (١١٨١)، والنسائي (٣٧٩٢) من طريق عمرو بمثله، وحسنه الترمذي كما ذكر المصنف، ثم قال: «وهو قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وغيرهم».

حسنه الترمذي^(١)، وسأل البخاري: «أي شيء أصح في الطلاق قبل النكاح؟ فقال: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده»^(٢).

ومن حديث المسور بن مخرمة^(٣): أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا طلاق قبل نكاح، ولا عتق قبل ملك))^(٤) رواه ابن ماجه، ومن حديث جابر يرفعه: ((لا طلاق قبل نكاح))^(٥)، وقد ورد في هذا المعنى أحاديث عن عدة من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، والآثار ههنا واسعة لا حاجة إلى الاستظهار بها؛ فإن مسألة وقوع الطلاق قبل النكاح تكاد أن تعلم من الدين ضرورة^(٦)، ووجه الاستدلال بهذه الأدلة: أن الطلاق يوجب خروج المرأة عن عقدة نكاح الزوج قطعاً، ولا ترجع إلى عقدة نكاحه إلا بوجه شرعي من عقد أو رجعة، فإذا أوقع الزوج الطلقة الأولى على زوجته، خرجت عن عقدة نكاحه بتلك الطلقة، فإذا طلقها طلقة أخرى قبل الرجعة، وقعت على

(١) ينظر: تعقيب الترمذي عقب الحديث (١١٨١).

(٢) «العلل الكبير للترمذي» (ص: ١٧٣).

(٣) هو المسور بن مخرمة بن نوفل بن أهيب بن عبد مناف بن زهرة الزهري أبو عبد الرحمن له ولأبيه صحبة، (ت: ٦٤هـ)، ينظر: «تقريب التهذيب» لابن حجر (٦٦٧٢).

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٨)، والطبراني في «الأوسط» (٧٠٢٨)، وإسناده صحيح بغيره.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١٧٨٢٠)، والطبراني في «الأوسط» (٨٢٩٦)، والحاكم في «المستدرک» (٢٨١٩) من طرق عن جابر وصححه الحاكم على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي.

(٦) ربما قصد المؤلف الطلاق المنجز على أجنبية، أما المعلق ففيه خلاف قديم ومشهور وقد ذكر فيه ثلاثة أقوال. ينظر: «التتف في الفتاوى» للسعدي (٣٤٨/١)، «المحلى» لابن حزم (٤٦٧/٩).

غير زوجة، وقد ثبت عدم وقوع الطلاق على غير الزوجة، فلا تقع الثانية فضلاً عن الثالثة.

فإن قيل: لا نسلم خروج المرأة عن عقدة النكاح بالكلية ما دامت في العدة؛ قال -تعالى-: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فسماه بعلاً؛ وبدليل التوارث، ولزوم النفقة، وتحريم العقد على محرمة لها^(١)، وعلى خامسة إن كانت رابعة؛ فإنها عوملت المرأة الباقية في العدة في هذه الأحكام معاملة غير المطلقة، فلا مانع من أن يجري هذا الحكم [أعني وقوع الطلاق عليها]^(٢) مجرى هذه الأحكام.

فالجواب: أما عن الآية فبالمجاز^(٣)، وهو مشهور مساو للحقيقة، وإلا جاز الوطء^(٤)، وما ذكرتم من الأحكام ثبتت بأدلتها، ولو لم تقتضها الأدلة لم تثبت، فهذا المنع عند التحقيق مصادرة؛ لأن مرجعه إلى الاستدلال بكون الطلاق يقع على المعتدة، وهو عين النزاع، مع أنه أخص من الدعوى، فإنه لا يجري في المختلعة، والمطلقة قبل الدخول، والمدعى هو التعميم، ونقول

- (١) ربما قصد المصنف: على من يجرم عليه الجمع بينهن، كالأخت والعمة والحالة.
- (٢) أثبت الناسخ عبارة بخط صغير فوق هذه العبارة، لم تتضح اللفظة الأولى منها، لكنها تبدو هكذا: «أعني وقوع الطلاق».
- (٣) أن قوله وبعولتهن مجاز؛ إذ إن تسميته بعلاً باعتبار حاله السابقة.
- (٤) أي أنه لو كان بعلاً حقيقة لجاز له الوطء، وهذا لا يصح، والمؤلف يرى القول بعدم جواز وطء الرجعية وهو قول الشافعية، خلافاً للجمهور الذين يرون جواز وطء الرجعية واعتبروا هذا الوطء مراجعة، واشترط المالكية النية. ينظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٢/٦)، «حاشية الدسوقي» (٣٧٠/٢)، «روضة الطالبين» للنووي (٢١٧/٨)، «كشاف القناع» للبهوتي (٣٤٣/٥).

- أيضاً- ثبت من حديث ابن عباس قال: طلق ركانة بن عبد يزيد أخو بني المطلب امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، فسأله النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ((كيف طلقتهما؟)) قال: طلقتهما ثلاثاً، قال: فقال: ((في مجلس واحد؟)) قال: نعم. قال: ((فإنما تلك واحدة، فارتجعها إن شئت)) قال: فراجعتهما^(١). وهذا حديث صحيح، كما ذكر أبو يعلى^(٢)، ورواه الإمام أحمد، وقد أعلوه بأن في إسناده محمد بن إسحاق^(٣) صاحب «السيرة»، وهو إعلال عليل؛ لأن محمد بن إسحق إمامٌ حافظ، عرف أحاديث مالك وغيرها، وإنما قيل: إنه يدلّس. وفي هذا الحديث قد صرح بالتحديث فارتفع الشك؛ لثبوت العدالة المانعة من تطرق الوهم إلى أن يقول: حدثني. ولم يُحدّث كما قرّر، وهذا نص في محل النزاع، لا يقبل التأويل، ولا يحتمل غير هذا المعنى، فلو لم يكن بأيدينا سواه، لكان كافياً؛ كيف ونحن إنما نطلبه لبيان مجمل الكتاب - كما تقدم -، ويأتي إن شاء الله - تعالى -، ونقول - أيضاً - : روي عن طاووس عن ابن عباس قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وأبي بكر، وستين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه

(١) أخرجه أحمد (٢٣٨٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٤٩٨٧)، من حديث ابن عباس بمثله، وقال البيهقي: هذا الإسناد لا تقوم به الحجة.

(٢) أخرجه أبو يعلى في «مسنده» (٢٥٠٠) وقد ذكر له ابن حجر في «فتح الباري» (٣٦٣/٩) شواهد تقويه. وقال: «أخرجه أحمد وأبو يعلى وصححه من طريق محمد بن إسحاق...».

(٣) هو محمد بن إسحاق بن يسار أبو بكر المطلبي، مولا هم المدني نزيل العراق إمام المغازي صدوق يدلّس ورمي بالتشيع والقدر، (ت: ١٥٠هـ)، ينظر: «تقريب التهذيب» لابن حجر (٥٧٢٥).

أناة، فلو أمضيناه عليهم. فأمضاه»^(١)، وهو في الصحيح، فلا تشتغل بالكلام عليه، وفي رواية عن طاووس: أن أبا الصهباء^(٢) قال لابن عباس: هات من هناتك^(٣)، ألم يكن طلاق الثلاث على عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وأبي بكر واحدة؟ قال: قد كان ذلك، فلما كان في عهد عمر، تتابع الناس في الطلاق؛ فأجازه عليهم^(٤). وهذا - أيضاً - في الصحيح.

وفي رواية أبي داود من كلام أبي الصهباء لابن عباس: أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها - جعلوها واحدة، على عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وأبي [ب/٥] بكر، وصدراً من إمارة عمر، قال ابن عباس: بلى، كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وأبي بكر، وصدراً من إمارة عمر، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال: أجزوهن عليهم^(١). وهذه الأحاديث - أيضاً - نص في محل النزاع، لا تحمل التأويل، ولا يمكن

(١) أخرجه مسلم (١٤٧٢).

(٢) هو صهيب أبو الصهباء البكري، البَصْرِيُّ، ويُقال: المدني، مولى ابن عباس. وهو من أصحابه، مقبول الحديث، (وفاته قبل عام: ٥٠هـ) ينظر: «تاريخ الإسلام» (٢/٨٩٧)، و«تقريب التهذيب» (٢٩٥٦).

(٣) أي: من كلماتك، أو من أراجيزك، ينظر: «إكمال المعلم بفوائد مسلم» (٥/٢١)، و«النهاية في غريب الحديث والأثر» لابن الأثير (٥/٢٧٩).

(٤) أخرجه مسلم (١٤٧٢) من طريق طاوس بمثله.

(١) أخرجه أبو داود (٢١٩٩) من طريق طاوس، عن ابن عباس، وإسناده ضعيف، وأعله الحافظ المنذري بالجهالة، فقال في «مختصر سنن أبي داود» (٣/١٢٤): «الرواة عن طاوس مجاهيل».

دفعها، ولا تردد في دلالتها وقد حمل التكلف والتعسف على الجواب عنها
بثمانية أجوبة، نورد منها ما يرتاح بارد الفطنة إلى بيان فساد:
فمن ذلك قولهم: يمكن أن يكون ابن عباس علم شيئاً، وعلم نسخه،
فلذا كان يفتي بخلافه.

بيان الفساد: أن هذه دعوى مجردة، سلمنا، والناسخ لم يبلغنا، وإنما
نكلف بما علمنا - كما ذكرنا في الطرف الثالث من المقدمة -.

ومنها: أن ابن عباس خالفت روايته رأيه.

بيان الفساد: المنع، بل مذهب ابن عباس عدم وقوع الثلاث جملة،
سلمنا، فالعمل بروايته عملاً بقول معلّم الشرائع، وبرأيه عملاً بقول الغير،
وهو غير لازم.

ومنها: دعوى كون معنى قوله: كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد
رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنهم كانوا يكررون اللفظ على جهة التأكيد،
والمقصود: واحدة، فلما رأى عمر أموراً منكراً، أمضاه عليهم، وترك
معاملتهم بالظاهر.

بيان الفساد: أن هذا مسلم، ولا يضرنا فإن مرجعه إلى أن عمر اجتهد في
ترك معاملتهم بالظاهر والمعاملة في الظاهر أمر مستقر في الشريعة، لا نزاع
في ثبوته، واجتهاده لا يلزمنا، وأيضاً فإن أيام عمر هي من خير القرون،
وقد قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ((خير القرون قرني، ثم الذين يلونهم))^(١)، وفي

(١) أخرجه البخاري (٢٦٥٢)، ومسلم (٢٥٣٣) من حديث ابن مسعود، مرفوعاً،
ولفظه: ((خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي)).

راوية: ((ثم الذين يلونهم، ثم يفسو الكذب))^(١). فأين هذا من ذاك؟ وهذا [يترك]^(٢) بعد تسليم الجدل، وإلا فدعوى قصد التوكيد دعوى مجردة لا دليل عليها.

ومنها: استبعاد أن يأتي عمر بن الخطاب بخلاف ما كان الأمر عليه في أيام النبوة.

بيان الفساد: إن مجرد الاستبعاد لا تُرد به الأدلة، [ويبعده ويقربه]^(٣) ظن الوقوع، والمسألة ظنية، وللاجتهد فيها مسرح، وقد صرح رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بأن ذلك اجتهاد منه؛ حيث قال: فلو أمضينا عليهم؟!

فهذه أربعة أجوبة، وأما بقيتها، فلا يُرتاح لبيان فسادها؛ لوضوحه، [وأشف ما]^(٤) ينبغي الانتصاب [للجواب عنه]^(٥) في هذه الروايات ما ذهب إليه ابن راهويه^(٦) من وقوع الثلاث في حق المدخولة، ووقوعها واحدة فقط في غير المدخولة؛ جمعاً بين الأدلة، وحملًا للمطلق على المقيد.

(١) أخرجه الترمذي (٢٣٠٣)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٦١٣٢)، من حديث ابن مسعود، مرفوعاً، وإسناده صحيح.

(٢) كتبت في الهامش بدون تنقيط، وقد تقرأ يُنزل والأقرب ما أثبتته.

(٣) لم تكن واضحة في المخطوط، والأقرب لها ما تم رسمه؛ لاقتضاء السياق.

(٤) لم تكن واضحة في المخطوط، والأقرب لها «وأشف ما» بمعنى أقرب ما ينبغي الانتصاب... إلخ.

(٥) استدركها الناسخ على الحاشية اليمنى، وفوقها أيضاً.

(٦) هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي أبو محمد ابن راهويه المروزي، ثقة حافظ مجتهد قرين أحمد بن حنبل، (ت: ٢٣٨هـ)، ينظر: «تقريب التهذيب» (٣٣٢).

والجواب عنه من وجوه:

أحدها: أن الروايات المطلقة ثابتة في الصحيح، وهذه الرواية التي فيها زيادة: قبل أن يدخل بها ليست في الصحيح، وما في الصحيحين مقدم على ما في غيرهما، والجمع فرع التعارض بلا مرجح.

الثاني: أن هذه الزيادة لا تصلح لتقييد، ولا لتخصيص، بل هي من التنصيص على بعض أفراد العام؛ لأن ابن عباس لم يذكرهما ابتداءً للتخصيص، وإنما ذكرهما لمطابقة سؤال السائل؛ لأنه إنما سأل عن غير المدخولة، فأجاب على مقتضى سؤاله، كما أجاب عليه في تلك الرواية بالتعميم بمقتضى سؤاله، وبالجملة فهو استدلال بمفهوم الصفة؛ لأن الظرف والحال من الصفة، وقد تقرر أنه إذا حمل على ذكر الصفة حامل، فلا يصح الأخذ بمفهومها؛ لأن موجب الأخذ بمفهومها إنما هو خلو ذكرها عن الفائدة فإذا قد وجدنا لذكرها فائدة غير قصر الحكم على مدخولها؛ كمطابقة سؤال السائل، فلا نأخذ بمفهومها. [٦/أ].

إذا تقرر هذا، فاعلم أن القول بأن: الثلاث تكون واحدة. هو أعدل الأقوال؛ لأن فيه العمل بجميع الأدلة؛ لإمكان التأويل القريب في الأدلة المتقدمة، وردها إلى هذه الأدلة بحمل الطلاق على متخلل الرجعة، والعمل -أيضاً- بصريح الأدلة المتأخرة وحملها على مقتضى الظاهر، وأما القول بعدم وقوعه بالمرّة كما روي عن الرافضة، ففيه الإهدار لجميع الأدلة لغير مقتضى، وهكذا القول بوقوع الثلاث، وحصول البيونة الكبرى بها إهدار لهذه الأدلة الصحيحة المتأخرة، وعملاً بالمحتمل لغير موجب، والقول العدل وهو: وقوع الثلاث واحدة. هو قول جمع جم من أهل العلم؛

منهم: علي بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وأبو موسى الأشعري، وابن عباس، وروي - أيضاً - عن ابن مسعود، وعبد الرحمن بن عوف، وابن الزبير، وهو قول طاووس، وعطاء، وجابر بن زيد^(١)، وهو - أيضاً - قول القاسم^(٢)، والهادي^(٣)، والباقر^(٤)، والناصر^(٥)، وأحمد بن عيسى^(٦)، وعبد الله بن موسى بن عبد الله، ورواية عن زيد بن علي، وقال به جماعة من المتأخرين؛ كالمقبلي^(٧)،

(١) هو أبو الشعثاء جابر بن زيد الأزدي البصري مشهور بكنيته، أحد الأعلام، وصاحب ابن عباس، روى عنه قتادة وأيوب وابن دينار وطائفة، (ت: ٩٣هـ)، ينظر: «تذكرة الحفاظ» للذهبي (١/٥٨).

(٢) هو القاسم بن إبراهيم بن إسماعيل بن إبراهيم بن الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب، يلقب بالرسبي، فقيه شاعر، وهو أحد أئمة الزيدية الكبار، (ت: ٢٤٦هـ). ينظر: «الحدائق الوردية في مناقب أئمة الزيدية» للمحلي (١/٢)، «الأعلام» للزركلي (٥/١٧١).

(٣) هو يحيى بن الحسين بن القاسم بن إبراهيم بن إسماعيل بن إبراهيم بن الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب، ويلقب بالهادي إلى الحق، إمام زيدي، (ت: ٢٩١هـ) ينظر: «تاريخ الإسلام» للذهبي (٦/١٠٦٤).

(٤) هو أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، يلقب بالباقر، أخرج له الستة، فقيه تابعي ثقة، وهو أحد الأئمة الاثني عشر الذين تبجلهم الشيعة، (ت: ١١٤هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي (٤/٤٠٩).

(٥) هو الحسن بن عز الدين بن الحسن بن علي ابن المؤيد الحسني، الناصر للدين، من أئمة الزيدية باليمن، (ت: ٩٢٩هـ). ينظر: «الأعلام» للزركلي (٢/١٩٩).

(٦) هو أحمد بن عيسى بن زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، سيّد العلوية وشيخهم، حبسه الرشيد عند الفضل بن الربيع مدة، فهرب وتنقل واختفى دهرًا طويلًا، حتى كبر وضعف بصره، مات بالبصرة (٢٤٧هـ). ينظر: «تاريخ الإسلام» للذهبي (١٨/٦١).

(٧) صالح بن المهدي بن علي بن عبد الله بن سليمان بن محمد بن عبد الله المقبلي، اليمني، من أعيان الفقهاء الزيدية، رحل بأهله إلى مكة ومات بها (١١٠٨هـ)، ينظر: «الأعلام» للزركلي (٣/١٩٧).

وابن تيمية، وابن القيم، ومحمد بن بقي^(١) من أهل قرطبة، ومحمد بن عبد السلام^(٢)، ومنهم -أيضاً- شيخي وعمدتي، شيخ الإسلام: محمد بن علي الشوكاني -حفظه الله-، وغيرهم، ومما يؤيد كون ترتب الطلاق على الرجعة كان أمراً مستقراً عندهم، متعارفاً فيما بينهم - ما رواه الترمذي، من حديث عائشة في سبب نزول قوله -تعالى-: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]... الآية^(٣)، ومعناه: أنه كان الرجل في صدر الإسلام يطلق زوجته ويراجعها ما شاء إلى ما لا نهاية له وفيه، حتى قال رجل لامرأته: والله لا أطلقك، ولا أويك أبداً. قالت: وكيف ذلك: قال أطلقك، فكلما همت عدتك أن تنقضي، راجعتك. ووجه دلالة: أن ذكره للرجعة إنما هو ليرتب عليها الطلاق، وإلا فالرجعة غير مقصودة؛ لأنها لو ثبتت الرجعة، لوقع الإيواء الذي قد أقسم على نفيه، ولو كان الطلاق يتبع الطلاق، لقال: فكلما همت عدتك أن تنقضي، طلقتك. يعني: فتجدد عدة أخرى، وفي هذا الحديث للمجتهد مأخذ نافع؛ لأن المقصود من إفراغ الوسع إنما هو تحصيل الظن، فليتأمل، فإن قيل: مذهب العوام مذهب شيعتهم، فمن كان في محلة يظن انتساب أهلها إلى مذهب معين، وجب عليه أن يفتي بذلك المذهب.

(١) هو أبو عبد الله محمد بن بقي بن زرب القرطبي، قاضي وفقه مالكي أندلسي، سمع من قاسم بن أصبغ ومن في طبقة، توفي عام (٣٨١هـ). ينظر: «شجرة النور الزكية في طبقات المالكية» لمحمد مخلوف (١/١٤٩).

(٢) هو محمد بن عبد السلام بن ثعلبة الحشني الأندلسي القرطبي، أحد الثقات الأعلام، حدث عنه: أسلم بن عبد العزيز، وقاسم بن أصبغ، وآخرون، توفي سنة (٢٨٦هـ). ينظر: «سير أعلام النبلاء» للذهبي (١٣/٤٥٩).

(٣) أخرجه الترمذي (١١٩٢)، والحاكم (٣١٠٦) من حديث عائشة مرفوعاً، وصححه الحاكم، ولم يوافقه الذهبي فحكم بضعفه في «التلخيص» (٣١٠٦).

والجواب: التقسيم؛ فإن كان السؤال عن مذهب ذلك العالم المقلد له أهل المحلة، فلا كلام في ما ذكرتم، ولكنه غير النزاع، وإن كان السؤال على الإطلاق، كما هو المفروض، فقوله -تعالى-: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٨]، وقوله -تعالى-: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُم الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: ٤٥]، دلت الأولى على أنه يجب على المجتهد إذا استفتاه العامي، أو تحاكم إليه الخصمان، أن يحكم بما أراه الله، ودلت الثانية على أنه يحرم على المجتهد -أيضاً- أن يحكم أو يفتي بغير معتقده؛ لأنه لم يعتقد ذلك إلا بعد غلبة الظن بأن ذلك الحكم هو الذي أراده الله، وتضمنه كتابه، وأنزله على رسوله، فمن ادعى أنه يجب على المجتهد -بله يجوز له- العدول عن الحكم أو الفتوى بما يعتقد أنه الحق في الواقع ونفس الأمر، ثم يحكم أو يفتي بما يظنه خلاف الحق، فعليه الدليل.

ثم نقول: قال الله -تعالى-: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] دلت الآية على أنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته ويراجعها مرتين، وبعد المرتين يخير بين أن يمسك عنها ويبقيها في عقدة نكاحه، وبين أن يطلق، وقد مر تحقيق [٦/ب] الاستدلال بها على هذا المذهب، مستوفى في صدر الكلام، فيرجع إليه.

هذا ما تيسر نقله، وقد أوصيت في الخطبة بما أوصيت، والمطلوب ممن اطلع على هذا قبل الاعتقاد حسن التأمل والإنصاف، وأما من اطلع بعده، وذلك حيث لا ينفع الوصل، فإنما المطلوب منه إمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان.

قال في الأم: بخط المؤلف حفظه الله: ثم بمنّ الله وفضله، وكرمه وإحسانه، ولطفه وتوفيقه، قال في الأم: وافق الفراغ من تسويدها في الليلة المسفر عنها يوم الثلاثاء ٢٨ شهر شعبان سنة ١٢٤٤، والكل بقلم الحقير الراجي عفو ربه الوجل من ذنبه: محمد بن يحيى الأخفش - عفا الله عنه -.



الخاتمة

في نهاية هذا البحث الذي مررت بشقيه الدراسة والتحقيق، خرجت بخلاصة من النتائج والتوصيات، أذكرها على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

١. كشفت الدراسة في هذه الرسالة أن علم التحقيق علم صعب جداً، وبحاجة لمهارات خاصة، وتركيز كبير، ودربة في قراءة المخطوطات، فكتابة ثلاثة بحوث في ظني أسهل للباحث من تحقيق مخطوط واحد.
٢. تبين للباحث أن مسألة الطلاق المتتابع من أكبر المسائل الخلافية وأكثرها إشكالاً قديماً وحديثاً، فقد وصلت أقوال العلماء فيها إلى ستة أقوال.
٣. أن هذه المسألة مسألة حساسة جداً؛ كون الفتيا فيها يترتب عليها تفريق بين الزوجين، وأشهر الأقوال فيها متناقضة؛ فقول يرى عدم الوقوع، وقول يرى الوقوع ثلاثاً والتفريق، وقول يرى الوقوع بواحدة.
٤. أن قوة القول تكون بقوة أدلته لا بقائله، وصحة الدليل هي الفيصل في ذلك.
٥. أن أصح الأدلة تتسق مع القول بوقوع الثلاث طلقة واحدة، وهو أعدل الأقوال في المسألة، وبه قال جمع كبير من الصحابة والتابعين وأئمة السلف والخلف.

ثانياً: التوصيات:

١. على طلبة العلم عدم الفتيا في مسائل الطلاق، فقد يترتب عليها تحريم ما أحل الله، أو تحليل ما حرم الله، وهي مسائل محلها القضاء الشرعي.
 ٢. التراث الإسلامي المخطوط بحاجة لعناية أكبر، فهناك جمع من المخطوطات في مكتبة ملت بتركيا، لو حققت ستثري المكتبة الإسلامية.
 ٣. القيام بورش عمل للقضاة والمحامين المتخصصين في مسائل الأسرة في قضايا الطلاق وتزويدهم بالرسائل والبحوث المتعلقة بالطلاق؛ لتتضح لهم الرؤيا في هذه القضايا.
- وفي الختام أصلي وأسلم على النبي الكريم محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تعبهم بإحسان إلى يوم الدين، والحمد لله رب العالمين.

قائمة المصادر والمراجع

١. الاستيعاب في معرفة الأصحاب، المؤلف: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: علي محمد البجاوي، ط ١، دار الجليل، بيروت، ١٤١٢هـ.
٢. إعلام الموقعين عن رب العالمين، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
٣. الأعلام، المؤلف: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، الناشر: دار العلم للملايين، ط ١٥، أيار - مايو ٢٠٠٢م.
٤. تاريخ الإسلام، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: بشار عواد، ط ١، دار الغرب الإسلامي ٢٠٠٣م.
٥. تقريب الهذيب، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد عوامة، ط ١، دار الرشيد، سوريا، ١٩٨٦م.
٦. التقصار في جيد زمان علامة الأقاليم والأمصار شيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني، تأليف: محمد بن الحسن بن علي بن أحمد بن ناصر الشجني الحميري (١٢٦٨هـ)، حققه وعلق عليه: محمد بن علي بن الحسين الأكوخ الحوالي، ط ١، مكتبة الجليل الجديد ناشرون صنعاء- اليمن.
٧. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه = صحيح البخاري، المؤلف: محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، ط ١، ١٤٢٢هـ.
٨. الحاوي في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المحقق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٩. حدائق الزهر في ذكر الأشياخ أعيان الدهر، تأليف: الحسن بن أحمد عاكش الضمدي، تحقيق: إسماعيل بن محمد البشري، الناشر: مكتبة عين الجامعة.
١٠. رد المحتار على الدر المختار، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، الناشر: دار الفكر-بيروت، ط ٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
١١. زاد المعاد في هدي خير العباد، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط ٢٧، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
١٢. سنن ابن ماجه، المؤلف: ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.
١٣. سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
١٤. سنن الترمذي، المؤلف: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج ١، ٢)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج ٣)، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج ٤، ٥)، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط ٢، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
١٥. سنن الدارقطني، المؤلف: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.

١٦. السنن الصغير، المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، أبو بكر البيهقي، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار النشر: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي باكستان، ط ١، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.
١٧. السنن الكبرى، المؤلف: أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، المحقق: حسن عبد المنعم شلبي، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
١٨. سير أعلام النبلاء، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ) تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، ط ٣، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
١٩. عقود الدرر بتراجم علماء القرن الثالث عشر، تأليف: الحسن بن أحمد عاكش الضمدي، الناشر: مكتبة هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان.
٢٠. فتح الباري شرح صحيح البخاري، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ. جمع كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز.
٢١. فتح القدير، المؤلف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢٢. فتح القدير، المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، الناشر: دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، ط ١، ١٤١٤هـ.
٢٣. الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، المؤلف: أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العسبي، المحقق: كمال يوسف الحوت، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، ط ١، ١٤٠٩هـ.



٢٤. لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور، الناشر: دار صادر - بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ.
٢٥. مجموع الفتاوى، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر: ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
٢٦. المحلى بالآثار، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، الناشر: دار الفكر - بيروت، ١٤٢٦هـ، ط ٢.
٢٧. المستدرک علی الصحیحین، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد الضبي النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ) تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط ١، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
٢٨. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٢٩. المعجم الكبير، المؤلف: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، دار النشر: مكتبة ابن تيمية - القاهرة، ط ٢.
٣٠. المغني، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة.
٣١. مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٣٢. موسوعة أعلام اليمن، تأليف: عبد الولي الشميري، الناشر: مؤسسة الإبداع للثقافة والآداب والفنون، تاريخ النشر: ٢٠١٨م.
٣٣. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المؤلف: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، الناشر: دار الفكر، بيروت، ط أخيرة - ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
٣٤. نيل الأوطار، المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، تحقيق: عصام الدين الصبايطي، الناشر: دار الحديث، مصر، ط ١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٣٥. نيل الوطر من تراجم رجال اليمن في القرن الثالث عشر الهجري، المؤلف: محمد بن محمد زبارة الصنعاني، الناشر: مركز الدراسات والأبحاث اليمنية.





القضاء

بين منع التّظالم وقطع التّخاصم

دراسة استقرائية تحليلية تأصيلية تطبيقية

د. عبد الحميد بن صالح بن عبد الكريم الكرّاني الغامدي

أستاذ الفقه المشارك بالجامعة السعودية الإلكترونية

المشرف العام على الشبكة الفقهية

المقدمة

الحمد لله الذي شرع لأُمَّة الإسلام القضاء، وأسَّس لها التَّحَاكِمَ إليه في الشُّدَّةِ والرِّخَاءِ؛ لِيُعَمَّ بين النَّاسِ العَدْلَ ويسودَّ الإخاء، وصَلَّى اللهُ وسلَّم على رسوله الذي باشر الحُكْمَ بالسَّوِيَّةِ، وأقام العَدْلَ والميزانَ بالحَقِّ بين الرَّعِيَّةِ، وبيَّنَ لأُمَّتِهِ أصولَ القضاء الذي يمنع التَّظْلَمَ، ويتحقَّقُ بإنفاذه قطع التَّخَاصِمِ، أمَّا بعد:

فإنَّ القضاء في الإسلام له منزلةٌ عظيمةٌ، ومكانةٌ رفيعةٌ، يتحقَّقُ به الوازع السُّلْطَانِيُّ؛ الذي يكْمُلُ الوازع الدِّينِيَّ بين أفراد المجتمع المسلم؛ وبه تُحمى الدِّمَاءُ، وتُحْفَظُ الأموالُ، وتُصان الأعراسُ؛ لذا كان الاهتمام به منذ عهد النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقد كان يقوم به جنبا إلى جنبٍ مع وظيفته النَّبَوِيَّةِ في تبليغ الرِّسَالَةِ، ويربِّي عليه أصحابه، من خلال وصفهم بتلك الملكة؛ كقوله في حقِّ عَلِيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: ((أَقْضَاهُمْ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ))^(١)، أو طمأننتهم بدوران ما يقومون به بين الأجر والأجرين؛ كقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ))^(٢)، أو

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٥٥/١)، في افتتاح الكتاب في الإيذان وفضائل الصَّحابة والعلم، فضائل زيد بن ثابت، برقم: (١٥٤)، وصحَّحه الألباني في سلسلة الأحاديث الصَّحيحة (٤٢١/٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٠٨/٩)، في كتاب: الاعتصام بالكتاب والسُّنَّة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، برقم: (٧٣٥٢)، ومسلم في صحيحه (٣/١٣٤٢)، في كتاب: الأفضية، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب، أو أخطأ، برقم: (١٧١٦).

يطمئن على ملكاتهم في هذا الباب؛ كسؤاله معاذ بن جبل رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حينما بعثه إلى اليمن فقال: ((كَيْفَ تَقْضِي؟))، فَقَالَ: أَقْضِي بِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: ((فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟))، قَالَ: فَسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: ((فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟)) قَالَ: أَجْتَهُدُ رَأْيِي، قَالَ: ((الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ))^(١).

وكان من أثر ذلك الاهتمام أن أصبح القضاء جزءاً مهماً في بناء الدولة الإسلامية، ويختصُّ بوظائف لا يقوم بها غيره، وهي التسلُّط على الدماء، والأموال، والأعراض، والحكم فيها بالعصمة أو الإباحة.

وعند إمعان النظر في كتب الفقه الإسلامي، والأحكام السلطانية، والسياسة الشرعية، من خلال الدراسة والتدريس، والبحث والتأليف، نمت إلى ذهني أنّ القضاء تتلخَّصُ وظائفه في: «منع التظالم، وقطع التخاصم»، ومع إشارة العلماء إلى هاتين الوظيفتين في عباراتهم المتفرقة إلا أنني لم أجد من جمعها في موضع واحد، أو أَلَّفَ بينها في نسيجٍ متَّحدٍ؛ وهذا ما حدا بي إلى دراسة هاتين الوظيفتين؛ للتعرُّف على حقيقتهما، وحالاتهما، ثمَّ النظر في الصُّور التطبيقية لهما، في عصر النبوة، وعهد الخلافة الراشدة، وما تلى ذلك من العصور، وخاصةً القرون المفضلة الأولى.

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٣/٦٠٨)، في أبواب: الأحكام، في باب: ما جاء في القاضي كيف يقضي، برقم: (١٣٢٧)، وإسناده ضعيف، يُنظر: نصب الراية (٤/٦٣)، خلاصة البدر المنير (٢/٤٢٤).

ولا يخفى أنّ جمع هاتين الوظيفتين في موضع واحد، يمثل منهاجاً ودستوراً للقضاة؛ يؤدّون به وظائفهم من خلالها، وقد وَعَوَا: «أَنَّ الْقَضَاءَ يَدُورُ بَيْنَ مَنَعِ التَّظَالِمِ، وَقَطْعِ التَّخَاصِمِ»؛ وهي قاعدةٌ جليّةٌ، لم أرَ أحداً قد سَبَكَهَا على هذا النّحو، أو نَظَمَهَا بهذا اللفظ، ولم أقف على من أشار إليها مجموعة على هذا النّحو؛ ولذا فهي تصلح لأنّ تؤسّس لقاعدةٍ مهمّةٍ في باب القضاء؛ تُبنى عليها التّصوّرات، وتندرج تحتها قواعد الفصل في المخاصمات، وقطع المنازعات.

وقد سمّيت بحثي هذا: «القضاء بين منع التّظالم وقطع التّخاصم، دراسة استقرائية تأصيلية تطبيقية»، سائلاً الله جَلَّ وَعَلَا التّوفيق لما يحبُّ ويرضى، والقبول في الأولى والأخرى.

أهميّة البحث:

تظهر أهميّة البحث مجملّة في النّقاط الآتية:

١. أهميّة باب القضاء، وكونه يضبط حقوق العباد، ويسهم في إرساء العدل بينهم.
٢. ضبط التّصوّر الصّحيح لوظيفتي القضاء: منع التّظالم، وقطع التّخاصم؛ لإدراك حقيقتهما، والإسهام في تطبيق مقاصدهما، وتفعيل وسائلهما.
٣. الوقوف على بعض الصّور التّطبيقية لوظيفتي القضاء؛ لبيان كمال الشّريعة، وصلاحتها لكلّ زمانٍ ومكان.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في إيضاح حقيقة وظيفتي القضاء: منع التظالم، وقطع التخاصم، وبيان الفرق بينهما، بذكر بعض الأمثلة التطبيقية لوقائع قضائية لكل منهما، والتعليق عليهما.

تساؤلات البحث:

تسعى الدراسة للإجابة عن الأسئلة الآتية:

١. ما حقيقة منع التظالم، وقطع التخاصم في القضاء؟
٢. ما الفرق بين منع التظالم، وقطع التخاصم في القضاء، وما أبرز حالاتهما؟
٣. ما الصور التطبيقية التي تندرج تحت كل وظيفة منهما؟

أهداف البحث:

تهدف الدراسة إلى ما يلي:

١. بيان حقيقة وظيفتي القضاء: منع التظالم، وقطع التخاصم.
٢. التفريق بين وظيفتي القضاء: منع التظالم، وقطع التخاصم، وبيان أبرز حالاتهما.
٣. الكشف عن بعض الصور التطبيقية المندرجة تحت وظيفتي القضاء.

الدراسات السابقة:

كُتِبَ في القضاء عددٌ من كُتُب التُّراث تتناول أحكامه؛ كما أنَّ مدوّنات الفقهاء حافلةٌ بتخصيص بعض الكُتُب والأبواب بإفراد القضاء، وذكر أهمِّ مسائله، وهي لا تُعدُّ دراساتٍ سابقةً بالمفهوم البحثي المعاصر؛ وبعد البحث والتتبع والاستقراء لم أجد من أفرد هاتين الوظيفتين: منع التظالم، وقطع التخاصم، ببحثٍ أو دراسةٍ خاصّة.

ولذا جاءت هذه الدراسة مركّزةً على جانب التّقابل بين وظيفتي القضاء: منع التظالم، وقطع التخاصم؛ لكشف حقيقتها، وحالاتها، وإبراز تطبيقاتها القضائيّة بوضوح؛ ممّا يجعل بحثي متّسماً بالإحاطة والشُمول، والعمق في هذه الجزئية المهمّة.

أسباب اختيار البحث:

يمكن ذكر أهمِّ الأسباب الدّاعية لاختيار هذا الموضوع موجزةً في الآتي:

1. رغبتني في دراسة وظيفتي القضاء: منع التظالم، وقطع التخاصم بالمقابلة بينهما في موضعٍ واحدٍ؛ لتتكشف به حقيقتها، وحالاتها، وتبرز تطبيقاتها القضائيّة بوضوح.
2. دفعني لدراسة هذا الموضوع في بحثٍ علميٍّ متخصّصٍ عدم وقوفي على من أفردته برسالةٍ أو بحثٍ مستقلٍّ.

3. حرصني على إثراء البحث العلمي في باب القضاء؛ والمساهمة في التّأصيل لمسائل القضاء الإسلاميّ، وإبراز وظائفه؛ لإظهار حيويّته، وإمكان وفائه بحاجات النّاس ومتطلّباتهم.

الجديد في البحث:

التَّظْيِيرُ الفَقْهِيُّ لوظيفة القضاء: منع التَّظَالِمِ، وقطع التَّخَاصِمِ؛ وإبراز حقيقتها، والفرق بينها، مع بيان بعض الأمثلة التَّطْبِيقِيَّةَ لوقائع قضائيَّةٍ لكلِّ منهما، والتَّعليقُ عليهما؛ على نحوٍ لم أجده في كتب الفقهاء والتَّعْرِيفَاتِ، وكتب السِّيَاسَةِ الشَّرْعِيَّةِ والقضاء.

حدود البحث:

للبحث حدودٌ زَمَانِيَّةٌ، ومَوْضُوعِيَّةٌ.

أَمَّا الحُدُودُ الزَّمَانِيَّةُ: فتتمثَّلُ في النِّظَرِ في الوقائع القضائيَّةِ التَّطْبِيقِيَّةِ في العهد النَّبَوِيِّ، وعهد الخلفاء الرَّاشِدِينَ، وعصر التَّابِعِينَ وتابِعي التَّابِعِينَ. وأَمَّا الحُدُودُ المَوْضُوعِيَّةُ: فتتمثَّلُ في وظائِفِ القضاء ومَسَائِلِهِ، وما يتعلَّقُ بها في كتب الفقه، والسِّيَاسَةِ الشَّرْعِيَّةِ، والقضاء، وتاريخه (السِّيَرِ والتَّراجِمِ).

منهج البحث:

سار هذا البحث وفق مناهج عديدة، أهمُّها:

المنهج الاستقرائيُّ: في تتبُّع موادِّ البحث من مظانِّها.

والمنهج الوصفيُّ: في الكلام عن تلك الموادِّ وصورها حيثما وردت.

والمنهج التحليليُّ: في التعمُّق في بعض الجزئيات التي تستدعي نظراً

وفكراً، وربط الجزئيات بالكلِّيات، ومراعاة العِلَلِ والمقاصد، ونحو ذلك.

المنهج التاريخي: في ذكر عدد من النماذج التطبيقية لوظائف القضاء (منع التظالم، وقطع التخاصم).

إجراءات البحث:

اعتمد البحث على الإجراءات الآتية:

١. عرّفتُ بمصطلحات البحث، والألفاظ ذات الصلة.
٢. استقرأتُ حقيقة الوظائف القضائية، وحللتُ مضامينها، وأبرزتُ حالاتها.
٣. استقرأتُ عدّة صور تطبيقية في وظيفتي القضاء: منع التظالم، وقطع التخاصم، وحللتها، وعلّقتُ عليها.
٤. وثّقتُ أمثلة الصور التطبيقية من مصادرها الأصلية، وحكمتُ عليها ما أمكن.
٥. علّقتُ على كلّ مثالٍ تطبيقيٍّ، وذكرتُ علاقته بوظيفة القضاء التابع لها.
٦. حرصتُ في تحليل المثال التطبيقيّ على ذكر أقوال أهل العلم من الكتب المتخصصة.
٧. أثبتُّ الآيات القرآنية مرقومةً بالرّسم العثماني، وعزوتها بذكر اسم السورة، ورقم الآية.

٨. خَرَجَتْ الأحاديث والآثار من الكتب المعتمدة ما أمكن، وحكمتُ عليها قدر الطاقة بذكر أقوال أهل العلم.

٩. عَرَفْتُ بالألفاظ والمصطلحات الغريبة الواردة في البحث، ووَثَّقْتُها من مصادرها المعتمدة.

١٠. عَرَفْتُ بأعلام القضاة الوارد ذكرهم في التَّطبيقات القضائية دون غيرهم من الأعلام.

١١. ختمت الدِّراسة بذكر أهمِّ النَّتائج التي توَصَّل إليها البحث، وأتبعتها بجملَةٍ مقترحةٍ من التَّوصيات.

خطة البحث:

اقتضت طبيعة هذا البحث تقسيمه إلى: مقدِّمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

المقدِّمة:

تحتوي على: أهميَّة البحث، وأسباب اختياره، ومشكلته، وتساؤلاته، وأهدافه، والدِّراسات السَّابقة، وجديده، وحدوده، ومنهجه، وإجراءاته.

التمهيد: تعريف القضاء، ومشروعيَّته، ووظائفه إجمالاً:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأوَّل: التَّعريف بالقضاء لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثَّاني: مشروعيَّة القضاء.



المطلب الثالث: أهمية القضاء، ووظائفه إجمالاً.
المبحث الأول: حقيقة منع التظالم وقطع التخاصم في القضاء وحالاتهما:
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حقيقة منع التظالم في القضاء.
المطلب الثاني: حقيقة قطع التخاصم في القضاء.
المطلب الثالث: حالات منع التظالم وقطع التخاصم في القضاء.
المبحث الثاني: صورٌ تطبيقيةٌ لمنع التظالم في القضاء:
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صورٌ تطبيقيةٌ لمنع التظالم في القضاء بين الوجهاء وغيرهم.
المطلب الثاني: صورٌ تطبيقيةٌ لمنع التظالم في القضاء بين الرعية.
المبحث الثالث: صورٌ تطبيقيةٌ لقطع التخاصم في القضاء:
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صورٌ تطبيقيةٌ لقطع التخاصم في القضاء بين الوجهاء
وغيرهم.

المطلب الثاني: صورٌ تطبيقيةٌ لقطع التخاصم في القضاء بين الرعية.
الخاتمة:

وفيها أهمُّ النتائج، وأهمُّ التوصيات.
قائمة المراجع والمصادر.

التمهيد

تعريف القضاء، ومشروعيتها، ووظائفه إجمالاً

المطلب الأول: التعريف بالقضاء لغةً واصطلاحاً:

القضاء لغةً:

جمع أقضية، وقضى يقضي قضاءً، أي: حَكَمَ، والقضاء لغةً: لفظٌ مشترك بين عدّة معانٍ، فيكون بمعنى إحكام الشّيء وإمضائه، والمراد هنا: أن القضاء هو الحُكْمُ^(١).

القضاء اصطلاحاً:

عرّف الفقهاء القضاء شرعاً بتعريفات كثيرة، وكلّها ترجع إلى معنى واحد، ولعلّ من أجمعها، تعريف ابن خلدون؛ حيث عرّف القضاء بأنّه: «منصب الفصل بين النَّاسِ في الخصومات، حسماً للتّداعي، وقطعاً للتّنازع، إلّا أنّه بالأحكام الشّرعيّة المتلقّاة من الكتاب والسّنّة»^(٢)، فقد شمل التّعريف وظائف القضاء، وصوره، ووسائله في الجملة.

التمييز بين القضاء، وبين المصطلحات المقاربة:

من المصطلحات التي قد تشبهه بالقضاء: الحسبة، ومع أنّ هناك نوعاً مشتركاً بينهما إلّا أنّ الحسبة في الجملة متميّزة عن القضاء؛ فالقضاء ولاية

(١) يُنظر: لسان العرب (١٢/١٤٤)، الكلّيات (ص: ٧٠٥)، مختار الصّحاح (ص: ٢٢٥).

(٢) تاريخ ابن خلدون (١/٢٧٥).

فصل بين المتنازعين، ورفع ظلم عن المظلومين، بينما الحسبة دعوة إلى كل معروف، ونهي عن كل منكر بنوع ولاية، وإنما يحصل الاشتباه أكثر بين الحسبة على السلاطين، وبين القضاء في خصوماتهم^(١).

ومن المصطلحات التي قد تشبهه بالقضاء: الفتوى، وهي تبين الحكم الشرعي عن دليل لمن سأل عنه^(٢).

وعلى ذلك فأبرز وجوه اشتباه القضاء بالفتوى أن كلاً منها تنزيل للحكم على الواقعة^(٣).

والفرق بينهما من عدة وجوه^(٤)، أبرزها: أن الفتوى لا إلزام فيها، بخلاف القضاء^(٥)؛ لذلك يحتاج القاضي إلى التثبت أكثر من المفتي^(٦).

(١) يُنظر: الأحكام السلطانية (ص: ٣٥٣-٣٥٤).

(٢) يُنظر: صفة الفتوى والمفتي والمستفتي (ص: ٤٠)، شرح منتهى الإرادات (٣/٤٥٦). والفتوى: علمٌ يحتاج إلى تمرس، ودربة على يد الفقهاء المتمرسين. يُنظر: نشر العرف، مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٢٩-١٣٠).

(٣) وهما بذلك يختلفان عن التقرير العلمي في التدريس؛ إذ لا تنزيل فيه. (٤) منها: ما رآه بعض أهل العلم من أن القاضي أعظم أجراً من المفتي. يُنظر: قواعد الأحكام (١/١٤٢).

(٥) يُنظر: فيض القدير (٤/٥٣٨)، إعلام الموقعين (١/٢٩).

(٦) يُنظر: قواطع الأدلة (٢/٣٥٤).

المطلب الثاني: مشروعية القضاء:

ثبتت مشروعية القضاء في الكتاب والسنة والإجماع:

فأمّا الكتاب: فممنه قول الله تعالى: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾^(٢).

فمن هاتين الآيتين يتضح أنّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كما كان مأموراً بالدعوة والتبليغ كان مأموراً بالحكم بين الناس، والفصل في خصوماتهم.

ولم يختص النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بذلك، بل كان القضاء بين الناس وظيفه الأنبياء والرسل عَلَيْهِمُ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قبله، يدلُّ لذلك قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾^(٣) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ﴾^(٣).

(١) جزء من الآية (٤٨)، من سورة المائدة.

(٢) الآية (١٠٥)، من سورة النساء.

(٣) الآية (٧٨)، وجزء من الآية (٧٩)، من سورة الأنبياء.

وَأَمَّا السُّنَّةُ: فَمِنْهَا قَوْلُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِنَّكُمْ تَحْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَإِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَحْلَنُ بِحُجَّتِهِ - أَوْ قَدْ قَالَ: لِحُجَّتِهِ - مِنْ بَعْضٍ، فَإِنَّمَا أَقْضِي بَيْنَكُمْ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ))^(١).

ولم يختص الله المشروعية برسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، بل شملت أمته؛ يدلُّ على ذلك قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ))^(٢).

وقد نقل غير واحد من العلماء الإجماع على مشروعية القضاء؛ قال الموفق ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ) رَحِمَهُ اللَّهُ: «وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء، والحكم بين الناس»^(٣).

كما اتَّفَقَ الفقهاء على أَنَّ القضاء فرض كفاية؛ إذا قام به بعض الأمة سقط الوجوب عن الباقي، وإذا لم يقم به أحدٌ منها أثمَّتْ الأمة جميعاً^(٤).

ولا يخفى أَنَّ القضاء من ضرورات كُلِّ التَّجَمُّعات البشرية، سواءً كان مجتمعاً إسلامياً أم غير إسلامي؛ لهذا أمر الإسلام بالقضاء؛ وذلك لما تسببه الخلطة من البغي الذي يوجب قضاءً؛ يمنع التظالم، أو يقطع التخاصم.

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٣٠٧/٤٤ - ٣٠٨)، برقم: (٢٦٧١٧)، والحاكم في المستدرک (٩٥/٤)، برقم: (٧٠٣٤)، وقال الحاكم: «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ مُسْلِمٍ، وَلَمْ يُجْرَّجْ». (٢) سبق تحريجه في مقدمة البحث.

(٣) المغني (٣٢/١٠). ويُنظر: فتح القدير (٢٣٣/٧)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤٣٦/٤).

(٤) يُنظر: المغني (٣٢/١٠).

المطلب الثالث: أهمية القضاء، ووظائفه إجمالاً:

يهدف القضاء إلى تحقيق العدل، وإقامة القسط، وحفظ الحقوق، واستتباب الأمن، والمحافظة على الأنفس والأموال، ومنع الظلم، وإقامة الحدود والأحكام، والأخذ على يد الجناة والمجرمين، ومعاقتهم على ما جنت أيديهم.

كما أن القضاء وُجدَ للحفاظ على حقوق الآخرين، ومنع الاعتداء عليها، وتأمين الحماية لها، وضمان ردها إلى أصحابها إذا سلبت منهم عدواناً وظلماً، أو تعويضهم عنها مادياً أو معنوياً.

وأهمُّ أهداف القضاء إقامة العدل بين النَّاس؛ لأنَّ العدل قامت به السَّمَاوَات والأَرْض، وهو أساس العمران، وعماد الملك، وأقوى دعائم استتباب الأمن، واستقرار النَّظام، ورفقيِّ المجتمع، وتقدُّم الأُمَّة، وقد كان القضاء قديماً يشمل كثيراً من الأعمال والوظائف التي أصبحت اليوم من اختصاصات الجهات التَّنفيذية وغيرها من الجهات^(١).

ولا ريب أنَّ منع التَّظالم هو قطب رحى القضاء، وعليه مداره، وقد نصَّ العلماء على أنَّ المعنى الذي وجب من أجله نصب القضاة والحكام هو منع النَّاس من التَّظالم والعدوان بعضهم على بعض، قال الإمام الغزاليُّ (ت: ٥٠٥هـ) رَحِمَهُ اللهُ عن القضاء: «والانتصاف للمظلومين من أفضل القربات، وهو من فروض الكفايات، وهو أفضل من الجهاد، وأهمُّ منه؛ لأنَّ الجهاد

(١) يُنظر: الممتع في شرح المنع (٤/٥١٠)، الإنصاف (١١/١٦٢)، كشاف الفناع (٦/٢٨٩).

لطلب الزيادة، والقضاء لحفظ الموجود»^(١)، قال العلامة ابن حجر الهيتمي (ت: ٩٧٤هـ) رَحِمَهُ اللهُ مَعْلَقًا: «بل هو أسنى فروض الكفايات...، وذلك للإجماع مع الاضطرار إليه؛ لأنَّ طباع البشر مجبولةٌ على التَّظالم، وقَلَّ من ينصف من نفسه، والإمام مشغولٌ بما هو أهمُّ منه؛ فوجب من يقوم به»^(٢). بل جعل العلماء الشريعة في جملتها موضوعاً لمنع التَّظالم بين النَّاس بعد تحقيق العبودية لله تعالى^(٣).

وعندما ندقق النظر في وظائف القضاء إجمالاً، بعيداً عن الاختصاصات القضائية^(٤)، فإننا نجد أنها تتمثل في وظيفتين رئيسيتين، هما: منع التَّظالم، وقطع التَّخاصم.

ووجه هذه القسمة: أنَّ المدَّعي إمَّا أن يتمكن من إقامة البيِّنات على دعواه؛ وحينها تكون وظيفة القاضي: منع التَّظالم؛ بإنصافه، وردَّ حقِّه إليه. وإمَّا أن يعجز المدَّعي عن إقامة بيِّنةٍ على دعواه؛ وحينها تكون وظيفة القضاء: قطع التَّخاصم، وكفُّ الطَّلَب عن المدَّعى عليه، ولو كان المدَّعي صاحبَ حقٍّ في الواقع ونفس الأمر.

(١) الوسيط في المذهب (٧/ ٢٨٧).

(٢) تحفة المحتاج (١٠/ ١٠٢).

(٣) يُنظر في هذا المعنى: إعلام الموقعين (٣/ ٣٣٨).

(٤) تتمثل أهمُّ الاختصاصات القضائية التي تتحقَّق بها وظائفه في: النَّظر في دعاوى الأموال، وإقامة الحدود، والإشراف على الوظائف الدِّينية؛ كإقامة الجمعة، والأعياد، ونصب إمامهما، والنَّظر في المصالح العامة؛ ككفِّ الأذى عن النَّاس، والاطمئنان على حال شهوده وأمنائه؛ ليطمئنَّ من تحقيق العدل، وتحصيل الاستقرار المجتمعي. يُنظر: المتع في شرح المقنع (٤/ ٥١٠)، الإنصاف (١١/ ١٦٢)، كشاف القناع (٦/ ٢٨٩).

ولا يخفى أنّ منع التظالم أعمُّ من قطع التخاصم؛ إذ يلزم منه قطع التخاصم بطريق الأولى، وإن كانت قد تبقى بعض الضغائن كما سيأتي في بيان الحالات عند الكلام عن الحكم المرّ^(١).



(١) في المطلب الثاني: حقيقة قطع التخاصم في القضاء، من: المبحث الأول.

المبحث الأول حقيقة منع التظالم وقطع التخاصم في القضاء وحالاتهما:

مَّا لَا شَكَّ فِيهِ أَنَّ الْإِسْلَامَ حَرَّمَ الظُّلْمَ تَحْرِيبًا قَاطِعًا، وَنَهَى عَنْهُ، وَحَدَّرَ مِنْ عَاقِبَتِهِ؛ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَمَا اللَّهُ يُرِيدُ ظُلْمًا لِلْعِبَادِ﴾^(١)، وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَمَا رَبُّكَ بِظَلَمٍ لِلْعَبِيدِ﴾^(٢)، وَقَالَ: ﴿وَمَا اللَّهُ يُرِيدُ ظُلْمًا لِلْعَالَمِينَ﴾^(٣)، قَالَ الْحَافِظُ ابْنُ كَثِيرٍ (ت: ٧٧٤هـ) رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَيُّ لَيْسَ بِظَالِمٍ لَهُمْ، بَلْ هُوَ الْحَكَمُ الْعَدْلُ، الَّذِي لَا يَجُورُ؛ لِأَنَّهُ الْقَادِرُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ، الْعَالَمُ بِكُلِّ شَيْءٍ، فَلَا يَحْتَاجُ مَعَ ذَلِكَ إِلَى أَنْ يَظْلِمَ أَحَدًا مِنْ خَلْقِهِ»^(٤).

وَكَمَا حَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِهِ جَعَلَهُ بَيْنَ النَّاسِ مُحَرَّمًا؛ يَدُلُّ لِذَلِكَ مَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ الْقَدِيسِيِّ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فِيمَا رَوَى عَنْ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَنَّهُ قَالَ: ((يَا عِبَادِي إِنِّي حَرَّمْتُ الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِي، وَجَعَلْتُهُ بَيْنَكُمْ مُحَرَّمًا، فَلَا تَظَالَمُوا))^(٥).

(١) جزء من الآية (٣١)، من سورة غافر.

(٢) جزء من الآية (٤٦)، من سورة فضلت.

(٣) جزء من الآية (١٠٨)، من سورة آل عمران.

(٤) يُنظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير (٢/٩٢).

(٥) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ فِي صَحِيحِهِ (٤/١٩٩٤)، فِي كِتَابِ: الْبِرِّ وَالصَّلَاةِ وَالْأَدَابِ، بَابِ تَحْرِيمِ الظُّلْمِ، بِرَقْمِ: (٢٥٧٧).

المطلب الأول: حقيقة منع التظالم في القضاء:

التظالم في اللغة:

من الظلم، يقال: تظالم القوم: ظلم بعضهم بعضاً، والظلم: الجور ومجاوزة الحد، ووضع الشيء في غير موضعه^(١).

أمّا في الاصطلاح:

فقد بحثت كثيراً عن تعريف منع التظالم في كتب الفقهاء والتعريفات، وكتب السياسة الشرعية والقضاء فلم أجد من تناول هذا المصطلح بالتعريف؛ ولعل ذلك راجع إلى وضوحه عندهم.

وقد تأملت في معناه، فوجدت أنه يمكن تعريف منع التظالم في القضاء بأنه: **نَظَرُ الْقَاضِي فِي دَعْوَى الْمُدَّعِي ظَلَمَ خَصْمَهُ لَهُ؛ وَحُكْمُهُ بِمَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ رَدُّ الْحَقِّ إِلَيْهِ، وَإِنْصَافِهِ مِنْ خَصْمِهِ.**

شرح التعريف:

نَظَرٌ: النَّظَرُ يُطْلَقُ فِي اللُّغَةِ: بِمَعْنَى الْإِنْتِظَارِ، وَبِمَعْنَى: الرُّؤْيَا بِالْعَيْنِ. وَفِي الْإِصْطِلَاحِ هُوَ: الْفِكْرُ فِي حَالِ الْمَنْظُورِ فِيهِ؛ لِيَهْتَدِيَ بِهِ إِلَى الْمَطْلُوبِ قَطْعِيًّا كَانُ أَوْ ظَنِّيًّا^(٢).

وهو جنس التعريف، يشمل كلَّ نَظَرٍ، سواءً كان نظر قاضٍ أم غيره.

(١) يُنْظَرُ: لِسَانِ الْعَرَبِ (١٢/٣٧٥).

(٢) يُنْظَرُ: لِسَانِ الْعَرَبِ (٥/٢١٥)، اللَّمْعُ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ (ص: ٥).

القَاضِي: يشمل المُسَمَّى، ووَليَّ الأمر الذي ينوبُ عنه. وهو قَيْدٌ يُجْرَجُ
نَظَرُ غير القاضي، من العلماء والمفتين، وغيرهم.

فِي دَعْوَى المَدْعِي: قَيْدٌ يُجْرَجُ نَظَرُ القاضي فِي نَظَرِ الأمور التي لا تتعلَّق
بالدَّعاوى.

ظَلَمَ خَصْمِهِ لَهُ: قَيْدٌ لبيانِ الواقع، بغَضِّ النَّظَرِ عن صحَّتِهِ من عدمِهِ؛ فما
من مدْعٍ إِلَّا ويَدْعِي ظَلَمَ خَصْمِهِ لَهُ.

وَحُكْمُهُ: الحُكْمُ فِي اللُّغَةِ: المنع والقضاء. وفي الاصطلاح العام: إثباتُ
أمرٍ لِأمرٍ، أو نفيه عنه^(١).

وهو قَيْدٌ يُجْرَجُ نَظَرُ القاضي فِي القَصَايَا التي ينظُرُها ولا يحكُمُ فيها؛ لعدم
دخولها فِي دائرة اختصاصِهِ، ونحو ذلك.

بِمَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ رَدُّ الحَقِّ إِلَيْهِ: قَيْدٌ يُجْرَجُ حُكْمُهُ بما يَقْطَعُ الخصومةَ، ممَّا لا
يتمكَّنُ فِيهِ من رَدِّ الحَقِّ إِلَى صاحبه؛ لعدم توفر البيِّنات اللازمة.

وَأِنْصَافِهِ مِنْ خَصْمِهِ: قَيْدٌ لبيانِ الواقع، أي: لا للإدخال ولا للإخراج؛
فإنَّ منع التَّظالم فِيهِ إنصافٌ من الخصمِ، برَدِّ الحَقِّ مِنْهُ إِلَى صاحبه.

ولمَّا كان القضاء فِي كثير من الأحيان لا يودِّي وظيفته فِي منع التَّظالم
على أكمل الوجوه، وضع الحُكَّام ديواناً يُختصُّ بالنَّظَرِ فِي المظالم، وأسموه:
«ديوان المظالم»، أو «ولاية المظالم»، وهي فِي الأصل موضوعة لما عجز عنه
القضاء، وينظر قاضي المظالم فِي ظُلمات النَّاسِ من الولاة والجُباة والحُكَّام،

(١) يُنظر: لسان العرب (١٢/١٤١)، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر (ص: ١٠).

أو من أبناء الخلفاء أو الأمراء، أو القضاة؛ فهي بمثابة الرقابة القضائية على شرعية ما يصدر عن سلطات الحكم وأدواته؛ وعلى هذا فيعدُّ قِمة الرقابة في الدولة الإسلامية؛ وذلك لما امتاز به من تجسيد للعدل، وقمع للظلم، سواء أتى من الحكام أم المحكومين^(١).

وقد ظلت ولاية المظالم ضد كبار رجال الدولة يقوم بها القاضي في زمن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وخلفائه، ولم يكن هناك في عهد الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولاية مستقلة للمظالم، حتى حصل الفساد في الولاية والناس؛ فأفردوها بولاية خاصة، وإن كانت جزءاً من القضاء^(٢).

المطلب الثاني: حقيقة قطع التخاصم في القضاء:

الخصومة في اللغة:

الجدل، يقال: خاصمه خصاماً ومخاصمة، فخصمه يخصمه خصماً: غلبه بالحجة، والخصومة: الاسم من التخاصم والاختصام، واختصم القوم، وتخاصموا: إذا اختلفوا وتشاحوا^(٣).

(١) يُنظر: الأحكام السلطانية (ص: ١٣٠).

(٢) يُنظر: أحكام القرآن (٤/ ٦١)، تخریج الدلالات السمعية (١/ ٢٨٣)، الإدارة في عصر الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (ص: ٢٤٢).

(٣) يُنظر: لسان العرب (١٢/ ١٨٠).

أما في الاصطلاح:

فقد بحثت كثيراً عن معنى قطع التخاصم في القضاء فلم أجد أحداً من العلماء قد عرّفه، مع ذكرهم له في كلامهم؛ ولعل ذلك راجع إلى وضوحه، وعدم الحاجة إلى بيانه.

وعند التأمل ومزيد النظر أجد أنه يمكن أن أُعرّف قطع التخاصم في القضاء بأنه: نظر القاضي في دعوى المدعي ظلم خصمه له؛ وحكمه دون التمكن من ردّ الحقّ كلّهُ أو بعضه إليه، لصلح، أو لتنازل أحد الطرفين أو كليهما، أو لعدم توافر البيّنات اللازمة لإثبات الحقّ.

شرح التعريف:

سبق شرح معظم مفردات التعريف عند الكلام عن حقيقة منع التظالم، وبقي في التعريف هنا من القيود ما يلي:

دُون التَّمَكُّنِ مِنْ رَدِّ الْحَقِّ كُلِّهِ أَوْ بَعْضِهِ إِلَيْهِ: قيدٌ لإدخال قطع التخاصم، الذي لا يتمكّن فيه القاضي من ردّ الحقّ إلى صاحبه، وإن كان قد يتمكّن من إزالة الضغائن والأحقاد بين الخصمين، وهذا القيد يُخرّج: منع التظالم، الذي سبق شرح تعريفه.

لِصُلْحٍ: الصلح في اللغة: التوفيق، وهو اسمٌ للمصالحة التي هي: المسالمة خلاف المخاصمة، وفي الاصطلاح: عقد يُرفع به النزاع وتقطع به الخصومة

بَيْنَ الْمُتَصَالِحِينَ بِتَرَاضِيهِمَا^(١)، وهو قَيْدٌ لبيانِ إحدى حالاتِ قطعِ التَّخَاصُمِ، التي لا يُرَدُّ فيها الحقُّ كاملاً، مع حصولِ التَّراضيِ بينِ الطَّرْفَيْنِ، وتطبيبِ الخواطرِ.

أَوْ لِتَنَازُلِ أَحَدِ الطَّرْفَيْنِ أَوْ كِلَيْهِمَا: قَيْدٌ لبيانِ حالةٍ من حالاتِ قطعِ التَّخَاصُمِ، وهي: تنازُلُ أحدِ الطَّرْفَيْنِ أمامِ القاضي عن حَقِّهِ أو بعضِهِ، أو تنازُلُهُما؛ ممَّا لا يُرَدُّ فيه الحقُّ كاملاً، وإن كان يحصلُ التَّراضيُ بينِ الطَّرْفَيْنِ، وتطبيبِ خاطرِهِما.

أَوْ لِعَدَمِ تَوَافُرِ الْبَيِّنَاتِ اللَّازِمَةِ لِإثْبَاتِ الْحَقِّ: قَيْدٌ لبيانِ حالةٍ من حالاتِ قطعِ التَّخَاصُمِ في القضاء؛ ذلكَ أَنَّ القاضي يُحْكُمُ بعدمِ ثُبُوتِ الْحَقِّ لِلْمُدَّعِي عِنْدَ عَجْزِهِ عن إثْبَاتِ حَقِّهِ بِالْبَيِّنَاتِ اللَّازِمَةِ؛ فيؤدِّي ذلكَ إلى قطعِ التَّخَاصُمِ بينِ الطَّرْفَيْنِ، وكفِّ طَلَبِ الْمُدَّعِي لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ الرِّضَا قد لا يحصلُ بينِ الطَّرْفَيْنِ أو من أحدهما، لكنَّ ذلكَ الْحُكْمُ -وإن لم يُرَدِّ الْحَقُّ إلى صاحِبِهِ- قد قَطَعَ التَّخَاصُمَ بَيْنَهُمَا.

وقد بينَ شيخ الإسلام ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ) هذا المعنى بعبارةٍ بليغةٍ، فقال رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «وقطع الخصومة هو من باب دفع الظلم والضرر، وكلاهما ينقسم إلى إبقاء موجودٍ، ودفع مفقود؛ ففي وصول الحقوق إلى مستحقها يحفظ موجودها، ويحصل مقصودها، وفي الخصومة يقطع موجودها، ويدفع مفقودها. فإذا حصل الصلح زالت الخصومة التي هي أحد المقصودين.

(١) يُنظر: الصَّحاح (١/٣٨٣)، التَّعريفات (ص: ١٣٤)، تحرير ألفاظ التَّنبيه (ص: ٢٠١).

وأما الحقوق فإمّا أن تكون وصلت معه، أو رضي صاحب الحق بتركه، وهو جائز»^(١).

فقد جعل رَحْمَةُ اللَّهِ قطع الخصومة أحد المقصدين حتى لو لم تصل الحقوق، ويُلحظ من كلامه أنّ منع التظالم يحصل معه قطع التخاصم أيضاً، مع احتمال بقاء الضغائن، كما سيأتي في بيان الحالات.

والفارق الجوهرى بين منع التظالم وقطع التخاصم: أنّ منع التظالم يحصل معه ردُّ الحقوق، وقطع الخصومة من لوازمه، وقد لا تنقطع الضغائن؛ لأنّه قد يكون بطريق الحكم المر الذي يحصل معه ردُّ الحق، وتبقى الضغينة في نفس المدعى عليه.

أما قطع التخاصم: فقد يكون بالصُّلح أو تنازل أحد الطرفين عن بعض حقه أو كُله، وهنا لا يصل الحقُّ كُله أو بعضه إلى صاحبه، وتكون وظيفة القاضي قطع التخاصم بين الطرفين، وكفُّ الطلب.

ولا يخفى أنّ الإسلام قد نهى عن التخاصم، كما حذر من الفجور في الخصومة، والخصومة قد تؤدّي إلى التقطاع، وربّما يكون ذلك بين الأرحام والأقارب، ومن هنا كان دور القضاء حاسماً في رفع الخصومة بين المسلمين، وإيتاء كلّ ذي حقِّ حقه؛ قطعاً لهذه المضارّ التي نهت عنها الشريعة، فوظيفة القاضي فصل الخصومات بين المتنازعين، واستيفاء الحقِّ ممّن ثبت عليه،

(١) مجموع الفتاوى (٣٥/٣٥٥).

ودفعه إلى مستحقه^(١). وقد نصّ العلماء على أنّ الحكومات^(٢) إنّما شرعت لدرء الخصومات، ورفع التظالم والمنازعات^(٣).

المطلب الثالث: حالات منع التظالم وقطع التخاصم في القضاء:

حين التأمل للفارق الدقيق بين وظيفتي القضاء، المتمثلين في: «منع التظالم، وقطع التخاصم»، نجد أنّه إن وصل الحق للمدعي فقد حصل منع التظالم، وإن لم يصل الحق إليه فقد حصل قطع التخاصم، كما تقرّر سابقاً.

وعليه: فإنّ هاتين الوظيفتين تشتركان في الحالات التي تدخل فيها وظيفتا القضاء؛ ممّا لا يستدعي إفراد كلّ منهما بحالاتٍ مستقلة.

إذا تقرّر ما سبق فإنّني سأكتفي بذكر حالات الوظيفتين في موضع واحد؛ لكونهما يشتركان فيها، وإنّما الفرق في الوظيفة بوصول الحق أو عدم وصوله.

ولا يخفى أنّ تلك الحالات يمكن أن تمثّل اختصاصات أو مجالات للوظيفتين يقوم بها القاضي، ويحقق من خلالها وظائفه.

ويمكن إجمال الحالات فيما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ) رَحِمَهُ اللهُ حيث بيّن أربع حالاتٍ تحقّقها وظيفتا القضاء - منع التظالم وقطع التخاصم -، وقد عبّر عن هاتين الوظيفتين بقوله: «المقصود من القضاء

(١) يُنظر: المغني (١٠/١١٦).

(٢) الحكومات: جمع حكومة، وهي: الجراحات التي ليس فيها ديةٌ مُقدّرة. يُنظر: النّهاية في غريب الحديث والأثر (١/٤٢٠).

(٣) يُنظر: أنوار البروق في أنواء الفروق (١/١٧).

وصول الحقوق إلى أهلها، وقطع المخاصمة؛ فوصول الحقوق هو المصلحة، وقطع المخاصمة إزالة المفسدة»^(١).

وأما الحالات التي تنشأ عن هاتين الوظيفتين العظيمةتين للقضاء فقد قسمها شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ إلى أربع حالات^(٢):

الحالة الأولى: فصلٌ بصلح، ومعلومٌ أنَّ الصُّلح لا تصل فيه كامل الحقوق، بل لا بُدَّ فيه من تنازل أحد الطرفين أو كليهما، ومع ذلك يقوم الرِّضا، وتُسَلُّ سخائم النفوس.

الحالة الثانية: فصلٌ بحكم مرٌّ، يحصل معه وصول الحقِّ، وقطع الخصومة، لكنَّه لا يحصل معه إصلاح ذات البين؛ إذ يبقى في نفس المحكوم عليه كثيرٌ من الغيظ، والحقُّ مرٌّ.

الحالة الثالثة: صلحٌ على ترك بعض ما يدعي أنه حقٌّ، وبه يحصل مقصود الصُّلح، وقطع النزاع، وإن لم يحصل مقصود وصول الحقِّ.

الحالة الرابعة: لا فصلٌ ولا صلحٌ، وهذه حالةٌ تتنافى مع وظيفة القضاء، مع أنَّها قد تحصل؛ إذ قد لا يتمكَّن القضاء لا من الحكم، ولا من الصُّلح؛ لأسبابٍ تتعلَّق بالمتخاصمين أو بلديهما.

وهكذا نرى أنَّ شيخ الإسلام ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ) رَحِمَهُ اللهُ سرد الحالات دون تمييز ما يتعلَّق بمنع التظالم أو قطع التخاصم، وعند التأمُّل

(١) مجموع الفتاوى (٣٥/٣٥٥).

(٢) يُنظر: مجموع الفتاوى (٣٥/٣٥٦).

في الحالات نجد أن الحالتين الأولى والثالثة: تتعلّقان بقطع التخاصم؛ ففيهما يؤدي القضاء دوره في حصول الصلح، وقطع التخاصم، ولا تحصل الوظيفة الأخرى التي هي منع التظالم، وهي لا تتحقّق إلاّ بوصول الحقوق إلى أصحابها، وتمثّلها الحالة الثانية: وهي الفصل بحكم مرّ؛ فهي تمنع التظالم، وإن لم يتحقّق صفاء النفوس ورضاها.

وأما الحالة الرابعة: فهي خارجة عمّا ينبغي أن يقوم به القضاء؛ ولعلّه إنّما ذكرها من باب تمام القسمة العقلية، وإلاّ فهي متعلّقة بالعدم، فعدم الفصل، وعدم الصلح يحصل بدون قضاء، وأمّا أن يوجد القضاء ولا يتحقّق فصل الخصومة ولا الصلح فهذا خروج عن وظائفه واختصاصاته، وإن كان مثل هذه الحالة قد تحصل كما سبقت الإشارة إليه.

وهنا أذكر بعض حالات القضاء باعتبار المجالات التي يدخل فيها القضاء، ممّا بيّنها الإمام الماوردي (ت: ٤٥٠هـ) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى^(١)، ويمكن إرجاعها إلى قسمين:

القسم الأوّل: ما ينظر فيه الإمام أو نائبه في القضاء بدون شكوى.
القسم الثاني: ما لا ينظر فيه الإمام أو نائبه في القضاء إلاّ بشكوى.
وأشعر الآن في ذكر بعض ما يندرج تحتها من حالات باختصار، وذلك على النحو الآتي:

(١) يُنظر: الأحكام السلطانية (ص: ١٣٤-١٣٨).

القسم الأول: ما ينظر فيه الإمام أو نائبه في القضاء بدون شكوى:

- النظر في تعدي النّوّاب على الرّعيّة، وأخذهم بالعسف في السّيرة، فهذا من لوازم النّظر في المظالم الذي لا يقف على ظلامه متظلم؛ فيكون لسيرة الولاية متصفّحاً عن أحوالهم، مستكشفاً ليقوّمهم إن أنصفوا، ويكفّهم إن عسفوا، ويستبدل بهم إن لم يُنصفوا.

- النّظر في جور النّوّاب فيما يجبونه من الأموال، فيرجع فيه إلى القوانين العادلة؛ فينظر فيما استزادوه، فإن رفعوه إلى بيت المال أمر برده، وإن أخذوه لأنفسهم استرجعه لأربابه.

- النّظر في غضب المتنفّذين من الأملاك المقبوضة عن أربابها، إمّا لرغبة فيها، وإمّا لتعدّد على أهلها، فهذا إن علم به الوالي وجب عليه ردّ المظالم إلى أهلها قبل التّظلم إليه ولو لم ترفع إليه شكوى.

- النّظر في الأوقاف العامّة؛ فإنّه ينظر فيها ويتابعها، ويمضيها على شرط واقفيها، وإن لم تُرفع إليه شكوى؛ لأنه ليس يتعين الخصم فيها، فكان الحكم أوسع منه في الوقوف الخاصة.

- النّظر فيما عجز عنه النّاظرون من الحسبة في المصالح العامّة، كالمجاهرة بمنكر ضعف عن دفعه، والتّعدّي في طريق عجز عن منعه، والتّحيّف في حقّ لم يقدر على رده، فيأخذهم بحقّ الله تعالى في جميعه، ويأمر بحملهم على موجه.

- النّظر في مراعاة شعائر العبادات الظّاهرة؛ كالجمّع والأعياد والحجّ والجهاد من تقصير فيها وإخلال بشروطها، فإنّ حقوق الله أولى أن تستوفى، وفروضه أحقّ أن تؤدّى.

القسم الثاني: ما لا ينظر فيه الإمام أو نائبه في القضاء إلا بشكوى:

- النظر في تظلم الناس من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم، وإجحاف النظر بهم، فيرجع إلى ديوانه في فرض العطاء العادل فيجرهم عليه، وينظر فيما نقصوه أو منعه من قبل، فإن أخذه ولأه أمورهم استرجعه منهم، وإن لم يأخذوه قضاه من بيت المال.

- النظر في الغصوب التي تغلب عليها ذوو الأيدي القويّة، وتصرفوا فيه تصرف الملاك بالقهر والغلبة، فهذا موقوف على تظلم أربابه.

- النظر في الأوقاف الخاصّة فإن نظره فيها موقوف على تظلم أهلها عند التنازع فيها؛ لوقفها على خصوم متعيّنين، فيعمل عند التّشاجر فيها على ما تثبت به الحقوق عند الحاكم.

- النظر في تنفيذ ما وقف القضاة من أحكامها لضعفهم عن إنفاذها، وعجزهم عن المحكوم عليه؛ لتعزّزه وقوّة يده، أو لعلوّ قدره، وعظم خطره، فيكون ناظر المظالم أقوى يداً وأنفذ أمراً، فينفذ الحكم على من توجه إليه بانتزاع ما في يده، أو بإلزامه الخروج ممّا في ذمّته.

- النظر بين المتشاجرين، والحكم بين المتنازعين، فلا يخرج في النظر بينهم عن موجب الحقّ ومقتضاه، ولا يسوغ أن يحكم بينهم إلاّ بما يحكم به الحكماء والقضاة، وربّما اشتبه حكم المظالم على الناظرين فيها، فيجورون في أحكامها، ويخرجون إلى الحدّ الذي لا يسوغ فيها.

المبحث الثاني

صور تطبيقية لمنع التظالم في القضاء

في الكتاب والسنة صور كثيرة تطبيقية على منع التظالم، بل إن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شهد قبل البعثة حلف الفضول، وأثنى عليه، وهو في الأصل لنصرة المظلومين؛ حيث قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لَقَدْ شَهِدْتُ فِي دَارِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جُدَعَانَ حِلْفًا مَا أَحَبُّ أَنْ لِي بِهِ حُمْرَ النَّعَمِ، وَلَوْ أَدْعَى بِهٍ فِي الْإِسْلَامِ لَأَجَبْتُ))^(١)، وفي السنة قضايا كثيرة فيها منع التظالم والعدوان، وقد جرى العمل بذلك في عصر الخلافة الراشدة ومن جاء بعدهم، وقد حَفِظَتْ لَنَا كتب التاريخ كثيراً من قصصهم.

وعند النظر فيها نجد أنها إما أن تكون بين الوجهاء وغيرهم، وإما أن تكون بين الرعية؛ وهذا يستدعي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول: صور تطبيقية لمنع التظالم في القضاء بين الوجهاء وغيرهم:

وهذه الصور من منع التظالم؛ يظهر من خلالها قوة سيف الشريعة، المحققة للعدل بين الناس كافة؛ مهما علت رتبتهم، وارتفعت منزلتهم، وسأذكر هنا عدة صور، تتضح بها هذه الوظيفة، وذلك على النحو الآتي:

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥٩٦/٦)، برقم: (١٣٠٨٠)، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٩٣/٣)، برقم: (١٦٥٥)، ولفظه: ((شَهِدْتُ حِلْفَ الْمُطَيِّبِينَ مَعَ عُمُوْمِي وَأَنَا غُلَامٌ، فَمَا أَحَبُّ أَنْ لِي بِهِ حُمْرَ النَّعَمِ، وَإِنِّي أَنْكُرُهُ))، وصححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة (٥٢٤/٤).

الصورة الأولى: نظر القاضي شريح (ت: ٨٠هـ) (١) في خصومة بين أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه ورجل من الرعية:

عن الإمام عامر بن شراحيل السعبي (ت: ١٠٣هـ) قال: «ساوم عمر بن الخطاب بفرس فركبه ليشوره، فعطب، فقال للرجل: خذ فرسك، فقال الرجل: لا، قال: اجعل بيني وبينك حكماً، قال الرجل: شريح، فتحاكما إليه، فقال شريح: يا أمير المؤمنين حُز ما ابتعت، أو رُد كما أخذت، فقال عمر: وهل القضاء إلا هكذا؟ سر إلى الكوفة، فبعته قاضياً عليها، قال: وإنه لأول يوم عرف فيه» (٢).

التعليق: هذه قضية عجيبة! رجل من الرعية لم يرض بما أراده أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه فيه، من ردّ الفرس بعد أن عطب؛ فعرض عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه جعل حكماً بينهما، فاختر الرجل: شريحاً،

(١) القاضي شريح: هو: شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية، ويقال: شريح بن شراحيل، أو ابن شرحيل، ويقال: هو من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن، أسلم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم، ولا صحبة له، تابعي، ثقة، وانتقل من اليمن زمن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، ولأه عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضاء الكوفة، وهو من أشهر القضاة في صدر الإسلام، قيل: أقام على قضاء الكوفة ستين سنة، توفي سنة (٨٠هـ) وقيل غير ذلك. يُنظر: أخبار القضاة (٢/ ١٨٩-٤٠٢)، تهذيب الكمال (١٢/ ٤٣٥)، سير أعلام النبلاء (٤/ ١٠٠).

(٢) أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى (٦/ ١٣٢)، وقال الألباني في إرواء الغليل (٨/ ٢٣١): «ورجاله ثقات؛ رجال الشيخين، إلا أن السعبي لم يدرك عمر. وشريح هذا هو ابن الحارث، أبو أمية، القاضي المشهور بحسن قضاؤه».

فوافق عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، والأعجب أن يحكم المحكم بينهما ضدَّ أمير المؤمنين لصالح هذا الرَّجُل من الرَّعيَّة، والتَّحكيم يدخل في القضاء بين النَّاسِ.

وقد انطوت هذه الحادثة على قطع التَّخاصم مع اشتغالها على منع التَّظالم، إِلَّا أَنَّهُمَا أَلْصَقَ بِمَنْعِ التَّظَالِمِ؛ فَإِنَّ الرَّجُلَ يَدَّعِي ظُلْمًا فِيمَا أَرَادَهُ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، ويرتضي حَكْمًا بَيْنَهُمَا يَدْفَعُ عَنْهُ مَا ادَّعَاهُ، وَلَا سِيَّيَا وَالْخِصُومَةَ مَعَ الْوَالِي مُظَنَّةَ التَّجَاوُزِ وَالتَّظَالِمِ؛ وَقَدْ رَدَّ الْقَاضِي الْحَقَّ إِلَى الْمَدَّعِي؛ فَكَانَتْ مِنْ صُورِ مَنْعِ التَّظَالِمِ.

الصُّورَةُ الثَّانِيَّةُ: قِضَاءُ الْخَلِيفَةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لِلْقِبْطِيِّ حِينَ ضَرَبَهُ ابْنُ لَعْمَرُو بْنِ الْعَاصِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. وَفِيهَا: أَتَى رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ مِصْرَ إِلَى الْخَلِيفَةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، عَائِدٌ بِكَ مِنَ الظُّلْمِ، قَالَ: عَدْتَ مَعَادًا، قَالَ: سَابَقْتَ ابْنَ عَمْرُو بْنِ الْعَاصِ فَسَبَقْتُهُ، فَجَعَلَ يَضْرِبُنِي بِالسَّوْطِ، وَيَقُولُ: أَنَا ابْنُ الْأَكْرَمِينَ، فَكَتَبَ عُمَرَ إِلَى عَمْرُو يَأْمُرُهُ بِالْقُدُومِ عَلَيْهِ، وَيَقْدَمُ بَابْنِهِ مَعَهُ، فَقَدِمَ، فَقَالَ عُمَرُ: «أَيْنَ الْمِصْرِيُّ؟ خُذِ السَّوْطَ فَاضْرِبْ»، فَجَعَلَ يَضْرِبُهُ بِالسَّوْطِ، وَيَقُولُ عُمَرُ: «اضْرِبْ ابْنَ الْأَكْرَمِينَ»، قَالَ أَنَسُ: فَضْرَبَ، فَوَاللَّهِ لَقَدْ ضَرَبَهُ وَنَحْنُ نُحِبُّ ضَرِبَهُ، فَمَا أَقْلَعَ عَنْهُ حَتَّى تَمَنَّيْنَا أَنَّهُ يَرْفَعُ عَنْهُ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ لِلْمِصْرِيِّ: «ضَعْ عَلَى ضِلْعَةِ عَمْرُو»، فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، إِنَّ ابْنَ الَّذِي ضَرَبْتَنِي وَقَدْ اسْتَفْتَيْتَ مِنْهُ، فَقَالَ عُمَرُ لَعَمْرُو: «مَذَكُمْ تَعَبَّدْتُمُ النَّاسَ وَقَدْ وَلَدْتُمْ أُمَّهَاتِهِمْ أَحْرَارًا؟»، قَالَ يَا

أمير المؤمنين: لم أعلم، ولم يأتي (١). وفي رواية: ثم التفت إلى المصري فقال: «انصرف راشداً، فإن ربك ريبٌ، فاكتب إلي» (٢).

التعليق: علّق الإمام يوسف بن عبد الهادي ابن المبرّد الحنبلي (ت: ٩٠٩هـ) رَحْمَةُ اللَّهِ بِقَوْلِهِ: «فَلِمِثْلِ هَذَا يَصْلِحُ الْحُكْمُ وَأَمْرُ النَّاسِ، لَا لِلْكَفْرَةِ الْفَجْرَةَ» (٣).

(١) يُنظَر: فتوح مصر والمغرب (ص: ١٩٥)، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة (١/٥٧٨). ومما قد يقال على هذه القصة: عدم صحّتها، أو جهالة بعض رواياتها، لكنّ أهل العلم رَحِمَهُمُ اللَّهُ على جواز التساهل في أسانيد السير والمواظع والتواريخ والترغيب والترهيب، ممّا لا يُخالف الأصول والأحكام الشرعيّة أو يُصادمها؛ قال الزين العراقي رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَلْيُعَلِّمَ الطَّالِبَ أَنَّ السَّيْرَ

تَجْمَعُ مَا صَحَّ وَمَا قَدْ أَنْكَرَا

يُنظَر: السيرة الحلبية = إنسان العيون في سيرة الأمين المأمون (١/٣-٤)، وقال الحافظ العراقي (ت: ٨٠٦هـ) رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَمَّا غَيْرُ الْمَوْضُوعِ فَجَوَّزُوا التَّسَاهُلَ فِي إِسْنَادِهِ، وَرَوَايَتِهِ مِنْ غَيْرِ بَيَانِ ضَعْفِهِ، إِذَا كَانَ فِي غَيْرِ الْأَحْكَامِ وَالْعُقَاةِ، بَلْ وَفِي التَّرْغِيبِ وَالتَّرْهِيْبِ مِنَ الْمَوْاعِظِ وَالْقِصَصِ وَفَضَائِلِ الْأَعْمَالِ وَنَحْوِهَا، أَمَّا إِذَا كَانَ فِي الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ مِنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ وَغَيْرِهِمَا، أَوْ فِي الْعُقَاةِ كَصِفَاتِ اللَّهِ تَعَالَى وَمَا يَجُوزُ وَيَسْتَحِيلُ عَلَيْهِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ، فَلَمْ يَرَوْا التَّسَاهُلَ فِي ذَلِكَ. وَمَنْ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ مِنَ الْأَثَمَةِ: عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ مَهْدِيٍّ، وَأَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْمُبَارَكِ، وَغَيْرُهُمْ»، شرح التبصرة والتذكرة - ألفيّة العراقي - (١/٣٢٥).

(٢) يُنظَر: مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطّاب رَحِمَهُمُ اللَّهُ عَنْهُ (ص: ٩٨-٩٩). ويقال في هذه الرواية ما قيل في سابقتها.

(٣) إيضاح طرق الاستقامة في بيان أحكام الولاية والإمامة (ص: ١٧٧).

وهكذا تمكّن الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ من ردّ الحقّ إلى القبطيّ (منع التظالم)، من ولد عمرو بن العاص ومن أبيه رَضِيَ اللهُ عَنْهُ الذي استند في ظلمه له عليه، ولا ريب أنّ ابن عمرو بن العاص وجيهٌ بأبيه، فكيف وقد أشركه عمر في الكلام، وأمر القبطيّ بأن يشركه في العقوبة.

وفيه من الفائدة: طمأنة المسكين المظلوم بأنّه لن يُترك، ولن يُضاع حقه، وإرسال الرّسالة إلى من ظلمه بأنّ القضاء يتابع ويترصّد ما بينكما، ولن يسمح بوقوع الظلم على أحدٍ ولو كان مخالفاً في الدّين؛ فالمخالفة في الدّين لها أحكامها في الدّنيا والآخرة، وليس منها الظلم، ولا منع الحقّ.

وقد جاء القرآن الكريم يقرّر هذا؛ فقال تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكَ هُدَاهُمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلِأَنْفُسِكُمْ وَمَا تُنْفِقُونَ إِلَّا ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ يُؤَفِّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ﴾ (٢٧٢) (١).

قال الإمام سعيد بن جبّير (ت: ٩٥هـ) رَحِمَهُ اللهُ: «سَبَبُ نَزُولِ الْآيَةِ مَا رَوَى: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنِ التَّصَدِيقِ (٢) عَلَى الْمُشْرِكِينَ، وَإِنَّمَا كَانَ نَهَى عَنْهُ، كِي تَحْمِلَهُمُ الْحَاجَةُ عَلَى الدُّخُولِ فِي الْإِسْلَامِ، فَنَزَلَتِ الْآيَةُ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالتَّصَدُّقِ عَلَى أَهْلِ الْأَدْيَانِ كُلِّهَا.

(١) الآية (٢٧٢)، من سورة البقرة.

(٢) المراد بالتصديق: التصدق.

ومعناه: ليس عليك هداهم، بَأَنْ تُلْجِئَهُمْ وَتَحْمِلَهُمْ عَلَى الدُّخُولِ فِي الإِسْلَامِ، ﴿وَلَكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ﴾^(١)، أي: يوفِّق من يشاء، ويخذل من يشاء»^(٢).

فلم يقف الأمر على منع ظلم الكافر، بل زاد إلى أنه لا يُمنع صدقة التَّطَوُّع؛ لأجل كفره؛ قال الإمام الطَّبْرِي (ت: ٣١٠هـ) رَحْمَةُ اللَّهِ: «يعني تعالى ذكره بذلك: ليس عليك يا محمَّد هدى المشركين إلى الإسلام، فتمنعهم صدقة التَّطَوُّع، ولا تعطيتهم منها؛ ليدخلوا في الإسلام، حاجة منهم إليها، ولكنَّ الله هو يهدي من يشاء من خلقه إلى الإسلام فيوفِّقهم له، فلا تمنعهم الصَّدقة، - ثمَّ أورد عدَّة آثار عن السَّلَف توضح هذا المعنى، منها: - عن جعفر، عن شعبة، قال: كان النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا يتصدَّق على المشركين، فنزلت: ﴿وَمَا تُنْفِقُونَ إِلَّا ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ﴾^(٣)، فتصدَّق عليهم»^(٤).

الصُّورَةُ الثَّلَاثَةُ: قِصَّةُ الزُّبَيْرِ مَعَ الأَنْصَارِيِّ: فعن عروة، قال: خاصم الزُّبَيْرُ رجُلًا من الأنصار، فقال النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((يَا زُبَيْرُ اسْقِ، ثُمَّ أَرْسِلْ))، فقال الأنصاريُّ: إِنَّهُ ابْنُ عَمَّتِكَ، فقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ((اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ

(١) جزء من الآية (٢٧٢)، من سورة البقرة.

(٢) تفسير السَّمْعَانِي (١/٢٧٦).

(٣) جزء من الآية (٢٧٢)، من سورة البقرة.

(٤) جامع البيان في تأويل القرآن (٥/٥٨٧-٥٨٨).

يَبْلُغُ الْمَاءُ الْجَدْرَ، ثُمَّ أَمْسِكَ))، فقال الزُّبَيْرُ: فأحسب هذه الآية^(١) نزلت في ذلك: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾^(٢).

التعليق: ففي هذه القصة أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وهو الذي كان يلي القضاء في زمانه - تصدَّى لقضية تظالم ضِدَّ وَجِيهِ من وجهاء أصحابه؛ كونه قريباً له، هو ابن عمته؛ وقد ظنَّ الأنصاريُّ أَنَّ الحكم عليه إنَّما كان مبعثه تلك القرابة؛ كما تدلُّ على ذلك عبارته.

فهذه الواقعة صورةٌ بيّنة على منع التظالم بين أحد الرعية ومن له وجاهة؛ لا اتصاله بقرابة إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وفيها من الفائدة أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيّن الحكم الذي ينبغي أن يتبع في أمر السقاية بين الجيران^(٣)، ومنع الظلم الواقع على الزُّبَيْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وقد يُظنُّ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غيَّر الحكم بعد سماعه كلام الأنصاريِّ، وليس كذلك؛ قال الإمام الزُّهريُّ (ت: ١٢٣هـ، أو: ١٢٤هـ) رَحِمَهُ اللَّهُ:

(١) الآية (٦٥)، من سورة النساء.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١١١/٣)، في كتاب: المساقاة، باب: شرب الأعلى قبل الأسفل، برقم: (٢٣٦١).

(٣) يُنظر: التَّنظيم القضائي في المملكة العربية السُّعُودِيَّة في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السُّلطة القضائية (ص: ١٧٦ - ١٧٧)، الإدارة في عصر الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (ص: ٢٤٠ - ٢٤١).

«واستوفى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلزُّبَيْرِ حَقَّهُ فِي صرِيحِ الْحُكْمِ حِينَ أَحْفَظُهُ»^(١)
الأنصاري، وكان أشار عليهما بأمر لهما فيه سعة»^(٢).

ولا يخفى على الناظر أنّ في هذه الواقعة قطع تخاصم بينهما، وسيظهر من خلال الصور المستعرضة أنّ كلّ منع تظالم يُصاحبه قطع التخاصم، وهو ظاهر.

الصورة الرابعة: حكم القاضي شريك (ت: ١٧٧هـ)^(٣) على من استولى على ضيعة الجريرية، تتلخص وقائع هذه الدعوى في أنّ امرأة من ولد جرير ابن عبد الله البجلي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ورثت ضيعةً عن أبيها مع سائر ورثته، وأنّ المدعى عليه الأمير موسى بن عيسى (ت: ١٨٣هـ) قد اشترى نصيب الورثة عداها، فلم تبع عليه مع مساومته لها، وطلب الشراء منها، ونصيبها مقسوم معلوم وعليه حائط، فاعتدى المدعى عليه على الحائط وهدمه، وضم ضيعتها وبستانها إلى ضيعته، ورفعت دعاؤها إلى شريك، وطالبت بالحكم على المدعى عليه برّد ضيعتها لها^(٤).

(١) أَحْفَظُهُ: أي أثار حفيظته وأغضبه. يُنظر: معجم اللغة العربية المعاصرة (١/ ٥٢٤).

(٢) نيل الأوطار (٩/ ١٧٨).

(٣) القاضي شريك: هو شريك بن عبد الله بن أبي شريك النَّخَعِيُّ، أبو عبد الله، ولد ببخارى، سنة (٩٥هـ)، وولي القضاء بالكوفة ثم بالأهواز، قال سفيان بن عيينة: ما أدركت بالكوفة أحضر جواباً من شريك بن عبد الله، أدرك عمر بن عبد العزيز، وهو من كبار الفقهاء، وكان بينه وبين الإمام أبي حنيفة وقائع، مات بالكوفة سنة (١٧٧هـ). يُنظر: أخبار القضاة (٣/ ١٤٩)، سير أعلام النبلاء (٨/ ٢٠٠).

(٤) يُنظر: أخبار القضاة (٣/ ١٧٠)، تاريخ دمشق (٤٨/ ١٤).

وكانت تفاصيل الحكم كالآتي: «... فبعث بصاحب الشرطة إليه وقال: يا سبحان الله، امرأة ادّعت دعوى لم تصحّ أعديتها عليّ، فقال له صاحب الشرطة: أعفني، فأبى، فخرج وأمر غلامه أن يتقدّم إلى الحبس بفراش وغيره، فأدّى الرّسالة إلى شريك، فقال: خذوا بيده، فقال: قد تقدّمت بما أحتاج إليه، وعلمت أنّك ستفعل، وبلغ الخبر موسى، فوجّه محاجيه فقال: هذا من ذاك ما على الرّسول، فألحقه بصاحبه، فبعث إلى إسحاق بن الصّباح وجماعة من الوجوه فقال: امضوا إليه فقد استخفّ بي، فمضى وهو جالس في مسجده بعد العصر، فلمّا أدّوا الرّسالة قال: مالي لا أراكم جئتم في غبرة من النّاس من ههنا من فتیان الحيّ يأخذ كلُّ رجلٍ بيد رجلٍ إلى الحبس، قالوا: أنت جادٌّ؟ قال: حقّاً، حتى لا يمشوا برسالة ظالم، فركب موسى إلى الحبس ليلاً، فأخرجهم فبلغ شريكاً، فختم القمطر، وتوجّه إلى بغداد، فركب موسى في موكبه فلحقه بقنطرة الكوفة، فجعل يناشده الله، ويقول: تسبّبت وانظر إخوانك تجسّمهم، قال: نعم؛ لأنّهم مشوا لك في أمر لم يجب أن يمشوا فيه، ولستُ براجع أو يُردّوا إلى الحبس جميعاً، وإلّا مضيت إلى أمير المؤمنين فاستعفيته، فأمر بردهم إلى الحبس، وجاء السّجّان فأخبره، ثمّ أمر أعوانه أن يردّوا موسى إلى مجلس الحُكم، وجلس له وللجريّة، ثمّ أخرج أولئك من الحبس، وحكم عليه بردّ حائطها، ثمّ قام فأجلسه إلى جنبه، وقال: السّلام عليك أيّها الأمير»^(١).

(١) أخبار القضاة (٣/ ١٧٠).

التعليق: القصة صورة ناصعة من صور العدل التي تشمل جميع الناس؛
مهما علت رتبهم، وارتفعت منازلهم، وهي تمثل عظمة الإسلام الذي أتى
لمنع التظالم بين الناس، وقد استطاع القاضي منع الظلم الواقع على تلك المرأة
الضعيفة، واتخذ في سبيل ذلك كل الوسائل التي تمكنه من إمضاء حكمه،
وإلزام الخصم بالاستجابة لداعي الحق، والرجوع عن الظلم.

المطلب الثاني: صور تطبيقية لمنع التظالم في القضاء بين الرعية:

سبق في المطلب الأول ذكر بعض المواقف في منع التظالم مع الوجهاء،
وقرابات الولاة، وأصحاب المناصب، وأشعر الآن في ذكر بعض الصور لمنع
القضاء التظالم بين أفراد الرعية.

الصورة الأولى: ما جاء في القرآن الكريم من قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ
وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ
شَاهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ
الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ ﴿٧٩﴾﴾^(١).

التعليق: ذكر المفسرون أن الحرت كان كرمًا^(٢) قد بدت عناقيده، وقيل:
كان زرعاً، وخالصة القصة: أنه كان رجلان لأحدهما حرت وللآخر غنم،

(١) الآية (٧٨)، وجزء من الآية (٧٩)، من سورة الأنبياء.

(٢) الكرم: شجر العنب، يقال: الكرمة، والجمع: كرم وكروم، وتسمى أيضاً: الحبلّة،
وجمعها: الحبل، قلت: والحبلّة اسم شجرة العنب في بلادنا من قرى غامد وزهران إلى
اليوم. يُنظر: التلخيص في معرفة أسماء الأشياء (ص: ٣١١)، النهاية في غريب الحديث
والأثر (١/٣٣٤)، لسان العرب (١١/١٣٨)، تاج العروس من جواهر القاموس
(٢٨/٢٦٨).

فدخلت الغنم في حرث صاحبه ليلاً، فأكلت وأفسدت، حتى لم يبق شيء - وهو معنى قوله: ﴿إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ﴾^(١)، والنفس: هو الرعي ليلاً، والهمل: هو الرعي نهاراً- فلما أصبحا جاء صاحب الحرث يخاصم صاحب الغنم عند نبي الله داود عَلَيْهِ السَّلَامُ، فقال داود عَلَيْهِ السَّلَامُ: خذ برقة الأغنام فهي لك بدل حرثك، وكان نبي الله سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ ثم فقال: يا نبي الله، أو غير ذلك؟ تُسَلِّمُ الغنم إلى صاحب الحرث، يتتفع بألبانها وسمونها وأصوافها، وتُسَلِّمُ الحرث إلى صاحب الغنم يقوم عليه، حتى إذا عاد إلى ما كان عليه ليلة نَفَسَتْ فِيهِ الغنم سَلِّمْتَ الحرث إلى صاحبه؛ فهذا معنى قوله تعالى: ﴿فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ﴾^(٢)، وأخذ داود عَلَيْهِ السَّلَامُ بذلك^(٣).

وأياً كانت مادة التنازع؛ فمنع التظالم ظاهر، وكان موضع ثناء الله تَبَارَكَ وَتَعَالَى، وموضع إلهامه لنبية سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ، والثناء عليه بالفهم، وقد ذكر العلماء أَنَّ الطرفين رضيا القضاء، وهذا شأن من يُقضى له إذا رأى أَنَّ القاضي قد بذل ما أمكنه، ليوفيه حقه، فقد عَوَّضَ سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ النَّاسَ في نماء زرعهم بالألبان وغيرها من نتاج الغنم^(٤).

(١) جزء من الآية (٧٨)، من سورة الأنبياء.

(٢) جزء من الآية (٧٩)، من سورة الأنبياء.

(٣) يُنظر: تفسير القرآن للسمعاني (٣/ ٣٩٤) بتصرف، الفتاوى الحديثية (١/ ١٨٨).

(٤) يُنظر: إعلام الموقعين (١/ ٢٤٥).

الصورة الثانية: حُكْمُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الثَّيِّبِ يَزُوجُهَا أَبُوهَا بغير رضاها: فعن خنساء ابنة خدام الأنصاريّة: أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ ثَيِّبٌ، فَكَرِهَتْ ذَلِكَ؛ فَاتَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «فَرَدَّ نِكَاحَهُ»^(١).

التعليق: فهذا قضاء من رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لبنتٍ ضعيفة، في بيئة لم تكن ترى للنساء شيئاً، ولا حقاً يقضي فيه على أبيها لها، ويردُّ نكاحها^(٢).

ومثل هذا إذا جرى مع المظلوم بردٌ كثيراً من نار قلبه، وهانت عليه الأمور، وربّما أمضى ما صنع خصمه؛ فتمكين الضعيف من حقه جزءٌ كبير من رفع معاناته؛ فكثيراً ما يرى أنَّ أصعب محنته احتقاره لا ضياع حقه؛ فقد يتسامح ويعفو؛ فعن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: «جَاءَتْ فَتَاةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ؛ يَرْفَعُ بِي خَسِيسَتَهُ، -فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا-، قَالَتْ: فَإِنِّي قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي، وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ تَعْلَمَ النِّسَاءُ أَنْ لَيْسَ لِلْأَبَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ»^(٣).

فمن بركة إقامة العدل، وتمكين الضعيف أنَّ المرأة رضيت، وبردت نارٌ قلبها، فلم تُردِّ أمر أبيها، واكتفت بأن أعلمت النساء أنَّ لهنَّ حقاً، وأنَّ الله تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَرْسَلَ نَبِيَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بحفظ حقوق هؤلاء الضعفة؛ فطالما

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨/٧)، في كتاب: النكاح، باب: إذا زوج ابنته وهي كارهة فكاحه مردود، برقم: (٥١٣٨).

(٢) يُنظر: أقضية رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (ص: ٦١).

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤١/٤٩٢-٤٩٣)، برقم: (٢٥٠٤٣)، وابن ماجه في سننه (١/٦٠٢)، في كتاب: النكاح، باب: من زوج ابنته وهي كارهة، برقم: (١٨٧٤)، وقال البوصيري في مصباح الزجاجة: «إسناده صحيح».

أهدرت الأمم حقوق الضّعفاء، كالنساء واليتامى والأقليات؛ فعظّم الإسلام شأنهم، وأنزل فيهم سورة من أطول سور القرآن الكريم؛ هي سورة النساء^(١).

ومن خلال هذه القصّة يتّضح أنّ النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد حكم لهذه المرأة بما يجب لها من الحقّ في اختيار زوجها عن رضا وقناعة، ولم يجبرها بمجرد اختيار أبيها، فيكون بذلك قد منع التّظالم، ولا يناقض ذلك تنازلها عن حقّها بعد أن تقرّر لها بحكم الرّسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

الصورة الثالثة: حكم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للزّوجة بالنّفقة على زوجها وهو غائب؛ فعن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُتْبَةَ، قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ؛ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ: ((حُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ، بِالْمَعْرُوفِ))^(٢).

التعليق: فهذه مظلّمة بين امرأة وزوجها، ومع وقوع الخلاف بين الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ في حكم القضاء على الغائب^(٣)، إلا أنّ الشّرعيّة رخصت فيه هنا؛ لمكان الحاجة، ودفعاً للظلم عن المرأة؛ قال ابن الطّلاع (ت: ٤٩٧هـ)

(١) يُنظر: التّحرير والتّنوير (٤/٢١٢-٢١٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٧/٦٥)، في كتاب: النّفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها ولدها بالمعروف، برقم: (٥٣٦٤).

(٣) المشهور عند المالكيّة والشّافعيّة والحنابليّة جوازه، ويمنعه الحنفيّة، والشّافعيّة في قول، والحنابليّة في قول. يُنظر في هذا الخلاف: المبسوط للسرخسي (١٧/٣٩)، بدائع الصّنائع (٨/٧)، بداية المجتهد (٢/٣٥٣)، شرح الخرشي على مختصر خليل (٧/١٧٢)، الحاوي الكبير (١٦/٢٩٧)، المهذب (٢/٣٠٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/٤٦٦)، المبدع شرح المقنع (١٠/٨٩).

رَحِمَهُ اللهُ: «فيه من الفقه: القضاء على الغائب، وكذلك ترجم عليه البخاري: القضاء على الغائب^(١)، وترجم عليه -أيضاً- من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخف الظنون والتُّهمة، وكان أمراً مشهوراً^(٢)، وأنه من منع أحداً حقّه وظفر له بهال فله أن يأخذ منه بقدر حقّه بغير علمه^(٣)»^(٤).

ويتبيّن من هذه القصة أنّ النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد أعطى الحقّ لهند بنت عتبة وولدها في الحصول على النفقة اللازمة لهم حسب العرف والعادة؛ وهو بذلك قد منع ظلم زوجها لها وولدها؛ وأوصل الحقّ إليهم.

الصورة الرابعة: قضاء رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في اليهوديّ الذي قتل الجارية، فعن أنس بن مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ يَهُودِيًّا قَتَلَ جَارِيَةً عَلَى أَوْصَاحِهَا، فَقَتَلَهَا بِحَجَرٍ، قَالَ: فَجِيءَ بِهَا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَبِهَا رَمَقٌ، فَقَالَ لَهَا: ((أَقْتَلِكِ فُلَانٌ؟))، فَأَشَارَتْ بِرَأْسِهَا أَنْ لَا، ثُمَّ قَالَ لَهَا الثَّانِيَةَ، فَأَشَارَتْ بِرَأْسِهَا أَنْ لَا، ثُمَّ سَأَلَهَا الثَّلَاثَةَ، فَقَالَتْ: نَعَمْ، وَأَشَارَتْ بِرَأْسِهَا، «فَقَتَلَهُ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ حَجْرَيْنِ»^(٥).

- (١) يُنظر: صحيح البخاري (٧١/٩)، في كتاب: الأحكام، باب: القضاء على الغائب.
- (٢) يُنظر: صحيح البخاري (٦٦/٩)، في كتاب: الأحكام، باب: من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس، إذا لم يخف الظنون والتُّهمة.
- (٣) يُنظر: صحيح البخاري (٦٥/٧)، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرَّجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف.
- (٤) أفضية رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (ص: ٦٤).
- (٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٤/٤)، في كتاب: الوصايا، باب إذا أوماً المريض برأسه إشارة بيّنة جازت، برقم: (٢٧٤٦)، ومسلم في صحيحه (٣/١٢٩٩) واللفظ له، في كتاب: القسامة والمحاربين والقصاص والديّات، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره من المحدّدات، والمثقلات، وقتل الرَّجل بالمرأة، برقم: (١٦٧٢).

التعليق: هذا ضربٌ آخر من منع التظالم؛ فالجارية هنا إمّا الأُمّة، فيكون النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طلب حقّ هذه الأُمّة الضّعيفة التي لا يكاد يُلتفت إليها، أو: الجارية أي: البنت قبل البلوغ - ولو كانت حُرّة -؛ وهو الأصح؛ قال العيني (ت: ٨٥٥هـ) رَحِمَهُ اللهُ: «قوله: رأس جارية، قال بعضهم: يحتمل أن تكون أُمّة، ويحتمل أن تكون حُرّة، لكن دون البلوغ. قلت: تقدّم في الطلاق بلفظ: عدا يهوديٌّ على جارية، فأخذ أو ضاحاً كانت عليها، ورضخ رأسها، وفيه: فأتى أهلها رسول الله وهي في آخر رمق... الحديث، وهذا يدلُّ على أنّها كانت حُرّة»^(١).

الصورة الخامسة: قضاء القاضي شريح (ت: ٨٠هـ) في الشرط الجزائي، قال الإمام البخاري (ت: ٢٥٦هـ) رَحِمَهُ اللهُ: وقال ابن عون عن ابن سيرين (ت: ١١٠هـ) رَحِمَهُ اللهُ، قال الرجل لِكُرْبِيهِ^(٢): «أدخل ركابك»^(٣)، فإن لم أر حل معك يوم كذا وكذا فلك مئة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: «مَنْ شَرَطَ عَلَى نَفْسِهِ طَائِعاً غَيْرَ مُكْرَهٍ فَهُوَ عَلَيْهِ»^(٤).

(١) عمدة القاري (٣٨/٢٤). ويُنظر: إرشاد الساري (٤٧/١٠).

(٢) الكُرْبِيُّ: والمُكْرَبِيُّ هو: المؤجّر، فقوله: لِكُرْبِيهِ، أي: لمؤجّره، والمُكْرَبِيُّ: هو المؤجّر الذي يُؤجّر دابّته، ويأخذ عليها الكِرَاء؛ وهي: الأجرة. يُنظر: شمس العلوم (٥٨١٨/٩)، عمدة القاري (٢١/١٤).

(٣) الرُّكْبُ: الإبل التي يُسار عليها، والواحدة: رَاحِلَةٌ. عمدة القاري (٢١/١٤).

(٤) ذكره البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم (١٩٨/٣)، في كتاب: الشرط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار، والشرط التي يتعارفها الناس بينهم، وإذا قال: مئة إلا واحدة أو ثنتين. كما رواه وكيع في أخبار القضاة (٣٥٤/٢)، قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٣٥٤/٥): «وَصَلَّهُ سَعِيدُ ابْنِ مَنْصُورٍ عَنْ هَشِيمِ عَنْهُ -أَي: عَنْ ابْنِ عَوْنٍ-».

التعليق: فيه أنّ شُريحاً أخذ الرَّجُلَ بالشرط، استناداً إلى أصل لزوم وصحة الشروط الجعلية التي يشترطها المتعاملان أو أحدهما، ممّا له فيه منفعة، أو دفع ضرر، ما لم تخالف أصلاً شرعياً^(١).

وفيه من الفائدة: أنّه أبان عن علة القضاء: «مَنْ شرط على نفسه - طائعاً غير مكره - فهو عليه»؛ والعلة هي ارتضاء الشرط، وجعله على نفسه؛ وبذلك يكون قد التزم حقاً لصاحبه، دفعه إلى الرضا بهذا العقد؛ فتخلفه عن ذلك الشرط يسبب ضرراً للطرف الآخر؛ فيلزمه ما ألزم نفسه به، وانفق عليه إرادة الطرفين، ورضيا به، وبذلك يكون قد منع التظالم بينهما، وردّ الحقّ إلى صاحبه.

(١) والجمهور على خلافه، وَعَدُوهُ وَعَدَاً لَا يَلْزَمُ الْوَفَاءَ بِهِ. يُنْظَرُ: فَتْحُ الْبَارِي (٥ / ٣٥٤)، عمدة القاري (٢١ / ١٤).

الصُّورَةُ السَّادِسَةُ: قضاء القاضي إياس (ت: ١٢٢هـ) رَحْمَةُ اللَّهِ^(١) في كُبَّةِ الْغَزْلِ^(٢)، في أخبار القضاة لوكيع (ت: ٣٠٦هـ) رَحْمَةُ اللَّهِ: أَنَّ إِيَّاسَ بْنَ مَعَاوِيَةَ أُمَّتُهُ امْرَأَتَانِ تَخْتَصِمَانِ فِي كُبَّةِ غَزَلٍ وَليْسَ مَعَهَا بَيْنَةٌ، فَبَعْدَ وَاحِدَةٍ، وَقَرَّبَ الْأُخْرَى، فَقَالَ لَهَا: عَلَى أَيِّ شَيْءٍ كَبَبْتَ غَزْلِكَ؟، قَالَتْ: عَلَى كَسْرَةِ خَبْزٍ؛ فَنَحَّاهَا، وَقَرَّبَ الْأُخْرَى فَقَالَ: عَلَى أَيِّ شَيْءٍ كَبَبْتَ غَزْلِكَ؟ قَالَتْ: عَلَى خَرْقَةٍ، فَأَمَرَ بِالْكُبَّةِ، فَنَفِضَتْ، فَإِذَا هِيَ عَلَى كَسْرَةِ خَبْزٍ، فَلَمَّا بَلَغَ ذَلِكَ

(١) القاضي إياس: إياس بن معاوية بن قُرَّةَ بن إياس المُرَني، يكنى أبا واثلة، كان ثقة، ولأه عمر بن عبد العزيز قضاء البصرة، اشتهر بفرط الذكاء والدهاء والفطنة والفراسة والإلهام، حتى قال عنه محمد بن سيرين: «إِنَّهُ لَفَهْمٌ، إِنَّهُ لَفَهْمٌ»، توفي سنة (١٢٢هـ)، وله (٧٦) سنة. وهو الذي عناه أبو تمام في ختم بيته الذائع:

إِقْدَامِ عَمْرٍو فِي سَمَاحَةِ حَاتِمٍ

فِي حِلْمِ أَحْنَفَ فِي ذِكَاةِ إِيَّاسٍ

يُنظر: أخبار القضاة (٣١٢/١)، الطبقات الكبرى (٧/٢٣٤)، سير أعلام النبلاء (١٥٥/٥).

(٢) كُبَّةُ الْغَزْلِ: الكُبَّةُ مِنْ كَبَبْتُ الشَّيْءِ؛ إِذَا أَلْقَيْتَ بَعْضَهُ عَلَى بَعْضٍ، وَكَبَبْتُ الْغَزْلَ، أَيُّ: جَعَلْتَهُ كَبَبًا، وَالكُبَّةُ: الكُتْلَةُ، وَكَبَبْتُ الْغَزْلَ، أَيُّ: جَعَلْتَهُ كَبَبًا، وَكَبَبْتُه تَكْبِيْبًا: جَمَعْتُهُ، وَكَبَبَ الْغَزْلَ: جَعَلَهُ كُبَّةً، وَالكَبُّ: الشَّيْءُ الْمَجْتَمِعُ؛ وَالكُبَّةُ مِنَ الْغَزْلِ: هِيَ الْقِطْعَةُ يَلْفُهَا الْغَازِلُ وَيَجْمَعُهَا كَالْحَلْقَةِ، إِمَّا مِنَ الصُّوفِ أَوْ الشَّعْرِ أَوْ الْخَيْوُطِ وَنَحْوِهَا، فَتَصْبِحُ لَفَةً مَكْوَرَةً عَلَى هَيْئَةِ الْكُرَّةِ. يُنظر: المخصَّص (١/٣١٥)، الإبانة في اللغة العربيَّة (٢/٥٨)، المجموع المغيث في غريب القرآن والحديث (٣/٥)، تاج العروس من جواهر القاموس (٤/٩٥)، المعجم الوسيط (٢/٧٧٢).
وَالْغَزْلُ: فَتْلُ الصُّوفِ أَوْ الْقَطْنِ أَوْ نَحْوِهَا خَيْوُطًا. يُنظر: معجم لغة الفقهاء (ص: ٣٣١)، المعجم الوسيط (٢/٦٥٢).

محمد بن سيرين (ت: ١١٠هـ) رَحِمَهُ اللهُ قَالَ: «وَيْحًا لَهُ مَا أَفْهَمَهُ!، وَيَحًا لَهُ مَا أَفْهَمَهُ!!»^(١).

التعليق: في هذه الحادثة مَلَحَظُ فهم دقيق؛ حيث قام القاضي إياس بعمل المحقق في الواقعة؛ ليستخرج الحقَّ لعدم وجود البيّنة، فَبَعَدَ إحدى المرأتين، وَقَرَّبَ الأخرى، فسألها: عَلامَ كَبَّتْ غزلهَا؟ فقالت: على كسرة خبز، فَنَحَّاهَا، وَقَرَّبَ الأخرى، وسألها السُّؤال نفسه، فأجابت بأنَّهَا قد كَبَّتْهُ على خرقة، فأمر بالكُبيَّة، فَنُفِضَتْ، فإذا هي قد كَبَّتْ على كسرة خبز.

وفيه أَنَّ البيّنات قد لا تُسَعَفُ القاضي؛ فيُعِينُهُ على منع التّظالم دَقَّةُ التّأمُّل، ومراعاة القرائن، وإعمال الفراسة، وطول التّحقيق مع الخصوم؛ لعلَّ معلومةً زائدة تُعِينُهُ على إتمام مهمّته.

وهكذا استطاع القاضي إياس من خلال هذا النّظر الدّقيق، أن يمنع التّظالم بين المرأتين، وأن يضع الحقَّ في نصابه، وأن يرُدَّ الحقَّ لصاحبه.

(١) يُنظر: أخبار القضاة (١/ ٣٣٢).

المبحث الثالث

صورٌ تطبيقيةٌ لقطع التخاصم في القضاء:

الخصومات حالقةٌ تقطع الصلة بين الناس، وإذا طرقت باب قوم لم تدعهم إلا وقد كستهم من الفشل درعاً؛ كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْزَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَأَصْبِرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾^(١)، فتجتمع الأبدان، وقد ملأ القلوب ما ملأها من الأضغان بما يتنافى مع العقل؛ قال تعالى: ﴿تَحْسَبُهُمْ جَمِيعًا وَقُلُوبُهُمْ شَتَّىٰ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْقِلُونَ﴾^(٢)؛ قال شيخ شيوخنا العلامة عبد الرحمن بن ناصر السعدي (ت: ١٣٧٦ هـ) رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَيُّ: لا عقل عندهم، ولا لب، فإنهم لو كانت لهم عقول، لآثروا الفاضل على المفضول، ولما رضوا لأنفسهم بأبخس الخططين، ولكانت كلمتهم مجتمعة، وقلوبهم مؤتلفة؛ فبذلك يتناصرون ويتعاضدون، ويتعاونون على مصالحهم ومنافعهم الدينية والدنيوية»^(٣).

وعندما تستقرئ التاريخ، وتستنطق كتب السير، نجد أن هناك نماذج مشرقة، وصوراً حيّة لقطع التخاصم، سواء جرت الخصومة بين الوجهاء وغيرهم، أو بين الرعية فيما بينهم؛ وهذا يستدعي تقسيم هذه الصورة في مطلبين.

(١) جزء من الآية (٤٦)، من سورة الأنفال.

(٢) جزء من الآية (١٤)، من سورة الحشر.

(٣) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان (١/ ٨٥٢).

ولا ريب أن القضاء يقطع التخاصم؛ ويفسح للقلوب اجتماعها بعد تفرقها، وتآلف النفوس بعد شتاتها، ويحصل التسامح الذي جسده الصحابة -رضوان الله عليهم- حين قال كلُّ من المتخاصمين: «حَقِّي لِأَخِي»^(١).

وسأذكر هنا بعض الصور التي اشتملت على قطع التخاصم، وأستقرئ بعض دالاتها:

المطلب الأول: صورٌ تطبيقيةٌ لقطع التخاصم في القضاء بين الوجهاء وغيرهم:

الصورة الأولى: زيارة عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ للشَّام بعد انتهاء طاعون عَمَوَاس^(٢)، فقَسَم الأرزاق، وسمَّى الشَّواتي والصَّوائف، بعد سؤال أهل الشَّام عن قضية تقسيم الموارث^(٣).

وجملة القصة أنه لما انتهى الطَّاعون همَّ الخليفة الرَّاشد عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أن يطوف البلاد يتفقد أحوال المسلمين، لكنه جعل أوَّل مهمَّاته قبل ذلك قسمة موارث طاعون عمواس؛ قال ابن الأثير: «لما هلك النَّاس

(١) سبق تخريجه في التمهيد: المطلب الثاني: مشروعية القضاء. والقصة بتامها سترد في الصورة الثانية، من المطلب الثاني، في المبحث الثالث.

(٢) طاعون عَمَوَاس: هو أوَّل طاعون كان في الإسلام، وقع قرب بيت المقدس، في قرية عَمَوَاس، وهي إحدى قرى فلسطين المحتلة اليوم، ومنها انتشر إلى بلاد الشَّام، ظهر في خلافة عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، سنة (٨هـ)، ومات فيه خلقٌ كثير، وجماعة من أكابر الصحابة، منهم: أبو عبيدة عامر بن الجراح، ومعاذ بن جبل، والفضل بن العباس بن عبد المطلب رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ. يُنظر: مفاتيح العلوم (ص: ١٤٦)، العباب الرَّاخِر (١/ ١٥٢) بترقيم الشَّاملة آلياً، تاريخ الإسلام (٢/ ٩٩).

(٣) يُنظر: تاريخ الطُّبري (٤/ ٦٤)، والكامل في التَّاريخ (٢/ ٣٧٩-٣٨٠).

في الطّاعون كتب أمراء الأجناد إلى عمر بما في أيديهم من المواريث، فجمع النّاس واستشارهم، وقال لهم: قد بدالي أن أطوف على المسلمين في بلدانهم لأنظر في آثارهم، فأشيروا عليّ - وفي القوم كعب الأحبار، وفي تلك السنّة أسلم-، فقال كعب: يا أمير المؤمنين، بأيّها تريد أن تبدأ؟ قال: بالعراق. قال: فلا تفعل فإنّ الشّرّ عشرة أجزاء، تسعة منها بالمشرق وجزء بالمغرب، والخير عشرة أجزاء تسعة بالمغرب وجزء بالمشرق، وبها قرن الشّيطان، وكلُّ داء عضال. فقال عليّ: يا أمير المؤمنين، إنّ الكوفة للهجرة بعد الهجرة، وإنّها لقبّة الإسلام، ليأتينها يومٌ لا يبقى مسلمٌ إلّا وحنّ إليها، ليتصرنّ بأهلها كما انتصر بالحجارة من قوم لوط. فقال عمر: إنّ مواريث أهل عمواس قد ضاعت، أبدأ بالشّام فأقسم المواريث، وأقيم لهم ما في نفسي، ثمّ أرجع فأنتقلّ في البلاد، وأبدي إليهم أمري^(١).

التعليق: وفي هذا أنّ الخليفة الرّاشد عمر بن الخطّاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ اعتبر هذه القضية - قضيةّ قسمة مواريث من مات في طاعون عمواس - من المهمّات؛ وكأنّه رأى أنّ التّنازع والتّخاصم فيها قد يُفْضِي إلى الفرقة بين المسلمين في بلد حديثة عهدٍ ببلاء عَصِيب؛ فرأى أنّ يعجل عليها قبل أن يطوف على البلدان لمهمّاته رَضِيَ اللهُ عَنْهُ؛ فذهب إليهم، وقسّم المواريث التي أشكلت على الأمراء، وطابت قلوب النّاس بقدومه، وانقمعت الأعداء من كلّ جانبٍ لمجيئه إلى الشّام، والله الحمد والمنّة^(٢).

(١) الكامل في التّاريخ (٣٧٩/٢). ويُنظر: تاريخ الطّبري (٥٩/٤).

(٢) يُنظر: تاريخ ابن الوردي (١٤١/١)، البداية والنّهاية (٩١/٧).

وهكذا استطاع أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بحنكته أن يقطع التخاصم الذي لاح في الأفق بين الناس والولاية في تلك البلدان؛ حتى أصبح يشبه ما يسمّى اليوم في عصرنا: «قضايا الرأي العام»؛ فنصّب نفسه قاضياً بين ولاية تلك الجهات والناس، وحسم هذه القضايا التي كانت تؤرّق؛ إذ يترتب على قطع التخاصم فيها استقرار المجتمع، واشتداد لحمته، وحفظ بيضته؛ ولاسيما أنّها كانت بلاد الثُّغور، وحمى دار المسلمين.

وفي هذا من الفائدة الإسراع إلى حسم القضايا التي قد تؤدّي إلى النزاع، وتفضي إلى المشاحنة والخصام، وإن تأخرت بعض المهمّات لأجل ذلك.

الصورة الثانية: ما يُروى من دعوى تظالم بين أمير المؤمنين عليّ بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ورجل من اليهود؛ تولّى النّظر فيها القاضي شُرَيْحٌ؛ ذلك أنّ علياً رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كان قد افتقد درعاً له، وقد وجدها في يد يهوديّ يبيعه بسوق الكوفة، فقال: يا يهودي الدرّع درعي، لم أهبّ ولم أبع، فقال: اليهودي: درعي وفي يدي، فقال: بيني وبينك القاضي، قال: فأتيا القاضي شُرَيْحاً، فقعد عليّ إلى جنب القاضي، واليهوديّ بين يدي القاضي، وقال عليّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «لولا أن خصمي ذمّي لاستويت معه في المجلس، ولكنني سمعتُ رسولَ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((أصغروا بهم، كما أصغر الله بهم))»، ثمّ قال: هذه الدرّع درعي، لم أبع، ولم أهبّ، فقال شُرَيْحٌ: لليهوديّ: ما تقول؟ قال: درعي وفي يدي، وقال: شُرَيْحٌ: يا أمير المؤمنين هل من بينة؟ قال: نعم، الحسن ابني، وقنبر يشهدان أنّ الدرّع درعي، قال: شُرَيْحٌ: يا أمير المؤمنين شهادة الابن للأب لا تجوز، فقال عليّ: سبحان الله!، رَجُلٌ من أهل الجنّة لا

تجوز شهادته، سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: ((الْحَسَنُ وَالْحُسَيْنُ سَيِّدَا شَبَابِ أَهْلِ الْجَنَّةِ))^(١)، فقال: اليهوديُّ: أمير المؤمنين قَدَّمَنِي إِلَى قَاضِيهِ، وَقَاضِيهِ يَقْضِي عَلَيْهِ!، أَشْهَدُ أَنَّ هَذَا الدِّينَ عَلَى الْحَقِّ، وَأَشْهَدُ أَنَّ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، وَأَنَّ الدَّرْعَ دَرَعُكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، سَقَطَتْ مَعَكَ لَيْلًا، ثُمَّ تَوَجَّهَ مَعَ عَلِيٍّ يِقَاتِلُ مَعَهُ بِالنَّهْرَوَانِ فُقِتِلَ، وَفِي رِوَايَةٍ لِعَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَوْ كَانَ خَصْمِي مُسْلِمًا لَجَلَسْتُ مَعَهُ بَيْنَ يَدَيْكَ، وَلَكِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: ((لَا تُسَاوُؤُهُمْ فِي الْمَجَالِسِ))^(٢).

التعليق: فَإِنَّ صَحَّتِ الْقِصَّةُ؛ ففِيهَا الْأَعْجَابُ؛ مُثُولُ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلِيٍّ بِنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَعَ خَصْمِهِ الْيَهُودِيِّ عِنْدَ الْقَاضِي!

وَيَتَّضِحُ مِنْ هَذِهِ الْقِصَّةِ أَنَّ الْقَاضِيَّ شَرِيحًا قَضَى بِمَوْجِبِ مَا وَصَلَ إِلَيْهِ؛ حَيْثُ لَمْ يَتِمَّكَنْ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِنْ إِثْبَاتِ حَقِّهِ بِالْبَيِّنَاتِ اللَّازِمَةِ، وَلَمْ يَقْبَلِ الْقَاضِيَّ شَهَادَةَ وَلَدِهِ؛ جَرِيًّا عَلَى أَنَّهُ لَا تَقْبَلُ شَهَادَةُ الْفِرْعِ لِلْأَصْلِ^(٣)، وَحَكَمَ بِعَدَمِ أَحَقِّيَّةِ الْخَلِيفَةِ؛ وَهُوَ بِذَلِكَ قَدْ قَطَعَ التَّخَاصِمَ

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٣١/١٧)، برقم: (١٠٩٩٩)، وصححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة (٤٣١/٢).

(٢) أخرجه وكيع الضبي في أخبار القضاة (٢/٢٠٠)، وابن القاص في أدب القاضي (١/١٦٧-١٦٨)، وأبو نعيم الأصبهاني في حلية الأولياء (٤/١٣٩-١٤٠)، والشجري في ترتيب الأمالي الخمسية (٢/٣٢٥)، وهو ضعيف، يُنظر: التلخيص الحبير (٤/٤٦٩)، البدر المنير (٩/٥٩٦)، وضعفه الألباني في إرواء الغليل (٨/٢٤٢-٢٤٣)، وأقره شيخنا الشيخ صالح آل الشيخ في التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل (١/٢٠٧-٢٠٨).

(٣) يُنظر: البحر الرائق (٧/٥٧)، حاشية العدوي (٢/٣٤٦)، روضة الطالبين (١١/٢٩٢)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/٢٤٢).

بين المدعي - أمير المؤمنين - والمدعى عليه - اليهودي -، وإن لم يرد الحق إلى صاحبه.

ولا يخفى أنّ هذه الصورة من أبرز ما يمكن أن يُمثّل به لقطع التخاصم بين الولاية والوجهاء مع سائر الرعيّة وإن كانوا مخالفيين في الدين.

وعلق على هذه القصة الإمام ابن الأمير الصنعاني (ت: ١١٨٢هـ) رحمه الله بقوله: «فانظر ما أبرك العمل بالحق من الحاكم والمحكوم عليه، وما آل إليه من الخير للمدعى عليه»^(١).

المطلب الثاني: صور تطبيقية لقطع التخاصم في القضاء بين الرعيّة:

الصورة الأولى: حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في القسامة فيمن لم يعرف له قاتل؛ فعن أبي ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سهل، عن سهل بن أبي حثمة أنّه أخبره هو ورجال من كبراء قومه: أنّ عبد الله بن سهل ومحيصة خرجا إلى خيبر، من جهد أصابهم، فأخبر محيصة أنّ عبد الله قتل وطرح في فقير^(٢) أو عين، فأتى يهود فقال: أنتم والله قتلتموه، قالوا: ما قتلناه والله، ثمّ أقبل حتى قدم على قومه، فذكر لهم، وأقبل هو وأخوه حويصة - وهو أكبر منه - وعبد الرحمن بن سهل، فذهب ليتكلم وهو الذي كان بخيبر، فقال

(١) سبل السلام (٢/٥٧٩).

(٢) الفقير: بئر تحفر في أصل الفسيلة إذا حوّلت، ويلقى فيها الدمن. وأيضاً يطلق الفقير على البئر قليلة الماء والورود. يُنظر: غريب الحديث لابن قتيبة (٢/٢١٥-٢١٦)، المحيط في اللغة (١/٤٧٤)، الفائق في غريب الحديث (٣/١٣٣)، غريب الحديث لابن الجوزي (٢/٢٠٢)، لسان العرب (٥/٦٣).

النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِمُحِيصَةٍ: ((كَبْرُ كَبْرٍ))، يُرِيدُ السَّنَّ، فَتَكَلَّمَ حُوَيْصَةَ، ثُمَّ تَكَلَّمَ مُحِيصَةَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِمَّا أَنْ يَدُوا صَاحِبِكُمْ»^(١)، وَإِمَّا أَنْ يُؤْذِنُوا بِحَرْبٍ»، فَكَتَبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَيْهِمْ بِهِ، فَكُتِبَ: مَا قَتَلْنَاهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِحُوَيْصَةَ وَمُحِيصَةَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ: ((أَتَحْلِفُونَ، وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ؟))، قَالُوا: لَا، قَالَ: ((أَفْتَحْلِفُ لَكُمْ يَهُودُ؟))، قَالُوا: لَيْسُوا بِمُسْلِمِينَ، فَوَدَّاهُ^(٢) رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ عِنْدِهِ مِئَةَ نَاقَةٍ، حَتَّى أُدْخِلَتِ الدَّارَ^(٣).

التعليق: هنا تظهر عظمة هذا الدين الذي يمنع الظلم وإن كان للمخالفين في الدين، فكان تدخل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في هذه القضية مانعاً للتظالم، فالقضية مع المخالفين في الدين، وهذه الحالة مظنة الجور والبغي والتعدي؛ وذلك لقوة المسلمين، وقلة اليهود في المدينة، فأعطى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الدية من إبل الصدقة؛ حيث لم يتيقن أن يهودياً قتله.

الصورة الثانية: قضاء النبي بين رجلين اختصما إليه في ميراث بينهما، ولم تكن لهما بينة إلا دعواهما، فعن أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قالت: جاء رجلان من الأنصار يَخْتَصِمَانِ إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في موارِيثَ بينهما قد

(١) أي: يدفعا إليكم ديتيه. شرح النووي على مسلم (١١/١٥٢).

(٢) أي: أدى ديتيه. كشف المشكل من حديث الصحيحين (٢/١٧٧).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٩/٧٥)، في كتاب: الأحكام، باب: كتاب الحاكم إلى عماله والقاضي إلى أمنائه، برقم: (٧١٩٢). والفقيه: فم الفتاة.

دُرِسَتْ^(١)، ليس بينها بيّنة، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّكُمْ تَحْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَإِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَحْنُ بِحُجَّتِهِ - أَوْ قَدْ قَالَ: حُجَّتِهِ - مِنْ بَعْضٍ، فَإِنَّمَا أَقْضِي بَيْنَكُمْ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا، فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ، يَأْتِي بِهَا إِسْطَاطًا^(٢) فِي عُنُقِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»؛ فبكى الرَّجُلَانِ، وقال كل واحد منهما: «حَقِّي لِأَخِي»، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أَمَّا إِذْ قُلْتُمَا، فَاذْهَبَا فَاقْتَسِمَا، ثُمَّ تَوَخَّيَا الْحَقَّ، ثُمَّ اسْتَهِمَا، ثُمَّ لِيَحْلِلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا صَاحِبَهُ))^(٣).

التعليق: فقول الرَّجُل: «حَقِّي لِأَخِي»، هو من بركة القضاء الشرعي؛ فلا غرو أن نجد موعظةً نبويَّةً تقطع التخاصم بين صحابيين كانا على مشارف القضاء، بل تقاضيا بالفعل، فهي مواعظ تتكرَّر، تُذَكِّرُ الشَّخْصَ فِي عِلَاقَتِهِ الْاجْتِمَاعِيَّةِ بِأَنَّ رَبَّهُ سَيَحَاسِبُهُ؛ ولهذا نصَّ الفقهاء على أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَعْطَى الْخَصْمِينَ، وَذَكَرُوا قِصَصًا فِي اتِّعَازِ الشَّاهِدَيْنِ، وَانصَرافِهِمَا عَنِ شَهَادَةِ الزُّورِ^(٤).

(١) دُرِسَتْ: أَي تَقَادَمَتْ، وَعَفَا أَثْرُهَا، وَاحْتَّتْ مَعَالِمُهَا؛ فَكَأَنَّمَا انطَمست بها حال دون التَّعَرُّفِ عَلَيْهَا. يُنظَرُ: الْمُخَصَّص (٤/٣٧٩)، الْمُحَكَّمُ وَالْمُحِيطُ الْأَعْظَمُ (٨/٤٥٠)، طَلَبَةُ الطَّلَبَةِ (ص: ١٣٣)، مُشَارِقُ الْأَنْوَارِ عَلَى صِحَاحِ الْأَثَارِ (٢/٩٨)، الْمَغْرِبُ فِي تَرْتِيبِ الْمَغْرِبِ (ص: ١٦٢)، لِسَانُ الْعَرَبِ (٥/١٢٢).

(٢) إِسْطَاطًا: هِيَ الْحَدِيدَةُ الَّتِي تَحْرُكُ بِهَا النَّارُ وَتُسْعَرُ، أَي: أَقْطَعُ لَهُ مَا يُسْعِرُ بِهِ النَّارَ عَلَى نَفْسِهِ وَيَشْعَلُهَا، أَوْ أَقْطَعُ لَهُ نَارًا مُسْعِرَةً. وَالْإِسْطَاطُ: الْقِطْعَةُ مِنَ الشَّيْءِ، وَالسَّطْمُ وَالسَّطَامُ: حَدُّ السَّيْفِ وَغَيْرِهِ. يُنظَرُ: جَمْهَرَةُ اللَّغَةِ (٢/٨٣٧)، الْمُحَكَّمُ وَالْمُحِيطُ الْأَعْظَمُ (٨/٤٤٢)، لِسَانُ الْعَرَبِ (١٢/٢٨٧).

(٣) سبق تخريجه في التمهيد: المطلب الثاني: مشروعية القضاء.

(٤) يُنظَرُ: الْمَغْنِي (١٠/٦٣).

ولمَّا لم تكن هناك بيّنة لمن يدّعيها، أو لمن يقول باستحقاقها، جاء دور الموعدة الحسنة؛ لعلّها تنفُذ إلى قلوب المتخاصمين؛ فتردع الظّالم، كما بيّن لهم الرسول الكريم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ لا يعلم الغيب، وإنّما يقضي بما يسمع، لكنّ الإنسان نفسه يعرف هل الحقُّ له أو لا؟ فإن لم يكن له فلا يأخذه، وإن صدر الحكم له، فكأنّه يأخذ قطعة من نار جهنم.

وهكذا حقق النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قطع التخاصم بين الصحابين الجليلين، وإن لم يظهر في قضائه ردُّ الحقوق إلى أصحابها؛ إذ تنازل كلُّ واحدٍ منهما بحقه لأخيه، طلباً لرضا ربِّ العالمين، وهروباً من تحذير النبي الأمين صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

وهذا ما لا يتحقّق في جميع القوانين الأرضيّة؛ فلا وازع إلا القانون والعقوبة، وإذا أمكن التّحايل عليه فلا إشكال، وأمّا في الشريعة فلا يجوز التّحايل^(١). وهذا أثرٌ من آثار ربّانيّة الشريعة الإسلاميّة^(٢).

الصورة الثالثة: قضية ذي النّسعة^(٣) الذي قتل رجلاً بفأس، فصالح النبي بينه وبين أولياء الدّم، وتمّ العفو: فعن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قُتِلَ رَجُلٌ على عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فدفع القاتل إلى وليّه، فقال القاتل: يا رسول الله، والله ما أردت قتله، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أَمَا إِنَّهُ إِنْ

(١) يُنظر: إعلام الموقعين (٤/٥٢٣).

(٢) يُنظر: الموافقات (٢/٢٨٩-٢٩٠).

(٣) النّسعة: حبل. ذكره الترمذي (٤/٢٢)، وقيل: هي ما صُفّر من الأدم كالحبال، جمعها أنساع، فإذا قُتِل ولم يُصفّر فهو الجديّل، والجُدُل: القتل. يُنظر: شرح سنن أبي داود لابن رسلان (١٧/٥٤٨).

كَانَ قَوْلُهُ صَادِقًا، فَقَتَلْتُهُ دَخَلَتْ النَّارُ))، فَخَلَّى عَنْهُ الرَّجُلُ، وَكَانَ مَكْتُوفًا
بِنِسْعَةٍ، فَخَرَجَ يَجْرُ نِسْعَتَهُ، فَكَانَ يُسَمَّى ذَا النِّسْعَةِ (١).

التعليق: هذا الرجل أمسكه وليُّ المقتول إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولنا
أن نتصور ماذا كان يفعل وليُّ المقتول إن لم يُمكنه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
من الرجل، ومع هذا؛ فقد مكَّن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الوليَّ من القاتل؛ كما
في رواية عَلْقَمَةَ بْنِ وَاثِلٍ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: أَتَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِرَجُلٍ
قَتَلَ رَجُلًا، فَأَقَادَ وَلِيَّ الْمَقْتُولِ مِنْهُ، فَأَنْطَلَقَ بِهِ وَفِي عُنُقِهِ نِسْعَةٌ يَجْرُهَا، فَلَمَّا أَذْبَرَ،
قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الْقَاتِلُ وَالْمَقْتُولُ فِي النَّارِ))، فَأَتَى رَجُلُ
الرَّجُلِ، فَقَالَ لَهُ مَقَالَةَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَخَلَّى عَنْهُ، قَالَ إِسْمَاعِيلُ
بْنُ سَالِمٍ: فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِحَبِيبِ بْنِ أَبِي ثَابِتٍ فَقَالَ: حَدَّثَنِي ابْنُ أَشْوَعٍ أَنَّ النَّبِيَّ
صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّمَا سَأَلَهُ أَنْ يَغْفُوَ عَنْهُ فَأَبَى (٢).

وهذا التمكين مع الترهيب من الجور بأن يقتله، وهو يعلم أنه لم يتعمد
القتل دفع بوليِّ المقتول إلى العفو عن الجاني دون قصاصٍ أو دية، وهي من
بركات قطع التخاصم؛ وبذلك يكون القضاء في هذه الصورة قد حقق
وظيفته في قطع التخاصم.

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٢/٤)، في أبواب: الديات، باب: ما جاء في حكم وليِّ
القتيل في القصاص والعفو، برقم: (١٤٠٧)، وقال الترمذي: «هذا حديث حسنٌ
صحيحٌ، والنسعة: حبل». وأصله في صحيح مسلم برقم: (١٦٨١).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٠٨/٣)، كتاب: القسامة والمحاربن والقصاص
والديات، باب: صحة الإقرار بالقتل، وتمكين وليِّ القتل من القصاص، واستحباب
طلب العفو منه، برقم: (١٦٨١).

الصورة الرابعة: قضية دين كعب بن مالك على عبد الله بن أبي حذرٍد:
وقد أشار النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى كعب أن يضع شطر الدين فقبل؛
فَعَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ، عَنْ كَعْبٍ، أَنَّهُ تَقَاضَى ابْنُ أَبِي حَذْرَدٍ
دَيْنًا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ فِي الْمَسْجِدِ، فَارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا، حَتَّى سَمِعَهَا رَسُولُ اللَّهِ
صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ فِي بَيْتِهِ، فَخَرَجَ إِلَيْهِمَا حَتَّى كَشَفَ سِجْفَ (١)
حُجْرَتِهِ، فَنَادَى: ((يَا كَعْبُ))، قَالَ: لَبَيْكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: ((ضَعْ مِنْ
دَيْنِكَ هَذَا))، وَأَوْمَأَ إِلَيْهِ: أَيِ الشَّطْرِ، قَالَ: لَقَدْ فَعَلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ:
((قُمْ فَأَقْضِهِ)) (٢).

التعليق: في هذه القصة قطع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ التخاصم بالأمر
بالمصالحة، والصُّلح يقطع كثيراً من الخصومة (٣)، ومع أن الصُّلح على أقل من
الحق الواجب إلا أن مثل هذا - في كثير من الأحيان - يكون أنفع من تعليق
الأمور؛ فإما الحق الكامل، وإما الظلم الكامل!، فدلها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
على ما هو أيسر؛ فتيسر للمدين أن يدفع شرطاً مما عليه، وانقطعت الخصومة.

(١) السِّجْفُ: السِّتْرُ، وقيل: لا يُسَمَّى سِجْفًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشْقُوقَ الْوَسْطِ، كَالْمَصْرَاعِينَ.
يُنْظَرُ: الْمُحْكَمُ وَالْمَحِيطُ الْأَعْظَمُ (٧/٢٧٨)، وَالنَّهْيَاةُ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ وَالْأَثَرِ
(٢/٣٤٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١/٩٩)، في كتاب: الصلاة، باب: التَّقاضي والملازمة في
المسجد، برقم: (٤٥٧)، ومسلم في صحيحه (٣/١١٩٢)، في كتاب: المساقاة، باب:
استحباب الوضع من الدين، برقم: (١٥٥٨).

(٣) ولذلك أورد البيهقي هذا الحديث في سننه الكبرى (٦/٦٣) في كتاب: الصُّلح، باب:
صلح الإبراء والحطيطة وما جاء في الشفاعة في ذلك.

وقطع الخصومة بين أبناء المجتمع منهج قويم سنه النبي صلى الله عليه وسلم، وتبعه على ذلك الخلفاء الراشدون من بعده، فقد كانوا يعتنون بقطع الخصومات قبل وقوعها؛ فلا يتركون أسباب التخاصم لئلا يتفرق المسلمون، بل كانوا يبصرونه مبكراً، ويبدلون جهدهم في استئصال جذور التخاصم.

الصورة الخامسة: قضية زُبَيَّة الأسد^(١): فعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن، فانتبهنا إلى قوم قد بنوا زُبَيَّةً للأسد، فبينما هم كذلك يتدافعون إذ سقط رجل، فتعلق بآخر، ثم تعلق رجل بآخر، حتى صار فيها أربعة، فجرحهم الأسد، فانتدب له رجل بحربة فقتله، وماتوا من جراحتهم كلُّهم فقاموا أولياء الأول إلى أولياء الآخر، فأخرجوا السلاح ليقتلوا، فأتاهم عليٌّ على تَفِيئَةِ ذلك^(٢)، فقال: تريدون أن تقتلوا ورسول الله صلى الله عليه وسلم حيٌّ؟! إني أقضي بينكم قضاءً إن رضيتم فهو القضاء، وإلا حَجَزَ بعضكم عن بعضٍ حتى تأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فيكون هو الذي يقضي بينكم، فمن عدا بعد ذلك فلا حَقَّ له، اجمعوا من قبائل الذين حضروا البئر ربع الدية، وثلث الدية، ونصف الدية، والدية كاملة، فلأول الربع؛ لأنه هلك من فوقه، وللثاني ثلث الدية، وللثالث نصف الدية، وللرابع الدية كاملة، فأبوا أن يرضوا، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم وهو عند مقام إبراهيم عليه السلام، فقصوا عليه القصة، فقال:

(١) الزُبَيَّة: حفيرة تحفر للأسد لصيده، ويغطي رأسها بما يسترها؛ ليقع فيها. يُنظر: مسند الإمام أحمد، بتحقيق: أحمد شاكر (١/٤١١).

(٢) تَفِيئَةِ ذلك: أي على أثره. يُنظر: مسند الإمام أحمد، بتحقيق: أحمد شاكر (١/٤١١).

((أنا أقضي بينكم))، واحتبى^(١)، فقال رَجُلٌ من القوم: إِنَّ عَلِيًّا قَضَى فِيْنَا، فَقَضُوا عَلَيْهِ الْقِصَّةَ، فَأَجَاذَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٢).

التعليق: في هذه القصة التي قضى فيها عليُّ بن أبي طالبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وأقره النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَبَبٌ في قطع التخاصم، بل في رفع القتال، فقضى عليُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فيها على النحو الآتي؛ إذ الواقعة من قبيل قتل الخطأ، والدية يضمنها عواقل الذين حضروا رأس البئر، فيستحقُّ ورثة كُلِّ قتيلٍ من الدية ما يلي: للسُّفليِّ رُبْعُ الدِّية، وللذي فوقه ثُلثُ الدِّية، وللذي فوقها نِصْفُ الدِّية، وللذي فوقهم الدِّية كاملة؛ لأنه لم يجذب أحداً^(٣).

وبهذا استطاع عليُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بهذا القضاء -الذي حَقَّق فيه إخبار النبيِّ أَنَّهُ أَقْضَى الصَّحَابَةَ بقوله: ((أَقْضَاكُمْ عَلِيٌّ))^(٤)- أَنْ يَقْطَعَ التَّخَاصِمَ بَيْنَ تِلْكَ الْقِبَائِلِ، وَأَنْ يَجْسِمَ الْخِلَافَ الَّذِي كَادَ أَنْ يَتَسَبَّبَ فِي قِتَالٍ عَظِيمٍ، تُزْهَقُ فِيهِ الْأَرْوَاحُ، وَتُتَلَفُ فِيهِ الْأَمْوَالُ، وَتُتَهَكُّ فِيهِ الْأَعْرَاضُ، وَتَسْتَعْرِ الْأَحْقَادُ، وَتَنْتَشِرُ بِهِ الضَّغَائِنُ، وَتَوْجَّحُ فِيهِ الْفِتْنُ.

الصُّورَةُ السَّادِسَةُ: تَخَاصِمُ حَضْرَمِيِّ وَكِنْدِيِّ فِي أَرْضٍ: فَعَنْ عُلْقَمَةَ بِنِ وَائِلِ بْنِ حَجْرٍ، عَنْ أَبِيهِ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ مِنْ حَضْرَمَوْتٍ وَرَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ هَذَا قَدْ غَلَبَنِي

(١) احتبى: إذا جمع ظهره وساقيه بعمامته. الصَّحاح (٦/٢٣٠٧).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده بتحقيق: أحمد شاکر (١/٤١١-٤١٢)، برقم: (٥٧٣)، وقد صحَّحه الشَّيْخُ أَحْمَدُ شَاكِرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٣) يُنْظَرُ فِي فِقْهِ قِضَاءِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِعْلَامُ الْمَوْقِعِينَ (٣/٢٥٧).

(٤) سبق تخريجه في مقدِّمة البحث.

عَلَى أَرْضٍ لِي كَانَتْ لِأَيِّ، فَقَالَ الْكِنْدِيُّ: هِيَ أَرْضِي فِي يَدِي أزرُعَهَا لَيْسَ لَهُ فِيهَا حَقٌّ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلْحَضْرَمِيِّ: ((أَلَكْ بَيْنَهُ؟))، قَالَ: لَا، قَالَ: ((فَلَكَ يَمِينُهُ))، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنْ الرَّجُلُ فَاجِرٌ لَا يُبَالِي عَلَى مَا حَلَفَ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ يَتَوَرَّعُ مِنْ شَيْءٍ، فَقَالَ: ((لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ))، فَانْطَلَقَ لِيَحْلِفَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا أَدْبَرَ: ((أَمَا لَئِنْ حَلَفَ عَلَى مَالِهِ لِيَأْكُلَهُ ظُلْمًا، لَيَلْقَيْنَنَّ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ))^(١).

التعليق: هنا قضية تخاصم فيها رجلان إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فبين لهم الحكم؛ لقطع التخاصم بينهما، بل بين ما هو أعظم من ذلك، وهو أصول القضاء والتحكيم، فالبينة على المدعي واليمين على المنكر، إذ ((البينة على المدعي، واليمين على من أنكر))^(٢)، وأن العين لمن هي في يده، ما لم يأت ما يخالف الظاهر^(٣).

ولا يخفى أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في هذه القصة لم يتمكن من رد الحق إلى صاحبه؛ لعدم وجود البينة اللازمة لذلك؛ ولكنه قطع الخلاف باليمين، على ما قضته الشريعة الغراء، وفي ذلك قطع للتخاصم، وكف للطلب، وليس لصاحب الحق إلا ذلك.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١/١٢٣)، في كتاب: الإيثار، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، برقم: (٢٢٣).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢١/٢٤٢-٢٤٣)، كتاب: الدعوى والبيانات، باب: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، برقم: (٢١٢٤٣)، وصحح إسناده الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام (ص: ٥٢٠)، والألباني في مشكاة المصابيح (٢/١١١٠).

(٣) يُنظر: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (٢/١٦٢).

وفي هذه الحادثة من الفقه: أَنَّهُ يُحْسِنُ بِالْقَاضِي أَنْ يُبَيِّنَ أَسَاسَ مَا قَضَى بِهِ؛ حَتَّى تَرْتَفِعَ الشُّبْهَةُ عَمَّنْ حُكِمَ لَهُ؛ فَأَكْثَرُ النَّاسِ -إِلَّا مِنْ رَحِمَ اللَّهُ- قَدْ يَدَاخِلُهُ الْهُوَى الْخَفِيَّةُ، وَيَرَى نَفْسَهُ مُحِقًّا، وَهُوَ مَبْطُلٌ؛ كَمَا قَالَ الْإِمَامُ الذَّهَبِيُّ (ت: ٧٤٨هـ) رَحِمَهُ اللَّهُ تَتَمَّةً عَلَى كَلَامِ لِلْإِمَامِ الْفَضِيلِ بْنِ عِيَاضٍ (ت: ١٨٧هـ) رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَأَنْتَ ظَالِمٌ وَتَرَى أَنَّكَ مَظْلُومٌ، وَأَكُلُّ لِلْحَرَامِ وَتَرَى أَنَّكَ مَتَوَرِّعٌ، وَفَاسِقٌ وَتَعْتَقِدُ أَنَّكَ عَدْلٌ، وَطَالِبُ الْعِلْمِ لِلدُّنْيَا، وَتَرَى أَنَّكَ تَطْلُبُهُ لِلَّهِ»^(١)؛ فَإِذَا أَظْهَرَ الْقَاضِي سَبَبَ حُكْمِهِ، فَرَبَّمَا سَكَنَ مِنْ حُكْمِ ضِدِّهِ.

ومن خلال ما تمَّ إيرادُه من الصُّورِ الْقَضَائِيَّةِ السَّابِقَةِ، الَّتِي حَصَلَ بِهَا: «مَنْعُ التَّظَالِمِ، أَوْ قَطْعُ التَّخَاصِمِ»، ظَهَرَ مِنْ مَجْمُوعِ الْإِسْتِقْرَاءِ مِنَ التَّمَايِزِ بَيْنِ الْوُضُوعَيْنِ؛ إِذِ الْوُضُوعَةُ الْأُولَى أَعْمٌ، وَتُلَازِمُ الثَّانِيَّةُ؛ فَكُلُّ مَنْعٍ تَظَالُمٍ يَصَاحِبُهُ قَطْعُ التَّخَاصِمِ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِالنِّزَاعِ التَّضَاقِقِ بَيْنِ الْخَصْمَيْنِ، وَلَكِنْ الدَّعَاوَى بَيْنَهُمَا، وَأَمَّا مَا بَيْنَهُمَا فَمَجْرَدُ قَطْعِ الْخِصُومَةِ يُسْهِمُ فِي تَخْفِيفِ مَا بَيْنَ الْفَرْدَيْنِ؛ بِخِلَافِ تَرْكِ الْخِصُومَاتِ دُونَ قَطْعِ.

وَأَمَّا قَطْعُ التَّخَاصِمِ؛ فَقَدْ يَفَارِقُ مَنْعَ التَّظَالِمِ؛ كَمَا هُوَ فِي أَكْثَرِ الْوُقُوعِ مَحَلٌّ الدِّرَاسَةِ، وَهُوَ بَابٌ قَدْ يَحْصُلُ مَعَهُ مَنْعُ التَّظَالِمِ قَبْلَ وَقُوعِهِ، وَالْوَقَايَةُ خَيْرٌ مِنَ الْعِلَاجِ.

(١) سير أعلام النبلاء (٨/ ٤٤٠).

الخاتمة

وبعد أن أكملت البحث، وطوّفتُ في جنبات هذا الموضوع المهمّ، الذي يتعلّق بوظيفتي القضاء: «منع التظالم، وقطع التخاصم»، التي تندرج تحتها جميع المجالات والاختصاصات والحالات القضائية؛ فقد خلّصتُ إلى عددٍ من أهمّ النتائج، وأتبعها ببعض أهمّ التوصيات، أذكرها على النحو الآتي.

أولاً: أهمّ النتائج:

١. كشف البحث أنّ القضاء هو الباب الذي يُنَاط به منع التظالم وقطع التخاصم.

٢. توصل الباحث إلى أنّ منع التظالم في القضاء، هو: «نظر القاضي في دعوى المدعي ظلم خصمه له؛ وحكمه بما يترتب عليه ردّ الحق إليه، وإنصافه من خصمه».

٣. توصل الباحث إلى أنّ قطع التخاصم في القضاء هو: «نظر القاضي في دعوى المدعي ظلم خصمه له؛ وحكمه دون التمكن من ردّ الحقّ كلّه أو بعضه إليه، لصلح، أو لتنازل أحد الطرفين أو كليهما، أو لعدم توافر البيّنات اللازمة لإثبات الحق».

٤. أظهر البحث أنّ بين «منع التظالم، وقطع التخاصم» عموماً وخصوصاً وجهياً؛ إذ يجتمعان في قطع الخصومة، وينفرد منع التظالم: في ردّ الحقوق كاملةً بالحكم المر، وإن بقيت الضغائن، وينفرد قطع التخاصم: بعدم ردّ الحقّ كلّه أو بعضه، مع زوال الضغائن والأحقاد بالصلح أو التنازل.

٥. بيّن البحث أنّ «منع التظالم» له حالةٌ واحدةٌ: وهو الحكم المتر الذي يرُدُّ الحقَّ إلى صاحبه، رضي المدّعي أو لم يرض، وأنَّ «قطع التخاصم» له حالتان: الصلح، وتنازل أحد الطرفين أو كلاهما، وبه تنقطع الخصومة، ويحصل رضا الطرفين.

٦. أبرز البحث أنّ من أهمّ الصّور لقطع التخاصم بين أفراد المجتمع اهتمام الولاية ومن يُنيبونهم من القضاة بحلّ القضايا التي تؤدّي إلى نُشوب الخصومات، واستفحال النزاعات، الممزق لأواصر المجتمع، المقلقة للسكينة العامّة والأمن.

ثانياً: أهمّ التوصيات:

يوصي الباحث بتوصياتٍ؛ لعلَّ أهمّها:

١. القيام بدراساتٍ علميّةٍ لأنواع القضاء، وذلك بتحليل المحتوى الوارد في كتب القضاء، والأحكام السلطانيّة، والسياسة الشرعيّة، والولايات الدينيّة وغيرها؛ تهيئةً لدراساتٍ أعمق، ونظراً أدق.

٢. القيام بدراساتٍ تحليليّةٍ تراعي التسلسل التاريخي للقضاء، والتأليف فيه؛ وذلك بتتبُّع عمل قضاة المسلمين فيما سبق، وتصنيفه إلى أصنافٍ يصلح أن تكون مفيدةً للقضاء الشرعيّ المعاصر.

٣. القيام بدراساتٍ علميّةٍ تحليليّةٍ لإبراز الصّفات الشخصيّة لمن كان لهم أثرٌ واضحٌ في القضاء على مدار التاريخ الإسلامي؛ للاستفادة في بناء الشخصيّة القضائيّة المعاصرة.

٤. التّوسّع في فتح الباب للمصلحين للمشاركة في قطع التّخاصم في قاعات المحاكم؛ بصورة تُعين القضاء على أداء مهمّته، واستبقاء بعض طاقته.

٥. القيام بدراسةٍ علميّةٍ موسوعيّةٍ؛ لاستقراء صور التّقاضي على مدار التّاريخ الإسلاميّ في عصوره المختلفة، وتصنيفها، وتبويبها، والاستفادة من طرائقها، وتفعيل وسائلها في «منع التّظالم، وقطع التّخاصم»؛ لتكون زاداً للقضاة والمصلحين، والباحثين والمهتمّين.

فهرس المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم، جلّ مقامه.
٢. الإبانة في اللّغة العربيّة، المؤلّف: سلّمة بن مُسلم العوّتي الصّحاري، المحقّق: د. عبد الكريم خليفة، د. نصرت عبد الرّحمن، د. صلاح جرار، د. محمّد حسن عواد، د. جاسر أبو صفيّة، النّاشر: وزارة التّراث القومي والثّقافة، مسقط، سلطنة عُمان، الطّبعة الأولى (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م).
٣. الأحكام السّلطانيّة، المؤلّف: أبو الحسن علي بن محمّد بن محمّد بن حبيب البصري البغدادي، الشّهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، النّاشر: دار الحديث، القاهرة، بدون تاريخ طبع.
٤. أحكام القرآن، المؤلّف: القاضي محمّد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي (ت: ٥٤٣هـ)، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمّد عبد القادر عطا النّاشر: دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان.
٥. أخبار القضاة، المؤلّف: أبو بكر محمّد بن خَلَف بن حَيَّان بن صدقة الصّبيّ البغداديّ، الملقّب بـ«وكيع» (ت: ٣٠٦هـ)، صحّحه وعلّق عليه وخرّج أحاديثه: عبد العزيز مصطفى المراغي، النّاشر: المكتبة التجاريّة الكبرى، شارع محمّد علي بمصر لصاحبها: مصطفى محمّد، الطّبعة: الأولى (١٣٦٦هـ-١٩٤٧م)، (صورتها عالم الكتب، بيروت، ومكتبة المدائن، الرّياض).
٦. الإدارة في عصر الرّسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، المؤلّف: أحمد عجاج كرمي، النّاشر: دار السّلام، القاهرة، الطّبعة: الأولى (١٤٢٧هـ).
٧. أدب القاضي، المؤلّف: أبو العبّاس أحمد بن أبي أحمد الطّبري المعروف بابن القاصّ (ت: ٣٣٥هـ)، دراسة وتحقيق: د. حسين خلف الجبوري، الأستاذ المشارك بكلّيّة الشريعة والدراسات الإسلاميّة، جامعة أمّ القرى، مكة

المكرمة، الناشر: مكتبة الصديق، المملكة العربية السعودية، الطائف، الطبعة: الأولى (١٤٠٩هـ-١٩٨٩م).

٨. إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المؤلف: أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين (ت: ٩٢٣هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة: السابعة (١٣٢٣هـ).

٩. إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت الطبعة: الثانية (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م).

١٠. إعلام الموقعين عن رب العالمين، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التخریج: أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى (١٤٢٣هـ).

١١. أفضية رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، المؤلف: محمد بن الفرغ القرطبي المالكي، أبو عبد الله، ابن الطلاع، ويقال الطلاعي (ت: ٤٩٧هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، عام النشر (١٤٢٦هـ).

١٢. الإنصاف في معرفة الرَّاجح من الخلاف، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالح الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ طبع.

١٣. أنوار البروق في أنواع الفروق، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي (ت: ٦٨٤هـ)، الناشر: عالم الكتب، بدون تاريخ طبع.

- ١٤ . إيضاح طرق الاستقامة في بيان أحكام الولاية والإمامة، (مطبوع ضمن مجموع رسائل ابن عبد الهادي) المؤلف: يوسف بن حسن بن أحمد بن حسن ابن عبد الهادي الصّالحي، جمال الدين، ابن المبرّد الحنبلي (ت: ٩٠٩هـ) عناية: لجنة مختصة من المحققين بإشراف: نور الدين طالب، الناشر: دار النوادر، سوريا. سنة النشر (١٤٣٢هـ-٢٠١١م).
- ١٥ . البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت: بعد ١١٣٨هـ)، وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين. دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
- ١٦ . بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ) الناشر: دار الحديث، القاهرة، الطبعة: (١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م).
- ١٧ . البداية والنهاية، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثمّ الدمشقي (ت: ٧٧٤هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة: الأولى (١٤١٨هـ-١٩٩٧م)، سنة النشر (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م).
- ١٨ . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: علاء الدين الكاساني (ت: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، سنة النشر (١٩٨٢م).
- ١٩ . البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت: ٨٠٤هـ)، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، الطبعة الأولى (١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م).
- ٢٠ . بلوغ المرام من أدلة الأحكام، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، المحقق: الدكتور ماهر ياسين الفحل،



النَّاشِر: دار القبس للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض،
الطبعة: الأولى (١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م).

٢١. تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (ت: ١٢٠٥هـ)، تحقيق: جماعة من المختصين، الناشر: وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت، أعوام النشر: (١٣٨٥هـ - ١٤٢٢هـ) = (١٩٦٥م - ٢٠٠١م)، وصورت أجزاء منه: دار الهداية، ودار إحياء التراث وغيرهما.

٢٢. تاريخ ابن الوردي، المؤلف: عمر بن مظفر بن عمر بن محمد ابن أبي الفوارس، أبو حفص، زين الدين ابن الوردي المعري الكندي (ت: ٧٤٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلميَّة، لبنان، بيروت، الطبعة: الأولى (١٤١٧هـ - ١٩٩٦م).

٢٣. تاريخ ابن خلدون، المسمَّى: ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن محمد، ابن خلدون أبو زيد، ولي الدين الحضرمي الإشبيلي (ت: ٨٠٨هـ)، المحقق: خليل شحادة، دار الفكر، بيروت الطبعة الثانية (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).

٢٤. تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت: ٧٤٨هـ)، المحقق: د. بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).

٢٥. تاريخ الطبري = تاريخ الرُّسل والملوك، وصلة تاريخ الطبري، المؤلف: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (ت: ٣١٠هـ)، (صلة تاريخ الطبري، لعريب بن سعد القرطبي، (ت: ٣٦٩هـ)، الناشر: دار التراث، لبنان، بيروت، الطبعة: الثانية (١٣٨٧هـ).

٢٦. تاريخ دمشق، لأبي القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر (ت: ٥٧١هـ)، المحقق: عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (١٤١٥هـ-١٩٩٥م).
٢٧. تحرير ألفاظ التنبيه، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، المحقق: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ).
٢٨. التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد، وتنوير العقل الجديد، من تفسير الكتاب المجيد»، المؤلف: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت: ١٣٩٣هـ)، الناشر: الدار التونسية للنشر، تونس، سنة النشر (١٩٨٤هـ).
٢٩. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة: بدون طبعة، عام النشر (١٣٥٧هـ-١٩٨٣م).
٣٠. تخريج الدلالات السمعية على ما كان في عهد رسول الله من الحرف والصنائع والعمالات الشرعية، المؤلف: علي بن محمد بن أحمد بن موسى ابن مسعود، أبو الحسن ابن ذي الوزارتين، الخزازي (ت: ٧٨٩هـ)، المحقق: د. إحسان عباس، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية (١٤١٩هـ).
٣١. ترتيب الأمالي الخمسية للشجري، مؤلف الأمالي: يحيى (المرشد بالله) بن الحسين (الموفق) بن إسماعيل بن زيد الحسن الشجري الجرجاني (ت: ٤٩٩هـ)، رتبها: القاضي محيي الدين محمد بن أحمد القرشي العبشمي (ت: ٦١٠هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، الناشر: دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة: الأولى (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م).



٣٢. التعريفات، المؤلف: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت: ٨١٦هـ)، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلميّة، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م).
٣٣. تفسير القرآن العظيم، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثمّ الدمشقي (ت: ٧٧٤هـ)، المحقق: سامي بن محمد سلامة، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م).
٣٤. تفسير القرآن، المؤلف: أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثمّ الشافعي (ت: ٤٨٩هـ)، المحقق: ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم، الناشر: دار الوطن، السعودية، الرياض، الطبعة: الأولى (١٤١٨هـ-١٩٩٧م).
٣٥. التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل، المؤلف: صالح بن عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم آل الشيخ، الناشر: دار العاصمة للنشر والتوزيع، السعودية، الرياض، الطبعة: الأولى (١٤١٧هـ-١٩٩٦م).
٣٦. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب. مؤسسة قرطبة، مصر، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ-١٩٩٥م).
٣٧. التلخيص في معرفة أسماء الأشياء، المؤلف: أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري (ت: نحو ٣٩٥هـ)، عنيّ بتحقيقه: د. عزة حسن، الناشر: دار طلاس للدراسات والترجمة والنشر، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية (١٩٩٦م).
٣٨. التنظيم القضائي في المملكة العربيّة السعوديّة في ضوء الشريعة الإسلاميّة ونظام السّلطة القضائيّة، سعود بن سعد سعود الدريب، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلاميّة، تاريخ النّشر (١٩٨٤م).

٣٩. تهذيب الكمال في أسماء الرجال، المؤلف: يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، أبو الحجاج، جمال الدين ابن الزكي أبي محمد القضاعي الكلبي المزني (ت: ٧٤٢هـ)، المحقق: د. بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٠٠هـ-١٩٨٠م).
٤٠. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، المؤلف: عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي (ت: ١٣٧٦هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن مَعَلَا اللُّويحي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى (١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م).
٤١. جامع البيان في تأويل القرآن، المؤلف: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (ت: ٣١٠هـ)، المحقق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م).
٤٢. جمهرة اللغة، المؤلف: أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (ت: ٣٢١هـ)، المحقق: رمزي منير بعلبكي، الناشر: دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (١٩٨٧م).
٤٣. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المؤلف: أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي (ت: ١١٨٩هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت (١٤١٤هـ-١٩٩٤م).
٤٤. الحاوي الكبير، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى (١٤١٩هـ-١٩٩٩م).
٤٥. حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ)، المحقق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه - مصر، الطبعة: الأولى (١٣٨٧هـ-١٩٦٧م).



٤٦. حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، المؤلّف: أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني (ت: ٤٣٠هـ)، النّاشر: السّعادة، مصر، (١٣٩٤هـ-١٩٧٤م)، ثم صورتها عدة دور منها، دار الكتاب العربي، بيروت، دار الفكر للطباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، دار الكتب العلميّة، بيروت، طبعة (١٤٠٩هـ).

٤٧. خلاصة البدر المنير، المؤلّف: ابن الملقّن سراج الدّين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشّافعي المصري (ت: ٨٠٤هـ)، النّاشر: مكتبة الرّشد للنّشر والتّوزيع، الطّبعة: الأولى (١٤١٠هـ-١٩٨٩م).

٤٨. روضة الطّالين وعمدة المفتين، المؤلّف: أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النّووي (ت: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشّاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطّبعة الثالثة (١٤١٢هـ-١٩٩١م).

٤٩. سبل السّلام، المؤلّف: محمّد بن إسماعيل بن صلاح بن محمّد الحسني، الكحلاني ثمّ الصّنعاني، أبو إبراهيم، عز الدّين، المعروف كأسلافه بالأمر (ت: ١١٨٢هـ)، النّاشر: دار الحديث، الطّبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

٥٠. سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، المؤلّف: أبو عبد الرحمن محمّد ناصر الدّين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفّى: ١٤٢٠هـ)، النّاشر: مكتبة المعارف للنّشر والتّوزيع، الرّياض، الطّبعة: الأولى، (لمكتبة المعارف)، عام النّشر: الجزء (١-٤)، (١٤١٥هـ-١٩٩٥م)، الجزء (٦)، (١٤١٦هـ-١٩٩٦م)، الجزء (٧)، (١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م).

٥١. سنن ابن ماجه، المؤلّف: ابن ماجه أبو عبد الله محمّد بن يزيد القزويني، وماجه اسم أبيه يزيد (ت: ٢٧٣هـ)، تحقيق: محمّد فؤاد عبد الباقي النّاشر: دار إحياء الكتب العربيّة، فيصل عيسى الباي الحلبي.

٥٢. سنن التّرمذي، المسّمى: جامع التّرمذي، المؤلّف: محمّد بن عيسى بن سوّرة بن موسى بن الصّحّاك، التّرمذي، أبو عيسى (ت: ٢٧٩هـ)، تحقيق وتعليق: أحمد

- محمد شاکر (ج ١، ٢)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج ٣)، وإبراهيم عطوة عوض المدرّس في الأزهر الشّريف (ج ٤، ٥)، النّاشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطّبعة: الثّانية (١٣٩٥هـ-١٩٧٥م).
٥٣. السّنين الكبرى، المؤلّف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت: ٤٥٨هـ) المحقّق: محمد عبد القادر عطا النّاشر: دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان الطّبعة: الثّالثة (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م).
٥٤. سير أعلام النبلاء، المؤلّف: شمس الدّين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايّاز الدّهبي (ت: ٧٤٨هـ)، المحقّق: مجموعة من المحقّقين بإشراف الشّيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسّسة الرّسالة، الطّبعة الثّالثة (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م).
٥٥. السّيرة الحليّة، المسمّى: إنسان العيون في سيرة الأمين المأمون، المؤلّف: علي بن إبراهيم بن أحمد الحلبي، أبو الفرج، نور الدّين ابن برهان الدّين (ت: ١٠٤٤هـ)، النّاشر: دار الكتب العلميّة، بيروت، الطّبعة: الثّانية (١٤٢٧هـ).
٥٦. شرح التّبصرة والتّدكرة = ألفيّة العراقي، المؤلّف: أبو الفضل زين الدّين عبد الرّحيم بن الحسين بن عبد الرّحمن بن أبي بكر بن إبراهيم العراقي (ت: ٨٠٦هـ)، المحقّق: عبد اللّطيف الهميم، ماهر ياسين فحل، النّاشر: دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطّبعة الأولى (١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م).
٥٧. شرح الزّرکشي على مختصر الخرقى، المؤلّف: شمس الدّين محمد بن عبد الله الزّرکشي المصري الحنبلي (ت: ٧٧٢هـ)، النّاشر: دار العبيكان، الطّبعة: الأولى (١٤١٣هـ-١٩٩٣م).
٥٨. شرح سنن أبي داود، المؤلّف: شهاب الدّين أبو العبّاس أحمد بن حسين بن علي بن رسلان المقدسي الرّملي الشّافعي (ت: ٨٤٤هـ)، تحقيق: عدد من الباحثين بدار الفلاح بإشراف خالد الرباط، النّاشر: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التّراث، الفيوم، جمهورية مصر العربيّة، الطّبعة: الأولى (١٤٣٧هـ-٢٠١٦م).



٥٩. شرح مختصر خليل، المؤلف: محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله (ت: ١١٠١هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون بيانات طبع.
٦٠. شرح منتهى الإرادات، المسمى: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى (١٤١٤هـ-١٩٩٣م).
٦١. شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المؤلف: نشوان بن سعيد الحميري اليمني (ت: ٥٧٣هـ)، المحقق: د. حسين بن عبد الله العمري، مطهر بن علي الإرياني، د. يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر (بيروت، لبنان)، دار الفكر (دمشق، سورية)، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م).
٦٢. الصّحاح تاج اللّغة وصحاح العربيّة، المؤلف: أبو نصر إسماعيل بن حمّاد الجوهري الفارابي (ت: ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م).
٦٣. صحيح البخاري، المسمى: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النّجاة (مصورة عن السّلطانيّة بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) الطبعة: الأولى (١٤٢٢هـ).
٦٤. صحيح مسلم، المسمى: المسند الصّحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون بيانات طبع.

٦٥. صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن حمدان بن شبيب بن حمدان الثُميري الحرّاني الحنبلي (ت: ٦٩٥هـ)، المحقق: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثالثة، (١٣٩٧هـ).
٦٦. الطبقات الكبرى، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد (ت: ٢٣٠هـ)، المحقق: إحسان عباس، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الأولى (١٩٦٨م).
٦٧. طلبة الطلبة، المؤلف: عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (ت: ٥٣٧هـ)، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثني، بغداد، العراق، تاريخ النشر (١٣١١هـ).
٦٨. العباب الزاخر واللباب الفاخر، المؤلف: رضي الدين الحسن بن محمد بن الحسن بن حيدر العدوي العمري القرشي الصّغاني الحنفي (ت: ٦٥٠هـ)، الكتاب مرقّم آلياً بالمكتبة الشّاملة وغير موافق للمطبوع.
٦٩. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، المؤلف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (ت: ٨٥٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٧٠. غريب الحديث لابن الجوزي، المؤلف: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (ت: ٥٩٧هـ)، المحقق: الدكتور عبد المعطي أمين القلعجي، الناشر: دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م).
٧١. غريب الحديث لابن قتيبة، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (ت: ٢٧٦هـ)، المحقق: د. عبد الله الجبوري، الناشر: مطبعة العاني، بغداد، العراق، الطبعة الأولى، بدون تاريخ طبع.



٧٢. الفائق في غريب الحديث والأثر، المؤلف: أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الرّبخشري جار الله (ت: ٥٣٨هـ)، المحقق: علي محمد البجاوي، محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية.
٧٣. الفتاوى الحديثية، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (ت: ٩٧٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: لا يوجد.
٧٤. فتح الباري شرح صحيح البخاري، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، طبعة (١٣٧٩هـ)، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصحّحه وأشرف على طبعه: محبّ الدين الخطيب، عليه تعليقات شيخنا الإمام: عبد العزيز بن عبد الله بن باز رحمه الله.
٧٥. فتح القدير، المؤلف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيّواسي المعروف بابن الهمام (ت: ٨٦١هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: لا يوجد.
٧٦. فتوح مصر والمغرب، المؤلف: عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الحكم، أبو القاسم المصري (ت: ٢٥٧هـ)، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية، عام النّشر (١٤١٥هـ).
٧٧. فيض القدير شرح الجامع الصّغير، المؤلف: زين الدين محمد المدعو بعبد الرّؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدّادي ثم المناوي القاهري (ت: ١٠٣١هـ)، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة: الأولى (١٣٥٦هـ).
٧٨. قواطع الأدلة في الأصول، المؤلف: أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزي السّمعاني التّميمي الحنفي ثمّ الشافعي (ت: ٤٨٩هـ)، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، الناشر: دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى (١٤١٨هـ-١٩٩٩م).

٧٩. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المؤلّف: أبو محمّد عز الدين عبد العزيز بن عبد السّلام بن أبي القاسم بن الحسن السّلمي الدّمشقي، الملقّب بسُلطان العلماء (ت: ٦٦٠هـ)، المحقّق: محمود بن التّلاميذ السّنقيطي، النّاشر: دار المعارف بيروت، لبنان، بدون بيانات طبع.
٨٠. الكافي في فقه الإمام أحمد، المؤلّف: أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، النّاشر: دار الكتب العلميّة، الطّبعة: الأولى (١٤١٤هـ-١٩٩٤م).
٨١. الكامل في التّاريخ، المؤلّف: أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمّد بن محمّد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشّيباني الجزري، عز الدّين ابن الأثير (ت: ٦٣٠هـ)، تحقيق: عمر عبد السّلام تدمري، النّاشر: دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطّبعة: الأولى (١٤١٧هـ-١٩٩٧م).
٨٢. كشاف القناع عن متن الإقناع، المؤلّف: منصور بن يونس بن صلاح الدّين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، النّاشر: دار الكتب العلميّة، بدون بيانات طبع.
٨٣. كشف المشكل من حديث الصّحيحين، المؤلّف: جمال الدّين أبو الفرج عبد الرّحمن بن علي بن محمّد الجوزي (ت: ٥٩٧هـ)، المحقّق: علي حسين البواب، النّاشر: دار الوطن، الرّياض، المملكة العربيّة السّعوديّة، بدون بيانات طبع، وتاريخ نشر.
٨٤. الكلّيّات معجم في المصطلحات والفروق اللّغوية، المؤلّف: أيّوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، أبو البقاء الحنفي (ت: ١٠٩٤هـ)، المحقّق: عدنان درويش، محمّد المصري، النّاشر: مؤسّسة الرّسالة، بيروت، بدون بيانات طبع.

٨٥. لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت: ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الثالثة (١٤١٤هـ).
٨٦. اللُّمَع في أصول الفقه، المؤلف: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلميّة، الطبعة: الثانية (٢٠٠٣م-١٤٢٤هـ).
٨٧. المبدع في شرح المقنع، المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (ت: ٨٨٤هـ)، الناشر: دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة (١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م).
٨٨. المبسوط، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، الناشر: دار المعرفة، بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر (١٤١٤هـ-١٩٩٣م).
٨٩. مجموع الفتاوى، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلّيم بن تيمية الحرّاني (ت: ٧٢٨هـ) المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر (١٤١٦هـ-١٩٩٥م).
٩٠. المجموع المغيـث في غريب القرآن والحديث، المؤلف: محمد بن عمر بن أحمد بن عمر بن محمد الأصهباني المدني، أبو موسى (ت: ٥٨١هـ)، المحقق: عبد الكريم العزباوي، الناشر: جامعة أمّ القرى، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، دار المدني للطباعة والنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى: المجلد (١) عام (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)، المجلد (٢-٣) عام (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م).

٩١. المحكم والمحيط الأعظم، المؤلف: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (ت: ٤٥٨هـ)، المحقق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م).
٩٢. المحيط في اللغة، المؤلف: كافي الكفاة، الصّاحب، إسماعيل بن عباد (٣٢٦-٣٨٥هـ)، المحقق: محمّد حسن آل ياسين، النّاشر: عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ-١٩٩٤م).
٩٣. مختار الصّحاح، المؤلف: زين الدّين أبو عبد الله محمّد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرّازي (ت: ٦٦٦هـ)، المحقق: يوسف الشّيخ محمّد، النّاشر: المكتبة العصرية، الدّار النّمودجيّة، بيروت، صيدا، الطبعة: الخامسة (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م).
٩٤. المخصّص، المؤلف: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (ت: ٤٥٨هـ)، المحقق: خليل إبراهيم جفال، النّاشر: دار إحياء التّراث العربي، بيروت، الطبعة: الأولى (١٤١٧هـ-١٩٩٦م).
٩٥. مذكرة في أصول الفقه، المؤلف: محمّد الأمين بن محمّد المختار بن عبد القادر الجكني الشّنقيطي (ت: ١٣٩٣هـ)، النّاشر: مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة: الخامسة (٢٠٠١م).
٩٦. المستدرك على الصّحيحين، المؤلف: أبو عبد الله الحاكم محمّد بن عبد الله بن محمّد بن حمدويه ابن نعيم بن الحكم الضّبي الطّهاني النّيسابوري المعروف بابن البيع (ت: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١١هـ-١٩٩٠م).
٩٧. مسند الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمّد بن حنبل بن هلال بن أسد الشّيباني (ت: ٢٤١هـ) المحقق: شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد، وآخرون إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التّركي، النّاشر: مؤسّسة الرّسالة



(١٤٢١هـ - ٢٠٠١م)، طبعة أخرى بتحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، الطبعة: الأولى (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م).

٩٨. مشارق الأنوار على صحاح الآثار، المؤلف: عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن اليحصبي السبتي، أبو الفضل (ت: ٥٤٤هـ)، الناشر: المكتبة العتيقة ودار التراث، بدون تاريخ نشر.

٩٩. مشكاة المصابيح، المؤلف: محمد بن عبد الله الخطيب العمري، أبو عبد الله، ولي الدين، التبريزي (ت: ٧٤١هـ)، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثالثة (١٩٨٥م).

١٠٠. مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايباز بن عثمان البوصيري الكناني الشافعي (ت: ٨٤٠هـ)، المحقق: محمد المتقى الكشناوي، الناشر: دار العربية، بيروت، الطبعة: الثانية (١٤٠٣هـ).

١٠١. معجم اللغة العربية المعاصرة، المؤلف: د. أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت: ١٤٢٤هـ)، بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، الطبعة: الأولى (١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م).

١٠٢. المعجم الوسيط، المؤلف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مصر، (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، الناشر: دار الدعوة. بدون تاريخ طبع.

١٠٣. معجم لغة الفقهاء، المؤلف: محمد رؤاس قلعجي، حامد صادق قنبي، الناشر: دار التفائس للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).

١٠٤. المغرب في ترتيب المغرب، المؤلف: ناصر بن عبد السيّد أبي المكارم ابن علي، أبو الفتح، برهان الدين الخوارزمي المطرزي (ت: ٦١٠هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي، بدون تاريخ نشر.
١٠٥. المغني، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، تاريخ النّشر (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م).
١٠٦. مفاتيح العلوم، المؤلف: محمد بن أحمد بن يوسف، أبو عبد الله، الكاتب البلخي الخوارزمي (ت: ٣٨٧هـ)، المحقّق: إبراهيم الأبياري، الناشر: دار الكتاب العربي، الطّبعة الثّانية، بدون تاريخ نشر.
١٠٧. الممتع في شرح المقنع، المؤلف: زين الدين المنجّي بن عثمان بن أسعد ابن المنجّي التنوخي الحنبلي (٦٣١-٦٩٥هـ)، دراسة وتحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، الطّبعة: الثّالثة (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م).
١٠٨. مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، المؤلف: الإمام الحافظ أبو الفرج عبد الرّحمن بن علي بن محمد بن علي ابن الجوزي البغدادي (ت: ٥٩٧هـ)، تحقيق: أ. د. عامر حسن صبري التّميمي، طباعة المجلس الأعلى للشؤون الإسلاميّة، مملكة البحرين، الطّبعة الأولى (١٤٣٥هـ-٢٠١٣م).
١٠٩. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (شرح صحيح مسلم)، المؤلف: أبو زكريّا محيي الدين يحيى بن شرف النّووي (ت: ٦٧٦هـ)، الناشر: دار إحياء الثّراث العربي، بيروت، لبنان، الطّبعة الثّانية (١٣٩٢هـ).
١١٠. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المؤلف: أبو زكريّا محيي الدين يحيى بن شرف النّووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار إحياء الثّراث العربي، بيروت، الطّبعة الثّانية، بدون بيانات طبع.



١١١. المهذّب في فقه الإمام الشّافعي، المؤلّف: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشّيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، النّاشر: دار الكتب العلميّة، بدون بيانات طبع.
١١٢. الموافقات، المؤلّف: إبراهيم بن موسى بن محمّد اللخمي الغرناطي الشّهير بالشّاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، المحقّق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، النّاشر: دار ابن عفان، الطّبعة: الأولى (١٤١٧هـ-١٩٩٧م).
١١٣. نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، منشور في مجموع رسائل ابن عابدين. بدون بيانات طبعة.
١١٤. نصب الرّاية لأحاديث الهداية، مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزّيلعي، المؤلّف: جمال الدّين أبو محمّد عبد الله بن يوسف بن محمّد الزّيلعي (ت: ٧٦٢هـ)، قدّم للكتاب: محمّد يوسف البنّوري، صحّحه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجان، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمّد يوسف الكاملفوري. المحقّق: محمّد عوامة، مؤسّسة الرّيان للطباعة والنّشر، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلاميّة، جدة، السّعوديّة. الطّبعة الأولى (١٤١٨هـ-١٩٩٧م).
١١٥. النّهاية في غريب الحديث والأثر، المؤلّف: مجد الدّين أبو السّعادات المبارك بن محمّد بن محمّد بن محمّد بن عبد الكريم الشّيباني الجزري ابن الأثير (ت: ٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمّد الطّناحي، النّاشر: المكتبة العلميّة، بيروت (١٣٩٩هـ-١٩٧٩م).
١١٦. نيل الأوطار، المؤلّف: محمّد بن علي بن محمّد بن عبد الله الشّوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدّين الصّبابطي، النّاشر: دار الحديث، مصر، الطّبعة: الأولى (١٤١٣هـ-١٩٩٣م).
١١٧. الوسيط في المذهب، المؤلّف: أبو حامد محمّد بن محمّد الغزالي الطّوسي (ت: ٥٠٥هـ)، المحقّق: أحمد محمود إبراهيم، محمّد محمّد تامر، دار السلام، القاهرة، الطّبعة الأولى (١٤١٧هـ).





قاعدة
من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف
مع قيام المقتضي له
لمانع
ضوعف عليه الغرم

د. يوسف بن عبد الرحمن بن عبد الله آل الشيخ
الأستاذ المشارك بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء



المقدمة

الحمد لله الذي مهّد قواعد الدين بكتابه المحكم، وشيد معاقل العلم بخطابه وأحكامه، وفقّه في دينه من أراد به خيراً من عباده وفهمه، وأوقف من شاء على ما شاء من أسرار مراده وألهم، فسبحان من حكم فأحكم، وحلل وحرّم، وعرفّ وعلمّ، علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة تهدي إلى الطريق الأقوم، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله المخصوص بجوامع الكلم، وبدائع الحكم، وودائع العلم والحلم والكرم، صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم^(١).

أما بعد؛ فإنّ السعي في سبيل فقه الكتاب والسنة سعيٌّ بين شعائر الله، فمن سلك سبيله فما أعظم أجر تطوافه بينهما، ومن استزاد منها فقد تزود لتقوى ربه، فليستزِد وليتزود ﴿فَإِنَّ خَيْرَ الزَّادِ التَّقْوَى﴾.

وإنّ خيرَ ما يسعى فيه ويعتني به من فقهها فقه القواعد الفقهية المستنبطة منها؛ جمعاً، ودراسةً، وتحريراً، وتأصيلاً، وتطبيقاً.

وإنّ هذه القواعد -مبثوثةً في كتب العلماء أو مجموعةً- لحريةً بالتدقيق والتمحيص لما يُبني على طردها من أحكام وفروع.

وإنّ من القواعد الفقهية الحرية بالدراسة، والتحرير، والتأصيل، والتطبيق؛ قاعدةً فقهيةً ذُكرت في مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة

(١) صدر المقدمة مقتبس من صدر مقدمة ابن رجب لقواعده (١/٣).

دون غيره، وتتابع بعض علماء هذا المذهب على التصريح بها، ولم يشر إليها بعضهم، وبعض ذكرها بصياغةٍ أخص من بعض.

وهذه القاعدة؛ هي قاعدة صاغها بعض الحنابلة بقوله: «من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف، مع قيام المقتضي له؛ لمانع؛ ضوعف عليه الغرم».

ومما استدعى الوقوف أمام هذه القاعدة، واسترعى الانتباه؛ أني لم أجد القائلين بها يصرحون بطرد حكمها في مسائل كثيرة انطبقت عليها قيود القاعدة التي ذكروها، حيث لم يذكروا فيها ما يتوافق مع حكم القاعدة.

كما أن في القيود التي وضعوها في صياغة القاعدة إبهاماً يستلزم بياناً يوضح المراد؛ ويستوجب وضع ضوابط تجلي محل القاعدة، ومورد تطبيقها.

مشكلة البحث:

هذا البحث يهدف إلى حل مشكلة (عدم تحرير القاعدة والأقوال فيها من الجانب التأصيلي).

وهو يحاول الجواب عن الأسئلة الرئيسة التالية:

- ما مذهب الفقهاء في هذه القاعدة؟ وما الراجح فيها؟
- وما هي شروط القاعدة؟
- وما أحكام الغرم المذكور فيها؟
- وهل يطرد القائلون بهذه القاعدة حكمها في جميع صورها؟

حدود الموضوع:

الموضوع منحصر في الدراسة التأصيلية للقاعدة، وبيان صيغ القاعدة، ومعناها، ودراستها، وبيان شروطها، ومستثنياتها إن وجدت، وذكر تطبيقاتها.

ولا يدخل في الموضوع دراسة التطبيقات الفقهية للقاعدة دراسة فقهية مقارنة^(١).

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تظهر أهمية هذا الموضوع وأسباب اختياره فيما يلي:

١. تشعب الكلام في هذه القاعدة، وكثرة الأقوال في صورها عند القائلين بها، وهذا يستدعي الدراسة التأصيلية للقاعدة في المذاهب الفقهية عموماً، وفي المذهب القائل بها خصوصاً.

٢. اختلاف قول المذهب القائل بها، بل اختلاف قول العالم الواحد فيها أحياناً^(٢).

(١) وسيتبع الباحث هذا البحث ببحث آخر يعتني بالجانب التطبيقي للقاعدة فقهاً وقضاءً بإذن الله تعالى.

(٢) ولهذا مثالان اطلع عليهما الباحث:

الأول: أن الحجاوي والبهوتي رَحِمَهُمَا اللهُ في (الإفناع وكشاف القناع ١٣٩/٦) خصا تضعيف الغرم في السرقة من غير حرز بالثمر والكثرة والماشية، أما في (الزاد والروض ٣٧٥/٦) فقد عمم الحجاوي التضعيف لكل مسروق من غير حرز، فقال: «ومن سرق شيئاً من غير حرز ثمرأً كان أو كثراً أو غيرهما أضعفت عليه القيمة»، وخالفه البهوتي، =

٣. حاجة القاعدة إلى سبر أحوالها وتقسيماتها؛ ليتضح حكمها بتفصيل.

٤. حاجة القاعدة إلى بيان عدة شروط تضبطها عند القائلين بها.

٥. حاجة القاعدة إلى معرفة تطبيقاتها؛ للتأكد من اطرادها، وعدم

الاستثناء فيها.

٦. أهمية القاعدة في الجانب القضائي، لا سيما عند توجه القضاء إلى عدم

إيقاع العقوبات المقدرة؛ لمانع من الموانع.

أهداف الموضوع:

يهدف هذا الموضوع على وجه العموم إلى ما يلي:

= فقال: «وقدم في (التنقيح) أن التضعيف خاص بالثمر والطلع والجمار والماشية، وقطع به في (المتهى) وغيره».

الثاني: أن ابن عثيمين رَحِمَهُ اللهُ نَظَمَ هذه القاعدة بعمومها فقال:

وضاعف الغرم على من ثبتت
عقوبة عليه ثم سقطت

لمانع كسارقٍ من غير ما
محرزٍ ومَن إضالٍ كتما

وحكى في الشرح الممتع (٣٦٧/١٤) القولين في مسألة تضعيف الغرم في السرقة من غير حرز فيما لا نص فيه، ورأى أن القول بالتضعيف أقرب، كما أنه في شرح منظومة أصول الفقه وقواعده (ص ٣٤٨) ذكر القول الثاني ثم قال: «إلا أن القاعدة تقتضي العموم».

إلا أنه في (تعليقه على قواعد شيخه ابن سعدي ص ٢٠٣) خص التضعيف في المسألة فيما فيه نص فقال: «خص ابن سعدي ذلك بالثمر والماشية، وعمم بعض أهل العلم فيمن سرق من غير حرز،... والأولى أن يُقتصر على ما جاء به النص، وما لم يجيء الأصل أنه لا يضمن إلا بمثله أو قيمته».

١. تحرير المذاهب الفقهية في القاعدة من الجانب التأصيلي.
٢. معرفة الرأي الراجح في القاعدة.
٣. خدمة المجتمع عامة، والفقه والقضاء خاصة، ببيان أحكام هذه القاعدة بتفاصيلها الدقيقة.

الدراسات السابقة:

بعد البحث في قواعد البيانات، والمكتبات العامة، والجامعية، لم أجد من درس هذه القاعدة، لا من الجانب التأصيلي، ولا من الجانب التطبيقي. وغاية ما وقفت عليه هو إيراد هذه القاعدة في بعض كتب القواعد في المذهب الحنبلي فقط، وفي موسوعات القواعد الفقهية المعاصرة، مع بيان بعض تطبيقاتها، دون دراسة تأصيلية للقاعدة، ولا دراسة تطبيقية لتطبيقاتها.

منهج البحث:

التزمت في بحثي المنهج العلمي المبني على الاستقراء لنصوص الشرع، والاستقراء لنصوص أهل العلم، وتحليلها، والاستنباط منها، مراعيًا في المنهج الإجراءات الآتية:

١. تصوير المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها، ليتضح المقصود من دراستها.
٢. الاعتناء بالتفريق بين المصطلحات المتشابهة في المسألة.
٣. التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد.

٤. الاعتناء بضرب الأمثال الواقعية.

٥. عزو الآيات إلى سورها مع ذكر رقم الآية.

٦. تحريج الأحاديث من مصادرها الأصلية مع إثبات الكتاب والباب ورقم الحديث، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كانت كذلك، فأكتفي حينئذ بتخريجها منها.

٧. التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

٨. توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء والصفحة.

٩. الاعتناء بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم.

١٠. تكون الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات.

تقسيمات البحث:

يتألف هذا البحث من مقدمة، وتمهيد، وسبعة مباحث، وخاتمة، وفهرس مصادر.

المقدمة:

وتشتمل على مشكلة البحث، وحدود الموضوع، وأهميته وأسباب اختياره، وأهدافه، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وتقسيماته.

التمهيد: وفيه تعريف القواعد الفقهية، وأنواعها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: أنواع القواعد الفقهية، ومحل اندراج القاعدة منها.

المبحث الأول: تأريخ القاعدة، وصيغها.

المبحث الثاني: القواعد ذات العلاقة.

المبحث الثالث: معنى القاعدة.

المبحث الرابع: دراسة القاعدة.

المبحث الخامس: شروط القاعدة.

المبحث السادس: تطبيقات القاعدة.

المبحث السابع: مستثنيات القاعدة.

الخاتمة.

فهرس المصادر.

والله أسأل التوفيق والسداد والإعانة.



التمهيد

المطلب الأول: تعريف القواعد الفقهية لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً وصفيّاً:

أ. تعريف القواعد لغةً:

القواعد لغة: جمع (قاعدة)، وهي اسم فاعل من الفعل الثلاثي (قَعَدَ).

«وَقَعَدَ يَقَعِدُ قُعُوداً وَمَقَعِداً أَي جَلَسَ»^(١).

قال ابن فارس: «القاف والعين والذال أصل مطرد منقاس لا يُخَلَفُ، وهو

يضاهي الجلوس، وإن كان يُتَكَلَّمُ في مواضع لا يُتَكَلَّمُ فيها بِالْجُلُوسِ»^(٢).

وتُطْلَقُ (القاعدة) على أصل الأُسِّ.

قال ابن منظور: «القاعدة أصل الأُسِّ، والقواعدُ: الأساسُ، وقواعد

البيت، أساسه، وفي التنزيل: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ

وَإِسْمَاعِيلُ﴾ (سورة البقرة: ١٢٧)»^(٣).

ومنه قولهم: «بنى أمره على قاعدة»^(٤).

ومن هذا الباب استعمال الفقهاء لكلمة (قاعدة) للقاعدة الفقهية؛ فهي

أساس للفروع الفقهية، كما أن قاعدة البيت أساس له.

(١) لسان العرب، (٣/٣٥٩)، باب الدال فصل القاف.

(٢) مقاييس اللغة، (٥/١٠٨) باب القاف والعين وما يثلثها.

(٣) لسان العرب، (٣/٣٦١)، باب الدال فصل القاف.

(٤) تاج العروس من جواهر القاموس، (٩/٦٠)، باب قعد.

ب. تعريف القاعدة في الاصطلاح العام:

ورد للقاعدة بالاصطلاح العام (والذي يشمل القاعدة الفقهية، والأصولية، والعقدية، والنحوية، والحسابية ونحوها) عدة تعريفات، وأفضلها تعريف صدر الشريعة: أن «القواعد: هي القضايا الكلية»^(١).

تعريف (الفقهية):

الفقهية قيد في القواعد؛ لإخراج ما ليس فقهياً منها؛ كقواعد الحساب، والهندسة، وأصول الفقه.

والفقه لغةً: مصدر من الفعل الثلاثي (فَقَّهَ يَفْقَهُ).

وَفَقَّهَ يَفْقَهُ فِقْهًا أَي عِلْمٍ وَفَهْمٍ وَأَدْرَكَ.

قال ابن فارس «الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح يدل على إدراك الشيء والعلم به»^(٢).

واصطلاحاً: فقد قيلت فيه تعريفات كثيرة، لكن اشتهر منها وشاع أنه: «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية»^(٣).

(١) التوضيح بحاشية التلويح (٢٠ / ١).

(٢) مقاييس اللغة، (٤ / ٤٤٢).

(٣) أصول الفقه (الحد والموضوع والغاية) للباحسين (ص ٦٨).

ثانياً: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علماً ولقباً على قواعد معينة:

ورد للقاعدة الفقهية بهذا الاعتبار عدة تعريفات، وأفضل هذه التعريفات تعريف شيخنا د. يعقوب الباحسين رَحِمَهُ اللهُ، حيث عرفها بأنها: «قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية»^(١).

وهذا أفضل التعريفات لأمرين:

أ. أنه عرف القاعدة بأنها قضية، وهو أولى من التعبير بـ(الحكم)؛ لأنه وإن كان الحكم أهم أجزاء القضية إلا أن التعبير بالقضية أتم، وأشمل؛ لتناولها (الحكم)، و(المحكوم عليه).

ب. أنه خصص بالقضية الفقهية من عموم ما يطلق عليه لفظ (القضية).

ج. أنه صرح بكون القاعدة قضية كلية، خلافاً لمن وصفها بكونها أغلبية؛ وذلك عائد إلى أن تخلف بعض الجزئيات لا يقدر في كلية القاعدة.

وكون القاعدة الفقهية كلية يتضمن أمرين:

الأول: أن لها جزئيات؛ أي فروعاً.

الثاني: أن الحكم فيها منطبق على كل جزئيات محكمها.

د. أنه قيد هذه القضية الكلية بقيد مهم يخرج عن إطارها قضايا كلية كثيرة، وهذا القيد هو أن جزئيات القاعدة لا بد أن تكون قضايا كلية كذلك. أي أن القاعدة الفقهية تختلف عن غيرها بأن جزئياتها جزئيات كذلك.

(١) القواعد الفقهية (٣٩-٥٢).

فهذا القيد حد فاصل بين القاعدة الفقهية من جهة، والقاعدة القانونية، والفروع الفقهية العامة، والفروع الفقهية الجزئية الخاصة من جهة أخرى^(١).

المطلب الثاني: أنواع القواعد الفقهية، ومحل القاعدة منها:

القواعد الفقهية ليست نوعاً واحداً، وهي على مراتب، لا على رتبة واحدة؛ سواءً من حيث مصادرها ومآخذها، أو من حيث العموم والشمول في أحكامها، أو من حيث الاتفاق عليها والاختلاف فيها، وسواءً كان ذلك بين المذاهب الفقهية، أو بين فقهاء المذهب الواحد، وهي أيضاً تتنوع باعتبارات مختلفة أخرى، تبعاً للحيثية التي يُنظر منها إليها.

وسيكون الكلام هنا عن أهم هذه التقسيمات التي ذكرها العلماء، وهو أقسام أو أنواع القواعد الفقهية من حيث الاتساع والشمول، والذي سيتم تناوله بشيء من التفصيل، ولا سيما وأن معرفته تعطي تصوراً عن الفروق بين القواعد الفقهية، ثم يتبع ذلك بيان محل قاعدة البحث ضمن هذه الأنواع.

الفرع الأول: أنواع القواعد الفقهية من حيث الاتساع والشمول:

تتابع كثير من المصنفين المتقدمين في القواعد الفقهية؛ كالسبكي وابن نجيم والسيوطي في أشباههم وغيرهم إلى تقسيم القواعد الفقهية إلى قواعد تختص بالقواعد الخمس أو الست الكبرى، وقواعد كلية تضم أهم القواعد

(١) للاستزادة انظر: القواعد الفقهية للباحسين (٥٢-٥٤)، المعايير الجلية في التمييز بين الأحكام والقواعد والضوابط الفقهية له (٤٠-٤٥).

الفقهية العامة، والتي يدخل فيها فروعٌ من أبواب شتى، وقواعد من باب واحد^(١).

وقدّم المصنفون المعاصرون في تأصيل علم القواعد الفقهية هذا التقسيم من هذه الحيثية^(٢)، وهو تقسيم حسن؛ لإبرازه رُتَبَ القواعد ومنازلها.

إلا أن أفضل تقسيم للقواعد الفقهية في نظر الباحث من هذه الحيثية هو تقسيم (معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية)^(٣)، والذي تم فيه تقسيم القواعد الفقهية من حيث شمولها لأقسام الفقه وأبوابه؛ بدءاً بأوسعها، وانتهاءً بالقواعد المختصة بباب واحد، وذلك؛ لكون هذا التقسيم محققاً لمقصود التقسيم السابق، وشاملاً لجميع القواعد.

وأقسام الفقه التي بني عليها هذا التقسيم للقواعد الفقهية هي:

١. العبادات.

٢. المعاملات المالية.

٣. المناكحات (فقه الأسرة).

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١/١٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٢)، المجموع المذهب للعلائي (٢/٤٣٥) على اختلاف يسير بينهم.

(٢) انظر: القواعد الفقهية للباحسين (ص ١١٨)، مقدمة تحقيق ابن حميد لقواعد المقري (ص ١٣٤).

(٣) وهي موسوعة علمية شاملة تضم القواعد الفقهية والأصولية والمقاصدية مع الضوابط الفقهية، وهي ثمرة قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٢٤) في مؤتمره الثالث، وقد تم نشرها عام ١٤٣٤ هـ. انظر: موقع المجمع (<https://iifa-aifi.org/ar/2965.html>).

٤. العقوبات.

٥. السياسة الشرعية.

٦. الآداب الشرعية.

ومن المعلوم أن كل قسم من هذه الأقسام يتفرع إلى أبواب، وهي الأبواب الفقهية المعتمدة في كتب الفقه، وهي التي يسميها أكثر الفقهاء (كتباً)؛ كباب أو كتاب الصلاة ونحوها، على ما بين الفقهاء من اختلاف وتفاوت في تبويبها، توسيعاً وتضييقاً، وجمعاً وتفريقاً.

واعتماداً على هذه الأقسام والأبواب تم تقسيم القواعد الفقهية إلى^(١):

١. قواعد كبرى.

٢. قواعد كبيرة.

٣. قواعد متوسطة.

٤. قواعد صغرى.

وبيان هذه الأنواع كالتالي^(٢):

النوع الأول: القواعد الكلية الكبرى (القواعد الخمس):

وهي قاعدة (الأمر بمقاصدها، واليقين لا يزول بالشك، والمشقة تجلب التيسير، ولا ضرر ولا ضرار، والعادة محكمة).

(١) انظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية (١/ ٤٥٩).

(٢) انظر: معلمة زايد (١/ ٤٦٠-٤٧٠).

وتمثل القواعد الخمس الكبرى بنية أساسية عريضة في الفقه الإسلامي، إذ لكل قاعدة منها فروع في الشريعة لا تُعد ولا تُحصى، فهي منشأ التفاريع، وإليها انصراف الجميع.

قال العلائي: «إن جميع مسائل الفقه يمكن ردها إلى هذه القواعد الخمس، إما قريباً ظاهراً - وهو الغالب - وإما بوسائط ترجع إليها، وترد تلك إلى إحدى هذه القواعد»^(١).

النوع الثاني: القواعد الكلية الأقل شمولاً من الكبرى (القواعد الكبيرة):

ويقصد بها تلك القواعد التي تنظم فروعاً كثيرةً من أقسام مختلفة من الشريعة، ولكنها تقل من حيث الشمول والاتساع عن القواعد الكلية الكبرى التي سبق ذكرها.

وكثير من هذه القواعد يندرج تحت القواعد الكلية الكبرى، وقسم منها يمثل قواعد مستقلة بذاتها، وقد تتداخل فيما بينها؛ بحيث يكون بعضها قواعد أصلية تحوي تحتها قواعد تابعة.

ومن هذه القواعد:

- إعمال الكلام أولى من إهماله.

- التابع تابع.

- الجزاء من جنس العمل.

(١) المجموع المذهب للعلائي (٢/٤٣٥).

- للوسائل أحكام المقاصد، وغيرها.

النوع الثالث: القواعد الوسطى:

وهي قواعد شبيهة بالقواعد الكبيرة، من حيث دخولها في أبواب وأقسام فقهية متعددة، لكنها أقل اتساعاً وشمولاً في فروعها والأبواب التي تدخل فيها، بحيث تنحصر في أبواب وقضايا فقهية متجانسة ذات موضوع مشترك، وقد أدرجت في هذا النوع القواعد المتعلقة بالحقوق والواجبات، وقواعد الملك، وقواعد الضمان، وقواعد العقد وتوابعه.

النوع الرابع: القواعد الصغرى:

وهذا النوع تدخل فيه القواعد التي ينحصر العمل بها في قسم واحد، ولكنها تسري في باين أو أكثر من أبواب ذلك القسم؛ مثل قاعدة: «القضاء يحكي الأداء»، فهي من قواعد من قسم العبادات، وقاعدة: «الأصل في الأبضاع التحريم»، فهي من قواعد قسم فقه الأسرة، وقاعدة: «العقوبات تدرأ بالشبهات»، فهي من قواعد قسم العقوبات، ونحو ذلك.

ويُلحق بهذا النوع: القواعد الخاصة بباب واحد، وهي المعروفة باسم الضوابط الفقهية، ويمكن تصنيفه كنوع خامس من أنواع القواعد الفقهية؛ بناءً على المعنى الواسع لمصطلح (القاعدة الفقهية)، والذي يشمل (الضابط الفقهي) بالمعنى المذكور.

ومن أمثلتها:

- الأصل في الأعيان الطهارة.

- بيع ما لا يقدر على تسليمه باطل.
- لا طلاق في إغلاق.
- الحدود تدرأ بالشبهات^(١).

الفرع الثاني: محل القاعدة من الأنواع المذكورة:

قاعدة: «من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف، مع قيام المقتضي له؛ لمانع؛ ضوعف عليه الغرم» هي من القواعد الصغرى؛ لكونها تختص بقسم واحد، وهو قسم العقوبات، وتندرج في عدة أبواب منه؛ كباب القصاص في النفس، وباب القصاص فيما دون النفس، وباب حد السرقة.

ولكن للقاعدة فرع يذكره الفقهاء في غير قسم العقوبات، وهو (تضعيف الغرم في كتم الضالة)، حيث يذكره الفقهاء في باب اللقطة، إلا أن هذا لا يخرجها عن كونها (قاعدة صغرى) اصطلاحاً؛ لأن العبرة بالأغلب من الفروع.

وإن أُصطلح على جعلها (قاعدة وسطى)؛ لهذا المعنى، فلذلك وجه، ولا مشاحة في الاصطلاح.

(١) لتفاصيل وأمثلة أكثر لكل نوع انظر: معلمة زايد (١/٤٦٠-٤٧٠).

المبحث الأول تأريخ القاعدة، وصيغها^(١)

هذه القاعدة صاغها بالصياغة المذكورة في عنوان البحث ابن رجب رَحِمَهُ اللهُ^(٢) في قواعده بقوله في القاعدة الأربعين بعد المائة: «من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف، مع قيام المقتضي له؛ لمانع؛ فإنه يتضاعف عليه الغرم»^(٣).

وبعد البحث والتتبع لكلام أهل العلم في مصنفاتهم، ولاسيما في مصنفات الفروع والقواعد الفقهية، وجدت اختلافاً يسيراً في صيغ القاعدة -عند مَنْ يقول بها-؛ بعض هذه الصيغ تختلف عن الصيغة التي ذكرها ابن رجب رَحِمَهُ اللهُ باللفظ دون المعنى، وبعضها تُغفل في صياغتها قيود القاعدة التي ذكرها ابن رجب في صياغته، كما أنّ بعض هذه الصياغات أخصّ في دلالتها من دلالة هذه الصياغة.

(١) اعتاد المصنفون المعاصرون في القواعد الفقهية عقد مبحث بعنوان (صيغ القاعدة)، وهذا حسن، وأرى أن الأحسن ربط تلك الصيغ بتأريخها؛ حتى يُعرف تسلسل القاعدة التأريخي وصيغها.

(٢) هو الإمام الحافظ المحدث الفقيه الواعظ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن بن محمد بن مسعود السلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي، وُلِدَ في بغداد في ربيع الأول سنة ست وسبعمائة، صنف «شرح الترمذي» و«شرح قطعة من البخاري»، و«طبقات الحنابلة» وغيرها، مات في رجب سنة خمس وتسعين وسبعمائة. انظر: ذيل طبقات الحفاظ (ص ٢٤٣).

(٣) (٦٣/٣).

وأول صياغة للقاعدة بحسب ما توصل إليه الباحث هي صياغة الإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ، ثم صاغها بعده أو أشار إليها بعض الحنابلة.

قال ابن هانئ: «سألت أبا عبد الله عن الرجل يُعفى عنه في حد سرقة أو غيره من الحدود؟ قال: (أذهب إلى حديث عمرو بن شعيب^(١))، إذا دُرئ عنه شيءٌ من ذلك أُضعفَ عليه الغرم، إذا كان مائتين أُخذ منه أربعمئة، وإذا كانت ألفاً أُخذ منه ألفان»^(٢).

وقال الشالنجي^(٣): سألت أحمد بن حنبل عن الرجل يحمل الثمر من أكمامه؟ فقال: «فيه الثمن مرتين، وضرب نكال»، وقال: «وكل من درأنا عنه الحد والقود أضعفنا عليه الغرم»^(٤).

وقال ابن القيم: «قد نصَّ عليه الإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ فقال: كل مَنْ سقط عنه القطعُ ضُوعِفَ عليه الغرم»^(٥).

(١) يعني: حديث تضعيف الغرم في الخروج بالثمر المعلق. وسيأتي بلفظه وتخرجه في المطلب الأول من المبحث الرابع بإذن الله.

(٢) مسائل ابن هانئ (٢/٩٠).

(٣) هو: إسماعيل بن سعيد الشالنجي، أبو إسحاق، له المسائل، ذكره أبو بكر الخلال فقال: عنده مسائل كثيرة ما أحسب أن أحداً من أصحاب أبي عبد الله روى عنه أحسن مما روى هذا ولا أشبع ولا أكثر مسائل منه. انظر: طبقات الحنابلة (١/١٠٢).

(٤) نقلاً عنه بواسطة: إعلام الموقعين (٤/٣٥١).

(٥) زاد المعاد في هدي خير العباد (٥/٤٩).

ثم ذكر أبو بكر عبد العزيز^(١) نظائر القاعدة المتوافقة دون أن يذكر القاعدة.

قال أبو يعلى الصغير^(٢): «وقال أبو بكر: العمل على حديث بهز بن حكيم، ومثله قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا قطع في ثمر ولا كثر، وفيه غرامته ومثله معه))^(٣)، ومثله قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((في الضالة المكتومة فيها غرامتها ومثلها))، ومثله حديث الذمي إذا قتل عمداً تضعف الدية فيه، ومثله الأعور إذا فقأ عين الصحيح أو الصحيح إذا فقأ عين الأعور إن الدية كاملة، ويرفع القود، فكذلك هاهنا»^(٤).

(١) هو: عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزداد، المعروف بـ(غلام الخلال)، صحب أباً بكر الخلال ولازمه حتى قيل عنه: غلام الخلال، متسع الرواية من أعمدة المذهب، له مصنفات كثيرة منها: الشافي، والتنبيه، والخلاف مع الشافعي، توفي سنة ٣٦٣هـ. انظر: طبقات الحنابلة (٣/٢١٣).

(٢) هو محمد بن محمد بن محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء، القاضي أبو يعلى الصغير، عماد الدين، ابن القاضي الكبير أبي يعلى، سمع الحديث وتفقه، وبرع في المذهب والخلاف والمناظرة، صنف تصانيف كثيرة؛ منها «التعليقة»، ولد سنة أربع وتسعين وأربعمائة، وتوفي سنة ستين وخمسمائة. انظر: ذيل طبقات الحنابلة (١/٢٤٧).

(٣) أخرجه النسائي (٤٩٧٧)، وأبو داود (٤٣٨٨)، والترمذي (١٤٤٩) وغيرهم بدون زيادة (وفيه غرامته ومثله معه). واختلف في وصله وإرساله انظر: التلخيص الحبير (٤/١٣٨٢)، نيل الأوطار (٧/٣٠٠)، قال ابن عبد البر في التمهيد (٢٣/٣٠٣): (منقطع)، وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٨/٦٥٧)، والسيوطي في الجامع الصغير (٩٨٩٦)، والألباني في صحيح أبي داود (٣٦٨٨) وإرواء الغليل (٨/٧١). ولم أجد بعد البحث من أخرج الزيادة المذكورة.

(٤) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/٢٢٢)

ثم أشار لمعناها شيخ الإسلام ابن تيمية في سياق بيان أنواع العقوبات؛ حيث قال: «والعقوبات البدنية؛ كالقتل والقطع، والمالية؛ كإتلاف أوعية الخمر، والمركبة؛ كجلد السارق من غير حرز، وتضعيف الغرم عليه»^(١).

ثم صاغها ابن القيم بقوله: «من سرق ما لا قطع فيه ضوعف عليه الغرم»^(٢).

ثم صاغها الزركشي^(٣) بصياغة أكثر تفصيلاً، فقال: أن «المسروق متى فات القطع فيه، إما لعدم حرزه، أو عدم بلوغه نصاباً، أو لشبهة ونحو ذلك، أنه يُغرم بمثليه، وهذا مقتضى احتجاج أحمد»^(٤).

ثم صاغها ابن رجب بقوله «من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف، مع قيام المقتضي له؛ لمانع؛ فإنه يتضاعف عليه الغرم»^(٥).

(١) مجموع الفتاوى (١١٢/٢٨).

(٢) زاد المعاد (٤٩/٥)، إعلام الموقعين (٤٨/٢).

(٣) هو محمد بن عبد الله بن محمد، شمس الدين، أبو عبد الله، الزركشي، المصري الحنبلي، فقيه، كان إماماً في المذهب، من تصانيفه: شرح الخرقي، توفي عام ٧٧٢هـ. انظر: شذرات الذهب (٢٢٤/٦).

(٤) شرح الزركشي (١٢٦/٣).

(٥) القواعد (٦٣/٣).

ثم صاغها ابن عبد الهادي^(١) بقوله: «من سقطت عنه العقوبة ضوعفت عليه الغرامة، في صور منها...» ثم ذكرها^(٢).

ثم بعد ذلك ذكرها عدد من المتأخرين والمعاصرين.

ومن هؤلاء ابن سعدي، وقد صاغها بقوله: «من سقطت عنه العقوبة لموجب ضوعف عليه الضمان»^(٣).

ثم صاغها ابن عثيمين بقوله في نظمه^(٤):

وضاعف الغرم على من ثبتت

عقوبة عليه ثم سقطت

لمانع كسارقٍ من غير ما

محرزٍ ومن لِيضالٍ كما

ثم ذكرها عدد من المعاصرين بصيغٍ نحو ذلك^(٥).

(١) هو: جمال الدين يوسف بن الحسن بن أحمد بن عبد الهادي العُمري الحنبلي، ولد سنة (٨٤٠هـ)، له مصنفات كثيرة، منها: مغني ذوي الأفهام، جمع الجوامع، القواعد، توفي سنة (٩٠٩هـ). انظر: الكواكب السائرة (١/٣١٦)، مقدمة محقق كتاب القواعد (١١-٣٦).

(٢) القواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص ٩٦).

(٣) القواعد والأصول الجامعة (ص ٢٠٣).

(٤) منظومة أصول الفقه وقواعده، في البيتين الثالث والتسعين والرابع والتسعين (ص ٢٥).

(٥) انظر: مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري (ص ١٠١) مادة (١٠٤) حيث ذكرها بصياغة ابن رجب، ومعلمة زايد (١٨/٥٨)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١١/١٠٠٨)، وشرح القواعد السعدية للزامل (ص: ٢٠٨) كلهم بنحو صياغة ابن رجب.

المبحث الثاني القواعد ذات العلاقة

في كتب القواعد والفروع الفقهية عدد من القواعد الفقهية التي لها علاقة بقاعدة البحث، سواءً كانت هذه العلاقة تحمل معنى التماثل بين القاعدتين بوجه من الوجوه، أو تحمل معنى التضاد بينهما، أو ما بين ذلك.

وبيان ذلك على النحو التالي:

١. «الشيء يضمن بمثله في الأصل»^(١).

والعلاقة بينهما: أن هذه قاعدة استثنيت منها قاعدة البحث^(٢).

٢. «قاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول»^(٣).

والعلاقة بينهما: هي العموم؛ فهذه القاعدة أعم من قاعدة البحث.

٣. «العقوبات تتغلظ بتغلظ الجرائم»^(٤).

والعلاقة بينهما: التداخل. أي أن هذه قاعدة تتداخل مع قاعدة البحث في وجه، وتفترق عنها من وجه آخر.

ومحل التداخل فيما بينهما: هو وجود التغليف الذي هو بمعنى التضعيف في كلا القاعدتين.

(١) بدائع الصنائع (١٢/٥).

(٢) انظر: معلمة زايد (١٨/١٥).

(٣) إعلام الموقعين (٣/٣٠٩).

(٤) الواضح في أصول الفقه (١٨٦/٢).

ومحل الفرق: هو أن سبب التغليظ في هذه القاعدة هو غلظ الجريمة، أما قاعدة البحث فليس سبب التغليظ فيها هو غلظ الجريمة، وإنما هو سقوط العقوبة المقدرة؛ لمانع، مع وجود المقتضي لها.

وهذا ما أشار إليه ابن رجب؛ حيث قال تحت القاعدة: «وليس من هذه القاعدة تغليظ الدية بقتل ذي الرحم المحرم عمداً؛ لأن القصاص فيه قد يكون واجباً في قتل غير الابن، وإنما هو لزيادة حرمة الجنائية؛ فهو كالتضعيف بالقتل في الحرم والإحرام»^(١).

٤. «لا تُضَعَّف الغرامة على أحد في شيء»^(٢).

والعلاقة بينهما: أن هذه القاعدة مخالفة لقاعدة البحث.

٥. «العقوبة في الأبدان لا في الأموال»^(٣).

والعلاقة بينهما: أن هذه القاعدة أصل لمخالفتي قاعدة البحث يستندون إليه في منع العقوبة في الأموال عموماً.

٦. «من سرق ما لا قطع فيه ضوعف عليه الغرم»^(٤).

والعلاقة بينهما: أن هذه القاعدة تعد فرعاً من فروع قاعدة البحث، وتندرج تحتها^(٥).

(١) القواعد (٦٥/٣).

(٢) الأم (٢١٤/٦).

(٣) المرجع السابق (٢١٤/٦).

(٤) زاد المعاد (٤٩/٥).

(٥) انظر القواعد المذكورة (ذات العلاقة) في: معلمة زايد (٥٥/١٨).

المبحث الثالث معنى القاعدة

المطلب الأول: المعنى الإفرادي للقاعدة:

قولهم في القاعدة: «من سقطت عنه العقوبة»: السقوط لغة: مصدر سقط، وهو الوقوع من علو، يقال: سقط الشيء؛ أي وقع من أعلى إلى أسفل^(١).

ويطلق السقوط في الاصطلاح على هذا المعنى، ويطلق على زوال الشيء؛ يقال: سقط الدين أو الحد. أي؛ زال^(٢)، وهو المراد هنا.

وسقوط العقوبة يستلزم وجودَ الموجب للعقوبة قبلها؛ لأن سقوط الشيء يكون بعد وجوبه، وهذا ما أشاروا إليه في القاعدة في قولهم: «مع قيام المقتضي له».

لكن هل يستلزم سقوطُ العقوبة وجودَ السببِ الموجبِ لها قبلها، واستجماعَ شروطها، وانتفاءَ موانعها، أو وجودَ السببِ والشروط فقط، أو السبب فقط؟ هذا محل بحث سيأتي بيانه في شروط القاعدة - إن شاء الله -^(٣).

(١) انظر: لسان العرب (٣١٦/٧)، باب: الطاء، فصل: السين المهملة، التوقيف على مهمات التعاريف باب السين، فصل: القاف (ص ١٩٥)، الكلبيات فصل السين (ص ٥١٥).

(٢) انظر: معجم لغة الفقهاء (ص ٢٦٤).

(٣) سيأتي في المبحث الخامس إن شاء الله.

أما العقوبة لغةً فهي: أن تجزي الرجل بما فعل سوءاً، يقال: عاقبه بذنبه مُعاقبةً وعقاباً. أي؛ أخذه به، وتعقبتُ الرجل إذا أخذته بذنبٍ كان منه. والعقوبة والعقاب والمعاقبة بمعنى واحد^(١).

والعقوبة اصطلاحاً: عرفها الماوردي^(٢) بأنها: «زواجر وضعها الله؛ للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به»^(٣).

وعرفها أبو زهرة بأنها: «أذى ينزل بالجاني زجراً له»^(٤).

أما المراد بالعقوبة في القاعدة: فقد قيل: إنه العقوبات البدنية من الحدود والقصاص والتعازير^(٥).

والصحيح أن المراد: الحدود والقصاص فحسب، دون التعازير؛ لوجوه:

١. أن التطبيقات التي ذكرها القائلون بالقاعدة لا تعدو أن تكون إما سقوط حد أو قصاص.

(١) انظر: لسان العرب (١/ ٦١٩)، باب: الباء، فصل: العين المهملة.

(٢) هو: علي بن محمد بن حبيب القاضي أبو الحسن الماوردي الشافعي، من مؤلفاته: «التفسير»، و«الحاوي الكبير»، و«الأحكام السلطانية»، و«أدب الدنيا والدين»، وغيرها، مات سنة خمسين وأربعمائة. انظر: العقد المذهب في طبقات حملة المذهب (ص ٩١).

(٣) الأحكام السلطانية (ص ٣٣٦) وقد ذكره تعريفاً للحدود، لكن يعني به العقوبات. انظر: العقوبات التعزيرية عند ابن تيمية للمطيري (١/ ١٤٤).

(٤) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (ص ٦).

(٥) انظر: معلمة زايد (١٨/ ٥٦).

٢. أن ابن رجب ومن تبعه في صياغة القاعدة قيدوا العقوبة الساقطة بالعقوبة المقدرة بإتلاف نفسٍ أو طرفٍ، وهذا يدل على أن محل القاعدة عند القائلين بها هو عند سقوط القصاص أو الحد، لا التعزير؛ ولذا عبروا بقولهم: «إتلاف نفس»؛ أي إذا كانت العقوبة فيها إتلاف نفس، وذلك مثل القصاص في النفس.

وإتلاف «طرف»؛ وذلك مثل: القصاص في الطرف، والقطع في السرقة. وقولهم: «مع قيام المقتضي له»، أي: مع وجود السبب المقتضي للعقوبة؛ قتل النفس عمداً عدواناً المقتضي للقصاص في النفس، والسرقة المقتضية لقطع اليد.

فخرج بذلك: ما إذا لم يوجد الجرم المسبب للعقوبة المقدرة؛ فإن المسألة لا تدخل في القاعدة؛ لهذا القيد، ولأن سقوط العقوبة يستلزم وجودَ الموجب للعقوبة قبلها - كما تقدم -.

وقولهم: «المانع»^(١)، أي: لأمر منع من إقامة العقوبة المقدرة.

(١) المانع في اصطلاح الأصوليين: «هو ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجودٌ ولا عدمٌ لذاته». شرح تنقيح الفصول (ص ٨٢)، التحرير للمرداوي (٣/ ١٠٧٣)، الشامل في حدود وتعريفات مصطلحات علم أصول الفقه للنملة (١/ ٣١٠)، أما السبب فهو (ما يلزم من وجوده الوجود، ويلزم من عدمه العدم لذاته). شرح تنقيح الفصول (ص ٨١)، الشامل (١/ ٢٨٦)، أما الشرط فهو (ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته). شرح تنقيح الفصول (ص ٨٢)، التحرير للمرداوي (٣/ ١٠٩٧)، الشامل (١/ ٣٠٠)، والفرق بين المانع والسبب والشرط يتضح من محترزات تعريف المانع، فقولهم في تعريفه: «هو ما يلزم من وجوده العدم»؛ هو لمنع دخول (السبب)؛ لأن (السبب) يلزم من وجوده وجود، وكذا؛ لمنع دخول =

وهو هنا محتمل لشموله مَنْ فَقَدَ شرطاً من شروط العقوبة، وَمَنْ وُجِدَ فيه مانع من موانع إقامتها، ومحتمل لاختصاصه بالثاني، وسيأتي تعيين الأظهر من المعنيين في شروط القاعدة - إن شاء الله -.

مثال فقد الشرط: سرقة الثمر المعلق، حيث فَقَدَ شرطاً من شروط إقامة حد السرقة، وهو إخراج المال المسروق من حرزه.

= (الشرط)؛ لأن (الشرط) لا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، وقولهم في تعريفه: «ولا يلزم من عدمه وجودٌ ولا عدمٌ»؛ للتأكيد على إخراج (الشرط)؛ لأن (الشرط) يلزم من عدمه العدم، وقولهم (لذاته)؛ للاحتراز عن مقارنة عدم (المانع) بوجود (سبب) آخر، فإنه حيثئذ يلزم الوجود؛ لا لعدم المانع، وإنما للسبب الآخر. انظر: الشامل (٣١١/١).

فالفرق بين المانع والسبب أن المانع يلزم من وجوده العدم، والسبب يلزم من وجوده الوجود. وأيضاً المانع لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم، أما السبب فيلزم من عدمه العدم لذاته.

والفرق بين المانع والشرط: أن المانع يلزم من وجوده العدم، والشرط لا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، وأيضاً أن المانع لا يلزم من عدمه وجودٌ ولا عدمٌ، أما الشرط فيلزم من عدمه العدم.

والفرق بين السبب والشرط: أن السبب يلزم من وجوده الوجود لذاته؛ كدخول الوقت سبب لوجوب الصلاة، والنصاب سبب لوجوب الزكاة، حيث يلزم من وجود النصاب وجوب الزكاة لذاته، أي؛ أنه إذا لم يوجد الحكم فهو لأمر خارج عنه «من فَقَدَ شرطاً، أو وجود مانع» لا لذاته، أما الشرط فلا يلزم من وجوده وجود؛ كالطهارة شرط لصحة الصلاة، ولا يلزم من وجودها صحة الصلاة. انظر: الشامل (١/٢٨٦ - ٣١١).

وعليه، وتطبيقاً لما سبق؛ فالسرقة مثلاً سبب لقطع اليد؛ لأنه يلزم من وجودها وجوب القطع لذاتها، أما إخراج المال من حرزه فهو شرط لوجوب قطع اليد عند السرقة؛ لأنه لا يلزم من وجودها وجوب القطع، أما وجود الشبهة عند السرقة فهو مانع من القطع؛ لأنه يلزم من وجودها عدم القطع. والله أعلم.

ومثال وجود المانع: قتل المسلم للذمي عمداً عدواناً، حيث وجد فيه مانع من موانع القصاص في النفس، وهو المكافأة في الدين، والسرقة من بيت المال؛ حيث وجد فيها مانع من إقامة حد السرقة، وهي الشبهة المانعة منه.

وقولهم: «ضوعف عليه الغرم» معنى «المضاعفة»: هو جعل الشيء ضعفين^(١).

و«الغُرم» بمعنى الغرامة، وهي في اللغة: ما يلزم أدأؤه^(٢).

قال الفيروزآبادي^(٣): «والغرامة: ما يلزم أدأؤه، كالغرم»^(٤).

وفي المعجم الوسيط: «الغرامة: الخسارة، وفي المال ما يلزم أدأؤه تأديباً، أو تعويضاً»^(٥).

أما في الاصطلاح: فلا يخرج معنى الغرم عن معانٍ، أهمها^(٦):

- (١) انظر: العين (١/٢٨٢)، باب العين والضاد والفاء معها.
- (٢) لسان العرب (١٢/٤٣٦)، باب الميم فصل العين المعجمة.
- (٣) هو: محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر، أبو طاهر مجد الدين الشيرازي الفيروزآبادي. صاحب القاموس المحيط. عالم لغويّ نحويّ. وُلد بمدينة كارزين، جنوبي شيراز، وتوفي بزبيد باليمن. انظر: بغية الوعاة (١/٢٧٣).
- (٤) القاموس المحيط (ص ١١٤٢) باب الميم فص العين.
- (٥) (٢/٦٥١) مادة (غرم).
- (٦) انظر الإشارة إلى بعض المعاني في: (الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة ١/٥٦٨)، وانظر: تفصيل معاني الغرم لغة واصطلاحاً في (التعزير بالغرامة وضوابط تقديره) للباحث.

١. ما يلزم أدائه تعزيراً بسبب جنائية. ومن أمثلة ذلك عند الفقهاء التغميم بأخذ شطر مال مانع الزكاة^(١).
٢. ما يلزم أدائه ضماناً بسبب تلف في مال الغير. ومنه قول الفقهاء: «من أتلف مالا لغيره غرمه»^(٢)؛ أي: ضمنه^(٣).
٣. ما يلزم أدائه بسبب جنائية على النفس أو الأعضاء. وهي (الدية). ومنه قول الفقهاء: «من أتلف نفساً غرم ديتها»^(٤)؛ أي: لزمه ديتها. والدية: «المال المؤدى إلى المجني عليه أو وليه بسبب جنائية»^(٥).

-
- (١) انظر: الطرق الحكيمة (ص ٢٢٥).
 - (٢) انظر: الخاوي الكبير، للماوردي (١٢١/٧)، مختصر المزني (٨/٢١٥)، دقائق أولي النهى (١٢١/٢). وأمثله شائعة مبثوثة في كتب الفقهاء.
 - (٣) وهذا المعنى هو أحد المعاني الاصطلاحية الخمسة للضمان. فالضمان يطلق اصطلاحاً بمعنى التغميم، ويطلق أيضاً بمعنى الكفالة، ويطلق بمعنى الالتزام بأداء حق مالي واجب على الغير، ويطلق بمعنى تحمُّل تبعه الهلاك والتعيب، ويطلق بمعنى الحفظ. انظر في معاني الضمان المذكورة: المصباح المنير (٢/٣٦٤)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٠/١١١٣)، ربح ما لم يضمن (ص ٤٣-٤٤)، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي (ص ٥٥).
 - (٤) انظر: المغني (٩/١٤٧)، الشرح الكبير على المقنع (٢٧/١٥).
 - (٥) الإقناع للحجاوي (٤/١٩٩)، الروض المربع (٧/٢٢٩)، الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم (٤/٢٦٩). وعرفت الدية أيضاً بأنها: «اسم للمال الذي هو بدل النفس أو الطرف». انظر: حاشية ابن عابدين، ط الحلبي «٥٧٣/٦»، وعرفها أبو زهرة في كتابه العقوبة (٣/٢٩٢) بأنها «مقادير من المال تجب تعويضاً للمجني عليه أو ولي الدم عما نزل به من أذى».

والفرق بين هذه المعاني الثلاثة -التعزير بأخذ المال، وضمان المتلفات من الأموال، والدية-^(١): أن الأول: عقوبة مالية، والعقوبات المالية جزاء مالي يدفع لبيت المال أو لمن له حق فيها، أما الثاني: فهو ضمان لا عقوبة، والضمان التزام يدفع لرب المال، أما الثالث: فقد اختلف العلماء في تكييف الدية هل هي عقوبة، أو ضمان، أو غير ذلك؟^(٢).

والمراد بالغرم الزائد - (المضاعف) - في هذه القاعدة يُتَمَل فيه هذه المعاني الثلاثة، وسيأتي مزيد تحرير لذلك في مطلب مستقل - بإذن الله تعالى -^(٣).

(١) انظر: تفصيل أنواع الغرامة والغرم بحسب اصطلاح الفقهاء، والفرق بينها في (التعزير بالغرامة وضوابط تقديره) للباحث.

(٢) اختلفوا في دية العمد؛ ف قيل بأنها: عقوبة جنائية مع ما فيها من الجبر، وقيل: أنها للزجر لا للجبر، وقيل بأنها فيها معنى العقوبة، وفيها معنى الضمان. انظر: العقوبات المالية للبشر (ص ٢٥١)، الدية في الشريعة الإسلامية لأبو هيف (ص ٣٠). ولعل الأقرب أن فيها معنى العقوبة؛ لكونها بدلاً عن عقوبة القصاص، وفيها معنى الضمان؛ لكونها التزام يدفع للمجني عليه أو لأوليائه، ولأن فيها معنى التعويض عن النقص الحاصل. أما في دية الخطأ ف اختلفوا أيضاً؛ ف قيل: بأنها شرعت جبراً لا زجراً؛ لأن العقوبة لا تكون إلا عن ذنب، ولا ذنب من المخطئ، وبعضهم يرى: أن تحميل العاقلة عقوبة؛ لتقصيرها، وأنه استثناء من قوله تعالى: ﴿أَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [سورة النجم: ٣٨]، وليست مواساة. ولعل الأقرب أنها في الخطأ (مواساة)؛ لأنها تجب على غير الجاني مواساة له. انظر: الشرح الكبير على المقنع (٢٦/ ٨١)، وهي أيضاً ضمان؛ لأن فيها نوع تعويض عما فات المجني عليه، وليست ضماناً محضاً؛ لأنها لا تجب حالة، وإنما مؤجلة، وليست عقوبة؛ لأن العقوبة لا تكون إلا عن ذنب، ولا ذنب من المخطئ، والله أعلم.

(٣) في المطلب الثاني من المبحث الرابع في تكييف الغرم الزائد.

علماً أنه قد ورد في بعض صيغ القاعدة التعبير بـ(الضمان) بدل (الغرم)^(١)، إلا أن التعبير بالغرم أدق؛ وهو ما عبر به ابن رجب ومن تبعه، وذلك؛ لأن الغرم يشمل ما كان عقوبة، وما كان ضماناً، وما جمع بين العقوبة والضمان، وهذه المعاني احتمالات في معنى الغرم في القاعدة، كما سيأتي في المطلب المشار إليه أعلاه - إن شاء الله تعالى -، أما الضمان فلا يشمل هذه المعاني، إنما هو التزام يُدفع لرب المال، ليس فيه معنى العقوبة.

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

معنى القاعدة الإجمالي: أن من ارتكب فعلاً حرمه الشرع، ورَتَّبَ على ارتكابه عقوبة مقدرة بإتلاف نفس؛ كالقصاص في النفس، أو إتلاف طرف؛ كالقصاص فيما دون النفس، وكالسرقة، وكان فعله سبباً مقتضياً لهذه العقوبة؛ كقتل النفس عمداً عدواناً المقتضي للقصاص في النفس، وكالسرقة المقتضية لقطع اليد، لكن سقطت عقوبته؛ لما منع من موانعها، وكان فعله يوجب غرمًا ماليًا من ضمان أو دية، فإنه يعاقب بعقوبة أخرى بدلاً عما سقط عنه، وهي مضاعفة الغرم الواجب عليه.

ولا يدخل في القاعدة كل تغليظ لغرم مالي؛ كالتغليظ للغرم لزيادة حرمة الجناية، بل محل القاعدة فيما اجتمعت فيه القيود المذكورة فيها، ومنها: أن يكون التغليظ تضعيفاً لغرم مالي بدلاً عن عقوبة ساقطة.

(١) انظر: القواعد والأصول الجامعة (ص ٢٠٣).

ولذلك قال ابن رجب لما ذكر القاعدة، وساق تطبيقاتها: «وليس من هذه القاعدة تغليظ الدية بقتل ذي الرحم المحرم عمداً؛ لأن القصاص فيه قد يكون واجباً في قتل غير الابن، وإنما هو لزيادة حرمة الجناية؛ فهو كالتضعيف بالقتل في الحرم والإحرام»^(١).

كما لا يدخل في القاعدة إتلاف مال الجاني، وإن علل ذلك بأنه بدّل عن عقوبة سقطت؛ لأن القاعدة في تضييع الغرم على الجاني، لا في إتلاف ماله. ومن ذلك: ما ذكره بعض الحنابلة من إحراق رحل سارق الغنيمة؛ معللين ذلك بأنه لما دُرئ عنه الحد وجب أن يشرع في حقه عقوبة أخرى؛ قياساً على سارق الثمر المعلق.

قال ابن قدامة: «والسارق من الغنيمة غير الغال، فلا يجري مجراه في إحراق رحله، ولا يجري الغال مجرى السارق في قطع يده. وذكر بعض أصحابنا أن السارق يحرق رحله؛ لأنه في معنى الغال؛ ولأنه لما دُرئ عنه الحد وجب أن يشرع في حقه عقوبة أخرى؛ كسارق الثمر يغرم مثلي ما سرق»^(٢).

لكنّ هذه المسألة وكثيراً من صور إتلاف مال الجاني إنما تدخل ضمن قاعدة فقهية أخرى يقول بها كثير من الفقهاء، وهي: «المعاملة بنقيض

(١) القواعد الفقهية (٣/ ٦٥).

(٢) المغني لابن قدامة (٩/ ٣٢٤).

المقصود الفاسد»^(١)، وذلك بمعاملة الجاني بنقيض مقصوده بتضعيف الغرم عليه، أو بإتلاف ماله.

ومن المسائل المشابهة لمسألة إحراق رحل السارق من الغنيمة، والتي تدخل ضمن قاعدة: «المعاملة بنقيض المقصود الفاسد»: مسألة حرمان السارق من الغنيمة من سهمه منها.

إلا أن هذه المسألة قد نص ابن رجب على إدخالها في القاعدة بقيد ذكره، مع أن القاعدة في التغيريم المالي بتضعيف الغرم، لا في الحرمان المالي.

ولعل وجه ذكره لها هو لأن حرمان الجاني من المال المستحق له هو كتغيريمه بالأخذ من ماله المملوك له.

لكن عند التأمل نجد أن تضعيف الغرم في القاعدة يختلف عن حرمان السارق من الغنيمة من سهمه من وجه؛ وهو أن تضعيف الغرم يكون في الأصل بمضاعفة المسروق بقدره^(٢)، بخلاف الحرمان من السهم فقد يكون بقدر المسروق أو أقل أو أكثر.

(١) وهي قاعدة لها صيغ كثيرة، هذه إحدى صيغها، وفيها تفصيل، وفيها خلاف في بعض صورها. انظر: الموافقات (١/٤٠٥)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (ص٤١٦)، قواعد الونشريسي (ص٣١٥)، مواهب الجليل (٢/٤٤٤)، القواعد للحصني (٢/٢٤٣)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/١٣١)، إعلام الموقعين (٢/٧٥)، القواعد الفقهية للزحيلي (١/٤١٧)، موسوعة القواعد للبورنو (١/١٥١).

(٢) هذا من حيث الأصل، وقد يكون التضعيف في بعض الأحيان بأقل؛ كما سيأتي عند حكاية بعض الأقوال والأدلة إن شاء الله.

قال ابن رجب رَحِمَهُ اللهُ في سياقه لأمثلة القاعدة: «ومنها: السرقة من الغنيمة، إذا قلنا: هي كالغلول، وأن الغال يجرم سهمه منها على رواية؛ فيجتمع عليه غرم ما سرقه، مع حرمان سهمه المستحق منها، وقد يكون قدر السرقة وأقل وأكثر»^(١).



(١) القواعد (٣/٦٥). وسيتم بيان هذه المسألة ووجه علاقتها بالقاعدة في تطبيقات القاعدة إن شاء الله.

المبحث الرابع دراسة القاعدة

تمهيد:

قبل بيان خلاف العلماء في مضاعفة الغرم في هذه القاعدة لابد أن نعرف باختصار - خلافهم في مسألة (حكم التعزير المالي)، لاسيما خلافهم في مسألة (حكم التعزير المالي بالتغريم)؛ وذلك؛ لأنّ القول في القاعدة مبني على القول في المسألة - في الجملة -، وذلك عند من لا يرى الجواز كما سيأتي - إن شاء الله -.

فالتعزير المالي قد يكون بإتلاف مال، أو إتلاف محله وما جاوره، أو بمصادرته، أو بتغييره، أو بحرمانه، أو بتغريمه.

وقد اتفق العلماء على مشروعية التعزير بإزالة الأعيان المحرمة أو تغييرها. قال شيخ الإسلام: «كل ما كان من العين أو التأليف المحرم؛ فإزالته، وتغييره، متفق عليها بين المسلمين؛ مثل إراقة خمر المسلم؛ وتفكيك آلات الملاهي؛ وتغيير الصور المصورة»^(١).

أما إتلاف محل الأعيان المحرمة - كآنية الخمر - فيرى أكثر الفقهاء جوازه.

(١) مجموع الفتاوى (١١٨/٢٨). وتعتبر مسألة إتلاف الأعيان المحرمة خارجة عن مسألة التعزير المالي؛ لكون الأعيان المتلفة ليست أموالاً شرعاً. وانظر: التعزير المالي للشمراني (ص ١٠٢).

قال شيخ الإسلام: «المنكرات من الأعيان والصفات يجوز إتلاف محلها تبعاً لها، مثل الأصنام المعبودة من دون الله؛ لما كانت صورها منكراً جاز إتلاف مادتها، فإذا كانت حجراً أو خشباً ونحو ذلك جاز تكسيرها وتحريقها، وكذلك آلات الملاهي مثل الطنبور، يجوز إتلافها عند أكثر الفقهاء، وهو مذهب مالك^(١)، وأشهر الروايتين عن أحمد^(٢)»

ويرى كثير من العلماء جواز التعزير بإتلاف غير الأعيان المحرمة؛ كالتعزير بإتلاف اللين المغشوش ونحوه، فقد قال بذلك بعض الحنفية^(٣)، وهو مذهب المالكية^(٤)، ورواية عن أحمد^(٥).

ويرى كثير من العلماء جواز التعزير بمصادرة المال محل الجناية^(٦)، فقد قال بذلك بعض الحنفية^(٧)، وهو مذهب مالك^(٨)،

(١) انظر: الذخيرة للقرافي (٨/ ٢٨٠).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٨/ ١١٣).

(٣) انظر: الدر المختار (٤/ ٦٤٥).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (٤/ ٣٥٥)، تبصرة الحكام (٢/ ٢٩٢) المدونة (١٠/ ٢٧١).

(٥) انظر: مجموع الفتاوى (٢٨/ ١١٠)، الطرق الحكمية (ص ٣١٣).

(٦) المصادرة عرفت بتعريفات منها: «نزع ملكية المال جبراً على مالكه، وإضافته إلى ملكية الدولة بلا مقابل». العقوبات المالية للبشر (ص ٣٤٤). وانظر: مفاتيح العلوم (ص ٨٣)، معجم لغة الفقهاء (ص ٤٣٢)، التعزير بالغرامة للباحث.

(٧) انظر: معين الحكام (ص ١٩٥).

(٨) انظر: الاعتصام (٢/ ٦٢٢)، تبصرة الحكام (٢/ ٢٩٨)، التاج والإكليل (٤/ ٣٤٢)، حاشية العدوي (٨/ ١١٠). قال الشاطبي في الاعتصام فيما يجوز فيه التعزير في المال: «أن تكون جناية الجاني في نفس ذلك المال، أو في عوضه فالعقوبة فيه عنده - أي الإمام مالك - ثابتة فإنه قال في الزعفران المغشوش إذا وجد بيد الذي غشه: أنه يتصدق =

..... وبعض الحنابلة^(١).

واختلفوا في جواز التعزير المالي بالتغريم على أقوال^(٢):

القول الأول: جواز التعزير المالي بالتغريم.

وهو مروى عن أبي يوسف من الحنفية^(٣)، وقال به بعض المالكية^(٤)،
والشافعي في القديم^(٥)،

= به على المساكين قلّ أو كثر» وحمل كثير من المالكية هذا النقل ونحوه عن مالك على التعزير في المال، لا التعزير بأخذ المال. قال الدسوقي في حاشيته (٤٦/٣): «واعلم أن هذا الخلاف إنما هو في نفس المغشوش هل يجوز الأدب فيه أم لا؟... وما يفعله الولاية من أخذ المال فلا شك في عدم جوازه».

(١) انظر: مجموع الفتاوى (٣٦٣/٢٩).

(٢) انظر بحثاً أوسع للمسألة: في (التعزير بالغرامة وضوابط تقديره) للباحث.

(٣) انظر: فتح القدير (٢١٢/٤). وفسره بعض الحنفية بأنه أخذ مؤقت للمال، لا دائم.

انظر: الفتاوى الهندية (١٦٧/٢)، وحاشية ابن عابدين (٦١/٤).

(٤) انظر: حاشية العدوي (١١٠/٨)، تبصرة الحكام (٢٩٨/٢). ويحكي عدد من

المالكية الإجماع على عدم جواز العقوبة بالأموال. انظر: أحكام القرآن لابن العربي

(٣٠٢/١)، حاشية الدسوقي (٣٥٥/٤). ويقول الأحميمي المالكي (ت: ١٣٤٦هـ)

في (فصل الأقوال ص ١٥): «ليس في مذهب مالك قول بجواز العقوبة بالمال إلى عصر

البرزلي في أوائل القرن التاسع فيما علمت، وقد أفتى بها هو، وخطأه المعاصرون له،

وعدوه خارقاً للإجماع، وكانت سرت إليه هذه البدعة في المذهب من كتب ابن القيم

وشيخه...!!»، وحمل كلام ابن فرحون في التبصرة على العقوبة في المال، لا العقوبة

بأخذ المال. انظر: (٨٨-٩١).

(٥) انظر: المجموع للنووي (٣٣٤/٥). وقال بعض الشافعية بتغريم السارق من المستأمن

الذي لا أمان لماله، وأنه يغرمه لبيت المال. لكن هل هذا عقوبة؟ أو هو ضمان وصرف

لبيت المال ولم يصرف لمالكه لعدم عصمة ماله؟ انظر: الحاوي في فقه الشافعي

(٣٢٨/١٣) حيث قال الماوردي: «ولا تخلو سرقته أن تكون من مسلم أو من ذمي =

.....وأحمد في مسائل^(١)، وكذا أبو عبيد القاسم بن سلام^(٢)، واختاره ابن تيمية^(٣)، وابن القيم^(٤)، والشوكاني، وحكاه مذهباً لآل البيت بلا خلاف بينهم^(٥).

القول الثاني: عدم جواز التعزير المالي بالتغريم.

وقال به: أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن، وهو المذهب عند الحنفية^(٦)، وهو قول أكثر المالكية^(٧)، وقول الشافعي في الجديد^(٨)، ومذهب الحنابلة^(٩).

- = أو من معاهد...، وإن كان معاهداً، فإن كان لماله أمان أغرم للمعاهد، وقطع في سرقة، وإن لم يكن لماله أمان أغرم لبيت المال ولم يقطع فيه».
- (١) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/٢٢٢)، مجموع الفتاوى (١١١/٢٨) القواعد لابن رجب (٣/٦٣).
- (٢) انظر: غريب الحديث (٣/١٥٢).
- (٣) انظر: مجموع الفتاوى (١١١/٢٨).
- (٤) انظر: إعلام الموقعين (٢/٤٨)، زاد المعاد (٥/٥٤).
- (٥) انظر: نيل الأوطار (٤/١٤٧). وانظر: الدرر السنية (٦/٤٥٦).
- (٦) انظر: البحر الرائق (٥/٤٤)، حاشية ابن عابدين (٣/١٨٤).
- (٧) انظر: الاعتصام (٢/٦٢٢)، الذخيرة (١٠/٣٣٥٤)، حاشية الدسوقي (٤/٣٥٥)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٦/٢٣٦).
- (٨) انظر: الأم (٦/٢١٤)، غياث الأمم للجويني (ص ٢٨٧)، نهاية المحتاج (٤/١٧٤).
- (٩) انظر: المغني (١٢/٥٢٦)، الشرح الكبير (٢٦/٤٦٠)، الإنصاف (٢٦/٤٦٤)، والإقناع (٦/١٢٤)، منتهى الإرادات (٥/٤٤٧). ونبه شيخ الإسلام في (مجموع الفتاوى ١١١/٢٨) على أن التعزير المالي في مذهب أحمد في مسائل بلا نزاع، وفي مسائل بنزاع، فقال: «التعزير بالعقوبات المالية مشروع أيضاً في مواضع مخصوصة في مذهب مالك في المشهور عنه؛ ومذهب أحمد في مواضع بلا نزاع عنه؛ وفي مواضع فيها»

وحكى بعض العلماء الإجماع على ذلك^(١).

أدلة القول الأول^(٢):

الدليل الأول: عن عامر بن سعد، أن سعد بن أبي وقاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ركب إلى قصره بالعقيق، فوجد عبداً يقطع شجراً، أو يخبطه، فسلبه، فلما رجع سعد، جاءه أهل العبد فكلموه أن يرد على غلامهم - أو عليهم - ما أخذ من غلامهم، فقال: «معاذ الله أن أرد شيئاً نفلنيه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأبى أن يرد عليهم»^(٣).

= نزاع عنه»، ثم قال بعد أن ساق عدداً من صور التعزير المالي: «ومن قال: إن العقوبات المالية منسوخة وأطلق ذلك عن أصحاب مالك وأحمد فقد غلط على مذهبهما. ومن قاله مطلقاً من أي مذهب كان: فقد قال قولاً بلا دليل...، وعمامة هذه الصور منصوصة عن أحمد ومالك وأصحابه».

(١) انظر: الاعتصام (٢/ ٦٢١) حيث قال عنه: «ثم نسخ فأجمع العلماء على منعه»، وانظر: حاشية الدسوقي (٤/ ٣٥٥)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٦/ ٢٣٦)، نيل الأوطار (٤/ ١٤٧). وستتم مناقشة صحة الإجماع في الأدلة.

(٢) استدل أصحاب القول الأول لجواز التعزير المالي عموماً بعدة أدلة، وسأذكر منها ما يصلح أن يستدل به لجواز التغريم، وسأقتصر على أهمها، ويضاف إليها باقي أدلة القائلين بالقاعدة، فهي من أدلة القائلين بالتعزير المالي عموماً أيضاً. وانظر: (التعزير بالغرامة وضوابط تقديره) للباحث.

(٣) أخرجه مسلم، (١٣٦٤)، (٢/ ٩٩٣) بهذا اللفظ عن إسماعيل بن محمد عن عامر به. وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٦٠)، وأبو داود في سننه (٢٠٣٧) من طريق جرير بن حازم بلفظ نحوه، وفيه «أنه أخذ رجلاً يصيد في حرم المدينة فسلبه ثيابه، فجاء مواليه، فكلموه فيه، فقال: إن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حرم هذا الحرم، وقال: ((من أخذ أحداً يصيد فيه فليسلبه ثيابه))، فلا أرد عليكم طعمة أطعمنيها رسول الله، ولكن إن شئتم دفعت إليكم ثمنه». وقال الألباني في صحيح أبي داود (١٧٩١): صحيح لكن قوله: يصيد - يعنى في حرم المدينة - منكر. قال: والمعروف: يقطعون من شجر المدينة.

قال النووي: «وفي هذا الحديث دلالة لقول الشافعي القديم إن من صاد في حرم المدينة أو قطع من شجرها أخذ سلبه، وبهذا قال سعد بن أبي وقاص وجماعة من الصحابة»^(١).

وإباحة أخذ سلب الصائد في حرم المدينة هو نوع من التعزير المالي بالتغريم.

الدليل الثاني: عن عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه سئل عن الثمر المعلق، فقال: «(ما أصاب من ذي حاجة غير متخذ حُبنة)^(٢)، فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه، والعقوبة، ومن سرق شيئاً منه بعد أن يؤويه الجرين^(٣)، فبلغ ثمن المجن^(٤)؛ فعليه القطع، ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثليه، والعقوبة»^(٥).

(١) شرح النووي على مسلم (١٣٨/٩). وانظر: شرح منسك شيخ الإسلام ابن تيمية (٨/٥).

(٢) الحُبنة: معطف الإزار وطرف الثوب. يقال أحن الرجل إذا حبا شيئاً في خبئه ثوبه أو سراويله. والمعنى: لا يأخذ منه شيئاً في ثوبه. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٩/٢).

(٣) الجرين: الموضع الذي يلقي فيه التمر والتمر بعد الجداد قبل أن يوضع في الأوعية وينقل. انظر: غريب الحديث لابن الجوزي، (٣٧٣/١).

(٤) المجن: الترس. وسمي بذلك لأنه يجن حامله أي يستره. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٣٠٨/١).

(٥) أخرجه الشافعي في الأم (٣٩٤/٥) برقم (١٥٠٤)، وأبو داود في سننه (١٣٧/٤) برقم (٤٣٩٠)، والنسائي في سننه (٨٥/٨) برقم (٤٩٥٨). وقال ابن حزم في المحلى (٣٠٤/١٢ - ٣٠٦) عن حديث الثمر المعلق: «لا يصح»، لكن حسن ابن قدامة الحديث في الكافي (٥٦١/١)، وذكره ابن الملقن في البدر المنير (٦٥٤/٨) وتحفة =

وجه الدلالة: أن إضعاف الغرم على سارق الثمر المعلق، وعلى سارق ما دون النصاب من الثمر بعد أن يؤويه الجرين نوع من التعزير المالي بالتغريم.

الدليل الثالث: عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((في كل سائمة إبل في أربعين بنت لبون، ولا يفرق إبل عن حسابها، من أعطاها مؤتجراً بها فله أجرها، ومن منعها فإننا آخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا عَزَّوَجَلَّ، ليس لآل محمد منها شيء))^(١).

وجه الدلالة: أن أخذ شطر مال مانع الزكاة نوع من التعزير المالي بالتغريم.

ونوقش الاستدلال بهذه الأدلة وغيرها: بأنها كانت حين جواز التعزير المالي، ثم نسخ ذلك^(٢)، بل حُكي الإجماع على تركه.

- = المحتاج (١٥٩٤) وقد اشترط في مقدمة التحفة ألا يذكر فيه إلا حديث صحيحاً أو حسناً، كذلك قال ابن دقيق نحوه في الإمام وذكر الحديث (٢/٥٨٠/١١٤٢)، وحسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود برقم (١٧١٠).
- (١) أخرجه الشافعي في الأم (٢٩٦/٥) برقم (١٤٠٧)، وأحمد في المسند (٢٣٨/٣٣) برقم (٢٠٠٣٨)، وأبو داود في سننه (١٠١/٢) برقم (١٥٧٥)، والنسائي في سننه (١٥/٥) برقم (٢٤٤٤٤)، وابن خزيمة في صحيحه برقم (٢٢٦٦) (٤/١٨). قال الإمام الشافعي: «لا يثبت أهل العلم، ولو ثبت لقلت به»، وضعفه ابن حزم في المحلى (٧٥/٦)، والنووي في المجموع (٣٣٤/٥)، وقال الإمام أحمد: «صالح الإسناد»، وصحح إسناده الحاكم في المستدرک (١/٥٥٤) برقم (١٤٤)، ووافقه الذهبي، وصححه ابن عبد الهادي في المحرر (ص ٢١٣)، وحسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود برقم (١٥٧٥).
- (٢) انظر: شرح معاني الآثار (٣/١٤٥)، شرح مشكل الآثار (١٢/٢٨٧)، البيان والتحصيل (٩/٣٢٠)، المغني (١٠/٢٦٠)، الذخيرة (١٠/٣٣٥٤).

قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: «وقد كان تضعيف الغرامة على مَنْ سرق في ابتداء الإسلام، ثم صار منسوخاً»^(١).

وقال الطحاوي رَحِمَهُ اللهُ في مشكل الآثار مبيناً ما أشكل في حديث سعد: «فكان في هذا ما قد دلنا أن الواجب في انتهاك الصيد والعضاء بين لابتي المدينة غير الواجب في انتهاكهما في حرمة مكة؛ لأن الواجب في انتهاكهما في حرمة مكة ما قد ذكرناه في هذا الباب في ذلك، والواجب في انتهاك حرمتها من المدينة هو ما قد ذكرناه في هذين الحديثين، ثم وجدنا فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتيا، ويؤخذ العلم عنهم في الحرمين وفي سائر البلدان سواهما مجتمعين على أن أخذ سلب منتهك حرمة الصيد والعضاء بالمدينة غير مستعملة، ففعلنا بذلك أن إجماعهم على ترك ما في هذين الحديثين كان لوقوفهم على نسخه؛ لأنهم المأمونون على ما رووا، وعلى ما قالوا...، ولكن تركهم لذلك كان عندنا والله أعلم على مثل تركهم ما سواه مما قد روي في انتهاك الحرم عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فمثل ذلك ما روي عنه في مانع الزكاة: «إنا أخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا عَزَّوَجَلَّ»، وما روي عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حريسة الجبل: ((أن فيها غرامة مثليها))...»^(٢).

وأجيب من أربعة وجوه:

الوجه الأول: أن دعوى ترك العلماء العمل بالحديث غير مُسَلِّمة؛ لعمل بعض الصحابة والعلماء به، وأن دعوى مخالفة أكثر العلماء لا تضر إذا عضد المخالف الدليل الصحيح.

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٢٧٩/٨).

(٢) (٢٨٧/١٢).

قال النووي رَحْمَةُ اللَّهِ: «قال القاضي عياض ولم يقل به أحد بعد الصحابة إلا الشافعي في قوله القديم، وخالفه أئمة الأمصار. قلت: ولا تضر مخالفتهم إذا كانت السنة معه، وهذا القول القديم هو المختار؛ لثبوت الحديث فيه، وعمل الصحابة على وفقه، ولم يثبت له دافع»^(١).

الوجه الثاني: أن دعوى النسخ لا دليل عليها.

قال شيخ الإسلام رَحْمَةُ اللَّهِ: «ومن قال: إن العقوبات المالية منسوخة، وأطلق ذلك عن أصحاب مالك وأحمد فقد غلط على مذهبهما. ومن قاله مطلقاً من أي مذهب كان، فقد قال قولاً بلا دليل، ولم يجيء عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شيء قط يقتضي أنه حرم جميع العقوبات المالية؛ بل أخذ الخلفاء الراشدون وأكابر أصحابه بذلك بعد موته دليل على أن ذلك محكم غير منسوخ...، والمدعون للنسخ ليس معهم حجة بالنسخ؛ لا من كتاب ولا سنة...، والإجماع دليل على النسخ، ولا ريب أنه إذا ثبت الإجماع كان ذلك دليلاً على أنه منسوخ؛ فإن الأمة لا تجتمع على ضلالة، ولكن لا يعرف إجماع على ترك نص إلا وقد عرف النص الناسخ له...»^(٢).

وقد أبطل ابن القيم رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى كذلك دعوى النسخ هذه بأنه لا دليل عليها من كتاب ولا سنة ولا إجماع يدل على صحة دعوى النسخ^(٣).

(١) شرح النووي على مسلم (٩/١٣٨). وانظر: شرح منسك شيخ الإسلام ابن تيمية (٨/٥).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٨/١١١).

(٣) وقال نحو ما قال شيخ الإسلام. انظر: الطرق الحكمية (ص ٣٨٨).

وقال بعد ساق عدة أدلة من السنة وآثاراً عن الصحابة: «وهذه قضايا صحيحة معروفة، وليس يسهل دعوى نسخها»^(١).

الوجه الثالث: أن دعوى النسخ غير مقبولة مع الجهل بالتاريخ.

ولذا فإن النووي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى قد نفى الإجماع على النسخ، ورفض النسخ بقوله: «الذي ادعوه من كون العقوبة كانت بالأموال في أول الإسلام ليس بثابت ولا معروف، ودعوى النسخ غير مقبولة مع الجهل بالتاريخ»^(٢).

الوجه الرابع: أن عمل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة وأخذهم بالعقوبات المالية ومنها التغريم يبطل دعوى النسخ^(٣)، ومن ذلك ما تقدم من أثر سعد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ومن ذلك أيضاً:

الدليل الرابع: وهو ما أخرجه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن أبان بن عثمان أن عثمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أغرم في ناقة محرم أهلكتها رجل، فأغرمه الثلث زيادة على ثمنها^(٤).

(١) الطرق الحكمية (ص ٣٨٧).

(٢) المجموع (٥/ ٣٣٤). وهذا النص منه جواب على من ادعى نسخ حديث هز المتقدم في مانع الزكاة، إلا أنه نفى به أيضاً ثبوت العقوبة في الأموال في أول الإسلام، وجوابه عن حديث هز هو تضعيفه، وعليه لا يؤخذ من النص أن النووي يقول بجواز العقوبة بالمال ولا يؤخذ منه أنه يقول بالتحريم، إلا أنه قال بجواز سلب الصائد في حرم المدينة كما تقدم.

(٣) انظر: الطرق الحكمية (ص ٣٨٨).

(٤) رواه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (٩/ ٣٠٢) برقم (١٧٢٩٨).

قال ابن حزم: «وهذا أثر في غاية الصحة، ولا يعرف له مخالف»^(١).
وقد تابع الزهري عثمان على ذلك، فقال: «ما أصيب من مواشي الناس
وأموالهم في الشهر الحرام، فإنه يزداد الثلث. هذا في العمد»^(٢).
وجه الدلالة: أن تغريم الثلث زيادة على الثمن نوع من التعزير المالي
بالتغريم.

الدليل الخامس: أنه كما تجوز العقوبة على الأبدان إذا كانت بحق، فكذا
تجوز العقوبة على الأموال إذا كانت بحق قياساً عليها.
أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:
«ألا إن الله حرم عليكم دماءكم وأموالكم، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم
هذا، في شهركم هذا»^(٣).

وجه الدلالة: أن الحديث فيه تحريم أخذ أموال الناس، وأن الأصل في
أموالهم التحريم، والتعزير بالتغريم أخذ لأموالهم، فيحرم.
ويناقش: بأن الحديث في الاعتداء على الدماء أو الأموال بغير حق،
والتعزير بالتغريم لسبب موجب للتعزير هو أخذٌ للمال بحق؛ فيجوز.

(١) المحلى بالآثار (٣٤٨/١٣).

(٢) رواه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (٣٠٢/٩) برقم (١٧٢٩٧).

(٣) أخرجه البخاري، باب في الجنائز، حديث رقم (٤٤٠٢)، ومسلم، كتاب الحج، حديث
رقم (١٢١٨) من حديث جابر.

الدليل الثاني: أن الإجماع قد قام على عدم جواز العقوبة بالتعزير المالي.

قال الشاطبي عنه: «ثم نسخ، فأجمع العلماء على منعه»^(١).

ونوقش: بعدم التسليم بالإجماع كما سبق في إبطال صحته.

ثم كيف يصح القول بهذا الإجماع، وهناك من خالف من التابعين ومن بعدهم في التعزير المالي عموماً، وفي التعزير المالي بالتغريم.

الدليل الثالث: إنَّ الشرع لم يرد فيه التعزير بالتغريم المالي.

قال ابن قدامة: «الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به»^(٢).

ونوقش: بما سبق من أدلة الشرع الوارد فيها التغريم المالي.

والراجع في حكم التعزير بالغرامة - والله أعلم - هو: مشروعية التعزير بالغرامة فيما جاء النص بالغرامة فيه، ومشروعيته كذلك فيما يقاس على المنصوص، مما وُجدت فيه علته، وهي على الأظهر «كل جنائية مقصود بها مال لا حد فيها»، فيشرع تعزيره بتغريمه المال؛ معاملةً له على جنائته بنقيض

(١) الاعتصام للشاطبي (٢/ ٦٢١). وانظر النقل المتقدم عن الطحاوي. وانظر: شرح معاني الآثار (٣/ ١٤٥)، البيان والتحصيل (٩/ ٣٢٠)، المغني (١٠/ ٢٦٠)، الذخيرة (١٠/ ٣٣٥٤).

(٢) المغني (١٢/ ٥٢٦ طبعة التركي). وحمل شيخ الإسلام كلامه على الولاية الظلمة. انظر: الإقناع (٦/ ١٢٤).

قصده للمال؛ بناء على قاعدة «المعاملة بنقيض المقصود الفاسد»، وهي قاعدة فقهية معتبرة، ولها شواهدها الكثيرة في الشرع^(١).

أما التعزير بالغرامة في جناية لا يقصد بها مال؛ فلم أجد عليه شاهداً من شواهد الشرع بخصوصه من نص أو إجماع أو أثر أو قياس، إلا أن المصالح المرسله تجيز ذلك إذا تحققت شروط اعتبارها، وقد شهد الشرع لجنس التعزير بالتغريم في عدة أحاديث كما سبق، فيكون دليل جواز التعزير بالغرامة هنا هو المصلحة المرسله^(٢).

المطلب الأول: الخلاف في القاعدة:

بعد بيان خلاف العلماء في مسألة (حكم التعزير المالي بالتغريم) فإن القول في قاعدة: «مضاعفة الغرم على من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضي له لمانع» مبني على القول في هذه المسألة -في الجملة-، وذلك عند من لا يرى الجواز.

وقد اختلف العلماء في مضمون هذه القاعدة على ثلاثة أقوال:

(١) ومن تطبيقات القاعدة: مقابلة الجاني بنقيض قصده من الحرمان كعقوبة القاتل لمورثه بحرمان ميراثه، وعقوبة المدبر إذا قتل سيده ببطلان تدبيره، وعقوبة الموصي له ببطلان وصيته، ومن هذا الباب: عقوبة الزوجة الناشزة بسقوط نفقتها وكسوتها. انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين (٢/ ٧٥).

(٢) انظر: تفصيل أدلة وشروط اعتبار المصلحة هنا، وضوابط تقدير التعزير بالغرامة في (التعزير بالغرامة وضوابط تقديره) للباحث.

القول الأول: عدم تضعيف الغرم مطلقاً:

وبه قال: الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية.

ونسبة القول لهم هي تخريجاً على قولهم بـ«عدم جواز التعزير بالتغريم المالي»^(١)، وعلى قولهم بـ«عدم جواز ضمان الشيء بأكثر من مثله أو قيمته»^(٢)، وعلى قواعدهم الفقهية المقيدة للتغريم المالي^(٣)، وعلى أقوالهم في عدم تضعيف الغرم في تطبيقات القاعدة^(٤)، ولا سيما عدم تضعيف الغرم عند السرقة من غير حرز مطلقاً^(٥).

وقد صرح الشافعي بنفي تضعيف الغرم مطلقاً، فقال: «لا تُضَعَّف الغرامة على أحد في شيء»^(٦).

وقال ابن عبد البر: «وغرامة مثليه لا أعلم أحداً من الفقهاء قال بها»^(٧).

(١) انظر ما تقدم في مسألة (التعزير بالتغريم المالي).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٢/٥)، التمهيد (٢١٢/١٩).

(٣) ومن ذلك: قاعدة «لا يعاقب أحد بانتهاك حرمة لم يأخذ فيها مالاً بأن يغرم مالاً». شرح معاني الآثار للطحاوي (١٤٦/٣)، وقاعدة «الضمانات تجب إما بأخذ أو شرط، وإلا لم تجب». قواعد الفقه للمجددي الحنفي (ص ٨٩)، وقاعدة «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد إلا بسبب شرعي» انظر: قواعد الفقه للمجددي (ص ١١٠)، وغيرها.

(٤) وسيأتي بيان هذه التطبيقات في المبحث السادس إن شاء الله.

(٥) انظر: فتح القدير (٢٠٩/١٢)، الاستذكار (٢٠٩/٧)، البيان والتحصيل (٣٢٠/٩)، الذخيرة (٣٣٥٤/١٠)، روضة الطالبين (١٤٩/١٠)، المذهب (٣٤٤/٢).

(٦) الأم للشافعي (٢١٤/٦).

(٧) انظر: التمهيد (٢١٢/١٩). وانظر: المغني (٢٦٠/١٠).

القول الثاني: تضعيف الغرم فيما ورد النص به؛ كتضعيف الغرم في سرقة الثمر المعلق، دون ما لم يرد النص على تضعيفه:
وبه قال: الحنابلة.

ونسبة القول لهم هي تحريماً على تضعيفهم الغرم في سرقة الثمر المعلق وغيره مما ورد فيه النص بالتضعيف، وعدم تضعيف الغرم في السرقة من غير حرز مما لم يرد النص فيه بالتضعيف^(١)، وهو اختيار الموفق^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣)، ومن مفرداتهم^(٤)، وهو قول إسحاق^(٥).

(١) انظر: المغني (١٠/٢٦٠)، الإنصاف (١٠/٢٠٩)، كشاف القناع (٦/١٤٠).

(٢) انظر: المغني (١٠/٢٦٠).

(٣) انظر: الانصاف (٢٦/٥٣٣) حيث قال المرداوي: «وأما غير الشجر والنخل والماشية إذا سرقه من غير حرز، فلا يضمن عوضها إلا مرة واحدة على الصحيح من المذهب»، وقال: «وقدمه في المغني والشرح - ونصراه - والفروع، والرعاية». وانظر: الإقناع وكشاف القناع (٦/١٣٩) حيث خص الحجاوي والبهوتي التضعيف بالثمر والكثير والماشية، أما في الزاد والروض (٦/٣٧٥) فقد عمم الحجاوي التضعيف لكل مسروق من غير حرز، فقال: «ومن سرق شيئاً من غير حرز ثمرأً كان أو كثيراً أو غيرهما أضعفت عليه القيمة»، وخالفه البهوتي، فقال: «وقدم في (التنقيح) أن التضعيف خاص بالثمر والطلع والجار والماشية، وقطع به في (المنتهى) وغيره، لأن التضعيف ورد في هذه الأشياء على خلاف القياس، فلا يتجاوز به محل النص». وانظر: المنتهى (٦/٢٥٠). وقد رجعت ببحث غير تام إلى بعض كتب الحنابلة الذين لم يروا طرد تضعيف الغرم في السرقة من غير حرز؛ كالمغني، والشرح الكبير، والإنصاف، والكشاف، والمنتهى، وذلك للتأكد من عدم أخذهم بالقاعدة في كل شرط يُفقد، وكل مانع يُوجد مما لم يرد فيه نص.

(٤) انظر: الإنصاف (١٠/٢٠٩).

(٥) انظر: المغني (١٠/٢٦٠).

القول الثالث: تضعيف الغرم مطلقاً:

وبه قال: أحمد في نصوص عدة^(١)، وهو ظاهر قول أبي عبيد القاسم بن سلام^(٢)، وقال به: بعض الحنابلة؛ كابن رجب^(٣) وابن عبد الهادي^(٤)، وتبعهم في ذلك بعض المتأخرين؛ كابن عثيمين في نظمه للقواعد^(٥)،

(١) حيث صرح بتضعيف الغرم في كل ما درى فيه حد السرقة أو غيرها من الحدود، وصرح في رواية أخرى بتضعيف الغرم في كل ما درى فيه حد السرقة والقود. انظر الصيغ المروية عنه في المبحث الأول. وصرح أيضاً بتضعيف الغرم على من سقطت عنه عقوبة السرقة إذا كانت من غير حرز. انظر: القواعد (١/٣٣٧)، الإنصاف (١٠/٢٠٩). وحمل الزركشي ذلك على تضعيف الغرم في كل ما سقط فيه القطع، فقال في شرحه (١٢٦/٣): «المسروق متى فات القطع فيه، إما لعدم حرزه، أو عدم بلوغه نصاباً، أو لشبهه ونحو ذلك، أنه يُغرم بمثليه، وهذا مقتضى احتجاج أحمد»، ونقل ابن القيم عن أحمد ذلك، فقال في زاد المعاد (٥/٧٩): «قد نص عليه الإمام أحمد رَحْمَةُ اللَّهِ، فقال: كل مَنْ سَقَطَ عَنْهُ الْقَطْعُ، ضُوِّفَ عَلَيْهِ الْغَرَمُ».

(٢) انظر: غريب الحديث (٣/١٥٢). حيث قال في حديث ((ضالة الإبل المكتومة غرامتها ومثلها معها)): «وهذا عندي على وجه العقوبة والتأديب له، وهذا مثل قوله في منع الصدقة: ((إنا آخذوها وشطر إبله عزمة من عزمات ربنا))، وهذا كما قضى عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على حاطب، وكان عبيده سرقوا ناقة لرجل من مزينة فنحروها فأمر عمر بقطعهم ثم قال: ردوهم عليّ، وقال لحاطب: إني أراك تجميعهم، ثم قال للمزني: كم كانت قيمة ناقتك؟ قال: طُلبت مني بأربعمائة درهم، فقال لحاطب: اذهب فادفع إليه ثمانمائة درهم! فأضعف عليه القيمة عقوبةً له، لا أعرف للحديث وجهها غير هذا. قال أبو عبيد: وليس الأحكام اليوم على هذا، إنما يلزمونه القيمة».

(٣) انظر: القواعد (٣/٦٣).

(٤) انظر: القواعد الكلية (ص ٩٦).

(٥) حيث نظم هذه القاعدة بعمومها فقال:

وضاعف الغرم على من ثبتت
عقوبة عليه ثم سقطت

=

..... وغيره^(١).

ويمكن تخريج القول بتضعيف الغرم مطلقاً على أقوال بعض الحنابلة؛
كأبي بكر^(٢)،

= مانع كسارقٍ من غير ما
محرزٍ ومن لصالٍ كتنا

وقد حكى في الشرح الممتع (٣٦٧/١٤) القولين في مسألة تضعيف الغرم في السرقة من غير حرز فيما لا نص فيه، ورأى أن القول بالتضعيف أقرب، كما أنه في شرح منظومة أصول الفقه وقواعده (ص ٣٤٨) ذكر القول الثاني ثم قال: «إلا أن القاعدة تقتضي العموم».

إلا أنه في (تعليقه على قواعد شيخه ابن سعدي ص ٢٠٣) خص التضعيف في المسألة فيما فيه نص فقال: «خص ابن سعدي ذلك بالثمر والماشية، وعمم بعض أهل العلم فيمن سرق من غير حرز،... والأولى أن يقتصر على ما جاء به النص، وما لم يجيء الأصل أنه لا يضمن إلا بمثله أو قيمته».

(١) انظر: مجلة الأحكام الشرعية للقاري (ص ١٠١) (م ١٠٤)، ومعلمة زايد (١٨/٥٨)، وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١١/١٠٠٨) حيث صاغوها بصياغة ابن رجب أو بقريب منها.

(٢) حيث أوجب مضاعفة الغرم في السرقة من غير حرز. قال ابن قدامة في المغني (١٠/٢٦٠): «وما عدا هذين لا يغرم بأكثر من قيمته أو مثله إن كان مثلياً. هذا قول أصحابنا وغيرهم، إلا أبا بكر؛ فإنه ذهب إلى إيجاب غرامة المسروق من غير حرز بمثليه؛ قياساً على الثمر المعلق وحريسة الحبل واستدلالاً بحديث حاطب». وجاء في المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/٢٢٢): «وقال أبو بكر: العمل على حديث بهز بن حكيم، ومثله قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا قطع في ثمر ولا كثر وفيه غرامته ومثله معه. ومثله قول النبي: في الضالة المكتومة فيها غرامتها ومثلها. ومثله حديث الذمي إذا قتل عمداً تضعف الدية فيه، ومثله الأعور إذا فقأ عين الصحيح أو الصحيح إذا فقأ عين الأعور إن الدية كاملة ويرفع القود».

..... والمجد^(١)، والزركشي^(٢)، وابن تيمية^(٣)، وابن

القيم^(٤).

أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

الدليل الأول: عن ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ألا إن الله حرم عليكم دماءكم وأموالكم، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا))^(٥).

(١) انظر: المحرر (٣٨٦/٢) حيث قال: «ومن سرق من غير حرز أضعفت عليه القيمة. نص عليه. وقيل: يختص ذلك بالثمر والكثير».

(٢) انظر: شرح الزركشي (١٢٦/٣). حيث قال: «المسروق متى فات القطع فيه، إما لعدم حرزه، أو عدم بلوغه نصاباً، أو لشبهة ونحو ذلك، أنه يُغرم بمثليه، وهذا مقتضى احتجاج أحمد. وإذا يتلخص في المسألة أربعة أقوال، هل يختص غرامة المثلين بالثمر والكثير، أو بهما وبالماشية، أو بكل ما سرق من غير حرز، أو يتعدى ذلك لكل ما سقط فيه القطع، وهو أظهر».

(٣) انظر: مجموع الفتاوى (١١٢/٢٨) حيث صرح بتضعيف الغرم في السرقة من غير حرز، فقال: «واجبات الشريعة التي هي حق لله ثلاثة أقسام: عبادات...، وعقوبات إما مقدرة، وإما مفوضة، وكفارات، كل واحد من أقسام الواجبات ينقسم إلى: بدني، وإلى مالي، وإلى مركب منهما...، والعقوبات البدنية: كالقتل والقطع، والمالية: كإتلاف أوعية الخمر، والمركبة: كجلد السارق من غير حرز، وتضعيف الغرم عليه».

(٤) انظر: إعلام الموقعين (٤٨/٢)، زاد المعاد (٥٤/٥) حيث صرح بتضعيف الغرم في كل ما سقط فيه القطع. كما أنه يرى جواز التعزير بالتغريم المالي كما سبق.

(٥) أخرجه البخاري، باب في الجنائز، حديث رقم (٤٤٠٢)، ومسلم، كتاب الحج، حديث رقم (١٢١٨) من حديث جابر.

وجه الدلالة: أن الحديث فيه تحريم أخذ أموال الناس، وأن الأصل في أموالهم التحريم، وتضعيف الغرم أخذ لأموالهم، فيحرم. ويناقدش: بأن الحديث في الاعتداء على الأموال بغير حق، وتضعيف التغيريم على من دَلَّ الدليل على مشروعية تضعيف الغرم عليه هو أخذ للمال بحق؛ فيجوز.

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ (سورة البقرة: ١٩٤).

وجه الدلالة: أن الله أجاز مقابلة الاعتداء باعتداء مثله، ولم يجز مقابله بمثليه^(١).

ويناقدش: بأن القاعدة لا تقرر جواز مقابلة الاعتداء بمثليه، وإنما تقرر أنه إذا قام الفعل المقتضي للقصاص - وهو اعتداء بالمثل -، أو قام الفعل المقتضي للحد، وسقط القصاص أو الحد؛ لمانع، وكان الفعل المقتضي للقصاص أو الحد يوجب غراماً مالياً من ضمان أو دية، فإن الفاعل يعاقب بعقوبة أخرى بدلاً عما سقط عنه، وهي مضاعفة الغرم الواجب عليه.

الدليل الثالث: عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قُوم عليه قيمة العدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق))^(٢).

(١) انظر: الذخيرة (١٠/٣٣٥٤) بتصرف.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٣٩/٣) برقم (٢٤٩١)، ومسلم في صحيحه (١١٤٠/٢) برقم (١٥٠٣).

وجه الدلالة: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى على الذي أعتق شركاً له في عبد بقيمة حصة شريكه، لكونه أتلف ماليته عليه بعثقه ولم يقض بقيمتي حصة شريكه^(١).

الدليل الرابع: عن أنس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ، فَأَرْسَلْتُ إِحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ بِصَحْفَةٍ فِيهَا طَعَامٌ، فَضَرَبْتُ الَّتِي النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي بَيْتِهَا يَدَ الْخَادِمِ، فَسَقَطَتِ الصَّحْفَةُ فَانْفَلَقَتْ، فَجَمَعَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَقَّ الصَّحْفَةَ، ثُمَّ جَعَلَ يَجْمَعُ فِيهَا الطَّعَامَ الَّذِي كَانَ فِي الصَّحْفَةِ، وَيَقُولُ: ((غَارَتْ أَمْكُم))، ثُمَّ حَبَسَ الْخَادِمَ حَتَّى أَتَى بِصَحْفَةٍ مِنْ عِنْدِ الَّتِي هُوَ فِي بَيْتِهَا، فَدَفَعَ الصَّحْفَةَ الصَّحِيحَةَ إِلَى الَّتِي كَسَرَتْ صَحْفَتَهَا، وَأَمْسَكَ الْمَكْسُورَةَ فِي بَيْتِ الَّتِي كَسَرَتْ^(٢).

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضَمَّنَ الصَّحْفَةَ الَّتِي كَسَرَهَا بَعْضُ أَهْلِهِ بِصَحْفَةٍ مِثْلِهَا، وَلَمْ يَوْجِبْ مِثْلِهَا^(٣).

الدليل الخامس: إجماع العلماء على أن من أتلف شيئاً لا يضمن إلا مثله أو قيمته.

قال ابن عبد البر: «أجمع العلماء على أنه لا يغرم من استهلك شيئاً إلا مثله أو قيمته»^(٤).

(١) انظر: الاستذكار (٢٠٩/٧) بتصرف يسير.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٦/٧) برقم (٥٢٢٥)، ومسلم في صحيحه (١١٣٩/٢) برقم (١٥٠٢) وهذا لفظه.

(٣) انظر: الاستذكار (٢٠٩/٧).

(٤) الاستذكار (٢٠٩/٧).

وَيُنَاقِشُ الاستدلال بالأدلة الأربعة السابقة من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أنه دل الدليل على استثناء تضعيف الغرم في القاعدة من كون ضمان الشيء لا يكون إلا بمثله أو قيمته.

الوجه الثاني: أن الغرم الزائد عن المثل أو القيمة في القاعدة هو بدل عما سقط من العقوبة، وليس غرمًا مجرداً.

الوجه الثالث: أن الغرم الزائد هنا هو من باب التعزير المالي، لا من باب الضمان المالي، وقد تقدمت أدلة جواز التعزير المالي بالتغريم.

الدليل السادس: أن الأصل تحريم التعزير بالتغريم المالي^(١)، وتضعيف الغرم منه، فيحرم. وقد تقدمت مناقشة أدلة من قال بتحريمه^(٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عن عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ سئل عن الثمر المعلق، فقال: ((من أصاب من ذي حاجة غير متخذ خبنة، فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة، ومن سرق شيئاً منه بعد أن يؤويه الجروين، فبلغ ثمن المجن، فعليه القطع، ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثليه، والعقوبة))^(٣).

وجه الدلالة: دل الحديث على تضعيف الغرم هنا من وجهين:

(١) انظر: الأم (٤/٢٥١).

(٢) انظر التمهيد السابق لهذا المطلب.

(٣) تقدم تخرجه (ص ١٩٩).

الوجه الأول: دلالة قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ومن خرج بشيء منه، فعليه غرامة مثليه، والعقوبة))، على أن من أخذ من الثمر المعلق على الشجر في البستان، وخرج به، أنه لا قطع عليه، وأن عليه غرامة مثلي هذا الثمر.

الوجه الثاني: دلالة قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ومن سرق دون ذلك، فعليه غرامة مثليه، والعقوبة))، على أن من سرق ما دون النصاب من الثمر بعد أن يؤويه الجرين، أنه لا قطع عليه، لكن عليه غرامة مثلي المسروق.

وقد تقدمت مناقشة هذا الدليل بأنه منسوخ، وتقدم الجواب على ذلك^(١).

الدليل الثاني: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سمعت رجلاً من مزيعة يسأل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: يا رسول الله جئت أسألك عن الضالة من الإبل؟ قال: ((معها حذاؤها^(٢)) وسقاؤها تأكل الشجر وترد الماء، فدعها حتى يأتيها باغيها)). قال: الضالة من الغنم؟ قال: ((لك أو لأخيك أو للذئب. تجمعها حتى يأتيها باغيها)). قال: الحريسة^(٣) التي توجد في مراتعها؟ قال: ((فيها ثمنها مرتين، وضرب نكال، وما أخذ من عطنه^(٤)) ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن)). قال: يا رسول الله،

(١) انظر ما سبق في مناقشة أدلة القائلين بجواز التعزير المالي بالتغريم، والجواب عليها.
 (٢) الحذاء: النعل، والمراد: خفها. والمعنى: أنها تقوى على المشي وقطع الأرض وعلى قصد المياه وورودها ورعي الشجر. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (١/٩٢٤).
 (٣) قال البغوي في شرح السنة (٨/٣١٩): «أراد بحريسة الجبل: البقر، أو الشاة، أو الإبل، المأخوذة من المرعى، يقال: احترس الرجل، إذا أخذ الشاة من المرعى».
 (٤) العطن: مبرك الإبل حول الماء، انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/٥٠٧).

فالشمار، وما أخذ منها في أكمامها؟ قال: ((من أخذ بفمه، ولم يتخذ خبنة، فليس عليه شيء، ومن احتمل، فعليه ثمنه مرتين وضرباً ونكالاً، وما أخذ من أجرانه، ففيه القطع، إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن)) الحديث^(١).

وجه الدلالة: أن قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الحريسة: ((فيها ثمنها مرتين، وضرب نكال)) يدل على أن من أخذ الشاة من مراتعها، أنه لا قطع عليه، لكن عليه غرامة مثليها.

وَنُوقِشَ: بِأَنَّ ذَلِكَ مَنْسُوخٌ^(٢).

قال ابن عبد البر: «وهذا عند العلماء الذين يصححون هذا الحديث منسوخ بما يتلون من كتاب الله تعالى وسنة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المجتمع عليها»^(٣).

وأجيب: بما أجيب به مناقشة سابقه.

(١) رواه أحمد في المسند (٢٧٣/١١) (٦٦٨٣)، (٤٩٢/١١) (٦٨٩١) بهذا اللفظ، ورواه ابن ماجه في سننه (٨٦٥/٢) (٢٥٩٦)، وروي من طرق عديدة ذكرها الألباني في إرواء الغليل (٦٩/٨) برقم (٢٤١٣)، وبين أن هذا الحديث حسن.

(٢) انظر: الذخيرة (٣٣٥٤/١٠)، والبيان والتحصيل (٣٢٠/٩).

(٣) الاستذكار (٢١٠/٧).

الدليل الثالث: عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((ضالة الإبل المكتومة^(١) غرامتها ومثلها معها))^(٢).

ووجه الدلالة: أَنَّ الحديث يدلُّ على أَنَّ من أخذ الضالة وكتمها، أَنَّهُ لَا قطع عليه، لكن عليه غرامة مثليها.

قال أبو عبيد القاسم بن سلام: «وهذا عندي على وجه العقوبة والتأديب له»^(٣).

(١) المكتومة: أي التي كتّمها الواجد، ولم يعرفها، ولم يُشهد عليها. انظر: المحكم والمحيط الأعظم (٦/ ٧٨١)، عون المعبود (٥/ ٩٦).

(٢) رواه أبو داود في سننه (٢/ ١٣٩) برقم (١٧١٨)، ورواه عبد الرزاق في مصنفه (١٠/ ١٢٩) برقم (١٨٥٩٩) عن معمر بن عمرو بن مسلم عن عكرمة أحسبه عن أبي هريرة أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ... فذكره. قال المنذري: «لم يجزم عكرمة بسماعه من أبي هريرة فهو مرسل». انظر: عون المعبود للعظيم أبادي (٥/ ٩٧)، وضعفه الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة (٩/ ٢٥) برقم (٤٠٢١) وقال: «فيه عمرو بن مسلم وهو الجندي اليماني، وضعفه أحمد، وابن معين، والنسائي، وغيرهم، ثم إنَّ عكرمة وهو مولى ابن عباس شك في وصله عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ»، وقال في الإرواء (١/ ٦٩): «وكونه مرسلًا أشبهه، وفي آثار بعض الصحابة ما يقوي الأخذ بما دل عليه». وصححه في صحيح أبي داود (٥/ ٤٠١) برقم (١٥١١)، وقال: «وهذا إسناد رجاله كلهم ثقات رجال مسلم؛ على ضعف في عمرو بن مسلم - وهو الجندِيُّ -، فهو إسناد لا بأس به؛ لولا أن عكرمة - وهو من رجال البخاري - لم يَقْطَعْ بذكر أبي هريرة فيه» ثم قال: «ويشهد له حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في ضالة الغنم: ((لك أو لأخيك أو للذئب)). قال: ((فمن أخذها من مرتعها؛ عوقب وعُرِّمَ مثلَ ثمنها)). وفي رواية: ((فيها ثمنها مرتن، وَصَرَبُ نَكَال)). أخرجه أحمد (٢/ ١٨٠ و ١٨٦) بسندٍ حسن».

(٣) غريب الحديث (٣/ ١٥٢).

وقال أبو بكر عبد العزيز: «وهذا حُكْمُ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَا يَرُدُّ»^(١).

وقد تقدمت مناقشة هذا الدليل وما وافقه من الأدلة بأن العلماء قد تركوا العمل بها، وتقدم الجواب على ذلك^(٢).

الدليل الرابع: عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رقيقاً لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأمر عمر، كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم. ثم قال عمر: أراك تجميعهم. ثم قال عمر: والله، لأغرمنك غرماً يشق عليك. ثم قال للمزني: كم ثمن ناقتك؟ فقال المزني: كنت والله أمنعها من أربع مائة درهم. فقال عمر: أعطه ثماني مائة درهم^(٣).

(١) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/٢٢٢).

(٢) انظر ما سبق في مناقشة أدلة القائلين بجواز التعزير المالي بالتغريم، والجواب عليها.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٤/١٠٨٣) برقم (٢٧٦٧) عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب به، والشافعي في مسنده (٣/٢٨١) برقم (١٥٩٢) عن مالك بإسناده به، والبيهقي في سننه (٨/٤٨٣) برقم (١٧٢٨٧) عن الشافعي بإسناده به. قال ابن عبد البر: «وروى بن وهب هذا الحديث عن أبي الزناد عن أبيه عن عروة بن الزبير عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن أبيه... وقد جوده من قال فيه عن أبيه، فإن يحيى بن عبد الرحمن لم يلق عمر، ولا سمع منه، وأبوه عبد الرحمن سمع من عمر، وروى عنه»، ثم أورد رواية ابن وهب عن الليث بن سعد وسعيد بن عبد الرحمن الجمحي كلهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن أبيه بمعناه. انظر: الاستذكار (٧/٢١٠). ويؤيد كون الرواية عن أبيه (عبد الرحمن بن حاطب) رواية عبد الرزاق في مصنفه برقم (١٨٩٧٧) هذا الأثر عن ابن جريج قال حدثني هشام بن عروة عن عروة أن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أخبره عن =

ووجه الدلالة: أن هذا الأثر عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يدل على أن من سرق لمجاعة لا قطع عليه، وأن عليه غرامة مثلي المسروق. ونوقش من وجهين:

الأول: أن هذا الأثر لم يقل به من الفقهاء أحد^(١).

ويجاب: بعدم التسليم بأنه لم يقل به أحد، فقد قال به أحمد^(٢).

الثاني: أن في الأثر تغريم السيد بما اعترف به عبيده، وهذا مخالف للإجماع.

قال ابن عبد البر: «أجمع العلماء على أن إقرار العبد على سيده في ماله لا يلزمه، وفي هذا الحديث أن عمر أغرم عبد الرحمن بن حاطب ما اعترف به عبيده، وهذا خبر تدفعه الأصول من كل وجه»^(٣).

= أبيه فذكر القصة، وأيضاً ما أورده ابن القيم في إعلام الموقعين (٤/٣٥٠) عن السعدي قال حدثنا أبو النعمان عارم، ثنا حماد بن سلمة، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن ابن حاطب. قال الشافعي في الأم (٧/٢٣١): «هذا أثر ثابت عن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ»، وقال ابن حزم في المحلى (١٢/٣٠٧): «هذا أثر عن عمر كالشمس».

(١) انظر: الاستذكار (٧/٢٠٩) حيث قال مالك: «وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة، ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها». قال أبو عمر: «أدخل مالك هذا الحديث في كتابه (الموطأ) وهو حديث لم يتواطأ عليه، ولا قال به أحد من الفقهاء، ولا أرى العمل به، إنما تركوه - والله أعلم - لظاهر القرآن والسنة المجتمع عليها».

(٢) انظر: شرح الزركشي (٣/١٢٥).

(٣) الاستذكار (٧/٢١١).

ويجاب من وجوه:

الأول: أن إقرارهم أثبت عليهم القطع الذي ذرئ لمانع، وأثبت على سيدهم ضمان المسروق لتصديقه بهذا الاعتراف، وعدم إنكاره له؛ قياساً على ثبوت دية الخطأ على العاقلة إذا اعترف الجاني خطأ، وصدفته العاقلة، ولم تنكره.

الثاني: أن يكون ذلك ثبت عليهم بطريق الشهادة أيضاً.

الثالث: أن تحميل السيد قيمة الناقة ليس تحميلاً له ضمان جناية عبيده الذين سرقوا، وإنما تحميلٌ له غرم تجويع عبيده الذي اضطرهم للسرقة، وعدم إنفاقه عليهم، مع تصديقه بذلك، ولذلك قال عمر: «أراك تجيعهم»، ولم ينكر السيد ذلك، فضمّنه قيمة المسروق، وغرّمه ضعفها.

الرابع: أن تضمين السيد قيمة ما سرق عبيده المضطرين للسرقة ورد ما يؤيده من الأثر، فعن عبد الله بن أبي مليكة^(١): «أنّ عبيدين عدوا على خمار امرأة، فسألتهما؟ فقالا: حملنا عليه الجوع واضطررنا إليه، قلت -يسأله الراوي-: أكانا أبقين؟ قال: لم أعلم، قال: فكتب فيهما إلى ابن عباس، وإلى

(١) هو أبو بكر عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة بن جدعان القرشي التيميّ المكي، قاضي مكة، ومؤذن الحرم، رأى ثمانين من أصحاب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، كان إماماً من الصالحين ومن الفقهاء في التابعين، والحفاظ المتقين، وكان يسأل ابن عباس في الأحكام المتعلقة بالقضاء، توفي سنة ١١٧هـ. انظر: تذكرة الحفاظ للقيصري (١/١٠١ - ١٠٢)، طبقات الحفاظ للسيوطي (١/٤٨).

عبيد بن عمير^(١)، وعباد بن عبد الله بن الزبير^(٢)، فكتب عباد: أن أقطعها، وكتب عبيد بن عمير: أن قد أحل الميتة والدم ولحم الخنزير لمن اضطر، وكتب ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وقد كنت كتبت إليه بما اعتلا به من الجوع، فكتب: أن قد أصبت، لا تقطعها، وغرّم سادتها ثمن الخمار، وإن كان فيهما جلد فاجلدهما؛ لئلا يعتل العبد بالجوع^(٣).

حيث ضمن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا سيدي العبدین قيمة المسروق؛ لتجويعها وعدم إنفاقها عليهما.

الدليل الخامس: عن محمد بن أبي عياض أن عمر وعثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا اجتمعا على أن الأعور إن فقأ عين آخر فعليه مثل دية عينه^(٤).

(١) هو عبيد بن عمير بن قتادة الليثي، الواعظ القاضي المفسر، أبو عاصم، ولد في حياة الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكان قاضياً لابن الزبير، وكان من ثقات التابعين بمكة، وكان ابن عمر يحضر مجلسه، توفي قبل ابن عمر بأيام يسيرة، وقيل سنة ٧٤هـ. انظر: الثقات لابن حبان (١٢٣/٥).

(٢) هو عباد بن عبد الله بن الزبير بن العوام، أبو يحيى القرشي، وكان عظيم المنزلة عند والده حدث عن أبيه وجدته أساء وخالة أبيه عائشة، وحدث عنه ابن يحيى، وابن أبي مليكة وآخرون. انظر: الثقات لابن حبان (١٤٠/٥).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه باب سرقة العبد (٢٣٧/١٠) برقم (١٨٩٧٦) عن ابن جريج قال: أخبرني ابن أبي مليكة... فذكره. وإسناده صحيح متصل.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب العقول، باب الأعور يُصيب عين الإنسان (١٧٤٤٠) (٣٣٣/٩).

وعن أبي عياض: أن عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رفع إليه أعور فقاً عين صحيح، فلم يقتص منه، وقضى فيه بالدية كاملة^(١).
قال ابن قدامة: «ولم نعرف لهما مخالفاً في عصرهما»^(٢).

وجه الدلالة: أن اثنين من الخلفاء الراشدين قضيا أن الأعور إذا فقاً عين الصحيح أنه لا يقتص منه، ويدفع الدية كاملة، مع أن العين الواحدة فيها نصف الدية، لكن ضاعفوا عليه الدية؛ فأوجبوا عليه دية كاملة، ولم يعلم لهما مخالف في عصرهما.

الدليل السادس: عن الزهري رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ قَضَى أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي دِيَةِ الذَّمِيِّ بِمِثْلِ دِيَةِ الْمُسْلِمِ^(٣).
وعن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَجُلًا يَهُودِيًّا قُتِلَ غِيْلَةً، فَقَضِيَ فِيهِ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِأَثْنِي عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ^(٤).

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: جماع أبواب الديات ما دون النفس، باب الصحيح يصيب عين الأعور، والأعور يصيب عين الصحيح، حديث (١٦٣٠٠) (١٦٥/٨).

(٢) المغني (٤٢٨/٩). وانظر: كشاف القناع (٣٧/٦).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٩٥/١٠) برقم (١٨٤٩١)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٣١٩/١١)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الديات باب: دية أهل الذمة (١٧٨/٨) برقم (١٦٣٥٤). قال البيهقي في السنن الصغير (٢٤٧/٣): «منقطع»، وقال: «قال الشافعي: إن الزهري قبيح المرسل، وقد روينا عن عمر وعثمان ما هو أصح منه».

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب العقول، باب دية أهل الكتاب (٢٩٨/٩) برقم (١٨٤٩٥) عن رباح بن عبد الله قال: أخبرني حميد الطويل أنه سمع أنساً يحدث (فذكره)، وعنه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره (١٨١/٤) برقم (٣٢٩٨).

وأخرج عبدالرزاق عن معمر عن الزهري عن سالم عن ابن عمر أن رجلاً مسلماً قتل رجلاً من أهل الذمة عمداً، فرفع إلى عثمان، فلم يقتله به، وغلظ عليه الدية مثل دية المسلم». قال الزهري: «وقتل خالد بن المهاجر رجلاً من أهل الذمة في زمن معاوية، فلم يقتله به، وغلظ عليه الدية ألف دينار»^(١).

وأخرج عن أبي حنيفة عن الحكم بن عتيبة أن علياً قال: «دية اليهودي، والنصراني، وكل ذمي مثل دية المسلم»^(٢).

وأخرج عن معمر عن ابن أبي نجيح عن مجاهد عن ابن مسعود قال: «دية المعاهد مثل دية المسلم»^(٣).

وجه الدلالة: أن عدداً من الصحابة قضوا أو قالوا بأن دية الكتابي مثل دية المسلم، وهذا القول منهم على سبيل (التغليظ) بتضعيف الدية الواجبة، والتي هي نصف دية المسلم؛ وذلك لأنه لما سقط القود لعدم المكافأة بين القاتل والمقتول ضوعف الغرم، وهو هنا نصف الدية، فكانت الدية بهذا التضعيف كاملة، وليس هذا منهم على سبيل التقرير للواجب لهم.

(١) المصنف، كتاب العقول، باب دية أهل الكتاب (٢٩٨/٩) برقم (١٨٤٩٢). قال ابن حزم في المحلى (٢٢٣/١٠) عن أثر عثمان: «هذا في غاية الصحة عن عثمان».

(٢) المصنف، كتاب العقول، باب دية أهل الكتاب (٢٩٨/٩) برقم (١٨٤٩٤).

(٣) المصنف، كتاب العقول، باب دية أهل الكتاب (٢٩٨/٩) برقم (١٨٤٩٦).

والذي يدل على أنّ ذلك منهم على سبيل (التغليظ) بتضعيف الدية الواجبة أنّهم قد روي عنهم ما يدل على أنّ الدية الواجبة نصف دية المسلم، فنحمل قولهم هنا على (التغليظ) بالتضعيف.

فعن ابن المسيب عن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه قضى في دية اليهودي والنصراني بأربعة آلاف درهم^(١).

وعنه قال: قضى فيه عثمان بن عفان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بأربعة آلاف^(٢).

قال ابن قدامة: «وأما ما رووه من أقوال الصحابة، فقد روي عنهم خلافه، فنحمل قولهم في إيجاب الدية كاملة على سبيل التغليظ، قال أحمد: إنما غلظ عثمان الدية عليه؛ لأنه كان عمداً، فلما ترك القود غلظ عليه. وكذلك حديث معاوية...»^(٣).

يؤيد هذا أنّ لفظ الأثر الوارد عن قضاء عثمان، والوارد عن قضاء معاوية فيه تصريح بأنّ ذلك كان على سبيل التغليظ، بل إنّ أثر معاوية قد حكاه الزهري مصرحاً فيه بالتغليظ.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الديات، من قال الذمي على النصف أو أقل (٤٠٧/٥) برقم (٢٧٤٤٥) والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الديات، باب دية أهل الذمة (١٠٠/٨) برقم (١٦٢١٧) وصحح إسناده.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الديات، باب دية أهل الذمة (١٠٠/٨) برقم (١٦٢٢١).

(٣) المغني (٤٠٠/٨).

ويؤيده أيضاً أنه قد ورد حديث يقرر أن ديتهم على النصف في الأصل، وهو حديث عمرو بن شعيب، وتوجيه هذه الآثار بأنها على سبيل التخليط أولى من توجيهها على معنى يخالف الحديث.

الدليل السابع: ويدل على عدم تضعيف الغرم فيما لم يرد فيه نص أن التضعيف فيما ورد فيه نص، هو على خلاف القياس والأصل؛ لأجل النص، فلا يجاوز به محل النص^(١).

والأصل في هذه المسألة هو وجوب غرامة المثلي بمثله، والمتقوم بقيمته، بدليل أن غرامة المتلف والمغصوب والمتهب والمختلس وسائر ما تجب غرامته كلها كذلك، لكن خولف في بعض المسائل؛ للأثر، فيبقى ما عداه على الأصل^(٢).

وَيُنَاقِشُ مِنْ وَجْهِ:

الوجه الأول: عدم التسليم بورود نص صحيح يخالف القياس، بل كل ما ورد في الشرع منه فهو على وفق القياس^(٣).

الوجه الثاني: عدم التسليم بأن تضعيف الغرم الوارد في النصوص هو على خلاف القياس. ويوضحه:

(١) انظر: المغني (١٠/٢٦٠)، كشاف القناع (٦/١٤٠) بتصرف.

(٢) انظر: المغني (١٠/٢٦٠).

(٣) وقد قرر هذا كثير من أهل العلم، ومن قرره وأفاض في تقريره شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم. انظر: مجموع الفتاوى (٢٠/٥٠٥)، إعلام الموقعين (١/٢٨٩).

الوجه الثالث: وهو أن تضعيف الغرم الوارد في النصوص هو؛ لوجه استنبطه من قرر القاعدة من العلماء، وهو أنه حكم بدلي على «كل من سقطت عقوبته، بإتلاف نفس أو طرف، مع قيام المقتضي للعقوبة، مانع»، فمتى وجد هذ الوجه وجد الحكم بالتضعيف، فهو لذلك حكم موافق للقياس^(١).

الوجه الرابع: أن الغرم الزائد عن المثل أو القيمة في القاعدة هو بدل عما سقط من العقوبة، وليس غرماً مجرداً.

الوجه الخامس: أن الغرم الزائد هنا هو نوع من التعزير بالتغريم المالي، وليس من باب الضمان المالي^(٢)، وقد تقدمت أدلة جواز التعزير المالي.

الدليل الثامن: أن تضعيف الغرم في السرقة -مما ورد النص بتضعيفه- له وجه يختلف به عن غيره، فلا يلحق به ما خالفه.

ومن ذلك مثلاً: أن تضعيف الغرم في السرقة من الثمار المعلقة هو؛ لأن الثمار في العادة تسبق اليد إليها، فجاز أن تغلظ قيمتها على سارقها؛ ردعاً له وزجراً، بخلاف غيرها^(٣).

وهذا التوجيه له وجه، لكن يناقش الاستدلال به هنا من ثلاثة وجوه:

- (١) وسيأتي تحرير علة القاعدة بإيضاح عند الترجيح إن شاء الله.
- (٢) وسيأتي بيان تكييف الغرم الزائد إن شاء الله في مطلب مستقل.
- (٣) انظر: كشاف القناع (٦/١٤٠). وبنحو ذلك وجه تحريق متاع الغال من الغنيمة، دون السارق منها. قال ابن قدامة في المغني (١٠/٥٥١): «لأن الغلول يكثر؛ لكونه أخذ مال لا حافظ له، ولا يطلع عليه غالباً، فيحتاج إلى زاجر عنه، وليس كذلك السرقة، فإنها أخذ مال محفوظ، فالحاجة إلى الزجر عنه أقل».

الوجه الأول: أنه إذا كان هذا الوجه هو علة تضعيف الغرم في السرقة من الثمار المعلقة فإنَّ تعليل التضعيف بهذه العلة يناقض قولهم أن التضعيف مخالف للقياس أولاً، ثم يلزم طرد هذه العلة، وعدم الاقتصار على ما جاء به النص ثانياً؛ لأن العلة «يلزم من وجودها وجود حكمها معها».

الوجه الثاني: أنه قد يقال: إذا ضوعف الغرم في إخراج الثمر المعلق مع أنه يباح الأكل منه بدون حمل شيء منه، فمن باب أولى أن يضاعف الغرم على سرقة المال من غير حرز فيما لا يجوز الانتفاع بشيء منه، لكن على توجيهكم لا يضاعف الغرم عليه، وهذا يدل على ضعف في الوجه المعلن به.

الوجه الثالث: أن هذه العلة غير مطردة في كل المسائل التي قال بها أصحاب هذا القول بالتضعيف، ومن ذلك التضعيف في قتل المسلم للذمي عمداً، فليست العلة فيه كون قتل الذمي مما يكثر وقوعه عادة، وكذا التضعيف في قلع الأعور عين الصحيح الماثلة لعينه الصحيحة، وكذا أخذ ما دون النصاب من الثمر بعد أن يؤويه الجرين ليس مما يكثر أخذه، وهو مذكور في نفس الحديث.

الدليل التاسع: أن تضعيف الغرم عقوبة، والعقوبات لا قياس فيها، فلا يصح قياس ما لم يرد به نص من العقوبات على ما ورد به نص، وعليه؛ لا يصح قياس تضعيف الغرم مما لم يرد به نص على ما ورد به نص.

وُناقش من وجهين:

الأول: عدم التسليم بمنع القياس في العقوبات؛ بل القياس ثابت فيها إذا علمت علة حكم الأصل المقيس عليه.

الثاني: على فرض التسليم برجحان القول بمنع القياس في العقوبات فإن الخلاف في القياس في العقوبات هو في عقوبة الحد، أما التعزيرات فلا خلاف فيها؛ حيث «اتفقوا على الأخذ بالقياس في التعزيرات»^(١)، وتضعيف الغرم نوع من التعزيرات.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب القول بالأحاديث والآثار التي استدل بها أصحاب القول الثاني، إلا أن أصحاب القول الثالث استدلوا بها على غير ما ورد به النص أيضاً، فجعلوها دالة على قاعدة مطردة.

فاستدلوا بـ«حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا في الخروج بالثمر المعلق»، وهو أهم أدلة القاعدة، وعليه مبناها، ومنه مبتدأها، وقد دل على القاعدة من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه)) يدل على أن السارق الذي وُجد منه ما يقتضي عقوبته - وهو

(١) إثبات العقوبات بالقياس للنملة (ص ١٠١). وانظر للاستزادة بحثه للمسألة، وتحرير محل النزاع فيها، وأدلة الأقوال.

فعل السرقة- لكن وجد مانع من إقامة حد السرقة عليه-^(١) وهو كون سرقة من غير حرز- أنه لا قطع عليه، لكن عليه غرامة مثلي المسروق. يؤيده:

الوجه الثاني: أن إخراج الثمر المعلق يضاعف فيه الغرم مع أنه يباح الأكل منه بدون حمل شيء منه، فمن باب أولى أن يضاعف الغرم على سرقة المال من غير حرز فيما لا يجوز الانتفاع بشيء منه.

الوجه الثالث: أن قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثليه)) يدل كذلك على أن السارق الذي وُجد منه ما يوجب عقوبته -وهو فعل السرقة- لكن وجد مانع من إقامة حد السرقة عليه -وهو أنه سرق ما دون النصاب- أنه لا قطع عليه، لكن عليه غرامة مثلي المسروق.

ووجه الدلالة من (حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في الحريسة التي توجد في مراتعها): أن قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فيها ثمنها مرتين، وضرب نكال))، يدل كذلك على أن السارق الذي وُجد منه ما يوجب عقوبته -وهو فعل السرقة- لكن وجد مانع من إقامة حد السرقة عليه -وهو أن سرقة من غير حرز- أنه لا قطع عليه، لكن عليه غرامة مثلي المسروق.

وعليه؛ فيقاس على الثمر المعلق والحريسة كل سرقة من غير حرز سقط فيها القطع^(٢).

(١) سيأتي تحرير مصطلح (المانع) وهل يدخل فيه تخلف الشرط كـ(الحرز)، و(ملك النصاب) بإذن الله في شروط القاعدة.

(٢) انظر: المغني (١٠/٢٦٠).

ووجه الدلالة من (حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي ضَالَةِ الْإِبِلِ الْمَكْتُومَةِ):
أَنَّ مِنْ كَتَمِ الضَّالَّةِ فَإِنَّهُ كَالسَّارِقِ لَهَا، وَعَقُوبَتُهُ الْقَطْعُ^(١)، لَكِنْ سَقَطَتْ عَنْهُ
الْعُقُوبَةُ؛ لِمَانَعٍ؛ وَهُوَ كَوْنُهُ أَخَذَ الضَّالَّةَ مِنْ غَيْرِ حَرْزِهَا، فَلَمَّا سَقَطَ عَنْهُ الْقَطْعُ
ضَوْعَفَ عَلَيْهِ الْغَرَمُ فِي قَوْلِهِ: «غَرَامَتُهَا، وَمِثْلُهَا مَعَهَا».

ووجه الدلالة الأول من أثر عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي سَرَقَةِ غُلْمَانِ حَاطِبٍ فِي
الْمَجَاعَةِ: «أَنَّ الْخَلِيفَةَ الرَّاشِدَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَسْقَطَ عَنْ غُلْمَانِ حَاطِبِ الْقَطْعَ
لِحَاجَتِهِمْ إِلَى الطَّعَامِ الَّذِي سَرَقُوهُ، وَلَا قَطْعَ فِي مَجَاعَةٍ، فَلَمَّا أَسْقَطَ عَنْهُمْ الْقَطْعَ
ضَاعَفَ الْغَرَمَ، فَالِنَاقَةِ ثَمَنُهَا أَرْبَعُ مِائَةٍ، فَغَرَمَهُمْ ضَعْفُهَا»^(٢).

والوجه الثاني منه: أَنَّ إِسْقَاطَهُ الْقَطْعَ، مَعَ تَضْعِيفِهِ الْغَرَمَ فِي السَّرَقَةِ فِي
الْمَجَاعَةِ، مَعَ عَدَمِ النِّصِّ فِي ذَلِكَ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَعْمَلُ الْقِيَاسِ عَلَى مَا ثَبَتَ
بِالنِّصِّ مِنْ إِسْقَاطِ الْقَطْعِ، وَتَضْعِيفِ الْغَرَمِ فِي الثَّمْرِ الْمَعْلُوقِ وَغَيْرِهِ.

وهو يدل على طرده للقاعدة في «كل من سرق، وسقط عنه القطع؛
لمانع».

وإذا ثبت هذا والأدلة قبله فإنها تدل بمجموعها على أن: «من سقط عنه
القطع؛ لمانع، مع قيام المقتضي للقطع؛ ضوعف عليه الغرم».

(١) قال ابن رجب في قواعده (٣/٦٣): «الضالة المكتومة تضمن بقيمتها مرتين، نص عليه أحمد في «رواية ابن منصور»؛ معللاً بأن التضعيف في الضمان هو لدرء القطع، وهذا متوجه على أصله في قطع جاحد العارية».

(٢) انظر: تليقح الأفهام العلية (٣/٨٣).

ووجه الدلالة من (أثر عمر وعثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي الْأَعْوَرِ إِذَا فَقَأَ عَيْنَ صَحِيحٍ): أَنَّهُ فِي هَذِهِ الْأَثَارِ قَضَى اثْنَانِ مِنَ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ وَلَمْ يَعْلَمْ لِهَذَا مَخَالَفَ أَنَّ الْأَعْوَرَ إِذَا فَقَأَ عَيْنَ الصَّحِيحِ أَنَّهُ لَا يَقْتَصِرُ مِنْهُ، وَيُدْفَعُ الدِّيَةَ كَامِلَةً، مَعَ أَنَّ الْعَيْنَ الْوَاحِدَةَ فِيهَا نِصْفُ الدِّيَةِ، لَكِنْ ضَوْعُفٌ عَلَيْهِ الْغَرَمُ؛ لِسُقُوطِ عَقُوبَةِ الْقِصَاصِ عَنْهُ، مَعَ قِيَامِ الْمُقْتَضِيِّ؛ لِمَنْعٍ^(١).

ووجه الدلالة من (أثر أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود، ومعاوية، رضي الله تعالى عنهم في دية قتل الذمي عمداً): أن عدداً من الصحابة قضوا، أو قالوا: بأن دية الذمي مثل دية المسلم، وهذا منهم على سبيل (التغليظ) بالتضعيف للدية الواجبة، والتي هي نصف الدية المسلم، وذلك؛ لأنه لما سقط القصاص؛ لمانع عدم المكافأة بين القاتل والمقتول، ضوعف الغرم، وهو هنا (نصف الدية)، فكانت الدية بهذا التضعيف كاملة، وليس هذا منهم على سبيل التقرير للواجب لهم كما تقدم^(٢).

وإذا تقررت هذه الأدلة والأدلة قبلها أفادت بمجموعها أن «من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف، مع قيام مقتضي له، لمانع؛ فإنه يتضاعف عليه الغرم».

لكن ما روي عنهم من تقرير الدية الواجبة لهم، وأنها على النصف دون تضعيف، يدل على أن هذا التضعيف ليس حكماً ثابتاً، وإنما هو عقوبة تعزيرية بحسب المصلحة التي يراها الحاكم، فإن شاء ضَعَّفَ، وإن شاء عاقب بعقوبة بدنية أخرى، وإن شاء ترك ذلك كله.

(١) انظر: معلمة زايد (١٨ / ١٥).

(٢) تقدم بيان وجه ذلك في الدليل السابع للقول الثاني.

ويدل على ذلك اختلاف قضاء الخلفاء من الصحابة والتابعين المروي في هذا.

ويستدل للقول الثالث أيضاً: بأنَّ في مضاعفة الغرامة زجراً وردعاً للجاني؛ لأنَّ العقوبة إذا قام مقتضيها، وسقطت لمانع، أو فقد شرط من شروطها، ولم يعاقب الجاني، فقد يدفعه ذلك إلى معاودة ارتكاب جرائم أخرى، وزيادة الغرم المالي عليه يمنع من ذلك^(١).

ويمكن مناقشة استدلال القول الثالث بالأدلة السابقة على القاعدة؛ أي على أن: «كل من سقطت عقوبته بإتلاف نفس أو طرف، مع قيام المقتضي له؛ لمانع؛ ضوعف عليه الغرم»: أنه يلزم أصحاب هذا القول أعمال عموم القاعدة، وطرد حكم علتها في كل صورها، لكن القائلين بهذا القول لم يلتزموا بذلك، فهم لا يقولون أو لا يصرحون بمقتضى القاعدة في كل عقوبة إتلاف نفس أو طرف، قام مقتضيها، وسقطت؛ لفقد شرط، أو لوجود مانع.

ولذا فهم لا يقولون مثلاً بمقتضى القاعدة في كل شرطٍ يُفقد من شروط حد السرقة، ولا في كل شرطٍ يفقد من شروط القصاص، ولا في كل مانعٍ يُوجد من موانعها^(٢).

(١) انظر: الشرح الممتع (٣٦٧/١٤)، معلمة زايد (١٨/٥٨) بتصرف.

(٢) وقد استقرت شروط وموانع العقوبتين عند القائلين بالقاعدة، والتي لم يطردها فيها القاعدة، ورجعت ببحث غير تام إلى بعض كتب القائلين بهذه القاعدة تصريحاً أو تخريماً، بالرجوع إلى مظان ذكر هذه الشروط والموانع، ومن ذلك: شرح الزركشي، المحرر، مجموع الفتاوى لابن تيمية، الطرق الحكمية، زاد المعاد، إعلام الموقعين، قواعد ابن رجب، قواعد ابن عبد الهادي، كما رجعت إلى أهم كتب الحنابلة من أصحاب =

وسأين أهم الشروط المفقودة والموانع الموجودة التي لم يُعملوا فيها القاعدة، بمناقشتهم في ذلك، مع بيان الجواب إن كان؛ وذلك فيما يلي:

أولاً: أن من شروط حد السرقة عند القائلين بهذه القاعدة أن يُؤخذ المال على وجه الاختفاء، فإن فُقد هذا الشرط، فأُخذ المال على غير وجه الاختفاء؛ كالغصب، والانتهاب؛ سقط الحد، ومع ذلك لم يقولوا بمضاعفة الغرم.

ويجاب: بأن القاعدة هي فيمن وجد منه سبب العقوبة المقدرة، ولم يوجد منه شرط من شروطها، أو وجد مانع من موانعها، لا فيمن لم يوجد منه سبب العقوبة المقدرة^(١).

وبهذا يفسر تقييد ابن رجب للقاعدة بقوله: «مع قيام المقتضي له»؛ أي مع قيام سبب العقوبة المقدرة.

فالسبب في أمثلة القاعدة؛ كالسرقة من غير حرز، وقتل الذمي عمداً؛ قد وُجد، لكن لم تجتمع الشروط، أو لم تنتف الموانع.

وهذا له نظائر عند الفقهاء؛ وذلك في مسائل يوجد فيها السبب، ولا يوجد الحكم؛ لانتفاء شرط، أو لوجود مانع^(٢).

= القول الثاني الذين لم يروا طرد تضعيف الغرم في السرقة من غير حرز؛ كالمغني، والشرح الكبير، والإنصاف، والكشاف، والمنتهى، وغيرها؛ وذلك للتأكد من عدم طرد قول الإمام أحمد لهذه القاعدة في كل شرط يفقد، وكل مانع يوجد.

(١) تقدم تعريف السبب، والفرق بينه والموانع والشرط في المبحث الثالث. فيحسن الرجوع إليه.

(٢) من ذلك قولهم: من ملك النصاب، ولم يمض عليه الحول؛ فقد وجد سبب زكاته، وفقد شرطها، ولذلك؛ لم تجب عليه الزكاة. انظر: الإرشاد إلى سبيل الرشاد (ص ١٢٧)، الشامل (٢٨٦/١).

ويشير إلى هذا المعنى قولُ ابن سعدي في شرحه للقاعدة؛ حيث قال: «من سقطت عنه العقوبة، لموجب؛ ضوعف عليه الضمان؛ وذلك إذا كان فعله سبباً ناهضاً لوجوب العقوبة عليه، ولكن سقطت عنه؛ لسبب من الأسباب؛ فإنه يضاعف عليه ضمان الشيء»^(١).

أما الآخذ للمال على غير وجه الاختفاء؛ كالغاصب، أو المنتهب، فإنه لم يوجد منه السبب المقتضي لعقوبة القطع، إنما غضب أو انتهب، ولذلك لم يقولوا بمضاعفة الغرم عليه، بخلاف السارق من غير حرز، فإنه قد وجد منه السبب المقتضي لعقوبة القطع، ثم سقطت؛ لفقد شرط؛ ولذا ضاعفوا عليه الغرم.

وأيضاً من اعتدى على غيره، فلم يحصل منه قتل له، وكذا من اعتدى على طرف غيره؛ كعينه، ولم يصل اعتداؤه إلى قلع هذا الطرف، فهؤلاء لم يقع منهم سبب العقوبة المقدر، وهو القتل العمد العدوان الموجب للقصاص في النفس، أو القلع العمد العدوان الموجب للقصاص في الطرف، وإنما حصل منهم ما دون السبب؛ ولذا لم يتردوا القاعدة فيهم، وهذا بخلاف من قتل ذمياً عمداً؛ فإنه قد وجد منه السبب المقتضي للقصاص، وهو (القتل العمد العدوان)، لكن سقط؛ لوجود مانع عدم المكافأة؛ لكون القاتل مسلماً والمقتول ذمياً، وكذا الأعور إذا قلع عين الصحيح الماثلة لعينه الصحيحة، فإنه قد وجد منه السبب المقتضي للقصاص، وهو (قلع الطرف عمداً عدواناً)، لكن سقط؛ لوجود مانع الحيف الذي يترتب على إقامة القصاص.

(١) القواعد والأصول الجامعة (ص ٢٠٣).

ويُرَدُّ على هذا الجواب: بأنَّ جعل السرقة من غير حرز سبباً للعقوبة المقدره، دون أخذ المال غضباً أو انتهاباً؛ تحكم لا دليل عليه، إذ قد يقال كلاهما لا يُعدان سبباً للعقوبة المقدره.

ويجاب عليه: بأنَّ السرقة بمجردھا سواءً كانت من غير حرز، أو دون النصاب تُعد سبباً للعقوبة المقدره، وذلك؛ لأنها تُعد بمجردھا سرقة لغةً وشرعاً؛ إذ السرقة لغةً: «أخذ المال خفية»^(١)، والسارق من غير حرز أو دون النصاب قد أخذ المال خفية، أما الغصب والانتھاب، فلا يُعد أيُّ منهما سرقة لغةً، والسرقة أيضاً بمجردھا تسمى سرقة شرعاً في خطاب الشارع كما في الأحاديث السابقة؛ كما في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثليه)) بخلاف الغصب والانتھاب، ثم إن السرقة المجردة أجمع لأوصاف السرقة من أخذ المال غضباً، ولذلك قيل بالفرق.

ثانياً: أنَّ من شروط حد السرقة عند القائلين بهذه القاعدة ثبوت حد السرقة بشاهدين، أو إقرار مرتين، فإذا لم يثبت بأحدهما؛ سقط الحد، ومع ذلك لم يقولوا بتضعيف الغرم.

ويجاب: بأنَّه إن لم يوجد أيُّ من الشهادة والإقرار فهنا لم يثبت سبب العقوبة، فلا يصح إلزام القائلين بالقاعدة بتضعيف الغرم هنا.

أما إن وجد إقرار واحد، ورجع عنه؛ فإنَّه قد ثبت سبب العقوبة، وهي السرقة؛ وذلك لأن «الإقرار حجة»، وهو مثبت للفعل المقر به في الأصل؛

(١) انظر: المفردات (ص ٢٣٢).

كالإقرار في غير الحدود، لكن سقطت العقوبة؛ لوجود مانع يمنعها، وهو مانع الشبهة الدارئة للحد، والشبهة هنا هي رجوعه، والحدود تدرأ وتمنع بالشبهات؛ ولذا قد يقال بلزوم طرد القول بالحكم بالتضعيف هنا.

وكذا الحكم إن وجد إقرار واحد فقط، ولم يرجع عنه؛ فإنه قد ثبت سبب العقوبة؛ كسابقه، لكن سقطت العقوبة؛ لفقد شرط، وهو تكرار الإقرار، والذي أشرط عند القائلين به؛ احتياطاً للحد الموجب للإتلاف بالقطع. ومثل ذلك أيضاً: ما لو سرق وشهد عليه رجل وامرأتان، فحكمه كسابقه، والله أعلم.

ثالثاً: أن من شروط حد السرقة عند القائلين بهذه القاعدة انتفاء الشبهة، فإن لم تنتف الشبهة سقط الحد، لكن هل القائلون بالقاعدة إذا أسقطوا الحد للشبهة يقولون بتضعيف الغرم في كل شبهة تدرأ الحد؛ كالسرقة من مال الوالد، أو الولد، أو الزوج، أو الزوجة، أو السيد، أو بيت المال، أو الغنيمة، أو نحوها.

الجواب: أن بعض القائلين صرح بأن القاعدة تشمل سقوط الحد؛ للشبهة.

قال الزركشي: «المسروق متى فات القطع فيه، إما لعدم حرزه، أو عدم بلوغه نصاباً، أو لشبهة ونحو ذلك، أنه يُغرم بمثليه، وهذا مقتضى احتجاج أحمد»^(١).

(١) شرح الزركشي (٣/١٢٦).

ومن لم يصرح بذلك فقد ذكر من تطبيقات القاعدة ما سقط فيه الحد؛ للشبهة، ومن ذلك: السرقة في المجاعة، والسرقة من الغنيمة. ولذلك؛ فالظاهر أن كل من علق التغيريم بسقوط القطع؛ كابن القيم وغيره فإنه يقول بالتغيريم عند سقوطه للشبهة.

ولذا عقب الزركشي ملخصاً آراء المذهب في القاعدة، فقال: «وإذاً يتلخص في المسألة أربعة أقوال، هل يختص غرامة المثليين بالثمر والكثرة، أو بهما وبالماشية، أو بكل ما سرق من غير حرز، أو يتعدى ذلك لكل ما سقط فيه القطع؟ وهو أظهر»^(١).

رابعاً: أن من شروط حد السرقة عند القائلين بهذه القاعدة مطالبة المسروق بهاله، فإن لم يطالب لم يقيم الحد، ومع ذلك لم يقولوا بتضعيف الغرم. ويجاب: أن عدم إقامة الحد هنا ليس لسقوط الحد، وإنما لإسقاطه من صاحب الحق فيه، والقاعدة خاصة فيما إذا كان سقوط الحد بحكم الشرع كما سيأتي في شروط القاعدة.

وبمثل هذا أيضاً يوجه عدم تضعيف الغرم عند عدم اتفاق الأولياء على طلب القصاص.

خامساً: أن توبة المحارب مانع من إقامة الحد عليه، ومع ذلك لم يقولوا بتضعيف الغرم عليه فيها إذا كان قد أخذ مالا.

(١) شرح الزركشي (٣/١٢٦).

ولعل وجه ذلك: أن حد الحراة حق خالص لله، ليس للأدمي حق فيه، بخلاف حد السرقة، ولذا يستوفي حد الحراة بدون طلب ممن أخذ ماله، بخلاف حد السرقة، وعليه؛ فتوبته تسقط حق الله مطلقاً، ومنه التعزير بتضعيف الغرم.

أمّا توبة السارق فقد قيل: بإسقاطها للحد، وقيل: بعدم إسقاطها^(١)، وعلى القول بإسقاطها يرد الإشكال في عدم تصريحهم بتضعيف الغرم إذا تاب، وأسقط عنه الحد.

ولعل وجهه: أن إسقاط الحد هنا هو؛ لترغيبه بالتوبة، ولذا فتعزيره بتضعيف الغرم عليه يخالف هذا المقصد.

سادساً: أما مانع الموت؛ فوجه عدم تضعيف الغرم إذا سقطت العقوبة بالموت، أنه إذا مات القاتل مثلاً سقط القصاص؛ لفوات محله، لا بإسقاط الشارع له، ومحل القاعدة فيما لا يكون سقوط العقوبة فيها لفوات محلها.

سابعاً: أمّا عدم تضعيفهم الغرم عند عدم تحقق شرط التكليف في القصاص والقطع؛ فلأن الغرم عقوبة، وغير المكلف ليس أهلاً للعقوبة.

علماً أن بعض الحنابلة قال بتضعيف الدية في عمد الصبي المميز^(٢)، أمّا عمد المجنون فلم يقولوا بالتضعيف فيه، ولعل الفرق بينهما أن عمد الصبي المميز وجد فيه السبب المقتضي للقصاص؛ لأنه قتل عمد، فضوعف فيه الغرم عند بعضهم، أما المجنون فلم يوجد منه السبب؛ لأنه لا عمد له.

(١) انظر: المغني (١٠/٣١١).

(٢) نقله ابن مفلح في الفروع (١٠/١٠)، والمرداوي في الإنصاف (١٠/١٣٣) عن ابن عقيل والحلواني.

ثامناً: ومن الأمثلة التي لم يقولوا فيه بالتضعيف: القطع من غير مفصل، حيث وجد سبب القصاص، وسقط؛ لمانع عدم الأمن من الحيف، ولم يذكروا مضاعفة للغرم فيه.

تاسعاً: ومن الأمثلة التي لم يقولوا فيها بالتضعيف: قتل الوالد للولد؛ حيث وجد سبب القصاص، وسقط؛ لمانع الولادة.

ويمكن الجواب عليه، وعلى كل ما لم يضاعف فيه الغرم في مسائل القصاص: بأن كل هذه المسائل ليس فيها جنائية مقصوداً بها مال، وأن طرد القول بتضعيف الغرم المذكور في القاعدة يلزم فقط فيما فيه جنائية مقصود بها مال؛ كالسرقة من غير حرز ونحوها.

وبيان ذلك أن يقال: تضعيف الغرم يكون إذا كان (معاملةً للجاني بنقيض مقصوده في جنائية مقصود بها مال، ولاستحقاق صاحب الحق بدلاً عن عقوبة وجد سببها، وفقد شرطها أو وجد مانعها)، فإذا وجد هذا الوصف ضوعف الغرم لصاحب الحق.

وهذا الوصف هو علة القاعدة، والتي إذا وجدت بشقيها طُرد القول بالقاعدة، وهو وصف بني على استقراء النصوص الواردة، والجمع بينها.

وعليه؛ لا يلزم طرد القاعدة في الاعتداء على الأنفس والأطراف؛ أي في أبواب الدماء والقصاص، ويكون تضعيف الدية الوارد عن بعض الصحابة في مسألة: (قلع الأعور عين الصحيح الماثلة لعينه الصحيحة) مبنياً على الشق الثاني من علة القاعدة؛ أي؛ لاستحقاق صاحب الحق (المجني عليه)

لعقوبة بدلاً عن عقوبة القصاص التي له حق فيها، والتي قام مقتضيها، وسقطت؛ لمانع^(١)، وعندئذ يكون تضعيف الغرم غير لازم، بل للإمام الخيار بين العقوبة بالغرم المالي، أو بالعقوبة البدنية دون المالية، وذلك بدلاً عن عقوبة القصاص الساقطة، وتكون العقوبة بالغرم المالي بتضعيف الغرم الواجب أو بزيادته بدون تضعيف.

أما تضعيف الدية الوارد عن كثير من الصحابة في مسألة (قتل الذمي عمداً)، فيحتمل أن يكون بناءً على الشق الثاني من علة القاعدة؛ أي؛ لاستحقاق صاحب الحق (ولي المجني عليه) لعقوبة بدلاً عن عقوبة القصاص التي له حق فيها، ويحتمل أن يكون؛ تغليظاً على الجاني؛ لعدم احترام عهد الذمة، فيكون عقوبة على حق عام، لا خاص.

ولعل هذا هو الذي جعل الخلفاء الراشدين، ومعاوية، وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم جميعاً؛ تختلف أحكامهم في دية الذمي، حيث غلظها الخلفاء الراشدون، وجعلوها كاملة لأوليائه؛ نظراً لحقهم، ثم غلظها معاوية، لكن جعل نصف الدية لأوليائه، وليت المال النصف الآخر؛ نظراً للحق العام، ثم ألغى عمر بن عبد العزيز النصف الآخر.

روى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال: «دية اليهودي والنصراني والمجوسي وكل ذمي مثل دية المسلم». قال: «وكذلك كانت على عهد النبي

(١) وعبارات بعض الحنابلة تشير إلى تعليل وجوب الدية كاملة هنا بهذه العلة. انظر مثلاً: كشاف القناع (٦/٣٧)، ففيه أن الدية وجبت كاملة عند «قلع الأعرور عين الصحيح المماثلة لعينه الصحيحة»؛ بدلاً عن القصاص الذي أسقط عنه وفقاً به.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأبي بكر، وعمر، وعثمان، حتى كان معاوية فجعل في بيت المال نصفها، وأعطى أهل المقتول نصفاً، ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية، فألغى الذي جعله معاوية في بيت المال. قال: «وأحسب عمر رأى ذلك النصف الذي جعله معاوية في بيت المال ظلماً منه». قال الزهري: «فلم يُقَضَّ لي أن أذاكر ذلك عمر بن عبد العزيز، فأخبره أن قد كانت الدية تامة لأهل الذمة»^(١).

أما من جنى قاصداً مال، وسقطت عقوبته بإتلاف نفس أو طرف؛ لفقد شرط، أو لوجود مانع؛ كالسارق من غير حرز، ونحوه؛ فيلزم من حيث الأصل طرد القاعدة فيه، بمضاعفة الغرم عليه؛ وذلك لانطباق علة القاعدة بشقيها عليه^(٢).

وتقدم أن قاعدة: «معاقة الجاني بنقيض مقصوده» قاعدة معروفة، ولها شواهدها الكثيرة في الشرع، ومن شواهد الأحدث الواردة في تضعيف الغرم على السارق من الثمر المعلق، والسارق دون النصاب، وسارق الحريسة، وكاتم الضالة، وكذا أيضاً يشهد لها تغريم مانع الزكاة، وسلب الصائد أو قاطع الشجر في حرم المدينة، وغيرها، فكل هذه العقوبات في هذه الأدلة عائدة إلى علة معتبرة، وهي «معاملة الجاني جنائية مقصوداً بها مال أخذاً، أو كتماً، أو منعاً، بنقيض مقصوده بإيجاب ضمانه أولاً، وبالغرم الزائد عليه ثانياً».

(١) المصنف، كتاب العقول (١٠/٩٧) برقم (١٨٤٩١).

(٢) وسيأتي التفصيل في حكم مضاعفة الغرم، وهل يشترط لذلك مطالبة صاحب الحق في مطلب (حكم مضاعفة الغرم) إن شاء الله تعالى.

ولذا، فإن هذا التفصيل المذكور هو المترجح في القاعدة؛ أخذاً بالنصوص فيما ورد به نص، وإعمالاً للقياس فيما صح قياسه، وجمعاً بين النصوص المتعارضة في الظاهر، وتوفيقاً بين الأحاديث والآثار، وإعمالاً لقاعدة: «المعاملة بنقيض المقصود الفاسد»، واستيفاءً لحق صاحب الحق في إيقاع عقوبة بديلة عن العقوبة الساقطة والتي له حق فيها، والله تعالى أعلم وأحكم.

المطلب الثاني: تكييف الغرم الزائد:

تقدم أن الغرم في الاصطلاح لا يخرج عن معانٍ، منها: التعزير بالتغريم، وضمان المتلفات، والدية.

وتقدم أن التعزير يُعد عقوبة، وأن ضمان المتلفات يُعد التزاماً يدفع لرب المال، لا عقوبة، وأن دية العمد تجمع بين العقوبة والضمان في الجملة^(١).

أما تكييف (الغرم الزائد) في هذه القاعدة، فهو محتمل لكل هذه المعاني، وهو من المسائل التي لم أجد القائلين بهذه القاعدة جلتوها بيان واضح.

وكذا الأمر بالنسبة لمصرف هذا الغرم، وهل يدفع لبيت المال، أو لصاحب الحق (المجني عليه، أو وليه)؟ حيث إنه أيضاً مفتقر لبيانهم.

وحاصل ما وقفت عليه عند الحنابلة -سواءً عند القائلين بالقاعدة، أو عند القائلين بقصر تضعيف الغرم على ما ورد فيه النص- إنما هي عبارات ذكرها بعضهم في بعض تطبيقات القاعدة، ويستفاد منها في معرفة تكييف هذا الغرم عندهم، أو في معرفة مصرفه.

(١) انظر: ما تقدم في المبحث الثالث.

من ذلك: تصريح بعض الحنابلة بأنَّ الغرم الزائد على سارق الثمر هو من باب العقوبة.

قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ بعد أن ذكر بعض أحاديث الأفضية في السرقة، وأنها تضمنت أموراً، منها: «اجتماع التعزير مع الغرم، وفي ذلك الجمع بين العقوبتين: مالية وبدنية»^(١).

وقال ابن عثيمين رَحِمَهُ اللهُ: «لو ضاعفنا الغرم على من سرق من غير حرز، هل يعطى ضعف القيمة للمسروق منه؟ والجواب أن نقول: لا، بل يجعل في بيت المال...، بل جميع ما يؤخذ عقوبة يصرف في بيت المال»^(٢).

حيث صرح في مصرف الغرم الزائد في السرقة من غير حرز، وأشار إلى أنه عقوبة، وبين مصرف أيِّ عقوبة.

وفي مقابل ذلك: أجد تصريحاً من بعض الحنابلة بأنَّ كاتم الضالة يضمن القيمة لرب المال مرتين.

قال البهوتي: «(وإن كتمه، وتلف ضمنه) الكاتم (بقيمتيه مرتين) لربِّه (إماماً كان) الملتقط (أو غيره)»^(٣).

وهذا قد يدل على أنَّ الغرم المضاعف هو عندهم من باب الضمان، لا العقوبة، وهو يدل على أنه يدفع لرب المال، لا لبيت المال.

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد (٥٠ / ٥).

(٢) شرح منظومة أصول الفقه وقواعده (ص ٣٥٠).

(٣) كشاف القناع (٢١١ / ٤). وانظر: دقائق أولي النهى له (٣٧٨ / ٢)، وكذا الإنصاف (٤٠٣ / ٦).

بينما أطلق كثيرٌ من الحنابلة، ولم يبينوا مصرف الغرم الزائد على كاتم الضالة^(١).

وعليه؛ يمكن القول بأنَّ هناك احتمالين في مذهب الحنابلة في تكيف الغرم الزائد:

الاحتمال الأول: أنَّ الغرم الزائد هو من باب العقوبة لا الضمان.

الاحتمال الثاني: أنَّ الغرم الزائد هو من باب الضمان لا العقوبة.

وهناك احتمال ثالث في المسألة لم أجد إشارة بالقول به عند أحد من الحنابلة، وهو: أنَّ الغرم الزائد فيه معنى العقوبة والضمان^(٢).

أدلة الاحتمال الأول:

الدليل الأول: أنَّ الغرم الزائد بدل عن إتلاف النفس أو الطرف، وإتلافها عقوبة، فيكون الغرم الزائد عقوبة؛ لأنَّ «البدل يأخذ حكم المبدل منه».

(١) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/٢٢٢)، الفروع (٧/٣١١)، القواعد لابن رجب (٣/٦٣)، القواعد الكلية لابن عبد الهادي (ص ٩٧)، الإنصاف (٦/٤٠٣).

(٢) وقال به بعض الباحثين المعاصرين في غرامة سارق الثمر المعلق؛ حيث بينوا أن الغرامة منها ما هو عقوبة، ومنها ما هو مشترك بين العقوبة والضمان؛ كغرامة سارق الثمر المعلق. انظر: العقوبات المالية في الإسلام للبشر (ص ٢٦٥)، والتعزير عند شيخ الإسلام للمطيري (ص ٦٥٧).

الدليل الثاني: أن الغرض من الغرم الزائد هو زجر الجاني، وهذا من مقاصد العقوبات، فيكون عقوبة، وليس الغرض منه تعويض المجني عليه ما فاته؛ لأن قد تم تعويضه بضمانه المتمثل بالغرم الأصلي.

الدليل الثالث: أن القول بأن الغرم الزائد ضمان يخالف الأصل المتقرر بـ«أن الشيء لا يضمن إلا بمثله أو قيمته».

أدلة الاحتمال الثاني:

الدليل الأول: أن الغرم الزائد في القاعدة إذا كان يدفع لرب المال فهذا يدل على أنه ضمان، وليس عقوبة؛ لأن الضمان هو الذي يدفع لرب المال، أما العقوبة المالية فالأصل أنها تدفع لبيت المال.

ويناقش: بأنه لا يسلم بأن الأصل في العقوبة المالية أنها تدفع لبيت المال، بل منها ما يدفع لغير بيت المال إذا كان له حق فيه^(١).

الدليل الثاني: أن الغرم الزائد لو كان عقوبة لوجب القول بسقوطه بموت الجاني؛ لأن العقوبات عموماً ومنها العقوبات المالية تسقط بموت الجاني؛ لأن ماله بعد موته لورثته، ولا يجوز معاقبتهم في ما لهم بجرم مورثهم؛ ولأن مقصود العقوبة الأهم هو زجر الجاني، وقد فات محله.

ويناقش من وجوه:

الوجه الأول: التسليم بالقول بسقوط العقوبة المالية على الجاني بموته بإطلاق، ومن ذلك هذا الغرم.

(١) وسيأتي بيان دليل ذلك في الترجيح.

الوجه الثاني: عدم التسليم بالقول بسقوط العقوبة المالية على الجاني بموته بإطلاق، وأنها لا تسقط في حال ما إذا كانت العقوبة المالية بدلاً عن عقوبة فيها حق لآدمي - كما في هذا الغرم -^(١).

دليل الاحتمال الثالث:

أنَّ الغرض من الغرم الزائد هو زجر الجاني، فيكون له بذلك بعض أوصاف العقوبة، وهو يُدفع لصاحب الحق، فيكون له بذلك بعض أوصاف الضمان.

وهو بهذا يكون كدية العمد، فهي تعد عقوبة؛ لوجود معنى الزجر، وتعد ضماناً؛ لوجود معنى التعويض عما فات المجني عليه؛ وهي لا تعد عقوبة محضة، ولا تعد ضماناً محضاً.

والراجع والله أعلم: أنَّ الغرم الزائد في هذه القاعدة يعد عقوبةً، لا ضماناً، ولا جامعاً بين العقوبة والضمان، وأنَّ هذا الغرم فيه حق لصاحب الحق (المجني عليه أو وليه) متعلق بذمة الجاني؛ ولذا فإنه يصرف لصاحب الحق؛ وذلك للأدلة التالية:

الدليل الأول: حديث سعد بن أبي وقاص رَضِيَ اللهُ عَنْهُ المتقدم، وفيه: أن سعد بن أبي وقاص رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ركب إلى قصره بالعقيق، فوجد عبداً يقطع شجراً، أو يخبطه، فسلبه ثيابه، فلما رجع سعد، جاءه أهل العبد فكلّموه أن

(١) انظر: ما تقدم المبحث الثالث في تكييف دية العمد. وانظر: الإنصاف (٢٥ / ٢١٠).

وسياتي بيان الراجح في سقوط الغرم الزائد بالموت في المطلب القادم.

يرد على غلامهم - أو عليهم - ما أخذ من غلامهم، فقال: «معاذ الله أن أرد شيئاً نفلنيه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأبى أن يرد عليهم»^(١).

وجه الدلالة: أن سلب الصائد هنا هو نوع من العقوبة بالغرامة المالية، وقد جعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مصرفه لسالبه، وهذا يدل على صرف العقوبة المالية هنا لغير بيت المال، وذلك بصرفها لمن له حق فيها.

وهذا الحديث يدل من وجه آخر على أن صرف الغرم لمن له حق فيه هو؛ لوجود هذا الحق، وأنه لا يلزم من صرف الغرم للأدمي صاحب الحق أن يكون فيه معنى الضمان؛ وذلك لأن السالب استحق صرف الغرم له، مع عدم فوات شيء عليه يجب ضمانه له.

وبهذا يفارق الغرم الزائد دية العمد.

الدليل الثاني: حديث بن حاطب المتقدم، وفيه قول عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «والله لئن تركتهم لأغرمنك فيهم غرامة توجعك، فقال: كم ثمنها؟ للمزني، قال: كنت أمنعها من أربعائة، قال: فأعطه ثمانائة»^(٢).

وجه الدلالة: أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لما أراد تغريم عبد الرحمن بن حاطب ضعفي قيمة الناقة قال: «لأغرمنك فيهم غرامة توجعك»، وهذا يدل على أن الغرم الزائد عقوبة؛ لأنه بين أن مقصوده منه هو إيلامه، وهذا من مقاصد العقوبات.

(١) سبق تخريجه (ص ١٩٨).

(٢) سبق تخريجه (ص ٢١٨).

ثم قال: «كم ثمنها؟» للمزني، قال: كنت أمنعها من أربعائة فقال: «فأعطه ثمانمائة»^(١)، وهذا يدلُّ على أنَّ الغرم الزائد يصرف للمجني عليه، وهو هنا المسروق منه.

الدليل الثالث: عن أبان أن رجلاً جاء إلى عمر بن الخطاب في ناقة نحرت، فقال له عمر: «هل لك في ناقتين بها عشاريتين مربعتين سميتين؟» قال: «بناقتك، فإننا لا نقطع في عام السنة»^(٢).

فقوله: «هل لك في ناقتين بها؟» يدل على أنَّ الغرم الزائد يصرف للمجني عليه، وهو هنا المسروق منه.

ثم إن سؤاله بـ«هل لك...» فيه دلالة على أنَّ الغرم الزائد عقوبة؛ لا ضماناً؛ لأنَّه لو كان ضماناً لدفعه له بلا تخيير، فلما خيره كان عقوبة، وهو تخيير في نوع العقوبة؛ لأنَّ الحق في العقوبة له.

يؤيده قوله في آخر الأثر: «فإننا لا نقطع في عام السنة» حيث إن فيه إشارة إلى علة من علة تضعيف الغرم، وهو (سقوط القطع، وأنَّ الغرم الزائد بدل عنه)، والمبدل وهو القطع عقوبة، وللمجني عليه فيه حق، فيكون البدل كذلك، فيصرف للمجني عليه؛ لحقه فيه.

(١) سبق تخريجه (ص ٢١٨).

(٢) رواه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٠/٢٤٢) برقم (١٨٩٩١) عن معمر عن أبان به، وعنه ابن حزم في المحلى (١٢/٣٣٤).

ووجه كون الغرم لا يعد جامعاً بين العقوبة والضمان كحال دية العمد: أن الدية فيها معنى الضمان كما سبق^(١)؛ لأنَّ فيها تعويضاً عما فات المجني عليه، أما الغرم الزائد فليس فيها معنى التعويض عن شيء فائت، إنَّما هو بدل عن عقوبة ساقطة كما سبق.

أما بالنسبة لتكليف (الغرم الأصلي في هذه القاعدة)، فإنَّه لا يكون إلا ضماناً؛ كغرم المسروق، أو دية؛ كدية الذمي إذا قتله المسلم. ولا يكون (الغرم الأصلي) تعزيراً؛ إذ محل القاعدة في تضعيف ما وجب فيه ضمان أو دية.

المطلب الثالث: سقوط الغرم الزائد بالموت:

لم أجد بياناً في ذلك عند فقهاء الحنابلة، لكن بناءً على ما سبق، فعلى القول بأنَّ الغرم الزائد يعد عقوبة؛ كالعقوبات الأخرى، فإنَّ العقوبات تسقط بالموت؛ لأنَّ أهم مقصود منها هو زجر الجاني، وقد فات محل الزجر. وعلى القول بأنَّه يعد ضماناً، فإنَّ الضمان لا يسقط بالموت؛ لأنَّه دين في ذمة الجاني والتزام عليه، والدين لا يسقط بالموت. وعلى القول بأنَّه فيه معنى العقوبة والضمان، فكذلك لا يسقط، وهو بهذا؛ كدية العمد، لا تسقط بالموت.

(١) انظر ما تقدم في المبحث الثالث.

أما على القول بأنه عقوبة، وأنه فيه حق لصاحب الحق (المجني عليه أو وليه) متعلق بذمة الجاني؛ ولذا يصرف لصاحب الحق؛ فإن في سقوطه بالموت وعدمه احتمالين:

الاحتمال الأول: عدم سقوطه بالموت؛ لأن هذه العقوبة أوجبت التزاماً مالياً على الجاني ودينياً لازماً في ذمته لصاحب الحق^(١)، فلا يسقط حقه بالموت، ولأن العقوبة المالية إذا كانت بدلاً عن عقوبة فيها حق لآدمي - كما في هذا الغرم - فهي عقوبة أوجبت حقاً في عين مال الجاني، فلا يسقط بالموت.

يؤيد هذا: إلحاق الغرم الزائد هنا بدية العمد، فهي عقوبة باعتبار، ولا تسقط بالموت^(٢).

الاحتمال الثاني: سقوطه بالموت^(٣)؛ لأن مقصد العقوبة الأهم هو الزجر، وقد فات محله، ولأن «البدل يأخذ حكم المبدل منه»، والمبدل منه هنا هو إتلاف نفس أو طرف، وهو عقوبة تتعلق بشخص الجاني، وتسقط بموته، فيكون البدل كذلك يتعلق بشخصه، لا بعين ماله، ويسقط بموته.

(١) انظر: التعزير في الشريعة لعبد العزيز عامر (ص ٤٣٠).

(٢) انظر: ما تقدم في المبحث الثالث في تكييف دية العمد. وانظر: الإنصاف (٢٥ / ٢١٠).

(٣) انظر: العقوبات المالية للبشر (ص ٢٦٨). وممن قال بسقوط الغرامة المالية بالموت

سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم رَحِمَهُ اللهُ حيث قال في (فتاويه ٧٦/١٢) في إحدى القضايا المرفوعة إليه: «هذه الغرامة قررت من قبل ولي الأمر من باب التعزير بالمال. وقد مات المراد تعزيره فبطل مفعول التعزير؛ لأن التعزير متعلق بحال الحياة؛ لقصد ردعه عن أن يعود، وحيث أنه لا يجوز أخذها ولا شيء منها من تركته». إلا أن فتواه في غرامة متعلقة بحق عام. وانظر في هذه المسألة: التعزير المالي في الشريعة الإسلامية، د. عبد الله الشمراني.

والأقرب والله أعلم: هو الاحتمال الثاني؛ لقوة ما عللوا به.

أما إلحاق الغرم الزائد هنا بدية العمد ففيه نظر؛ للفرق بينهما، ووجهه: أن الغرم هنا عقوبة كما سبق، وليس جامعاً بين العقوبة والضمان، فلذلك يسقط بالموت، بخلاف الدية فهي جامعة بين العقوبة والضمان، فلا تسقط بالموت؛ اعتباراً لمعنى الضمان، والذي لا يسقط بالموت. والله أعلم.

المطلب الرابع: حكم مضاعفة الغرم في القاعدة:

بناءً على ما سبق في تكييف الغرم الزائد؛ فإن حكم مضاعفة الغرم يختلف بحسب الاختلاف في تكييف الغرم الزائد.

فعلى القول بأن الغرم الزائد يعد عقوبة تعزيرية، فإنه يمكن تخريج حكم التعزير بمضاعفة الغرم عند الحنابلة على (حكم التعزير بغير المال، وحكم العفو عنه)^(١)، والذي اختلفوا فيه على أقوال:

القول الأول: وجوب التعزير:

وقال به: أحمد في رواية، وعليه الأصحاب، وهو المذهب^(٢).

(١) ويحتمل تخريج هذه المسألة على حكم تحريق متاع الغال؛ لأن فيها تعزيراً مالياً، وقد اختلف فيها الحنابلة على قولين: الأول: الوجوب، وهو المذهب، والثاني: أنه بحسب اجتهاد الحاكم. انظر: كشاف القناع (٣/٩٢). إلا أن التعزير في (تحريق متاع الغال) لحق الله، بينما مضاعفة الغرم فيها حق لآدمي؛ ولذلك تخريجها على التعزير عموماً أولى، والله أعلم.

(٢) انظر: الإنصاف (٢٦/٤٤٨)، كشاف القناع (١٤/١١٣).

القول الثاني: أنه مندوب:

وقال به: أحمد في رواية^(١).

القول الثالث: أن ما كان من التعزير منصوباً عليه، كوطء جارية امرأته، أو جارية مشتركة، فيجب، وما لم يكن منصوباً عليه، إذا رأى الإمام المصلحة فيه، أو علم أنه لا ينزجر إلا به، وجب، وإن رأى العفو جاز، وإن كان التعزير لحق آدمي، وطالب به؛ وجب:

وقال به: الموفق ابن قدامة^(٢)، وشمس الدين ابن قدامة^(٣).

وهذا القول له وجه؛ لأنه إن كان منصوباً عليه فيجب؛ امتثالاً للأمر فيه، وإن لم يكن منصوباً عليه، ورأى الإمام المصلحة فيه، أو علم أنه لا ينزجر؛ فيجب؛ لأنه زجر مشروع لحق الله تعالى، فوجب؛ كالحل^(٤)، وإن كان التعزير لحق آدمي، وطالب به؛ فيجب؛ استيفاء لحقه.

إلا أنه يشكل على إيجاب العقوبة التعزيرية المنصوبة أمران:

(١) انظر: الإنصاف (٤٤٨/٢٦). وقد بين الروائين، فقال: «قوله: (وهو واجب). هذا المذهب مطلقاً، وعليه الأصحاب. ونص عليه في سب الصحابي كحدٍ، وكحق آدمي طلبه. وهو من مفردات المذهب. وعنه: مندوب. نص عليه في تعزير رقيقه على معصية وشاهد زور».

(٢) انظر: المغني (١٧٩/٩)، والكافي في فقه الإمام أحمد (١١٢/٤). ويقول البهوتي في كشف القناع (١٢٤/٦): «يجب التعزير في موضعين ورد الخبر فيهما وما عداهما إلى اجتهاد الإمام، فإن جاء تائباً معترفاً قد أظهر الندم والإقلاع جاز ترك تعزيره، وإلا وجب».

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤٦٠/٢٦).

(٤) انظر: المغني (١٧٩/٩)، الشرح الكبير (٤٦٠/٢٨).

الأول: أن إيجاب العقوبة التعزيرية المنصوصة وتحتها يجعلها كهيئة العقوبة الحدية، وهي التي تتميز بكونها لا يجوز إسقاطها ولا تغييرها بحال.

الثاني: أن العقوبات التعزيرية المنصوصة كثيرة^(١)، ومن خلال النظر فيما نقل من عمل الخلفاء الراشدين ومن بعدهم فإنه لم ينقل عنهم تحريمهم في العمل بهذه العقوبات - مع كثرتها - كما نقل ذلك في عقوبات الحدود، ولو كان ذلك لنقل ولو في عدد منها؛ لتوفر الدواعي لنقله، بل إن كثيراً منها لم ينقل عملهم بها مطلقاً؛ كما في بعض مسائل مضاعفة الغرم، بل إن المانعين لمضاعفة الغرم حكوا عن الصحابة ترك العمل بالمضاعفة - كما تقدم -، وهذا وإن لم يسلم به إلا أنه يدل بلا شك على عدم شيوع مثل هذه التعازير مع كونها من التعازير المنصوصة.

وهذا كله يدل على عدم حملهم هذه النصوص على الوجوب المتحتم.

إلا أنه في المقابل يشكل على القول بعدم الوجوب: أن هذه تعزيرات منصوصة متضمنة أوامر، والقاعدة الأصولية تقرر أن «الأصل في الأوامر الوجوب».

وعليه؛ فإني لا أرى مرجحاً يوجب الأخذ بالوجوب أو عدمه، إلا أنه يمكن يقال بأحد رأيين:

الأول: القول بوجوب العقوبات التعزيرية المنصوصة من حيث الأصل، وجواز تركها أو تغييرها للمصلحة الراجحة، وذلك؛ لأن مبنى العقوبات

(١) انظر أمثلتها في: العقوبات التي استقلت بتشريعها السنة النبوية، محمد أنس، دار البشائر، بيروت، ١٤٣٨.

التعزيرية عموماً - ومنها العقوبات المنصوصة - على المصلحة، فهي تدور معها حيث دارت.

وبهذا تفارق العقوبات التعزيرية المنصوصة العقوبات الحدية.

والثاني: القول باستحباب هذه العقوبات استحباباً مؤكداً، وأن العمل بها أولى من غيرها.

وباعتبار أيّ من هذين الرأيين يمكن توجيه عدم شيوع أعمال الصحابة ومن بعدهم لهذه العقوبات التعزيرية المنصوصة، والله أعلم.

أمّا على القول بأنّ الغرم الزائد يعد ضماناً، فإنّ الضمان واجب؛ لأنّه دين في ذمة الجاني، والتزام عليه لصاحب الحق، ولا يسقط إلا بإبرائه.

وأما على القول بأنّه فيه معنى العقوبة والضمان، فكذلك هو واجب لصاحب الحق، وهو بهذا كالدية، لا يسقط إلا بالعفو.

وأما على القول بأنّه عقوبة تعزيرية، فيها حق لآدمي متعلق بذمة الجاني، بدلاً عن عقوبة ساقطة؛ فإنّ العقوبة التعزيرية إذا كانت لحق آدمي، لا تخلو من أحوال:

الحال الأولى: أن تكون منصوصة، ويطالب بها صاحب الحق، فحكمها في هذه الحال الوجوب قولاً واحداً عند أصحاب أحمد كما سبق.

ويؤيد وجوب العقوبة فيما فيه نص: صيغة النص الوارد فيها الدالة على الوجوب.



ومن ذلك قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في إخراج الثمر المعلق، وسرقة ما دون النصاب من الثمر بعد أن يؤويه الجرين: ((فعليه غرامة مثليه، والعقوبة))^(١)، فالتعبير بلفظ (على) يفيد الوجوب والإلزام^(٢).

وقد دل هذا الحديث على وجوب الغرم الزائد فيما ورد فيه النص من وجه آخر، وهو أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جمع له بين تضعيف الغرم، وعقوبة تعزيرية أخرى^(٣)، وهذا يدل على أن التضعيف مقصود بعينه، وأنه لا تغني عنه عقوبة تعزيرية أخرى.

وعليه؛ يجب هنا الغرم الزائد إذا طالب به مستحقه؛ عملاً بالنص، واستيفاءً لحق الأدمي، بالإضافة إلى عقوبة أخرى بدنية؛ كما ورد في النص، وذلك؛ كما في سرقة الثمر المعلق وغيره مما فيه نص.

(١) سبق تخريجه (ص ١٩٩).

(٢) انظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله للدريني (٢/١٢٦).

(٣) قد صرح بالأخذ بهذا الحديث في الجمع بين العقوبتين بعض القائلين بالقاعدة، منهم: ابن عقيل، وشيخ الإسلام. انظر: مجموع الفتاوى (٢٨/٣٣٢)، وابن القيم. انظر: زاد المعاد (٥٠/٥) لكنه ذكر أن العقوبة المالية بحسب اجتهاد الإمام وقد بين ابن القيم رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى إعلام الموقعين ٢/٤٨. أن هذه العقوبة المالية يرجع فيها إلى اجتهاد الأئمة في كل زمان ومكان حسب المصلحة. وقال الزركشي في شرحه (٣/١٢٦) في سياقه لأقوال الحنابلة في تضعيف الغرم: «وإذاً يتلخص في المسألة أربعة أقوال، هل يختص غرامة المثلين بالثمر والكثير، أو بهما وبالماشية، أو بكل ما سرق من غير حرز، أو يتعدى ذلك لكل ما سقط فيه القطع؟ وهو أظهر. ثم هل يجب مع غرامة المثلين تعزير؟ أو جبه ابن عقيل في تذكرته، وأكثر الأصحاب لم يذكروا ذلك». وعدم ذكرهم له لا يعني فيهم للعقوبة الأخرى؛ بل إن ذلك من لازم أخذهم بالحديث الوارد بكل ما فيه من أحكام.

فإن لم يطالب صاحب الحق بمضاعفة الغرم بقيت العقوبة التعزيرية الأخرى؛ للنص، ويقال في حكمها ما قيل في حكم التعزيرات المنصوصة. لكن إذا لم يطالب صاحب الحق بمضاعفة الغرم فهل للحاكم أن يحكم به؟ الظاهر أن له ذلك إذا كان هو الأصح؛ لظاهر أثر عمر مع ابن حاطب حيث أوجب الغرم بلا سؤال صاحب الحق^(١).

الحال الثانية: إذا لم يكن الغرم الزائد منصوصاً عليه، ووافق علة المنصوص عليه في السرقة من الثمر المعلق، وهي: (معاملةً للجاني بنقيض مقصوده في جنائية مقصود بها مال، ولاستحقاق صاحب الحق بدلاً عن عقوبة وجد سببها، وفقد شرطها أو وجد مانعها)، وطالب به، فهو أيضاً واجب؛ قياساً على المنصوص عليه، واستيفاءً لحق آدمي، بالإضافة إلى عقوبة أخرى بدنية؛ كسابقته.

فإن لم يطالب صاحب الحق بمضاعفة الغرم بقيت العقوبة التعزيرية الأخرى؛ قياساً على المنصوص عليه، ويقال في حكمها ما قيل في حكم التعزيرات المنصوصة.

الحال الثالثة: إذا لم يكن الغرم الزائد منصوصاً عليه، وكان (لاستحقاق صاحب الحق بدلاً عن عقوبة وجد سببها، وفقد شرطها أو وجد مانعها)، وطالب بحقه بدل العقوبة الساقطة، وجبت عقوبته بما يراه الإمام من تغريم مالي أو عقوبة بدنية أخرى؛ استيفاءً لحق آدمي.

(١) وانظر: الأحكام السلطانية للمهاوردي (ص ٢٩٥)، تبصرة الحكام (٢/ ٢٩٨)، ومعالم القربة (ص ٢٨٦) في حكم التعزير مطلقاً لحق آدمي لم يطالب به.

وذلك؛ كما في قلع الأعرور عمداً عينَ الصحيح المماثلة لعينه الصحيحة.

فإذا لم يطالب صاحب الحق بحقه فيمكن تخريج المسألة على (حكم التعزير بعد عفو المجني عليه أو وليه عن القصاص)، ومذهب الحنابلة فيها أنه «لا تعزير على جان بعد عفو؛ لأن عليه حقاً واحداً وقد سقط»^(١)، فيخرج عليه حكم هذه المسألة، والله أعلم.

(١) الإقناع (٤/١٨٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/٢٧٨).

المبحث الخامس شروط القاعدة

تضمنت القاعدة بصيغتها المذكورة عند ابن رجب ومن تبعه عدة قيود، هي بعض شروط مشروعية العمل بالقاعدة، وهذه الشروط كالتالي:

الشرط الأول: سقوط العقوبة:

وهذا الشرط مستفاد من قولهم: «من سقطت عقوبته».

وعليه؛ فلو لم تسقط العقوبة على السارق مثلاً، لم يشرع مضاعفة الغرم عليه؛ لأنَّ محل مضاعفة الغرم في القاعدة هو عند سقوط العقوبة.

أمَّا مشروعية الزيادة في التغيريم مع إقامة عقوبة السرقة إذا غلظ الجرم زماناً أو مكاناً، فهو نوع من تغليظ العقوبة، وليس داخلياً في القاعدة^(١).

الشرط الثاني: أن يكون سقوط العقوبة بحكم الشرع، لا بإسقاط صاحب الحق، أو عدم مطالبته:

وهذا أيضاً مستفاد من قولهم: «من سقطت عقوبته».

وعليه؛ فلو عفا المجني عليه، فأسقط حقه في القصاص في الطرف، أو أسقط ورثته حقه في القصاص في النفس، أو لم يطالب المسروق بإقامة الحد؛ فإنه لا يشرع مضاعفة الغرم على الجاني.

(١) انظر ما تقدم في المبحث الثالث.

أما إن عُرض عليه مضاعفة الغرم؛ لِيَسْقُطَ حَقُّهُ فِي الْقِصَاصِ؛ فَإِنْ ذَلِكَ (صَلَحَ عَنِ الْقِصَاصِ بِأَكْثَرِ مِنَ الدِّيَةِ)، وَهُوَ جَائِزٌ فِي الصَّلْحِ عَنِ الْقِصَاصِ فِي النَفْسِ، وَكَذَا فِي الطَّرْفِ.

قال ابن قدامة: «مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ، لَهُ أَنْ يَصَالِحَ عَنْهُ بِأَكْثَرِ مِنَ الدِّيَةِ، وَبِقَدْرِهَا، وَأَقْلَ مِنْهَا، لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا»^(١).

الشرط الثالث: ألا يكون سقوط العقوبة لفوات محلها:

وعليه، فلو مات القاتل فوات محل القصاص، ولم تضاعف عليه الدية. أمّا إنْ عُدِمَ مَحَلُّهَا أَصْلًا؛ كَمَا لَوْ قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنِي صَحِيحًا، فَإِنْ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْ عَيْنِ الْأَعْوَرِ الصَّحِيحَةِ، أَمَّا الْعَوْرَاءُ فَلَا قِصَاصَ فِيهَا؛ لِعَدَمِ مَحَلِّهِ.

(١) المغني (٨/٣٦٣). وانظر: المغني (٤/٣٦٩). وجاء في الصلح عن القصاص في الطرف بمضاعفة ديته أثرٌ فيه ضعف عن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فقد أخرج ابن شبة في تاريخ المدينة (٣/٩٨٠) قال: «حدثنا عمرو بن عاصم، قال: حدثنا حماد بن سلمة، قال: حدثنا الحجاج عن الحكم عن عيينة [قال المحقق هكذا في النسخة، وإنما هو الحكم بن عتيبة] قال عن يحيى بن جعدة: أن أعرابياً، قدم المدينة بحلوبة له، فساومه مولى لعثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فنازعه، فلطمه لطمه فقأ عينه، فقال له عثمان: «هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه؟» فقال: لا والله، لا يتحدث قومي أنني أخذت لعيني أرشاً، فرفعهما إلى علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فدعا علي بمرأة، فأحماها، ووضع القطن على عينه الأخرى، ثم أخذ المرأة بكلبتين، ثم أدناها من عينه حتى سال إنسان عينه». وفيه الحجاج بن أرطاة. قال ابن حجر عنه في التقريب (ص ١٥٢): «صدوق كثير الخطأ والتدليس». وقد عنعن هنا، ولم يصرح بالسماع. وانظر: تهذيب التهذيب لابن حجر (٢/٢٩٦).

لكن هل تضاعف عليه الدية؟ اختلف الحنابلة في ذلك^(١).

الشرط الرابع: أن تكون هذه العقوبة الساقطة مقدرة، وهي عقوبة القصاص، والحدود:

وهذا مستفاد من قولهم: «من سقطت عقوبته بإتلاف نفس أو طرف»، فإن فيه تقييداً للعقوبة الساقطة بالعقوبة المقدرة. فخرجت بذلك: عقوبة التعزير.

الشرط الخامس: أن تكون هذه العقوبة الساقطة المقدرة موجبة لإتلاف نفس، أو إتلاف طرف:

وهذا أيضاً مستفاد من قولهم: «من سقطت عقوبته بإتلاف نفس أو طرف».

فيدخل في عموم إتلاف النفس: عقوبة القصاص في النفس، والقتل حداً في حد الحرابة، ورجم المحصن في حد الزنا.

(١) انظر: المغني (٨/ ٣٣١). حيث قال ابن قدامة بعدم المضاعفة، وقال القاضي بالمضاعفة. لكن علل ابن قدامة عدم تضعيف الغرم؛ بعدم تعذر القصاص، لا بعدم وجود محل القصاص. قال ابن قدامة: «وإن قلع الأعور عيني صحيح، فقال القاضي: هو بخير إن شاء اقتص، ولا شيء له سوى ذلك؛ لأنه قد أخذ جميع بصره، فإن اختار الدية فله دية واحدة؛ ل(قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: وفي العينين الدية)؛ لأنه لم يتعذر القصاص، فلم تضاعف الدية...، وقال القاضي: يقتضي الفقه أن يلزمه ديتان؛ إحداهما للعين التي تقابل عينه، والدية الثانية لأجل العين الناتئة؛ لأنها عين أعور. والصحيح: ما قلنا، وهو قول أكثر أهل العلم، وأشد موافقة للنصوص، وأصح في المعنى).

ويدخل في عموم إتلاف الطرف: عقوبة القصاص في الطرف، والقطع في حد السرقة والحراية.

وخرج بهذا الشرط: عقوبة الجلد في حد الزنا والمسكر والقذف، وعقوبة النفي في حد الحراية، فليس فيها مضاعفة لغرم عند سقوطها؛ لكونها لا توجب إتلاف نفس أو طرف، وكذلك دية القتل الخطأ.

وكذا لو لم يجب بالقتل العمد إلا الدية، ولم يجب القصاص، فإنه الدية لا تضاعف^(١).

لكن يُقيدُ عمومَ هذا الشرط ما بعده، وهو:

الشرط السادس، وهو: أن يكون الجرم الموجب لعقوبة إتلاف نفس أو طرف يوجب غراماً مالياً:

وهذا مستفاد من قولهم في آخر القاعدة «ضوعف عليه الغرم»، فإنَّ الحكم بمضاعفة الغرم يستلزم وجود غرم أصلي.

فيدخل في الشرط: القتل الموجب للقصاص، أو الدية، وإتلاف الطرف الموجب للقصاص أو الدية، والسرقة الموجبة للقطع والضمان، والقتل وأخذ المال في الحراية الموجب للقتل حتماً والصلب والضمان، وأخذ المال دون قتل في الحراية الموجب للقطع من خلاف والضمان.

(١) قال المرادوي في الإنصاف (٤٥١/٢٥) المطبوع مع المنع والشرح الكبير): «فائدة: لو قتل كافر كافراً عمداً وأخذت الدية لم تضعف على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب. وقدم في الانتصار أنها تضعف وجعله ظاهر كلامه».

ويخرج به: القتل في الحراية دون أخذ مال؛ فإنه يوجب القتل حتماً، ولا يوجب غمماً، وزنا المحصن؛ فإنه يوجب الرجم، ولا يوجب غمماً.

الشرط السابع: أن يقوم المقتضي لعقوبة إتلاف النفس أو الطرف:

وهذا مستفاد من قولهم: «مع قيام المقتضي له».

والمراد بذلك: وجود السبب الموجب لعقوبة إتلاف النفس أو الطرف؛ كوجود القتل العمد العدوان، فهو السبب الموجب للقصاص في النفس، ووجود السرقة، فهو السبب الموجب لقطع اليد.

ويخرج به: ما إذا وجد جرم لا يعد سبباً للعقوبة المقدرة بإتلاف النفس أو الطرف، حتى وإن كان يوجب عقوبة تعزيرية؛ كما لو غضب مالا أو انتهبه، فإنه لا يضاعف فيه الغرم؛ لعدم وجود السبب الموجب لقطع اليد، وهو السرقة.

وهذا بخلاف السرقة من غير حرز؛ فإنه وجد فيه السبب الموجب لقطع اليد، وهو السرقة، فلذلك تقرر القاعدة مضاعفة الغرم فيه.

وهذا الشرط من أدق شروط القاعدة، ويستلزم معرفة السبب لكل عقوبة إتلاف نفس أو طرف، وتمييزه عما لا يعد سبباً، والتحقق من تحقيق المناط في كل مسألة؛ وذلك بالتأكد من وجود السبب فيها أو لا.

الشرط الثامن: أن يكون سقوط العقوبة لمانع منع منها:

وهذا مستفاد من قولهم: «من سقطت عقوبته...؛ لمانع».

وهل المراد بالمانع هنا: وجود مانع من موانع العقوبة التي تكون بعد وجود شروطها، أو المراد: فقد شرط من شروط العقوبة، أو المراد: أحد الأمرين؟

الظاهر من عبارة القاعدة: الأول؛ وذلك لتقيدهم القاعدة بسقوط العقوبة بـ(المانع).

والظاهر من بعض تطبيقاتها: الثاني، وذلك؛ لأنها من باب فقد الشرط؛ مثل: السرقة من غير حرز، وسرقة ما دون النصاب، ونحوهما.

والظاهر باستقراء صيغ القاعدة، وجميع تطبيقاتها، وأدلتها، وعلتها: الثالث، وأن محل القاعدة في «العقوبة التي وجد سببها، وسقطت؛ لفقد شرط، أو لوجود مانع».

وهذه هي الشروط التي تضمنتها صيغة القاعدة، ويضاف عليها شرطان للعمل بالقاعدة لا بد منها، وهما شرطان للعقوبات عموماً، وهما:

الشرط الأول: أن يكون الفاعل عامداً، معتدياً:

فخرج به: المخطئ، والفاعل بحق؛ كالقاتل خطأ، والقاتل بحق.

الشرط الثاني: أن يكون الفاعل من أهل العقوبة:

فإن لم يكن من أهل العقوبة؛ كأن كان صبياً أو مجنوناً أو غير ملتزم لم يضاعف عليه الغرم.

وذلك؛ لأن الغرم عقوبة^(١)، وهؤلاء ليسوا أهلاً للعقوبات^(٢).
ولذا، اختلف الحنابلة في عمد الصبي، هل فيه تضعيف، أو لا؟
وبناءً على هذا الشرط لا تضعيف فيه^(٣).

أما لزوم العمل بالقاعدة فيشترط له شرط آخر، وهو أن (يكون الجرمُ المقتضي للعقوبة جنائياً مقصوداً بها مال، لا نفس أو طرف، وتسقط عن الجاني العقوبة؛ لفقده شرطها أو وجود مانعها، فيستحق صاحب الحق تضعيف الغرم بدلاً عن العقوبة الساقطة)، فإذا وجد هذا الشرط، وطالب صاحب الحق بحقه في تضعيف الغرم لزم تضعيفه له^(٤)، والله أعلم.

- (١) وهذا بناء على ما سبق من أن الغرم الزائد عقوبة فيها حق لأدومي.
- (٢) انظر: المغني (٢٨٤ / ٨) حيث حكى ابن قدامة عدم الخلاف في عدم عقوبة غير المكلف بالقصاص والحد، فقال: «لا خلاف بين أهل العلم في أنه لا قصاص على صبي، ولا مجنون...؛ لأن القصاص عقوبة مغلظة، فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود». وانظر نحوه في: الواضح (٣ / ١٥)، الكشاف (٥ / ٥١٤). وانظر: كشاف القناع حيث اشترط التكليف في التعزير بإحراق رحل الغال، وعلمه بقوله: «لأن الإحراق عقوبة، وغير المكلف ليس من أهلها»، واشترط أيضاً الالتزام، فقال: «وغير الملتزم لأحكامنا لا يحرق متاعه».
- (٣) وسيأتي في المبحث التالي بإذن الله.
- (٤) وقد سبق بيان ذلك في مطلب (الخلاف في القاعدة) عند بيان الراجح فيها.

المبحث السادس تطبيقات القاعدة^(١)

من خلال جمع التطبيقات الفقهية المدرجة تحت القاعدة، والمذكورة في مصنفات القواعد الفقهية، وكذا من خلال استقراء الفروع الفقهية المعللة بالقاعدة، والمذكورة في مصنفات الفروع الفقهية، وجدت من تطبيقات القاعدة الفقهية ما يلي:

التطبيق الأول: تضعيف الغرم في كتم الضالة:

فمن التقط ضالاً، مما يحرم التقاطه، وكتمها، وتلفت، وجب عليه غرامة مثلها.

وقال به: الحنابلة^(٢)، وإسحاق بن راهويه^(٣).

(١) سيقوم الباحث بدراسة تطبيقات القاعدة الفقهية والقضائية دراسة فقهية تفصيلية في بحث مستقل إن شاء الله، ولذا سيقصر هنا على عدّ التطبيقات الفقهية، وبيان علاقتها بالقاعدة باختصار.

(٢) انظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه للمروزي، المعروف بالكوسج (٣٥٨١/٧)، والمسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٢٢٢/١)، والفروع (٣١١/٧)، والقواعد لابن رجب (٦٣/٣)، والقواعد الكلية لابن عبد الهادي (ص ٩٧)، والإنصاف (٤٠٣/٦)، وقال: «وهو المذهب»، ودقائق أولي النهى (٣٧٨/٢).

(٣) انظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه للكوسج (٣٥٨١/٧) حيث جاء فيه: «قلت: الضالة المكتومة؟ قال: الذي يكتمها إذا أزلت عنه القطع فعليه غرامة مثلها. قال إسحاق: كما قال. سنة مسنونة».

علاقة التطبيق الفقهي بالقاعدة الفقهية:

أورد هذا التطبيق الفقهي ضمن تطبيقات القاعدة عددٌ من القائمين بها، منهم ابن رجب^(١)، وابن عبد الهادي^(٢)، وغيرهم^(٣).

وقد يبدو للناظر في المسألة عدم علاقة هذا التطبيق الفقهي بالقاعدة؛ لعدم وجود عقوبة مقدرة سقطت لوجود مانع؛ كما هو مقرر القاعدة، لكنَّ ابن رجب رَحِمَهُ اللهُ بَيَّنَّ علاقة هذا التطبيق بالقاعدة، ومأخذ الإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ في ذلك، فقال: «الضالة المكتومة تضمن بقيمتها مرتين، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور؛ معللاً بأنَّ التضعيف في الضمان هو لدرء القطع، وهذا متوجه على أصله في قطع جاحد العارية»^(٤).

التطبيق الثاني: تضعيف الدية في قتل الصبي غيره عمداً:

فإذا قتل الصبي العاقل غيره عمداً، وجبت الدية عليه في ماله، وضوعفت عليه الدية.

والمراد بـ(تضعيف الدية) هنا: تغليظها، بأن تكون الدية مغلظة، وليس تضعيف الدية هنا على بابها؛ بأن تُضَاعَفَ بمثلها.

(١) انظر: القواعد (٦٣/٣).

(٢) انظر: القواعد الكلية (ص ٩٧).

(٣) انظر: منظومة الشيخ ابن عثيمين، وشرحها للمشيح (ص ٣٣٤).

(٤) قواعد ابن رجب (٦٣/٣). وقال ابن عثيمين في شرح نظمه للقواعد (ص ٣٤٩): «ولولا أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضاعف عليه الغرم لكان الأظهر أن تقطع يده، كما قطع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يد المرأة التي كانت تستعير المتاع وتجحده...».

وقال به: بعض الحنابلة^(١)، وجعله الماوردي^(٢) من الشافعية من لازم القول الثاني عند الشافعية، وهو أن عمد الصبي عمد^(٣).

علاقة التطبيق الفقهي بالقاعدة الفقهية:

هذه المسألة ذكرها ابن رجب في قواعده ضمن تطبيقات القاعدة معلّقاً ذلك على القول بأنَّ عمدَه صحيح، فقال: «ومنها: الصغير إذا قتل عمداً، وقلنا إن له عمداً صحيحاً، ضوعف عليه الدية في ماله»^(٤).

ووجه العلاقة: أنَّ العقوبة المقررة في قتل العمد هي القصاص، لكن سقطت هذه العقوبة؛ لمانع الصغر، فناسب تضعيف الدية؛ بدلاً عنها؛ كما تقرره القاعدة.

وقد سبق مناقشة ذلك، وبيان أن هذا التطبيق فقد شروط من شروط القاعدة، وهو أن يكون الجاني من أهل العقوبة.

(١) نقله ابن مفلح في الفروع (١٠/١٠)، والمرداوي في الإنصاف (١٣٣/١٠) عن ابن عقيل والحلواني.

(٢) الماوردي: هو أبو الحسن علي بن محمد البصري، الماوردي، الشافعي، ولي القضاء ببلدان شتى، كان حافظاً للمذهب الشافعي. ومن مصنفاته: الحاوي في الفقه، والنكت في التفسير، وغيرها، توفي عام ٤٥٠هـ، وقد بلغ ستاً وثمانين سنة. انظر: السير (٦٤/١٨).

(٣) قال في الحاوي (٣١٧/١٢): «فإذا صح توجيه القولين قلنا بالأول منها إن عمدَه كالخطأ، فالدية مخففة تجب على عاقلته في ثلاث سنين لأن العاقلة لا تتحمل إلا مؤجلاً، وإذا قيل بالثاني إن عمدَه عمد وإن سقط فيه القود، فالدية مغلظة حالة تجب في ماله دون عاقلته، ويستوي في ذلك الصبي والمجنون، وسواء كان الصبي مميزاً أو غير مميز».

(٤) (٦٣/٣). وانظر: معلمة زايد (٦٣/١٨).

ولذلك لا يصح دخوله ضمن تطبيقات القاعدة.

التطبيق الثالث: تضعيف الدية في قتل المسلم للذمي عمداً:

فإن قتل المسلم الذمي عمداً ضوعفت ديته، فكانت مثل دية المسلم.
قضى به: عثمان، ومعاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وقال به: الحنابلة^(١)، وهو من مفردات مذهب الحنابلة^(٢).

وعن أحمد رواية: أنَّها تغلظ عند العمد بثلث الدية^(٣).

علاقة التطبيق الفقهي بالقاعدة:

أورد هذا التطبيق الفقهي ضمن تطبيقات القاعدة عدداً من القائلين بها، منهم ابن رجب^(٤)، وابن عبد الهادي^(٥)، وغيرهم^(٦).

إلا أنَّ تضعيف الدية الوارد عن كثير من الصحابة في هذا التطبيق (قتل الذمي عمداً) يحتمل أن يكون؛ لاستحقاق صاحب الحق (ولي المجني عليه) لعقوبة بدلاً عن عقوبة القصاص التي له حق فيها، فيكون له علاقة بالقاعدة.

(١) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/ ٢٢٢)، والمغني (٩/ ٥٢٨)، والقواعد لابن رجب (٣/ ٦٣)، القواعد الكلية لابن عبد الهادي (ص ٩٧)، الإنصاف (١٠/ ٦٠)، كشف القناع (٦/ ٣١).

(٢) انظر: الإنصاف (١٠/ ٦٠).

(٣) انظر: الإنصاف (١٠/ ٦٠).

(٤) انظر: القواعد (٣/ ٦٣).

(٥) انظر: القواعد الكلية (ص ٩٧).

(٦) انظر: العقد الثمين في شرح منظومة الشيخ ابن عثيمين للمشيح (ص ٣٣٤).

ويحتمل أن لا يكون له علاقة بالقاعدة، بل يكون؛ تغليظاً على الجاني؛ لعدم احترامه عهد الذمة، وهذا التغليظ يمكن أن يكون نظراً إلى الحق الخاص في عدم احترام العهد الذي عقده الذمي، فيكون عقوبة لحق خاص، ويمكن أن يكون نظراً إلى الحق العام في عدم احترام عهد الذمة الذي عقده الإمام، فيكون عقوبة لحق عام لا خاص.

ولعل هذا هو الذي جعل الخلفاء الراشدين، ومعاوية، وعمر بن عبد العزيز -رضي الله عنهم- جميعاً؛ تختلف أحكامهم في دية الذمي، حيث غلظها الخلفاء الراشدون، وجعلوها كاملة لأوليائه؛ نظراً لحقهم، ثم غلظها معاوية، لكن جعل نصف الدية لأوليائه، ولبت المال النصف الآخر؛ نظراً للحق العام، ثم ألغى عمر بن عبد العزيز النصف الآخر.

إلا أن هذا التضعيف للدية على كل حال هو من باب التعزير، والتعزير فيما لا نص فيه هو بحسب اجتهاد الحاكم؛ ولذا فالتضعيف هنا ليس على سبيل التعيين، ولا يلزم الأخذ به، بل للحاكم أن يعزر قاتل الذمي عمداً بالأصلح؛ إما بعقوبة تعزيرية بغرم مالي، أو بعقوبة تعزيرية غير مالية، والعقوبة بالغرم المالي تكون بتضعيف الغرم الواجب، أو بزيادته بدون تضعيفه^(١). والله أعلم.

(١) ولعل هذا وجه الرواية الأخرى عن أحمد في تضعيف الغرم بثلث الدية فقط.

التطبيق الرابع: تضعيف الدية في قلع الأعور عين الصحيح عمداً:

إذا قلع الأعور عيناً صحيحاً مماثلةً لعينه الصحيحة عمداً ضوعفت عليه الدية، فكانت عليه دية عينين.

روي ذلك عن عمر^(١)، وعثمان^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وهو قول سعيد بن المسيب، وعطاء^(٣)، وقال به: الحنابلة^(٤)، وهو المذهب عندهم^(٥)، وهو من مفردات مذهب الحنابلة^(٦).

علاقة التطبيق الفقهي بالقاعدة:

أورد هذا التطبيق الفقهي ضمن تطبيقات القاعدة عدداً من القائلين بها، منهم ابن رجب^(٧)، وابن عبد الهادي^(٨)، وغيرهم^(٩).

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه، كتاب العقول، باب الأعور يُصيب عينَ الإنسان (١٧٤٤٠) (٣٣٣/٩).

(٢) أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، كتاب العقول، باب الأعور يصيب عين الإنسان (٣٣٣/٩) برقم (١٧٤٤٠)، وابن أبي شيبة، كتاب الديات، الأعور تفقاً عينه (٣٧٠/٥) (٢٧٠١٤).

(٣) انظر: المغني (٤٢٨/٩).

(٤) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٢٢٢/١)، القواعد لابن رجب (٦٣/٣)، القواعد الكلية لابن عبد الهادي (ص ٩٧)، كشاف القناع (٣٧/٦).

(٥) المغني لابن قدامة (٤٣٨/٨).

(٦) انظر: الإنصاف (٧٩/١٠).

(٧) انظر: القواعد (٦٣/٣).

(٨) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص ٩٧).

(٩) انظر: العقد الثمين في شرح منظومة الشيخ ابن عثيمين للمشيح (ص ٣٣٤).

وهذا التطبيق له علاقة بالقاعدة، إذ هو مبني على استحقاق صاحب الحق (المجني عليه)؛ لعقوبة بدلاً عن عقوبة القصاص التي له حق فيها، والتي قام مقتضيها، وسقطت؛ لمانع.

وإضافةً إلى مَنْ أورد هذا التطبيق ضمن القاعدة من فقهاء الحنابلة، فإنّه قد علل أيضاً بعضهم القول بالتضعيف بأحد شقي علة القاعدة؛ أي؛ «لاستحقاق صاحب الحق -المجني عليه- لعقوبة بدلاً عن عقوبة القصاص التي له حق فيها، والتي قام مقتضيها، وسقطت؛ لمانع»، وأنّ الدية وجبت كاملةً عند «قلع الأعور عين الصحيح المماثلة لعينه الصحيحة»؛ بدلاً عن القصاص الذي أسقط عنه رفقاً به^(١).

إلا أنّ العمل بالقاعدة هنا غير لازم؛ ولذا فتضعيف الغرم (الدية) لا يلزم الأخذ به، بل للحاكم الخيار بين العقوبة بالغرم المالي، أو بالعقوبة البدنية دون المالية؛ وذلك بدلاً عن عقوبة القصاص الساقطة، وتكون العقوبة بالغرم المالي بتضعيف الغرم الواجب أو بزيادته بدون تضعيفه.

التطبيق الخامس: تضعيف الغرم في السرقة من غير حرز مطلقاً:

فإذا لم يقطع السارق؛ لسرقته من غير حرز؛ كمن سرق من ثمر أو كثر أو غيرهما من غير حرز؛ ضوعف غرم المال المسروق على السارق.

(١) انظر: كشاف القناع (٦/٣٧).

وقال به: أحمد في رواية^(١)، وهو من مفردات المذهب أيضاً^(٢)، واختاره أبو بكر^(٣)، وقدمه: المجد في المحرر، واختاره: الزركشي^(٤)، وابن تيمية^(٥)، وابن القيم^(٦)، وقال: «قد نص عليه الإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ، فقال: (كل مَنْ سَقَطَ عَنْهُ الْقَطْعُ، ضُوعِفَ عَلَيْهِ الْغَرَمُ)»^(٧)، وكذا اختاره ابن عبد الهادي^(٨).

علاقة التطبيق الفقهي بالقاعدة:

هذا التطبيق هو أهم تطبيقات القاعدة، وعلى أدلته تستند القاعدة في الجملة؛ ولذلك ذكره كل مَنْ ذَكَرَ القاعدة بصياغتها العامة، أو الصياغة الأخص ممن تقدم ذكرهم^(٩).

وقد وُجِدَتْ في هذا التطبيق الفقهي علةُ القاعدة بشقيها، حيث إنَّ تضعيف الغرم فيه هو معاملةٌ للجاني بنقيض مقصوده من الجناية المقصود بها مال، ولاستحقاق صاحب الحق بدلاً عن عقوبة السرقة التي وُجِدَ سببها، وهو فعل السرقة، وفُقد شرطها، وهو الحرز.

(١) انظر: القواعد (١/٣٣٧)، الإنصاف (١٠/٢٠٩).

(٢) انظر: الإنصاف (١٠/٢٠٩).

(٣) انظر: المغني (١٠/٢٦٠).

(٤) انظر: شرح الزركشي (٣/١٢٦).

(٥) انظر: مجموع الفتاوى (٢٨/١١٢).

(٦) إعلام الموقعين (٢/٤٨).

(٧) زاد المعاد (٥/٥٤).

(٨) انظر: القواعد الكلية (ص ٩٧).

(٩) انظر ما تقدم في المبحث الأول في صيغ القاعدة.

التطبيق السادس: تضعيف الغرم في سرقة ما دون النصاب:

فإذا سرق السارق ما دون النصاب لم يقطع، وضوعف عليه الغرم. وصرح به: أبو يعلى^(١)، والزرکشي^(٢) من الحنابلة، وهو مقتضى قول من يقول بالقاعدة بإطلاق.

علاقة التطبيق الفقهي بالقاعدة:

هذا التطبيق ذكره الزركشي من الحنابلة، حيث قال: «ومقتضى هذا الحديث^(٣)، وكذلك مقتضى حديث عمرو بن شعيب؛ أنَّ المسروق متى فات القطع فيه، إما لعدم حرزه، أو عدم بلوغه نصاباً، أو لشبهة ونحو ذلك، أنه يغرم بمثليه، وهذا مقتضى احتجاج أحمد، وإذاً يتلخص في المسألة أربعة أقوال، هل يختص غرامة المثلين بالثمر والكثر، أو بهما وبالماشية، أو بكل ما سرق من غير حرز، أو يتعدى ذلك لكل ما سقط فيه القطع؟ وهو أظهر^(٤). وهو متوافق مع القاعدة؛ فالسارق هنا سقطت عنه عقوبة القطع، مع قيام مقتضيها، وهو السرقة؛ لفقد شرط؛ وهو بلوغ النصاب، والله أعلم.

التطبيق السابع: تضعيف الغرم في السرقة من الغنيمة:

فمن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق لم يقطع، لكن يحرق رحله.

(١) انظر: الأحكام السلطانية (١/٢٨١).

(٢) انظر: شرح الزركشي (٣/١٢٦).

(٣) أي: حديث الثمر المعلق.

(٤) شرح الزركشي على مختصر الخرقى (٦/٣٣٦).

وقال به: بعض الحنابلة^(١)، وهو قول الأوزاعي^(٢).

وقيل: أنه يحرم سهمه من الغنيمة.

وقال به: الحنابلة في وجه^(٣).

ولم أجد أحداً قال بتضعيف الغرم عليه.

علاقة التطبيق الفقهي بالقاعدة:

أورد هذا التطبيق الفقهي ضمن تطبيقات القاعدة ابن رجب^(٤)، وابن عبد الهادي^(٥).

إلا أن ابن رجب أورد هذا التطبيق بقيد ذكره.

قال رحمه الله في سياقه لأمثلة القاعدة: «ومنها: السرقة من الغنيمة، إذا قلنا: هي كالغلول، وأن الغال يحرم سهمه منها على رواية؛ فيجتمع عليه غرم ما سرقه، مع حرمان سهمه المستحق منها، وقد يكون قدر السرقة وأقل وأكثر»^(٦).

لكن يشكل على ذلك: أن القاعدة في التغريم المالي بتضعيف الغرم، لا في الحرمان المالي.

(١) انظر: المغني (١٠/٥٥١)، الشرح الكبير مع المنع (٢٦/٥٤٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٠/١٦).

(٣) انظر: القواعد لابن رجب (٣/٦٥)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (١/٦٤٦).

(٤) انظر: القواعد (٣/٦٣).

(٥) انظر: القواعد الكلية (ص ٩٧).

(٦) القواعد (٣/٦٥).

ويمكن توجيه ذكره له تحت القاعدة: بأن الحرمان المالي هو في حكم التغميم المالي؛ أي أن حرمان الجاني من المال المستحق له هو كتغميمه بالأخذ من ماله المملوك له.

لكن تضعيف الغرم في القاعدة يختلف عن حرمان السارق من الغنيمة من سهمه من وجه؛ وهو أن تضعيف الغرم سيكون بمضاعفة المسروق بقدره، وهو ما يتوافق مع القاعدة، بخلاف الحرمان من السهم فقد يكون -كما قال ابن رجب- بقدر المسروق أو أقل أو أكثر.

التطبيق الثامن: تضعيف الغرم في السرقة في المجاعة:

فمن سرق في وقت مجاعة، وهو لا يجد ما يشتريه أو يشتري به؛ لم يقطع، وضوعف عليه الغرم.

وخرجه ابن عقيل على قول أحمد، وهو مقتضى الرواية العامة عن أحمد في مضاعفة الغرم إذا درى عن الجاني حد السرقة أو غيره من الحدود^(١)، وهو مقتضى قول من يقول بمضاعفة الغرم في الشبهة؛ كالزركشي^(٢)، وكذا هو مقتضى من يقول بالقاعدة بإطلاق^(٣).

(١) انظر: مسائل ابن هانئ (٢/ ٩٠).

(٢) انظر: شرح الزركشي (٣/ ١٢٦).

(٣) التنبيه على مشكلات الهداية (٤/ ١٩٨).

علاقة التطبيق الفقهي بالقاعدة:

هذا التطبيق ذكره بعض الحنابلة؛ كأبي بكر، وابن عقيل، وحكاه ابن رجب عنه، وابن عبد الهادي، وغيرهم^(١).

وهو متوافق مع القاعدة؛ فالسارق هنا سقطت عنه عقوبة القطع، مع قيام مقتضيها، وهو السرقة؛ لمانع؛ وهو المجاعة، وهي شبهة تدرأ للحد.

التطبيق التاسع: تضعيف الغرم في السرقة مع الشبهة:

فمن سرق ودرى عنه القطع؛ للشبهة؛ ضوعف عليه الغرم.

وصرح به: الزركشي^(٢) من الحنابلة، وهو مقتضى الرواية العامة عن أحمد في مضاعفة الغرم إذا درى عن الجاني حد السرقة، أو غيره من الحدود^(٣)، وهو مقتضى قول من يقول بالقاعدة بإطلاق.

علاقة التطبيق الفقهي بالقاعدة:

هذا التطبيق ذكره الزركشي من الحنابلة حيث قال: «ومقتضى هذا الحديث^(٤)، وكذلك مقتضى حديث عمرو بن شعيب؛ أن المسروق متى فات القطع فيه، إما لعدم حرزه، أو عدم بلوغه نصاباً، أو لشبهة ونحو ذلك، أنه يغرم بمثليه، وهذا مقتضى احتجاج أحمد، وإذاً يتلخص في المسألة أربعة

(١) انظر: القواعد (٣/ ٦٥)، القواعد الكلية (ص ٩٧).

(٢) انظر: شرح الزركشي (٣/ ١٢٦).

(٣) انظر: مسائل ابن هانئ (٢/ ٩٠).

(٤) أي: حديث الثمر المعلق.

أقوال، هل يختص غرامة المثلين بالثمر والكثر، أو بهما وبالماشية، أو بكل ما سرق من غير حرز، أو يتعدى ذلك لكل ما سقط فيه القطع؟ وهو أظهر^(١). وهو متوافق مع القاعدة؛ فالسارق هنا سقطت عنه عقوبة القطع، مع قيام مقتضيتها، وهو السرقة؛ لمانع؛ وهو الشبهة التي تدرأ للحد. والله أعلم.



(١) شرح الزركشي على مختصر الخرقى (٦/٣٣٦).

المبحث السابع المستثنيات من القاعدة

بعد البحث والتتبع لم أجد استثناءً من القاعدة عند القائلين بها. لكن سبق بيانُ بعض الصور التي سقطت فيها عقوبة إتلاف نفسٍ أو طرفٍ؛ لفقْد شرط، أو وجود مانع، ولم يقل القائلون بالقاعدة بتضعيف الغرم فيها، وتمت الإجابة على كثير منها ببيان أنّها لم تتحقق فيها شروط القاعدة؛ أي أنّها لم تدخل في القاعدة في الأصل، ولذا لا يصح القول باستثناءها.

وبقيت صور قليلة محل إشكال في عدم تصريح القائلين فيها بالغرم، وإن كان ذلك لا يدل على كونها مستثنيات؛ لأنّ عدم قولهم فيها بتضعيف الغرم ليس تصريحاً منهم بعدم ذلك، خاصة أن القائلين بالقاعدة لم يفصلوا قولهم عند بيان القاعدة، ولم يفصلوا عند تلك المسائل.

ولعل من أسباب عدم التصريح بالغرم فيها أنّه يصعب الجزم بالغرم في كثير من هذه المسائل؛ لعدم تبيّن شروط القاعدة أولاً، ولعدم وضوح انطباق تلك المسائل على القاعدة أو قياسها على المسائل المنصوصة ثانياً.

وقد يكون هناك توجيهٌ لهذه الصور، قد قصر علمي عنه، فالله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ، وإليه يرد الأمر وهو أحكم الحاكمين.

وصلّى الله على نبينا محمد وآله وصحبه، والحمد لله رب العالمين.

الخاتمة

أحمد الله على توفيقه، وأشكره على تيسيره إتمام هذا البحث. وأختم البحث باستخلاص أهم ما توصلت إليه من النتائج، وهي على النحو التالي:

١. أن هذه القاعدة صاغها بالصياغة المذكورة في عنوان البحث ابن رجب رَحْمَةُ اللَّهِ، وتبعه على هذه الصياغة كثير من المتأخرين والمعاصرين.
٢. وأول صياغة للقاعدة بحسب ما توصل إليه الباحث هي صياغة الإمام أحمد رَحْمَةُ اللَّهِ، ومما روي عنه قوله: «وكل من درأنا عنه الحد والقود أضعفنا عليه الغرم»، ثم صاغها بعده أو أشار إليها بعض الحنابلة دون غيرهم.
٣. وقد ورد في بعض صيغ القاعدة التعبير بـ(الضمان) بدل (الغرم)، لكن التعبير بالغرم أدق؛ وهو ما عبر به ابن رجب، ومَن تبعه؛ وذلك لأن الغرم يشمل ما كان عقوبة، وما كان ضماناً، وما جمع بين العقوبة والضمان. أما الضمان فلا يشمل هذه المعاني، إنما هو التزام يُدفع لرب المال، ليس فيه معنى العقوبة.

٤. معنى القاعدة الإجمالي: أن من ارتكب فعلاً حرمه الشرع، ورَتَّبَ على ارتكابه عقوبة مقدرة بإتلاف نفس؛ كالقصاص في النفس، أو إتلاف طرف، كالقصاص فيما دون النفس، والسرقه، وكان فعله سبباً مقتضياً لهذه العقوبة، كقتل النفس - عمداً عدواناً - المقتضي للقصاص في النفس،

والسرقة المقتضية لقطع اليد، لكن سقطت عقوبته؛ لفقد شرط من شروطها، أو لوجود مانع من موانعها، وكان فعله يوجب غراماً مالياً من ضمان أو دية، فإنه يعاقب بعقوبة أخرى بدلاً عما سقط عنه، وهي مضاعفة الغرم الواجب عليه.

٥. اختلف الفقهاء في صحة القاعدة، والقول الراجح: هو صحة القاعدة بشروط لا بد منها.

٦. أما شروط مشروعية العمل بالقاعدة، فهي كالتالي:

الشرط الأول: سقوط العقوبة.

وعليه؛ فلو لم تسقط العقوبة على السارق مثلاً، لم يشرع مضاعفة الغرم عليه؛ لأنَّ محل مضاعفة الغرم في القاعدة هو عند سقوط العقوبة.

الشرط الثاني: أن يكون سقوط العقوبة بحكم الشرع، لا بإسقاط صاحب الحق، أو عدم مطالبته.

وعليه؛ فلو عفا المجني عليه، فأسقط حقه في القصاص في الطرف، أو أسقط ورثته حقه في القصاص في النفس، أو لم يطالب المسروق بإقامة الحد؛ فإنه لا يشرع مضاعفة الغرم على الجاني.

الشرط الثالث: ألا يكون سقوط العقوبة لفوات محلها.

وعليه، فلو مات القاتل فات محل القصاص، ولم تضاعف عليه الدية.

الشرط الرابع: أن تكون هذه العقوبة الساقطة مقدرة، وهي عقوبة القصاص، والحدود.

فخرجت بذلك: عقوبة التعزير.

الشرط الخامس: أن تكون هذه العقوبة الساقطة المقدرة موجبة لإتلاف نفس، أو إتلاف طرف.

وخرج بهذا الشرط: عقوبة الجلد في حد الزنا والمسكر والقذف، وعقوبة النفي في حد الحرابة، فليس فيها مضاعفة لغرم عند سقوطها؛ لكونها لا توجب إتلاف نفس أو طرف، وكذلك دية القتل الخطأ.

لكن يُقيدُ عمومَ هذا الشرط ما بعده، وهو:

الشرط السادس، وهو: أن يكون الجرم الموجب لعقوبة إتلاف نفس أو طرف يوجب غراماً مالياً.

ويخرج به: القتل في الحرابة دون أخذ مال؛ فإنه يوجب القتل حتماً، ولا يوجب غراماً، وزنا المحصن؛ فإنه يوجب الرجم، ولا يوجب غراماً.

الشرط السابع: أن يقوم المقتضي لعقوبة إتلاف النفس أو الطرف.

والمراد بذلك: وجود السبب الموجب لعقوبة إتلاف النفس أو الطرف؛ كوجود القتل العمد العدوان، فهو السبب الموجب للقصاص في النفس، ووجود السرقة، فهو السبب الموجب لقطع اليد.

ويخرج به: ما إذا وجد جرم لا يعد سبباً للعقوبة المقدرة بإتلاف النفس أو الطرف، حتى وإن كان يوجب عقوبة تعزيرية؛ كما لو غصب مالا أو انتهبه، فإنه لا يضاعف فيه الغرم؛ لعدم وجود السبب الموجب لقطع اليد، وهو السرقة.

الشرط الثامن: أن يكون سقوط العقوبة لمانع منع منها.

وهذا مستفاد من قولهم: «من سقطت عقوبته...؛ لمانع».

وهل المراد بالمانع هنا: وجود مانع من موانع العقوبة التي تكون بعد وجود شروطها، أو المراد: فقد شرط من شروط العقوبة، أو المراد: أحد الأمرين؟

والظاهر باستقراء صيغ القاعدة، وجميع تطبيقاتها، وأدلتها، وعلتها: الثالث، وأن محل القاعدة في «العقوبة التي وجد سببها، وسقطت؛ لفقد شرط، أو لوجود مانع».

وهذه هي الشروط التي تضمنتها صيغة القاعدة، ويضاف عليها شرطان للعمل بالقاعدة لا بد منهما، وهما شرطان للعقوبات عموماً، وهما:

الشرط الأول: أن يكون الفاعل عامداً، معتدياً.

فخرج به: المخطف، والفاعل بحق؛ كالقاتل خطأ، والقاتل بحق.

الشرط الثاني: أن يكون الفاعل من أهل العقوبة.

فإن لم يكن من أهل العقوبة؛ كأن كان صبيّاً أو مجنوناً أو غير ملتزم لم يضاعف عليه الغرم.

أما لزوم العمل بالقاعدة فيشترط له شرط آخر، وهو أن «يكون الجرم المقتضي للعقوبة جنائياً مقصوداً بها مال، لا نفس أو طرف، وتسقط عن الجاني العقوبة؛ لفقد شرطها أو وجود مانعها، فيستحق صاحب الحق تضييف الغرم بدلاً عن العقوبة الساقطة»، فإذا وجد هذا الشرط، وطالب صاحب الحق بحقه في تضييف الغرم لزم تضييفه له.

وبعد؛ فهذا جهد المقل، فما كان فيه من صواب فهو بتوفيق الله وعونه وتسديده، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان، والله المستعان، وهو الموفق والمعين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المراجع والمصادر

١. الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، الناشر: دار الحديث، القاهرة، عدد الأجزاء: ١.
٢. الاعتصام، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ)، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، الناشر: دار ابن عفان، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، عدد الأجزاء: ٢.
٣. إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩١م، عدد الأجزاء: ٤.
٤. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجراوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: ٩٦٨هـ)، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان، عدد الأجزاء: ٤.
٥. الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، الناشر: دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، سنة النشر: ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، عدد الأجزاء: ٨.
٦. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية، عدد الأجزاء: ١٢.



٧. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، الناشر: دار الحديث، القاهرة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، عدد الأجزاء: ٤.
٨. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، عدد الأجزاء: ٧.
٩. بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، المحقق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر: المكتبة العصرية، لبنان، صيدا، عدد الأجزاء: ٢.
١٠. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمدَّهَب الإمام مالك)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، الناشر: دار المعارف، عدد الأجزاء: ٤.
١١. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، حققه: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، عدد الأجزاء: ٢٠ (١٨ ومجلدان للفهارس).
١٢. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقَّب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.
١٣. تاريخ المدينة-المؤلف: عمر بن شبه بن عبيدة بن ربيعة النميري البصري، أبو زيد (المتوفى: ٢٦٢هـ)، حققه: فهيم محمد شلتوت، عام النشر: ١٣٩٩هـ.

- ١٤ . تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: ٧٩٩هـ)، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، عدد الأجزاء: ٢.
- ١٥ . تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السؤل، أبو زكريا يحيى بن موسى الرهوني (المتوفى: ٧٧٣هـ)، المحقق: (ج ١، ٢) الدكتور الهادي بن الحسين شبيلي (ج ٣، ٤) يوسف الأخضر القيم، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م، عدد الأجزاء: ٤.
- ١٦ . التعزير في الشريعة الإسلامية، تأليف عبد العزيز عامر، الطبعة: الثالثة، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي.
- ١٧ . تقرير القواعد وتحرير الفوائد المشهور بـ «قواعد ابن رجب»، (المتوفى: ٧٩٥هـ)، علّق عليه وحشاه: الدكتور محمد علي البنّا، من إصدار: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٩٧١م.
- ١٨ . تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية، وليد بن راشد السعيدان، منشور على الشبكة.
- ١٩ . التمهيدي لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، عام النشر: ١٣٨٧هـ، عدد الأجزاء: ٢٤.
- ٢٠ . الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه = صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن



- السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ، عدد الأجزاء: ٩.
٢١. الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة.
٢٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٤.
٢٣. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفلوط) (المتوفى: ١١٨٩هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٢.
٢٤. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، عدد الأجزاء: ١٩.
٢٥. الحدود والتعزيرات عند ابن القيم، بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد (المتوفى: ١٤٢٩هـ)، الناشر: دار العاصمة للنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ، عدد الأجزاء: ١.
٢٦. الدرر السنية في الأجوبة النجدية، علماء نجد الأعلام، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة: السادسة، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
٢٧. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى:

- ١٠٥١هـ)، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، عدد الأجزاء: ٣.
٢٨. **الدية في الشريعة الإسلامية: وتطبيقها في قوانين وعادات مصر الحديثة**، تأليف: علي صادق أبو هيف، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٩٣٢م.
٢٩. **الذخيرة**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحققون: جزء ١، ٨، ١٣: محمد حجي، جزء ٢، ٦: سعيد أعراب، جزء ٣، ٥، ٧، ٩-١٢: محمد بو خبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ١٤ (١٣) ومجلد للفهارس).
٣٠. **الذيل على طبقات الحنابلة**، زين الدين ابن رجب، صححه محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٧٢هـ.
٣١. **رد المحتار على الدر المختار**، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، عدد الأجزاء: ٦.
٣٢. **زاد المعاد في هدي خير العباد**، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، دار عطاءات العلم (الرياض)، دار ابن حزم، الطبعة: الثالثة، ١٤٤٠هـ-٢٠١٩م، (الأولى لدار ابن حزم)، عدد الأجزاء: ٧ (الأخير فهارس).
٣٣. **زاد المعاد في هدي خير العباد**، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٥.



٣٤. سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، عدد الأجزاء: ٢.
٣٥. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، عدد الأجزاء: ٤.
٣٦. سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة النشر: ١٩٩٨م، عدد الأجزاء: ٦.
٣٧. السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ)، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
٣٨. السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٣٩. سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٤٠. شرح الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: ٧٧٢هـ)، الناشر: دار العبيكان، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، عدد الأجزاء: ٧.

٤١. شرح القواعد والأصول الجامعة للعلامة عبد الرحمن بن ناصر السعدي، أملاه
أ. د. خالد بن علي بن محمد المشيقح، المكتبة الأسدية، مكة المكرمة، الطبعة:
الأولى، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.
٤٢. الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي
الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: ٦٨٢هـ)، الناشر: دار
الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
٤٣. شرح مشكل الآثار، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة
الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: ٣٢١هـ)، تحقيق:
شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ-
١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ١٦.
٤٤. شرح معاني الآثار، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة
الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: ٣٢١هـ)، حققه وقدم
له: محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق -من علماء الأزهر الشريف-،
راجعته ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د. يوسف عبد الرحمن المرعشلي -
الباحث بمركز خدمة السنة بالمدينة النبوية، الناشر: عالم الكتب، الطبعة:
الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٥.
٤٥. صحيح أبي داود، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن
آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، الناشر: مؤسسة غراس للنشر
والتوزيع، الكويت، عدد الأجزاء: ٧ أجزاء، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ-
٢٠٠٢م.
٤٦. صحيح الجامع الصغير وزياداته، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج
نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، الناشر:
المكتب الإسلامي، عدد الأجزاء: ٢.



٤٧. طبقات الحنابلة المؤلف: أبو الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد (المتوفى: ٥٢٦هـ)، المحقق: محمد حامد الفقي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، عدد الأجزاء: ٢.
٤٨. الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، الناشر: مكتبة دار البيان.
٤٩. العقد المذهب في طبقات حملة المذهب، ابن الملتن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: ٨٠٤هـ)، المحقق: أيمن نصر الأزهرى، سيد مهني، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٥٠. العقوبات التعزيرية عند ابن تيمية، عبد العزيز بن سعود، المطيري، إشراف: سعود بن محمد البشر، أطروحة (دكتوراه)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، ١٩٩٨م.
٥١. العقوبات المالية بين القانون والفقہ الإسلامي دراسة مقارنة، عمر، سلوى الزين عيسى، إشراف: الشيخ بابكر عبد الله، جامعة أم درمان الإسلامية، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، قسم الدراسات النظرية، السودان، دكتوراه، ٢٠١٠م.
٥٢. العقوبات المالية في الإسلام، سعود بن محمد البشر، أطروحة (دكتوراه)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء.
٥٣. عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي (المتوفى: ١٣٢٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ، عدد الأجزاء: ١٤.

٥٤. العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، المحقق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال، عدد الأجزاء: ٨.
٥٥. غريب الحديث لابن الجوزي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٨٥م.
٥٦. غريب الحديث، لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروي (ت: ٢٢٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
٥٧. غياث الأمم في التياث الظلم، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ)، المحقق: عبد العظيم الديب، الناشر: مكتبة إمام الحرمين، الطبعة: الثانية، ١٤٠١هـ.
٥٨. الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثانية، ١٣١٠هـ، عدد الأجزاء: ٦.
٥٩. فتح القدير، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، الناشر: دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ.
٦٠. فصل الأقوال في الجواب عن حادثة السؤال ونفي العقوبة بالمال، محمد الأخميمي (المتوفى: ١٣٤٦هـ)، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، الناشر: الدار المالكية، تونس، الطبعة: الأولى، ١٤٣٨هـ.
٦١. الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (المتوفى: ١٣٦٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، عدد الأجزاء: ٥.



٦٢. القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، عدد الأجزاء: ١.
٦٣. قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، الناشر: الصدف بيلشرز، كراتشي، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ-١٩٨٦م.
٦٤. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، أ. د. محمد عثمان شبير، دار النفائس، عمان، الأردن، الطبعة: الثانية، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
٦٥. القواعد الكلية والضوابط الفقهية، شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي، تحقيق: جاسم الدوسري، الناشر: دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
٦٦. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، المؤلف: د. محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر، دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
٦٧. القواعد، المؤلف: أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف بـ «تقي الدين الحصني» (المتوفى: ٨٢٩هـ)، دراسة وتحقيق: د. عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، د. جبريل بن محمد بن حسن البصيلي، الناشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٦٨. قواعد ابن الملقن أو «الأشباه والنظائر في قواعد الفقه»، المؤلف: سراج الدين أبو حفص عمر بن علي الأنصاري المعروف بـ ابن الملقن (المتوفى: ٨٠٤هـ)، تحقيق ودراسة: مصطفى محمود الأزهرري، الناشر: دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.

٦٩. الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٤.
٧٠. كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، عدد الأجزاء: ٦.
٧١. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، الحواشي: لليازجي وجماعة من اللغويين، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ، عدد الأجزاء: ١٥.
٧٢. المانع عند الأصوليين للدكتور عبد العزيز الربيع، الرياض، شركة العبيكان للطباعة والنشر، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
٧٣. المبدع في شرح المقنع، المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٧٤. المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، عدد الأجزاء: ٩ (٨ ومجلد للفهارس).
٧٥. مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.



٧٦. مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تیمیة الحرانی (المتوفى: ٧٢٨هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر: ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
٧٧. المجموع المذهب في قواعد المذهب، صلاح الدين خليل كيكلي العلابي الشافعي، المحقق: محمد بن عبد الغفار بن عبد الرحمن، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، عدد المجلدات: ٢.
٧٨. المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، الناشر: دار الفكر.
٧٩. المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (ت: ٤٥٨هـ)، المحقق: عبد الحميد هندراوي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٨٠. مختصر المزني (مطبوع ملحقاً بالألم للشافعي)، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المزني (المتوفى: ٢٦٤هـ)، الناشر: دار المعرفة، بيروت، سنة النشر: ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، عدد الأجزاء: ١.
٨١. المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٤.
٨٢. مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع، عبد المؤمن بن عبد الحق، ابن شمائل القطيعي البغدادي، الحنبلي، صفي الدين (المتوفى: ٧٣٩هـ)، الناشر: دار الجليل، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ، عدد الأجزاء: ٣.

٨٣. مسائل الإمام أحمد، رواية إسحاق بن إبراهيم بن هانئ النيسابوري، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٠هـ.
٨٤. المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بـ ابن الفراء (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: د. عبد الكريم بن محمد اللاحم، الناشر: مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة: الأولى، (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م).
٨٥. مسند ابن أبي شيبة، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العسبي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، المحقق: عادل بن يوسف العزازي وأحمد بن فريد المزيدي، الناشر: دار الوطن، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٩٩٧م، عدد الأجزاء: ٢.
٨٦. مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
٨٧. مسند الإمام الشافعي، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلب القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، رتبته على الأبواب الفقهية: محمد عابد السندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، عام النشر: ١٣٧٠هـ-١٩٥١م، عدد الأجزاء: ٢.
٨٨. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، عدد الأجزاء: ٥.
٨٩. المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المجلس العلمي،

- الهند، يطلب من: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ، عدد الأجزاء: ١١.
٩٠. معالم القربة في طلب الحسبة، محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة، القرشي، ضياء الدين (المتوفى: ٧٢٩هـ)، الناشر: دار الفنون «كمبردج»، عدد الأجزاء: ١.
٩١. المعايير الجلية في التمييز بين الأحكام والقواعد والضوابط الفقهية، د. يعقوب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٢٨هـ.
٩٢. معجم لغة الفقهاء، المؤلف: محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
٩٣. معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية قسم القواعد الفقهية المجلد السابع مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، منظمة التعاون الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بواسطة: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، المساهم (المساهمين): الدولي، منظمة التعاون الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي، الناشر: الامارات العربية المتحدة مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، ٢٠١٣م، الامارات العربية المتحدة منظمة التعاون الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي الدولي ٢٠١٣م، الطبعة: الأولى.
٩٤. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (المتوفى: ٨٤٤هـ)، الناشر: دار الفكر.
٩٥. المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، عدد الأجزاء: ١٠.

٩٦. مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
٩٧. منتهى الإرادات، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار (٩٧٢هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، عدد الأجزاء: ٥.
٩٨. منحة السلوك في شرح تحفة الملوك، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: ٨٥٥هـ)، المحقق: د. أحمد عبد الرزاق الكبيسي، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
٩٩. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ، عدد الأجزاء: ١٨.
١٠٠. الموافقات، المؤلف: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ)، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة، الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
١٠١. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، عدد الأجزاء: ٦.
١٠٢. موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، عدد الأجزاء: ١٢.



١٠٣. موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨هـ)، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي، الناشر: مكتبة لبنان - ناشرون، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٦م، عدد الأجزاء: ٢.

١٠٤. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: ٧٦٢هـ)، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجانى، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفورى، المحقق: محمد عوامة، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، عدد الأجزاء: ٤.

١٠٥. التعزيز المالى فى الشريعة الإسلامية، د. عبدالله الشمرانى، مدار الوطن، ١٤٣٤هـ.

١٠٦. فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ، جمع الشيخ محمد بن عبدالرحمن بن قاسم.

١٠٧. النهاية فى غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيبانى الجزرى ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى، محمود محمد الطناحي، عدد الأجزاء: ٥.

١٠٨. نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليماني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الناشر: دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، عدد الأجزاء: ٨.





اتحاد مجلس القضاء وأثره في فقه العقوبات دراسة فقهية مقارنة

د. مفرح بن جابر بن علي بن موسى آل محفوظ
الأسمرى

الأستاذ المساعد بقسم الدراسات الإسلامية

كلية العلوم والآداب بمحافظة محايل

بفرع جامعة الملك خالد بتهامة

المقدمة

الحمد لله العليم الحكيم، أمر بالعدل وأخبر أنه يحب المقسطين، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، قاضي حاجات السائلين، ومهلك الظالمين، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أوصى بإعطاء كل ذي حق حقه؛ لتستقيم حياة الناس أجمعين، صلى الله -تعالى- عليه وسلم-، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وصحبه الغرّ الميامين، ومن بعدهم بإحسان إلى يوم الدين. أما بعد:

فإنّ الشريعة الإسلامية جاءت لتزكية النفوس، وتعييدها لربها جلّ وعلا ومن ذلك: إقامة شعيرة القضاء الشرعي.

وللقضاء الشرعي في هذه الشريعة منزلة عليّة، ورتبة سنّية، ولكوني كنت قاضياً، فقد رغبت أن أستمّر في المجال القضائي دون انقطاع، قراءة، وبحثاً، وتأليفاً، وتحقيقاً؛ رغبة في زيادة الحصيلة العلمية في هذا المجال، وقد وقفت فيه على مسائل خفيّة، ومن خفاء ذلك ودقّته: أنّ لمجلس القضاء الشرعي أحكاماً تختص به.

وقد اقتصر في هذا البحث على مسألة واحدة من مسائل فقه القضاء، ألا وهي مسألة (اتحاد مجلس القضاء، وأثره في فقه العقوبات).

أسباب اختيار البحث:

- مما دفعني إلى اختيار البحث ثلاثة أمور، وهي الآتية:
1. إظهار المسائل الدقيقة في القضاء، وإفرادها ببحث مستقل.

٢. الوقوف على أثر اتحاد المجلس القضائي في فقه العقوبات.

٣. الانتفاع بخبرتي القضائية في كتابة البحث.

أهمية البحث:

تنبع أهمية البحث من أمرين:

١. أن اتحاد المجلس القضائي يتعلق بطرق الإثبات (الإقرار والشهادة)، وتعدّ طرق الإثبات في حقيقتها الدرع الواقي للحقوق، والأداة الفعّالة في تحقيق العدل.

٢. أنه يبحث في الفقه الجنائي (فقه العقوبات)، ولهذا الفقه أثر في المحافظة على الضروريات الخمس.

مشكلة البحث:

يهدف البحث إلى الإجابة عن خمسة أسئلة، وهي الآتية:

١. ما المراد باتحاد مجلس القضاء؟
٢. ما مواطن اتحاد مجلس القضاء؟
٣. ما حكم اتحاد مجلس القضاء؟
٤. ما الآثار المترتبة على اتحاد مجلس القضاء؟
٥. ما الأنظمة القضائية المتعلقة باتحاد مجلس القضاء؟

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تحقيق وجود أمرين:

١. تقرير الحكم الفقهي في اتحاد مجلس القضاء.
٢. بيان أثر اتحاد المجلس القضائي في فقه العقوبات.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتتبع في مظان موضوع البحث في مصادر العلم والمعرفة المتاحة لي ظهر لي أمران:

أ. بعض المراجع المختصة بطرق الإثبات ووسائله؛ ذلك أن اتحاد مجلس القضاء يبحث في مسائل الإثبات القضائي، من إقرار وشهادة، ومن أهم المراجع في نظري: كتاب «وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية»، لفضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي، وكتاب «إجراءات البيّنة القضائية في الشهادة والكتابة واليمين»، لشيخنا معالي الشيخ القاضي عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، وكتاب «طرق الإثبات القضائي في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية»، لشيخنا فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور محمد بن جبر الألفي عضو هيئة التدريس في المعهد العالي للقضاء، وكتاب «أحكام الشهادات في المذاهب الأربعة»، للشيخ محمد بن عثمان بن سليمان المنيعي، وسبب كونها من أهم المراجع في هذا الموضوع: أن مؤلفيها قضاة، أو لهم عناية بالمسائل الفقهية والقضائية، أو قاموا بتدريسها في مؤسسات تعليمية قضائية، وهذا له أثر محمود في المصادر والمراجع لبحوثهم، وفي كتابة المادة

العلمية الفقهية والقضائية، وبالاطلاع عليها لم أجد أنها تطرقت إلى موضوع بحثي.

ب. مرجع مختص باتحاد المجلس، وهو بحث علمي بعنوان (اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي)، للباحث: خلف بن حسن بن عبد الله الزهراني، بحث ماجستير في كلية الشريعة والدراسات العليا بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، عام ١٤١٣ هـ، بإشراف: د. ياسين بن ناصر الخطيب، وهذا هو المعني بالموازنة؛ لاتحاد الموضوع.

الموازنة بينه وبين بحثي:

وبالموازنة بينه وبين بحثي تبين لي بعض أوجه الاتفاق والافتراق، وهي الآتية:

أ. أوجه الاتفاق، وعددها وجهان، وهما الآتيان:

١. أن كلاً من الباحثين تناولوا مسألة «اتحاد المجلس» لغة وفقهاً، أي المعنى والمراد.

٢. أن كلاً من الباحثين تناولوا الحديث من ناحية فقهية عن اتحاد المجلس في طريقتين من طرق الإثبات، وهما الإقرار والشهادة، بما يوجب العقوبة من القصاص، وأربعة من الحدود، هي: الزنا، السرقة، شرب الخمر، والقذف.

ب. أوجه الافتراق (المسائل التي تفردت بها)، وعددها سبعة أوجه، وهي الآتية:

١. أنه في بحث «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي» أوردت تعريفات في مصطلح (اتحاد مجلس القضاء)، وقد غايرته في بحثي في بعض منها؛ إذ حرّرت المراد بالمجلس القضائي من ناحية قضائية بما يتفق مع الواقع القضائي في هذا الوقت.

٢. لم يتضمّن بحث «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي» النص على مسألة اتحاد المجلس في مسائل الأحكام في كل من: القصاص، حد السرقة، شرب الخمر، والقذف، على خلاف صنيعه في مسألة الإقرار بالزنا والشهادة عليه، بل اكتفى بذكر موضوع عدد المرات في تكرار الإقرار، وفي بحثي جرى استدراك ذلك.

٣. خالفت في بحثي ما هو عليه في بحث «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي»، في ترتيب تناول الأقوال في مسألة اشتراط اتحاد المجلس، فبدأت بالقول بالاشتراط، وأتبعته بالقول بعدم الاشتراط.

٤. في مناقشة الأدلة وترجيحها: أضفت في بحثي من المرجحات (ما جرى عليه العمل [المعمول به])، والتي لم تكن في بحث «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي».

٥. خلّو بحث «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي» من التطبيق القضائي في مسألة اتحاد المجلس في الأحكام والعقوبات، وفي بحثي جرت إضافته، ومزجه مع الفقه.

٦. إدراجي في بحثي الأنظمة والإجراءات القضائية المتعلقة في الموضوع، في حين لم ترد في بحث «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي».

٧. ثبت المصادر والمراجع لبحثي تضمن زيادة على ثبت المصادر والمراجع لبحث «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي» مما يختص بموضوع البحث.

الإضافة العلمية في البحث:

١. إيراد المسائل القضائية.

٢. ذكر النوازل القضائية بسبب وباء كورونا، كمسألة التقاضي عن بُعد، وأثرها على موضوع البحث.

حدود البحث:

جعلت هذا البحث مقصوراً على فقه العقوبات دون غيره من أبواب الفقه.

منهج البحث:

اتبعت المنهج الفقهي التحليلي على وفق الآتي:

١. تصوير المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً؛ ليتضح المقصود من دراستها.

٢. توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

٣. الاعتماد على أمهات المصادر، والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.
٤. التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد.
٥. العناية بضرب الأمثلة، خاصة الواقعية.
٦. ترقيم الآيات، وبيان سورها، مضبوطة بالشكل.
٧. تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وإثبات الكتاب، والباب، والجزء، والصفحة، ورقم الحديث - إن وجد - وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما، فإن كانت كذلك فيكتفى حينئذ بتخريجها.
٨. التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.
٩. توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء والصفحة.

خطة البحث:

تشتمل خطة البحث على مقدمة، تمهيد، مبحثين، وخاتمة.

التمهيد: التعريف بمفردات العنوان.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف (اتحاد مجلس القضاء) باعتباره مفرداً.

المطلب الثاني: تعريف (اتحاد مجلس القضاء) باعتباره مركباً.

المبحث الأول: اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب الحد.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب الحد في الفقه.

المطلب الثاني: اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب الحد في القضاء

السعودي.

المبحث الثاني: اتحاد مجلس القضاء في الشهادة بما يوجب الحد.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اتحاد مجلس القضاء في الشهادة بما يوجب الحد في الفقه.

المطلب الثاني: اتحاد مجلس القضاء في الشهادة بما يوجب الحد في القضاء

السعودي.

الخاتمة:

وفيها: أبرز النتائج، والتوصيات.

ثبت المصادر والمراجع.

التمهيد التعريف بمفردات العنوان

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف (اتحاد مجلس القضاء) باعتباره مفرداً.

المطلب الثاني: تعريف (اتحاد مجلس القضاء) باعتباره مركباً.

المطلب الأول: تعريف (اتحاد مجلس القضاء) باعتباره مفرداً:

تعريف (اتحاد مجلس القضاء) ككلّ مبني على تعريف كل مفردة من مفرداته، كما هو معلوم في التعاريف؛ لذا يلزمني أن أبدأ بتعريفه باعتباره مفرداً، وذلك كالآتي:

تعريف (اتحاد):

(اتحاد) بكسر الهمزة، وتشديد التاء مصدر الفعل (اتحد)، وله معان، أقتصر منها على معنيين؛ لتعلقهما المباشر بالبحث، وهما كالآتي:

المعنى الأول: صيرورة الشيئين شيئاً واحداً، تقول: (اتحد) الرجلان، وبينهما (اتحاد)، أي: صار الرجلان الاثنان واحداً.

و(اتحد) الشيئان أو الأشياء، أي: صارت شيئاً واحداً^(١).

(١) محمود بن عمرو بن أحمد بن جار الله الزمخشري، «أساس البلاغة». تحقيق: محمد بن باسل عيون السود، (ط١، بيروت: لبنان، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م)، ٢: ٣٢٣؛ محمد بن مكرم بن منظور، «لسان العرب». (ط١، بيروت: دار صادر، د.ت)، ٣: ٤٤٨.

وقيل: هو امتزاج الشئيين واختلاطهما حتى يصيرا شيئاً واحداً^(١).

المعنى الثاني: الانفراد. ففي «معجم مقاييس اللغة»: «(وحد): الواو والحاء والذال: أصلٌ واحد يدل على الانفراد. من ذلك الوَحْدَة»^(٢)، تقول: (تَوَحَّد) الله -تعالى- بالربوبية، أي: انفراد؛ ولذلك فالله الواحد الأحد ذو الوحدانية^(٣)، و(توحد) فلان برأيه، أي: انفراد^(٤).

والمعنى المناسب لموضوع البحث هو المعنى الأول، وعليه فإن الاتحاد -هنا- هو «تصيير الذاتين ذاتاً واحدة»، أو «امتزاج الأشياء حتى تصير شيئاً واحداً»^(٥). ولا يكون إلا في العدد من اثنين فصاعداً^(٦).

(١) علي بن محمد بن علي الجرجاني، «التعريفات». تحقيق: إبراهيم الأبياري، (ط١)، بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٥هـ، ص ٢٢.

(٢) أحمد بن فارس بن زكريا، «معجم مقاييس اللغة». (د.ط)، بيروت: دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م)، مادة (وحد)، ٦: ٩٠.

(٣) انظر ذلك في مادة (وحد): محمد بن أحمد الأزهرى الهروي، «تهذيب اللغة». تحقيق: محمد بن عوض مرعب، (ط١)، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ٢٠٠١م)، ٥: ١٢٤-١٢٨؛ المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، «النهاية في غريب الحديث والأثر». تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، (د.ط)، بيروت: المكتبة العلمية، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م)، ٥: ١٥٩-١٦٠؛ محمد بن مكرم بن منظور، «لسان العرب». (ط١)، بيروت: دار صادر، د.ت)، ٣: ٤٤٦.

(٤) الزمخشري، «أساس البلاغة»، ٢: ٣٢٣.

(٥) انظر: الزمخشري، «أساس البلاغة»، ٢: ٣٢٣، ابن منظور، «لسان العرب»، ٣: ٤٤٨، الجرجاني، «التعريفات»، ص ٢٢.

(٦) الجرجاني، «التعريفات»، ص ٢٢.

والاتحاد في الذات والمعاني أنواع متعددة، فهناك اتحاد الجنس (مجانسة)، واتحاد النوع (مماثلة)، واتحاد الخاصية (مشاكلة)، واتحاد الكيف (مشابهة)، واتحاد الكم (مساواة)، واتحاد الأطراف (مطابقة)، واتحاد الإضافة (مناسبة)، واتحاد الوضع المخصص (موازنة)^(١)، واتحاد المجلس، وعليه مدار الحديث.

تعريف المجلس:

يحسن بي قبل أن أبين المراد من المجلس في الاصطلاح: أن أورد بيان معناه، فقد جاء في (معجم مقاييس اللغة) ما نصه: «الجيم واللام والسين كلمة واحدة وأصل واحد، وهو الارتفاع في الشيء، يقال: جلس الرجل جلوساً، وذلك يكون عن نوم واضطجاع؛ وإذا كان قائماً كانت الحال التي تخالفها القعود. يقال: قام وقعد، وأخذه المقيم والمقعد. والجلسة: الحال التي يكون عليها الجالس، يقال: جلس جلسة حسنة. والجلسة: المرة الواحدة»^(٢). وورد في (لسان العرب) أن «المجلس - بفتح اللام - المصدر. والمجلس: موضع الجلوس»^(٣). وكل ميم مفتوحة فإنها تدل على الزمان والمكان والحادث^(٤). و(جلس): أصله أن يقصد بمقعده جلساً من الأرض،

(١) الجرجاني، «التعريفات»، ص ٢٢.

(٢) أحمد بن فارس بن زكريا، «معجم مقاييس اللغة». (د.ط، بيروت: دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م)، مادة (جلس)، ١: ٤٧٣؛ وانظر: محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، «لسان العرب». (ط ١، بيروت: دار صادر، د.ت)، ٦: ٣٩؛ محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، «القاموس المحيط». (د.ط، د.م: د.ن، د.ت)، ١: ٦٩٠.

(٣) ابن منظور، «لسان العرب»، مادة (جلس)، ٦: ٣٩.

(٤) أحمد بن محمد الحملاوي، «شذا العرف في علم الصرف». (د.ط، مكة: المكتبة التجارية، د.ت)، ص ٨٤.

ثم جعل الجلوس لكل قعود، والمجلس لكل موضع يقعد فيه الإنسان، والقعود يقابل به القيام^(١).

وأما المراد من المجلس: فهو مجلس القضاء أو العقد^(٢).

فمجلس القضاء هو مكان التقاضي^(٣)، ومجلس العقد هو مكان التعاقد^(٤).

وبعض المصنّفين ذهب إلى أنّ كلمة (المجلس) ضرب من المجاز؛ لأنه من إطلاق بعض أفراد الحقيقة - وهو المجلس - على كلّ أفرادها، وهو جميع أوضاع التعاقد^(٥).

وآخرون ذهبوا إلى أنّه حقيقة، لكنّه من نوع الحقيقة العرفية، أي: تطلق على المجلس بالمعنى العرفي الشامل له، ولغيره مما هو معناه^(٦).

(١) الحسين بن محمد الفضل المعروف بالراغب الأصفهاني، «المفردات في غريب القرآن». تحقيق: صفوان عدنان داوودي، (ط٢، دمشق: دار القلم، ١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م)، ص ١٦٩ - ١٧٠.

(٢) خلف بن حسن بن عبد الله الزهراني، «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي». (د.ط، مكة: جامعة أم القرى، ١٤١٣هـ)، ص ٣.

(٣) انظر: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، «حاشية الروض المربع». (ط ١٢، الرياض: دار القاسم، ١٤٢٩هـ)، ٧: ٣٢٥، ح ٦.

(٤) انظر: محمد بن رواس قلعجي، «معجم لغة الفقهاء»، ص ٤٠٦.

(٥) وهبة الزحيلي، «الفقه الإسلامي وأدلته». (ط ٤، دمشق: دار الفكر، د.ت)، ٤: ٤٥٩.

(٦) عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، «مصادر الحق في الفقه الإسلامي». (ط ٢، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨م)، ٢: ٦ - ١٠.

تعريف القضاء:

في لغة العرب: مأخوذ من الفعل (قضي)، جاء في (معجم مقاييس اللغة) ما نصّه: «القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه لجهته، قال الله تعالى: ﴿فَقَضَلَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾^(١)، أي: أحكم خلقهن^(٢)... والقضاء: الحكم. قال الله - سبحانه - في ذكر من قال: ﴿فَأَقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾^(٣)، أي: اصنع واحكم^(٤). ولذلك سُمِّي القاضي قاضياً؛ لأنه يحكم الأحكام، وينفذها»^(٥).

واصطلاحاً: تنوّعت تعريفات الفقهاء لمعنى القضاء؛ لتنوّع أنظارهم، فمنهم من عرّف القضاء باعتباره صفة في القاضي، ومنهم من عرّف القضاء باعتباره فعلاً يقوم به القاضي.

(١) سورة فصلت، رقم الآية (١٢).

(٢) محمود بن أبي الحسن النيسابوري، «إيجاز البيان عن معاني القرآن». تحقيق: حنيف بن الحسن القاسمي، (ط ١، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤١٥هـ)، ٢: ٧٢٧؛ ولفس المؤلف، «باهر البرهان في معاني مشكلات القرآن». تحقيق: سعاد بنت صالح بن سعيد بابقي، (د.ط، مكة: جامعة أم القرى، ١٤١٩هـ)، ٢: ١٢٧٢.

(٣) سورة طه، رقم الآية (٧٢).

(٤) محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، «الجامع لأحكام القرآن». تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، (ط ١، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٣٤هـ)، ١٤: ١٠٥.

(٥) ابن فارس، «معجم مقاييس اللغة»، ٥: ٩٩؛ وانظر: د. مفرح بن جابر الأسمرى، «الأحكام الفقهية المتعلقة بمنازعات المياه وتطبيقاتها القضائية» (د. ط، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - المعهد العالي للقضاء، ١٤٣٧هـ)، ١: ٤٠ - ٤١.

وأقتصر على تعريف لكل من الفريقين؛ لأنّ موضوع البحث هو في اتحاد المجلس، كما يكفي من تعريفات القضاء ما يجلي معناه. فمما عرّف القضاء باعتباره صفة في القاضي ما قاله بعضهم: «صفة حكومية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين»^(١).

ومما عرّف القضاء باعتباره فعلاً يقوم به القاضي ما قاله بعضهم: «فصل الخصومات وقطع المنازعات»^(٢).

المطلب الثاني: تعريف (اتحاد مجلس القضاء) باعتباره مركباً:

لم أقف على تعريف خاص بـ (اتحاد مجلس القضاء)، لكنني وقفت على ما ورد في معنى (اتحاد المجلس)، فمن ذلك:

١. «المجلس الواحد الذي تحدث فيه تصرفات متفرقة، فلو قرأ آيات السجدة مراراً في مجلس واحد، ليس عليه غير سجود واحد عند البعض؛ لاتحاد المجلس»^(٣).

(١) وهو تعريف ابن عرفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى من فقهاء المالكية. انظر: محمد بن قاسم الرصاع الأنصاري، «شرح حدود ابن عرفة». (د.ط، د.م: د.ن، د.ت)، ص ٤٣٣.

(٢) وهو تعريف الحنفية. انظر: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، «حاشية ابن عابدين». تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق وعامر حسين. (ط ١، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤٣١هـ)، ٨: ٢٠.

(٣) قلعجي، «معجم لغة الفقهاء»، ص ٤١.

٢. «المجلس الواحد» عند الفقهاء، وبالإضافة إلى ذلك يستعمله الحنفية دون غيرهم بمعنى «تداخل متفرقات المجلس»^(١). وليس المراد بالمجلس: موضع الجلوس، بل هو أعم من ذلك، فقد يحصل اتحاد المجلس مع الوقوف، ومع تغاير المكان والهيئة^(٢).

٣. «اتحاد المجلس» يمكن أن يعرف باعتبارين مختلفين:

الاعتبار الأول:

ما يتعلق بفرد بعينه، وذلك بأن يتحد مكان تكرار الفعل منه. وهذا متصوّر في بعض العبادات مثل: تجديد الوضوء في المجلس الواحد، تكرار القيء في مجلس واحد وأثره في نقض الوضوء، هل يتكرّر السجود عند تكرار سماع أو تلاوة آية سجدة في مجلس واحد، وما يتعلق ببعض أحوال الأسرة مثل: تكرار طلاق غير المدخول بها، وتكرار الرضاع، -وهو المعني بهذا البحث- ما يمكن أن يتصور من شخص واحد كالإقرار والشهادة.

فهو إذن ما يتكرر من فرد واحد في مجلس واحد، فإنّه لا يمكن أن يعرف إلا بتتبع المسائل الشرعية التي يمكن أن يقع فيها، ثم إنّ لكل واحدة منها حكماً شرعياً خاصاً بها^(٣).

(١) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، «البحر الرائق». (د.ط، بيروت: دار المعرفة، د.ت)، ٣٨: ١؛ بن عابدين، «حاشية ابن عابدين»، ٤: ٢٠.

(٢) وزارة الشؤون الإسلامية، «الموسوعة الفقهية». (ط٢، الكويت: وزارة الشؤون الإسلامية، ١٤٢٧هـ)، ١: ٢٠٢.

(٣) الزهراني، «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي»، ص ١٤٦، وما بعدها، وكذلك ص ٢٢٠ وما بعدها.

الاعتبار الثاني:

وهو ما يقع بين اثنين، ويكون هذا في أغلب العقود، وهذا تناوله الفقهاء باعتبارين: باعتبار الصيغة، وباعتبار خيار المجلس^(١).

وكذا عند القانونيين في (نظرية مجلس العقد) أن (اتحاد المجلس) هو: «المجلس الواحد»^(٢).

وبناء عليه يمكن لي أن أقول:

إنّ المراد باتحاد مجلس القضاء هو: التصرفات المعتدة في المجلس القضائي الواحد.

شرح التعريف:

التصرفات: هي كل قول أو فعل يصدر من مكلف، وهي تعم ما اجتمع منها وما تفرق.

المعتدة: المأخوذ بها.

في: ظرف مكان.

المجلس القضائي الواحد: هو مكان التقاضي الواحد الذي لا يتعدد.

«فالقاضي - مثلاً - له جلسة من الساعة الثامنة صباحاً إلى الساعة الثانية عشرة، أربع ساعات، فجاء الأول في الساعة الأولى وأثبت شهادته ومضى،

(١) الزهراني، «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي»، ص ٥.

(٢) السنهوري، «مصادر الحق في الفقه الإسلامي»، ١: ٦.

وجاء الثاني في الساعة التاسعة فأثبت شهادته ومضى، وجاء الثالث في العاشرة فأثبت شهادته ومضى، وجاء الرابع في الحادية عشرة فأثبت شهادته ومضى، فهنا المجلس واحد، ولكنهم متفرقون. أو جاؤوا مجتمعين، يعني جاؤوا جميعاً، كل واحد ممسك بيد الآخر، وشهدوا عند القاضي في نفس اللحظة، فإنه يكفي. فإن جاؤوا في مجلسين، مثل: أن جاء اثنان منهم في جلسة الصباح، واثنان في جلسة المساء، فإنهم قَدَفَةٌ، ولا تقبل شهادتهم، ويجلد كل واحد منهم ثمانين جلدة، فإن قالوا: نحن نشهد على زنا واحد؟ قلنا: لا، أنتم لم تأتوا في مجلس واحد، وهذا هو مذهب الإمام أحمد، وأبي حنيفة، ومالك»^(١).

فيكون ضابط اتحاد مجلس القضاء هو عدم قيام القاضي من المجلس وذهابه منه^(٢).

وعُرفت الجلسة القضائية عند سراح النظام بأنها: «مجلس القضاء حيث يلتقي القاضي بالخصوم أو وكلائهم بقاعة المحكمة في التاريخ المحدد لنظر الدعوى»^(٣).

(١) محمد بن صالح بن عثيمين، «الشرح الممتع». (ط ١، الدمام: ابن الجوزي، ١٤٢٨هـ)، ١٤: ٢٦٩، وانظر توثيق هذه المذاهب الفقهية في مبحث: «اتحاد مجلس القضاء في الشهادة بما يوجب الحد في الفقه».

(٢) انظر: ابن قاسم، «حاشية الروض المربع»، ٧: ٣٢٥، ح ٦.

(٣) محمد بن محمد أحمد سويلم، «أصول المرافعات المدنية والتجارية في ضوء نظام المرافعات الشرعية السعودي لعام ١٤٣٥هـ». (ط ١، الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٣٨هـ- ٢٠١٧م)، ص ١٧٨.

المبحث الأول

اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب الحد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب الحد في الفقه.

المطلب الثاني: اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب الحد في القضاء

السعودي.

المطلب الأول: اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب الحد في الفقه:

لا تَرِدُ هذه المسألة في كلِّ من القصاص، وحدِّ القذف، وكذا حق الأدمي؛ لأنَّ الفقهاء لم يذكروا أنَّ الإقرار بها يحتاج إلى أكثر من إقرار واحد؛ لأنَّ الإنسان متى ما أقر بحد القذف أو القتل أو حق آدمي تعلق الحق به، ولا حاجة إلى تكرار الإقرار^(١)، ولهذا لا يتصور أن يكون اتحاد مجلس في الإقرار بها.

(١) انظر: محمد بن عبد الواحد ابن الهمام السيواسي، «فتح القدير». (د.ط، بيروت: دار الفكر، د.ت)، ٥: ٣٢٨؛ أحمد أبو البركات الدردير، «الشرح الكبير». (د.ط، بيروت: دار الفكر، د.ت)، ٤: ٣٢٦؛ الخرشبي، محمد بن عبد الله الخرشبي، «شرح مختصر خليل». (د.ط، بيروت: دار الفكر، د.ت)، ٨: ٨٨؛ العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم، «البيان في مذهب الإمام الشافعي». تحقيق: قاسم بن محمد النوري. (ط ١، جدة: دار المنهاج، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م)، ١٢: ٣٧٣؛ محمد الخطيب الشربيني، «مغني المحتاج». (د.ط، بيروت: دار الفكر، د.ت)، ٤: ١٥٦؛ علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، «الإنصاف». (د.ط، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م)، ٢٦: ٣٠٣؛ الزهراني، «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي»، ص ٢٧٩.

وإنما أورد الفقهاء هذه المسألة في المواطن الآتية:

١. حد الزنا. ٢. حد السكر. ٣. حد السرقة.

وبيان ذلك كالآتي:

١. اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب حد الزنا:

من شروط ثبوت الزنا: الإقرار به^(١). فهل يلزم فيه اتحاد مجلس القضاء؟

هذه المسألة لا تَرِدُ في مذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)؛ لأنهم يرون أن الإقرار بالزنا مرة واحدة كافٍ لإقامة الحد.

وأما الحنفية^(٤) والحنابلة^(٥) فيشترطون أن يكون الإقرار أربع مرات، لكن اختلفوا هل يلزم فيه اتحاد مجلس القضاء، وآل ذلك إلى قولين:

(١) عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، «المغني». تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح بن محمد الحلوي، (د.ط، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م)، ١٢: ٣٥٤.

(٢) انظر: محمد بن أحمد بن جزي، «قوانين الأحكام». (د.ط، بيروت: دار الملايين، د.ت)، ص ٣٨٥.

(٣) انظر: يحيى بن شرف النووي، «منهاج الطالبين». (ط ٢، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م)، ٤: ١٥٠.

(٤) انظر: السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي. «المبسوط». (د.ط، بيروت: دار المعرفة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م)، ٩: ٩١.

(٥) انظر: المرادوي، «الإنصاف»، ٢٦: ٣١٦.

القول الأول:

لا يشترط اتحاد المجلس، بل يشترط الإقرار متفرقاً في أكثر من مجلس، وهو قول الحنفية، والمذهب عند الحنابلة^(١).

القول الثاني:

يشترط الإقرار أربعاً في مجلس واحد، وهو قول بعض الحنابلة^(٢).

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل الحنفية والحنابلة على اشتراط اختلاف المجالس، وعدم اتحادها في مسألة الإقرار بما يوجب حد الزنا بثلاثة أدلة نقلية من السنة كلها في قصة ماعز، وهي الآتية:

الدليل الأول:

أنَّ ماعز بن مالك الأسلمي - رضي الله تعالى عنه وأرضاه -^(٣) أتى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسول الله، إني قد ظلمت نفسي وزنيت وإني أريد

(١) انظر: الكاساني، «بدائع الصنائع»، ٧: ٥٠؛ المرادوي، «الإنصاف»، ٢٦: ٣٠٥.

(٢) انظر: المرادوي، «الإنصاف»، ٢٦: ٣٠٥.

(٣) هو الصحابي الجليل ماعز بن مالك الأسلمي، يقال: أن اسمه: عريب، ولقبه: ماعز، له صحبة، كتب له النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كتاباً يخبره بإسلام قومه، وروى عنه ابنه عبد الله حديثاً واحداً، وهو الذي رُجم في عهد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وورد أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رآه يتخضخض في أنهار الجنة. [أبو عوانة يعقوب بن إسحاق النيسابوري. تحقيق أيمن بن عارف الدمشقي، «مستخرج أبي عوانة»، (ط ١)، بيروت: دار المعرفة، ١٤١٩هـ)، ٤: ١٢٦؛ محمد بن حبان بن أحمد البستي، «صحيح ابن =

أن تطهرني، فرده، فلما كان من الغد أتاه فقال: يا رسول الله! إني قد زنيت فرده الثانية، فأرسل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى قومه فقال: ((أتعلمون بعقله بأساً تنكرون منه شيئاً؟)) فقالوا: ما نعلمه إلا وفي العقل، من صالحينا، فيما نرى، فأتاه الثالثة، فأرسل إليهم -أيضاً- فسأل عنه فأخبروه: أنه لا بأس به ولا بعقله، فلما كان الرابعة حفر له حفرة ثم أمر به فرُجم..^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يقيم حد الزنا على ما عزم -رضي الله تعالى عنه وأرضاه- إلا بعد إقراره أربعاً في أربعة مجالس متفرقة، وهذا ظاهر في اشتراط تعدد المجلس لإقامة الحد في الزنا، وهو المطلوب.

= حبان». ترتيب: علي بن بلبان الفاسي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، (ط ٢، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م)، ١٠: ٢٤٨، من حديث جابر بن عبد الله -رضي الله تعالى عنهما وأرضاهما-. قال محققه عن الحكم على الحديث: رجاله ثقات رجال الشيخين إلا أن أبا الزبير موصوف بالتدليس وقد عنعن. انظر ترجمته في: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، «الإصابة في التمييز بين الصحابة». تحقيق: علي بن محمد البجاوي. (ط ١، بيروت: دار الجيل، ١٤١٢هـ)، ٥: ٧٠٥؛ علي بن محمد بن عبد الكريم الجزري المعروف ب(ابن الأثير)، «أسد الغابة». (د.ط، د.م، د.ن، د.ت)، ٢: ٤٥٣.

(١) مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، «صحيح مسلم». (ط ٢، الرياض: دار السلام، ١٤٢١هـ)، ص ٧٥٠، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، من حديث عبد الله بن بريدة -رضي الله تعالى عنه وأرضاه-.

الدليل الثاني:

عن أبي بكر الصديق - رضي الله تعالى عنه وأرضاه - أنه قال: أتى ما عزم بن مالك - رضي الله تعالى عنه وأرضاه - النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأقر عنده ثلاث مرات فقلت له: إن أقررت عنده الرابعة رجحك قال: فأقر عنده الرابعة قال وكيع^(١): فأمر به فحبس وقال مالك^(٢): فأرسل فسأل عنه فقيل: لا نعلم إلا خيراً فرجحه^(٣).

(١) هو وكيع بن الجراح بن مليح الرؤاسي، أبو سفيان، حافظ للحديث، ثبت، كان محدث العراق في عصره، أراد الخليفة هارون الرشيد أن يوليه قضاء الكوفة فامتنع ورعاً، وكان عابداً، وله مصنفات، قال عنه الإمام أحمد: وكيع إمام المسلمين، مات سنة ١٩٧هـ. انظر ترجمته في: إبراهيم بن محمد بن محمد بن مفلح، «المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد». تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان بن عثيمين، (د.ط، الرياض: مكتبة الرشد، ١٤١٠هـ)، ٣: ٨٤؛ خير الدين بن محمود بن محمد بن علي الزركلي، «الأعلام». (ط ١٥، بيروت: دار العلم للملايين، ٢٠٠٢م).

(٢) هو مالك بن إسماعيل النهدي الكوفي، الحافظ، ثقة، متقن، ذو فضل وأمانة وعبادة واستقامة على تشيع فيه، قال ابن معين: ليس بالكوفة أتقن منه، مات سنة ٢١٩هـ. انظر ترجمته في: عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، «طبقات الحفاظ». (د.ط، د.م، د.ت)، ١: ٣٢؛ عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري، «شذرات الذهب في أخبار من ذهب». تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط ومحمود الأرناؤوط، (د.ط، دمشق: دار ابن كثير، ١٤٠٦هـ)، ٢: ٤٦.

(٣) أحمد بن علي بن سعيد الأموي المروزي، «مسند أبي بكر». تحقيق: شعيب الأرناؤوط، (د.ط، بيروت: المكتب الإسلامي، د.ت)، ص ١٤٧، مسند ابن أزي عن أبي بكر الصديق - رضي الله تعالى عنه وأرضاه -؛ أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى الموصلي، «مسند أبي يعلى». (د.ط، د.م، د.ت)، ص ٥١، من حديث عبد الرحمن بن أزي عن أبي بكر الصديق - رضي الله تعالى عنه وأرضاه -، مسند أبي بكر الصديق =

وجه الدلالة من الحديث:

الحديث صريح بتعداد المجيء، وهذا يستلزم غيبته، فإذا غيَّب ثم عاد فهو مجلس آخر، مما يدل على اشتراط تعدد المجلس لإقامة حد الزنا، وهو المطلوب.

الدليل الثالث:

جاء ما عزم بن مالك - رضي الله تعالى عنه وأرضاه - إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «إِنَّ الْأَبْعَدَ قَدْ زَنَى، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((وَيْلِكَ وَمَا يَدْرِيكَ مَا الزَّانَا؟))» ثم أمر به فطرد وأخرج، ثم أتاه الثانية فقال: «يا رسول الله إِنَّ الْأَبْعَدَ قَدْ زَنَى فَقَالَ: ((وَيْلِكَ وَمَا يَدْرِيكَ مَا الزَّانَا؟)) فطرد وأخرج ثم أتاه الثالثة فقال: «يا رسول الله إِنَّ الْأَبْعَدَ قَدْ زَنَى قَالَ: ((وَيْلِكَ وَمَا يَدْرِيكَ مَا الزَّانَا؟)) قال: أتيت امرأة حراماً مثل ما يأتي الرجل من امرأته فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الرابعة فقال: «يا رسول الله إِنَّ الْأَبْعَدَ قَدْ زَنَى فَقَالَ: ((وَيْلِكَ وَمَا يَدْرِيكَ مَا الزَّانَا؟ قال: أدخلت وأخرجت؟)) قال: نعم فأمر به أن يرحم فلما وجد مس الحجارة تحمّل إلى شجرة فرجم عندها حتى مات^(١).

= - رضي الله تعالى عنه وأرضاه -، ولم أقف على درجة صحة الحديث، لكن قصة ما عزم وردت في كتب الحديث الصحيح كما سبق.

(١) محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، «صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان». تحقيق: شعيب الأرنؤوط، (ط٢)، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، ١٠: ٢٤٦ من حديث عبد الرحمن بن الهضاهض عن أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه وأرضاه -، وحكم عليه المحقق بأن إسناده ضعيف، وأورده محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، «التأريخ الكبير». تحقيق: هاشم الندوي، (د.ط، د.م، د.ت)، ٥: ٣٦٥، فقال: «عبد الرحمن بن الهضاهض عن أبي هريرة - رضي الله تعالى =

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يأخذ بإقرار ماعز -رضي الله تعالى عنه وأرضاه- في الزنا لإقامة الحد عليه إلا بعد تكراره أربع مرات في أربعة مجالس متفرقة، وهذا ظاهر في اشتراط تعدد المجلس لإقامة الحد، وهو المطلوب.

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل بعض الحنابلة على عدم اشتراط اختلاف المجالس في مسألة الإقرار بما يوجب حد الزنا بثلاثة أدلة، وهي الآتية:

الدليل الأول:

أتى رجل من المسلمين رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو في المسجد، فناده، فقال: يا رسول الله، إني زنيت، فأعرض عنه، فتنحى تلقاء وجهه فقال له: يا رسول الله، إني زنيت، فأعرض عنه حتى ثنى ذلك عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات، دعاه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: ((أبك جنون؟))، قال: لا، قال: ((فهل أحصنت؟))، قال: نعم، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أذهبوا به فارجموه))^(١).

= عنه - عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الرجم. قاله عمرو بن خالد عن محمد بن سلمة عن أبي عبد الرحيم عن زيد بن أبي أنيسة عن أبي الزبير...، كما أورده في كتابه «الأدب المفرد». نشر: دار البشائر الإسلامية، بيروت-لبنان، ط ٣، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م، ص ٢٥٦، باب الغيبة للميت.

(١) مسلم، «صحيح مسلم»، ص ٧٥٠، كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، من حديث أبي هريرة -رضي الله تعالى عنه وأرضاه-.

وجه الدلالة من الحديث:

دل هذا الحديث على أن ما عزا - رضي الله تعالى عنه وأرضاه - أقر أربعاً في مجلس واحد، والرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعرض عنه وهو يتنحى تلقاء وجهه ويكرر الاعتراف.

ونوقش من ثلاثة أوجه:

١. هذا الحديث مطلق، والأحاديث الأخرى في الباب مقيدة له.
٢. قوله: «فتنحى تلقاء وجهه» معدود مع قوله الأول إقراراً واحداً؛ لأنّه في مجلس واحد.
٣. قوله: «حتى بين ذلك أربع مرات» أي: في أربعة مجالس، فإنه لا ينافي ما ورد في الأحاديث الأخرى، فالأحاديث الأخرى دلت على تعدد المجالس فيحمل عليه^(١).

الدليل الثاني:

أن الإقرار إحدى حجتي الزنا، فيكتفى به في مجلس واحد كالبيّنة^(٢).

ونوقش من وجهين:

أ. قياس الإقرار على الشهادة قياس مع الفارق؛ فإن الشهادة وإن كانت في مجلس واحد لكن الأشخاص مختلفون، والشهادة والإقرار أراد الله - تعالى - أن يكونا كشيء واحد، فلما كان الشهود أربعاً مختلفين جاز أن

(١) الزهراني، «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي»، ص ٢٦٩.

(٢) انظر: ابن قدامة، «المغني»، ١٢: ٣٥٦.

يكونوا في مكان واحد، ولما كان الإقرار من شخص واحد هو الزاني وجب أن تكون المجالس مختلفة فافترقا.

ب. قياس الإقرار على البيّنة قياس مع الفارق؛ لأن البيّنة في الزنا أمر تعبدية، فالعلم يحصل بما دون الأربعة، والأمور التعبدية لا يقاس عليها^(١).

ولو سلّم بعدم كونه تعبدياً فإنّ القياس لا يصح؛ لأنّ القياس لا يكون إلا بين المتماثلات، وهذا لا يوجد بين الإقرار والبيّنة، فيشترط لقبول البيّنة شروط، منها: العدالة والذكورة، أمّا الإقرار فلا يشترط فيه ذلك فافترقا^(٢).

الدليل الثالث:

قال الأثرم **رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى**^(٣): سمعت أبا عبد الله **رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى**^(٤) يسأل عن الزاني يردد أربع مرات؟، قال: نعم، على حديث ماعز - رضي الله تعالى عنه وأرضاه - هو أحوط. قلت له: في مجلس واحد، أو في مجالس شتى؟ قال:

(١) عبد الله العلي الركبان، «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود». (ط ١، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م). ٢: ٩٥.

(٢) انظر: الزهراني، «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي»، ص ٢٧٠.
(٣) هو أحمد بن محمد بن هانئ الطائي، يكنى بأبي بكر، إمام حافظ، نقل عن الإمام أحمد **رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى** مسائل كثيرة، ورتبها، له كتاب «السنن». مات سنة ٢٧٣هـ. انظر ترجمته في: محمد بن محمد بن أبي يعلى، «طبقات الحنابلة». تحقيق: محمد بن حامد الفقي، (د.ط، بيروت: دار المعرفة، د.ت)، ١: ٦٦-٧٤؛ عبد الرحمن بن محمد المقدسي، «المنهج الأحمد». تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط وحسن بن إسماعيل مروة، (ط ١، بيروت: دار صادر، ١٩٩٧م)، ١: ١٤٤.

(٤) يعني به: الإمام أحمد **رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى**، كما سبق في ترجمته - أعني: الأثرم - أنه نقل عنه مسائل كثيرة.

أمّا الأحاديث، فليست تدل إلا على مجلس واحد، إلا ذاك الشيخ بشير بن مهاجر^(١)، عن عبد الله بن بريدة، عن أبيه -رحم الله تعالى الجميع-^(٢)، وذاك عندي منكر الحديث^(٣).

الترجيح:

مما تقدّم من الأقوال والأدلة والمناقشة يظهر لي رجحان قول الحنفية ومذهب الحنابلة؛ لأسباب أربعة، هي كالآتي:

١. صحة ما استدلوا به.

٢. ما استدل به بعض الحنابلة مع صحته لا يعارض أدلة الحنفية والمذهب عند الحنابلة، فدلّل بعض الحنابلة مطلق عن المجلس، وأدلة الحنفية ومذهب الحنابلة مقيدة له، ومن المعلوم أنّه يحمل المطلق على المقيد على ما في أصول الفقه.

٣. تكرار المجلس يفيد المقر في التروي والتفكير في العواقب التي تترتب على إقراره.

(١) لم أقف على ترجمته.

(٢) هو عبد الله بن بريدة بن الحصيب الحافظ الإمام، حدث عن والديه، وولديه، وكان من أوعية العلم، ولي قضاء مرو بعد وفاة أخيه سليمان، مات سنة ١١٥هـ. انظر في ترجمته: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، «سير أعلام النبلاء». تحقيق: شعيب الأرنؤوط، (د.ط، بيروت: الرسالة، د.ت)، ٥: ٥٢.

(٣) انظر: ابن قدامة، «المغني»، ١٢: ٣٥٥.

٤. النتائج المترتبة على الإقرار بالزنا تلحق ضرراً كبيراً بالفرد والمجتمع، ولذا خصه الله - تعالى - بأحكام؛ لأنّ الشرع يتشوف إلى الستر، فالإقرار أربعاً في مجالس مختلفة مظنة الرجوع عن الإقرار، وهذا هو المطلوب، ويتمشى مع قاعدة الإسلام ((ادرءوا الحدود بالشبهات))^(١)، والله - تعالى - أعلم^(٢).

٢. اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب حد السكر.

هذه المسألة لا تردُّ عند الأئمة - أبي حنيفة^(٣)، ومالك^(٤)، والشافعي^(٥) -، والإمام أحمد في المشهور عنه^(٦)؛ لأنهم يرون أنه يكتفى بالإقرار بما يوجب حد السكر مرة واحدة.

(١) هو نص حديث نبوي، أخرجه الترمذي. أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي المسمى «الجامع الصحيح». تحقيق: أحمد بن محمد شاكر، (نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت)، ٤: ٢٥، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، والدار قطني في «سننه»، ٣: ٨٤، كتاب الحدود والديات وغيره، من حديث عائشة - رضي الله تعالى عنها وأرضاها -، وهو ضعيف؛ لأن فيه يزيد بن زياد الدمشقي، قال البخاري: «منكر»، وقال النسائي: «متروك». انظر: «نصب الراية»، ٣: ٣٠٩، «التقريب»، ص ٥٢٣، ٦٠١، «إرواء الغليل»، ٨: ٢٥.

(٢) انظر: الزهراني، «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي»، ص ٢٧٠.

(٣) انظر: الكاساني، «بدائع الصنائع»، ٧: ٥٠.

(٤) انظر: ابن جزري، «القوانين الفقهية»، ص ٣٩٠ وما بعدها.

(٥) انظر: محمد الخطيب الشربيني، «مغني المحتاج». (د.ط، بيروت: دار الفكر، د.ت)، ٤: ١٩٠.

(٦) انظر: المرادوي، «الإنصاف»، ٢٦: ٤٣٣؛ محمد بن مفلح، «الفروع». (د.ط، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م)، ١٠: ٩٨.

وأما عند بعض الحنفية^(١)، وبعض الحنابلة^(٢) الذين يرون أن الإقرار بما يوجب حد السكر مرتان، فيشترط عندهم تعدد المجلس واختلافه، فمما ورد عند بعضهم ما نصه: «لا يحد في إقراره بشرب الخمر حتى يقر مرتين في موطنين»^(٣).

٣. اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب حد السرقة.

كذلك هذه المسألة كالتالي قبلها؛ فإن هذه المسألة لا ترد عند الأئمة أبي حنيفة^(٤) ومالك^(٥) والشافعي^(٦)؛

(١) انظر: الطحاوي. أحمد بن محمد بن محمد بن سلامة، «مختصر اختلاف العلماء». (د.ن، د.م، د.ط، د.ت)، ٢: ٣٧٣؛ الجصاص. أبو بكر الرازي أحمد بن علي، «أحكام القرآن». تحقيق: محمد الصادق القمحاوي، (نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د.ط، ١٤٠٥هـ)، ٤: ٨٠؛ الكاساني، «بدائع الصنائع»، ١٥: ٩٧.

(٢) انظر: ابن مفلح. محمد بن مفلح، «الفروع». تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، (نشر: دار عالم الكتب، الرياض - السعودية، د.ط، ١٤٣٢هـ)، ١٠: ٩٨؛ ابن مفلح. إبراهيم بن محمد بن محمد بن مفلح، «المبدع شرح المقنع». تحقيق: ذياب بن سعد الغامدي، (نشر: دار أجيال التوحيد، الرياض - السعودية، ط ١، ١٤٤٢هـ)، ١٧: ٥٨٨؛ المرادوي، «الإنصاف»، ٢٦: ٤٣٤.

(٣) وهو قول زفر من الحنفية. انظر: الطحاوي، «مختصر اختلاف العلماء»، ٢: ٣٧٣، (د.ن، د.م، د.ط، د.ت).

(٤) انظر: ابن الهمام، «شرح فتح القدير»، ٥: ٣٦٠ وما بعدها؛ أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، «شرح معاني الآثار». تحقيق: محمد زهري النجار، (د.ط، القاهرة: مطبعة الأنوار المحمدية، د.ت)، ٣: ١٦٨.

(٥) انظر: صالح بن عبد السميع الأبي، «جواهر الإكليل». (د.ط، بيروت: دار المعرفة، د.ت)، ٢: ٢٩٣.

(٦) انظر: الشربيني، «مغني المحتاج»، ٤: ١٧٥.

..... لأنهم يرون أنه يكفي بالإقرار بما يوجب حد السرقة مرة واحدة^(١).

وأما عند بعض الحنفية^(٢)، والإمام أحمد في المشهور عنه وبعض الحنابلة^(٣) الذين يرون أن الإقرار بما يوجب حد السرقة مرتان، فيشترط عندهم تعدد المجلس واختلافه.

(١) في: الركبان، كتاب «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود»، ٢: ١٠٥؛ والزهراني، «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي»، ص ٢٧٤ ورد أن هناك رواية ثانية عن الإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى أن الإقرار بما يوجب حد السرقة يكفي فيه بإقرار مرة واحدة، وقد وجدت في المرادوي: «الإنصاف»، ٢٦: ٥٥٦، «تنبيه: اشتراط شهادة العدلين لأجل القطع. أما ثبوت المال، فإنه يثبت بشاهد ويمين، وإقراره مرة»، فيظهر أن مراد المرادوي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى بقوله: «ثبوت المال» أن المال المسروق يثبت بشاهد المدعي ويمينه، وإقرار السارق مرة، وعليه فيكون قاصراً على ثبوت المال لا ثبوت القطع، والله -تعالى- أعلم.

(٢) انظر: الطحاوي، «شرح معاني الآثار»، ٣: ١٦٨؛ الكاساني، «بدائع الصنائع»، ١٥: ٩٧؛ ابن نجيم. زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، «البحر الرائق شرح كنز الدقائق». (نشر: دار المعرفة، بيروت-لبنان د.ط، د.ت)، ٥: ٥٦؛ الطحاوي، «مختصر اختلاف العلماء»، ٢: ٣٧٣؛ الجصاص، «أحكام القرآن»، ٤: ٨٠؛ الكاساني، «بدائع الصنائع»، ١٥: ٩٧.

(٣) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية صالح. (نشر: الدار العلمية، الهند، ١٤٠٨هـ)، ٣: ١٤٧؛ عبد الرحمن بن أبي عمر بن محمد بن أحمد بن قدامة، «الشرح الكبير». (د.ط، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م)، ٢٦: ٥٥٨-٥٥٩؛ المرادوي، «الإنصاف»، ٢٦: ٥٥٧-٥٥٨. ونص أنه المذهب. محمد بن أحمد بن النجار الفتوح، «شرح منتهى الإرادات». تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي. (د.ط، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م)، ٦: ٢٥٤. وانظر -أيضاً-: ابن مفلح، «الفروع»، ١٠: ٩٨؛ ابن مفلح، «المبدع شرح المقنع»، ١٧: ٥٨٨، المرادوي، «الإنصاف»، ٢٦: ٤٣٤.

ثمرة الخلاف:

من الآثار المترتبة على حكم اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب الحد: إقامة الحد محل الإثبات.

فمن اشترط اتحاد المجلس في الإقرار فإن الحد لا يقام إلا عند تحقق الشرط، ويسقط عند عدمه^(١).

المطلب الثاني: اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب الحد في القضاء السعودي:

لم أجد نصاً في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية يتعلق بمسألة (اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب الحد)، لكن نص قرار الهيئة القضائية عدد (٣) في ٧ / ١ / ١٣٤٧ هـ المقترن بالتصديق العالي بتاريخ ٢٤ / ٣ / ١٣٤٧ هـ على الآتي:

١. أن يكون مجرى القضايا في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى؛ نظراً لسهولة مراجعة كتبه والتزام المؤلفين على مذهبه ذكر الأدلة إثر مسأله.

٢. إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسأله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما

(١) ابن قدامة، «المغني»، ١٢: ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٦٥، ٣٦٦. وينظر: المصادر والمراجع الواردة في المبحثين السابقين.

تقضيهِ المصلحة، ويقرر السير فيها على ذلك المذهب مراعاة لما ذكر^(١)؛ فهذا يدل على أن المحاكم الشرعية تتقيد بمذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى وإذا خالفته فتسبب.

وعليه فإن الأصل هو التقيد في هذه المسألة - اتحاد المجلس القضائي في الإقرار بما يوجب الحد- في المحاكم الشرعية -المحاكم الجزائية حالياً- هو المذهب الحنبلي، وقد سبق بيانه في هذه المسألة، فإذا خالفته فتذكر التسبب لذلك، إلا أنه ورد في المبدأ رقم (١٢٥٥) من مبادئ القضاء العام ما نصه: «المصادقة على الحكم بقطع يد سارق لإقراره مرة واحدة، واعتبار حكم الحاكم رافعاً للخلاف بوجوب تكرار الإقرار بالسرقة»^(٢)؛ فدل هذا المبدأ على الاكتفاء بإقرار السارق مرة واحدة، مما يدل قطعاً على أن المجلس واحد، وأن هذا الحكم رافع للخلاف بوجوب تكرار الإقرار بالسرقة، فلا محل للتخريج الفقهي ههنا في هل الإقرار المكرر يكون في مجلس واحد أم مجالس متعددة، والذي سبق تقريره.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الباب: قضية سرقة، وذلك كالآتي:

- (١) مجموعة النظم - قسم القضاء الشرعي، ص ١٤، نقلاً عن: لجنة متخصصة في وزارة العدل، «تحقيق كتاب كشف القناع». (ط١، الرياض: وزارة العدل، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م)، ١: ٣٧، ٣٨.
- (٢) مركز البحوث بوزارة العدل، «المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا، والهيئة الدائمة والعامّة بمجلس القضاء الأعلى، والمحكمة العليا». (ط١، الرياض: مركز البحوث بوزارة العدل، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م)، ص ٣٤٤.

التطبيق القضائي: مطالبة بإقامة حد السرقة على المدعى عليه^(١):

والحديث فيه من وجهين، هما كالآتي:

أ. عرض لأحداث القضية مع الحكم فيها.

ب. اتحاد المجلس المقرر في هذه القضية.

وبيان ذلك كالآتي:

أ. عرض لأحداث القضية مع الحكم فيها:

الوقائع:

أنه في الجلسة القضائية الأولى تتلخص وقائع الدعوى -المنظورة من ثلاثة من القضاة- ادعاء المدعي العام على المدعى عليه بأن المدعى عليه سرق مالا كثيرا جداً من النقود الورقية من بيت جاره بعد تأكده من خلوه من أصحابه، وذلك بقيامه بالقفز على السور، وكسر الأبواب الداخلية، وكسر حقيبة مغلقة بداخلها مال كثير جداً من النقود الورقية، وأخذ هذا المال، وتصرف في بعضه، وتم القبض على المدعى عليه، ويبيّن المدعي العام أنّ هذا الفعل محرم ومعاقب عليه شرعاً، وهو سرقة مال محترم من حرزه يزيد عن النصاب لا شبهة له فيه وطالب به صاحبه، وأنّ الجاني المدعى عليه مكلف غير مكره، كما أنّ للمدعى عليه سابقة من نفس الجنس المدعى به، وهي سرقة مركبات، وطلب المدعي العام إثبات ما أسند إلى المدعى

(١) الإدارة العامة لتدوين ونشر الأحكام، «مدونة الأحكام القضائية». (د.ط، الرياض: وزارة العدل، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م)، ص ١٥٠-١٥٦.

عليه والحكم عليه بعقوبة حد السرقة، هذه دعواه، وأجاب المدعى عليه بما حاصله المصادقة على الواقعة المشار إليها في الدعوى العامة.

وفي الجلسة القضائية الثانية جرى استجواب المدعى عليه مرة أخرى، رجع المدعى عليه عن إقراره في الجلسة القضائية الأولى المختص بكسر الأقفال، وأنّ الصحيح عدم كسرها، وأنّ الأبواب غير مقفلة، كما جرى سؤاله عن السابقة التي أشار إليها المدعي العام فأجاب المدعى عليه بعدم صحة ذلك، وأنّ الصحيح أنها سابقة تتعلق بتستره على إنسان قام بسرقة مركبة، وأنه قد حكم على المدعى عليه في تلك السابقة بالتعزير البدني. كما جرى اطلاع القضاة ناظري القضية على أوراق المعاملة فوجدوا فيها اعترافاً للمدعى عليه مصدق شرعاً يتضمن سرقة المال النقدي من بيت جاره، وتصرفه في المال.

الحكم وأسبابه:

لقد أنهى القضاة ناظروا القضية الحكم فيها بحكم مبيّن الأسباب، وقد جاء فيه: بناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث نفى المدعى عليه قيامه بتكسير الأبواب أثناء دخول المنزل وقرر أنّه لم يجد الأبواب مقفلة، حيث إنّ لا بينة على قيامه بالتكسير سوى اعترافه في إجابته لدينا التي رجع عنها في المرة الثانية، ورجوعه شبهة تدرأ عنه حد السرقة؛ لذا فقد حكمنا بدرء حد السرقة عن المدعى عليه، وحيث إنّّه قد اعترف لدينا بالدخول للمنزل وأخذ المبلغ المشار إليه بعاليه وتتجه التهمة القوية نحوه بالقيام بتكسير الأبواب أثناء دخول المنزل وذلك لما جاء في إجابته لدينا في الجلسة

الأولى؛ لذا فقد حكمنا بتعزيره وذلك بسجنه خمس سنين اعتباراً من دخوله السجن وجلده خمسمئة جلدة موزعة على عشر فترات كل فترة خمسون جلدة وبين كل فترة وأخرى شهر. وقد جرى عرض الحكم على المدعي العام والمدعى عليه فقررا قناعتها به.

تدقيق الحكم القضائي بتمييزه:

بدراسة الحكم القضائي من قبل محكمة التمييز جرت المصادقة عليه.

ب. اتحاد المجلس المقرر في هذه القضية:

هذه الواقعة مثال لمسألة اتحاد مجلس القضاء، وأثره في فقه العقوبات، ففيها أقر المدعى عليه بالسرقة في مجلس واحد، ثم في المجلس الآخر رجوع عن إقراره، والقضاة رأوا تعدد المجالس في الإقرار بما يوجب حد السرقة.

ولهم في ذلك سلف، فعن أبي أمية المخزومي -رضي الله تعالى عنه وأرضاه-^(١) أن النبي -صلى الله تعالى عليه وسلم- أتى بلص قد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ما إخالك سرقت؟))، قال: بلى. فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً، فأمر به فقطع... الحديث^(٢)،

(١) هو الصحابي الجليل أبو أمية المخزومي -رضي الله تعالى عنه وأرضاه-، قال ابن السكن: هو معدود من أهل المدينة، ثم أخرج حديثه المذكور هنا في المتن. انظر في ترجمته: ابن حجر، «الإصابة في تمييز الصحابة»، ٧: ٢٣؛ ابن الأثير، «أسد الغابة»، ٣: ١٤٠.

(٢) سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، «سنن أبي داود». (ط ١، الرياض: دار السلام، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م)، كتاب الحدود، باب: التلقين في الحد، ص ٦١٦؛ أحمد بن شعيب بن علي بن سنان النسائي، «سنن النسائي». (ط ١، الرياض: دار السلام، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م)، كتاب قطع السارق، باب تلقين السارق، ص ٦٧٢ =

وورد أنّ علياً أتاه رجل، فأقر بالسرقة، فرده. وفي لفظ: فانتهره. وفي لفظ: فسكت عنه. وقال غير هؤلاء: فطرده. ثم عاد بعد ذلك، فأقر، فقال له علي: شهدت على نفسك مرتين. فأمر به فقطع. وفي لفظ: قد أقررت على نفسك مرتين. ومثل هذا يشتهر، فلم ينكر^(١).

ومن النوازل المعاصرة في التقاضي بسبب وباء كورونا: التقاضي عن بُعد (التقاضي التقني / الإلكتروني).

فقد تم إطلاق خدمة التقاضي عن بُعد (التقاضي الإلكتروني) بموجب قرار معالي وزير العدل ذي الرقم (٨٠٥٦)، وتاريخ ٥ / ١٠ / ١٤٤١ هـ، والمتضمن الموافقة على الدليل الإجرائي للخدمة، على أن تقوم وكالة وزارة العدل للشؤون القضائية بتحديثه دورياً، ووضع اتفاقية استخدام الخدمة

= محمد بن يزيد الربيعي ابن ماجه القزويني، «سنن ابن ماجه»، (ط١)، الرياض: دار السلام، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م)، كتاب الحدود، باب تلقين السارق، ص ٣٧٣؛ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، «سنن الدارمي». تحقيق: فواز بن أحمد زمري وخالد بن السبع العلمي، (ط١)، بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٧ هـ)، كتاب الحدود، باب المعترف بالسرقة، ٢: ٢٢٨؛ أحمد بن محمد بن حنبل، «مسند الإمام أحمد». تحقيق: محمد رضوان العرقسوسي ورفاقه بإشراف: شعيب الأرنؤوط ورفاقه، (ط٢)، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م)، ٣٧: ١٨٤. قال محققوه: «إسناده صحيح».

(١) أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، «السنن الكبرى». (ط١)، حيدر آباد: مجلس دائرة المعارف النظامية، ١٣٤٤ هـ)، ٨: ٢٧٥؛ عبد الرزاق بن همام الصنعاني، «مصنف عبد الرزاق». تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، (ط٢)، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٣ هـ)، ١٠: ١٩١؛ ابن أبي شيبة، «مصنف ابن أبي شيبة»، ٩: ٤٩٤. وصححه الألباني في «إرواء الغليل»، ٨: ٧٨.

والضوابط اللازمة المشار إليها في الدليل، كما تتولى وكالة وزارة العدل للتحويل الرقمي وتقنية المعلومات وضع الأدلة الإلكترونية للخدمة.

ومما يتعلق بموضوع البحث ما تضمنه هذا الدليل بما نصه:

«- تتضمن خدمة التقاضي عن بُعد جميع إجراءات التقاضي المنصوص عليها في الأنظمة والتي يمكن تطبيقها إلكترونياً، كتبادل المذكرات وتقديم المستندات والمحرمات وعقد جلسة الترافع الإلكتروني والمرافعة عن بُعد عبر الاتصال المرئي، والنطق بالحكم واستلام نسخة الحكم والاعتراض عليه أمام المحكمة الأعلى درجة.

- يجري عقد الجلسات عن بُعد إما عن طريق (جلسة الترافع الإلكتروني) أو (جلسة المرافعة عن بُعد عبر الاتصال المرئي)».

فهنا نص الدليل على جريان الأنظمة القضائية على التقاضي عن بُعد، وقد سبق الحديث عنها آنفاً، كما نص على تبادل المذكرات والمستندات والمحرمات، والإقرار قد يكون مكتوباً فتعمه دلالة النص.

كما صدر تعميم معالي رئيس المجلس الأعلى للقضاء المكلف ذو الرقم (١٧١١/ت)، وتاريخ ١٧/٧/١٤٤٢هـ لجميع المحاكم المتضمن اعتماد موجب قرار المجلس الأعلى للقضاء ذي الرقم (٨/٣/٤٢)، وتاريخ ٥/٧/١٤٤٢هـ المتضمن ما نصه:



«تُنظر القضايا المطالب فيها بالإتلاف حضورياً، ما لم تقتض الضرورة -التي يقدرها رئيس المحكمة- عقدها عن بُعد، على أن يكون ذلك بموافقة المتهم، وأن يكون أطراف القضية داخل المحكمة».

فهنا نص على أن قضايا عقوبة الإتلاف لا تُنظر إلا حضورياً ما لم تقتض الضرورة عقدها عن بُعد فتُقدَّر بقدرها من رئيس المحكمة.

المبحث الثاني

اتحاد مجلس القضاء في الشهادة بما يوجب الحد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اتحاد مجلس القضاء في الشهادة بما يوجب الحد في الفقه.

المطلب الثاني: اتحاد مجلس القضاء في الشهادة بما يوجب الحد في القضاء

السعودي.

المطلب الأول: اتحاد مجلس القضاء في الشهادة بما يوجب الحد

في الفقه:

هذه المسألة ترد في مسألة (الشهادة على الزنا).

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أن من طرق ثبوت حد الزنا: الشهادة^(١)، واتفقوا على

أن يكون عدد الشهود أربعة^(٢)، واختلفوا هل يكون هؤلاء الشهود يجيئون

في مجلس واحد، أو أكثر من مجلس، وآل اختلافهم إلى قولين، هما كالآتي:

القول الأول:

يشترط اتحاد المجلس في الشهادة على الزنا؛ فيلزم أن يجيئوا في مجلس

واحد، وهو قول الجمهور من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) ابن قدامة، «المغني»، ١٢: ٣٥٤.

(٢) ابن قدامة، «المغني»، ١٢: ٣٦٢.

(٣) انظر: الكاساني، «بدائع الصنائع»، ٧: ٤٨.

(٤) انظر: ابن جزوي، «القوانين الفقهية»، ص ٣٨٥.

(٥) انظر: المرادوي، «الإنصاف»، ٢٦: ٣١٦-٣١٧.

القول الثاني:

لا يشترط اتحاد المجلس في الشهادة على الزنا؛ فلا يلزم أن يجيئوا في مجلس واحد، بل تقبل شهادتهم ولو جاءوا متفرقين، وهو قول بعض المالكية^(١)، والشافعية^(٢).

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل الجمهور على اشتراط اتحاد المجلس في مسألة الشهادة بما يوجب حد الزنا بدليلين، هما كالآتي:

الدليل الأول:

أن عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه وأرضاه- لما أمر بأبي بكره -رضي الله تعالى عنه وأرضاه-^(٣) وأصحابه فجُلدوا، فعاد أبو بكره -رضي الله تعالى عنه وأرضاه-، ابن العربي، محمد بن عبد الله، (٤٩٨/٥)، (د.ن، د.م، د.ط، د.ت).

(٢) انظر: النووي، «روضة الطالبين»، ١٠: ٩٨. كما أنه مذهب الظاهرية. انظر: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، «المحلى شرح المجلى». تحقيق: أحمد بن محمد شاكر، (ط٤)، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م)، ١٣: ٢٦، ١١٥.

(٣) هو الصحابي الجليل نفيح بن الحارث بن كلدة بن عمرو الثقفي، وقيل: هو ابن مسروح مولى الحارث بن كلدة -أيضاً-، وهو أخو زياد بن أبيه لأمه، ويكنى بأبي بكره؛ لأنه تدلى إلى النبي -صلى الله تعالى عليه وسلم من حصن الطائف ببكرة فاشتهر بها، وأعتقه رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو من فضلاء الصحابة، وصالحهم، وسكن البصرة، وأنجب أولاداً، روى عن النبي -صلى الله تعالى عليه وسلم-، وروى عنه أولاده. انظر: ابن الأثير، «أسد الغابة»، ٣: ١٤٧؛ ابن حجر، «الإصابة في تمييز الصحابة»، ٦: ٤٦٧.

الله تعالى عنه وأرضاه-، فقال: زنى المغيرة -رضي الله تعالى عنه وأرضاه-^(١)، فأراد عمر -رضي الله تعالى عنه وأرضاه- أن يجلده، فقال له علي بن أبي طالب -رضي الله تعالى عنه وأرضاه-: على ما تجلده؟ وهل قال إلا ما قد قال، فتركه^(٢).

وجه الدلالة من الأثر:

لو كان المجلس لا يشترط لم يجوز أن يجدهم؛ لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر، فدل على اشتراط اتحاد المجلس في الشهادة بالزنا، وهو المطلوب^(٣).

(١) هو الصحابي الجليل المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي، أسلم قبل عمرة الحديبية، وشهدها، وبيعة الرضوان، وحدث عن النبي -صلى الله تعالى عليه وسلم-، وروى عنه أولاده، كان يقال له: مغيرة الرأي، وكان من دهاة العرب، وكان أول من وضع ديوان البصرة، وولاه عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه وأرضاه- البصرة حتى شهد عليه بالزنا فعزله، مات سنة ٥٠ هـ على الأكثر. انظر: ابن الأثير، «أسد الغابة»، ٣: ٣٩؛ ابن حجر، «الإصابة في تمييز الصحابة»، ٦: ١٩٧.

(٢) عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، «مصنف ابن أبي شيبة». تحقيق: محمد عوامة، (د.ط، جدة: دار القبلة، د.ت)، ٩: ٥٣٥؛ عبد الله بن يوسف بن محمد الزليعي، «نصب الراية لأحاديث الهداية». تحقيق: محمد عوامة، (ط ١، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م)، ٣: ٣٤٥، ٣٤٦.

(٣) انظر: ابن قدامة، «المغني»، ١٢: ٣٦٥.

الدليل الثاني:

لو شهد ثلاثة فحدّهم، ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته، ولو لم يشترط اتحاد المجلس لكملت شهادتهم، وبهذا الشرط علم مفارقتة لسائر الشهادات، فدل على اشتراط اتحاد المجلس في الشهادة بالزنا، وهو المطلوب^(١).

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل الشافعية على عدم اشتراط اتحاد المجلس في مسألة الشهادة بما يوجب حد الزنا بثلاثة أدلة، وهي كالآتي:

الدليل الأول:

قول الله - تعالى -: ﴿لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ فِإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِاللَّشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾^(٢)، وقوله - تعالى -: ﴿وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفُجْحَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَقَّلهِنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾^(٣).

وجه الدلالة من الآيتين:

في هاتين الآيتين لم يذكر الله - تعالى - المجلس، مما يدل على عدم الاعتبار به، وهو المطلوب^(٤).

(١) انظر: ابن قدامة، «المغني»، ١٢: ٣٦٥-٣٦٦.

(٢) سورة النور، رقم الآية (١٣).

(٣) سورة النساء، رقم الآية (١٥).

(٤) ابن قدامة، «المغني»، ١٠: ١٧٨.

ونوقش:

أن الآيات لم تتعرض للشروط، ولهذا لم تذكر العدالة، وصفة الزنا، ولأن قوله - تعالى -: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَأَجْلِدُوهُمْ﴾^(١) لا يخلو من أن يكون مطلقاً؛ لأنه يمنع من جواز جلدتهم؛ لأنه ما من زمن إلا ويجوز أن يأتي فيه بأربعة شهداء، أو بكماهم إن كان قد شهد بعضهم فيمتنع جلدتهم المأمور به، فيكون تناقضاً، وإذا ثبت أنه مفيد فأولى مقيد به المجلس؛ لأن المجلس كله بمنزلة واحدة^(٢).

الدليل الثاني:

كل شهادة مقبولة إذا اتفقت تقبل إذا افرقت في مجالس كسائر الشهادات؛ مما يدل على عدم اعتبار اتحاد المجلس، وهو المطلوب^(٣).

ونوقش:

أن هذا القياس قياس مردود؛ لأنه قياس مع الفارق؛ حيث إن الإسلام أراد في الشهادة على الزنا الستر، وعدم تطويل الأمر في الشهادة، ولذلك فتحديد الشهادة في المجلس يتماشى مع هذه العلة وهي الستر، ولكننا قبلنا قول الشهود بوجود شاهد آخر أو إذا علم القاضي بوجود شاهد آخر؛ حفظاً لحق الشهود حتى لا يحدوا، وهي ضرورة تقدر بقدرها^(٤).

(١) سورة النور، رقم الآية (٤).

(٢) محمد الأمين محمد المختار الجكني الشنقيطي، «أضواء البيان». (ط١، بيروت: ابن حزم، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م)، ٥: ٢٢٠٨.

(٣) ابن قدامة، «المغني»، ١٠: ١٧٨.

(٤) الشنقيطي، «أضواء البيان»، ٥: ٢٢٠٨. الزهراني، «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي»، ص ٢٧٣.

الترجيح:

أرجح القولين في نظر بعض الباحثين^(١) أنه لا يؤخذ بالإطلاق في القولين، بل يقيد القولان بالآتي:

إذا قال الشهود: معنا من يشهد مثل شهادتنا، أو علم القاضي بوجود من تكمل به الشهادة انتظر وإلا قيّدت الشهادة بالمجلس؛ لأنّ الله -تعالى- بيّن في كتابه قبول شهادة الأربعة على الزنا، فإبطاها مع كونهم أربعة بدعوى عدم اتحاد المجلس إذا كانوا متفرقين تقييد للآية بدون دليل شرعي. وأيضاً: فإنّ إطلاق الشافعية لا يستقيم؛ لأننا لا نستطيع أن نترك الأمر مطلقاً على حضور أربعة شهود متى جاءوا، والله -تعالى- أعلم.

ثمرة الخلاف:

من الآثار المترتبة على حكم اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب الحد:

١. إقامة الحد محل الإثبات.

فمن اشترط اتحاد المجلس في الشهادة فإنّ الحد لا يقام إلا عند تحقق الشرط، ويسقط عند عدمه^(٢).

٢. إقامة حد القذف.

(١) الزهراني، «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي»، ص ٢٧٣.
(٢) ابن قدامة، «المغني»، ١٢: ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٦٥، ٣٦٦. وينظر: المصادر والمراجع الواردة في المبحثين السابقين.

فمن اشترط اتحاد المجلس في الشهادة في الزنا فإنّ عدم تحققه يقام على الشهود حد القذف^(١).

المطلب الثاني: اتحاد مجلس القضاء في الشهادة بما يوجب الحد في القضاء السعودي:

كذلك لم يرد نص نظامي بخصوص ذلك، وأنّ التعليقات في المحاكم الشرعية تقضي أنّ المعمول به هو المذهب الحنبلي، وعند مخالفته يلزم التسيب، وقد سبق بيان كل ذلك^(٢). وقد ورد في المبدأ رقم (١٢٢٨) من مبادئ القضاء العام ما نصه: «الحدود لا تثبت إلا بما جعله الشارع دليلاً على ثبوتها، وقد جعل الله بينة ثبوت الزنا الإقرار التام ممن هو أهل لأن يقر، أو شهادة شهود أربعة على ما هو مفصل في مواضعه، ولم يجعل الله القيافة، والشبه الواضح دليلاً في ذلك»^(٣)، فهذا المبدأ القضائي ذكر الشهادة الموجبة لإقامة الحد في الزنا، وأحال في بيانها إلى مواضعها، ومن ذلك: مسألة اتحاد المجلس، لكن بناء على ما سبق فإنّ المذهب الحنبلي هو اشتراط اتحاد المجلس بأن يجيء الشهود في مجلس واحد، سواء جاءوا مجتمعين أو متفرقين.

ومن النوازل المعاصرة في التقاضي بسبب وباء كورونا: التقاضي عن بُعد (التقاضي التقني / الإلكتروني)، وقد سبق ذكرها في مسألة الإقرار. ومما يتعلق بمسألة الشهادة ما نص عليه دليل خدمة التقاضي عن بُعد (التقاضي

(١) ابن قدامة، «المغني»، ١٢: ٣٦٦. وينظر: المصادر والمراجع الواردة في البحثين السابقين.

(٢) انظر: (اتحاد مجلس القضاء في الإقرار بما يوجب الحد في النظام) من هذا البحث.

(٣) مركز البحوث بوزارة العدل، «المبادئ والقرارات»، ص ٣٣٧.

الإلكتروني) من تبادل المذكرات والمستندات والمحركات، والشهادة قد تكون مكتوبة فتعمها دلالة النص.

كما أصدرت وكالة وزارة العدل للشؤون القضائية ضوابط أداء الشهادة واليمين والتلفظ بالخلع والطلاق في التقاضي عن بُعد في شهر شوال من عام ١٤٤١هـ، وهي ست ضوابط، منها مما يختص بموضوع البحث:

«- يكون التلفظ بالشهادة واستجواب الشهود في غير القصاص في النفس أو ما دونها وفي غير الحدود عند نظر القضية عن بُعد من خلال الجلسة عن بُعد (الاتصال المرئي) بواسطة الأنظمة الإلكترونية المعتمدة في الوزارة».

فهنا نص على غير الحدود فتعم دلالة النص من العقوبات: التعازير، فتأخذ حكمها في الفقه.

ومن الضوابط: «- إذا كانت الشهادة في دعوى قصاص في النفس، أو فيما دونها، أو في دعوى بحد؛ فيتعين لسماع شهادة الشاهد حضوره الشخصي للمحكمة إذا كان الشاهد يقيم في نطاق اختصاصها المكاني. ويجوز للدائرة سماع الشهادة فيهما عن بُعد إذا كان الشاهد يقيم خارج نطاق اختصاصها المكاني، من خلال الجلسة عن بُعد (الاتصال المرئي) في مقر المحكمة المختصة نوعاً التي يقيم الشاهد في نطاق اختصاصها. وتؤدي الشهادة في إحدى قاعات المحكمة».

فهنا نص على القصاص، والحدود، فتعم دلالة النص هذه العقوبات، فتأخذ حكمها في الفقه.

ومن الضوابط: «- يجب أن يكون نظر الشاهد عند الاستماع إليه باتجاه عدسة الكاميرا، وألا يتحدث مع أحد خارج الجلسة حتى انتهائها».

فهنا نص على تحقيق اتحاد الجلسة القضائية بمنع تحدث الشاهد في الجلسة القضائية مع أحد خارجها.

ومن الضوابط: «- تثبت الدائرة محضراً كتابياً بالوقائع كاملة، ولا يحتاج بالشهادة في القضية إلا بعد مصادقة الشاهد على محضر القضية».

فهنا نص على عدم الاحتجاج بالشهادة الكائنة في الجلسة القضائية المتعلقة بالقضية إلا بعد مصادقة الشاهد على محضر القضية.

كما سبق ذكر صدر تعميم معالي رئيس المجلس الأعلى للقضاء المكلف المتضمن نظر القضايا المطالب فيها بالإتلاف حضورياً، ما لم تقتض الضرورة-التي يقدرها رئيس المحكمة- عقدها عن بُعد، على أن يكون ذلك بموافقة المتهم، وأن يكون أطراف القضية داخل المحكمة.

الخاتمة

وفيها أبرز النتائج والتوصيات.

النتائج:

١. دقة مسائل القضاء في الشرع؛ إذ إنَّ لمجلس القضاء الشرعي أحكاماً تختص به، ومنها: اتحاده وأثره في فقه العقوبات.
٢. كلمة الاتحاد في لغة العرب تأتي بمعنى الانفراد بشيء واحد أصالة، وتأتي بمعنى الامتزاج بين شيئين حتى يصيرا شيئاً واحداً، ومسألة اتحاد مجلس القضاء تختص بالمعنى الأخير.
٣. الاتحاد في الذات والمعاني له أنواع متعددة، ومن جملة هذه الأنواع: مسألة اتحاد المجلس.
٤. المراد بمجلس القضاء هو مكان التقاضي.
٥. المراد بالجلسة القضائية هي الميقات الزماني والمكاني لمجلس القضاء.
٦. المراد باتحاد مجلس القضاء: هو المجلس القضائي الواحد.
٧. ضابط اتحاد مجلس القضاء هو عدم قيام القاضي من المجلس القضائي وذهابه منه، وهو داخل في معنى عدم التفرق بالأبدان.
٨. بروز شأن مسألة اتحاد مجلس القضاء بتعلّقها بطرق الإثبات، وهذه الطرق هي الدرع الواقعي للحقوق، وسبيل إلى تحقيق العدل والإنصاف.

٩. في فقه العقوبات لا يردُّ اتحاد مجلس القضاء إلا في الإقرار والشهادة في كلِّ من الزنا، وشرب المسكر، والسرقة.
١٠. وجود الأثر المحمود لمسألة اتحاد مجلس القضاء في حفظ الضروريات الخمس؛ بجريانها في مسائل فقه العقوبات.
١١. تعلق مسألة اتحاد المجلس القضائي بقاعدة (الحدود تُدرأ بالشبهات)؛ بدرء الحد عند عدم اتحاد المجلس القضائي، وأثر ذلك في الستر.
١٢. من آثار اتحاد المجلس القضائي: إقامة الحدود عند تحققه، وإقامة حد القذف عند عدمه.

التوصيات:

١. تقصي التطبيقات القضائية المتعلقة باتحاد المجلس من الدواوين القضائية (كتباً أو صكوكاً أو سجلات أو محاضر ضبط أو نحو ذلك)، ثم جمعها.
٢. الاستمرار في نشر الوعي بمنزلة الشريعة الإسلامية، وتشوفها إلى الستر على كل من وقع في ذنب، وذلك ببيان ارتباط درء الحد بالشبهة بتخلف اتحاد المجلس.
- والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

ثبت المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. الأبي، صالح بن عبد السميع الأبي. «جواهر الإكليل». (د.ط، بيروت: دار المعرفة، د.ت).
٣. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن أبي شيبة. «مصنف ابن أبي شيبة». تحقيق: محمد عوامة. (د.ط، جدة: دار القبلة، د.ت).
٤. الإدارة العامة لتدوين ونشر الأحكام، «مدونة الأحكام القضائية». (د.ط، الرياض: وزارة العدل، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م).
٥. ابن الأثير، علي بن محمد بن عبد الكريم. «أسد الغابة». (د.ط، د.م، د.ن، د.ت).
٦. ابن الأثير، المبارك بن محمد بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير. تحقيق: طاهر بن أحمد الزاوي ومحمود بن محمد الطناحي، (د.ط، بيروت: المكتبة العلمية، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م).
٧. الأسمرى، د. مفرح بن جابر، «الأحكام الفقهية المتعلقة بمنازعات المياه وتطبيقاتها القضائية» (د. ط، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، ١٤٣٧هـ).
٨. الأصفهاني، الحسين بن محمد الفضل. «المفردات في غريب القرآن». تحقيق: صفوان عدنان داوودي (ط ٢، دمشق: دار القلم، ١٤٤١هـ-٢٠٢٠م).
٩. أبو عوانة، يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري الإسفراييني، «مستخرج أبي عوانة». تحقيق: أيمن بن عارف الدمشقي. (ط ١، بيروت: دار المعرفة، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م).
١٠. الألباني، محمد بن ناصر الدين الألباني. «إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل». (ط ٢، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م).

١١. البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم. «الأدب المفرد». (ط ٣، بيروت: دار البشائر الإسلامية، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م).
١٢. البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم. «التاريخ الكبير». تحقيق: هاشم الندوي. (د.ط، د.م، د.ن، د.ت).
١٣. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي. «السنن الكبرى». (ط ١، حيدر آباد: مجلس دائرة المعارف النظامية، ١٣٤٤هـ).
١٤. الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (ت ٢٧٩هـ). سنن الترمذي المسمى «الجامع الصحيح». تحقيق: أحمد بن محمد شاكر. (د.ط، بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت).
١٥. الجرجاني، علي بن محمد بن علي الجرجاني. «التعريفات». تحقيق: إبراهيم الأبياري. (ط ١، بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٥هـ).
١٦. ابن جزري، محمد بن أحمد بن جزري. «قوانين الأحكام». (د.ط، بيروت: دار الملايين، د.ت).
١٧. ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي. «صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان». تحقيق: شعيب الأرنؤوط. (ط ٢، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م).
١٨. الحملاوي، أحمد بن محمد الحملاوي. «شذا العرف في علم الصرف». (د.ط، مكة: المكتبة التجارية، د.ت).
١٩. ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ). «تقريب التهذيب». تقديم ومقابلة: محمد عوامة. (ط ٣، سوريا: دار الرشيد، ١٤١١هـ-١٩٩١م).
٢٠. ابن حجر، أحمد بن علي. «الإصابة في التمييز بين الصحابة». تحقيق: علي بن محمد البجاوي. (ط ١، بيروت: دار الجليل، ١٤١٢هـ).



٢١. ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم. «المحلى شرح المجلى». تحقيق: أحمد بن محمد شاكر، (ط٤)، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م)، ١٣: ٢٦، ١١٥.
٢٢. ابن حنبل، أحمد بن محمد بن محمد بن حنبل. «مسند الإمام أحمد». تحقيق: محمد رضوان العرقسوسي وسعيد اللحام وهيثم عبد الغفور ومحمد أنس الخن ومحمد بركات وجمال عبد اللطيف وعبد اللطيف حرز الله وأحمد برهوم، بإشراف: شعيب الأرنؤوط ومحمد بن نعيم عرقسوسي وعادل مرشد وإبراهيم الزبيق. (ط٢)، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م).
٢٣. الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي. «سنن الدارمي». تحقيق: فواز بن أحمد زمري وخالد بن السبع العلمي. (ط١)، بيروت: دار الكتاب العربي، (١٤٠٧هـ).
٢٤. الخرخشي، محمد بن عبد الله الخرخشي، «شرح مختصر خليل». (د.ط، بيروت: دار الفكر، د.ت).
٢٥. أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني. «سنن أبي داود». (ط١)، الرياض: دار السلام، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م).
٢٦. الدردير، أحمد أبو البركات الدردير. «الشرح الكبير». (د.ط، بيروت: دار الفكر، د.ت).
٢٧. الرصاع، محمد بن قاسم الرصاع الأنصاري. «شرح حدود ابن عرفة». (د.ط، د.م: دن، د.ت).
٢٨. الركبان، عبد الله العلي الركبان. «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود». (ط١)، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠١هـ-١٩٨١م).
٢٩. الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي. «الأعلام». (ط١٥)، بيروت: دار العلم للملايين، ٢٠٠٢م).

٣٠. الزمخشري، محمود بن عمرو بن أحمد بن جار الله الزمخشري. «أساس البلاغة». تحقيق: محمد بن باسل عيون السود. (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ).
٣١. الزهراني، خلف بن حسن بن عبد الله الزهراني. «اتحاد المجلس وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي». (د.ط، مكة: جامعة أم القرى، ١٤١٣هـ).
٣٢. الزيلعي، عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي. «نصب الراية لأحاديث الهداية». تحقيق: محمد عوامة. (ط١، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م).
٣٣. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي. «المبسوط». (د.ط، بيروت: دار المعرفة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م).
٣٤. السنهوري، عبد الرزاق بن أحمد السنهوري. «مصادر الحق في الفقه الإسلامي». (ط٢، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨م).
٣٥. ابن سويلم، محمد بن محمد أحمد سويلم. «أصول المرافعات المدنية والتجارية في ضوء نظام المرافعات الشرعية السعودي لعام ١٤٣٥هـ». (ط١، الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م).
٣٦. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. «طبقات الحفاظ». (د.ط، د.م، د.ت).
٣٧. الشربيني، محمد الخطيب الشربيني. «مغني المحتاج». (د.ط، بيروت: دار الفكر، د.ت).
٣٨. الشنقيطي، محمد الأمين محمد المختار الجكني الشنقيطي. «أضواء البيان». (ط١، بيروت: ابن حزم، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م).
٣٩. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام الصنعاني. «مصنف عبد الرزاق». تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. (ط٢، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٣هـ).



- ٤٠ . الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي. «شرح معاني الآثار». تحقيق: محمد زهري النجار. (د.ط، القاهرة: مطبعة الأنوار المحمدية، د.ت).
- ٤١ . ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين. «حاشية ابن عابدين». تحقيق: محمد صبح حسن حلاق وعامر حسين. (ط١، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤٣١هـ).
- ٤٢ . ابن عثيمين، محمد بن صالح بن عثيمين. «الشرح الممتع». (ط١، الدمام: ابن الجوزي، ١٤٢٨هـ).
- ٤٣ . ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا. «معجم مقاييس اللغة». (د.ط، بيروت: دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م).
- ٤٤ . ابن العربي، محمد بن عبد الله. «أحكام القرآن». (د.ط، د.م: د.ن، د.ت).
- ٤٥ . العكري، عبد الحي بن أحمد بن محمد. «شذرات الذهب في أخبار من ذهب». تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط ومحمود الأرنؤوط، (د.ط، دمشق: دار ابن كثير، ١٤٠٦هـ).
- ٤٦ . العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم، «البيان في مذهب الإمام الشافعي». تحقيق: قاسم بن محمد النوري. (ط١، جدة: دار المنهاج، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م).
- ٤٧ . الفتوحى، محمد بن أحمد بن النجار الفتوحى. «شرح منتهى الإرادات». تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي. (د.ط، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م).
- ٤٨ . الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي. «القاموس المحيط». (د.ط، د.م: د.ن، د.ت).
- ٤٩ . ابن قاسم، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم. «حاشية الروض المربع». (ط١٢، د.م: د.ن، د.ت).



٥٠. ابن قدامة، عبد الرحمن بن أبي عمر بن محمد بن أحمد بن قدامة. «الشرح الكبير». (د.ط، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م).
٥١. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. «المغني». تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح بن محمد الحلو. (د.ط، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م).
٥٢. القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي. «الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان». تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي. (ط١، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م).
٥٣. الكاساني، أبو بكر بن مسعود الكاساني. «بدائع الصنائع». (ط٢، مكة: عباس الباز، د.ت).
٥٤. المجلس الأعلى للقضاء، قسم التعميم.
٥٥. المرادوي، علي بن سليمان بن أحمد المرادوي. «الإنصاف». (د.ط، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م).
٥٦. ابن ماجه، محمد بن يزيد الربيعي ابن ماجه القزويني. «سنن ابن ماجه»، (ط١، الرياض: دار السلام، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م).
٥٧. مركز البحوث بوزارة العدل، «المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا، والهيئة الدائمة والعامه بمجلس القضاء الأعلى، والمحكمة العليا». (ط١، الرياض: مركز البحوث بوزارة العدل، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م).
٥٨. المروزي، أحمد بن علي بن سعيد الأموي المروزي. «مسند أبي بكر». تحقيق: شعيب الأرناؤوط. (د.ط، بيروت: المكتب الإسلامي، د.ت).
٥٩. مسلم، مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري. «صحيح مسلم». (ط٢، الرياض: دار السلام، ١٤٢١هـ).



٦٠. محمد رواس قلعة جي، ورفيقه، محمد رواس قلعة جي وحامد بن صادق قنبيبي. «معجم لغة الفقهاء». (د.ط، د.م، دن، د.ت).
٦١. مجموعة النظم-قسم القضاء الشرعي، نقلاً عن: لجنة متخصصة في وزارة العدل. «تحقيق كتاب كشف القناع». (ط١، الرياض: وزارة العدل، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م).
٦٢. ابن مفلح، محمد بن مفلح. «الفروع». (د.ط، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م).
٦٣. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد. «المبدع شرح المقنع». (ط١، الرياض: دار أجيال التوحيد، ١٤٤٢هـ-٢٠٢٠م).
٦٤. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد. «المقصد الأرشدي في ذكر أصحاب الإمام أحمد». تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان بن عثيمين، (د.ط، الرياض: مكتبة الرشد، ١٤١٠هـ).
٦٥. المقدسي، عبد الرحمن بن محمد. «المنهج الأحمد». تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط وحسن بن إسماعيل مروة. (ط١، بيروت: دار صادر، ١٩٩٧م).
٦٦. ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور. «لسان العرب». (ط١، بيروت: دار صادر، د.ت).
٦٧. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم. «البحر الرائق شرح كنز الدقائق». (د.ط، بيروت: دار المعرفة، د.ت).
٦٨. النسائي، أحمد بن شعيب بن علي بن سنان النسائي. «سنن النسائي». (ط١، الرياض: دار السلام، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م).
٦٩. النووي، يحيى بن شرف النووي. «منهاج الطالبين». (ط٢، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م).

٧٠. النيسابوري، محمود بن أبي الحسن بن الحسين النيسابوري. «إيجاز البيان عن معاني القرآن». تحقيق: حنيف بن الحسن القاسمي. (ط ١، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤١٥هـ).
٧١. النيسابوري، محمود بن أبي الحسن بن الحسين النيسابوري. «باهر البرهان في معاني مشكلات القرآن». تحقيق: سعاد بنت صالح بن سعيد بابقي. (د.ط، مكة: جامعة أم القرى، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م).
٧٢. الهروي، محمد بن أحمد الأزهري الهروي. «تهذيب اللغة». تحقيق: محمد بن عوض مرعب. (ط ١، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ٢٠٠١م).
٧٣. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد ابن الهمام السيواسي. «فتح القدير». (د.ط، بيروت: دار الفكر، د.ت).
٧٤. وزارة العدل، مركز البحوث وقسم التعاميم.
٧٥. وهبة الزحيلي، «الفقه الإسلامي وأدلته». (ط ٤، دمشق: دار الفكر، د.ت).
٧٦. أبو يعلى، محمد بن محمد. «طبقات الحنابلة». تحقيق: محمد بن حامد الفقي. (د.ط، بيروت: دار المعرفة، د.ت).





الدعوى الجزائية العامة في جرائم الفساد المالي والإداري دراسة تطبيقية نظامية

محمد بن سلطان بن أحمد العمري
القاضي بوزارة العدل

مقدمة

الحمد لله الذي مهد قواعد الدين بكتابه المحكم، وشيّد معاهد العلم بخطابه وأحكم، فسبحان من حكم فأحكم، وأشهد أن لا إله إلا الله حده لا شريك له، شهادة تهدي إلى الطريق الأقوم، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، المخصوص بجوامع الكلم، صلى الله وسلم عليه وعلى آله وأصحابه أولي المعالي والهمم، أما بعد:

فإنه لا يكاد يخلو مجتمع من المجتمعات - قديماً وحديثاً - من ظاهرة الفساد المالي والإداري بشتى أنواعه وأشكاله، فهو لا يخص مجتمعاً بعينه أو دولة بذاتها، وإنما هو ظاهرة عالمية تشكو منه كل الدول، وتعاني منه كل المجتمعات.

لقد استشعرت المملكة العربية السعودية خطورة الفساد المالي والإداري، وأدركت آثاره السلبية على الفرد والمجتمع، وأدركت أهمية القضاء عليه أو على الأقل التقليل منه؛ ولما كان من متطلبات القضاء على الفساد المالي والإداري معاقبة كل من ثبتت إدانته بارتكاب جريمة من جرائم الفساد المالي والإداري؛ حمايةً للمال العام، والوظيفة العامة، وتحقيقاً للردع العام للمجتمع والردع الخاص للإفراد؛ ولأنه لا سبيل إلى معاقبة الجاني إلا وفق محاكمة تجرى وفق الإجراءات المنصوص عليها شرعاً نظاماً، وذلك عن طريق إقامة الدعوى الجزائية العامة.

ولما ظهرت قضايا الفساد المالي والإداري بتعدد أنواعه واختلاف طرقه وأساليبه، واشتدت الحاجة إلى تخصيص هيئات ودوائر قضائية متخصصة للنظر في تلك القضايا، ولما كان من المناسب تخصيص هيئة تقوم بالاستدلال، والتحري، والتحقيق، والادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري؛ لضمان حسن سير العدالة، وتخفيف العبء على الجهات ذات العلاقة، ونظراً لخصوصية الدعوى الجزائية العامة في قضايا الفساد المالي والإداري، وسعيًا لإبراز دور المنظومة العدلية المختصة بالنظر في تلك القضايا، لذا رأى الباحث أن يساهم في دراسة هذا الموضوع وأن يكون البحث بعنوان:

(الدعوى الجزائية العامة في قضايا الفساد الإداري والمالي)

(دراسة تطبيقية نظامية)

أهمية البحث:

١. تكمن أهمية البحث في معرفة جهود المملكة العربية السعودية في القضاء على الفساد المالي والإداري والتقليل منه.
٢. إبراز دور المنظومة العدلية في قضايا الفساد المالي والإداري.
٣. التعرف على الجانب الإجرائي الخاص بمرحلة الاستدلال، والتحقيق، والمحاكمة، في قضايا الفساد المالي والإداري.
٤. جمع الأنظمة، والتعاميم، والتعليقات المتعلقة بالدعوى الجزائية العامة في جرائم الفساد المالي والإداري في موضع واحد؛ ليسهل الرجوع إليه والاستفادة منه.

٥. إبراز التكامل والتوافق بين الأنظمة العدلية وأصالتها في المملكة العربية السعودية.

أسباب اختيار البحث:

أ. ما سبق ذكره من أهمية البحث.

ب. أهمية الموضوع لمرفق القضاء، ومن له علاقة به كالقضاة، والمستشارين، والمحامين، وهيئة حقوق الإنسان، ومن يُعنى بسن الأنظمة في المملكة العربية السعودية.

ج. بيان خصوصية الدعوى الجزائية العامة في قضايا الفساد المالي والإداري في المملكة العربية السعودية.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث فيما يلي:

أ. التعريف بماهية الفساد المالي والإداري من الناحية النظامية.

ب. التعرف على خصائص الدعوى الجزائية العامة في دعاوى الفساد المالي والإداري.

ج. بيان الجهات المختصة بمباشرة دعاوى الفساد المالي والإداري، في مرحلة الاستدلال، والتحقيق، في ضوء «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري»، الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (أ/٢٧٧) في ١٥/٤/١٤٤١هـ.

د. بيان خصوصية الادعاء العام، والمحاكمة، في جرائم الفساد المالي والإداري، ومقارنتها مع الأنظمة ذات العلاقة.

أسئلة البحث:

١. ما مفهوم الفساد المالي والإداري؟
٢. ما خصائص جرائم الفساد المالي والإداري؟
٣. ما خصوصية الموظف العام ومن في حكمه في جرائم الفساد المالي والإداري؟
٤. ما خصائص الدعوى الجزائية العامة في قضايا الفساد الإداري والمالي؟

أهداف البحث:

- التعرف على مفهوم الفساد المالي والإداري.
- بيان خصائص جرائم الفساد المالي والإداري.
- بيان خصائص الموظف العام ومن في حكمه في جرائم الفساد المالي والإداري
- بيان خصوصية الدعوى الجزائية العامة في قضايا الفساد المالي والإداري.

الدراسات السابقة:

من خلال البحث والاطلاع على البحوث والدراسات السابقة، فإنني لم أجد - في حدود بحثي - رسالة علمية أو بحثاً محكماً تحدث عن «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري» والصادرة بالمرسوم الملكي رقم (أ/ ٢٧٧) في ١٥ / ٤ / ١٤٤١ هـ، وعلى الرغم من ذلك فإنني سأعرض وبإجمال بعض الدراسات التي تناولت مسائل الفساد المالي والإداري، ومن ثم بيان الفرق بينها وبين موضوع دراستي، وهي على النحو التالي:

- بحث بعنوان «علاقة الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بجهات التحقيق»، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير بجامعة الأمير نايف - قسم العدالة الجنائية، إعداد الطالب: محمد مسفر مجدل القحطاني، إشراف الدكتور: مروان شريف القحف، عام ٢٠١٣ م.

- بحث بعنوان «آليات مكافحة الفساد الإداري ودورها في الحد من المخاطر الاقتصادية»، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير بجامعة الأمير نايف، إعداد الطالب: ياسر أحمد شاكر الشريف، إشراف الدكتور: علي ضبيان الرشيد، عام ٢٠١٩ م.

- بحث بعنوان «جهود مكافحة الفساد الإداري والمالي في المملكة العربية السعودية»، بحث منشور في المجلة القانونية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، إعداد الدكتور: شريهان ممدوح حسن أحمد، عام ١٤٢٢ هـ.

- ويلاحظ على الدراسات السابقة ما يلي:

تميزت البحوث السابقة بالحديث عن التعريف بماهية الفساد المالي والإداري، وأنواعه وخصائصه، وسبل مكافحته، والوقاية منه، والتأصيل الشرعي والنظامي بشكل عام.

وقد تميزت دراستي عن جميع الدراسات السابقة بما يلي:

- أن دراستي ستكون حول خصوصية الدعوى العامة في قضايا الفساد المالي والإداري، في مراحل سير الدعوى الجزائية العامة، في ضوء «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري» والصادرة بالأمر الملكي الكريم رقم (أ/ ٢٧٧) في ١٥ / ٤ / ١٤٤١هـ.

- أن دراستي تتناول دراسة تلك الترتيبات من الناحية الإجرائية، مقارنة بما جرى عليه العمل في الواقع العملي - حسب المستطاع -، ودراسة الأنظمة، والتعليمات، والتعاميم ذات الصلة.

- أن دراستي تحدث عن خصوصية الدعوى الجزائية العامة في قضايا الفساد المالي الإداري، أثناء سير الدعوى الجزائية العامة، بخلاف ما عداها من الجرائم.

منهج البحث:

الالتزام في البحث بالمنهج التحليلي الاستقرائي المقارن، على النحو الآتي:

١. وضع عنوان للمسألة بعبارة دقيقة واضحة.

٢. التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد.
٣. العناية بذكر النصوص النظامية، والتعليقات، والتعاميم ذات العلاقة.
٤. الاعتماد على أمهات المصادر الأصلية إن وجد فيها ما يغني عن غيرها.
٥. العناية بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم.
٦. إتباع البحث بفهرس للمصادر.

خطة البحث:

مقدمة:

- وتضمنت: أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، وأهدافه، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطة البحث.
- المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان.
- المبحث الثاني: خصائص الدعوى الجزائية العامة في دعاوى الفساد المالي والإداري.
- المبحث الثالث: خصوصية الموظف العام ومن في حكمه في دعاوى الفساد المالي والإداري.
- المبحث الرابع: الجهات المختصة بالنظر في دعاوى الفساد المالي والإداري.
- المبحث الخامس: خصوصية المحاكمة في قضايا الفساد المالي والإداري.

المبحث الأول تعريف الفساد المالي والإداري

يستحسن في مطلع هذا البحث التعريف بمفردات العنوان، وقد اقتصر الباحث على تعريف الفساد المالي والإداري مركباً من الناحية النظامية؛ تجنباً للإطالة؛ ولأن البحث يُعنى بالجانب النظامي فقط، وبيان ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: تعريف الفساد المالي:

عُرف الفساد المالي بتعاريف متعددة ومتقاربة في المعنى، ومن ذلك ما يلي:

- فعرف بأنه: «هدر المال العام وضياعه، واستغلاله في منافع شخصية، أو حزبية، أو قومية»^(١).
- وعرف بأنه: «سوء استخدام أو تحويل الأموال العامة من أجل مصلحة خاصة، أو تبديد الأموال في مقابل خدمة، أو تأثير معين»^(٢).
- وعرف بأنه: «الانحرافات المالية المبنية على مخالفة القوانين، أو الأنظمة، أو منظمات المجتمع المدني، وشركات القطاع الخاص»^(٣).

(١) الفساد الإداري وتطبيقاته في العراق، لعادل جابر الكوفي، ٢٠٠٩م، ص (١١).

(٢) قاموس المصطلحات الاقتصادية، لعلي أحمد، ص (٥١).

(٣) الفساد الإداري والمالي، أسبابه، مظاهره، مؤشرات قياسه، للدكتور مفتاح صالح، ومعارفي فريدة، بحث منشور، جامعة محمد خيضر - بسكرة، ٢٠١٢م.

ومن خلال التعاريف السابقة يعد الموظف فاسداً مالياً، إذا استغل منصبه، أو أساء استخدامه؛ لأجل الحصول على المال بأي وسيلة من الوسائل غير المشروعة، أو إهداره وتبديده.

المطلب الثاني: تعريف الفساد الإداري:

عُرف الفساد الإداري بتعاريف متعددة ومتقاربة في المعنى، ومن ذلك ما يلي:

- فعرف بأنه: «إخلال بالمصالح والواجبات العامة»^(١).
- و عرف بأنه: «استخدام الوظيفة العامة لتحقيق مصالح خاصة»^(٢).
- و عرف بأنه: «النشاطات التي تتم داخل جهاز حكومي، والتي تؤدي إلى حَرف ذلك الجهاز عن هدفه الرسمي الذي يمثل طلبات الجمهور، والمصلحة العامة، لصالح أهداف خاصة، سواء كان ذلك بصبغة متجددة أم لا، وسواء كان ذلك بأسلوب فردي، أو جماعي منظم»^(٣).
- و عرف بأنه: «كل سلوك أو تصرف إيجابي أو سلبي من قبل موظف عام، أو أي شخص مكلف بخدمة عامة أو ما في حكمها، يهدف إلى تحقيق

(١) الفساد والحكم، الأسباب، العواقب، الإصلاح، لسوزان روز أكرمان، ترجمة فواد سروجي، دار الأهلية، ط ١، عمان، ٢٠٠٣م، ص (١٥).

(٢) الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري، لحاحا عبد العالي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خضير، بسكرة، ٢٠١٣م، ص (٥٥).

(٣) الفساد الحكومي في الدول النامية، لعباد محمد علي باش، مجلة القادسية للعلوم الإدارية والاقتصادية، المجلد (٥)، العدد (٣)، ٢٠٠٢م، ص (٢٠٣).

مصالح شخصية مادية، أو معنوية، أو إجتماعية، سواء لنفسه، أو لأشخاص آخرين، على حساب المصلحة العامة، واستغلال أو استئثار سلطاته الفعلية، أو المفترضة لهذه الغاية، ويشمل أيضاً أفعال وتصرفات الطرف الآخر الذي يعرض، أو يقدم مثل هذه المنافع، وكل من يشترك، أو يتوسط في ذلك»^(١).

ومن خلال التعاريف السابقة يعد الموظف فاسداً إدارياً إذا قبل مالا، أو هدية ذات قيمة مالية مقابل أداء عمل ملزم بأدائه رسمياً بالمجان، أو ممنوع من أدائه رسمياً، وإذا مارس سلطاته التقديرية مستغلاً منصبه الإداري، أو أساء استخدام السلطة الرسمية، ورجح المصلحة له، ولأصدقائه، وأقاربه، على المصلحة العامة، سواء كان ذلك بأسلوب فردي أو جماعي.

(١) الفساد الإداري أسبابه ومظاهره، لعصام عبد الفتاح مطر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١١م، ص (٣١).

المبحث الثاني خصائص الدعوى الجزائية العامة في قضايا الفساد المالي والإداري

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: أنها من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف:

نصت المادة الثانية عشرة بعد المائة من «نظام الإجراءات الجزائية»^(١) على أن: «يحدد النائب العام - بعد الاتفاق مع وزارة الداخلية ورئاسة أمن الدولة - ما يعد من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف وينشر ذلك في الجريدة الرسمية»، وقد نصت الفقرة (٤) من البند أولاً من القرار الوزاري^(٢)، ما نصه: «الجرائم المعاقب عليها نظاماً، بالسجن مدة تزيد عن ثلاث سنوات»^(٣)، وبالنظر إلى تلك الأفعال الجرمية الواردة في الأنظمة المتعلقة بقضايا الفساد المالي والإداري، يلاحظ أن معظمها تعد من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف^(٤)، ويترتب على ذلك ما يلي^(٥):

- (١) «نظام الإجراءات الجزائية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٤٤٩١) في ٣/٢/١٤٣٥هـ.
- (٢) رقم (١) في ١/١/١٤٢٢هـ والمتضمن بيان الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف.
- (٣) صدر قرار النائب العام - حفظه الله - رقم (١) في ١/١/١٤٤٢هـ ببيان الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف.
- (٤) انظر: «نظام مكافحة الرشوة»، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٦) في ٢٩/١٢/١٤١٢هـ، «نظام مكافحة غسل الأموال»، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٠) في ٥/٢/١٤٣٩هـ، «النظام الجزائي لجرائم التزوير»، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١١) بتاريخ ١٨/٢/١٤٣٥هـ، ... إلخ.
- (٥) لا تنطبق هذه الأحكام على الجرائم غير الموجبة للتوقيف.

١. وجوب استجواب المتهم لدى وحدة التحقيق الجنائي، بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد خلال (٢٤) ساعة^(١)، وإصدار أمر توقيف للمتهم بعد استجوابه^(٢).

٢. إذا كان المتهم أجنبياً، وجب على جهة الضبط والتحقيق إبلاغ وزارة الخارجية للنظر في إحاطة ممثلية بلاده^(٣).

٣. لا يجوز للمحقق إحالة الدعوى مباشرة إلى المحكمة المختصة، ولا يُكلف المتهم بالحضور مباشرة للمحاكمة، بل يجب على المحقق إجراء استجواب مفصل في الواقعة الجرمية^(٤).

٤. يحال المتهم إلى المحكمة موقوفاً، وبعد الإحالة تكون المحكمة هي المختصة بتمديد فترة التوقيف أو الإفراج عنه^(٥).

٥. لا يكون أمر حفظ الدعوى لعدم كفاية الأدلة نافذاً إلا بعد مصادقة رئيس الهيئة أو من ينيبه^(٦).

(١) انظر: المادة (١٠٩) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٢) انظر: المادة (١١٣) من «نظام الإجراءات الجزائية»، المادة (٢٤) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».

(٣) انظر: المادة (١٧٥) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».

(٤) انظر: المادة (٦٥) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٥) انظر: المادة (١٢٣) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٦) انظر: المادة (١٢٤) من «نظام الإجراءات الجزائية».

٦. يلزم حضور المتهم بنفسه أثناء المحاكمة، وفي حال تغيب المتهم لا يحكم في الدعوى ويتم تحديد موعد آخر، ولا يحكم إلا بحضوره^(١)، كما يجب حضور المدعي العام جلسات المحاكمة^(٢).

وعليه فإن المنظم السعودي جعل غالب الأوصاف الجرمية المتعلقة بقضايا الفساد المالي والإداري من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف؛ حماية للمال العام، والوظيفة العامة، وقضاء على الفساد، وتحقيقاً للردع العام والخاص.

المطلب الثاني: لا يتوقف على إقامة الدعوى الجزائية العامة في جرائم الفساد المالي والإداري شكوى المجني عليه، أو من ينوب عنه:

يرد على الدعوى الجزائية العامة - قيد الشكوى^(٣) - كمانع من موانع إقامة الدعوى الجزائية العامة، فالأصل أن الدعوى الجزائية العامة لا يتم تحريكها إلا بناء على شكوى^(٤) من المجني عليه أو من ينوب عنه، لدى جهة الضبط، أو النيابة العامة، طالباً تحريك الدعوى الجزائية العامة ضد المتهم، استناداً

(١) انظر: المواد (١٨١ - ١٣٩ - ١٤٠) من «نظام الإجراءات الجزائية»، والمادتين (٩٨ - ١٨٠) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».

(٢) انظر: المادة (١٥٦) من «نظام الإجراءات الجزائية»، والمادة (١٠٨) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».

(٣) يقصد بقيد الشكوى: توقف إقامة الدعوى الجزائية العامة، وعدم اتخاذ أي إجراء من إجراءاتها - في جرائم معينة - إلا بناء على طلب المجني عليه أو من ينوب عنه.

(٤) انظر: المادة (١٧) من «نظام الإجراءات الجزائية».

للمادة السابعة عشرة من «نظام الإجراءات الجزائية» والتي نصت على أنه: «لا تجوز إقامة الدعوى الجزائية أو إجراء التحقيق في الجرائم الواجب فيها حق خاص للأفراد إلا بناءً على شكوى من المجني عليه، أو ممن ينوب عنه، أو وارثه من بعده إلى الجهة المختصة».

واستثناء من الأصل فقد أجاز «نظام الإجراءات الجزائية» تحريك الدعوى الجزائية العامة ضد المتهم من دون - قيد الشكوى من المجني عليه أو ممن ينوب عنه - إذا تحقق أحد الشرطين التاليين:

أولاً: إذا تعدى الضرر فيه المجني عليه إلى غيره، فإن اقتصر الضرر على المجني عليه - كقضايا السب والشتم - فلا تقام الدعوى الجزائية العامة^(١)، وللمدعي بالحق الخاص المطالبة بحقه مباشرة أمام المحكمة المختصة مباشرة^(٢).

ثانياً: إذا وجدت مصلحة عامة في إقامة الدعوى الجزائية العامة، فإذا لم توجد مصلحة عامة فتحفظ الأوراق أو الدعوى - حسب الحال -^(٣).

(١) انظر: المادتين (٤، ١٧) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية»، وتعميم معالي النائب العام - حفظ الله - رقم (٣٧٢) في ٢/٦/١٤١١ هـ والمتضمن (قضايا السب والشتم من خلال برنامج التواصل الاجتماعي في (المحادثات الخاصة) تعتبر من قضايا الحقوق الخاصة، التي لا ينعقد الاختصاص فيها للنيابة العامة، لعدم وجود مصلحة عامة في تحريك الدعوى العامة).

(٢) انظر: المواد (٩٤، ١٢٤، ١٤٧) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٣) انظر: المادتين (٦٣، ١٢٤) من «نظام الإجراءات الجزائية».

حيث نصت المادة السابعة عشرة من «نظام الإجراءات الجزائية» على: «لا تجوز إقامة الدعوى الجزائية أو إجراء التحقيق في الجرائم الواجب فيها حق خاص للأفراد إلا بناءً على شكوى من المجني عليه، أو ممن ينوب عنه، أو وارثه من بعده إلى الجهة المختصة؛ إلا إذا رأت النيابة العامة مصلحة عامة في رفع الدعوى والتحقيق في هذه الجرائم».

وبالتالي فإنه يجوز لهيئة الرقابة ومكافحة الفساد^(١) تحريك الدعوى الجزائية العامة ضد كل من قامت الأدلة على ارتكابه جريمة فساد مالي أو إداري -دون التقييد بقيد الشكوى-؛ لأن من خصائص جرائم الفساد الإداري والمالي تعدي الضرر فيها إلى المجتمع ككل، وعدم اقتصره على الفرد، كما أن تحريك الدعوى الجزائية العامة فيها مصلحة عامة للمجتمع؛ لما فيها من حماية المال العام، والوظيفة العامة، وتحقيق للنزاهة والشفافية، وتطهير للمجتمع من آثاره وتبعاته الوخيمة، وتحقيق للردع العام للمجتمع، والردع الخاص للأفراد.

إن تقييد هيئة الرقابة ومكافحة الفساد في جرائم الفساد الإداري والمالي -بقيد الشكوى- لا يحقق المصلحة العامة؛ لأسباب منها على سبيل المثال لا الحصر:

(١) بحكم الاختصاص في قضايا الفساد استناداً للأمر الملكي الكريم رقم (٢٧٧/أ) في ١٥/٤/١٤٤١هـ المتضمن الموافقة على «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

١. أن قضايا الفساد المالي والإداري قد لا يتحقق فيها بالضرورة ضرر لأحد من الأفراد؛ لأن من خصائصها أن الضرر فيها متعدد للمجتمع.
 ٢. أن المتضرر قد لا يتقدم بشكوى للجهات المختصة في قضايا الفساد؛ كونه شريكاً في الجريمة، كوسيط في الرشوة، أو مزوراً، أو مستجيباً لرجاء أو توصية... إلخ.
 ٣. أن المتضرر قد لا يتقدم بشكوى للجهات المختصة في قضايا الفساد؛ كون المتهم أقنعه بالتنازل عن حقه بمقابل مادي، أو بدون مقابل مادي، أو تنازل نتيجة تهديد، أو عدم مقدرة المتضرر على إقامة الدعوى وتحمل نفقاتها وتبعاتها^(١).
 ٤. أن المتضرر قد لا يتقدم بشكوى للجهات المختصة في قضايا الفساد تفادياً لضرر أكبر يتصوره -كتضرر تجارته، أو تضرر سمعة عائلته... إلخ-.
- وقد نصت الحادية والخمسون بعد المائة من «نظام الإجراءات الجزائية»: على أنه: «لا يكون لترك المدعي بالحق الخاص دعواه تأثير على الدعوى الجزائية العامة»، فترك المدعي بالحق الخاص دعواه في قضايا الفساد ليس له تأثير على السير في إجراءات نظر الدعوى الجزائية العامة ضد المتهم في قضايا الفساد المالي والإداري^(٢).

(١) الدعوى الجزائية الخاصة غير مستثناة من «نظام التكاليف القضائية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٦) وتاريخ ٣٠/١/١٤٤٣هـ والمبني على قرار مجلس الوزراء رقم (٦٥) وتاريخ ٢٣/١/١٤٤٣هـ، انظر: المادة (٢) من نفس النظام.

(٢) رقم (م/٢) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ.

فهذه جملة من الأسباب التي قد تجعل المجني عليه أو ممن ينوب عنه، لا يتقدم بشكوى للجهات المختصة، في قضايا الفساد المالي أو الإداري، ومبررات عدم تقييد الهيئة بقيد الشكوى في جرائم الفساد المالي والإداري.

المطلب الثالث: انعدام الحصانة في جرائم الفساد المالي والإداري:

الأصل في النظام السعودي أن الادعاء العام يقام مباشرة بدون قيد على من ارتكب جريمة من الجرائم -سواء جريمة فساد أو غيرها-^(١).

واستثناء لهذا الأصل، فقد استثنى النظام أصنافاً من الناس -لاعتبارات معينة- بعضها راجع إلى النظام الداخلي للمملكة العربية السعودية، وبعضها راجع إلى القانون الدولي^(٢)، فلا يقام الادعاء العام مباشرة، وهو ما يطلق عليه «الحصانة القضائية»^(٣) أو - قيد الإذن^(٤)، وهذا الاستثناء يعد قيلاً على الدعوى الجزائية العامة، فلا يقام الادعاء العام أو يتخذ إجراء من إجراءاته إلا بعد أخذ الإذن من المختص؛ لكونه المتهم وزيراً أو قاضياً أو من في حكمهما.

- (١) انظر: عموم المادة (١٥) من «نظام الإجراءات الجزائية».
- (٢) لم أتطرق إلى الحصانة الدبلوماسية، بحكم أنه يطبق عليه أنظمة بلاده، ولا تنطبق عليه الأنظمة الجزائية السعودية. انظر: اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م والتي صادقت عليها المملكة في عام ١٩٨١م.
- (٣) عرفت الحصانة القضائية في القانون بأنها: «حماية أشخاص معينين من الملاحقة القضائية عن الأفعال التي يرتكبونها»، الدعوى الجزائية، لعبد الوهاب بدره، (١/١٧٤).
- (٤) يقصد بقيد الإذن: توقف إقامة الدعوى الجزائية العامة وعدم اتخاذ أي إجراء من إجراءاتها بسبب عائد إلى صفة الفاعل (المتهم) إلا بناء على الإذن من صاحب الصلاحية. انظر: الإجراءات الجنائية، لمحمد أبو عامر، ص (٣٧٠).

واستثناء هذين الصنفين جاء من أجل المصلحة العامة^(١)، لا من أجل مصالح الأشخاص الذين أعطيت لهم الحصانة القضائية، وبيان ذلك على النحو التالي:

أولاً: الوزراء ومن في حكمهم:

نصت الفقرة (رابعاً) من المرسوم الملكي^(٢) على أنه: «لا ترفع دعوى جزائية على الوزير، أو من يشغل مرتبة وزير، أو من سبق أن عين وزيراً، أو شغل مرتبة وزير؛ إلا بعد الرفع عن ذلك إلى الملك للنظر فيها». كما نصت المادة الفقرة (أولاً) من المادة التاسعة والسبعين بعد المائة من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية»^(٣) على أنه: «لا يجوز بغير إذن من الملك القبض على الوزير، أو من يشغل مرتبة وزير، أو من سبق أن عين وزيراً، أو شغل مرتبة وزير، ولا توقيفه، ولا اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق معه، أو رفع دعوى جزائية ضده؛ وذلك ما لم يكن متلبساً^(٤) بجريمة، وفي

(١) تتمثل في مقتضيات عملهم الرسمية، والتي يقومون بها نيابة عن الدولة؛ ولأجل حمايتهم من الشكاوى، أو الدعاوى الكيدية، والتي تطولهم بسبب أعمالهم الوظيفية، وضمان استقلالهم عن السلطة التنفيذية... إلخ.

(٢) رقم (م/٢) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ.

(٣) «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية» الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٣٦هـ، نشرت في جريدة أم القرى، العدد (٤٥٥٣) في ٢٤/٤/١٤٣٦هـ.

(٤) يقصد بالتلبس: «التقارب الزمني بين لحظة ارتكاب الجريمة ولحظة اكتشافها» شرح قانون الإجراءات الجنائية، لمحمود حسني، ص (٤١١).

هذه الحالة يجوز التحفظ عليه، على أن يرفع وزير الداخلية أمره إلى الملك خلال أربع وعشرين ساعة من وقت التحفظ عليه».

ثانياً: القضاة ومن في حكمهم:

نصت المادة الثامنة والستون من «نظام القضاء»^(١) على: «يجب عند القبض على عضو السلك القضائي وتوقيفه - في حالة تلبسه^(٢) بجريمة أن يرفع أمره - إلى المجلس الأعلى للقضاء خلال أربع وعشرين ساعة من القبض عليه، وللمجلس أن يقرر إما استمرار توقيفه أو الإفراج عنه بكفالة أو بغير كفالة، ولعضو السلك القضائي أن يطلب سماع أقواله أمام المجلس عند عرض الأمر عليه، ويحدد المجلس مدة التوقيف في القرار الذي يصدر بالتوقيف أو باستمراره، وتراعى الإجراءات السالف ذكرها كلما رُئي استمرار التوقيف بعد انقضاء المدة التي قررها المجلس، وفيما عدا ما ذكر، لا يجوز القبض على عضو السلك القضائي أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق معه أو رفع الدعوى الجزائية عليه، إلا بإذن من المجلس، ويوقف أعضاء السلك القضائي وتنفذ العقوبات المقيدة لحريتهم في أماكن مستقلة»^(٣).

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٤١٧٠) في ٣٠/٩/١٤٢٨هـ.

(٢) نص «نظام الإجراءات الجزائية» على حالات التلبس على سبيل الحصر، انظر: المادة (٣٠) من «نظام الإجراءات الجزائية»

(٣) انظر: المادة (٤١) من «نظام ديوان المظالم»، والمادة (١٩) من «نظام النيابة العامة»، فقد نصت على مثل ما نصت عليه المادة (٦٨) من «نظام القضاء».

وتأسيساً على ما سبق فإنه المواد النظامية التي نصت على الحصانة القضائية للوزراء ومن في حكمهم، والقضاة ومن في حكمهم تتضمن ثلاثة أمور:

أولاً: عدم القبض على الوزراء أو القضاة ومن في حكمهما.

ثانياً: عدم اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق معهم.

ثالثاً: عدم رفع الدعوى الجزائية عليهم.

وهذه الحصانة لا تعني حماية الوزراء والقضاة ومن في حكمهم من العقوبة حال ثبوت الجريمة؛ وإنما تعني توقف اتخاذ الإجراءات الجزائية بحقهما على الإذن من صاحب الصلاحية^(١)، والأمر لا يخلو من أمرين:

أولاً: إذن^(٢) صاحب الصلاحية باتخاذ إجراءات التحقيق، فترتفع الحصانة ويتم السير في إجراءات الدعوى الجزائية.

ثانياً: صدور عدم الموافقة من صاحب الصلاحية باتخاذ إجراءات التحقيق، فلا ترتفع الحصانة، ولا يجوز اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق.

(١) المراد بصاحب الصلاحية: «الملك - المجلس الأعلى للقضاء - مجلس القضاء الإداري - مجلس النيابة العامة - كل حسب اختصاصه».

(٢) المقصود بالإذن هنا: هو «تصريح سلطة عامة -مختصة- على عدم اعتراضها على رفع الدعوى الجزائية، أو التحقيق مع مُتَمِّم إليها» الإجراءات الجنائية، لمحمد أبو عامر، (ص ٣٧٠).

وتأسيساً على سبق فإنه إذا ظهر لهيئة الرقابة ومكافحة الفساد -جهة الاستدلال أو التحقيق- اشتباه وقوع جريمة فساد مالي أو إداري ضد وزير، أو قاضٍ أو من في حكمهما، فإن الأمر لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم يكن -الوزير أو القاضي أو من في حكمهما- متلبساً بالجريمة، وقامت أدلة أو قرائن ضده بالاشتباه بقيامه بجريمة فساد مالي أو إداري، فإنه يتم طلب الإذن من صاحب الصلاحية باتخاذ إجراءات السير في الدعوى الجزائية، فإن صدرت الموافقة فيتم اتخاذ إجراءات إقامة الدعوى العامة، وإن لم يحصل الإذن فلا يتخذ أي إجراء من إجراءات إقامة الدعوى الجزائية.

الحالة الثانية: إذا كان -الوزير أو القاضي أو من في حكمهما- متلبساً بالجريمة، فإن الأمر لا يخلو من حالتين:

أولاً: أن يكون المتلبس بالجريمة -وزيراً أو من في حكمه- فإنه يجب التحفظ عليه فقط، على أن يرفع وزير الداخلية أمره إلى الملك خلال أربع وعشرين ساعة من وقت التحفظ عليه.

فالإجراءات المتبعة حال القبض على الوزير أو من في حكمه متلبساً بالجريمة ما يلي:

١. التحفظ عليه فقط، ومن ثم رفع أمره إلى الملك عن طريق وزير الداخلية خلال أربع وعشرين ساعة من وقت التحفظ عليه.

٢. عدم جواز القبض عليه، وبالتالي فلا يجوز للقائم بالتحفظ أن يقوم بتفتيشه شخصياً بحثاً عن الأدلة المتعلقة بالجريمة المتلبس بها؛ لأنه لا تنطبق على هذه الحالة قاعدة متى ما جاز لرجل الضبط الجنائي القبض على المتهم جاز له تفتيشه.

٣. عدم جواز اتخاذ أي إجراء من إجراءات الاستدلال، أو التحقيق بحقه، كسماع أقواله، أو استجوابه، أو تفتيشه، أو إجراء مواجهة... إلخ، إلا بعد صدور الموافقة من صاحب الصلاحية.

ثانياً: أن يكون المتلبس بالجريمة قاضياً أو من في حكمه، فيجوز القبض عليه والتحقيق معه وتفتيشه واتخاذ إجراءات التحقيق معه، ويجب إبلاغ الجهة التابع لها القاضي أو من في حكمه خلال أربع وعشرين ساعة من القبض عليه، ولتلك الجهة تقرير إما استمرار توقيفه أو الإفراج عنه بكفالة أو بغير كفالة، ولا يجوز بعد ذلك اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق معه أو رفع الدعوى الجزائية عليه إلا بموافقتها^(١).

ومما ينبغي أن تتقيد به هيئة الرقابة ومكافحة الفساد حال القبض على الوزير أو القاضي أو من في حكمهما ما يلي:

١. سرعة إبلاغ الجهة المختصة بالإذن خلال أربع وعشرين ساعة من حال واقعة التحفظ أو القبض^(٢).

(١) انظر: الادعاء العام وأحكام في الفقه والنظام، للدكتور طلحة غوث (٤٣٨)، وبتصرف من الباحث.

(٢) انظر: المادة (١/١٧٩) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».

٢. يكون التحفظ على الوزير أو توقيف القاضي في أماكن مستقلة^(١).
٣. النظر في الوقائع التي تدخل في مشمول إذن الملك، وعدم النظر في وقائع لا تدخل في مشمول إذن الملك^(٢).

وعلى جميع الجهات المختصة التعاون التام مع هيئة الرقابة ومكافحة الفساد حيث نصت المادة (عاشراً)^(٣) على أنه: «على جميع الجهات المختصة التعاون التام مع هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، بما يضمن الاستجابة الفورية لطلبات الهيئة فيما يتصل بقضايا الفساد المالي والإداري، وفي حال تقصير أي من تلك الجهات أو أحد موظفيها في شأن تلك المهام فيساءل المتسبب وتتخذ بحقه الإجراءات النظامية».

ومما يحسن الإشارة إليه أنه يجوز لجهة الاستدلال، أو وحدة التحقيق بهيئة التحقيق ومكافحة الفساد اتخاذ أي إجراء من إجراءات الاستدلال في جرائم الفساد المالي والإداري التي يشتبه في ارتكابها الوزير أو القاضي -أو من في حكمهما- كاستقبال البلاغات والشكاوى، والبحث والتحري، والانتقال والمعاينة، وضبط الأدلة المادية الخارجية، حيث إن الحصانة قاصرة على تحريك الدعوى الجزائية العامة فقط، وليس هناك ما يمنع جهة الاستدلال من اتخاذ أي إجراء من إجراءات الاستدلال في جرائم الفساد المالي والإداري التي يشتبه في ارتكاب الوزير أو القاضي.

- (١) انظر: المادة (٣/١٧٩) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».
- (٢) انظر: المادة (٤/١٧٩) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».
- (٣) من «الترتيبات التنظيمية والهيكيلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

المطلب الرابع: جرائم الفساد المالي والإداري لا تنقضي بالتقادم:

نص «نظام الإجراءات الجزائية» صراحة على أسباب انقضاء الدعوى العامة في جميع دعاوى الحق العام، حيث نصت المادة الثانية والعشرون من «نظام الإجراءات الجزائية» على أنه: «تنقضي الدعوى الجزائية العامة في إحدى الحالات الآتية:

١. صدور حكم نهائي.

٢. عفو ولي الأمر فيما يدخله العفو.

٣. ما تكون التوبة فيه بضوابطها الشرعية مسقطاً للعقوبة.

٤. وفاة المتهم».

وتأسيساً على ما سبق فإن «نظام الإجراءات الجزائية» قصر انقضاء الدعوى العامة على الأسباب الأربعة -سابقة الذكر- ولم يجعل «التقادم»^(١) أحد أسباب انقضاء الدعوى الجزائية العامة، وبالتالي فإن من ارتكب جريمة فساد مالي أو إداري ثم مضى زمن على ارتكابها، أو أحيل على التقاعد، أو ترك وظيفته باستقالة أو فصل، فإنه يحق لهيئة التحقيق ومكافحة الفساد تحريك الدعوى الجزائية العامة ضده متى ما قامت الأدلة على ارتكاب جريمة فساد، ولو مضى على ارتكابها زمن طويل.

(١) المقصود بالتقادم هنا: مرور مدة زمنية محددة نظاماً على الجريمة دون اتخاذ أي إجراء من إجراءات تحريك الدعوى العامة.

ومما يحسن الإشارة إليه، أن المنظم السعودي أخذ بمبدأ التقادم في بعض الأنظمة الجزائية^(١)، ويلاحظ أن التقادم في الأنظمة الجزائية السعودية لم يرد كقاعدة عامة تطبق على جميع الأنظمة المتعلقة بالحق العام، وبالتالي يكون تطبيق مبدأ التقادم مقتصرًا على تلك الأنظمة ولا يمتد إلى غيرها من الأنظمة، كما يلاحظ أن مدة التقادم تختلف من نظام إلى آخر، فهي في «النظام الجزائي لجرائم التزوير» محددة بعشر سنوات، ونظام «أوراق التجارية» و«نظام الموائع» محددة بثلاث سنوات، وفي «نظام التأمينات الاجتماعية» محددة بخمس سنوات^(٢).

وتأسيساً على ما سبق يرى الباحث عدم مناسبة الأخذ بمبدأ التقادم في جرائم الفساد المالي والإداري، إلا أنه ينبغي على هيئة الرقابة ومكافحة الفساد سرعة البحث والتحري عن مرتكبي جرائم الفساد المالي والإداري، وتقديمهم للمحاكمة في أسرع وقت ممكن؛ للاعتبارات التالية:

١. تحمل الجهات ذات العلاقة المسؤولية الكاملة بالتحري والبحث عن مرتكب تلك الجرائم خلال مدة زمنية قصيرة؛ وإلا تعتبر مفرطة ومقصرة في أداء عملها أمام المسؤول وكافة الشعب؛ مما يؤدي ذلك إلى تكثيف الجهود

(١) انظر: المادة (٢٧) من «النظام الجزائي لجرائم التزوير»، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١١) بتاريخ ١٨/٢/١٤٣٥هـ، والمادة (٥٣) من «نظام الأوراق التجارية»، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٧) بتاريخ ١١/١٠/١٣٨٣هـ، والمادة (٣/٥٩) من «نظام التأمينات الاجتماعية»، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٣) بتاريخ ٣/٩/١٤٢١هـ، والمادة (٣) من «نظام الموائع والمرافق والمناثر البحرية»، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٧) بتاريخ ٢٤/٦/١٣٩٤هـ.

(٢) انظر: الادعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، للدكتور طلحة غوث، ص (٥٤٦).

وبذل مزيد من الجهد والاجتهاد للكشف عن مرتكب الجريمة وسرعة إحالة من تثبت إدانته للمحكمة.

٢. تطوير الكوادر البشرية، والتقنيات الحديثة من قبل الجهات المعنية لمنسوبيها، ولجميع إداراتها المختلفة، مواكبةً للتغيرات والأساليب المتجددة في ارتكاب مثل تلك الجرائم.

٣. سهولة الحصول والعثور على الأدلة المادية للجريمة وتحريزها، إذ إن طول الزمن قد يعرضها للمحو أو التلف أو التعديل، فسرعة الحصول على أدلة الجريمة يسهل على الجهات المختصة إثبات إدانة الجاني أمام القضاء.

٤. عدم الاحتجاج بطول المدة الزمنية، ونسيان الواقعة الجرمية عند عرض الأدلة على المتهم أثناء التحقيق أو المحاكمة، إذ إن هذا الدفع قد يكون مؤثراً أمام القضاء؛ لصعوبة تذكّر واقعة جرمية وقعت قبل عشر سنوات، أو خمس عشرة سنة.

٥. أن الكشف عن الجاني خلال فترة زمنية قصيرة يمكن الجهات المختصة من سرعة استرداد المتحصلات من جرائم الفساد المالي أو الإداري قبل التصرف فيها أو استثمارها، فكلما زادت المدة كلما قلت احتمالية استرداد المتحصلات من تلك الجرائم.

٦. تناسب العقوبة مع الجرم الجنائي؛ لما هو من المقرر فقهاً ونظاماً أن حال الجاني له اعتبار من ناحية تشديد العقوبة أو تخفيفها، إذ إن عمر الجاني وحالته الصحية، وانتشار الفعل الجنائي، أو قلته، كل ذلك له اعتباره؛

فعند القبض على الجاني بعد سن «الخمسین أو الستین» فإن حالته الصحية -غالباً- تكون متدهورة، مما یوجب تخفیف العقوبة، وذلك لا یتناسب مع العقوبة إذا تم إیقاعها على الجاني حال ارتكابه للجريمة، أو بعد ارتكابها بزمن قصیر.

٧. تحقیق الردع الخاص للأفراد؛ وذلك عندما یتیقن المتهم بأن جرمته سیتم اكتشافها خلال فترة زمنية قصيرة، وإیقاع العقوبة المناسبة علیه، مما یؤدي ذلك إلى تحقیق الردع العام.

لذا یرى الباحث عدم مناسبة الأخذ بمبدأ التقادم في دعاوی الفساد المالي والإداري، مع ضرورة حرص الجهات المعنية على كشف جرائم الفساد المالي والإداري في أسرع وقت ممكن حال ارتكابها، وسرعة تقديم المتهمین للمحاكمة.

المطلب الخامس: جرائم الفساد المالي والإداري لا یشمها العفو:

نص «نظام الإجراءات الجزائية» صراحة على أسباب انقضاء الدعوى العامة في جمیع دعاوی الحق العام، حيث نصت المادة الثانية والعشرون من «نظام الإجراءات الجزائية» على أنه: «تنقضي الدعوى الجزائية العامة في إحدى الحالات الآتية: ... ٢. عفو ولي الأمر فیما یدخله العفو. ...».

إن من المقرر في المملكة العربية السعودية صدور عفو من الملك -أیده الله وسدده- كل عام یقرر فيه العفو عن بعض العقوبات التعزيرية التي صدر فیها حکم قضائي مكتسباً الصفة القطعية، یقتصر تطبيقه على سجناء الحق العام في الجرائم التعزيرية، دون جرائم الحدود، والحقوق الخاصة.

وبالتالي فإن جرائم الفساد المالي والإداري لا تكن مشمولة بتعليقات العفو، حيث نصت الفقرة (ثانياً) قضايا السجناء السعوديين غير المشمولين بالعفو على: «قضايا جرائم الفساد المالي والإداري، وخيانة الأمانة، ونزاهة الوظيفة العامة»^(١).

إلا أن هذه القواعد ليست أصلاً ثابتاً على الدوام، فلولي الأمر جعل قضايا الفساد المالي والإداري -كلها أو بعضها- من الجرائم التي يشملها العفو متى ما رأى في ذلك مصلحة، وبما يحقق المصلحة العامة.

ويترتب على العفو الصادر من الإمام إذا كان قبل الحكم يعتبر مسقطاً للدعاء العام، وإذا كان بعد الحكم يعتبر مسقطاً للعقوبة.

المطلب السادس: جواز التسوية الودية في جرائم الفساد المالي والإداري:

يقتصد بالتسوية الودية في جرائم الفساد المالي والإداري بأنها: «عمل إجرائي إداري رتب عليه القانون أثراً، وهو انقضاء سلطة الدولة في العقاب في مقابل دفع التهم مبلغاً من المال»^(٢).

- وعرفت بأنها: «عقد رضائي بين طرفين الجهة الإدارية من ناحية، والمتهم من ناحية أخرى، بموجبه تتنازل الجهة الإدارية عن طلب رفع

(١) انظر: تعليمات العفو الملكي الكريم رقم (٦١٨٧٧) في ٢٧/١٠/١٤٤٢هـ.

(٢) جرائم تهريب النقد ومكافحتها، للدكتور نبيل لوقا بباوي، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، القاهرة، ١٩٩٢م، ص(١٧).

الدعوى الجنائية مقابل دفع المخالف الجُعل المحدد في القانون كتعويض أو تنازله عن المضبوطات»^(١).

وقد أخذت المملكة العربية السعودية بمبدأ المصالحة والتسوية الودية في جرائم الفساد المالي والإداري^(٢)، ولهذا المبدأ اعتباراته وأسانيده ومن أهمها:

- يحقق هذا النظام سرعة استرداد الأموال التي تم الاستيلاء عليها، وهو ما سيؤدي إلى زيادة موارد الدولة، واستثمارها.

- يُمكن هذا النظام من استعادة الأموال التي يصعب استرجاعها عن طريق التقاضي.

- يحقق هذا النظام توفير النفقات المالية التي قد تخسرهما الدولة نظير طول فترة التقاضي، وصعوبة إثبات الأفعال المكونة لمثل هذه الجرائم.

- أن تطبيق هذا النظام يخفف العبء على الجهات القضائية، ويمنع تدفق مثل هذه القضايا على المحاكم، مما يحقق العدالة الناجزة.

- أن تطبيق هذا النظام يجنب المتهم مغبة تقييد حريته، ويعطي له الفرصة من أجل التوبة، والعودة للطريق الصحيح، كما يحقق ذلك تحقيق الردع العام والخاص^(٣).

(١) الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية، للدكتور محمد عبد العزيز، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص(٣١).

(٢) هذا ما جرى عليه العمل في التعامل في الواقع العملي مع دعاوى الفساد المالي والإداري والتي قادها ولي العهد -حفظه الله- بالمملكة العربية السعودية، وصرح به المسؤولون للصحافة والإعلام، حيث لا يوجد نظام ينظم أحكام المصالحة في جرائم الفساد.

(٣) انظر: التصالح في جرائم العدوان على المال العام، للدكتور خالد موسى التوني، كلية الحقوق، جامعة أسيوط ص(٩٩٢).

والأصل أن آثار التسوية الودية في جرائم الفساد المالي والإداري، تقتصر على الدعوى الجزائية العامة، ولا تمتد آثاره إلى كل الدعاوى التأديبية أو المدنية، أي أنه يحق للمضرور من الجريمة، أن يقيم دعوى مدنية بطلب التعويض عما أصابه من ضرر، كما أن الأصل أن التسوية الودية والتصالح يكون في جرائم العدوان على المال العام، ولا يجوز أن يمتد إلى غيرها من الجرائم -كالرشوة، والتزوير، وإساءة استخدام السلطة، وغسل الأموال- إلا إذا صدر عفو في تلك الجرائم أو مصالحة على إسقاط العقوبة أو وقفها^(١). وتأسيساً على ما سبق فإنه حال حصول التسوية الودية فإن هيئة الرقابة ومكافحة الفساد تقوم بحفظ الدعوى إذا كانت ما زالت قيد التحقيق، وتقوم المحكمة المختصة بالحكم في الدعوى الجزائية العامة بانقضاء الدعوى الجزائية العامة بالتصالح أو العفو -بحسب الحال-^(٢).

(١) انظر: التصالح في جرائم العدوان على المال العام، للدكتور خالد موسى التوني، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ص (١٠٥١).

(٢) هذا ما جرى عليه العمل في التعامل مع دعاوى الفساد المالي والإداري بالمملكة العربية السعودية؛ ونظراً لعدم وجود نظام يحكم إجراءات التعامل مع جرائم الفساد المالي والإداري، فقد أوصى الباحث بإعداد مشروع نظام يحكم إجراءات دعاوى الفساد المالي والإداري.

المبحث الثالث فصوصية الموظف العام أو من في حكمه، في دعاوى الفساد المالي والإداري

نظراً لخصوصية دعاوى الفساد المالي والإداري، فإن للموظف العام أو من في حكمه ثلاثة أحوال، وبيان ذلك كالتالي:

الحالة الأولى:

عدم ثبوت إدانة الموظف بتهمة تتعلق بالفساد المالي والإداري، لدى هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، فتصدر الهيئة قراراً بحفظ الدعوى^(١)، وأما إذا رفعت الدعوى للمحكمة المختصة وصدر حكم مكتسب الصفة القطعية بعدم ثبوت إدانة الموظف، فللموظف الرجوع إلى عمله وممارسة مهامه الوظيفية، ولا يتم فصله ولو أمضى أكثر من سنة موقوفاً على ذمة تلك القضية^(٢).

الحالة الثانية:

وجود شبهات قوية على الموظف تتعلق بتهم فساد مالية أو إدارية.

(١) استناداً للمادة (١٢٤) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٢) انظر: قرار مجلس الوزراء رقم (٢٨٦) في ٣٠/٥/١٤٤٠هـ والمتضمن: «من فصل من عمل بسبب انقطاعه عنه وثبت أنه كان موقوفاً لدى الجهات الأمنية، وأطلق سراحه، ولم يصدر في حقه حكم يستوجب إنهاء خدمته، فيسحب قرار فصله، ويعالج وضعه... إلخ».

نصت الفقرة (ثالثاً) من المادة (رابعاً)^(١) على أنه: «إذا أسفر التحقيق مع الموظف العام أو من في حكمه وجود شبهات قوية تمس كرامة الوظيفة أو النزاهة، جاز لرئيس الهيئة بعد أخذ رأي رئيس الجهاز الذي تبع له الموظف اقتراح فصله بأمر ملكي، دون أن يؤثر ذلك على استكمال إجراءات الدعوى الجنائية بحقه».

ويفهم من نص المادة، أنه يجوز فصل الموظف حين وجود شبهات قوية تمس كرامة ونزاهة الوظيفة العامة، ولو لم تقم ضده دعوى عامة، ولو لم يصدر حكم من المحكمة المختصة بثبوت إدانته «كإجراء احترازي»، إلا أن الترتيبات التنظيمية وضعت ضمانات قوية للموظف يجب توفرها جميعاً، منعاً لإساءة استخدام هذا الحق، وهي على النحو التالي:

- وجود عدة شبهات يعضد بعضها بعضاً - وليس شبهة واحدة -.
- وجود أدلة قوية مستندة إلى دليل مادي ملموس، فإن كانت الأدلة ضعيفة أو ظنية، فلا يجوز استخدام ذلك الحق.
- أن تكون الشبهات القوية تتعلق بقضايا فساد مالي أو إداري، أو تمس كرامة ونزاهة الوظيفة دون غيرها من الشبهات والتهم، دون أن يؤثر ذلك على استكمال إجراءات الدعوى الجنائية بحقه.
- وجوب إجراء تحقيق مفصل مع الموظف، وظهور نتائج التحقيق بوجود شبهات تتعلق بقضايا فساد مالي أو إداري.

(١) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».



- وجوب أخذ رأي رئيس الجهاز الذي يتبع له الموظف.
- يكون فصل الموظف بأمر ملكي بعد اقتراح يقدمه رئيس الهيئة^(١).
- وتأسيساً على ما سبق، فإن المنظم وضع تلك الضمانات للموظف، وشدد في شروطها؛ حفاظاً على حق الموظف في الاستمرار في وظيفته، وتحقيقاً للأمن الوظيفي، ومنعاً لإساءة استخدام ذلك الحق.

الحالة الثالثة:

ثبوت إدانة الموظف بتهمة تتعلق بالفساد المالي والإداري.
نصت الفقرة (أ) من المادة الثانية عشرة^(٢) على أنه: «يفصل الموظف بقوة النظام، ويعتبر الفصل لأسباب تأديبية في الحالات الآتية: ... ٤ - إذا حكم عليه بعقوبة السجن لمدة تزيد عن سنة».

واستثناء من هذا الأصل، ونظراً لخصوصية الموظف العام ومن في حكمه في جرائم الفساد المالي والإداري، فإن الموظف يفصل من وظيفته ولو كانت العقوبة لمدة أقل من سنة، حيث نصت الفقرة (ثانياً) من المادة (رابعاً)^(٣) على أنه: «يترتب على الحكم الصادر من المحكمة المختصة بإدانة

(١) هذا النص عام، والذي يظهر شمول كل المراتب الوظيفية بذلك، ما لم يرد مخصص، وهذا لا يتنافى مع مراعاة اختصاص الجهات المسؤولة عن موظفيها - كالمجلس الأعلى للقضاء - ونحوه.

(٢) انظر: الفقرة (د) من المادة (٢٢٨) من «اللائحة التنفيذية للموارد البشرية».

(٣) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

أي موظف أو من في حكمه بجريمة جنائية تتصل بالفساد المالي أو الإداري، فصله من وظيفته بصرف النظر عن مقدار العقوبة المحكوم بها أو مدتها»^(١).
وتأسيساً على ما سبق فإن الموظف في جرائم الفساد المالي والإداري له خصوصية دون غيرها من الجرائم، تتلخص في جواز فصله من عمله بأمر ملكي، دون أن يؤثر ذلك على استكمال إجراءات الدعوى الجنائية في حقه متى ما توفرت الشروط المنصوص عليها، ويفصل الموظف من وظيفته متى ما صدر بحقه حكم مكتسب الصفة القطعية بثبوت إدانته بارتكابه جريمة فساد مالي أو إداري والحكم عليه بالعقوبة، بصرف النظر عن مقدار العقوبة المحكوم بها أو مدتها»^(٢).

(١) مع الأخذ بعين الاعتبار ما نصت عليه المادة (٢٢٨) من «اللائحة التنفيذية للموارد البشرية» والتي نصت على أنه: «يفصل الموظف بقوة النظام ويعد الفصل لأسباب تأديبية في الحالات الآتية: ... ج- إذا صدر عليه حكم من جهة قضائية مختصة مكتسب للصفة القطعية مصرح فيه بالإدانة والحكم بالعقوبة في الجرائم التالية: (الرشوة، والتزوير، والاختلاس، وتهريب المخدرات أو المسكرات أو ترويجها أو المتاجرة فيها). ...».

(٢) انظر: المادة (رابعاً) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

المبحث الرابع الجهات المختصة بالنظر في قضايا الفساد المالي والإداري

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: هيئة الرقابة ومكافحة الفساد:

بعد أن اتسعت الدولة وامتدت أطرافها، وازداد عدد سكانها، وكثرت أعمال حاكمها، وأصبح الحاكم - في هذا العصر - الذي يعتبر ممثلاً للمجتمع ليس لديه الوقت الكافي للنهوض بهمة الادعاء العام في الجرائم بشكل عام، وفي جرائم الفساد المالي والإداري بشكل خاص؛ ولذلك رأى أن يخصص فئة معينة نيابة عنه، وعن سائر الأمة تقوم بضبط الجرائم ورفع أمرها إلى القضاء لطلب معاقبة فاعلها، وأطلق عليهم في الأنظمة الحديثة «المدعون العامون»، وبهذا تعد النيابة العامة^(١) هي صاحبة الاختصاص في التحقيق في جميع الجرائم والادعاء العام فيها، ومباشرتها أمام المحاكم^(٢)، وبذلك تعد نائبة عن المجتمع في المطالبة بتوقيع العقاب على الجاني سواء.

(١) انظر: «نظام هيئة التحقيق والادعاء العام - النيابة العامة»، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ ٢٤/١٠/١٤٠٩هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٣٢٦٤) في ٢٠/١١/١٤٠٩هـ.

(٢) انظر: المادة (٣) من «نظام النيابة العامة»، والمادتين (١٣-١٥) من «نظام الإجراءات الجزائية».

ولما تطور الأمر بحيث أصبحت جرائم الفساد المالي والإداري والتحقيق والادعاء فيها على درجة كبيرة من التشعب والتعقيد؛ ونظراً لخصوصية سير الدعوى العامة في قضايا الفساد المالي والإداري، وفي ضوء هذه المتغيرات، رأى ولي الأمر إنشاء جهة مستقلة للتحقيق في تلك الجرائم والادعاء، فيها فقد صدر الأمر الملكي الكريم^(١) بإنشاء هيئة الرقابة ومكافحة الفساد؛ لتختص بالاستدلال والتحري والبحث، والتحقيق في جرائم الفساد المالي والإداري، والادعاء بها أمام الجهات القضائية في الحقوق العامة^(٢)، حيث نصت الفقرة (أولاً)^(٣) على: «ضم هيئة الرقابة والتحقيق إلى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، وتعديل اسم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد ليكون (هيئة الرقابة ومكافحة الفساد) لتعنى بالرقابة الإدارية ومكافحة الفساد المالي والإداري، وحماية النزاهة وتعزيز الشفافية، ... إلخ».

وبهذا تعد هيئة الرقابة ومكافحة الفساد الجهة المختصة المعنية برفع دعوى الحق العام في جميع جرائم الفساد المالي والإداري، ومباشرتها أمام المحكمة المختصة، وبذلك تكون نائبة عن المجتمع في المطالبة بتوقيع العقاب على الجاني في جرائم الفساد المالي والإداري.

(١) رقم (أ/٢٧٧).

(٢) انظر: الفقرة (أولاً) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

(٣) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

- وتأسيساً على ما سبق، فإن هيئة الرقابة ومكافحة الفساد تختص في الدعوى الجزائية العامة، بما يلي^(١):
- البحث والتحري عن جرائم الفساد المالي والإداري، واستيفاء إجراءات الاستدلال.
 - التحقيق في جرائم الفساد المالي والإداري.
 - التصرف في التحقيق في جرائم الفساد المالي والإداري برفع الدعوى، أو حفظها.
 - الادعاء أمام الجهات القضائية.
 - طلب تمييز الأحكام.
 - الإشراف على تنفيذ الأحكام الصادرة في قضايا الفساد الإداري والمالي^(٢).

وقد أشارت «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري»، بأن تقوم هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، بتطبيق الأحكام والقواعد والإجراءات، والمدد المقررة نظاماً التي تعمل بها النيابة العامة في هذا الشأن، فتطبق أحكام «نظام الإجراءات الجزائية» في جميع مراحل

(١) تختص هيئة الرقابة ومكافحة الفساد بما تختص به النيابة العامة في الدعوى الجزائية العامة.

(٢) انظر: البنود (أولاً، ثانياً، ثالثاً، تاسعاً) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

الدعوى الجزائية العامة، ابتداءً بمرحلة الاستدلال وانتهاءً بمرحلة التنفيذ^(١).

وقد باشرت هيئة الرقابة ومكافحة الفساد مهام عملها في تقصي جرائم الفساد المالي والإداري، على أن يتولى رئيس الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد - إلى حين استكمال جميع الإجراءات النظامية اللازمة لإنفاذ ذلك والعمل بموجبه - القيام بصلاحيات رئيس هيئة الرقابة والتحقيق، وله تفويض من يراه بممارسة بعض صلاحيات رئيس هيئة الرقابة والتحقيق المالية والإدارية أو ما يتصل بحسن سير العمل في الهيئة^(٢).

المطلب الثاني: جهة الاستدلال في جرائم الفساد المالي والإداري:

حدد «نظام الإجراءات الجزائية» على سبيل الحصر الأشخاص المخولين بالقيام بأعمال الضبط الجنائي بحسب المهام الموكلة إليهم^(٣).

واستثناء لهذا الأصل فإن جهة الاستدلال^(٤) في جرائم الفساد المالي والإداري أصبحت منعقدة للمباحث الإدارية بهيئة الرقابة ومكافحة

(١) انظر: البند (٢) من الفقرة (ثانياً) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

(٢) انظر: الفقرة (أولاً) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

(٣) انظر: المادة (٢٦) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٤) تعرف إجراءات الاستدلال في جرائم الفساد بأنها «مجموعة من الإجراءات التمهيدية السابقة لتحريك الدعوى الجزائية العامة، تهدف إلى جمع معلومات بشأن جريمة فساد

الفساد، حيث نص البند (ثانياً)^(١) على: «ضم المباحث الإدارية إلى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، لتكون وحدة تنظيمية فيما تسمى (التحريات الإدارية)، ويتولى رئيس الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد إلى حين استكمال جميع الإجراءات النظامية اللازمة؛ لإنفاذ ذلك والعمل بموجبه مباشرة اختصاصات رئيس المباحث الإدارية، وله تفويض من يراه بممارسة بعض الصلاحيات الإدارية لرئيس المباحث الإدارية».

ومن أعمال جهة الاستدلال في جرائم الفساد «المباحث الإدارية» على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

١. قبول البلاغات والشكاوى التي ترد إليهم في الجرائم المتعلقة بالفساد المالي والإداري، سواء كانت مشافهة أو كتابة معلومة المصدر أو مجهولة^(٢).
٢. فحص البلاغات والشكاوى المقدمة وجمع المعلومات المتعلقة بها في محاضر يتم التوقيع عليها تحت إشراف مرؤوسيه^(٣).
٣. الانتقال إلى مكان وقوع جريمة الفساد - إن لزم الحال -، وضبط كل ما يتعلق بالجريمة، والمحافظة عليها^(٤).

مالي أو إداري قد ارتكبت؛ لتقرر هيئة التحقيق ومكافحة الفساد بناء عليها تحريك الدعوى العامة أو حفظها».

- (١) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».
- (٢) انظر: المادة (٢٧) من «نظام الإجراءات الجزائية».
- (٣) انظر: المادة (٢٧) من «نظام الإجراءات الجزائية».
- (٤) انظر: المادة (٢٧) من «نظام الإجراءات الجزائية».

٤. سؤال من نُسب إليه ارتكاب جريمة فساد، والاستماع إلى من لديه معلومات عن الواقعة الجرمية ومرتكبيها^(١).

٥. الاستعانة بأهل الخبرة وطلب رأيهم كتابة^(٢).

٦. إشعار وحدة التحقيق الجنائي بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد بواقعة الجريمة حالاً^(٣).

٧. القيام بإجراء معين أو أكثر من إجراءات التحقيق عدا استجواب المتهم حال نذب رجل الضبط الجنائي القيام بذلك^(٤).

ويجب إثبات جميع إجراءات الاستدلال التي يقوم بها رجال الضبط الجنائي -التحريات الإدارية- في محضر خاص يتم التوقيع عليه من معديه وتحت إشراف مرؤوسيههم، ولرجال الضبط الجنائي -المباحث الإدارية- القيام بأي إجراء من شأنه الكشف عن جريمة فساد وحقيقة مرتكبها، ولو لم يكن منصوباً عليها صراحة ما دام أن النظام لم يحظر عليه ذلك، ويستمر رجال الضبط الجنائي بواجباتهم في جمع التحريات والاستدلالات اللازمة، وتحاط وحدة التحقيق بالهيئة بذلك، ويجرر بنتائج ذلك محضر يبعث إلى وحدة التحقيق بالهيئة^(٥).

(١) انظر: المادة (٢٨) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٢) انظر: المادة (٢٨) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٣) انظر: المادة (٣٠) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٤) انظر: المادة (٦٦) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٥) انظر: المادة (١٦ / ٥) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».

المطلب الثالث: جهة التحقيق في جرائم الفساد المالي والإداري:

استناداً للمادة الثالثة من «نظام النيابة العامة» والتي نصت على أنه: «تختص النيابة العامة وفقاً للأنظمة وما تحدده اللائحة التنظيمية، بما يلي:

أ. التحقيق في الجرائم.

ب. التصرف في التحقيق برفع الدعوى أو حفظها طبقاً لما تحدده اللوائح».

جعل النظام السعودي التحقيق في جميع الجرائم من اختصاص النيابة العامة، فهي صاحبة الصلاحية في التحقيق في جميع الجرائم، حيث نصت المادة الثالثة عشرة من «نظام الإجراءات الجزائية» على أن: «تتولى النيابة العامة التحقيق والادعاء العام طبقاً لنظامها ولائحته».

واستثناء لهذا الأصل فإن التحقيق في جرائم الفساد المالي والإداري أصبح منعقداً لوحدة التحقيق الجنائي وهيئة الرقابة ومكافحة الفساد حيث نص البند (١) من الفقرة (ثالثاً)^(١) على أن: «تشأ وحدة تحقيق وادعاء جنائي في هيئة الرقابة ومكافحة الفساد تختص بالتحقيق الجنائي في القضايا الجنائية المتعلقة بالفساد المالي والادعاء فيها»، كما نص البند (٢) من الفقرة (ثالثاً)^(٢) على أن: «تعمل الدوائر في وحدة التحقيق والادعاء الجنائي وفق الأحكام والقواعد والإجراءات والمدد المحددة نظاماً التي تعمل بها النيابة العامة في هذا الشأن».

(١) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

(٢) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

وقد أجازت «الوثيقة التنظيمية لمكافحة الفساد المالي والإداري» استمرار النيابة العامة في التحقيق في قضايا الفساد المالي والإداري، في بعض مناطق المملكة التي لا يوجد بها فروع لهيئة الرقابة ومكافحة الفساد، حيث نص البند (٣) من الفقرة (ثالثاً)^(١) على: «الرئيس الهيئة التنسيق مع النائب العام من أجل استمرار النيابة العامة في التحقيق في قضايا الفساد المالي والإداري في بعض مناطق المملكة التي لا يوجد بها فروع لهيئة الرقابة ومكافحة الفساد، على أن توضع آلية محكمة بين النيابة العامة والهيئة تضمن حصر تلك القضايا، ومتابعتها من قبل الهيئة وما تنتهي إليه».

وتتمثل أعمال وحدة التحقيق في هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، على سبيل المثال بما يلي:

١. التحقيق في الجرائم المتعلقة بالفساد المالي والإداري.
٢. الانتقال والمعاينة وندب رجال الضبط وندب الخبراء.
٣. الاستماع إلى الشهود، وإصدار أوامر الإحضار القبض والتفتيش، وضبط الرسائل ومراقبة المحادثات.
٤. الاستجواب والمواجهة.
٥. إصدار أوامر التوقيف حسب المدد المحددة نظاماً، وإصدار أوامر الإفراج.
٦. التصرف في الدعوى إما بإقامة الدعوى الجزائية العامة أو حفظها - حسب الحال -.

(١) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

المطلب الرابع: جهة الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري:

استناداً للمادة الثالثة من «نظام النيابة العامة»، والتي نصت على أنه: «تختص النيابة العامة وفقاً للأنظمة وما تحدده اللائحة التنظيمية، بما يلي:

...

ج- الادعاء أمام الجهات القضائية وفقاً لللائحة التنظيمية.

د- طلب تمييز الأحكام».

جعل النظام السعودي الادعاء العام في الجرائم من اختصاص النيابة العامة، فهي صاحبة الصلاحية في الادعاء بالحق العام في جميع الجرائم، ويؤيد ذلك ما جاء في «نظام الإجراءات الجزائية»، منها:

- المادة الثالثة عشرة: «تتولى هيئة التحقيق والادعاء العام التحقيق والادعاء العام طبقاً لنظامها ولائحته».

- المادة الخامسة عشرة: «تختص هيئة التحقيق والادعاء العام -وفقاً لنظامها- بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام المحاكم المختصة».

- المادة السادسة والخمسون بعد المائة: «يجب أن يحضر المدعي العام جلسات المحكمة في الحق العام، وذلك في الجرائم التي تحددها لوائح هذا النظام، وعلى المحكمة سماع أقواله والفصل فيها».

واستثناء من هذا الأصل فإن الادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري، أصبح منعقداً لوحدة الادعاء العام الجنائي بهيئة الرقابة ومكافحة

الفساد حيث نص البند (١) من الفقرة (ثالثاً)^(١) على: «تنشأ وحدة تحقيق وادعاء جنائي في هيئة الرقابة ومكافحة الفساد تختص بالتحقيق الجنائي في القضايا الجنائية المتعلقة بالفساد المالي والادعاء فيها».

وبالتالي فإن وحدة الادعاء العام بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد، هي المختصة بالادعاء العام في جرائم الفساد المالي والإداري، ويتلخص عملها فيما يلي:

- دراسة القضايا الواردة إليها ومراجعتها.
- إعداد لائحة الدعوى العامة.
- إقامة الدعوى الجزائية العامة أمام المحاكم المختصة.
- حضور جلسات المحاكمة، وتقديم البينات.
- الاعتراض على أوامر الإفراج الصادرة من المحكمة المختصة.
- الاعتراض بمذكرة اعتراضية حيال الأحكام المخالفة للطلبات الواردة في لائحة الدعوى العامة.

فالمدعي العام بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد، هو المختص برفع دعوى الحق العام في القضايا المتعلقة بالفساد المالي والإداري، ومباشرتها أمام المحكمة المختصة، ووصف التهمة أو الواقعة، وتقديم الأدلة أمام المحكمة، والمطالبة بتوقيع العقوبة الملائمة، ومتابعة الدعوى حتى الفصل فيها بحكم نهائي.

(١) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

ولا يوجد نص نظامي ينظم آلية توزيع القضايا على المدعين العامين التابعين لوحدة الادعاء العام الجنائي، وعليه فإن الأمر متروك للسلطة التقديرية لرئيس وحدة الادعاء العام الجنائي، وفقاً لما يرى فيه تحقيق للمصلحة العامة والمحافظة عليها، وبالتتبع والاستقراء تبين أن الأمر في الواقع العملي لا يخرج عن الآتي:

أ. تخصيص مدعين عامين حسب دوائر المحكمة التي تنظر الدعوى ودوائرها.

ب. تخصيص مدعين عامين حسب دوائر الهيئة.

ت. تخصيص مدعين عامين على حسب أهمية قضية وطبيعتها.

ث. عدم التخصيص، ومعالجة الأمر وفقاً للوارد الزمني لكل قضية من القضايا الواردة للدائرة، عطفاً على أسماء المدعين العامين المدونة بالسجل المخصص لهذا الغرض^(١).

وينبغي على المدعي العام في قضايا الفساد المالي والإداري: سرعة إنجاز القضايا مع مراعاة الدقة والجودة، والمحافظة على سرية ما يطلعون عليه، وبذل مزيد عناية في قضاياهم، ويجب أن توجه التهمة بناء على أدلة قوية على نسبة الجريمة، وعدم توجيه التهمة على سبيل الظن أو الاحتمال، وتطبيق حقوق وضمانات المتهمين الواردة في «نظام الإجراءات الجزائية» والأنظمة ذات العلاقات في جميع مراحل الدعوى الجزائية العامة.

(١) انظر: الادعاء العام والمحكمة الجزائية، للدكتور علي الهجري، ص (٤٦).

ويحظر على المدعي العام أثناء القيام بمهمة الادعاء العام فعل أحد المحظورات والأفعال التالية:

١. العمل على دحض أدلة الإدانة بأدلة النفي، أو المطالبة ببراءة المتهم؛ لأن هذا يتعارض مع مهمة المدعي العام، وإذا ظهر له أدلة جديدة تدل على براءة المتهم فيجب عرضها على القاضي^(١).

٢. طلب التنازل عن الدعوى العامة، أو إيقافها، أو الرجوع عنها بعد رفعها للمحكمة المختصة^(٢).

٣. التمسك بالوصف الجرمي الموصوف في الدعوى العامة؛ لأن المدعي العام يدعي بالواقعة، وأما تكييف الواقعة فيخضع لتقدير المحكمة^(٣).

٤. الغياب أو التأخر عن الجلسات التي يكون حضور المدعي العام فيها وجوبياً؛ كأن تكون الجريمة كبيرة وموجبة للتوقيف، أو عند طلب حضوره من قبل القاضي^(٤).

٥. المبالغة في الوصف الجرمي، والخروج عن حد الاعتدال، أو الاستهانة في إظهار حجم الجريمة وما تمثله من مخاطر أمنية.

٦. طلب أكثر من مهلة -تتجاوز العادة- لغرض جلب البينات، بقصد الإضرار بالمتهم وإطالة أمد الدعوى.

(١) انظر: المادة (١٢٣) من اللائحة التنفيذية ل«نظام الإجراءات الجزائية».

(٢) انظر: المادة (٥) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٣) انظر: المادة (١٥٨) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٤) انظر: المادة (١٥٦) من «نظام الإجراءات الجزائية».

٧. تقرير قناعته بالحكم الصادر في الدعوى الجزائية العامة، ولكن له التصريح بأنه ليس لديه اعتراض على الحكم؛ لأنه نائب عن ولي الأمر ولم يعط حق القناعة فهو لا يملكها، كما لا يجوز له طلب إعادة محاكمة المتهم على ذات الفعل مرتين^(١).

(١) انظر: المادة (١٧٧) من «نظام المرافعات الشرعية»، المادة (١٨٦ و٢١٠) من «نظام الإجراءات الجزائية»، وبرقية سمو وزير الداخلية رقم (١/٥/٤/٧٥٦٥) وتاريخ ١٤٢٧/٢/٥هـ.

المبحث الخامس فصوصية المحاكمة في قضايا الفساد المالي والإداري

المطلب الأول: الاختصاص في قضايا الفساد المالي والإداري:

تخصيص المحاكم وعمل القضاة أمر جائز حسب ما يحدده ولي الأمر، فله أن يقيدده وفقاً للمصلحة بالزمان أو المكان أو النوع أو الأشخاص، وله أن يجعله عاماً^(١)، وليس هناك ما يمنع - شرعاً أو نظاماً - من أن يعين الحاكم قاضياً لمكان معين أو لزمان معين أو لنوع معين من القضايا؛ إذا رأى مصلحة أو دعت الحاجة إليه^(٢).

ويمكن تعريف هذا التخصيص بأنه: قصر عمل الدائرة القضائية المختصة - نوعياً ومكانياً - بالنظر في قضايا جرائم الفساد المالي والإداري في الحق العام.

لا شك أن المحاكم الجزائية من حيث الأصل هي المختصة بالفصل في جميع الجرائم المعاقب عليها لجميع الأشخاص وفي جميع الجرائم^(٣)، وينعقد الاختصاص النوعي والمكاني للمحاكمة الجزائية حسب مكان وقوع الجريمة، أو محل إقامة المتهم، أو محل القبض على المتهم^(٤).

(١) انظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية، (٦٠ / ٣٥).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين، (٤ / ٤٧٥)، معين الحكام، ص (١٢)، التاج والإكليل (١١٠ / ٦)، الطرق الحكمية، (٢٣٩).

(٣) انظر: المادة (٢٠) من «نظام القضاء»، والمادة (١٣٢) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٤) انظر: المادة (١٣٠) من «نظام الإجراءات الجزائية».

واستثناء من هذا الأصل، ونظراً لخصوصية قضايا الفساد المالي والإداري فإن الاختصاص النوعي والمكاني منعقد لدوائر الفساد المالي والإداري بالمحكمة الجزائية بالرياض، حيث نص البند رقم (١) من الفقرة (رابعاً)^(١) على أن: «ينعقد الاختصاص المكاني في جميع الدعاوى المتصلة بقضايا الفساد المالي والإداري، للمحكمة المختصة بمدينة الرياض، وتسري على هذه الدعاوى جميع الأحكام والإجراءات المقررة نظاماً»^(٢).

وتشكل الدوائر القضائية المختصة بالنظر في قضايا الفساد المالي والإداري في دوائر الدرجة الأولى بالمحكمة الجزائية بمدينة الرياض من ثلاثة قضاة، وتشكل دوائر محكمة الاستئناف المختصة بتدقيق الأحكام الصادرة من الدرجة الأولى في الرياض من ثلاثة قضاة^(٣).

(١) انظر: الادعاء العام والمحكمة الجنائية، للدكتور علي الهجري، ص (٤٦).

(٢) وقد صدر تعميم معالي رئيس المجلس الأعلى للقضاء - حفظه الله - والمتضمن: أولاً: ينعقد الاختصاص المكاني في جميع الدعاوى المتصلة بقضايا الفساد المالي والإداري المرفوعة من هيئة الرقابة ومكافحة الفساد للمحكمة الجزائية، ومحكمة الاستئناف في مدينة الرياض.

ثانياً: تلغى دوائر قضايا الفساد المالي والإداري في عموم المحاكم الجزائية، ما عدا المحكمة الجزائية في الرياض وتحال جميع قضاياها التي لم يحكم فيها بحكم نهائي قبل صدور هذا القرار إلى المحكمة الجزائية في الرياض أو محكمة الاستئناف في منطقة الرياض - بحسب الحال -.

(٣) انظر: المادة (٢٠) من «نظام القضاء»، وانظر: تشكيل دوائر الفساد المالي والإداري، الصادرة من المجلس الأعلى للقضاء، لعام ١٤٤٣ هـ.

المطلب الثاني: أعمال الدائرة القضائية المختصة بالنظر في قضايا الفساد المالي والإداري:

أولاً: محاكمة المتهمين في قضايا الفساد المالي والإداري:

نصت المادة السادسة من «نظام الإجراءات الجزائية» على أن: «تتولى المحاكم محاكمة المتهمين فيما يسند إليهم من تهم وفقاً للمقتضى الشرعي وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا النظام، وللمحكمة أن تنظر في وقائع غير مدعى بها من المدعي العام مما لا يحتاج إلى تحقيق».

واستثناء من عمل المحاكم الجزائية في جميع مناطق المملكة، فإن النظر في محاكمة المتهمين في قضايا الفساد المالي والإداري مقتصر على الدوائر المختصة بالنظر في جرائم الفساد المالي والإداري.

ثانياً: النظر في إصدار أوامر الإفراج أو الإيقاف:

١. نصت المادة الرابعة عشرة بعد المائة من «نظام الإجراءات الجزائية» على أنه: «وفي الحالات الاستثنائية التي تتطلب التوقيف مدة أطول؛ للمحكمة الموافقة على طلب تمديد التوقيف لمدة أو مدد متعاقبة بحسب ما تراه، وأن تصدر أمراً قضائياً مسبباً في ذلك».

٢. نصت المادة الثالثة والعشرون بعد المائة من «نظام الإجراءات الجزائية» على أنه: «إذا أحيل المتهم إلى المحكمة يكون الإفراج عنه إذا كان موقوفاً، أو توقيفه إذا كان مفرجاً عنه، من اختصاص المحكمة المحال إليها، وإذا حكم بعدم الاختصاص تكون المحكمة التي أصدرت الحكم بعدم

الاختصاص هي المختصة بالنظر في طلب الإفراج، أو التوقيف، إلى أن ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة».

واستثناء لعمل المحاكم الجزائية في جميع مناطق المملكة، فإن النظر في أوامر الإيقاف أو الإفراج للمتهمين في قضايا الفساد المالي والإداري، مقتصر على الدوائر المختصة بالنظر في جرائم الفساد المالي والإداري.

ثالثاً: النظر في أضرار الدعوى الجزائية العامة:

١. نصت المادة السابعة بعد المائتين من «نظام الإجراءات الجزائية» على أن: «كل حكم صادر بعدم الإدانة -بناءً على طلب إعادة النظر- يجب أن يتضمن تعويضاً معنوياً ومادياً للمحكوم عليه لما أصابه من ضرر، إذا طلب ذلك».

٢. نصت المادة الخامسة عشرة بعد المائتين من «نظام الإجراءات الجزائية» على أنه: «إذا كان المحكوم عليه بعقوبة السجن قد أمضى مدة موقوفاً بسبب القضية التي صدر الحكم فيها، وجب احتساب مدة التوقيف من مدة السجن المحكوم بها عند تنفيذها، ولكل من أصابه ضرر -نتيجة اتهامه كيداً، أو نتيجة إطالة مدة سجنه أو توقيفه أكثر من المدة المقررة- الحق في طلب التعويض أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى الأصلية».

واستثناء من عمل المحاكم الجزائية في جميع مناطق المملكة، فإن النظر في دعاوى التعويض الناتجة عن إقامة الدعوى العامة في قضايا الفساد المالي والإداري مقتصر على الدوائر المختصة بالنظر في جرائم الفساد المالي والإداري.

فهذه جملة من الأعمال التي تختص بها الدائرة المختصة بالنظر في جرائم الفساد المالي والإداري، ولا يجوز لأي محكمة أخرى القيام بها.

المطلب الثالث: الادعاء بالحق الخاص في قضايا الفساد المالي والإداري.

يمكن تعريف الادعاء بالحق الخاص في قضايا الفساد المالي والإداري بأنه: الطلب المقدم من المجني عليه، أو من يقوم مقامه، أمام الجهة المختصة، طالباً معاقبة المتهم أو تعويضه في واقعة تتعلق بجريمة فساد مالي أو إداري. والأصل أن الدعوى الجزائية الخاصة إذا لم تقترن بالدعوى الجزائية العامة، فإن الدعوى الجزائية الخاصة تقام في محل إقامة المدعى عليه^(١)، أما إذا اقترنت الدعوى الجزائية الخاصة فإن النيابة العامة مخيرة في إقامة الدعوى العامة في محل وقوع الجريمة، أو محل إقامة المتهم، أو في محل القبض على المتهم^(٢).

واستثناء من هذا الأصل، ونظراً لخصوصية الاختصاص النوعي والمكاني لقضايا الفساد المالي والإداري، فإن الادعاء بالحق الخاص ولكل من أصابه ضرر من جريمة فساد مالي أو إداري - ولورثته من بعده - أن يطالب بحقه الخاص أمام الدوائر القضائية المختصة بالنظر في قضايا الفساد المالي والإداري بالمحكمة الجزائية بمدينة الرياض.

(١) انظر: المادة (٣٦) من «نظام المرافعات الشرعية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٤٤٩١) في ٣/٢/١٤٣٥هـ.

(٢) انظر: المادة (١٣٠) من «نظام الإجراءات الجزائية».

وينعقد الاختصاص للنظر في الحق الخاص في قضايا الفساد المالي والإداري للدوائر التي تنظر الدعوى الجزائية العامة، حيث نصت المادة السابعة والأربعون بعد المائة من «نظام الإجراءات الجزائية» على أنه: «لمن لحقه ضرر من الجريمة - ولوارثه من بعده - أن يطالب بحقه الخاص أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجزائية العامة في أي حال كانت عليها الدعوى، حتى لو لم يقبل طلبه أثناء التحقيق»^(١).

كما لا يترتب على ترك المدعي بالحق الخاص دعواه أو تغييره، تأثيراً على سير الدعوى الجزائية العامة، وله مواصلة دعواه أمامها، ولا يجوز له أن يرفعها أمام محكمة أخرى^(٢).

أما إذا لم ترفع هيئة الرقابة ومكافحة الفساد دعوى الحق العام^(٣)، ورغب المدعي بالحق الخاص مواصلة دعواه فإن الاختصاص منعقد للمحكمة الجزائية في محل إقامة المدعى عليه، ولا ينعقد الاختصاص لدوائر الفساد المالي والإداري بمنطقة الرياض^(٤)، وليس للمدعي بالحق الخاص المطالبة بتطبيق عقوبة نظامية؛ لأن ذلك من اختصاص المدعي العام بهيئة الرقابة ومكافحة الفساد^(٥).

- (١) انظر: المادة (١٤٧) من «نظام الإجراءات الجزائية».
- (٢) انظر: المادتين (١٥٠-١٥١) من «نظام الإجراءات الجزائية»، المادة (١٢٤) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».
- (٣) للاعتبارات التالية: (عدم كفاية الأدلة - رأيت هيئة الفساد لا وجه لإقامة الدعوى - عفو ولي الأمر - حصول تسوية أو مصالحة).
- (٤) عموم المادة (١٠٣) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».
- (٥) انظر: قرار الدائرة الجزائية الثانية بالمحكمة العليا رقم (٧٠/٢/٤) في ١٣/٤/١٤٤١هـ ونص الحاجة: «ولأن المطالبة بتطبيق عقوبة نظامية حق عام من اختصاص المدعي العام، وليس للمدعي بالحق الخاص المطالبة بذلك».

المطلب الرابع: عبء الإثبات في جرائم الفساد المالي والإداري:

الأصل أن البينة على المدعي - سواء كان مدعياً بالحق العام أو مدعياً بالحق الخاص - حيث نصت الفقرة (٢) من المادة الثانية من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية» على: «مباشرة الدعوى الجزائية العامة أمام المحاكم المختصة تشمل واجبات ومسؤوليات المدعي العام كتقديم البينات وإحضارها وتحمل عبء الإثبات».

واستثناء من هذا الأصل، ونظراً لخصوصية جرائم الفساد المالي والإداري، فإن عبء الإثبات يكون على المدعى عليه، وذلك بأن يثبت الموظف مشروعية زيادة ثروته والتي لا تتناسب مع دخله، حيث نصت المادة (ثامناً)^(١) على أنه: «إذا طرأت على ثروة الموظف العام ومن في حكمه بعد توليه الوظيفة زيادة لا تتناسب مع دخله أو موارده بناء على قرائن مبنية على تحريات مالية بارتكابه جرائم فساد مالي أو إداري فيكون عبء الإثبات عليه للتحقق من أن ما لديه من أموال نقدية أو عينية تم اكتسابها بطرق مشروعة، ويشمل ذلك الزوجة والأولاد وأقاربه حتى الدرجة الرابعة، وفي حال عجزه عن إثبات مصدرها المشروع، تحال نتائج التحريات المالية إلى وحدة التحريات المالية إلى وحدة التحقيق والادعاء العام في الهيئة، للتحقيق مع الموظف المعني واتخاذ ما يلزم نظاماً لرفع الدعوى الجزائية أمام المحكمة المختصة؛ لطلب معاقبته وفق المقتضى الشرعي والنظامي، على أن تشمل الدعوى طلب استرداد أو مصادرة الأموال المتصلة بالجريمة حال ثبوتها».

(١) انظر: الادعاء العام والمحكمة الجنائية، للدكتور علي الهجري، ص (٤٦).

ومفهوم هذه المادة لا يخالف الأصل العام -البينة على المدعي- حيث إن زيادة ثروة الموظف العينية أو النقدية والتي لا تتناسب مع راتبه أو دخله وخاصة بعد توليه الوظيفة العامة أو ما في حكمها، قرينة قوية على أن مصدر دخله غير مشروع، فهو بذلك يعد حائزاً لأموال غير مشروعة، لدلالة ظاهر الحال وشواهد على ذلك، والأصل أن الشخص مسؤول عما حازه وعما تحت يده، حتى يثبت خلاف ذلك^(١).

وتطبيق تلك المادة في الدعوى الجزائية العامة في جرائم الفساد المالي والإداري، لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أثناء مرحلة الاستدلال والتحقيق، يكون عبء الإثبات على المدعى عليه، وذلك بأن يُعرض على المدعى عليه ثروته النقدية والعينية، وعلى المدعى عليه إثبات مصدرها.

الحالة الثانية: أثناء مرحلة المحاكمة، يكون عبء الإثبات على المدعي العام، ويجب أن تتضمن لائحة الدعوى العامة أدلة المدعي العام^(٢)، والتي تتضمن أدلة وقرائن، منها: «زيادة ثروة الموظف النقدية أو العينية بعد توليه الوظيفة العامة والتي لا تتناسب دخله، عدم مقدرة الموظف العام إيضاح مصدر تلك الأموال، ورود تحويلات بنكية على حساب المدعى عليه من كيانات تجارية أو رجال أعمال، إيداع المدعى عليه لأموال مجهولة المصدر».

(١) انظر: المادة (رابعاً) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

(٢) انظر: المادة (١٢٦/٥) من «نظام الإجراءات الجزائية».

وجواب المدعى عليه عن الدعوى بعد عرض التهمة الموجهة له بارتكابه جرائم تتعلق بالفساد المالي والإداري، لا يخلو من ثلاث حالات:

١. أن يعترف المتهم بالتهمة المنسوبة إليه من ارتكابه جرائم تتعلق بالفساد المالي والإداري، وأن ثروته المالية والعينية مكتسبة بصفة غير مشروعة، فيتم ضبط اعترافه بالتفصيل ويكتفى بذلك، ولا تُطلب البينة من المدعي العام، ويُحكم بثبوت إدانته، وتقرير العقوبة^(١).

٢. أن ينكر المتهم التهمة المنسوبة إليه إنكاراً مجرداً، فتطلب الدائرة البينة من المدعي العام على صحة دعواه^(٢)، وتُعرض تلك الأدلة على المتهم، فإن تم دفعها، حُكم بعدم ثبوت إدانته، وإن عجز عن ذلك حُكم بثبوت الإدانة، وتقرر العقوبة.

٣. أن ينكر المتهم التهمة المنسوبة إليه ويدفع بأن مصدر ثروته مشروع، فتُطلب البينة من المتهم على صحة ما دفع به^(٣)، فإن أتى ببينة موصلة على

(١) انظر: المادة (١٦١) من «نظام الإجراءات الجزائية».

(٢) وفقاً لأصول التقاضي، البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، والأصل في مشروعيتها قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر))، انظر: البخاري: التفسير، باب: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ﴾ [آل عمران: ٧٧]، رقم: (٤٢٧٧). مسلم: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، رقم: (١٧١١).

(٣) إذا دفع المدعى عليه بدفع صحيح فإن الدعوى تُقلب ويصبح المدعى عليه هو المدعي وتُطلب منه البينة.

صحة ما دفع به، حُكِمَ بعدم ثبوت إدانته، وإن عجز عن إثبات ما دفع به، حُكِمَ بثبوت الإدانة، وتقرر العقوبة^(١).

ومما يحسن الإشارة إليه، أن عبء الإثبات لا يكون في جميع جرائم الفساد المالي والإداري، بل تكون فيما يخص زيادة ثروة الموظف العام النقدية، أو العينية، بعد توليه الوظيفة وعدم تناسبها مع دخله أو موارده فقط، أما ما عداها من الجرائم، كجرائم (إساءة استخدام السلطة، أو التزوير، أو الرشوة، أو الاستجابة لرجاء، أو وساطة، أو توصية، أو تبديد المال العام... إلخ) فيكون عبء الإثبات على المدعي العام مطلقاً، وأما الادعاء بالحق في جرائم الفساد المالي والإداري، فيكون عبء الإثبات على المدعي بالحق الخاص مطلقاً.

المطلب الخامس: لا يمنع وفاة المتهم في جريمة فساد مالي أو إداري من السير في نظر الدعوى العامة:

ويمكن تعريف انقضاء الدعوى العامة بوفاة المتهم في دعاوى الفساد المالي والإداري بأنها: سقوط دعوى الحق العام والعقوبة ضد المتهم في دعوى فساد مالي أو إداري لفوات محله.

فالعقوبات إذا كانت تتعلق ببدن المتهم كالقتل، والرجم، والجلد، والقطع، والحبس، والنفي، فلا خلاف بين الفقهاء في سقوطها بوفاة

(١) استناداً للمادة (١٧٣) من «نظام الإجراءات الجزائية».

المتهم^(١)؛ لأن تأديب المتهم هي الغاية التي تسعى الدعوى العامة إليها، لذا كان منطقياً أن تنقضي الدعوى العامة بوفاء المتهم؛ لاستحالة إدراك الغاية التي من أجلها تم رفع الدعوى العامة، إذ إن الإجماع لا يحتمل الاستنابة في المحاكمة، كما أن العقاب لا يحتمل الاستنابة في التنفيذ، فإن كان قبل الوفاة جانياً لم يحاكم، وإن كان محكوماً عليه سقطت عقوبته، وهذا المبدأ تعتمده سائر النظم والقوانين المعاصرة^(٢).

ولهذا نصت المادة الثانية والعشرون من «نظام الإجراءات الجزائية» على انقضاء الدعوى الجزائية بوفاء المتهم، ومن هنا فإذا كانت عقوبة المتهم بدنية، وتوفي قبل الحكم فإن الدعوى العامة تنقضي، كما أن العقوبة تسقط عن المهتم بعد الحكم لانعدام محلها، إذ لا يتصور تنفيذها بعد وفاته^(٣).

وكذلك عقوبة المتهم إذا كانت مالية، فإنها تسقط بموته أيضاً كالعقوبة البدنية؛ لأن الهدف من العقوبة هو إيلاء المتهم ليرتدع، وبموته لا يتحقق

(١) جاء في بدائع الصنائع للكاساني (٩٥/٧): «والميت ليس من أهل العقوبة»، وجاء في المسبوط للسرخسي (١٩٦/٩): «الزاني إذا ضرب خمسين جلدة فمات، فإنه يترك ما بقي، لأنه لا فائدة من إقامته»، وجاء في تبصرة الحكام، لابن فرحون (٢٧٢/٢): «إذا مات حتف أنفه فقد فاتت العقوبة»، وجاء في المقنع والشرح الكبير، لابن قدامة، (٣٦/٢٧): «من مات وعليه حد سقط عنه، لفوات محله».

(٢) انظر: الإجراءات الجنائية، للدكتور زكي أبو عامر، ص (٥٠٠)، الادعاء العام والمحاكمة الجنائية في المملكة، لعماذ النجار، ص (١٠٢)، والإجراءات الجنائية في جرائم الحدود في المملكة، لسعد بن ظفير، (٤٦٦/٢).

(٣) انظر: مرشد الإجراءات الجنائية، ص (٢٦٤). ونص قرار مجلس الوزراء رقم (٤) وتاريخ ١٣٩١/٧/٢ هـ على أنه: «إذا كانت الدعوى الجزائية لا زالت منظورة وتوفي المتهم فإنها تنقضي».

الهدف، لأن المقصود منها المتهم، لا المال؛ ولأن معاقبته بأخذ ماله بعد وفاته فيه إجحاف بحق الورثة، لأنه بمجرد موته تنتقل ملكية المال للورثة، وهم برآء، والعقوبة بالمال متعلقة بما يملكه المتهم لا بما يملكه غيره^(١).

وتأسيساً على ما سبق، فإن المتهم حال وفاته أثناء السير في الدعوى العامة في قضايا الفساد المالي والإداري، له حالتان:

الحالة الأولى: ألا يكون المتهم استولى على أموال نقدية أو عينية، أو حاز أدوات تعد حيازتها جريمة بموجب الأنظمة المرعية، وكان الهدف من رفع الدعوى العامة معاقبة المتهم -بالسجن والغرامة- فقط، ففي هذه الحالة تنقضي الدعوى العامة بحقه، وتحفظ لدى الهيئة إذا لم ترفع للمحكمة، وأما إذا رفعت للمحكمة المختصة فيحكم فيها بانقضاء الدعوى العامة لوفاة المتهم.

الحالة الثانية: أن يكون المتهم استولى على أموال نقدية أو عينية، أو حاز أدوات تعد حيازتها جريمة بموجب الأنظمة المرعية، وكان الهدف من رفع الدعوى العامة استرداد تلك المتحصلات من جرائم الفساد المالي والإداري،

(١) انظر: الادعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، لطلحة غوث، ص(٥٠٣). وانظر: قرار مجلس الوزراء رقم (٧٥٨) وتاريخ ١٢/٦/١٣٩٣هـ والمتضمن: «الموافقة على عدم تحصيل الغرامة من تركت من ترتبت عليه إذا توفي قبل أدائها» وخطاب رئيس القضاة (١/٣٨١١) في ٢١/١٠/١٣٨٦، وخطاب وزير العدل رقم (١٧٢/٩/ت) في ٢٥/٩/١٣٩١هـ والمتضمن: «أن الغرامة قررت من قبل ولي الأمر من باب التعزير بالمال، وقد مات المراد تعزيره فبطل التعزير؛ لأن التعزير متعلق بحال الحياة لقصد ردعه عن أن يعود، وحيث أنه لا يجوز أخذها ولا شيء منها من تركته».

أو مصادرة المتحصلات الناتجة عن تلك الجرائم، ففي هذه الحالة لا تنقضي الدعوى العامة بحقه المتهم، وتنظر الدعوى أمام المحكمة المختصة، ويحكم باسترداد أو مصادرة الأموال، والأدوات المتصلة بتلك الجرائم حال ثبوتها^(١)، ولا يجوز للمحكمة الحكم على المتهم بعقوبة مالية، أو سالبة للحرية لفوات محل العقوبة، وتحكم الدائرة برد طلب المدعي العام فيما يخص تطبيق العقوبات الواردة في لائحة الدعوى العامة، وتكتفي بالحكم باسترداد الأموال العينية أو النقدية، ومصادرة ما يعد حيازته جريمة فقط.

المطلب السادس: تنفيذ الأحكام الجزائية الصادرة في دعاوى الفساد المالي والإداري:

الأصل أن إمارات المناطق هي الجهة المختصة بتنفيذ الأحكام الجزائية الصادرة من المحاكم بعد اكتسابها للصفة القطعية، حيث نصت المادة السادسة عشرة بعد المائتين من «نظام الإجراءات الجزائية» على أن: «يرسل رئيس المحكمة الحكم الجزائي الواجب التنفيذ الصادر من المحكمة إلى الحاكم الإداري لاتخاذ إجراءات تنفيذه، وعلى الحاكم الإداري اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم فوراً»، كما أن النيابة العامة هي الجهة المختصة على الإشراف والرقابة على تنفيذ جميع الأحكام الجزائية^(٢).

واستثناء من هذا الأصل، ونظراً لخصوصية تنفيذ الأحكام الصادرة في قضايا الفساد المالي والإداري، فإن الجهة المختصة بتنفيذ تلك الأحكام

(١) انظر: المادة (١٠/٣) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».

(٢) انظر: المادة (٣) من «نظام النيابة العامة».

هي هيئة الرقابة ومكافحة الفساد «كاختصاص أصيل»، حيث نصت المادة (تاسعاً)^(١) على أن: «تقوم هيئة الرقابة ومكافحة الفساد بالتنسيق مع وزارة العدل لاتخاذ ما يلزم من إجراءات لتنفيذ الحكم داخلياً أو خارجياً وفقاً لنظام التنفيذ، والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وقاعدة المعاملة بالمثل».

وللهيئة الاستعانة والتنسيق مع كل من:

١. إمارات المناطق؛ لتنفيذ العقوبات الجزائية^(٢).
٢. النيابة العامة؛ للرقابة والإشراف على تنفيذ الأحكام.
٣. قضاء التنفيذ؛ لاستعادة واسترداد الأموال العينية، والنقدية، المتحصلة من جرائم الفساد المالي والإداري^(٣).
٤. وزارة العدل والخارجية، وفقاً للاتفاقيات الدولية، وقاعدة التعامل بالمثل.

(١) من «الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري».

(٢) انظر: المادة (ب/٧) من «نظام المناطق» الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٢) بتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٣٣٩٧) في ٢/٩/١٤١٢هـ.

(٣) الأصل أن نظام التنفيذ لا يُعنى بتنفيذ الأحكام الجزائية، انظر: المادة (٢) من «نظام التنفيذ» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٣) بتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ.

الخاتمة

النتائج:

- يعد الموظف فاسداً مالياً، إذا استغل منصبه، أو أساء استخدامه؛ لأجل الحصول على المال بأي وسيلة من الوسائل غير المشروعة، أو إهداره وتبديده.
- يعد الموظف فاسداً إدارياً إذا قَبِلَ مالاً، أو هدية ذات قيمة مالية مقابل أداء عمل ملزم بأدائه رسمياً بالمجان، أو ممنوع من أدائه رسمياً، وإذا مارس سلطاته التقديرية مستغلاً منصبه الإداري، أو أساء استخدام السلطة الرسمية، ورجح المصلحة له، ولأصدقائه، وأقاربه، على المصلحة العامة، سواء كان ذلك بأسلوب فردي أو جماعي.
- للدعوى الجزائية العامة في دعاوى الفساد المالي والإداري، خصائص تميزها عن غيرها من الجرائم.
- أن للموظف العام ومن في حكمه، خصوصية في دعاوى الفساد المالي والإداري.
- خصوصية الدعوى العامة في مرحلة الاستدلال، والتحقيق، والإدعاء العام، والمحاكمة، والتنفيذ.

التوصيات:

- إعداد مشروع لائحة تنظم سير الدعوى العامة في دعاوى الفساد المالي والإداري، ابتداء من جهة الاستدلال وانتهاء بمرحلة التنفيذ، بما يتوافق مع خصوصيتها.

- إنشاء معهد يعنى بتدريب المعنيين بتطبيق الأنظمة المتعلقة بقضايا الفساد المالي والإداري، ولتبادل الخبرات فيما بينهم، والرفع بالمرئيات للجهات العليا بما يخدم سير العمل.

- تفعيل الاتفاقات الدولية، فيما يتعلق بدعاوى الفساد المالي والإداري، بما يسهل القبض على المتهمين، وتسليمهم، وتنفيذ الأحكام الجزائية بحقهم.

- الاستفادة من الكوادر العلمية المتميزة من أصحاب الفضيلة أعضاء هيئة التدريس بالمعهد الأعلى للقضاء، وإشراكهم في البرامج التي تهتم بمكافحة الفساد المالي والإداري.

هذا جهد الباحث في البحث، وأنني أعلم يقيناً أن الكمال المطلق لكتاب الله وحده، وأما عمل الإنسان فمعرض للنقص والخطأ، والنسيان، وما أصدق كلمة العماد الأصفهاني حيث قال: «إني أرى أنه لا يكتب إنساناً كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غيرت هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدّم هذا لكان أفضل، ولو تُرك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر»^(١).

«تم بحمد الله»

(١) معجم الأدباء، للعماد الأصفهاني، (١ / ١).

ثبت المراجع

أولاً: المراجع الفقهية واللغوية:

١. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين، أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، ط ٢، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
٢. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن فرحون المالكي المدني، مراجعة: طه عبدالرؤوف سعد، ط ١، نشر مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ.
٣. حاشية ابن عابدين، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ط ٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر، وط ٢، دار الفكر - بيروت، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٤. الشرح الكبير على متن المقنع، لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، أبي الفرج شمس الدين، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا - صاحب المنار، طبعة دار الكتاب العربي.
٥. الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، لأبي عبدالله بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الوطن، الرياض - السعودية.
٦. مجموع الفتاوى، لابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مكتبة المعارف، الرباط - المغرب.

ثانياً: المراجع العلمية القضائية والنظامية:

١. الادعاء العام والمحاكم الجنائية وتطبيقهما في المملكة العربية السعودية، للدكتور عماد عبد المجيد النجار، معهد الإدارة العامة، ١٤١٧هـ.
٢. الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري، لحاحا عبدالعالي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خضير، بسكرة، ٢٠١٣م.

٣. الادعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، لطلحة غوث، رسالة دكتوراه، من جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض.
٤. الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود في المملكة العربية السعودية وأثرها في استتباب الأمن، للدكتور سعد محمد ظفير، ط ١، مطابع سمحة، للأوفست.
٥. التصالح في جرائم العدوان على المال العام، للدكتور خالد موسى التوني، كلية الحقوق، جامعة أسيوط.
٦. جرائم تهريب النقد ومكافحتها، للدكتور نبيل لوقا بباوي، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، القاهرة، ١٩٩٢م.
٧. الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية، للدكتور محمد عبد العزيز، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
٨. الفساد الحكومي في الدول النامية، لعباد محمد علي باش، مجلة القادسية للعلوم الإدارية والاقتصادية، المجلد (٥)، العدد (٣)، ٢٠٠٢م.
٩. الفساد الإداري أسبابه ومظاهره، لعصام عبد الفتاح مطر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١١م.
١٠. الفساد الإداري وتطبيقاته في العراق، لعادل جابر الكوفي، ٢٠٠٩م.
١١. الفساد الإداري والمالي، أسبابه، مظاهره، مؤشرات قياسه، للدكتور مفتاح صالح، ومعارفي فريدة، بحث منشور، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ٢٠١٢م.

ثالثاً: الاتفاقيات الدولية:

١. اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، لعام ١٩٦١م، والتي صادقت عليها المملكة في عام ١٩٨١م.

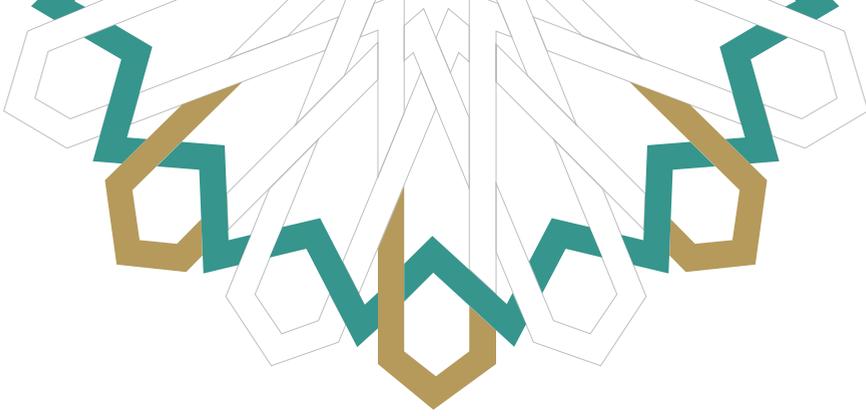
رابعاً: الأنظمة السعودية.

١. الترتيبات التنظيمية والهيكلية المتصلة بمكافحة الفساد المالي والإداري، الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (أ/٢٧٧)، في ١٥/٤/١٤٤١هـ.
٢. مرشد الإجراءات الجنائية، الصادر عن وزارة الداخلية، بالمملكة العربية السعودية، لعام ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م.
٣. نظام هيئة التحقيق والادعاء العام، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ ٢٤/١٠/١٤٠٩هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٣٢٦٤) في ٢٠/١١/١٤٠٩هـ.
٤. نظام القضاء، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٤١٧٠) في تاريخ ٣٠/٩/١٤٢٨هـ.
٥. نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٤٤٩١) في ٣/٢/١٤٣٥هـ.
٦. نظام الإجراءات الجزائية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، نشر في جريدة أم القرى، العدد (٤٤٩١) في ٣/٢/١٤٣٥هـ.
٧. نظام مكافحة الرشوة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٦) في ٢٩/١٢/١٤١٢هـ.
٨. نظام مكافحة غسيل الأموال، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٠) في ٥/٢/١٤٣٩هـ.
٩. النظام الجزائي لجرائم التزوير، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١١) في ١٨/٢/١٤٣٥هـ.

١٠. نظام الأوراق التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٧) بتاريخ ١١/١٠/١٣٨٣هـ.
١١. نظام التكاليف القضائية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٦) وتاريخ ٣٠/١/١٤٤٣هـ والمبني على قرار مجلس الوزراء رقم (٦٥) وتاريخ ٢٣/١/١٤٤٣هـ.
١٢. نظام التنفيذ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٣) بتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ.
١٣. اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية، الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٣٦هـ، نشرت في جريدة أم القرى، العدد (٤٥٥٣) في ٢٤/٤/١٤٣٦هـ.

خامساً: التعاميم والخطابات:

١٤. خطاب رئيس القضاة (١/٣٨١١)، في ٢١/١٠/١٣٨٦هـ، وخطاب وزير العدل رقم (١٧٢/٩/ت) في ٢٥/٩/١٣٩١هـ، والمتضمن: «أن الغرامة قررت من قبل ولي الأمر من باب التعزيز بالمال، وقد مات المراد تعزيره فبطل التعزيز؛ لأن التعزيز متعلق بحال الحياة لقصد رده عن أن يعود، وحيثذ فإنه لا يجوز أخذها ولا شيء منها من تركته».
١٥. تعميم معالي رئيس المجلس الأعلى للقضاء - حفظه الله - رقم (١٤٣١/ت)، في ١٣/٦/١٤٤١هـ، بشأن الاختصاص المكاني لنظر قضايا الفساد المالي والإداري.
١٦. تعميم معالي النائب العام - حفظ الله - رقم (٣٧٢)، في ٢/٦/١٤١١هـ، والمتضمن أن «قضايا السب والشتم من خلال برنامج التواصل الاجتماعي في (المحادثات الخاصة) تعد من قضايا الحقوق الخاصة، التي لا ينعقد الاختصاص فيها للنياحة العامة، لعدم وجود مصلحة عامة في تحريك الدعوى العامة».



وحدات الصلح في النيابة العامة في المملكة العربية السعودية وأثرها في الدعوى الجزائية

دراسة تحليلية مقارنة

د. تركي بن عوض السلمي

أستاذ القانون العام المساعد
بكلية الملك عبد الله للدفاع الجوي

مقدمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعده، فإن مما تختلف فيه الجريمة عن غيرها من الأعمال غير المشروعة أنها اعتداء على مصالح عليا بلغت من الأهمية حد تدخل المشرع بإسباغ الحماية الجنائية عليها، وفرض الجزاء الجنائي على مرتكبها. فبعد وقوع الجريمة ينشأ للدولة حق في ملاحقة مرتكب الجريمة ومعاقبته، وهذا الحق هو حق قضائي لا تستوفيه الدولة إلا بحكم قضائي صادر من المحكمة المختصة وفقاً للإجراءات الجزائية المبينة في نظامها، وهو ما يسمى بحق الدولة في الدعوى، والذي يمثلها فيه النيابة العامة^(١).

ولكي تصل الدعوى الجزائية إلى صدور الحكم القضائي النهائي الذي يخول الدولة تنفيذ العقاب تمر بمراحل، فأول مرحلة بعد وقوع الجريمة هي مرحلة الاستدلال، حيث يباشر رجال الضبط الجنائي أعمال الاستدلال فور تبلغهم بالجريمة، وتتركز هذه الإجراءات في التحري عن الجريمة والبحث عن مرتكبيها وجمع الدلائل والعناصر اللازمة لنقلها للمرحلة الثانية وهي مرحلة التحقيق، فإذا أحيلت إلى النيابة العامة بعد استيفاء إجراءات الاستدلال اللازمة تباشر إجراءات التحقيق إذا رأت مناسبة تحريك الدعوى الجزائية، وبعد الانتهاء من إجراءات التحقيق تحال الدعوى إلى

(١) أبو عامر، محمد زكي، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦م، د.ط، ص ٥٨.

القضاء إذا كانت الأدلة كافية للإحالة، ويدخل المتهم في إجراءات جديدة هي إجراءات المحاكمة، والتي تنتهي بحكم قضائي.

ولأن بعض القضايا لها طبيعة خاصة، كصغر سن المتهم (جنوح الأحداث) أو العلاقة الأسرية بين المتهم والمجني عليه، أو علاقة الجوار، ومعاملتها وفق الإجراءات الجزائية التقليدية تزيد الفراق والعداوة بينهم، وتكبد الدولة جهداً ووقتاً ومالاً ونفقات، ويتحمل أطراف الدعوى الجزائية أعباءً كبيرة من الوقت والجهد والمال، إضافةً إلى بطء سير العدالة الجنائية الذي أصبح يمثل أزمةً في عامة الدول^(١)، بدأت في النصف الثاني من القرن العشرين تظهر اتجاهات حديثة في سياسة العقاب وأضحت الأساليب غير القضائية لإدارة الدعوى الجزائية ضرورة ملحة لمواجهة البطء في الإجراءات الجنائية التقليدية بهدف اختصار تلك الإجراءات^(٢)، فكان أحد معالم التطور العلمي الجنائي هو بدائل الدعوى الجنائية للنظر في مكافحة الإجرام بغير الإجراءات الجنائية التقليدية، وضرورة التخلي عنها في نطاق الجرائم القليلة الأهمية واستبدالها بوسائل إجرائية بسيطة ومرنة (كالوساطة الجزائية والصلح الجزائي والتسوية الجزائية) التي من شأنها سرعة حسم الخصومات الجنائية وإدارة النزاع بطريقة سهلة ميسرة ومختصرة وتخفف الضغط عن كاهل إدارة العدالة الجنائية.

(١) كامل، شريف سيد، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠٠٤، ص ٩.

(٢) الفيل، علي عدنان، بدائل إجراءات الدعوى الجزائية، د.ط، د.ن، مجلة جامعة إربد الأردن، ١٤٣٢هـ، ص ٧٨.

مشكلة البحث:

صدر «نظام النيابة العامة» بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ ٢٤/١٠/١٤٠٩ هـ والذي به نشأت النيابة العامة، ثم صدر «نظام الإجراءات الجزائية» بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢ هـ ثم صدر «نظام الإجراءات الجزائية» الجديد بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥ هـ، ولم تتضمن هذه الأنظمة أي بدائل للدعوى الجزائية.

وبتاريخ ٢٠/٥/١٤٣٩ هـ أصدر معالي النائب العام في المملكة العربية السعودية القرار رقم (٢٥٨٨٠) المتضمن أنه سعياً لتعزيز الدور الإنساني في مرفق النيابة العامة من خلال الحد من اتساع الخلافات الأسرية وزيادة مدة التقاضي مما يؤثر على استقرار الأسرة والمجتمع، ورغبةً في تطوير العمل النيابي في مجال العدالة التصالحية الجنائية، وبناءً على ما تقتضيه مصلحة العمل تقرر تشكيل وحدات صلح في فروع النيابة تشرف عليها لجنة في المقر الرئيس في النيابة العامة، وهنا يظهر التساؤل الرئيس لهذا البحث وهو ما هي وحدات الصلح وما أثرها في الدعوى الجزائية؟

أسئلة البحث:

- ما هي وحدات الصلح في النيابة العامة؟
- ماهو نطاق عمل وحدات الصلح؟
- ماهي المراحل الإجرائية لعمل وحدات الصلح؟

- ما أثر وحدة الصلح على الدعوى الجزائية؟

أهداف البحث:

- بيان ماهية وحدات الصلح.
- بيان نطاق عمل وحدات الصلح.
- بيان المراحل الإجرائية لعمل وحدات الصلح.
- التعرف على أثر وحدة الصلح على الدعوى الجزائية.

منهجية البحث:

اعتمد الباحث المنهج الوصفي المبني على الاستقراء والتحليل لما صدر بشأن وحدات الصلح في النيابة العامة في المملكة العربية السعودية، مع مقارنته بعدد من التشريعات الجزائية.

حدود البحث:

التزم الباحث في بحثه الاقتصار على موضوع البحث وحدات الصلح في النيابة العامة في المملكة العربية السعودية وأثرها في الدعوى الجزائية، مقتصراً على قضايا الراشدين دون التعرض لقضايا الأحداث، كما تقتصر على المرحلة السابقة لمرحلة المحاكمة، ومقارنته ببعض التشريعات الجزائية.

مصطلحات البحث:

الدعوى الجزائية:

١. لغةً:

الدعوى: اسم من الادعاء، وتجمع على دَعَاوَى بفتح الواو، وكسرها دعاوي^(١). والدَّعْوَى في اللغة تطلق على عدة معانٍ تختلف بحسب سياق الحديث، ومنها:

(١) الدعاء: ومنه قوله تعالى: ﴿وَعَاخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾^(٢) (٣).

(٢) التَّمَنَّى: تقول ادعيتُ الشيءَ أي: تمنيتُه، وفلانٌ في خيرٍ ما ادَّعى، أي: ما تمنَّى^(٤)، ومنه قوله تعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَلَكَهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدَّعُونَ﴾^(٥). أي: ما يتمنون.

(٣) الزَّعَمُ: يُقال: ادَّعيتُ الشيءَ، أي: زَعَمْتُهُ لي حقاً كان أو باطلاً^(٦).

(٤) الإِخْبَارُ: يُقال: فلانٌ يدَّعي بكرم فعالة، أي: يُخبرُ بذلك عن نفسه^(٧).

(١) المرجع السابق مادة «دعأ»، ٢٦٩ / ٥.

(٢) سورة يونس من الآية (١٠).

(٣) ابن منظور، محمد مكرم، لسان العرب، مادة (دعا) مرجع سابق، ٢٦٧ / ٥.

(٤) المرجع سابق، ٣٦٢ / ٤.

(٥) سورة يس من الآية (٥٧).

(٦) المرجع السابق، مادة (دعا) ٢٦٩ / ٥.

(٧) المرجع السابق، مادة (دعا) ٢٦٨ / ٥.

الجزائية:

الجزاء المكافأة على الشيء، ومنه قولهم جزيْتُ عنك فلاناً كافأته، يُقال جَزَاهُ بِهِ جَزَاءً وَجَزَاهُ مُجَازَاةً وَجَزَاءً، والجزاء يكون ثواباً وعقاباً^(١).

٢. اصطلاحاً:

الدعوى الجزائية:

في اصطلاح القانون «مجموعة من الإجراءات يحددها القانون وتستهدف الوصول إلى حكم قضائي يقرر تطبيقاً صحيحاً للقانون في شأن وضع إجرامي معين»^(٢). كما عرِّفت بأنها «مجموعة الإجراءات التي يحددها النظام، وتبدأ بأول عمل من أعمال تحريك الدعوى الجنائية، إلى أن تنقضي، سواء بصدور حكم بات أم بغير ذلك من أسباب الانقضاء»^(٣).

وحدات الصلح:

لم أجد تعريفاً لهذا المصطلح ولعل ذلك راجعٌ لحدائته، ويعرفها الباحث إجرائياً بأنها: جهات محايدة تشرف عليها النيابة العامة تسند لها تقريب وجهات النظر عن طريق الحوار بين الأطراف المتنازعة وإعادة بناء الثقة

(١) المرجع السابق، مادة (جزي)، ١٤٣/٣.

(٢) حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٣، ١٩٩٥م، ص ٦٣.

(٣) الغريب، محمد عيد، النظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، مكتبة مصباح، جده، ط ١، ١٤١١هـ، ص ٢١.

بينهم وتبصيرهم بالإشكالات المتعلقة بالنزاع، ومحاولة الوصول إلى اتفاق ينهي الخلاف بين الأطراف.

الدراسات السابقة:

لم يجد الباحث بعد بذل الوسع في الدراسات السابقة أي دراسة تتناول موضوع وحدات الصلح في النيابة العامة، ولعل ذلك عائدٌ لحداثة نشأتها، ولكن تبين بالبحث وجود بعض الدراسات التي عالجت موضوع الوساطة الجزائية الذي يمثل صلب عمل وحدات الصلح، ويعرض الباحث فيما يلي لأهمها:

الدراسة الأولى: الوساطة الجزائية في النظم المعاصرة دراسة تحليلية، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، من جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ١٣٣٢هـ - ٢٠١١م، للباحث ياسر بن محمد سعيد بابصيل.

تتفق هذه الدراسة مع دراسة الباحث من حيث توضيح ماهية الوساطة الجزائية وأنواعها ومراحلها. في حين تختلف عنها من حيث إن دراسة الباحث تناولت وحدات الصلح في النيابة - حديثه النشأة-، وتكييفها القانوني، ومدى مطابقتها نشاطها للوساطة الجزائية، والفرق بينها وبين الصلح الجزائي والتصالح الجزائي، ومقارنتها بما عليه العمل في القانون المقارن، كالقانون الفرنسي والتونسي والبحريني.

الدراسة الثانية: بدائل إجراءات الدعوى العمومية، أطروحة دكتوراة في العلوم الجنائية، جامعة باتنة، الجزائر، ٢٠١٨م.

تتفق هذه الدراسة مع دراسة الباحث من حيث بيان ماهية الوساطة الجزائية وأنواعها ومراحلها. في حين تختلف عنها من حيث اقتصرها على معالجة الوساطة الجزائية في القانون الجزائري، بينما تناولت دراسة الباحث وحدات الصلح في النيابة العامة في المملكة العربية السعودية - حديثة النشأة-، وتكييفها القانوني ومدى مطابقتها لنشاطها للوساطة الجزائية، والفرق بينها وبين الصلح الجزائري والتصالح الجزائري، ومقارنتها بما عليه العمل في القانون المقارن، كالقانون الفرنسي والتونسي والبحريني.

المبحث الأول ماهية وحدات الصلح

سبق تعريف وحدات الصلح إجرائياً، ولمزيد بيان ماهيتها فلا بد من معرفة الإطار التاريخي لنشأتها، والطبيعة القانونية لها. وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: (الإطار التاريخي لنشأة وحدات الصلح):

ترتبط نشأة وحدات الصلح الجزائي بتغير السياسة العقابية، ونظرتها للغرض من العقوبة، وقد مرت العقوبة بعدة مراحل، فارتبطت أولاً بفكرة الثأر والانتقام من جانب المجني عليه (الانتقام الفردي) أو الجماعة التي ينتمي إليها (عائلة، قبيلة، ...)، فكانت تنهض جماعة المعتدى عليه للانتقام من المعتدي الذي يحظى بدوره بمساندة جماعته (الانتقام الجماعي) مما قد يزيد التوتر، والتي تنتهي غالباً بصلح بين الجماعتين يحصل بمقتضاه المعتدى عليه على تعويض من المعتدي^(١).

ومع ظهور الدولة الحديثة بمعناها الدستوري الحديث الذي تبنى الفصل بين السلطات، ظهرت فكرة العقوبة بمعناها القانوني، والتي هي: «إيلاءٌ يُوقع على الجاني مقابل الضرر الذي ألحقه بالمصالح العامة للمجتمع»، والوسيلة للوصول إلى توقيع الجزاء هي الدعوى الجزائية، فلا عقوبة بغير دعوى جزائية، فمن أهم خصائص العقوبة أنها حق قضائي يمر (١) عبد المنعم سليمان، أصول علم الإجرام والجزاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، ٢٠١٥، ص ٣٠٩-٣١٠.

بعده مراحل، هي مرحلة الاستدلال ومرحلة التحقيق ومرحلة المحاكمة ومرحلة تنفيذ العقوبة، وتمثل هذه المراحل العدالة الجنائية التقليدية^(١)، كما نبذت فكرة الثأر والانتقام، وحلت محلها فكرة إصلاح المجرم وتأهيله، وأنه يمكن إعادته عضواً صالحاً في الجماعة، لهذا ظهرت العقوبات المخففة وتطور دور السجون وزاد الاهتمام بمرحلة التنفيذ العقابي^(٢).

وقد شهد القرن العشرون تطوراً ملحوظاً في هذا المجال، حين بدأت بعض الدول الغربية في إعادة إحياء نظام العدالة التصالحية في الفصل بين الأطراف المتنازعة الذي كان سائداً من قبل، ولكن بصورة منظمة ووفق قواعد مدروسة تحت رقابة الدولة، ومما دفعهم إلى ذلك تضخم التشريع العقابي، فكلما زادت المصالح العليا في الدولة تدخل التشريع العقابي لإسباغ الحماية الجنائية عليها، مما نتج عنه تضخم القضايا المنظورة في أجهزة العدالة الجنائية، وبالتالي البطء في الإجراءات^(٣).

ومن صور تخفيف العبء عن أجهزة العدالة الجنائية، إنشاء وحدات أو مراكز تسهم في تقريب وجهات النظر بين المتهم والمجني عليه، وإرضاء المجني عليه دون الحاجة إلى اتخاذ الإجراءات الجنائية التقليدية الطويلة^(٤).

(١) صغير، سعادوي محمد، السياسة الجزائية لمكافحة الجريمة، رسالة دكتوراة منشورة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٠م، ص ٢.

(٢) عبد المنعم، سليمان، أصول علم الإجرام والجزاء (مرجع سابق) ص ٣١٦.

(٣) سالم، عمر، نحو تيسير الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة - القاهرة، دار النهضة العربية، ط ٢، ١٩٩٧م، ص ٦٣.

(٤) المرجع السابق.

ففي عام ١٩٧٠م أنشئت في الولايات المتحدة الأمريكية وحدات للتوفيق بين الخصوم وحل القضايا خارج نظام العدالة الجنائية، وتعتبر ولاية شيكاغو من أولى الولايات الأمريكية التي اهتمت إلى نظام الوساطة الجزائية غير المقننة لإنهاء المنازعات بعيداً عن المحاكم، والذي تم تعميمه على كافة محاكم الجناح منذ عام ١٩٨٣م^(١).

أما عن فرنسا فقد أجريت التجربة الأولى لوحدات الصلح عام ١٩٩٢م في منطقة ليون الفرنسية، حيث عرفت نظام وحدات الصلح والتي كانت تسميها (بيوت العدالة) وفيها تعالج بعض القضايا الجنائية، عن طريق التقريب بين الأطراف وصولاً إلى اتفاق وتسوية ودية للنزاع. وأمام تلك التجارب غير المقننة، تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم (٩٣-٢) الصادر في يناير سنة ١٩٩٣م، ونص على الوساطة الجنائية باعتبارها وسيلة من وسائل العدالة غير التقليدية^(٢).

وللاستفادة من تجارب الدول في هذا المجال، طلب المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للهيئة الأمم المتحدة في قراره (٢٠٠٠/١٤)، إلى الأمين العام أن يلتمس من الدول الأعضاء والمنظمات الحكومية وغير الحكومية ذات الصلة، وكذلك من معاهد شبكة برنامج الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، تعليقات على مدى استحسان وضع مبادئ مشتركة بشأن

(١) عنوز، أمل فاضل، العدالة الجنائية التصالحية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق المجلد ١٣/ العدد ٠١ - ٢٠١٦م، ص ١٨.

(٢) المرجع السابق.

استخدام برامج العدالة التصالحية في المسائل الجنائية ووسائل إرساء تلك المبادئ، وقدمت العديد من الدول الأعضاء تجاربها وأن النتائج مشجعة. وأُرفق بالقرار مشروع أولي لعناصر إعلان خاص بالمبادئ الأساسية لاستخدام برامج العدالة التصالحية في المسائل الجنائية، للنظر فيه.

كما ناقش المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية الذي عقد في مسقط بتاريخ ٢٢ - ٢٥ محرم ١٤٣٨هـ، بطء البتّ في الدعاوى والاختناق القضائي، وتجارب الدول العربية في بدائل الدعوى الجزائية كالصلح والتوفيق، وعامة الآراء ترى أن القضاء هو الأصل، واللجوء إلى الوسائل البديلة لا يعني الاستغناء عن دور القضاء ومكائنه، وأكدت على تشجيع الوسائل البديلة.

وفي المملكة العربية السعودية أنشئت في المحاكم مراكز تسمى مراكز المصالحة صدر لها تنظيم بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (١٠٣) وتاريخ ٨/٤/١٤٣٤هـ، وجرى تعميمه من معالي وزير العدل برقم (١٣/ت/٤٩٠٥) في ٢٧/٤/١٤٣٤هـ، وبتاريخ ٢٧/٧/١٤٣٥هـ صدر القرار الوزاري لقواعد عمل مراكز المصالحة، وتم تعديله بتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٠هـ، وهذه المراكز لإجراء الصلح بين أطراف النزاع في مرحلة المحاكمة لبعض الدعاوى الجزائية بالإضافة إلى المدنية والأحوال الشخصية والتجارية.

وبتاريخ ٢٠/٥/١٤٣٩هـ أصدر معالي النائب العام القرار رقم (٢٥٨٨٠) المتضمن أنه سعيًا لتعزيز الدور الإنساني في مرفق النيابة العامة

من خلال الحد من اتساع الخلافات الأسرية وزيادة مدة التقاضي مما يؤثر على استقرار الأسرة والمجتمع ورغبةً في تطوير العمل النيابي في مجال العدالة التصالحية الجنائية، وبناءً على ما تقتضيه مصلحة العمل؛ تقرر تشكيل لجنة في النيابة العامة للإشراف على وحدات الصلح في فروع النيابة.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لوحدات الصلح:

وحدات الصلح كما سبق بيانه هي جهات محايدة تشرف عليها النيابة العامة تسند لها جهة التحقيق تقرب وجهات النظر عن طريق الحوار بين الأطراف المتنازعة، وإعادة بناء الثقة بينهم وتبصيرهم بالإشكالات المتعلقة بالنزاع ومحاولة الوصول إلى اتفاق ينهي الخلاف بين الأطراف.

فهي تتبنى فكرة العدالة التصالحية الرضائية بدلاً من العدالة الجنائية التقليدية، وهي بدائلٌ للدعوى الجزائية.

وبدائل الدعوى الجزائية لها عدة صور منها الصلح الجزائي والتصالح الجزائي والوساطة الجزائية، وليان الطبيعة القانونية لوحدات الصلح يعرض الباحث هذه الصور في الفروع التالية، لمعرفة أيها ينطبق على وحدات الصلح في النيابة العامة.

الفرع الأول: وحدات الصلح والصلح الجزائي:

الصُّلْحُ لُغَةً:

من الفعل «صَلَحَ يَصْلُحُ صَلاحاً وَمَصَاحَةً»^(١)، والصَّلَاحُ ضِدُّ الفَسَادِ، والصُّلْحُ إزالة الفساد وتسوية الخلاف، فيُقال: أصْلَحَ الشيء؛ أي أزال فساده، ويُقال: أصْلَحَ ذات بينهما؛ أي أزال ما بينهما من عداوة وشقاق، وسَوَّى الخِلافَ بينهما^(٢)، ومنه: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾^(٣).

ويمكن تعريف الصلح الجزائي اصطلاحاً بأنه: اتفاق قانوني إجرائي بين المتهم والمجني عليه في جرائم محددة قانوناً؛ لإنهاء الخصومة الجزائية في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ويترتب عليه انقضاء الدعوى الجزائية^(٤).

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، (بيروت: دار صادر، ط ٤، ٢٠٠٥م)، ٢٦٧/٨.

(٢) مصطفى، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط (استانبول: المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢، ١٩٧٢م)، ١/٥٢٠؛ ومجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز (القاهرة: دار التحرير للطبع والنشر، ١٩٨٩م)، ص ٣٦٨.

(٣) سورة الحجرات من الآية (٩).

(٤) الشوبكي محمد رفيق وآخرون، الصلح بديلاً للدعوى الجزائية، بحث منشور في مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية بماليزيا، عدد ٤٣، ٢٠١٨، ص ٨٢. وانظر: براك، أحمد محمد، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ط ١، ص ٩٧.

وبتحليل تعريف المصطلح يظهر أن عمل وحدات الصلح يتفق مع الصلح الجزائي في أنها اتفاق رضائي بين طرفين هما المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً، والمتهم أو من يقوم مقامه قانوناً.

ويختلفان في أن الصلح الجزائي لا يلزم وجود وسيط بينهما، فأطرافه المجني عليه والمتهم، بينما يقوم نشاط وعمل وحدات الصلح، على ثلاثة أطراف المتهم والمجني عليه و(وحدات الصلح) التي يتركز نشاطها في تقريب وجهات النظر وصولاً إلى إنهاء النزاع.

كما أن الصلح الجزائي من الممكن أن يتم بعيداً عن النيابة العامة، بخلاف عمل وحدات الصلح حيث يعرض موضوع النزاع على النيابة، وهي التي تقدر مدى ملاءمة إحالة الموضوع لوحدات الصلح.

وعليه لا تنطبق العناصر المكونة للصلح الجزائي على عمل وحدات الصلح، (ومن الممكن القول بأن الصلح الجزائي نتيجة، بينما عمل وحدات الصلح مقدمة لهذه النتيجة).

الفرع الثاني: وحدات الصلح والتصالح الجزائي:

يعرف التصالح الجزائي بأنه «عقد رضائي بين طرفين، الجهة الإدارية المختصة من جهة والمتهم من ناحية أخرى بموجبه تتنازل الجهة الإدارية عن طلب رفع الدعوى الجزائية مقابل دفع المخالف المبلغ المحدد في القانون كتعويض أو تنازله عن المضبوطات»^(١).

(١) نبيل لوقا بباوي، جرائم تهريب النقد ومكافحتها، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، ١٩٩٢م، ص ٣٢٦، وبراك أحمد محمد، العقوبة الرضائية، مرجع سابق، ص ٩٦.

فالتصالح الجزائي أحد أنواع العدالة الرضائية التي تقوم على رضا أطراف النزاع، والذي يتعلق بمحاولة فض نزاع بين طرفين أحدهما من أشخاص القانون الخاص سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً والآخر يتمثل في الدولة، هذه الأخيرة التي قد تكون ممثلة في إدارة تحمي مرفقاً اقتصادياً أو مالياً، كما قد تكون ممثلة للمجتمع ونائبه أي النيابة العامة، فلكل من المتهم والإدارة - في حالات محددة - الخيار بين اللجوء إلى التصالح الجزائي أو رفضها بناء على المزايا التي تحققها لهما^(١).

ويهدف التصالح إلى حصول الدولة على مستحقاتها المالية، مع اختصار الإجراءات والجهد والمال الذي يترتب على إجراءات التحقيق والمحاكمة والتنفيذ، ومن أقدم الجرائم التي طبق فيها نظام التصالح الجرائم الجمركية والضريبية^(٢).

وعليه يتفق التصالح الجزائي مع عمل وحدات الصلح في كونها من بدائل الدعوى الجزائية، التي تعتمد العدالة الرضائية، وتسعى إلى تخفيف العبء عن الجهات القضائية واختصار الإجراءات.

وتختلف عنها من ناحيتين: (موضوعية وشخصية)، فمن الناحية الموضوعية فإن موضوع التصالح هو تعويض الدولة بحصولها على مستحقاتها المالية، بينما موضوع عمل وحدات الصلح له طبيعة إصلاحية،

(١) مراد، بلوحي، بدائل إجراءات الدعوى العمومية، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٢) طه أحمد محمد عبد العليم، الصلح في الدعوى الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩م، ص ١٠٩.

هو جبر ضرر المجني عليه الذي قد يكون مبلغاً مالياً، أو إصلاح ما تم إتلافه، أو اعتذاراً أو تعهداً بعدم العودة لما بدر منه.

ومن الناحية الشخصية فإن التصالح ينظر في نزاع بين طرفين أحدهما الدولة ممثلة في إدارة تحمي مرفقاً اقتصادياً أو مالياً، كما قد تكون ممثلة للمجتمع ونائبه أي النيابة العامة. بخلاف وحدات الصلح التي لا تنظر في نزاع بين طرفين أحدهما الدولة.

وعليه لا تنطبق العناصر المكونة للمصالحة الجزائية على عمل وحدات الصلح.

الفرع الثالث: وحدات الصلح والوساطة الجزائية:

الوساطة (اسم): ووسَطُ الشيء ما بين طرفيه، ووسَطُ الشيء جعله في الوسط، وواسطة القلادة: الدرة التي في وسطها وهو أجودها^(١).

والوساطة الجزائية اصطلاحاً: «هي الإجراء الذي بموجبه يحاول شخص من الغير بناء على اتفاق الأطراف وضع حد ونهاية لحالة الاضطراب التي أحدثتها الجريمة، عن طريق تعويض المجني عليه وإعادة تأهيل الجاني»^(٢).

وعناصر الوساطة الجزائية: وجود دعوى جزائية منظورة أمام النيابة العامة، ووجود ثلاثة أطراف: وهم متهم ومجني عليه ووسيط يحال له

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، مرجع سابق، ٢١٠/١٥.

(٢) الحداد، مهند وليد، التنظيم القانوني للوساطة الجزائية مكانية تطبيقها في النظام الإجرائي الجزائي الأردني «دراسة مقارنة»، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، ٢٠١٧م، العدد، ٤، ص ٢٣١.

موضوع النزاع، وينظر فيه محاولاً حل النزاع بالتراضي وتقريب وجهات النظر بين طرفي النزاع المتهم والمجني عليه. وبالنظر في هذه العناصر يتضح أنها تنطبق على عمل وحدات الصلح، إذ عملها يرتبط بدعوى منظورة أمام النيابة، وترى النيابة ملاءمة إحالتها لوسيط (وحدات الصلح) لتقريب وجهات النظر بين طرفي النزاع المتهم والمجني عليه.

لذا يرى الباحث مناسبة تغيير اسم وحدات الصلح في المملكة العربية السعودية إلى وحدات الوساطة الجزائية ليتفق الاسم مع المسمى.

المبحث الثاني نطاق عمل وحدات الصلح

يشمل نطاق عمل وحدات الصلح (الوساطة) مجالين: الأول تحديد الجرائم الداخلة في عمل وحدات الصلح (النطاق الموضوعي)، والثاني بيان الأشخاص الذين يقوم عليهم عمل وحدات الصلح (النطاق الشخصي)، وبينهما الباحث في المطللين التاليين:
المطلب الأول: النطاق الموضوعي:

سلكت التشريعات أحد أسلوبيين في تحديد نطاق عمل وحدات الصلح (الوساطة الجزائية)، الأسلوب الأول: تحديد الموضوعات الداخلة في نطاق عمل وحدات الصلح على سبيل الحصر، والثاني: عدم التحديد. ويُعرضان في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التحديد الحصري:

وهو النظام الذي يقوم من خلاله السلطة التشريعية بتحديد أنواع الجرائم التي يمكن أن تحال لوحدة الصلح (الوسيط) وتطبق عليها الوساطة الجزائية، والعلة في استخدام بعض التشريعات هذا الأسلوب، هو أن عمل وحدة الصلح (الوساطة الجزائية) استثناءً من الأصل، فالأصل مباشرة الدولة عن طريق جهاز النيابة العامة للدعوى الجزائية وصولاً بها إلى مرحلة المحاكمة، ومن ثم يجب أن تكون تلك الجرائم محددة على سبيل الحصر وعدم التوسع في تطبيقها^(١).

(١) الكعبي، بشرى سعيد، نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة، بحث محكم منشور في مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب كلية القانون، العدد ١، ٢٠١٨م، ص ٣٤٩.

فمن القوانين التي سلكت مسلك التحديد الحصري القانون التونسي الذي حدد الجرائم القابلة للوساطة الجزائية وهي:

أولاً: جميع المخالفات، والمخالفة في القانون التونسي «هي كل جريمة يعاقب عليها القانون بالحبس لمدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً أو الغرامة التي لا تتجاوز ستين ديناراً»^(١).

ثانياً: بعض الجنح التي حددها على سبيل الحصر وفقاً لمنطوق المادة ٣٣٥/٣ مكررة وهي:

١. بعض جرائم الاعتداء على الأشخاص: مثل جريمة الاعتداء بالعنف الشديد وجريمة المشاركة في معركة (مضاربة جماعية)، وجريمة إحداث جروح للغير على وجه الخطأ، أو التلفظ والدعوى الكيدية وجريمة القذف والنميمة، وجريمة الادعاء بالباطل، وجريمة الدخول لمحل الغير رغم إرادة صاحبه.

٢. بعض جرائم الاعتداء على المال: كجريمة الاستيلاء على مشترك قبل القسمة، وجريمة الاستيلاء تعدياً على شيء وصل للإنسان قبل القسمة وجريمة الأكل والشرب أو النزول بمحل مع العلم بعدم إمكانية القدرة على الدفع، وجرائم الاستحواذ «إزالة حدود» أو «تكسير حد» والاستيلاء بدون حق على مياه عمومية أو خاصة، وجريمة استخلاص دين مرتين، وجريمة الخيانة، وجريمة تسلم مال على وجه التسبقة لأجل العمل باتفاق

(١) القاضي، رامي متولي، الوساطة الجنائية كأحد بدائل الدعوى الجنائية، بحث محكم، المجلة الدولية للفقه والقضاء مصر، العدد ١، لعام ٢٠٢١م، ص ٢٤٠.

والامتناع بدون موجب من العمل بالاتفاق أو إرجاع التسبقة وجريمة الإضرار بملك الغير، وجريمة إحداث حريق بملك الغير على وجه الخطأ. كما سلك القانون البحريني ذات المسلك بتحديد الجرائم الداخلة في النطاق الموضوعي لعمل الوسيط الجزائي، فنصت عليها المادة (٢) من قرار وزير العدل والشؤون الإسلامية رقم (٣٢) لسنة ٢٠٢٠م المنظم للوساطة في المسائل الجنائية، وهي الجرائم التي يجوز فيها الصلح أو التصالح قانوناً. والمسائل التي يجوز فيها الصلح والتصالح محددة في قانون الإجراءات الجزائية البحريني بموجب قانون رقم (٧) لسنة ٢٠٢٠م بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٦) لسنة ٢٠٢٠م وفق المادة (٢١) مكرر، وهي جميع المخالفات وبعض الجناح المحددة مثل:

١. بعض جرائم الاعتداء على الأشخاص: مثل التسبب في موت شخص بالخطأ، والاعتداء على بدن الغير بأية وسيلة وأفضى الاعتداء إلى مرضه أو عجزه عن أعماله الشخصية مدة تزيد على عشرين يوماً، وتهديد الغير بالسلاح، دون إطلاق النار، أو التهديد بارتكاب جريمة سواء كان ذلك كتابةً أو شفاهةً بواسطة شخص آخر. والإقدام بغرض علمي أو تعليمي، دون موافقة صاحب الشأن، على أخذ جثة أو جزء منها أو تشريحها أو استخدامها بأي وجه آخر لهذا الغرض. وإذا خطف الصغير أي من الوالدين أو الجددين بنفسه أو بواسطة غيره ولو بغير تحايل أو إكراه من حكم له بحضائنه أو حفظه.

٢. بعض جرائم التعدي على العرض: كالتعرض لأنثى على وجه يחדش حياءها بالقول أو بالفعل في طريق عام أو مكان مطروق. أو إذا كان التعرض بطريق التليفون.

٣. بعض الجرائم المتعلقة بانتهاك الحياة الخاصة: كالنشر بإحدى الطرق العلانية أخباراً أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة إذا كان من شأن نشرها الإساءة إليهم، والنشر بإحدى طرق العلانية أخباراً أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة إذا كان من شأن نشرها الإساءة إليهم.

أو فض رسالة أو برقية بغير رضا من أرسلت إليه أو استرق السمع في مكالمة تليفونية.

واستعمال سيارة أو دراجة بخارية أو أية آلة أو أداة متنقلة بغير إذن أو موافقة مالكيها أو صاحب الحق في استعمالها. أو دخول الأماكن المعدة للسكن أو حفظ المال خلافاً لإرادة صاحب الشأن وفي غير الأحوال المبينة في القانون.

٤. بعض جرائم الاعتداء على المال: كالسرقة وفق المادة (٣٨١) من قانون العقوبات، وهي المجردة من الظروف المشددة، كالسرقة باستخدام السلاح أو في أماكن العبادة أو وسائل النقل أو عن طريق التسور أو كسر الزجاج، أو كانت السرقة من شخصين فأكثر، أو ممن انتحل صفة عامة، أو في الليل، أو في مكان العمل.

الفرع الثاني: عدم التحديد الحصري:

سلكت بعض القوانين مسلك عدم التحديد الحصري للجرائم الداخلة في نطاق الوساطة الجزائية، كالمرشح الفرنسي، فلم يحدد تلك الجرائم، ولم يضع كذلك ضوابط أو معايير لتحديدها، بل ترك مهمة تحديد الجرائم محل الوساطة للنيابة العامة تبعاً لظروف الجريمة وملاستها، وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد من جانب الفقه، ذلك أن مجال الوساطة الجنائية عادة يكون في الجرائم البسيطة، مما يعني استبعاد الجرائم الخطيرة ومن ثم الجنائيات من الخضوع لنظام الوساطة الجنائية، وذلك بعكس الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يمكن خضوع الجنائيات لنظام الوساطة الجنائية، وإن كان أغلب الجرائم الخاضعة لهذا النظام من قبيل الجنح^(١).

ونظراً لعدم وضع معيار من جانب المشرع الفرنسي، اتجه الفقه إلى البحث عن معايير لاختيار الجرائم محل تطبيق الوساطة، ولقد ذهب جانب منه إلى أنه بالنظر للتطبيق العملي للوساطة الجزائية في فرنسا اتضح أن مجال تطبيقها اقتصر على جرائم الاعتداء على الأموال وبعض جرائم الاعتداء على الأشخاص وبصفة خاصة جرائم الأسرة، وهو ما صرح به وزير العدل الفرنسي أثناء مناقشة قانون الوساطة من أن نطاق تطبيق الوساطة يتحدد في

(١) الفقي، عماد، الاتجاهات الحديثة في إدارة الدعوي الجنائية - دراسة في النظام الجرائي الفرنسي، بحث محكم منشور، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، العدد (١)، ٢٠١٦م، ص ٥٠. الحداد، مهني، التنظيم القانوني للوساطة الجزائية وإمكانية تطبيقها في النظام الإجرائي الجزائري الأردني، بحث محكم، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٤، العدد ٤، ملحق ٣، ٢٠١٧م، ص ٢٣٧.

الجرائم ذات الخطورة البسيطة، وبصفة خاصة المنازعات الأسرية ومنازعات الجيرة وجرائم العنف البسيط والإتلاف والسرقة^(١)، كما أنه بالرجوع إلى التقرير الخاص بقانون إقرار الوساطة الجزائية في فرنسا، فإنه يستشف منه أن نطاقها هو بعض قضايا الجوار والخلافات العائلية^(٢).

وفي المملكة العربية السعودية لم يرد أي نص يحدد نطاق عمل وحدات الصلح على سبيل الحصر، وإنما نصت تعليمات النائب العام المتعلقة بوحدات الصلح على أن الغاية من إنشاء هذه الوحدات الحد من اتساع الخلافات الأسرية وزيادة مدة التقاضي، مما يؤثر على استقرار الأسرة والمجتمع، لذا حددت نطاق عمل وحدات الصلح ببعض المعايير التي تشمل الدعاوى الزوجية المتمثلة في اعتداء طرف على آخر، أو التهديد به، والمضاربات التي لم يستخدم فيها أدوات حادة أو أسلحة نارية وقضايا السب والشتم، إلا أنها توسعت بعد ذلك لتشمل علاقات الجوار، ويلاحظ تركزها على قضايا الاعتداء على الأشخاص. خاصةً المرتبطة بعلاقات شخصية كعلاقة الأسرة أو الجوار، دون بقية الجرائم كالاغتداء على الأموال أو الأعراس.

ومما سبق يظهر أن النطاق الموضوعي لعمل وحدات الصلح (الوساطة الجزائية) كآلية بديلة للمتابعة الجزائية تقتصر على الجرائم التي لا تمس النظام العام، وهي إما أن تكون محددة على سبيل الحصر، أو بتحديد معاييرها كقضايا الجوار والخلافات العائلية، وغيرها من القضايا التي يحسن فيها (١) القاضي، رامي متولي، الوساطة الجنائية كأحد بدائل الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(٢) مراد، بلوهي، بدائل إجراءات الدعوى العمومية، مرجع سابق، ص ١٧٧.

الحلول التوافقية بين الأطراف، والتي تضع حداً للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عليها، لذا فقد اقتضت على الجرائم الواقعة على الأشخاص وفي حدود ضيقة، وزادت بعض التشريعات بعض صور الاعتداء على المال، حيث يمكن مع هذين النوعين إصلاح الأضرار المترتبة عنها مادياً بالتعويض أو معنوياً بإعادة هذه الروابط بين الطرفين.

المطلب الثاني: النطاق الشخصي:

نطاق عمل وحدات الصلح (الوساطة الجزائية) من حيث الأشخاص يشمل ثلاثة أطراف وهم:

١. المتهم:

لم تُعرّف التشريعات الجزائية مصطلح المتهم، واتجه الفقه في تعريفه إلى اتجاهين موسّع ومضيق، أما الاتجاه المضيق فقصره على من تم تحريك الدعوى الجزائية ضده حيث عُرّف بأنه «الشخص المسؤول جنائياً الذي تحركت ضده الدعوى الجنائية لتوافر دلائل كافية على ارتكاب جريمة ما، أو اشتراكه فيها، بهدف توقيع العقاب عليه»^(١).

أما الاتجاه الموسع فقد عرّف المتهم بأنه «كل شخص اتخذت سلطة التحقيق إجراء من إجراءات التحقيق في مواجهته، أو أقيمت الدعوى الجنائية عليه قانوناً، سواءً من سلطة التحقيق أو جهات القضاء أو المدعي

(١) أبو عامر، محمد زكي الإجراءات الجنائية، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ط ١، ١٩٨٤م، ص ٣١١. وحسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٩٧.

المدني، أو أوجد نفسه في حالة من الحالات التي يجيز فيها القانون التحفظ عليه، أو اقتياده أو القبض عليه، أو تفتيشه أو تفتيش منزله»^(١).

فمن أخذ بالتعريف المضيق لم يستخدم مصطلح المتهم في تحديد النطاق الشخصي لعمل وحدات الصلح (الوساطة الجزائية) ولجأ إلى مصطلح آخر في نصوص الوساطة الجزائية، كالمشعر التونسي الذي استخدم مصطلح المشتكى به وفق الفصل (٣٣٥ مكرّر) من مجلة الإجراءات الجزائية التونسي حيث نص على أنه «يهدف الصلح بالوساطة في المادة الجزائية إلى ضمان جبر الأضرار الحاصلة للمتضرر من الأفعال المنسوبة إلى المشتكى به مع إذكاء الشعور لديه بالمسؤولية والحفاظ على إدماجه في الحياة الاجتماعية».

بينما استخدم القانون البحريني مصطلح المتهم في قرار وزير العدل والشئون الإسلامية والأوقاف رقم (٣٢) لعام ٢٠٢٠م المنظم للوساطة الجزائية ونطاق عمل الوسيط.

٢. المجني عليه:

لم تُعرّف التشريعات الجزائية مصطلح المجني عليه، أما في الفقه فإن المجني عليه هو صاحب الحق الذي يحميه القانون بنص التجريم، ووقع الفعل الإجرامي عدواناً مباشراً عليه^(٢).

(١) أبو الروس، أحمد بسيوني، المتهم، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ١٥.
(٢) حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٥م، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ١٢٧.

ويعد المجني عليه أحد الأطراف المكونة لعمل وحدة الصلح (الوساطة الجزائية) وقد نص القانون البحريني على أن المجني عليه طرف في عمل الوساطة الجزائية، وكذلك ورثته أو الوكيل الخاص لأي منهم أو المدعي بالحقوق المدنية أو المسئول عن الحقوق المدنية أو الجهة التي يجوز التصالح معها قانوناً.

واستخدم القانون التونسي مصطلح «المتضرر» وفق الفصل (٣٣٥ مكرّر) من مجلة الإجراءات الجزائية التونسي حيث نص على أنه «يهدف الصلح بالوساطة في المادة الجزائية إلى ضمان جبر الأضرار الحاصلة للمتضرر من الأفعال المنسوبة إلى المشتكى به مع إذكاء الشعور لديه بالمسؤولية والحفاظ على إدماجه في الحياة الاجتماعية».

٣. الوسيط:

يقصد بالوسيط الجزائري ذلك الشخص الذي يتولى مهمة التوفيق بين مصلحتي المتهم والمجني عليه.

وللوسيط دور مركزي في نظام الوساطة الجزائية، حيث أنيط به السعي إلى تقريب وجهات النظر بين المتهم والمجني عليه، ونجاح عملية الوساطة، مما يستلزم توفر العديد من السمات الشخصية، والتأهيل المعرفي والعلمي، لكي تتمكن من تحقيق هذه الغاية، فالوسيط يكون أمام أطراف يسود بينهم الكثير الخوف أو الرغبة في الانتقام، وعوامل نفسية متنوعة تجعل من الصعب تهيئتهم للحوار.

وينقسم عمل الوسيط من حيث طبيعته إما إلى وساطة قضائية أو وساطة اجتماعية.

الوساطة القضائية:

ويقصد بالوساطة القضائية التي يشارك فيها أحد أعضاء النيابة أو القضاء، كالوساطة الجزائية التي تتم في فرنسا في دور العدالة والقانون^(١). إلى أن صدر مرسوم ١٠/٤/١٩٩٦م، والذي حظر على أعضاء النيابة العامة القيام بمهمة الوساطة الجزائية، لما في ذلك من مساس بمبدأ حياد ونزاهة النيابة العامة^(٢)، كما اعتمد القانون التونسي الوساطة القضائية، حيث أسند مهمة الوساطة في حد ذاتها إلى وكيل الجمهورية (النائب العام)، وفق الفصل (٣٣٥) من مجلة الإجراءات الجزائية، والواقع أن هذا النوع من الوساطة غير منتشر في التشريعات التي تأخذ بمبدأ استقلال الوساطة الجزائية^(٣).

الوساطة الاجتماعية:

والوساطة الاجتماعية التي لا يشارك فيها عضو النيابة العامة أو القاضي كحال الوساطة الجزائية في دولة البحرين فالوسيط مستقل عن النيابة العامة تماماً ولا يخضع لإشرافها، ووضع تراخيص لوسطاء معتمدين بعد تحقق

(١) بابصيل، ياسر الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص ٥٥.

(٢) القاضي، رامي متولي، الوساطة كبديل عن الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(٣) المرجع السابق.

الشروط التي وضعها القانون، كما أجازت للمتهم والمجني عليه اختيار الوسيط ولو لم يكن من الوسطاء المرخصين، وفق المادة (٨) من قرار وزير العدل رقم (٣٢) لسنة ٢٠٢٠م المنظم للوساطة الجنائية، ويتم الاعتماد بقيد الوسيط في جدول الوسطاء بقرار من وزير العدل، ولا يلزم أن يكون الوسيط في صورة شخصية اعتبارية، فأجاز القانون البحريني أن يقوم بعمل الوسيط شخص طبيعي.

ويشترط لقيد الشخص الطبيعي في جدول الوسطاء، أن يكون بحريني الجنسية. وأن يكون حاصلاً على درجة البكالوريوس أو الليسانس، على الأقل، أو ما يعادلها من الشهادات من إحدى الجامعات أو المعاهد المعترف بها وألا تقل مدة خبرته في اشتغاله في مجال تخصصه عن ثلاث سنوات. وأن يجتاز دورة في الوساطة في المسائل الجنائية وفقاً للمعايير والشروط التي يصدر بها قرار من الوزير، ويحدد القرار حالات الإعفاء من هذا الشرط.

أما الشخص الاعتباري: فيشترط لقيده في جدول الوسطاء أن يكون مرخصاً له بالعمل في مملكة البحرين وأن يكون ممثله ممن تنطبق على الشروط الواجبة في الشخص الطبيعي.

أما إن كان الشخص الاعتباري جهة عامة فيجوز بقرار من وزير العدل اعتمادها بطلب ممن يمثلها قانوناً، ولا يلزم تحقق الشروط الواجبة في الشخصية الاعتبارية.

وفي المملكة العربية السعودية تشكل وحدات تسمى وحدات الصلح في فروع النيابة العامة، تتضمن أعضاء من خارج النيابة من المتخصصين

في الإصلاح الأسري (خدمة اجتماعية، علم نفس، علم اجتماع، والمهتمين بقضايا الصلح)، وإن كانت الوساطة الجزائية في المملكة العربية السعودية تشابه الوساطة الجزائية في مملكة البحرين في عدم مشاركة أحد أعضاء النيابة أو القضاة في الوساطة الجزائية، إلا أنها تختلف عنها في أن وحدات الصلح (الوسيط) ترتبط إدارياً برؤساء دوائر التحقيق، وفنياً بلجنة مركزية في المقر الرئيس للنيابة العامة.

المبحث الثالث

المراحل الإجرائية لعمل وحدات الصلح (الوساطة الجزائية)

لم تتصد كثير من التشريعات الجزائية لتنظيم إجراءات الوساطة الجزائية بشكل تفصيلي كالتشريع الفرنسي والتونسي والبحريني والسعودي، فجاءت خالية من نصوص تفصيلية تبين كيفية ممارسة الوساطة الجزائية، فهي ممارسة حرة بهدف الوصول لحل مُرضٍ للمتهم والمجني عليه. وبشكل عام تمر إجراءات عمل الوسيط بثلاث مراحل تُعرض في المطالب التالية:

المطلب الأول: المرحلة التمهيدية:

المرحلة التمهيدية وإن لم تكن من صلب عمل وحدة الصلح (الوسيط) فهي مرحلة تهيئة وتوطئة ضرورية لعمل الوسيط، وتتم فيها عدة إجراءات تُبيّن في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تقدير النيابة العامة لملاءمة الإحالة لوحدات الصلح (الوسيط):

إن المسوغ لمباشرة وحدة الصلح (الوسيط) أعمالها هو تقرير النيابة العامة لملاءمة إحالة موضوع النزاع إلى وحدة الصلح (الوسيط) وفق سلطتها التقديرية.

ويعد نظام الملاءمة هو النظام الذي يخول النيابة العامة سلطة تقديرية في تحريك الدعوى العمومية، أو عدم تحريكها حتى مع توافر أركان الجريمة وكفاية الأدلة المنسوبة إلى المتهم^(١).

(١) حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ١١٣.

والنيابة العامة عندما تستثني بعض الجرائم من إجراءات الملاحقة إنما يكون ذلك لأسباب خارجة عن الاعتبارات القانونية، فهي لا تقف عند التقدير الموضوعي لأركان الجريمة، بل تتجاوزها إلى البحث في مدى ملاءمة تحريك الدعوى العمومية الناشئة عن الجريمة مراعية في ذلك تحقيق المصلحة العامة من جهة ومصلحة المتهم والمجني عليه من جهة أخرى^(١).

ومن صور تطبيق النيابة العامة لسلطتها التقديرية، إذا رأت عدم ملاءمة تحريك الدعوى الجزائية أن تحيل الموضوع إلى وحدة الصلح (الوسيط)، وهذه الإحالة يحكمها أمران:

١. أن تكون القضية المنظورة داخلية في النطاق الموضوعي للوساطة الجزائية كما سبق بيانه.

٢. إمكانية تحقق الغاية من الوساطة الجزائية، وقد نصت بعض التشريعات الجزائية على غايتها من الوساطة الجزائية، كالقانون الفرنسي الذي نص في المادة (٤١-١) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على الغاية من الوساطة الجزائية، وهي ضمان تعويض المجني عليه عن الضرر الذي أحدثته الجريمة، وإنهاء الاضطراب الذي سببته، والمساهمة في إعادة تأهيل الجاني وإصلاحه اجتماعياً.

كذلك القانون التونسي نص على الغاية من الوساطة الجزائية، حيث نص الفصل (٣٣٥ مكرّر) من مجلة الإجراءات الجزائية، على أن الوساطة

(١) عبيد، أسامة حسنين، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية ماهيته والنظم المرتبطة به، دراسة مقارنة. ط ١، دار النهضة، القاهرة ٢٠٠٥ م. ص ٢١٠.

في المادة الجزائية تهدف إلى ضمان جبر الأضرار الحاصلة للمتضرر، من الأفعال المنسوبة إلى المشتكى به مع إذكاء الشعور لديه بالمسؤولية والحفاظ على إدماجه في الحياة الاجتماعية.

أما القانون البحريني فسلك مسلكاً مغايراً فلم يشترط تقدير النيابة العامة لملاءمة الإحالة لوحدة الصلح كشرط أساسي ومسوغ لإحالة الدعوى إلى وحدة الصلح (الوسيط)، حيث نص في المادة (٨) من قرار وزير العدل رقم (٣٢) لعام ٢٠٢٠م بتنظيم الوساطة في المسائل الجنائية، على جواز بدء إجراءات الوساطة في المسائل الجنائية بعد قبولها من الأطراف، فأجاز للمتهم والمجني عليه اللجوء إلى الوساطة، ويتم اختيار الوسيط من بين الوسطاء الجنائيين المعتمدين أو الخارجيين حسب الاتفاق، ويجوز إخطار النيابة العامة أو المحكمة المختصة -بحسب الأحوال- بالبدء في الوساطة في المسائل الجنائية في أي مرحلة تكون عليها الدعوى إلى ما قبل صدور حكم نهائي فيها.

وفي النظام السعودي نص قرار النائب العام رقم (٢٥٨٨٠) وتاريخ ٢٠/٥/١٤٤٢هـ المتضمن تشكيل لجنة الإشراف على برنامج وحدات الصلح، على الغاية من الوساطة الجنائية، وهي الحد من اتساع الخلافات الأسرية، وزيادة مدة التقاضي مما يؤثر على استقرار الأسرة والمجتمع.

الفرع الثاني: عرض مقترح الإحالة لوحدات الصلح (الوسيط) على المتهم والمجني عليه لأخذ موافقتها:

بعد تقدير النيابة العامة للملاءمة إحالة الدعوى إلى وحدة الصلح (الوسيط) تعرض على المتهم والمجني عليه مقترح الإحالة لوحدات الصلح (الوسيط) لإبداء موافقتها المعبرة عن رضاها بالإحالة. وقد أشارت التوصية رقم (١٩ / ٩٩) الصادرة عن المجلس الأوروبي على تأكيد حصول الموافقة لطرفي النزاع، وتكون في صورة المشاركة في الوساطة بمحض إرادتهم، وأنه يجوز لهما الرجوع عن هذه الموافقة في أي وقت خلال عملية الوساطة^(١).

واختلفت التشريعات الجزائرية في النص على ضرورة أخذ موافقة المتهم والمجني عليه على إحالة موضوع النزاع إلى وحدة الصلح (الوسيط الجزائري)، فذهب بعضها إلى الاكتفاء بالأصل العام لعمل الوسيط الجزائري القائم أساساً على رضا الأطراف، بينما نصت على هذه الموافقة صراحةً بعض التشريعات.

فقانون الإجراءات الجزائرية الفرنسي نص على وجوب أخذ موافقة المتهم والمجني عليه قبل إحالة موضوع النزاع إلى الوسيط في المادة (٤١ / ١).

وفي القانون التونسي أكدت المادة (٣ / ٣٣٥) من مجلة الإجراءات الجزائرية على أن يعرض وكيل الجمهورية الصلح بالوساطة في المادة الجزائرية

(١) الحداد، مهند، التنظيم القانوني للوساطة الجزائرية وإمكانية تطبيقها في النظام الإجرائي الجزائري الأردني، ص ٢٣٥. وباصيل، الوساطة الجنائية، مرجع سابق، ص ١١٥.

على الطرفين قبل إثارة الدعوى العمومية إما بطلب من المشتكى به أو من المتضرر أو من محامي أحدهما.

ويجب توفر هذا الرضا في جميع مراحل إجراء الوساطة، ومفاد هذا القول أنه بإمكان كل من المتهم والمجني عليه الامتناع عن الاستمرار في الوساطة، والعودة إلى تحريك الدعوى الجزائية^(١).

ويلزم لصحة رضاهما بإحالة الموضوع إلى وحدة الصلح (الوسيط) أن يكون الرضا سالماً من أي ضغوط أو وسائل إكراه، لأن الإرادة هنا معيبة، وبالتالي ينتفي عنصر الرضا، كما يلزم لصحة رضا المتهم والمجني عليه أن يتمتع بالأهلية الإجرائية^(٢).

ولا تعد موافقة المتهم لإحالة موضوع القضية إلى وحدة الصلح (الوسيط الجزائي) إقراراً منه بارتكاب الجريمة لأن المتهم قد يقبل بإجراءات الوساطة لتجنب إجراءات المحاكمة المطولة، ولتجنب صدور حكم ضده^(٣)، وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي الصلح على إنكار^(٤).

(١) مراد بلوحي، بدائل إجراءات الدعوى العمومية، مرجع سابق، ص ٢٩٤.
(٢) الأهلية الإجرائية: هي أهلية مباشرة نوع من الإجراءات الجزائية على نحو يعد معه هذا الإجراء صحيحاً وينتج آثاره القانونية، فمناطها فهم المتهم الإجراء وإمكان تقدير آثاره أي توفر عنصري التمييز والإدراك. انظر: الحداد، مهند، التنظيم القانوني للوساطة، مرجع سابق، ص ٢٣٤.

(٣) القاضي، رامي متولي، الوساطة الجنائية كأحد بدائل الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٤) ابن قدامة، موفق الدين محمد عبد الله بن أحمد، المغني، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، مصر، ط ٢، ١٤١٢هـ، ٥/٧.

ومن المبادئ القضائية المقررة من المحكمة العليا أن قبول المدعى عليه للصلح لا يعني ثبوت الدعوى^(١). كما أن موافقة المجني عليه على إحالة موضوع الدعوى لوحدة الصلح (الوسيط) لا تعني تنازله عن حقه في الرجوع على المتهم بدعوى مدنية، فيمكنه في أي وقت أن يعدل عن موافقته فتتخذ الإجراءات صورتها العادية^(٢).

ولا بد من تدوين هذه الموافقة، فالتدوين يعد من أهم ضمانات الخصوم، إذ يستطيع كل منهم الرجوع لما تم تدوينه وبناء دفاعه عليه، كما يمكن التدوين السلطة المشرفة على مراقبة سير الإجراءات^(٣).

وهي من المبادئ العامة للإجراءات الجزائية التي تمر بها الدعوى الجزائية في جميع مراحلها، ومن ذلك الموافقة على إحالة الموضوع للوساطة، وعليه لا بد لهذه الموافقة أن تكون مدونة.

(١) المبدأ رقم (١١٦) من المبادئ والقرارات القضائية الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة العامة والدائمة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، مركز البحوث بوزارة العدل، ط ١، ١٤٣٨هـ، ص ٧٣.

(٢) مدحت عبد الحليم رمضان، الإجراءات الجنائية الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية في ضوء تعديلات قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٤م، ص ٢٧.

(٣) تاج الدين، مدني، أصول التحقيق الجنائي وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث بمعهد الإدارة العامة، ط ١، ١٤٢٥هـ، ص ١٢٧.

الفرع الثالث: الإحالة لوحدات الصلح (الوسيط):

بعد تقدير النيابة العامة للملاءمة إحالة الدعوى إلى وحدة الصلح (الوسيط) وأخذ موافقة المتهم والمجني عليه، تميلها إلى وحدة الصلح (الوسيط).

واختلفت التشريعات الجزائية في وقت اتخاذ قرار الإحالة لوحدات الصلح (الوسيط) واللجوء إلى الوساطة الجزائية، فذهبت بعضها إلى اشتراط أن يكون قرار الإحالة لوحدات الصلح (الوسيط) سابقاً لتحريك الدعوى الجزائية^(١) كالقانون الفرنسي^(٢)، وذلك بنص المادة (٤١-١) من قانون الإجراءات الجنائية، والقانون التونسي وفق الفصل (٣٣٥- ثالثاً) من مجلة الإجراءات الجزائية. وذهبت بعض التشريعات إلى عدم اشتراط أن يكون اللجوء إلى الوساطة سابقاً لتحريك الدعوى الجزائية، كالقانون البحريني فإن اللجوء إلى الوساطة يكون في أي مرحلة تكون عليها الدعوى إلى ما قبل صدور حكم نهائي فيها.

وفي النظام السعودي لا يوجد نص يُلزم أن تكون إحالة النيابة العامة موضوع النزاع لوحدات الصلح (الوسيط الجزائي) قبل تحريك الدعوى الجزائية، وبالنظر في تنظيم مراكز المصالحة في المحاكم الصادر بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (١٠٣) وتاريخ ٨ / ٤ / ١٤٣٤ هـ وقواعد عمل مراكز

(١) تحريك الدعوى الجزائية هو «اللحظة التي يبدأ منها افتتاح الدعوى الجنائية كمنشط إجرائي أو البدء فيها». انظر: أبو عامر، محمد زكي، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٢) الحداد، مهند، التنظيم القانوني للوساطة، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

المصالحة في المحاكم فهي تميز الوساطة الجزائية في مرحلة المحاكمة، في بعض الجرائم، مما يعني أن المنظم السعودي لا يمنع الإحالة للوسيط الجزائي بعد تحريك الدعوى الجزائية، ولكن الوسيط قبل تحريك الدعوى الجزائية هو وحدات الصلح في النيابة العامة، بينما في مرحلة المحاكمة مراكز المصالحة في المحاكم.

المطلب الثاني: مرحلة المفاوضة:

وهي المرحلة التي تبدأ فيها وحدة الصلح (الوسيط) عملها، ومترك لها الحق في إجراء الوساطة طبقاً للقواعد أو الطريقة التي يراها الوسيط مناسبة، ما لم يحدد القانون إجراءات الوسيط أو يجز القانون تدوين اتفاق سابق يميز للأطراف الاتفاق على القواعد التي تحكم الوساطة في المسائل الجنائية أو الطريقة التي تجرى بها، فمن القوانين التي لم تفصل في إجراءات الوسيط هي القانون الفرنسي والتونسي، وكذلك النظام السعودي، بينما أجازت تشريعات أخرى اتفاق المتهم والمجني عليه على تحديد إجراءات (الوسيط)، كالقانون البحريني الذي أجاز أن يحدد المتهم والمجني عليه قواعد عمل الوسيط، فنصت المادة (٩) من قرار وزير العدل المنظم للوساطة الجزائية على أنه: «يجوز للأطراف الاتفاق على القواعد التي تحكم الوساطة في المسائل الجنائية أو الطريقة التي تجرى بها، وعند عدم الاتفاق على ذلك، يكون للوسيط الحق في إجراء الوساطة في المسائل للقواعد أو الطريقة التي يراها مناسبة، مع مراعاة رغبات الأطراف وظروف الوساطة في المسائل الجنائية، وبما لا يخالف النظام العام، ويعرض الباحث لأهم المسائل المتعلقة بهذه المرحلة في الفروع التالية:

الفرع الأول: تقريب وجهات النظر:

فبعد اطلاع وحدة الصلح (الوسيط) على تفاصيل الدعوى الجزائية، يحاول استطلاع آراء الطرفين المتنازعين من خلال إجراء مقابلات فردية مع طرفي النزاع لسماع كل طرف على حدة، وذلك بهدف معرفة وجهة نظرهم، ومحاولات امتصاص الغضب، وبعد تهيئة الأجواء وامتصاص الغضب تبدأ اللقاءات الجماعية، ويحاول الأطراف بمساعدة الوسيط الوصول إلى حل ودي حول النزاع، الذي قد يتخذ صورة تعويض مادي أو معنوي كالاعتذار مثلاً، فعمل الوسيط ليس الفصل في الخصومة أو إثبات التهمة، ولكن في التوفيق بينهما للوصول إلى حل توافقي مرضٍ للطرفين، يعرض المجني عليه ويكفي المتهم تبعات استكمال إجراءات الدعوى الجزائية^(١).

الفرع الثاني: مكان إجراءات وحدة الصلح (الوسيط) وإطاره الزمني:

لم تحدد عامة التشريعات مكان عقد جلسات الوساطة الجزائية، ويعقد الوسيط جلسات الوساطة في مكان محايد، قد يكون هذا المكان هو جمعية أو هيئة الوساطة أو دار العدالة^(٢). أو في مكتب معد خصيصاً لذلك بالمحكمة^(٣).

(١) بابصيل، ياسر، الوساطة الجنائية، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٢) الفقي، عماد، الاتجاهات الحديثة في إدارة الدعوى الجنائية دراسة في النظام الإجرائي الفرنسي، مرجع سابق، ص ٥٧.

(٣) مراد بلوهي، بدائل إجراءات الدعوى العمومية، مرجع سابق، هامش ٣، ص ٢٢٤.

وفي المملكة العربية السعودية فإن وحدات الصلح تعقد جلساتها داخل فروع النيابة، وبحسب تعليمات النائب العام فإن هذه الوحدات تتبع إدارياً لرؤساء دوائر التحقيق.

أما الإطار الزمني فإن عامة التشريعات كذلك لم تحدد عدد الجلسات أو مدة الوساطة كالقانون الفرنسي^(١)، والقانون التونسي والبحريني والنظام السعودي.

ويرى الباحث أن الأوفق مع غايات الوساطة الجزائية في اختصار الجهد والوقت، أن يتم تحديد أمد لنظر وحدة الصلح (الوسيط الجزائي)، وفي حال انتهاء المدة دون الوصول إلى نتيجة يرفع الطلب إلى النيابة للتمديد. ولها تقدير مدى مناسبة التمديد من عدمه.

الفرع الثالث: سرية المعلومات الناتجة عن الوساطة الجزائية:

نظراً لخصوصية المسائل التي تطرح في الوساطة الجزائية، فقد أكدت التوصية رقم (١٩/٩٩) الصادرة من المجلس الأوروبي على أهمية سرية الوساطة وأن المناقشات التي تتم فيها سرية، لا يجوز إفشاؤها إلا بموافقة الأطراف.

واختلفت التشريعات الجزائية في النص على سرية المعلومات المعروضة في جلسات وحدة الصلح (الوسيط)، فذهبت بعضها إلى الاكتفاء بالأصل العام في الأسرار المهنية ويدخل في عمومها عمل (وحدة الصلح) الوسيط الجزائي، بينما نصت على هذه السرية صراحةً بعض التشريعات.

(١) الفقي، عماد، الاتجاهات الحديثة في إدارة الدعوي الجنائية- دراسة في النظام الجرائي الفرنسي الاتجاهات الحديثة، ص ٦٣.

فالقانون البحريني نص في المادة (١٠) على سرية الإجراءات والمعلومات، فتعد إجراءات ومعلومات الوساطة في المسائل الجنائية سرية في حدود الجريمة المتفق على إجراء الوساطة فيها. كما أكدت ذات المادة على أنه لا يجوز للوسيط أو لطرف في إجراءات الوساطة في المسائل الجنائية أو أي شخص آخر شارك فيها، أن يدلي بشهادة ضد أي طرف من أطراف النزاع في أية مسألة وصلت إلى علمه من خلال إجراءات الوساطة في المسائل الجنائية. والقانون التونسي لم ينص صراحةً في المواد المتعلقة بالوساطة الجزائية على سرية المعلومات الناتجة عن إجراءات الوساطة الجزائية، اكتفاءً بالأصل العام في الأسرار المهنية، وتأكيداً على ذلك نص في الفصل (٣٣٥-سادساً) على عدم جواز الاحتجاج بما تم تحريره على الأطراف عند إجراء الصلح بالوساطة في المادة الجزائية أو اعتباره اعترافاً.

الفرع الرابع: الاستعانة بمحام:

الأصل هو حضور أطراف النزاع شخصياً، مع جواز الاستعانة بمحام كمبدأ عام، ويلاحظ أن دور المحامي في مجال الوساطة الجزائية يختلف عن دوره في ساحات المحاكم، فالأول يتركز في تقديم المشورة لموكله، وليس الدفاع عنه، والذي يرمي إلى نفي التهمة إذا كان موكلاً عن المتهم، والمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الجريمة إذا كان موكلاً عن المجني عليه^(١).

(١) الفقي، عماد، الاتجاهات الحديثة في إدارة الدعوي الجنائية دراسة في النظام الإجرائي الفرنسي، مرجع سابق، ص ٥٧.

ففي القانون الفرنسي يجوز الاستعانة بمحام امثالاً للقيمة الدستورية لحق الدفاع على الرغم من أن المادة (٤١-١) من قانون الإجراءات الجنائية خلت من النص على هذا الحق^(١).

ونصت بعض التشريعات على جواز الاستعانة بمحام في مرحلة المفاوضات كما في الفصل (٣٣٥-٣٣٥) من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية الذي نص على أن: «على المشتكي به أن يحضر شخصياً بالموعد المحدد، وله أن يستعين بمحام. كذلك المتضرر له أن يستعين بمحام».

وفي القانون البحريني نصت المادة (١٦) من قرار وزير العدل المنظم للوساطة الجنائية عند إجراء الوساطة في المسائل الجنائية على أنه لا يكون اتفاق التسوية منتجاً لآثاره إلا إذا صدر منهم جميعاً أو من ورثتهم أو الوكيل الخاص لكل منهم.

أما في النظام السعودي فإن الاستعانة بمحام في الدعوى الجزائية للمتهم أو المجني عليه من تحريك الدعوى الجزائية حتى انقضائها أو صدور أمر حفظ فيها حق مكفول في النظام كأصل عام وفق المواد (٦٥ - ٦٩)، ولا يوجد أي قيد عليها يمنع الاستعانة بالمحامي في إجراءات وحدة الصلح (الوسيط).

(١) المرجع السابق.

المطلب الثالث: مرحلة الاتفاق:

بعد الانتهاء من مرحلة المفاوضة وتقريب وجهات النظر، تُعد وحدة الصلح (الوسيط الجزائي) تقريراً، سواءً نجحت مرحلة المفاوضة في إنهاء الخلاف أو لم تنجح، ويعرض الباحث لبيان مرحلة الاتفاق في الفروع التالية:

الفرع الأول: مضمون الاتفاق:

بالرغم من أن عامة التشريعات لم تنص على التدابير التي يمكن أن تحدد مضمون اتفاق الوساطة، إلا أن الوسيط يجوز له أن يقترح كافة الحلول والتدابير التي يمكن التوصل عن طريقها إلى تسوية وتحقيق غاية الوساطة الجزائية، وللأطراف حق اختيار أحد هذه الحلول أو اقتراح حلول أخرى، ما لم يكن هذا الحل محظوراً بموجب قانون الدولة^(١).

وينبغي أن تكون نقاط الاتفاق قابلة للتطبيق واضحة بالشكل الذي يمنع احتمال النزاع في التنفيذ. والتي قد تأخذ شكل التعويض المادي بمبلغ مالي أو إصلاح ما تم إتلافه، أو أن يتضمن الاتفاق مسائل معنوية كالاعتذار أو تعهد الجاني بعدم التعرض للمجني عليه أو مضايقته.

ومن المبادئ القضائية الاسترشادية لاتفاق الوساطة، ما قرره المحكمة العليا من مبادئ متعلقة بالصلح بوجه عام، كعدم قبول تضمين الاتفاق

(١) بابصيل، ياسر الوساطة الجنائية (مرجع سابق) ص ١٣٠.

شروطاً من المجني عليه لا يملك المتهم تنفيذها^(١)، مثل أن يشترط بقاء المتهم في السجن مدة يحددها المجني عليه^(٢)، كما لا يقبل أن تسري بنود الاتفاق على غير أطرافه كأن تنص على إلزام أقارب المتهم بعمل معين^(٣).

الفرع الثاني: تدوين الاتفاق:

إن المبدأ العام - كما سبق بيانه - هو تدوين جميع إجراءات وحدة الصلح (الوسيط) ومنها مرحلة الاتفاق بل إن بعض التشريعات الجنائية التي عاجلت موضوع الوساطة الجنائية لم تكتف بالمبدأ العام في إقرار التدوين، بل أفردت له نصوص خاصة كالقانون التونسي حيث نص الفصل (٣٣٥) - خامساً) من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، الذي أضاف على تحرير الاتفاق في محضر أن يتلى على الأطراف ويوقعوا على كل صفحة، وكذلك وكيل الجمهورية والكتاب والمحامي والمترجم إن وجدا.

وفي القانون البحريني نصت المادة (١٥) على أن الوسيط إذا توصل إلى اتفاق تسوية للنزاع فإنه يحجر اتفاق التسوية كتابةً.

كما يتم تدوين التنفيذ إذ تم بالفعل خاصة أن بعض الاتفاقيات لا تأخذ وقتاً في التنفيذ كالاعتذار أو تقديم مبلغ مالي قد يدفع في جلسة الوساطة ذاتها.

(١) انظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية أو الهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، مطبوعات مركز البحوث بوزارة العدل، ط ١، المبدأ رقم (٨٥٩).

(٢) المرجع السابق، المبدأ رقم (٨٩٩).

(٣) المرجع السابق، المبدأ رقم (١١٤).

الفرع الثالث: انتهاء أعمال وحدة الصلح (الوسيط):

بعد أن مرت وحدة الصلح (الوسيط الجزائري) بالمرحلة التمهيديّة ومرحلة التفاوض ثم وصلت إلى مرحلة الاتفاق بين المتهم والمجني عليه، فهل تنتهي أعمال وحدة الصلح (الوساطة) بتدوين الاتفاق أو بتنفيذه؟

في ذلك اتجاهان:

الاتجاه الأول:

أن الاتفاق الذي توصلت له وحدة الصلح (الوسيط الجزائري) لا يضع نهاية أو حدّاً لعمل الوسيط، بل يستمر عمل الوسيط حتى تنفيذ بنود الاتفاق، كالحالات التي يتم فيها الاتفاق على دفع قيمة التعويض على أقساط أو دفعات، وفي مثل هذه الحالة يلتزم الوسيط بمتابعة تنفيذ الوفاء، ولا يتوقف هذا الالتزام إلا مع دفع المبلغ أو القسط الأخير، فمهمة الوسيط تنتهي بإثبات الوفاء بالتزامات الاتفاق أو إثبات الامتناع عن تنفيذها، ويُرسَل الملف إلى النيابة العامة مرفقاً به تقرير الوسيط، كما في القانون الفرنسي^(١).

وسار على هذا الاتجاه القانون التونسي وفق الفصل (٣٣٥-٣٣٥) خامساً من مجلة الإجراءات الجزائية، الذي نص على أن وكيل الجمهورية عند قيامه بعمل الوساطة الجزائية ووصوله إلى اتفاق لا ينتهي عمله، بل يحدد لها أجلاً لتنفيذ جميع الالتزامات الناتجة عن الصلح، لا يمكن أن يتجاوز في كل الحالات مدة ستة أشهر من تاريخ إمضائه، وله بصفة استثنائية وعند (١) الفقي، عماد، الاتجاهات الحديثة في إدارة الدعوي الجنائية دراسة في النظام الإجرائي الفرنسي، مرجع سابق، ص ٦٢.

الضرورة القصوى التمديد في الأجل المذكور مرة واحدة لمدة ثلاثة أشهر بقرار معلل.

الاتجاه الثاني:

تنتهي أعمال وحدة الصلح (الوساطة الجزائية) بإبرام اتفاقية التسوية، ومن سار على هذا الاتجاه القانون البحريني حيث حددت المادة (١٧) من قرار وزير العدل المنظم لعملية الوساطة الجزائية حالات انتهاء إجراءات الوساطة وهي:

١. إبرام الأطراف اتفاق التسوية.

٢. إعلان أحد الأطراف عدم رغبته في استمرار الوساطة في المسائل الجنائية.

٣. إعلان الوسيط، بعد التشاور مع الأطراف، عدم جدوى الاستمرار بإجراءات الوساطة في المسائل الجنائية.

وهو ما عليه العمل في وحدات الصلح في المملكة العربية السعودية.

الفرع الرابع: حجية اتفاق وحدة الصلح (الوسيط الجزائي) وقوته التنفيذية:

في حال نجحت وحدة الصلح (الوسيط الجزائي) في تحقيق اتفاق منه للنزاع بين المتهم والمجني عليه، فقد اختلفت التشريعات الجزائية في حجية هذا الاتفاق ومدى قوته التنفيذية، على اتجاهين:

الاتجاه الأول:

ذهب هذا الاتجاه إلى أن الاتفاق لا يتمتع بقوة تنفيذية، بمعنى أنه لا يجوز تنفيذه جبراً، ومن سار في هذا الاتجاه القانون الفرنسي فإذا لم يقم المتهم بتنفيذ الالتزامات الواقعة عليه، فإن الوسيط الجزائي يلتزم بإخطار النيابة العامة لتتولى التصرف في الدعوى إما بتحريكها أو اقتراح التسوية الجنائية. فقد نصت المادة (٤١) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في فقرتها الأخيرة على أنه: «في حالة عدم تنفيذ التدبير بسبب يرجع إلى سلوك الجاني، فإن لنائب الجمهورية، ما لم توجد عناصر جديدة، أن يباشر التسوية الجنائية أو يحرك الدعوى الجنائية».

ويبرر هذا الاتجاه لرأيه بأن أساس الوساطة يقوم على اتفاق الأطراف، والإلزام بالتنفيذ يتناقض مع فلسفة الوساطة ذات الطابعية الرضائية البحتة. وعلى أي حال فإن العبرة بنجاح الوساطة هي بمدى تنفيذ ما جاء باتفاق الوساطة وليس مجرد التوقيع عليه^(١).

أما في المملكة العربية السعودية فإن محاضر الصلح الصادرة من وحدة الصلح في النيابة العامة لا تعتبرها سنداً تنفيذية لا بد أن يتحقق فيها شرطان نص عليهما نظام التنفيذ السعودي في المادة (٣/٩) ولائحتها التنفيذية، وهي أن يكون محضر الصلح معداً من جهات مخولة بذلك نظاماً أو مصادق عليها من المحكمة، ولا بد أن يكون محضر الصلح مذيلاً بالصيغة التنفيذية

(١) الفقي، عماد، الاتجاهات الحديثة في إدارة الدعوي الجنائية دراسة في النظام الإجرائي الفرنسي، مرجع سابق، ص ٦.

وفق المادة (٣٤ / ٢ / أ) من نظام التنفيذ، وهو ما لم يتحقق في وحدة الصلح في النيابة العامة، فهي لم تنشأ بموجب نظام صادر من السلطة التنظيمية في الدولة بل بقرار من النائب العام، وعليه لا يمكن اعتبار محاضرها سنداً تنفيذية، ما لم يصادق عليها من المحكمة.

كما أن الصلح الذي يتضمن نزول المجني عليه عن حقه الخاص لا بد أن يكون أمام المحقق، حيث نصت المادة التاسعة والعشرون من «نظام الإجراءات الجزائية» على أنه: «تعد الشكوى المقدمة ممن أصابه ضرر بسبب الجريمة مطالبة بحقه الخاص، إلا إذا قرر صراحة أمام المحقق نزوله عن حقه. وعلى المحقق إثبات ذلك في المحضر والإشهاد عليه»، واشترط أن يكون إثبات نزول المجني عليه عن حقه الخاص أمام المحقق^(١)، يضعف القوة التنفيذية لمحضر الصلح المعد من وحدة الصلح.

الاتجاه الثاني:

جعل لاتفاق الوساطة قوة تنفيذية وأسبغ عليه وصف الحكم القطعي، وذلك بجعله غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، كالقانون التونسي حيث نص في الفصل (٣٣٥ - سادساً) على أنه لا رجوع في الصلح بالوساطة في

(١) وهذا التوجه للمنظم السعودي خلافاً لما عليه عامة الفقه الجزائي من أنه لا يشترط في التنازل أن يقدم إلى جهة معينة، فيجوز أن يقدم إلى مأموري الضبطية القضائية، أو إلى النيابة العامة، أو إلى القضاء، كما يصح أن يصدر في شكل خطاب من الشاكي إلى المتهم، أو أحد أقاربه. انظر: الجوفان، ناصر، أحكام الشكوى باعتبارها قيداً على سلطة التحقيق في تحريك الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية، مجلة قضاء، عدد (٦) ١٤٣٤هـ، ص ٥٣.

المادة الجزائية، ولو باتفاق الأطراف إلا إذا ظهرت عناصر جديدة من شأنها تغيير وصف الجريمة بما يحول دون إمكانية الصلح فيها قانوناً.

ويبرر هذا الاتجاه أن الوساطة الجزائية من الإجراءات الهادفة لتيسير الإجراءات واختصارها وإيجازها والإسراع فيها، وفتح مجال الطعن فيه عودة للإجراءات التقليدية الطويلة والمعقدة التي تقضي على الأهداف التي توخاها المشرع بتبنيه لنظام الوساطة الجزائية، ففتح باب الطعن سيكون فرصة للمتهم للتخلص من تنفيذ الاتفاقات والمماطلة في الإجراءات بدعوى حقوق الطعن، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الوساطة الجزائية هي نوع من العدالة الرضائية التي تتم باتفاق الطرفين، وتمت صياغة بنود الاتفاق بتراضٍ منهم، وبالتالي لا يمكن فتح باب الطعن في اتفاق كان من صنع الإرادة المشتركة للطرفين ولم يفرض عليهم من أي جهة كانت^(١).

ويرى الباحث أن هذا الاتجاه هو الأوفق مع غاية عمل وحدات الصلح (الوساطة الجزائية) وعدم الإلزام بنتيجتها بعد الاتفاق عليه، ممن هو أهل لإبرام الاتفاق فيه ضياع للجهد والوقت الذي يعد من غايات إنشاء وحدات الصلح (الوسيط الجزائي).

(١) مراد بلوتهي، بدائل إجراءات الدعوى العمومية، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

المبحث الرابع

أثر وحدة الصلح (الوسيط) في الدعوى الجزائية

المطلب الأول: أثر الإحالة لوحدة الصلح (الوسيط) على الدعوى الجزائية:

يترتب على إحالة النيابة العامة موضوع الدعوى إلى وحدة الصلح (الوسيط الجزائي) أمران، وهما: وقف إجراءات التحقيق في الدعوى الجزائية مؤقتاً حتى يتم النظر في نتيجة الوساطة الجزائية، وتوقف تقادم الدعوى الجزائية. ويعرضان في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: وقف إجراءات التحقيق في الدعوى الجزائية:

يترتب على إحالة النيابة العامة موضوع الدعوى إلى وحدة الصلح (الوسيط) وقف إجراءات التحقيق في الدعوى الجزائية مؤقتاً حتى يتم النظر في نتيجة الوساطة الجزائية وما يتفق عليه الأطراف، ومن ثم تقوم النيابة العامة باتخاذ الإجراء القانوني المناسب تجاه ملف القضية^(١).

إلا أن القانون البحريني اتخذ مسلكاً مخالفاً، حيث نصت المادة (١٤) من قرار تنظيم الوساطة في المسائل الجنائية رقم (٣٢) لسنة ٢٠٢٠م على أنه لا يترتب على الوساطة في المسائل الجنائية وقف إجراءات الدعوى في أي مرحلة تكون فيها، ما لم تقرر النيابة العامة أو المحكمة المختصة بنظر

(١) المرجع السابق ص ٢٢٤.

الدعوى - بحسب الأحوال - خلاف ذلك وفقاً لمقتضيات التحقيق أو المحاكمة ومراعاة لمصلحة جميع الأطراف.

الفرع الثاني: وقف تقادم الدعوى الجزائية:

اتجهت بعض التشريعات الجزائية إلى وقف تقادم الدعوى الجزائية عند إحالتها إلى وحدة الصلح (الوسيط).

ويقصد بتقادم الدعوى الجزائية مرور فترة زمنية يحددها القانون من يوم ارتكاب الجريمة، دون أن يتخذ خلالها إجراءً من إجراءاتها، ويترتب على هذا التقادم انقضاؤها^(١).

أما وقف التقادم، والذي يعني التوقف عن حساب مدته لسبب يحدده القانون، لحين زوال سبب الوقف مع الاحتفاظ بالمدة السابقة دون إلغائها، فتضاف لها المدة المتبقية من المدة المقررة للتقادم بعد زوال سبب الوقف، أي استئناف حسابه بتكملة المدة المتبقية للمدة السابقة على الوقف^(٢).

والعلة من تقرير مثل هذا الأثر تكمن في منع استغلال المتهم لهذا الإجراء والمحاولة في تنفيذ اتفاق الوساطة للاستفادة من تقادم الدعوى الجزائية^(٣).

ومن بين التشريعات الجزائية التي نصت على هذا الأثر التشريع الفرنسي، وذلك بمقتضى المادة (٤١-١) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، وكذا التشريع التونسي، حيث نصت الفقرة (٣) من المادة (٣٣٥-٣) سابقاً من مجلة

(١) حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٢١٩.

(٣) مراد، بلوهي، بدائل إجراءات الدعوى العمومية، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

الإجراءات الجزائية التونسية على أنه: «... وتعلق آجال سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن طيلة الفترة التي استغرقتها إجراءات الصلح بالوساطة في المادة الجزائية والمدة المقررة لتنفيذه».

أما النظام الجزائري في المملكة العربية السعودية فإنه لم ينص على تقادم الدعوى الجزائية العامة في «نظام الإجراءات الجزائية»، فخلت المادة (٢٢) من النظام -التي بينت أسباب انقضاء الدعوى الجزائية- على تقادم الدعوى كسبب من أسباب انقضائها، بينما نصت بعض الأنظمة الجزائية الخاصة على التقادم خلافاً للأصل العام، كـ«النظام الجزائي لجرائم التزوير»، و«نظام مزاولة المهن الصحية»^(١)، وهذه الأنظمة لا تدخل ضمن النطاق الموضوعي لعمل وحدة الصلح، لذا يرى الباحث أنه لا يترتب على إحالة موضوع النزاع إلى وحدة الصلح وقف تقادم الدعوى.

المطلب الثاني: أثر قرار وحدة الصلح (الوسيط) على الدعوى الجزائية:

بعد انتهاء وحدة الصلح من عملها فإنها إما أن تنجح في الوصول لاتفاق بين المتهم والمجني عليه ينهي النزاع بينهما، أو تفشل في الوصول لاتفاق، وفي كل الحالات تحرر هذه النتيجة في قرار تُعده وحدة الصلح ويحال إلى النيابة العامة. وسبق بيان مدى حجية هذا القرار وقوته التنفيذية، ويعرض الباحث لأثره على الدعوى الجزائية في الفرعين التاليين:

(١) انظر المادة (٢٧) من «النظام الجزائي لجرائم التزوير»، والمادة (٣٧) من «نظام مزاولة المهن الصحية».

الفرع الأول: في حال عدم نجاح وحدة الصلح (الوسيط) في الوصول إلى اتفاق:

في حال عدم تمكن وحدة الصلح (الوسيط) من الوصول إلى اتفاق يرضي الطرفين، أو امتناع الأطراف عن تنفيذ اتفاقية الوساطة، فإن التشريعات الجزائية تجيز للنيابة العامة تقرير ما تراه مناسباً من تحريك الدعوى الجزائية أو عدمها^(١).

وقد أدخل المشرع الفرنسي تعديلاً على المادة (٤١-١) من قانون الإجراءات الجنائية بمقتضى المادة (٧١) من القانون رقم (٢٠٠٤ - ٢٠٠٤) الصادر في ٩ مارس سنة ٢٠٠٤م، يشير إلى جواز أن تلجأ النيابة العامة إلى تطبيق إجراء التسوية الجنائية أو تحريك الدعوى الجنائية في حالة عدم تنفيذ اتفاق الوساطة لسبب يرجع إلى إرادة الجاني^(٢).

وكذلك القانون التونسي أسند لوكيل الجمهورية تقدير ملاءمة تحريك الدعوى من عدمها، حيث نصت المادة (٣٣٥-سابعاً) على أنه إذا تعذر إتمام الصلح لو لم يقع تنفيذه كلياً في الأجل المحدد فإن وكيل الجمهورية يجتهد في تقرير مآل الشكاية.

أما في القانون البحريني فلا يتم إبلاغ النيابة العامة بنتيجة الوساطة الجزائية في حال فشلها، لعدم تأثير سير إجراءات الدعوى ببدء إجراءات

(١) بابصيل، ياسر، الوساطة الجنائية، مرجع سابق، ص ١٣٣.

(٢) الفقي، عماد، الاتجاهات الحديثة في إدارة الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص ٦٥.

الوساطة. وهو ما نص عليه قرار وزير العدل المنظم لعملية الوساطة الجزائية.

وفي النظام السعودي لا يوجد نصوص تعالج موضوع فشل وحدة الصلح في الوصول إلى اتفاق، وعليه تحتفظ النيابة بسلطتها التقديرية وفق مبدأ الملاءمة المقرر لها في تحريك الدعوى الجزائية.

الفرع الثاني: في حال نجاح وحدة الصلح (الوسيط) في الوصول إلى اتفاق:

إن من غايات الوساطة الجزائية والإحالة إلى وحدة الصلح اختصار الإجراءات والتخفيف عن كاهل النيابة العامة والقضاء من حجم القضايا المنظورة وإجراءاتها، لذا فالنتيجة الطبيعية لنجاح الوساطة بوصول المتهم والمجني عليه لاتفاق مرضٍ للطرفين، أن تتوقف إجراءات الدعوى وتصدر النيابة العامة أمرها بالحفظ.

وقد نصت بعض التشريعات الجزائية على آثار حتمية على نجاح وحدة الصلح (الوسيط)، بينما أعرضت بعضها عن النص على ذلك اكتفاءً بالأصل العام، وهو سلطة النيابة العامة في تقرير مناسبة تحريك الدعوى العامة أو رفعها.

فذهب التشريع الفرنسي إلى أن النيابة تصدر في حال نجاح الوساطة قرار حفظ أوراق وفق المادة (١/٤١) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، وسبب اقتصار التصرف في القانون الفرنسي على الحفظ الإداري

(حفظ الأوراق)^(١) أن إجراءات الوساطة لا تكون إلا قبل تحريك الدعوى ومباشرة النيابة العامة لإجراءات التحقيق كما سبق بيانه^(٢).

وذهبت بعض التشريعات إلى أن نجاح الوساطة يلزم منه انقضاء الدعوى الجزائية كأثر حتمي لنجاح الوساطة الجزائية، ومنها القانون التونسي، حيث نص المشرع التونسي على انقضاء الدعوى العمومية بالوساطة في حالتين: حالة تنفيذ الجاني للاتفاق، أو في حالة تعذر قيامه بذلك لسبب يرجع إلى الضحية إعمالاً لنص المادة (٣٣٥-سابعاً/٢) من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، حيث نصت على أن: «يترتب على تنفيذ الصلح بالوساطة في المادة الجزائية كلياً في الأجل المحدد، أو عدم تنفيذه بسبب المتضرر انقضاء الدعوى العمومية تجاه المشتكى به».

أما التشريعات التي لم تنص على آثار حتمية لنجاح عملية الوساطة الجزائية فمنها القانون البحريني حيث نصت المادة (١٥) من قرار وزير العدل المنظم لعملية الوساطة الجزائية على أنه في حال توصل الوسيط من خلال إجراءات الوساطة إلى تسوية النزاع يحرر اتفاق التسوية كتابة، ويعرض على النيابة العامة أو المحكمة المختصة -بحسب الأحوال- هذا

(١) حفظ الأوراق: «هو أمر إداري من أوامر التصرف في الاستدلالات، تصدره جهة التحقيق المختصة نظاماً، لتصرف به النظر عن إقامة الدعوى الجنائية أمام محكمة الموضوع، دون أن يجوز أي حجية تقيدها». انظر: عبيد، رؤوف، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، دار الجيل للطباعة، القاهرة، ط٣، ١٩٨٦م، ص٦٣١.

(٢) الفقهي، عماد، الاتجاهات الحديثة في إدارة الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص٦٥.

الاتفاق في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وذلك لاتخاذ شؤونها وفقاً لأحكام القانون.

وعليه فإن القانون البحريني لم يتضمن أي نص على تقييد النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية عند نجاح عملية الوساطة، وأحال للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية، والقانون البحريني كما سبق بيانه لا يوقف إجراءات الدعوى عند بدء إجراءات الوساطة، وعليه فإذا كانت الدعوى الجزائية لا زالت في بدايتها ولم يتم تحريكها بعد فللنيابة العامة إذا رأت أنه لا محل للسير في الدعوى أمرت بحفظ الأوراق وفق المادة (٧٨) من قانون الإجراءات الجزائية، أما إن باشرت النيابة العامة التحقيق ورأت بعد ذلك أنه لا وجه لإقامة الدعوى تصدر أمراً بذلك وفق المادة (١٦٠) من ذات القانون.

وفي كل الحالات فإن من آثار الحفظ سواءً الحفظ الإداري (حفظ الأوراق) أو حفظ الدعوى عدم جواز الادعاء المباشر أمام المحكمة عن ذات الواقعة، وعدم الاعتداد بالواقعة كسابقة في العود، وعدم تسجيلها في صحيفة السوابق^(١).

وفي النظام السعودي وبالرغم من أن نسبة القضايا التي نجحت وحدات الصلح في الوصول إلى اتفاق مرضٍ للمتهم والمجني عليه وصلت إلى (٦٢٪) اثنين وستين في المئة من إجمالي عدد القضايا المحالة لوحدات

(١) براك، أحمد محمد، العقوبة الرضائية، مرجع سابق، ص ٥١٨.

الصلح لعام ٢٠٢٠م^(١)، إلا أنه لا يوجد نص نظامي يبين أثر نجاح وحدة الصلح في الوصول إلى اتفاق يرفع النزاع بين المتهم والمجني عليه. وعليه يرى الباحث أنه يعامل وفق مبدأ الملاءمة المقرر للنيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية، وله في حال نجاح وحدة الصلح حالتان، فإن كانت الإحالة لوحدة الصلح قبل تحريك الدعوى الجزائية، فللمحقق بموجب المادة الثالثة والستين من «نظام الإجراءات الجزائية» إذا رأى أن لا وجه للسير في الدعوى أن يوصي بحفظ الأوراق، ولرئيس الدائرة التي يتبعها المحقق الأمر بحفظها.

والحالة الثانية إذا كانت الإحالة لوحدة الصلح بعد تحريك الدعوى الجزائية ومباشرة إجراءات التحقيق فيكون فللمحقق بموجب المادة الرابعة والعشرين بعد المئة إذا رأى أنه لا وجه لإقامة الدعوى، فيوصي رئيس الدائرة بحفظ الدعوى وبالإفراج عن المتهم الموقوف، إلا إذا كان موقوفاً لسبب آخر. ويعد أمر رئيس الدائرة بتأييد ذلك نافذاً، إلا في الجرائم الكبيرة فلا يكون الأمر نافذاً إلا بتصديق النائب العام أو مَنْ ينيبه.

(١) انظر: الحساب الرسمي للنيابة العامة في تويتر على الرابط:

https://twitter.com/bip_ksa/status/1376187413257674755?s=24

وتاريخ الزيارة ٢٨/ نوفمبر/ ٢٠٢١م.

ويتأكد عدم رفع الدعوى الجزائية العامة في حال نزول المجني عليه عن حقه الخاص في الجرائم الواجب فيها حق خاص للأفراد^(١)، وفق المادة السابعة عشرة من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».



(١) الجرائم الواجب فيها حق خاص للأفراد هي التي اقتصر الضرر فيها على المجني عليه، انظر المادة (٤) من «اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية».

الخاتمة

النتائج:

بعد توفيق الله تعالى لي بإتمام هذا البحث أختمه بأهم نتائجه وتوصياته ويعرضها الباحث فيما يلي:

١. وحدات الصلح في النيابة العامة هي جهات محايدة تشرف عليها النيابة العامة، ويسند لها تقريب وجهات النظر عن طريق الحوار بين الأطراف المتنازعة، وإعادة بناء الثقة بينهم، وتبصيرهم بالإشكالات المتعلقة بالنزاع، ومحاولة الوصول إلى اتفاق ينهي الخلاف بين الأطراف.

٢. بمقارنة عمل وحدة الصلح مع صور العدالة التصالحية يتبين أنها تأخذ صورة الوساطة الجزائية.

٣. أن عمل وحدات الصلح (الوساطة) في التشريعات الجزائية المقارنة، مر بمرحلة تجريبية قبل النص عليها في التشريعات الجزائية.

٤. عمل وحدات الصلح في النظام السعودي لا زال في المرحلة التجريبية رغم مرور أربع سنوات على إنشائها، ولم يتم أي تعديل على «نظام الإجراءات الجزائية» يضع لها قواعدها الإجرائية.

٥. سلكت التشريعات أحد أسلوبين في تحديد نطاق عمل وحدات الصلح (الوساطة الجزائية)، الأسلوب الأول: تحديد الموضوعات الداخلة في نطاق عمل وحدات الصلح على سبيل الحصر، والثاني: عدم التحديد

الحصري. وهو ما عليه العمل في وحدات الصلح في فروع النيابة العامة في المملكة العربية السعودية.

٦. النطاق الشخصي لعمل وحدة الصلح يشمل: المتهم، والمجني عليه، والوسيط.

٧. لم تتصد عامة التشريعات الجزائية لتنظيم إجراءات عمل وحدة الصلح (الوساطة الجزائية) بشكل تفصيلي يبين كيفية ممارسة الوساطة، ومن ثم فهي ممارسة حرة يقوم بها الوسيط بغية التوصل لحل ودي بين أطراف المنازعة الجنائية.

٨. يقسم الفقه مراحل عمل وحدة الصلح (الوساطة الجزائية) إلى ثلاث مراحل إجرائية، وهي: المرحلة التمهيديّة، ومرحلة التفاوض، ومرحلة الاتفاق.

٩. تبدأ المرحلة التمهيديّة بتقدير النيابة العامة لملاءمة إحالة موضع النزاع إلى وحدة الصلح.

١٠. لانتهاج أعمال وحدة الصلح (الوسيط) في التشريعات المقارنة اتجاهان، الأول: أن اتفاق الوساطة يضع نهاية أو حداً لعمل وحدة الصلح (الوسيط)، والثاني: أن يستمر عمل الوسيط حتى تنفيذ بنود الاتفاق.

١١. اختلفت التشريعات الجزائية في حجية اتفاق الوساطة وقوته التنفيذية، ففيها اتجاهان، الاتجاه الأول: لا يتمتع اتفاق الوساطة بقوة

تنفيذية، بمعنى أنه لا يجوز تنفيذه جبراً، والاتجاه الثاني: جعل لاتفاق الوساطة قوة تنفيذية وأسبغ عليه وصف الحكم القطعي.

١٢. الاتفاق الذي تحرره وحدة الصلح بين المتهم والمجني عليه، لا يعد سنداً تنفيذياً، لخلو النظام الإجرائي من النص على ذلك، ولعدم تحقق الشروط التي نص عليها نظام التنفيذ السعودي في المادة (٣/٩) ولائحتها التنفيذية بشأن محاضر الصلح.

١٣. من العقوبات التي تضعف من قوة الاتفاق الذي تثبته وحدة الصلح، أن «نظام الإجراءات الجزائية» يشترط في المادة (٢٩) أن يكون نزول المجني عليه عن حقه الخاص أمام المحقق.

١٤. من آثار إحالة الدعوى لوحدة الصلح (الوسيط) وقف إجراءات التحقيق في الدعوى الجزائية مؤقتاً، بخلاف القانون البحريني الذي اتخذ مسلكاً مخالفاً، حيث نص على أنه لا يترتب على الوساطة في المسائل الجنائية وقف إجراءات الدعوى في أي مرحلة تكون فيها، ما لم تقرر ذلك النيابة العامة أو المحكمة المختصة بنظر الدعوى -بحسب الأحوال-.

١٥. من آثار إحالة الدعوى لوحدة الصلح (الوسيط) في التشريعات المقارنة: وقف تقادم الدعوى الجزائية عند إحالتها إلى وحدة الصلح (الوسيط).

١٦. من آثار نجاح وحدة الصلح (الوسيط) في الوصول إلى اتفاق بين المتهم والمجني عليه على الدعوى الجزائية أن تتوقف إجراءات الدعوى وتصدر النيابة العامة أمرها بالحفظ.

التوصيات:

١. بعد مرور أربع سنوات على إنشاء (وحدات الصلح) في فروع النيابة العامة في المملكة العربية السعودية يوصي الباحث بتصدي السلطة التنظيمية في المملكة لإجراء تعديلات على «نظام الإجراءات الجزائية» تعتمد وحدات الصلح وتنظم إجراءاتها، وتمنح محاضرها قوة السند التنفيذي.
٢. تعديل اسم (وحدات الصلح) إلى (وحدات الوساطة الجزائية).
٣. توسيع النطاق الموضوعي لعمل (وحدات الصلح) في المملكة العربية السعودية.
٤. إسناد عمل (وحدات الصلح) إلى مراكز متخصصة مرخصة.

قائمة المصادر والمراجع

١. بابصيل، ياسر، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة دراسة تحليلية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠١م.
٢. براك، أحمد محمد، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٠م.
٣. تاج الدين، مدني، أصول التحقيق الجنائي وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث بمعهد الإدارة العامة، ط١، ١٤٢٥هـ.
٤. حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٩٥م.
٥. الحداد، مهند، التنظيم القانوني للوساطة الجزائية وإمكانية تطبيقها في النظام الإجرائي الجزائي الأردني، بحث محكم، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية المجلد ٤٤، العدد ٤، ملحق ٣، ٢٠١٧م.
٦. الجوفان، ناصر، أحكام الشكوى باعتبارها قيداً على سلطة التحقيق في تحريك الدعوى الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية، مجلة قضاء، عدد (٦)، ١٤٣٤هـ.
٧. أبو الروس، أحمد بسيوني، المتهم، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، د.ت.
٨. الشوبكي، محمد رفيق وآخرون، الصلح بديلاً للدعوى الجزائية، بحث منشور في مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية باليزيا، عدد (٤٣)، ٢٠١٨م.
٩. صغير، سعداوي محمد، السياسة الجزائية لمكافحة الجريمة، رسالة دكتوراة منشورة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٠م.
١٠. طه، أحمد محمد عبد العليم، الصلح في الدعوى الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩م.
١١. أبو عامر، محمد زكي، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦، د.ط.



١٢. عبد المنعم، سليمان، أصول علم الإجرام والجزاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، ٢٠١٥م.
١٣. عبيد، أسامة حسنين، الصالح في قانون الإجراءات الجنائية ماهيته والنظم المرتبطة به. دراسة مقارنة. ط ١، دار النهضة، القاهرة. ٢٠٠٥م.
١٤. عبيد، رؤوف، ضوابط تسيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، دار الجيل للطباعة، القاهرة، ط ٣، ١٩٨٦م.
١٥. عنوز، أمل فاضل، العدالة الجنائية التصالحية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق المجلد ١٣، العدد ٠١ - ٢٠١٦م.
١٦. الغريب، محمد عيد، النظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، مكتبة مصباح، جدة، ط ١، ١٤١١هـ.
١٧. الفقي، عماد، الاتجاهات الحديثة في إدارة الدعوى الجنائية- دراسة في النظام الجزائري الفرنسي، بحث محكم منشور، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، العدد (١)، ٢٠١٦م.
١٨. الفيل، علي عدنان، بدائل إجراءات الدعوى الجزائية، د.ط، د.ن، مجلة جامعة إربد الأردن، ١٤٣٢هـ.
١٩. القاضي، رامي متولي، الوساطة الجنائية كأحد بدائل الدعوى الجنائية، بحث محكم، المجلة الدولية للفقهاء والقضاء مصر، العدد (١)، لعام ٢٠٢١م.
٢٠. ابن قدامة، موفق الدين محمد عبد الله بن أحمد، المغني، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، هجر، مصر، ط ٢، ١٤١٢هـ.
٢١. ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت: دار صادر، ط ٤، ٢٠٠٥م.
٢٢. كامل، شريف سيد، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠٠٤م.

٢٣. الكعبي، بشرى سعيد، نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة، بحث محكم منشور في مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب كلية القانون، العدد (١)، ٢٠١٨م.
٢٤. محمود، نجيب حسنى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٩٥م.
٢٥. مدحت، عبد الحليم رمضان، الإجراءات الجنائية الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية في ضوء، تعديلات قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
٢٦. نبيل لوقا بباوي، جرائم تهريب النقد ومكافحتها، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، ١٩٩٢م.





**الأمن السيبراني واجب من واجبات
الدولة الحديثة
ووسائل تحقيقه التنظيمية
دراسة تأصيلية مقارنة**

د. عبد العزيز بن أحمد المزيني

الأستاذ المساعد بقسم السياسة الشرعية

في المعهد العالي للقضاء

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

فيعيش العالم اليوم ثورة معلوماتية وتقنية مختلفة كلياً عن الثورات السابقة (كالثورة الزراعية والصناعية والمالية)، ثورة المعلومات والتقنية أثرت في العالم أجمع، سواء على شكل دول أو منظمات أو أفراد، وصارت الحكومات تعتمد بشكل كلي على التقنية والرقمنة في جميع أعمالها، سواء الخدمات التي تقدمها للمواطنين، أو في ربط الأجهزة الحكومية بعضها ببعض، أو في ربط الجهاز الحكومي نفسه بين منسوبيه، هذا الربط والخدمات والاعتماد الكلي على التقنية يتضمن جوانب مهمة وحساسة جداً للدولة، سواء كانت عسكرية أو أمنية أو سياسية، أو حتى معلومات خاصة بالمواطنين، وبالتالي أي ضرر يلحق بهذه الأجهزة (مثل اختراق يعطل محطات الكهرباء وتحلية المياه) أو سرقة معلومات حساسة تخص الدولة، أو تدمير بنية تقنية تحتية لأي جهاز حكومي، يضر بشكل مباشر بالأمن الوطني.

هذا الاعتداء في السابق كان يتم بشكل ملموس (يعبر عنه باللغة الإنجليزية tangible)، إما عن طريق صواريخ أو قنابل أو جواسيس وغيرها، ولكن في الوقت الحالي يمكن إحداث هذا الضرر الكبير دون أن يتحرك مسبب الضرر من مكانه، فقط باستخدام حواسيب واتصال بالإنترنت وبرمجيات عالية التطور.

هذا الاختراق والإضرار قد يتصور حدوثه في أي جهة حكومية أو خاصة، قد يحدث في وزارت خدمية، مثل: الكهرباء والاتصالات، أو أمنية، مثل: الداخلية، أو عسكرية، مثل: الدفاع، أو صحية، مثل: الصحة، بل قد يحدث في شركات القطاع الخاصة التي لها علاقة مباشرة بخدمات حساسة للدولة، مثل: شركات الاتصالات أو شركات النفط، أو البنوك وغيرها.

كل هذه الجهات إذا حصل لها هذا النوع من الاختراق فإن الضرر سيكون أثره على المجتمع والدولة ككل، وفي هذا إضرار كبير بالأمن الوطني بشكل عام.

ولذلك فإن من المواضيع الحساسة التي تتسارع لدعمها كل الدول اليوم الأمن السيبراني. فالأمن السيبراني يبحث في مجال الأمن التقني والمعلوماتي (كما سيُشرح ذلك بالتفصيل في هذا البحث)، والذي يعدّ من أهم مجالات الأمن الوطني، إذا لم يعدّ أهمها على الإطلاق في الوقت الحاضر، والسبب في ذلك أن الأمن السيبراني له علاقة بجميع أجهزة الدولة المدنية والعسكرية، وبل وحتى شركات القطاع الخاص التي لها علاقة حساسة بالدولة وبمعلومات المواطنين، وليس مقتصرًا على بعض الأجهزة الحكومية كما في غيره من مجالات الأمن الوطني.

وموضوع هذه الورقة هو البحث في التكيف الشرعي والقانوني لالتزام الدولة الحديثة بتحقيق الأمن السيبراني لها ول مواطنيها، والوسائل التنظيمية لتحقيق ذلك.

أهمية الموضوع وأهدافه:

تنبع أهمية هذا الموضوع من معالجته لمسألة شديدة الحساسية، وهي الأمن السيبراني، وهي قضية تجذب الباحثين في مختلف المجالات؛ نظراً لتعدد جوانبها. فالأمن السيبراني موضوع متداخل الاختصاصات، يمكن النظر إليه ومعالجته من عدة زوايا وخلفيات معرفية. كما يستمد الموضوع أهميته من كونه قضية معاصرة ويمكن تصنيف عدد من قضاياها في إطار النوازل الطارئة؛ خصوصاً مع التطور المستمر للمشكلات التي يُعنى بها الأمن السيبراني، وتعدد أساليب المواجهة، ما يستلزم من الباحثين -بحسب اختصاصاتهم- دعم الجهود التي تبذلها الدول الحديثة وتغطية المسائل المتصلة باختصاصاتهم عن طريق إجراء البحوث التي تسهم في تطوير آليات المواجهة، ومنها الآليات والوسائل الفقهية والقانونية التي ينتظم فيها هذا البحث.

ويهدف هذا البحث إلى ما يلي:

١. إلقاء الضوء على مفهوم الأمن السيبراني، ومكانته بين مسائل الأمن الأخرى.
٢. تأصيل المسائل الفقهية والقانونية المتصلة بالأمن السيبراني.
٣. توضيح الواجب المناط على الدولة الحديثة في سبيل تحقيق الأمن السيبراني، والوسائل التي تعتمدها الدول في سبيل إنجاز ذلك.

مشكلة البحث:

التطور التقني الذي يمر به العالم اليوم كبير جداً ومتسارع، ونظراً لاعتماد الدول على التقنية، تشكل جانباً من جوانب الأمن الوطني، وهو الأمن السيبراني الذي لم يكن موجوداً في السابق، نظراً لعدم وجود التقنية بهذا الزخم، ولذلك فمشكلة البحث هي التكييف القانوني والشرعي لهذا الواجب الذي تشكل حديثاً (الأمن السيبراني) والبحث في الوسائل القانونية لتحقيقه من خلال النظر فيما جرت عليه الدول المتقدمة فيه في هذا الوقت.

وهذه الورقة تحاول أن تبين مفهوم الأمن السيبراني من خلال المقارنة بين تعريفاته الاصطلاحية، وفي العناصر المكونة له، وخصائصه. إضافة إلى تأصيل الأساس الفقهي والنظامي لوظيفة الدولة الحديثة في تحقيق هذا النوع من الأمن. كما تؤمل الورقة الوصول إلى الإستراتيجيات التي ترسمها الدول، والضوابط والمعايير التي تقرّها لضمان تحقيق الأمن السيبراني، والكيفيات التي تمارس بها الرقابة على الجهات المنوط بها تنفيذ هذا الواجب.

محددات البحث:

يتعلق الأمن السيبراني بالجوانب التقنية بشكل أصيل، ولكن مناط بحثنا محدود في الجوانب الفقهية والقانونية، كما ذكر في مشكلة البحث.

كما أن إطار المقارنة القانوني، بالإضافة إلى المقارنة بالفقه الإسلامي، سيكون بين ثلاثة نماذج: النموذج الأوروبي وبالأخص البريطاني، والنموذج

الأمريكي، والنموذج السعودي. وسبب اختيار النموذجين البريطاني والأمريكي هو أنها تعدان من أكثر الدول تقدماً في مجال الأمن السيبراني، والمراجع عنهما متوفرة على شبكة الإنترنت. أما النموذج السعودي فهو نموذج حديث نوعاً ما، لهذا استفاد من النموذجين الأوروبي والأمريكي، كما سيتبين ذلك في ثنايا البحث - إن شاء الله -.

خطة البحث:

اشتمل هذا البحث على مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة.

أما المبحث الأول فهو تعريف بالأمن السيبراني والمقصود به، وأهم خصائصه وما يميزه عن جوانب الأمن الوطني الأخرى، ثم المبحث الثاني عن التكييف الشرعي والقانوني للأمن الوطني كواجب من واجبات الدولة الحديثة، ويليه المبحث الثالث عن الوسائل التنظيمية التي اتخذتها الدول المعاصرة لتحقيق الأمن السيبراني قدر المستطاع، وفي نهاية البحث خاتمة تشتمل على أهم النتائج والتوصيات.



المبحث الأول تعريف الأمن السيبراني وخصائصه وأهدافه

المطلب الأول: تعريف الأمن لغة واطلاحاً:

تعريف الأمن لغة:

ورد في القاموس المحيط: «الأمنُ والأمينُ، كصاحبٍ: ضدُّ الخوفِ، أمنٌ، كَفَرِحَ، أمناً وأماناً، بفتحِهما، وأمناً وأمنةً، محرّكتين، وإمناً، بالكسر، فهو أمنٌ وأمينٌ، كَفَرِحَ وأميرٌ»^(١)، وفي لسان العرب: «الأمنُ نقيضُ الخوفِ، أمنٌ فلانٌ يأمنُ أمناً وأمناً... وأمنةً وأماناً فهو أمينٌ. والأمنةُ: الأمنُ»^(٢). فالأمن لغة إذا هو: ضد الخوف، وهو ما يتوافق مع المراد من المعنى الاصطلاحي.

تعريف الأمن اصطلاحاً:

يختلف تعريف الأمن الاصطلاحي باختلاف السياق الذي يرد فيه، فالأمن الجسدي غير الأمن النفسي مثلاً. وفي سياق بحثنا المراد بالأمن هنا هو الأمن الوطني، وفي هذا الصدد، فقد عرّف الأمن بأنه «تأمين سلامة الدولة ضد أخطار خارجية وداخلية قد تؤدي بها إلى الوقوع تحت سيطرة

(١) الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٥م، ص ١١٧٦.

(٢) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي الأنصاري، لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ، ج ١٣/ ص ٢١.

أجنبية نتيجة ضغوط خارجية أو انهيار داخلي»^(١)، كما عرّف بأنه «الجهد اليومي المنظم الذي يصدر عن الدولة لتنمية ودعم أنشطتها الرئيسية، مثل [الأنشطة] السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ودفع أي تهديد أو عائق أو إضرار بتلك الأنشطة، لتحقيق الأهداف والغايات التي تعبر عن الرضى العام في المجتمع»^(٢).

ومن خلال هذين التعريفين وغيرهما من التعريفات، فإن الأمن الوطني يرتكز على عنصر أساسي، وهو بذل جميع الوسائل الممكنة لحماية الدولة في جميع المجالات السياسية والاقتصادية والعسكرية وغيرها، ومن ضمن هذه المجالات المجال السيبراني، وهو مناط هذا البحث.

المطلب الثاني: تعريف السيبراني لغة واصطلاحاً:

تعريف السيبراني لغة:

كلمة السيبراني هي كلمة معربة للمصطلح الإنجليزي Cyber، والمصطلح الإنجليزي يعود في الأصل إلى الكلمة اليونانية «Kybernetes» بمعنى الشخص الذي يدير دفة السفينة، حيث تستخدم مجازاً للمتحمّك «Governor»^(٣).

(١) الكيالي، عبد الوهاب، موسوعة السياسة، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ١٩٧٩م، ج ١/ ص ٣٣١.

(٢) نافع، محمد عبد الكريم، الأمن القومي، مطبوعات دار الشعب، القاهرة، ١٩٧٥م، ص ٦٥.

(٣) الأمن السيبراني. الموسوعة السياسية. مقال في شبكة الإنترنت. (الأمن%20السيبراني/dictionary/political-encyclopedia.org/https://)

وتجدر الإشارة إلى أن العديد من المؤرخين يرجعون أصلها إلى عالم الرياضيات الأمريكي Norbert Wiener ١٨٩٤-١٩٦٤م وذلك للتعبير عن التحكم الآلي^(١).

تطور استخدام المصطلح بعد ذلك، وصار يستخدم في عدة استعمالات، ففي اللغة الإنجليزية يمكن دمج كلمتين مع بعضهما في كلمة واحدة، الجزء الأول من الكلمة «Cyber» مع الكلمة الثانية المراد دمجها، بحيث تحمل المفردة كلا المعنيين، ومنها تولدت مصطلحات مثل Cyberspace الفضاء السيبراني^(٢)، Cybercrime الجريمة السيبرانية^(٣)، Cyberattack الهجوم السيبراني^(٤)، وكذلك Cybersecurity أي الأمن السيبراني الذي هو مجال هذا البحث.

تعريف السيبراني اصطلاحاً:

غالباً لا تأتي مفردة السيبراني لوحدها، بل تأتي إما جزءاً من كلمة أو صفة لكلمة أخرى، كما تم توضيح ذلك في المعنى اللغوي، ولهذا لا يوجد

(١) المرجع السابق.

(٢) سيذكر تعريف الأمن السيبراني لاحقاً في المطلب الثالث من المبحث الأول.

(٣) هي «مجموعة الأفعال والأعمال غير القانونية التي تتم عبر معدات أو أجهزة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، وتتطلب تحكماً خاصاً بتقنيات الكمبيوتر ونظم المعلومات لارتكابها أو التحقيق فيها ومقاضاة فاعليها» (انظر: الأمن السيبراني. الموسوعة السياسية. مرجع سابق).

(٤) هو «أي فعل يقوِّض من قدرات ووظائف شبكة الكمبيوتر لغرض شخصي أو سياسي، من خلال استغلال نقطة ضعف معينة تُمكن المهاجم من التلاعب بالنظام». (انظر: الأمن السيبراني. الموسوعة السياسية. مرجع سابق).

تعريف اصطلاحي لكلمة السيبراني بشكل خاص، بل يوجد عدة تعريفات اصطلاحية بحسب ما أضيفت إليه.
وبشكل عام فإن كلمة السيبراني - حسب قاموس أكسفورد - تشير إلى كل ما له علاقة بالتواصل الإلكتروني، خاصة عن طريق الإنترنت⁽¹⁾.

المطلب الثالث: تعريف «الأمن السيبراني» (مركباً) اصطلاحاً وخصائصه:

تعريف «الأمن السيبراني» اصطلاحاً:

عُرف الأمن السيبراني بتعريفات عديدة ومتنوعة، والذي سيتم التركيز عليه في هذا البحث ثلاثة تعريفات: تعريف وكالة الأمن السيبراني التابعة للاتحاد الأوروبي، وتعريف وزارة الدفاع الأمريكية؛ والتعريف المنصوص عليه في تنظيم الهيئة الوطنية للأمن السيبراني في المملكة العربية السعودية. وذلك لكونها أشمل وأدق وأكثر التصاقاً بالواقع العملي.

فقد عرّفت وكالة الأمن السيبراني التابعة للاتحاد الأوروبي الأمن السيبراني بأنه: «جميع الأنشطة اللازمة لحماية الفضاء السيبراني ومستخدميه والأشخاص المتضررين من التهديدات السيبرانية»⁽²⁾، ثم عرفت الفضاء

(1) Oxford learner's dictionaries. Oxford University Press.

مقال على شبكة الإنترنت.

(<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/cyber>)

(2) Brookson, C. et al. (2015). Definition of Cybersecurity - Gaps and overlaps in standardisation. The European Union Agency for Network and Information Security (ENISA).

السيبراني بأنه «مجموعة الأصول الملموسة وغير الملموسة التي تخزن وتنقل المعلومات الإلكترونية، وتعتمد على عامل الزمن بشكل أساسي»^(١).

أما وزارة الدفاع الأمريكية فقد عرفت الأمن السيبراني بأنه: «منع الضرر والحماية والاستعادة لأجهزة الكمبيوتر وأنظمة الاتصالات الإلكترونية وخدمات الاتصالات الإلكترونية والاتصالات السلكية والاتصالات الإلكترونية، بما في ذلك المعلومات الواردة فيها، لضمان توافرها وسلامتها ومصادقتها وعدم إنكارها»^(٢).

وفي تنظيم الهيئة الوطنية للأمن السيبراني في المملكة العربية السعودية فقد نصت المادة الأولى من التنظيم على أن المقصود بالأمن السيبراني هو: «حماية الشبكات وأنظمة تقنية المعلومات وأنظمة التقنيات التشغيلية، ومكوناتها من أجهزة وبرمجيات، وما تقدمه من خدمات، وما تحويه من بيانات، من أي اختراق أو تعطيل أو تعديل أو دخول أو استخدام أو استغلال غير مشروع، ويشمل مفهوم الأمن السيبراني أمن المعلومات والأمن الإلكتروني والأمن الرقمي ونحو ذلك»^(٣).

ويمكن المقارنة بين التعاريف من خلال الجوانب التالية:

(١) المرجع السابق.

(2) Department of Defense. Instruction No.8500.01. Cybersecurity.2014. United States of America.

(٣) تنظيم الهيئة الوطنية للأمن السيبراني الصادر بالأمر الملكي رقم (٦٨٠١) وتاريخ ١١ صفر ١٤٣٩هـ. المركز الوطني للوثائق والمحفوظات. وثيقة رقمية.

نطاق الحماية:

اتفقت التعاريف على ذكر المعلومات الإلكترونية كنطاق أساسي للحماية السيبرانية، لكن التعريف الأوربي أشمل وأعم، حيث ذكر التعريف جميع الأصول سواء الملموسة أو غير الملموسة التي تخزن أو تنقل هذه المعلومات، بينما التعريف الأمريكي عدده هذه الأصول بقوله: «لأجهزة الكمبيوتر وأنظمة الاتصالات الإلكترونية وخدمات الاتصالات الإلكترونية والاتصالات السلكية والاتصالات الإلكترونية»، ومثله في التعداد التعريف السعودي.

وسائل الحماية:

كلا التعريفين الأوروبي والأمريكي شامل وعام لجميع وسائل الحماية، ولم يحددها أو يذكر أمثلة عليها، بينما التعريف السعودي عدّد الأمور التي يستهدف الأمن السيبراني الحماية منها وهي: «أي اختراق أو تعطيل أو تعديل أو دخول أو استخدام أو استغلال غير مشروع».

الهدف من الحماية:

تميز التعريف الأمريكي بذكر الهدف من هذه الحماية، وهو: «الضمان توافرها (أي المعلومات) وسلامتها ومصادقتها وعدم إنكارها»، بينما لم يذكر الهدفَ التعريفُ الأوروبي ولا التعريف السعودي.

والحقيقة أن التعاريف جميعها مؤداها واحد من الناحية العملية، إلا أنه من الناحية الاصطلاحية فإن التعريف الأوربي أكثر دقة وشمولاً من التعريف الأمريكي، من حيث شموله لجميع الأصول الملموسة وغير

الملموسة في الفضاء السيبراني، وأيضاً عدم ذكره للهدف من الحماية يرححه على التعريف الأمريكي، فالحماية مطلوبة وضرورية سواء تحققت هذه الأهداف أو غيرها. وأيضاً أشمل من التعريف السعودي، لأن المقصود الحماية بشكل عام وليس فقط «أي اختراق أو تعطيل أو تعديل أو دخول أو استخدام أو استغلال غير مشروع».

خصائص الأمن السيبراني:

يتميز الأمن السيبراني بعدة خصائص، من أهمها ما يلي:

١. الأمن السيبراني أحد مجالات الأمن الوطني الحديثة التي نشأت بسبب التطور الإلكتروني الهائل والمتسارع في السنوات الأخيرة، ورغم حدوثه فإنه لا يقل أهمية وخطورة عن غيره من المجالات، كالأمن الجوي والبحري والغذائي وغيرها؛ بل إن الضرر الناتج عن الخلل فيه قد يكون أعظم من غيره من المجالات، فمثلاً لو أن هناك محطة تحلية مياه تقوم بتغذية مدينة بأكملها، فمن خلال عمليات الهجوم السيبراني قد ينتج عنها إيقاف عمل هذه المحطة وعطب النظام الإلكتروني فيها، وصيانتها قد يستغرق ساعات بل أياماً، وبالتالي ستنقطع المياه عن هذه المدينة كل هذه الفترة ويتضرر الأهالي بشكل كبير، وهذا الضرر الناشئ مماثل للأثر الناجم عن وضع قنبلة وتفجيرها في المحطة، حينها سيقف العمل في المحطة وتنقطع المياه عن المدينة طوال فترة الإصلاح؛ بل إن الهجوم السيبراني قد يعطل المحطة بكاملها، بينما القنبلة قد تعطل جزءاً أو مرفقاً محدوداً من المحطة، وذلك كما حدث في شهر مايو ٢٠٢١م عندما تسبب هجوم سيبراني بتعطيل

شبكة نقل وقود ضخمة من جنوب الولايات المتحدة إلى شرقها، مما أدى إلى توقف محطات الوقود عن العمل لعدة أيام، وكان في ذلك ضرر كبير على الأفراد والشركات، ولم تحل المشكلة إلا بعد أن دفعت الشركة مبلغاً مالياً قدره ٤,٤ مليون دولار للمقتحمين hackers، الذين كان هدفهم من العملية ابتزاز الشركة والحصول على أموال، حدثت كل هذه العملية ونتجت كل هذه الآثار دون أي تفجير، والمقتحمون في أماكنهم ولم يخاطر أحد منهم بحياته^(١).

٢. الأمن السيبراني أعقد وأدق وأكثر غموضاً من جواب الأمن الوطني الأخرى، ففي المثال السابق، قام المقتحمون بتعطيل شبكة نقل الوقود في أقوى دولة عظمى، دون اللجوء للسفر والدخول للأراضي الأمريكية أو إرسال جواسيس أو غيرها، قاموا بهذا الأثر الكبير من أماكنهم التي لم تعرف تحديداً ولم يعرف أشخاصهم من هم^(٢)، وهذا يعني أن مرتكبي الهجوم السيبراني على درجة عالية جداً من الاحترافية والعلمية والذكاء، وبالتالي فيجب أن يقابلهم (مسؤولو الأمن السيبراني في أي دولة) متخصصون إن لم يكونوا

(1) Turton W. & Mehrotra K. Hackers Breached Colonial Pipeline Using Compromised Password.

مقال في شبكة الإنترنت.

(<https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-06-04/hackers-breached-colonial-pipeline-using-compromised-password>).

(٢) صرحت الـ FBI لاحقاً أن القائمين بهذه العملية هم مجموعة موجودة في الأراضي الروسية، لكن لا يمكن تحديد الأشخاص دون مساعدة من الحكومة الروسية وهو ما أنكرته الحكومة الروسية. (انظر: المرجع السابق).

أعلى منهم ذكاء ومهنية فعلى الأقل على نفس المستوى من المهنية والعلمية والذكاء، هذا يتطلب الكثير من الجهد والتعليم والتدريب والمال^(١).

٣. الأمن السيبراني جانب مستقل بذاته من الناحية العلمية والمهنية، ولكن الآثار المترتبة عليه مرتبطة بشكل مباشر بجوانب الأمن الوطني الأخرى، فمثلاً الهجوم السيبراني على محطة تحلية مياه، يضر بشكل مباشر الأمن الغذائي، والدخول واقتحام أنظمة المطارات، يضر بشكل مباشر بالأمن الجوي، وكذلك اقتحام أنظمة الملاحة البحرية الإلكترونية تضر بشكل مباشر بالأمن البحري، ومثلها: أنظمة المرور والشرطة تضر بالأمن العام، وغيرها. ولذلك فجميع قطاعات الأمن الوطني لا تستغني عن الأمن السيبراني كلياً، نظراً لاعتمادها بشكل مباشر على الأنظمة الإلكترونية والأجهزة اللاسلكية المرتبطة بالتقنية في كل أعمالها، خاصة مع تحول الدول في هذا الوقت إلى رقمنة جميع أعمالها الأمنية والإدارية^(٢).

(1) Guiora A. N. (2017). Cybersecurity: Geopolitics, Law, and Policy. Routledge. p 2.

(٢) المملكة العربية السعودية من أبرز الدول وأنجحها في هذا التحول الرقمي المعاصر. انظر: تقرير التحول الرقمي الوطني لعام ٢٠٢٠م.

(<https://ndu.gov.sa/7>).

المبحث الثاني الأساس الفقهي والنظامي للأمن السيبراني في الدولة الحديثة

المطلب الأول: تعريف الدولة لغة واصطلاحاً:

تعريف الدولة لغة:

جاء في القاموس المحيط: «الدَّوْلَةُ: انْقِلَابُ الزَّمَانِ، وَالْعُقْبَةُ فِي الْمَالِ، وَيُضَمُّ، أَوْ الضَّمُّ: فِيهِ، وَالْفَتْحُ: فِي الْحَرْبِ، أَوْ هُمَا سَوَاءٌ، أَوْ الضَّمُّ: فِي الْآخِرَةِ، وَالْفَتْحُ: فِي الدُّنْيَا، الْجَمْعُ: دَوْلٌ، مُثَلَّثَةٌ، وَقَدْ أَدَالَهُ وَتَدَاوَلُوهُ: أَخَذُوهُ بِالذُّوْلِ»^(١)

وجاء في لسان العرب حول كلمة (الدولة):

«العُقْبَةُ فِي الْمَالِ وَالْحَرْبِ سَوَاءٌ، وَقِيلَ: الدَّوْلَةُ، بِالضَّمِّ، فِي الْمَالِ، وَالدَّوْلَةُ، بِالْفَتْحِ، فِي الْحَرْبِ، وَقِيلَ: هُمَا سَوَاءٌ فِيهِمَا، يَضْمَانُ وَيَفْتَحَانُ، وَقِيلَ: بِالضَّمِّ فِي الْآخِرَةِ، وَبِالْفَتْحِ فِي الدُّنْيَا، وَقِيلَ: هُمَا لُغَتَانِ فِيهِمَا، وَالْجَمْعُ: دَوْلٌ وَدِوَلٌ»^(٢).

ففي اللغة كلمة الدولة تدور حول معنيين: انقلاب الزمان، والغلبة والاستيلاء، ويلاحظ أن مفهوم الدولة في اللغة كان يدور قديماً حول معنى التغير والتحول؛ لكن حدث له تطور دلالي، فصارت دلالاته اللغوية اليوم

(١) القاموس المحيط. مرجع سابق. ص ١٠٠٠.

(٢) لسان العرب. مرجع سابق. ج ١١ / ص ٢٥٢.

في الاستعمال اليومي مطابقة لمفهوم الدول الحديثة الذي يدور معناه العامّ حول الاستقرار والثبات والتنظيم، كما سيأتي في الفقرات التالية.

تعريف الدولة الحديثة اصطلاحاً وخصائصها:

تكلم الكثير من العلماء والمثقفين والمختصين في الدولة وتعريفها وخصائصها ومكوناتها شرقاً وغرباً خلال القرون الأخيرة؛ وذلك لتضخم الدولة الحديثة التي أصبحت مسيطرة على كل شؤون الحياة تقريباً (بخلاف الدولة القديمة الذي يكاد ينحصر دورها في الدفاع من العدو الخارجي وجمع الضرائب)، ولذلك لا نستطيع أن نخوض في تفاصيل التعريف حتى لا نخرج عن موضوعنا الأساسي وهو الأمن السيبراني، ولكن سنأتي بالاصطلاح الذي استقر بين القانونيين، حيث إن السياسيين والفلاسفة لهم تعريفات أخرى للدولة من منظورهم.

فمن المنظور القانوني عرفت الدولة بأن «الدولة القانونية هي التي تخضع للقانون في جميع جوانب نشاطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية»^(١). أما التعريف الأشهر فهو: «مجموع كبير من الأفراد، يقطنون بصفة دائمة إقليماً معيناً، ويتمتع بالشخصية المعنوية، وبنظام حكومي واستقلال سياسي»^(٢).

وبناء على هذا التعريف فإن الدولة الحديثة تختص بما يلي:

- (١) الخطيب، نعمان أحمد. الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري. الطبعة السابعة. دار الثقافة. عمان ١٤٣٢هـ. ص ١٨٢.
- (٢) حامد، ماجد حامد شيبون. مفهوم السلطان في الفكر الإسلامي: دراسة مقارنة مع نموذج الدولة الحديثة. رسالة ماجستير. معهد العلوم والبحوث الإسلامية، كلية الدراسات العليا، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا. ١٤٣٩هـ. ص ٦٥.

«أولاً: أنها جماعة من البشر (الشعب).
 ثانياً: أنها قطعة معينة من الأرض (الإقليم).
 ثالثاً: أنها جماعة سياسية (الحكومة أو السلطة السياسية).
 رابعاً: أنها صاحبة الاستقلال والسيادة (أي أن تكون متمتعة بالحرية والاستقلال الكامل في تصريف شؤونها الداخلية والخارجية)»^(١).

هذه العوامل بمجموعها ميزت الدولة الحديثة وشكلتها تشكيلاً مغايراً عن الدولة القديمة^(٢)، ونتج عن ذلك أن الدولة الحديثة عليها واجبات عديدة، من أهمها الحفاظ على الأمن الداخلي والخارجي، ومن ذلك الأمن السيبراني الذي يشكل تهديداً داخلياً إذا كان مصدره داخل الدولة كما يمكن أن يكون تهديداً خارجياً إذا كان مصدره جهات خارجية، وسيوضح ذلك في ثنايا هذا البحث - بإذن الله -.

المطلب الثاني: الأساس الفقهي للأمن السيبراني في الدولة الحديثة:

إن وجود زعيم للدولة مطاع من قبل المجتمع - سواء سمي هذا الزعيم سلطاناً أو إماماً أو ملكاً أو رئيساً - يعد من أهم الواجبات الشرعية في الإسلام^(٣)؛ وذلك لأنه لا تقوم الأحكام الشرعية إلا به، ولهذا ربط الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بَطَاعَتَهُ وَطَاعَةَ وَرَسُولِهِ الْكَرِيمِ طَاعَةً وَوَلِي الْأَمْرِ فِي قَوْلِهِ:

- (١) حيدر، محمود. الدولة: فلسفتها وتاريخها من الإغريق إلى ما بعد الحداثة. الطبعة الأولى. المركز الإسلامي للدراسات الاستراتيجية. ١٤٣٩هـ. ص ٢٥.
- (٢) للاستزادة، انظر المرجع السابق، ص ٦٩.
- (٣) انظر: مفهوم السلطان في الفكر الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤١.

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(١)،
وفي الحديث عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ:
(من يطع الأمير فقد أطاعني، ومن يعص الأمير فقد عصاني) متفق عليه^(٢).
ومن هذا المنطلق فقد أجمعت الأمة بكل طوائفها على وجوب الإمامة،
يقول ابن حزم: «اتفق جميع أهل السنة، وجميع المرجئة، وجميع الشيعة، وجميع
الخوارج على وجوب الإمامة، وأن الأمة واجب عليها الانقياد لإمام عادل،
يقيم فيهم أحكام الله، ويسوسهم بأحكام الشريعة التي أتى بها رسول الله
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»^(٣). وقال القرطبي رَحِمَهُ اللَّهُ: «ولا خلاف في وجوب ذلك -يعني
الإمامة- بين الأمة ولا بين الأئمة»^(٤).

(١) سورة النساء: ٥٩.

(٢) أخرجه البخاري عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ولفظه: ((من أطاعني فقد أطاع الله، ومن
عصاني فقد عصى الله، ومن يطع الأمير فقد أطاعني، ومن يعص الأمير فقد عصاني،
وإنما الإمام جنة يقاتل من ورائه ويتقى به، فإن أمر بتقوى الله وعدل، فإن له بذلك
أجرًا وإن قال بغيره فإن عليه منه)). (البخاري، محمد بن إسماعيل (ت: ٢٥٦هـ)،
الجامع الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب: يقاتل من وراء الإمام ويُتقى به، رقم
الحديث (٢٩٥٧)، دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ، ج ٤/ ص ٥١).

وأخرجه مسلم عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ولفظه: ((من أطاعني فقد أطاع الله ومن
عصاني فقد عصى الله. ومن يطع الأمير فقد أطاعني. ومن يعص الأمير فقد عصاني))
(النيسابوري، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري (ت: ٢٦١هـ)، صحيح مسلم،
كتاب الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، وتحريمها في المعصية،
رقم الحديث (١٨٣٥)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي
(القاهرة)، ١٣٧٤هـ، ج ٣/ ص ١٤٦٦).

(٣) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد الظاهري. الفصل في الملل والأهواء والنحل، الطبعة
الثانية. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. ١٣٩٥هـ. ج ٤/ ص ٨٧.

(٤) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد. الجامع لأحكام القرآن. الطبعة الثالثة. دار القلم.
١٣٨٦هـ. ج ١/ ص ٢٦٤.

لقد كتب الكثير من علماء الإسلام وفقهائهم قديماً وحديثاً مئات الكتب والمؤلفات والرسائل عن الإمامة وأحكامها وواجبات الإمام وحقوقه، والتي لا يمكن خوض تفاصيلها هنا^(١)؛ لكن الذي يهمنا في سياق هذا البحث أن من أهم مقاصد الإمامة في الإسلام وواجبات الإمام حماية الدولة والمجتمع الإسلامي من العدو الخارجي، يقول الماوردي رَحِمَهُ اللهُ في سياق تعداد واجبات الإمام:

«والذي يلزمه من الأمور العامة عشرة أشياء:

... الثالث: حماية البيضة، والذب عن الحريم؛ ليتصرف الناس في المعاش ويتشروا في الأسفار آمنين من تغرير بنفس أو مال.

... والخامس: تحصين الثغور بالعدة المانعة والقوة الدافعة، حتى لا تظفر الأعداء بغرة ينتهكون فيها محرماً، أو يسفكون فيها لمسلم أو معاهد دماً^(٢).

كما يقول الجويني رَحِمَهُ اللهُ في كتابه العظيم: «غياث الأمم في التياث الظلم» في هذا السياق: «وأما اعتناء الإمام بسدّ الثغور، فهو من أهم

(١) انظر مثلاً: كتاب: تثبيت الإمامة وترتيب الخلافة للحافظ أبي نعيم الأصبهاني (ت: ٤٣٠هـ)، وكتاب: الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، وكتاب: غياث الأمم في التياث الظلم لإمام الحرمين الجويني (ت: ٤٧٨هـ)، وكتاب: رسالة الخلافة والمُلك لابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، وكتاب: تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام لبدر الدين ابن جماعة (ت: ٧٣٣هـ)، وكتاب: حسن السلوك الحافظ دولة الملوك لمحمد الموصلبي (ت: ٧٤٤هـ)، وكتاب: مآثر الإنافة في معالم الخلافة للقلقشندي (ت: ٨٢١هـ)، وكتاب: الولايات للونشريسي (ت: ٩١٤هـ).

(٢) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري. الأحكام السلطانية. تحقيق: أحمد جاد. دار الحديث. القاهرة. ١٤٢٧هـ. ص ٤٠.



الأمر، وذلك بأن يحصن أساس الحصون والقلاع، ويستظهر لها بذخائر الأطلعة ومستنقعات المياه، واحتفار الخنادق وضروب الوثائق، وإعداد الأسلحة والعتاد وآلات القصد والدفع، ويرتب في كل ثغر من الرجال ما يليق به، ولا ينبغي أن يكثروا فيجوعوا أو يقلوا فيضيعوا. والمعتبر في كل ثغر أن يكون بحيث لو أمه جيشٌ لاستقل أهله بالدفاع إلى أن يبلغ خبرهم الإمام...»^(١).

كما قال أيضاً: «ليس يخفى على ذي بصيرة أن الإمام يحتاج في منصبه العظيم وخطبه الشامل العميم إلى الاعتضاد بالعدد والعتاد والاستعداد بالعساكر والأجناد؛ فإنه متصدّر لحراسة البيضة وحفظ الحريم والتشوف إلى بلاد الكفار، فيجب أن يكون عسكره معقوداً يرون التطلع إلى أوامره شوقاً مقصوداً ومطمحاً معموداً، ولا يجوز أن يكون معوله المطوّعة الذي لا ينشؤون إذا ندبوا مبادرين حتى يتأهبوا ويستعدوا ويتألبوا، ولن تقوم الممالك إلا بجنود مجندة وعساكر مجردة هم مشربون للانتداب مهما ندبوا بعزائم جامعة وآذان متشوفة إلى صوت هائعة...»^(٢).

هذه النصوص تبين الأهمية الكبيرة لمقصد حماية الدولة والمجتمع من العدو الخارجي والداخلي؛ إذ لا ينعم الناس بالأمن والاستقرار بدونه، وعند فقدان الأمن لا يمكن أن تقوم الدنيا ولا شعائر الدين، وهذا الواجب على

(١) الجويني، أبو المعالي. غياث الأمم في التياث الظلم. تحقيق: د. مصطفى حلمي ود. فؤاد عبد المنعم أحمد. الطبعة الأولى. دار الدعوة. الإسكندرية. ١٩٧٩ م. ص ١٥٦ - ١٥٧.

(٢) المصدر السابق، ص ١٧٨.

الإمام مستنده في الأصل مبني على قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِّنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾^(١).

وللشيخ السعدي رَحْمَهُ اللهُ كلام رائع في تفسير هذه الآية، يقول رَحْمَهُ اللهُ: «أي: ﴿وَأَعِدُّوا﴾ لأعدائكم الكفار الساعين في هلاككم وإبطال دينكم. ﴿مَا اسْتَطَعْتُمْ مِّنْ قُوَّةٍ﴾ أي: كل ما تقدرُونَ عليه من القوة العقلية والبدنية وأنواع الأسلحة ونحو ذلك مما يعين على قتالهم، فدخل في ذلك أنواع الصناعات التي تعمل فيها أصناف الأسلحة والآلات من المدافع والرشاشات، والبنادق، والطائرات الجوية، والمراكب البرية والبحرية، والحصون والقلاع والخنادق، وآلات الدفاع، والرأي، والسياسة التي بها يتقدم المسلمون ويندفع عنهم به شر أعدائهم، وتَعَلَّمَ الرَّمِي، والشجاعة والتدبير. ولهذا قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ألا إن القوة الرَّمِي))^(٢)، ومن ذلك: الاستعداد بالمراكب المحتاج إليها عند القتال، ولهذا قال تعالى: ﴿وَمِنْ رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾، وهذه العلة موجودة فيها في ذلك الزمان، وهي إرهاب الأعداء، والحكم يدور مع علته. فإذا كان شيء موجود أكثر إرهاباً منها، كالسيارات البرية والهوائية، المعدة للقتال التي تكون النكاية فيها أشد، كانت مأموراً بالاستعداد بها، والسعي لتحصيلها،

(١) سورة الأنفال: ٦٠.

(٢) أخرجه مسلم عن عقبه بن عامر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ «سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهو على المنبر، يقول ((وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة. ألا إن القوة الرمي. ألا إن القوة الرمي. ألا أن القوة الرمي))». (صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب: فضل الرمي والحث عليه، وذم من علمه ثم نسيه، رقم الحديث (١٩١٧). مرجع سابق. ج ٣/ ص (١٥٢٢).

حتى إنها إذا لم توجد إلا بتعلم الصناعة، وجب ذلك، لأن ما لا يتم الواجب إلا به، فهو واجب»^(١).

ومن هذا المنطلق الذي ذكره السعدي رَحْمَةُ اللَّهِ، فإن الأمن السيبراني يعد من أهم الواجبات في العصر الحديث، فإذا كانوا قديماً يعدون العدة والعتاد من الخيول والسيوف والرماح وغيرها، ثم صارت العدة دبابات وطائرات وأسلحة، ففي هذا العصر ولا شك أن الأمن السيبراني يدخل من ضمن حماية البيضة والدولة من العدو الخارجي؛ لما في التهديدات والعمليات السيبرانية من أثر على الأمن الداخلي بكل أنواعه، كما تم توضيح ذلك في تعريف الأمن السيبراني^(٢).

المطلب الثالث: الأساس النظامي للأمن السيبراني:

يذكر شراح القانون المعاصرون أن الدولة الحديثة لها عدة وظائف أساسية، وأهم الوظائف الأساسية هي: «الأعمال التي تنحصر في سعي الدولة إلى المحافظة على سلامتها من الداخل والخارج، وإقامة العدل بين السكان. هذه الوظائف تُعبّر عن الحد الأدنى لما يجب أن تقوم به أي دولة، وهي تشمل:

(١) السعدي، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان. تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق. الطبعة الأولى. مؤسسة الرسالة. ١٤٢٠هـ. ص ٣٢٤.

(٢) انظر المطلب الثالث من المبحث الأول.

١. وظيفة الدفاع الخارجي، وذلك بتأمين الدولة ورعاياها من أي اعتداء خارجي عن طريق إقامة الجيوش فيها.
٢. وظيفة الأمن الداخلي (Security)، وذلك بالسهر على تحقيق الأمن وحماية المواطنين في أنفسهم وأموالهم من أي اعتداء يمكن أن يتعرضوا له. الأمر الذي يقتضي إقامة قوات الأمن والشرطة؛ لمنع وقوع الجريمة وتعقب مرتكبيها إن وقعت.
٣. تحقيق العدل بين الأفراد، وذلك بإقامة القضاء للفصل بين المنازعات التي تنشأ بينهم (Justice)»^(١).

وبناء على ذلك، نصت أغلب دساتير الدول المعاصرة على أن الدولة تقوم بحماية نفسها والمجتمع من العدو الخارجي بإنشاء الجيوش والقوات المسلحة، والجهة المسؤولة عن ذلك هي وزارات الدفاع، كما تنص الدساتير على واجب الدولة في حفظ الأمن الداخلي من خلال أجهزة الشرطة وقوات الأمن العام، وأنشئت لهذه المهمة وزارات الداخلية. فمثلاً، في المملكة العربية السعودية نص النظام الأساسي للحكم^(٢) في المادة الثالثة والثلاثين على أن: «تُنشئ الدولة القوات المسلحة، وتجهزها من أجل الدفاع عن العقيدة، والحرمين الشريفين، والمجتمع، والوطن»، ونص النظام في المادة السادسة والثلاثين على أن: «توفر الدولة الأمن لجميع مواطنيها والمقيمين»

(١) الخطيب، نعمان أحمد. الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري. الطبعة السابعة. دار الثقافة. عمان. ١٤٣٢هـ. ص ١٠٢.

(٢) النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) بتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ. المركز الوطني للوثائق والمحفوظات. وثيقة رقمية.

على إقليمها». فالمادة الأولى تخص العدو الخارجي وحماية الدولة من خلال تجهيز القوات المسلحة، أما المادة الثانية فتتعلق بالأمن الداخلي. والأمن السيبراني له علاقة بهما (الأمن الخارجي والأمن الداخلي)؛ لأن آثاره - إذا كان قادماً من الخارج - قد تحدث أضراراً في البنية التحتية الداخلية كما أوضحنا سابقاً، وفي حال كان الهجوم السيبراني قادماً من الداخل، وجب على الدولة كذلك مواجهته وحماية المؤسسات الرسمية والخاصة والأفراد من خطره، ومعالجة الآثار المترتبة عليه.

وبناء على هذه الوظيفة الأساسية للدولة، التي هي حماية الدولة والمجتمع من العدوان الخارجي وتوفير الأمن داخلياً، ونظراً لتطور المجتمعات السريع والحاد بحيث أصبح أغلب الأفراد من مختلف الأعمار يستعملون الإنترنت في كثير من مجالات حياتهم، واعتماد الدولة نفسها في أغلب أنشطتها على الأجهزة الإلكترونية والاتصالات اللاسلكية، ونظراً لكثرة وتطور التهديدات السيبرانية التي صارت تهدد الأمن الوطني - بجميع مستوياته - صار الأمن السيبراني من أهم وجبات الدولة الحديثة، بل وأكثرها تعقيداً، مما يتطلب جهوداً عديدة وسريعة لتوفير الأمن السيبراني وحماية الدولة والمجتمع من التهديدات السيبرانية الداخلية والخارجية.

ولهذا سعت الدول في السنوات الأخيرة لإنشاء وحدات ووكالات خاصة تتعلق بالأمن السيبراني، ففي الاتحاد الأوروبي أنشئت وكالة في عام ٢٠٠٤م باسم «الوكالة الأوروبية لأمن الشبكات والمعلومات»، ثم في ٢٠١٩م غير اسم هذه الوكالة إلى «وكالة الاتحاد الأوروبي للأمن

السيبراني»^(١)، وهذه الوكالة مختصة بدعم دول الاتحاد الأوروبي بكل ما يتعلق بالأمن السيبراني، وتنسيق الجهود بين دول الاتحاد وتقديم النصائح والإرشادات للقطاع العام والخاص، ومساندة الدول في حال حدوث أي طارئ سيبراني أو عملية تهديد سيبرانية^(٢).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية عام ٢٠٠٩م أنشئت وحدة خاصة باسم «قيادة الأمن السيبراني» تابعة لوكالة الأمن القومي، ثم عام ٢٠١٨م أنشئت وكالة خاصة باسم «وكالة الأمن السيبراني وأمن البنية التحتية»^(٣)، مهمة الوكالة تقديم النصح والإرشاد لجميع قطاعات الحكومة الفدرالية الأمريكية فيما يخص الأمن السيبراني والتنسيق بين هذه القطاعات لتحقيق الأمن السيبراني، كما تعمل جنباً إلى جنب مع وزارة الدفاع الأمريكية فيما يخص التهديدات السيبرانية الخارجية، ومع «مكتب التحقيقات الفيدرالي FBI» فيما يخص التهديدات السيبرانية الداخلية^(٤).

(1) ENISA Mandate and Regulatory Framework.

مقال على شبكة الإنترنت.

(<https://www.enisa.europa.eu/about-enisa/regulatory-framework>).

(2) European Union Agency for Cybersecurity (ENISA). European Union.

مقال على شبكة الإنترنت.

(https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/enisa_en).

(3) Defend Today, Secure Tomorrow. The Cybersecurity and Infrastructure Security Agency (CISA).

مقال على شبكة الإنترنت.

(<https://www.cisa.gov/about-cisa>).

(٤) المرجع السابق.

وقد تبعت المملكة العربية السعودية الدول المتقدمة في هذا المجال، فقد صدر أمر ملكي بتاريخ ١١/٢/١٤٣٩هـ بتأسيس الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، هذه الهيئة هي «المختصة في المملكة بالأمن السيبراني، والمرجع الوطني في شؤونه، وتهدف إلى تعزيزه؛ حمايةً للمصالح الحيوية للدولة وأمنها الوطني والبنى التحتية الحساسة والقطاعات ذات الأولوية والخدمات والأنشطة الحكومية»^(١).

وقد نص الأمر الملكي على اختصاصات عديدة للهيئة، من أهمها -والذي له علاقة بهذا البحث- ما يلي:

«٧. بناء مراكز العمليات الوطنية الخاصة بالأمن السيبراني -وما في حكمها- بكافة أنواعها، بما في ذلك مراكز التحكم والسيطرة والاستطلاع والرصد وتبادل وتحليل المعلومات، وكذلك بناء مراكز العمليات القطاعية الخاصة بالأمن السيبراني -عند الحاجة-، وبناء المنصات ذات العلاقة، والإشراف عليها، وتشغيلها.

٨. القيام -بنفسها أو من خلال غيرها- بالأنشطة والعمليات المتعلقة بالأمن السيبراني.

...

١٤. الترخيص بمزاولة الأفراد والجهات غير الحكومية للأنشطة والعمليات المتعلقة بالأمن السيبراني التي تحددها الهيئة.

(١) عن الهيئة. الهيئة الوطنية للأمن السيبراني. مقال على شبكة الإنترنت.

(<https://nca.gov.sa/pages/about.html>).

...

٢٣. اقتراح إصدار وتعديل الأنظمة واللوائح والقرارات ذات الصلة بالأمن السيبراني^(١).

بناء على هذا الأمر الملكي، فالهيئة الوطنية للأمن السيبراني، هي المسؤولة عن عمليات الأمن السيبراني، سواء قامت بذلك بنفسها أو عن طريق جهة حكومية أخرى، أو بالتعاون مع القطاع الخاص؛ لحماية البلد حكومة وشعباً من التهديدات السيبرانية داخلياً وخارجياً، كما أنها هي الجهة المسؤولة عن التنظيم التشريعي الذي يعزز الأمن السيبراني في المملكة، وهو ما سيتم بحثه في المبحث التالي - بإذن الله -.

(١) المرجع السابق.

المبحث الثالث الوسائل التنظيمية لتحقيق الأمن السيبراني

المطلب الأول: وضع إستراتيجية وطنية:

الجميع يشهد هذا التطور التقني المتسارع والشديد في جميع نواحي الحياة، العامة والخاصة، في التعليم، والتغذية، والتجارة، والطيران، والمواصلات البرية والبحرية، والدفاع، والشرطة، والخدمات الحكومية والخاصة... إلخ. وقد لا يخطئ الشخص إذا قال إن التقنية والاتصالات اللاسلكية دخلت في جميع جوانب الحياة بلا استثناء، وهذا ما يجعل الأمن السيبراني أكثر تعقيداً من غيره من جوانب الأمن الوطني؛ فالأمن الجوي مثلاً مسؤولية الدفاع الجوي، ولا يتصور من الشرطة أن تقوم بمهام ذات علاقة بالأمن الجوي، وقل كذلك في الأمن البحري، لا يتصور من الأمن الجوي أن يقوم بمهام ذات علاقة بالأمن البحري، قد يكون هناك تعاون بين جهتين أو أكثر مثل سلاح الحدود والدفاع، لكن يبقى هذا التعاون محدوداً في عدد من الجهات ذات العلاقة. أما الأمن السيبراني فالموضوع فيه مختلف؛ إذ إن الاختراق السيبراني قد يتصور حدوثه في أي جهة حكومية؛ عسكرية كانت أو مدنية، بل قد يتصور حدوثه في الشركات الخاصة التي تمتلك معلومات كبيرة عن المجتمع (مثل شركات الاتصالات)، ونظراً لذلك، «وحرصاً على الاستفادة الكاملة من إمكانيات التكنولوجيا، يتعين على الدول مواءمة رؤيتها الاقتصادية الوطنية مع أولويات أمنها الوطني. وإذا لم تتحقق موازنة المخاطر الأمنية المرتبطة بانتشار البنية التحتية

لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتطبيقات الإنترنت بشكل ملائم مع إستراتيجيات الأمن الوطنية الشاملة وخطط الصمود فلن تتمكن البلدان من تحقيق النمو الاقتصادي وبلوغ أهدافها^(١). وحتى يتحقق هذا الهدف «تقوم البلدان بتطوير قدرات هجومية ودفاعية للوقاية من الأنشطة غير المشروعة وغير القانونية في الفضاء السيبراني، واستباق الأحداث قبل أن تلحق الضرر بشعبها»^(٢).

ولذلك فإنه «من خلال وضع وتنفيذ إستراتيجية وطنية للأمن السيبراني، يمكن للبلد أن يحسن من أمن بنيته التحتية الرقمية، وأن يسهم في نهاية المطاف في تحقيق تطلعاته الاجتماعية الاقتصادية الأوسع»^(٣).

إذاً فالأمن السيبراني، يجب أن يؤخذ من «منظور كلي عبر البيئة الرقمية الوطنية، بدلاً من منظور خاص أو هدف محدد أو تصدياً لخطر معين»^(٤)، وذلك لأن الهجوم السيبراني قد يحدث في أي جهة عامة كانت وخاصة كما ذكرنا، فلو أن وزارة ما -مثلاً- قامت بحماية شبكتها سيبرانياً حماية قوية ومتوافقة مع أعلى المعايير العالمية، لكن وزارة أخرى كانت أقل من مستوى الوزارة الأولى، فقد يحدث الاقتحام من خلال الوزارة الثانية الأضعف

(١) دليل لوضع إستراتيجية وطنية للأمن السيبراني: التزام إستراتيجي بالأمن السيبراني. الاتحاد الدولي للاتصالات والبنك الدولي وأمانة الكومنولث ومنظمة الكومنولث للاتصالات ومركز التميز التعاوني للدفاع السيبراني التابع لمنظمة حلف شمال الأطلسي. ٢٠١٨م. ص ٢١.

(٢) المرجع السابق، ص ١٢.

(٣) المرجع نفسه، ص ١٢.

(٤) المرجع نفسه.

تحصيناً وتسرب المعلومات للخارج عن طريق ذلك الثغر، ولهذا وجب أن يكون هناك إستراتيجية وطنية تمثل لها جميع الجهات الحكومية والجهات الحساسة من القطاع الخاص، حتى يتحقق الأمن الوطني السيبراني الحقيقي ويتم الاستفادة من التقنية الحديثة على أمثل وجه، ويتحقق النمو الاقتصادي الرقمي الذي تتطلع له الدولة.

ومن هذا المنطلق أصدرت كثير من دول العالم المتقدم إستراتيجيات وطنية للأمن السيبراني لتحقيق هذه الأهداف، فبريطانيا مثلاً أصدرت إستراتيجية وطنية للأمن السيبراني في عام ٢٠١٦م ولمدة خمس سنوات، وتتمثل رؤية هذه الإستراتيجية «في أن تكون المملكة المتحدة في مأمن من التهديدات الإلكترونية ولديها القدرة على الصمود في وجهها، وأن تكون مزدهرة ومفعمة بالثقة في العالم الرقمي»^(١). وتتمثل أهداف الإستراتيجية الوطنية للأمن السيبراني البريطاني فيما يلي:

«- الدفاع: أن تكون لدينا الوسائل للدفاع عن المملكة المتحدة ضد التهديدات الإلكترونية الآخذة في التطور، والاستجابة بفعالية للحوادث، وضمان أن الشبكات والبيانات والأنظمة في المملكة المتحدة محمية وقادرة على الصمود. وأن تكون لدى المواطنين والشركات والقطاع العام المعرفة والقدرة للدفاع عن أنفسهم.

- الردع: أن تصبح المملكة المتحدة هدفاً عسيراً على كل أشكال الاعتداء في الفضاء الإلكتروني، بحيث نكتشف أي عمل عدائي موجه ضدنا ونفهم

(1) National Cyber Security Strategy 2016 - 2021, UK Government. 2016. Page 9.

طبيعته ونحقق به ثم نعرقله، كما نطارد المعتدين ونقدمهم للمحاكمة. كما ستكون لدينا سبل القيام بعمل هجومي في الفضاء الإلكتروني، في حال رغبتنا بذلك.

- التطوير: أن يصبح لدينا قطاع أمن معلوماتي مبتكر ومتنام، تسانده أعمال بحث وتطوير علمي رائدة عالمياً. كما يتوفر لدينا مورد مستدام من المواهب يوفر المهارات اللازمة للاستجابة لاحتياجاتنا الوطنية في كافة جوانب القطاعين العام والخاص^(١).

هذه الأهداف تلخص ما تصبو بريطانيا إلى تحقيقه خلال خمس سنوات في مجال الأمن السيبراني على المستوى الوطني، وقد ضمت الإستراتيجية برامج عديدة لتحقيق هذه الأهداف خلال هذه الفترة^(٢).

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فكان صدور أول إستراتيجية للأمن السيبراني على المستوى الوطني في عام ٢٠١٨م لمدة ١٥ عاماً، وصدرت من البيت الأبيض ل يتم تعميمها على جميع الجهات الفيدرالية، وتقوم هذه الإستراتيجية على أربع ركائز أساسية:

«- الدفاع عن الوطن من خلال حماية الشبكات والأنظمة والوظائف والبيانات.

- تعزيز الرخاء الأمريكي من خلال رعاية وتعزيز اقتصاد رقمي آمن ومزدهر.

(١) المرجع السابق، ص ٧.

(٢) المرجع نفسه، ص ٩.

- الحفاظ على السلام والأمن من خلال تعزيز قدرة الولايات المتحدة - بالتنسيق مع الحلفاء والشركاء - لردع، وإذا لزم الأمر، معاقبة أولئك الذين يستخدمون الأدوات الإلكترونية من أجل أغراض خبيثة.

- توسيع النفوذ الأمريكي في الخارج؛ لتوسيع المبادئ الأساسية لوجود مفتوح وقابل للتشغيل المتبادل لإنترنت موثوق وآمن^(١).

وقد اشتملت الإستراتيجية على برامج عديدة لتحقيق هذه الركائز^(٢)، إلا أن القارئ لها يجد أنها أكثر عمومية من الإستراتيجية البريطانية، والسبب أن الإستراتيجية الأمريكية صيغت لتغطي فترة طويلة (١٥ عاماً) بينما الإستراتيجية البريطانية هدفها هو ٥ سنوات، ولذلك جاءت أكثر دقة وتحديداً.

ومن ضمن دول العالم في هذا السياق المملكة العربية السعودية، حيث أصدرت المملكة الإستراتيجية الوطنية للأمن السيبراني في ٢٠٢٠م^(٣)، وعند تحليل الإستراتيجية السعودية يجد الدارس لها أنها أقرب إلى النموذج الأوربي

(1) National Cyber Strategy of the United States of America, 2016.

(2) Cronk, Terri M. White House Releases First National Cyber Strategy in 15 Years. DOD NEWS. SEPT. 21, 2018.

مقال على شبكة الإنترنت:

(<https://www.defense.gov/News/News-Stories/Article/Article/1641969/white-house-releases-first-national-cyber-strategy-in-15-years/>)

(٣) أعدت الهيئة الوطنية للأمن السيبراني هذه الإستراتيجية تنفيذاً لاختصاصاتها المحددة في تنظيمها الصادر بالأمر الملكي رقم (٦٨٠١) وتاريخ ١١/٢/١٤٣٩هـ؛ حيث أوضحت المادة الرابعة من التنظيم أن من اختصاص الهيئة إعداد إستراتيجية وطنية للأمن السيبراني.

من النموذج الأمريكي، إذ إن مدة الإستراتيجية السعودية ٥ سنوات فقط، ولذلك فإن الإستراتيجية السعودية دقيقة ومحكمة وتحتوي على مؤشرات أداء لتقييم مستوى النجاح في نهاية الفترة^(١).

حيث تقوم الإستراتيجية السعودية على عدة عناصر أساسية وهي:

١. مواءمة وطنية شاملة، ويُعنى هذا العنصر بتكامل وتنسيق الجهود عبر القطاع الحكومي والقطاع الخاص...

٢. مركزية الحوكمة واللامركزية في التشغيل، ويُعنى بوضع الأدوار والمسؤوليات على المستوى الوطني مما يسهم في وضوحها وسرعة في التنفيذ.

٣. المواكبة مع التطور السريع، ويُعنى بالمرونة والمواكبة مع المستجدات في الفضاء السيبراني...

٤. ترتيب الأولويات حسب مستوى المخاطر، ويُعنى بمواءمة الموارد والقدرات حسب مستوى تأثير المخاطر...

٥. التعاون والدعم، ويُعنى بمشاركة المعلومات والدروس المستفادة مع الشركاء المحليين والدوليين.

٦. بأيّد سعودية وفرص استثمارية، ويُعنى بالاستثمار في الكفاءات الوطنية...

(١) الإستراتيجية الوطنية للأمن السيبراني (نظرة عامة). الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، المملكة العربية السعودية. ٢٠٢٠م. ص ١٥.

٧. وضع معايير قياس ومؤشرات أداء، ويُعنى بقياس الأداء؛ لضمان تحقيق الأهداف ومعالجة الصعوبات»^(١).

هذه هي العناصر الأساسية التي بنيت عليها الإستراتيجية السعودية، وكما يرى القارئ أن هذه العناصر دقيقة ويمكن القياس بناء عليها، وليست عامة أو عائمة. ومن خلال هذه العناصر تسعى الإستراتيجية لتحقيق الأهداف التالية خلال خمس سنوات:

١. حوكمة متكاملة للأمن السيبراني على المستوى الوطني.
٢. إدارة فعالة للمخاطر السيبرانية على المستوى الوطني.
٣. حماية الفضاء السيبراني.
٤. تعزيز القدرات الفنية الوطنية في الدفاع ضد التهديدات السيبرانية.
٥. تعزيز الشراكات والتعاون في الأمن السيبراني.
٦. بناء القدرات البشرية الوطنية وتطوير صناعة الأمن السيبراني في المملكة»^(٢).

ولقد اشتملت الإستراتيجية الوطنية السعودية على العديد من البرامج والتوصيات لتحقيق هذه الأهداف بناء على العناصر المذكورة سابقاً، والهيئة الوطنية للأمن السيبراني هي المسؤولة عن تنفيذ هذه البرامج ومتابعة جميع الجهات العامة والخاصة ذات العلاقة، والتأكد من مدى التزامها

(١) المرجع السابق، ص ٢٥-٢٦

(٢) المرجع نفسه، ص ٢٧-٢٩.

بهذه الإستراتيجية والبرامج والضوابط والتوصيات الناشئة عنها، كما هو منصوص عليه في تنظيم الهيئة الصادر بالأمر الملكي رقم (٦٨٠١) وتاريخ ١١ / ٢ / ١٤٣٩ هـ.

المطلب الثاني: وضع الضوابط والمعايير:

نظراً لاستخدام التقنية والاتصالات اللاسلكية في كل الجهات والخدمات الحكومية، ونظراً لحيازة هذه الجهات (بل وحتى غيرها من الجهات الخاصة) على معلومات متوفرة مهمة وحساسة، يمس جزء كبير منها الأمن الوطني، يجب أن تكون هذه الجهات كلها على مستوى متقارب من المأمونية والحماية الإلكترونية، حتى لا يتم اختراقها من قبل أي هجوم سيبراني، ولا يكفي أن يكون جزء منها على مستوى عالٍ من المأمونية بينما الجزء الآخر على مستوى أقل؛ إذ قد يحدث الاختراق للجهة الأقل أماناً (كما شرحنا ذلك سابقاً)^(١).

ولهذا فالجهة المسؤولة والمتخصصة في الأمن السيبراني في أي بلد تضع معايير للأمن السيبراني تُلزم بها جميع الجهات ذات العلاقة؛ لتحقيق درجة عالية من المأمونية، وبالتالي يتحقق الأمن السيبراني المنشود.

ففي بريطانيا، الجهة المسؤولة والمتخصصة عن إصدار هذه الضوابط هي «المركز الوطني للأمن السيبراني»، حيث أصدر عدة ضوابط في هذا المجال، من أهمها «الضوابط الأساسية» التي يصفها المركز «بأنها مشروع

(١) انظر المطلب الأول من المبحث الثالث.

فعال مدعوم من الحكومة يساعد على حماية الجهة، مهما كان حجمها، ضد مجموعة كاملة من الهجمات الإلكترونية الأكثر شيوعاً^(١).

هذه الضوابط مُلزَمة بها جميع الجهات الحكومية في بريطانيا، وكذلك شركات القطاع الخاص التي تود التعاقد مع الحكومة البريطانية في مجالات «تتضمن التعامل مع معلومات حساسة وشخصية أو توفير منتجات وخدمات لتقنية محددة»^(٢).

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فالجهة المسؤولة عن هذا النوع من الضوابط هي «وكالة الأمن السيبراني وأمن البنية التحتية»، حيث أصدرت الوكالة نوعين من ضوابط الأمن السيبراني، النوع الأول «الضوابط التشغيلية الملزمة» ويندرج تحتها تسعة ضوابط، والنوع الثاني «ضوابط الطوارئ» ويندرج تحتها ثمانية ضوابط^(٣)، ويقع تحت سلطة هذه الوكالة بعض الوكالات الفيدرالية في السلطة التنفيذية المدنية وليس كل الحكومة الفيدرالية^(٤).

(1) Cyber Essentials. National Cyber Security Centre.

مقال على شبكة الإنترنت.

(<https://www.ncsc.gov.uk/cyberessentials/overview>).

(٢) المرجع السابق.

(3) Cybersecurity Directives. Cybersecurity and Infrastructure Security Agency. Department of Homeland Security.

مقال على شبكة الإنترنت.

(<https://cyber.dhs.gov/directives>).

(٤) هذه قائمة بالجهات الفيدرالية الخاضعة لسلطة الوكالة، يلاحظ أنها لاتضم الجهات العسكرية والأمنية مثل وزارة الدفاع ومكتب التحقيقات الفيدرالي، إذ تتطلب هذه

وفي المملكة العربية السعودية فإن الجهة المختصة بضوابط الأمن السيبراني هي «الهيئة الوطنية للأمن السيبراني» وفقاً لتنظيم الهيئة الصادر بالأمر الملكي رقم (٥٧٣٣١) وتاريخ ١٠ / ١١ / ١٤٣٩هـ، وقد نص الأمر الملكي على أنه: «على جميع الجهات الحكومية رفع مستوى أمنها السيبراني لحماية شبكاتها وأنظمتها وبياناتها الإلكترونية، والالتزام بما تصدره الهيئة الوطنية للأمن السيبراني من سياسات وأطر ومعايير وضوابط وإرشادات بهذا الشأن».

وبناء على ذلك، أصدرت «الهيئة الوطنية للأمن السيبراني» عدداً من الضوابط في هذا المجال، ومن أهمها «الضوابط الأساسية للأمن السيبراني» والتي تعدُّ «الحد الأدنى من متطلبات الأمن السيبراني في الجهات الوطنية التي تندرج تحت نطاق عمل هذه الضوابط»^(١).

هذه الضوابط ملزمة لجميع «الجهات الحكومية في المملكة العربية السعودية (وتشمل الوزارات والهيئات والمؤسسات وغيرها) والجهات والشركات التابعة لها، وجهات القطاع الخاص التي تمتلك بنى تحتية وطنية حساسة تقوم بتشغيلها أو استضافتها»^(٢).

الجهات العسكرية معايير أعلى وأدق:

Agency list. Department of Homeland Security.

مقال على شبكة الإنترنت.

(<https://cyber.dhs.gov/agencies/>).

(١) الضوابط الأساسية للأمن السيبراني. الهيئة الوطنية للأمن السيبراني. المملكة العربية السعودية. ٢٠٢٠م. ص ٦.

(٢) المرجع السابق. ص ٩.

أما غير هذه الجهات فإن الهيئة «تشجع»^(١)... الجهات الأخرى في المملكة وبشدة على الاستفادة من هذه الضوابط لتطبيق أفضل الممارسات فيما يتعلق بتحسين الأمن السيبراني وتطويره داخل الجهة»^(٢).

هذا البحث ليس محلاً لنقاش هذه الضوابط؛ إذ إنها ضوابط تقنية بحتة، يبحثها المتخصصون في التقنية والحاسب الآلي، لكن الذي يهمنا من الناحية القانونية جانبان: الجهة المختصة بإصدار هذه الضوابط، ونطاق تطبيق هذه الضوابط.

١. الجهة المختصة: تبين لنا فيما ذكر سابقاً أن الدول الثلاث اتفقت على وجود جهة مركزية مختصة بإصدار هذه الضوابط، ففي بريطانيا «المركز الوطني للأمن السيبراني»، وفي الولايات المتحدة الأمريكية «وكالة الأمن السيبراني وأمن البنية التحتية»، أما في المملكة العربية السعودية فالجهة المختصة هي «الهيئة الوطنية للأمن السيبراني».

٢. نطاق تطبيق الضوابط: اختلفت الدول الثلاث في المجال الإلزامي لتطبيق هذه الضوابط، ففي بريطانيا يشمل نطاق التطبيق جميع الجهات الحكومية بالإضافة إلى شركات القطاع الخاص التي تود التعاقد مع الحكومة البريطانية في مجالات «تتضمن التعامل مع معلومات حساسة وشخصية أو توفير منتجات وخدمات لتقنية محددة».

(١) ولا تُلزم.

(٢) الضوابط الأساسية للأمن السيبراني. مرجع سابق.. ص ٩.

أما الولايات المتحدة الأمريكية فنطاق التطبيق يشمل فقط بعض الجهات الفيدرالية المدنية وليس كل الجهات الفيدرالية ولا حتى القطاع الخاص.

أما المملكة العربية السعودية فنطاق التطبيق يشمل جميع الجهات الحكومية وتشمل الوزارات والهيئات والمؤسسات وغيرها والجهات والشركات التابعة لها، وجهات القطاع الخاص التي تمتلك بنى تحتية وطنية حساسة أو تقوم بتشغيلها، وبهذا نلاحظ أن المملكة السعودية في هذا المجال أقرب للنموذج الأوروبي (وبالأخص البريطاني) من النموذج الأمريكي، بل إن المملكة كانت أوسع في نطاق تطبيق الضوابط من بريطانيا.

الحديث عن الجهة المختصة ونطاق التطبيق يقودنا إلى الحديث عن الرقابة على تنفيذ هذه الضوابط، وهو مجال البحث في المطلب القادم.

المطلب الثالث: الرقابة:

كما ذكرنا في المطلب السابق، لا بد من وضع ضوابط ومعايير تلتزم بها جميع الجهات ذات العلاقة حتى تسد جميع الثغرات التي قد يتخلل منها أي هجوم سيبراني، وللتحقق من تطبيق هذه الضوابط لا بد من الرقابة على الجهات ذات العلاقة من قبل الجهة المصدرة للضوابط للتأكد من تطبيقها لهذه الضوابط وفقاً للمعايير الموضوعية؛ إذ إن وضع الضوابط دون التأكد من تطبيقها لا يكفي لتحقيق الأمن السيبراني على المستوى الوطني.

وتختلف الدول في آلية تطبيق هذه الضوابط، ففي بريطانيا تتم الرقابة والتحقق من تطبيق الجهات للضوابط الأساسية التي وضعها «المركز الوطني للأمن السيبراني»^(١) من خلال إصدار شهادات تثبت أن الجهة حققت هذه الضوابط فعلياً، والذي يقوم بإصدار هذه الشهادات وعملية التقييم هي شركة خاصة أعطاها المركز الوطني البريطاني امتياز التقييم وإصدار الشهادات، ولذلك تحصل الشركة على أتعاب نظير المجهود التي تقوم به في عملية التقييم وإصدار الشهادة^(٢)، وكما ذكرنا سابقاً فإن شركات القطاع الخاص غير ملزمة بالحصول على هذه الشهادة، لكن إذا كانت الشركة تود التعاقد مع الحكومة البريطانية في مجالات تتضمن التعامل مع معلومات حساسة وشخصية أو توفير منتجات وخدمات لتقنية محددة، فحينئذ لا بد أن تحصل على هذه الشهادة وإلا فلا يمكن لها التعاقد^(٣).

مجمال القول، إن الرقابة على ضوابط الأمن السيبراني في بريطانيا يتم من خلال إصدار شهادات تثبت تطبيق الجهة للمعايير، وتتولى الشهادة والتقييم شركة خاصة من خلال امتياز حصلت عليه من المركز الوطني للأمن السيبراني البريطاني.

(١) انظر المطلب الثاني من المبحث الثالث.

(2) Cyber Essentials. IASME Consortium.

مقال على شبكة الإنترنت.

(<https://iasme.co.uk/cyber-essentials>).

(٣) انظر المطلب الثاني من المبحث الثالث.

أما في أمريكا، فإن الرقابة على تنفيذ ضوابط الأمن السيبراني تتم بطريقة مختلفة، حيث إنها تتم من نفس الجهة المصدرة للضوابط، وهي «وكالة الأمن السيبراني وأمن البنية التحتية»^(١)، حيث إن هذه الوكالة تقوم برقابة مباشرة وتقييم مباشر لجميع الجهات الفيدرالية الخاضعة لنطاق تطبيق الضوابط^(٢)، وبناء على هذا التقييم تقدم الوكالة تقريراً سنوياً (في شهر مارس من كل سنة) للكونجرس الأمريكي، تذكر في التقرير تقييماً شاملاً لوضع الأمن السيبراني لجميع الجهات الفيدرالية الخاضعة لنطاق التطبيق، تشير كذلك في التقرير إلى أي عملية هجوم سيبرانية أو اختراق سيبراني إن وجد، ومن ثم بناء على هذا التقرير يوجه الكونجرس بما يراه مناسباً^(٣).

وفي المملكة العربية السعودية، نص تنظيم الهيئة الوطنية للأمن السيبراني على أنه من ضمن اختصاصاتها «وضع السياسات وآليات الحوكمة والأطر والمعايير والضوابط والإرشادات المتعلقة بالأمن السيبراني، وتعميمها على الجهات ذات العلاقة، ومتابعة الالتزام بها، وتحديثها»^(٤). فالنص واضح وصريح في اختصاص «هيئة الأمن السيبراني» بمتابعة الجهات ذات العلاقة للتأكد من تطبيقها لهذه الضوابط.

ولتمكين الهيئة من مهمة الرقابة، نص تنظيم الهيئة في مادته العاشرة على صلاحيات مهمة أُلزم بها جميع الجهات ذات العلاقة:

(١) القانون رقم 44 USC 3553 المادة c & b الرابط shorturl.at/ajvM7

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع نفسه.

(٤) تنظيم الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، مرجع سابق.

«تلتزم كافة الجهات ذات العلاقة بما يأتي:

١. تمكين الهيئة من مباشرة اختصاصاتها وتنفيذ مهامها بشكل كامل.
٢. إبلاغ الهيئة -بشكل فوري- بأي خطر أو تهديد أو اختراق لأمنها السيبراني واقع أو محتمل.
٣. تنفيذ السياسات وآليات الحوكمة والأطر وتطبيق المعايير والضوابط التي تقرها الهيئة.
٤. التعاون التام مع الهيئة عند قيامها بأي أعمال تحر أو تدقيق أو تقييم للأمن السيبراني...
٥. تزويد الهيئة بالوثائق والمعلومات والبيانات والتقارير اللازمة للقيام باختصاصاتها بتلك الجهات»^(١).

هذه المادة أعطت الهيئة صلاحية مطلقة ونفوذاً قوياً على جميع الجهات ذات العلاقة لتقوم بعملية الرقابة والتحقق من تنفيذ الضوابط على أكمل وجه، وهذا يعكس مدى اعتبار حكومة المملكة العربية السعودية للأهمية الشديدة والحساسية للأمن السيبراني على المستوى الوطني.

وقد أجادت الحكومة في إعطاء هذا الصلاحيات للهيئة لتحقيق الرقابة وتسهيلها؛ إذ إن الأمن السيبراني من القطاعات التي يصعب الرقابة عليها، حيث إنه ليس شيئاً ملموساً يمكن الرقابة عليه بالطرق التقليدية كما في غيره من القطاعات، لذلك لا يمكن أن تتم الرقابة عليه إلا بطرق احترافية، ومن

(١) المرجع نفسه.

قبل أناس متخصصين في هذا المجال، ولذا لا بد من تعاون جميع الجهات لتمكين الهيئة من أداء مهمتها الرقابية.

وبناء على تنظيم الهيئة، ذكر في الضوابط الأساسية للأمن السيبراني الصادرة من الهيئة أنه «تقوم الهيئة بتقييم التزام الجهات بما ورد في هذه الضوابط بطرق متعددة، منها: التقييم الذاتي للجهات، التقارير الدورية لأداة الالتزام و / أو الزيارات الميدانية للتدقيق، وفق الآلية التي تراها الهيئة مناسبة لذلك»^(١).

ولم تصدر الهيئة بعد الآلية التي توضح كيفية الرقابة والتدقيق على الجهات ذات العلاقة، ومتى يتم الاكتفاء بالتقييم الذاتي للجهة نفسها، أو عدم الاكتفاء بذلك وقيام الهيئة بزيارة ميدانية للجهة للتقييم، وكذلك ما الإجراء الذي سيتخذ في حال وجدت الهيئة أي خلل أو تقصير من الجهة ذات العلاقة بتطبيق المعايير، لكن يتوقع أن تصدر الآلية قريباً^(٢).

(١) الضوابط الأساسية للأمن السيبراني. مرجع سابق. ص ١٠.

(٢) في خلال ثلاث سنوات أصدرت الهيئة العديد من اللوائح والضوابط والإرشادات، وهذه تعد بالفعل فترة وجيزة، ولذلك يتصور إصدار آلية الرقابة قريباً لأهميتها.

خاتمة

١. لقد تبين من البحث، الأهمية الكبيرة للأمن السيبراني، والذي يعد في العصر الحالي أهم جوانب الأمن الوطني على الإطلاق، وذلك لاعتماد الدولة على التقنية بشكل كلي في كل مرافقها، ولذلك فتحقيق الأمن السيبراني من أهم واجبات الدولة في العصر الحديث؛ لحماية المجتمع والدولة ككل من أي اعتداء أو تهديد خارجي يمس الأمن الوطني بشكل عام.

٢. الأمن السيبراني من العلوم والفنون التي تحتاج قدراً كبيراً من العلم والمهنية والحرفية والذكاء، لذلك فعلى الدولة تهيئة مختصين وطنيين في هذا الجانب، (مثل تهيئة وإعداد الجيش وقوات الأمن وغيرها)، وتدريبهم على آخر ما وصلت إليه التقنية في هذا المجال، حتى يتسنى لهم تحقيق الدفاع عن أمن الوطن.

٣. ينبغي للجهات المختصة وذات العلاقة بالأمن السيبراني، نشر الوعي بين منسوبيها، بل وبين جميع أفراد المجتمع، حيث إن الجميع يستخدم التقنية في كل أوقاته تقريبا، والاعتداء السيبراني يحدث على الأفراد كما يحدث للدول والمنظمات، والاختراق للمنظمات الكبيرة قد يكون من خلال اختراق هاتف ذكي لفرد منسوب لهذه الجهة، لذلك فالجميع لا بد أن يكون على قدر من الوعي والمسؤولية.

٤. هناك جوانب قانونية عديدة متعلقة بالأمن السيبراني بحاجة إلى بحث ومقارنة، مثل الرقابة والعلاقات الدولية والاختصاص الدولي، والجرائم

السيبرانية، والإرهاب السيبراني، والتي ينبغي أن يلتفت لها الباحثون في بلادنا المباركة.

٥. الأمن السيبراني متعلق بالتطور التقني، ولهذا هو سريع التطور، وتبعاً لذلك فإن اللوائح والضوابط المتعلقة به تتطور وتتغير بشكل كبير، ولهذا فعلى المختصين في الجانب القانوني من الأمن السيبراني المسارعة في كتابة الأبحاث، ومتابعة الجديد عالمياً بشكل مستمر.

٦. لا تستطيع أي دولة بمفردها أن تحقق الأمن السيبراني على أكمل وجه دون التعاون مع الدول الأخرى، لذا ينبغي على الدول بحث سبل التعاون فيما بينها لتحقيق الأمن السيبراني وتوقيع الاتفاقيات في هذا المجال، وذلك مثل ما يحدث في اتفاقيات التعاون العسكري والأمني وغيرها، خصوصاً أن الاعتداء السيبراني حينها يتم فإنه يمر بأكثر من دولة غالباً (مثلاً قد يكون المعتدي في دولة ما، لكن الخوادم (Servers) في دولة أخرى، والدولة المعتدى عليها دولة مختلفة عن السابقتين)، وهذا يبرز أهمية القانون الدولي والاتفاقيات الدولية في المواضيع ذات العلاقة بالزمن السيبراني.

٧. الخلفية القانونية والشرعية لا تكفي لوحدها لبحث ما يتعلق بالأمن السيبراني، ولذلك علي المختصين القانونيين التواصل المباشر مع المختصين التقنيين، من خلال الأطر الأكاديمية والبحثية، سواء بإقامة ورش عمل أو مؤتمرات وندوات تتعلق بالأمن السيبراني، لبحث المواضيع المتعلقة والمشاركة ف كتابة الأبحاث.

والله أعلم، وصلى الله على نبينا محمد.

مراجع البحث

أولاً: المصادر والمراجع العربية:

١. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد الظاهري. الفصل في الملل والأهواء والنحل، الطبعة الثانية. دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. ١٣٩٥هـ.
٢. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي الأنصاري، لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ.
٣. البخاري، محمد بن إسماعيل (ت: ٢٥٦هـ)، الجامع الصحيح، دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ.
٤. الجويني، أبو المعالي. غياث الأمم في التياث الظلم. تحقيق: د. مصطفى حلمي ود. فؤاد عبد المنعم أحمد. الطبعة الأولى. دار الدعوة. الإسكندرية. ١٩٧٩م.
٥. حامد، ماجد حامد شيبون. مفهوم السلطان في الفكر الإسلامي: دراسة مقارنة مع نموذج الدولة الحديثة. رسالة ماجستير. معهد العلوم والبحوث الإسلامية، كلية الدراسات العليا، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا. ١٤٣٩هـ.
٦. حيدر، محمود. الدولة: فلسفتها وتاريخها من الإغريق إلى ما بعد الحداثة. الطبعة الأولى. المركز الإسلامي للدراسات الإستراتيجية. ١٤٣٩هـ.
٧. الخطيب، نعمان أحمد. الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري. الطبعة السابعة. دار الثقافة. عمان. ١٤٣٢هـ.
٨. السعدي، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان. تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحي. الطبعة الأولى. مؤسسة الرسالة. ١٤٢٠هـ.
٩. الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٥م.

١٠. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد. الجامع لأحكام القرآن. الطبعة الثالثة. دار القلم. ١٣٨٦هـ.
١١. الكيالي، عبد الوهاب، موسوعة السياسة، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ١٩٧٩م.
١٢. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري. الأحكام السلطانية. تحقيق: أحمد جاد. دار الحديث. القاهرة. ١٤٢٧هـ.
١٣. النيسابوري، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري (ت: ٢٦١هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي (القاهرة).
١٤. نافع، محمد عبد الكريم، الأمن القومي، مطبوعات دار الشعب، القاهرة، ١٩٧٥م.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

15. **Brookson, C. et al.** (2015). Definition of Cybersecurity - Gaps and overlaps in standardisation. The European Union Agency for Network and Information Security (ENISA).
16. **Guiora A. N. (2017). Cybersecurity: Geopolitics, Law, and Policy.** Routledge.

ثالثاً: الوثائق الرقمية العربية:

١٧. الإستراتيجية الوطنية للأمن السيبراني (نظرة عامة)، الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، المملكة العربية السعودية. ٢٠٢٠م.
١٨. تنظيم الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، الصادر بالأمر الملكي رقم (٦٨٠١) وتاريخ ١١ صفر ١٤٣٩هـ. المركز الوطني للوثائق والمحفوظات.
١٩. دليل لوضع إستراتيجية وطنية للأمن السيبراني، التزام إستراتيجي بالأمن السيبراني. إعداد: الاتحاد الدولي للاتصالات والبنك الدولي وأمانة

الكومنوولث ومنظمة الكومنوولث للاتصالات ومركز التميز التعاوني للدفاع السيبراني التابع لمنظمة حلف شمال الأطلسي. ٢٠١٨م.

٢٠. الضوابط الأساسية للأمن السيبراني، الهيئة الوطنية للأمن السيبراني. المملكة العربية السعودية. ٢٠٢٠م.

٢١. النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) بتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ. المركز الوطني للوثائق والمحفوظات.

رابعاً: الوثائق الرقمية الأجنبية:

22. **Department of Defense**, Instruction No.8500.01. Cybersecurity. 2014. United States of America.
23. **National Cyber Security Strategy 2016- 2021**, UK Government. 2016.
24. **National Cyber Strategy of the United States of America**, 2016.

خامساً: المقالات العربية على مواقع الإنترنت:

٢٥. الأمن السيبراني. الموسوعة السياسية. (https://political-encyclopedia.org/dictionary/%20الأمن السيبراني).

٢٦. تقرير التحول الرقمي الوطني لعام ٢٠٢٠م. (https://ndu.gov.sa/7).

٢٧. عن الهيئة. الهيئة الوطنية للأمن السيبراني. (https://nca.gov.sa/pages/about.html).

سادساً: المقالات الأجنبية على مواقع الإنترنت:

28. **Agency list**, Department of Homeland Security. (https://cyber.dhs.gov/agencies/).

29. **Cyber Essentials**, IASME Consortium.
(<https://iasme.co.uk/cyber-essentials>).
30. **Cyber Essentials**, National Cyber Security Centre.
(<https://www.ncsc.gov.uk/cyberessentials/overview>).
31. **Cybersecurity Directives**, Cybersecurity and Infrastructure Security Agency. Department of Homeland Security. (<https://cyber.dhs.gov/directives>).
32. **Defend Today**, Secure Tomorrow. The Cybersecurity and Infrastructure Security Agency (CISA).
(<https://www.cisa.gov/about-cisa>).
33. **ENISA Mandate and Regulatory Framework**,
(<https://www.enisa.europa.eu/about-enisa/regulatory-framework>).
34. **European Union Agency for Cybersecurity (ENISA)**, European Union.
(https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/enisa_en).
35. **Oxford learner's dictionaries**, Oxford University Press.
(<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/cyber>)
36. **Turton W. & Mehrotra K**, Hackers Breached Colonial Pipeline Using Compromised Password.
(<https://www.bloomberg.com/news/articles/202104-06-/hackers-breached-colonial-pipeline-using-compromised-password>).





ضوابط التحكم في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية دراسة مقارنة

د. بدر بن عبد الله بن محمد المطرودي

الأستاذ المشارك في المعهد العالي للقضاء
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد بن عبد الله سيد المرسلين، وإمام المتقين، المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، وبعد:

فلا جدال في أن العقود الإدارية يعترتها خلافات ومنازعات قد تنشأ بين الدولة ممثلة في جهاتها الإدارية، أو أحد أشخاصها المعنوية من جهة، والمتعاقد معها من جهة أخرى. وصاحب الولاية والاختصاص الأصيل في الفصل الخلافات الناشئة عن العقود الإدارية هو القضاء الإداري، ولكن إجراءاته كثيرة ومعقدة، وهو ما يؤدي إلى إطالة أمد التقاضي، وهذا يدفعنا إلى القول بأن التحكيم يشكل دوراً مهماً ليكون وسيلة بديلة لحسم وفض المنازعات الناتجة عن العقود الإدارية، ولكن تبانت فيه الدول من جهة التسليم به أو عدمه، فبعض الدول رفضت هذا الأمر جملة وتفصيلاً؛ باعتبار أنه اعتداء على سيادة الدولة، وبعض الدول سمحت به، وأوجدت النصوص التي تنظمه وفق إطار ضيق، وبعضها قيدت الأمر وفق ضوابط يجري عليها هذا الأمر إذا توفرت، وإلا فلا.

ونظراً لكون التحكيم في المملكة العربية السعودية قد مرَّ بحقبة زمنية ابتداء بقواعد عامة وردت في «نظام المحكمة التجارية» سنة ١٣٥٠هـ^(١)،

(١) «نظام المحكمة التجارية» لعام ١٣٥٠هـ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١١/١٥/١٣٥٠هـ، والذي حل مكانه «نظام المحاكم التجارية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٣) وتاريخ ١٥/٨/١٤٤١هـ.

وحظر المنظم في المملكة التحكيم في العقود الإدارية التي تكون الجهة الحكومية طرفاً فيها؛ استناداً إلى قرار مجلس الوزراء سنة ١٣٨٣هـ^(١)، ثم جاء نظاما التحكيم^(٢)، فأزالا هذا الحظر بإجازتهما تحكيم العقود الإدارية شريطة الحصول على الموافقة من رئيس مجلس الوزراء، ثم صدر «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»^(٣) في حلته الجديدة، الذي أرسى ضوابط معينة لتحكيم العقود الإدارية، لم تتطرق إليها أنظمة المنافسات والمشتريات التي سبقت هذا النظام، حيث سمح النظام بإعطاء الوزير المختص صلاحية الموافقة على التحكيم دون الرجوع إلى الجهة الأعلى، أعني رئيس مجلس الوزراء، وذلك وفق ضوابط حددتها المادة (١٥٤) من «اللائحة التنفيذية

(١) جاء قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) وتاريخ ١٧/١/١٣٨٣هـ الموافق ١/٦/١٩٦٣م بالنص على: «عدم جوازية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في المسائل التي تكون الجهة الحكومية طرفاً فيها، ويستثنى من ذلك الحالات الاستثنائية التي تمنح فيها الدولة امتيازاً مهماً».

(٢) «نظام التحكيم» السابق «الملغى» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٦) وتاريخ ١٢/٧/١٤٠٣هـ، والذي نص في المادة (٣) منه على أنه: «لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء»، وقد حل مكانه «نظام التحكيم» الحالي «الساري» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ، والذي نصت المادة (٢/١٠) منه على أنه: «لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يميز ذلك».

(٣) «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.

لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية^(١)، ولما كانت تلك الضوابط تعد نقلة نوعية لدى المنظم في مسألة تحكيم العقود الإدارية في العصر الحديث؛ لما تشكله من تنمية اقتصادية لها وزنها في النهضة المعاصرة، كان لزاماً علينا التطرق إلى ضوابط التحكيم في العقود الإدارية من أجل الخروج بحلول ومقترحات حول الضوابط الجديدة التي أقرها المنظم وفق المادة (١٥٤) من اللائحة المنظمة لنظام المنافسات، وهذا ما دعاني إلى الكتابة في هذا الموضوع؛ للإسهام في إيجاد الحلول والتوصيات التي خرجت بها الدراسة وفق تلك الضوابط، حيث إنها لم تأتِ اعتباراً أو جزافاً، بل أتت بحكم ما تمليه الحاجات والضرورات التي يشهدها الواقع المعيش في المملكة بشأن التعاقدات الإدارية، وآلية اللجوء للتحكيم فيها، وهو ما استدعى الوقوف على الضوابط جملة وتفصيلاً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن كل ما وقفت عليه من دراسات تتعلق بهذا الموضوع وجدتها تتحدث فيما يتعلق بتحكيم المنازعات الإدارية من حيث العموم، وتتعلق بالتشريعات المقارنة، وأما الدراسات التي تتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية من حيث الخصوص فهي نادرة، وإن وجدت فهي مقصورة على ما كان عليه العمل سابقاً في المملكة، من اشتراط موافقة رئيس مجلس الوزراء من أجل اللجوء إلى التحكيم؛ وفق ما أتى به «نظام التحكيم»، ولكن بصدور نظام المنافسات الجديد وُجدت ضوابط جديدة يجب توفرها من أجل اللجوء إلى التحكيم

(١) «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ.

في العقود الإدارية، ومن معطيات تلك الضوابط وفق المادة (١٥٤) من لائحة نظام المنافسات، ونظراً لأنني لم أظفر بدراسة أفردت للبحث في تلك الضوابط، ولم أجد أحداً من الباحثين تطرق إليها من قريب أو من بعيد؛ ولحدثة «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، ولأن المسألة حساسة نظراً للأهمية الكبيرة لبعض العقود الإدارية التي تبرمها المملكة في الوقت الحاضر، ولأن المنظم اشترط توفر هذه الضوابط للضرورة للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وإجازة التحكيم فيها، ولجدة الموضوع، ولحاجة المسألة إلى بيان، فقد استعنت بالله على كتابة ما تيسر في هذه المسألة بدراسة مستقلة، اشتملت على ما يأتي:

أهمية الدراسة:

ترجع أهمية التحكيم في العقود الإدارية إلى كونه وسيلة بديلة لفض المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية، حيث يوفر للأطراف عنصر الزمن وقلة التكاليف عند لجوئهم إلى القضاء للفصل في منازعاتهم، والطابع السري للتحكيم^(١)، كما أنه يوفر الضمانات الكافية للشركات الأجنبية التي تتعاقد مع الجهات الحكومية، وهذه الأهمية فإن النظام السعودي أجازها، ووضع له ضوابط كغيره من الأنظمة المقارنة؛ بغية تشجيع الاستثمار الدولي، وجذب رؤوس الأموال الأجنبية، والاستفادة منه في التنمية الاقتصادية، والمحافظة على حقوق الشركات الأجنبية والوطنية في علاقاتها التعاقدية غير المتساوية

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م، ص ٤١.

مع الجهات الحكومية التي تتمتع بالكثير من السلطات والصلاحيات في مواجهه المتعاقد معها^(١).

وتأسيساً على ذلك يشكل التحكيم دوراً مهماً، باعتباره وسيلة بديلة لحسم وفض المنازعات الناتجة عن العقود الإدارية، ومن خلال هذا الدور تكمن أهمية التحكيم في العقود الإدارية؛ لكونه وسيلة فضفاضة تهدف إلى إنهاء الخصومة الناشئة عن العقد الإداري، ولكن بطريق بديل عن القضاء الإداري الذي يمثل صاحب الصلاحية الأصلية في الخصومات المتعلقة بالعقود الإدارية، ولكن لما حققه التحكيم كطريق بديل وسريع ومُرَضٍ لكل الأطراف، أصبح الآن يشكل لبنة أساسية في حل النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، خصوصاً بعد صدور نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في حلته الجديدة، الذي جعل التحكيم وسيلةً لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

مشكلة الدراسة:

تتجلى إشكالية التحكيم في العقود الإدارية في أن الأنظمة السابقة المنظمة للمنافسات والمشتريات^(٢) في المملكة العربية السعودية لم تتطرق

(١) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة، ١٩٩٥م، ص ٣٦.

(٢) أول نظام صدر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) وتاريخ ٢٤/٢/١٣٨٦هـ، وكان يسمى «نظام المناقصات والمزايدات»، واستمر العمل به حتى صدر المرسوم الملكي رقم (م/١٤) في ٧/٤/١٣٩٧هـ، القاضي باعتماد «نظام تأمين مشتريات الحكومة»، وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها، واستمر العمل به حتى صدر المرسوم الملكي رقم (م/٥٨) =

لا من قريب ولا من بعيد إلى مسألة التحكيم في العقود الإدارية، فمرَّ التحكيم آنذاك بمعوقات وصعوبات، حيث كان التوجه السائد بالمملكة هو عدم جوازه، إلى أن عدَّل المنظم الأنظمة، فأجاز ذلك وفق نظامي التحكيم الملغى والحالي، ولكن بشرط موافقة رئيس مجلس الوزراء، ولكن الأمر لم يكن بتلك السهولة، حيث كان يمر بتعقيدات وإجراءات طويلة من أجل الحصول عليه، مما دعا المنظم إلى التدخل في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد، بإعطاء الوزير المختص صلاحية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، ولكن وفق ضوابط التحكيم التي نصت عليها المادة (١٥٤) من اللائحة التنفيذية للنظام؛ وفي نفس الوقت لم توضح القدر الكافي لتلك الضوابط المنظمة للتحكيم؛ مما أوجد إشكالات في مضمون تلك الضوابط، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن التعاقدات الإدارية الحديثة تأتي وفق معطيات تشجيع الاستثمار وتجذب رؤوس الأموال للتنمية الاقتصادية؛ وهو ما يثير الإشكالات حول تسوية النزاعات بالتحكيم من حيث مدى موافقة تلك التعاقدات للضوابط المنظمة للتحكيم في العقود الإدارية في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وهو ما يعزز موقفنا هنا في التصدي في حال عدم امتثال الجهة الإدارية عند اللجوء إلى التحكيم مع المتعاقد

= وتاريخ ٤/٩/١٤٢٧هـ، القاضي باعتماد «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، والذي يُعد نقلة كبيرة في أنظمة الشراء الحكومي، واستمر العمل به حتى صدر المرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ، القاضي باعتماد «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، الذي جاء بما يتوافق مع رؤية المملكة ٢٠٣٠م.

بالتحقق أولاً من توفر هذه الضوابط قبل الصيرورة للتحكيم، وهل هذه الضوابط من مقتضيات صحة التحكيم أو صحة العقد الإداري بصفة عامة؟، وما الفيصل في حال اختلال ضابط من تلك الضوابط؟، وما الآثار الناجمة والمترتبة على بطلان التحكيم وبطلان العقد الإداري، فهل إذا بطل التحكيم يبطل العقد؟ وهل إذا بطل العقد يبطل التحكيم، أو يستقل كل منهما عن الآخر صحة وبطلاناً؟.

هذه التساؤلات دفعتنا إلى التصدي لذلك الموضوع؛ لكي تضع هذه الدراسة معالجة لتلك الإشكالية، وبيان الضوابط الجديدة في التحكيم في العقود الإدارية بميزاته وإشكالاته، ومعرفة معوقاتهما وفق نظام المناقصات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، من خلال عدد من الحلول والمآخذ التي رأيناها في الضوابط الحاكمة للصيرورة إلى التحكيم، والتي أدلينا فيها بتوصيات لعلاج تلك المعضلة، رأينا أنه يتعين على المنظم مراعاتها، وتعديل وإضافة بعض الضوابط المتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية وفق ما خرجت على ضوءه توصيات هذه الدراسة.

منهج الدراسة:

تأسيساً على ما سبق اعتمدت في هذه الدراسة المنهج التأصيلي الاستقرائي في الأساس الذي يقوم عليه التحكيم في العقود الإدارية، ودوره باعتباره وسيلةً بديلةً لفض المنازعات الناشئة عن العقد الإداري، وفي الوقت نفسه اعتمدت في هذه الدراسة المنهج التحليلي وفق الأنظمة المرعية الإجرائية المنظمة للتحكيم في المملكة العربية السعودية على وجه

العموم، و«نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ على وجه الخصوص، في ضوء المادة (١٥٤) من «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية» بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ، المعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ، والتي تناولت ضوابط التحكيم في العقود الإدارية. كما اعتمدت في الوقت نفسه المنهج المقارن من خلال المنهج المتبع في تحكيم العقود الإدارية وفق القوانين الوضعية المعمول بها في الدول المقارنة، والاستشهاد بها واستحضارها كلما استدعى الحال ذلك في سير هذه الدراسة.

تقسيمات الدراسة:

المقدمة: وتشتمل على «أهمية الموضوع، ومشكلة الدراسة، ومنهجها، وتقسيماتها».

المبحث الأول: ماهية التحكيم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية:

المطلب الأول: تعريف التحكيم الإداري.

المطلب الثاني: مشروعية التحكيم في العقود الإدارية.

المطلب الثالث: تقييم التحكيم في العقود الإدارية.

المطلب الرابع: الطبيعة النظامية للتحكيم في العقود الإدارية.

المبحث الثاني: صور ضوابط التحكيم وفق نظام المنافسات والمشتريات

الحكومية:

- المطلب الأول: موافقة الوزير على تحكيم العقد الإداري.
- المطلب الثاني: اقتصار التحكيم على عقود محددة.
- المطلب الثالث: تطبيق أنظمة المملكة على العقد الإداري موضوع المنازعة.
- المطلب الرابع: النص على التحكيم في العقد الإداري.
- الخاتمة:
- وتشتمل على ملخص البحث والنتائج والتوصيات.



المبحث الأول ماهية التحكيم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية

يُعَدُّ التحكيم الإداري كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية من أبرز الموضوعات المستجدة في العصر الحاضر، وصار التحكيم طريقاً من الطرق التي يتم اللجوء إليها لفض وتسوية المنازعات الإدارية المتعلقة بالعقود؛ والسبب عائد إلى التطورات التي يشهدها الواقع المعيش في النهضة الاقتصادية، وسعي الدولة حثيثاً إلى التنمية وتطوير مشروعاتها، وكثرة تعاقداتها، فأدى هذا إلى حدوث النزاعات؛ مما دفع إلى البحث عن طرق لحل هذه النزاعات، ولذا فإن التحكيم يعدُّ الوسيلة الأنجح في تسوية المنازعات؛ لما يتسم به من سرعة في الفصل، وبساطة الإجراءات، وما يحققه من إنصاف للفصل في المنازعة، وإذا كان اللجوء إلى التحكيم لا يثير الكثير من المشكلات في عقود القانون الخاص، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لعقود القانون العام؛ نظراً لتمتع هذه العقود الإدارية بخصائص ذاتية تميزها عن غيرها من العقود الأخرى؛ لخصوصية الأطراف فيها، كوجود الدولة بذاتها، وما تتميز به الدولة من سيادة ونفوذ فيه، مما دفع المنظم في المملكة العربية السعودية إلى إصدار الضوابط الجديدة المتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية؛ نظراً لحساسية وأهمية تلك العقود، وكون الدولة طرفاً فيها، وهو ما يقودنا في هذا المبحث إلى التطرق إلى تعريف التحكيم في العقود الإدارية في (المطلب الأول)، وإلى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في (المطلب

الثاني)، وتقييم التحكيم في العقود الإدارية في (المطلب الثالث)، وطبيعة التحكيم في العقود الإدارية في (المطلب الرابع)، وذلك على الآتي:

المطلب الأول: تعريف التحكيم الإداري:

لم يضع المنظم في المملكة العربية السعودية تعريفاً خاصاً للتحكيم؛ ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن السلطة التنظيمية في المملكة ليس من مهامها وضع التعريفات الدقيقة، وإن كانت بعض الأنظمة في المملكة وضعت التعريفات والمصطلحات، إلا أن هذا في الأصل من مهام القضاء والشرح، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المنظم في المملكة يأخذ بالرأي القائل بأن وضع التعريفات من صلاحيات الشراح، وليس من عمل النظام، وفي رأينا أن التعريفات مهما بُدِلَ في صياغتها من دقة وعناية فهي لا تسلم من النقد؛ لأنها من وضع البشر، ولا تصل إلى درجة الكمال.

وإذا كان الأمر كذلك فإن «نظام التحكيم»^(١) اكتفى بإيراد تعريف اتفاق التحكيم كما في الفقرة (٢) من المادة الأولى؛ إذ نص على أنه: «هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يجيلا إلى التحكيم...»^(٢)، تاركاً تعريف مصطلح التحكيم للشراح المجتهدين والقضاء وفق ما درجت عليه الكثير من الأنظمة المقارنة.

(١) «نظام التحكيم» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ، المبني على قرار مجلس الوزراء رقم (١٥٦) وتاريخ ١٧/٥/١٤٣٣هـ. للاطلاع على النظام في موقع هيئة الخبراء على الرابط: <https://cutt.us/NW5Ej>.

(٢) المادة (١/١) من «نظام التحكيم» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ.

وبناءً عليه فإنه إذا كان «نظام التحكيم» في المملكة لم يعرف مصطلح التحكيم فإن الأمر ذاته هو ما سار عليه «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»^(١) في عدم تعريفه لمصطلح التحكيم في العقود الإدارية، ولكنه في الوقت نفسه أورد الضوابط الجديدة التي أرساها المنظم في تحكيم العقود الإدارية، حيث نجده قد خلا من تعريف مخصص لمصطلح التحكيم الإداري، مع وضعه للخطوط العريضة في توضيح سبل اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وفق قوالب وضوابط مخصصة، فكان من الأولى تعريف هذا المصطلح.

وعلى أي حال فإنه يحسن بنا هنا التطرق لبيان تعريف التحكيم بصفة عامة وفق الأنظمة المقارنة؛ لخلو النظام السعودي من تعريف مخصوص له، ثم إيضاح تعريف التحكيم في العقود الإدارية بمعنى خاص.

ولا شك في أنه بالعودة إلى التشريعات والقوانين المقارنة والاطلاع عليها، نجد أن المشرع الفرنسي مثلاً عرّف التحكيم بأنه: «اتفاق تتعهد بمقتضاه الأطراف المتنازعة على خضوع النزاع القائم إلى التحكيم»^(٢). ونجد المشرع المصري عرفه بأنه: «اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية، عقدية كانت أو غير

(١) «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.

(٢) المادة (١٤٤٢) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١٩) أغسطس ١٩٨٦م، والمعدل بموجب قانون التحكيم الصادر بموجب المرسوم الجمهوري رقم (٤٨) في ١٣/١/٢٠١١م.

عقدية»^(١). فيما عرفه المشرع المغربي بأنه: «حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم»^(٢). بينما اتجه المشرع الأردني إلى عدم وجوب النص على تعريف للتحكيم في التشريع، وإنما الاكتفاء ببيانه لدى الفقهاء من خلال اجتهاداتهم^(٣).

وعلى أي حال فإنه إذا كانت تلك الأنظمة في المملكة العربية السعودية أو في القوانين المقارنة، تركت الأمر للفقهاء الوضعي لوضع التعريفات الاصطلاحية؛ لأنها من مهام القضاء أو الشراح، وليست من مهام الأنظمة على الرأي القائل بأن السلطة التشريعية ليس مهمتها ذلك، فإنه بالعودة والنظر والتأمل في القضاء المقارن والأحكام القضائية الصادرة فيما يتعلق بتعريف التحكيم نجد أن مجلس الدولة الفرنسي عرفه بقوله: «التحكيم

(١) المادة (١٠/١) من قانون التحكيم المصري رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م.

(٢) ورد هذا التعريف في الفصل ٣٠٦ من قانون التحكيم المغربي، رقم (٠٥-٠٨) لسنة ٢٠٠٧م، المنشور في الجريدة الرسمية المغربية، العدد ٥٥٨٤، بتاريخ ١٦/١٢/٢٠٠٧م. انظر: د. وليد بن محمد البشر، التحكيم في المنازعات الإدارية في النظامين: المغربي والسعودي، قراءة في الأساس القانوني، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد (١٢١)، مارس- إبريل، ٢٠١٥م، ص ١٣٨، د. محمد محجوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن، المجلة المغربية للإدارة والتنمية، العدد (٨٦)، مايو-يونيو-٢٠٠٩م، ص ١٥.

(٣) أورد المنظم الأردني تعريف التحكيم في القانون رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣م، المعدل بالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م في المادة (٢)، بأنه: «عبارة عن الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم، سواءً أكانت المحكمة أو المحكمين المذكورين في الاتفاق أم لم يكن».

يتمثل في سلطة القرار الذي يعترف به طرف ثالث، والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم^(١).

أما المحكمة الإدارية العليا المصرية فقد عرفته بأنه: «هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين؛ ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة»^(٢). أما محكمة التمييز الأردنية فقد عرفته بأنه: «طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، وهو مقصور على ما تنصرف إليه إرادة الفريقين إلى عرضه على المحكم»^(٣).

وبمطالعة الفقه الوضعي نجد أن بعض الشراح والباحثين^(٤) اجتهدوا في وضع تعريف خاص للتحكيم؛ بُغية الوصول إلى التعريف المطلوب له، وعليه يحسن بنا أن نذكر بعض تلك التعريفات فيما يأتي:

(1) C.E.21 Avril 1943 siedatctics de constraactin du nord de la france.Rec. Leb. P.107, C.E.:ss.4 nanve 1957. Lamborot. AJ.D.A. 1957, p.108, concl dhardeau.

(٢) حكمها في الطعن رقم (٨٨٦) الصادر في ١٨/١/١٩٩٤م السنة (٣٠) قضائية، مبادئ أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج ٢، ص ٢٣٥.

(٣) تمييز حقوق رقم (٣٧٩/١٥)، أحكام محكمة التمييز الأردنية، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩٧م، ص ١١٥٧.

(٤) انظر في ذلك: De Boisseson (M): 'le droid Francis de l' arbitrage interne: et international' ed. GLNJOLY 1990 p5 د. أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨م، ص ١٥، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ١٢، وعاشور مبروك، =

فمن تلك التعريفات أنه: «الاتفاق على طرح المنازعة على شخص معين أو أشخاص معينين؛ ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة»^(١). وقد تناولت مجلة الأحكام العدلية الأحكام المتعلقة بالتحكيم في المواد: (١٧٩٠) إلى (١٨٠١)، وقد عرّفت التحكيم في المادة (١٧٩) بأنه: «اتخاذ الخصمين شخصاً آخر يرضيانه للفصل في خصومتها ودعواهما»^(٢). وقد عرّف أيضاً -بأنه: «أهم وسيلة بمقتضاها يستغني الأطراف عن قضاء الدولة، فكما أن الأفراد يستطيعون بالتفاهم حل منازعاتهم بالصلح فيما بينهم، فإنهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة»^(٣). وعرف بأنه: «النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافاً قائماً بين طرفين أو عدة أطراف، ممارساً لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف»^(٤).

- = النظام الإجرائي للخصومة والتحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحد التشريعات والنظم المعاصرة، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، المنصورة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م، ص ٢.
- (١) محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٢٢٦.
- (٢) مجلة الأحكام العدلية «فقه المعاملات في المذهب الحنفي»، ومعها قرار حقوق العائلة في النكاح المدني والطلاق والنكاح والافتراق، بعناية: بسام عبد الوهاب الجابي، دار بن حزم، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م، ص ٤٧٩.
- (٣) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، ص ٢٧.
- (4) CHALRES JAROSSON. Charles Jarosson: ' la nation de l' arbitrage'. L.G.D.J? PARIS.1987.p86.

ومن خلال ما سبق عرضه من التعريفات التشريعية في القوانين المقارنة والقضائية، واجتهادات الشراح في الفقه الوضعي، ورغم تعددها وتنوعها، فإنها تدور حول معنى أساسي يتبلور في كون التحكيم وسيلة لفض النزاعات وتسويتها على يد محكمين تتوافق عليهم الأطراف المعنية، دون اللجوء إلى سلطة القضاء، سواءً أكان قضاءً عادياً أم قضاءً إدارياً.

وفي ضوء ما سبق فإن تساؤلاً يطرح ويثار هنا، مؤداه: ما المقصود بالتحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التي يكون أحد أطرافها جهة معنوية تمثل الدولة؟، وبمعنى آخر: ما التحكيم في العقود الإدارية المتخذ وسيلةً لتسوية المنازعات الناشئة عنها؟.

للإجابة عن هذا نقول: إن «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»^(١) ولائحته التنفيذية^(٢) لم يتطرقا لتعريف التحكيم في العقود الإدارية، كما أن القوانين المقارنة لم تورد تعريفاً خاصاً للتحكيم الإداري المتعلق بالعقود الإدارية، وإذا كان الأمر كذلك فإن الفقه الوضعي اجتهد فيه بعض الشراح أسوة بالتحكيم كمصطلح عام^(٣) كما سبق بيانه، ومن تلك التعريفات عُرف بأنه: «نظام استثنائي للتقاضي يُجوزُ للدولة وسائر أشخاص القانون العام

(١) «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (// ١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.

(٢) «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الصادر بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٣٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ.

(٣) د. علي محمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، تندوف-الجزائر، العدد الثاني، ديسمبر، ٢٠١٧، ص ١٣٢.

الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية وطنية أو أجنبية من ولاية قضاء مجلس الدولة؛ لكي تُحَلَّ بطريق التحكيم؛ بناء على نص قانوني يميز ذلك، وخروجاً على مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى في اللجوء إلى التحكيم»^(١).

وقد عرّف بأنه: «الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها؛ لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري، عقدية أو غير عقدية فيما بينها، أو بين إحداها وأحد أشخاص القانون الخاص، سواءً كان اللجوء إلى التحكيم اختيارياً أم إجبارياً؛ وفقاً لقواعد القانون الآمرة»^(٢).

ونتيجةً لما سبق، ومن خلال ما سبق عرضه من التعريفات كان لزاماً علينا الخروج بما نراه من وجهة نظرنا تعريفاً جامعاً مانعاً مبسطاً للتحكيم الإداري في مضمونه وشكله، بأنه: «اتفاق أطراف علاقة قانونية تعاقدية طبيعية أو معنوية على اللجوء لنظام بديل عن القضاء الإداري، محدد نظاماً ومتفق عليه مسبقاً كشرط من بنود العقد الإداري؛ بغرض تسوية المنازعات التي تنشأ بينهم فيما يتعلق بالعقود الإدارية»، حيث يختص هذا المفهوم بخصائص

(1) (Auby). AUBY (j.m), arbitrage en matiere administrative, AJ.D.A 1955. P. 81.

(٢) د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري - دار النهضة العربية ١٩٩٣م، ص ٢١.

متعددة، وهي: كونه إرادياً حيث يخضع لإرادة طرفي النزاع^(١)، وكونه متفقاً عليه مسبقاً شرطاً من بنود العقد الإداري وفق الضوابط الجديدة في تحكيم العقود الإدارية^(٢)، وكونه مقتصرأً على المنازعات التعاقدية الإدارية، وكونه خاصاً بالمنازعات القضائية الإدارية^(٣)، فلا يشمل جميع المنازعات القضائية الأخرى كالمنازعات المدنية، والتجارية، والدولية وغيرها^(٤)، وكونه استثنائياً لا يلجأ إليه إلا إذا اتفق عليه مسبقاً بالنص عليه في العقد الإداري^(٥).

المطلب الثاني: مشروعية التحكيم في العقود الإدارية:

بالعودة إلى الوراثة قليلاً، وعلى وجه التحديد عند ظهور القوانين وسنّها مع بداية القرن التاسع عشر، وهيمنة الدولة آنذاك على السلطات الثلاث: التنظيمية والتنفيذية والقضائية، والتي لم يكن في الحسبان دخول الدولة فيها بهيئاتها وجهاتها الإدارية بالتحكيم بينها وبين غيرها من ذوي أشخاص القانون الخاص، محليين أم خارجيين، مع ما للدولة بهيئاتها

(١) د. سليمان محمد الطهاوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٥٨.

(٢) المادة (١٥٤) من «اللائحة التنفيذية لنظام المناقصات والمشتريات الحكومية».

(٣) د. صلاح الدين فوزي، المبسوط في القانون الإداري، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٨، ص ٩٦٨.

(٤) عبد الله بن حمد الوهبي، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ، ٢٠١١م، ص ٢٤.

(٥) الفقرة (٣) من المادة (١٥٤) من «اللائحة التنفيذية لنظام المناقصات والمشتريات الحكومية».

وجهاً من سيادتها، ودخولها في التحكيم معناه تحلّي الدولة عن مركزها السيادي، والوقوف أمام المحكم على قدم المساواة مع غيرها من الأشخاص الطبيعية^(٦).

وقد نتج عن معطيات الواقع المعيش، والنهضة التي عاشها العالم في القرن العشرين، وازدهار الحياة الاقتصادية، وسعى الدول عموماً إلى النهضة ببلدانها وتنميتها، والسير بها نحو التقدم والازدهار، دخول الدولة طرفاً في عمليات التبادل الاقتصادي على الصعيدين: المحلي والدولي، ومن هنا يمكننا القول بخطورة التمسك بفكرة السيادة في مجال لا يخضع لسُلطان الدولة - لوجود طرف أجنبي فيه - لتحقيق النتيجة والازدهار والنمو.

والتساؤل الذي يثار هنا مؤداه: إذا كان امتثال الدولة أمام القضاء الإداري أمراً مسلماً به، فكيف يكون امتثالها أمام التحكيم مخالفاً لمبدأ السيادة؟.

والإجابة عن هذا التساؤل: أن كل ما يتطلبه مبدأ سيادة الدولة هو إخراج المسائل الحساسة التي تطلق فيها سلطة الدولة في التقدير عن سلطة القضاء والتحكيم على حد سواء، ولو سلمنا بمبدأ تحريم الاتفاق على التحكيم بين الدولة وأشخاص القانون العام وبين أشخاص القانون الخاص، استناداً إلى فكرة سيادة الدولة، الذي يستند إلى خلفية تتصادم مع خضوع الدولة لمبدأ الشرعية ذاته، بما يعنيه من خضوع الدولة للقانون خضوعاً يتطلب

(٦) سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ١٩٨٦م، البند ٢٠٥، ص ٢٩٣.

بالضرورة إخضاع أعمالها لرقابة القضاء، ومسؤوليتها عن هذه الأعمال، ومن هذا المنطلق فإن رأينا في هذه المسألة هو العمل على التفريق بين ما هو سيادي بحت لا يجوز المساس به، ولا الاتفاق على ما يخالفه، وبين ما هو اتفاق عقدي شأنه شأن باقي العقود الاستثمارية التي تتمكن الدولة من خلالها من جذب رؤوس الأموال، وتشجيع الاستثمارات بما يخدم مصلحة مواطنيها، ويساهم في تيسير مرافقها العامة بانتظام واطِّرادٍ، حتى لا يصبح اللجوء للتحكيم وسيلة يتذرّع بها الطرف الأجنبي لإحكام قبضته السيادية على الدولة الطرف الثاني في العملية العقدية.

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم السيادة قد تهاوى كثير من أركانه في العصر الحالي في ظل العولمة، والتطور الاقتصادي الملموس من الواقع المعيش، والذي قيّد هذا المصطلح نسبياً، فكثير من الأمور التي كانت تعد سيادية بطبيعتها أصبحت خاضعة لمفهوم «العقد شريعة المتعاقدين»، وبالتالي فإن العقد الإداري يتميز عن غيره من العقود بمعايير لم تأتِ إلا لحماية محل هذا العقد، تلك التي نرى معها - ونرجو أن نكون قد أدركنا جانباً من الصواب فيها - أن التحكيم ليس إلا وقاية قانونية لهذا العقد بشكل أو بآخر، وبنطاقه: الداخلي والخارجي معاً، مع بعض التحفظ والحذر فيما يخص الثاني دون الأول.

والتساؤل الآخر هو: ما مدى مشروعية التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية؟، أو بمعنى آخر: هل كان التحكيم في العقود الإدارية

مسلماً به منذ ظهوره ونشأته أو كان في حقبة زمنية محلّ صراع بين الأنظمة التي تشدد بعضها في المنع، وكان الآخر خلاف ذلك؟ وللإجابة على هذا التساؤل نقول: إن مشروعية التحكيم في العقود الإدارية شهدت تحولات صعبة بين رافض لها ألبتة، وبين مؤيد لها بقيود، ومرجع ذلك إلى الفصل بين السلطات الثلاث، وفكرة أن أعمال الإدارة من أعمال السيادة على من قال بذلك، ورأى بعضهم عدم أهلية الإدارة في اللجوء إلى التحكيم^(١).

وقد تباينت وجهات نظر المنظم في المملكة العربية السعودية تجاه مشروعية التحكيم في العقود الإدارية، فلم نصل فجأة إلى ما نحن عليه اليوم من تطور ملموس في شتى الميادين، ولكن سبق ذلك تحولات أدت في النهاية إلى الوصول إلى ما يتناسب مع الواقع المعيش، ففي بادئ الأمر لم يوجد في المملكة أي تنظيم لمسألة التحكيم في العقود الإدارية، إلا أنه في عام ١٣٥٠ هـ صدر «نظام المحكمة التجارية»^(٢)، الذي نظم التحكيم فيما يتعلق بالمنازعات التجارية، دون التطرق إلى تنظيم التحكيم في العقود الإدارية، ثم بعد ذلك صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) وتاريخ ١٧/١/١٣٨٣ هـ، الذي نص على أنه: «لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تنشأ بينها وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة،

(١) نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، الطبعة الثانية، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢) «نظام المحكمة التجارية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥/١١/١٣٥٠ هـ.

ويستثنى من ذلك الحالات الاستثنائية التي تمنح فيها الدولة امتيازاً^(١) مهماً، وتظهر لها مصلحة قصوى، في منح الامتياز متضمناً شرط التحكيم».

وبتأملنا للقرار السالف الذكر نجد أنه أول تنظيم للتحكيم فيما يتعلق بالمنازعات الإدارية، والتي منها العقود الإدارية في المملكة، كما أن هذا القرار أثار خلافاً بين الشراح في المملكة، حيث ذهب أكثرهم^(٢) إلى أن هذا القرار نص على عدم جواز كون التحكيم وسيلة لفض المنازعات في المسائل التي تكون جهة حكومية طرفاً فيه، وهذا توجه المنظم في المملكة من حيث الأصل في هذه المسألة، وهو الحظر في التحكيم في المنازعات الإدارية، والتي منها العقود الإدارية، وبالتالي فإن الجهات الإدارية ممنوعة من فض خلافاتها مع الأشخاص الطبيعيين عن طريق التحكيم، سواءً أكان التحكيم داخلياً أم خارجياً، حيث إن القرار جاء مجملًا، ولم يفرق بين التحكيم الداخلي والدولي، ولكنه استثنى بصفة خاصة عقود الامتياز التي تتضمن مصالح حيوية للدولة؛ بشرط أخذ الموافقة.

(١) عقود الامتياز: هي عقود بموجها تعهد الدولة إلى أحد الأفراد أو الشركات أو المؤسسات الخاصة بإدارة أو استغلال مرفق عام اقتصادي لمدة محددة. انظر: محمد ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٤٢٠هـ، ص ٧٥.

(٢) انظر: عبد الله بن حمد الوهيبي، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها، د. عبد الفتاح حسن، دروس في القانون الإداري، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٣٩٣هـ، ص ٢١٧ وما بعدها.

وذهب بعضهم^(١) إلى أن القرار المشار إليه قد ذكر استثناءً آخر للجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم، وهو الخلافات الفنية، إلا أننا لو تأملنا قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) نلاحظ عدم وجود أي استثناء لهذه الخلافات الفنية، مع أن الاستثناء يجب أن يكون واضحاً وصریحاً، فالقرار صريح وواضح بقصر التحكيم على عقود الامتياز.

وفي عام ١٤٠٣هـ صدر «نظام التحكيم»^(٢)، الذي نص في المادة الثالثة منه على أنه: «لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعات مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم»^(٣)؛ فالنظام وفقاً لهذا النص صرح بجواز التحكيم في العقود الإدارية، ولكنه قيّد صحته بشرط، وهو موافقة رئيس مجلس الوزراء على هذا التحكيم، كما أعطت المادة مجلس الوزراء حق تعديل هذا الحكم، وهو ما يراه محققاً للمصلحة العامة بقرار صادر منه.

(١) انظر: د. عبد الحميد الأحديب، التحكيم: أحكامه ومصادره، مؤسسة نوفل، لبنان، بيروت، الجزء الثاني، ص ١٩٢ وما بعدها.

(٢) «نظام التحكيم» «الملغى» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٦) وتاريخ ١٢/٧/١٤٠٣هـ، الموافق ١٩٨٢م.

(٣) المادة (٣) من «نظام التحكيم» السابق «الملغى» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٦) وتاريخ ١٢/٧/١٤٠٣هـ، والذي نص في المادة (٣) منه على أنه: «لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء».

وفي عام ١٤٣٣هـ صدر «نظام التحكيم» الحالي في المملكة^(١)، والذي نص في فقرته الثانية من المادة العاشرة منه على أنه: «لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يميز ذلك»^(٢)، ووفق هذا النص استمر العمل على جواز التحكيم في العقود الإدارية، ولكن بشرط حصول الموافقة المسبقة من رئيس مجلس الوزراء، وبالتالي فما ورد في النظام الجديد للتحكيم هو تأكيد لما أورده النظام القديم من جواز التحكيم في العقود الإدارية، بشرط الحصول على الموافقة من رئيس مجلس الوزراء.

وبهذا نرى أن «نظام التحكيم» الجديد لم يختلف كثيراً عن النظام القديم، فهو أتى للتأكيد على ما ورد فيه، ولكن المادة (١٠ / ٢) من النظام الجديد أوردت قيداً، وهو «ما لم يرد نص نظامي خاص يميز ذلك»، وعليه يمكن القول بأنه متى ورد نص نظامي يميز التحكيم فإنه مسوغ لجواز اللجوء إلى التحكيم بدون تحقق الشرط الوارد في المادة العاشرة، ولنا أسوة مثل ذلك في النص المميز للتحكيم في «نظام الاستثمار التعديني»^(٣)، الذي أعطى الجهات

(١) «نظام التحكيم» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٤) بتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣هـ.

(٢) نصت المادة (١٠ / ٢) من «نظام التحكيم» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٤) بتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣هـ على أنه: «لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يميز ذلك».

(٣) «نظام الاستثمار التعديني» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٤٧) وتاريخ ٤ / ١٠ / ٢٠٠٤م.

الحكومية الحق في تسوية خلافاتها ونزاعاتها عن طريق التحكيم دون موافقة مجلس الوزراء^(١).

وفي عام ١٤٤٠هـ صدر «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»^(٢) تماشياً مع التطورات الاقتصادية والتنموية التي تشهدها المملكة وفق الخطة الإستراتيجية لتحقيق رؤية المملكة ٢٠٣٠م، ووفق المعطيات التي تستوجب تطوير الأنظمة وفق الواقع المعيش، وحيث إن نظام المنافسات أرسى آلياً لإجراءات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وفق الضوابط الجديدة التي أتى بها النظام، الذي نص في المادة (٩٢) منه على أنه: «للجهة الحكومية-بعد موافقة الوزير-الاتفاق على التحكيم وفق ما توضحه اللائحة»، وقد أوضحت اللائحة التنفيذية وفق المادة (١٥٤) الضوابط التي يُصار إلى التحكيم على وفقها، والتي سوف نتناولها في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

وأما القوانين المقارنة ومدى مشروعية التحكيم فيها بالنسبة للعقود الإدارية، فبالعودة إليها نجد أن أغلب تلك القوانين مرت بمثل ما مرَّ به المنظم السعودي في الحقبة الزمنية السابقة تجاه التحكيم فيها، نظراً لما تتميز به العقود الإدارية، ولخصوصية التحكيم فيها وفقاً لما تمليه المصلحة العامة.

(١) نصت المادة الثامنة والخمسون منه على أنه: «يجوز الاتفاق على تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين مرخص له والوزارة عن طريق التحكيم؛ وفقاً لأحكام نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، ولأغراض هذا النظام يعد ديوان المظالم هو الجهة المختصة أصلاً لنظر النزاع».

(٢) «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.

ففي القانون الفرنسي نجد أن المشرع أخذ الموقف المتشدد في التوجه التام إلى الحظر في التحكيم في المنازعات الإدارية، والتي منها العقود الإدارية^(١)، ولقد لاقى المشرع الفرنسي انتقادات شديدة من الشراح في ظل التوجه الذي كان يسير عليه، حيث أكدوا أن هذا الحظر التشريعي يضر بمصالح البلاد الاقتصادية من ناحية، وأنه يؤدي إلى عدم قدرة الدولة وأشخاص القانون العام على اللجوء للتحكيم خوفاً على مصالح الجهات الإقليمية في الدفاع عن المصلحة العامة من جهة أخرى، أما الفريق المؤيد للحظر فأكد أن التحكيم ينزع الثقة في القضاء الإداري للدولة الذي أنشئ خصيصاً للمنازعات المتعلقة بأشخاص القانون العام، كما أن نزاع اختصاص محاكم الدولة يمس اعتبارات السلطة العامة^(٢)، وعليه تراجع المشرع الفرنسي^(٣)، فسمح بالتحكيم في العقود الإدارية، وذلك بإصداره لقانونه الجديد^(٤)، والذي يعد نقلة نوعية في إجازة التحكيم في العقود الإدارية، والتخفيف من الحظر السائد فيما سبق، حيث إنه أجاز التحكيم في العقود الإدارية وفق

(١) فقد نصت المادتان: (٨٣) و(١٠٠٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لعام ١٨٠٦م، والمادة (٢٠٦٠) من قانون الإجراءات المدنية المعدل في عام ١٩٧٢م على حظر التحكيم في المنازعات الإدارية.

(٢) لمزيد من التفاصيل ومعرفة آراء الشراح حول هذا انظر: نجلاء أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص ١١٧ وما بعدها.

(٣) وذلك بإلغائه للمادتين: (٨٣) و(١٠٠٤)، وإبقائه مكانها المادة (٢٠٦٠) المعدلة وفق قانون الإجراءات الفرنسي لسنة ١٩٧٥م، والتي أجازت لجوء المؤسسات العامة للتحكيم بموجب مشاركة وشرط التحكيم.

(٤) قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١٩) أغسطس ١٩٨٦م، والمعدل بموجب قانون التحكيم الصادر بموجب المرسوم الجمهوري رقم (٤٨) في ١٣/١/٢٠١١م.

ضوابط وقيود، وهي: أن يكون التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وأن يكون المشروع ذا نفع قومي، وأن يكون موضوع العقد عمليات اقتصادية وطنية، وصدور مرسوم من مجلس الوزراء بالموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم^(١)، وعليه يتضح لنا جلياً التطور في الأخذ بـ «نظام التحكيم» في العقود الإدارية في فرنسا، وهو الاتجاه الحديث الذي حرص المشرع الفرنسي على الأخذ به، والعدول عن الحظر السائد عليه قبل ذلك^(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن مشروعية التحكيم في العقود الإدارية في مصر لم تختلف عما سار عليه المنظم السعودي والفرنسي، من حيث مروره بحقبة زمنية أدت إلى ظهور جملة من الإشكالات المتصلة بالتحكيم في العقود الإدارية، فمع غياب النص التشريعي الذي ينظم التحكيم في العقود الإدارية، ومع تزايد اتجاه الدولة والأشخاص العامة الأخرى إلى تضمين العقود الإدارية شرطاً أو مشاركة في التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن هذه العقود، اختلف الشراح، وتضاربت أحكام القضاء حول مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، وظل الرأي السائد في مصر هو

(١) أ. د. محمد رفعت عبد الوهاب، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠م، العدد الثاني ص ٤٧٠ وما بعدها.

(٢) انظر: يسرى محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ص ٨٥ وما بعدها، د. محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة دراسات لعلوم الشرعية والقانون، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٧م، العدد الثاني المجلد (٣٤)، ص ٣٦٠ وما بعدها.

عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية^(١)؛ لمساس التحكيم بسيادة الدولة، وبالاختصاص الأصيل للقاضي الإداري في نظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وعند ذلك تدخل المشرع المصري، فأصدر قانون التحكيم؛ ليحسم الجدل القائم حوله^(٢)، ولكنه في الحقيقة لم يُنهِ الخلاف حول جواز التحكيم في العقود الإدارية، فعلى الرغم من أن جمهور الشراح ذهبوا إلى شمول هذا النص للتحكيم في العقود الإدارية، ذهب الرأي الآخر إلى عدم جوازه، وأن هذا النص لم يحسم الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية، وعليه أصدرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتواها التي خلصت فيها إلى عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية^(٣)، ونظراً للخلاف السائد في مصر، ولحسم موضوع النزاع كان لزاماً على المشرع أن يتدخل بنص تشريعي صريح يحسم هذا الخلاف،

(١) وفق ما نصت عليه المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م، والمادة (١٧٢) من الدستور المصري والتي جعلت اختصاص محاكم الدولة دون غيرها نظر منازعات العقود الإدارية.

(٢) بإصداره لقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، وقد نصت المادة الأولى منه على أنه «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون».

(٣) وذلك بجلسة ١٨ فبراير سنة ١٩٩٧م. انظر: أنور أحمد رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، ١٩٩٨م، المجلد (٦)، العدد الأول، ص ٢٢٧.

وبالفعل في ظل هذه التطورات تدخل المشرع المصري مرة ثانية بالتعديل الحاسم للجدل^(١).

ومما سبق يمكن القول بأن مشروعية التحكيم في العقود الإدارية مرت بحقبة زمنية، فكان الأصل العام هو حظر تحكيم العقود الإدارية، ولكن شهد العصر الحديث تقدماً ملموساً أفضى إلى العدول عما كان عليه في السابق، وأقر بجواز التحكيم شريطة موافقة رئيس مجلس الوزراء، وبصدور «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» في حلته الجديد أُرسيت ضوابط جديدة للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وقد وافق المنظم في اتجاهه هذا كلاً من المشرع الفرنسي و المشرع المصري على تفصيل أوردناه سابقاً.

المطلب الثالث: تقييم التحكيم في العقود الإدارية:

لما كان التحكيم في العقود الإدارية يحتل مكانة كبيرة في العصر الحالي برغبة الدولة وأشخاصها العامة في اللجوء إليه؛ لحسم الخلافات التي تنشأ بينها وبين المتعاقدين معها من أشخاص القانون الخاص فيما يتعلق بالعقود الإدارية، ولما كان اللجوء إلى القضاء الإداري يعد تطويلاً في إنهاء الخصومة في النزاع الناشئ عن العقد الإداري، أصبح التحكيم الإداري جزءاً من المنظومة العادلة التي يلجأ إليها الأطراف للسرعة وكسب الوقت والجهد.

(١) قام المشرع المصري بتعديل المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، وذلك بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م بإضافة فقرة ثانية للمادة الأولى إليها تنص على أنه: «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك».

وتأسيساً على ذلك يركز التحكيم في العقود الإدارية إلى جملة من الاعتبارات والمبررات التي أدت إلى إعمال التحكيم في العقود الإدارية في الوقت الراهن، وعليه لا بد لنا من تقييمه لمعرفة الإيجابيات والسلبيات، فإن «نظام التحكيم» مثله مثل أي نظام قانوني لا يعد خيراً مطلقاً ولا شراً مطلقاً، بل له الكثير من المميزات التي تميز الأخذ به وتطبيقه، ولكن تشوبه ثغراتٌ دفعت الكثير من الأنظمة القانونية إلى التردد والتحفظ في تطبيقه، وعليه يجدر بنا في هذا المطلب التطرق إلى تقييم التحكيم؛ لمعرفة المميزات التي يتميز بها، والتي أدت إلى انتشاره في العصر الحديث؛ للمحاسن والمزايا المكتسبة من اللجوء إليه، ولكنه في الوقت نفسه لا يخلو من عيوب تعتريه، شأنه شأن أي نظام قانوني، ويحسن بنا التطرق أولاً إلى مزايا التحكيم في العقود الإدارية في الفرع الأول، وإلى عيوب التحكيم في العقود الإدارية في الفرع الثاني، وذلك على ما يأتي:

الفرع الأول: مزايا التحكيم في العقود الإدارية:

توجد أسباب كثيرة تدعو إلى اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة بديلة للقضاء، وذلك للمزايا والفوائد المتعددة له، والتي يمكننا تلخيصها فيما يأتي:

١- البساطة والمرونة: يمتاز التحكيم بالبساطة والسهولة، فإجراءات التحكيم لا يشوبها التعقيد كالقضاء، كما أن التحكيم يتسم بقدر من المرونة، فينظر المنازعات التي تعرض عليه، ويؤدي إلى القيام بعمل مواءمات

وتوفيقات من خلال الأنظمة والعادات السائدة^(١)، كما أن جلساته تعقد في أوقات مناسبة وسريعة؛ لتقيّد المحكّمين بمدة معينة لإصدار حكمهم؛ لحسم النزاع المنظور، وذلك خلافاً للقضاء الرسمي الذي عادة ما تكون إجراءاته معقدة، من حيث تحديد موعد، وإبلاغ الخصوم، سواء كان الموعد مناسباً للخصوم أم لا، بخلاف التحكيم الذي يكون باتفاق الأطراف على زمانه ومكانه، ورغبتهم في الوصول إلى العدالة بيسر وسهولة^(٢).

٢- السرعة وتوفير الوقت والمال: إن اللجوء إلى القضاء يحتاج إلى جهد ونفقات كثيرة، ووقت طويل، وهذا لا يوجد في التحكيم الذي يكون عادة على درجة واحدة، بخلاف القضاء الذي تتعدد درجاته، وطرق الطعن في الأحكام الصادرة عنه^(٣)، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فالمحكّم يكون في العادة خبيراً في موضوع النزاع، ومتفرغاً للفصل فيه، وهذا يساعده على حسم النزاع في أقل وقت ممكن، وبالتالي فإن السرعة مطلب رئيس في التحكيم؛ لذا يمكننا القول بأن السرعة هي التي تميّز التحكيم من حيث فض النزاع في وقت قياسي؛ باعتبار أن عامل الوقت له أثر مهم في الحق

(١) جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر، ص ٧٣.

(٢) د. يحيى الجمل، الاتجاهات الحديثة في قانون التحكيم في العقود الإدارية، مركز البحوث والدراسات الإدارية والاقتصادية، مصر، ١٩٩٥م، ص ١١.

(٣) شريف يوسف خاطر: التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار الفكر والقانون، مصر، المنصورة، ٢٠١١م، الطبعة الأولى، ص ٩٤ وما بعدها.

المتنازع فيه، وهذا هو الهدف الأساسي لدى الأطراف المتنازعة؛ وهو أن يكون التحكيم لإنهاء الخلاف في أقل وقت ممكن.

٣- السرية: يتميز التحكيم بالسرية بعكس القضاء الذي يتميز بالعلانية، فالأصل في إجراءات التحكيم وجلساته هو السرية؛ ليفتح التحكيم مجالاً واسعاً للعمل على حل النزاع الناشئ بين الأطراف المتنازعة؛ يصل إلى حد التكتّم على طرفي النزاع ومكانتهما، وفي المقابل فإن الأصل في القضاء هو العلانية، فعلمية الجلسات قاعدة أساسية في القضاء، وهي ضمانات الضمانات القانونية لضمان نزاهة القضاء وحياده، ومع أن هذه العلنية ضمانات في القضاء فإن السرية ميزة مهمة في التحكيم، فطرفا النزاع عندما يلجآن إليه يحافظان على أسرارهما^(١)؛ لذا فإن السرية أمر مهم في التحكيم، وخصوصاً في دخول الدولة مع طرف أجنبي فيما يتعلق بأمور اقتصادية ووطنية يترتب على إعلانها الإضرار بأحد الطرفين.

٤- المحافظة على العلاقات بين الطرفين: مما يتميز به التحكيم واللجوء إليه: بقاء الأطراف التي تلجأ إليه على علاقة طيبة فيما بينهم؛ إذ يترقبون ما يصدر عن هيئة التحكيم، وبالتالي فالتحكيم يساعد الأطراف على وجود المشاعر الطيبة التي يكنها كل طرف للآخر، ويساعد-أيضاً-على تلافي وجود الأحقاد والعداوات بين الأطراف المتنازعة قدر المستطاع، على عكس القضاء الذي غالباً ما يخلّف حقداً وكرهية بين الأطراف المتنازعة، والسبب في ذلك يمكن رده إلى أن التحكيم يبني على الاتفاق والتراضي، وتستمد

(١) سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ١١.

هيئة التحكيم سلطتها في حل النزاع من اتفاق الطرفين على تخويل الهيئة هذه السلطة.

وتأسيساً على ذلك فإن التحكيم يمتاز بحفظ المودة والعلاقات الطيبة بين أطراف النزاع، ومن هنا تتجلى مكانة التحكيم في الوقت الراهن؛ حيث إنه أصبح مطلباً للشركات الأجنبية، فتدرج شرط التحكيم في عقودها الإدارية؛ من أجل حفظ الحقوق والمودة، وبقاء العلاقة مع صاحب المنشأة، واستمرار تبادل العلاقات بينهما فيما بعد^(١).

٥- حرية اختيار المحكمين من أصحاب الخبرة: لا شك أن التحكيم يمتاز بإعطاء أطراف النزاع الحق في اختيار المحكمين من ذوي الخبرة، سواءً كان الاختيار بطريق مباشر أم غير مباشر؛ الأمر الذي يحقق الأمان والطمأنينة لدى أطراف النزاع، وزرع الثقة فيهم بمنحهم حرية الاختيار، وأساس الاختيار عادة ما يكون للمحكمين أصحاب الخبرة والتخصص، ليس فقط من الناحية القانونية، بل من الناحية الفنية- أيضاً^(٢)، فالتحكيم يبعث الطمأنينة في نفوس أطراف النزاع باعتباره الطريق المثلى أمام الأطراف،

(١) د. علي إبراهيم شعبان، مدى تأثير التحكيم في العقود الإدارية بمبدأ سيادة الدولة بالتطبيق على النظام السعودي، مجلة الحقوقية، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، ٢٠١٧م، المجلد السابع، العدد الثالث والثلاثون، ص ٣٣٥.
(٢) بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة الجيلان اليابس، سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥م-٢٠١٦م، ص ١٠٠.

وخصوصاً إذا أصبح اللجوء إلى القضاء مستحيلاً؛ لفوات مواعيد رفع الدعوى^(١).

الفرع الثاني: عيوب التحكيم في العقود الإدارية:

أوردنا فيما سبق الأمور التي يتميز بها التحكيم في العقود الإدارية، والتي أبرزت مكانته وإيجابياته ومحاسنه، لكنه في المقابل يعتره بعض العيوب والمساوي، ولا شك في أن لكل نظام إيجابياتٍ وسلبياتٍ، ولكي نكون منصفين فإن التحكيم يشوبه بعض العيوب والثغرات التي دفعت الكثير من الدول إلى رفضه، والتوقف عن اللجوء إليه إلا في حال الضرورة القصوى، وسنذكر فيما يأتي هذه العيوب على وجه الإجمال:

١- التكلفة المالية: يكلف اللجوء إلى التحكيم في غالب الأحيان نفقات باهظة تتجاوز الحد المعقول، وخاصة إذا تعلق بنزاع فيه أطراف دولية، فيحتاج حينئذٍ إلى مبالغ طائلة^(٢)، ونرى أن القول بأن من مزايا التحكيم توفير المال قولٌ مجانب للصواب، ومخالف للحقيقة والواقع المعيش، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنه قد تصل أتعاب أحد المحكمين في القضية

(١) د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ١٩٩٥م، ص ١٠.

(٢) انظر: التحكيم في العقود الإدارية، د: جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث الإدارية، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مركز البحوث والاستشارات والتطوير، القاهرة، العدد الثاني، ٢٠٠٢م، ص ٧٢، وجورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٥ وما بعدها.

الواحدة إلى مبالغ مرتفعة جداً لا يحصل عليها القاضي الذي تعينه الدولة طيلة عمله في السلك القضائي.

٢- خلو التحكيم من الضمانات القضائية^(١): يخلو التحكيم واللجوء إليه من الضمانات التي تحفظ حقوق الأطراف من حق الطعن في أحكام المحكمين، خصوصاً أن نتيجة هيئة التحكيم نهائية، فهي بالتالي لا تقبل الطعن فيها إلا بدعوى بطلان التحكيم، مما يسبب حرجاً للأطراف عند الطعن في قرارات هيئة التحكيم، وهذا الأمر ليس موجوداً في القضاء، حيث إن القضاء يوفر الضمانات القضائية وحق الاعتراض على الحكم، وقد يستدعي الأمر في بعض الأحيان تصدي محاكم الدرجة الأعلى للنظر في الموضوع المعترض عليه عند عدم استجابة محكمة الدرجة الأولى لملاحظاتها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المحكم في بعض الأحيان لا يكون متخصصاً في موضوعات محددة، وكذلك ثقافته وخبرته قد تكون قليلة، فضلاً عن أن عدم حنكته القانونية لا تساعده في إحقاق العدالة في بعض الأحوال، بخلاف القاضي الذي يكون مؤصلاً تأصيلاً كبيراً من الناحية العلمية والعملية أكثر من المحكم، إضافة إلى أن كثرة فصله في القضايا تكسبه الخبرة الميدانية طيلة مسيرته القضائية، بخلاف المحكم الذي قد يكون فقط مختيراً لتحكيم في نزاع واحد فقط طيلة مسيرته التحكيمية.

(١) انظر: أحمد مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق في جامعة عين شمس، ١٩٧٩م، ص ١٨٣ وما بعدها.

٣- التجرد من الطبيعة الرضائية في بعض الأحوال: يتحقق هذا العيب الذي يعترى التحكيم في بعض الأحيان بفرض الطرف القوي سطوته على الطرف الضعيف الذي لا يملك إلا الانصياع لهذا الشرط، سواء على صعيد الأفراد أو الدول، وذلك للحاجة الاقتصادية للطرف الآخر^(١).

وتأسيساً على ذلك قد يُتخذ التحكيم وسيلة-خصوصاً من الطرف الأجنبي- للإفلات والتهرب من المثول أمام القضاء، سواءً كان وطنياً أم دولياً في حالة وجود الطرف الأجنبي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه من الناحية العملية توجد اعتبارات كثيرة تؤثر في اختيار المحكمين، وفي تحديد القانون المطبق على النزاع، وذلك لوجود بعض الدول الرأسمالية والشركات القوية أطرافاً في علاقة التحكيم^(٢)، ومن ثم يضحى الأمر في حقيقته فرض إرادة من جانب على جانب آخر، وإن تم الأمر في نهاية المطاف في صورة عقد رضائي.

فالسمة الأساسية التي تميز علاقات التجارة الدولية بين الشمال والجنوب هي عدم التكافؤ بين أطراف هذه العلاقة من ناحية، والتناقض الكبير بين مصالح نفس هذه الأطراف من ناحية أخرى، ويتيح عدم التكافؤ هذا للطرف الأقوى في عقود التجارة الدولية -وهو الشركات المتعددة

(١) عمر يوسف علون، الاتجاهات الحديثة في العقود الإدارية الاقتصادية، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية، (الصادرة عن المعهد القضائي الأردني)، العدد الحادي عشر، ١٩٧٦م، ص ١٠٦.

(٢) أحمد الشقيري، التحكيم في عقود الدولة ذات العنصر الأجنبي، مجموعة محاضرات في الموسم الثقافي لنادي مجلس الدولة، دون دار نشر، (١/٩٩).

الجنسيات- أن يفرض على الطرف الأضعف- وهو المشروعات العاملة في الدول النامية- ما يشاء من الشروط الكفيلة بتغليب مصالحه، ومن بينها: شروط التحكيم^(١).

وتأسيساً على ما سبق عرضه من المميزات والعيوب للتحكيم، وعطفاً على ما أوردناه من أنه لا يخلو شيء من عيوب وشوائب تعتريه، فإننا نقول: إن الإيجابيات أحياناً قد تغطي الجانب السلبي للشيء، ومن هنا يمكننا القول بأن التحكيم في العقود الإدارية في الوقت الحاضر مطلب أساسي، وضرورة قصوى، حتمتها الظروف الاقتصادية المتسارعة والنهضة العمرانية، في شتى المجالات، ولهذا نجد أن المنظم في المملكة العربية السعودية خير شاهد في الاهتمام بهذا الشأن، وما صدر عنه مؤخراً في نظامه «نظام المناقصات والمشتريات الحكومية» فيه إرساءً للضوابط التي تجيز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وهو نفس الاتجاه الذي سلكته القوانين المقارنة، كالقانون الفرنسي والمصري وغيرها كثير، كل تلك الاعتبارات تؤكد مكانة التحكيم في العقود الإدارية، وما يمتاز به من حفظ الحقوق، واطمئنان النفوس لدى الدولة والمتعاقد معها على حد سواء.

(١) انظر: د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، الطبعة الثالثة، ١٩٩٥م، ص ٣٦، د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٢.

المطلب الرابع: الطبيعة النظامية للتحكيم في العقود الإدارية:

ثار جدل كبير وواسع بين الشراح حول الطبيعة النظامية للتحكيم في العقود الإدارية، ومسوغات هذا الخلاف يمكن ردها إلى غياب النصوص النظامية في الأنظمة المرعية التي توضح بشكل قاطع طبيعة هذا التحكيم بالنظر إلى نظامه بصفة عامة، فلما كان التحكيم يستند أساساً إلى إرادة طرفي العلاقة، باعتباره طريقاً لحل الخصومة التي قد تنشأ بينهما، وحيث إنه يؤدي إلى صدور حكم من المحكمين الذين يختارهم الطرفان، ويكون هذا الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي به، وواجب التنفيذ، فقد ثار تساؤل مؤداه: ما الطبيعة النظامية للتحكيم؟، أيعدُّ عقداً أم قضاءً أم مزيجاً بينهما -أي: مختلطاً- أم مستقلاً بذاته؟ فاختلقت آراء الشراح فيه على النحو الآتي:

أولاً: الطبيعة التعاقدية:

يذهب عدد من الشراح إلى القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم، طالما أنه يؤسس على إرادة الأطراف من خلال الاتفاق في العقد أو خارجه؛ لحسم ما قد ينشأ من نزاع حول العقد الإداري، فإرادة الأطراف هي المحرك الأساسي لعملية التحكيم لدى القائلين بهذا الرأي، وهو ما يعني أن التحكيم في جوهره وحقيقته هو التقاء إرادة الأطراف؛ إذ لا وجود له إلا باتفاق أطراف النزاع، سواءً أكان الاتفاق شرطاً لتحكيم أم مشاركة، الأمر الذي يؤكد الطبيعة التعاقدية للتحكيم^(١)، مما يشير إلى أن القول بهذا الاتجاه

(١) د. أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، مصر، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٨١.

يتضمن تنازلاً ضمناً عن اللجوء إلى القضاء، وهذا التحكيم الناتج عن الطبيعة التعاقدية يعطي المحكم سلطة من إرادة أطرافه، مما يتطلب التزام المحكم بشروط وحدود التحكيم عند حكمه في النزاع المنهى إليه، والتزام الأطراف بتنفيذ حكم التحكيم^(١).

كما أنه يظهر لنا أنه يترتب على اختيار التحكيم وسيلةً بديلةً عن القضاء وفقاً لهذا الاتجاه أثاراً إيجابية تتمثل في التزام طرفي التحكيم بعرض النزاع بينهما على هيئة تحكيمية للفصل فيه بدلاً من المحاكم القضائية المختصة، وأثر آخر سلبي يتمثل في منع عرض النزاع المحدد في الاتفاق على التحكيم على القضاء العام في الدولة، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه باتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم^(٢).

وإذا أمعنا النظر فيما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه وجدنا أن رأيهم لا يسلم من النقد؛ بسبب إفضاء الطبيعة التعاقدية للتحكيم إلى إطلاق مبدأ سلطان الإرادة، وترك الأمر لأطراف النزاع والمحكم الذي يختارونه دون قيد منهم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن هذا الاتجاه يُظهرُ مبالغتهم في إعطاء الأطراف الحرية في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فالمحكم عند فصله في النزاع المعروض عليه يحكم وفق القانون، وليس وفق إرادة الأطراف، كما أن رفع الطعن بالتحكيم عن طريق دعوى البطلان أمام

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، ص ١٨٧.

(٢) د. علي خطار شطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، ١٤٣٥هـ، الطبعة الأولى، ص ٣٧٢.

المحكمة المختصة لا يؤكد الطبيعة العقدية للتحكيم، ولا ينفي طبيعته القضائية^(١).

ثانياً: الطبيعة القضائية:

ذهب أصحاب هذا الرأي^(٢) إلى صبغ التحكيم في العقود الإدارية بالصبغة القضائية، مستندين في ذلك إلى تغليب معايير موضوعية-مادية-، باعتبار طبيعة المهمة المسندة والموكلة إلى المحكم، وتأسيس الاعتبار الموضوعي يستند إلى أن التحكيم هو جوهر القضاء، وهو تطبيق إرادة القانون، حيث إن أطراف الدعوى عندما يلجؤون إلى التحكيم يتنازلون عن حقهم في رفع الدعوى أمام القضاء الذي تنظمه الدولة لصالح قضاء آخر يختارون فيه قضاتهم، وتتعترف به الدولة، الأمر الذي يجعل التحكيم شأنه شأن القضاء الذي يعترف القانون الداخلي بأحكامه^(٣)، ويعضد أصحاب هذا الرأي رأيهم بمسألة تطبيق قواعد القانون الواجب التطبيق، ومدى التزام المحكم به، من حيث إصداره للحكم، واتباع الإجراءات التي تحددها الأنظمة دليلاً على طبيعة التحكيم القضائية، من حيث إنه سلطة قائمة بذاته، بغض النظر عن يتولاها، فتمنحها الدولة بموجب القوانين إلى الأشخاص بالطرق

(١) د. أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، مرجع سابق، ص ٨٢.

(٢) د. خالد فلاح عواد، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م، الطبعة الثانية، ص ٤٥.

(٣) د. أحمد السيد الصاوي، الوجيز في التحكيم، طبقاً للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م على ضوء أحكام القضاء والتحكيم الدولي، الطبعة الرابعة خاصة بالمؤلف، ٢٠١٣م، ص ١١.

التي حددها القانون، إما بصورة دائمة، وإما بصورة مؤقتة كالمحكم، فضلاً عن ذلك فإن العمل الذي يقوم به المحكم من الناحية الموضوعية هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي؛ وهذا يتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيارين: الشكلي والعضوي في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم^(١).

ونرى أن هذا الرأي القائل بالطبيعة القضائية للتحكيم ليس مسلماً به؛ لأن المحكم أثناء نظره للنزاع لا يتمتع بسلطات القاضي، فهو على سبيل المثال لا يستطيع أن يلزم شاهداً بالحضور، أو أن يلزم من ليس خصماً بتقديم مستندٍ مهما كانت أهميته للفصل في النزاع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الطبيعة القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم؛ لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة، بعكس التحكيم، كما أن المحكم لا يتقيد دوماً بالقانون، على عكس القاضي الذي يلتزم دائماً بتطبيق القانون^(٢).

ثالثاً: الطبيعة المختلطة:

اتجه عدد من الشراح إلى القول بالطبيعة المختلطة للتحكيم؛ جمعاً بين الاتجاهين السابقين، بصنع التحكيم بالطبيعة المزدوجة المختلطة القائمة على أن التحكيم مركّب من عدة إرادات، من إرادة المشرع التي تحدد نطاق الحق، ومضمونه في التحكيم، وكيفية ممارسته، ومن إرادة الأطراف القائمين

(١) د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، ٢٠٠٨م، الطبعة الأولى ص ٢٣.

(٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٦٣.

بالتحكيم في تحرك هذه الإرادة الساكنة في صورة الاتفاق على التحكيم، ومن إرادة المحكمين التي تدور في هاتين الإرادتين^(١).

وعضدوا رأيهم بأن المرحلة الأولية للتحكيم ذات طبيعة تعاقدية بتوفر اتجاه إرادة الأطراف الجوهرية في تحديد الهيئة التحكيمية والقانون الواجب التطبيق، وأن المرحلة الثانية للتحكيم ذات طابع قضائي، من حيث حيازة حكم التحكيم قوة الأمر المقضي به بإمكانية تنفيذه، وخضوعه لإجراءات الطعن أمام المحكمة المختصة^(٢).

وقد انتقد هذا الرأي بأنه يصعب الجمع بين نظامين مختلفين في طبيعة واحدة، فلا يمكن القول بالطبيعة التعاقدية والقضائية للتحكيم في آن واحد^(٣)، وبأن هذا القول يجمع بين القولين في قول واحد دون الاستناد لتحليل منطقي لطبيعة التحكيم تتأسس عليه هذه النظرية، وكأنهم بهذا القول حاولوا الفرار من التحديد الدقيق لطبيعة التحكيم النظامية.

رابعاً: الطبيعة المستقلة:

اتجه أغلبية الشراح المعاصرين إلى تكييف التحكيم على أساس طبيعته الذاتية المستقلة التي تميزه عن غيره من الوسائل البديلة للقضاء كطريق

- (١) د. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد غير الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر العربي، مصر، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢م، ص ٣٩.
- (٢) د. أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، مرجع سابق، ص ٨١.
- (٣) د. محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ١٥.

لفض المنازعة فيما يتعلق بالعقود الإدارية، وعليه فلا يمكن اعتبار التحكيم عقداً في حد ذاته، ولا يمكن اعتباره -أيضاً- قضاءً على إطلاقه، بل لا يمكن إسقاط وصف الازدواجية عليه، ولكن التحكيم في نهاية المطاف هو نظام قانوني مستقل، أي: ذو طبيعة خاصة وذاتية مستقلة؛ إذ يجب أن ينظر إليه دون ربطه بفكرة العقد أو بالحكم القضائي، وإنما ينظر إلى الهدف الذي يرمي إليه الخصوم من لجوئهم إلى التحكيم، ألا وهو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن تلك التي يقوم عليها الحكم القضائي؛ فالتحكيم قضاء خاص.

ويستند أنصار هذا الاتجاه^(١) إلى ذاتية الطبيعة المستقلة التي تقوم على قالب قانوني به شقان أساسيان: اتفاق التحكيم، وقضاء هيئة التحكيم، ويتحقق الأول بإرادة الأطراف، والثاني بخبرة ودراية المحكم بالخصومة، وعلى هذا الأساس فإن التحكيم من جنس العقد، ولكنه ينطوي على خصائص ذاتية تميزه عن غيره من العقود، وأن حكم المحكم هو من جنس عمل القضاء، غير أنه في صورة خاصة تميزه عن القضاء في صورته المألوفة بحسم الخلاف بشكل نهائي^(٢).

(١) من الذين أيدوا هذا الرأي: د. وجدي راغب، وقد ذكر تأييده لهذا الرأي في بحث له منشور بعنوان: «هل التحكيم نوع من القضاء؟». لمزيد من التفاصيل انظر: د. وجدي راغب فهمي، بحث بعنوان: «هل التحكيم نوع من القضاء؟»، مجلة الحقوق، بجامعة الكويت، العدد الأول، يونيو، ١٩٩٣م، ص ١٣١.

(٢) انظر: R.DAViD: Larbitrage comiercial international en Droit compare, 1969,P.513، مشار إليه في: وجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء؟، مرجع سابق، ص ١٣١.

وتأسيساً على ما سبق عرضه من هذه الاتجاهات في طبيعة التحكيم النظامية، نرى أن الأولى بالقبول هو الرأي القائل بالطبيعة الذاتية للتحكيم، التي ينفرد بها كنظام مستقل عن القضاء والعقد، فليس من الضروري أن يتصف التحكيم بالصفة العقدية استناداً لاتجاه إرادة الأطراف، كما أنه ليس من الضروري أن يصطبغ بالصبغة القضائية استناداً إلى إضفاء إجراءات محددة تشبه النظام القضائي، مما يحتم علينا صبغ التحكيم بالصبغة الذاتية المستقلة.

المبحث الثاني

صور ضوابط التحكيم وفق نظام المنافسات والمشتريات الحكومية

يُشكل صدور نظام لمنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية نقلة نوعية في العقود الإدارية بالمملكة العربية السعودية حيث نجد أنه أرسى ووضع الضوابط الأساسية التي ينبثق منها أيّ تحكيم في العقود الإدارية، وجعل لها ضوابط معينة أوردتها المادة الرابعة والخمسون بعد المئة من «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية»^(١) والتي حصرت ضوابط التحكيم في العقود الإدارية مع مراعاة ما ورد في الفقرة الثانية من المادة الثانية والتسعين من النظام، باشتراط الصيرورة بالاتفاق إلى التحكيم من توفر تلك الضوابط التي نصت عليها اللائحة^(٢)، مما يقودنا في هذا المبحث إلى التطرق لها بإفراد كل ضابط في مطلب مستقل، وعليه سوف نتطرق إلى موافقة الوزير على تحكيم العقد الإداري في (المطلب الأول)

- (١) الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ.
- (٢) جاء في المادة (١٥٤) من اللائحة التنفيذية مع مراعاة الفقرة (٢) من المادة (٩٢) من النظام ووفق نماذج العقود الإدارية ما يلي: «أنه يجب على الجهة الحكومية مراعاة متطلبات وشروط التحكيم الآتية: (أ) يقتصر التحكيم على العقود التي تتجاوز قيمتها التقديرية مئة مليون ريال. (ب) يكون التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية، ولا يجوز قبول التحكيم لدى هيئات تحكيم دولية خارج المملكة، وتطبيق إجراءاتها إلا في العقود مع الأشخاص الأجانب. (ج) موافقة وزير المالية على شرط التحكيم. (د) ينص على التحكيم وشروطه في وثائق العقد».

وإلى اقتصار التحكيم على عقود محددة في (المطلب الثاني) وتطبيق أنظمة المملكة على العقد الإداري موضوع المنازعة في (المطلب الثالث) والنص على التحكيم في العقد الإداري في (المطلب الرابع)، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: موافقة الوزير على تحكيم العقد الإداري:

أجاز «نظام المناقصات والمشتريات الحكومية» التحكيم في العقود الإدارية في نص الفقرة (٢) من المادة (٩٢) من النظام^(١) التي نصت على أنه: «للجهة الحكومية-بعد موافقة الوزير-الاتفاق على التحكيم وفق ما توضحه اللائحة»، ووفق هذا النص نجد أن المنظم أعطى الإذن للجهة الإدارية الحكومية باللجوء إلى التحكيم الإداري، ولكن بشرط الحصول على موافقة الوزير في هذا الشأن.

ولا شك أن هذا الإذن يعدُّ من أهم ضوابط التحكيم للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، وبالتالي لا بد للجهة الإدارية عند إرادتها اللجوء إلى التحكيم أن تحصل على هذه الموافقة، ولكن الإشكال هنا: هل الموافقة سابقة أو لاحقة؟.

وللإجابة على ذلك نقول: إن المقصود بالموافقة هنا الإذن في تحكيم العقود الإدارية هو كونها مسبقة، وليست كما يفهم البعض بأنها لاحقة، ويمكن

(١) «نظام المناقصات والمشتريات الحكومية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ

١٣/١١/١٤٤٠هـ.

الاستناد هنا إلى نص المنظم بقوله: «بعد موافقة الوزير»^(١)، وهذا قيد يفهم منه حصول الإذن المسبق من الوزير للموافقة على التحكيم، وليس المقصود الموافقة اللاحقة التي تأتي متأخرة فيما يسمى مشارطة التحكيم، ولكن قد يرد تساؤل آخر مؤداه: هل تكون موافقة الوزير مبدئية على التعاقد وإبرام العقد، أو يجب أن تكون الموافقة صريحة على شرط التحكيم ذاته؟. وبمعنى آخر: ما مدى هذه الموافقة؟ أهى مبدئية أم صريحة؟.

للإجابة على هذا التساؤل يمكننا القول بأن المادة (٩٢/٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية يفهم منها الموافقة الصريحة على شرط التحكيم ذاته، وليست تلك الموافقة مبدئية، وعليه يمكن القول بأن المنظم السعودي قد وُفِّقَ في بيان هذا الإشكال الذي وقعت فيه بعض الأنظمة المقارنة.

وعلى أي حال، وفي ضوء ما سبق فإن هنا تساؤلاً آخر، وهو: هل تتعارض موافقة الوزير المنصوص عليها في المادة (٩٢/٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية^(٢) مع موافقة رئيس مجلس الوزراء المنصوص عليها في المادة (١٠/٢) من «نظام التحكيم»^(٣).

-
- (١) المادة (٢/٩٢) من «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.
- (٢) «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.
- (٣) «نظام التحكيم» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ.

للإجابة على ذلك نقول: إن «نظام التحكيم» في المملكة العربية السعودية أوجب على الجهات الإدارية الراغبة في التحكيم في منازعاتها الإدارية الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء، وذلك وفق نص الفقرة (٢) من المادة (١٠) من «نظام التحكيم»، التي نصت على أنه: «لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يميز ذلك»، كما أوضحت المادة (٩) من اللائحة التنفيذية، والتي بينت كيفية تقديم التحكيم للموافقة وشكله والبيانات الواجب تضمينها في طلب التحكيم^(١).

وتأسيساً على ما سبق نجد أن المنظم في المملكة العربية السعودية ألزم كلاً من الجهات الإدارية الحكومية والمتعاقد معها بأخذ الموافقة من رئيس مجلس الوزراء من أجل التحكيم في المنازعة الإدارية على وجه العموم، ولكن المنظم اشترط أن تكون هذه الموافقة سابقةً على اللجوء إلى التحكيم، مع قصر الموافقة على رئيس مجلس الوزراء فقط دون غيره من أعضاء المجلس، فهو الذي يملك سلطة تقديرية في الموافقة أو عدمها، ولعل الحكمة من إيجاب الموافقة هي عدم الإسراف في اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية، كما أنها تعد صمام أمان بالنسبة للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي؛ لارتباطها الوثيق بأمور المشروعات الكبرى للتنمية، كما تعد

(١) انظر المادة (٩) من اللائحة لنظام التحكيم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٤١) وتاريخ ٢٦/٨/١٤٣٨هـ، على الرابط: <https://cutt.us/j812t>.

أحد العوامل التي تؤدي إلى تقوية القدرة التنافسية للشركات الوطنية في مواجهة الشركات الأجنبية^(١).

إلا أن هناك قيماً يرد على المادة العاشرة من «نظام التحكيم»، حيث إنها أجازت اللجوء إلى التحكيم دون الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء في حالة «ورود نص نظامي يميز ذلك»، وبالتالي فإن هذا الاستثناء والقيود أعطى الجهة الإدارية الحق في اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود النص الخاص المميز لذلك، مما يعني عدم الحاجة إلى موافقة رئيس مجلس الوزراء، وهذا تطبيق لمبدأ الخاص يقيد العام ولا يلغيه^(٢)، ومن تلك الاستثناءات التي أوردتها المنظم السعودي في أنظمتها المرعية: «نظام الاستثمار التعديني»^(٣) الذي أعطى الجهة الحق في تسوية خلافاتها ونزاعاتها عن طريق التحكيم دون موافقة مجلس الوزراء وفق المادة الثامنة والخمسين منه^(٤).

(١) د. ماجد راغب الحلوي، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ١٨٧.

(٢) سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ١٩٨٥م، ص ٤١٨.

(٣) «نظام الاستثمار التعديني» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٧)، وتاريخ ٢٠/٨/١٤٢٥هـ، الموافق ٤/١٠/٢٠٠٤م.

(٤) نصت المادة (٥٨) من «نظام الاستثمار التعديني» على أنه: «يجوز الاتفاق على تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين مرخص له والوزارة عن طريق التحكيم وفقاً لأحكام نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، ولأغراض هذا النظام يعد ديوان المظالم هو الجهة المختصة أصلاً لنظر النزاع».

ولا شك في أن «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»^(١) أجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية دون الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء، ولكن وفق معايير وضوابط جديدة أسسها المنظم في نظامه الجديد، وبطبيعة الحال فإن منطوق المادة (٩٢/٢) من «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» أجاز للوزير-أي: وزير المالية-اللجوء إلى التحكيم الإداري للجهات الإدارية بنص خاص، وهذا من وجهة نظرنا تقييد لمطلق الفقرة (٢) من المادة (١٠) من «نظام التحكيم»^(٢)، والتقييد اشتراط، والمطلق محمول على المقيّد^(٣) الوارد في المادة (٩٢/٢) من «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، فتكون قيداً لإطلاق اشتراط حصول الموافقة من رئيس مجلس الوزراء في اللجوء إلى التحكيم، وفق النص الخاص الوارد في المادة (٩٢/٢) من النظام، ولكن بشرط توفر الضوابط التي أوضحتها المادة (١٥٤) من «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية».

ومجمل القول مما سبق: أنه لا تعارض بينهما؛ وذلك لأن «نظام التحكيم» متقدم، ونصت المادة (١٠/٢) منه على أنه: «ما لم يرد نص نظامي خاص يميز ذلك»، ثم صدر «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، وأوجد النص الذي يميز ذلك بنص الفقرة (٢) من المادة (٩٢)، والتي نصت على

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.

(٢) نصت الفقرة (٢) من المادة (١٠) من «نظام التحكيم» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ على أنه: «لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على

التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظام خاص يميز ذلك».

(٣) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى من علم الأصول، دار الكتاب العلمية، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، (١/١٧٤).

أنه: «للجهة الحكومية-بعد موافقة الوزير-الاتفاق على التحكيم وفق ما توضحه اللائحة»، ثم صدرت اللائحة التنفيذية، وأوضحت الضوابط التي يجوز للوزير الموافقة على التحكيم وفقها -التي هي محل دراستنا-، وبناءً عليه فإن المنازعة الإدارية بشكل عام يشترط فيها الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء على اللجوء إلى التحكيم، وهذا من حيث الأصل، وأما ما يتعلق بالعقود الإدارية بشكل خاص فقد نظمها الفقرة (٢) من المادة (٩٢) بالنص على إعطاء الوزير الصلاحية في منح الموافقة على التحكيم، ولكن هذا ليس في جميع العقود الإدارية، بل في العقود الإدارية التي تكون وفق الضوابط التي حددتها المادة (١٥٤) من اللائحة والتي تنطبق عليها، فيكون للوزير الحق في منحها التحكيم على وفق ذلك.

وهنا سؤال آخر مؤداه: لو ذهبت الجهة الإدارية إلى التحكيم دون الحصول على الموافقة الوزير، فما الأثر النظامي هنا؟، وما العمل؟.

للإجابة عن هذا السؤال نقول: إنه إذا أدرجت الجهة الإدارية شرط التحكيم في العقود الإدارية، أو لجأت إلى التحكيم دون الحصول على موافقة الوزير، فإنه المسألة من وجهة نظرنا لا تخرج عن حالتين:

- الحالة الأولى: رفض الجهة الإدارية أخذ الموافقة، فإذا رفضت الجهة الإدارية الحكومية طلب الموافقة على التحكيم، ولم تستدرك هذا الأمر بتقديم الطلب أثناء إجراءات العقد الإداري، فإن شراح الأنظمة^(١) اختلفوا في هذه المسألة على رأيين:

(١) انظر في ذلك: د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م، ص ٢٣٠، =

الرأي الأول: أن عدم أخذ الجهة الإدارية الموافقة يعدُّ خطأً مرفقيًا، ويترتب عليه تحمل الجهة الإدارية المسؤولية عن الخطأ الذي ارتكبه ممثلو الإدارة لصالح المتعاقد معها، ويلزمها التعويض عن الضرر الذي أصاب المتعاقد معها، ولا يرقى إلى إبطال عقد التحكيم^(١).

الرأي الثاني: أن عملية التحكيم تصير باطلة، ولا يصح السير فيها؛ لأن أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة في المملكة في عملية التحكيم تشابه تصرفات ناقص الأهلية، من حيث إن تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة وليه، فتكون تصرفات الأشخاص الاعتبارية العامة في عملية التحكيم في المملكة موقوفة على إجازة الوزير المختص بالموافقة على التحكيم، ولا يعتد بما يصدر من الجهة الإدارية دون الرجوع إلى الوزير في عملية التحكيم^(٢).

ونرى أن كلاً من الرأيين له من الصواب من جانب، فالرأي الثاني له وجاهته، حيث إن الجهة الإدارية خالفت الإجراءات النظامية التي أتى بها المنظم في «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» وفق المادة (٢/٩٢)، التي اشترطت أنه لا يُصار إلى التحكيم إلا بعد موافقة الوزير؛ ولأن الأساس

د. محمد رفعت عبد الوهاب، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، العدد الثاني، ٢٠١٠م، ص ٤٦٦ وما بعدها.

(١) حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الإدارة: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ١٣٩.

(٢) محمد ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٧٩.

القانوني يقتضي أنه إذا بطل العقد الذي يتضمن الاتفاق على التحكيم بطل هذا التحكيم؛ لأنه جزء لا يتجزأ من ذلك العقد.

والرأي الأول له ما يعضده من أعمال مبدأ حسن النية، المتمثل في أن المتعاقد-خصوصاً إذا كان أجنبياً- مع الجهة الإدارية يعتقد أن تلك الجهة الإدارية قد استوفت الإجراءات الصحيحة في التحكيم، والتي منها الحصول على الموافقة، وعليه فإن حرمان المتعاقد من حقه بسبب خطأ جهة الإدارة مجانبٌ للصواب.

وبالتالي فإن ما نراه في الإشكال الوارد في هذه المسألة هو عدم نظامية التحكيم لبطلان العقد الأصلي؛ لعدم التقيد بما ورد في نص المادة (٩٢/٢) من «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»^(١)، وفي نفس الوقت لا يمكن حرمان المتعاقد-وخصوصاً إذا كان أجنبياً-، فالحل هنا وفق ما نراه إحالتها إلى الوزير المختص إما للموافقة على التحكيم، أو الصلح مع المتعاقد، والرجوع على الجهة الإدارية، بحكم أنها هي المسؤولة عما حدث، فهي التي تتحمل تبعات الخطأ المرفقي في ذلك.

- الحالة الثانية: موافقة الجهة الإدارية على طلب موافقة الوزير على التحكيم، ولكن الوزير المختص رفض التحكيم، بحكم ما يتمتع به من صلاحيات، وبالتالي اختلف فيما يجب على الجهة الإدارية حينئذ على رأيين:

(١) نصت المادة (٩٢/٢) على أنه: «للجهة الحكومية -بعد موافقة الوزير- الاتفاق على التحكيم وفق ما توضحه اللائحة».

الرأي الأول: أنه يجب عليها عدم السير في التحكيم؛ لأن التحكيم في العقود الإدارية يتعلق بمصلحة عامة، والوزير هو من له صلاحية الموافقة أو عدمها؛ لما تقتضيه المصلحة العامة، وعليه فإذا سارت الجهة الإدارية في عملية التحكيم كان عملها باطلاً^(١).

الرأي الثاني: أنه لا مانع من سير الجهة الإدارية في عملية التحكيم، ولا تمنع من ذلك بحجة عدم الحصول على موافقة الوزير؛ لأن ذلك يخالف النظام العام الدولي والأعراف الدولية في العقود الأجنبية، وعليه ينسحب الحكم على العقود الداخلية «الوطنية»، وتأخذ حكمها^(٢)، ومن وجهة نظرنا يمكن الرد على هذا الرأي بأنه قياس مع الفارق، والفارق هنا واضح وجلي، حيث إن المنظم السعودي أوضح هذا الأمر باشتراط موافقة الوزير وفق النص الوارد في «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية».

لذا نرى أن الصواب هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول؛ لما ورد في النص النظامي الوارد في المادة (٩٢) من «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، ولأن الأصل في عملية التحكيم التضييق، فهي أمر استثنائي لا ينبغي التوسع فيه إلا بالقدر الذي يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة، ولأن العقود الإدارية تختلف عن العقود الأخرى، من حيث طبيعتها وأطرافها، فلها خصوصية تتميز بها عن غيرها، ولذا فإن التحكيم فيها يستوجب الاحتياط والمراقبة من الوزير المختص في منح الموافقة أو عدمها، ومنع

(١) محمد ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٢) د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

الجهة الإدارية التي يرفض طلبها في التحكيم، ويجب إيقاف سير عملها إذا تبين أنها سارت في عملية التحكيم، ومعاقبتها؛ لخرقها للأعراف، والمخالفة النظامية لإجراءات التحكيم في العقود الإدارية.

ومجمل القول من خلال ما سبق: أن المنظم في المملكة العربية السعودية أوجب لتحكيم العقود الإدارية عدة ضوابط أرساها «نظام المناقصات والمشتريات الحكومية»، من أبرزها: اشتراط الحصول على موافقة الوزير لصحة التحكيم.

وعلى هذا النهج سارت القوانين المقارنة، فالقانون الفرنسي أجاز التحكيم في العقود الإدارية وفق ضوابط وقيود وردت في تعديله الجديد^(١)، ومن تلك الضوابط: صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمن العقد شرط التحكيم، وعلى السياق نفسه سار القانون المصري^(٢) الذي اشترط للموافقة على التحكيم في منازعات العقود الإدارية أن يكون بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة^(٣)؛ وهذا وفق معطيات الطبيعة الاستثنائية للتحكيم في العقود الإدارية، وعدم التوسع فيه بوضع عدد من القيود والضوابط على الجهات الحكومية في اللجوء إلى التحكيم؛ وفقاً لما تمليه المصلحة العامة.

- (١) قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١٩) أغسطس ١٩٨٦م، المعدل بموجب قانون التحكيم الصادر بموجب المرسوم الجمهوري رقم (٤٨) في ١٣ / ١ / ٢٠١١م.
- (٢) قانون التحكيم المصري المعدل برقم (٩) لسنة ١٩٩٧م.
- (٣) الفقرة (٢) من المادة (١) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، المعدل بقانون التحكيم رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م.

المطلب الثاني: اقتصار التحكيم على عقود إدارية محددة:

كان الأصل في تحكيم العقود الإدارية هو الحظر، وهو ما سلكته عدة دول في أول الأمر، ولكن هذا الحظر تغير حينما استجذت أمور من أجل مواكبة العصر، ولأن دوام الحال من المحال، خصوصاً بعد ما شهدته العصر الحديث من تقدم في التنمية والتطور التقني، فعدلت الكثير من الدول عن هذا الحظر، وسلكت مسلك الإباحة، ولكن بقيود تختلف من دولة لأخرى، ويتضح جلياً أن المنظم السعودي وضع ضوابط للتحكيم في العقود الإدارية، وهي محل دراستنا.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المنظم السعودي في بداية الأمر كان يسلك مسلك الحظر التام للتحكيم في العقود الإدارية، ثم سمح بذلك، ثم جاء «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، فأورد النص الخاص الذي يبيح اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وفق ضوابط أوردها المنظم في لائحته التنفيذية، ومن تلك الضوابط ما نحن بصددده في هذا المطلب وهو قصر التحكيم على عقود إدارية محددة.

والسؤال الذي يُثار هنا: ما المقصود بالتحديد؟ وما العقود الإدارية المحددة التي قصرَ المنظم التحكيم عليها؟.

للإجابة عن هذا السؤال نقول: إن المقصود بالتحديد هنا هو القيمة المالية للعقد الإداري، وقد صرح المنظم بهذا الأمر عند إيراد الضوابط التي تنظم تحكيم العقود الإدارية، حيث أوردت الفقرة الأولى من المادة الرابعة والخمسين بعد المائة من اللائحة اشتراط قيمة مالية محددة في العقد، فإذا

توفرت هذه القيمة المالية جاز التحكيم في العقود الإدارية، حيث نصت المادة الرابعة والخمسون بعد المائة على أنه: «مع مراعاة ما ورد في الفقرة (٢) من المادة الثانية والتسعين من النظام^(١) يشترط للاتفاق على التحكيم ما يلي». ثم جاءت الفقرة الأولى من هذه المادة من اللائحة بالنص على: «أن يقتصر التحكيم على العقود الإدارية التي تتجاوز قيمتها التقديرية مائة مليون ريال، ويجوز للوزير تعديل هذا الحق وفق ما يراه مناسباً»^(٢).

ووفق هذا الضابط يكون الحد الأدنى لقيمة العقد الذي يجوز التحكيم هو مائة مليون ريال، وبتحقيق هذا الضابط بحسب القيمة المالية يكون العقد الإداري محلاً للاتفاق على التحكيم، وعليه يمكن القول بأن العقود التي تقل قيمتها التقديرية عن هذا المبلغ لا يجوز الاتفاق على التحكيم للفصل في منازعاتها.

ومما ينبغي الإشارة إليه أن المادة (١٥٤ / ١) جاء في نهايتها مبدأ واستثناء من ذلك، ونصه: «ويجوز للوزير تعديل هذا الحق وفق ما يراه مناسباً»، بإعطاء الوزير الحق في تعديل ما يراه مناسباً، وبناءً عليه فإن التساؤل المطروح هنا: ما المعيار والضابط الممنوح للوزير في إعطائه الحق في تعديل ما يراه مناسباً في القيمة المالية للعقد الإداري؟.

(١) نصت المادة (٩٢/٢) على أنه: «للجهة الحكومية - بعد موافقة الوزير - الاتفاق على التحكيم وفق ما توضحه اللائحة».

(٢) الفقرة (٢) من المادة (١٥٤) من «اللائحة التنفيذية لنظام المناقصات والمشتريات الحكومية».

للإجابة على ما سبق نقول: إن المنظم في المملكة العربية السعودية لما أصدر «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»^(١) في حلتها الجديدة قد وضع ضوابط جديدة في تحكيم العقود الإدارية نصت عليها المادة الرابعة والخمسون بعد المائة -محل الدراسة-، ومنها هذا الضابط الذي يقتضي الاقتصار على عقود إدارية محددة بحسب القيمة المالية؛ والسبب في ذلك يعود إلى عدم التوسع في تحكيم العقود الإدارية، ولكن في نفس الوقت أعطت المادة الوزير صلاحيةً في تعديل ما يراه مناسباً، ونرى أن الضابط الممنوح للوزير فيما يراه عائدٌ إلى معيار تحقيق المصلحة العامة.

وأساس الصلاحية الممنوحة للوزير هو معيار تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في تحكيم العقود الإدارية؛ لحماية المال العام وصونه، وبالتالي يجب على الوزير حينما يستخدم الصلاحية الممنوحة له من المنظم مراعاة دواعي المصلحة العامة؛ لأنها هي الأساس الذي تقوم عليه العقود الإدارية، وألا تخرج الصلاحية الممنوحة له عن الأهداف المحددة.

وهنا سؤال آخر، وهو: ما الحكمة من تحديد القيمة المالية الذي وضعه المنظم قيداً لصحة التحكيم في العقد الإداري؟، أو بمعنى آخر: هل للقيمة المالية التي اشترطها المنظم أثر في إخراج الكثير من العقود الإدارية الأخرى، والتي تحد من عملية تحكيم العقود الإدارية؟.

(١) «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.

للإجابة على ذلك يمكن القول: إن إيراد هذا الضابط، وتحديد هذه القيمة المالية التي أوردتها المادة يؤدي إلى الضرر؛ لأن تحديد حدٍّ أدنى لقيمة العقد الإداري بهذا المبلغ يجعله من العقود المالية الضخمة التي أعطاها المنظم الحق في اللجوء إلى التحكيم، وأثر ذلك أن العقود التي تقل قيمتها عن هذا المبلغ لا يحق اللجوء فيها إلى التحكيم، ولكن يحق اللجوء فيها إلى القضاء فقط، وهذا محل نظر يؤخذ على المنظم، ونرى أنه كان الأولى أن يعيد المنظم النظر في تحديد القيمة المالية بإدخال العقود المتوسطة فيه؛ لأن ما يحق فيه القضاء يحق فيه التحكيم من باب أولى.

وهذا بطبيعة الحال يشكل قيداً على الجهات الإدارية في اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات في العقود الإدارية، ولا شك في أن تحديد القيمة المالية للعقد الإداري يشكل أحد ضوابط التحكيم في العقود الإدارية وفق «نظام المناقصات والمشتريات الحكومية» الجديد، وبالتالي فإن نماذج العقود الإدارية المعدة سلفاً من وزارة المالية في موقعها الإلكتروني^(١) موقع وزارة المالية في العقود والمشروعات، نجد أنها قد اشتملت على هذه الضوابط الجديدة، والتي منها تحديد القيمة المالية.

فمن النماذج المعدة من وزارة المالية على سبيل المثال - نموذج عقد توريد المستلزمات الطبية^(٢) -، حيث جاء في البند الثامن عشر منه النص على

(١) موقع وزارة المالية، المكتبة الرقمية، العقود والمشاريع، نماذج العقود ٢٠٢٠-٢٠٢١م: الرابط: <https://cutt.us/gi2QE>.

(٢) انظر: نموذج العقد الإداري لتوريد المستلزمات الطبية، والمشمول على اسم المشروع ورقم العقد وتاريخه: <https://cutt.us/loAEi>.

التحكيم، وأنه: «يشترط لإبقاء هذا البند في النسخة المزمع توقيعها الامتثال لأحكام المادة الثانية والتسعين من «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، والمادة الرابعة والخمسين بعد المائة من اللائحة التنفيذية للنظام آنف الذكر، والأنظمة المعمول بها في المملكة، ويحذف هذا البند كاملاً في حال عدم توفر شروط التحكيم، أو لم تتم الموافقة والاتفاق على التحكيم، كما أن على الجهة الحكومية مراعاة متطلبات وشروط التحكيم الآتية: (أ) يقتصر التحكيم على العقود التي تتجاوز قيمتها التقديرية مائة مليون ريال. (ب) يكون التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية، ولا يجوز قبول التحكيم لدى هيئات تحكيم دولية خارج المملكة، وتطبيق إجراءاتها إلا في العقود مع الأشخاص الأجانب. (ج) موافقة وزير المالية المسبقة على شرط التحكيم. (د) ينص على التحكيم وشروطه في وثائق العقد»^(١).

ومن خلال هذا النموذج نجد اشتمال البند الثامن عشر على التحكيم، ولكن اشترط توفر ضوابط التحكيم، ومنها القيمة المالية للعقد، والمقدرة بما يزيد على مائة مليون ريال، وأن انعدام هذا الضابط يجعل بند التحكيم غير سائغ في العقد، ولا يحق للجهة اللجوء إلى التحكيم في حال حصول المنازعة.

وتأسيساً على ما سبق، ولكون القضاء الإداري صاحب الولاية والاختصاص الأصيل في منازعات العقود الإدارية، فبالنظر في التطبيقات القضائية الصادرة من ديوان المظالم التي توافق هذا الضابط في تحديد العقود بحسب القيمة المالية، بأن تكون قيمتها مائة مليون، كأحد الضوابط

(١) انظر: البند (١٨) من نموذج العقد الإداري لتوريد المستلزمات الطبية. رابط: <https://cutt.us/loAEi>

المنصوص عليها في اللائحة المنظمة لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية؛ لصحة تحكيم العقود الإدارية، نجد الحكم القضائي الصادر من الديوان في القضية^(١) المقامة من شركة أجنبية ضد جامعة سعودية، وحيث إن قيمة العقد الإداري المبرم بين الشركة والجامعة على تصميم وتنفيذ المرافق المؤقتة جاهزة التركيب تتجاوز مائة مليون كما نص عليه الضابط من حيث القيمة المالية، حيث إن قيمة العقد المبرم تبلغ (٠٧٧, ٦٥٢, ١٢٠) ريالاً، وقد جاء في البند التاسع من العقد المبرم بينها أنه: «تحال كل أنواع النزاعات أو الخلافات إن وجدت إلى التحكيم الذي يتكون من ثلاثة أعضاء»، وتدل وقائع هذه القضية^(٢) أن الشركة تقدمت إلى ديوان المظالم لعدم التزام

(١) رقم القضية (٢٣٥/ق/٢/١٤١٦هـ) لعام ١٤١٦هـ.

(٢) تتلخص وقائعها في أنه بناء على الاتفاق على التحكيم وفق البند التاسع من العقد في حال نشوء الخلاف وفي أثناء تنفيذ العقد الإداري حدثت منازعة بين جامعة سعودية وشركة أجنبية فاتفق الطرفان على حلها بصورة نهائية عن طريق التحكيم. وقد تم اختيار هيئة تحكيم من قبل الطرفين، وأكدوا على نهائية قرارها والإلزام به، وأصدرت هيئة التحكيم قرارها المتضمن الآتي: أولاً: أن تدفع جامعة ... لشركة ... مبلغاً هو ٧٧, ٥٦٦, ٧٧٩ ريالاً. ثانياً: إلزام الجامعة بالإفراج عن الضمانات البنكية المقدمة من شركة أوجيم وقيمتها ٥٥٣, ٠٣١, ٢٢ ريالاً، ثالثاً: أن تقدم الجامعة إلى وزارة المالية طلباً لإعفاء المدعية من غرامات التأخير. غير أن الجامعة قامت بالإفراج عن الضمانات البنكية ودفعت للشركة ... مبلغاً وقدره ٢٦, ٣٧٧, ٤٩٩ ريالاً وامتنعت عن دفع بقية المبالغ الملزمة من قبل هيئة التحكيم الوارد في البند أولاً من قرارها، فتقدمت شركة ... إلى ديوان المظالم بدعوى طلبت فيها إصدار حكمه بإلزام جامعة ... بتنفيذ قرار هيئة التحكيم، وإلزامها بدفع مبلغ ٥٠, ١٨٩, ٢٨٠ ريالاً، الفرق بين المبالغ المستحقة لها حسب قرار هيئة التحكيم، والمبالغ التي دفعتها الجامعة لها استناداً إلى أن قرارات لجنة التحكيم قضائية واجبة التنفيذ.

الجامعة بقرار هيئة التحكيم، وحيث إن هذه القضية تعد الأولى التي تصدى لها ديوان المظالم آنذاك، كما أن مجرياتها اقتضت صدور حكمين من نفس الدائرة الابتدائية، الحكم الأول قضى بعدم جواز التحكيم^(١)؛ لأن العقد الإداري الذي جرى فيه التحكيم أمر غير نظامي؛ لمخالفة قواعد إجراءات الأنظمة المرعية المعمول بها في المملكة في اللجوء إلى التحكيم، والحكم الثاني قضى بجواز التحكيم^(٢)؛ لأن اشتراط التحكيم في العقد المبرم بين الشركة والجامعة كان بموافقة الطرفين على إحالة النزاع الناشئ إلى التحكيم، وهو أمر جائز، ومن مقتضيات العدالة، وللجهة الإدارية الرجوع على المتسبب في مخالفة النظام من منسوبيها، ولكن محكمة الاستئناف -هيئة التدقيق آنذاك- تصدت لحكم الدائرة الابتدائية الأخير -القاضي بجواز التحكيم-، ونقضته، ورفضت دعوى الشركة المدعية بجميع طلباتها^(٣)، مسببة بذلك في أعمال قرار مجلس الوزراء^(٤)، وليس هناك ما يقيد هذا القرار أو يخصه.

ومن خلال الحكم القضائي السالف الذكر، ووفق المعطيات والوقائع في تلك القضية، ولكون القيمة المالية للعقد الإداري تتوافق مع الضوابط الجديدة التي أتى بها «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، مع الأخذ

(١) الحكم رقم (٣٢/د/٩) لعام ١٤١٩هـ. الحكم غير منشور.

(٢) الحكم رقم (٢/د/٩) لعام ١٤٢٠هـ. الحكم غير منشور.

(٣) حكم هيئة التدقيق رقم (١٠٢/٠/ت/١) لعام ١٤٢٢هـ. حكم غير منشور.

(٤) نص قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) وتاريخ ١٧/١/١٣٨٣ والمتضمن أنه: «لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تشب بينها وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة».

في الاعتبار أن الحكم السالف الذكر سابق على الضوابط الجديدة، ولكن ما يعيننا هنا هو الاستشهاد بالعقد بكونه من العقود الضخمة من حيث القيمة المالية، حيث تتجاوز قيمته مائة مليون ريال، وإن كنا نختلف مع بعض التسيبات التي أبدتها الدائرة الابتدائية في حكمها الصادرين، وموافقة الاستئناف على أحدهما، حيث إن الدائرة لم توفق في التسيب الصحيح للحكم الصادر الذي هو محل نظر - من وجهة نظرنا - لأمرين:

الأمر الأول: أن استناد الدائرة في حكمها الأول بعدم جواز التحكيم إعمالاً لقرار مجلس الوزراء، وهو الذي استندت إليه هيئة التدقيق ضمن أسبابها في نقض حكم الدائرة الثاني بجواز التحكيم، باعتبار أن قرار مجلس الوزراء لا يميز للجهات الإدارية اللجوء إلى التحكيم لفض منازعتها مع الغير؛ حيث لا يوجد ما يقيد أو يخصصه.

وفي رأينا أن ما ذهبت إليه الدائرة في حكمها الأول، وما ذهبت إليه هيئة التدقيق في الاستناد إلى قرار مجلس الوزراء - بعدم جواز التحكيم - قد جانب الصواب، ولا يسلم به، بدليل أن «نظام التحكيم»^(١) - آنذاك - في وقت نظر القضية كان صادراً بالفعل؛ حيث إنه صدر في عام ١٤٠٣هـ، وقرار مجلس الوزراء كان في عام ١٣٨٣هـ، أي: أنه كان سابقاً لـ «نظام التحكيم»، وبالتالي فإن نظام التحكيم كان سارياً آنذاك، حيث أكدت المادة

(١) «نظام التحكيم» السابق «الملغى» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٦) وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ.

الثالثة منه^(١) على إجازة التحكيم بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، فيكون قرار مجلس الوزراء مُلغىً بصدور نظام التحكيم، وبما تقضيه المادة الثالثة، التي كان لها دور مهم في بيان وجهة نظر المنظم السعودي، وكانت مرحلة انتقال من الحظر إلى إباحة التحكيم وإجازته للجهات الإدارية في منازعتها الإدارية بشكل عام.

وتأسيساً على ذلك كان الأولى بدوائر ديوان المظالم التنبه لهذه الجزئية في تسيب الحكم، حيث إن استشهاد الدائرة بقرار مجلس الوزراء كدليل على عدم نظامية التحكيم آنذاك استشهاد غير صحيح؛ لمعارضته لنص المادة الثالثة من «نظام التحكيم»، ومفاد التعارض: أن حكم قرار مجلس الوزراء مُلغىً أو مقيدٌ بنص المادة الثالثة من «نظام التحكيم»؛ لأن القرار بيّن حكماً مفاده منع الجهات الإدارية من اللجوء إلى التحكيم، والمادة الثالثة من «نظام التحكيم» بيّنت حكماً مفاده جواز لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم بشرط موافقة رئيس مجلس الوزراء، وبناء على ذلك فالمادة الثالثة من «نظام التحكيم» لا تعدو أن تكون ناسخة للقرار أو مقيدة له، فتكون ناسخة للقرار؛ لتأخر تاريخ النظام على تاريخ القرار، فيكون حكم القرار مُلغىً بنسخه؛ لأن النسخ إبطال للحكم؛ لأنه رفع له؛ وتكون مقيدةً لمطلق القرار؛

(١) نصت المادة (٣) من «نظام التحكيم» الصادر بالمرسوم رقم (م/٤٦) وتاريخ ١٢/٧/١٤٠٣هـ على أنه: «لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم».

لأن التقييد اشتراطاً، والمطلق محمول على المقيّد^(١)، وذلك باشتراط موافقة رئيس مجلس الوزراء على التحكيم، فإنها تكون قيّداً لإطلاق منع الجهات الإدارية للجوء إلى التحكيم.

الأمر الثاني: أن استناد الدائرة الابتدائية في حكمها الثاني بصحة التحكيم لمقتضيات العدالة، ولأن عقد التحكيم عقد صحيح وإن خالف نص قرار مجلس الوزراء، وسببت الدائرة بقولها: «إن للجهة الإدارية الرجوع إلى المتسبب في مخالفة النظام من منسوبيها»^(٢)، وحيث إنني أتفق مع منطوق هذا الحكم بصحة التحكيم، إلا أنني أختلف في المعطيات والأسباب التي بُني عليها التحكيم، ولم تسبب بشكل سليم، وإنني أرى أن المبرر الذي يمكن الاستناد إليه في صحة التحكيم هو ما نصت عليه المادة الثالثة من «نظام التحكيم» آنذاك، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فيما يتعلق بالموافقة على إجازته التحكيم ضابطاً لتحكيم العقود الإدارية في حلته الجديدة، فإن عدم الموافقة لا يؤثر على صحة التحكيم، حيث إن هذه الموافقة المخاطب بها الجهة الإدارية دون المتعاقد معها، فإذا أبرم عقد تحكيم دون أخذ الموافقة فإن ذلك لا يرتب بطلان عقد التحكيم، فخطأ جهة الإدارة لا يرقى إلى إبطال عقد التحكيم، وإنما يمثل خطأ بحقها.

وعلى أي حال فإن الحكم السالف الذكر وإن كان صدوره سابقاً على ما نحن بصدد من هذه الضوابط التي أتى بها «نظام المنافسات والمشتريات

(١) أبو حامد الغزالي، المستصفي من علم الأصول، مرجع سابق (١/١٧٤).

(٢) الحكم رقم (٢/د/أ/٩) لعام ١٤٢٠هـ. الحكم غير منشور.

الحكومية» الجديد، فإن القاسم المشترك الذي دعانا إلى الاستشهاد بهذا الحكم هو ضخامة مبلغ العقد، والقيمة المالية التي حددها، وهو ما أفضى إلى أن العقد متوافق مع أحد الضوابط الجديدة من حيث القيمة المالية، إلا أن تلك الضوابط لم تأتِ إلا لاحقاً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الحكم قد تباينت فيه الأحكام الصادرة فيه، والأسباب والمعطيات المستندة فيها، وإن كنا نختلف في المسوغات التي رأينا أنها لا توافق المعطيات في ذلك الوقت؛ لما سبق بيانه، إلا أنه في نهاية المطاف حكم قضائي له حجتيه، ومبدأ من مبادئ القضاء الإداري في المملكة.

وفي شأن القوانين المقارنة بهذا الخصوص نجد ذات النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي بإجازته التحكيم في بعض العقود الإدارية، مثل: عقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها الدولة والمديريات والمحليات^(١)، ذلك أن العقود الإدارية ليست هي الميدان الطبيعي للتحكيم كالعقود التجارية التي ينظمها القانون الخاص، لهذا فقد أحسن المنظم السعودي صنعاً بوضعه قيوداً وضوابط على الجهات الإدارية للاتفاق على التحكيم، والتي منها: قَصْرُهُ التحكيم على طائفة محددة من العقود الإدارية من حيث القيمة المالية؛ لأن التحكيم في العقود الإدارية أمر استثنائي لا ينبغي التوسع فيه إلا بالقدر الذي يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة، ولا يسلب القضاء حقه بالنظر والفصل في منازعات العقود الإدارية، ولكننا نرى أن المنظم السعودي على وجه الخصوص لم يوفق في هذا الضابط، من حيث تحديد القيمة المالية، وأن السقف الذي حدده -مئة مليون ريال- مرتفع، وعليه

(١) انظر: المادة (٦٩) من القانون الفرنسي الصادر في ١٧ إبريل ١٩٠٩م.

يخرج الكثير من العقود الإدارية من الصيرورة إلى التحكيم، وكان الأولى بالمنظم إعادة النظر في القيمة المالية، وتحديدتها بما يتوافق مع المتوسط العام للعقود الإدارية؛ لأجل عدم حرمان تلك العقود من الصيرورة للتحكيم في العقود الإدارية.

المطلب الثالث: تطبيق أنظمة المملكة على العقد الإداري موضوع المنازعة:

لا شك أن تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من حيث الأصل يظهر في مدى صحة هذا الاتفاق على التحكيم، وذلك لمقتضيات ما سوف يجري تبعاً لهذا الأمر للفصل طبقاً للقانون الذي يخضع له الاتفاق، وهو ما يلقي بظلاله على مدى صحة حكم التحكيم من جهة، وإمكان الأمر بتنفيذه من جهة أخرى.

وتأسيساً على ذلك فإنه متى ورد اتفاق التحكيم بالنص عليه في بند من بنود العقد الإداري محل النزاع أو المنازعة؛ فإن الاتفاق على التحكيم يخضع في هذه الحالة للنظام القانوني الذي ينصُّ على إخضاع العقد الإداري له، وأما إن ورد الاتفاق على التحكيم في صورة اتفاق مستقل - وهو بما يعرف بمشارطة التحكيم - فإن تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على الاتفاق على التحكيم في هذه الحالة يجري على أساس القواعد المعمول بها، بالنظر إلى هذا الاتفاق في ذاته^(١)، ولكن المنظم في المملكة العربية له وجهة

(١) أحمد هزاع الشمري، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، العدد السادس والثلاثون، المجلد السابع، ٢٠٢٠م، ص ٧٤٣.

نظر فيما يتعلق بالمشاركة في تحكيم العقود الإدارية وفق «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الجديد^(١).

وقد أوردت «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية» النص على النظام الذي يجب تطبيقه في موضوع المنازعة، بأنه يجب أن يكون خاضعاً لأنظمة المملكة العربية السعودية، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة والخمسين بعد المائة من اللائحة على «أن يتم تطبيق أنظمة المملكة العربية السعودية على موضوع المنازعة...»^(٢).

ويُعَدُّ النص على تطبيق أنظمة المملكة العربية السعودية على العقد الإداري موضوع المنازعة من أهم الضوابط المنظمة لتحكيم العقود الإدارية التي أتى بها المنظم في المملكة على وجه التحديد والتخصيص وفق النص السالف الذكر.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن العقد الإداري الداخلي أو الوطني المشتمل على التحكيم وفق النظام القانوني الواجب التطبيق لا يثير أي إشكالية، وذلك بتطبيق الأنظمة المرعية في المملكة العربية السعودية، وفق ما نصت عليه المادة (٢/١٥٤)، ولكن الإشكال يبرز حينما يكون أحد طرفي العقد الإداري طرفاً أجنبياً دولياً، ولم ينص على النظام القانوني الواجب التطبيق عليه، كما هو الحال في الفقرة السالفة الذكر من نظام المنافسات، والتي

(١) سوف يأتي بيانه في المطلب الرابع والتالي من هذا المطلب في ص ٦٢١ من هذه الدراسة.
(٢) المادة (٢/١٥٤) من «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ.

أجازت التحكيم الدولي مع الشخص الأجنبي، ولكنها سكتت عن النظام الواجب التطبيق في المسألة.

وعليه يمكن القول بأنه قد تبرم المملكة العربية السعودية أو من يعمل باسمها ولحسابها من الأشخاص المعنوية عقداً إدارياً مع طرف أجنبي بهدف إنشاء التزامات تعاقدية، أو أن تسند المملكة مشروعاً لمتعاقد أجنبي بهدف استغلال الثروة الطبيعية، أو إقامة منشأة صناعية بهدف تنمية المملكة من أجل تحقيق رؤيتها ٢٠٣٠م في ظل التطور الذي تشهده المملكة، وبالتالي لا بد من اللجوء إلى التحكيم؛ لحسم النزاعات التي قد تنشأ بين الجهة الإدارية والطرف الأجنبي في العقود الإدارية الدولية؛ ليضمن الطرف الأجنبي عند إبرامه للعقد؛ بحفظ حقوقه، حيث إن التوجه الذي يسود العقود الإدارية الدولية أن المتعاقد الأجنبي لا يصير إلى التعاقد إلا بعد التأكد من اشتغال العقد على التحكيم؛ لما يحققه له من عدم ضياع حقوقه في حال نشوء المنازعة في ذلك العقد، ولأن خلو العقد من شرط التحكيم قد يجعل الإدارة تفض النزاع أمام القضاء الوطني كما هو الحال في العقود الداخلية^(١).

وعلى أي حال فإن «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية» لما أوردت في الفقرة الثانية من المادة الرابعة والخمسين بعد المائة الإشارة إلى النظام القانوني الواجب التطبيق في التحكيم، وهو أنظمة المملكة العربية السعودية فيما يتعلق بالعقود الداخلية أو الوطنية، فقد أتت الفقرة

(١) أحمد صالح علي مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥م، ص ٢١٣.

ما يتعلق بالعقود الدولية التي تشتمل على شخص أجنبي، حيث نصت الفقرة على أنه «لا يجوز قبول التحكيم لدى هيئات تحكيم دولية خارج المملكة، وتطبيق إجراءاتها إلا في العقود مع الأشخاص الأجانب»^(١)، ووفق هذا النص اشترط المنظم عدم جواز الصيرورة إلى قبول التحكيم لدى هيئات تحكيم أجنبية، سواء أكانت دولية أم إقليمية، إلا إذا كان أحد أطراف العقد طرفاً أجنبياً، ولكن الإشكال هو سكوت المنظم عن النص على النظام القانوني الواجب التطبيق في العقود الإدارية التي يكون فيها الطرف الآخر أجنبياً، وفي المقابل نجد أن المنظم حدد ذلك في العقود المحلية.

ولا شك في أن العقود الإدارية المحلية لا تثير أي إشكالية في أن النظام القانوني الواجب التطبيق متعلق ومتصل باختيار قانون العقد؛ لأنها تخضع بداهة للقانون الإداري الداخلي، علاوة على ذلك نص المنظم في «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» على أن أنظمة المملكة هي الأنظمة الواجبة التطبيق على موضوع المنازعة، ولكن الإشكال الحاصل في التساؤل المثار في الأعلى من خلو النظام من تحديد النظام الواجب التطبيق في العقود الإدارية الدولية؛ نظراً لاتصالها بأكثر من نظام قانوني واجب التطبيق، مما يثير إشكالية تنازع القوانين بشأنها^(٢).

(١) الفقرة (٢) من المادة (١٥٤) من «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية».

(٢) محمد محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولية بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية مقارنة بضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٧.

وعليه فإنه يمكن القول: إن سكوت المنظم عن تحديد النظام القانوني المنظم للعقود الإدارية الدولية مأخذ يؤخذ على المنظم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه يمكن التماس العذر للمنظم بأن سكوته هنا لمقتضيات المصلحة العامة فيما يؤول إليه العقد الإداري الدولي في اختيار النظام القانوني الأنسب في عملية التحكيم، ولأجل إعطاء الأطراف المتعاقدة حرية توجيه نشاطهم على النحو الذي يرونه جيداً لهم، وعليهم إضافة إلى اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم أن يحددوا باتفاقهم القانون الواجب التطبيق الذي سيحتكم إليه هذا الاتفاق من حيث صحته وإجراءاته وأثره، وهو ما يعرف بمبدأ قانون - أو سلطان أو استقلال - الإرادة^(١).

وتأسيساً على ما سبق من إعطاء المنظم المتعاقدين الحرية في اختيار النظام القانوني في العقود الإدارية الدولية بما يحققه من مصلحة عامة، إلا ينبغي التنبه إلى أن يكون ذلك النظام القانوني المختار لا يعارض الشريعة الإسلامية، حيث إن المملكة العربية السعودية تتميز بكون أنظمتها مستمدة من الشريعة، وهو ما أكدته المادة الثانية من «نظام التحكيم»^(٢)، وعليه فإن للأطراف حرية اختيار القانون الذي ينظم اتفاق التحكيم، حتى ولو لم تكن

(١) د. عبد الرؤوف دبابش، وجمالوي دغيش، مبدأ سلطان الإدارة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد (٤٤)، يوليو ٢٠١٦م، ص ٢٦٦.

(٢) نصت المادة (٢) من «نظام التحكيم» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ على أنه: «مع عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها، تسري أحكام هذا النظام على كل تحكيم، أيّاً كانت طبيعة العلاقة النظامية التي يدور حولها النزاع».

هناك صلة بين القانون المتفق عليه والقانون الذي ينظم العلاقة القانونية محل النزاع.

ومما يجدر التنويه إليه: أن النظام القانوني الواجب التطبيق على العقود الدولية يكون حسب ما يتفق عليه الأطراف، وعلى الرغم من إطلاق هذا المبدأ^(١) إلا أن هيئات التحكيم الدولية في بعض الأحيان تستبعد تطبيق القانون الواجب التطبيق؛ محتجة بمبررات أبرزها: أن هذا القانون لا يصلح للتطبيق^(٢)، ونرى أن هذا الاستثناء من المبدأ العام له ما يخصصه، من خلال الحجج التي تدرّج بها هيئة التحكيم، ولنا أن نستشهد بما حصل في تحكيم النزاع بين شركة بترولية والمملكة العربية السعودية^(٣)، ولحل الخلاف الناشئ بينهما اقترحت المملكة عرض هذا النزاع على التحكيم، وتم إبرام اتفاقية للتحكيم، ونصت المادة الرابعة منها على أنه: «تتولى هيئة التحكيم

(١) أخذت بهذا المبدأ الاتفاقية الأوروبية بجنيف سنة ١٩٦١م، واتفاقية واشنطن ١٩٦٥م لتسوية منازعات الاستثمار، وكذلك القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، والذان تضمنتا اتفاقية نيويورك ١٩٨٥م.

(٢) علاء محيي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ١٤٠.

(٣) تتلخص وقائع النزاع الواقع بين شركة بترولية والمملكة العربية السعودية في أنه في ٢٥/مايو/١٩٣٣م أبرمت المملكة مع الشركة اتفاقاً باستغلال البترول كعقد امتياز لمدة ستين عاماً في المنطقة الشرقية بالمملكة، وفي ٢٠/يناير/١٩٥٤م أبرمت المملكة مع شركة بترولية أخرى منافسة اتفاقاً بتأسيس شركة لنقل البترول من الخليج العربي إلى البحر الأحمر، ولها الأفضلية في شحنه من البحر الأحمر إلى الدول الأجنبية، ولهذا السبب نشأ الخلاف، واعرضت الشركة؛ لأنه يتعارض مع اتفاق الامتياز الممنوح لها سنة ١٩٣٣م.

الفصل في النزاع طبقاً للنظام في المملكة العربية السعودية»^(١)، وقد عُرِضَ النزاع على هيئة التحكيم التي رأت أنه من الواجب عليها حتى يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة تكييف العلاقة القانونية في العقد المبرم بين الطرفين (محل المنازعة)؛ من أجل معرفة ما إذا كان العقد المبرم بين الحكومة السعودية والشركة البترولية الأولى يعد تصرفاً صادراً بالإرادة المنفردة، أو عقداً عاماً أو عقداً إدارياً أو عقداً من عقود القانون الخاص، وخلصت هيئة التحكيم إلى رفض الأخذ بوجهة النظر التي أبدتها الحكومة السعودية في تطبيق أنظمة المملكة؛ بسبب أن النظام السعودي -آنذاك- لا يعرف القانون العام الذي تتفرع منه فكرة القانون الإداري؛ لأنه لا يفرق بين المعاهدات والاتفاقيات، فكلها تحكمها قاعدة ثابتة واحدة، هي قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين^(٢).

وانتهت هيئة التحكيم إلى أن تكييف العقد المبرم بين الحكومة السعودية الشركة البترولية الأولى أنه يعد عقداً غير مسمى، لا يمكن إدراجه في الطوائف القانونية المعتادة، ورفضت اعتباره عقداً إدارياً؛ لأن القانون السعودي لا يعرف هذه الطائفة من العقود^(٣)، وعليه أصدرت هيئة التحكيم حكمها

(١) المادة الرابعة من اتفاقية التحكيم المبرمة بين المملكة العربية السعودية والشركة البترولية الأولى بتاريخ ٢٣/فبراير/١٩٥٥م.

(٢) أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة النهريين بالعراق-كلية الحقوق، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م، ص ٥١.

(٣) د. حفيظة السيد الحداد، محل التكييف في القانون الدولي والخاص، دراسة تحليلية انتقادية للاتجاهات الفقهية الحديثة وأحكام القضاء، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد (٤) سنة ١٩٩١م، ص ٣٨١.

في صالح الحكومة السعودية بأن اتفاق السعودية مع الشركات البترولية الأخرى لا يخل بأي حق مكتسب للشركة البترولية الأولى^(١).

ونرى أن التحكيم السالف الذكر، وما بنت عليه هيئة التحكيم حكمها من مسوغات أدت إلى استبعاد أنظمة المملكة، بتذرعها بأنها لا تعرف القانون الإداري فإننا لا نسلم به؛ لأنها بدأت بدراسة القانون الواجب التطبيق، ثم أنزلت عليه العقد، وأنه لا يعد إدارياً، ولا شك في أن هيئة التحكيم لم تدرس هذا العقد لمعرفة ما إذا كان عقداً إدارياً، فتطَبَّقَ عليه قواعد القانون الإداري، أم أنه عقد خاص، مع أن العقد إذا كان إدارياً، فإنه لا تتغير حاله باعتبار أن القانون الواجب التطبيق معروف للمملكة أم لا، وكان الأولى بهيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تراه محققاً للعدالة المطلوبة؛ لأنها هي الغاية لدى العقلاء والمحكمين والقضاة.

ووجهة نظرنا: أن التكييف الصحيح للعقد المبرم بين المملكة العربية السعودية بالشركة البترولية الأولى أنه يعد عقداً من العقود الإدارية؛ لكونه عقد امتياز، وبالتالي فهو من العقود المعروفة في القانون الإداري، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن ما ذكرته هيئة التحكيم من أن النظام السعودي لا يعمل بالقانون الإداري ليس على إطلاقه؛ وهذا راجع لعدم معرفة هيئة التحكيم بخفايا النظام السعودي المستمد من الشريعة الإسلامية، الصالح

(١) نشر حكم التحكيم في Revue critique de droit international 1963.314p، وكان المحكم في الدعوى السويسري سوسر هل. مُشار إليه في: د. خالد بن عبد الله الخضير، التحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مجلة القضائية، وزارة العدل، العدد الأول، محرم، ١٤٣٢هـ، ص ١٥٠.

للتطبيق في كل زمان ومكان، إضافة إلى أن النظام السعودي له السبق في إجازته التحكيم في العقود الإدارية، وهو الذي ابتداءً فكرة عرض النزاع مع الشركة البترولية الأولى على التحكيم، وهو التوجه الذي يسود المنظم السعودي في عقود البترول، التي كانت دائماً تنص إلى اللجوء إلى التحكيم في حل النزاع، وخير شاهد النزاع الذي حصل بين الحكومة السعودية وشركة بترولية يابانية آنذاك، والذي نص فيه على التحكيم في حالة حصول النزاع^(١).

وفي شأن القوانين المقارنة أكدت الاتفاقيات الدولية - كاتفاقية نيويورك ١٩٥٨م، واتفاقية جنيف ١٩٦١م، واتفاقية واشنطن ١٩٦٥م- التي صادقت عليها كثير من الدول، والتي زادت من فرص لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في المجال الدولي؛ بسبب أن العقود الإدارية الدولية تكتسب شرعية وحجية بوجود تلك الاتفاقيات التي تعد بمثابة التزامات تلتزم بها الدول الموقعة على تلك الاتفاقيات^(٢).

(١) جاء في العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية والشركة اليابانية للبترول الموقع في ١٠ ديسمبر ١٩٥٥م، والذي ورد في أحد بنوده: «أنه في حالة عجز الطرفين عن الوصول إلى تسوية ودية فيما يُختلف عليه، أو في حالة عجزهما عن الاتفاق على إحالة النزاع إلى محكمة ما؛ فإن الخلاف يحال إلى مجلس تحكيم مكون من خمسة أعضاء، ويصدر حكم الهيئة بأغلبية الآراء»، مشار في: د. عبد الرحمن عباد، أصول علم القضاء في التنظيم القضائي والدعوى والاختصاص، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وأنظمة المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، الرياض - ١٤٠١هـ، ص ٥٧.

(٢) د. رجب محمد السيد الكحلأوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م، ص ١٧٥.

وقد تضمنت اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م خضوع التحكيم لقانون يختلف عن القانون الذي يخضع له موضوع العقد الأصلي^(١)، وفي المقابل نجد أن اتفاقية جنيف ١٩٦١م قد أوضحت أن الأشخاص الاعتبارية في الدول المتعاقدة تتمتع بالأهلية التي تمكنها من اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تكون جهات الإدارة طرفاً فيها^(٢)، كما حققت اتفاقية واشنطن ١٩٦٥م الفائدة المرجوة للمستثمر الأجنبي في الدول النامية، حيث أصبحت تلك الدول ملزمة باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تشب مع المستثمر الأجنبي كنتيجة حتمية لانضمامها للاتفاقية^(٣) يؤكد ذلك اتفاقية نيويورك

(١) نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاقية على أنه: «إذا طلب من يراد تنفيذ التحكيم ضده رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه فلا يجاب طلبه، إلا إذا قدم للسلطة المختصة بالدولة المطلوب فيها التنفيذ الدليل على عدم صحة اتفاق التحكيم وفقاً لقانون إرادة الأطراف، أو لقانون مكان صدور حكم التحكيم، في حالة عدم اتفاقها على قانون يحكم الاتفاق». المادة (٥/١) من اتفاقية نيويورك المبرمة في ٢١ حزيران/١٩٥٨م، في الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها. انظر نص الاتفاقية على الرابط: <https://cutt.us/rco90>.

(٢) نصت الفقرة (١) من المادة (٢) من اتفاقية جنيف على «أن الأشخاص المعنوية العامة لهم القدرة على إبرام أحكام صحيحة». انظر: اتفاقية جنيف المبرمة في ٢١/إبريل/١٩٦١م. انظر نص الاتفاقية على الرابط: <https://cutt.us/QMNO9>.

(٣) جاء في نص المادة (٢٥) من اتفاقية واشنطن ١٨/مارس/١٩٦٥م أنه: «يمتد اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات القانونية التي تنشأ عن مباشر أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة... وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة...»، وبناء على هذه الاتفاقية اتجه المشرع المصري إلى الانضمام إليها بإجازته لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار وفقاً لقرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم (٩٠) لسنة ١٩٧١م، بشأن الموافقة على انضمام جمهورية مصر العربية إلى الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى. انظر الرابط: <https://cutt.us/krmfo>.

٢٠١٤م بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول^(١).
ومن خلال ما تقدم نرى أنه من الضرورة بمكان تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق في التحكيم؛ لمعرفة مدى صحة التحكيم، وإمكان سير التحكيم وفق أمور واضحة وجلية، وإن كان النظام الجديد المنظم لتحكيم العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية - وهو «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» - قد ضيَّق نطاق التحكيم وفق معطيات وضوابط محددة وضعها، ومن بينها: تحديده بتطبيق أنظمة المملكة العربية السعودية على العقد الإداري موضوع المنازعة؛ للفصل في النزاع القائم، وذلك فيما يتعلق بالمسائل الداخلية من العقود الإدارية الوطنية الداخلة في اختصاص المملكة العربية السعودية فإن نظام المنافسات سكت عنها؛ لإعطاء الإدارة والطرف الأجنبي حرية اختيار القانون الذي ينظم اتفاقهم على التحكيم، حتى لو لم تكن هناك صلة بين القانون المتفق عليه والقانون الذي ينظم العلاقة القانونية محل النزاع، كما أن هيئة التحكيم صلاحية النظر في القانون المتفق على تطبيقه، ومدى ملاءمته للتحكيم، ولها الأخذ به لإحقاق العدل والمصلحة العامة في ذلك، وفق معطيات الحياد والنزاهة؛ للفصل في النزاع بعيداً عن هيمنة

(١) نصت الفقرة (٢) من المادة (٢) من اتفاقية نيويورك ١٠/ ديسمبر/ ٢٠١٤م بشأن الشفافية في التحكيم على أنه: «تنطبق قواعد الأونسترال بشأن الشفافية على التحكيم بين المستثمر والدولة الذي يكون المدعى عليه طرفاً لم يبد تحفظاً بشأن التحكيم، سواء أقيمت دعوى التحكيم بمقتضى قواعد الأونسترال أم لا». انظر نص الاتفاقية على رابط: <https://cutt.us/Nj37b>

القوانين الوطنية، ولكن شريطة أن يكون متوافقاً مع الشريعة الإسلامية؛ لما بيناه سابقاً.

المطلب الرابع: النص على التحكيم في العقد الإداري:

يتخذ التحكيم صورتين، فقد يرد بصورة شرط أو مشارطة، فشرط التحكيم Clause Compromissoire يرد في ذات العقد مصدر الرابطة القانونية، أو أن يكون في وثيقة مستقلة عنه، غير أنه يكون في كل الأحوال سابقاً على نشوء النزاع^(١)، وأما مشارطة التحكيم Compromis فهي اتفاقيات لاحقة على قيام النزاع، وعلى ذلك فإن شرط التحكيم يتعلق بنزاع محتمل لم تتحدد ملامحه، أما المشارطة فتتعلق بنزاع قائم فعلاً يحيط أطرافه بكل جوانبه^(٢).

وقد أوضح المنظم في المملكة العربية السعودية المراد بالمشارطة عندما تطرق إلى بيان مصطلح الاتفاق على التحكيم في «نظام التحكيم»، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة الأولى من النظام، والتي تطرقت إلى بيان المقصود باتفاق التحكيم: «...سواء كان اتفاق التحكيم في صورة شرط وارد في عقد

(١) أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، طبعة خاصة للمؤلف، ١٩٩٣م، ص ٧٩.

(٢) إبراهيم حسن إبراهيم الملا، شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، ورشة عمل حول: «التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية»، في الندوة المقامة بعنوان: «المعاملات القانونية الإلكترونية وعقود التجارة الدولية»، في دبي، الإمارات العربية المتحدة بتاريخ ١٨-٢٢ فبراير ٢٠٠٧م، ص ٧.

أم في صورة مشاركة تحكيم مستقلة»^(١)، ووفق هذا النص فإن التحكيم في النظام السعودي يكون في شكل شرط أو مشاركة إذا كانت طبيعة العلاقة التعاقدية مدنية أو تجارية، بخلاف التحكيم في العقود الإدارية، التي عاجلها المنظم بنص خاص ضمن الضوابط الجديدة المنظمة للتحكيم في العقود الإدارية، كما أوضحته الفقرة الثالثة من المادة الرابعة والخمسين بعد المائة من «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، حيث نصت على: «أن ينص على التحكيم وشروطه في وثائق العقد»^(٢)، وهو ما يعني ضرورة ووجوب أن يكون الاتفاق على التحكيم في صورة شرط يُنصُّ عليه في العقد الإداري الأصلي بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، بحيث يُدرج في وثائق العقد ابتداءً، ولا يرد لاحقاً كما هو الحال في مشاركة التحكيم في العقود الأخرى؛ وذلك وفق معطيات الطبيعة الخاصة التي يتميز بها العقد الإداري بما يتناسب مع طبيعته وخصائصه، فهو أكثر خصوصية، ولأن النص على شرط التحكيم أوثق في الصيرورة إلى التحكيم ابتداءً من الناحية العملية من المشاركة التي يتم الاتفاق عليها بعد وقوع النزاع.

وبالنظر في نماذج العقود الإدارية المعدة سلفاً لدى وزارة المالية في عقود المشروعات التنموية والاقتصادية التي تسعى إلى التطور وتحقيق رؤية

(١) انظر الفقرة (١) من المادة الأولى من «نظام التحكيم» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ.

(٢) نص الفقرة (٣) من المادة (١٥٤) من «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية».

المملكة ٢٠٣٠م، نجد أن تلك النماذج^(١) أوجبت للضرورة إلى التحكيم الامتثال لأحكام المادة الثانية والتسعين من «نظام المناقصات والمشتريات الحكومية»، والمادة الرابعة والخمسين بعد المائة من اللائحة التنفيذية للنظام الآنف الذكر، والأنظمة المعمول بها في المملكة، ويحذف بند التحكيم كاملاً في حال عدم توفر ضوابط التحكيم، والتي منها: «النص على التحكيم وشروطه في وثائق العقد»^(٢).

وعلى أي حال فإن شرط التحكيم في بعض الأحيان قد يأتي في العقد الأصلي بصيغة عامة، ولا يتطرق إلى التفصيلات، بل يشير إلى أن كل نزاع ينشأ بين طرفي العقد يسوى بالتحكيم، وهذا لا يمنع تحديد الجهة التي سوف تتولى التحكيم أو القانون الواجب التطبيق، سواء من الناحية الإجرائية^(٣)

(١) للاطلاع والاستزادة من نماذج العقود الإدارية المعدة سلفاً من وزارة المالية ينظر: موقع وزارة المالية، المكتبة الرقمية، العقود والمشاريع، نماذج العقود ٢٠٢٠-٢٠٢١م: الرابط: <https://cutt.us/gi2QE>.

(٢) انظر: نموذج العقد الإداري لإنشاء الطرق، حيث جاء في البند الثامن عشر شرط التحكيم، وفيه: «أن على الجهة الحكومية مراعاة متطلبات وشروط التحكيم الآتية: (أ) يقتصر التحكيم على العقود التي تتجاوز قيمتها التقديرية مائة مليون ريال، (ب) يكون التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية، ولا يجوز قبول التحكيم لدى هيئات تحكيم دولية خارج المملكة وتطبيق إجراءاتها إلا في العقود مع الأشخاص الأجانب. (ج) موافقة وزير المالية المسبقة على شرط التحكيم. (د) ينص على التحكيم وشروطه في وثائق العقد». راجع الرابط: <https://cutt.us/loAEi>.

(٣) والإجراء المقصود به هو الاتفاق على التحكيم لحل هذا النزاع الذي ينشأ بين جهة الإدارة والمتعاقد.

أو الموضوعية^(١)، فضلاً عن مكان التحكيم، والمدة التي يستغرقها، على أن تحديد هذه الأمور ليس بشرط، فقد يربأ الاتفاق عليها، بل قد يكون الأمر الأخير هو الأقرب للمنطق؛ إذ لا محل لتعيين محكمين لنزاع لم ينشأ بعد، ولم تعرف طبيعته وحدوده^(٢).

وتكمن الإشكالية في كون العقد الإداري الأصلي متضمناً لشرط التحكيم؛ إذ إنه قد يثير تساؤلات، منها: ما أثر بطلان شرط التحكيم على العقد الإداري الأصلي المتضمن لهذا الشرط؟. ومنها: ما أثر بطلان العقد الإداري الأصلي على شرط التحكيم في العقود الإدارية؟.

بالنسبة للتساؤل الأول: وهو عن حالة اتفاق الجهة الإدارية مع المتعاقد معها على شرط التحكيم ضمن العقد الأساسي، أو في بند من بنود العقد دون التقييد بتحقيق ضوابط التحكيم التي تميز الصيرورة إليه، فهل يقودنا هذا إلى القول ببطلان العقد الإداري الأصلي بين الجهة الإدارية والمتعاقد أو لا؟. وبمعنى آخر: هل يترتب على بطلان شرط التحكيم بطلان العقد المدرج فيه هذا الشرط؟.

يمكننا القول بأن «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» أرسى الضوابط الجديدة المنظمة للاتفاق على التحكيم، ومن تلك الضوابط ما نحن بصده في هذا المطلب، وهو النص على إدراج شرط التحكيم في

(١) والموضوع المقصود به هو موضوع العقد الأصلي المبرم بينهما لتنظيم الحقوق والمراكز القانونية التي تهم الأطراف.

(٢) د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٥.

العقد الإداري الأصلي، وفق ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الرابعة والخمسين بعد المائة من «اللائحة التنفيذية لنظام المناقصات والمشتريات الحكومية»^(١)، ولكن هذا الضابط مرتبط بالضوابط الأخرى التي يجب توفرها شرطاً لصحة التحكيم، والتي سبقت الإشارة إليها في المطالب السابقة^(٢)، ويأتي على رأسها: موافقة الوزير على الاتفاق على التحكيم، وذلك وفق المادة الثانية والتسعين من النظام^(٣)، وعليه فإن موافقة الوزير شرط لصحة التحكيم، لا لصحة العقد، وبالتالي فإننا نرى أنه إذا بطل شرط التحكيم بعدم موافقة الوزير فإن هذا ليس مسوغاً لإبطال العقد الأصلي، وعليه يكون العقد الأصلي صحيحاً، ولكن شرط التحكيم باطل؛ بسبب أن شرط التحكيم هو شرط إجرائي لفض النزاع القائم بين الطرفين، والعقد الأصلي هو عقد موضوعي يترتب عليه حقوق والتزامات الطرفين، ومنها: بند التحكيم الإجرائي للفصل في النزاع القائم بين الطرفين، ويترتب على بطلان شرط التحكيم في هذه الحالة إحالة المنازعات الناشئة عن العقد إلى الجهة القضائية المختصة-وهي ديوان المظالم-، وهذا ما أكدته القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي، الذي قرر في هذه الحالة المتعلقة ببطلان شرط

(١) الفقرة (٣) من المادة (١٥٤) من «اللائحة التنفيذية لنظام المناقصات والمشتريات الحكومية»، فقد نصت على «النص على التحكيم وشروطه في وثائق العقد».

(٢) سبق الحديث عن الضوابط الجديدة، فالضابط الأول: موافقة الوزير في المطلب الأول ص ٥٨٩، والضابط الثاني: القيمة المالية في المطلب الثاني ص ٥٩٩، والضابط الثالث: النظام الواجب التطبيق في المطلب الثالث ص ٦١٠.

(٣) نصت المادة (٩٢/٢) على أن «للجهة الحكومية -بعد موافقة الوزير- الاتفاق على التحكيم وفق ما توضحه اللائحة».

التحكيم أن بطلان هذا الشرط لا يكون له أثر في بقاء العقد، واعتبر شرط التحكيم في هذه الحالة كأن لم يكن، وهذا يعني أن العقد المتضمن هذا الشرط يظل صحيحاً نافذاً على الرغم من بطلان شرط التحكيم؛ وذلك على أساس أن شرط التحكيم يتمتع باستقلال عن العقد، حتى وإن كان قد ورد بنداً من بنوده^(١).

وللإجابة على التساؤل الثاني: يمكننا القول بأن المنطق النظامي القانوني يقتضي أنه إذا بطل العقد الذي تضمن شرط التحكيم لأي سبب - كأن يشوبه عيب من العيوب المؤدية إلى بطلان العقد - فإن هذا البطلان يشمل شرط التحكيم، باعتباره تابعاً له وجزءاً منه، فينقضي العقد برمته، بما في ذلك شرط التحكيم، وهذا هو الاتجاه التقليدي في بعض القوانين المقارنة، كالقانون الإنجليزي الذي أخذ في أول عهده بالرفض التام والقاطع لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي تضمنه، وهو أحد الاتجاهات لمحكمة النقض الفرنسية، التي خالفت المشرع الفرنسي فيما ذهب إليه^(٢).

- (١) جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٧.
- (٢) حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في ٢٨/يناير/١٩٥٨م في أحد أحكامها بتبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي، ومن ثم لا يجوز للمحكم أن ينظر في المنازعة على شرط التحكيم المترتب على بطلان العقد الأصلي. انظر: Clive Schmitthoff; The jurisdiction of the arbitrator, The Art of Arbitration; Liber Amicorum Pieter Snander, 1983. P 290. د. نادية إسماعيل الجبلي، شرط التحكيم في قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ٢٠١٥م، دراسة مقارنة، المجلة القانونية بهيئة التشريع والإفتاء القانوني، البحرين، العدد التاسع، ٢٠١٩م، ص ٢٢١.

بينما ذهب الاتجاه الحديث إلى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يبطل التحكيم ببطلان العقد^(١)، وفي رأينا أن هذا الاتجاه هو الأصح في المسألة؛ لأن إعطاء المحكم سلطة النظر في التحكيم في المنازعة المتعلقة ببطلان العقد الأصلي، لا لكونه يستمد ولايته من العقد الأصلي المبطل، وإنما من شرط التحكيم المستقل عنه، فهو مستقل عن العقد ذاته، ويبقى قائماً ما دام سبب الانتهاء لم يلحق الشرط ذاته.

وحيث إن الاتجاه الحديث ذهبت إليه أكثر الأنظمة العربية والأجنبية، وهو ما يتوافق مع معطيات الحياة المعاصرة وفق ما تشهده من تطور سريع يحتم على تلك الأنظمة المجاراة والتكيف مع الحياة الحديثة، فقد أخذ «نظام التحكيم» في المملكة العربية السعودية باستقلال شرط التحكيم، حيث نصت المادة الحادية والعشرون منه على أنه: «يعد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد...»^(٢)، ووفق هذا النص أخذ المنظم بالتوجه الحديث في استقلال شرط التحكيم، حيث إن «نظام التحكيم» القديم لم يتعرض لهذا الموضوع، مما جعل المنظم في المملكة يحدو حذو القوانين بالاستدراك والتعديل وفق معطيات الحياة بما يحفظ الحقوق التعاقدية بين الأطراف، وهو أن شرط التحكيم قائم بذاته، ولا يؤثر بطلان العقد أو فسخه أو إنهاؤه على صحة

(١) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧م، ص ١١٩.

(٢) المادة (٢١) من «نظام التحكيم» الحالي «الساري» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ.

شرط التحكيم متى كان هذا الشرط قائماً وفق الضوابط التي أتى بها المنظم السعودي، إلا أن «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» أكد صراحة من خلال ما أتت به اللائحة التنفيذية ضرورة النص على شرط التحكيم في العقود الإدارية، وإدراجه في وثائق العقد ابتداءً، ولا يرد لاحقاً كما هو الحال في مشاركة التحكيم في العقود الأخرى، وهذا مما يؤكد استقلالية شرط التحكيم في العقود الإدارية.

وفي القوانين المقارنة نجد أن عدداً منها أخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد، وأكد على أن بطلان العقد لا يبطل شرط التحكيم الوارد ضمن بنود العقد، فقد أخذ المشرع المصري بفكرة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي^(١)، كما أننا نجد أن المشرع الإنجليزي قد تراجع عما كان عليه في السابق من الأخذ بالاتجاه التقليدي في أن بطلان العقد يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم، فأخذ بالاتجاه الحديث، وهو استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي^(٢)، وهذا هو ما أخذه به المشرع الفرنسي

(١) حيث نصت المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م على أنه «يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته».

(٢) حيث أشار قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦م إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك بموجب نص المادة (٧) منه، وأقر صراحة «استقلالية اتفاق التحكيم». وذهب إلى أنه إذا ما تم فسخ العقد أو إنهائه لسبب من الأسباب فإن ذلك لا يؤثر على شرط التحكيم.

وأكدته قضاؤه باستقلال شرط التحكم عن العقد، وأنه لا يتأثر بما يلحق بالعقد الأصلي مما يبطله^(١).

ومما سبق نرى أن النص على شرط التحكيم في العقد الإداري ابتداءً يعد من الضوابط الأساسية لصحة التحكيم في المملكة في ضوء ما جاءت به اللائحة، وعلى أي حال فإنه إذا طعن أحد المتعاقدين في صحة العقد، وتمسك ببطلانه لأي سبب من أسباب البطلان، فإن ذلك لا يؤثر في شرط التحكيم المدرج في العقد ما دام هذا الشرط صحيحاً في ذاته، وبالتالي فإن طلب الطاعن أو موافقته على إحالة النزاع إلى التحكيم لا يعني التنازل عن طعونه، ولا يعني التسليم بصحة العقد، لأن شرط التحكيم - كما أسلفنا - يعد شرطاً مستقلاً، وبالتالي يحق لمن يتمسك ببطلان العقد أن يدفع بهذا البطلان أمام هيئة التحكيم التي تملك صلاحية الفصل في الخلاف حول صحة العقد وبطلانه، وعليه فإن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم أصبح مبدأً مستقراً في القوانين المقارنة، وهو ما أخذ به المنظم في المملكة، وإن كنا نرى أنه لا بد من النص على مبدأ الاستقلالية في «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»؛ لكون «نظام

(١) حيث قضت به محكمة النقض الفرنسية في ٧/ مايو/ ١٩٦٣م في قضية (Gosset ضد Garapelli) الشهيرة الصادر في ٧/ مايو/ ١٩٦٣م، فقد جاء في حيثيات الحكم أنه: «في مجال التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم سواء كان مبرماً على نحو منفصل، أو كان مدرجاً في التصرف القانوني المتعلق به، فإنه يتمتع باستقلال قانوني كامل، بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان إلا في بعض الظروف الاستثنائية». مشار إليه في د. حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٢١.

التحكيم» قد نص عليه، ولكنه لا يشمل كل العقود، وعلى وجه الخصوص العقود الإدارية؛ لاختلاف طبيعة التحكيم في العقود الإدارية عن العقود الأخرى؛ لخصوصيتها وحساسيتها فيما تتضمنه من مشروعات تنموية تهم الدولة في تطور نهضتها واقتصادها.



الخاتمة

في ختام هذه الدراسة التي تطرقت من خلالها إلى دراسة الضوابط الحديثة المتعلقة بالتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، والتي تعدُّ من أهم الطرق البديلة عن القضاء الإداري في اللجوء إليه لفض وتسوية المنازعات الإدارية المتعلقة بتلك العقود، ولكون هذه الضوابط جديدة ومستحدثة في «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» ولائحته التنفيذية، فأتت هذه الدراسة بسبب الحاجة الماسة إلى بيان هذه الضوابط؛ لما يرد عليها من إشكالات خرجت على ضوءها نتائج وتوصيات هذه الدراسة، وقد خلصتُ منها إلى بيان القواعد العامة للتحكيم في العقود الإدارية بمفهومها ومشروعيتها ومميزاتها وطبيعتها النظامية، وأوضحت الصور المنظمة لضوابط التحكيم في العقود الإدارية وفق ما جاء به النظام ولائحته التنفيذية، ويمكن إجمال النتائج والتوصيات فيما يأتي:

أولاً: النتائج:

١. تُعد ضوابط التحكيم في العقود الإدارية نتاجاً للتطور الملموس في التعاقدات الإدارية الحديثة، والتي تسعى الدولة من خلالها إلى الاستفادة من الثروات الوطنية والتنمية الاقتصادية؛ لمواكبة التقدم والازدهار، فكان لزاماً على المنظم التدخل في «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» الجديد؛ لمواكبة رؤية المملكة العربية السعودية ٢٠٣٠، بإرسائه لتلك الضوابط المنظمة للتحكيم في العقود الإدارية، ويعد النظام الجديد سابقة جديدة

من نوعها لم تتطرق إليها الأنظمة السابقة المنظمة للمنافسات والمشتريات الحكومية.

٢. مر التحكيم في العقود الإدارية بمرحلتين، المرحلة الأولى: هي حظر تحكيم العقود الإدارية، والمرحلة الثانية: هي إقرار التحكيم، بسبب ما شهده العالم حديثاً من تقدم ملموس أفضى إلى العدول عما كان عليه الأمر في السابق، وأجاز التحكيم شريطة موافقة رئيس مجلس الوزراء، وبصدور «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» في حلته الجديدة أرسيت ضوابط جديدة للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وقد وافق المنظم في اتجاهه كلاً من المشرع الفرنسي والمشرع المصري على تفصيل أوردناه سابقاً.

٣. يمكن إرجاع ما يتميز به التحكيم في العقود الإدارية إلى: البساطة والمرونة في إجراءات التحكيم الميسرة، وسرعته الفائقة في كسب الوقت والجهد، حيث لا يستغرق وقتاً طويلاً، وبكونه يمتاز بالسرية، بعكس القضاء، فالأصل فيه العلانية، كما أنه يتيح للأطراف حرية اختيار المحكمين من أصحاب الخبرة ممن لهم دراية ومعرفة، ولكن يشوب التحكيم عدة عيوب، منها: التكلفة المالية العالية في بعض الأحيان، وخلوه من الضمانات كما في القضاء، إلا أنه من حيث الجملة لا يوجد نظام لا يخلو من سلبيات، ولكن إيجابيات التحكيم أثبتت تفوقه في العصر الحديث في كونه وسيلة بديلة عن القضاء الإداري صاحب الاختصاص الأصيل في الفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

٤. انحسر جدل الشراح حول الطبيعة النظامية للتحكيم في العقود الإدارية إلى رأي البعض بأن طبيعته تعاقدية، ورأي ثانٍ أنه يجب أن يصطبغ بالصبغة القضائية، ورأي ثالث حاول الجمع بين الاتجاهين السابقين بالقول بأنه ذو طبيعة مزدوجة مختلطة، ونرى أنه لا يمكن اعتبار التحكيم عقداً مستقلاً، ولا يمكن اعتباره -أيضاً- قضاءً على إطلاقه، بل لا يمكن إسقاط وصف الازدواجية عليه، ورأينا أن طبيعة التحكيم في العقود الإدارية أنه نظام بديل عن القضاء الإداري؛ بكونه مستقلاً بطبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة.

٥. تأتي موافقة الوزير على التحكيم في العقود الإدارية في مقدمة الضوابط المنظمة للتحكيم وأهمها وفق المادة الثانية والتسعين من «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»؛ لكون موافقة الوزير شرطاً لصحة التحكيم، وعليه فيجب على الجهة الإدارية عند إرادتها اللجوء إلى التحكيم أن تحصل على هذه الموافقة، ولكن قُيدت هذه الموافقة بضرورة توفر الضوابط التي أوضحتها اللائحة التنفيذية للضرورة إلى التحكيم في العقود الإدارية، وعلى هذا المنهج سارت القوانين المقارنة، فالقانون الفرنسي أجاز التحكيم وفق ضوابط، منها: صدور مرسوم من مجلس الوزراء بالموافقة على تضمن العقد شرط التحكيم، والقانون المصري اشترط للتحكيم في منازعات العقود الإدارية أن يكون بموافقة الوزير المختص.

٦. اقتصار التحكيم في العقود الإدارية على عقود إدارية محددة، وقد حدد «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» هذا الضابط بحسب القيمة

المالية للعقد الإداري، في ضوء الفقرة الأولى من المادة الرابعة والخمسين بعد المائة من اللائحة التنفيذية، التي اشترطت قيمة مالية محددة في العقد، فإذا توفرت هذه القيمة المالية جاز التحكيم في العقود الإدارية، وقد حددها المنظم في العقود الإدارية التي تتجاوز قيمتها التقديرية مائة مليون ريال، وفي الوقت نفسه أعطى المنظم الوزير المختص صلاحية تعديل هذا الحق وفق ما يراه مناسباً ومحققاً للمصلحة العامة.

٧. تطبيق تشريعات المملكة العربية السعودية وأنظمتها على العقد الإداري موضوع المنازعة عند الصيرورة إلى التحكيم في العقود الإدارية، فقد نص المنظم على هذا الضابط، فأوجب ضرورة تطبيق الأنظمة المرعية للمملكة في تحكيم العقود الإدارية، ويتحقق هذا الضابط في حال كون طرفي التحكيم من مواطني المملكة، وكون العقد داخلياً، وأما إذا كان طرف العقد الآخر أجنبياً فإن المنظم أجاز التحكيم خارج المملكة، ولكنه في نفس الوقت سكت عن تحديد النظام الواجب التطبيق، ونرى أن سكوته هنا من أجل إعطاء الإدارة والطرف الأجنبي حرية اختيار القانون الذي ينظم اتفاقهما على التحكيم، وفق معطيات الحياد والنزاهة للفصل في النزاع القائم.

٨. النص على شرط التحكيم في العقود الإدارية دون الأخذ بمشاركة التحكيم كما في العقود الأخرى؛ لما تتميز به العقود الإدارية من خصوصية أطرافها، وحساسية عقودها التي تسعى من خلالها الدولة إلى التنمية الاقتصادية؛ لذا أوجبت اللائحة التنفيذية لنظام المناقصات هذا الضابط للصيرورة إلى تحكيم العقود الإدارية بالنص على شرط التحكيم في العقد

الإداري الأصلي بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، وإدراجه في وثائق العقد ابتداءً، لا أن يرد لاحقاً، وهذا مما يؤكد استقلالية شرط التحكيم في العقود الإدارية، وعليه إذا طعن أحد المتعاقدين في صحة العقد فذلك لا يؤثر في شرط التحكيم المدرج في العقد، ما دام شرط التحكيم صحيحاً ومستقلاً في ذاته، وإذا طعن في شرط التحكيم ذاته لعدم تحقق الضوابط المنظمة للتحكيم فإن ذلك ليس مسوغاً لإبطال العقد الإداري الأصلي، ويكون العقد صحيحاً، وشرط التحكيم باطلاً.

ثانياً: التوصيات:

من خلال المعطيات التي تناولتها في هذه الدراسة، وتأسيساً على جملة النتائج السالفة الذكر، واستناداً إلى محاور الدراسة التي تناولتها بما يخدم الهدف من الدراسة والمشكلة المطروحة، فإنه يتوجب علينا إبداء توصياتنا التي توصلنا إليها، والتي تعبر عن آرائنا الشخصية، والتي وضعناها للمساهمة في علاج المشكلة المتناولة، وعليه نوصي بالآتي:

أولاً: تعديل الضابط الأول من الضوابط التي أوردناها، والذي ورد في الفقرة الثانية من المادة الثانية والتسعين من «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، والتي جاء فيها: «بعد موافقة الوزير»؛ لتصبح: «بعد موافقة الوزير أو من يفوضه»؛ لإعطاء الوزير صلاحيات أكثر في تفويض من ينيبه، ونرى أن إضافة هذا القيد مهمة جداً؛ لكي لا يتعطل الحصول على موافقات التحكيم في حال غياب الوزير.

ثانياً: إعادة النظر في القيمة المالية المشروطة للصيرورة إلى تحكيم العقود الإدارية؛ لتصبح قيمة معقولة ومتوسطة، لتشمل أغلب العقود الإدارية؛ لمنحها حق اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية؛ لذا نقترح تعديل الضابط الثاني من ضوابط التحكيم في العقود الإدارية، الوارد في الفقرة الأولى من المادة الرابعة والخمسين بعد المائة من «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، والتي تنص على «أن يقتصر التحكيم على العقود الإدارية التي تتجاوز قيمتها التقديرية مائة مليون ريال»؛ لتصبح: «التي تتجاوز قيمتها التقديرية خمسين مليون ريال»، فهي من وجهة نظرنا القيمة المتوسطة لأغلب العقود الإدارية التي تبرمها الجهات الحكومية مع المتعاقدين؛ ولكي لا يُحرم أغلب المتنافسين من اللجوء إلى التحكيم بسبب القيمة المالية التي اشترطها المنظم.

ثالثاً: التوسع في القانون واجب التطبيق حال كون الطرف الآخر أجنبياً؛ لكون «نظام المنافسات والمشتريات الحكومية» سكت عن ذلك، وأجاز فقط اللجوء إلى هيئات تحكيم أجنبية، ولكنه لم يحدد القانون الواجب التطبيق في تلك المنازعة؛ مما أثار اللبس والجدل، ولذا نرى أنه يجب العودة إلى الفقرة الثالثة من المادة الرابعة والخمسين بعد المائة من «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، وإعادة النظر فيها بإضافة قيد يتضمن: «وفق القانون التي تراه هيئة التحكيم الدولية مناسباً لتلك المنازعة؛ لتطبيقه»، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إعادة النظر في حرمان المتعاقدين

المحليين من حقهم في اللجوء إلى هيئات تحكيم أجنبية ذات خبرة، ما دام القانون الوطني هو الذي يجب تطبيقه.

رابعاً: ضرورة التأكيد على استقلالية شرط التحكيم في العقود الإدارية، وإن كان الضابط الرابع قد أوجب النص على التحكيم في العقد الإداري، ولكنه لم يبين أنه مستقل عن بنود العقد، خصوصاً في حالة بطلان العقد، فلا يبطل شرط التحكيم، ولذا نرى أنه كان من اللازم أن يبين المنظم هذه الجزئية بضرورة إعادة النظر في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة والخمسين بعد المائة من اللائحة التنفيذية، بحيث تصبح: «أن ينص على التحكيم وشروطه في وثائق العقد واستقلاليته».

خامساً: نقترح إضافة ضابط خامس إلى الضوابط الأربعة التي أوردها المنظم، يتضمن أن يكون التحكيم فيما لا يجوز الصلح فيه، بإضافته في المادة الرابعة والخمسين بعد المائة من «اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية»، ويكون نصها: «ألا يقبل التحكيم في المنازعات التي لا يجوز الصلح فيها»، ووفق هذه الفقرة المقترحة إذا أمكن الصلح فلا يُصار إلى التحكيم، وعليه يكون التحكيم مقصوراً على ما لا يجوز فيه الصلح فقط.

سادساً: التأكيد على الجهات الإدارية المعنية المختصة بضرورة الاهتمام بتوفر ضوابط التحكيم؛ للصيرورة إليه؛ لكي لا يُجرم التنافس - خصوصاً إذا كان أجنبياً - مع الجهة الإدارية من حقه القانوني في اللجوء إليه، باعتباره ضماناً تحمي حقه في حال حصول منازعة في التعاقد عليه - لا قدر الله - ؛

ولعدم التوسع في التحكيم في العقود الإدارية للطبيعة الاستثنائية وفقاً لما تمليه المصلحة العامة، كما نقترح أن تتضمن العقود الإدارية المبرمة مع المتعاقد شرطاً يَجْمَلُ المتعاقد أتعاب المحكمين إذا كان راعباً في الفصل في نزاعه عن طريق التحكيم، وليس القضاء.

سابعاً: العمل على وضع نظام خاص بالتحكيم في مجال العقود الإدارية؛ لخصوصية أطرافه، ولحساسية عقودها، كما نقترح إنشاء هيئات متخصصة في التحكيم في العقود الإدارية من أصحاب الخبرة والاختصاص، وتدريب كوادرها، وعقد دورات لهم، وعلى أي حال فإنه عند اختلاف الإجراء المتخذ فإن العبرة في المساهمة في حل تلك المعضلة في كون التحكيم طريقاً بديلاً للقضاء، ولا بد من السماح باللجوء إليه كما في القضاء، والضرورة إليه وفق الضوابط التي أوردناها، ومقترحاتنا التي أدلينا بها.

ثامناً: التأكيد على الجهات القضائية -وعلى وجه الخصوص ديوان المظالم المختص أصالة بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية- بضرورة تحديد مدة معينة لا تتجاوز الشهرين للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وهذه المدة من وجهة نظرنا مدة معقولة، حيث إن السبب الرئيس للجوء إلى التحكيم هو المدة الطويلة التي تستغرقها إجراءات التقاضي، وعليه نقترح إلزام جميع القضاة بذلك، بما يحقق السرعة التي من أجلها يصار إلى التحكيم.

والله أعلم،،

المصادر والمراجع

(أ) الكتب:

١. إبراهيم حسن إبراهيم الملا، شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، ورشة عمل حول «التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية»، في الندوة المقامة بعنوان «المعاملات القانونية الإلكترونية وعقود التجارة الدولية»، في دبي، الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ ١٨-٢٢ فبراير ٢٠٠٧م.
٢. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى من علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.
٣. د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨م.
٤. د. أحمد السيد الصاوي، الوجيز في التحكيم، طبقاً للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م على ضوء أحكام القضاء والتحكيم الدولي، الطبعة الرابعة، خاصة بالمؤلف، ٢٠١٣م.
٥. أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، طبعة خاصة بالمؤلف، ١٩٩٣م.
٦. أحمد الشقيري، التحكيم في عقود الدولة ذات العنصر الأجنبي، مجموعة محاضرات في الموسم الثقافي لنادي مجلس الدولة، دون دار نشر وسنة نشر.
٧. أحمد صالح علي مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥م.
٨. أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة النهدين بالعراق، كلية الحقوق، ١٤٣٣هـ، ٢٠١٢م.

٩. د. أحمد محمد حشيش، طبعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، مصر، القاهرة، ٢٠٠٧م.
١٠. أحمد مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق في جامعة عين شمس، ١٩٧٩م.
١١. بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة الجبلان ليايس، سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥م-٢٠١٦م.
١٢. جورجى شفيق ساري، التحكيم ومتى يجوز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية؟ دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر.
١٣. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧م.
١٤. حمدي علي عمر، التحكيم في عقود الإدارة: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ١٩٩٧م.
١٥. د. خالد فلاح عواد، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠١٠م.
١٦. د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
١٧. د. رجب محمد السيد الكحلاوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م.
١٨. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ١٩٨٦م.
١٩. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.



٢٠. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ١٩٨٥م.
٢١. شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار الفكر والقانون، مصر، المنصورة، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
٢٢. د. صلاح الدين فوزي، المبسوط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.
٢٣. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، المنصورة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م.
٢٤. د. عبد الحميد الأحمد، التحكيم أحكامه ومصادره، مؤسسة نوفل، لبنان، بيروت، الجزء الثاني، بدون سنة نشر.
٢٥. د. عبد الرحمن عباد، أصول علم القضاء في التنظيم القضائي والدعوى والاختصاص، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وأنظمة المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٤٠١هـ.
٢٦. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧م.
٢٧. د. عبد الفتاح حسن، دروس في القانون الإداري، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٣٩٣هـ.
٢٨. عبد الله بن حمد الوهيبي، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ-٢٠١١م.
٢٩. د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م.

٣٠. د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
٣١. أ. د. علي خطار شطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.
٣٢. د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
٣٣. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة، ١٩٩٥م.
٣٤. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
٣٥. مجلة الأحكام العدلية «فقه المعاملات في المذهب الحنفي»، ومعها قرار حقوق العائلة في النكاح المدني والطلاق والنكاح والافتراق، بعناية: بسام عبد الوهاب الجابي، دار بن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
٣٦. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر القاهرة، ٢٠٠٠م.
٣٧. محمد محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية مقارنة بضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
٣٨. محمد ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٤٢٠هـ.
٣٩. د. محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
٤٠. د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ١٩٩٥م.



٤١. د. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد غير الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر العربي، مصر، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢م.
٤٢. نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر.
٤٣. د. يحيى الجمل، الاتجاهات الحديثة في قانون التحكيم في العقود الإدارية، مركز البحوث والدراسات الإدارية والاقتصادية، مصر، ١٩٩٥م.
٤٤. يسرى محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، بدون سنة نشر.

(ب) الدوريات:

٤٥. د. أحمد هزاع الشمري، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، العدد السادس والثلاثون، المجلد السابع، ٢٠٢٠م.
٤٦. أنور أحمد رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، ١٩٩٨م، المجلد (٦)، العدد الأول.
٤٧. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث الإدارية، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مركز البحوث والاستشارات والتطوير، القاهرة، العدد الثاني، ٢٠٠٢م.
٤٨. د. حفيظة السيد الحداد، محل التكييف في القانون الدولي والخاص، دراسة تحليلية انتقادية للاتجاهات الفقهية الحديثة وأحكام القضاء، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد (٤)، لسنة ١٩٩١م.
٤٩. د. خالد بن عبد الله الخضير، التحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مجلة القضائية، وزارة العدل، العدد الأول، محرم، ١٤٣٢هـ.

٥٠. د. عبد الرؤوف دبابش، وجملوي دغيش، مبدأ سلطان الإدارة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد (٤٤)، يوليو ٢٠١٦م.
٥١. علاء محيي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ٢٠٠٥م.
٥٢. د. علي إبراهيم شعبان، مدى تأثير التحكيم في العقود الإدارية بمبدأ سيادة الدولة بالتطبيق على النظام السعودي، مجلة الحقوقية، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، ٢٠١٧م، المجلد السابع، العدد الثالث والثلاثون.
٥٣. د. علي محمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، تندوف، الجزائر، العدد الثاني، ديسمبر، ٢٠١٧م.
٥٤. عمر يوسف علون، الاتجاهات الحديثة في العقود الإدارية الاقتصادية، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية، (الصادرة من المعهد القضائي الأردني)، العدد الحادي عشر، ١٩٧٦م.
٥٥. د. محمد رفعت عبد الوهاب، التحكيم في العقود الإدارية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، العدد الثاني، ٢٠١٠م.
٥٦. د. محمد محجوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن، المجلة المغربية للإدارة التنموية، العدد (٨٦)، مايو-يونيو، ٢٠٠٩م.
٥٧. د. محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٣٤، العدد ٢، ٢٠٠٧م.



٥٨. د. نادية إسماعيل الجبلي، شرط التحكيم في قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ٢٠١٥م، دراسة مقارنة، المجلة القانونية بهيئة التشريع والإفتاء القانوني، البحرين، العدد التاسع، ٢٠١٩م.
٥٩. د. وجددي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء؟، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، يونيو، ١٩٩٣م.
٦٠. د. وليد بن محمد البشر، التحكيم في المنازعات الإدارية في النظامين: المغربي والسعودي، قراءة في الأساس القانوني، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد (١٢١)، مارس-أبريل، ٢٠١٥م.

(ج) المراجع الأجنبية:

61. **AUBY (j.m)**, arbitrage en matiere administrative, AJ.D.A 1955. P. 81
62. **C.E.21 Avril 1943 siedadctics de constraactin du nord de la france.Rec. Leb. P.107**, C.E.: ss.4 nanve 1957. Lamborot. AJ.D.A. 1957, p.108, concl dhardeau
63. **Charles Jarosson: 'la nation de l' arbitrage'. L.G.D.J? PARIS.1987.p86**
64. **Clive Schmitthoff;The jurisdiction of the arbitrator**, The Art of Arbitration; Liber Amicorum Pieter Snander,1983. P 290
65. **De Boisseson (M): 'le droid Francis de l' arbitrage interne et international' ed. GLNJOLY 1990 p5**
66. **R.DAViD: Larbitrage comimercial international en Droit compare**, 1969,P.513
67. **Revue critique de droit international prive.1963.314p**

(د) الأنظمة والقوانين واللوائح والأحكام القضائية:

٦٨. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١٩)، أغسطس ١٩٨٦م، والمعدل بموجب قانون التحكيم الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (٤٨) في ٢٠١١/١/١٣م.
٦٩. قانون التحكيم الأردني رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣م، المعدل بالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م.
٧٠. قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦م.
٧١. قانون التحكيم المصري رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م.
٧٢. قانون التحكيم المغربي، رقم (٠٥-٠٨)، لسنة ٢٠٠٧م، المنشور في الجريدة الرسمية المغربية، عدد ٥٥٨٤، بتاريخ ١٦/١٢/٢٠٠٧م.
٧٣. قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨)، وتاريخ ١٧/١/١٣٨٣هـ، الموافق ١/٦/١٩٦٣م.
٧٤. اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢)، وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩)، وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ.
٧٥. مجموعة أحكام محكمة التمييز الأردنية، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩٧م.
٧٦. مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية غير المنشورة الصادرة من الدوائر الإدارية بديوان المظالم.
٧٧. الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية وفتاوى الجمعية العمومية منذ عام ١٩٥٠م وحتى عام ١٩٩٥م، مصر، الدار العربية للموسوعات، ١٩٩٦م.
٧٨. موقع وزارة المالية، المكتبة الرقمية، العقود والمشاريع، نماذج العقود ٢٠٢٠-
٢٠٢١م، الرابط: <https://cutt.us/gi2QE>.



٧٩. نظام الاستثمار التعديني الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٧) وتاريخ ٢٠/٨/١٤٢٥هـ، الموافق ٤/١٠/٢٠٠٤م.
٨٠. نظام التحكيم الحالي «الساري» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ.
٨١. نظام التحكيم السابق «الملغى» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٦) وتاريخ ١٢/٧/١٤٠٣هـ.
٨٢. نظام المحكمة التجارية لعام ١٣٥٠هـ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥/١١/١٣٥٠هـ، والمعدل بنظام المحاكم التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٣) وتاريخ ١٥/٨/١٤٤١هـ.
٨٣. نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.
٨٤. نماذج العقود الإدارية المعدة سلفاً من وزارة المالية، موقع وزارة المالية، المكتبة الرقمية، العقود والمشاريع، النماذج من ٢٠٢٠ إلى ٢٠٢١، على الرابط:
<https://cutt.us/gi2QE>

