



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



قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الأربعون • محرم ١٤٤٧هـ • يوليو ٢٠٢٥م

القواعد الفقهية المتعلقة بنظام
التحكيم السعودي

د. حسن بن علي السفيني

الوسائل البديلة لتسوية
المنازعات الناشئة عن اتفاقية
الامتياز التجاري

د. شايع بن عبد الله آل عليان

مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر
تقنيات التواصل الاجتماعي
في ضوء النظام السعودي
والاتفاقيات الدولية

د. عبداللطيف عبد الله الخرجي
د. أميرة عبد العظيم محمد

الأحكام المتعلقة باستخدام
الأسلحة في الحرب - دراسة
تحليلية على ضوء الاتفاقيات
الدولية

د. عبد الله بن عمر بالبيد

تحقيق رسالة: إسعاف المستفتي عن
قول الرجل لامرأته أنت أختي

د. فهد بن عبد الرحمن الدهمش

الاختيارات القضائية للشيخ الدكتور
سعود بن سعد الدريب رحمه الله

د. صالح نبيل الدريب

أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في
مرحلة التفاوض على العقد في نظام
المعاملات المدنية السعودي - دراسة
تحليلية

د. سليمان بن عبد المحسن السعوي

دور مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بأحد
طرق الإثبات في الإثبات القضائي وفقاً
لنظام الإثبات السعودي لعام ١٤٤٣هـ

د. منصور أحمد محمد صالح

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الأربعون • محرم ١٤٤٧هـ • يوليو ٢٠٢٥م

✉ info@qadha.org.sa

☎ 0112584996

☎ 0538999887

📷 qadha.ksa

✖ qdha



© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٧هـ (٢٠٢٥م)
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 1658-984X)

هيئة التحرير

رئيس التحرير

فضيلة أ.د. عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ سُلَيْمَانَ الْغَسْلَانِ

رئيس مجلس إدارة الجمعية

أعضاء هيئة التحرير

فضيلة أ.د. خَالِدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُصْلِحِ

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
في جامعة القصيم

فضيلة أ.د. عَبْدُ الْوَاحِدِ بْنُ حَمْدٍ الْمَرْزُوعِ

أستاذ الأنظمة بكلية الشريعة والقانون
نائب رئيس جامعة الإمام عبد الرحمن بن فيصل
للشؤون الإدارية والمالية

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 عُثْمَانَ الْعُمَيْرِ

عميد كلية الحقوق بكليات الشرق العربي

فضيلة الشيخ / عَبْدُ الْإِلَهِ بْنُ إِبْرَاهِيمَ الْعَرَوَّانِ

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 بدون.
- (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 نتائجه 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 لمحكم ثالث مرّجّح يقوم بتقييمه وتصويبه.
- وفي حال كان رأي المحكمين -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 فحماً يجعله صالحاً للنشر، وإرسال نسخة للباحث لمراجعتها قبل نشرها وإبداء رأيه فيها.

محتويات العدد

٧ | كلمة التحرير

٩ | تحقيق رسالة: إسعاف المستفتي عن قول الرجل لامرأته أنت أختي
د. فهد بن عبد الرحمن بن عبد الله الدهمش

٥٣ | الاختيارات القضائية للشيخ الدكتور سعود بن سعد الدريب رحمه الله
د. صالح نبيل صالح الدريب

١١٣ | أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد في نظام
المعاملات المدنية السعودي - دراسة تحليلية
د. سليمان بن عبد المحسن السعوي

١٧٢ | دور مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بأحد طرق الإثبات في الإثبات القضائي
وفقاً لنظام الإثبات السعودي لعام ١٤٤٣هـ
د. منصور أحمد محمد صالح

٢٤٢ | القواعد الفقهية المتعلقة بنظام التحكيم السعودي
د. حسن بن علي السفيني

٣٢٧ | الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن اتفاقية الامتياز التجاري
د. شايع بن عبد الله آل عليان

٤٣١ | مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر تقنيات التواصل الاجتماعي في ضوء
النظام السعودي والاتفاقيات الدولية
د. عبد اللطيف عبد الله الخرجي، د. أميرة عبد العظيم محمد

٥٤٧ | الأحكام المتعلقة باستخدام الأسلحة في الحرب - دراسة تحليلية على
ضوء الاتفاقيات الدولية
د. عبد الله بن عمر باليد



كلمة التحرير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير الأنبياء والمرسلين،
وبعد:

فيسرُّ مجلة الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) أن تقدم للقراء
الكرام عددها الجديد، حافلاً بمجموعة من البحوث العلمية الرصينة، التي
تعالج قضايا فقهية وقضائية معاصرة.

فقد استُهلَّ العدد بدراسة وتحقيق لرسالة قيمة بعنوان «إسعاف المستفتي
عن قول الرجل لامرأته: أنت أختي» تستقي أهميتها من قدر مؤلفها وأهمية
مضمونها.

كما احتوى العدد على دراسة جمعت «الاختيارات القضائية للشيخ
الدكتور سعود بن سعد الدريب رحمه الله»، وهو من النماذج العلمية المعاصرة
التي جمعت بين التأصيل والتطبيق في المجال العدلي القضائي.

وفي ميدان أحكام العقود والمعاملات، قدم العدد بحثاً بعنوان «أثر
الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد في نظام المعاملات
المدنية السعودي - دراسة تحليلية»، عالج فيه الباحث مرحلة تعد من
المستجدات في التشريعات المدنية، وهي مرحلة التفاوض على العقد.

كما اشتمل العدد على دراسة منهجية بعنوان «دور مبدأ الثبوت بالكتابة
المعزَّز بأحد طرق الإثبات في الإثبات القضائي وفقاً لنظام الإثبات السعودي
لعام ١٤٤٣هـ» يبيِّن فيه الباحث مبدأ الثبوت بالكتابة وطبيعته وأركانه،
ومتى يتم اللجوء إليه.

ونظراً لأهمية التحكيم في فضّ المنازعات وتسوية الخلافات، فقد حوى
العدد بحثاً بعنوان «القواعد الفقهية المتعلقة بنظام التحكيم السعودي» أبرز

فيه الباحث أثر القواعد الفقهية في مواد نظام التحكيم وأهمية ربط النظام بالقواعد الفقهية بما يفيد المختصين من القضاة والمحامين والباحثين.

كما تضمن العدد دراسة بعنوان «الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن اتفاقية الامتياز التجاري» وقد تناول فيه الباحث الطبيعة القانونية لهذه الاتفاقية وأبرز الأحكام والقواعد لتسيير إجراءات الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عنها، وأبرز التحديات التي تحول دون الاستفادة منها وكيفية التغلب عليها.

ومن جملة ما تضمّنه العدد أيضًا بحثًا بعنوان «مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر تقنيات التواصل الاجتماعي» الذي درس كيفية مكافحة وإثبات هذه الجرائم في ضوء النظام السعودي والاتفاقيات الدولية.

واختتم العدد بدراسة تحليلية بالغة الأهمية عن الأحكام المتعلقة باستخدام الأسلحة في الحرب على ضوء الاتفاقيات الدولية.

وإذ يضم هذا العدد هذا الطيف من البحوث المتنوعة، فإننا نأمل أن يسهم في إثراء المكتبة القضائية والقانونية، وأن يلبي حاجات شريحة واسعة من القراء والمتخصصين في الفقه والقضاء والقانون.

ولا يخفى أن ما احتوته هذه الدراسات من اجتهادات وآراء إنما تُعبر عن رؤى أصحابها، ولا يمثل بالضرورة رأي المجلة ولا هيئة تحريرها.

والمجلة إذ تثمن هذه الجهود المبذولة، فإنها ترحب بكل نقد بناء أو تعليق علمي أو تعقيب موضوعي يثري النقاش ويعزز التكامل المعرفي.

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

رئيس هيئة التحرير

أ.د. عبد العزيز بن سليمان الغسلان





تحقيق رسالة: إسعاف المستفتي عن قول الرجل لامرأته: أنت أختي

للعلامة: عبد الرحمن بن عبد الكريم بن زياد المقصري الشافعي،
المعروف بابن زياد اليمني، ت ٩٧٥هـ

د. فهد بن عبد الرحمن بن عبد الله الدهمش

الأستاذ المشارك بالمعهد العالي للقضاء

قسم الفقه المقارن

المقدمة

الحمدُ لله الذي أَرشَدَ عباده للتفقه في الشريعة، ويسّر لهم خدمة العلم لتحقيق الرُتبِ العاليةِ المنيفة، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

فإنَّ عِلْمَ الشريعة من أفضل ما عَمَرَ به الإنسانُ وقته، وشَغَلَ به أيامه، وتَقَرَّب به إلى ربه، ومن أَجَلَّ علوم الشريعة: علم الفقه.

وهيَّا الله لهذا العلم مَنْ حَفِظَهُ، وَبَيَّنْ حُدُودَهُ وَأَحْكَامَهُ، وَتَتَابَعَ العلماء في كل زمنٍ على ذلك، يأخذُ اللاحق من السابق، في سلسلة شريفة من أهل العلم والفضل.

وقد يسّر الله لي الوقوف على رسالة صغيرة للفقيه عبد الرحمن بن عبد الكريم المقصري الزبيدي، بعنوان: إسعاف المستفتي عن قول الرجل لامرأته أنت أختي، فأردت تحقيقها وإخراجها، لأهمية موضوعها، وجلالة قدر مؤلفها.

وأشكرُ أخي وزميلي فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور: عبد الإله بن أحمد الدويش، إذ كان له الفضل بعد الله في اطلاعي على هذه الرسالة.

والله أسأل أن يتقبَّلها مني، وأن يجعلها خالصةً لوجهه الكريم، وأن ينفع بها كاتبها وقارئها، آمين.

أهمية المخطوط وأسباب اختياره:

وتتحقق أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يأتي:

١. عدم سبق تحقيق الرسالة، مع أهميتها.
٢. أن مؤلفها من العلماء المحققين، فهو من فقهاء الشافعية باليمن، كما سيأتي مزيد بيان لذلك في ترجمته.
٣. موضوع الرسالة: حيث تعتبر من المسائل المهمة.
٤. المساهمة في إخراج كتب التراث الفقهي.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والاطلاع في فهارس المكتبات، وفي الشبكة العنكبوتية، وسؤال المختصين والمهتمين، لم أقف على من قام بتحقيق الرسالة.

منهج البحث:

اعتمدت المنهج الآتي في التحقيق:

أولاً: الحرص على إخراج النص في أقرب صورة وضعها المؤلف، وذلك باتباع الآتي:

١. المحافظة على النسخة الأصلية ما لم يتبين أن هناك خطأ واضحاً لا تستقيم العبارة معه، فأصوبه من النسخ الأخرى وأجعله بين حاصرتين هكذا [].

٢. إذا اجتمعت النسخ على خطأ واضح، أجتهد في تصويبه في الهامش، مع بيان مستند التصحيح، وإبقاء ما ورد في النسخ في صلب الكتاب.

٣. الفروق اليسيرة بين النسخ لا أشير إليها: كالفاء والواو.

٤. رسمت الكتابة بالرسم الإملائي الحديث، دون الإشارة إلى الفروق بينها وبين طريقة الكتابة الواردة في النسخ.

ثانياً: أوثق النقول والآراء التي يذكرها المؤلف من مصادرها التي اعتمدها، ونقل عنها.

ثالثاً: أوثق مسائل الكتاب من الكتب المعتمدة في المذهب.

رابعاً: أترجم للأعلام الذين وردت أسماؤهم في الرسالة، بذكر اسم العلم، وكنيته، وأشهر مؤلفاته، ووفاته.

خامساً: أضع فهرساً للمصادر والمراجع.

خطة البحث:

يشتمل البحث على مقدمة، وقسمين.

المقدمة: وتشتمل على: أهمية المخطوط وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطة البحث.

القسم الأول: القسم الدراسي: التعريف بالمؤلف وبالكتاب:

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بمؤلف الكتاب.

المبحث الثاني: التعريف بالكتاب.

القسم الثاني: النص محققاً.

فهارس المصادر والمراجع.



القسم الأول: القسم الدراسي التعريف بالمؤلف وبالكتاب

وفيه مبحثان: المبحث الأول التعريف بمؤلف الكتاب

اسمه وولادته ونشأته^(١):

الإمام أبو الضياء^(٢) وجيه الدين عبد الكريم بن عبد الرحمن بن إبراهيم بن علي بن زياد الغيثي المقصري الزبيدي الشافعي، المعروف

(١) انظر في مصادر ترجمة النور السافر عن أخبار القرن العاشر، لمحيي الدين عبد القادر بن شيخ بن عبد الله العيذرؤوس، ت ١٠٣٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ، ص ٤١٠، شذرات الذهب، لعبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، أبو الفلاح، ت ١٠٨٩هـ، تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، ١٠/ ٥٥٢، الأعلام، لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، ت ١٣٩٦هـ، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشرة، ٢٠٠٢م، ٣/ ٣١١، طبقات الخواص أهل الصدق والإخلاص، لأحمد بن أحمد بن عبد اللطيف الشرجي الزبيدي، ت ٨٩٣هـ، الدار اليمنية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، ص ٢٨١، كشف الظنون، ص ٦٠٨، معجم المؤلفين، لعمر رضا كحالة، مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٥/ ٥، هدية العارفين، لإسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي، ت ١٣٩٩هـ، نشر بعناية وكالة المعارف الجليلة في مطبعها البهية، إستانبول، ١٩٥١م، ١/ ٥٤٥، إضاح المكنون، ٢٣/ ٣، خلاصة الخبر، ص ٥٣٣، ديوان الإسلام، لشمس الدين أبي المعالي محمد بن عبد الرحمن الغزي، ت ١١٦٧هـ، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ، ٢/ ٤٠٠.

(٢) وبعضهم يذكر كنيته أبو محمد.



بابن زياد اليمني.

المقصري نسبةً إلى قبيلة المقاصرة، والزبيدي نسبةً إلى زيد نشأة ووفاة، والشافعي مذهباً.

ولد رَحْمَةُ اللَّهِ فِي شهر رجب سنة ٩٠٠هـ في بلدة زبيد، ونشأ بها، وتلقى علومه على علمائها، وحفظ القرآن على والده.

ثم انتقل للحج في عام ٩٤٢هـ، وأخذ عن علماء الحرمين، ودرّس فيهما.

ثم رجع إلى بلدته، منشغلاً بالتصنيف والتدريس، حتى وفاة شيخه الطَّنْبَدَاوي سنة ٩٤٨هـ، حيث تصدر بعدها للتدريس والفتوى، وكانت دروسه في الجامع الكبير بزبيد، وفي بيته، واستمر على التصنيف والتدريس والفتوى، حتى بعد أن كفّ بصره في عام ٩٦٤هـ، مع زهدٍ في الدنيا وورع، وانشغال بالبحث والاطلاع والفتوى والتدريس.

شيوخه وتلاميذه:

تتلمذ المؤلف رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَى كثير من علماء عصره خصوصاً علماء بلده، ومن أشهر من أخذ عنهم:

١. القاضي صفى الدين أحمد بن عمر المزجّد الزبيدي الشافعي، ولد سنة ٨٤٧هـ، اشتهر بالمزجّد، من فقهاء الشافعية باليمن، ولي القضاء بعدن، وقد نقل عنه المؤلف في رسالتنا هذه، ومن مصنفاته:

العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والأصحاب، وتجريد الزوائد، وتحفة الطلاب ونظم الإرشاد، توفي سنة ٩٣٠ هـ^(١).

وقد نقل عنه المؤلف في هذه الرسالة عن كتابه العباب.

٢. شهاب الدين أبو العباس أحمد بن الطيب بن محمد الطنبداوي، من مؤلفاته: شرح التنبيه، فتاوى فقهية، توفي ٩٤٨ هـ^(٢).

٣. وجيه الدين أبو محمد عبد الرحمن بن علي العبدري، أحد علماء زبيد، أخذ عنه التفسير والحديث والسير، توفي سنة ٩٤٤ هـ^(٣).

ومن تلامذته:

١. ابنه عبد السلام، وقد تولى الإفتاء بعد والده، فقيه، من مؤلفاته: التحرير الواضح الأكمل في حكم الماء المطلق والمستعمل، وقد توفي بعد والده بأشهر سنة ٩٧٥ هـ.

٢. جمال الدين الطاهر بن حسين الأهدل، توفي بزبيد سنة ٩٩٨ هـ.

(١) انظر في ترجمته: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، نجم الدين محمد بن محمد الغزي، ت ١٠٦١ هـ، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ، ٢/ ١١٤، ديوان الإسلام، ٤/ ١٤٣، هدية العارفين، ١/ ١٤٠، الأعلام، ١/ ١٨٨.

(٢) انظر في ترجمته: النور السافر، ص ٢٠٦ وما بعدها.

(٣) انظر في ترجمته: النور السافر، ص ١٩١.

مؤلفاته:

عني رَحْمَةُ اللَّهِ بكثرة التصنيف، إما جواباً على فتوى، كما في رسالتنا هذه، أو ما كان من قبيل الردود والمساجلات العلمية مع علماء عصره كالإمام ابن حجر الهيتمي في مسألة تبرع المدين، أو ما ألفه ابتداءً مما يعرض من النوازل.

قال في السناء الباهر ص ٥٠٥: «وصنف عدة مصنفات، وألف مؤلفات مفيدات، لكن أكثرها مختصرات، ومع اتساعه في العلم لم يوجد له كتاب أطلق فيه عنان القلم» ١.هـ.

ومن أشهر مؤلفاته ورسائله:

١. الأنوار المشرقة في الفتاوى المحققة، والمعروفة بفتاوى ابن زياد، وقد قام بتحقيقها مجموعة من طلاب جامعة صنعاء.
٢. بغية المسترشدين في تحرير تبرع المدين، وهي مطبوعة.
٣. تحذير أئمة الإسلام من تغيير بناء المسجد الحرام، وهي مطبوعة.
٤. الإيضاح والتكميل، وهي مطبوعة.
٥. إتحاف السالكن الأختيار بحكم التصفيق في الأذكار، مخطوط.
٦. الأجوبة المرضية عن الأسئلة المكية، مخطوط.
٧. إقامة البرهان على كمية التراويح في رمضان، مخطوط.

٨. إسعاف المستفتي عن قول الرجل لامرأته: أنتِ أختي، وهي رسالتنا هذه.

٩. مزيل العناء في أحكام ما أحدث في الأرض المزدرة من العناء، مطبوعة.

١٠. إيراد النقول المذهبية عن ذوي التحقيق في أنت طالق على صحة البراء من صيغ المعارضة لا التعليق، مخطوط. وغيرها من المؤلفات^(١).

ثناء العلماء عليه:

قال ابن العماد^(٢): «صار عيناً من أعيان الزمان، يشار إليه بالبنان، وقصدته الفتاوى من شاسع البلاد، وضربت إليه آباط الإبل من كل ناد، وعقدت عليه الخناصر، وتلمذت له الأكابر»^١هـ.

وقال في النور السافر^(٣): «شيخ الإسلام، مفتي الأنام، علم الأئمة الأعلام، محرر المذهب، وطرّاز المذهب، أستاذ المحققين»^١هـ.

وفاته:

توفي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في شهر رجب من عام ٩٧٥ هـ، ودفن في زيد.

(١) النور السافر، ص ٤١٥، السناء الباهر، ص ٥٠٥، هداية العارفين، ١/ ٥٤٥-٥٤٦، إيضاح المكنون، ٣/ ٥٣، معجم المؤلفين، ٢/ ٩٤، مصادر الفكر الإسلامي، ص ٢٣٧.

(٢) شذرات الذهب، ٤/ ٣٧٧.

(٣) النور السافر، ٢/ ٤١٠.

المبحث الثاني التعريف بالكتاب

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اسم الكتاب ونسبته إلى المؤلف:

اسم الكتاب: إسعاف المستفتي عن قول الرجل لامرأته: أنت أختي، وهذا العنوان هو الذي تتابعت عليه كتب التراجم التي ترجمت للمؤلف، وهو أيضاً المكتوب على طرة النسخ المخطوطة، فلم يرد اسم آخر للمخطوط حسب اطلاعي، كما هو مُعتاد في كثير من الكتب والرسائل للمؤلفين.

وهو ثابت النسبة لمؤلفه بلا شك، ومما يؤكد النسبة له ما يلي:

١. ثبوته على طرة النسخ المخطوطة، ففي نسخة مكتبة الأحقاف بتريم، المصورة عن مكتبة جمعة الماجد: «إسعاف المستفتي عن قول الرجل لامرأته: أنت أختي، تأليف الإمام شيخ الإسلام والمسلمين المحقق المدقق وجيه الدين عبد الرحمن بن عبد الكريم ابن زياد نفع الله به»، وكذا أيضاً بنفس العنوان على طرة نسخة دار الكتب المصرية.
٢. ما جاء في كتب التراجم، وفهارس المخطوطات التي أشارت إلى هذه الرسالة له من ضمن مؤلفاته^(١).

(١) النور السافر، ص ٢٧٨، هدية العارفين، ١/ ٥٤٥، إيضاح المكنون، ٣/ ٧٨، مصادر الفكر، ص ٢٣٨، خلاصة الخبر، ص ٥٣٤، السناء الباهر، ص ٥٠٥، فهرس مخطوطات خزانة التراث.

المطلب الثاني: وصف النسخ المخطوطة:

النسخة الأولى: نسخة مكتبة جمعة الماجد:

وهي ضمن مجموع فيه عدة رسائل للمؤلف (١٤) رسالة، مكتوبة بخط واضح.

وهي بلا اسم ناسخ ولا تاريخ النسخ.

وعدد ألواحها ٤ ألواح، وعدد الأسطر ٢٥.

جاء في غلاف المجموع: «مكتبة الأحقاف مجموع برقم (٢٧٠٢)، يحتوي على: ...» ثم سرد عناوين الرسائل، ومنها هذه الرسالة.

«هذا المجموع مما من الله به على عبده عبد الله بن عمر بن أبي بكر بن عمر بن يحيى سنة ١٢٩٠هـ».

وجاء في آخر لوح في المجموع: «قال ذلك الفقير إلى الله تعالى عبد الرحمن بن عبد الكريم زياد عفى الله عنه وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وأصحابه وأزواجه وأهل بيته وذريته وسلم».

وقد كتب في غلاف الرسالة ضمن هذا المجموع: «إسعاف المستفتي عن قول الرجل لامرأته: أنت أختي تأليف الإمام شيخ الإسلام والمسلمين المحقق المدقق وجيه الدين عبد الرحمن بن عبد الكريم زياد نفع الله به».

وقد رمزت لهذه النسخة برمز: ب.

النسخة الثانية: نسخة دار الكتب المصرية:

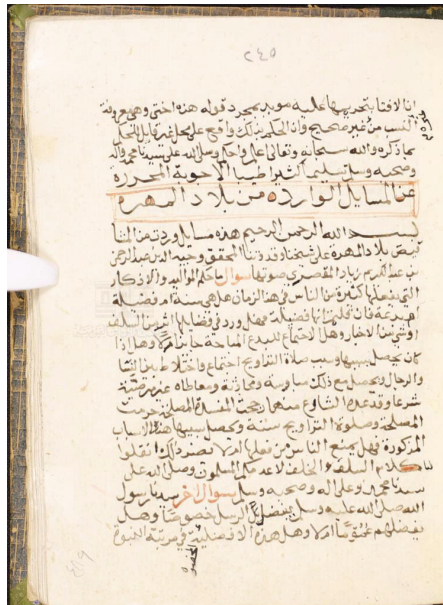
برقم (٣٥٤).

وهي أيضاً ضمن مجموع رسائل للمؤلف، مكتوبة بخط واضح، مع تمييز لبعض الكلمات باللون الأحمر، مع تصحيحات على هامش المخطوط.

وهي بلا اسم ناسخ أو تاريخ للنسخ.

وتقع في ٥ ألواح.

جاء في بداية المخطوط بخط كبير مغاير لخط المخطوط: «إسعاف المستفتي عن قول الرجل لامرأته: أنت أختي». وجعلت هذه النسخة هي الأصل.



نسخة الأصل



[illegible]

١٤٥
 ١٤٦
 ١٤٧
 ١٤٨
 ١٤٩
 ١٥٠
 ١٥١
 ١٥٢
 ١٥٣
 ١٥٤
 ١٥٥
 ١٥٦
 ١٥٧
 ١٥٨
 ١٥٩
 ١٦٠
 ١٦١
 ١٦٢
 ١٦٣
 ١٦٤
 ١٦٥
 ١٦٦
 ١٦٧
 ١٦٨
 ١٦٩
 ١٧٠
 ١٧١
 ١٧٢
 ١٧٣
 ١٧٤
 ١٧٥
 ١٧٦
 ١٧٧
 ١٧٨
 ١٧٩
 ١٨٠
 ١٨١
 ١٨٢
 ١٨٣
 ١٨٤
 ١٨٥
 ١٨٦
 ١٨٧
 ١٨٨
 ١٨٩
 ١٩٠
 ١٩١
 ١٩٢
 ١٩٣
 ١٩٤
 ١٩٥
 ١٩٦
 ١٩٧
 ١٩٨
 ١٩٩
 ٢٠٠
 ٢٠١
 ٢٠٢
 ٢٠٣
 ٢٠٤
 ٢٠٥
 ٢٠٦
 ٢٠٧
 ٢٠٨
 ٢٠٩
 ٢١٠
 ٢١١
 ٢١٢
 ٢١٣
 ٢١٤
 ٢١٥
 ٢١٦
 ٢١٧
 ٢١٨
 ٢١٩
 ٢٢٠
 ٢٢١
 ٢٢٢
 ٢٢٣
 ٢٢٤
 ٢٢٥
 ٢٢٦
 ٢٢٧
 ٢٢٨
 ٢٢٩
 ٢٣٠
 ٢٣١
 ٢٣٢
 ٢٣٣
 ٢٣٤
 ٢٣٥
 ٢٣٦
 ٢٣٧
 ٢٣٨
 ٢٣٩
 ٢٤٠
 ٢٤١
 ٢٤٢
 ٢٤٣
 ٢٤٤
 ٢٤٥
 ٢٤٦
 ٢٤٧
 ٢٤٨
 ٢٤٩
 ٢٥٠
 ٢٥١
 ٢٥٢
 ٢٥٣
 ٢٥٤
 ٢٥٥
 ٢٥٦
 ٢٥٧
 ٢٥٨
 ٢٥٩
 ٢٦٠
 ٢٦١
 ٢٦٢
 ٢٦٣
 ٢٦٤
 ٢٦٥
 ٢٦٦
 ٢٦٧
 ٢٦٨
 ٢٦٩
 ٢٧٠
 ٢٧١
 ٢٧٢
 ٢٧٣
 ٢٧٤
 ٢٧٥
 ٢٧٦
 ٢٧٧
 ٢٧٨
 ٢٧٩
 ٢٨٠
 ٢٨١
 ٢٨٢
 ٢٨٣
 ٢٨٤
 ٢٨٥
 ٢٨٦
 ٢٨٧
 ٢٨٨
 ٢٨٩
 ٢٩٠
 ٢٩١
 ٢٩٢
 ٢٩٣
 ٢٩٤
 ٢٩٥
 ٢٩٦
 ٢٩٧
 ٢٩٨
 ٢٩٩
 ٣٠٠
 ٣٠١
 ٣٠٢
 ٣٠٣
 ٣٠٤
 ٣٠٥
 ٣٠٦
 ٣٠٧
 ٣٠٨
 ٣٠٩
 ٣١٠
 ٣١١
 ٣١٢
 ٣١٣
 ٣١٤
 ٣١٥
 ٣١٦
 ٣١٧
 ٣١٨
 ٣١٩
 ٣٢٠
 ٣٢١
 ٣٢٢
 ٣٢٣
 ٣٢٤
 ٣٢٥
 ٣٢٦
 ٣٢٧
 ٣٢٨
 ٣٢٩
 ٣٣٠
 ٣٣١
 ٣٣٢
 ٣٣٣
 ٣٣٤
 ٣٣٥
 ٣٣٦
 ٣٣٧
 ٣٣٨
 ٣٣٩
 ٣٤٠
 ٣٤١
 ٣٤٢
 ٣٤٣
 ٣٤٤
 ٣٤٥
 ٣٤٦
 ٣٤٧
 ٣٤٨
 ٣٤٩
 ٣٥٠
 ٣٥١
 ٣٥٢
 ٣٥٣
 ٣٥٤
 ٣٥٥
 ٣٥٦
 ٣٥٧
 ٣٥٨
 ٣٥٩
 ٣٦٠
 ٣٦١
 ٣٦٢
 ٣٦٣
 ٣٦٤
 ٣٦٥
 ٣٦٦
 ٣٦٧
 ٣٦٨
 ٣٦٩
 ٣٧٠
 ٣٧١
 ٣٧٢
 ٣٧٣
 ٣٧٤
 ٣٧٥
 ٣٧٦
 ٣٧٧
 ٣٧٨
 ٣٧٩
 ٣٨٠
 ٣٨١
 ٣٨٢
 ٣٨٣
 ٣٨٤
 ٣٨٥
 ٣٨٦
 ٣٨٧
 ٣٨٨
 ٣٨٩
 ٣٩٠
 ٣٩١
 ٣٩٢
 ٣٩٣
 ٣٩٤
 ٣٩٥
 ٣٩٦
 ٣٩٧
 ٣٩٨
 ٣٩٩
 ٤٠٠
 ٤٠١
 ٤٠٢
 ٤٠٣
 ٤٠٤
 ٤٠٥
 ٤٠٦
 ٤٠٧
 ٤٠٨
 ٤٠٩
 ٤١٠
 ٤١١
 ٤١٢
 ٤١٣
 ٤١٤
 ٤١٥
 ٤١٦
 ٤١٧
 ٤١٨
 ٤١٩
 ٤٢٠
 ٤٢١
 ٤٢٢
 ٤٢٣
 ٤٢٤
 ٤٢٥
 ٤٢٦
 ٤٢٧
 ٤٢٨
 ٤٢٩
 ٤٣٠
 ٤٣١
 ٤٣٢
 ٤٣٣
 ٤٣٤
 ٤٣٥
 ٤٣٦
 ٤٣٧
 ٤٣٨
 ٤٣٩
 ٤٤٠
 ٤٤١
 ٤٤٢
 ٤٤٣
 ٤٤٤
 ٤٤٥
 ٤٤٦
 ٤٤٧
 ٤٤٨
 ٤٤٩
 ٤٥٠
 ٤٥١
 ٤٥٢
 ٤٥٣
 ٤٥٤
 ٤٥٥
 ٤٥٦
 ٤٥٧
 ٤٥٨
 ٤٥٩
 ٤٦٠
 ٤٦١
 ٤٦٢
 ٤٦٣
 ٤٦٤
 ٤٦٥
 ٤٦٦
 ٤٦٧
 ٤٦٨
 ٤٦٩
 ٤٧٠
 ٤٧١
 ٤٧٢
 ٤٧٣
 ٤٧٤
 ٤٧٥
 ٤٧٦
 ٤٧٧
 ٤٧٨
 ٤٧٩
 ٤٨٠
 ٤٨١
 ٤٨٢
 ٤٨٣
 ٤٨٤
 ٤٨٥
 ٤٨٦
 ٤٨٧
 ٤٨٨
 ٤٨٩
 ٤٩٠
 ٤٩١
 ٤٩٢
 ٤٩٣
 ٤٩٤
 ٤٩٥
 ٤٩٦
 ٤٩٧
 ٤٩٨
 ٤٩٩
 ٥٠٠
 ٥٠١
 ٥٠٢
 ٥٠٣
 ٥٠٤
 ٥٠٥
 ٥٠٦
 ٥٠٧
 ٥٠٨
 ٥٠٩
 ٥١٠
 ٥١١
 ٥١٢
 ٥١٣
 ٥١٤
 ٥١٥
 ٥١٦

الم

[illegible][illegible][illegible][illegible]

القسم الثاني

النص المحقق

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم، أما بعد:

فإنه وَرَدَ عَلَيَّ سَوَالٌ مِنْ مَكَّةِ الْمُشْرِفَةِ عَلَى وَاقِعَةٍ وَقَعَتْ فِي مِصْرَ وَصُورَتِهَا: مَا قَوْلُكُمْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَنَفَعَ الْمُسْلِمِينَ بِعُلُومِكُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، فِي رَجُلٍ أَتَى بِزَوْجَتِهِ إِلَى شُهُودٍ مُحْكَمَةٍ، وَقَالَ: هَذِهِ أُخْتِي، وَصَدَّقْتَهُ عَلَى ذَلِكَ، ثُمَّ أَتَى إِلَى قَاضِيَيْنِ وَشُهُودٍ مُحْكَمَةٍ، وَاعْتَرَفَ بِذَلِكَ لَدَى حَاكِمٍ شَافِعِيٍّ وَحَكَمَ بِمُوجِبِهِ، فَهَلْ تَحْرُمُ الزَّوْجَةُ عَلَى زَوْجِهَا الْمَذْكُورِ مُؤَبَّدًا بِمَا ذَكَرَهُ، وَإِنْ كَانَا مَعْرُوفِي النِّسْبِ كَمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخَانِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي الرُّوْضَةِ وَأَصْلُهَا^(١) فِي كِتَابِ الْعَتَقِ وَلَا يُقْبَلُ رَجُوعُهُمَا عَنْ

(١) المقصود بالروضة: روضة الطالبين وعمدة المفتين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، وهو كتاب في فقه الشافعية معتمد عندهم اختصره من كتاب الشرح الكبير للرافعي، والمراد بأصل الروضة كتاب العزيز شرح الوجيز المسمى بالشرح الكبير للرافعي، وإذا قالوا في أصل الروضة فالمراد عبارة النووي في الروضة التي لخصها واختصرها من لفظ الرافعي في العزيز. انظر: الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية، لعلوي بن أحمد السقاف، مركز النور للدراسات والأبحاث، بدون تاريخ نشر، ص ١٣٧. المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، على جمعة محمد عبد الوهاب، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٢هـ، ص ٥٦.

ذلك، ولا قولهما كذبنا فيه، وجعلناه تدليساً على أخت^(١) الزوج؛ ليقطع^(٢) حقها بالباطل، وليس لمخالف يرى خلاف رأي الشافعي ببقاء العصمة أن ينقض^(٣) حكم الشافعي المذكور، أم لا؟ وما حكم الله في ذلك؟ أفتونا مأجورين مثابين الجنة بمن الله ورحمته.

وعنوان السؤال القصد من تفضلاتكم إمعان النظر في المسألة وتيسير المنقول، فإن علماء مصر وقع بينهم^(٤) خلاف كثير في المسألة، انتهى ذلك وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

الجواب: اعلم وفقك الله أن السائل لم يذكر في السؤال كونها أخته بأن يمكن أن تكون بنتاً للملحق به ولا عدمه، ولا بد من تصويرها بالإمكان وعلى ما ينبني الجواب^(٥).

فأقول مستمداً من الله تعالى المعونة: الذي صرح به الشيخان^(٦) في كتاب العتق أن قول الرجل لامرأته: أنت بتتي، واقتضى كلاهما فيه أنه كقوله لعبده: أنت ابني، وعبارة الروضة^(٧) في العتق: «قال لعبده:

(١) في هامش الأصل: لعله أخ، وفي ب: بياض بقدر كلمة.

(٢) في ب: لقطع.

(٣) (أن ينقض) تصحيح من هامش الأصل، وفي ب بياض بقدر الكلمتين.

(٤) كذا في ب، وفي الأصل: بينهما والصواب هو المثبت.

(٥) في ب: وعليه ينبني الجواب.

(٦) إذا أطلق الشيخان عند الشافعية فالمراد بهما: الرافي والنووي رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

(٧) روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: د. خليل مأمون شيحا، دار المعرفة بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٧ هـ،

٧٢٤-٧٢٥.

أنت ابني - ومثله يجوز أن يكون ابناً له - ثبت نسبه، وعَتَقَ إن كان صغيراً، أو بالغاً وصدّقه، وإن كذّبه عتق أيضاً وإن لم يثبت النسب.

وإن لم يمكن كونه ابنه بأن كان أصغر منه على حدٍّ لا يتصوّر فيه كونه ابنه، [وإن كذبه]^(١) لغا قوله ولم يعتق، لأنه ذكر محالاً، هذا في مجهول النسب، فإن كان معروف النسب من غيره لم يلحقه، لكن يعتق على الأصح، [لتضمنه الإقرار بحريته]^(٢) كما في العتق». انتهت.

ونقلاً في الطلاق^(٣) عن فتاوى^(٤) القفال^(٥) أنه لو قال لامرأته: يا بنتي - من زياداته - المختار أنه لا يقع به فُرقة إذا لم يكن له نيّة، لأنه إنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة، والله أعلم.

(١) كذا في الأصل وليست موجودة في ب، وهي غير موجودة في المطبوع من الروضة.
(٢) كذا في ب، وفي الأصل: لتضمنه الأمران، والمثبت هو الصواب لموافقه لما في روضة الطالبين.

(٣) روضة الطالبين، ٣/ ٤٣٧.

(٤) قال في الفتاوى، ص ٢٥٧: «وأنه لو قال لامرأته: يا بنتي، وقعت الفرقة بينهما؛ لاحتمال السن، كما لو قال لعبده وأمه» ١. هـ، فتاوى القفال، أبو بكر عبد الله بن أحمد القفال المشهور بالقفال المروزي، ت ٤١٧ هـ، تحقيق: مصطفى الأزهرى، دار ابن القيم ودار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤٣٢ هـ.

(٥) عبد الله بن أحمد بن عبد الله، أبو بكر، المعروف بالقفال المروزي بفتح الميم والواو نسبته إلى مرو الشاهجان، فقيه شافعي شيخ الخراسانيين من الشافعية، لقب بالقفال، لأن صناعته كانت عمل الأقفال، ويسمى القفال الصغير تمييزاً له عن القفال الشاشي الكبير، ت ٣٦٥ هـ، وقال الذهبي نقلاً عن النووي في التمييز بينهما: ثُمَّ إِنَّ الشَّاشِيَّ يَتَكَرَّرُ ذِكْرُهُ فِي التَّفْسِيرِ وَالْحَدِيثِ وَالْأُصُولِ وَالْكَلَامِ، وَأَمَّا الْمَرْوَزِيُّ فَيَتَكَرَّرُ فِي الْفَقْهِيَّاتِ، مِنْ تَصَانِيفِهِ شَرَحَ فُرُوعَ ابْنِ الْحَدَّادِ فِي الْفَقْهِ، الْفَتَاوَى =

اعلم أن النووي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى إنما أرادَ الترجيحَ المذهبيَّ لكنه عبر بالمختار لمخالفته المشهور، وقد قال في باب الوقف من المهمات في الكلام^(١) - ويشهد له أن النووي في شرح المذهب^(٢) قد يعبر بالصحيح فيما عبر عنه في الروضة مع تعبيره في زيادة الروضة^(٣) بالمختار، على أن النووي قال في التحقيق^(٤): ولا أرجح إلا ما رجحه الأصحاب أو

= انظر: طبقات الشافعية لابن الهداية، ص ٤٥، لأبي بكر بن هداية الله الحسيني، ت ١٠١٤هـ، تحقيق: عادل أبو نهض، دار الآفاق الجديدة، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ، هدية العارفين، ١/ ٤٥، ومعجم المؤلفين، ٦/ ٢٦، واللباب، ٣/ ١٢٧.

(١) في ب زيادة بعد قوله في الكلام: (أبو زرعة في مختصر المهمات).

(٢) في ب: في شرح المهمات، ولعله وهم من الناسخ لأن المهمات ليس للنووي، بل للأسنوي، والنووي له كتاب مشهور في شرح المذهب.

(٣) المراد بقولهم: زيادة الروضة أو زوائد الروضة: ما زاده النووي على ما ذكره الرافعي في العزيز، سواء صرح بذلك بقوله: قلت أو لم يصرح، وقد اعتنى أهل العلم بها، فقد ألف مجد الدين أبو بكر بن إسماعيل الزنكلوني، ت ٧٤٠هـ، مؤلفاً سماه: مفردات زوائد الروضة على الرافعي. ومن الأمثلة على ذلك ما ذكره الأسنوي في كتابه المهمات في شرح الروضة والرافعي، ٦/ ٢٢٥: «كذا صححه النووي في الروضة، ولم ينبه على أنه من زياداته، بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له». انظر: المنهل العذب الروي، ص ٨٣، الفوائد المكية، ص ١٣٧، مصطلحات المذاهب الفقهية، ص ٢٤٩، المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، ص ٥٦، وقد سجلت رسائل علمية بكلية الشريعة بالرياض بعنوان: زيادات الإمام النووي واستدراكاته على الإمام الرافعي من خلال كتابه روضة الطالبين.

(٤) كتاب في الفقه الشافعي للإمام النووي جمعه من عدة كتب قال في مقدمته: «أجمع فيه إن شاء الله جميع المهمات والمقاصد مما في كتب الشافعي الحاضرة عندي كالأم ومختصرات البويطي والمزني والربيع وغيرها... وقد حضر منها عندي بحمد الله نحو مائة مصنف» انتهى فيه المؤلف إلى باب صلاة المسافر، وهو كتاب مطبوع.

أكثرهم - محققون^(١) اشتراط القبول من الموقوف عليه^(٢) في^(٣) «المختار في الروضة يعني الصحيح والراجح وغير ذلك»^(٤) انتهى .
وقد أقر ذلك الولي أبو زرعة^(٥) في مختصر المهملات^(٦)، ويشهد له أن النووي في شرح المذهب قد يُعبر بالصحيح فيما عَبَّر عنه في الروضة بالمختار، كقوله في الجناز منه: أن الصحيح أن القيروط الثاني لا يحصل إلا بعد الفراغ من الدفن^(٧)،

(١) محققون: سقطت من ب.

(٢) في ب: الوقف.

(٣) في ب: أن.

(٤) قال في المهملات في شرح الروضة والرافعي للإسنوي، ٦/ ٢٣٥: «والمختار في الروضة ليس هو في مقابلة الأكثرين، بل بمعنى الصحيح والراجح ونحو ذلك».

(٥) ولي الدين، أبو زرعة، أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن إبراهيم بن أبي بكر بن إبراهيم، الكردي الأصل، المهراني القاهري الشافعي، المعروف بابن العراقي ولد سنة ٧٦٢هـ، قاضي الديار المصرية. مولده ووفاته بالقاهرة، أبوه الحافظ العراقي، ولي القضاء بعد الجلال البلقيني، فقيه شافعي، من مصنفاته: حاشية على الكشاف، تحرير الفتاوى، مختصر المهملات.

انظر في ترجمته: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، ١/ ٧٢، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ) دار المعرفة، مصورة عن طبعة مطبعة السعادة ١٣٤٨هـ، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي، ت ٩٠٢هـ، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت.

(٦) مختصر المهملات لأبي زرعة، كتاب مطبوع في الفقه الشافعي، ١/ ٣٣٦، اختصر فيه كتاب المهملات للأسنوي.

(٧) قال في شرح المذهب، ٥/ ٢٧٨: «قلت والصحيح أنه لا يحصل إلا بالفراغ من الدفن» ١هـ، المجموع شرح المذهب «مع تكملة السبكي والمطيعي» أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ت ٦٧٦هـ، دار الفكر.

..... مع تعبيره في زيادة الروضة بالمختار^(١)، على أن النووي قال في التحقيق^(٢): «ولا أرجح إلا ما رجحه الأصحاب أو أكثرهم ومحققوهم، وكان راجحاً في الدليل، ومتى جاء شيء رجحته طائفة يسيرة وكان الدليل الصريح^(٣) يؤيده، قلت: المختار كذا، فيكون المختار تصريحاً بأنه الراجح دليلاً، وقالت به طائفة قليلة وأن الأشهر خلافه» انتهى.

وقد عبّر الناشري^(٤) في إيضاحه^(٥) عن المختار في مسألة الطلاق بالصحيح. والله أعلم.

(١) قال في الروضة، ١ / ٣٧٠: «قلت: وحكى صاحب الحاوي في هذا التردد وجهين: وقال: أصحهما: لا تحصل إلا بالفراغ من دفنه، وهذا هو المختار» ا.هـ.
(٢) ص ٣١-٣٢.

(٣) في التحقيق: وكان الدليل الصحيح الصريح يؤيده.
(٤) مُحَمَّد بن أَحْمَد بن عَلِيّ بن أَبِي بَكْر القَاضِي جمال الدِّين بن القَاضِي أَبِي الفَضْل القَاضِي موفق الدِّين النَّاشِرِيّ اليَمَانِي الشَّافِعِي، يعرف بالطَّيْب، ولي قَضَاء زَبِيد، قال عنه السخاوي: وَهُوَ وَأَبُوهُ وَجَدَهُ وَجَدَ أَبِيهِ وَوَالِدَهُ عُلَمَاءَ وَقُلَّ أَنْ يَتَّفَقَ ذَلِكَ، من مؤلفاته: إيضاح الفتاوي في النكت المتعلقة بالحاوي، توفي رَحِمَهُ اللهُ سنة ٨٧٤هـ.

انظر في ترجمته: الضوء اللامع، ٦ / ٢٩٩، الأعلام، ٥ / ٣٣٤.
(٥) إيضاح الفتاوي في النكت المتعلقة بالحاوي، وهو كتاب في الفقه الشافعي، عني المؤلف فيه بكتاب الحاوي الصغير للقزويني، وهذا الكتاب حقق في رسائل علمية بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

فعلية ليس ذلك صريحاً في الفرقة فيحتمل أنه كناية في الطلاق، كما فهمه جماعة كالشيخ زكريا^(١) وشيخنا^(٢) في عابه^(٣) في الطلاق، والناشري في إيضاحه، وصاحب الأنوار^(٤) فإنه عدّ ذلك من كنيات الطلاق، وأبدى الأذري^(٥) نظراً في كونه كناية في الطلاق، وعبارته في

(١) زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أبو يحيى. فقيه شافعي محدث مفسر قاض. من أهل مصر. لقب بشيخ الإسلام، ولي قضاء قضاء مصر. مكث من التصنيف، من مؤلفاته: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، ومنهج الطلاب، وأسنى الطالب شرح روض الطالب، الدقائق المحكمة في القراءات، غاية الوصول شرح لب الأصول في أصول الفقه، توفي سنة ٩٢٦هـ. انظر في ترجمته: شذرات الذهب، ١٣٤ / ٨، والكواكب السائرة، ١ / ١٩٦.

وانظر كلامه عن المسألة في: أسنى الطالب، ٣ / ٢٧١.

(٢) أحمد بن عمر، الشيخ الإمام، العالم العلامة قاضي القضاة القاضي صفى الدين المزجد الزبيدي الشافعي، ولد سنة ٨٤٧هـ، من فقهاء الشافعية باليمن، ولي القضاء بعدن، ومن مصنفاته: العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والأصحاب، وتجريد الزوائد، وتحفة الطلاب ونظم الإرشاد، توفي سنة ٩٣٠هـ. انظر في ترجمته: الكواكب السائرة، ٢ / ١١٤، ديوان الإسلام ٤ / ١٤٣، هدية العارفين، ١ / ١٤٠، الأعلام، ١ / ١٨٨.

(٣) العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والأصحاب، كتاب في الفقه الشافعي جمع فيه بين مسائل روضة الطالبين وزاد مسائل أخرى من غيره، وهو كتاب مطبوع، وشرحه الإمام ابن حجر الهيتمي ولم يتمه، وشرحه الرمي كاملاً.

(٤) الأنوار في أعمال الأبرار ليوسف بن إبراهيم الأردبيلي، كتاب في الفقه الشافعي مطبوع في ثلاث مجلدات. وانظر المسألة في: ٢ / ٤٩٨، ٥٠٤.

(٥) هو أحمد بن حمدان بن أحمد عبد الواحد بن عبد الغني الأذري. فقيه شافعي من تلاميذ الذهبي. ولد بأذرعات بالشام سنة ٧٠٧هـ، وتولى القضاء بحلب، وسأل السبكي أسئلة شهيرة اسمها الحلبيّة من مؤلفاته: شرحين على المنهاج =

التوسط^(١): «وقوله -أي في الروضة- إذا لم تكن له نية إن أراد به نية إيقاع الطلاق ففيه نظر، لأن اللفظ لا إشعار له بذلك، وإن أراد بالنية قصد الاستلحاق حيث يمكن كونها منه، حينئذ^(٢) يكون مقراً^(٣) بعدم الزوجية، فإن كان كاذباً فلا فرقة باطناً ويُحْكَم بها ظاهراً باعترافه» انتهت. أي: وإن قصد الاستلحاق صح.

قلت: وادّعى الزركشي^(٤)

= وجمع على الروضة كتاباً سماه التوسط والفتح بين الروضة والشرح، غنية المحتاج. توفي رَحِمَهُ اللهُ سنة: ٧٨٣هـ.

انظر في ترجمته: إنباء الغمر بأبناء العمر، ١/ ٢٤١، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، ت ٨٥٢هـ، تحقيق: د حسن حبشي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، مصر، ١٣٨٩هـ، البدر الطالع، ١/ ٣٥.

(١) التوسط والفتح بين الروضة والشرح للأذرعي، كتاب في الفقه الشافعي، قال في مقدمته: «أبين فيه ما وقع لي فيها وفي أصلها -يعني روضة الطالبين- مما يجب التنبيه عليه... فإن فيها مخالفات كثيرة لأصلها» وهذا الكتاب تم تحقيقه في عدة رسائل بجامعة أم القرى وجامعة الملك خالد. وانظر كلامه في: التوسط، ص ٤٢٧، من رسالة دكتوراه للطالبة فُمزة المري بجامعة أم القرى.

(٢) في التوسط: فحينئذ.

(٣) كذا في ب، وفي الأصل: مقدراً، والمثبت موافق لما في التوسط.

(٤) هو بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، أبو عبد الله، الزركشي. فقيه شافعي أصولي. تركي الأصل، مصري المولد والوفاة. له تصانيف كثيرة في عدة فنون. من تصانيفه: «البحر المحيط» في أصول الفقه؛ وإعلام الساجد بأحكام المساجد؛ والديباج في توضيح المنهاج؛ المشور، والمعروف بقواعد الزركشي، توفي سنة ٧٩٤هـ.

انظر في ترجمته: الدرر الكامنة، ٣/ ٣٩٧، الأعلام، ٦/ ٢٨٦.

..... في خادمه^(١) عدم تعارض البابين، وأن ما في الطلاق^(٢) مصورٌ بالنداء، بخلاف ما في العتق قال: فهما صورتان، وبابُ النداء أوسع، -ولفظه عقب ما نقلاه-^(٣) عن الإمام. وذكر أي النووي في باب الطلاق ما يخالفه محكي^(٤) عن الزيادات أنه يقع الفرقة ويحصل العتق، ثم قال من زوائده^(٥): «المختار لا يحكم بالطلاق بمجرد ذلك، لأنه يذكر في العادة للملاطفة»^(٦) بخلاف قوله: أنت أُمِّي فإن الأغلب عليه عدم ذلك فيه، وإن كان يقع نادراً فيحمل اللفظ على حقيقته، فتحصلتا أنهما مسألتان؛ المذكورة هنا غير مسألة الطلاق فليتفطن لذلك. انتهى.

(١) الكتاب بعنوان: خادم الرافعي والروضة، وهو كتاب في الفقه الشافعي، عني فيه المؤلف بكتاب الشرح الكبير للرافعي وروضة الطالبين للنووي، قال المؤلف في مقدمته: «وهذا الكتاب كالشرح لهما والمتمم لقصدتهما، فهو الكفيل لمقيد أطلاقه أو مطلق قيده أو مغلق لم يفتحاه، أو نقل لم ينقحاه...»، وهذا الكتاب محقق في عدة رسائل جامعية بكلية الشريعة بجامعة أم القرى. وانظر كلامه في الخادم ص ٤٧٦، من رسالة دكتوراه للطالب محمد بن حمود العتيبي بجامعة أم القرى.

(٢) كذا في ب، وفي الأصل: الصداق، والمثبت هو الصواب.

(٣) في ب: ما نقله.

(٤) في ب: فحكي.

(٥) انظر: روضة الطالبين، ٣/ ٤٣٧.

(٦) عبارته في المطبوع من روضة الطالبين: «قلت: المختار في هذا أنه لا يقع به فرقة إذا لم يكن له نية، لأنه إنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة والله أعلم». هـ.

وهو متابع في ذلك الأذرعى^(١)، وجرى عليه الشيخ زكريا في شرح
الروض^(٢) في العتق وتبعه جماعة.

قُلْتُ: في كلام الزركشي أمور:

أحدها: أنه نَسَبَ الشيخين إلى نقل المسألة في الطلاق من الزيادات،
وإنما هي منقولة نقلاً عن فتاوى القفال.

الثاني: ما نَسَبَهُ إلى النووي من أن المختار أنا لا نحكم بالطلاق
بمجرد ذلك بحسب ما فهمه من كلامه أنه كناية في الطلاق وليس
بصريح في ذلك، وإنما كلامه أنه كناية في الفرقة أي المؤبدة - التي
أفادها القفال - أو عدمها، وقد قدمنا كلام الأذرعى في ذلك.

الثالث: ما ذكره من تغاير المسألتين وأن الفرق المذكور فيه نظر،
والذي فهمه جماعة من فحول المتأخرين وجروا عليه في مصنفاتهم
الفرعية والأصلية منهم: صاحب الجواهر، والنشائي في المنتقى^(٣)،

(١) ينظر: ص ٤٢٧.

(٢) أسنى المطالب، أسنى المطالب في شرح روض الطالب زكريا بن محمد بن زكريا
الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي المتوفى: ٩٢٦هـ، دار الكتاب الإسلامي،
بدون طبعة وبدون تاريخ، ٤/ ٤٣٤.

(٣) أحمد بن عمر بن أحمد بن أحمد بن النشائي الشيخ كمال الدين، ولد سنة ٦٩١هـ،
ولد الشيخ الفقيه الزاهد عز الدين من أهل نشا بالنون والشين المعجمة من
الديار المصرية، من مصنفاته: النكت على التنبيه، الإبريز في الجمع بين الحاوي
والوجيز، المنتقى في الفقه، توفي سنة ٧٥٨هـ.

شذرات الذهب، ٨/ ٣١٢، طبقات الشافعي لابن السبكي، ٩/ ١٩، الدرر
الكامنة، ١/ ٢٦٥.

والجلال البلقيني^(١) في الاعتناء والاهتمام، والشيخ زكريا في حاشيته على شرح جمع الجوامع لشيخه الجلال المحلي^(٢)، وفي غاية الوصول في شرح لب الأصول^(٣)، والأسنوي^(٤).....

= وأما كتابه المنتقى في الفقه، فلم أقف عليه مطبوعاً وبحث عنه فوجدت في فهرس خزانة التراث عنواناً لمخطوط: منتقى الجوامع في الفقه، اسم كمال الدين النشاي المصري، نسخة محفوظة بمركز الملك فيصل للبحوث والدراسات، رقم الحفظ (٠٤٠٦٨)، كما وجدت في المرجع الرقمي للتراث المخطوط: مخطوطة بعنوان: منتقى الجوامع في الفقه، النشائي المدلجي، أحمد بن عمر، ت ٧٥٧هـ، وأصلها في مكتبة تشستريتي بدبلن، أيرلندا، بالرقم (٣٧٦٠).

(١) عبد الرحمن بن عمر بن رسلان بن نصير بن صالح، العسقلاني، ثم البلقيني، القاهري، جلال الدين، أبو الفضل، فقيه شافعي، نشأ بالقاهرة، وتفقه بوالده الإمام سراج الدين البلقيني وغيره في مصر ودمشق، برع في الفقه والأصول، والعريية، والتفسير وغيرها، وولي القضاء من مؤلفاته: حواشي الروضة، نكت المنهاج، وضوابط في الفقه، ونكت على الحاوي الصغير، توفي سنة ٨٢٤هـ. انظر في ترجمته: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة، ٤/ ٨٧، الضوء اللامع، ٤/ ١٠٦، شذرات الذهب، ٩/ ٢٤٢.

(٢) انظر: حاشية الشيخ زكريا الأنصاري على شرح الإمام المحلي على جمع الجوامع، ٢/ ٢١.

(٣) انظر: غاية الوصول في شرح لب الأصول لزكريا الأنصاري، ص ٥٠-٥١.

(٤) عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن عمر بن علي بن إبراهيم الأموي الأسنوي، جمال الدين، أبو محمد. ولد سنة ٧٠٤هـ، قال ابن حجر: كان فقيهاً ماهراً ومعلماً ناصحاً ومفيداً صالحاً مع البر والدين والتودد والتواضع.

من مؤلفاته جواهر البحرين في تناقض الخبرين، والكوكب الدري في النحو والفقه، وكافي المحتاج إلى شرح المنهاج، والأشباه والنظائر، ونهاية السؤل شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول، توفي سنة ٧٧٢هـ.

انظر في ترجمته: الدرر الكامنة، ٢/ ٣٥٥، بغية الوعاة، ٢/ ٩٢، شذرات الذهب، ٦/ ٢٢٤.

..... في شرح منهاج البيضاوي^(١)، وصاحب الأنوار^(٢) وغيرهم أنه لا فرق، وأن استدراك النووي الذي في الطلاق مُنْصَبٌّ على صورتين وعبارة المتقّى: قال الإمام: والفرقة بقوله لزوجته: أنت بنتي كالعق وقد مرّ عن النووي خلافه. انتهت.

وعبارة الجلال البلقيني: «قوله: وإذا قال لزوجته: أنت بنتي، قال الإمام: الحكم في حصول الفرقة وثبوت النسب كما في العتق.

فائدة: وذكر المصنف يعني النووي في هذه المسألة في باب الطلاق عن فتاوى القفال أنه يقع الفرقة بينهما عند احتمال السن، كما لو قال لعبده أو أُمته، وذكر المصنف من زيادته أنه كناية، لأنه إنما يستعمل للملاطفة وحسن المعاشرة». انتهت.

وعبارة الأسنوي^(٣): «إذا قال السيّد لعبده الأصغر^(٤): هذا ابني فيُحتمل أن يكون قد عبّر بالبُنوّة عن العتق فيُحكم بعتقه، ويُحتمل فيه إضمار تقديره: مثل^(٥) أي: في الحنو أو في غيره فلا يعتق، والمسألة فيها اختلاف في مذهبنا، والمختار أنه لا يعتق بمجرد هذا اللفظ»، انتهت عبارته.

(١) انظر: نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص ١٤٠.

(٢) انظر: الأنوار لأعمال الأبرار، ٣/ ٧٠١.

(٣) انظر: نهاية السؤل، ص ١٤٠.

(٤) في المطبوع: الأصغر منه سنّاً.

(٥) في المطبوع: مثل هذا ابني أي في الحنو.

قلت: وكل ذلك صريح في أنّ الاستدراك واقع في المسألتين، ويؤيده أن لفظ فتاوى القفال كما نقله في التوسط: إذا قال لامرأته التي هي ثابتة النسب من غيره: يا بنتي فإنه يقع الفرقة بينهما إذا احتمل أن يكون مثلها ابنته، وكذا لو قال: يا أختي، أو قال: يا أُمي، أو قال: أنت أختي. انتهت.

فظهر بذلك الإكram أو الاستهزاء وأن يا بنتي فرد من أفراد تلك المسائل، وقد استدرك النووي فيكون ذلك الاستدراك شاملاً للمسائل وهو الأقرب فلا فرق بين النداء وغيره، والفرق غير متين، وإن كان يظهر ببادئ الرأي، وأظنه لابن العماد^(١) وتبعه الزركشي كعاداته، وفي الكافي للخوارزمي^(٢) نحو قول القفال، إلا أنه قال عقب ذلك: فإن قال قائل: أردت الأخوة في الدين فإنه يقبل منه ذلك. انتهى.

(١) أحمد بن عماد بن يوسف بن عبد النبي، أبو العباس، شهاب الدين الأقفهسي ثم القاهري، المعروف بابن العماد، فقيه شافعي، كثير الاطلاع، قرأ على الأسنوي والبلقيني والباجي وآخرين، من مؤلفاته التعقبات على المهمات للأسنوي، وشرح المنهاج، والسر المستبان مما أودعه الله من الخواص في أجزاء الحيوان، والتبيان في آداب حملة القرآن، توفي سنة ٨٠٨هـ.

انظر في ترجمته: إنباء الغمر، ٣٣٢/٢، الضوء اللامع، ٤٧/٢، البدر الطالع، ٩٣/١.

(٢) محمود بن محمد بن العباس بن أرسلان أبو محمد العباسي مظهر الدين الخوارزمي، فقيه محدث مؤرخ، ولد سنة ٤٩٢هـ، من مؤلفاته تاريخ خوارزم، الكافي في النظم الشافي، توفي رَحِمَهُ اللهُ سنة ٥٦٨هـ. انظر في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى، ٢٨٩/٧، طبقات الإسنوي، ٣٥٢/٢، وكتاب الكافي مخطوط، ولم أقف عليه مطبوعاً، وتوجد نسخة منه في مكتبة شستربتتي. انظر: الأعلام للزركلي، ١٨١/٧.

على أن السراج البلقيني قال كما نقله عنه ولده الجلال ما ذكره عن فتاوى القفال، فقال: غلبة احتمال السن بشرط الإلحاق، ومعه شرط آخر وهو أن لا يكون معروف النسب من غيره، وآخر وهو أن يصدقه إن كان من أهل التصديق فإن هذا شرط^(١) للاعتراف بالفرقة وإن اللفظة نفسها ليست صالحة للفرقة، ومنها اعتبر معه ألا يكون معروف النسب من غيره، فإن قيل: هذا شرط للمؤاخذة وأن لا يكون معروف النسب من غيره شرط للإلحاق، قلنا: إنما يؤاخذ الإنسان بما قصده وهو لم يقصد الاعتراف بأنها بنته فكيف يحكم عليه بالفرقة، بل لو نوى بذلك الطلاق لم يقع، لأن هذا لا يستعمل في رفع فتوى القفال. انتهى.

فإن قلت: هذا مخالف لكلام الشيخين والمعول عليه إنما هو ما صحّحاه، قلت: نعم المعول عليهما في التصحيح رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، لكن استفدنا من كلام البلقيني أنه لا بد أن يدل الحال على هذا الاستلحاق، فإن دلّ الحال على خلافه كان بذلك صارفاً للفظ عن المؤاخذة بظاهره، ألا ترى أنه لو قال لعبده على وجه الملاطفة: أنت ابني لا يحكم عليه بالعتق كما أفاده الشيخ زكريا في شرح الروض^(٢) في العتق ولفظه بعد قول الروض: قال لعبده المجهول نسبه لا على وجه الملاطفة إلى آخره، فأفهم أنه إذا قال على وجه الملاطفة (كان ذلك صارفاً للفظ عن ظاهره فلا يحكم بحريته

(١) في ب: فإن كان هذا شرطاً للاعتراف.

(٢) انظر: أسنى المطالب، ٤/ ٤٥٤.

ولا بتحريم الزوجة إذا قالت: أنت ابني على وجه الملاطفة^(١) فتحصل لنا^(٢) من ذلك أن قوله لزوجته: أنت بنتي، أو يا بنتي ليست من صرائح الفرقة المؤبدة، فالإفتاء بتحريمها عليه مؤبداً غير صحيح.

والذي تحصل لنا من كلام النووي أنه كناية في الفرقة، أما كونه كناية في الطلاق فليس في كلامه التصريح به، يدل عليه موافقته على اعتبار السن حينئذٍ، فلو كان عنده كناية في الطلاق وحده لما اعتبر السن، إلا أن يقال اعتبار السن غير مرادٍ بدليل عد صاحب الأنوار له في الكنايات من غير اعتبار السن، قلت: والحق أنه حيث جعل كناية في الطلاق وحده فلا حاجة إلى اعتبار السن، وإن جعل كناية عن الفرقة الناشئة عن الاستلحاق فلا بد من اعتبار السن، هذا ما تحرر لي في قول الزوج لزوجته: أنت ابنتي.

أما قوله لها: أنت أختي، أو هذه أختي كما في صورة السؤال ففي كلام الشيخين وغيرهما ما يؤخذ منه حكم ذلك، وعبارة الروضة^(٣) في الإقرار في النسب^(٤): لو أقر أحد الابنين المستغريقين^(٥) بأخ، فأنكر الآخر، فالصحيح المنصوص أنه لا يرث؛ لأن الإرث فرع النسب، ولم يثبت كما سبق، وفي وجه: يرث فيشرك المقر فيما في يده، كما لو قال أحدهما: فلانة

(١) زيادة من ب سقطت من الأصل.

(٢) في الأصل: فتحصلنا، والصواب ما أثبتته.

(٣) انظر: روضة الطالبين، ٢/ ٣٩٧.

(٤) في ب: بالنسب.

(٥) كذا في الأصل و ب، وفي المطبوع: المعترفين.

بنت أبينا فأنكر الآخر، حرم نكاحها على المقرّ مع أنه فرع النسب الذي لم يثبت، فقوله: كما قال إلى آخره يقتضي التحريم، وجرى عليه في الروض ونسبه زكريا إلى الرافعي^(١)، وجرى عليه أيضاً في العباب.

وفي الجواهر: لو قالت لرجل: أنت أخي^(٢) من النسب، وهو معروف النسب^(٣) من غير أبيها ففي تحريمه عليها وجهان، ولو قال لزوجته فكذبته وهي مجهولة النسب انفسخ نكاحها على الصحيح، وفي شرح المنهاج للسبكي^(٤) رَحِمَهُ اللهُ ما لفظه: «ولو قال لامرأته: أنت

(١) عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسين بن الحسن الإمام العلامة إمام الدين أبو القاسم القزويني الرافعي، ولد سنة ٥٥٥ هـ، من مؤلفاته: العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، شرح مسند الشافعي، توفي رَحِمَهُ اللهُ سنة ٦٢٣ هـ.

انظر في ترجمته: سير أعلام النبلاء، ٢٢ / ٢٥٢، طبقات السبكي، ٨ / ٢٨١، طبقات ابن قاضي شهبة، ٢ / ٧٥.

(٢) في الأصل: أنت أبي، والمثبت أصح وهو الموافق للسياق.

(٣) النسب: سقطت من ب.

(٤) أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي بن علي السبكي الشافعي، كان رَحِمَهُ اللهُ محققاً مدققاً بارعاً في العلوم، من مؤلفاته: الإبهاج في شرح المنهاج، ولم يكمله وأكمّله ابنه تاج الدين، رفع الحاجب شرح مختصر ابن حاجب وأكمّله ابنه تاج الدين أيضاً. توفي سنة ٧٥٦ هـ.

انظر في ترجمته: طبقات الإسنوي، ١ / ٣٥٠، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة، ٣ / ٣٧، النجوم الزاهرة، ١٠ / ٣١٨.

أختي من النسب، وهي مجهولة النسب حرمت عليه، وإن كانت معروفة النسب من غيره فوجهان^(١). انتهى.

قلت: والذي اقتضاه صنيع الشيخين تصحيح الانفساخ أخذاً من باب العتق، وقد علمت أن ذلك مفروض فيما إذا صرح بذكر النسب، فإن قلت: فهل يفترق الحال بين ذلك وبين ما إذا قال لزوجته: أنت أختي ولم يقل: من النسب وهي مسألة السؤال، قلت: قد يفهم من كلام الشيخين من عدم قبول تفسير الأخوة بالإسلام عدم الفرق، لكن قال الجلال البلقيني -عقب قول الروضة: لو قال: زيد أخي ثم فسره بأخوة الرضاع حكى الروياني^(٢) عن والده أن الأشبه بالمذهب المنع، كما لا يفسر^(٣) بأخوة الإسلام، فإنه خلاف الظاهر - ما لفظه: محل هذا إذا كان مجهول النسب، وكان المقر حائزاً لإرث الوالد الذي

(١) الابتهاج شرح المنهاج، وهو كتاب في شرح مناهج الطالبين للنووي، وقد حقق في عدة رسائل علمية بكلية الشريعة بجامعة أم القرى.

(٢) عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد، أبو المحاسن، فخر الإسلام الروياني الطبري: فقيه شافعي، من أهل رويان (بنواحي طبرستان) رحل إلى بخارى وغزنة ونيسابور، وانتقل إلى الري ثم إلى أصبهان. وعاد إلى أمل، فتعصب عليه جماعة فقتلوه فيها. وكانت له حظوة عند الملوك. وبلغ من تمكنه في الفقه أن قال: لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي.

له تصانيف، منها: بحر المذهب، مناصيص الإمام الشافعي، الكافي. انظر في ترجمته: الأنساب للسمعاني، ١٨٩/٦، واللباب لابن الأثير، ٤٤/٢، والمتنظم لابن الجوزي، ١٦٠/٩، وفيات الأعيان لابن خلكان، ١٩٨/٣، والعبر، ٤/٤، وطبقات الشافعية للسبكي، ١٩٣/٧.

(٣) في الأصل: كما لا تفسير، والمثبت من ب وهو أنسب للسياق.

ألحق هذا به، أما معروف النسب فلا يحتمل إلا أخوة الإسلام أو الرضاع، فسواء فسر به بذلك أم لا، ولا يحمل إلا على أخوة الإسلام أو أخوة الرضاع، ولا مدخل للأنساب في ذلك.

ولكن^(١) لو كانت امرأة ثم قالت: أردت أخوة الإسلام هل يقبل؟ فيه نظر. انتهى.

ونقله عنه العلامة الكمال الرداد في كوكبه وأقره عليه.

فإن قلت: ففي فتاوى البلقيني^(٢) ما لفظه: «مسألة: عتيق أقر بأخوة شخص، وله ابن ابن ومعتق^(٣) فهل يقبل إقراره أو لا بد من ثبوته؟ أجاب: الذي يقتضيه المنقول ثبوت النسب ولا يرث، وفي نسخة أخرى أجاب: لا يثبت^(٤) أخوة المذكور إلا بينة؛ لأن عادة الترك ونحوهم أن يقولوا: فلان أخونا وإن لم يكن ثم أخوة، وفي نسخة أخرى أجاب: لا تثبت أخوة المذكور إلا بينة؛ لأن على العتيق الولاء فلا يسقط بقوله». انتهى.

قلت: لا يخفى أن ذلك مفروض في مجهول النسب، بدليل قوله: المنقول ثبوت النسب. فتأمل.

(١) (ولكن) سقطت من الأصل.

(٢) فتاوى البلقيني، ٣/٥٣٦.

(٣) في ب: ابن ابن معتق، وكلاهما موجودان في نسخ الفتاوى.

(٤) في ب: لا يثبت.

فحصلنا من ذلك: على أن قوله لزوجه: أنت أختي أوسع باباً وأبعد عن المؤاخذه من قوله: أنت بنتي، فإن الجلال لم يذكر مثل ذلك في قوله: أنت بنتي، إذ لا تستعمل البتية في الإسلام، بخلاف المؤاخاة^(١) فإنها تستعمل للإسلام عادةً وشرعاً، وتعليل الروضة عدم قبول التفسير بأنه خلاف الظاهر ظاهر في مجهول النسب، أما معلومه فليس كذلك، بل الظاهر حينئذ أن المراد أخوة الإسلام، ويلزم على ذلك أن من قال لمعروف النسب: أنت أخي أن تحرم عليه بنته، وما أبعد القول بذلك.

على أن كلام العبادي ينازع فيما قاله الروياني، وهو وإن كان في الشهادة وهذا في الإقرار فالفرق الذي أبداه الزركشي فيه نظر وإن جرى عليه زكريا، ولهذا لما نقل عن الأسنوي في شرحه للمنهاج الفرع المذكور عن والد الروياني قال عقبه: كذا حكاه الرافعي وأقره، فأتى بصفة^(٢) الاستشكال.

وقصْدُ^(٣) أخوة الإسلام وانصراف^(٤) اللفظ إليها في معروف النسب، أظهر من قصد الملاطفة في البتية، فإذا كانت قرينة الملاطفة

(١) في ب: الأخوة.

(٢) في ب: بصيغة.

(٣) في ب: وقصده.

(٤) كذا في ب، وفي الأصل: وانصرف.

صالحة لصرف اللفظ عن ظاهره في البتية التي لا تستعمل في الإسلام،
فصرف ذلك إلى أخوة الإسلام في معروف النسب أظهر وأظهر.

فالحاصل من ذلك: أن لفظة أنتِ أختي أو هذه أختي من غير ذكر
النسب، غير صريح في الفرقة، بل هو كناية، على أن في السؤال صارفاً
آخر، وهو قصد الزوج بذلك البراءة من دين أخته بالتدليس المذكور،
وجعل ذلك طريقاً إلى حصول البراءة بزعمه وتدليسه، فإن صورة
السؤال كما كتب إلي: أن الزوج المذكور لأخته عليه دين، فجاء بزوجه
ودلّس بها على القاضي المذكور، وقال: هذه أختي فلانة -وسماها باسم
أخته- تريد أن تبرئني عن الدين الذي تستحقه عليّ فاسمع منها البراءة،
ولا شك أن ذلك صارف للفظ عن ظاهره وهو الاستلحاق المؤاخذ به،
وفي قصة إبراهيم وسارة عَلَيْهِمُ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الواردة في الصحيحين^(١)

(١) يعني حديث: «لم يكذب إبراهيم عليه السلام إلا ثلاث كذبات، ثنتين منهن في
ذات الله عز وجل؛ قوله: ﴿إِنِّي سَقِيمٌ﴾، وقوله: ﴿بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا﴾، وقال:
بينا هو ذات يوم وسارة، إذ أتى على جبار من الجبابرة، فقيل له: إن هاهنا رجلا
معه امرأة من أحسن الناس، فأرسل إليه فسأله عنها، فقال: من هذه؟ قال:
أختي، فأتى سارة قال: يا سارة، ليس على وجه الأرض مؤمن غيري وغيرك،
وإن هذا سألني فأخبرته أنك أختي، فلا تكذبيني... الحديث.

أخرجه البخاري، رقم (٣٣٥٨) كتاب أحاديث الأنبياء باب قول الله تعالى واتخذ
الله إبراهيم خليلاً، وأخرجه مسلم، ٤/ ٨٤٠، رقم (٢٣٧١) كتاب الفضائل باب
من فضائل إبراهيم الخليل عليه السلام.

وأخرجه البخاري بلفظ آخر، رقم (٢٢١٧) كتاب البيوع باب شراء المملوك من
الحربي وهبته وعتقه.

وغيرهما ما يستأنس به، وقواعد مذهبنا تقتضيه، ولهذا قال البرماوي^(١):
جعله الله طريقاً إلى السلامة^(٢) فليس في شرعنا ما يخالفه.
وفي مسألة المكّاس^(٣) يؤيده إذا قال لعبده وقد طالبه المكّاس

(١) أبو عبد الله شمس الدين محمد بن عبد الدائم بن موسى بن عبد الدائم النعمي العسقلاني البرماوي أصولي وفقه شافعي، عالم بالحديث نسبته إلى برمة بمصر، ولد رحمه الله سنة ٧٦٣ هـ، حفظ القرآن صغيراً وتفقه ثم سمع الحديث على جماعة، وتوجه إلى دمشق ثم القاهرة، وتولى فيها الإفتاء والتدريس والتصنيف، ثم توجه إلى القدس، وتولى التدريس فيها حتى مات، من كتبه: اللامع الصبيح على الجامع الصحيح للبخاري، وألفية في أصول الفقه وشرحها، وشرح لامية ابن مالك، وشرح العمدة. توفي سنة ٨٣١ هـ.

انظر في ترجمته: إنباء الغمر، ٣/ ٤١٤، الضوء اللامع، ٧/ ٢٨٠-٢٨٢، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة، ٤/ ١٣١.

(٢) اللامع الصبيح بشرح الجامع الصحيح للبرماوي، ٩/ ٤٤٥، شمس الدين البرماوي، أبو عبد الله محمد بن عبد الدائم بن موسى النعمي العسقلاني المصري الشافعي، ت ٨٣١ هـ، تحقيق ودراسة: لجنة مختصة من المحققين بإشراف نور الدين طالب دار النوادر، سوريا الطبعة الأولى، ١٤٣٣ هـ.

(٣) المكّاس: جمع ماكس: وهو الذي يأخذ المكس أي الضريبة، مكّس في البيع يمكّس بالكسر مكساً، وماكس مماكسة ومكاساً، ومكّسه يمكّسه مكساً ومكّسته أمكّسه مكساً، والمكّس: الجباية، والانتقاص من الشيء قال ابن فارس: الميم والكاف والسين كلمة تدل على جبي مال وانتقاص من الشيء، والمكّس: ذراهم كانت تؤخذ من بائع السلع في الأسواق في الجاهلية، المكّس: والضريبة التي يأخذها الماكس وأصله الجباية، والماكس: العشار.
والمكّس: النقص. والمكّس انتقاص الثمن في البيعة؛ ومنه أخذ المكّاس لأنه يستنقصه.

انظر: معجم مقاييس اللغة، ٥/ ٣٤٥، الصحاح، ٣/ ٩٧٩، لسان العرب، ٦/ ٢٢٠.

بضرّيته: هو حرٌّ أنه لا يعتق باطناً، بل ظاهراً عند الشيخين، ومال الإسنوي^(١) وتبعه صاحب الروض^(٢) إلى عدم عتقه ظاهراً وباطناً.

قلت: والذي أجزم به أنه لو كان المطالب بضرّيته أمة، وكان يعلم أنه إذا قال: هذه أختي وهي معروفة النسب من غيره، وكان يغلب على ظنه اندفاعه بقوله: هي أختي، أنها لا تحرم عليه، ويكون ذُكر الأخوة منصرفاً إلى أخوة الإسلام، ولا يخالف في ذلك الشيخان ولا غيرهما، وإن جرى في مسألة المكّاس على عتقه ظاهراً لا باطناً، فليتمل.

ومنه يُعلم أن الإفتاء بتحريمها عليه مؤبداً بمجرد قوله: هذه أختي وهي معروفة النسب من غيره، غير صحيح، وأن الحكم بذلك واقعٌ على محلٍّ غير قابل للحكم بما ذكره.

والله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ وصلى الله على سيّدنا محمدٍ وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً طيباً.

(١) المهمات، ٤٢٩/٩.

(٢) قال في روض الطالب، ٨٦٠/٢: «وإن أقر بحريته خوفاً من المكس وقصد الإخبار لم يعتق باطناً، قال الإسنوي: ولا ظاهراً» ١.هـ.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث أحمد الله جلَّ وعَلا على تيسيره وأسأله قبوله، وقد توصلت في ختام هذا البحث إلى نتائج وتوصيات:

١. قد توصل المؤلف في نهاية رسالته إلى: أن الإفتاء بتحريمها عليه مؤبداً بمجرد قوله: هذه أختي وهي معروفة النسب من غيره غير صحيح، وأن الحكم بذلك واقع على محل غير قابل للحكم، لأن لفظة أنت أختي أو هذه أختي من غير ذكر النسب، غير صريح في الفرقة، بل هو كناية، وفي الواقعة المسؤول عنها صارفٌ آخر، وهو قصد الزوج بذلك البراءة من دين أخته بالتدليس المذكور، وجعل ذلك طريقاً إلى حصول البراءة بزعمه وتدليسه.

٢. أوصي بالاستمرار في إخراج كنوز التراث لعلماء الأمة المعتبرين من متقدمي علماء الأمة ومتأخريهم.

المصادر والمراجع

١. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، ت ٩٢٦هـ، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢. الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، ت ١٣٩٦هـ، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشرة، ٢٠٠٢م.
٣. إنباء الغمر بأبناء العمر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، ت ٨٥٢هـ، تحقيق: د حسن حبشي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، مصر، ١٣٨٩هـ.
٤. الأنساب، عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المروزي، ت ٥٦٢هـ، تحقيق: عبد الرحمن بن يحيى العلمي اليماني وغيره، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الطبعة الأولى، ١٣٨٢هـ.
٥. الأنوار في أعمال الأبرار، تأليف يوسف بن إبراهيم الأردبيلي، ت ٧٧٩هـ، تحقيق: خلف مفضي المطلق، دار الضياء، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
٦. البداية والنهاية، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، ت ٧٧٤هـ، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٧. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليماني، ت ١٢٥٠هـ، دار المعرفة، مصورة عن طبعة مطبعة السعادة، ١٣٤٨هـ.

٨. بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، ت ٩١١هـ، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية، لبنان، صيدا.
٩. التاريخ الكبير، الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، ت ٢٥٦هـ، تحقيق: محمد بن صالح بن محمد الدباسي ومركز شذا للبحوث بإشراف محمود بن عبد الفتاح النحال، المتميز للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.
١٠. تاريخ بغداد، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي، ت ٤٦٣هـ، تحقيق: الدكتور بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
١١. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه (المعروف بصحيح البخاري)، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
١٢. حاشية شيخ الإسلام زكريا الأنصاري على شرح المحلي على جمع الجوامع، ت ٩٢٦هـ، تحقيق: عبد الحفيظ الجزائري، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
١٣. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، ت ٨٥٢هـ، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ.
١٤. ديوان الإسلام، شمس الدين أبو المعالي محمد بن عبد الرحمن بن الغزي، ت ١١٦٧هـ، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.

١٥. روض الطالب ونهاية مطلب الراغب، إسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله الشرجي ابن المقرئ شرف الدين أبو محمد، تحقيق: خلف ماضي المطلق، دار الضياء، الكويت، الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ.
١٦. سير أعلام النبلاء، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ت ٧٤٨هـ، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ.
١٧. شذرات الذهب، عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، أبو الفلاح، ت ١٠٨٩هـ، تحقيق: محمد الأرنؤوط، دار ابن كثير، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.
١٨. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي، ت ٩٠٢هـ، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت.
١٩. طبقات الخواص أهل الصدق والإخلاص، أحمد بن أحمد بن عبد اللطيف الشرجي الزبيدي، ت ٨٩٣هـ، الدار اليمنية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.
٢٠. طبقات الشافعية، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، ت ٧٧١هـ، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ.
٢١. طبقات الشافعية، لأبي بكر بن هداية الله الحسيني، ت ١٠١٤هـ، تحقيق: عادل أبو نهض، دار الآفاق الجديدة، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.
٢٢. العبر في خبر من غبر، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، ت ٧٤٨هـ، تحقيق: أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت.

٢٣. غاية الوصول في شرح لب الأصول، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، ت ٩٢٦هـ، دار الكتب العربية الكبرى، مصر.
٢٤. فتاوى البلقيني (التجرد والاهتمام بجمع فتاوى شيخ الإسلام سراج الدين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني)، ت ٨٠٥هـ، تحقيق: مجموعة من المحققين، أروقة للدراسات والنشر، الطبعة الأولى ١٤٣٦هـ.
٢٥. فتاوى القفال، أبو بكر عبد الله بن أحمد القفال المشهور بالقفال المروزي، ت ٤١٧هـ، تحقيق: مصطفى الأزهرى، دار ابن القيم ودار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.
٢٦. الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية، علوي بن أحمد السقاف، مركز النور للدراسات والأبحاث، بدون تاريخ نشر.
٢٧. الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، نجم الدين محمد بن محمد الغزي، ت ١٠٦١هـ، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٢٨. اللامع الصبيح بشرح الجامع الصحيح، شمس الدين الرماوي، أبو عبد الله محمد بن عبد الدائم بن موسى النعمي العسقلاني المصري الشافعي، ت ٨٣١هـ، تحقيق ودراسة: لجنة مختصة من المحققين بإشراف نور الدين طالب دار النوادر، سوريا، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ.
٢٩. اللباب في تهذيب الأنساب، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير، ت ٦٣٠هـ، دار صادر، بيروت.
٣٠. المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، أبو زكريا محيي الدين محيي بن شرف النووي، ت ٦٧٦هـ، دار الفكر.

٣١. المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، على جمعة محمد عبد الوهاب، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٢هـ.

٣٢. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ (المعروف بصحيح مسلم)، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، ت ٢٦١هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٣٣. مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات، مريم محمد صالح الظفيري دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٣٤. معجم المؤلفين، عمر رضا كحالة، مكتبة المثنى بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت.

٣٥. المنتظم في تاريخ الأمم والملوك، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، ت ٥٩٧هـ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.

٣٦. المنهل العذب الروي في ترجمة قطب الأولياء النووي، للإمام الحافظ المؤرخ أبي الخير شمس محمد بن عبد الرحمن السخاوي، ت ٩٠٢هـ، عني به: عدي بن محمد الغباري، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.

٣٧. المهمات في شرح الروضة والرافعي، جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، ت ٧٧٢هـ، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.

٣٨. النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، يوسف بن تغري بردي بن عبد الله الظاهري الحنفي، أبو المحاسن، جمال الدين، ت ٨٧٤هـ، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، دار الكتب، مصر.
٣٩. نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين، ت ٧٧٢هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٤٠. النور السافر عن أخبار القرن العاشر، محيي الدين عبد القادر بن شيخ بن عبد الله العيْدُرُوس، ت ١٠٣٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
٤١. هدية العارفين، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي، ت ١٣٩٩هـ، بعناية وكالة المعارف الجليلية في مطبعتها البهية، إستانبول، ١٩٥١م.
٤٢. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي، ت ٦٨١هـ، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.





الاختيارات القضائية للشيخ

د. سعود بن سعد الدريب

رَحْمَةُ اللَّهِ

(١٣٥٧هـ - ١٤٢١هـ)

د. صالح نبيل صالح الدريب

أستاذ الفقه المشارك

بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية

بجامعة الملك فيصل

المقدمة

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء وسيد المرسلين، نبينا محمد بن عبد الله، النبي الهاشمي، سيّد ولد آدم، وخير الخلق أجمعين، عليه وعلى آله أفضل الصلاة وأتمّ التسليم، أما بعد:

فإن العلم بالقضاء من أشرف العلوم وأعظمها قدرًا؛ لما له من أثر كبير في حماية الحقوق وصيانة الأنفس والأموال والأعراض، وفي إقامة العدل بين الناس، الذي هو أساس الأمن والاستقرار في المجتمعات. فالقضاء ميدانٌ لتحقيق مبدأ العدل الإلهي الذي جاء به الإسلام، والذي لا يفرّق بين غنيّ وفقير، ولا عزيزٍ وذليل، بل يحكم بين الناس بما أمر الله به، ويرشدهم إلى ما ينفعهم في دنياهم وآخرتهم؛ ولذا فإنّ الشريعة قد خصّت القضاء بمهمّة عظيمة، لما لهذا المنصب من أثر عميق على حياة الناس ومصائرهم.

وإنّ من أبرز مَنْ اشتغل في المجال العدلي القضائي في زمننا المعاصر فضيلة الشيخ الدكتور/ سعود بن سعد الدريب رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فقد اشتغل في المجال العدلي أكثر من نصف عمره رَحِمَهُ اللهُ، وقد كان رَحِمَهُ اللهُ بحاثًا عالمًا مستقصيًا للأنظمة القضائية الحديثة، معتنيًا بالفقه والأصول ومقاصد الشريعة، ممارسًا للعمل الإداري سنوات طويلة من عمره، ساهم في صياغة كثيرٍ من الأنظمة، وإبداء الرأي - بعد البحث والتقصّي - في كثير من النوازل القضائية في وقته، صاحب قلم سيّال، ومَعِين لم ينضب في حياته، وبذلٍ وإحسانٍ للناس، مع خُلُق

رفيع، وتواضع غير مصطنع، وكانت له بصمات واضحة في مجال القضاء، من خلال اجتهاداته وترجيحاته الفقهية التي امتازت بالدقة والعُمق، والتي كان لها أثرٌ في توجيه مسار العدالة في المجتمع.

لقد كان الشيخ سعود الدريب رَحْمَةُ اللَّهِ رَمَزًا للعلم الشرعي المتين، وعلامة من علامات الفقه الإسلامي، حيث جمع بين العلم الواسع والتطبيق العملي للقضاء، مما أهله ليكون من العلماء المبرزين في هذا المجال؛ فقد تتلمذ على يد كبار العلماء، وارتوى من مَعِين الشريعة الإسلامية، حتى أضحي من رموز وزارة العدل الذين يُشهد لهم بحُسن السيرة، ودقة الأحكام، واتباع السُنّة. جعل الله ما قدمه في ميزان حسناته، وجمعنا به في أعلى عليين.

ومن فضل الله عليّ أن جمعتني بالشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى صَلَوةً وَرَحِمَ، مما يسّر لي معرفته عن قُرب، والحصول على تراثه، واجتهاداته الفقهية والقضائية، وسيرته ووثائقه. فاستعنتُ بالله عَزَّوَجَلَّ في كتابة سيرة ذاتية له، وجمعَ ترجيحاته الفقهية القضائية التي ذكر الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى فيها خلافاً، ورجّح ما يراه بعدها، وقد أُسميتُ هذا البحث: (الاختيارات القضائية للشيخ الدكتور سعود بن سعد الدريب رَحْمَةُ اللَّهِ).

أَسْأَلُ اللَّهَ تَعَالَى أَنْ يجعل هذا الجهد خالصاً لوجهه الكريم، وأن يكتب له القبول والنفع، وأن يجعله ذخراً لكلّ من يبحث عن العدالة ويهتدي بنور الشريعة الغراء، فهو سبحانه الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١. مكانة الشيخ سعود الدريب رَحِمَهُ اللهُ القضاة.
٢. إبراز جهود العلماء المعاصرين البحثية، وإبراز اختياراتهم الفقهية.
٣. عناية الشيخ سعود الدريب رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى بالبحث العلمي، ومتابعة ما يستجد من النوازل الفقهية والأنظمة الحديثة.
٤. كثرة ترجيحات الشيخ سعود الدريب رَحِمَهُ اللهُ الفقهية والقضائية.
٥. عدم وجود دراسة علمية خاصة تذكر سيرة الشيخ سعود الدريب رَحِمَهُ اللهُ، وترجيحاته القضائية.

منهج البحث:

١. أذكر المسائل التي ذكر الشيخ فيها خلافاً، وذكر ترجيحه فيها من خلال بحوثه أو مقالاته الخاصة بكتاب القضاء فقط.
٢. أذكر الأدلة التي استدلل بها الشيخ على ترجيحه، وأوثقها من كتب الفقهاء، وإن لم أجدها فأكتفي بتوثيقها من مصدر الترجيح، سواء كان كتاباً أو بحثاً أو مقالاً.
٣. أذكر المعتمد من المذهب الحنبلي في المسألة، وإن لم أجدهم نصاً سلكت مسلك التخيير.
٤. أذكر الأدلة التي استدلل بها المذهب الحنبلي في المسألة حال مخالفة الشيخ المعتمد من المذهب.



٥. أذكر موافقة الشيخ أو مخالفته للمعتمد من المذهب.
٦. إن وافق ترجيحُ الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى قولاً أو روايةً في المذهب تخالف المعتمد أذكر ذلك في الحاشية.
٧. ركّزتُ على موضوع البحث، وتجنّبتُ الاستطراد قدر استطاعتي.
٨. خَرَجْتُ الأحاديث من مصادرها الأصلية، وأثبتُّ الكتاب، والباب، والجزء، والصفحة، وما كان في الصحيحين أو أحدهما فخرَّجته من ذلك، واكتفيتُ به، وإن لم يكن فيهما فخرَّجته من بقية الكتب التسعة ومن غيرها إن لم يكن فيها، وبَيَّنْتُ ما ذكره أهل الشأن في درجته.
٩. اعتنيتُ بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة، والأحاديث الشريفة، والآثار، وأقوال العلماء.
١٠. إن كان النقل بالنصِّ فإني أكتب اسم الكتاب في الحاشية مباشرة، أما إن كان النقل بالمعنى فإني أكتب في الحاشية: (راجع) ثم اسم الكتاب.
١١. ختمت البحث بخاتمة متضمنة لأهم النتائج.
١٢. أتبعَت البحث بفهرس المصادر والمراجع.

الدراسات السابقة:

لم أجد مَنْ بحث ترجيحات الشيخ سعود الدريب رَحِمَهُ اللهُ
القضائية، مقارنة بالمذهب الحنبلي.

خطة البحث:

التمهيد: التعريف بالشيخ سعود بن سعيد الدريب رَحِمَهُ اللهُ:

وفيه مطالب:

المطلب الأول: اسمه.

المطلب الثاني: مولده ونشأته.

المطلب الثالث: دراسته.

المطلب الرابع: شيوخه.

المطلب الخامس: تدرجه الوظيفي.

المطلب السادس: مؤلفاته.

المطلب السابع: مكتبته العلمية.

المطلب الثامن: وفاته.

المبحث الأول: ترجيحات الشيخ الخاصة بالقاضي:

وفيه مطالب:

المطلب الأول: قضاء المرأة في غير الحدود والقصاص.



المطلب الثاني: تولية الكافر القضاء بين أهل ملّته.

المطلب الثالث: تقليد الفاسق القضاء.

المطلب الرابع: تقليد المقلد القضاء.

المطلب الخامس: تولية الجاهل الأمّي القضاء.

المطلب السادس: تقليد الأخرس القضاء.

المطلب السابع: تقليد الأعمى القضاء.

المطلب الثامن: مخاصمة القضاة.

المطلب التاسع: عزل القضاة.

المطلب العاشر: قضاء القاضي بعلمه.

المطلب الحادي عشر: تعدد القضاة في نظر القضية.

المطلب الثاني عشر: تغيير حال القاضي بالفسق.

المبحث الثاني: ترجيحات الشيخ في المسائل المختصة بأعوان القاضي:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عدد المترجمين في الدعوى.

المطلب الثاني: اتخاذ القاضي حاجباً له في مجلس القضاء.

الخاتمة والنتائج.

التمهيد

التعريف بالشيخ سعود بن سعد الدريب رَحِمَهُ اللهُ^(١)

المطلب الأول: اسمه:

هو الشيخ الدكتور/ سعود بن سعد بن سعود بن عبد العزيز بن سليمان بن محمد بن دريب^(٢).

المطلب الثاني: مولده ونشأته:

وُلِدَ الشيخ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في سنة ١٣٥٧ هـ، بحوطة بني تميم، في أسرة متوسطة ليست من الأغنياء ولا من الفقراء، وقد أدخله والده كَتَّاب عبد الله بن عبد الرحمن بن سرحان المعروف بـ(ابن دبل) لدراسة القرآن الكريم، وقد أكمله وهو في أوائل العقد الثاني من عمره.

المطلب الثالث: دراسته:

- في أواخر ١٣٦٩ هـ افتُتِحَت أول مدرسة نظامية في الحوطة، وانتظمت الدراسة فيها عام ١٣٧٠ هـ، والتحق بها، وتحصّل فيها على شهادة النقل من السنة الرابعة إلى الخامسة.

- (١) يسّر الله لي الحصول على وثائق الشيخ رَحِمَهُ اللهُ وشهاداته، ومنها كتبتُ هذه السيرة.
- (٢) وإلى هذا الجَد تُنسب الأسرة، وقد انتقلت الأسرة من الحوطة إلى الرياض والأحساء والدمام والبحرين.

درس خلال هذه الفترة على المشايخ في التوحيد والفرائض والفقه والنحو.

- في عام ١٣٧٤هـ انتقل مع أسرته إلى الرياض بغرض الدراسة والالتحاق بالمعهد العلمي، وكان ترتيبه الأول بين الناجحين في تلك السنة، من مجموع الطلاب البالغ عددهم ٢٢٤ طالباً. وكانت شهادته موقّعة من رئيس المعاهد الدينية والكليات حينها الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رَحِمَهُ اللهُ.

- تخرج من المعهد العلمي بالرياض سنة ١٣٨٠هـ، وكان ترتيبه ٣٩ من مجموع الطلاب الناجحين البالغ عددهم ١٥٤ طالباً، وكانت شهادته موقّعة من رئيس الكليات والمعاهد العلمية حينها سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رَحِمَهُ اللهُ.

والتحق بكلية الشريعة وتخرّج فيها منتسباً عام ١٣٨٤هـ-١٣٨٥هـ بتقدير (جيد)، وكانت شهادته موقّعة من رئيس الكليات والمعاهد العلمية حينها سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رَحِمَهُ اللهُ.

وكان من أبرز من درس في دفعته في هذه المرحلة:

١. معالي الشيخ الأستاذ الدكتور/ عبد الله بن علي الركبان حَفِظَهُ اللهُ.
٢. معالي الشيخ الأستاذ الدكتور/ عبد العزيز بن عبد الرحمن السعيد حَفِظَهُ اللهُ.

٣. معالي الشيخ الدكتور/ صالح بن سعود العلي حَفِظَهُ اللهُ.



٤. فضيلة الشيخ / عبد العزيز بن عبد الله الراجحي حَفِظَهُ اللهُ.
 ٥. فضيلة الشيخ / أحمد بن عبد الرزاق الدويش رَحِمَهُ اللهُ.
 ٦. فضيلة الشيخ الدكتور / سعود بن محمد البشر رَحِمَهُ اللهُ.
 ٧. فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور / عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعه رَحِمَهُ اللهُ.
 ٨. فضيلة الشيخ / محمد بن حسن الدريعي رَحِمَهُ اللهُ^(١).
- في عام ١٣٨٥هـ بعد تخرّجه في الجامعة وحصوله على شهادة البكالوريوس التحق بمعهد الإدارة وحصل على (دبلوم في الإدارة والتنظيم) لمدة ستة أشهر.
- التحق بالمعهد العالي للقضاء لدراسة الماجستير في تخصّص الفقه المقارن، وحصل على درجة الماجستير في عام ١٣٨٩ / ١٣٩٠هـ، وكان عنوان بحثه: (الشركات في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي)، وكان المشرف عليه الشيخ / طه عبد الله الدسوقي العربي رَحِمَهُ اللهُ، وحرّرت شهادته عام ١٣٩٠هـ موقّعة من مدير المعهد آنذاك وهو فضيلة الشيخ / عبد الرزاق عفيفي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، ثم أُعيد تحريرها عام ١٣٩٨هـ باسم جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وكانت موقّعة من معالي الأستاذ الدكتور / عبد الله بن عبد المحسن التركي، ومدير المعهد الدكتور / عبد الرحمن بن محمد السدحان رَحِمَهُ اللهُ.

(١) راجع: دليل خريجي جامعة الإمام محمد بن سعود، ص ١٠١-١٠٥.

وكان أبرز من درس معه في هذه المرحلة:

١. معالي الشيخ الأستاذ الدكتور/ عبد الله بن عبد المحسن التركي
حَفِظَهُ اللهُ.

٢. فضيلة الشيخ الدكتور/ صالح بن عبد الرحمن الأطرم رَحِمَهُ اللهُ.

٣. فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور/ صالح بن غانم السدلان
رَحِمَهُ اللهُ.

٤. فضيلة الشيخ الدكتور/ عبد الله بن عبد الرحمن بن جبرين
رَحِمَهُ اللهُ^(١).

- التحق بالمعهد العالي للقضاء لدراسة الدكتوراه وحصل عليها
عام ١٤٠٢هـ، بقسم السياسة الشرعية، وكانت رسالته بعنوان:
(التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة
الإسلامية والسلطة القضائية)، وكان الدكتور/ عبد العال عطوة
رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى مشرفاً على الرسالة، ولم يكن النظام وقتها يلزم بدراسة
نظامية، بل بتسجيل رسالة فقط بعد القبول، وكانت شهادته موقّعة
من معالي الأستاذ الدكتور/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، ومدير
المعهد حينها معالي الشيخ الدكتور/ صالح بن فوزان الفوزان حَفِظَهُ اللهُ.

(١) راجع: دليل خريجي جامعة الإمام محمد بن سعود، ص ٢٣.

المطلب الرابع: شيوخه:

درس الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى على عدّة مشايخ، منهم من درّسه في الدراسة النظامية، ومنهم من درّسه في حلقات المساجد، وهم على سبيل المثال لا الحصر:

١. سماحة الشيخ / محمد بن إبراهيم آل الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى.
٢. سماحة الشيخ / عبد العزيز بن عبد الله بن باز رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى.
٣. سماحة الشيخ / عبد الله بن محمد بن حميد رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى.
٤. فضيلة الشيخ / عبد الرحمن بن فارس رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى القاضي بمحكمة التمييز بالرياض.
٥. معالي الشيخ / عبد الله بن عبد الرحمن الغديان رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى.

المطلب الخامس: تدرجه الوظيفي:

التحق الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى بالوظائف الحكومية عام ١٣٨٠هـ، وتدرج في الوظائف الحكومية على النحو الآتي:

١. مراقب ضبط وسكرتير بالمحكمة الكبرى بالرياض، ١٣٨٠هـ.
٢. مفتش محاكم، ١٣٨٣هـ.
٣. ملازم قضائي، ١٣٨٥هـ.
٤. كاتب عدل بالرياض، ١٣٨٧هـ.



٥. مدير مكتب المدير العام، ١٣٩١هـ.
٦. مدير مكتب الوكيل، ١٣٩١هـ.
٧. مستشار إداري، ١٣٩٣هـ.
٨. مستشار شرعي، ١٣٩٤هـ.
٩. وكيل وزارة العدل المساعد للشؤون القضائية، ١٣٩٦هـ.
١٠. وكيل وزارة العدل للشؤون القضائية، ١٣٩٩هـ^(١).

وقد عمل الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى وكيلاً لوزارة العدل للشؤون القضائية حتى تقاعده عام ١٤١٧هـ بعد بلوغه السنّ النظامي للتقاعد على المرتبة الخامسة عشرة، وفي هذه الفترة مرّ على وزارة العدل ثلاثة وزراء، عمل الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى وكيلاً للوزارة للشؤون القضائية في عهدهم، وهم:

١ - معالي الشيخ / إبراهيم بن محمد آل الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ:

قال عن الشيخ سعود رَحْمَةُ اللَّهِ في خطاب مكتوب عام ١٤٠٤هـ: «إنه أثبت كفاءةً ومقدرةً وإخلاصاً وحرصاً على أداء الواجب، إضافة إلى طول خدماته في الدولة، حيث تمّرس بالقضاء والأعمال المرتبطة به ما يقرب من ربع قرن من الزمان، كما أسهم في كثير من المؤتمرات

(١) بيان خدمات من الإدارة العامة للخدمة، رقم البيان: (٣١٨).

والندوات التي عقدت في العالم العربي والإسلامي لبحث ما يتعلق بالقضاء».

٢- معالي الشيخ / محمد بن جبير رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

٣- معالي الشيخ الدكتور / عبد الله بن محمد آل الشيخ حَفِظَهُ اللهُ^(١)، وقد أُحيل الشيخ سعود رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى إلى التقاعد في وقته.

ثم اشتغل الشيخ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في مهنة المحاماة، وافتتح مكتباً للمحاماة والاستشارات القانونية بمدينة الرياض، حتى وفاته رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

مناصب أخرى ولجان شارك فيها الشيخ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى خلال عمله الحكومي:

- عضو مجلس القضاء الأعلى بهيئته العامة إبان رئاسة الشيخ عبد الله بن حميد رَحِمَهُ اللهُ.

- عضو في هيئة حسم المنازعات التجارية بالرياض في إحدى تشكيلاتها.

- عضو في مجلس الإدارة للمركز العربي للدراسات القضائية والقانونية بالمغرب العربي.

- عضو في المجلس الأعلى للسجون.

(١) موقع وزارة العدل في المملكة العربية السعودية:

<https://www.moj.gov.sa/ar/Ministry/Pages/MOJHistory.aspx>

- عضو في مجلس إدارة (المجلة العربية للفقهاء والقضاء) التي يصدرها مجلس وزراء العدل العرب.

- عضو في مجلس الإدارة لمؤسسة الدعوة الإسلامية الصحفية بعد تأسيسها عام ١٣٨٥هـ، وقد أسندت إليه إدارتها فترة من الزمن.

- أستاذ متعاون بالمعهد العالي للقضاء من عام ١٤٠٦هـ وحتى وفاته رَحِمَهُ اللهُ.

- أستاذ متعاون بكلية الملك فهد الأمنية من عام ١٤٠٤هـ إلى ١٤٠٧هـ.

- إلقاء بعض المحاضرات والدورات في معهد الإدارة العامة.
- المشاركة في عدة لجان قضائية متخصصة لبحث ما يتعلق بالقضاء، ومناقشة الحلول المقترحة للنهوض به نهضة مباركة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية؛ منها:

لجان الأحوال الشخصية، قانون المعاملات المدنية، القانون الجنائي، الأنظمة الإجرائية، مثل: نظام السلطة القضائية، ونظام الإجراءات المدنية (نظام المرافعات)، ونظام السجل العقاري، ولجنة توحيد المصطلحات القانونية والقضائية المنبثقة من مجلس الوزراء العرب.

المطلب السادس: مؤلفاته:

للشيخ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى مؤلفات وبحوث منشورة نافعة، وهي الآتية:

١ - المعاملات المالية المصرفية وموقف الشريعة منها، ١٣٨٨ هـ.

قال عنه الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رَحِمَهُ اللهُ: «قرئ علينا فوجدناه كتاباً جيداً في بابه، مفيداً جداً بالنسبة إلى ما تسرّب من المعاملات المصرفية من ألوان الربا»^(١).

وقال عنه الشيخ إسماعيل الأنصاري رَحِمَهُ اللهُ: «فإنّ هذه الرسالة التي يقدّمها الشيخ البحّاث سعود بن سعد بن دريب في شأن المعاملات المالية المصرفية رسالة قيمةٌ عاجلتُ أخطر مشكلة من مشاكل العصر»، ثم قال: «فصارت هذه الرسالة أجمع ما صُنّف في هذا الموضوع مما وقفنا عليه، هذا مع متانة في الأسلوب وسلاسته، وصحّة النقل، ودقّة التصوير والاستنتاج»^(٢).

٢ - الشركات في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، وهو بحث لمرحلة الماجستير في المعهد العالي للقضاء.

٣ - ليس كراء الأرض من الربا المحرم، بحث منشور في مجلة هدي الإسلام، ١٣٨٩ هـ.

٣ - الشيخ محمد بن عبد الوهاب حامل راية الإسلام في القرن الثاني عشر.

(١) من مقدمة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رَحِمَهُ اللهُ لكتاب المعاملات المصرفية، الطبعة الأولى، ص ١٠.

(٢) من مقدمة كتاب المعاملات المصرفية، الطبعة الأولى، ص ١١.

وهو البحث الفائز بالجائزة الأولى في المسابقة التي أجرتها وزارة المعارف السعودية.

٤- الإدارة العامة في الإسلام، وهو دراسة تاريخية تثبت مدى الأصالة العربية في الشؤون الإدارية، مقارنة بالنظم الإدارية الحديثة.

٥- الزكاة، وهو بحث فاز بجائزة جريدة الندوة للبحوث، ١٣٨٩هـ.

٦- موقف الشريعة الإسلامية من المسكرات والمخدرات، بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية، ١٣٩٥هـ، العدد ١.

٧- رسالة الفاروق لأبي موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا والمبادئ العامة في أصول القضاء، بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية، ١٤٠٢هـ.

٨- التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، رسالة دكتوراه في المعهد العالي للقضاء، ١٤٠٢هـ.

٩- القضاء والحكم بشريعة الإسلام بين توحيد المشرع ومتابعة المبلّغ، بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية، ١٤٠٧هـ.

١٠- الملك عبد العزيز ووضع قواعد التنظيم القضائي في المملكة ١٤٠٨هـ.

١١- تعويض المضرور من قبل الدولة في الفقه الإسلامي وتطبيقات ذلك في المملكة العربية السعودية، وهو بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثاني، السنة الأولى ١٤١٠هـ.

- ١٢- الشركات، وهو بحث اقتصادي منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٠٩هـ.
- ١٣- السلطة الإدارية في المملكة لا سلطان لها على أحكام الشرع والقضاء، بحث منشور، ١٤١٠هـ.
- ١٤- مشروع القانون العربي الموفي إطار توحيد التشريعات العربية، بحث منشور في مجلة العدالة الإماراتية، ١٤١٦هـ.
- ١٥- رواد في تاريخنا الحديث (عبد الله بن حسن آل الشيخ)، بحث منشور في مجلة دارة الملك عبد العزيز، ١٤١٩هـ.
- ١٦- تطور الأنظمة السعودية في مجال العمل والتأمينات الاجتماعية، بحث مقدم لمؤتمر المملكة العربية السعودية في مائة عام، ١٤١٩هـ.
- ١٧- الدعوة إلى الله والحسبة والقضاء في الرياض، وهو بحث منشور في مجلة الدرعية، العدد التاسع، ١٤٢١هـ.
- ١٨- بحوث في القضاء وتاريخه، وهي مجموعة بحوث للشيخ لم تُطبع بعد.
- ١٩- حوطة بني تميم والحلوة القاعدة الثانية للدولة السعودية الثانية، لم يطبع بعد.

المطلب السابع: مكتبته العلمية:

للشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى مكتبة علمية مليئة بالكتب العلمية الشرعية والقانونية النادرة والمتخصصة، وقبل وفاته رَحْمَةُ اللَّهِ تَبَرَّعَ بها إلى المكتبة المركزية بجامعة الملك خالد بأبها، وأشرف على فهرستها بنفسه، وهي موجودة الآن في جناح مستقل باسمه رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى.

المطلب الثامن: وفاته:

توفي رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى في مستشفى القوات المسلحة بعد أن شعر بتعبٍ في قلبه على إثره ذهب إلى المستشفى، وحاول الأطباء إنعاشه لكن قدر الله نافذُ بتوقف قلبه ووفاته، وقد لُقِّنَ الشهادة قبلها فتلقن والله الحمد، ثم أسلم الروح إلى بارئها، وكان هذا في صبيحة يوم الخميس ٢٩/١/١٤٢١هـ، الساعة العاشرة صباحاً، وقد أُدِّيت عليه صلاة الميت في جامع الأمير عبد الله بن محمد بسوق عتيقة المركزي بعد صلاة العصر، وقد أمَّ المصلِّين الشيخ عبد العزيز بن محمد الحمدان، وكيل وزارة الشؤون الإسلامية للمطبوعات والبحث العلمي، ودُفِنَ في مقبرة المنصورية، فرحمه الله تعالى رحمةً واسعة.

المبحث الأول

ترجيحات الشيخ المختصة بذات القاضي

المطلب الأول: قضاء المرأة في غير الحدود والقصاص:

رَجَّحَ الشيخ رَحْمَهُ اللهُ تَعَالَى عدم جواز تولية المرأة القضاء في غير الحدود والقصاص، ومن باب أَوَّلَى عدم الجواز في الحدود القصاص، وعدم نفاذ قضائها مطلقاً.^(١)

واستدلَّ على ذلك بالأدلة الآتية:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾^(٢).

وجه الدلالة: أنَّ الآية أفادت -بأسلوب الحصر- جعل القوامة للرجال على النساء دون العكس، فلو جاز تقليد النساء القضاء -وهو من الولايات العامة- لكانت هن القوامة على الرجال، وهذه القوامة عامة في جميع الأمور؛ إذ إن حذف متعلق القوامة يؤذن بعمومها^(٣).

(١) راجع: التنظيم القضائي، ص ٣٥٦.

(٢) سورة النساء: ٣٤.

(٣) راجع: الحاوي الكبير (١٥٦/١٦)، التنظيم القضائي، ص ٣٥٦.

الدليل الثاني:

قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»^(١).

وجه الدلالة: النهي عن تولي المرأة شيئاً من الولايات العامة؛ إذ إن الحديث خبرٌ يفيد النهي^(٢).

الدليل الثالث:

قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «القضاة ثلاثة: واحد في الجنة، واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضى به، ورجلٌ عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار»^(٣).

وجه الدلالة: أنّ الحديث نصٌّ في أنّ من يتولى القضاء رجلٌ وليس امرأة، ويدلّ بمفهومه على خروج المرأة وعدم صلاحيتها للقضاء^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، باب كتاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى كسرى وقيصر (٨/٦)، حديث رقم (٤٤٢٤).

(٢) راجع: الحاوي الكبير (١٥٦/١٦)، النجم الوهاج في شرح المنهاج (١٤٤/١٠)، التنظيم القضائي ص ٣٥٩.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، باب القاضي يخطئ (٤٢٦/٥)، حديث رقم (٣٥٧٣)، وابن ماجه، باب الحاكم يخطئ ويصيب (٤١٢/٣)، حديث رقم (٢٣١٤)، والبيهقي، باب إثم من أفتى أو قضى بالجهل (١٩٩/١٠)، حديث رقم (٢٠٣٥٤)، وصححه الأرنؤوط.

(٤) التنظيم القضائي، ص ٣٦٠.

الدليل الرابع:

الإجماع، فقد أجمع الأئمة المجتهدون على عدم جواز إسناد القضاء إلى المرأة^(١).

الدليل الخامس:

أنّ القضاء يحتاج إلى كمال الرأي وتام الفطنة والعقل، وهذا غير متحقق على سبيل الكمال في المرأة؛ لانسياقها وراء العاطفة التي جُبِلت عليها بحكم وظيفتها الرئيسة في الحياة، وهي الأمومة، ولتأثير العوامل الطبيعية التي تعترها على مرّ الشهور والأعوام، من الحيض والحمل والولادة، وكلّ هذا يضعف - إن لم يمنع - من تكوين الرأي الكامل لديها، فلا يتحقق منها القضاء على سبيل الكمال^(٢).

الدليل السادس:

أن المرأة لا تصلح للإمامة العظمى، ولا للوزارة، ولا للإمارة على البلدان إجماعاً^(٣)، ولهذا لم يولّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولا أحد من خلفائه،

(١) راجع: شرح السنة للبغوي (١٠ / ٧٧)، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١١٠، ومستندهم في الإجماع أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وخلفاءه الراشدين من بعده لم يُنقل عنهم أنهم قد ولوا امرأة القضاء.

(٢) راجع: الحاوي الكبير (١٦ / ١٥٦)، النجم الوهاج في شرح المنهاج (١٠ / ١٤٤)، التنظيم القضائي، ص ٣٦٢.

(٣) راجع: مراتب الإجماع، ص ١٢٦.

ولا مَنْ بعدهم، امرأة قضاءً، ولا ولاية بلد، ولم يشهد التاريخ أن امرأة وَلِيَتْ قضاءً في الإسلام، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً^(١).

الدليل السابع:

أن مجلس القضاء تحضره محافل الخصوم من الرجال، وهي ليست أهلاً للحضور في محافل الرجال؛ لأن في حضورها فتنة، وربما كان كلامها فتنة^(٢).

رأي المذهب الحنبلي:

وافق الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى الحنابلة في أن تولية المرأة القضاء في غير الحدود والقصاص وبالأولى بالحدود والقصاص لا يصح ولا يجوز ولا ينفذ^(٣).

المطلب الثاني: تولية الكافر القضاء بين أهل ملته:

رَجَّح الشيخ جواز تولية الكافر القضاء ليقضي بين أهل ملته في مسائل أحكام الأسرة (الأحوال الشخصية)^(٤)، واستدل على ذلك بعدة أدلة:

- (١) راجع: كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، ص ٥٥٠، التنظيم القضائي، ص ٣٦٢.
- (٢) راجع: النجم الوهاج في شرح المنهاج (١٠ / ١٤٤)، التنظيم القضائي، ص ٣٦٢.
- (٣) راجع: منتهى الإرادات (٥ / ٢٦٨)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٤ / ٣٦٨)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٦ / ٤٦٦).
- (٤) راجع: التنظيم القضائي، ص ٣٦٨.

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَرَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(١).

فقد أثبتت الآية ولاية بعضهم على بعض، فيتناول ولاية بعضهم القضاء على بعض^(٢).

الدليل الثاني:

أنه يجوز شهادة الذمّي على ذمي مثله، فذلك يجوز قضاء الذمي على مثله؛ إذ إن أهلية القضاء تتبع أهلية الشهادة^(٣).

الدليل الثالث:

أن العُرف من فجر التاريخ الإسلامي قد جرى على تعيين القضاة من أهل الذمة ليحكموا بينهم^(٤).

وهذا العرف قد استند إلى دليل شرعي، وهو أن عمرو بن العاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حينما فتح مصر ولى قضاة من الأقباط ليفصلوا بين أهل دينهم،

(١) سورة المائدة: ٥١.

(٢) راجع: التنظيم القضائي، ص ٣٦٨.

(٣) راجع: التتف في الفتاوى للسغدي (٢/ ٧٩٧)، العناية شرح الهداية (٧/ ٤١٩)، التنظيم القضائي، ص ٣٦٨.

(٤) راجع: التنظيم القضائي، ص ٣٦٨.

وأن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عندما بلغه ذلك أقرّه، ولا يعلم لهما مخالف من الصحابة^(١).

الدليل الرابع:

أن تولية قاضٍ من أهل الذمة ليحكم بينهم نوع من تسامح المسلمين مع أهل الذمة، وهو مبدأ أقره الإسلام، فليس المقصود من التولية أكثر من هذا، إذ لا يقصد أن هذه التولية واجبة على ولي أمر المسلمين، إذ الأصل العام المقرّر في الشريعة الإسلامية أن كلّ ولاية عامة في بلاد الإسلام يجب أن تستند إلى المسلمين لا إلى غيرهم. كما أنه ليس المقصود منها أن أهل الذمة يجبرون على التحاكم إلى قاضيه؛ لأنّ لهم الحق في التحاكم إلى قاضي المسلمين^(٢).

الدليل الخامس:

أنه ليس في هذه التولية ما ينافي الصّغار عنهم؛ لأنها لا تشمل غيرهم من المسلمين، فالصّغار لازم لكفرهم ودفعهم الجزية، كما أنه ليس في هذه التولية علوّ على الإسلام وأهله، لعدم شمولها الحكم بين المسلمين^(٣).

(١) راجع: التنظيم القضائي، ص ٣٦٩.

(٢) التنظيم القضائي، ص ٣٦٩.

(٣) التنظيم القضائي، ص ٣٧٠.

وأما ما عدا مسائل أنكحتهم من المسائل المدنية والجنائية عموماً، فرجّح الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى وجوب خضوعهم إلى قضاء الإسلام؛ لتعلق ذلك بأمن البلاد واستقرار المعاملات، ودفعاً عن الوقوع في فوضى التقاضي^(١).

رأي المذهب الحنبلي:

خالف الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى المعتمد من المذهب الحنبلي في حكم تنصيب قاضي من أهل الذمة عليهم؛ إذ يشترط الحنابلة رَحْمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى الإسلام فيمن يولى القضاء، وقد أطلقوا الحكم في صفات القاضي من دون تحديد^(٢)، واستدلوا على ذلك:

الدليل الأول:

أن الكفر يقتضي إذلال صاحبه، والقضاء يقتضي احترامه، وبينهما منافاة^(٣).

الدليل الثاني:

أنه لا يجوز أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله^(٤).

(١) التنظيم القضائي، ص ٣٦٩.

(٢) راجع: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١١/ ١٧٦)، منتهى الإرادات (٥/ ٢٦٨)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٤/ ٣٦٨)، الشرح الممتع على زاد المستقنع (١٥/ ٢٧٧).

(٣) المبدع في شرح المقنع (٨/ ١٥٤).

(٤) حاشية الروض المربع (٧/ ٥١٧).

المطلب الثالث: تقليد الفاسق القضاء:

رَجَّحَ الشيخ رَحْمَهُ اللهُ تَعَالَى اشتراط العدالة فيمن يتولى القضاء، وعدم جواز تولية الفاسق القضاء^(١).

واستدلَّ على ذلك بعدة أدلة:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾^(٢).

فقد أمر الله بالتبَيَّن في أخبار الفاسق، وهذا يقتضي تأخير قبول قوله إلى حين التبين.

فلو صح تقليد الفاسق لوجب تأخر قبول حُكْمه إلى حين التبين، وهذا لا يجوز؛ لما فيه من تأخير تنفيذ القضاء الذي يجب على الفور^(٣).

الدليل الثاني:

أن منصب القضاء يتطلب الأمانة، والفاسق ليس أميناً على نفسه، فكيف يكون أميناً على دماء الناس وأعراضهم وأموالهم^(٤).

(١) راجع: التنظيم القضائي، ص ٣٧٥.

(٢) سورة الحجرات: ٦.

(٣) راجع: الحاوي الكبير (١٦/ ١٥٨)، المغني لابن قدامة (١٠/ ٣٧)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٧/ ٢٣٧)، التنظيم القضائي، ص ٣٧٥.

(٤) راجع: النجم الوهاج في شرح المنهاج (١٠/ ١٤٤)، التنظيم القضائي، ص ٣٧٥.

الدليل الثالث:

أن الفاسق لا يصلح شاهداً، فلا يصلح قاضياً؛ لأن الشهادة أقل رتبة من القضاء، لخصوصها وعموم القضاء، وما لا يصلح للأدنى لا يصلح للأعلى^(١).

وأما ماهية العدالة التي تكلم عنها الفقهاء سابقاً، فقد ذكر الشيخ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى بأن تحقّقها في زمننا المعاصر من الصعوبة بمكان، لكن يكفي بتوفّرها قدر الإمكان، بأن لا يُعرف عن المرشّح ما يخالفها، دون أن نطالبه بإثبات عدم اتصافه بما ينافيها.

وهو ما يعبر عنه في النُظم المعاصرة بحُسن السيرة والسلوك، ونكون بهذا قد تحقّقنا من اختيار أعدل أهل زمانه، ولم نضيّق على أنفسنا بتعطيل الأحكام، وانسداد باب التحاكم، دفعاً لما قد يكون في ذلك من حرج ومشقة، ومتى بدت صفحته وانكشفت عورته أمكن لولي الأمر معالجة ذلك، إما بتقويم اعوجاجه، أو الاستغناء عن قضاائه^(٢).

(١) راجع: الحاوي الكبير (١٥٨/١٦)، التنظيم القضائي، ص ٣٧٥.

(٢) التنظيم القضائي، ص ٣٧٧.

رأي المذهب الحنبلي:

وافق الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى الحنابلة رَحْمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى في عدم صحة تولية الفاسق القضاء، واشترط العدالة في المولى^(١).

المطلب الرابع: تقليد المقلد القضاء:

رَجَّحَ الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى أنه يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون من أهل الاجتهاد في الأحكام الشرعية، أي يكون عالماً بأصولها، مرتاضاً بفروعها حتى يجد طريقاً إلى العلم بأحكام النوازل، وتميز الحق من الباطل.

وأصول هذه الأحكام كما قررها الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ أربعة:

أحدها: العلم بكتاب الله عزَّوَجَلَّ على الوجه الذي يصح به ما تضمنه من الأحكام.

الثاني: علمه بسنة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الثابتة من أقواله وأفعاله.

الثالث: علمه بتأويل السلف فيما أجمعوا عليه، أو اختلفوا فيه؛ ليتبع الإجماع، ويجتهد برأيه في الخلاف.

الرابع: علمه بالقياس.

(١) راجع: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٢٣٧/٧)، المبدع في شرح المنع (١٥٧/٨)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١١٧/١١)، منتهى الإرادات (٢٦٨/٥)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٣٦٨/٤).

وبناءً على ذلك، فولاية المقلد غير جائزة، وغير صحيحة، فلا تنفذ أحكامه، ولو صادفت الحق، ويأثم المقلد لذلك، فإن لم يوجد مجتهد صحت ولاية المقلد للضرورة، وهو الحاصل اليوم^(١).

والأدلة على ذلك ما يأتي:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾^(٣).

وجه الدلالة: أن الآيات تأمر بالقضاء بالحق والعدل، والقضاء بموجبهما لا يتحقق إلا من المجتهد، لا المقلد؛ لأنه هو الذي يستطيع الوصول إلى الحكم الشرعي الذي هو الحق والعدل، وقوله تعالى: ﴿لَعَلَّمَهُ الَّذِينَ يَسْتَبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾^(٤).

الدليل الثاني:

حديث معاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عندما أخبر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بأنه سيجتهد في الحكم إذا لم يجد نصاً في كتاب الله أو سنة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٥).

(١) التنظيم القضائي، ص ٣٨٣.

(٢) سورة ص: ٢٦.

(٣) سورة المائدة: ٤٢.

(٤) سورة النساء: ٨٣.

(٥) أخرجه أبوداود في سننه، باب اجتهد الرأي في القضاء، حديث رقم (٣٥٩٢)، (٥/ ٤٤٤)، والترمذي في سننه باب مَا جَاءَ فِي الْقَاضِي كَيْفَ يَقْضِي، حديث رقم (١٣٢٧)، (٦٠٨/ ٣)، وضعفه الألباني في ضعيف سنن الترمذي، (١/ ١٥٣).

وجه الدلالة: إقرار النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمعاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على الاجتهاد، وهذا بيان للصفة المعتمدة للقاضي دون غيره، ولو كان التقليد جائزاً لبيّن له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ لأن الاقتصار في وقت البيان يفيد الحصر، وتأخيرها عن وقت الحاجة لا يجوز^(١).

الدليل الثالث:

أن التقليد ضرورة في حق المقلد، والضرورة تقدّر بقدرها، وذلك بالتزامه هو دون إلزام المتقاضين بما التزمه^{(٢)(٣)}.

رأي المذهب الحنبلي:

وافق الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى مذهب الحنابلة في اشتراط الاجتهاد فيمن يولى القضاء^(٤)، والمجتهد المطلق يستمد حكمه من مصادر الشريعة مثل الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب، فإذا لم يوجد مجتهد مطلق،

(١) التنظيم القضائي، ص ٣٨١.

(٢) التنظيم القضائي، ص ٣٨١.

(٣) واستدل أصحاب هذا القول كذلك بقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾. شرح منتهى الإرادات (٣/ ٤٩٢)، وبالإجماع على اشتراط الاجتهاد، فقد قال ابن حزم رَحِمَهُ اللَّهُ: «واتفقوا أنه لا يحل لقاضٍ ولا لمفتٍ تقليد رجل بعينه بعد موت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلا يحكم ولا يفتي إلا بقوله، وسواء كان ذلك الرجل قديماً أو حديثاً» مراتب الإجماع، ص ٥٠.

(٤) راجع: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١١/ ١٧٧)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (٣/ ٤٩٢).

فمجتهد في مذهب إمامه، ونَصَّ الحنابلة أن المجتهد في مذهب إمامه له ثلاث أحوال:

الحالة الأولى: أن يكون غير مقلّد لإمامه في الحكم والدليل، لكن سلك طريقه في الاجتهاد ودعًا إلى مذهبه.

الحالة الثانية: أن يكون مجتهدًا في مذهب إمامه مستقلًا بتقريره بالدليل، لكن لا يتعدّى أصوله وقواعده، مع إتقانه للفقه والقواعد وأدلة مسائل الفقه، وهو من أصحاب الأوجه والطرق في المذهب. وهو الذي يقصدونه بقولهم: «مجتهد ولو في مذهب إمامه».

الحالة الثالثة: الحافظ لمذهب إمامه العارف بأدلته، لكنه لم يبلغ رتبة أصحاب الوجوه والطرق؛ لكونه لم يبلغ مبلغهم في حفظ المذهب، أو لكونه غير متبحّر في أصول الفقه.

ثم المقلد وهو الذي يحفظ المذهب أو يستحضر أكثره، ويفهمه، متصورًا لمسائله على وجهها، وينقله، فلا يفتي إلا بمنقول عنهم، ويدخل بعض الفروع تحت ضابط صالح له في المذهب^(١).

قال الشيخ تقي الدين رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى «شروط القضاء تعتبر حسب الإمكان، ويجب تولية الأمثل فالأمثل، وعلى هذا يدلّ كلام أحمد وغيره، فيولي لعدمه أنفع الفاسقين وأقلّهما شرًّا، وأعدل المقلدين

(١) راجع: التعبير شرح التحرير (٣٨٨٣/٨)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٥٨/١٢-٢٦٤).

وأعرفهما بالتقليد، وإن كان أحدهما أعلم والآخر أروع قدّم فيما قد يظهر حكمه ويخاف الهوى فيه الأروع، وفيما ندر حكمه ويخاف فيه الاشتباه الأعلم»^(١).

المطلب الخامس: تولية الجاهل الأمي القضاء:

رجّح الشيخ رحمه الله تعالى عدم جواز تولية الجاهل الأمي القضاء ولو عرف الحكم باستفتائه لغيره.

وذكر الشيخ رحمه الله تعالى بأنه ولو عرف الحكم باستفتاء غيره إلا أنه لا يعرف تطبيقه على نفس الواقع في القضية المعروضة عليه؛ لأن الفقه - كما يقول ابن القيم رحمه الله تعالى - فقهاء: «فقه في الأحكام الكلية، وفقه في الواقع وأحوال الناس»^(٢)، وذلك يحتاج إلى زيادة نظر، فalcضاء علم وفن»^(٣).

رأي المذهب الحنبلي:

وافق الشيخ رحمه الله تعالى مذهب الحنابلة رحمه الله تعالى في عدم صحة تولية الجاهل الأمي القضاء؛ إذ يشترطون الاجتهاد المطلق، أو الاجتهاد في المذهب فيمن يؤلى^(٤).

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/٥٥٦).

(٢) راجع: الطرق الحكمية، ص ٤.

(٣) التنظيم القضائي، ص ٣٨٤.

(٤) راجع: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١١/١٧٧)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (٣/٤٩٢).

ثم الأمثل فالأمثل، فالمجتهد المطلق أولى من مجتهد المذهب، ومجتهد المذهب أولى من المقلد، وهكذا يؤولُ أعدل المقلّدين وأعرفهما بالتقليد، وإلا تعطلّت الأحكام واختلّ النظام^(١).

المطلب السادس: تقليد الأخرس القضاء:

رجّح الشيخ رحمه الله تعالى عدم صحة تولية الأخرس القضاء وإن كان مفهوم الإشارة^(٢)، واستدلّ على ذلك بالآتي:

الدليل الأول:

أن إشارة الأخرس قد تكون مفهومة عند أحد المتقاضيين دون الآخر^(٣).

الدليل الثاني:

أن الناس يتقاضون إليه من كلّ مكان، فلو فرض أن أهل بلده يفهمون إشارته فقد يفدُ إليه من خارج البلد مَنْ لا يفهم هذه الإشارة، فلا يتحقّق المقصود وهو قطع المنازعات وفصل الخصومات^(٤).

(١) راجع: كشاف القناع عن متن الإقناع (٢٩٦/٦)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٤٦٧/٦).

(٢) التنظيم القضائي، ص ٣٨٦.

(٣) راجع: المغني لابن قدامة.

(٤) المغني لابن قدامة (٣٦/١٠)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٢٤٤/٧)، التنظيم القضائي، ص ٣٨٦.

رأي المذهب الحنبلي:

وافق الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى مذهب الحنابلة رَحْمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى في عدم صحة تولية الأخرس وإن كان مفهوم الإشارة^(١).

واستدلوا كذلك بأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم^(٢).

المطلب السابع: تقليد الأعمى القضاء:

رَجَّحَ الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى جواز تقليد الأعمى القضاء، إذا كان كامل الحواس الأخرى التي لها أثر في الفهم والإفهام، وعنده يقظة تامّة، وذكاء كامل، فإن ولايته صحيحة، وقضائه نافذ، إذ يستطيع بهذه الصفات التمييز بين صوت وآخر، وبين مطالبة وأخرى، ولا يعوزه إلا معرفة عين الخصم، ولا يحتاج إلى ذلك، ويكون قضاؤه على موصوف، كما قضى داود عَلَيْهِ السَّلَامُ بين الخصمين^(٣). واستدل على ذلك بعدّة أدلة:

(١) راجع: منتهى الإرادات (٢٦٨/٥)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٣٦٨/٤)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٤٦٧/٦).

(٢) راجع: المغني لابن قدامة (٣٦/١٠)، كشف القناع عن متن الإقناع (٢٩٥/٦).

(٣) راجع: التنظيم القضائي، ص ٣٨٧.

الدليل الأول:

أن شعيباً عَلَيْهِ السَّلَامُ كان أعمى^{(١)(٢)}، فعن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، في قوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَأَنَا لَنُرِكَ فِينَا ضَعِيفًا﴾ [هود: ٩١] قال: «كان شعيب أعمى»^(٣)، ولا يخفى بأن مقام النبوة أعلى من مقام القضاء^(٤).

الدليل الثاني:

أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يستخلف على المدينة في الغزوات ابن أم مكتوم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٥)، وهي ولاية عامة مؤقتة، والقضاء منها، وقد كان أعمى^{(٦)(٧)}.

- (١) راجع: درج الدرر في تفسير الآي والسور (١/ ٦٨٠)، تفسير الطبري (١٥/ ٤٥٧)، الحاوي الكبير (٩/ ٦٣).
- (٢) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢/ ٦٢٠)، باب ذكر النبي شعيب صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، حديث رقم (٤٠٧٢)، قال الذهبي: على شرط مسلم.
- (٣) المستدرک على الصحيحين للحاكم باب ذكر شعيب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (٢/ ٦٢٠) حديث رقم (٤٠٧٢)، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم.
- (٤) التنظيم القضائي، ص ٣٨٦.
- (٥) المعجم الأوسط (٨/ ١١٥)، حديث رقم (٨١٣٦).
- (٦) أخرجه أبو داود في سننه، باب إمارة الأعمى (١/ ٤٤٥)، حديث رقم (٥٩٥)، وحسنه ابن الملقن في البدر المنير (١/ ١٩١).
- (٧) راجع: المسالك في شرح موطأ مالك (٦/ ٢٣٠)، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح (٣/ ٨٦٥)، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (٢٥/ ١٤)، التنظيم القضائي، ص ٣٨٧.

رأي المذهب الحنبلي:

خالف الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى المعتمد من مذهب الحنابلة، إذ يرى الحنابلة رَحْمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى عدم صحة تولية الأعمى^(١)، واستدلوا على ذلك بعدة أدلة:

الدليل الأول:

أن الأعمى لا يميّز المدعي من المدعى عليه والمقرّ من المقرّ له^(٢).

الدليل الثاني:

أن الأعمى لا تصحّ منه الشهادة وهي دون القضاء، فمنعه من القضاء من باب أولى^(٣).

المطلب الثامن: مخاصمة القضاة:

رجّح الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى جواز مخاصمة القضاة، وأن ذلك لا يحطّ من كرامة القضاة؛ لأن الخصم إن كان محقاً فيجب إعطاؤه حقه، وإن كان كاذباً متهماً للقاضي بما ليس فيه فللقاضي المطالبة بتعزيره^(٤).

(١) وافق الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى القول الثاني في المذهب، قال في الإنصاف: «وقيل: لا يشترطان» (١٧٧/١١)، يعني السمع والبصر. وراجع: منتهى الإرادات (٢٦٨/٥)، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٣٦٨/٤).

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع (٢٩٥/٦).

(٣) راجع: المغني لابن قدامة (٣٧/١٠).

(٤) راجع: التنظيم القضائي، ص ٣٩٧.

رأي المذهب الحنبلي:

لم أقف على مَنْ نَصَّ على هذه المسألة من الحنابلة، بل ذكر الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ أَنْ الفقهاء لم يتكلّموا عنها إلا ابن فرحون المالكي رَحْمَةُ اللَّهِ ومنع منها^(١)، لكن لو سلطنا مسلك التخريج، فقد يُقال بجواز ذلك في المذهب؛ وذلك لأنهم نَصُّوا على تحريم حكم القاضي على عدوّه بلا نزاع وأطلقوا ذلك، ومعرفة العداوة بين القاضي والخصم إما أن تُعرف من طريق القاضي، وإما أن تُعرف من طريق الخصم، فإن لم يتنحّ القاضي من نفسه للعداوة التي بينه وبين الخصم، فللخصم أن يظهر ويدلّل على هذه العداوة؛ لئلاّ ينفذ حكم القاضي عليه، وإطلاقهم المنع من الحكم دالّ على المراد بأيّ طريق كان، إذ الحكم فيه معقول المعنى وهو خشية الحيف والظلم^(٢).

المطلب التاسع: عزل القضاة:

رَجَّحَ الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى أَنَّ القضاة لا يصحّ عزلهم من القضاء إلا لسببٍ موجب للعزل كزوال أهليتهم، وليس للسلطان أو نائبه المفوض عزلهم من دون سبب^(٣)؛ لأن عقدهم لمصلحة المسلمين، فلا يملك

(١) راجع: تبصرة الحكام (١/ ٨٨).

(٢) راجع: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١١/ ٢١٧)، منتهى الإرادات (٥/ ٢٧٣)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٤/ ٣٨٣).

(٣) راجع: التنظيم القضائي، ص ٤١٢-٤١٣.

الإمام ولا نائبه عزله مع سداد حاله، كما لو عقد النكاح على موليته، لم يكن له فسخ العقد من دون سبب^(١).

رأي المذهب الحنبلي:

وافق الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى المعتمد من مذهب الحنابلة في عدم صحّة عزل القاضي بغير سبب موجب للعزل من السلطان أو غيره^(٢).

المطلب العاشر: قضاء القاضي بعلمه:

رَجَّحَ الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى جواز قضاء القاضي بعلمه بما سمعه من الخصمين أو أحدهما في مجلس الحكم، سواءً في حقّ الله عَزَّوَجَلَّ أو حقوق الناس. وفي غير مجلس الحكم إذا كان أمراً مشهوراً في غير الحدود والقصاص حتى لا يعرّض نفسه للتهمة وسوء الظن.

وأما الحدود والقصاص وما خفي من أمر الناس فلا يحكم فيها إلا ببيّنة أو نكول، وبذلك تجتمع الأدلة التي تميز قضاء القاضي بعلمه، والممانعة من ذلك، ولا تتعارض^(٣).

والأدلة التي استدللّ بها ووفقّ بينها هي:

- (١) راجع: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢٢٦/٤)، التنظيم القضائي، ص ٤١٢-٤١٣.
- (٢) راجع: المغني لابن قدامة (٩٠/١٠)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١٧١/١١)، منتهى الإرادات (٢٦٦/٥)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٣٦٧/٤)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٤٦٥/٦).
- (٣) بحوث في القضاء وتاريخه، ص ٨٥.

الدليل الأول:

عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: قالت هند أم معاوية لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرّاً؟ قال: «خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف»^{(١)(٢)}.

الدليل الثاني:

أن المقصود بالبينّة إظهار الحقّ، وعِلْمُ القاضي أقوى منها لجواز الكذب على الشهود وإن بدا منهم الصلاح، بخلاف عِلْمه فينبغي الحكم به^(٣).

الدليل الثالث:

الإجماع على أن له أن يعدّل ويجرّح الشهود بعِلْمه، وله أن يسقط شهادة العدول إذا عِلِم أن ما شهدوا به على غير الحقّ^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٧٩/٣)، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم: في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، حديث رقم (٢٢١١)، ومسلم في صحيحه (١٣٣٨/٣)، باب قضية هند، حديث رقم (١٧١٤).

(٢) راجع: المغني لابن قدامة (٤٨/١٠).

(٣) راجع: المغني لابن قدامة (٤٩/١٠).

(٤) راجع: المغني لابن قدامة (٤٩/١٠)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٨٥/١١)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (٥١٩/٣).

الدليل الرابع:

إقرار ماعز رضي الله عنه بالزنا عند النبي صلى الله عليه وسلم أربع مرات، فأمر به فرجم^(١).

ولم يذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم أشهد من حضر على إقراره، فكان دليلاً على القضاء بالعلم^{(٢)(٣)}.

الدليل الخامس:

ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة حنين قال: «من قتل قتيلاً فله سلبه»، فقام أبو قتادة رضي الله عنه يلتمس قتيلاً له قتله فلم يرَ أحداً، فذكر أمره للنبي صلى الله عليه وسلم، فاعترف مَنْ أخذ السلب أنه كان لقتيل أبي قتادة، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعطيه أبا قتادة باعترافه دون أن يُشهد على هذا الاعتراف^(٤).

فكان ذلك دليلاً على جواز القضاء بالعلم^(٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، باب إذا أقر بالحد ولم يبين هل للإمام أن يستر عليه (١٦٧/٨)، ومسلم في صحيحه، باب من اعترف على نفسه بالزنى (١٣٢٣/٣)، حديث رقم (١٦٩٥).

(٢) بحوث في القضاء وتاريخه، ص ٨٥.

(٣) قال البخاري رحمه الله تعالى: «وأقر ماعز عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنا أربعاً، فأمر برجمه، ولم يذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم أشهد من حضره» صحيح البخاري (٦٩/٩).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، باب الشهادة تكون عند الحاكم في ولايته القضاء أو قبل ذلك للخصم (٦٩/٩)، حديث رقم (٧١٧٠).

(٥) بحوث في القضاء وتاريخه، ص ٨٧.

وأما الأدلة التي تمنع من ذلك فهي:

الدليل الأول:

حديث أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «... فأقضي له بما أسمع منه»^(١).

ولم يقل صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بما أعلم عنه^(٢).

الدليل الثاني:

قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للحضر مي: «شاهداك أو يمينه، وليس لك إلا ذلك»^{(٣)(٤)}.

الدليل الثالث:

ما يخشى من قضاة السوء الذين يحكمون بما يريدون ثم يحيلون إلى علمهم^(٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه؛ فإن قضاء الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً (٧٢/٩)، حديث رقم (٧١٨١)، ومسلم في صحيحه، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة (١٣٣٧/٣)، حديث رقم (١٧١٣).

(٢) راجع: المغني لابن قدامة (٤٩/١٠).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه (١٤٣/٣)، حديث رقم (٢٥١٥)، ومسلم في صحيحه، باب وعيد من اقتطع حق مسلم يمين فاجرة بالنار (١٢٣/١)، حديث رقم (٢٢١).

(٤) راجع: المغني لابن قدامة (٤٩/١٠).

(٥) راجع: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٢٩٦/٦)، بحوث في القضاء وتاريخه، ص ٨٧.

الدليل الرابع:

أن القضاء بالعلم يعرض القاضي للتهمة وسوء الظن، وقد كره النبي صلى الله عليه وسلم ذلك، وقال لأنصارين: «إنما هذه صفة»^(١)؛ لئلا يقع في قلبها شيء^(٢).

رأي المذهب الحنبلي:

وافق الشيخ المذهب الحنبلي في أن للقاضي أن يحكم بعلمه مما سمعه في مجلس الحكم، وأن للقاضي أن يحكم بعلمه في تعديل الشهود أو جرحهم، وأن القاضي لا يحكم بعلمه في حد أو قصاص^(٣).

لكن خالف المذهب في أن له الحكم بما علمه أو سمعه في غير مجلس الحكم، وكان مشهوراً، فالمذهب يمنع منه، والشيخ يميزه^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، باب هل يخرج المعتكف لحوائجه إلى باب المسجد، (٤٩/٣)، حديث رقم (٢٠٣٥)، ومسلم في صحيحه، باب بيان أنه يستحب لمن رئي خالياً بامرأة وكانت زوجته أو محرماً له أن يقول: هذه فلانة ليدفع ظن السوء به، (١٧١٢/٤)، حديث رقم (٢١٧٥).

(٢) راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢٥٤/٤)، المغني لابن قدامة (٥٠/١٠) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (٥١٩/٣).

(٣) راجع: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٥٠/١١)، منتهى الإرادات (٢٨٩/٥).

(٤) راجع: المغني لابن قدامة (٧٨/٩)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٥٠/١١).

والرواية الأخرى أن له الحكم بعلمه في غير الحدود من دون التقيد بالشهرة. راجع: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٥١/١١).

المطلب الحادي عشر: تعدد القضاة في نظر القضية:

رجّح الشيخ رحمه الله تعالى جواز تعدد القضاة في نظر نفس القضية إذا أذن ولي الأمر بذلك، ويكون عددهم وترًا كثلاثة أو خمسة؛ حتى يؤخذ بالأغلبية عند الاختلاف، ولا يوجد مانع من ذلك^(١).

رأي المذهب الحنبلي:

وافق الشيخ رحمه الله تعالى الظاهر من المذهب في جواز تعدد القضاة في نظر ذات القضية من حيث الأصل؛ لأن القضاء نوع من الوكالة، وللموكل أن يوكل عنه أكثر من واحد مجتمعين دون أن يكون لأحدهم حق الانفراد بالتصرف فكذا القضاء^(٢).

قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: «تولية قاضيين في بلد واحد، إما أن يكون على سبيل الاجتماع بحيث ليس لأحدهما الانفراد كالوصيين والوكيلين، أما الأول فليس هو مسألة الكتاب ولا مانع منه إذا كان فوقهما من يرد مواضع تنازعهما»^(٣).

(١) راجع: التنظيم القضائي، ص ٥٣٥-٥٣٧، الملك عبد العزيز أنشأ القضاء على الشريعة الإسلامية، مقالة منشورة في جريدة الحرس الوطني، العدد (٧)، سنة ١٤٠٧هـ، ص ٢٢-٢٦.

(٢) راجع: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢٤-٢٢٥)، المغني لابن قدامة (١٠/ ٩٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١١/ ١٦٨)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٤/ ٣٦٧)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (٣/ ٤٩١).

(٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/ ٥٥٧).

المطلب الثاني عشر: تغير حال القاضي بالفسق:

رجّح الشيخ رحمه الله أن القاضي إذا تغير حاله بالفسق أنه يستحقّ العزل، وأن الواجب على مَنْ بيده الأمر أن يعزله^(١).

رأي المذهب الحنبلي:

وافق الشيخ رحمه الله تعالى المذهب الحنبلي في أن الواجب عزل القاضي الذي تغير حاله بالفسق، وأن الواجب على من بيده الأمر أن يعزله^(٢).

(١) التنظيم القضائي، ص ٤١١.

(٢) راجع: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢٢٦/٤)، المبدع في شرح المقنع (١٥٧/٨)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١٨١/١١)، منتهى الإرادات (٢٦٨/٥)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٣٧٠/٤).

المبحث الثاني

ترجيحات الشيخ في المسائل المختصة بأعوان القاضي

المطلب الأول: عدد المترجمين في الدعوى:

رَجَّحَ الشيخ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى أن عدد المترجمين في القضية يختلف في الكلام المترجم، فما كان طريقه الدعوى يكفي فيه مترجم واحد، وما كان طريقه الشهادة فيلزم التعدد كالشهادة^(١)، واستيفاء النصاب، واستدل على ذلك بالآتي:

الدليل الأول:

أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر زيد بن ثابت أن يتعلم كتاب اليهود، حتى كتب للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كُتُبَهُ، وأقرأه كتبهم^(٢).

الدليل الثاني:

ترجمة عبد الرحمن بن حاطب كلام اليهودية التي وجدت حبلى لعمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عندما سأله عن كلامها، فقال: تخبرك بصاحبها الذي صنع بها^(٣).

(١) التنظيم القضائي، ص ٤١٨.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، باب ترجمة الحكام، وهل يجوز ترجمان واحد (٧٦/٩)، حديث رقم (٧١٩٥).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، باب ترجمة الحكام، وهل يجوز ترجمان واحد (٧٦/٩)، حديث رقم (٧١٩٥).

رأي المذهب الحنبلي:

وافق الشيخ رحمه الله المذهب الحنبلي فيما كان طريقه الشهادة، وخالفهم فيما كان طريقه الدعوى؛ إذ يرى الحنابلة رحمه الله تعالى أن عدد المترجمين يجب أن يكون اثنين في كلتا الحالتين^(١).

المطلب الثاني: اتخاذ القاضي حاجباً له في مجلس القضاء:

رجح الشيخ رحمه الله تعالى استحباب اتخاذ القاضي حاجباً له في مجلس القضاء وهو الذي يدخل الناس على القاضي حسب ترتيب حضورهم،

(١) قال المرداوي رحمه الله: «هذا المذهب بلا ريب»، وقال بعدها: «على المذهب: يكون ذلك شهادة تفتقر إلى العدد والعدالة، ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر في الشهادة على الإقرار بذلك الحق، فإن كان مما يتعلق بالحدود والقصاص: اعتبر فيه الحرية، ولم يكف إلا شاهدان ذكran، وإن كان مالا: كفى فيه رجل وامرأتان، ولم تعتبر الحرية. وإن كان في حد زنا، فالأصح: أربعة. وقيل: يكفي اثنان. بناء على الروايتين في الشهادة على الإقرار بالزنا. على ما تقدم» الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٢٩٣/١١).

قال ابن النجار: «ولا يقبل في ترجمة وجرح وتعديل ورسالة وتعريف عند حاكم في زنا إلا أربعة، وفي غير مال إلا رجلان، وفي مال إلا رجلان أو رجل وامرأتان» منتهى الإرادات (٢٩١/٥).

قال في الإقناع: «ولا يقبل في ترجمة وجرح وتعديل ورسالة وتعريف عند حاكم -ويأتي التعريف عند الشاهد في كتاب الشهادات- إلا قول رجلين عدلين في غير مال وزنا، وفي المال يقبل في الترجمة رجلان أو رجل وامرأتان، وفي الزنا أربعة، وذلك شهادة يعتبر فيها لفظ الشهادة ويعتبر فيها» (٩٧/٤).

ويجب عنه الناس؛ لانشغاله بالنظر في القضايا، ويساعد في حفظ النظام في الجلسة^(١).

واستدلّ على ذلك بالأدلة الآتية:

الدليل الأول:

ما ثبت في الصحيح من حلفه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ألا يدخل على نساءه شهراً، وفيه أنه اتخذ غلامه رباح الأسود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على الباب^(٢).

الدليل الثاني:

أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ استأذن بالدخول على النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقد كان عنده أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يحجبه في بعض الأوقات^(٣).

الدليل الثالث:

فعل الخلفاء الراشدين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فإنهم قد اتخذوا لهم حاجباً يحجبهم في بعض الأوقات، مثل عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فإن له حاجباً يُقال له: يرفأ^(٤).

(١) راجع: التنظيم القضائي، ص ٤٢٣.

(٢) أخرجه مسلم في باب في الإيلاء واعتزال النساء وتخييرهن وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَطَهَّرَ عَلَيْهِ﴾ [سورة التحريم: ٤] [١١٠٦/٢]، حديث رقم (١٤٧٩).

(٣) أحاله الشيخ رحمه الله إلى نيل الأوطار (٣١٠/٨)، ولم أقف عليه.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٨٩/٥)، باب بني النضير، ومخرج رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إليهم في دية الرجلين، وما أرادوا من الغدر برسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، حديث رقم (٤٠٣٣)، وراجع: التوضيح لشرح الجامع الصحيح (٤٥٩/٣٢)، نيل الأوطار (٣١١/٨).

رأي المذهب الحنبلي:

خالف الشيخ رَحْمَهُ اللهُ المعتمد من المذهب الحنبلي؛ إذ يرى الحنابلة رَحْمَهُ اللهُ عدم اتخاذ الحاجب من القاضي بلا عذر ندباً^(١)، واستدلوا على ذلك بعدة أدلة:

الدليل الأول:

عن أبي مريم صاحب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «من ولي من أمور الناس شيئاً، واحتجب دون حاجتهم؛ احتجب الله دون حاجته وفاقته وفقره»^(٢).

الدليل الثاني:

أن الحاجب ربما قَدَّم المتأخر وأخَّر المتقدم لغرض له، وربما كسرهم بحجبهم والاستئذان لهم^(٣).

- (١) راجع: المغني لابن قدامة (٤٢ / ١٠)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (٢٠٤ / ٢)، المبدع في شرح المقنع (١٦٤ / ٨)، منتهى الإرادات (٢٧١ / ٥)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٣٧٩ / ٤).
- (٢) أخرجه أبو داود في سننه، باب فيما يلزم الإمام من أمر الرعية (٥٧٠ / ٤)، حديث رقم (٢٩٨٤)، وصححه الأرنؤوط.
- (٣) راجع: المغني لابن قدامة (٤٢ / ١٠)، المبدع في شرح المقنع (١٦٤ / ٨).

وردّ الشيخ على ذلك بقوله:

«وأما ما ورد من النهي عن اتخاذ الحجاب فقد حملوه على الحجاب الشديد المستمر؛ إذ هو من شأن الجبابة والفراعة»^(١).



(١) التنظيم القضائي، ص ٤٢٣.

الخاتمة

وفي الختام أحمد الله تعالى على أن أعانني ويسّر لي إتمام هذا البحث، وسأتناول في هذه الخاتمة أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث وهي كالآتي:

١. رجّح الشيخ رَحْمَهُ اللهُ تَعَالَى عدم جواز تولية المرأة القضاء مطلقاً، موافقاً لمذهب الحنابلة رَحْمَهُمُ اللهُ.
٢. رجّح الشيخ جواز تولية الكافر القضاء ليقضي بين أهل ملّته في الأحوال الشخصية مخالفاً لمذهب الحنابلة.
٣. رجّح الشيخ عدم جواز تقليد الفاسق القضاء موافقاً لمذهب الحنابلة.
٤. رجّح الشيخ اشتراط الاجتهاد فيمن يولى القضاء، فإن لم يوجد فالأمثل فالأمثل، موافقاً لمذهب الحنابلة.
٥. رجّح الشيخ عدم جواز تولية الجاهل الأمي القضاء موافقاً لمذهب الحنابلة.
٦. رجّح الشيخ عدم جواز تولية الأخرس القضاء موافقاً لمذهب الحنابلة.
٧. رجّح الشيخ جواز تولية الأعمى القضاء مخالفاً لمذهب الحنابلة.
٨. رجّح الشيخ جواز طلب الخصوم تنحي القاضي من نظر القضية لخصومة بين القاضي وأحد الخصوم.

٩. رجّح الشيخ أن القضاة لا يصحّ عزلهم من القضاء إلا لسبب موجب للعزل، موافقاً لمذهب الحنابلة.

١٠. رجّح الشيخ أن للقاضي القضاء بعلمه مما سمعه في مجلس الحكم، وله الحكم بعلمه في تعديل الشهود أو جرحهم، وأن القاضي لا يحكم بعلمه في حدّ أو قصاص، موافقاً لمذهب الحنابلة، وخالفهم في أنه يرى أن للقاضي أن يحكم بما علمه أو سمعه في غير مجلس الحكم وكان مشهوراً، فالمذهب يمنع منه والشيخ يرى جوازه.

١١. رجّح الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى أن عدد المترجمين في القضية يختلف في الكلام المترجم، فما كان طريقه الدعوى يكفي فيه مترجم واحد، وما كان طريقه الشهادة فيلزم التعدّد كالشهادة، موافقاً لمذهب الحنابلة.

١٢. رجّح الشيخ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى استحباب اتخاذ القاضي حاجباً له في مجلس القضاء، مخالفاً لمذهب الحنابلة.

المصادر والمراجع

١. الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت ٤٥٠هـ)، دار الحديث، القاهرة.
٢. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (ت ٩٦٨هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت، لبنان.
٣. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي (ت ٨٨٥هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
٤. الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت ٣١٩هـ)، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، دار طيبة، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٥. بحوث في القضاء وتاريخه، نسخة بخط الشيخ، لم يطبع بعد.
٦. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥هـ)، دار الحديث، القاهرة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٧. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت ٨٠٤هـ)، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن



كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٨. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت ٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٩. التعبير شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت ٨٨٥هـ)، دراسة وتحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

١٠. تفسير الطبري = جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (ت ٣١٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

١١. التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، رسالة في السياسة الشرعية، تأليف: سعود بن سعد الدريب، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

١٢. جريدة الحرس الوطني، العدد (٧)، ١٤٠٧هـ-ص ٢٢، ٢٦، مقال: (الملك عبدالعزيز أنشأ القضاء على الشريعة الإسلامية).

١٣. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (ت ١٣٩٢هـ)، (بدون ناشر)، الطبعة الأولى، ١٣٩٧هـ.



١٤. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، 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، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

١٥. دَرْجُ الدُّرَرِ فِي تَفْسِيرِ الْآيِ وَالسُّورِ، أبو بكر عبد القاهر بن عبد الرحمن بن محمد الفارسي الأصل، الجرجاني الدار (ت ٤٧١هـ)، دراسة وتحقيق: (الفاحة والبقرة) وَلَيْدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ صَالِحِ الْحُسَيْنِ، (وشاركه في بقية الأجزاء): إِيَادَ عَبْدِ اللَّطِيفِ الْقَيْسِيِّ، مجلة الحكمة، بريطانيا، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

١٦. سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.

١٧. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السَّجِسْتَانِي (ت ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.

١٨. السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُو جَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

١٩. شرح الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت ٧٧٢هـ)، دار العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

٢٠. شرح السنة، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (ت ٥١٦هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، محمد زهير

- الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
٢١. الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت ١٤٢١هـ)، دار النشر: دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، ١٤٢٨هـ.
٢٢. شرح منتهى الإرادات، المسمى: (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، فقيه الحنابلة (ت ١٠٥١هـ)، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٢٣. صحيح البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري الجعفي، تحقيق: جماعة من العلماء، الطبعة السلطانية، بالمطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر، ١٣١١هـ - بأمر السلطان عبد الحميد الثاني، ثم صوّرها بعنايته: د. محمد زهير الناصر، وطبعها الطبعة الأولى عام ١٤٢٢هـ لدى دار طوق النجاة، بيروت، مع إثراء الهوامش بترقيم الأحاديث لمحمد فؤاد عبد الباقي، والإحالة لبعض المراجع المهمة.
٢٤. صحيح مسلم، أبو الحسين، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٦، ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية: فيصل عيسى البابي الحلبي، القاهرة (وصوّرتها: دار إحياء التراث العربي، بيروت).
٢٥. الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، مكتبة دار البيان، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢٦. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (ت ٨٥٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٢٧. العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري (ت ٧٨٦هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، (الهداية للمرغيناني) بأعلى الصفحة يليه، مفصلاً بفواصل، شرحه (العناية شرح الهداية) للبابري.

٢٨. الفتاوى الكبرى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت ٧٢٨هـ)، دراسة وتحقيق: حسين محمد مخلوف، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

٢٩. الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٣٠. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية.

٣١. كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقي الدين الشافعي (ت ٨٢٩هـ)، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٣٢. المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (ت ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٣٣. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
٣٤. مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، علي بن سلطان محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (ت ١٠١٤هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.
٣٥. المسالك في شرح موطأ مالك، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي (ت ٥٤٣هـ)، قرأه وعلق عليه: محمد بن الحسين السليمان وعائشة بنت الحسين السليمان، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
٣٦. المستدرک على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (ت ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
٣٧. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدًا ثم الدمشقي الحنبلي (ت ١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٣٨. المعاملات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، سعود بن سعد دريب، الطبعة الأولى، ١٣٨٧هـ-١٩٦٨م.
٣٩. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، (المنهاج للنووي) بأعلى الصفحة يليه، مفصلاً بفواصل، شرحه (مغني المحتاج) للخطيب الشربيني.

٤٠. المغني، لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٤١. منتهى الإرادات مع حاشية ابن قائد، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار (٩٧٢هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٤٢. موقع وزارة العدل في المملكة العربية السعودية: <https://www.moj.gov.sa/ar/Ministry/Pages/MOJHistory.aspx>

٤٣. التنف في الفتاوى، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّغدي، حنفي (ت ٤٦١هـ)، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان / مؤسسة الرسالة، عمان، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٤٤. النجم الوهاج في شرح المنهاج، كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدِّميري أبو البقاء الشافعي (ت ٨٠٨هـ)، دار المنهاج (جدة)، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٤٥. نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.



أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة
التفاوض على العقد
في نظام المعاملات المدنية السعودي
- دراسة تحليلية -

د. سليمان بن عبد المحسن السعوي

أستاذ القانون المدني المشارك

قسم القانون، كلية الشريعة، جامعة القصيم

Dr. Sulaiman bin Abdul Mohsen Al-saawi

Associate Professor of Civil Law

Department of Law, College of Sharia, Qassim University

المقدمة

تسعى التشريعات المدنية الحديثة لضبط التعاملات والعقود للوصول إلى ما يحقق الاستقرار في عموم المعاملات، وحفاظاً على المتعاملين، وتشجيعاً لهم من خلال تقديم الحماية القانونية اللازمة وذلك بسن التنظيمات الوقائية ابتداءً وانتهاءً بالحكم القضائي الذي يحقق ذلك.

وقد سعى المنظم السعودي إلى إصدار الأنظمة التي تحقق تلك الغايات، حيث سن نظام المعاملات المدنية السعودي، وضمّنه الأحكام والقواعد التي تحقق تلك الأهداف، ومن ذلك الأحكام المرتبطة بالعقد ومستلزماته، وفي سبيل ضبط تلك الأحكام سعى المنظم لضبط التعاقد في جميع مراحله ابتداءً من المرحلة التي لم يعترف بها غالب القوانين المقارنة وهي مرحلة التفاوض على العقد، وهذه المرحلة تعتبر من المستجدات في التشريعات المدنية، وعليه أثرت دراسة هذه المرحلة لمعرفة تلك الأحكام المتعلقة بها، وبناءً على النصوص الواردة في النظام فيما يتعلق بهذه المرحلة عنونت البحث بـ: «أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد في نظام المعاملات المدنية السعودي-دراسة تحليلية -».

وستعرض من خلال مقدمة البحث إلى: بيان مشكلة البحث وتساؤلاته، والدراسات السابقة، ومنهج البحث ونطاقه، وخطته، على النحو التالي:

أولاً: مشكلة البحث وتساؤلاته:

تدور مشكلة البحث حول بيان النطاق النظامي لمبدأ حسن النية في نظام المعاملات المدنية السعودي فيما يتعلق بالعقود وهل يشمل ما يسمى بمرحلة التفاوض؟ أم أنه قاصر على مرحلة الإبرام والتنفيذ؟ وإذا ما شمل مرحلة التفاوض فما هي الالتزامات التي تُفرض على المتفاوض والتي يؤكد هذا المبدأ؟ وما هو التكييف النظامي للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بهذا المبدأ في هذه المرحلة؟ وما الأثر النظامي جراء الإخلال بهذا المبدأ؟

ثانياً: الدراسات السابقة:

من خلال اطلاعي على كشافات المكتبات العلمية، وكشافات البحوث في المكتبات والمجلات الرقمية، لم أعثر على بحث تناول هذا الموضوع من خلال نصوص نظام المعاملات المدنية السعودي، وقد يعود هذا الأمر لسببين: الأول: كون النظام حديث الصدور، والثاني: كون مرحلة التفاوض هي من النوازل والمستجدات من الناحية التشريعية، لذا آثرت ألا أستعرض الدراسات الأخرى ذات العلاقة؛ لكونها خارج نطاق البحث تجنباً للإطالة.

ثالثاً: منهج البحث ونطاقه:

يقوم هذا البحث على أساس المنهج التحليلي، من خلال عرض النصوص النظامية الواردة في نظام المعاملات المدنية السعودي وتحليلها؛

في حدود ما يتعلق بمرحلة التفاوض للوصول إلى بيان المفاهيم والإجابة عن التساؤلات التي أُشير إليها في مشكلة البحث.

رابعاً: خطة البحث:

حل مشكلة البحث، والإجابة عن تساؤلاته، جاءت خطة البحث مشتملة على:

مقدمة:

وتشتمل على: مشكلة البحث، وأسئلته، ومنهجه، وخطته.

مبحث تمهيدي:

يشتمل على: مفهوم حسن النية، وبيان أهمية اشتغال مرحلة التفاوض على التنظيم القانوني، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم مبدأ حسن النية في العقود.

المطلب الثاني: أهمية اشتغال مرحلة التفاوض على التنظيم القانوني.

ومبحثان على النحو التالي:

المبحث الأول: نطاق اشتراط توافر مبدأ حسن النية في مراحل العلاقة التعاقدية، والتزامات التفاوض بحسن نية:

وفيه مطلبان على النحو التالي:

المطلب الأول: نطاق اشتراط توافر مبدأ حسن النية في مراحل العلاقة التعاقدية.

المطلب الثاني: التزامات التفاوض بحسن نية.

المبحث الثاني: التكييف النظامي للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، وأثر الإخلال بهذا المبدأ:

وفيه مطلبان على النحو التالي:

المطلب الأول: التكييف النظامي للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض.

المطلب الثاني: أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض.

خاتمة:

فيها النتائج والتوصيات.

فهرس المصادر والمراجع.



المبحث التمهيدي

مفهوم حسن النية، وبيان أهمية اشتغال مرحلة التفاوض على التنظيم القانوني

المطلب الأول: مفهوم مبدأ حسن النية:

أولاً: تعريف حسن النية لغة:

الحُسْن: ضد القُبْح ونقيضه، والحَسَن: ضد القبيح، والحاسن، القمر، وحسنت الشيء تحسيناً: أي زينته^(١)، والحسنة: ضد السيئة، والمحاسن: ضدها المساوي^(٢).

أما النية لغة: فهي من نوى ينوي نية أي عزم^(٣)، وفلان ينوي وجه كذا أي يقصده من سفر أو عمل، والنَّوى بتشديد النون: الوجه الذي تقصده^(٤).

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، لسان العرب، دار صادر، بيروت الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ، ١٣/ ١١٤-١١٥، الأزدي، أبو بكر محمد بن الحسن، بن دريد، تحقيق: رمزي بعلبكي، جوهرة اللغة، دار العلم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م، ١/ ٥٣٥.

(٢) الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، تحقيق: مختار، يوسف الشيخ محمد، الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٩٩٩م، ص ٢٧٣.

(٣) الرازي، مرجع سابق، ص ٣٢٢.

(٤) ابن منظور، مرجع سابق، ١٥/ ٣٤٢.

وعلى هذا فالحسن يدور معناه اللغوي على نقيض القبيح والمشين والسيئ، وكل ما يستقبح ويستكره، فهو المحجب والمرغوب والممدوح من الأفعال والأقوال وغيرها، والنية هي القصد والعزم والإرادة التي تدعو لفعل الشيء والقيام به.

ثانياً: تعريف مبدأ حسن النية اصطلاحاً قانونياً:

لم يرد تعريف هذا المبدأ في النظام السعودي ولا في القوانين العربية المقارنة - حسب علمي - وليس من شأن الأنظمة أن تتضمن التعريفات والمفاهيم من حيث الأصل وما ورد في بعضها إنما هو استثناء لمسببات يراها المنظم.

وبالنظر لتعريفات الفقهاء لهذا المبدأ وجدت أنها جاءت متباينة من حيث المضمون لأسباب كثيرة أبرزها: وجود الاختلاف فيما يقوم عليه هذا المبدأ: هل على المبادئ الأخلاقية أو الالتزامات القانونية؟ كذلك جاء التباين بسبب نوع القانون الذي تضمن قاعدة ترسخ هذا المبدأ، وقد يكون استعمال هذا المبدأ دارجاً بشكل كبير في القانون الجنائي أكثر من غيره؛ لكونه يرتبط بركن من أركان الجريمة أو عنصر فيها وهو الركن المعنوي أو ما يسمى بتوافر القصد الجنائي، وقد عبر فقهاء القانون الجنائي عما يضاد النية الحسنة بالنية السيئة أو القصد الجرمي؛ وذلك لأن القصد هو إرادة متوجهة إلى مخالفة القانون من خلال الاعتداء على الحقوق التي يحميها، فمن انتفت لديه هذه الإرادة -أي لم يكن مستهدفاً مخالفة القانون أو الاعتداء على حق - فقد انتفت

لديه النية السيئة وتوافرت لديه النية الحسنة^(١)، وعلى ذلك نفهم أن المعنى في القانون الجنائي أن سوء النية هو اتجاه الإرادة إلى الاعتداء الجنائي ومخالفة القانون في ذلك، وفيما يخص القانون المدني فقد جاءت تعريفات غالب الفقهاء مؤكدة على ترسيخ هذا المبدأ في مرحلتي إبرام وتنفيذ العقد.

ومما ورد من تعريفات أنه: «ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة في الوفاء مما يوجبه العقد من أداء»^(٢)، وهناك من عرفه بأنه: أن تحترم ما قام بينك وبين الطرف الثاني من أوضاع وأن تنفذها وفقاً لذلك وليس كما تريد^(٣)، كما جاء في تعريفه أنه: انتفاء الخطأ العمد وانتفاء الغش وانتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء نية وانتفاء الخطأ الجسيم^(٤).

ومما ورد في تعريفه أنه: التزام توجبه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المشروعة للطرف

(١) حسني، محمود نجيب، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، ١٩٦٢م، ص ٩٠.

(٢) جبار، سماح، حسن النية في التفاوض على العقود، مجلة الدراسات، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد (٤٨)، ٢٠١٦م، ص ٢٤٠.

(٣) إبراهيم، عبد المنعم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤م، ص ٨٣.

(٤) الشواربي، عبد الحميد، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨م، ص ٥.

المقابل وبالتالي يجب مراعاة المصالح المبررة أو المشروعة^(١)، وبالنظر إلى التعريفات السابقة وفي عموم تعريفات الفقهاء لهذا المبدأ وجدت ما يلي:

١/ أن هناك توسعاً في تفسير هذا المبدأ من حيث العموم؛ وذلك بسبب عدم ارتباط هذا المبدأ بقواعد قانونية معينة، وإن كان يستخدم في قواعد القانون الجنائي بشكل أظهر من غيره كنصوص القانون المدني وغيره، إلا أنه في كليهما يقومان على أن سوء النية هو اتجاه الإرادة إلى تصرف يقوم على مخالفة قانونية.

٢/ أن هذا المبدأ في القانون المدني من حيث المضمون ومن حيث النطاق يتجاذبه معياران، أحدهما: ذاتي وهو الذي ينظر فيه إلى نية الفاعل أو المتصرف ومدى تعمدته للفعل الخاطئ أو الضار ويبقى على المضرور عبء إثبات القصد السيئ. وثانيهما: موضوعي وهو الذي ينظر فيه إلى ارتباط التصرف بالسلوك المعتاد في الأحوال والظروف المشابهة للشخص الطبيعي^(٢)، وتقدر ذلك السلطة القضائية، وإن كان هذا المعيار غير ظاهر بشكل دقيق في التعريفات السابقة لكن الفقهاء

(١) شيرزاد، عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، الأردن، ٢٠٠٨م، ص ١٩٣.

(٢) مدني، لعجال، مبدأ حسن النية وجزاء الإخلال به في القانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة الفكر القانوني والسياسي بكلية الحقوق بجامعة عمار ثليجي، الجزائر، ٢٠٢٢م، ص ١٧٩.

يتكلمون عنه، واختلفت آراء الفقهاء حول الأخذ بأي من هذين المعيارين ولذلك جاءت التعريفات والمفاهيم متباينة.

٣/ أن هذا المبدأ من حيث الأصل مبدأ أخلاقي يقوم على النزاهة والأمانة والتعاون والثقة وهي قواعد أخلاقية^(١) إلا أن بعض القوانين قد قررت اعتماد هذا المبدأ كالتزام قانوني، وإذا ما كان أساس هذا المبدأ أخلاقياً فإنه سيتم التوسع والاختلاف في تفسيره للمرونة المصاحبة في مضامين المفاهيم الأخلاقية واتساع نطاقها.

وبناء على ذلك يمكن للباحث وبعد النظر في نصوص نظام المعاملات المدنية السعودي وبعض القوانين المقارنة واستعراض كلام الفقهاء أن يعرف مبدأ حسن النية في التعاملات التعاقدية بأنه:

التزام المتعاقد على التفاوض وإبرام العقد وتنفيذه بما يتوافق مع النية الحسنة المعتادة بين المتعاملين وتحمله تبعات الإخلال بما يترتب على خلاف ذلك من خسارة محققة.

وقد حاولت من خلال هذا التعريف معالجة أمرين مهمين في التعريفات السابقة:

(١) كنزة، بوكلو وأخرون، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في تخصص القانون، قسم الحقوق بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة جيجل، الجزائر، ٢٠١٨م، ص ٢٥.

أحدهما: ربط نطاق الإخلال بهذا المبدأ بالعرف وما جرى عليه العمل، حيث إنني لم أصل من خلال التعريفات الماضية وغيرها إلى ضابط يحدد ذلك النطاق بشكل واضح وإن كان الفقهاء قد تكلموا عنه.

ثانيهما: قصر التعويض عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بهذا المبدأ على الخسارة دون فوات الكسب تماشياً مع ما نص عليه النظام السعودي وهو الأقرب لموازين العدالة من شموله لفوات الكسب - كما سيأتي بيانه في المطلب الثاني من المبحث الأول -.

المطلب الثاني: أهمية اشتغال مرحلة التفاوض على التنظيم القانوني:

إن أهمية مبدأ حسن النية تظهر في أنه يحقق أهداف القانون المتمثلة في المحافظة على استقرار التعامل، وتحقيق العدالة، وحماية الحقوق، والمحافظة على التوازن بين المصالح، والتخفيف من المخاطر التي قد تصيب أطراف العلاقة التعاقدية فالتشريع مهما يكن مفصلاً لا يمكنه الإحاطة بجميع الجزئيات^(١).

كما يعبر بعض الفقهاء عن هذه الغايات بما يسمى حماية توازن العقد لأن إقرار مثل هذا المبدأ يمكن القاضي من مراقبة وضمان تحقيق العدالة التعاقدية عن طريق الحفاظ على حالة من التوازن العقدي بين

(١) زيتوني، فاطمة وآخرون، مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة -، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص من كلية الحقوق والعلوم السياسية من جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٧-٢٠١٨م، ص ١٤.

طرفي العقد من خلال افتراض نزاهة العلاقة التعاقدية وضمان احترام كل متعاقد لمصالح وحقوق الطرف المقابل^(١).

وتعد عملية التفاوض أو المرحلة السابقة على إبرام العقد من أهم مراحله وأخطرها على الإطلاق، لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد، وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة، ما زالت تثير الكثير من الإشكالات؛ سواء منها ما يتعلق بالإخلال بالالتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية المدنية التي تنشأ على الطرف المتسبب، في حالة عدم بلوغ الغاية من المفاوضات وهي إبرام العقد المنشود^(٢)، على أن هذه المرحلة لم يتم الاعتراف بها تشريعياً في غالب القوانين المقارنة، وسيأتي معنا- في المطلب الأول من المبحث الأول- تفصيل مراحل العلاقة التعاقدية.

وما من شك أن المفاوضات العقدية تلعب دوراً مهماً في مجال العقود، خاصة في الوقت الحاضر، وذلك استجابة للتطور الهائل في العديد من المجالات، ولما تنطوي عليه تلك العقود من مخاطر جمة، إضافة لقيمتها الهائلة، كل ذلك جعل من عملية التفاوض بمفهومها

(١) مدني، مرجع سابق، ص ١٨١.

(٢) العربي، بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة-، دار وائل، الجزائر، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، ص ٧.

التقليدي لا تتوافق مع هذا التطور، ذلك أن بعض هذه العقود تحتاج إلى مفاوضات طويلة ومكثفة وتستغرق في الغالب وقتاً طويلاً، حيث يسبقها مرحلة تمهد لها بقصد محاولة الوصول إلى تفاهم مشترك على شروط العقد المزمع إبرامه^(١).

لذلك فإن أهمية التفاوض تظهر لكونه في فترة الإعداد للعقد المزمع إبرامه، لتمكين الأطراف من معرفة مدى استعداد كل طرف لقبول شروط بنود الطرف الآخر، مثل أن يتمكن المشتري في عقد البيع من معرفة المبيع بتفاصيله، وليتمكن المشتري من معرفة المقابل وطريقة الوفاء به، كما أن التفاوض يحدد شروط التعاقد وآثاره، كما أننا نستطيع معرفة مدى رضا المتعاقدين إذا كانت هذه المفاوضات جدية وتم مراعاة حسن النية فيها، وتحقيق هذا المبدأ ستستقر المعاملات وتسود العدالة ونضمن عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة^(٢).

وما من شك أيضاً أن الأصل في العلاقات أنه يسودها حرية التفاوض والعدول عن النية التي تهدف إلى الإبرام عند عدم التوصل لاتفاق مبدئي على الأقل، لكون هذه المرحلة من طبيعتها ورود هذا

(١) نشمي، مصطفى، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة لنيل درجة الماجستير من كلية الحقوق قسم القانون الخاص بجامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣-٢٠١٤م، ص ١٢-١٣.

(٢) بشير، بالعربي وآخرون، مبدأ حسن النية في العقد، رسالة لنيل درجة الماجستير من كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة غرداية، الجزائر، ٢٠١٨-٢٠١٩م، ص ٣٢.

الأمر، لأن العقد شريعة المتعاقدين وكل طرف يبحث عن مصلحته في هذا التعاقد، إلا أن مبدأ حسن النية يقيد هذه الحرية فيجعل سيئ النية مسؤولاً عن الأضرار المترتبة على ذلك^(١) لكي يقوم المتعاقدون بصياغة الشروط صياغة فنية واضحة بعيدة عن التأويل غير المقصود للمتعاقدين وتكون قابلة للتحليل المنطقي^(٢) لكل من يطلع على بنود العقد واشتراطاته.

وإذا كان التطور الهائل في مجال التعاقدات والتعاملات يجعل العقد ومستلزماته بحاجة إلى ضبط في كافة تفاصيله؛ فإن التعاملات المالية قد زادت عما هي عليه أضعافاً كثيرة، وهذا يستوجب ضبط تلك التعاملات في كافة المراحل لاستبعاد الاستغلال والتحايل وغير ذلك من المحاذير التي تمت الإشارة إليها.

ومن هنا تكمن أهمية تضمين مرحلة التفاوض قواعد قانونية تؤكد ضرورة توافر مبدأ حسن النية، وهذا ما لم تأخذ به غالب التشريعات والقوانين، إلا أن القانون الفرنسي فطن لهذا الأمر وضمّنه تشريعاته

(١) عبد الأمير، أسيل، الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وإبرام وتنفيذ العقود كوجه من أوجه الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين، العدد الخاص بالمؤتمر العلمي الدولي الثاني، ٢٠٢٣م، ص ٢٢٥، وانظر: بن عيسى، مرجع سابق، ص ١٧١.

(٢) العامري، هائل، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى - دراسة تحليلية مقارنة -، بحث منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية، الجزائر، العدد (١٨)، ٢٠١٨م، ص ٥٧.

مؤخراً^(١)، كما قد ذهب المنظم السعودي إلى الأخذ به^(٢)، ويعد ذلك مزية لأنه يحقق الغايات والأهداف التي سبقت الإشارة إليها ويجعل العقد أكثر ضبطاً ويدفع التحايل المحتمل، كما يخفف من كثرة الدعاوى أمام المحاكم.

- (١) الهاجري، ظفر، التزام التفاوض بحسن نية في ضوء تعديلات القانون الفرنسي في أكتوبر ٢٠١٦م بالمقارنة بالقانون الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق بجامعة الكويت، العدد (٣)، ٢٠١٧م، ٩٩/٤١.
- (٢) نظام المعاملات المدنية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ، المادة (٤١).



المبحث الأول نطاق اشتراط توافر مبدأ حسن النية في مراحل العلاقة التعاقدية، والتزامات التفاوض بحسن نية

المطلب الأول: نطاق اشتراط توافر مبدأ حسن النية في مراحل العلاقة التعاقدية:

لا يقتصر مبدأ حسن النية على تنفيذ الالتزامات العقدية فقط فهو يشمل تنفيذ الالتزامات كافة أيّاً كان مصدرها، إلا أننا بصدد الالتزامات التعاقدية، ولهذا كان لازماً أن نبين مراحل هذه العلاقة، وبالنظر إلى القوانين وإلى كلام الفقهاء وجدت أنهم يعترفون بمرحلتين لهذه العلاقة بشكل صريح من حيث الأحكام القانونية المتعلقة بهما، وهما مرحلة إبرام العقد ومرحلة تنفيذه، بينما هناك مرحلة تسبق هاتين المرحلتين أظهر المنظم السعودي وغيره اهتمامه بها، وهي المرحلة التي تسبق إبرام العقد وهي مرحلة التفاوض على التعاقد، ولهذا يمكن أن ندرج هذه المرحلة ضمن مراحل العلاقة التعاقدية فيما يخص الأحكام المتعلقة بمبدأ حسن النية على أقل تقدير دون الآثار المترتبة على الإخلال بهذا المبدأ في مرحلتي الإبرام والتنفيذ، ويمكن أن نقول إن مراحل العلاقة التعاقدية هي ثلاث مراحل على النحو التالي:

المرحلة الأولى: مرحلة التفاوض:

وهذه المرحلة تعد اللبنة الأولى في سبيل إبرام وتنفيذ العقود حيث إن المتعاقدين في غالب العقود المدنية التي من طبيعتها أنها بحاجة إلى

مداولة ونقاش واتفاقات معينة يسبقون مرحلة إبرام العقد بهذه المداولات والنقاشات، وبما أن غالب القوانين وكثيراً من الفقهاء لم يهتموا كثيراً بهذه المرحلة، فإنني لم أجد استفاضة في تعريف هذه المرحلة ولكن بعضهم عرف المفاوضات من حيث العموم بأنها: «مجموعة من العمليات التمهيدية تتمثل في المساعي والمباحثات والمشاورات وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى اتفاق»^(١)، وقد عرف بعضهم المفاوضات العقدية بأنها: «مرحلة تبادل المقترحات والمساومات والدراسات الفنية والاستشارات القانونية بين الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد بغرض معرفة ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات للأطراف»^(٢)، كما قد عرفت هذه المرحلة بأنها: «التقاء إرادتين أو أكثر بغرض تبادل الاقتراحات والعروض تمهيداً لإبرام العقد في المستقبل»^(٣)، فيمكننا التعبير عن هذه المرحلة بأنها:

(١) الغيتاوي، هاني عبد العاطي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة طنطا، مصر، العدد (٣٤)، ٢٠١٩م، ١١١/٣.

(٢) الشوبري، أحمد السيد، التفاوض التعاقدي إطاره القانوني وأثره في الالتزام، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمههور، مصر، العدد (٤)، ٢٠١٩م، ١١٨٢/١.

(٣) بن عيسى، عبد الحكيم، مبدأ حسن النية في العقد، بحث منشور في مجلة الميدان للعلوم الاجتماعية والإنسانية بجامعة زيان عاشور، الجزائر، العدد (١)، ٢٠٢١م، ١٧١/٤.

الفترة الزمنية التي يتم فيها تبادل العروض والآراء حول آلية إبرام العقد وتنفيذه وآثاره بين المتعاقدين.

وإذا ما نظرنا إلى نصوص النظام السعودي وجدنا أنه قد شمل هذه المرحلة بالتنظيم، وأكد على لزوم إعمال مبدأ حسن النية في هذه المرحلة حيث جعل من يتفاوض أو يقطع التفاوض بسوء نية مسؤولاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر إذا ما ثبت وجود نية سيئة لدى المفاوض^(١)، كما لو قام شخص بمفاوضة شخص على إبرام صفقة ليفوت عليه أخرى، فإذا ما انتهت تلك الصفقة أبدى رغبته بالعدول عن المفاوضة وهكذا، وإن كنت أرى أن يتوسع المنظم السعودي في ذكر الأحكام المتعلقة بهذه المرحلة، ولسنا بصدد ذكر الأحكام النظامية المتعلقة بهذه المرحلة في هذا المطلب، لأنها ستأتي معنا في المبحث الثاني - بإذن الله -.

المرحلة الثانية: مرحلة إبرام العقد:

إن التفاوض على العقد ينتهي قانوناً في الوقت الذي يصدر فيه الإيجاب، إذ في هذه اللحظة الحاسمة تكون المفاوضات قد حققت الغرض الأسمى منها، وهو توصل الطرفين المتفاوضين إلى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية أو الأساسية للعقد الذي يسعيان لإبرامه، ومن ثم تنتهي مرحلة المفاوضات وتبدأ مرحلة إبرام العقد، فيقوم أحد الطرفين بتوجيه إيجاب بالعقد يتضمن الشروط التي انتهيا إليها في

(١) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (٤١).

مرحلة التفاوض إلى الطرف الآخر، فإذا قبل الأخير هذا الإيجاب، انعقد العقد نهائياً^(١)، وقد ينعقد العقد بشكل معين يحدده القانون^(٢)، فهذه المرحلة تعد مرحلة إقرار الاتفاق بشكل مكتوب وتحديد التفاصيل القانونية^(٣)، أو تسمى بمرحلة إبرام العقد.

وقد عبر المنظم السعودي عن هذه المرحلة بأنها: ارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي، مع مراعاة ما تقرره النصوص النظامية من أوضاع معينة لانعقاد العقد^(٤).

والعقد كغيره من التصرفات يحتاج إلى نية، أي اتجاه إرادي نحو أمر معين، فكل فعل يسبق بعزم وتصميم على القيام به أو الامتناع عنه، وبالتالي لا بد أن يتصف كل متعاقد بكل مظاهر حسن النية من الأمانة والثقة وشرف التعامل والتعاون مع المتعاقد^(٥)، وبالتالي يجب عليه أن يمتنع عن أي ممارسة أو تصرف تؤثر بهذه المظاهر كتضمن العقد عيباً من عيوب الإرادة المقصودة، كما لو قام شخص بتضمين العقد شرطاً يرتب غبناً على المتعاقد الآخر بسوء نية لا يمكن للمتعاقد الآخر العلم به حين الإبرام.

(١) العربي، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) فضيلة، بركان، مبدأ حسن النية في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، بحث منشور بمجلة الحقوق والعلوم السياسية بجامعة خنشلة بالجزائر، العدد (٢)، ٢٠٢٢م، ٦٦٩/٩.

(٣) الشوبري، مرجع سابق، ص ١١٨٨.

(٤) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (٣١).

(٥) فضيلة، بركان، مرجع سابق، ص ٦٦٩.

وإذا ما نظرنا إلى نصوص النظام السعودي وجدنا أنه قد شمل هذه المرحلة بالتنظيم من حيث لزوم توافر حسن النية في هذه المرحلة بالعديد من الأحكام^(١).

المرحلة الثالثة: مرحلة تنفيذ العقد:

تعد هذه المرحلة هي غاية المتعاقدين لكل ما يقومون به قبلها من مفاوضات وتضمنين العقد من اشتراطات وبنود، لذا فإن هذه المرحلة هي الهدف الذي يتغيّر المتعاقدون الوصول إليه، فتنفيذ العقد هو التزام المدين بتنفيذ مضمون ما تم التعاقد عليه وفقاً لما يطابق نية المتعاقدين عند إبرام العقد وبطريق يتوخى فيه ما قصده الدائن من مصلحة عند التعاقد، فلا يفوتها على الدائن أو يجعلها أكثر كلفة عليه دون مسوغ قانوني^(٢).

كما عبر بعض الباحثين عن حسن النية في هذه المرحلة وفق مقتضياتها بأنها: الإخلاص والأمانة في تنفيذ العقد بشكل يحقق القيمة العملية والفائدة المقصودة للطرفين^(٣).

(١) انظر: نظام المعاملات المدنية السعودي، المواد (٣٥، ٤٣، ٤٤، ٦١، ٦٨).

(٢) الجبوري، ياسين محمد، المبسوط في شرح القانون المدني، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٦م، ٤٠/٢.

(٣) شيرزاد وآخرون، عزيز سليمان، حسن النية في تنفيذ العقود بحث منشور في المجلة العلمية بجامعة جيهان، العراق، العدد (١)، ٢٠٢١م، ٤٥/٥.

فإذا ما تعاقد شخص مع آخر على إيصاله لمكان معين وسلك السائق بسوء نية أبعد الطرق وأعسرها ليزيد في الأجرة فإن هذا تنفيذ للعقد بسوء نية.

وإذا كان حسن النية قد فرضه المنظم السعودي في مقدمات التعاقد وفي مرحلة تكوينه وفرضه في مرحلة التنفيذ من باب أولى، بل إن فرضه فيما يسبق التنفيذ من مراحل هو من أجل تحقيق النتيجة النهائية التي يرمي إليها المتعاقد وهي مرحلة التنفيذ، وقد تناول المنظم هذه المرحلة بالعديد من الأحكام المتعلقة بلزوم حسن النية وليس هذا موطن استعراضها، ويكفي النص الصريح الوارد في النظام حيث نص المنظم على أنه: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية»^(١).

وما من شك أن المراحل الأولية للتعاقد تعد مهمة جداً حيث إنه يترتب عليها النتيجة النهائية للتعاقد والغاية الأكبر منها، كما أن أثر سوء النية في تلك المراحل يوقع على المتعاقد عبءاً كبيراً فيما يتعلق بإثبات سوء النية لطلب فسخ العقد أو التعويض، لذا كان على التشريعات أن تهتم بتنظيم تلك المراحل فيما يتعلق بهذا الأمر دفعاً للضرر عن المتعاقد حسن النية، ودفعاً لتراكم القضايا ذات العلاقة أمام المحاكم، والتشريعات الحديثة توجه كثير منها لتضمين قوانينها بتلك القواعد ومنها النظام السعودي.

(١) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (٩٥ / ١).

المطلب الثاني: التزامات التفاوض بحسن نية:

مما لا يخفى أن مصطلح الالتزام المطلق لدى القانونيين يطلق على ما يلزم به النص القانوني أو القاعدة القانونية غالباً، وقد يطلق على ما توجبه القواعد الأخلاقية والأعراف المجتمعية سواء ما جرى اعتبارها أمام القضاء أو مما هي دون ذلك، وحين النظر في تحديد ما ذكره فقهاء القانون في التزامات التفاوض بحسن نية وجدت أنهم يذكرون أن المتفاوض يجب أن يلتزم بالعديد من الالتزامات سواء كان مصدرها القاعدة القانونية أو القاعدة الأخلاقية، ومما تجب الإشارة إليه أنه إذا كان هناك تعاقد أو اتفاق على عملية التفاوض فإنه لا شك في سريان الأحكام العقدية على مثل هذا التعاقد، لأن أركان العقد متوافرة وبالتالي تجري عليه القواعد القانونية التي تنظمه وهذا ما نص عليه المنظم السعودي^(١)، كما أكد على ذلك بعض من فقهاء القانون^(٢).

(١) حيث نص المنظم في المادة (٤٢ / ١) على أنه: «إذا اتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية في العقد وعلى إرجاء الاتفاق على المسائل غير الجوهرية؛ كان ذلك كافياً لاعتبار القبول مطاباً للإيجاب، ولا يؤثر اختلافهما في المسائل غير الجوهرية في انعقاد العقد ما لم يكونا قد ربطا انعقاده بالاتفاق اللاحق على تلك المسائل» وهذا صريح في اعتبار هذه التصرف عقداً يرتب آثاره، دون التفاوض المطلق.

(٢) بارود، حمدي، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية بغزة، العدد (٢)، ٢٠٠٥م، ١٣/٥٥٦.

ولكن الحديث هنا في حال عدم وجود تعاقد على هذه المرحلة فهل يمكن إدراج الوسائل الموصلة للتعاقد بما فيها التفاوض في أحكام المقاصد وهو العقد المزمع إبرامه. ومن هنا اختلفت القوانين في التعامل مع هذه المرحلة وتبعاً لذلك اختلف الفقهاء، وأشار إلى أن بعضاً ممن كتب في هذه المسألة قد خلط في بيان الأحكام بين ما إذا كان هناك عقد مبرم على عملية التفاوض من عدم ذلك، وما من شك أن الفرق ظاهر بين الحالتين، -وسياتي بيان ذلك في المبحث الثاني- وبما أن هذه الالتزامات تكاد تتفق عليها القوانين التي اعتبرتها ونظمتها، كما يكاد يتفق عليها الفقهاء ممن يرون أنها التزامات أخلاقية- مع الاختلاف في الأثر- فإنني سأذكرها على النحو التالي:

الأول: الالتزام بالجدية في التفاوض:

وهذا يعني الدخول في عملية التفاوض مع وجود نية حقيقية في التعاقد، وهذا يستلزم عدم جعل التفاوض وسيلة للمناورات لأي هدف غير شريف كالتجسس على الطرف الآخر أو إعاقته عن تعاقد آخر حتى يفوت عليه^(١)، كما أنه يستلزم الاستمرار بالتفاوض إلى حين الاتفاق على جميع المسائل الثانوية التي كانت عالقة^(٢)، وذلك للتوصل

(١) جبار، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(٢) بن يوب، هدى، مبدأ حسن النية في العقود، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من كلية الحقوق والعلوم السياسية من جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، ٢٠١٣م، ص ١١٧.

إلى اتفاق نهائي حول العقد محل التفاوض، فلا يقوم المتفاوض بالانسحاب متى شاء دون مبرر مقنع، أو كأن لا يسهم في بذل أي مجهود لإنجاح التفاوض، بل يجب عليه أن يتعامل بمرونة ويصبر لأن ساحة المفاوضات يجب أن تكون ساحة للشرف والأمانة والمصادقية والنزاهة والموضوعية بعيدة عن التحايل والغش والتدليس والخداع؛ لأنه قد يتكبد أحد المتفاوضين في هذه المرحلة بعض النفقات المالية والجهد من أجل إنجاح المفاوضات، كأن يستعين أحد المتفاوضين بخبير أو محامٍ أو غيرهم بمقابل، أو يقوم باستئجار مخزن أو الحصول على تصريح من الجهات المختصة وغير ذلك^(١)، ومن الجدية في التفاوض توافر المرونة وتقديم بعض التنازلات من أجل استمرار المفاوضات^(٢).

إلا أن الاستمرار بالتفاوض لا يعني الالتزام بإبرام العقد محل التفاوض، وهذا الأمر تظهر أهميته في حالة اتفاق الأطراف على المسائل الأساسية مع إظهار نيتهما على عدم إبرام العقد في حالة عدم الاتفاق على المسائل الثانوية، لأن الالتزام بالاستمرار بالتفاوض في هذه الحالة يكون التزاماً بوسيلة وليس التزاماً بنتيجة^(٣).

(١) إبراهيم، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٢) حسين، محمد، التزامات الأطراف المتعاقدة في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي بجامعة بابل، العراق، ٢٠٠٦م، العدد (٤)، ص ٢٩٨.

(٣) العلواني وآخرون، فؤاد، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٣م، الطبعة الأولى، ص ٢٤.

وقد نص النظام السعودي على هذا الالتزام حيث جاء فيه أنه: «يعد من سوء النية عدم الجدية في التفاوض...»^(١).

وما من شك أن النص جاء مطلقاً دون تحديد لنطاق عدم الجدية ومن هنا يأتي دور المتضرر بإثبات شواهد عدم الجدية والأضرار المترتبة على ذلك، ويأتي دور القاضي في التأكد من شمولية التصرف لمفهوم عدم الجدية، إلا أنني أوصي المنظم السعودي أن يضمن المذكرة التفسيرية للنظام أمثلة للتصرفات التي يمكن إدراجها في عدم الجدية ليسترشد بها المضرور بالمطالبة بالتعويض وليقيس عليها القاضي.

وإذا كان المنظم السعودي قد عالج عدم الجدية من التعاقد أثناء تنفيذ العقد بالعديد من الأحكام^(٢)، فإن مقدمات التعاقد بما فيها مرحلة التفاوض يشملها هذا التنظيم من حيث الأثر، حيث إن الوسائل لها أحكام المقاصد؛ لأن المنظم يهدف من حيث التنظيم إلى الوصول إلى النتيجة والأثر الذي يتوافق مع قواعد العدالة.

الثاني: الالتزام بالإعلام والإفصاح:

ويقصد به: تقديم كافة المعلومات اللازمة والبيانات لمساعدة الطرف الآخر على إبرام العقد وتنفيذه بالإضافة إلى تنبيهه وتحذيره إن

(١) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (٤١ / ٢).

(٢) انظر: نظام المعاملات المدنية السعودي، المواد (٩٧، ١٧٠، ١٧١، ٤١٩، ٤٦٦، ٥٦٤).

اقتضى الأمر^(١)، وهذا إذا كانت طبيعة الشيء محل العقد أو الظروف المحيطة بالتعاقد تفرض عليه بالإضافة إلى الإعلام أن يلفت انتباهه أو يحذره إلى احتمال وجود خطورة سواء كانت مادية أو قانونية ناتجة عن العقد من أجل أن يتسنى لهذا الأخير اتخاذ إجراءات وقائية حتى يتفادى الخطورة^(٢).

ولذلك يتعين على المتفاوض الإفضاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد موضوع التفاوض حتى تستنير إرادة المتفاوضين، ويجب الإدلاء بالمعلومات كافة ما دامت لها أهميتها في التعاقد، حتى يتسم التفاوض بالشفافية ويرتكز على المصارحة والمكاشفة^(٣) والتعاون الذي يحقق النتيجة.

وهذه البيانات تدور حول ملائمة العملية التعاقدية محل التفاوض من كل النواحي، خاصة إذا كانت هذه العملية تحتاج إلى تخصيص فني دقيق غير متوافر في المتفاوض^(٤).

(١) عيسى، جنان، حسن النية في التعاقد - دراسة مقارنة - بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية الحقوق والعلوم السياسية من جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧م، ص ٦٣.

(٢) بشير، مرجع سابق، ص ٣٣-٣٤.

(٣) بارود، حمدي، تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد - الطبيعة العقدية وآثارها -، بحث منشور في مجلة جامعة الأزهر، غزة، العدد (١)، ٢٠١٠م، ١٣٥/١٢.

(٤) أبو زيد، محمد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة عين شمس، مصر، العدد (١)، ٢٠٠٥م، ص ١٤٩.

وهذا الالتزام ليس التزاماً مطلقاً في مضمونه، بل يقتصر على حد معين من المعلومات المتصلة بالعقد التي قد تكون مؤثرة في رضا المتعاقد الآخر الذي يجهل المعلومات جهلاً مشروعاً ولا يملك وسائل للاستعلام عنها من جانبه، كما يقيد هذا الالتزام في الحالات التي يكون فيها المدين ملزماً بعدم إفشاء المعلومات والبيانات التي تعد سرية استناداً إلى حكم قانوني أو اتفاق^(١).

ولذلك يذكر بعض الفقهاء أن الإعلام منه ما يكون اختيارياً ومنه ما يكون إجبارياً بحسب طبيعة وظروف التعاقد عليه، فالاختياري غالباً ما يكون للمتفاوض فيه الحرية في إعلام الطرف الآخر دون أن يكون ملزماً بأي قانون أو عقد يفرض عليه الالتزام بإعلام الطرف الآخر، وهذا ما يحدث غالباً في العمليات الإشهارية والإعلانات التي تكون بقصد الترويج للسلعة أو الخدمة، وهنا يكمن الفرق بين الإعلان والإعلام، أما الأول فهو الذي يكون المعلن فيه حرّاً بذكر ما يشاء من معلومات ولكن يجب أن تكون حقيقية، أما الثاني فهو أكثر موضوعية حيث يهدف لنشر الحقائق والمعلومات بين الأفراد وتوعيتهم ولهذا فهو المسمى بالإجباري^(٢).

- (١) دسوقي، محمد، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٤١٥هـ، ص ١٥٣.
- (٢) خديجي، أحمد، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي، بحث منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون من جامعة قاصدي ورقلة، الجزائر، العدد (١١)، ٢٠١٤م، ص ٢٣.

وقد نص النظام السعودي على هذا الالتزام صراحة حيث جاء فيه أنه: «يعد من سوء النية تعمد عدم الإدلاء ببيان جوهري في العقد»^(١).

إلا أنني أوصي المنظم السعودي أن يضمن المذكرة التفسيرية للنظام أمثلة للتصرفات التي يمكن إدراجها في المعلومات المهمة التي يجب على المتفاوض الإفصاح عنها عند التفاوض ليسترشدها المفاوض بالمطالبة بالتعويض وليقيس عليها القاضي.

كما قد نص المنظم على العديد من الأحكام التي توجب الإعلام في مرحلة إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه^(٢)، -وليس هذا محل عرضها- وإذا كان الإعلام لازماً في هذه المراحل فإنه لازم في مستلزماتها ومقدماتها كما في مرحلة التفاوض لأن الوسائل لها أحكام المقاصد.

الثالث: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات:

ويقصد بها: عدم إفشاء المعلومات السرية التي يتوصل إليها أحد المتفاوضين من خلال عملية التفاوض والتي يلزم معرفتها من أجل الوصول إلى النتيجة النهائية وهي التعاقد.

(١) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (٤١/ ٢).

(٢) انظر: نظام المعاملات المدنية السعودي، المواد (٣٥/ ٢، ١٠٦/ ١، ١٥٨/ ١، ٣١٠، ٣٣١، ٤٦٨، ٥٠٣، ٥٠٥، ٥٦٥، ٥٨٣، ٦٢٣، ٦٦٠، ٦٦٦، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٥، ٧١٦، ٦٨٧).

وهذا يعني عدم جواز الإعلان والتصريح بالمعلومات الفنية أو الهندسية والبيانات وغيرها مما علم بها المتفاوض، خاصة بعض العقود التي في إفشاء معلوماتها حساسية كبيرة وقد يترتب عليه ضرر كبير، مثل بعض عقود نقل التكنولوجيا أو التقنية أو عقود الامتياز التجاري والعقود الصناعية وغيرها^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن ضمان سرية المعلومات له صلة وثيقة بالالتزام بالإعلام، حيث يقع على عاتق الطرف المتفاوض الذي تلقى مختلف المعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التفاوض على العقد عدم إفشاء تلك المعلومات أو استخدامها بطريقة قد تضر صاحبها^(٢).

وبما أن المتفاوض الآخر قد أدلى بحسن نية تلك المعلومات كان التزاماً على المتفاوض الآخر أن يحافظ على تلك المعلومات التزاماً بالمبدأ ذاته.

وإذا كان المتفاوض ملزماً بعدم الإفشاء فإن نطاق ذلك يجب أن يكون ظاهراً لأنه ليس كل ما يدعى أنه سري فهو كذلك، حيث يلزم

(١) لخضر، حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٥-٢٠١٦م، ص ٧٨.

(٢) السويطي، روزان، مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون من كلية الحقوق بعمادة الدراسات العليا، القدس، ٢٠١٥م، فلسطين، ٢٠١٨-٢٠١٩م، ص ٧٢.

على المتفاوض الآخر -والذي قد يدعي بالضرر من الإفشاء- قد قام هو كذلك ببيان سرية هذه المعلومات وأخذ التعهدات اللازمة لذلك، ويمكن أن يكون ذلك من خلال الدعوات التي يقدمها المتفاوض للتفاوض وما شابه ذلك^(١).

وإذا ما نظرنا لنصوص نظام المعاملات المدنية وجدنا أن هذا الالتزام لا بد وأن يكون مشروطاً عند التعاقد من أجل الالتزام به حيث نص المنظم على أنه: «دون إخلال بالنصوص النظامية، لا يزول بفسخ العقد شرط الالتزام بتسوية المنازعة ولا شرط الالتزام بالسرية؛ ما لم يتفق على خلاف ذلك»^(٢)، إلا أن مقتضيات حسن النية عند التفاوض يشملها هذا الالتزام عن العدول لاسيما إذا كانت المعلومات التي أدلى بها المتعاقد تحمل طابع السرية عادة بين المتفاوضين، حيث إن الإفشاء قد يكون ذريعة إلى التلاعب فيجعل البعض يتفاوض بسوء نية للحصول على المعلومة من أجل تزويدها للغير سواء للمنافسين من أجل نفعهم أو الإضرار بالمتفاوض معه؛ أو من أجل الدخول في مفاوضة مع آخرين لكسب الوقت وضمان عدم فوات الصفقة ومن ثم التعاقد مع الأصلح للمتفاوض وما شابه ذلك من أساليب قد تضر بأحد المتفاوضين؛ وعليه فإنني أوصي المنظم بإدراج هذا الالتزام ضمن التزامات التفاوض بحسن نية.

(١) بن عيسى، حليس، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٢) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (١١٣).

المبحث الثاني

التكييف النظامي للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، وأثر الإخلال بهذا المبدأ

المطلب الأول: التكييف النظامي للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض:

سبق التنويه على أن تنظيم مرحلة التفاوض قانونياً أمر مستحدث من صناعة المشرع الفرنسي وفقاً للتعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي^(١)، وتبعه على ذلك المنظم السعودي في نظام المعاملات المدنية السعودي، وما قبل ذلك لم تكن سوى آراء لبعض الفقهاء أو أحكام قضائية درجت عليها بعض المحاكم دون وجود تنظيم أو تقنين يشمل تلك المرحلة، وما من شك أن هذا يعد تفرداً بديعاً من المنظم السعودي من بين العديد من الأنظمة المدنية العربية، لأن شمول هذه المرحلة بالتنظيم أمر سبق الحديث عن أهميته وضرورته، وتنتهي هذه المرحلة بإحدى احتمالين:

الأول: إبرام العقد، وهذا ما من شك أنه هو الهدف من تلك المفاوضات والغاية منها، وإذا ما أبرم العقد آتى ثماره وحقق أهدافه، وإن وجد فيه ما وجد من أخطاء أو عيوب بعد ذلك عولجت وفق ما

(١) الصادر بالمرسوم رقم (١٣١) بتاريخ ٢٠١٦م في العديد من المواد ومنها (١١٠٤-١١١٢).

يتناسب مع الحال مما هو منصوص عليه في العقود أو الأنظمة واللوائح ولا إشكال.

الثاني: رفض العقد، وفي هذه الحال نبحث عن التكييف الفقهي للواقعة إذا ما أ ادعى أحد الأطراف ضرراً وطالب بحق أو تعويض جراء رفض التفاوض الآخر إبرام العقد أو مماطلته عن إبرامه؛ أو غير ذلك من التصرفات التي يدعي أنها مضرّة به؛ وهذا الاحتمال هو محل الدراسة في هذا المطلب - وسنأتي عليه بإذن الله -.

وأبين أن هناك خلطاً بين بعض من كتب في الأحكام المتعلقة بهذه المرحلة هل هي مترتبات وآثار قانونية لعقد مبرم فيما يخص عملية التفاوض والالتزامات الناشئة عنها؟ حيث إن هناك من يبرم عقداً يخص مرحلة التفاوض، أم هي مجرد التزامات أخلاقية لم ترق إلى صفة الإلزام ما دام أنها تسبق التعاقد؟ أم هي التزامات قانونية يمكن استقاؤها من روح القانون وأحكامه الواردة فيما يتعلق بالمراحل التالية للتفاوض، فأعطيت مرحلة التفاوض ذات الأحكام لكونها وسيلة لها ولكون التفاوض يعد تعاقدًا ضمناً؟ أم هي التزامات قانونية لكونها داخلية في عموم الأحكام المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية؟ وقد يكون جزءاً من الخلاف بين الفقهاء في التكييف سببه هذا الاختلاف بين تلك الحالات.

وما من شك أن الفرق ظاهر وجلي بينها، وعلى الفقيه أن يفرق بين الأحكام وفرض الالتزامات مع وجود العقد أو الاتفاق من عدمه ومع وجود النص الصريح حيال الواقعة أو المرحلة من عدمها.

أشرت من قبل أن مرحلة التفاوض الأصل أنها مرحلة تشاور وتبادل اقتراحات ومساومات، لذا فإن الأصل أن إنهاء التفاوض أو العدول عن إبرام العقد جائز وهو حق ثابت للمتفاوضين، وقد نص على هذا المبدأ صراحة النظام السعودي حيث جاء فيه أنه: «إذا تم التفاوض على عقد فلا يترتب ذلك على أطراف التفاوض التزاماً بإبرام هذا العقد...»^(١)، وبعض القوانين لم تستثن من هذا الأصل شيئاً من التصرفات في نصوصها، واعتبرت أن التزام التفاوض بحسن نية ليس التزاماً قانونياً فلا يترتب على الأطراف أي مسؤولية في قطع التفاوض سواء أحدث ذلك ضرراً أم لا، ومن ذلك القانون الإنجليزي^(٢)، لأنهم يرون أنه على الأطراف معرفة المخاطر التي تنتج عن قطع المفاوضات قبل خوضها وعليهم حماية مصالحهم قبل خوضها تفادياً لتلك الأضرار المحتملة جراء العدول، كما أنهم يرون أن فكرة حسن النية

(١) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (٤١).

(٢) بارود، حمدي، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١٣٧.

فكرة غامضة قد تسمح بتبعات غير مقبولة^(١)، لذا لم يعتبروا التفاوض بحسن نية التزاماً قانونياً.

إلا أن الأنظمة الحديثة قد تنبّهت إلى أن ترك أصل جواز العدول عن الإبرام دون تقييد وتنظيم مظنة للتلاعب والاستغلال من البعض لاسيما إذا ثبت أن المتفاوض أساساً كان يتفاوض بسوء نية، أو تسلل سوء النية إليه فيما بعد فترتب على ذلك عدول عن الإبرام دون مبرر وأحدث هذا العدول ضرراً بالطرف الآخر، فهنا كان لزاماً تدخل النظام وشمول هذه التصرفات بالتنظيم وإثبات قيام المسؤولية على محدث الضرر، ولا شك أن تضمين الأنظمة بالنصوص المتعلقة بهذا التصرف في هذه المرحلة من شأنه تقليل هذه الممارسات غير القانونية، ومن شأنه تخفيف عبء بحث المضرور عن النصوص القانونية التي يركز عليها في إثبات أن التفاوض أو العدول عنه كان بسوء نية إذا ما أحدث ضرراً به، وهذا ما لم يكن تحت مظلة التقنين سابقاً.

وبما أن النظام السعودي قد اعتبر التفاوض بحسن نية التزاماً قانونياً وقد أشرت إلى ذلك من قبل، فإننا سنستعرض آراء فقهاء القانون ممن يرون ذلك حول التكييف النظامي للعدول عن التفاوض أو قطعه بسوء نية إذا ما أحدث ضرراً للغير، ويمكن تلخيص القول إن هناك اتجاهين للفقهاء في ذلك على النحو التالي:

(١) الهاجري، مرجع سابق، ص ١٠٢-١٠٣، الغيتاوي، مرجع سابق، ص ١٣١-١٣٢.

الأول: يرى أتباعه أن العدول عن التفاوض أو قطعه بسوء نية تقوم به المسؤولية العقدية حتى ولو لم يكن هناك تعاقد على التفاوض مستقل، وينسب هذا الرأي إلى الفقيه الألماني «اهرنغ» وقد بنى هذا الفقيه هذا الرأي على أساس أن هناك عقداً ضمناً يلزم كل طرف التصرف بحسن نية اتجاه الطرف الآخر، كإعلامه بالمعلومات الضرورية المتعلقة بموضوع العقد، أو بذل الجهد والتعامل بجدية وحرصاً لإنجاح المفاوضات ولا يقوم المتفاوض بأي سلوك يعيق سير المفاوضات كقطع المفاوضات بدون سبب جدي^(١).

وبين أن الإيجاب الصادر أثناء المفاوضات يتحلل لإيجابين: أولهما هو: موضوع العقد الذي يتم التفاوض بشأنه، وثانيهما: عدم عرقلة إبرام هذا العقد، وبما أن الإيجاب الأخير يتمخض لمصلحة الموجب له، فإن سكوته يعد قبولاً ضمناً بعدم إعاقة إبرام العقد، لذا فإن الطرف الذي أخل بهذا الاتفاق يعد مخللاً بالعقد^(٢).

(١) إسماعيل، محمد سعيد وآخرون، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد (٢)، ٢٠١٣م، ٢٩/٣٢٣.

(٢) الجميلي، سليمان، المفاوضات العقدية، رسالة لنيل درجة الماجستير من كلية الحقوق بجامعة النهرين، العراق، ١٩٩٨م، ص ٤٣.

واشترط هذا الفقيه لإقامة المسؤولية العقدية عن قطع التفاوض وجود خطأ عقدي وذلك عند الإخلال بالالتزامات التي تفرضها الاتفاقات الضمنية عند دخول الأطراف في المفاوضات^(١).

وبالنظر لفحوى هذا الرأي وما بني عليه فإنه لا يمكن تصور وجود عقد حقيقي حتى مع وجود تلك التفسيرات التي أرى أن فيها تكلفاً بافتراض عقد لم يبرم حقيقة، كما أن فيها تعسفاً بتحميل المتعاقد فوق ما يحتمل لأنه سيسهل إثبات الضرر من قبل المتعاقد مدعي الضرر لأن سوء النية قد يكون مبيتاً من قبله قبل التفاوض، وأقصد بذلك المتفاوض مدعي الضرر طالب التعويض.

الثاني: يرى أتباعه أن العدول عن إبرام العقد إذا ما أحدث ضرراً فإنه تقوم به المسؤولية التقصيرية، لأنهم ينطلقون من فكرة فحواها عدم وجود عقد أثناء التفاوض، وهذا يعني أن الفترة التي تسبق العقد لا تدرج ضمن نطاقه، وبالتالي يتعذر تطبيق أحكام المسؤولية العقدية إلا في حالة الإخلال بالتزام مصدره العقد، ومن تنهض المسؤولية التقصيرية لتعويض الضرر الذي يلحق المتفاوض من جراء الإخلال بها، واختلف أصحاب هذا الرأي حول تحديد الأساس القانوني لهذه المسؤولية، فبعضهم بنى الأساس على ما يسمى بالتبعية العقدية، وفحواها أن كل متعاقد يتحمل كل ما يترتب على التعاقد

(١) بن عيسى، مرجع سابق، ص ١٧٦.

ومستلزماته^(١)، وانتقد هذا بمثل ما ذكرته حول الرأي الأول وأنا لسنا أمام عقد وبالتالي لا عقد ولا تبعة، وبعضهم بناه على مبدأ التعسف في استعمال الحق^(٢)، حيث إن المتفاوض يستعمل حقه بالتفاوض لكن ليس له التعسف فيه^(٣)، وانتقد بأن التعسف فيه مضيق وموسع ويصعب تحديد نطاقه، وبعضهم بناه على الفضالة وهؤلاء ابتعدوا كثيراً حيث افترضوا أن من يقدم له عرضاً ليس هو رب العمل إنما هو فضولي يدير شؤونه، فإذا ما فشلت المفاوضات فبإمكانه الرجوع عليه - أي على من تفاوض لرب العمل - بدعوى الفضالة وتكون وفق الرأي الراجح في الفقه الفرنسي وفق قواعد المسؤولية التقصيرية^(٤)، وهذا الأساس قد بني على افتراض بعيد على أساس وجود وكالة، وهو بهذه الصورة يلزم منه تحمل التبعة إذا وجد فيه وكالة بالتعاقد والتفاوض، وعليه فإن المتفاوض مع الأصيل أو الوكيل إذا ما أثبت وجود الضرر وسوء النية يحق له مطالبة من قام بالفعل الضار أيضاً

(١) عبد الإله، رجب، التفاوض على العقد، مكتبة الإمام البخاري، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٢٣٨.

(٢) حميداني، محمد، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقاً لأحكام الأمر ١٣١ - ٢٠١٦م المعدل للقانون المدني الفرنسي، بحث منشور في مجلة جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، الجزائر العدد (٢٧)، ٢٠١٩م، ص ٣١٢.

(٣) زكي، محمود، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م، ١/١٥٣.

(٤) جمعة، عبد المعين، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية والتقصيرية - الكتاب الأول، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٧م، ١/١٦٨.

كان، ولا علاقة لمثل هذا التصرف بالإحالة على أحكام الفضالة فيما بين من قام بالفعل الضار ومن ادعى الضرر. وعليه يمكن تلخيص هذا الاتجاه بأنه يقوم على أحكام المسؤولية التقصيرية، وهذا كاف في التكييف دون البحث عن معرفة على ماذا بنيت هذه المسؤولية من أساسات دفعاً للإطالة.

وحين النظر للضرر الناتج عن العدول عن التفاوض أو قطعه بسوء نية وترتب ضرر على ذلك فإنه يتبادر للذهن أن أحكام المسؤولية التقصيرية تقوم بمجرد ذلك الخطأ وثبوت الضرر جراء العدول عن التفاوض أو قطعه بسوء نية، إلا أن هذا يصطدم بأن المسؤولية التقصيرية إذا ما قامت ترتب على ذلك التعويض سواءً عما لحق المضرور من ضرر أو ما فاتته من كسب، بل يمكن التعويض عن الضرر المعنوي، وبجميع الطرق التي تقدرها المحكمة، وهذا ما نص عليه المنظم السعودي^(١)، وهذا ما لا يوجد في التعويض عن الأضرار التي يرتبها العدول عن التفاوض أو قطعه بسوء نية، حيث نص

(١) حيث جاء في نظام المعاملات المدنية في المادة (١٢٠) ما نصه: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض»، وجاء في المادة (١٣٨ / ١) ما نصه: «١- يشمل التعويض عن الفعل الضار التعويض عن الضرر المعنوي...»، وجاء في المادة (١٣٩ / ١) ما نصه: «١- يُقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تقضي بالتعويض بالمثل أو بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن تقضي بأمر معين متصل بالفعل الضار...»، وهذه النصوص تؤكد أن تقدير التعويض جاء مطلقاً للمحكمة حسبما تراه مناسباً سواء عن الخسارة السابقة، أو الكسب الفائت، كما جاء أن المنظم توسع ليشمل =

المنظم على أن التعويض في هذه الحالة لا يشمل ما فات المضرور من كسب^(١)، وقد أكد المنظم ذلك في وضع أولى من التفاوض وذلك عند الحديث المتعلق بالتعبير عن الإرادة وعند رجوع الموجب عن إيجابه دون علم الموجب له إذا ما رتب الرجوع ضرراً به وأن يلزم الموجب تعويضه عما لحقه من ضرر فقط دون ما يفوته من كسب^(٢).

وعلى ذلك فإن هذه المعالجة التشريعية من قبل المنظم السعودي، والمشرع الفرنسي، تعد من المستجدات التشريعية والتي يلزم لها تكييف قانوني جديد، وأرى تسميتها بالمسؤولية التقصيرية الناقصة، لأنها تتقاطع مع أحكام المسؤولية التقصيرية الكاملة في أن كلا منهما يثبت فيه للمضرور التعويض عن الضرر السابق في الكسب، ويلزم لهما توافر الأركان الثلاثة الخطأ على خلاف فيه في المسؤولية التقصيرية الكاملة والضرر والعلاقة السببية بينهما، إلا أن العدول عن التفاوض أو قطعه بسوء نية لا يتم التعويض فيه عن الكسب الفائت، ويلزم إثبات سوء النية فيه، ولعل هذه التسمية ليست بدعاً من القول إنما هي منبثقة من أصل ثابت وهي المسؤولية التقصيرية ولكنها اختلفت عنها بما يلزم له التمييز.

= التعويض الأضرار المعنوية، كما أن للمحكمة سلطة تقديرية في الحكم بطريقة التعويض بما تراه مناسباً وفق ما يطلبه المضرر، وهذا يشمل ما ذكرت.

(١) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (٤١ / ١).

(٢) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (٣٥ / ٢).

وتفرقة المنظم لهذا التصرف عن عموم التصرفات المندرجة في الفعل الضار لها وجه من حيث إن قدر الضرر في العدول عن التفاوض أو قطعه أقل عادة من غيره من التصرفات التي تحدث ضرراً بالغاً، كما أن طبيعة التفاوض تقتضي لزوم حذر المتفاوض الآخر وحرصه على نوعية من يفاوض.

وفي هذا الصدد أشير إلى أنه بعد الاطلاع على كثير من الآراء الفقهية والأسس التي بنيت عليها هذه المسألة أن هناك بعضاً من الباحثين قد يتعسف بإدراج النوازل أو المستجدات القانونية تحت مظلة التكييفات القانونية العريقة التي درج عليها الفقهاء منذ القدم، مما قد يتسبب في الخلط والإبهام والتداخل بين كثير من القواعد القانونية وأحكامها الفقهية، ويجعل الدراسات لا تنتج الأثر المرجو منها، بل قد تزيد المشكل إشكالاً ويغيب فيها جانب الأحكام والرصانة والتوصية التي تُتظر من الباحثين والتي بدورها تثري المكتبة القانونية. المهم أن تُبنى وفق القواعد الشرعية والقانونية وقواعد العدالة.

وأوصي المنظم من باب إحكام هذه المرحلة بالقواعد القانونية أن ينص في المذكرة التفسيرية للنظام على أن وجود اتفاق أو عقد على التفاوض تنظمه قواعد المسؤولية العقدية، ليزول اللبس والشك عند من يجد ذلك في نفسه لأن التعاقد على التفاوض عقد مستقل بذاته يجب ألا يقاس عليه التفاوض المباشر بدون تعاقد يسبقه؛ لأن بعضاً

من الفقهاء يتناول المسألة فقهياً دون التفريق بينهما؛ ومن ثم درج بعض من الباحثين في المسألة على ذلك ووقع في الخلط بينهما؛ -وسبق التنبيه على ذلك-.

المطلب الثاني: أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض:

من المقرر أنه إذا تخلل مرحلة المفاوضات على العقد اتفاقات صريحة أو ضمنية، يكون الغرض منها مناقشة شروط العقد المراد إبرامه، فإن هذه الاتفاقات سواء كانت مكتوبة أو شفوية، صريحة أو ضمنية فإنها محكومة بالأحكام العقدية، وبالتالي فإن الإخلال بهذا النوع من المفاوضات هو إخلال بذلك العقد أو الاتفاق وبه تقوم المسؤولية العقدية، وهذه الاتفاقات متواترة في العقود التجارية الدولية لتضمنها أسراراً تجارية ولحاجتها للوقت الطويل الذي يستلزم وجود اتفاق يحكم ويضبط تلك المدة^(١)، كما أن هذه الاتفاقات تتوافر في بعض العقود المحلية والمدنية لا سيما مع توسع التعاملات المالية، وعموماً هذا النوع من المسؤولية ليس متكيفاً مع الطبيعة القانونية للموضوع محل الدراسة والتي ترتبط بالتفاوض غير المقترن باتفاق أو تعاقد.

(١) انظر: العمروسي، أنور، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، ناس للطباعة ودار العدالة، القاهرة، ٢٠١٣م، ١/ ٤٧٤، بارود، الطبيعة العقدية، مرجع سابق، ص ٥٦٥.

وبالتالي فإن بيان الأثر المترتب على الإخلال بمرحلة المفاوضات هنا يقتصر على المفاوضات المطلقة والتي لا يسبقها عقد على التفاوض أو اتفاق، وهي أكثر الحالات الواقعية لا سيما في العقود المدنية، والتعاقدات اليومية، وهذا النوع من التفاوض قد أشرت إلى أن الأصل فيه جواز التفاوض والعدول عنه، فالمتفاوض ليس ملزماً أن يبرم عقداً لا يؤتي ثماره ويحقق أغراضه بالنسبة له، وهذا أصل مستمد من الأصل العام وهو حرية الإنسان في التصرفات، ومستمد من النصوص القانونية التي تقرر ذلك، ومن ذلك ما سبق الإشارة إليه في النظام السعودي حيث جاء فيه: «إذا تم التفاوض على عقد فلا يرتب ذلك على أطراف التفاوض التزاماً بإبرام هذا العقد...»^(١).

ولكن هذا الأصل ورد عليه استثناء وتقييد في النظام السعودي يقضي بقيام المسؤولية التقصيرية الناقصة وذلك عند العدول عن التفاوض أو قطعه بسوء نية إذا ما ترتب على هذا العدول أو القطع ضرر بالمتفاوض الآخر، وبذلك يستحق المضرور التعويض عما لحقه من ضرر دون ما يفوته من الكسب، حيث جاء في النظام ما نصه: «إذا تم التفاوض على عقد فلا يرتب ذلك على أطراف التفاوض التزاماً بإبرام هذا العقد، ومع ذلك يكون من عدل عن التفاوض أو قطعه

(١) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (٤١).

بسوء نية مسؤولاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر، ولا يشمل ذلك التعويض عما فاتته من كسب متوقع من العقد محل التفاوض»^(١).

وعليه فإن أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض يترتب عليه التعويض الذي يقدره القاضي محكوماً ومحدوداً بالضرر الذي لحق بالمضروب جراء العدول عن التفاوض أو قطعه بسوء نية دون فوات الكسب المتوقع كما نص على ذلك المنظم السعودي.

ويمكن القول بأنه يلزم لثبوت التعويض ولقيام المسؤولية التقصيرية الناقصة عن العدول عن التفاوض أو قطعه بسوء نية شرطان أساسيان هما:

الأول: ثبوت سوء النية من قبل المتفاوض الذي عدل عن المفاوضة أو قطعها.

الثاني: حصول الضرر الحال والمباشر على المتفاوض الآخر.

وبناء على ما تقرر عند الفقهاء من أن للمسؤولية التقصيرية الكاملة أركاناً ثلاثة لا بد من توافرها لقيامها، فيمكن القول بأن المسؤولية عن العدول عن التفاوض أو قطعه تقوم عليها، وهي كالتالي:

(١) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (٤١ / ١).

الركن الأول: الخطأ:

وعرف الخطأ بأنه: انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي مع إدراكه لهذا الانحراف^(١). كما قد عرف بأنه: الإخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن تمييز وإدراك^(٢). وقد عرف بأنه: الفعل الضار غير المشروع أي: العمل المخالف للقانون^(٣).

وللخطأ ركنان كما يقرر ذلك الفقهاء وفقاً للتعريفات السابقة:

أحدهما: الركن المادي: وهو التعدي أو الانحراف عن السلوك.

وثانيهما: الركن المعنوي: وهو الإدراك والتمييز، ويفرق الفقهاء بين الفعل المتعمد وبين غير العمد لقياس الانحراف في السلوك، فإذا قام شخص بفعل متعمد بقصد الإضرار بالغير فإن المعيار الذي يقاس عليه هو المعيار الذاتي وهو معيار شخصي، وهذا ينظر فيه القاضي إلى ذات الشخص الذي وقع منه الفعل ومدى يقظته من عدمها، أما إذا كان الفعل غير عمدي وغير جسيم فإن المعيار الذي يقاس عليه الفعل

(١) الشواربي وآخرون، عبد الحميد، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة السابعة، ٢٠١٥م، ٧٠/١.

(٢) الذنون، حسن، النظرية العامة للالتزامات، الجامعة المستنصرية، بغداد، ١٩٧٦م، ص ٢٣٣.

(٣) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٤م، ٧٧٧/١.

هو المعيار الموضوعي وهو معيار مجرد يقاس الفعل فيه على الشخص العادي في مثل ذلك التصرف عادة^(١).

وإذا ما نظرنا لشروط قيام المسؤولية التقصيرية عن الأضرار الناجمة عن التفاوض بسوء نية وجدنا أن سوء النية شرط لذلك، وعليه فإنه لا ينطبق عليه إلا المعيار الذاتي من حيث الأصل، وإن كان المضرور بإمكانه المطالبة بالتعويض عن الأضرار عن العدول عن التفاوض أو قطعه إذا ما رتب ضرراً قدره القاضي بأنه انحراف عن السلوك المعتاد ورتب ضرراً بموجب الأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية الكاملة ولكن هذا ليس أصلاً يتمسك به ويعتمد عليه لا سيما مع وجود أصل أقوى نص عليه المنظم وهو جواز عدول المتفاوض عن إبرام العقد^(٢)، إلا أنه محط اعتبار إذا وجدت مسوغاته التي يراها القاضي في ذات التصرف المنحرف.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن ركن الخطأ فيه عدة نظريات في الاعتداد به لقيام المسؤولية التقصيرية الكاملة، إلا أنه ركن أصيل في حال عدول المتفاوض أو قطعه للمفاوضة بسوء نية لا تقوم المسؤولية التقصيرية الناقصة من دونه.

(١) العوفي، عمر، تقدير التعويض عن الفعل الضار وفق نظام المعاملات المدنية، بحث منشور في مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية، صنعاء، العدد (٩٦)، ٢٠٢٤م، ٨٣/١١-٨٤.

(٢) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (١/٤١).

كما أن التفاوض بسوء نية لا يتصور إلا من كامل الأهلية، ويندر أن يحدث من ناقصها، ويكاد يستحيل من عديمها، حيث إنه وفقاً لنظام المعاملات المدنية السعودي^(١) قد حدد كمال الأهلية بسن الثانية عشرة، وأن يكون عاقلاً غير محجور عليه، فهذا الذي يحقق شرط الإدراك والتمييز، وناقصها وهو من تجاوز سن السابعة ولم يبلغ سن الرشد، أو المعتوه، فيمكن أن يتصور منه هذا التصرف، وإذا ما تحقق من ذلك القاضي فإنه يحمل المسؤول عنه جبر الضرر، فإن لم يكن له مسؤول فيمكن جبر الضرر من ماله إذا ما توافرت شروط المسؤولية التقصيرية الناقصة، أما عديمها كالصبي غير المميز وهو من دون السابعة أو المجنون فلا يتصور منهم ذلك - ما لم يدفعوا لذلك الفعل -، وعليه فلا مسؤولية لأسباب لعل من أبرزها عدم صحة تصرفات عديم الأهلية ما عدا ما عمت به البلوى من التصرفات، كما يمكن تحميل المضرور تبعة تساهله بالتعامل معهم.

الركن الثاني: الضرر:

وقد عُرف الضرر المعتر بعدة تعريفات، منها أنه: هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له^(٢)، وقد عرف بأنه: الضرر المعتر هو انتقاص حق للإنسان

(١) انظر: نظام المعاملات المدنية السعودي، المواد (١٢، ١٤، ١٢٢ / ١).

(٢) مرقص، سليمان، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، ١٩٧١م، ص ١٢٧.

من حقوقه الطبيعية أو المالية بغير مبرر من جواز شرعي^(١)، ومما عرف به أنه: ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له^(٢).

وهذا ركن متفق عليه لقيام المسؤولية التقصيرية الكاملة، وهو كذلك في المسؤولية التقصيرية الناقصة لأن المنظم نص عليه صراحة^(٣).

والضرر - كما تنص الأنظمة ويذكر الفقهاء - نوعان: أحدهما مادي: وهو الإخلال بحق للمضرور أو مصلحة ذات قيمة مالية، أو بتفويت مصلحة مشروعة له تقدر فائدتها مالياً^(٤).

وثانيهما معنوي: وقد عرفه المنظم بأنه: «ما يلحق الشخص ذا الصفة الطبيعية من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي»^(٥).

وما من شك أن الأصل أن هذا الأخير لا يشمل التعويض لأن العدول عن المفاوضة أو قطعها ضرره لا يفوت إلا مصالح مادية، حتى ولو ادعى المتضرر وجود الأذى النفسي نتيجة فوات فرصة أخرى وما

(١) نصر الدين، محمد، أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، بحث لنيل درجة الدكتوراه من كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ص ٣٨١.

(٢) الصدة، عبد المنعم، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٧م، ص ٤٨٧.

(٣) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (١ / ٤١).

(٤) السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٧٠.

(٥) نظام المعاملات المدنية السعودي، المادة (٢ / ١٣٨).

شابه؛ لأن هذا مما قد يندرج بفوات الكسب المتوقع الذي منع المنظم من التعويض عليه وأثره تبع له، كما أنه لا يكاد يسلم متعامل بالمال من مثل هذه الحالات الواردة، كما أن الضرر الذي شمله المنظم بالتعويض في هذه الحالة غير متصور في غير الأضرار المادية.

الركن الثالث: العلاقة السببية:

وهي: أن يكون الضرر الذي حصل للمضرور هو نتيجة خطأ المتفاوض الذي عدل عن المفاوضة أو قطعها بسوء نية لا بسبب آخر أجنبي، فإذا كان الفعل الضار ناجماً عن فعل المتفاوض نفسه، فهنا إما أن تتنفي المسؤولية كلياً عن العادل أو قاطع المفاوضة، أو توزع المسؤولية قبل التعاقدية بين طرفي الخصومة^(١).

وقد يحصل أن تلحق بأحد الأطراف أضرار، أثناء مفاوضات العقد، وأجد أن مصدرها ليس في قطع المفاوضات، إنما في حوادث خارجية أخرى لا يد للطرف الآخر فيها، بل لأنها سارت على خلاف إرادته^(٢).

وفيما يتعلق بهذه المسائل، فإن بعض الأطراف قد تتخذ من عملية التفاوض ذريعة للاطلاع على أسرار الطرف الآخر المتفاوض، أو لإبعاد أحد المتفاوضين عن التفاوض مع الآخرين، أو من أجل تعطيل

(١) العربي، مرجع سابق، ص ١٨٤-١٨٥.

(٢) العبد الله، هدى، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٤م، ص ٢١٧.

الطرف الآخر وتأخير إبرام العقد النهائي لمصلحة معينة، ومثل هذه التصرفات أن يعرض أحد المتفاوضين بيانات غير صحيحة تجعل المتفاوض يتردد في الإبرام من عدمه، وكل هذه التصرفات قد تضر بالمتفاوض بشكل أو بآخر.

ومن المعلوم أنه يتعين على المدعي بطلب التعويض، إقامة الدليل على قيام رابطة السببية ما بين الخطأ والضرر؛ وعلى محكمة الموضوع أن تبين في حكمها توافر هذه الرابطة، وإلا كان في حكمها قصور يستوجب النقض^(١).

فإذن يلزم لقيام المسؤولية المستوجبة للتعويض عن ضرر العدول عن التفاوض أو قطعه توافر الشروط والأركان التي ذكرناها لتؤتي الأحكام آثارها وفقاً لقواعد العدالة التي أرستها الشريعة ثم أرادها المنظم من خلال النصوص التي استعرضناها بهذا الصدد.

وفي هذا الجانب أوصي الهيئات القضائية بعدم التوسع في التعويضات الناتجة عن الإخلال بهذه الالتزامات والتأكد من توافر الشروط والأركان، لأن المنظم أدرج هذه المرحلة بالتنظيم من باب الضبط والإحكام وإرساء قواعد العدالة، خلافاً لغالب القوانين المقارنة، وهذا يستدعي التنبيه لما ذكرت من عدم التوسع في التعويض وقصره على الضرر الحال والمباشر؛ لأن افتراض وجود سوء النية في هذه

(١) العربي، مرجع سابق، ص ١٨٤-١٨٥.

المرحلة استثناء وليس أصلاً، لأن الأصل كما قرر المنظم هو جواز العدول عن التفاوض وعدم لزوم البحث عن نية العادل.



الخاتمة

في ختام هذا البحث، أشير إلى أبرز النتائج، وأهم التوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

١- أن مبدأ حسن النية من حيث الأصل هو مبدأ أخلاقي يقوم على النزاهة والأمانة والتعاون والثقة وهي قواعد أخلاقية، إلا أن القوانين والأنظمة قد تجعلها قواعد قانونية ملزمة لأسباب كثيرة كما هو الحال في المبدأ الذي أرساه المنظم السعودي عند التفاوض على العقد في نظام المعاملات المدنية السعودي.

٢- لم تنص القوانين والأنظمة على تعريف مبدأ حسن النية ولكن يمكن أن يعرف مبدأ حسن النية في المعاملات التعاقدية بأنه: التزام المتعاقد على التفاوض وإبرام العقد وتنفيذه بما يتوافق مع النية الحسنة المعتادة بين المتعاملين وتحمله تبعات الإخلال بما يترتب على خلاف ذلك من خسارة محققة.

٣- المراحل التعاقدية التي شملها المنظم السعودي بالتنظيم ثلاثة وهي: مرحلة التفاوض، ومرحلة الإبرام، ومرحلة التنفيذ، والمنظم السعودي أجاد بشموله لمرحلة التفاوض بالتنظيم خلافاً لغالب القوانين الأخرى، وهذا يساهم في ضبط المعاملات المالية ويرسي قواعد العدالة في جميع التصرفات.

٤- أن التزامات التفاوض بحسن نية ذكر الفقهاء العديد منها إلا أن في النظام السعودي جاء منها اثنان صراحة وهما: الالتزام بالجدية في التفاوض، والالتزام بالإعلام والإفصاح والتعاون، بينما الثالث ذكره بعض الفقهاء ولم يذكره المنظم في معرض بيان التزامات التفاوض إنما جعله شرطاً عند فسخ العقد عند عدم الاتفاق على خلافه وهو الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، والمنظم السعودي لم يجعل سوء النية حكراً على هذه الالتزامات، بل أوردتها على سبيل البيان لفحوى سوء النية والتمثيل لبعض التصرفات المنبثقة عنها.

٥- إن العدول عن التفاوض أو قطعه بسوء نية تقوم به المسؤولية التقصيرية الناقصة، حيث تختلف عن المسؤولية التقصيرية الكاملة بكونها يتم التعويض عنها عن الضرر المترتب على العدول عن التفاوض أو قطعه دون فوات الكسب، وإن كان بعض الفقهاء ذهبوا إلى قيام المسؤولية العقدية في هذه الحالة، وبيناً بُعد هذا الرأي، كما أن البعض ذهب إلى أنها تقوم بها المسؤولية التقصيرية الكاملة وبيناً أن هذا لا يتوافق مع ما ذهب إليه المنظم السعودي ولا يتوافق مع طبيعة هذا التصرف.

٦- أن أثر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض تقوم به المسؤولية التقصيرية الناقصة ومن ثم يستحق به المضرور تعويضاً عن الضرر الذي أصابه جراء العدول عن التفاوض أو قطعه بسوء نية، ويلزم لذلك توافر الشروط التي ذكرها المنظم وهي ثبوت سوء النية

من قبل المتفاوض الذي عدل أو قطع المفاوضات، بالإضافة لحصول الضرر الحال والمباشر، كما يلزم توافر الأركان الثلاثة: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بينهما.

ثانياً: التوصيات:

١- تضمين المنظم السعودي المذكرة التفسيرية للنظام أمثلة للتصرفات التي يمكن إدراجها في عدم الجدية في التفاوض ليعد إخلالاً بالتزام من التزامات التفاوض بحسن نية ليسترشد بها المضرور بالمطالبة بالتعويض وليقيس عليها القاضي.

٢- تضمين المنظم السعودي النظام بالتزام المحافظة على سرية المعلومات تبعاً لبقية الالتزامات التي نص عليها صراحة ولما ذكرت من مسببات، كما أوصي أن يؤكد المنظم في المذكرة التفسيرية على عدم حصر الالتزامات فيما تم النص عليه في النظام لما ذكرت من أسباب لها.

٣- عدم تعسف الفقيه عند التكييف النظامي بربط المستجدات التشريعية بالتكييفات العريقة التي درج عليها الفقهاء منذ القدم للأسباب التي تم ذكرها.

٤- بيان المنظم أن وجود اتفاق أو عقد على التفاوض تنظمه قواعد المسؤولية العقدية للأسباب التي ذكرتها من باب إحكام هذه المرحلة بالقواعد القانونية وذلك من خلال المذكرة التفسيرية.

٥- عدم توسع الهيئات القضائية في التعويضات الناتجة عن الإخلال بهذه الالتزامات لأن افتراض وجود سوء النية في هذه المرحلة استثناء وليس أصلاً، لأن الأصل هو جواز العدول عن التفاوض وعدم لزوم البحث عن نية العادل.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب والرسائل العلمية والبحوث والمنشورات:

١. إبراهيم، عبد المنعم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤م.
٢. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، لسان العرب، دار صادر، بيروت الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٣. أبو زيد، محمد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة عين شمس، مصر، العدد (١)، ٢٠٠٥م.
٤. الأزدي، أبو بكر محمد بن الحسن، بن دريد، تحقيق: رمزي بعلبكي، جهرة اللغة، دار العلم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م.
٥. إسماعيل، محمد سعيد وآخرون، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد (٢)، ٢٠١٣م.
٦. بارود، حمدي، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية بغزة، العدد (٢)، ٢٠٠٥م.
٧. بارود، حمدي، تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد - الطبيعة العقدية وآثارها-، بحث منشور في مجلة جامعة الأزهر، غزة، العدد (١)، ٢٠١٠م.
٨. بشير، بالعربي وآخرون، مبدأ حسن النية في العقد، رسالة لنيل درجة الماجستير من كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة غرداية، الجزائر، ٢٠١٨-٢٠١٩م.



٩. بن عيسى، عبد الحكيم، مبدأ حسن النية في العقد، بحث منشور في مجلة الميدان للعلوم الاجتماعية والإنسانية بجامعة زيان عاشور، الجزائر، العدد (١).
١٠. بن يوب، هدى، مبدأ حسن النية في العقود، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من كلية الحقوق والعلوم السياسية من جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، ٢٠١٣م.
١١. جبار، سماح، حسن النية في التفاوض على العقود، مجلة الدراسات، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، العدد (٤٨)، ٢٠١٦م.
١٢. الجبوري، ياسين محمد، المبسوط في شرح القانون المدني، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٦م.
١٣. جمعة، عبد المعين، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية والتقصيرية - الكتاب الأول، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٧م.
١٤. الجميلي، سليمان، المفاوضات العقدية، رسالة لنيل درجة الماجستير من كلية الحقوق بجامعة النهرين، العراق، ١٩٩٨م.
١٥. حسني، محمود نجيب، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، ١٩٦٢م.
١٦. حسين، محمد، التزامات الأطراف المتعاقدة في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي بجامعة بابل، العراق، العدد (٤)، ٢٠٠٦م.
١٧. حميداني، محمد، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقاً لأحكام الأمر ٢٠١٦-١٣١ المعدل للقانون المدني الفرنسي، بحث منشور في مجلة جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، العدد (٢٧)، ٢٠١٩م.

١٨. خديجي، أحمد، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي، بحث منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون من جامعة قاصدي ورقلة، الجزائر، العدد (١١)، ٢٠١٤م.
١٩. دسوقي، محمد، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٤١٥هـ.
٢٠. الذنون، حسن، النظرية العامة للالتزامات، الجامعة المستنصرية، بغداد، ١٩٧٦م.
٢١. الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، تحقيق: مختار، يوسف الشيخ محمد، الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٩٩٩م.
٢٢. زكي، محمود، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م.
٢٣. زيتوني، فاطمة وآخرون، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص من كلية الحقوق والعلوم السياسية من جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٧-٢٠١٨م.
٢٤. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٤م.
٢٥. السويطي، روزان، مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون من كلية الحقوق بعمادة الدراسات العليا، القدس، ٢٠١٥م، فلسطين، ٢٠١٨-٢٠١٩م.
٢٦. الشواربي وآخرون، عبد الحميد، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة السابعة، ٢٠١٥م.

٢٧. الشواربي، عبد الحميد، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨م.
٢٨. الشوبري، أحمد السيد، التفاوض التعاقدي إطاره القانوني وأثره في الالتزام، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، مصر، العدد (٤)، ٢٠١٩م.
٢٩. شيرزاد وآخرون، عزيز سليمان، حسن النية في تنفيذ العقود بحث منشور في المجلة العلمية بجامعة جيهان، العراق، العدد (١)، ٢٠٢١م.
٣٠. شيرزاد، عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، الأردن، ٢٠٠٨م.
٣١. الصدة، عبد المنعم، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٧م.
٣٢. العامري، هائل، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى -دراسة تحليلية مقارنة-، بحث منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية، الجزائر، العدد (١٨)، ٢٠١٨م.
٣٣. عبد الأمير، أسيل، الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وإبرام وتنفيذ العقود كوجه من أوجه الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد-دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين، العدد الخاص بالمؤتمر العلمي الدولي الثاني، ٢٠٢٣م.
٣٤. عبد الإله، رجب، التفاوض على العقد، مكتبة الإمام البخاري، القاهرة، ٢٠٠٠م.
٣٥. العبد الله، هدى، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٤م.

٣٦. العربي، بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة-، دار وائل، الجزائر، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
٣٧. العلواني وآخرون، فؤاد، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، بيت الحكمة، بغداد، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
٣٨. العمروسي، أنور، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، ناس للطباعة ودار العدالة، القاهرة، ٢٠١٣م.
٣٩. العوفي، عمر، تقدير التعويض عن الفعل الضار وفق نظام المعاملات المدنية، بحث منشور في مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية، صنعاء، العدد (٩٦)، ٢٠٢٤م.
٤٠. عيسى، جنان، حسن النية في التعاقد -دراسة مقارنة- بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية الحقوق والعلوم السياسية من جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧م.
٤١. الغيتاوي، هاني عبد العاطي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة طنطا، مصر، العدد (٣٤)، ٢٠١٩م.
٤٢. فضيلة، بركان، مبدأ حسن النية في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، بحث منشور بمجلة الحقوق والعلوم السياسية بجامعة خنشلة بالجزائر، العدد (٢)، ٢٠٢٢م.



٤٣. كنزة، بوكولة وآخرون، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في تخصص القانون، قسم الحقوق بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة جيجل، الجزائر، ٢٠١٨م.
٤٤. لخضر، حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٥م.
٤٥. مدني، لعجال، مبدأ حسن النية وجزاء الإخلال به في القانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة الفكر القانوني والسياسي بكلية الحقوق بجامعة عمار ثليجي، الجزائر، ٢٠٢٢م.
٤٦. مرقص، سليمان، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، ١٩٧١م.
٤٧. نشمي، مصطفى، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة لنيل درجة الماجستير من كلية الحقوق قسم القانون الخاص بجامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣-٢٠١٤م.
٤٨. نصر الدين، محمد، أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، بحث لنيل درجة الدكتوراه من كلية الحقوق بجامعة القاهرة.
٤٩. الهاجري، ظفر، التزام التفاوض بحسن نية في ضوء تعديلات القانون الفرنسي في أكتوبر ٢٠١٦م بالمقارنة بالقانون الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق بجامعة الكويت، العدد (٣)، ٢٠١٧م.

ثانياً: الأنظمة، والقوانين:

٥٠. نظام المعاملات المدنية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ.
٥١. القانون المدني المصري رقم (١٣١)، المنشور بتاريخ ٢٩/٧/١٩٤٨م.



دور مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بأحد طرق الإثبات في الإثبات القضائي

وفقاً لنظام الإثبات السعودي لعام ١٤٤٣هـ

د. منصور أحمد محمد صالح

أستاذ مساعد

قسم القانون بالجامعة السعودية الإلكترونية

المقدمة

الحمد لله الذي علم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على رسولنا الكريم محمد بن عبد الله النبي الأمي الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين؛ وبعد،

فيحتاج الحق عند المنازعة حوله أمام القضاء للإثبات القضائي، والقاضي لا يمكن أن يحكم بالحق إلا إذا ثبت أمامه بالدليل النظامي^(١)، ومن أهم طرق الإثبات القضائي الكتابة، وتحقيق الكتابة قدرًا كبيرًا من الثقة والدقة، كما أنها تحقق استقرارًا للمعاملات، لهذا نصت كل أنظمة الإثبات على الكتابة كطريق من طرق الإثبات القضائي، وذهبت العديد من أنظمة الإثبات إلى ما هو أبعد من مجرد النص على الكتابة كطريق من طرق الإثبات وذلك من خلال اشتراط إثبات بعض التصرفات والوقائع عن طريق الكتابة فقط دون غيرها من طرق الإثبات الأخرى مثل الشهادة والقرائن والخبرة وغيرها.

ومن بين النظم التي نصت على تقييد الإثبات القضائي في بعض الأحوال بالكتابة: نظام الإثبات السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ.

(١) أسس الإثبات المدني، د. محمود عبد الرحيم الديب، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤م، ص ٧.

إلا أن التمسك بشكل مطلق بالكتابة كوسيلة للإثبات يؤدي إلى ضياع الحقوق، لأن كثيراً من الأشخاص قد لا يستطيع إثبات حقه عن طريق الكتابة لأسباب مختلفة، ويترتب على عدم إثبات الحق ضياعه، وضياع الحق بسبب عدم القدرة على إثباته عن طريق الكتابة، يتعارض مع تحقيق العدل.

وقد وقف الفقه أمام أهمية الكتابة كطريق من طرق الإثبات يحقق استقرار المعاملات والدقة في البيانات، وبين عدم تحقيق العدل في حال اشتراط الإثبات بالكتابة وعجز الخصم من الإثبات عن طريق الكتابة، وتوصل الفقه ومن بعده النظم إلى طريق من طرق الإثبات القضائي يمكن من خلاله تحقيق استقرار المعاملات، وأيضاً يمكن من خلاله تحقيق العدل للخصم الذي لا يتمكن من إثبات حقه عن طريق الكتابة، هذا الطريق تمت تسميته بمبدأ الثبوت بالكتابة، ويتركب مبدأ الثبوت بالكتابة من عنصرين: العنصر الأول: الكتابة، فينبغي وفقاً لمبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون هناك كتابة صادرة من الخصم الذي يُحتج ضده بها، وهذه الكتابة لا تكون كافية للإثبات لوحدها ولهذا تحتاج إلى ما يعززها، وطريق الإثبات الذي يعزز الكتابة يمثل لنا العنصر الثاني من عناصر مبدأ الثبوت بالكتابة.

وقد نص نظام الإثبات السعودي على مبدأ الثبوت بالكتابة من ضمن طرق الإثبات القضائي بنظام الإثبات لسنة ١٤٤٣هـ، ونص النظام على مبدأ الثبوت بالكتابة جاء بما يميزه عن القوانين المقارنة

الأخرى، وذلك لأن نظام الإثبات السعودي يستمد نصوصه من الشريعة الإسلامية التي تحقق العدل بين الخصوم، وفي هذا البحث يتم تسليط الضوء على مبدأ الثبوت بالكتابة في نظام السعودي.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث في النقاط التالية:

١. توضيح مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بطريق إثبات آخر، في الفقه القانوني والنظام.
٢. مقارنة مبدأ الثبوت بالكتابة في النظام السعودي بالقوانين المقارنة للوقوف على الجوانب الإيجابية وتعزيزها، والعمل على تحسين الجوانب الأخرى في نظام الإثبات السعودي.
٣. بيان أركان مبدأ الثبوت بالكتابة وكيفية تحقيقها من خلال أنواع الكتابة في الإثبات القضائي.
٤. تمكين المتقاضين والمحامين والقضاة وطلاب الشريعة والحقوق، من فهم مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بطريق إثبات آخر لحماية الحقوق من الضياع.
٥. سد النقص في مجال البحوث العلمية المتعلقة بمبدأ الثبوت بالكتابة بالمملكة وتمهيد الطريق أمام الباحثين في هذا المجال.

مشكلة البحث:

تمثل مشكلة البحث في الإجابة على الأسئلة التالية:

- ما مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بطريق إثبات آخر، وما هي علاقته بنظام الإثبات؟
- ما طبيعة مبدأ الثبوت بالكتابة ومتى يتم اللجوء إليه في الإثبات؟
- ما الأركان التي يتكون منها مبدأ الثبوت بالكتابة؟

البحوث السابقة:

١. مبدأ الثبوت بالكتابة في قانون البيّنات - دراسة مقارنة-رسالة ماجستير مقدمة من الطالبة: سهير أمين محمد، تحت إشراف د. عباس الصراف بالجامعة الأردنية عام ١٩٩٦م؛ تناولت الرسالة الإثبات بشكل عام. وفي الفصل الثاني منها تحدثت الباحثة عن مبدأ الثبوت بالكتابة ويُفهم من الرسالة بصورة عامة أن مبدأ الثبوت بالكتابة يأخذ نفس الأحكام الخاصة بفقد المستند كما أن الرسالة لم تُعرّف مبدأ الثبوت بالكتابة بشكل واضح.

بينما جاء هذا البحث معرّفًا لهذا المبدأ، ومبيّنًا لأركانه، كما وضح هذا البحث مدى استقلال مبدأ الثبوت بالكتابة، عن فقدان المستندات، وبهذا تجنب البحث الوقوع في الخطأ الذي وقعت فيه رسالة الماجستير بعنوان: «مبدأ الثبوت بالكتابة».

٢. مدى جواز الأخذ بمبدأ الثبوت بالكتابة في القانون اليمني والفقهاء الإسلامي - بحث مقدم من د. عبد الله علي الخياري منشور بمجلة جامعة عدن - نيابة الدراسات العليا والبحث العلمي في العدد رقم (٢٩) بتاريخ ٢٠١٢م وقد تحدث الباحث عن أركان مبدأ الثبوت بالكتابة دون الإشارة لتعريف المبدأ وبيان طبيعته بينما جاء هذا البحث، مُعرِّفاً للمبدأ، ومتناوِلاً لطبيعته، وموضحاً لهده.

٣. الإطار القانوني لمبدأ الثبوت بالكتابة بحث مقدم من د. منصور عبد السلام الصرايرة بالاشتراك مع د. مهند عزمي مسعود أبو مغلي - منشور بمجلة جامعة النجاح للأبحاث - العدد (٩) المجلد (٢٨) عام ٢٠١٤م؛ ولم يتم تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة تعريفاً اصطلاحياً في البحث بالرغم من أن البحث المذكور لم يقع في خلط ما بين مبدأ الثبوت بالكتابة وفقدان المستند، بينما جاء البحث الذي قمت بإعداده بتعريف مبدأ الثبوت بالكتابة.

٤. مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لأحكام قانون البيّنات الأردني - رسالة ماجستير مقدمة من الطالب: فرح ناصر النوايسة، تحت إشراف: د. باسل النوايسة، جامعة مؤتة عام ٢٠٢٠م، وفي هذه الرسالة أيضاً نجد أن الباحث قد خلط ما بين مبدأ الثبوت بالكتابة وفقدان المستند، أما في البحث الذي بين يدينا لم يتم الخلط ما بين مبدأ الثبوت بالكتابة وفقدان المستند.

منهج البحث:

تم اتباع المنهج التحليلي وكان ذلك من خلال تحليل النصوص النظامية والآراء الفقهية، بطريقة تبين الهدف والمقصود من النصوص النظامية والآراء الفقهية، ثم بيان رأي الباحث حولها، ومن بعد ذلك مقارنتها بالقوانين المقارنة وهي: قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م، وقانون البينات الأردني رقم (٣٠) سنة ١٩٥٢م، وقانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بمرسوم قانون اتحادي رقم (٣٥) لسنة ٢٠٢٢م، وذلك من أجل الإفادة من هذه القوانين.

حدود البحث:

الحدود الموضوعية لهذا البحث تتمثل في دراسة مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بطريق إثبات آخر في نظام الإثبات السعودي لعام ١٤٤٣هـ.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة، على النحو التالي:

المقدمة:

وفيها أهمية البحث، ومشكلته، والبحوث السابقة التي تناولت موضوع البحث، ومنهج البحث وحدوده، وخطة.

المبحث الأول: ماهية مبدأ الثبوت بالكتابة في نظام الإثبات السعودي:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة في النظام السعودي:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة لغةً واصلاحاً.

الفرع الثاني: تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة في النظام.

الفرع الثالث: طبيعة وهدف مبدأ الثبوت بالكتابة.

المطلب الثاني: خصائص مبدأ الثبوت بالكتابة في النظام السعودي.

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: مبدأ الثبوت بالكتابة طريق من طرق الإثبات القضائي لما

يُشترط إثباته عن طريق الكتابة من التصرفات المدنية والوقائع.

الفرع الثاني: مبدأ الثبوت بالكتابة وسيلة إثبات مركبة من أجل تحقيق

العدالة.

الفرع الثالث: مبدأ الثبوت بالكتابة من الطرق الأصلية للإثبات.

المطلب الثالث: حدود الإثبات بالكتابة في نظام الإثبات السعودي.

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: أهمية ودور الكتابة في الإثبات القضائي.

الفرع الثاني: التمييز بين التصرفات المدنية والتصرفات التجارية في الإثبات.

الفرع الثالث: مدى الإلزام بالإثبات عن طريق الكتابة في النظام السعودي.

المبحث الثاني: أركان مبدأ الثبوت بالكتابة في نظام الإثبات السعودي: وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الركن الأول: وجود ورقة مكتوبة. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الشروط التي يتحقق بها وجود الكتابة.

الفرع الثاني: تحقق ركن وجود الكتابة من خلال المحررات العادية.

الفرع الثالث: تحقق وجود الكتابة من خلال الكتابة الرسمية.

المطلب الثاني: الركن الثاني: صدور الكتابة من الخصم أو ممن يمثله. وفيه فرعان:

الفرع الأول: الصدور المادي للكتابة من الخصم.

الفرع الثاني: الصدور المعنوي للكتابة من الخصم.

المطلب الثالث: الركن الثالث: أن تجعل الكتابة المدعى به قريب الاحتمال.

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: المحررات التي تشير إلى الواقعة المراد إثباتها ويمكن أن تكون دليلاً كاملاً.

الفرع الثاني: المحررات التي تشير إلى الواقعة ولم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كاملاً.

الفرع الثالث: المحررات التي لا تشير إلى الواقعة ولكن يمكن استنباطها منها.

الخاتمة:

وفيها أبرز نتائج البحث وتوصياته.

ثم فهرس المصادر والمراجع.

المبحث الأول

ماهية مبدأ الثبوت بالكتابة في نظام الإثبات السعودي

تقديم:

للكتابة أثر كبير في إثبات الحقوق المالية، وقد أمر المولى عزَّوجلَّ بالكتابة لإثبات الديون، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وفي الحديث الصحيح الذي رواه ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُّسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبْتَ لِيْلَتَيْنِ إِلَّا وَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»^(١)، وغالب فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز الإثبات بالكتابة^(٢)؛ وقد نص نظام الإثبات السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦ / ٥ / ١٤٤٣ هـ على إثبات التصرفات المالية التي تتجاوز قيمتها مئة ألف ريال، أو غير محددة القيمة، بالكتابة، كما أجاز النظام، في حالات استثنائية، إثبات التصرفات المذكورة بالإقرار القضائي، واليمين الحاسمة، ومبدأ الثبوت بالكتابة

(١) أخرجه البخاري (٢٧٣٨).

(٢) كتاب نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، عوض عبد الله أبو بكر، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، العدد (٦٣). انظر كذلك: أثر الكتابة في إثبات الحقوق، عبد العزيز سعد الدغثير، مجلة العدل العدد (٤٢)، ١٤٣٠ هـ، ص ١١.

المعزز بطريق إثبات آخر، وفي هذا المبحث - بإذن الله تعالى - نتعرف على ماهية مبدأ الثبوت بالكتابة ويكون ذلك من خلال ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة في النظام السعودي:

الفرع الأول: تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة لغةً واصطلاحاً:

مَبْدَأُ الشَّيْءِ لُغَةً: قَوَاعِدُهُ الْأَسَاسِيَّةُ الَّتِي يَقُومُ عَلَيْهَا، وَأَيْضًا يَعْنِي أَوَّلَ الشَّيْءِ وَمَادَّتَهُ الَّتِي يَتَكَوَّنُ مِنْهَا، أَوْ أَصْلُهُ وَيُقَالُ: «النَّوَاةُ مَبْدَأُ النَّخْلِ، وَالْحُرُوفُ مَبْدَأُ الْكَلَامِ»^(١)؛ وَالثَّبُوتُ أَصْلُهَا مِنْ ثَبَتَ وَثَبَّتَ الشَّيْءُ يَثْبُتُ ثَبَاتًا وَثُبُوتًا فَهُوَ ثَابِتٌ، وَيُقَالُ: ثَبَّتَ فُلَانٌ فِي الْمَكَانِ يَثْبُتُ ثُبُوتًا، فَهُوَ ثَابِتٌ إِذَا أَقَامَ بِهِ^(٢)؛ وَالكَتَابَةُ فِي اللُّغَةِ أَصْلُهَا مِنْ كَتَبَ أَي: خَطَّ، وَالْكِتَابُ مَا يُكْتَبُ فِيهِ^(٣)؛ وَالْمَعْرُزُ لُغَةً مِنْ عَزَزَ وَتَأْتِي بِمَعْنَى التَّقْوِيَةِ^(٤) كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِذْ أَرْسَلْنَا إِلَيْهِمُ اثْنَيْنِ فَكَذَّبُوهُمَا فَعَزَّزْنَا بِثَالِثٍ فَقَالُوا إِنَّا إِلَيْكُم مُّرْسَلُونَ﴾^(٥) [يس: ١٤]؛ وَفِي

(١) معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، عالم الكتب للطباعة، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ، ١/ ١٦٨.

(٢) لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي بن منظور الأنصاري الإفريقي، (ت: ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ، الطبعة الثالثة، فصل الثاء المثناة، ١٩/ ٢.

(٣) القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد يعقوب الفيروز آبادي، (ت: ٨١٧هـ)، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، ص ١٢٨.

(٤) أسس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزخشي جارا لله (ت: ٥٣٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ٦٥٠/ ١.

الاصطلاح يُعرف الإثبات القضائي بأنه: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها النظام على وجود واقعة قانونية متنازع عليها بما ينبنى عليه من آثار^(١)؛ والكتابة في الاصطلاح هي عبارة عن دليل كتابي يتم به الإثبات، ويمكن أن يكون الدليل الكتابي مُعداً للإثبات مثل العقود وغيرها، ويمكن أن يكون الدليل الكتابي غير مُعد للإثبات مثل المراسلات والدفاتر^(٢).

وقد عرّف فقهاء القانون مبدأ الثبوت بالكتابة عدة تعريفات منها أنه: «عبارة عن كتابة صادرة ممن يُراد الإثبات ضده، ليست سنداً كاملاً بما يُراد إثباته، وإنما تجعله قريب الاحتمال»^(٣)، كما تم تعريفه بأنه: «تلك الكتابة الصادرة عن الخصم، والتي لا يتوفر فيها شرط الدليل الكتابي الكامل، ومن شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال»^(٤)؛ ومما يلاحظه الباحث في هذه التعريفات أنها ركزت على عنصر الكتابة فقط دون أن تتحدث عن العنصر الثاني الذي يتركب

(١) انظر: شرح قواعد الإثبات الموضوعية، دراسة مقارنة، د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م، ص ٢٢.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات وآثار الالتزام، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٨ م، ص ١٠٥.

(٣) رسالة الإثبات، د. أحمد نشأت بك، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، ١٩٥٠ م، ص ٢٣٦.

(٤) أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، أ. د. نبيلة إسماعيل رسلان، د. مصطفى أحمد أبو عمرو، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ م، ص ٩٦.

منه مبدأ الثبوت بالكتابة، وينحصر مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لهذه التعريفات في عنصر واحد من عناصر مبدأ الثبوت بالكتابة.

الفرع الثاني: تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة في النظام:

تم تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة في المادة (٥١/٢) من نظام الإثبات السعودي لعام ١٤٤٣هـ على النحو التالي: مبدأ الثبوت بالكتابة هو: «كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال»، تناول هذا النص تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة من خلال توضيح الكتابة فقط، ولم يتم ذكر طريق الإثبات الآخر الذي يكمل مبدأ الثبوت بالكتابة، ويرى الباحث أن قوانين المقارنة قد عرفت مبدأ الثبوت بالكتابة بذكر تعريف الكتابة فقط، فقد نص قانون الإثبات المصري لسنة ١٩٦٨م في المادة (٦٢) منه على تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة على النحو التالي: «كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة»، وقد عرفت المادة (٣٠) من قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢م مبدأ الثبوت بالكتابة على النحو التالي: «مبدأ الثبوت هو كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال»، ويتضح لنا من خلال تعريف فقهاء القانون والقوانين المقارنة لمبدأ الثبوت بالكتابة، أن هذا المبدأ ينحصر في الكتابة التي تصدر من الخصم وتجعل المدعى به قريب الاحتمال، والصحيح أن مبدأ الثبوت بالكتابة يتركب

من عنصرين العنصر الأول هو: الكتابة، والعنصر الثاني هو: طريق الإثبات الذي يأتي مع الكتابة معززاً ومعضداً لها، وعنصر الكتابة بمفرده لا يمكن من خلاله إثبات ما اشترط لإثباته أن يكون عن طريق الكتابة.

وهناك فرق بين تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة بين النظام السعودي والقانون الأردني في محل الإثبات الذي يرد عليه مبدأ الثبوت بالكتابة، فبينما يتم إثبات التصرفات بمبدأ الثبوت بالكتابة في النظام السعودي والقانون المصري، نجد أن القانون الأردني حصر الإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة في العقود فقط؛ والعقد هو تلاقي إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية، سواء كانت هذه الآثار إنشاء التزام أو نقله أو تحويله، أما التصرف القانوني الذي يكون قوامه إرادة واحدة تنصرف إلى إحداث أثر قانوني معين، ويمكن أن يكون التصرف القانوني متعدد الأطراف^(١)؛ وهذا ما يعني أن النظام السعودي توسع في تحديد نطاق الإثبات عن طريق مبدأ الثبوت بالكتابة ليشمل التصرفات التي تتم بإرادة منفردة، أو تتم بتلاقي وتطابق أكثر من إرادة واحدة، بينما حصر القانون الأردني الإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة في العقود فقط.

(١) النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د. نبيل إبراهيم سعد، دار الجامعة الجديدة، مصر ٢٠٠٤م، ص ٢٦.

الفرع الثالث: طبيعة وهدف مبدأ الثبوت بالكتابة:

تتضح طبيعة مبدأ الثبوت بالكتابة من خلال تعريفه عند فقهاء القانون وفي النظام بأنه طريق من طرق الإثبات القضائي، ويصلح مبدأ الثبوت بالكتابة لإثبات التصرفات التي يُشترط لإثباتها أن يتم عن طريق الكتابة فقط.

والهدف من مبدأ الثبوت بالكتابة هو الموازنة ما بين تحقيق العدل واستقرار المعاملات لأن هنالك ثلاثة مذاهب للإثبات القضائي، تقوم هذه المذاهب - في حال إثبات المسائل المدنية - بالموازنة بين أمرين هما استقرار المعاملات وتحقيق العدل:

المذهب الأول: يسمى بالمذهب الحر، ويميل هذا المذهب إلى تحقيق العدل بين الخصوم حتى لو كان ذلك من خلال التضحية باستقرار المعاملات، وفي هذا المذهب لا يتم تقييد القاضي أو الخصوم بطرق محددة للإثبات، ويمنح هذا المذهب سلطة تقديرية واسعة للقاضي في تقدير الأدلة، ويحكم القاضي بالأدلة التي تقنعه شخصياً، كما يمكن للخصوم أن يقدموا من الأدلة ما يجدوه ويكون مقنعاً للقاضي، وبالتالي لا يحدد هذا المذهب طرقاً معينة للإثبات مثل الكتابة، ويترتب على هذا المذهب عدم استقرار للمعاملات لعدم تحديد طرق إثباتها.

أما المذهب الثاني في الإثبات فهو المذهب المقيّد، ويسمى أيضاً بالمذهب القانوني، وفيه يتم رسم طرق محددة للإثبات يقيّد بها القاضي والخصوم مثل الكتابة أو الشهادة، ويُضحى هذا المذهب

بالعدل على حساب استقرار المعاملات، وحتى لو كان الحق واضحاً للقاضي فإنه لا يستطيع أن يحكم به إلا إذا تم إثباته بالطريقة التي حددها النظام، فإذا حدد النظام الكتابة مثلاً لإثبات واقعة ما أو تصرف فلا تقبل أي وسيلة أخرى بديلة لهذه الكتابة، وهذا المذهب يؤدي إلى استقرار المعاملات.

أما المذهب الثالث فهو المذهب المختلط، وهو يقع بين المذهبين المذكورين ويوازن ما بين استقرار المعاملات وتحقيق العدل، وطُرق الإثبات في المذهب المختلط تضيق وتتسع بحسب الظروف والملايسات، ويفسخ هذا المذهب للقاضي سلطة تقديرية لتقدير الأدلة التي تُقدم له^(١).

وتحقيق العدل أمر به المولى عَزَّوَجَلَّ فقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [النحل: ٩٠]. وكل طريق من طُرق الإثبات يؤدي إلى تحقيق العدل ينبغي الأخذ به.

ومن خلال ما تقدم يرى الباحث أن التعريف الجامع لمبدأ الثبوت بالكتابة يأتي على النحو التالي: «مبدأ الثبوت بالكتابة: طريق من طُرق إثبات التصرفات المدنية التي يشترط النظام إثباتها عن طريق الكتابة،

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام د. عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص ٣٠.

ويتركب من عنصرين الأول: كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل المدعى به قريب الاحتمال، والثاني: أي وسيلة إثبات أخرى».

المطلب الثاني: خصائص مبدأ الثبوت بالكتابة:

من خلال تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة يمكننا أن نستخلص أهم خصائصه التي يتميز بها عن غيره من طرق الإثبات الأخرى، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مبدأ الثبوت بالكتابة طريق من طرق الإثبات القضائي لما يُشترط إثباته عن طريق الكتابة من التصرفات المدنية والوقائع:

مبدأ الثبوت بالكتابة من طرق الإثبات القضائي التي لا تصلح إلا لإثبات التصرفات المدنية، التي يُشترط في إثباتها أن يكون عن طريق الكتابة؛ واشتراط إثبات التصرف المدني بالكتابة إما أن يكون بنص النظام، أو باتفاق الأطراف^(١)؛ وإذا لم يتمكن الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات من إثبات ما تم اشتراط إثباته بالكتابة عن طريق تقديم الدليل الكتابي الكامل، فيمكنه عندئذٍ الإثبات عن طريق مبدأ الثبوت بالكتابة.

ويصلح مبدأ الثبوت بالكتابة لما اشترط لإثباته أن يكون عن طريق الكتابة، والكتابة من طرق الإثبات التي تصلح لإثبات التصرفات القانونية، والوقائع القانونية معاً، ولهذا يكون من الطبيعي أن يصلح مبدأ

(١) أسس الإثبات المدني، د. محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص ٢٠.

الثبوت بالكتابة لإثبات التصرفات القانونية، والوقائع القانونية، لكن هذا المنطق النظامي لم تأخذ به كل النظم، فبينما نص عليه نظام الإثبات السعودي لعام ١٤٤٣ هـ في المادة (١/٥١) على النحو التالي: «يجوز في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة أن يحل محلها الإقرار القضائي، أو اليمين الحاسمة، أو مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بطريق إثبات آخر؛ وذلك فيما لم يرد فيه نص في هذا النظام»، ومفهوم عبارة هذا النص أن كل ما يشترط في إثباته أن يكون عن طريق الكتابة - سواء كان تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية - يمكن أن يحل محل الإثبات عن طريق الكتابة، أو الإقرار القضائي، أو اليمين الحاسمة، أو مبدأ الثبوت بالكتابة؛ بينما نصت المادة (٣٠) من قانون البيّنات الأردني رقم (٣٠) لعام ١٩٥٨ م على التالي: «يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مئة دينار إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة»، ومفهوم عبارة هذا النص أن مبدأ الثبوت بالكتابة يصلح فقط لإثبات الالتزامات التعاقدية، دون الوقائع القانونية، ويرى الباحث أن توسع النظام السعودي في الإثبات عن طريق مبدأ الثبوت بالكتابة، ليشمل التصرفات القانونية والوقائع القانونية معاً، توسع محمود لأنه يُحقق قدراً كبيراً من العدل الذي أمرت به الشريعة الإسلامية.

ومن جهة أخرى يجد الباحث أن نظام الإثبات السعودي في المادة (٥١) منه، عرّف مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه: «كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب

الاحتمال»، ووفقاً لهذا النص يكون النظام قصر تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة في إثبات التصرفات القانونية فقط دون الوقائع القانونية، ويترتب على ذلك عدم اتساق بين فقرتي المادة (٥١) من نظام الإثبات السعودي، لأن الفقرة الأولى نصت على الإثبات عن طريق مبدأ الثبوت بالكتابة في كل الأحوال، بينما جاء تعريف الثبوت بالكتابة نفسه قاصراً على التصرفات القانونية، وقد تفادى القانون الأردني عدم الاتساق بين تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة وبين محل الإثبات الذي يُثبت به، وذلك من خلال تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة في المادة من قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢م بأنه: «كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال»، لهذا يرى الباحث أن من المناسب أن يخرج النظام السعودي من عدم الاتساق الوارد في المادة (٥١) من نظام الإثبات السعودي بأن يُعرف مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه هو «كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود المدعى به قريب الاحتمال».

الفرع الثاني: مبدأ الثبوت بالكتابة وسيلة إثبات مركبة من أجل تحقيق العدالة:

مبدأ الثبوت بالكتابة طريق من طرق الإثبات المركبة، ويتركب مبدأ الثبوت بالكتابة من عنصرين العنصر الأول هو: الكتابة التي لم ترتقِ لأن تكون دليلاً كاملاً مستقلاً، والعنصر الثاني هو: أي طريق

من طرق الإثبات الأخرى التي نص عليها النظام أو التي اتفق الخصوم عليها.

والفائدة من هذا التركيب لمبدأ الثبوت بالكتابة هي أن وجود الكتابة كأحد مكونات مبدأ الثبوت بالكتابة يحول دون أن يكون الدليل الآخر المعزز لها دليل غير صحيح أو مختلق، فتكون الكتابة مكتملة للدليل الآخر في مبدأ الثبوت بالكتابة، والدليل الآخر مكتملاً لها، وهذا الدمج ما بين الكتابة ووسيلة الإثبات الأخرى المعززة للكتابة لن يكون ممكناً إذا لم يكن هنالك طريق إثبات يُسمى بمبدأ الثبوت بالكتابة^(١).

ويلاحظ الباحث أن النظم لم تتفق على العنصر الذي يعزز الكتابة في مبدأ الثبوت بالكتابة، فقد نص النظام السعودي على أن يكون الدليل المعزز للكتابة هو أي طريق إثبات آخر؛ ويعني ذلك أن مبدأ الثبوت بالكتابة يُشترط فيه أن يؤيد بدليل إثبات آخر من شهادة شهود أو يمين متممة أو قرائن أو نحو ذلك^(٢)؛ بينما نجد أن القانون المصري حدد العنصر الثاني الذي يتركب منه مبدأ الثبوت بالكتابة بالشهادة فقط، وفي تقدير الباحث أن توسع النظام السعودي في العنصر الثاني

(١) مبدأ الثبوت بالكتابة في قانون البينات، دراسة مقارنة، سهير أحمد أمين محمد طوباسي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، عمان، ١٩٩٦م، ص ٨٠.

(٢) انظر: شرح نظام الإثبات، إعداد مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، الإصدار الأول، ١٤٤٦هـ، ٢٠٢٤م ص ١٦٩.

الذي يتركب منه مبدأ الثبوت بالكتابة هو الذي يحقق العدل، بينما حصر العنصر الثاني في شهادة الشهود قد يؤدي لضياع الحقوق ولن تكون هنالك فائدة من مبدأ الثبوت بالكتابة خاصة إذا توفرت وسيلة إثبات أخرى غير الشهادة مع عنصر الكتابة.

الفرع الثالث: مبدأ الثبوت بالكتابة من الطرق الأصلية في الإثبات:

تقسم طرق الإثبات عمومًا إلى عدة أقسام حسب الجهة التي يُنظر لها منها، فإذا نظرنا إلى طرق الإثبات من زاوية أنها مستقلة وكافية أو غير كافية، نجدها تنقسم إلى ثلاثة أقسام، فهي إما أن تكون طرقاً أصلية، أو طرقاً تكميلية، أو طرقاً احتياطية، والطرق الأصلية هي: التي تكفي بذاتها للإثبات دون أن تكون مُكملة لدليل آخر موجود أصلاً، وتنقسم الطرق الأصلية نفسها في الإثبات إلى قسمين، فإما أن تكون طريقاً أصلية كافية للإثبات لوحدها، وإما أن تكون طريقاً أصلية غير كافية للإثبات لوحدها، والنوع الثاني يجب أن يُستكمل بطريق إثبات آخر ليثبت الحق المدعى به^(١)؛ أما الطرق التكميلية فهي طرق لا تقوم مستقلة بذاتها بل ينبغي أن تُكمل أدلة موجودة سلفاً، ومثال هذه الطرق: اليمين المتممة، أما الطرق الاحتياطية للإثبات فهي التي يلجأ لها الخصم في الدعوى عندما لا يوجد بين يديه دليل، فيلجأ إلى ذمة خصمه، وتتمثل هذه الطرق في الإقرار واليمين

(١) موجز أصول الإثبات، د. أشرف جابر سيد، مرجع سابق، ص ٥٠.

الحاسمة^(١)؛ ويجد الباحث أنه ووفقاً للتقسيم المذكور لطرق الإثبات القضائي فإن مبدأ الثبوت بالكتابة، بعنصريه، يُعد طريقاً من طرق الإثبات الأصلية الكافية بذاتها للإثبات، لأننا لا نحتاج لطريق إثبات آخر مع مبدأ الثبوت بالكتابة لإثبات ما اشترط النظام أن يكون إثباته عن طريق الكتابة.

وبما أن مبدأ الثبوت بالكتابة طريق من الطرق الأصلية في الإثبات، فيتم اللجوء إليه بطريقة مباشرة دون أن يتطلب ذلك إثبات وجود أي أمر آخر، وهذا ما نص عليه نظام الإثبات السعودي في المادة (١ / ٥١) على النحو التالي: «يجوز في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة أن يحل محلها الإقرار القضائي، أو اليمين الحاسمة، أو مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بطريق إثبات آخر؛ وذلك فيما لم يرد فيه نص في هذا النظام»، ووفقاً لهذا النص فإن مبدأ الثبوت بالكتابة يحل محل الكتابة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة، ولا يُشترط للإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة أي شرط آخر، فلا يُشترط مثلاً فقدان السند الذي تمت عليه الكتابة حتى يجوز الإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة، ولم يشترط القانون المصري كذلك أي شرط للتحويل من الإثبات عن طريق الكتابة إلى الإثبات عن طريق مبدأ الثبوت بالكتابة، ونص في المادة (٦٢) من قانون الإثبات المصري لعام ١٩٦٨م على التالي: «يجوز

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٢.

الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة»، وأيضاً لم يشترط القانون الأردني أي شرط للتحويل من الإثبات عن طريق الكتابة إلى الإثبات عن طريق مبدأ الثبوت بالكتابة ونص في المادة (٣٠) من قانون البيّنات رقم (٣٠) لعام ١٩٥٢م على التالي: «يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته عن مئة دينار؛ إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة»، ويمكننا من خلال ذلك أن نصل لنتيجة مفادها أن من حق الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات للتصرف الذي اشترط إثباته بالكتابة أن يختار بين الإثبات بالكتابة نفسها أو الإثبات من خلال مبدأ الثبوت بالكتابة إلا أنه في حال وجود دليل كتابي كامل فإنه يُغني عن مبدأ الثبوت بالكتابة.

المطلب الثالث: حدود الإثبات بالكتابة في النظام السعودي:

الكتابة طريق من طرق الإثبات يتميز بمزايا عديدة جعلتها من أفضل طرق الإثبات، وقد نص نظام الإثبات السعودي على الكتابة من ضمن طرق الإثبات، وفي هذا المطلب نبين حدود الإثبات بالكتابة في النظام السعودي.

الفرع الأول: أهمية ودور الكتابة في الإثبات القضائي:

من خصائص الإثبات القضائي أنه يتقيد بطرق إثبات معينة، يتم النص عليها في النظام ولا يتم الإثبات إلا بها، وتعد الكتابة من أهم

طُرُق الإثبات القضائي التي نص عليها النظام لإثبات الحقوق، ويتميز الإثبات عن طريق الكتابة بخصائص جعلت له حُجة قوية، ومن هذه الخصائص أن الكتابة من وسائل الإثبات المباشرة إذ يتم عبر الكتابة تسجيل الواقعة المراد إثباتها بالذات، وهذا ما يعني أن الكتابة تأتي مباشرة على الواقعة المراد إثباتها، كما تُعد الكتابة من طُرُق الإثبات التي يقوم صاحب الشأن بإعدادها لإثبات حقوقه مسبقاً، وتقديمها في حالة المنازعة دليلاً في الخصومة القضائية، فهي طريق مهياً للإثبات ولذلك في الغالب ما يتم إثبات العقود والتصرفات عبر الكتابة، وأيضاً يمكن إثبات الوقائع بواسطة الكتابة كإثبات واقعة الميلاد والوفاة.

وتتميز الكتابة كذلك بأنها ذات حُجة ملزمة للقاضي، وذلك لأن القوانين هي التي تحدد قدر حُجتها في الإثبات، ولا تترك للقاضي سلطة تقديرية بشأنها متى ما كانت الكتابة صحيحة، وبالإضافة لذلك تعتبر الكتابة من الطُرُق الأصلية في الإثبات، ويقصد بالطرق الأصلية في الإثبات التي تكون قائمة بذاتها دون أن تكون مُكملة لطُرُق أخرى في الإثبات، ولتُميَّز الكتابة بهذه الخصائص المهمة أصبحت طريقاً من طُرُق الإثبات يُفضله معظم الأشخاص للإثبات بصورة عامة ولإثبات التصرفات المالية بصورة خاصة^(١).

استشعر المنظم السعودي أهمية الكتابة في الإثبات القضائي، وذلك لدورها المؤثر والفاعل في إثبات الحقوق، ولهذا تم تنظيم الإثبات

(١) موجز أصول الإثبات، د. أشرف جابر سيد، دار النهضة العربية، مصر، ص ٤٧.

بالكتابة في الباب الثالث من نظام الإثبات الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦ / ٥ / ١٤٤٣ هـ، ولما تتميز به الكتابة من خصائص في إثبات الحقوق فقد قيّد نظام الإثبات السعودي إثبات التصرفات المالية بالكتابة، ونص على ذلك في المادة (١ / ٦٦) منه على النحو التالي: «يجب أن يُثبت بالكتابة كل تصرف تزيد قيمته على (مائة ألف ريال أو ما يعادلها) أو كان غير محدد القيمة»، وبموجب هذا النص نجد أن النظام السعودي ألزم الخصوم بإثبات كل التصرفات المالية التي تزيد قيمتها عن مبلغ مائة ألف ريال سعودي، أو التصرفات غير محددة القيمة عن طريق الكتابة. وقد نص القانون المقارن على تقييد إثبات التصرفات المدنية التي تتجاوز قيمة مالية معينة أو غير محددة القيمة بالكتابة، ونصت المادة (١ / ٢٨) من قانون البيّنات الأردني لعام ١٩٥٢ على التالي: «إذا كان الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية تزيد قيمته عن مئة دينار أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك»؛ ووفقاً لهذا النص نجد أن القانون الأردني اشترط لإثبات التصرفات غير التجارية التي تتجاوز مبلغ مائة دينار أو غير محددة القيمة أن يكون عن طريق الكتابة، وهذا ما يتطابق مع ما نصت عليه المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري لعام ١٩٦٨ م وذلك على النحو التالي: «في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن عشرين جنيهًا أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في

إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك»،
ويلاحظ الباحث أن النظام السعودي لم يميز بين المعاملات المدنية
والتجارية في الإثبات بالكتابة كما فعل ذلك القانون المصري والأردني.

ومما يجب الانتباه إليه أن هنالك فرقاً ما بين اشتراط الكتابة لتكون
شرطاً لإثبات التصرف وما بين اشتراط الكتابة لتكون شرطاً شكلياً
لنشأة التصرف، ففي الحالة الأولى يسمى التصرف بالتصرف الرضائي،
والتصرف الرضائي هو الذي يكفي تطابق الإيجاب والقبول لانعقاده
فهو لا يحتاج لشكل معين للانعقاد، أما الحالة الثانية فيسمى التصرف
فيها بالتصرف الشكلي، والتصرف الشكلي هو الذي يشترط النظام أو
الأطراف شكلاً معيناً لا ينعقد التصرف إلا به، وإذا تم اشتراط ذلك
فهنا لا ينعقد التصرف إلا كتابةً ولا يصلح أن يُثبت مثل هذا التصرف
بالكتابة أو غيرها لأنه لم ينعقد أصلاً وتعتبر الكتابة هنا ركناً من أركان
التصرف الشكلي^(١)؛ وفقاً لذلك فإن الإثبات عن طريق الكتابة لا
يمكن أن يكون إلا على التصرفات الرضائية التي يُشترط في إثباتها أن
يتم عن طريق الكتابة، أما التصرفات الشكلية التي تُشترط الكتابة
شرطاً لانعقادها فلا يمكن إثباتها عن طريق مبدأ الثبوت بالكتابة.

(١) النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د. محمد حسين منصور، دار الجامعة
الجديدة، ٢٠٠٥م، ص ٤٦.

الفرع الثاني: التمييز بين التصرفات المدنية والتصرفات التجارية في الإثبات:

التمييز بين الإثبات في المعاملات المدنية والمعاملات التجارية في الفقه الإسلامي من المسائل التي يمكن ملاحظتها بوضوح، فبعد أن أمر المولى عزَّوجلَّ بكتابة الديون في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] نجد أن الآية الكريمة استثنت التجارة من الكتابة فقال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمَكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ وفي التجارة الحاضرة قولان، الأول: ما يُعجل به ولا يدخل عليه الأجل، والثاني: ما يحوزه المشتري من العروض المنقولة. وفي معنى الإدارة في الآية الكريمة أيضًا قولان، الأول: هو أن يتم تناولها من يدٍ إلى يد، والمعنى الثاني: يأتي بمعنى التبايع في كل وقت، ولما كانت الكتابة في التجارة الحاضرة شاقة، رفع المولى عزَّوجلَّ الجُنَاحَ عن المؤمنين في ترك الكتابة^(١).

ونجد أن فقهاء القانون، أيضًا يميزون بين مسائل المعاملات المدنية والتجارية في الإثبات، ويشترط فقهاء القانون إثبات التصرفات المدنية بالكتابة إذا تجاوزت قيمة معينة أو كانت غير محددة القيمة، أما

(١) البحر المحيط في التفسير، محمد بن يوسف، الشهير بأبي حيان الأندلسي (ت ٧٤٥هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ٢/ ٧٣٩.

التصرفات التجارية فلا يُقيدها فقهاء القانون بطريق إثبات محدد، لأن التصرفات التجارية جزء لا يتجزأ من القانون التجاري، والأصل في القانون التجاري أن الإثبات القضائي فيه حُر من كل قيد، فلا يتقيد الإثبات في المسائل التجارية بطرق إثبات محددة، ووفقاً لرأي فقهاء القانون فإن التصرفات التجارية، مهما كانت قيمتها، فإنه يجوز إثباتها بشهادة الشهود والقرائن وكل طرق الإثبات التي نص عليها النظام، وإذا وُجد إثبات للتصرفات التجارية بالكتابة فإن ذلك يكون على سبيل الاستثناء الذي لا يمكن التوسع فيه^(١)؛ فإذا كان المتعاقدان تاجرين، وبصدد أعمال تجارية، فيجوز إثبات هذه الأعمال بالبينه ولو تجاوزت قيمة التصرف نصاب البينة، أما إذا كان العمل مدنياً بين تاجرين، أو تجارياً بين غير تاجرين فلا تنطبق القاعدة المتقدمة، ويجب اتباع القواعد الخاصة بالإثبات بالكتابة^(٢)؛ ومن خلال ما تم ذكره يجد الباحث أنه من المناسب أن يفرق نظام الإثبات السعودي بين التصرفات المدنية والتصرفات التجارية في الإثبات، ويُقيّد الإثبات في المعاملات المدنية بالكتابة ويجعل الإثبات في المعاملات التجارية حُرّاً.

(١) القانون التجاري، د. محمود سمير الشرقاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م، ص ١٢.

(٢) انظر: أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة د. محمد نصر محمد، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م، ص ١٠٨.

الفرع الثالث: مدى الإلزام بالإثبات عن طريق الكتابة في النظام السعودي:

الصفة العامة في القواعد النظامية أنها ملزمة، لكن درجة الإلزام تختلف حسب ارتباط القاعدة القانونية بكيان المجتمع ومصلحه الأساسية أو ارتباطها بمصالح الأفراد الخاصة، والقواعد القانونية التي ترتبط بكيان المجتمع ومصلحه الأساسية تسمى بالقواعد الآمرة، وتسمى أيضاً بالقواعد المتعلقة بالنظام العام، لأنها ترتبط بكيان المجتمع، وهذه القواعد لا يمكن مخالفتها ولا الاتفاق على مخالفتها بين الأشخاص.

ويسمى النوع الثاني من أنواع القواعد القانونية بالقواعد المكملّة أو المفسرة، ولأنها قواعد خاصة بمصالح الأفراد فيجوز للأشخاص الاتفاق على مخالفتها^(١)؛ فالإثبات عن طريق الكتابة قاعدة قانونية موضوعية، والقواعد الموضوعية هي القواعد التي تضع أحكاماً موضوعية للعلاقات القانونية والروابط القانونية، ويتم من خلال القاعدة الموضوعية تحديد المراكز النظامية والحقوق والواجبات^(٢)، ولم يتفق الفقه القانوني على قولٍ واحدٍ في تصنيف القواعد الموضوعية في نظام الإثبات فيما إذا كانت قواعد قانونية متعلقة بالنظام العام أم لا، وذهب الفقه في ذلك إلى اتجاهين: الاتجاه الأول يرى أن القواعد

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية، د. خالد بن عبد العزيز الرئيس، د. رزق بن مقبول الرئيس، الطبعة السادسة، مكتبة الشقري، الرياض، ١٤٣٦هـ، ص ٨٣.

(٢) نظرية القانون، د. محمد حسين منصور، ٢٠٠١م، ص ١٤٩.

الموضوعية في الإثبات متعلقة بالنظام العام لأنها مرتبطة بتنظيم القضاء والعدالة، لهذا يرى هذا الاتجاه أنه لا يجوز مخالفتها ولا الاتفاق على مخالفتها، بينما يذهب الاتجاه الفقهي الآخر إلى أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام لأن الإثبات القضائي حق للخصوم، ويمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها^(١)، ويتفق الباحث مع الاتجاه الفقهي الثاني الذي ذهب إلى أن قواعد الإثبات الموضوعية حق للخصوم، وبالتالي يحق لهم الاتفاق على مخالفتها، والسبب في ذلك الارتباط الوثيق بين الحق الخاص وقواعد الإثبات الموضوعية، فالإثبات حق للخصوم لهم أن يختاروا الطريق الذي يثبتون به حقوقهم، أو أن يتفقوا على طريق آخر غير الذي نص عليه النظام، فإذا نص النظام على الإثبات عن طريق الكتابة لتصرف معين يُمكن للأطراف الاتفاق على طريق آخر لإثبات هذا التصرف غير الكتابة ويكون اتفاقهم هذا صحيحاً؛ وقد نص نظام الإثبات السعودي في المادة (٦٦ / ١، ٢) منه على إمكانية اتفاق الأطراف على مخالفة الإثبات عن طريق الكتابة وذلك على النحو التالي:

١. يجب أن يثبت بالكتابة كل تصرف تزيد قيمته على (مائة ألف ريال أو ما يعادلها) أو كان غير محدد القيمة.

(١) الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. نبيل إبراهيم سعد، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥م، ص ٧٧.

٢. لا تقبل شهادة الشهود في إثبات وجود أو انقضاء التصرفات الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

ويشير هذا النص بوضوح إلى أن من حق الخصوم في الدعوى القضائية أن يتفقوا على طريق آخر غير الكتابة في إثبات ما اشترط النظام لإثباته أن يتم عن طريق الكتابة، وهذا ما يعني أن النظام السعودي للإثبات أخذ بالرأي الفقهي الذي ذهب إلى أن القواعد الموضوعية في الإثبات لا تعتبر من النظام العام؛ وهذا الاتجاه هو نفسه الذي نص عليه القانون المصري في المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري لعام ١٩٦٨م وذلك على النحو التالي: «في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرين جنيهاً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

وقد اختلف الفقه القانوني في تحديد الوقت الذي يتم فيه الاتفاق بين الخصوم على مخالفة الإثبات عن طريق الكتابة إلى اتجاهين: الاتجاه الأول هو الاتجاه الضيق، ويذهب هذا الاتجاه إلى أن اتفاق الخصوم على مخالفة القاعدة الموضوعية يجب أن يكون بعد وقوع النزاع بين الخصوم وليس قبله، وذلك حتى لا يتم استغلال أحد الخصوم للآخر، فوجود الاتفاق على مخالفة القواعد الموضوعية لنظام الإثبات قبل وجود النزاع نفسه يُرجح من جانب وجود استغلال من أحد الخصوم

لآخر، ولهذا يُرتب أصحاب الاتجاه الأول البطلان على اتفاق الخصوم على مخالفة القواعد الموضوعية للإثبات إذا كان هذا الاتفاق قبل قيام النزاع نفسه.

أما الاتجاه الثاني فهو الاتجاه الواسع، وذهب هذا الاتجاه إلى صحة الاتفاق بين الخصوم على مخالفة القواعد الموضوعية للإثبات في أي وقت دون التقيّد بوقت نشوء النزاع، ومبرر هذا الاتجاه الفقهي يتمثل في احترام إرادة أطراف الاتفاق وعدم التدخل فيها^(١).

نص المنظم السعودي في المادة (٧ / ٢) من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات للعام ١٤٤٤ هـ على التالي: «للخصوم الاتفاق على قواعد محددة في الإثبات بعد قيام النزاع في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، وذلك بمذكرة تقدم إلى المحكمة»، ومن خلال هذا النص نجد أن النظام السعودي سار مع الاتجاه الفقهي الأول واشترط أن يكون الاتفاق على مخالفة الإثبات عن طريق الكتابة بعد قيام النزاع حتى لا يُستغل الخصم.

ويرى الباحث في هذا الصدد أن النظام السعودي حدد الواقعة التي يكون الاتفاق بعدها صحيحاً وهي واقعة بدء النزاع بين الخصوم لكنه لم يحدد أجلاً محدداً لتقديم الاتفاق للمحكمة بل نص على أن هذا الاتفاق يُمكن تقديمه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، وفي

(١) قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. محمد حسام محمود لطفي، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٦ م، ص ٥٠.

هذا قطعاً تهديد لسير الخصومة القضائية وسرعة الفصل في الدعاوى، ويرى الباحث أن الأجل النهائي المناسب لتقديم الاتفاق بما يخالف الإثبات بالكتابة للمحكمة هو ما قبل قفل باب المرافعة الختامية أمام محكمة أول درجة.



المبحث الثاني

أركان مبدأ الثبوت بالكتابة في النظام السعودي

يقوم مبدأ الثبوت بالكتابة على أركان ثلاثة هي: وجود الكتابة، وصدور الكتابة من الخصم أو من يمثله، وأن تجعل هذه الكتابة المدعى به قريب الاحتمال، في هذا المبحث سنتحدث عن الأركان الثلاثة لمبدأ الثبوت بالكتابة، وسيكون كل ركن في مطلب مستقل وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الركن الأول: وجود الكتابة:

الركن الأول من أركان مبدأ الثبوت بالكتابة هو وجود الكتابة، ونتناول في هذا المبحث الطريقة التي يتحقق بها وجود الكتابة وذلك من خلال ثلاثة فروع، في الفرع الأول نتحدث عن الشروط والضوابط التي ينبغي أن تتوفر ليتحقق بموجبها وجود للكتابة، وفي الفرع الثاني نتحدث عن الأوراق العادية التي يمكن أن يتحقق عبرها وجود الكتابة، وفي الفرع الثالث نتحدث عن الأوراق الرسمية التي يمكن أن يتحقق عبرها وجود الكتابة وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الشروط التي يتحقق بها وجود الكتابة:

الشرط الأول: الوجود المادي للكتابة:

مضمون هذا الشرط أن وجود الورقة في مبدأ الثبوت بالكتابة لا يمكن الاستغناء عنه، ولا يمكن أن يكون هنالك إثبات عن طريق

مبدأ الثبوت بالكتابة إلا إذا وجدت كتابة مادية، ووفقاً لذلك لا يمكن استبدال وجود الكتابة بأي بديل آخر فلا تصلح الأعمال المادية كبديل للكتابة، فإذا اشترط النظام مثلاً في إثبات عقد المقاوله أن يكون مكتوباً، وأردنا أن نثبت هذا العقد بمبدأ الثبوت بالكتابة، فلا يُعدُّ البدء في تنفيذ الأعمال محل عقد المقاوله بديلاً عن الكتابة، لأن مثل هذه الأعمال تعتبر أعمالاً مادية والذي يجب أن يوجد هو الكتابة وليس الأعمال المادية، لكن في حال قام المدعى عليه بتسجيل هذه الأعمال المادية في ورقة فإن هذه الورقة تصلح لتحقيق الشرط الأول وهو الوجود المادي للكتابة^(١).

ويتحقق الوجود المادي للكتابة في حال تقديم الكتابة للمحكمة وذلك أثناء انعقاد الخصومة التي يرغب أحد الخصوم فيها الإثبات عن طريق مبدأ الثبوت بالكتابة، وبالتالي لا يصلح أن يتم إثبات وجود الكتابة في وقت سابق على تقديمها، لأن إثبات وجود الكتابة في وقت سابق لا يعني وجودها المادي لحظة انعقاد الخصومة، ويمكن أن يُقدم الخصم أكثر من ورقة واحدة تشتمل على الكتابة طالما أنه كان بالإمكان استخلاص مبدأ الثبوت بالكتابة من هذه الأوراق مجتمعة^(٢).

- (١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام د. عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص ٤١٤.
- (٢) الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٠٦.

الشرط الثاني: وجود الكتابة بأي شكل:

لم يقيد النظام وجود الكتابة وجوداً مادياً بأي شرط من الشروط الشكلية الخاصة بالكتابة، ولهذا يمكن أن تكون الكتابة على ورق أو جلد أو وسيط إلكتروني، والنظام السعودي لا يفرق بين الكتابة التقليدية أيّاً كان السند الذي كتبت عليه وبين الوسائط الإلكترونية، ونص على ذلك في المادة (٦ / ١) من نظام التعاملات الإلكترونية لعام ١٤٢٨م على النحو التالي: «مع عدم الإخلال بما تنص عليه المادة (الثالثة) من هذا النظام؛ إذا اشترط أي نظام في المملكة حفظ وثيقة أو معلومة لأي سبب فإن هذا الشرط يتحقق عندما تكون تلك الوثيقة أو المعلومة محفوظة أو مرسلة في شكل سجل إلكتروني»، لهذا تصلح أي كتابة لتحقيق الوجود المادي للكتابة بغض النظر عن الوسيط الذي تُحمل عليه هذه الكتابة.

إلا أننا ينبغي أن نلاحظ أن التوسع في وجود الكتابة بأي شكل لوجود الكتابة لا يعني أن غير الكتابة يمكن أن يكون بديلاً للكتابة، فمثلاً المكالمات المسجلة عبر الوسائط الإلكترونية سواء عبر الهاتف أو عبر أي وسيط آخر غير الهاتف، لا تعتبر شكلاً من أشكال الكتابة، ولا تحقق ركن وجود الكتابة، حتى لو كانت مسجلة في وسيط إلكتروني، لأن مثل هذه المكالمات يمكن أن تؤدي لإبرام بعض التصرفات مشافهةً،

ولا توفر الكتابة المادية في هذه الحالة^(١)، ولا يشترط في الكتابة أن تكون بشكل معين أو بلغة معينة، كما يمكن أن تكون هذه الكتابة بخط اليد أو مطبوعة، ولا يشترط كذلك حضور شهود لحظة الكتابة وإن كان حضورهم يفيد من ناحيتين: أنه يساعد في إثبات صدور الكتابة من الخصم إذا أنكر صدور الكتابة، والناحية الثانية أن حضور الشهود يفيد في تحديد تاريخ تحرير الورقة من الخصم الذي يحتج ضده بها^(٢).

الشرط الثالث: لا يشترط في الكتابة أن يكون الغرض منها الإثبات القضائي: لم يُقيد الفقه القانوني الكتابة التي يتحقق بها الوجود المادي للكتابة بأن تكون كتابة معدة للإثبات القضائي، وبالتالي تصلح أي كتابة لم تستوف شروط الاحتجاج بها أمام المحكمة كدليل كامل دون اشتراط أي شكل فيها^(٣).

الفرع الثاني: تحقق ركن وجود الكتابة من خلال المحررات العادية:

يمكن أن يتحقق وجود الكتابة في مبدأ الثبوت بالكتابة، من خلال المحررات العادية، والمحررات العادية يعرفها الفقه بأنها: المحررات

(١) مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لأحكام قانون البينات الأردني، فرح ناصر النوايسة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، ٢٠٢٠م، ص ٢٨.

(٢) مدى حجية التوقيع على بياض في قانون البينات الأردني، أنيس منصور خالد المنصور، عوض أحمد محسن الزعبي، جامعة الملك سعود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلد (٢٥)، العدد (٢)، ٢٠١٣م، ص ١٦١.

(٣) شرح نظام الإثبات، مركز البحوث بوزارة العدل، مرجع سابق، ص ١٧٠.

التي تصدر من الأفراد دون تدخل من موظف عام أو من شخص مكلف بخدمة عامة في تحريرها، وتنقسم المحررات العادية إلى قسمين الأول هو المحررات العادية المعدة للإثبات، وهذا النوع من أنواع المحررات يكون موقعاً ممن يُحتج به عليه ويكون المحرر أساساً مُعداً للإثبات القضائي، والنوع الثاني من أنواع المحررات العادية هي المحررات العادية غير المعدة للإثبات، وهي في الغالب تكون غير موقعة ويعطيها النظام حُجة في الإثبات تتفاوت في القوة والضعف^(١)؛ لهذا نتناول المحررات العادية المعدة للإثبات ثم المحررات العادية غير المعدة للإثبات وذلك على النحو التالي:

أولاً: المحررات العادية المعدة للإثبات:

عرف النظام السعودي المحررات العادية المعدة للإثبات في المادة (١/٢٩) منه على النحو التالي: «يعد المحرر العادي صادراً ممن وقعه وحجة عليه؛ ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو ينكر ذلك خلفه أو ينفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق»، فالمحرر العادي الذي يُعدُّ دليلاً كاملاً وفقاً لتعريف المنظم ينبغي أن يوقع عليه من قبل الشخص الذي يُحتج به عليه وهو بالتالي يصلح لأن يكون دليلاً أصلياً في الإثبات، ولا يحقق لنا المحرر العادي المعد للإثبات شرط

(١) دروس في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. لاشين محمد يونس الغياتي، جامعة الأزهر، ص ٣٨.

الوجود المادي للكتابة إذا كان دليلاً كاملاً؛ لأن وجوده يجعل المحكمة تستغني عن اللجوء للإثبات عن طريق مبدأ الثبوت بالكتابة بالكامل.

ثانياً: المحررات العادية غير المعدة للإثبات:

لا يشترط في المحررات العادية غير المعدة للإثبات أن يوقع عليها المنسوبة إليه، وبالرغم من أن هذه المحررات غير معدة للإثبات إلا أن النظام جعل لبعضها حجية معينة في الإثبات^(١)؛ ونتناول هذه المحررات العادية غير المعدة للإثبات على النحو التالي:

أ. المراسلات: يقصد بها المراسلات التي تتم بين الأشخاص^(٢)، وقد نص نظام الإثبات السعودي في المادة (٣٠) منه على المراسلات على النحو التالي: «تكون للمراسلات الموقع عليها أو الثابت نسبتها إلى مرسلها، حجية المحرر العادي في الإثبات، ما لم يثبت المرسل أنه لم يرسل الرسالة ولم يكلف أحداً بإرسالها»؛ وتحليل هذا النص نجد أن النظام السعودي قد ميز بين نوعين من أنواع الرسائل، النوع الأول المراسلات الموقع عليها أو الثابت نسبتها إلى مرسلها، وهذه تعتبر كأنها محررات عادية ولها نفس حجة المحررات العادية في الإثبات، وبالتالي فإن الرسائل الموقع عليها، أو الثابت نسبتها لمن أرسلها، لا تصلح لأن تكون كتابة تحقق مبدأ الثبوت بالكتابة لأنها تعتبر دليلاً كاملاً تم

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، د. عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص ٢٥٤.

(٢) الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٣٩.

النص على حُجته في الإثبات؛ إلا أن فقهاء القانون لهم رأي آخر فيما يتعلق بوجود الكتابة من خلال الرسائل الموقع عليها والثابت نسبتها لمن صدرت عنه، فهناك جانب من فقهاء القانون يرى أن هناك فارقاً بين الرسالة الموقع عليها، وبين المحرر العادي، ويتمثل هذا الفارق في أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تفسير الرسالة باعتبار أنها ورقة عادية غير مُعدة للإثبات، ولهذا يجوز للقاضي أن يستخلص من الرسالة الموقعة دليلاً كاملاً في الإثبات أو يجعل من الرسالة مجرد كتابة في مبدأ الثبوت بالكتابة، أما إذا كانت الرسالة غير موقعة وغير ثابت نسبتها لمن صدرت منه، لكنها صدرت بخط المنسوبة إليه فهي تصلح نوعاً من أنواع الكتابة في مبدأ الثبوت بالكتابة^(١).

ويرى الباحث أن الاتجاه الفقهي الذي ذهب إلى جعل السلطة التقديرية مطلقة بالنسبة للقاضي في تقدير حُجة المراسلات الموقع عليها أو الثابت نسبتها لمن صدرت عنه، اتجاه لا يتفق مع صريح النص النظامي الذي قرر للمراسلات حُجية المحرر العادي في الإثبات، لهذا يجب التثبت من عدم مخالفة النص النظامي.

أما النوع الثاني من أنواع المراسلات فهي المراسلات التي لا يوجد فيها توقيع لمن صدرت عنه ولم تثبت نسبتها إلى مرسلها، فهذه لا تُعادل حُجتها في الإثبات حُجة المحررات العادية، وإذا كانت هذه المراسلات

(١) موجز أصول الإثبات، د. أشرف جابر سيد، مرجع سابق، ص ١٣٠.

بخط الشخص المنسوبة له فيتحقق بها وجود الكتابة في مبدأ الثبوت بالكتابة لأنها لا تعتبر دليلاً أصلياً كاملاً^(١).

ب. الدفاتر والأوراق الخاصة: المقصود بها المذكرات التي يدونها الناس في شأنهم الخاص، ولا يتم اتباع إجراءات معينة لكتابتها، كما هو الحال في الدفاتر التجارية، وهي تعتبر حجة ضد الشخص الذي قام بكتابتها في بعض الحالات التي نص عليها النظام^(٢)، وقد نص النظام السعودي في المادة (٣٢) منه على الدفاتر والأوراق الخاصة وذلك على النحو التالي:

لا تكون الدفاتر والأوراق الخاصة -ولو دونت رقمياً- حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

١. إذا أورد فيها صراحةً أنه استوفى دينه.
 ٢. إذا أورد فيها صراحةً أنه قصد بما دونه أن يقوم مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته.
- وفي الحالتين إذا كان ما ورد من ذلك غير موقع ممن صدر عنه جاز له إثبات عكسه بكافة طرق الإثبات.

(١) قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٢) أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. نبيله إسماعيل رسلان، د. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص ١٢٩.

وفي غير الحالتين المذكورتين لا تكون للكتابة في الدفاتر والأوراق الخاصة حجة في الإثبات القضائي، لكن تصلح مثل هذه الكتابة لأن تحقق الركن الأول من أركان مبدأ الثبوت بالكتابة والمتمثل في وجود الكتابة؛ وينبغي العلم بأن المحرر يمكن أن يكون دليلاً كاملاً لإثبات تصرف معين، وفي نفس الوقت يصلح نفس هذا المحرر لأن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لتصرف آخر، ويظهر هذا الأمر بوضوح في حالة الأوراق الخاصة فيمكن أن تكون الأوراق الخاصة صالحة لإثبات الدين لأنها دليل كامل وفقاً لنص النظام، وتصلح هذه الورقة الخاصة لتكون مبدأ ثبوت بالكتابة في حالة إثبات عقد بيع^(١).

ج. الدفاتر التجارية: مبدأ الثبوت بالكتابة طريق إثبات للمسائل المدنية ولا علاقة له بالدعوى التجارية كما أوضحنا ذلك من قبل، وقد نص النظام السعودي في المادة (٣١/١) منه على أن الدفاتر التجارية لا تعتبر حجة على غير التاجر وذلك على النحو التالي: «لا تكون دفاتر التجار حجة على غير التجار، ومع ذلك فإن البيانات المثبتة فيها تصلح أساساً يميز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لمن قوي جانبه من الطرفين، وذلك فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود»، ووفقاً لهذا النص فإن الدفاتر التجارية إذا احتج بها غير التاجر على التاجر فتعتبر حجيتها ناقصة في الإثبات، ولا تعتبر محررات عادية،

(١) شرح نظام الإثبات، إعداد مركز البحوث بوزارة العدل السعودية، مرجع سابق، ص ١٧٠.

وحتى تعتبر بينة كاملة لا بد من تكملتها باليمين المتممة وهي بالتالي تصلح لتحقيق وجود الكتابة في مبدأ الثبوت بالكتابة^(١).

د. التأشير ببراءة ذمة المدين: يعني ذلك أن التأشير على سند بطريقة يفهم منها براءة ذمة المدين، من دون توقيع من الدائن، يُعدُّ قرينة على الوفاء^(٢)، وقد نص نظام الإثبات السعودي في المادة (٣٣) منه على التأشير ببراءة ذمة المدين وذلك على النحو التالي:

١. تأشير الدائن على سند الدين بخطه دون توقيع منه بما يفيد براءة ذمة المدين يعد حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، ويكون التأشير على السند بمثل ذلك حجة على الدائن أيضاً ولو لم يكن بخطه ولا موقعاً منه؛ ما دام السند لم يخرج قط من حيازته.

٢. يسري حكم الفقرة (١) من هذه المادة إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع منه ما يفيد براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى لسند أو مخالصة، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين.

وإذا تحققت الشروط المذكورة في النص أعلاه يُعدُّ التأشير ببراءة ذمة المدين دليلاً كاملاً، وبالتالي لا نحتاج للإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة، أما إذا اختلت الشروط المذكورة فإن الكتابة التي تتم على

(١) موجز أصول الإثبات، د. أشرف جابر سيد، مرجع سابق، ص ٢٠١.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام د. عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص ٢٩٥.

السند إذا كانت بخط من يحتج ضده بها فإنها لا تخلو من أي قيمة بل تعتبر كتابة يتحقق بها مبدأ الثبوت بالكتابة^(١).

الفرع الثالث: تحقق وجود الكتابة من خلال الكتابة الرسمية:

يُعرف الفقه المحررات الرسمية بأنها المحررات التي ينظمها أو يصادق عليها موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة، في حدود سلطته واختصاصه، طبقاً للأوضاع والإجراءات النظامية^(٢)؛ وقد عرّف النظام السعودي المحررات الرسمية في المادة (٣٥) منه على النحو التالي: «المحرر الرسمي هو الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، طبقاً للأوضاع النظامية، وفي حدود سلطته واختصاصه»، ولا يوجد اختلاف يُذكر ما بين تعريف الفقه القانوني للمحررات الرسمية والتعريف الذي نص عليه المنظم السعودي، وغني عن الذكر أن المحرر الرسمي إذا استوفى شروطه فإنه يُعدّ دليلاً أصلياً كاملاً لإثبات ما اشترط النظام إثباته بالكتابة ولا نحتاج مع وجود المحرر الرسمي للإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة لما ثبت بالمحرر الرسمي؛ أما في حال المحررات الرسمية الباطلة يجب علينا أن ننظر إلى السبب الذي ترتب

(١) موجز في أصول الإثبات د. أشرف جابر سيد، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٢) الإطار القانوني لمبدأ الثبوت بالكتابة، منصور عبد السلام الصرايرة، مهند عزمي مسعود أبو مغلي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، العلوم الإنسانية، مجلد (٢٨) العدد (٩)، ٢٠١٤م، ص ٢٠٥٤.

عليه بطلان المحرر الرسمي، لأن المحرر الرسمي إذا ترتب عليه البطلان وتوفرت فيه شروط المحرر العادي فإن حجته تكون حجية المحرر العادي ويصلح بالتالي دليلاً كاملاً وأصلياً في الإثبات؛ أما إذا كان المحرر الرسمي الباطل غير موقع ممن يحتج به عليه بسبب عدم معرفة الكتابة أو رفض التوقيع، فإنه لا يُعدُّ محرراً عادياً في هذه الحالة ولا تتوفر له حجية المحرر العادي في الإثبات، وهنا يصلح مثل هذا المحرر الرسمي الباطل ورقة يتحقق من خلالها وجود الورقة التي تعتبر ركناً لمبدأ الثبوت بالكتابة، أما إذا كان السند الرسمي غير موقع عليه ممن يحتج به عليه للأسباب المذكورة فإنه لا يصلح لأن يتحقق مع مبدأ الثبوت بالكتابة لأنه في هذه الحالة يكون مجرد مشروع لم يكتمل^(١).

وهناك نوع آخر من أنواع المحررات الرسمية وهي المحررات التي لا يُشترط فيها توقيع الشخص المنسوبة إليه هذه المحررات عليها، ومثال هذه المحررات الرسمية التي لا يُشترط توقيع الخصم عليها هي الأوراق القضائية والبيانات المدونة في حيثيات الحكم القضائي وما ورد في محاضر الجلسات القضائية ومحاضر التحقيق، فهناك من الفقه من يرى أن هذه المحررات تكفي لتحقيق الكتابة في مبدأ الثبوت

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

بالكتابة^(١)؛ ويرى الباحث أن مثل هذه الكتابة تصلح دليلاً كاملاً في الإثبات، ولا تصلح كتابة يتحقق بها وجود الكتابة في مبدأ الثبوت بالكتابة، فمثلاً نجد أن نظام الإثبات السعودي نص في المادة (٢١) منه على حق المحكمة في الإثبات بالشهود والقرائن في حال عدم حضور الخصم للاستجواب أو امتناعه عن الإجابة بعد حضوره للمحكمة وذلك على النحو التالي:

١. للمحكمة - من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم - أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه، ويجب على من تقرر استجوابه أن يحضر الجلسة المحددة لذلك.

٢. إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول، أو امتنع عن الإجابة بغير مسوّغ معتبر، استخلصت المحكمة ما تراه من ذلك، وجاز لها أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي لا يجوز فيها ذلك.

٣. يسري حكم الفقرة (٢) من هذه المادة على من تخلف عن الحضور في الدعوى أو امتنع عن الإجابة عنها.

ووفقاً لهذا النص فإن إعطاء المحكمة سلطة الحق في قبول الإثبات بالشهادة والقرائن في الحالات التي لا يجوز فيها ذلك يعني أن النظام

(١) انظر: قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الجزء الثاني د. يحيى ياسين محمد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥ م ص ١٤٦، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٢٥.

جعل الجزاء الذي يترتب على غياب الخصم عن جلسة الاستجواب أو رفضه الرد على الاستجواب دون عذر مقبول، هو قبول شهادة الشهود والقرائن بدلاً عن الإثبات بالكتابة، وهذا الجزاء لا يُعدُّ مبدأً ثبوت بالكتابة ولا يتحقق به وجود الكتابة.

المطلب الثاني: الركن الثاني: صدور الكتابة من الخصم أو من يمثله:

صدور الكتابة من الخصم ركن من أركان مبدأ الثبوت بالكتابة، وقد نص على هذا الركن النظام السعودي في المادة (٥١) منه وذلك على النحو التالي: «مبدأ الثبوت بالكتابة هو: كل كتابة تصدر من الخصم، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال»، كما نصت القوانين المقارنة على هذا الركن فقد نص قانون دولة الإمارات في المادة (٥١ / ٢) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية على التالي: «مبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال».

ويتحقق صدور الكتابة من الخصم بطريقتين: الطريق الأول هو الصدور المادي للكتابة من الخصم وهذا يتحقق إما بالتوقيع على كتابة موجودة أصلاً أو بكتابة الخصم بنفسه، وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول من هذا المطلب، والطريق الثاني لصدور الكتابة من الخصم يتحقق بما يسمى بالصدور المعنوي للكتابة وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الصدور المادي للكتابة من الخصم:

تُشترط في الكتابة حتى يتحقق بها مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بطريق إثبات آخر أن تكون صادرة من الخصم الذي يُحتج ضده بها، ويمكن أن تصدر الكتابة من الخصم إذا قام بكتابتها بخطه لأن الخط يميز صاحبه عن الأشخاص الآخرين، لهذا يكفي وجود الخط ولا يشترط معه وجود التوقيع، فإذا وجدت كتابة بخط الخصم فهذا يعني صدور الكتابة منه حتى ولو لم تشتمل الكتابة على توقيع هذا الخصم^(١)، ولا يُشترط في الكتابة التي تصدر بخط الخصم شكل خاص أو لغة خاصة أو طريقة محددة في الكتابة^(٢)، والمحرم الذي يصدر بخط الشخص الذي يحتج ضده به يُعدُّ من المحررات العادية، ولذلك إذا كان المحرر العادي المكتوب بخط الخصم دليلاً أصلياً كاملاً فهو بالتالي لا يصلح أن يحقق وجود الكتابة في مبدأ الثبوت بالكتابة لأنه يُغني عنه.

وقد عرف النظام السعودي المحررات العادية في المادة (٢٩) منه على النحو التالي: «يعد المحرر العادي صادراً ممن وقَّعه وحجة عليه؛ ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو ينكر ذلك خلفه أو ينفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

(٢) موجز أصول الإثبات، د. أشرف جابر سيد، المرجع السابق، ص ٨٥.

الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق»، ومن خلال ذلك يمكن أن نصل إلى نتيجة في غاية الأهمية وهي أن صدور الكتابة من الخصم ينبغي ألا يجعل هذه الكتابة ترتقي لمرحلة الدليل الكامل الذي يُغني عن الإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة.

بالإضافة لصدور الكتابة من الخصم عن طريق الخط، نجد أن الكتابة يمكن أن تنسب إليه إذا قام هو نفسه بالتوقيع على كتابة موجودة في الأصل، ويُعرف التوقيع بأنه العلامة أو الإشارة التي تسمح بتمييز شخص من قام بالتوقيع، والتوقيع على الكتابة يؤكد صدور الكتابة ممن وقع عليها ونسبة ما هو مكتوب له، ويتم التوقيع عن طريق الإمضاء أو الختم أو البصمة والتوقيع^(١).

ويدخل في صدور الورقة عن طريق الكتابة أو التوقيع من الخصم الذي يُحتج ضده بها بشخصه صدورها من النائب عن الخصم^(٢)، والنيابة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في تصرف جائز، وحدود نطاق النيابة يقتصر على التصرفات القانونية دون الأعمال المادية، ولهذا نجد أن الأعمال التي يقوم بها العامل لحساب صاحب العمل لا تعتبر من باب النيابة، وصفة النيابة لا تثبت للشخص إلا

(١) أحكام التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، صابر محمد محمد سيد، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون بأسبوط، العدد (١٨) الجزء ٤ الصفحات ٤٢١، ٥٩٠، ٢٠٠٦م.

(٢) أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. نبيله إسماعيل رسلان، د. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص ٩٨.

بموجب نص قانوني أو حكم قضائي أو اتفاق، ولهذا تأتي النيابة على ثلاثة أنواع فهي إما أن تكون نيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية، كما تجدر الإشارة هنا إلى أن إرادة النائب هي التي تحل محل إرادة الأصل وينصرف أثر التصرف إلى الأصل^(١)، ولهذا تعتبر الكتابة الصادرة من الوكيل أو الوصي أو الولي أو القيم، كتابة يتحقق بها الركن الثاني من أركان مبدأ الثبوت بالكتابة.

كما يُعدّ المحامي وكيلاً عن الخصم عند الترافع عنه أمام القضاء، لهذا تُعدّ المذكرات التي يتقدم بها المحامي نيابة عن موكله صادرة من الموكل وتصلح بالتالي لتحقيق الركن الثاني من أركان مبدأ الثبوت بالكتابة، ويدخل في ذلك حتى المرافعة الشفوية التي يتقدم بها المحامي وتقوم المحكمة بتدوينها بمحضر ضبط القضية، ويكون هنا محضر ضبط القضية هو الكتابة التي تحقق نسبة الكتابة للأصل وليس للمحامي^(٢)، ويتضح لنا هنا الفرق بين الجزاء الذي توقعه المحكمة في محضر ضبط القضية أو الحكم، والذي توصلنا إلى أنه لا يصلح كتابة يتحقق بها وجود الكتابة في مبدأ الثبوت بالكتابة، وبين ما تقوم المحكمة بكتابته من الموكل أو الوكيل من مرافعات في محضر الضبط،

(١) النظرية العاملة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، د. محمد حسين منصور، دار الجامعة الجديدة، مصر ٢٠٠٥م، ص ٦٩.

(٢) مبدأ الثبوت بالكتابة في قانون البنات الأردني، سهير أمين محمد، المرجع السابق، ص ٩٨.

ففي هذه الحالة يصلح محضر الضبط لتحقيق وجود الكتابة وفي نفس الوقت نسبتها لمن صدرت عنه.

ويمكن للخصم أن ينكر الخط أو التوقيع سواء خطه وتوقيعه أو خط وتوقيع النائب عنه، وبالتالي يُنكر نسبة الكتابة إليه وفي هذه الحالة ينبغي على الخصم الذي يحتج بالكتابة أن يثبت صدور الكتابة بخط خصمه بالتحقيق في نسبة الكتابة للمدعى عليه بالمضاهاة أو بسماع الشهود وذلك وفقاً لما نص عليه النظام السعودي في المادة (٤٠) منه على النحو التالي: «إذا أنكر من احتج عليه بالمحرّر العادي خطه أو إمضاءه أو ختمه أو بصمته، أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه أو نفى علمه به، وظل الخصم الآخر متمسكاً بالمحرّر، وكان المحرّر منتجاً في النزاع، ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها في إقناع المحكمة بصحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة؛ فتأمر المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة، أو بسماع الشهود أو بكليهما، وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا النظام ولا تسمع الشهادة إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو البصمة على المحرّر»، ويتضح من خلال هذا النص أن نسبة الكتابة للمدعى عليه في حالة إنكاره للكتابة تتم في النظام السعودي بطريقتين هما المضاهاة وشهادة الشهود.

الفرع الثاني: الصدور المعنوي للكتابة من الخصم:

تكون الكتابة صادرة من الخصم صدوراً معنوياً إذا لم يباشر أي فعل مادي على الكتابة بآلاً يقوم بكتابتها بخطه ولا بالتوقيع عليها إذا

كانت مكتوبة، ورغم ذلك تعتبر الورقة صادرة منه وهذا يتحقق في حالتين: الحالة الأولى: إذا كان الخصم أمياً فتكتب الورقة بإملائه أي يقوم هو بإملاء الكلام على من يقوم بكتابتها، والحالة الثانية: هي حالة تمسك الخصم بالورقة بالرغم من عدم صدورها منه وهو ما يسمى برضاء الخصم بالكتابة، وتمسك الخصم بهذه الورقة يُعدُّ واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات^(١).

ويربط بعض الفقه ما بين الصدور المعنوي للورقة من الخصم وما بين إقرار الخصم بالورقة ويجعلون من الصدور المعنوي للورقة وجوداً للكتابة إذا أقر بها الخصم الذي يُحتج ضده بها^(٢)، وهذا الاتجاه الفقهي قد يبدو ظاهرياً أنه يتعارض مع النظام السعودي لأن الإقرار القضائي في النظام السعودي يصلح وحده بديلاً عن الإثبات بالكتابة، فقد نصت المادة (٥١) من نظام الإثبات السعودي على التالي: «يجوز في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة أن يحل محلها الإقرار القضائي، أو اليمين الحاسمة، أو مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بطريق إثبات آخر؛ وذلك فيما لم يرد فيه نص في هذا النظام»، ويتفق مبدأ الثبوت بالكتابة مع الإقرار القضائي واليمين الحاسمة في أنها وسائل بديلة للإثبات عن طريق الكتابة، فإذا اشترط النظام الإثبات بالكتابة

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٢٩.

(٢) مبدأ الثبوت بالكتابة في قانون البينات، سهير أمين محمد طوباسي، المرجع السابق، ص ٩٠.

أو تم الاتفاق على الإثبات بالكتابة بين الخصوم، فيمكن أن يتم إثبات ما اشترط في إثباته الكتابة عن طريق الإقرار القضائي أو اليمين الحاسمة أو مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بطريقة إثبات آخر.

وما نص عليه النظام السعودي أشار إليه بعض شراح القانون الذين ذكروا أن ما يقوم مقام الكتابة في الإثبات القضائي الذي يشترط النظام لإثباته الكتابة هما وسيلتا الإقرار أو اليمين^(١).

ولم تتفق كل القوانين على اعتبار هذه الوسائل كبديل لإثبات ما اشترط في إثباته أن يكون عن طريق الكتابة، فبينما نص قانون دولة الإمارات العربية المتحدة على ما نص عليه النظام السعودي واعتمد هذه الوسائل، نجد أن القانون الأردني لم ينص على هذه الوسائل البديلة، كما لم ينص عليها القانون المصري واكتفى بمبدأ الثبوت بالكتابة وسيلة وحيدة بديلة للإثبات بالكتابة وذلك بنص المادة (٦٢) من قانون الإثبات المصري وذلك على النحو التالي: «يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة»، لكن نسبة الكتابة للخصم لا تعني إقراره بالحق الموضوعي الذي يشترط في إثباته أن يكون عن طريق الكتابة، لأن الإقرار القضائي بالحق الموضوعي هو الذي يكون بديلاً عن الكتابة، بينما الإقرار

(١) مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية د. عبد الله مبروك النجار، الطبعة الثانية ٢٠٠٢م، الناشر دار النهضة العربية القاهرة ص ٤٠، وانظر: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د. محمد حسين منصور، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥م، ص ٤٦.

بالكتابة بالطريقة المعنوية هو من أجل نسبة الكتابة للخصم وهذه الكتابة يُشترط ألا تكون دليلاً أصلياً كاملاً لما اشترط في إثباته الكتابة.

المطلب الثالث: الركن الثالث: أن تجعل الكتابة المدعى به قريب الاحتمال:

الركن الثالث من أركان مبدأ الثبوت بالكتابة هو: أن تجعل الكتابة الشيء المدعى به قريب الاحتمال، وبالتالي لا تصلح أي كتابة لتحقيق مبدأ الثبوت بالكتابة إلا إذا كانت هذه الكتابة قادرة على جعل ما اشترط النظام إثباته بالكتابة قريب الاحتمال، وقد نص النظام السعودي في المادة (٥١ / ٢) منه على هذا الركن وذلك على النحو التالي: «مبدأ الثبوت بالكتابة هو: كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال»، ونص على ذلك القانون الأردني في المادة (٣٠) منه أيضاً على النحو التالي: «مبدأ الثبوت هو كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال».

كما نص القانون المصري في المادة (٦٢) منه على تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه: «كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة»، والذي يحدد أن الورقة تجعل ما اشترط النظام إثباته بالكتابة

قريب الاحتمال محكمة الموضوع لأن ذلك يُعدُّ مسألة موضوعية لا تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة المحكمة العليا^(١).

وقد حدد الفقه القانوني ثلاث طرق يمكن أن يستأنس بها القاضي، تجعل الكتابة الصادرة من الخصم قريبة الاحتمال، نتناول كل طريقة منها في فرع خاص، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: المحررات التي تشير إلى الواقعة المراد إثباتها ويمكن أن تكون دليلاً كاملاً:

المقصود بهذه الكتابة هي الكتابة التي كان من الممكن أن تكون دليلاً أصلياً كاملاً لإثبات التصرف إلا أنها فقدت شرطاً من الشروط التي تجعلها قادرة على تحقيق هذا الإثبات، ولا يمكن أن تكون هذه الكتابة قادرة على إثبات التصرف إلا إذا اعترف لها النظام بحجة في الإثبات، وبالتالي الكتابة التي تجعل إثبات الشيء المدعى به قريب الاحتمال، في هذه الصورة، هي الكتابة الرسمية والكتابة العادية التي نقصها شرط من الشروط، فمثل هذه الكتابة بلا شك تجعل التصرف قريب الاحتمال^(٢).

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٣٣.

(٢) أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. نبيله إسماعيل رسلان، د. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص ١٠٠.

ويرى الباحث أن الخلط يمكن أن يقع هنا ما بين العيب الذي يصيب المحرر الرسمي فيحوله إلى محرر عادي، وما بين تخلف الشرط الذي يؤدي بتحول المحرر الرسمي أو العادي إلى كتابة في مبدأ الثبوت بالكتابة؛ وذلك لأن النظام نص في المادة (٢٥) من نظام الإثبات على أنه في حال عدم استيفاء الشروط الخاصة بالمحرر الرسمي فإنه يتحول إلى محرر عادي وذلك على النحو التالي:

١. المحرر الرسمي هو الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، طبقاً للأوضاع النظامية، وفي حدود سلطته واختصاصه.

٢. إذا لم يستوف المحرر الشروط الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة فتكون له حجية المحرر العادي؛ متى كان ذوو الشأن قد وقعوه.

ونستخلص من هذه المادة أن وجود خلل في شرط من شروط المحرر الرسمي يحوله إلى محرر عادي وهذا المحرر العادي يصلح كدليل كامل ويستغنى بوجوده عن مبدأ الثبوت بالكتابة؛ لهذا يشترط الفقه في هذه المحررات، حتى يتحقق معها ركن قُرب الاحتمال للمدعى به أن تشير إلى الواقعة المدعى بها دون أن ترقى إلى مرحلة الدليل الكامل بشأنها^(١)، وبالتالي يرى الباحث أن اختلال شرط في المحرر الرسمي لا يعني تحول المحرر الرسمي لمبدأ الثبوت بالكتابة مباشرة، لأن المحرر الرسمي

(١) أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. نبيله إسماعيل رسلان، د. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص ٩٩.

باختلال شرط منه يتحول إلى محرر عادي إذا تم التوقيع عليه، والمحررات العادية حجة في الإثبات القضائي وبالتالي لا تصلح لأن تكون كتابة في مبدأ الثبوت بالكتابة، والمحرر الذي يصلح لأن يكون مبدأ الثبوت بالكتابة هو المحرر الرسمي أو العادي الذي أشار للواقعة المدعى بها، والمراد إثباتها بالكتابة، ولم يوقع عليه الخصم، أو المحرر الرسمي أو العادي الذي لم يتضمن بعض العناصر الجوهرية للتصرف المراد إثباته بالكتابة كالمحرر الرسمي أو العادي الذي لم يتضمن على الثمن أو المبيع في عقد البيع.

ولا يشترط أن تكون كل المحررات التي تشير إلى الواقعة محررات لا تصلح للإثبات الكامل، فيمكن أن يكون المحرر الرسمي أو العادي صالحاً للإثبات الكامل لواقعة أخرى غير الواقعة التي اشترط النظام إثباتها بالكتابة، ويشير مجرد إشارة على الواقعة التي ينبغي إثباتها بالكتابة، فيُعدُّ مثل هذا المحرر دليلاً كاملاً للواقعة الأخرى ويُعدُّ مبدأ الثبوت بالكتابة بالنسبة للواقعة التي ينبغي إثباتها بالكتابة والتي أشار إليها هذا المحرر لأنها تعتبره أمراً راجحاً^(١)، ومن هذه النقطة أيضاً يتوصل الباحث إلى أن التصرفات التي يُشترط في إثباتها الكتابة الرسمية لا يمكن إثباتها بمبدأ الثبوت بالكتابة لأن هذا يتعذر عملياً.

(١) الإطار القانوني لمبدأ الثبوت بالكتابة، منصور عبد السلام الصرايرة، مهند عزمي مسعود أبو مغلي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، العلوم الإنسانية، مجلد (٢٨) العدد (٩)، الصفحات ٢٠٤٥، ٢٠٧٢، ٢٠١٤ م.

الفرع الثاني: المحررات التي تشير إلى الواقعة ولم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كاملاً:

مثل هذه المحررات لا تصلح أن تكون دليلاً كاملاً في الإثبات حتى مع استيفاء كل شروطها، ولا يعني ذلك أن تكون هذه المحررات محررات عادية غير معدة للإثبات، فيمكن أن تكون هذه المحررات محررات رسمية لكن الضابط المميز لها أنها لا يمكن أن تكون دليلاً كاملاً على ما اشتملت عليه من كتابة، وينبغي أن تشتمل على الواقعة التي تجعل ما ينبغي إثباته بالكتابة أمراً راجحاً؛ ويمكن أن تكون الإشارة في الكتابة على الواقعة التي ينبغي إثباتها بالكتابة إشارة إيجابية، والمثال على الإشارة الإيجابية الرسالة التي يبعثها شخص إلى آخر يذكر فيها واقعة إيجابية كبيع أو إيجار، فمثل هذه الواقعة المكتوبة في المحرر تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على وجود العقد الذي أشارت إليه^(١).

وقد تشير الكتابة إلى الواقعة المراد إثباتها إشارة سلبية وتتحقق الإشارة السلبية في حالتين، الحالة الأولى بما يخالف الواقعة المراد إثباتها أن تثبت الكتابة واقعة عكس الواقعة المراد إثباتها، ومثال ذلك محاولة المدين إثبات سداد الدين الذي تشغل به ذمته بمحرر، ويتضح أن

(١) الإطار القانوني لمبدأ الثبوت بالكتابة، منصور عبد السلام الصرايرة، مهند عزمي مسعود أبو مغلي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، العلوم الإنسانية، مجلد (٢٨) العدد، ٩ الصفحات ٢٠٤٥، ٢٠٧٢، ٢٠١٤ م.

هذا المحرر مزور، فإن هذا المحرر المزور يصلح لأن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة تجعل انشغال ذمة المدين بالدين أمراً راجحاً، والحالة السلبية الثانية التي تشير إلى أن الكتابة تجعل من إثبات الواقعة أمراً راجحاً هي عدم ذكر ما كان يجب ذكره رغم أنه يذكر عادة، ومثال ذلك ذكر أموال المورث كاملة، وعدم ذكر دين له تشغل به ذمة مدين ما، فإن الكتابة في هذه الحالة تجعل سداد المدين لدينه أمراً راجحاً وتصلح مثل هذه الكتابة لتحقيق مبدأ الثبوت بالكتابة^(١).

الفرع الثالث: المحررات التي لا تشير إلى الواقعة المراد إثباتها ولكن يمكن استنباطها منها:

الأصل أن الورقة التي لا تشير للواقعة لا يمكن أن تجعل من الواقعة التي لم تُشر إليها أمراً راجحاً في الإثبات، لكن يتحقق ذلك إذا ما أدت الكتابة في الورقة إلى إثبات أمر يترتب عليه أن تكون الواقعة التي اشترط في إثباتها الكتابة أمراً راجحاً، والمثال على ذلك ورقة شطب الرهن فإذا تم إثبات شطب الرهن بموجب محرر فإن هذا المحرر يُعدُّ بمثابة مبدأ الثبوت بالكتابة لوفاء الدين بالنسبة للمدين^(٢).

-
- (١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٤٢.
- (٢) مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لأحكام قانون البينات الأردني، فرح ناصر النوايسة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن ٢٠٢٠م، ص ٤٠.

ويرى الباحث أن مثل هذه الكتابة إنما هي قرينة، لأن القرينة هي ما يستخلصه القاضي أو المنظم من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، وتعتبر القرائن أدلة غير مباشرة لأن الإثبات لا ينصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها بل ينصب الإثبات على واقعة أخرى قريبة يترتب على إثباتها أن تجعل الواقعة المراد إثباتها وذلك بحكم العقل والمنطق^(١)، وقد نص نظام الإثبات السعودي في المادة (٨٤) منه على القرائن، ونص أيضاً على أنها تعتبر دليلاً كاملاً في الإثبات وذلك على النحو التالي: «القرائن المنصوص عليها شرعاً أو نظاماً تغني من قررت لمصلحته عن أي طريق آخر من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض دلالتها بأي طريق آخر؛ ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك»، ووفقاً لهذا النص نجد أن النظام جعل من القرائن طريقاً من طرق الإثبات يُغني عن أي طريق إثبات آخر، وهذا الإطلاق في النص قد يتعارض مع ما اشترط النظام إثباته بالكتابة، ولم ينص النظام السعودي على استثناء الإثبات بالكتابة عن عموم النص المذكور، بينما نص على ذلك القانون المصري في المادة (١٠٠) من قانون الإثبات المصري وذلك على النحو التالي: «يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود».

(١) الإثبات في المواد المدنية والتجارية د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص، ١٨٣.

ونص القانون المصري في هذا الشأن واضح بأن لا يتم الإثبات بالقرائن في ما اشترط القانون لإثباته بالكتابة، لأن القرينة وسيلة إثبات مستقلة، ولا يمكن أن تعتبر القرينة بديلاً للإثبات بالكتابة في التصرفات التي يشترط النظام إثباته بالكتابة، لهذا وجود نص في نظام الإثبات السعودي يمنع الإثبات بالقرائن فيما اشترط النظام إثباته بالكتابة أمر مناسب وفق رؤية الباحث، وبالتالي يرى الباحث أن المحررات التي لا تشير إلى الواقعة التي اشترط في إثباتها الكتابة لا تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إنما هي قرينة.



الخاتمة

الكتابة من طرق الإثبات التي تحفظ الحقوق بشكل كبير وتوفر قدرًا كبيرًا من الموثوقية لدى الخصوم بمزاياها الكبيرة التي يُعدُّ أبرزها الضبط والتحديد للبيانات الثابتة عن طريق الكتابة، ولكن مما يترتب على الأخذ بطريق الكتابة طريقًا وحيدًا للإثبات من عيوب، هو عدم تحقيق العدالة بين الخصوم والإسهام في ضياع الحقوق، لهذا نصت القوانين على مبدأ الثبوت بالكتابة من ضمن طرق الإثبات التي يمكن من خلالها تجاوز الآثار غير المقبولة للكتابة، ومن خلال البحث في مبدأ الثبوت بالكتابة توصلت لعدد من النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي:

النتائج:

١. عدم تمييز نظام الإثبات السعودي بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية في الإثبات عن طريق الكتابة.
٢. مبدأ الثبوت بالكتابة في النظام السعودي، يصلح لإثبات التصرفات القانونية والوقائع القانونية التي يُشترط في إثباتها أن يكون عن طريق الكتابة.
٣. عدم تحديد أجل محدد للاتفاق على مخالفة القواعد الموضوعية في نظام الإثبات السعودي.

٤. تعدد البدائل التي يمكن للخصم من خلالها إثبات ما اشترط لإثباته بالكتابة مثل «الإقرار القضائي، واليمين الحاسمة، ومبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بطريق إثبات آخر».

٥. تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة في المادة (١٠٥ / ٢) من نظام الإثبات السعودي لا يتفق مع ما نصت عليه المادة (١٠٥ / ١) من نظام الإثبات.

٦. يتركب مبدأ الثبوت بالكتابة من عنصرين الأول الكتابة والثاني الوسيلة التي تعزز الكتابة، وقد تم تعريفه عند أغلب شراح القانون من خلال عنصره الأول.

٧. إذا كان المحرر كافياً لإثبات ما اشترط لإثباته الكتابة فإنه يُغني عن اللجوء للإثبات عن طريق مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بطريق إثبات آخر.

التوصيات:

١. أوصي بتعديل نص المادة (١٠٦ / ١) من نظام الإثبات السعودي لعام ١٤٤٣ هـ لتصبح كالتالي: «يجب أن يثبت بالكتابة كل تصرف مدني تزيد قيمته على (مائة ألف ريال أو ما يعادلها) أو كان غير محدد القيمة».

٢. أوصي بالنص في نظام الإثبات على أن يكون الإثبات عن طريق مبدأ الثبوت بالكتابة خاصاً بالتصرفات الرضائية دون التصرفات الشكلية.

٣. أقترح على المنظم السعودي تعديل نص المادة (١٠٧ / ٢) من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات السعودي لعام ١٤٤٤ هـ لتصبح على النحو

التالي: «للخصوم الاتفاق على قواعد محددة في الإثبات بعد قيام النزاع وإلى ما قبل قفل باب المرافعة الختامية، وذلك بمذكرة تقدم إلى المحكمة».

٤. أوصي بتعديل الفقرة الثانية من المادة (٥١) من نظام الإثبات السعودي لتأتي على النحو التالي: «مبدأ الثبوت بالكتابة: طريق من طرق إثبات التصرفات المدنية التي يشترط النظام إثباتها عن طريق الكتابة، ويتركب من عنصرين: الأول: كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل المدعى به قريب الاحتمال، والثاني: أي وسيلة إثبات أخرى».

٥. أوصي بتعديل نص المادة (٨٤) من نظام الإثبات السعودي ليضاف لها التالي: «لا يجوز الإثبات بالقرائن في الحالات التي يجب فيها الإثبات بالكتابة».

المصادر والمراجع

١. أثر الكتابة في إثبات الحقوق، عبد العزيز سعد الدغشير، مجلة العدل العدد (٤٢)، ١٤٣٠هـ.
٢. أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة، د. محمد نصر محمد، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م.
٣. أسس الإثبات المدني، د. محمود عبد الرحيم الديب، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤م.
٤. أسس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري جار الله (ت ٥٣٨هـ)، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
٥. أحكام التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، صابر محمد محمد سيد، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون بأسسوط، العدد (١٨)، الجزء ٤، ٢٠٠٦م.
٦. الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. نبيل إبراهيم سعد، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥م.
٧. الإطار القانوني لمبدأ الثبوت بالكتابة، منصور عبد السلام الصرايرة، مهند عزمي مسعود أبو مغلي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، العلوم الإنسانية، مجلد (٢٨)، العدد (٩)، ٢٠١٤م.
٨. أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، أ.د. نبيلة إسماعيل رسلان، د. مصطفى أحمد أبو عمرو، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
٩. البحر المحيط في التفسير، محمد بن يوسف، الشهير بأبي حيان الأندلسي (ت ٧٤٥هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.

١٠. القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد يعقوب الفيروزآبادي، (ت ٨١٧) مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
١١. القانون التجاري، د. محمود سمير الشرقاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م.
١٢. المدخل لدراسة العلوم القانونية، د. خالد بن عبد العزيز الرئيس، د. رزق بن مقبول الرئيس، مكتبة الشقري، الرياض، الطبعة السادسة، ١٤٣٦هـ.
١٣. النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، د. محمد حسين منصور، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥م.
١٤. النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، د. نبيل إبراهيم سعد، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤م.
١٥. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات - آثار الالتزام، د. عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٦٨م.
١٦. دروس في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. لاشين محمد يونس الغاياتي، جامعة الأزهر.
١٧. رسالة الإثبات، أحمد نشأت، الجزء الثاني، مكتبة العلم للجميع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.
١٨. شرح قواعد الإثبات الموضوعية - دراسة مقارنة، د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.

١٩. شرح نظام الإثبات، إعداد مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، الإصدار الأول، ١٤٤٦هـ - ٢٠٢٤م.
٢٠. قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الجزء الثاني، د. يحيى ياسين محمد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.
٢١. قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. محمد حسام محمود لطفي، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٦م.
٢٢. كتاب نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، عوض عبد الله أبو بكر، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، العدد (٦٣).
٢٣. مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لأحكام قانون البينات الأردني، فرح ناصر النوايسة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، ٢٠٢٠م.
٢٤. مبدأ الثبوت بالكتابة في قانون البينات - دراسة مقارنة، سهير أحمد أمين محمد طوباسي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، عمان، ١٩٩٦م.
٢٥. مدى حجية التوقيع على بياض في قانون البينات الأردني، أنيس منصور خالد المنصور، عوض أحمد محسن الزعبي، جامعة الملك سعود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلد (٢٥)، العدد (٢)، ٢٠١٣م.
٢٦. مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، د. عبد الله مبروك النجار، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢م.
٢٧. معجم اللغة العربية المعاصرة، الجزء الأول، د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، عالم الكتب للطباعة، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.
٢٨. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي بن منظور الأنصاري الإفريقي (ت: ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٢٩. موجز أصول الإثبات، د. أشرف جابر سيد، دار النهضة العربية، مصر.
٣٠. نظرية القانون، د. محمد حسين منصور، ٢٠٠١م.

القوانين واللوائح:

٣١. الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات السعودي، الصادرة بموجب قرار وزير العدل رقم (٩٢١) وتاريخ ١٦ ربيع الأول ١٤٤٤هـ.
٣٢. نظام الإثبات السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ.
٣٣. قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية لدولة الإمارات، ٢٠٢٢م.
٣٤. نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٨) وتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ.
٣٥. قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري، ١٩٦٨م.
٣٦. قانون البينات الأردني رقم (٣٠)، ١٩٥٢م.





القواعد الفقهية المتعلقة بنظام التحكيم السعودي

د. حسن بن علي السفيري

أستاذ أصول الفقه المساعد

بقسم أصول الفقه كلية الشريعة بالرياض

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المقدمة

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات 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 وسلم عليه، وعلى آله وصحبه إلى يوم الدين. أما بعد:

فإن علم القواعد الفقهية من العلوم الجليلة القدر، الغزيرة النفع؛ فهي تنظم منشور الفروع الفقهية ومتفرقاتها في سلك واحد وأصل جامع ومعنى كلي، فهي «قواعد كلية فقهية جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى»^(١).

ولهذه الأهمية للقواعد الفقهية رغبت أن أقوم بدراسة لأبرز القواعد الفقهية المتعلقة بنظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٤) وتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣ هـ، وقد تضمن هذا النظام ثمانية وخمسين مادة.

أهمية البحث وأسباب اختياره:

تتضح أهمية البحث وأسباب اختياره في النقاط الآتية:

١ - يتناول البحث نظاماً مهماً من الأنظمة البديلة لفض المنازعات وتسوية الخلافات بين الأفراد والجماعات، وهو نظام التحكيم.

(١) الفروق للقرافي (١/ ٢).

٢- إبراز أثر القواعد الفقهية في مواد نظام التحكيم السعودي، ومدى اعتماد النظام في مواده على القواعد الشرعية.

٣- إن في ربط نظام التحكيم بالقواعد الفقهية إعانة على معرفة منطقات أحكام النظام وأسبابه، مما يفيد المختصين كالقضاة في التسبب لأحكامهم، والمحامين في مرافعاتهم ومذكراتهم الاعتراضية، كما أنها تفيد شراح النظام والباحثين في تعميق فهمهم لمواد النظام.

٤- الجدة في الموضوع حيث لم يسبق -فيما أعلم- أن بحثت القواعد الفقهية المتعلقة بنظام التحكيم السعودي.

مشكلة البحث:

تتجلى مشكلة البحث في ذكر أبرز القواعد الفقهية المتعلقة بنظام التحكيم السعودي، حيث إن الباحث سيجد جملة من القواعد الفقهية التي لها تعلق بالنظام محل الدراسة، ويصعب ذكرها جميعاً؛ ولحل هذا الإشكال سلك الباحث مسلك الترجيح بالنظر إلى الأكثر تأثيراً في النظام بحسب استقراره لمواد النظام وتحليله لها^(١).

(١) من الأمور التي ساعدت في ترجيح القواعد الفقهية التي ذكرت في هذا البحث دون غيرها الآتي:

١- أن التحكيم هو شرط من الشروط بين المتعاقدين كما ذكر ذلك المنظم، وبالتالي فقاعدة (الأصل في العقود والشروط الصحة وال لزوم) هو أولى ما يذكر من قواعد؛ ولهذا السبب ذكرتها في مقدمة القواعد الفقهية وجعلتها أولاً.

٢- إن من أحد أهم مقاصد نظام التحكيم: الإسراع في دفع الضرر عن المتنازعين أو أحدهما عن طريق اللجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء، وقاعدة (الضرر =

وننتج عن ذلك عدد من التساؤلات:

- ما المراد بالقواعد الفقهية؟ وما المراد بالتحكيم؟

- ما هي أبرز القواعد الفقهية المتعلقة بنظام التحكيم السعودي؟

وما وجه هذا التعلق؟

أهداف الموضوع:

١- جمع أبرز القواعد الفقهية المتعلقة بنظام التحكيم السعودي، وبيان وجه تعلقها بمواد النظام.

٢- الإسهام بجهد المقل في تقريب فهم مواد نظام التحكيم السعودي، فالقواعد الفقهية مما تعين على التصور الصحيح لمقاصد النظام ومراميها.

= (يزال) من أهم القواعد التي يتضح بها هذا المقصود، فكان ذكرها من الأهمية بمكان؛ ولذلك جعلتها في الترتيب ثانياً.

٣- أما قاعدة (لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان)، وقاعدة (التابع تابع)، فإنه عند النظر والتأمل في مواد النظام وجدت أن لهما تعلقاً بعدد لا بأس به من مواد النظام وأثرهما واضح فيها.

وجعلت قاعدة (لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان) ثالثاً بعد قاعدة (الضرر يزال)؛ لأنها إحدى القواعد المدرجة تحت القاعدة الكبرى (اليقين لا يزول بالشك)، فكان من المناسب تقديمها على قاعدة (التابع تابع)، والتي تعد من القواعد الكلية التي ترد متأخرة بعد ذكر القواعد الخمس الكبرى.

الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسة سابقة تناولت هذا الموضوع بذاته، نعم توجد دراسات تتعلق بنظام التحكيم السعودي، لكن لا توجد دراسة تناولت القواعد الفقهية المتعلقة بنظام التحكيم السعودي، وعليه فالموضوع جدير بالدراسة.

منهج البحث:

اعتمد هذا البحث على المنهج الاستقرائي التحليلي: حيث تم استقراء جميع مواد نظام التحكيم السعودي لاستخراج الأنظمة المتعلقة بالقواعد الفقهية، ثم الانتقاء من هذه الأنظمة وتحليل علاقتها بالقواعد الفقهية المتعلقة بها.

وتفصيل ذلك في الآتي:

- ١- الاعتماد على المصادر الأصلية في جمع المادة العلمية المتعلقة بالموضوع.
- ٢- عزو نصوص العلماء إلى كتبهم مباشرة، وإلا عزوها إلى غيرها مع بيان المصدر.
- ٣- الرجوع في نقل المواد النظامية إلى مصدرها الأصلي.
- ٤- استقراء مواد نظام التحكيم السعودي للوقوف على المواد المتعلقة بالقواعد الفقهية.

٥- تناول أبرز القواعد الفقهية المتعلقة بنظام التحكيم السعودي مع بيان وجه التعلق بجملة من مواد النظام.

خطة البحث:

المقدمة:

وتشمل أهمية الموضوع وأسباب اختياره وأهدافه والدراسات السابقة ومنهج البحث وخطته.

التمهيد: في التعريف بمصطلحات البحث.

المبحث الأول: قاعدة (الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم):

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى القاعدة.

المطلب الثاني: المواد النظامية المتعلقة بالقاعدة ووجه التعلق.

المبحث الثاني: قاعدة (الضرر يزال):

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى القاعدة.

المطلب الثاني: المواد النظامية المتعلقة بالقاعدة ووجه التعلق.

المبحث الثالث: قاعدة (لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت

في معرض الحاجة إلى البيان بيان):

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى القاعدة.

المطلب الثاني: المواد النظامية المتعلقة بالقاعدة ووجه التعلق.

المبحث الرابع: قاعدة (التابع تابع):

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى القاعدة.

المطلب الثاني: المواد النظامية المتعلقة بالقاعدة ووجه التعلق.

الخاتمة:

وتتضمن أهم النتائج.

المصادر والمراجع.

هذا وأسأل الله أن ينفع بهذا العمل كاتبه وقارئه، وأن يجعله خالصاً
لوجهه الكريم.

والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله
وصحبه أجمعين.

التمهيد

التعريف بمصطلحات البحث

أولاً: التعريف بمصطلح القواعد الفقهية:

عُرِفَت القواعد الفقهية باعتبارها علماً ولقباً^(١) بعدة تعريفات، منها:

- أنها: «كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة»^(٢).

ويلاحظ على هذا التعريف غموض بعض المصطلحات الواردة فيه، كالأصول والعقود والضوابط، وهذا قادح ومعيّب في التعريفات^(٣)؛ إذ المقصود منها توضيح المعرف، والغموض منافٍ لذلك^(٤).

- وعرفت أيضاً: بأنها «الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها»^(٥).

يعيب هذا التعريف العموم الوارد فيه؛ إذ الأمر الكلي ينطبق على القواعد الأصولية والنحوية وغيرها، فلا يختص بالفقهية.

-
- (١) وانظر في تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً إضافياً: القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحسين (١٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور محمد صدقي آل بورنو (١٣).
- (٢) القواعد للمقري (٢١٢/١).
- (٣) انظر: شرح الشمسية للسعد التفتازاني (٢٠٣).
- (٤) انظر: القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحسين (٤١).
- (٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١١/١).

-وعرفت بأنها: «حكم أكثرى لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه»^(١).

ويعيبه كسابقه العموم الوارد فيه، إلا أننا نلاحظ هنا تعريف القاعدة بأنها حكم أكثرى، بينما التعريفان الأول والثاني نصا على وصف الكلية للقاعدة، وهذا سببه نظرهم إلى المستثنيات التي ترد على القاعدة، فمن وصفها بالأكثرية يرى أن هذه المستثنيات تقدر في وصف الكلية، ومن وصفها بالكلية رأى أن المستثنيات لم تدخل أصلاً تحت القاعدة؛ وذلك لفقدانها شرطاً من شروط إعمال القاعدة، أو لوجود دليل منع من ذلك، أو لدخولها في قاعدة أخرى أقوى منها^(٢)، وهذا الأقرب. والله أعلم^(٣).

وعليه يمكن تعريف القاعدة الفقهية بأنها: «حكم كلي فقهي ينطبق على جزئيات كثيرة من أكثر من باب»^(٤).

(١) غمز عيون البصائر للحموي (١/ ٥١).

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ١١).

(٣) قال الشاطبي في الموافقات (٢/ ٨٣): «الأمر الكلي إذا ثبت كلياً، فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجها عن كونه كلياً... لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت».

(٤) انظر: مقدمة تحقيق الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الشعلان لكتاب القواعد للحصني (١/ ٢٣).

ثانياً: التعريف بمصطلح التحكيم^(١):

لا يكاد الباحث في كتب الفقهاء يجد تعريفاً مباشراً للتحكيم بمعناه الاصطلاحي إلا في النادر وإنما يذكر الفقهاء صورة عملية التحكيم، كقولهم: «وإن تحاكم شخصان إلى رجلٍ يصلح للقضاء، فحكّماه بينهما، فحكّم، نفّذ حكمه»^(٢)، وما يدور في معنى هذه العبارة^(٣)؛ ولعل الأمر راجع إلى وضوح معنى التحكيم لديهم.

-ومما وقفت عليه من تعريف للتحكيم عند الفقهاء ما ورد في البحر الرائق شرح كنز الدقائق ما نصه: «وأما في الاصطلاح فهو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما»^(٤).

(١) لم يرد في نظام التحكيم السعودي تعريف للفظ التحكيم بذاتها، وإنما الذي ورد فيه تعريف لاتفاق التحكيم، حيث جاء في المادة (١ / ١) ما نصه: «اتفاق التحكيم: هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحلّوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت، أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواء أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أم في صورة مشاركة تحكيم مستقلة».

(٢) كشف القناع (١٥ / ٦٢).

(٣) انظر: الحاوي الكبير للهاوردي (١٦ / ٣٢٥)، منهاج الطالبين (٣٣٦)، تبصرة الحكام (١ / ٦٢)، البناية شرح الهداية (٩ / ٥٨)، التاج والإكليل (٨ / ٩٩)، انتهى الإرادات (٩٣٤).

(٤) البحر الرائق (٧ / ٢٤). وانظر: الدر المختار (٤٧٤).

وهذا التعريف تميز باختصاره وعدم وجود الحشو في عباراته، إلا أنه يشكل عليه وجود الدور^(١)؛ فهو متضمن لمادة (حَكَم) والتي هي أصل كلمة التحكيم والدور معيب في التعريفات.

- وقد عرف التحكيم بعض المعاصرين بقوله: «اتفاق طرفين على التحاكم إلى ثالث ليحكم فيما شجر بينهما مما يسوغ فيه ذلك»^(٢).

ويشكل عليه ما أشكل على تعريف الأول من الدور، بالإضافة إلى ذكره قيد: (مما يسوغ فيه ذلك) فهذا من شروط صحة التحكيم، وشرط الشيء خارج عن ماهيته.

- وعرفه آخرون بقولهم: «نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع»^(٣).

وهذا التعريف أيضاً دخله الدور حيث عبر بالحكم كسابقه، وأيضاً تضمنه لمصطلحات تحتاج إلى بيان كقوله: (نظام قانوني، نزاع قانوني)، والتعريفات المراد منها الإيضاح، فالغموض معيب فيها، بالإضافة لتضمنه بعض الحشو مما تسبب في إطالته.

(١) الدور هو: تعريف الشيء بما يتوقف عليه. انظر: شرح الشمسية للسعد التفتازاني (٢٠٢-٢٠٣)، التعريفات للجرجاني (١٠٥).

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية (٢٩).

(٣) قانون التحكيم في النظرية والتطبيق (١٣).

-وعليه يمكن أن يعرف التحكيم اصطلاحاً بأنه: اتفاق بين متنازعين أو أكثر على تسوية منازعاتهم بتفويض طرف آخر يفصل فيها. والطرف الآخر الذي يفوضه الطرفان ليفصل في النزاع يسمى بالمحكم^(١).

(١) المحكم: يمكن أن تُضبط بطريقتين:

١. المحكم (بفتح الكاف المشددة بصيغة اسم المفعول): وتشير إلى الشخص الذي تم تعيينه أو اختياره ليكون حكماً في نزاع معين.
 ٢. المحكم (بكسر الكاف المشددة بصيغة اسم الفاعل): وتشير إلى الشخص الذي يقوم بعملية التحكيم أو يتولى إجراء التحكيم. انظر: درر الحكام لعلي حيدر (٥٧٨/٤).
- وبما أن لكل ضبط ما يسوغه وهو محتمل لم أضبط كلمة (المحكم) بالشكل في جميع البحث.

المبحث الأول

قاعدة (الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم)

المطلب الأول: معنى القاعدة:

في هذه القاعدة أربعة ألفاظ تحتاج إلى بيان: العقد، والشرط، والصحة، واللزوم.

تعريف العقود:

عرف العقد بأنه: ارتباط الإيجاب بالقبول^(١).

إلا أن ابن عابدين يعطي ملحظاً مهماً في توصيف ماهية العقود فيقول: «وإن كانت توجد حساً بالإيجاب والقبول، لكن وصفها بكونها عقوداً مخصوصة بأركان وشروط يترتب عليها أحكام، تنفي تلك العقود بانتفائها، وجود شرعي زائد على الحسي، فليس العقد الشرعي مجرد الإيجاب والقبول ولا الارتباط وحده بل هو مجموع الثلاثة»^(٢).

وعليه فيمكن أن يقال في تعريف العقد بأنه: ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر به أثره الشرعي.

(١) انظر: درر الأحكام (١/ ٢١).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣/ ٩).

تعريف الشرط:

عُرف الشرط بأنه: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته^(١).

فقيّد (ما يلزم من عدمه العدم): أخرج المانع؛ لأنه لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم.

وقيّد (ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم): أخرج السبب والمانع أيضاً، فالسبب يلزم من وجوده الوجود لذاته، وأما المانع فيلزم من وجوده العدم.

وقيّد (لذاته): معناه لذات الشرط، ويخرج به ما لو قارن الشرط وجود السبب، فيلزم الوجود، أو قارن الشرط قيام المانع، فيلزم العدم، لكن لا لذات الشرط، بل لأمر خارج عنه وهو مقارنة السبب أو قيام المانع^(٢).

تعريف الصحة:

قد عرف العلماء الصحة بعدة تعريفات، منها ما هو شامل لتعريف الصحة في العبادات والمعاملات، ومنها من أفرد الصحة في العبادات

(١) انظر: التمهيد (١/٦٨)، وشرح تنقيح الفصول (٨٢).

(٢) انظر: المراجع السابقة.

بتعريف، والصحة في المعاملات بتعريف آخر مستقل، وتجنباً للتطويل سنقتصر على التعريف الشامل للعبادات والمعاملات^(١).

فمن التعريفات الشاملة للصحة تعريفها بأنها: ترتب الأثر المطلوب من الفعل عليه^(٢). فهو يصلح للصحة في العبادات؛ لأن الأثر المطلوب من فعل العبادة عند الفقهاء هو براءة الذمة وسقوط المطالبة به، وعند المتكلمين موافقة الأمر.

وكذلك يصلح للصحة في المعاملات، والآثار المترتبة على المعاملة تختلف باختلاف نوعها، ففي البيع مثلاً التمكن من المبيع والانتفاع به، وفي الإجارة التمكن من المنافع^(٣).

تعريف اللزوم:

هو أن يكون الفعل بحيث لا يستطيع أحد المتعاقدين رفعه^(٤).

- (١) عرفت الصحة في العبادات عند الفقهاء، بأنها: سقوط المطالبة بالقضاء، وعرفها المتكلمون، بأنها: موافقة الفعل لأمر الشارع.
- أما الصحة في المعاملات فهي: ترتب آثارها المقصودة منها عليها. انظر: المحصول (١/ ١١٢)، والإحكام للآمدي (١/ ٤٥٧)، وشرح مختصر الروضة (١/ ٤٤٤)، والبحر المحيط (١/ ٣١٣).
- (٢) انظر: الإحكام للآمدي (١/ ٤٥٧)، ونفائس الأصول (١/ ٣١٠)، وشرح مختصر الروضة (١/ ٤٤٤-٤٤٥).
- (٣) انظر: المراجع السابقة.
- (٤) انظر: درر الحكام (١/ ١١٠)، وانظر: الأشباه والنظائر لابن الملتن (١/ ٣٤٠).

وعرف أيضاً: بأنه ما يمتنع انفكاكه عن الشيء^(١). وقد يطلق على ما يتبع الشيء ويرادفه، وعلى ما له تعلق ما^(٢).

أما المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن القاعدة المستمرة في العقود والشروط الصحة والجواز واللزوم، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً؛ فالعقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتيب المسببات على أسبابها^(٣).

والشرط المعتبر، والذي يلزم مراعاته من الشروط إنما هو الشرط الذي يوافق الشرع، لا أي شرط كان، سواءً أكانت هذه الشروط شرعية مستفادة من الشرع، أم جعلية مستفادة من جعلها شروطاً بين الناس.

والشرط المراد هنا هو الشرط التقييدي، والمراد به: التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة.

(١) انظر: التعريفات للجرجاني (١٩٠).

(٢) انظر: الكليات للكفوي (٧٩٦).

(٣) انظر: الفروق للقرافي (٣/٢٦٩)، القواعد النورانية (٢٦١)، إعلام الموقعين (١٠٧/٣).

وقد حصل خلاف بين العلماء في مسألة تتعلق بهذه القاعدة، وهي: هل يلزم لصحة الشرط أن يرد به الكتاب والسنة؟

وقد ذكر الخلاف وأطال فيه ابن تيمية رحمه الله وانتصر للقول بعدم لزوم ذلك، وانظر في المسألة وأدلتها: الإحكام لابن حزم (١٣/٥)، القواعد النورانية (٢٥٦-٢٦١)، إعلام الموقعين (٣/١٠٧)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢٥٣/١).

ويتضح من التعريف أن الشرط التقييدي ما يكون الحكم فيه منجزاً واقعاً في الحال، كمن أجر بيتاً واشترط أن تكون الأجرة مقدمة، صح العقد وثبت وعلى المستأجر الوفاء بالشرط^(١).

المطلب الثاني: المواد النظامية المتعلقة بالقاعدة ووجه التعلق^(٢):

المادة (٥)، والمادة (٣ / ٩):

تنص المادة (٥) على الآتي: «إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة بينهما لأحكام أي وثيقة (عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية أو غيرهما)، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم، وذلك بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية».

وترتبط هذه المادة بما جاء في المادة (٣ / ٩): «وتعد الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم، بمثابة اتفاق تحكيم. كما يُعدّ في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى

(١) انظر: درر الأحكام (١ / ٨٤)، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية (٤٠٧).
(٢) يجدر التنبيه هنا أن المواد النظامية المتعلقة بعقد التحكيم تنحى منحى اعتباره عقداً لازماً مطلقاً بعد الرضا به ولو قبل الشروع فيه. وعليه جرى هذا البحث تبعاً للنظام محل الدراسة.

ومسألة حكم عقد التحكيم من حيث اللزوم والجواز يمكن تخريج الأقوال فيها على ما ذكره الفقهاء في مسألة عزل أحد الخصمين للحكم مع امتناع الطرف الآخر، وستأتي معنا في المادة الثامنة عشرة فقرة (٢) ما يتعلق بهذه المسألة الأخيرة وسنذكرها في محلها هناك بإذن الله.

أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى^(١)، تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد».

وجه التعلق:

المادة (٥) وما يتعلق بها من المادة (٣/٩) تبين ما إذا كان الاتفاق على شرط التحكيم بين طرفي الرابطة التعاقدية لم يرد في العقد الأصلي، وإنما اتفق الطرفان على الإحالة إلى وثيقة أخرى قد اشتملت على شرط التحكيم عند حدوث النزاع، فإن هذا الشرط بالإحالة يكون لازماً للطرفين، باعتبار أن الإحالة بمثابة اتفاق على التحكيم.

وقد نص المنظم في المادة (٥) على تقييد ذلك بعدم مخالفة تلك الوثيقة لأحكام الشريعة الإسلامية.

وفي المادة (٩) اشترط المنظم أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد المحال عليه، ولعل المنظم اشترط هذا للتأكد من أن إرادة المتعاقدين متجهة فعلاً لشرط التحكيم، ومنعاً لأي لبس قد يحدث.

وهذا ما دلت عليه القاعدة الفقهية (الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم)، فإن إحالة الطرفين على عقد أو اتفاقية ما أو وثيقة

(١) هذه العقود يمكن أن تضرب لها مثلاً بعقد الغرفة التجارية بباريس، أو عقود النقل البحري أو الجوي وغيرها.

معينة تضمنت شرطاً للتحكيم بين الطرفين عند حدوث النزاع، يترتب عليه الإلزام بهذا العقد المحال عليه وكل ما فيه من شروط.

المادة (١١ / ١)، والمادة (١٢):

المادة (١١ / ١) تنص على أنه: «يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد في شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع^(١) المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى^(٢)».

(١) المراد بالدفع هي: «جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب عن دعوى خصمه»، وهذه الدفع منها ما يتوجه إلى الخصومة، أو بعض إجراءاتها، أو إلى أصل الحق المدعى به، أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه. انظر: نظرية الدفع في نظام المرافعات للدكتور أحمد أبو الوفا (١١).

(٢) هناك خلاف بين فقهاء القانون عن طبيعة الدفع باتفاق التحكيم أمام القضاء، هل يعد من قبيل النظام العام، وعليه فيجب أن تثيره المحكمة من تلقاء نفسها وبمجرد اطلاعها عليه، وفي أي مرحلة من مراحل المحاكمة؟ أو هو ليس من قبيل النظام العام وإنما الحق في إثارة وجود اتفاق تحكيم والدفع به هو حق للخصوم، وليس من حق المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها.

وقد حسمت هذه المادة (م/ ١١ / ١) هذا الخلاف وجعلت الدفع باتفاق التحكيم حقاً للخصوم وليس متعلقاً بالنظام العام.

وقد جاءت هذه المادة متوافقة مع الأنظمة الدولية المنظمة للتحكيم، انظر مثلاً: المادة (١ / ٨) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م مع التعديلات التي اعتمدت في عام ٢٠٠٦م، والمادة (٣ / ٢) من اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها ١٩٥٨م.

وانظر الخلاف السابق في: الدفع المتعلقة باتفاق التحكيم (٢٣)، التحكيم الاختياري والإجباري (١٢٨)، التحكيم أحكامه ومصادره (٢ / ٢٠٤).

وقريب من هذه المادة ما جاء في المادة (١٢): «مع مراعاة ما ورد في الفقرة (١) من المادة (التاسعة)^(١) من هذا النظام إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة المختصة، وجب عليها أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم».

وجه التعلق:

إذا اتفق طرفان على اللجوء إلى التحكيم، فإن لهذا الاتفاق أثرين: الأثر الأول: حرمان الطرفين عند حدوث النزاع بينهما من الالتجاء إلى القضاء.

الأثر الثاني: فض النزاع بين الطرفين بطريق التحكيم والاعتداد بالحكم الصادر فيه.

لكن لو التجأ أحد الطرفين إلى القضاء مباشرة وأخل بشرط التحكيم فإن المادة (١١ / ١) تعالج هذا الإخلال، حيث تنص على أنه في حالة وقوع نزاع بين طرفي العقد، وكان بينهما شرط تحكيم، ورفع هذا النزاع إلى المحكمة المختصة من أحد طرفي النزاع، ولم يتنازل الطرف الآخر عن اتفاق التحكيم، فإن المحكمة يجب عليها أن تحكم

(١) حيث نصت الفقرة (١) من المادة (٩) على أنه: «كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع، وإن كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام المحكمة المختصة، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً».

بعدم جواز نظر الدعوى، بشرط أن يدفع المدعى عليه باتفاق التحكيم قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى^(١).

كذلك ما جاء في المادة (١٢) حيث تقرر أن لطرفي النزاع إذا كانت قضيتهم منظورة أمام المحكمة، ثم اتفقا على إحالة نزاعهما إلى التحكيم، صح ذلك ولزم، ووجب على المحكمة المختصة إحالة النزاع إلى التحكيم.

فالتحكيم عقد من العقود اللازمة بعد الاتفاق عليها؛ إذ الأصل المقرر أن العقود والشروط الأصل فيها الصحة وال لزوم.

المادة (٣/١٥)، والمادة (٥٠/١ هـ):

نصت المادة (٣/١٥) على أنه: «تراعي المحكمة المختصة في المحكم الذي تختاره الشروط التي نص عليها اتفاق الطرفين، وتلك الشروط التي يتطلبها هذا النظام، وتصدر قرارها باختيار المحكم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب».

وجاء في المادة (٥٠/١ هـ) التي ذكرت أن من أحوال بطلان حكم التحكيم: «إذا شكلت هيئة التحكيم أو عين المحكمون على وجه مخالف لهذا النظام، أو الاتفاق بين الطرفين».

(١) سيأتي في قاعدة (لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان) مزيد توضيح في سقوط الدفع من المدعى عليه باتفاق التحكيم في حالة عدم دفعه به قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى.

وجه التعلق:

جاء نص المادة (٣/١٥): بأن على المحكمة المختصة أن تراعي شروط طرفي الاتفاق في المحكم، والشروط التي نص عليها نظام التحكيم السعودي في مواده^(١).

ولفظة (تراعي) الواردة في هذه المادة قد تفهم منها دلالة عدم الإلزام بذلك، وأن ذلك راجع إلى تقدير المحكمة المختصة^(٢)، إلا أن المنظم حسم هذه الدلالة إلى الإلزام، بما ورد في المادة الخمسين، وهذه المادة تحديداً تتعلق بأحوال بطلان حكم التحكيم، والنظر في ذلك.

فالمادة (٥٠/١ هـ) جعلت من أحوال بطلان حكم التحكيم: إذا عيّن المحكمون على وجه مخالف لشروط هذا النظام، أو للشروط التي اتفق عليها الطرفان، ولا بطلان إلا بترك شيء لازم، والأصل في الشروط التي نص عليها النظام في المحكمين، والتي اشترطها الطرفان فيهم الصحة واللزوم، فترك تلك الشروط يعود بالبطلان على حكم المحكمين.

(١) انظر مثلاً المادة (١٣)، (١٤) في الشروط التي اشترطها النظام في المحكمين وتشكيل هيئة المحكمين.

(٢) في المادة (٣٨/١ ج) نص المنظم على الإلزام بـ: (يجب...) حيث ورد فيها «يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع، وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة، والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين».

المادة (١٢ / ٢):

نصت هذه المادة على الآتي: «ما لم يكن المحكم معيناً من المحكمة المختصة، فإنه لا يُعزل إلا باتفاق طرفي التحكيم^(١)، دون إخلال بما ورد في الفقرة (١) من هذه المادة، وللمعزول المطالبة بالتعويض إن لم يكن العزل قد حصل بسبب منه».

وجه التعلق:

هذه المادة من النظام تتضمن لزوم عقد التحكيم من حيث إن المحكم المعين من قبل الطرفين لا يعزل بعد الاتفاق عليه من أحد

(١) سبقت الإشارة أن المنظم نحى منحى اعتبار عقد التحكيم عقداً لازماً مطلقاً بعد الرضا به ولو قبل الشروع فيه، وأن للفقهاء خلافاً في هذه المسألة وأقوالهم فيها مخرجة على مسألة عزل أحد طرفي النزاع الحكم مع امتناع الطرف الآخر، فهل ينعزل أو لا؟، وللفقهاء ثلاثة أقوال: القول الأول: ينعزل الحكم مطلقاً قبل الشروع في التحكيم وبعده قبل الحكم، القول الثاني: ليس لأحد الخصمين عزل الحكم بعد الشروع في التحكيم، وله عزله قبل الشروع فيه. القول الثالث: أنه ليس لأحد الخصمين عزل الحكم بعد الاتفاق على التحكيم والرضا به مطلقاً، سواء قبل الشروع في التحكيم أم بعده.

ومن هذه الأقوال يفهم نوع عقد التحكيم هل هو جائز أو لازم، وتجري عليه الأقوال الثلاثة السابقة.

والذي أخذ به نظام التحكيم السعودي هو القول الثالث كما هو ظاهر من خلال مواد النظام.

انظر مراجع مسألة عزل الحكم من أحد الطرفين دون الآخر: المبسوط للسرخسي (١٦ / ١١١)، روضة الطالبين (١١ / ١٢٢)، الذخيرة للقرافي (١٠ / ٣٧)، تبصرة الحكام (١ / ٦٣)، الإنصاف للمرداوي (٢٨ / ٣٢٨)، التحكيم في الشريعة الإسلامية لمعالي الشيخ عبد الله بن خنين (١٥٩-١٦٤).

الطرفين دون رضا الآخر؛ لأن هذا الطرف الممتنع قد يكون له مصلحة في لزومه كتجنب طول التقاضي، أو عدم الرغبة في حضور المحكمة، أو أن الطرف الآخر لما استشعر حصول الغلبة بعد الشروع في التحكيم بادربعزل المحكم مما يفوت حق الطرف الممتنع عن العزل وغير ذلك من المصالح المعتبرة كعدم تسلسل العزل مثلاً، والعقد بينهم على شرط التحكيم قد تم وعقد برضاها، فيكون عقداً وشرطاً صحيحاً ملزماً للطرفين.

مع التنبيه على أن ما سبق مقيد بما لا يخل بما ورد في الفقرة (١) من نفس المادة، والتي تنص على الآتي: «إذا تعذر على المحكم أداء مهمته، أو لم يباشرها، أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مسوغ له في إجراءات التحكيم، ولم يتنحَّ، ولم يتفق طرفا التحكيم على عزله، جاز للمحكمة المختصة عزله بناءً على طلب أي من الطرفين، بقرار غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن».

وهذه الفقرة تتعلق بالعزل القضائي للمحكم بناءً على طلب أحد الطرفين، وهي تعالج حالات محددة كما نصت عليها المادة؛ لأن الاستمرار على الاطراد في قاعدة لزوم العقد والشرط ولو ترتب على هذا الاطراد مفسد ظاهرة مما لا تأتي به الشريعة، فراعى النظام ذلك واستثنت هذه المادة بعض الحالات؛ إلا أن ذلك النظر المصلحي معلق بالمحكمة المختصة، فهو أدعى للضبط والتقدير.

المادة (٢١):

تنص هذه المادة على الآتي: «يعد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. ولا يترتب على بطلان^(١) العقد -الذي يتضمن شرط التحكيم- أو فسخه أو إنهائه بطلان شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته».

وجه التعلق:

هذه المادة يتضح فيها مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، بحيث لو بطل العقد الأصلي لأي سبب معتبر، فلا يلحق هذا الإبطال بشرط التحكيم، بل يبقى ملزماً للطرفين.

فلو أن أحد الطرفين دفع بالتمسك بشرط التحكيم، ودفع الطرف الآخر ببطلان العقد المتضمن لشرط التحكيم أمام المحكمة الابتدائية، فإنه يجب على المحكمة أن تحكم بعدم جواز النظر في الدعوى^(٢)؛

(١) البطلان هو: تخلف الآثار المقصودة من الفعل عليه. انظر: المحصول (١/١١٢)، الإحكام للآمدي (١/٤٥٨).

وبطلان حكم التحكيم يعني: إظهار المحكمة المختصة إلغاء الحكم بعبارة جازمة، وناجزة، وواضحة، وملزمة؛ لاشتراكه على أحد موجبات بطلانه. انظر: التفهيم شرح نظام التحكيم (٢٧٥).

(٢) وهذا ما تقتضيه المادة (١/١١) كما سبق. وعليه فإن المخول بالنظر في الدفع ببطلان شرط التحكيم أو سقوطه ونحو ذلك هي هيئة التحكيم وهذا نص ما ورد في المادة (١/٢٠) حيث جاء فيها: «تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنيّة على عدم وجود اتفاق تحكيم، أو سقوطه، أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع».

لوجود شرط التحكيم واستقلاله عن العقد الأصلي شريطة أن يكون شرط التحكيم صحيحاً في ذاته.

وهذا ما دلت عليه القاعدة الفقهية (الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم)؛ بل هذه المادة ذهبت بلزوم شرط التحكيم بعيداً حيث ألزمت به ولو مع بطلان العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم^(١).

المادة (٣٨ / ١ ج):

تنص هذه المادة على الآتي: «يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع، وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة، والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين».

وجه التعلق:

إن ما يشترطه المتعاقدان بينهما مما لا يخالف شرعاً، مما يجب مراعاته والنظر إليه من هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع بين المتعاقدين.

(١) لم يُنص على استقلال شرط التحكيم في نظام التحكيم السعودي القديم الصادر في ١٢ / ٧ / ١٤٠٣ هـ، وبالنص عليه في نظام التحكيم الجديد يكون نظام التحكيم السعودي قد انضم إلى الأنظمة الدولية التي نصت على ذلك. انظر مثلاً المادة (١ / ١٦) من قانون الأونسيتال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ م مع التعديلات التي اعتمدت في عام ٢٠٠٦ م، والمادة (١ / ٢٣) من قواعد الأونسيتال للتحكيم المعتمدة في عام ٢٠١٣ م، وكذلك انظر: قانون التحكيم المصري المادة (٢٣).

والمادة النظامية السابقة نصت على الإلزام بمراعاة شروط المتعاقدين حيث وردت عبارة: «يجب أن تراعي.....»، وكما هو مقرر في أصول الفقه أن لفظة الوجوب وما تصرف منها موضوعاً لمعنى الإلزام والحتم^(١)، والأصل في العقود والشروط الصحة وال لزوم، فتكون مراعاة تلك الشروط حتم ولازم على هيئة التحكيم.

المادة (٣٩)، والمادة (٥٠ / ١ / ز):

تنص المادة (٣٩) على الآتي: «١- يصدر حكم هيئة التحكيم المشكّلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية أعضائها بعد مداولة سرية. ٢- إذا تشعبت آراء هيئة التحكيم ولم يكن ممكناً حصول الأغلبية فلهيئة التحكيم اختيار محكم مرجح خلال (١٥) يوماً من قرارها بعدم إمكان حصول الأغلبية وإلا عينت المحكمة المختصة محكماً مرجحاً».

وترتبط هذه المادة مع ما جاء في المادة (٥٠ / ١ / ز): «إذا لم تراعي هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه، أو استند الحكم على إجراءات تحكيم باطلة أثرت فيه».

والمادة (٥٠) تتعلق بأحوال بطلان حكم التحكيم ومنها ما جاء في النص السابق.

(١) قال ابن عقيل في الواضح في أصول الفقه (٢/ ٤٥٩): «وأما الصريحة في الإيجاب بإجماع الناس: قول الأعلى للأدنى: أوجب عليك، أو افعل فقد أوجبت عليك أن تفعل... فهذه الألفاظ لا يقع الخلاف فيها؛ لأنها صريحة فيما وضعت له»، وانظر: التمهيد لأبي الخطاب (٢/ ٣٢٩)، نفائس الأصول (٢/ ١٥٢).

وجه التعلق:

اشترط النظام في صحة حكم التحكيم إذا كانت هيئة التحكيم مشكّلة من أكثر من محكم^(١) أن يصدر الحكم بالأغلبية، وعند عدم حصول الأغلبية تعين المحكمة المختصة مرجحاً.

وفي حالة أن هيئة التحكيم لم تلتزم بهذا الشرط، وأصدرت حكمها دون أغلبية، أو لم تطلب تعيين مرجح عند عدم حصول الأغلبية، مما ترتب عليه تأثير في مضمون الحكم، كان الحكم قابلاً للإبطال^(٢) كما نصت عليه المادة (٥٠ / ١ / ز).

ونلاحظ أن المادة (٥٠ / ١ / ز) عبرت بعبارة (الشروط الواجب توافرها)، وقد بينا سابقاً أن لفظة الوجوب وما تصرف منها موضوعاً لمعنى الإلزام والحتم، فتكون مراعاة هذه الشروط لازمة لصحة حكم التحكيم، وعدم مراعاتها يترتب عليه بطلان الحكم التحكيمي؛ إذ الأصل في العقود والشروط الصحة وال لزوم.

(١) إذا شكّلت هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد فإن النظام يشترط أن يكون العدد فردياً، جاء في المادة (١٣): «تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، على أن يكون العدد فردياً وإلا كان التحكيم باطلاً». وسبب كون العدد فردياً حتى يوجد مرجح عند الاختلاف وتحقق الأغلبية.

(٢) جاء في النواذر والزيادات للقيرواني (٨ / ٨٦): «ولو حكما بينهما رجلين، فحكم أحدهما دون الآخر، لم يجز ذلك حتى يحكما جميعاً».

المبحث الثاني

قاعدة (الضرر يزال)^(١)

المطلب الأول: معنى القاعدة:

الضرر في اللغة: خلاف النفع. يقال ضَرَّهُ يَضُرُّهُ ضَرًّا وقد ضَرَّه وضَارَّه بمعنى. والاسم الضَّرَرُ^(٢).

والمراد بالضرر في القاعدة: إلحاق المفسدة بالغير^(٣).

(١) هذه القاعدة بهذه الصيغة هي الأكثر في كتب القواعد الفقهية حيث يعبر بها عن القاعدة الكبرى، وهي شاملة عندهم لدفع الضرر قبل حصوله ورفعته بعد حصوله كما هو واضح في تمثيلهم للقاعدة، وعبر البعض بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وجعلوها صيغة للقاعدة الكبرى وأدرجوا قاعدة (الضرر يزال) ضمن القواعد المتفرعة عنها وخصوها بإزالة الضرر بعد حصوله بينما قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) تفيد دفع الضرر قبل حصوله ورفعته بعد حصوله. وقد سار هذا البحث على ما اختاره أكثر علماء القواعد الفقهية من التعبير بصيغة (الضرر يزال). انظر في هذه القاعدة وصيغها وأدلتها: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤١)، القواعد للحصني (١/ ٣٣٣-٣٣٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٧٣)، مجلة الأحكام العدلية (١٨)، درر الأحكام (١/ ٣٧)، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية (٣٥١).

ويجدر التنبيه هنا: أن نظام التحكيم والأنظمة القضائية عموماً إنما وضعت لإحقاق الحق ورفع الظلم والضرر؛ لذلك كثر ذكر المواد النظامية المتعلقة بهذه القاعدة بالنسبة للقواعد الأخرى، مع أنني لم أستطع ذكر جميع ما وقفت عليه، وإنما اقتصر على ما يحقق أهداف الموضوع.

(٢) انظر: الصحاح (٢/ ٧١٩)، مادة (ضرر)، مقاييس اللغة (٣/ ٣٦٠)، مادة (ضَرَّ).

(٣) انظر: التعيين شرح الأربعين (٢٣٦)، وانظر أيضاً في تعريف الضرر: المحصول (٦/ ١٠٥)، الإبهاج (٣/ ١٦٦).

فيكون معنى القاعدة أن إلحاق المفسدة بالغير بغير حق يجب دفعه قبل حصوله، كما أنه يجب إزالته في حال وقوعه وحصوله ما أمكن^(١).

المطلب الثاني: المواد النظامية المتعلقة بالقاعدة ووجه التعلق:

المادة (١١):

تنص هذه المادة على الآتي: «١- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد في شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى. ٢- لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم، أو الاستمرار فيها، أو إصدار حكم التحكيم».

وجه التعلق:

هذه المادة في فقرتها الأولى (١ / ١١) تتعلق بالدفع بوجود اتفاق التحكيم في حالة لجأ أحد أطراف النزاع إلى القضاء، وقد قيدت هذه المادة الدفع بأن يكون من جهة المدعى عليه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى يقوم به.

وفي الفقرة الثانية من نفس هذه المادة (٢ / ١١) تبين أن رفع الدعوى أمام القضاء من أحد طرفي النزاع لا يحول دون البدء في إجراءات

(١) انظر: درر الحكام (٣٧ / ١)، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية (٣٥٤)، المتمع في القواعد الفقهية (١٩٦، ٢٠٣).

التحكيم، أو الاستمرار فيها، أو صدور الحكم التحكيمي بما أن الطرف الآخر تمسك باتفاق التحكيم أمام القضاء.

وبذلك تعالج هذه المادة ضرراً قد يقع على الطرف المتمسك باتفاق التحكيم؛ فمن مقاصد اللجوء إلى التحكيم هو الإسراع بفض النزاع، ولو فرض تعطل إجراءات التحكيم عند الرفع إلى القضاء لطال أمد النزاع، وتضرر الطرف الآخر الذي من حقه التعجيل عن طريق تمسكه باتفاق التحكيم، وهذا الضرر المتوقع يجب دفعه قبل وقوعه، وهذا ما تفيده قاعدة (الضرر يزال).

المادة (١٦)، والمادة (١٧):

هاتان المادتان تتعلقان بضمان حقوق أطراف النزاع أمام هيئة التحكيم، وذلك بإفصاح المحكم عن استقلاله وحيدته، وبحق أطراف النزاع بمنع المحكم من النظر في الدعوى التحكيمية وسماعها، وبرده^(١)، وذلك حتى تسير العملية التحكيمية على طريق العدالة الذي يحقق المصلحة المرجوة منه دون إحداث ضرر بأي طرف من الأطراف.

(١) المراد بمنع المحكم: عدم قبوله في التحكيم بنظر الدعوى وسماعها متى اشتمل على حال من الأحوال المقررة في النظام.

والمراد ببرد المحكم: عدم تمكين المحكم من النظر في المنازعات التحكيمية موضوع النزاع لتوفر سبب من الأسباب التي تشكك في حياده واستقلاله.

المراد بالحياد: عدم الميل إلى جانب أحد الخصمين.

وهذا الميل قد يكون لأسباب خاصة أو شخصية.

فنصت المادة (١٦) على الآتي: «١- يجب ألا يكون للمحكم مصلحة في النزاع، وعليه -منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم- أن يصرح -كتابةً- لطرفي التحكيم بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يسوغها حول حياده واستقلاله، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطها علماً بها.

٢- يكون المحكم ممنوعاً من النظر في الدعوى وسماعها -ولو لم يطلب ذلك أحد طرفي التحكيم- في الحالات نفسها التي يُمنع فيها القاضي.

٣- لا يجوز ردّ المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حياده أو استقلاله، أو إذا لم يكن حائزاً المؤهلات اتفق عليها طرفا التحكيم، وذلك بما لا يخل بما ورد في المادة (الرابعة عشرة) من هذا النظام.

٤- لا يجوز لأي من طرفي التحكيم طلب ردّ المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب اتضحت بعد أن تم تعيين هذا المحكم».

فالمادة (١٦ / ١): تنص على أن المحكم يجب ألا يكون له مصلحة في النزاع؛ فوجود مصلحة له قد يؤثر على حكمه ويوقع ضرراً بأحد

= والمراد بالاستقلال: سلامة المحكم من نفوذ غيره عليه بحيث يؤثر عليه في إجراءاته وقراراته وحكمه.

انظر: التفهيم شرح نظام التحكيم (١١٩، ١٢٢، ١٢٣)، رد المحكم في التحكيم التجاري الدولي، كسنة المداني (٧).

طرفي النزاع، فدفعا لهذا الضرر المتوقع نصت هذه الفقرة على وجوب إفصاح المحكم لطرفي النزاع عن كل الظروف التي من شأنها أن تُثير شكوكاً لها ما يسوغها حول حياده واستقلاله.

وإن كان إفصاح المحكم حول كل الظروف التي قد تثير شكوكاً حول حياده واستقلاله أمراً ضامناً لتحقيق العدالة ودفع ما قد يقع من ضرر عند حيفه في حكمه، إلا أن المادة نصت على أمر مهم يضمن أيضاً عدم وقوع الضرر من جهة أخرى، وهي أن يستخدم أحد أطراف النزاع هذا الحق في تعطيل العملية التحكيمية، وخاصة عند شعوره أن الحكم لا يتجه لصالحه، فيقوم بالطعن في حيادية واستقلال المحكم، فاحتاطت هذه الفقرة من المادة وقيدت تلك الظروف التي تثير الشكوك بأن لها ما يسوغها^(١)، مما يضمن عدم تعسف أحد طرفي النزاع في استخدام هذا الحق ضد الطرف الآخر، وإضراره به، وفي ذلك احتياط ودفع للضرر قبل حصوله.

وفي المادة (٢/١٦) أيضاً: دفع لضرر متوقع قبل حصوله، وذلك بمنع المحكم من النظر في الدعوى التحكيمية وسماعها - ولو لم يطلب

(١) ورد في المبادئ التوجيهية للنقابة الدولية للمحامين (IBA) حول تضارب المصالح في التحكيم في المعيار (٢/ج): «تعتبر الشكوك مشروعة إذا توصل الشخص الثالث المتبصر الذي لديه معرفة بالوقائع والظروف ذات الصلة إلى استنتاج مفاده أن هناك احتمالاً بأن يتأثر المحكم عند اتخاذ قراره بعوامل أخرى غير وقائع القضية التي يكون قد عرضها الطرفان».

أحد طرفي التحكيم ذلك - في الحالات نفسها التي يُمنع فيها القاضي من النظر في الدعوى القضائية وسماعها.

وهذا المنع لتحقيق مصلحة طرفي النزاع ودفع ضرر قد يحصل على أحد الأطراف، فمثلاً من الحالات التي يمنع فيها القاضي من النظر في الدعوى وتسري على المحكم بنص هذه الفقرة من نظام التحكيم، وذكرها نظام المرافعات السعودي في المادة (٩٤): إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته.

ووجود الخصومة بالصورة التي ذكرت مما قد يدفع المحكم إلى الحيف في حكمه مما يوقع الضرر بأحد طرفي النزاع، فاحتاط النظام ومنع المحكم من النظر في الدعوى التحكيمية وسماعها ولو لم يكن ذلك بطلب من أحد أطراف التحكيم، منعاً للضرر قبل حصوله.

وأما الفقرة (٣/١٦) تتعلق بحق أطراف التحكيم برد المحكم، وقد قيدت المادة هذا الحق في حالتين^(١):

الحالة الأولى: عند قيام ظروف تثير الشكوك حول حيادية المحكم واستقلاله، وهذا ضمان لتحقيق العدالة ودفع لأي ضرر قد يحدث لأحد طرفي التحكيم، وكما في الفقرة (١/١٦) في منع المحكم قيدت

(١) حصر نظام التحكيم الجديد رد المحكم في هاتين الحالتين دون غيرهما، وهذا بخلاف نظام التحكيم السعودي القديم الصادر بالمرسوم الملكي (م/٤٦) بتاريخ (١٢/٧/١٤٠٣هـ): حيث أحال إلى أسباب رد القاضي، ونصها: «يطلب رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي...».

هذه الفقرة هذه الشكوك بأن تكون شكوكاً جدية حتى لا يتعسف في استخدامها من أي طرف ضد الآخر فيوقع الضرر به؛ إذ يترتب على رد المحكم بعض الآثار التي قد توقع الضرر بأحد الأطراف، فقد جاء في المادة (٣ / ١٧)، و(٤ / ١٧) بيان لآثار هذا الرد، ونصه: «٣- يترتب على تقديم طلب الرد أمام هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم، ولا يترتب على الطعن في حكم هيئة التحكيم الصادر برفض طلب الرد وقف إجراءات التحكيم.

٤- إذا حكم برد المحكم -سواء من هيئة التحكيم، أم من المحكمة المختصة عند نظر الطعن- ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم -بما في ذلك حكم التحكيم- كأن لم يكن».

فعند قبول طلب الرد توقف إجراءات التحكيم، أما إذا حكم برد المحكم فكل ما سبق من إجراءات التحكيم يعتبر لاغياً كأن لم يكن، وهذه الآثار لا شك أنها مؤثرة، فحتى لا يتعسف في استعمال حق الرد ويترتب عليها ضرر على أحد الأطراف أحاط النظام هذا الحق بسياسات منيع، فلا بد أن تكون الأسباب المؤدية إليه جدية حتى لا تعود بالضرر بدل النفع.

الحالة الثانية من حالات رد المحكم: إذا لم يكن المحكم حائزاً على مؤهلات اتفق عليها طرفا التحكيم، بما لا يخل بشروط المحكم^(١)،

(١) وقد نصت المادة (١٤) من نظام التحكيم على هذه الشروط.

ف عندها لأطراف التحكيم الحق في رد المحكم؛ لأن المقصود من تعيين المحكم فض النزاع في موضوع معين، وهذا الموضوع قد يحتاج إلى مؤهلات في علم ما^(١)، كأن يكون النزاع متعلقاً بأمور محاسبية، فيشترط الطرفان أن يكون المحكم حائزاً على شهادة جامعية في المحاسبة، أو تكون له خبرة عدد كذا من السنوات في مجال العمل في المحاسبة.

فإذا تخلفت هذه المؤهلات في المحكم قد يعود ذلك على خلل في الحكم يرجع على أطراف التحكيم بالضرر، فلهم الحق بدفع هذا الضرر أو رفعه حال حصوله بطلب رد المحكم لتخلف شرطهم فيه^(٢).

أما الفقرة (٤ / ١٦) من نفس المادة فقد بينت أنه لا يجوز لأي من طرفي التحكيم طلب ردّ المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب اتضحت بعد أن تم تعيين هذا المحكم.

وعدم جواز رد المحكم ممن عينه أو اشترك في تعيينه فيه زيادة قيود في استخدام حق رد المحكم، وهذه القيود تقيد استخدام هذا الحق

(١) قال الجويني في نهاية المطلب عند حديثه عن شروط الحكمين بين الزوجين (٢٨٦ / ١٣): «ولكن لا بُدَّ أن يكونا عالمين بحكم الواقعة، فالعقل يرشدهما إلى وجه الرأي والتحويم على الأسرار والخفايا، وحكم الواقعة تقريراً أو تفريقاً على حسب الاستصواب».

(٢) جاء في مواهب الجليل شرح مختصر خليل (١١٢ / ٦): «أن الجاهل يتفق على بطلان حكمه؛ لأن تحكيمه خطر وغرر»، وفي الشرح الصغير للدردير (١٩٨ / ٤): «(و) غير (جاهل) بأن يكون غالباً عالماً بما حكم به إذ شرط الحاكم أو المحكم العلم بما يحكم به وإلا لم يصح ولم ينفذ حكمه».

حتى لا يتعسف في استخدامه إضراراً بطرف، فمن عين محكماً أو اشترك في تعيينه يعتبر هذا رضاً به وبما عُلم من أسباب الرد القائمة بالمحكم عندئذ، وهذا العلم كاف في إسقاط حق الرد عنه.

إلا أن هذا التعيين للمحكم لا ينبغي أن يكون من جهة أخرى ملحقاً للضرر؛ فقد تظهر عيوب في المحكم بعد تعيينه لا يعلمها الطرف الذي عينه أو شارك في تعيينه، فلو قلنا بإسقاط حق هذا الطرف برد المحكم لمجرد أنه عينه أو شارك في تعيينه لألحقنا الضرر به، فهذه العيوب قد تكون مؤثرة على هذا الطرف، فدفعاً لأي ضرر يمكن أن يحصل بذلك، ورفعاً له لو حصل ووقع، حفظ النظام رد المحكم بهذا السبب.

وترتبط بالمواد المنظمة لرد المحكم -بجانب المادة السابقة- المادة (٢/١٧): «٢- لا يُقبل طلب الردّ من سبق له تقديم طلب بردّ المحكم نفسه في التحكيم نفسه، للأسباب ذاتها».

وهذا تقييد -يضاف على ما سبق من قيود- لحق أطراف التحكيم في رد المحكم، حيث بينت هذه المادة عدم قبول تكرار طلب الرد إذا صدر ممن سبق له تقديم طلب بردّ المحكم نفسه في التحكيم نفسه، للأسباب ذاتها؛ لأن فيه إضراراً بالطرف الآخر بتعطيل إجراءات التحكيم، هذا مع مناقضته للمقصود من اللجوء إلى التحكيم، الذي هو تقصير أمد النزاع لا إطالته.

فدفعاً لهذا الضرر منعت هذه المادة من تكرار طلب الرد بالقيود التي تضمنتها.

المادة (١٨):

تنص هذه المادة على الآتي: «١- إذا تعذر على المحكم أداء مهمته، أو لم يباشرها، أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مسوغ له في إجراءات التحكيم، ولم يتنح، ولم يتفق طرفا التحكيم على عزله، جاز للمحكمة المختصة عزله بناءً على طلب أي من الطرفين، بقرار غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن.

٢- ما لم يكن المحكم معيناً من المحكمة المختصة، فإنه لا يُعزل إلا باتفاق طرفي التحكيم، دون إخلال بما ورد في الفقرة (١) من هذه المادة، وللمعزول المطالبة بالتعويض إن لم يكن العزل قد حصل بسبب منه».

وجه التعلق:

تعطي هذه المادة لأطراف التحكيم الحق في عزل المحكم إذا وجدت حالة من الحالات التي نص عليها النظام، ومنها هذه الحالات المنصوص عليها في هذه المادة.

وحق عزل المحكم في الحالات المذكورة فيه حماية للدعوى التحكيمية، فتعذر المحكم من أداء مهمته لأي سبب كمرض أو عجز أو غيره، أو عدم مباشرته لمهمة التحكيم بعد تعيينه، أو انقطع عن

إكمال مهمته بعد البدء بها، كل هذه مسوغات لعزله؛ لأنها تؤدي إلى تأخير لا مسوغ له في إجراءات التحكيم كما نصت على ذلك المادة (١٨ / ١)، وهذا التأخير فيه إلحاق الضرر بطرفي التحكيم؛ حيث ينافي قصدهم في سرعة الفصل في النزاع القائم بينهما عن طريق التحكيم، والضرر تجب إزالته.

إلا أن حق طرفي التحكيم بعزل المحكم قد يعتريه ما يعتري الحقوق من التعسف في استعماله، فيلحق المحكم ضرراً بهذا العزل يستوجب الرفع، هذا الضرر قد يكون مادياً أو معنوياً، فالمحكم قد تتأثر سمعته بهذا العزل غير المشروع^(١)، فضمنت المادة (١٨ / ٢) هذا الحق فنصت على أن للمحكم المعزول المطالبة بالتعويض إن لم يكن العزل قد حصل بسبب منه وهذا فيه إزالة للضرر الواقع عليه.

المادة (٢٢ / ١)، والمادة (٢٣ / ١)، والمادة (٣٩ / ٥):

جاء في المادة (٢٢ / ١): «للمحكمة المختصة أن تأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية^(٢) بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم قبل البدء في

(١) انظر: الوجيز في شرح نظام التحكيم (١٨٨).

(٢) لم يقدم نظام التحكيم السعودي تعريفاً للتدابير المؤقتة أو التحفظية، وكذلك غير واضح هل المصطلحان متغايران أو مترادفان، ولقد جاء في قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (٢٦) تعريفاً للتدابير الوقائية ما نصه: «التدبير المؤقت هو أي تدبير تأمر بمقتضاه هيئة التحكيم أحد الأطراف في أي وقت يسبق إصدار قرار التحكيم، الذي يفصل في المنازعة نهائياً، أن يقوم

إجراءات التحكيم أو بناءً على طلب هيئة التحكيم أثناء سير إجراءات التحكيم، ويجوز الرجوع عن تلك الإجراءات بالطريقة نفسها، ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك».

جاء في المادة (٢٣ / ١): «يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم -بناءً على طلب أحدهما- أن تأمر أيًا منهما باتخاذ ما

= على سبيل المثال لا الحصر بأي مما يلي...». فاستخدم قانون الأونسترال تعبير التدابير المؤقتة ولم يضم إليه مصطلح التحفظية، أما قواعد التحكيم للمركز السعودي للتحكيم التجاري فقد عنونت المادة (٢٨): بالتدابير المؤقتة والتحفظية وغيرها من الإجراءات، لكن عند ذكر فقرات المادة اقتصرت على مصطلح التدابير المؤقتة دون التحفظية.

والذي يظهر أن الموضوع فيه سعة؛ فمن عبّر بالتدابير المؤقتة عند التفصيل يذكر عند التمثيل أو التفصيل ما يسميه البعض بالتدابير التحفظية، والتفصيل -في نظري- أجود؛ لأنه يجلي المصطلحات بصورة أفضل، فعرف بعضهم التدابير الوقائية بأنها: الأوامر التي تصدرها المحكمة المختصة في الإجراء الذي تتخذه بناءً على طلب هيئة التحكيم أو طلب أحد طرفي التحكيم بصفة مؤقتة من أجل معالجة وضع قائم حين الفصل في النزاع. وذلك مثل بيع السلع التي يخشى تلفها.

أما التدابير التحفظية: فهي الأوامر التي تصدرها المحكمة المختصة في الإجراء الذي تتخذه من أجل حماية مال أو حق ريثما يفصل في النزاع بناءً على طلب هيئة التحكيم أو طلب أحد طرفي التحكيم. وذلك مثل المنع من السفر والحجز التحفظي على المتنازع فيه.

انظر: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق (٣٩٩-٤٠٥)، التفهيم شرح نظام التحكيم (١٥٣-١٥٤)، تنفيذ التدابير الوقائية والتحفظية الصادرة عن هيئة التحكيم، بشرى عمور، وهارون أوراوان، بحث منشور في مجلة القانون والمجتمع الصادرة من جامعة أدرار، الجزائر، المجلد العاشر، العدد الأول (ص ٣٠١-٣٠٤).

تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع. وهيئة التحكيم أن تلزم الطرف الذي يطلب اتخاذ تلك التدابير تقديم ضمان مالي مناسب لتنفيذ هذا الإجراء».

وجاء في المادة (٣٩/٥): «لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية^(١) أو في جزء من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك».

وجه التعلق:

تتعلق هذه المواد بالأحكام والتدابير الوقائية والتحفظية المستعجلة، والتي قد تتخذ في العملية التحكيمية؛ من أجل توفير الحماية أو تفادياً لضرر قد يحصل لما يخشى عليه التلف أو الهلاك أو التلاعب، أو تحكم الهيئة التحكيمية بحكم مستعجل كالنفقة الوقائية كنفقة المدين المفلس من

(١) انظر: الحكم الوقائي: هو الحكم الذي يصدر أثناء نظر التحكيم، ويتعلق باتخاذ إجراء طارئ. مثل الحكم بالنفقة الوقائية، أو الحكم بالحراسة القضائية. والفرق بين الأحكام الوقائية والتدابير الوقائية: أن الأحكام الوقائية تتعلق بموضوع النزاع ولا تمس إجراءات سير الدعوى، إلا أنها تتم أثناء سير الدعوى، أما التدابير الوقائية فإنها تتعلق بإجراءات سير الدعوى. كما أن هناك فروقاً في الآثار القانونية المختلفة المترتبة عليها. وتشترك الأحكام الوقائية والتدابير الوقائية في ضرورة التدخل بصفة مستعجلة لتدارك أضرارها. انظر: الوجيز في شرح نظام التحكيم (٢٨٧-٢٨٩)، التفهيم في شرح نظام التحكيم (٢٣٩).

ماله قبل قسمته على الغرباء؛ وذلك للمحافظة على الأوضاع القائمة، وصيانة لمصالح طرفي التحكيم، حتى يصدر الحكم في الدعوى الأصلية^(١). ويشترط في هذه الأحكام والتدابير بأن تتصف بصفة الاستعجال، بحيث تتوفر فيها شروط الدعوى المستعجلة، والتي يهمنها منها أن يتوافر الاستعجال بمعنى أن يوجد خوف من احتمال وقوع ضرر بالحقوق إذا لم يحصل المدعي على الحماية الوقتية المطلوبة^(٢).

وقد جاء في قواعد المركز السعودي للتحكيم التجاري ما يفصل أكثر في الغرض من هذه التدابير وأهم الحالات التي تشملها^(٣)، ففي المادة (٢٨/٢) من قواعد المركز: «أن التدابير المؤقتة قد تشمل أمراً بأي مما يلي..». وذكرت المادة عدداً من الأمور، وجاء في الفقرة (٢٨/٢/ب): «اتخاذ إجراء يمنع حدوث ضرر محقق أو وشيك الحدوث». فهو ضرر محقق أو وشيك يلزم اتخاذ تدابير مستعجلة تدفعه قبل حصوله على الطرف المتضرر.

- (١) انظر: قانون نظام التحكيم (٣٩٩-٤٠٠)، الوجيز في شرح نظام التحكيم (٢٨٧-٢٨٩)، التفهيم في شرح نظام التحكيم (٢٣٩-٢٤٠).
- (٢) انظر: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق (٤٠٠)، الوجيز في شرح نظام التحكيم (٢٨٨).
- (٣) انظر أيضاً: قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (٢٦).

إلا أنه يجب على الطرف الذي يدعي وجود ضرر محقق أو وشيك الحدوث أن يقدم ما يقنع هيئة التحكيم بذلك ففي المادة (٢٨/٣/أ) من قواعد المركز السعودي للتحكيم التجاري: «على مقدّم الطلب أن يقنع هيئة التحكيم بالآتي: أ/ أن من المرجح أن يُحدث عدم اتخاذ التدبير ضرراً لا يمكن جبره على نحو وافي من خلال حكم بالتعويض، وأن ذلك الضرر يفوق بكثير الضرر الذي يُحتمل أن يلحق بالطرف المستهدف بذلك التدبير، إذا ما اتُخذ».

فيتضح مما سبق أن النزاع في التحكيم قد يستدعي سرعة اتخاذ تدابير أو أحكام مؤقتة أو تحفظية؛ لأجل تحقق مصلحة طرفي التحكيم، منها تفادي ضرر محقق أو وشيك الحدوث يلحق بأحد طرفي النزاع، وفي اتخاذ تلك التدابير دفع لذلك الضرر عنه قبل حصوله، وهذا ما تفيده قاعدة (الضرر يزال).

إلا أن حق أحد طرفي التحكيم في تقديم طلب لاتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية لدفع ضرر متحقق أو وشيك أو غيرها من الحالات التي تستدعي هذه التدابير يجب ألا يستخدم تعسفياً بحيث يلحق بالطرف الآخر ضرراً غير مشروع، لذلك احتاطت المادة (٢٣/١) لهذا الأمر، حيث جاء فيها: «يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم -بناءً على طلب أحدهما- أن تأمر أيّاً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع. وهيئة التحكيم أن تلزم

الطرف الذي يطلب اتخاذ تلك التدابير تقديم ضمان مالي مناسب لتنفيذ هذا الإجراء».

فإلزام هيئة التحكيم - وهذا من سلطات الهيئة التقديرية - الطرف الذي يطلب اتخاذ تلك التدابير بضمان مالي مناسب يضمن من جهة تغطية نفقات تنفيذ تلك التدابير في حالة الحاجة إلى ذلك، ومن جهة أخرى أنه قد يظهر بعد تنفيذ هذه الإجراءات أن طلب التدبير كان تعسفياً، فيلحق الضرر الطرف الآخر^(١)، فهذا الضمان المالي قد يدفع هذا الضرر الواقع، والضرر يجب أن يزال.

المادة (٤٦ / ١)، والمادة (٤٧ / ١)، والمادة (٤٨ / ١):

نصت المادة (٤٦ / ١) على ما يلي: «يجوز لكل واحد من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض. ويجب على طالب التفسير إبلاغ الطرف الآخر على عنوانه الموضح في حكم التحكيم بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم».

- ونصت المادة (٤٧ / ١) على ما يلي: «تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم. وتجري

(١) انظر: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق (٤٠٣)، الوجيز في شرح نظام التحكيم (١٩٨).

هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة خلال خمسة عشر يوماً التالية لتاريخ صدور الحكم، أو لإيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال».

- ونصت المادة (٤٨ / ١) على ما يلي: «يجوز لكل من طرفي التحكيم ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم؛ إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم. ويجب إبلاغ الطرف الآخر على عنوانه الموضح في حكم التحكيم بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم».

وجه التعلق:

قد يعتري الحكم التحكيمي نقص بوجه من الوجوه، إما في منطوقه فيعتريه غموض كما ورد في المادة (٤٦ / ١)، أو خطأ مادي - كتابي أو محاسبي - كما ورد في المادة (٤٧ / ١)، أو يعتريه إغفال لموضوع مشمول باتفاق التحكيم ولم يحكم به، كما ورد في المادة (٤٨ / ١).

وهذه الأمور مما تعود على طرفي النزاع بالضرر، فجاءت هذه المواد لرفع الضرر الحاصل بذلك.

فالحكم التحكيمي إذا وردت على منطوقه عدة احتمالات في المعنى اكتنفه الغموض، وبالتالي لم ينتج الفائدة منه وهو التنفيذ لصالح المحكوم له، ولرفع هذا الضرر فإنه يجوز لكل واحد من طرفي

التحكيم أن يطالب بتفسير الحكم من هيئة التحكيم في خلال المدة المنصوص عليها في المادة (٤٦ / ١).

كذلك إذا وقع خطأ كتابي في بيانات الحكم، أو كان موضوع النزاع تتعلق به عمليات حسابية فوق الخطأ فيها، كأن يذكر في الحكم عملة بدلاً من عملة أخرى، أو تجمع الأرقام جمعاً خاطئاً، فهذا قد يلحق ضرراً بأحد طرفي التحكيم، وهو ضرر تجب إزالته، فعالجت المادة (٤٧ / ١) هذا الأمر فالهيئة من تلقاء نفسها تصلح هذا الخطأ إذا تبين لها، أو بناء على طلب أحد الخصوم، وتجري الهيئة التحكيمية التصحيح خلال المدة المبينة في المادة.

وقد تغفل الهيئة التحكيمية الفصل في بعض الطلبات المشمولة باتفاق التحكيم، وهذا فيه إيقاع للضرر على أحد طرفي التحكيم، أو على كليهما، فرفعاً لهذا الضرر الحاصل أجازت المادة (٤٨ / ١) لكل من طرفي التحكيم ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم؛ إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم.

المادة (٤٩)، والمادة (٥٠ / ١، ٢):

تنص المادة (٤٩) على الآتي: «لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا النظام الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن،

عدا رفع دعوى بطلان حكم التحكيم^(١) وفقاً للأحكام المبينة في هذا النظام».

وتنص المادة (١/٥٠) على الآتي: «١- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً، أو قابلاً للإبطال، أو سقط بانتهاء مدته. ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً الأهلية، أو ناقصها، وفقاً للنظام الذي يحكم أهليته. ج- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إبلاغه إبلاغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته. د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق أي من القواعد النظامية التي اتفق طرفا التحكيم على تطبيقها على موضوع النزاع. هـ- إذا شكلت هيئة التحكيم أو عين المحكمون على وجه مخالف لهذا النظام، أو لاتفاق الطرفين. و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على

(١) يعرف البطلان قانونياً بأنه: الجزء القانوني على عدم استتجاع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها. وعرفه آخرون بأنه: وصف يلحق تصرفاً قانونياً معيباً لنشأته، مخالفاً لقاعدة قانونية، يؤدي إلى عدم نفوذه. انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري (٨٩/٣)، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري لجميل شرفاوي (٦٨).

أما تعريف بطلان حكم التحكيم بخصوصه فقد سبق تعريفه ص ١٣ هامش رقم (١).

الأجزاء غير الخاضعة للتحكيم وحدها. ز- إذا لم تراعى هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه، أو استند الحكم على إجراءات تحكيم باطلة أثرت فيه.

٢- تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام في المملكة، أو ما اتفق عليه طرفا التحكيم، أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها بموجب هذا النظام».

وجه التعلق:

قد تصدر هيئة التحكيم حكماً نهائياً في موضوع النزاع بين طرفي التحكيم، إلا أن أحد طرفي التحكيم قد يرى أن هذا الحكم التحكيمي قد جانبه الصواب، وقد شابه ما يبطله من مسببات البطلان، وفي إمضائه ضرر عليه، فحفظ له النظام رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم، مما يدفع عنه الضرر الواقع عليه^(١).

والمادة (٥٠/١، ٢) أشارت إلى الحالات التي تقبل فيها دعوى بطلان الحكم التحكيمي، وهذه الحالات متحقق فيها الضرر بشكل أو بآخر، والضرر تجب إزالته.

(١) قال ابن فرحون في تبصرة الحكام (١/٦٣): «إذا حكم المحكم فليس لأحد أن ينقض حكمه، وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم». وانظر: التاج والإكليل (٨/١٠٠).

ففي الفقرة (٥٠ / ١ / أ) نصت على أن من حالات البطلان أن يكون اتفاق التحكيم باطلاً أو قابلاً للإبطال، ووقوع الضرر في حالة كون اتفاق التحكيم باطلاً أو قابلاً للإبطال يتضح بالمثل: فالاتفاق الباطل كأن يتولى اتفاق التحكيم في أحد طرفيه فاقد الأهلية كالمجنون والصغير، أو ناقصها كالمحجور عليه لسفه^(١) - وهذا ما نصت عليه الفقرة (٥٠ / ١ / ب) من نفس المادة -، والضرر في هذا واضح، فالصغير والمجنون ممن هو فاقد الأهلية لا يملك أن يتصرف لنفسه فكيف يكون مصدراً للالتزام^(٢)، فما يقوم به لا ينتج آثاره ولا ينفذ، ويعتبر كأن لم يكن فهو في حكم المعدوم، وأيضاً هناك ضرر من جهة أخرى، وهي أن في اللجوء إلى التحكيم تنازلاً عن رفع الدعوى أمام القضاء، وبالتالي التخلي عن الضمانات التي يقدمها القضاء التقليدي للأفراد،

(١) عرف نظام المعاملات المدنية عديم الأهلية في المادة (١٣) بأنه: «كل شخص فاقد للتمييز لصغر أو جنون»، وبين النظام في نفس المادة أن من لم يتم السابعة من عمره فإنه لا يعد مميزاً. وأما ناقص الأهلية فقد ورد في المادة (١٤): «ناقصو الأهلية هم: ١ - الصغير الذي بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد ٢ - المعتوه، وهو: ناقص العقل الذي لم يبلغ حد الجنون ٣ - المحجور عليه لسفه، أو لكونه ذا غفلة». وأما كامل الأهلية فعرفه النظام في المادة (١٢) بأنه: «كل شخص بلغ سن الرشد، متمتعاً بقواه العقلية، ولم يُحجر عليه»، وحدد النظام في نفس المادة سن الرشد بأنه تمام ثنائي عشرة سنة هجرية.

(٢) جاء في حاشية قليوبي على شرح المحلي على منهاج الطالبين (٤/ ٢٩٩): «قوله: (ولو حكم خصمان) أي رشيدان يتصرفان لأنفسهما».

وتقدير المصلحة في ذلك من عدمها لا بد له من شخص كامل الأهلية، فكيف لفاقد الأهلية أو ناقصها أن يقدر ذلك؟^(١).

وأما الاتفاق القابل للإبطال كأن يشوب إرادة أحد أطراف التحكيم عيب من عيوب الإرادة كالإكراه، أو التغرير، أو التدليس ونحو ذلك، مما تعود بالضرر على صاحبها^(٢)؛ فتقديره لمصلحته من اتفاق التحكيم ناقصة أو معدومة، ولو كانت إرادته سليمة لربما لم تتجه إلى التعاقد على اتفاق التحكيم.

أما الفقرة (٥٠ / ١ / ج) فهي تتعلق بالإخلال بمبدأ أصيل من مبادئ العدالة وهي المواجهة بين الخصوم والمساواة بينهم، فإذا اختل ذلك بأن تعذر على أحد الأطراف تقديم دفاعه بسبب عدم إبلاغه إبلاغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته؛ فهذا ضرر واقع على هذا الطرف تجب إزالته بإعطائه الحق في رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

وفي الفقرة (٥٠ / ١ / د) الضرر واقع من جهة تنحية إرادة الطرفين، فلو اتفق الطرفان على قواعد نظامية محددة لتطبيقها على موضوع النزاع - كالقواعد الإجرائية لمركز التحكيم السعودي مثلاً -، إلا أن

(١) انظر: بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض عليه (التمييز) دراسة مقارنة (٤٥).

(٢) انظر في تعريف الاتفاق القابل للإبطال: الوسيط في شرح القانون المدني، للسنيهوري (١ / ٤٩٣، ٤٩٤)، توضيح نظام التحكيم (٦٠).

حكم التحكيم استبعد تطبيق هذه القواعد، فإن هذا يكون كافياً في الحكم بطلان الحكم التحكيمي.

وفي الفقرة (٥٠ / ١ / هـ) ضرر من جهة تشكيل هيئة المحكمين أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للنظام أو لاتفاق طرفي التحكيم: فالنظام موضوع لتحقيق مصالح المتنازعين، ومخالفته فيه ضرر عليهما، فلو شكلت الهيئة التحكيمية مثلاً بعدد زوجي مخالفة في ذلك النظام الذي اشترط أن يكون العدد وتراً، فلو فرضنا أن الهيئة التحكيمية المكونة من عدد زوجي لم يتفقوا على حكم معين، وانقسمت الهيئة إلى فريقين متساويين، كل فريق من محكمين، فكيف يتم حسم هذا الخلاف؟!، وسيترتب عليه ضرر آخر وهو إطالة أمد الفصل في النزاع، إذ قد يحتاج إلى تعيين محكم مرجح في هذه الحالة، مما يحتاج معه إلى إجراءات قد تطول.

كذلك إذا عين المحكمون على وجه مخالف للنظام كأن تخلفت الشروط التي ذكرت في المادة (١٤) من النظام كشرط كمال الأهلية، أو حسن السيرة والسلوك، أو تخلف شرط عدم حمل المحكم للمؤهلات المشترطة، فهذا فيه ضرر واضح؛ فالتحكيم في إثبات للحقوق أو إسقاطها، فلا بد من شروط فيمن يقوم بهذا العمل تؤهله لمثل هذا الأمر الخطير^(١).

(١) ورد في التبصرة للخمّي المالكي (٥٣٣٧ / ١١): «إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلاً من أهل الاجتهاد، أو عامياً واسترشد العلماء، فإن حكم ولم يسترشد لم =

وفي الفقرة (٥٠ / ١ / و): الضرر واقع من جهة أن هيئة التحكيم تجاوزت صلاحيتها، وحكمت في أمور لا يشملها اتفاق التحكيم، فهو حكم وارد في غير المحل، فلا ينتج أثره، مما يوقع ضرراً على طرفي التحكيم من عدة جهات، منها تنحية إرادة الطرفين في الفصل في موضوع محدد، ومنها إطالة الفصل في موضوع النزاع؛ فالطرف المتضرر يضطر إلى رفع دعوى البطلان إلى المحكمة المختصة، وهذا سيأخذ وقتاً، مع مخالفته لمقصود طرفي التحكيم؛ لأن المقصود الأساسي من التحكيم هو التعجيل بفض النزاع.

وفي الفقرة (٥٠ / ١ / ز) ضرر من جهة تأثر مضمون الحكم عند عدم مراعاة الشروط الواجب توافرها في الحكم^(١) أو استناده إلى إجراءات باطلة، فالحكم التحكيمي هو المقصد النهائي من العملية التحكيمية، فما يؤثر في مضمونه سيعود بضرر على طرفي التحكيم، كأن يصدر الحكم بدون أغلبية مثلاً، أو يكون حكم التحكيم خالياً من ملخص لاتفاق التحكيم، أو لأقوال وطلبات طرفي التحكيم ومرافعاتهم ومستنداتهم.

= يجوز ورُدّ، وإن وافق قول قائل؛ لأن ذلك التحكيم تخاطر منها وغرر، ولا فرق بين التخاطر في البيع والحكم، بل هو في الحكم أشد؛ لأن التخاطر في البيع قد يكون في بعض صفاته، والبيع ثابت للمشتري على كل حال، والتخاطر في الحكم في جميع الحق يثبت أو يسقطه». وانظر: الذخيرة للقرافي (٣٦ / ١٠)، تبصرة الحكام (٦٣ / ١).

(١) وردت هذه الشروط في المادة (٤٢) من نظام التحكيم السعودي.

والمادة (٥٠ / ٢) وجه الضرر فيها واضح؛ فإن مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية^(١) ضرر محض ولا شك، كأن يتضمن الحكم التحكيمي الحكم بالفوائد الربوية.

كذلك مخالفة النظام العام^(٢) الذي هو من المصالح العليا التي ترعاها الدولة، وتحقيق للمجتمع الحماية اللازمة لاستقراره، وتحقيق العدالة لأفراده، فلا شك أن في مخالفتها ضرراً.

أما المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها بموجب نظام التحكيم^(٣)، فالحكم فيها أيضاً ملحق للضرر، فمثلاً من المسائل التي لا يجوز أن يفصل فيها التحكيم المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، والتي منها على سبيل المثال القصاص والحدود، فإنها من الأمور التي يكون عند إقامتها تدافع وتغالب؛ حيث لا يؤمن فيها الحيف أو الميل لأحد

(١) مراد المنظم بمخالفة أحكام الشريعة الإسلامية: «هو مصادمة نص من نصوصها القاطعة أو مبدأ من مبادئها الثابتة»، وجاء هذا التفسير في مدونة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٦ هـ، (١٤٧-١٦٨)، رقم قضية الاستئناف (٥١٩٠ / ٢ / س)، تاريخ الجلسة ٢٤ / ٢ / ١٤٣٦ هـ. وانظر أيضاً: التفهيم شرح نظام التحكيم (٢٢٤-٢٢٥).

(٢) المراد بالنظام العام هو: «مجموعة الأحكام والإجراءات الموضوعية لحماية المجتمع وتحقيق النفع العام له في الدنيا والآخرة والتي لا يجوز لأحد مخالفتها أو إسقاطها أو تعديلها أو الاتفاق على خلافها»، وذلك مثل الحفاظ على الضروريات الخمس التي جاءت بها الشريعة: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال. انظر: النظام العام للدولة المسلمة، لعبد الله بن سهل العتيبي (٥٥)، الوجيز في شرح نظام التحكيم (٣٧٦).

(٣) نص النظام في المادة (٢): «ولا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح».

الخصوم؛ لكون المحكم مختاراً من أحد الخصوم، وربما كان التحكيم بمقابل مادي فتعظم التهمة، ولذلك اختص بها الإمام دون غيره حفظاً للمجتمع من الفتن والاضطراب^(١)، كذلك فإن القصاص والحدود، المقصود منها الردع والعقوبة، واتفاق الخصوم مما ينافي ذلك أو يضعفه^(٢)، وهذا ضرر يبيّن، فجاء النظام بحق رفع هذا الضرر برفع دعوى بطلان الحكم، وخوّل المحكمة أن تحكم بذلك من نفسها.

(١) ورد في العزيز شرح الوجيز (١٢/ ٤٣٧): «فأما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف، فلا يجوز التحكيم فيها؛ لأنها أمور خطيرة، فتناط بنظر القاضي ومنصبه». وانظر: مغني المحتاج (٦/ ٢٦٨).

(٢) انظر: الشرح الكبير على مختصر خليل (٤/ ١٣٦). وانظر أيضاً: التحكيم في الشريعة الإسلامية (٥٤)، التحكيم في المسائل الجنائية في الشريعة الإسلامية، خميس بن سعد الغامدي، بحث منشور في مجلة قضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد (١٣)، ١٤٤٠هـ، (ص ٣٨٢).

المبحث الثالث

قاعدة (لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان)^(١)

المطلب الأول: معنى القاعدة:

المراد بالسكوت في هذه القاعدة: ترك التكلم مع القدرة عليه^(٢).

ومعنى القاعدة: أن الأصل واليقين أن الساكت القادر على الكلام لا يترتب على سكوته أي أثر من آثار النطق القولي من الأحكام والتصرفات ونحوها، لكن يستثنى من هذا الأصل السكوت في وقت لزوم البيان والحاجة إليه فإنه ينزل منزلة النطق القولي، فيعتبر إقراراً وبياناً ورضاً بالحال^(٣).

المطلب الثاني: المواد النظامية المتعلقة بالقاعدة ووجه التعلق:

المادة (٧):

تنص هذه المادة على الآتي: «إذا استمر أحد طرفي التحكيم في إجراءات التحكيم - مع علمه بوقوع مخالفة لحكم من أحكام هذا

(١) انظر في هذه القاعدة وصيغها وأدلتها وقيودها: الأم (١/ ٢٧٥)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/ ١٦٧)، المنشور (٢/ ٢٠٥)، إيضاح المسالك (٣٧٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٢٩)، درر الحكم (١/ ٦٦).

(٢) انظر: التعريفات للجرجاني (١٢٠).

(٣) انظر: درر الحكم (١/ ٦٦)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (٢٠٥)، الممتع في القواعد الفقهية (١٤٠).

النظام مما يجوز الاتفاق على مخالفته أو لشرط في اتفاق التحكيم - ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه، أو خلال ثلاثين يوماً من علمه بوقوع المخالفة عند عدم الاتفاق، عُدَّ ذلك تنازلاً منه عن حقه في الاعتراض».

وجه التعلق:

نصت القاعدة على اعتبار السكوت عند الحاجة إلى البيان إقراراً ورضاً بالحال القائمة، فينزل منزلة القول في ترتب الأحكام عليه، لكن بشرط أن تكون هناك دلالة من حال المتكلم، تخرج السكوت من السكوت المجرد عن أي دلالة والذي لا تبني عليه الأحكام، إلى سكوت ينزل منزلة القول وتبني عليه الأحكام.

وهذا ما تنطبق عليه هذه المادة من مواد نظام التحكيم السعودي؛ حيث قررت أنه إذا وقعت مخالفة لأحد أحكام نظام التحكيم مما يجوز الاتفاق على مخالفته^(١)، أو لشرط في اتفاق التحكيم، واستمرت إجراءات التحكيم بحضور طرفي النزاع، ولم يعترض أحد طرفي نزاع على هذه المخالفة، ولم يقدم أي دفع في المدة المتفق عليها بين الطرفين

(١) انظر مثال ذلك المواد من نظام التحكيم السعودي: (٢٦)، (١/٢٩)، (٣٤)، (٣/٣٩)، (٢/٤٠)، وغيرها، كما أن في نظام التحكيم السعودي مواد أمرة لا يجوز مخالفتها ولا الاتفاق على خلافها، كما لو تضمن الحكم ما يخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام في المملكة العربية السعودية، أو كان موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها بموجب النظام. انظر المواد: (٢)، (٥)، (١/٢٥)، (٢/٢٥)، (١/٣٨)، (٢/٥٠)، (٢/٥٥) ب.

إن وجد اتفاق، أو خلال المدة التي قررتها هذه المادة وهي ثلاثون يوماً من العلم بوقوع المخالفة، عدّ سكوته وعدم اعتراضه ودفعه بأي دفع تنازلاً عن حقه في الاعتراض^(١).

وإنما عدّ سكوته هنا بياناً لأن دلالة الحال دلت على تنازله الضمني عن حقه، حيث نصت هذه المادة على اشتراط العلم بوقوع المخالفة، فإن علم وسكت حتى مضت المدة المقررة في المادة نُزل سكوته هذا منزلة البيان القولي وسقط حقه في الاعتراض؛ لأنه السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان.

المادة (١١ / ١):

تنص هذه المادة على الآتي: «يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد في شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى».

وجه التعلق:

هذه المادة تتعلق بالدفع بوجود اتفاق التحكيم في حالة ما إذا لجأ أحد أطراف النزاع إلى القضاء، وقد قيدت هذه المادة الدفع بأن يكون من جهة المدعى عليه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى يقوم به، ويفهم من هذا القيد أن المدعى عليه إذا سكت عن الدفع بوجود اتفاق تحكيم قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، كأن يترافع أمام القضاء

(١) انظر: التفهيم في نظام التحكيم (٧٩).

ويجيب عن الدعوى مثلاً، فإن ذلك يعد منه تنازلاً عن شرط التحكيم وإنهاء له والرضا بالالتجاء إلى القضاء^(١).

وإنما نزل سكوته هنا منزلة النطق القولي لدلالة الحال، حيث سكت عن الدفع باتفاق التحكيم، وترافع أمام القضاء وأجاب عن دعوى المدعي، والسكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان.

المادة (٢٠):

تنص هذه المادة على الآتي: «١- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم، أو سقوطه، أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع. ٢- يجب إبداء الدفوع بعدم اختصاص هيئة التحكيم وفقاً للمواعيد المشار إليها في الفقرة (٢) من المادة (الثلاثين) من هذا النظام. ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع. أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فيجب إبداءه فوراً وإلا سقط الحق فيه.

ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول».

(١) انظر: التحكيم في القوانين العربية للدكتور أحمد أبو الوفا (٣١)، التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه الإسلامي لخالد الدخيل (٥٩)، الوجيز في شرح نظام التحكيم (١٣٢).

وجه التعلق:

هذه المادة تتعلق بما بات يعرف بمصطلح (الاختصاص بالاختصاص)، ويقصد به: أن تفصل هيئة التحكيم في مسائل الاختصاص المتعلقة بولايتها على موضوع الدعوى التحكيمية^(١).

فكل دفع يقوم به أحد الخصوم يتعلق بعدم اختصاص هيئة التحكيم لمنعها من النظر في النزاع، فإن الفصل فيه يكون من اختصاص هيئة التحكيم.

وبين النظام تلك الدفوع وأنها المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم، أو سقوطه، أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع.

وبينت المادة (٢/٢٠) الوقت المحدد لسماع دفوع عدم الاختصاص وقسمتها إلى قسمين:

القسم الأول: الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم، أو سقوطه، أو بطلانه.

وقد أحالت المادة (٢/٢٠) في تحديد وقت سماع هذه الدفوع إلى المادة (٢/٣٠)، والتي نصها:

(١) انظر: التفهيم شرح نظام التحكيم (١٤٤)، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم (١٣٥).

«يرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين، أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي وإلى كل واحد من المحكمين، جواباً مكتوباً بدفاعه رداً على ما جاء في بيان الدعوى.

وله أن يضمّن جوابه أي طلب متصل بموضوع النزاع، أو أن يتمسك بحق ناشئ منه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تسوغ التأخير».

ومن خلال هذه المادة يتبين أن وقت سماع الدفوع السابق ذكرها بعدم الاختصاص هي المواعيد التي يتفق عليها الطرفان لإرسال المدعى عليه جواباً مكتوباً بدفاعه رداً على ما جاء في بيان الدعوى، فإن لم يوجد اتفاق فتحدد هيئة التحكيم تلك المدد، أما إذا انتهت تلك المدد ولم يدفع الخصم بتلك الدفوع سقط حقه في ذلك^(١)؛ لأنه سكت في وقت الحاجة إلى البيان، فينزل سكوته منزلة النطق القولي بالرضا بإسقاط حقه في التمسك بتلك الدفوع، والقاعدة الفقهية تقول: «السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان».

القسم الثاني: الدفع المتعلق بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع يجب إبداءه فوراً^(٢) أي

(١) انظر: التفهيم شرح نظام التحكيم (١٤٦).

(٢) عبرت هذه المادة بكلمة (فوراً)، وفي المادة (٢/١٦) من قانون الأونسيترال النموذجي (فيجب إبداءه بمجرد أن تثار أثناء إجراءات التحكيم المسألة التي يدعي أنها خارج نطاق سلطتها)، وهي التي شرحت بها كلمة فوراً مع شيء من التعديل تقدماً وتأخيراً.

بمجرد أن تثار المسألة التي يدعي أنها خارج نطاق سلطة هيئة التحكيم، وإن لم يفعل سقط حقه؛ لأنه متاح له فوراً وسكت ولم يفعل، فيعتبر سكوته رضاً وقبولاً بالحال^(١)؛ فالسكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان.

المادة (٤٠):

تنص هذه المادة على الآتي: «١- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه طرفا التحكيم، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم.

٢- يجوز لهيئة التحكيم -في جميع الأحوال- أن تقرر زيادة مدة التحكيم على ألا تتجاوز هذه الزيادة ستة أشهر، ما لم يتفق طرفا التحكيم على مدة تزيد على ذلك.

٣- إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة، جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً بتحديد مدة إضافية، أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ولأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة».

(١) انظر: التفهيم شرح نظام التحكيم (١٤٥).

وجه التعلق:

تتعلق هذه الفقرات من المادة (٤٠) بنهاية إجراءات الدعوى التحكيمية وإصدار الحكم فيها، وحسب المادة (٤٠ / ١) فإن تحديد انتهاء مدة إجراءات الأحكام تكون بأحد أمرين: إما بحسب الميعاد الذي يتفق عليه الطرفان، فإن لم يكن هناك اتفاق كانت المدة هي اثنا عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، فإذا لم يصدر الحكم خلال هذه المدة المقررة المحددة فقد نصت المادة (٤٠ / ٢) على أن لهيئة التحكيم زيادة مدة التحكيم على ألا تتجاوز هذه الزيادة ستة أشهر، ما لم يتفق طرفا التحكيم على مدة تزيد على ستة أشهر.

ونصت المادة (٤٠ / ٣) على أن للمحكمة المختصة -الاستئناف- تمديد مدة التحكيم بناء على طلب أي طرف من طرفي التحكيم.

لكن إذا حدث وانتهت المدة التي اتفق عليها الطرفان، أو مضت اثنا عشر شهراً واستمرت هيئة التحكيم في مد إجراءات التحكيم، ولم يعترض أي طرف من طرفي النزاع، ثم صدر الحكم، فليس لأي الأطراف الاعتراض؛ لأن استمرار الهيئة في إجراءاتها مع سكوت أحد الأطراف يعتبر منه رضاً وقبولاً بزيادة المدة وتخوياً لهيئة التحكيم في استمرار النظر في القضية؛ والسكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان^(١).

(١) ورد في مدونة الأحكام القضائية للعام ١٤٣٦هـ (تجاري / ١ / ١٦٦): أن محكمة الاستئناف في القضية رقم (٥١٩٠ / ٢ / س) لعام ١٤٣٦هـ بتاريخ ٢٤ / ٦ / ١٤٣٦هـ جاء في حكمها ما يلي: «...وحيث إنه فيما يتعلق بدعوى =

المبحث الرابع قاعدة (التابع تابع)

المطلب الأول: معنى القاعدة:

المراد بالتابع هنا: ما لا يوجد مستقلاً بنفسه، بل وجوده تابع لوجود غيره، بحيث لا ينفك حكمه عن حكم متبوعه. فيكون معنى القاعدة: أن ما كان تابعاً لغيره، فإنه يعطى حكم ذلك الشيء المتبوع^(١).

المطلب الثاني: المواد النظامية المتعلقة بالقاعدة ووجه التعلق:

المادة (٤)، والمادة (٢٥ / ١):

تنص المادة (٤) على الآتي: «في الأحوال التي يجيز فيها هذا النظام لطرفي التحكيم اختيار الإجراء الواجب الاتباع في مسألة معينة، فإن

= البطلان بسبب مخالفة الحكم محل الدعوى لاتفاق الطرفين المتعلق بمدة التحكيم وأن الهيئة تجاوزت المدة المتفق عليها، فإنه لما كان مدعي البطلان لم يذكر أن استمرار الهيئة في النظر بعد انقضاء المدة المنصوص عليها في اتفاق الطرفين قد لاقى اعتراضاً من قبل أي من الطرفين، ولما كان ذلك ليس من النظام العام، بل للأطراف الحق في الاتفاق على خلافه فإذا استمرت الهيئة في نظرها واستمر الأطراف في الترافع أمامها دون اعتراض منهم كان ذلك تحويلاً ضمناً جديداً منهم لها في استمرار النظر، وبذلك لا يعد الاتفاق ساقطاً بانتهاء مدته لموافقة الأطراف على زيادة المدة بالسكوت عن استمرار النظر إلى حين صدور الحكم...».

(١) انظر: غمز عيون البصائر (١ / ٣٦١)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (٣٣١)، الممتع في القواعد الفقهية (٢٨٥).

ذلك يضمن حقهما في الترخيص للغير في اختيار هذا الإجراء، ويعد من الغير في هذا الشأن كل فرد، أو هيئة، أو منظمة، أو مركز للتحكيم في المملكة العربية السعودية، أو في خارجها».

وجاء في المادة (٢٥ / ١): «لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة، أو هيئة، أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، بشرط عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية».

وجه التعلق:

تنص المادة (٤): على أحقية طرفي التحكيم في تفويض الغير - سواء أكان هذا الغير فرداً، أو هيئة، أو منظمة، أو مركزاً للتحكيم في المملكة العربية السعودية، أو في خارجها - في اختيار الإجراء الواجب الاتباع في مسألة معينة، كتفويضهم باختيار المحكمين، أو اختيار إجراءات التحكيم تبعاً للإجراءات المتبعة لدى هذه الجهة التي فوضتها أو غيرها.

وهذا الجواز بالتفويض هو تبع لإجازة النظام لطرفي التحكيم باختيار الإجراء الواجب الاتباع، كما جاء في المادة (٢٥ / ١) - وسبق ذكر نصها -، وبيان ذلك بصورة أوضح نقول: إن طرفي التحكيم لما ملكا حق اختيار إجراءات التحكيم حقاً لهما تفويض غيرهما فيه؛ لأنه تصرف يتضمن تحقيق مصلحة لهما، والقاعدة الفقهية تنص على أن من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته وتوابعه، ومن ضرورات الشيء

ضرورة التصرف فيه لما فيه مصلحة للأطراف^(١)، فتصرفه فيه تبع لسبق ملكه له.

المادة (٥)، والمادة (٣/٩):

تنص المادة (٥) على الآتي: «إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة بينهما لأحكام أي وثيقة (عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية أو غيرهما)، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم، وذلك بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية».

وترتبط بهذه المادة ما جاء في المادة (٣/٩): «وتعد الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم، بمثابة اتفاق تحكيم. كما يُعدّ في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى^(٢)، تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد».

(١) قاعدة: (من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته) من القواعد المتفرعة عن قاعدة (التابع تابع)، ومن أسباب التبعية التي ذكروها أن يكون الشيء من ضرورات غيره، والمراد بما كان من ضرورات الشيء: ما كان من لوازمه، أو التصرف فيه عقلاً أو عرفاً، أو من مصالحهما وكمال منافعهما. انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٥٨/٥)، البناية شرح الهداية (٣٩٠/١٠)، الممتع في القواعد الفقهية (٢٨٦)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٠٩٦/١١).

(٢) هذه العقود يمكن أن تضرب لها مثلاً بعقد الغرفة التجارية بباريس، أو عقود النقل البحري أو الجوي وغيرها.

وجه التعلق:

ورد في هاتين المادتين إحدى صور الاتفاق على شرط التحكيم، وهو شرط التحكيم بالإحالة، وهو أن يحيل طرفا التحكيم في العقد الأصلي على أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم - كما ورد في المادة (٥) -، وتفترض هذه الصورة أن الاتفاق على شرط التحكيم بين طرفي الرابطة التعاقدية لم يرد في العقد الأصلي، وإنما اتفق الطرفان على الإحالة إلى وثيقة أخرى قد اشتملت على شرط التحكيم عند حدوث النزاع.

وهذا الشرط بالإحالة يكون لازماً للطرفين، باعتبار أن الإحالة بمثابة اتفاق على التحكيم، وقد نص المنظم في المادة (٥) على تقييد ذلك بعدم مخالفة تلك الوثيقة لأحكام الشريعة الإسلامية.

وفي المادة (٣/٩) اشترط المنظم أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد المحال عليه، ولعل المنظم اشترط هذا للتأكد من أن إرادة المتعاقدين متجهة فعلاً لشرط التحكيم، ومنعاً لأي لبس قد يحدث، وعليه فإن العقد المحال عليه وما تضمنه من شرط التحكيم يكون تابعاً للعقد الأصلي وجزءاً منه، ومنتجاً لآثاره، لأنه تابع له، والتابع يأخذ حكم متبوعه.

المادة (١٠ / ١)، والمادة (١٤):

تنص المادة (١٠ / ١) على الآتي: «لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعياً، أو من يمثله، أم شخصاً اعتبارياً»، وقريب من المادة السابقة -في تعلق القاعدة بها- المادة (١٤): «يشترط في المحكم ما يأتي: ١- أن يكون كامل الأهلية...»^(١).

وجه التعلق:

من القواعد المقررة -كما سبق- أن من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته وتوابعه، ومن ضرورات الشيء ضرورة التصرف فيه، فمن توفرت فيه أهلية التصرف في حقوقه، بحيث ملك التصرف فيها مدافعة ومرافعة وإقراراً وإنكاراً ونحو ذلك^(٢)، ملك الاتفاق على التحكيم.

كذلك اشترطت المادة (١٤) في المحكم أن يكون كامل الأهلية بحيث يكون بالغاً عاقلاً رشيداً غير محجور عليه التصرف في ماله؛

(١) اقتضت على ذكر هذا الشرط في المحكم لأنه متعلق بقاعدة (التابع تابع) دون غيره، وقد ذكرت المادة شروطاً أخرى، وتكملتها: «..... ٢- أن يكون حسن السيرة والسلوك. ٣- أن يكون حاصلاً على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفى توافر هذا الشرط في رئيسها».

(٢) انظر: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق (١٠٩)، التفهيم شرح نظام التحكيم (٩٣).

فإن الأصل أن من ملك الولاية على نفسه صح تحكيمه في حقوق الغير، ومن لا فلا.

فصحة اتفاق الشخص على عقد اتفاق التحكيم أو أن يكون حكماً في حق غيره، فرع وتبع لملكه التصرف في حقوقه^(١).

المادة (١٧ / ٤):

تنص هذه المادة على الآتي: «إذا حُكم برّد المحكم -سواء من هيئة التحكيم، أم من المحكمة المختصة عند نظر الطعن- ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم -بما في ذلك حكم التحكيم- كأن لم يكن».

وجه التعلق:

من أهم أركان العملية التحكيمية: المحكم؛ فهو أصل في عمليات التحكيم وإجراءاته، ولا تقوم العملية التحكيمية إلا بوجوده؛ فهو من يسمع النزاع، وتتم لديه إجراءات التحكيم، ويقوم بمتابعتها، ويحكم باختصاصه أو عدم اختصاصه إذا اقتضى الحال، وهو من يصدر أخيراً الحكم التحكيمي.

(١) ورد في شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفي (٧ / ٣١٧): «قوله وإذا حُكم رجلان رجلاً أو امرأة (فحكم بينهما ورضيا بحكمه) إلى أن حكم (جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما فصَحَّ تحكيمهما)».

وتنص هذه المادة من النظام أنه إذا قَدِّم أحد طرفي التحكيم طعناً في المحكم وطالب برده وحكم له بذلك -سواء من هيئة التحكيم أو المحكمة المختصة-، ترتب على ذلك اعتبار ما تم من إجراءات التحكيم، بما في ذلك حكم التحكيم، كأن لم تكن.

فيتضح من هذا النص أن العملية التحكيمية برمتها مترتبة على وجود المحكم وتبع له، فوجوده توجد العملية التحكيمية، وعند عدمه تعدم العملية التحكيمية، وكأنها لم تكن، فبسقوط المتبوع -المحكم- يسقط التابع -العملية التحكيمية-^(١)، وهذا ما تفيدُه قاعدة (التابع تابع).

المادة (٤٦):

تنص هذه المادة على الآتي: «١- يجوز لكل واحد من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض. ويجب على طالب التفسير إبلاغ الطرف الآخر على عنوانه الموضح في حكم التحكيم بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم.

(١) قاعدة (إذا سقط المتبوع سقط التابع) من القواعد المندرجة تحت قاعدة (التابع تابع)، وبعضهم عبر عنها بقوله: (إذا سقط الأصل سقط الفرع). انظر: المنشور (١/٢٣٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١١٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٠٣)، درر الحكام (١/٥٣).

٢- يصدر التفسير كتاباً خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم.

٣- يعد الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه».

وجه التعلق:

الحكم التحكيمي إذا وردت على منطوقه عدة احتمالات في المعنى اكتنفه الغموض، فلكل واحد من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير هذا الغموض، ونصت الفقرة (٣) من نفس هذه المادة أن الحكم الصادر من هيئة التحكيم المفسر لهذا الغموض يعتبر متمماً لحكم التحكيم الذي يفسره -الحكم الأصلي-، وبناء على ذلك فإن الحكم المفسر يكون تابعاً للحكم الأصلي في جميع أحكامه الواردة في نظام التحكيم؛ إذ المقرر فقهاً أن الأصل في التابع أنه يتبع متبوعه في جميع أحكامه، وهذا ما نصت عليه هذه الفقرة من المادة (وتسري عليه أحكامه).

المادة (٢/٥١):

تنص هذه المادة على الآتي: «إذا حكمت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه، ويكون حكمها في ذلك غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن. أما إذا حكمت ببطالان حكم التحكيم، فيكون حكمها قابلاً للطعن خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ».

وجه التعلق:

هذه الفقرة من المادة (٥١) تتعلق بأثر الحكم بتأييد حكم التحكيم أو إبطاله من المحكمة المختصة، والذي يهمننا هنا هو أثر الحكم بإبطال حكم التحكيم لتعلقه بقاعدة (التابع تابع)؛ من جهة أن لفظة البطلان متضمنة لمعنى تخلف الآثار المطلوبة من الفعل عليه^(١)، وزوال أثر الشيء تابع لزوال الفعل نفسه الذي هو أصله^(٢).

وبطلان حكم التحكيم - كما سبق تعريفه - هو: إظهار المحكمة المختصة إلغاء الحكم التحكيمي بعبارة جازمة وناجزة وواضحة وملزمة؛ لاشتماله على أحد موجبات بطلانه الشكلية أو الموضوعية التي حددها المنظم^(٣).

(١) انظر: المحصول (١/١١٢)، التحجير شرح التحرير (٣/١١٠٨).

(٢) شراح نظام التحكيم السعودي يتحدثون عن آثار الحكم بالبطلان عند هذه المادة (٥١/٢)، بل بعضهم يجعلها عنواناً للمادة. انظر: الوجيز في شرح نظام التحكيم (٣٨٧)، التفهيم شرح نظام التحكيم (٣٠٠-٣٠١)، والنظام لم ينص على الآثار في هذه المادة ولا لآئحته التنفيذية، ولو استدركت اللائحة التنفيذية ذلك ونصت على الآثار عند ذكر هذه المادة لكان حسناً، وقد أجاد نظام التحكيم الإماراتي عندما نص على الآثار عند الحديث عن بطلان الحكم التحكيمي، ففي المادة (٥٤/٣) من نظام التحكيم الإماراتي ورد ما يأتي: «يترتب على الحكم بإبطال حكم التحكيم زوال ذلك الحكم كله أو جزء منه، بحسب ما إذا كان البطلان كلياً أو جزئياً، وإذا كان قد صدر حكم بتفسير الجزء الذي حكم ببطلانه فإنه يزول تبعاً له». وفي النص على التبعية هنا تأييداً لربط قاعدة (التابع تابع) بالمادة النظامية محل الدراسة.

(٣) انظر: الوجيز في شرح نظام التحكيم (٣٥٠)، التفهيم شرح نظام التحكيم (٢٧٥).

فالبطلان هو جزاء يحدده المنظم ويؤدي إلى عدم فاعلية العمل القانوني، ولا تترتب عليه آثاره القانونية، فمتى حكمت المحكمة المختصة ببطلان حكم التحكيم، وصار قطعياً بتأييده من المحكمة العليا، أو فوات مدة الاعتراض؛ فإن الحكم التحكيمي يكون زائلاً، وتبعاً لزواله تزول كل الآثار المترتبة عليه، وكأنها لم تكن وهذا ما يفيد معني البطلان.

ومما يتبع الحكم التحكيمي في البطلان إجراءات التحكيم وطلبه، وما صدر من حكم تفسيري ونحوه^(١)، فهي لا غية لا اعتبار بها لزوال أصلها ومتبوعها -الحكم التحكيمي-، وقد تقرر في القواعد أن الأصل إذا سقط سقط الفرع، كما أن التابع لا يفرد بالحكم، وأنه إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه؛ وهذا ما تقررره قاعدة (التابع تابع)^(٢).

(١) انظر: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق (٢٢٤)، التفهيم شرح نظام التحكيم (٣٠١).

(٢) قاعدة (التابع لا يفرد بالحكم) وقاعدة (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه) تذكر من ضمن القواعد المندرجة تحت قاعدة (التابع تابع). انظر: المنشور (١/ ٢٣٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١١٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٣٨)، مجلة الأحكام العدلية (٢١)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقهية الكلية (٣٣٣، ٣٤٢).

الخاتمة

هناك جملة من النتائج وصل إليها هذا البحث، أوجز بعضها في النقاط الآتية:

- ١- المراد بالقاعدة الفقهية هي: حكم كلي فقهي ينطبق على جزئيات كثيرة من أكثر من باب.
- ٢- المراد بالتحكيم هو: اتفاق بين متنازعين أو أكثر على تسوية منازعاتهم بتفويض طرف آخر يفصل فيها.
- ٣- العلاقة الوثيقة بين القواعد الفقهية ومواد نظام التحكيم السعودي مما يبين أن مواد هذا النظام روعي فيها الاستناد إلى المصادر الشرعية، وما قرره فقهاء المذاهب المعتمدة.
- ٤- ظهر أثر القواعد الفقهية في عدد كبير من مواد نظام التحكيم ومن أبرز هذه القواعد الفقهية: الأصل في العقود والشروط الصحة وال لزوم، لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان، الضرر يزال، التابع تابع، وقد تبين من خلال البحث وجه العلاقة بين مواد النظام وهذه القواعد.

المصادر والمراجع

١. الإبهاج في شرح المنهاج، علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج عبد الوهاب بن علي السبكي، كتب هوامشه وصححه: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
٢. الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، قدم له: الأستاذ الدكتور إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
٣. الإحكام في أصول الأحكام، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد الأمدي علّق عليه: عبد الرزاق عفيفي، قام بتصحيحه: عبد الله بن عبد الرحمن بن غديان وعلي الحمد الصالحي، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.
٤. اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، ١٩٥٨م.
٥. الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
٦. الأشباه والنظائر، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي الأنصاري المعروف بابن الملقن، تحقيق ودراسة: مصطفى محمود الأزهرى، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض، دار ابن عفان للنشر، والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
٧. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٨. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
٩. إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، قرأه وقدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
١٠. الأم، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
١١. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
١٢. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، تحقيق: أحمد بوطاهر الخطابي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
١٣. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
١٤. البحر المحيط في أصول الفقه، محمد بن بهادر الزركشي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ.
١٥. بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض عليه (التميز) دراسة مقارنة، أحمد بشير الشرايري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٦م.

١٦. البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف بـ «بدر الدين العيني»، دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق: أيمن صالح شعبان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
١٧. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.
١٨. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري المعروف بابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
١٩. التبصرة، علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
٢٠. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.
٢١. التحكيم أحكامه ومصادره، عبد الحميد الأحرب، مؤسسة نوفل، بيروت، ١٩٩٠م.
٢٢. التحكيم الاختياري والإجباري، أحمد أبو الوفاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، ٢٠٠١م.
٢٣. التحكيم في الشريعة الإسلامية، لمعالي الشيخ عبد الله بن محمد آل خنين، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٢٤. التحكيم في القوانين العربية، أحمد أبو الوفاء، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٥م.

٢٥. التحكيم في المسائل الجنائية في الشريعة الإسلامية، خميس بن سعد الغامدي، بحث منشور في مجلة قضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد (١٣)، ١٤٤٠هـ.
٢٦. التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه الإسلامي، خالد عبد العزيز الدخيل، رسالة ماجستير من قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، العام الجامعي ١٤٢٤هـ-١٤٢٥هـ.
٢٧. التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
٢٨. التعيين في شرح الأربعين، سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي، تحقيق: أحمد حاج محمد عثمان، مؤسسة الريان، بيروت، المكتبة المكيّة، مكة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
٢٩. التفهيم شرح نظام التحكيم، معالي الشيخ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ-٢٠٢٠م.
٣٠. التمهيد في أصول الفقه، محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلّوداني الحنبلي، دراسة وتحقيق: د. مفيد محمد أبو عمشة، د. محمد بن علي بن إبراهيم، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، دار المدني للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م.
٣١. تنفيذ التدابير الوقائية والتحفظية الصادرة عن هيئة التحكيم، بشرى عمور، وهارون أوراون، بحث منشور في مجلة القانون والمجتمع الصادرة من جامعة أدرار، الجزائر، المجلد العاشر، العدد الأول.



٣٢. توضيح نظام التحكيم، الدكتور عبد العزيز بن سعد الدغثير، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٤٤هـ-٢٠٢٣م.
٣٣. حاشية ابن عابدين، محمد أمين، الشهير بابن عابدين، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثانية، ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م.
٣٤. حاشية القليوبي على شرح المحلي على منهاج الطالبين، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
٣٥. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٣٦. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفى الحصكفي، حققه وضبطه عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
٣٧. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩١م.
٣٨. الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، الدكتور أحمد إبراهيم عبد التواب، دار النهضة العربية، القاهرة.
٣٩. الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٤٠. رد المحكم في التحكيم التجاري الدولي، كسنة الميداني، رسالة ماجستير مقدمة في تخصص قانون العلاقات الدولية الخاصة، العام الجامعي ٢٠١٦م، ٢٠١٧م، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر.
٤١. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، حققه: قسم التحقيق والتصحيح في المكتب الإسلامي بدمشق، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان.
٤٢. شرح الشمسية في المنطق، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، تحقيق: جاد الله بسام صالح، دار النور المبين، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
٤٣. الشرح الصغير على أقرب المسالك مع حاشية الصاوي، أحمد بن محمد الدردير، دار المعارف.
٤٤. الشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي، أحمد بن محمد الدردير، دار الفكر.
٤٥. شرح فتح القدير على الهداية، محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام الحنفي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م.
٤٦. شرح مختصر الروضة، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
٤٧. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٤٨. العزيز شرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، الرافعي القزويني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٤٩. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكي الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٥٠. الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، عالم الكتب.
٥١. قانون الأونسيتال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لعام ١٩٨٥م مع التعديلات التي اعتمدت في عام ٢٠٠٦م.
٥٢. قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، فتحي والي، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
٥٣. القواعد، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف بتقي الدين الحصني، دراسة وتحقيق: د. عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، د. جبريل بن محمد بن حسن البصيلي، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٥٤. القواعد الفقهية، الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.
٥٥. القواعد النورانية الفقهية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية، حققه وخرج أحاديثه: د. أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٥٦. القواعد، محمد بن محمد بن أحمد المقرئ، تحقيق: أحمد بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، مكة المكرمة.

٥٧. كشف القناع عن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق وتخريج وتوثيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢١-١٤٢٩هـ / ٢٠٠٠-٢٠٠٨م.

٥٨. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت.

٥٩. المبادئ التوجيهية للنقابة الدولية للمحامين (IBA) حول تضارب المصالح في التحكيم.

٦٠. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، باشر تصحيحه: جمع من العلماء، مطبعة السعادة، مصر.

٦١. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.

٦٢. المحصول في علم الأصول، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٦٣. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

٦٤. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٦٥. **المفصل في القواعد الفقهية**، الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، دار التدمرية، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٣٣هـ.
٦٦. **مقاييس اللغة**، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
٦٧. **المتع في القواعد الفقهية**، أ. د. مسلم بن محمد الدوسري، دار التحرير للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.
٦٨. **منتهى الإرادات**، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى، تحقيق: مبارك بن راشد الخثلان، وقدم له محمد بن الشيخ حسن الشطي، لطائف لنشر الكتب والرسائل العلمية، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.
٦٩. **المنثور في القواعد الفقهية**، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، راجعه: د. عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٧٠. **منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م.
٧١. **الموافقات**، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، تقديم: بكر بن عبد الله أبو زيد، دار ابن عفان، الجزيرة، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٧٢. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
٧٣. **موسوعة القواعد الفقهية**، محمد صدقي بن أحمد آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٧٤. النظام العام للدولة المسلمة، عبد الله بن سهل العتيبي، تقديم معالي الشيخ الدكتور عبد الله بن محمد بن إبراهيم رئيس مجلس الشورى سابقاً، دار كنوز إشبيليا، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
٧٥. نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م.
٧٦. نفائس الأصول في شرح المحصول، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
٧٧. النواذر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي القيرواني، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
٧٨. الواضح في أصول الفقه، أبو الوفاء، علي بن عقيل بن محمد بن عقيل، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٧٩. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
٨٠. الوجيز في شرح نظام التحكيم، الدكتور ناصر بن غنيم الزيد، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م.
٨١. الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.





الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن اتفاقية الامتياز التجاري

د. شايح بن عبد الله آل عليان

أستاذ النظام التجاري المساعد بجامعة نجران

Email: Drshayaalolayan@gmail.com

المقدمة

أدى التطور الهائل في الأنشطة الاقتصادية، والسرعة العالية في التعاملات التجارية إلى ظهور أنماط مستحدثة من العقود والاتفاقيات التي لم يتناولها الفقه أو التشريعات بالشرح والتنظيم، ومن أبرزها اتفاقية الامتياز التجاري، حيث تعد هذه الاتفاقية من أهم آليات الاستثمار اللامحدود في العصر الحديث؛ نظراً لما تمثله من وسيلة ناجحة لنقل المعرفة الفنية والمشاريع الإنتاجية بطريقة تحقق الفائدة للأطراف المتعاقدة.

فمن خلال الاتفاقية يحظى مانح الامتياز بمصدر إضافي للدخل نظير الترخيص الذي يمنحه لاستغلال عناصر مشروعه التجاري، بالإضافة إلى انتشار علامته التجارية في أقاليم متعددة، في حين يستفيد صاحب الامتياز من خلاصة تجارب المانح في المجالات التسويقية والإدارية؛ فضلاً عن انخفاض درجة المخاطر عند إقامة وتشغيل نشاطه، ما يزيد من فرص نجاحه، ومع ذلك؛ لا تقتصر فوائد اتفاقية الامتياز على أطرافها فحسب؛ فعلى المستوى الإقليمي، تحقق الاتفاقية العديد من الفوائد العائدة على الاقتصاد الوطني؛ حيث يمكن من خلالها نقل التكنولوجيا المتقدمة، ورفع الكفاءة عبر تدريب العاملين مما يساهم في تطوير اليد العاملة الوطنية، وتحفيز الشركات الوطنية للمنافسة بما يرفع من قيمة منتجاتها وخدماتها في السوق المحلي.

كما أن طبيعة اتفاقية الامتياز المشابكة قد أفرزت نزاعات متعددة ومعقدة يتعذر على القضاء وحده تسويتها - بفعالية - بما يتناسب مع السرعة التي تقتضيها العمليات التجارية؛ نظراً لما يتسم به القضاء من بطء في أمد التقاضي وتعقيد في الإجراءات، ما دعا الأطراف المتنازعة إلى البحث عن وسائل بديلة للقضاء؛ سعياً نحو تسوية منازعاتهم بسرعة وفعالية مع منح الأطراف مرونة وحرية لا تتوافر عادة في القضاء.

مشكلة الدراسة:

لا يقدم نظام الامتياز التجاري ولائحته التنفيذية أحكاماً تنظم عملية ممارسة الوسائل البديلة؛ لتسوية المنازعات الناشئة عن اتفاقية الامتياز التجاري، كما لا يوجد - حتى الآن - إطار تنظيمي شامل - إلا في إطار محدود - يمكن الاستناد إليه لتحديد آليات وقواعد تسيير إجراءات الوسائل البديلة لتسوية المنازعات ذات الصلة^(١).

(١) كما تشير دراسة حديثة صادرة عن الهيئة العامة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة بأن نقص المعلومات والبيانات المتعلقة بآلية حل النزاعات وديا تعتبر أحد أهم المعوقات لواقع صناعة الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية؛ نظراً لما لذلك النقص من آثار سلبية على العلامات التجارية. انظر: دراسة واقع الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية لعام ٢٠٢٠م:

<https://2u.pw/2qK3s4O>

من هنا تحاول هذه الدراسة استكشاف أبرز الأحكام والقواعد، التي يمكن من خلالها تسوية المنازعة عبر الوسائل البديلة؛ سعياً نحو معرفة مدى فعاليتها لتسوية المنازعات الناشئة عن اتفاقية الامتياز التجاري، ويتفرع عن هذا السؤال عدة أسئلة فرعية، وهي:

- ما الطبيعة القانونية لاتفاقية الامتياز التجاري في النظام السعودي؟
- ما أبرز الأحكام والقواعد لتسيير إجراءات الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن اتفاقية الامتياز التجاري؟
- ما مدى ملائمة الوسائل البديلة لتسوية النزاعات الناشئة عن اتفاقية الامتياز التجاري؟
- ما أبرز التحديات التي تحول دون الاستفادة منها؟
- كيف يمكن التغلب عليها؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة -بشكل رئيس- إلى تقييم مدى فعالية الوسائل البديلة لتسوية منازعات الامتياز التجاري، وذلك عبر استقراء النصوص القانونية المتعلقة بجوانب الدراسة، وتحليلها تحليلاً نقدياً، واستنباط أبرز القواعد ذات الصلة، بتسيير تلك الإجراءات على المستويين الإقليمي والدولي؛ سعياً نحو تحديد مدى ملائمة تلك الوسائل من جهة، وتقديم حلول عملية لمعالجة التحديات التي تحول

دون الاستفادة منها؛ بما يحفظ مصالح أطراف الاتفاقية، ويُسهم في توسع القاعدة الاقتصادية في المملكة العربية السعودية.

الدراسات السابقة:

بعد مراجعة المكتبات الجامعية والوطنية، ومحركات البحث في الشبكة العنكبوتية، وقوائم المكتبات والمجلات العلمية المتخصصة، لم أعثر على دراسة علمية تناولت موضوع هذه الدراسة في مجال نطاقه، وغاية ما وقفت عليه دراسات ناقشت موضوع اتفاقية الامتياز التجاري في النظام السعودي جاءت على ضربين:

الأول: دراسات ناقشت الأحكام القانونية لاتفاقية الامتياز التجاري قبل صدور نظام الامتياز التجاري من أبرزها:

(١) بحث بعنوان: الجوانب القانونية لعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)، عبد الهادي الغامدي، منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، المجلد ٢٠١٠م، العدد (٢)، ٢٠١٠م.

(٢) بحث بعنوان: إشكاليات الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية، عبد الهادي الغامدي، منشور في مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد والإدارة، المجلد (٢٩)، العدد (١)، ٢٠١٥م.

يبرز الفرق الجوهرى ما بين هذه الدراسة والدراسات المذكورة أن الدراسة الحالية تناقش وتحلل نقدياً الطبيعة القانونية لأحكام اتفاقية الامتياز في ضوء النظام السعودي الصادر عام ٢٠١٩م، مما يضمن

مساهمة نتائج هذه الدراسة في تقديم حلول عملية يمكن أن تساعد في تطوير وتحسين البنية التشريعية، في حين أن الدراسات السابقة ناقشت هذا الموضوع قبل صدور النظام.

الثاني: دراسات ناقشت موضوع الامتياز التجاري بعد صدور النظام ومن أبرزها:

(١) بحث بعنوان: النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري في النظام السعودي الجديد، عوض هاني مؤنس، منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد (١٣)، العدد (١)، ٢٠٢١م.

(٢) بحث بعنوان: عقد الامتياز التجاري وفقاً للنظام التجاري السعودي الماهية والآثار، سلطان محمد الشهراني، منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد (٤٥)، ٢٠٢٤م.

ويبرز الفرق الجوهرى بين الدراسات المذكورة والدراسة الحالية في نطاقها؛ حيث تعتمد الدراسة الحالية إلى مناقشة وتحليل مدى فعالية وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن اتفاقية الامتياز التجاري في ضوء النظام السعودي الحالي، ومناقشة أبرز الأحكام والقواعد -على المستويين الإقليمي والدولي- ذات الصلة بتسيير إجراءات وسائل تسوية المنازعات الامتياز التجاري سعياً نحو تحقيق الاستفادة من أفضل التجارب والممارسات الصادرة في هذا الشأن، وهو ما لم يتم تغطيته من قبل أي من الدراسات المذكورة.

منهج الدراسة:

استخدم الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي النقدي؛ حيث ينطلق من استقراء النصوص القانونية المتعلقة بجوانب الدراسة وتحليلها نقدياً، مع التزام الباحث بالأمانة العلمية، ومراعاة قواعد الكتابة البحثية والتوثيق العلمي وفق شروط النشر.

خطة الدراسة:

جاء البحث في مقدمة وثلاثة مباحث، اشتمل كل مبحث على عدد من المطالب، ثم الخاتمة، وقائمة المراجع، وكانت المباحث على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ماهية اتفاقية الامتياز التجاري:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: مفهوم اتفاقية الامتياز.

الفرع الثاني: أنواع الامتياز التجاري.

المطلب الثاني: ماهية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: مفهوم وسائل تسوية المنازعات البديلة وأهميتها.

الفرع الثاني: أنواع وسائل تسوية المنازعات البديلة.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لاتفاقية الامتياز التجاري:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: خصائص اتفاقية الامتياز التجاري.

المطلب الثاني: أسباب انقضاء اتفاقية الامتياز التجاري.

المطلب الثالث: آثار اتفاقية الامتياز التجاري:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: التزامات مانح الامتياز.

الفرع الثاني: التزامات صاحب الامتياز.

المبحث الثاني: الوسائل البديلة لتسوية منازعات الامتياز التجاري:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: النظام القانوني للوسائل البديلة لتسوية منازعات

الامتياز التجاري:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الامتياز التجاري.

الفرع الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الامتياز التجاري.

المطلب الثاني: مدى فعالية الوسائل البديلة لتسوية منازعات

الامتياز التجاري:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: ملائمة الوسائل البديلة لتسوية منازعات اتفاقية الامتياز التجاري.

الفرع الثاني: تحديات الوسائل البديلة لتسوية منازعات اتفاقية الامتياز التجاري.

الخاتمة:

وفيها النتائج والتوصيات.

ثم فهرس المصادر والمراجع.

المبحث التمهيدي التعريف بمصطلحات البحث

المطلب الأول: ماهية اتفاقية الامتياز التجاري:

يهدف هذا المطلب لتوضيح مفهوم اتفاقية الامتياز من خلال استعراض تعريفات متنوعة لها من مختلف السلطات القضائية، مما يسهم في تشكيل تصور واضح حول مفهوم هذا النوع من الاتفاقيات، علاوة على ذلك تتعدد أشكال اتفاقية الامتياز التجاري من نشاط اقتصادي لآخر؛ لذا يسعى هذا المطلب لتقديم نبذة مختصرة حول أبرز صور هذا النوع من الاتفاقيات، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم اتفاقية الامتياز:

هناك اختلاف حول المصطلحات المستخدمة للإشارة إلى اتفاقية الامتياز التجاري مثل الفرنشايز، والسماح، والترخيص الامتيازي وغيرها من العبارات، ولعل السبب في ذلك يعود لنشأة هذه الاتفاقية خارجياً، ثم تبنيها بعد ذلك في عدد من البلدان العربية، إضافة إلى أنه لا يقتصر الاختلاف حول العبارة التي يشار بها إلى هذا النوع من الاتفاقيات، بل يمتد ليشمل المفهوم الذي يراد به؛ حيث تعرف اتفاقية الامتياز التجاري بتعريفات متنوعة.

ففي الفقه القانوني تعرف بأنها: «العقد الذي يسمح أو يحيز فيه أحد المنتجين أو التجار الموردين إلى تاجر آخر استخدام طرق البيع ووسائل الخدمة والمعرفة الفنية المقدمة بواسطة مانح الإذن أو المميز»^(١).

وعرفها بعضهم بأنها: «نظام تعاقدى بمقتضاه يرخص شخص معين يسمى المانح لشخص آخر، يسمى المتلقي باستغلال الطرق التجارية والصناعية وعناصر الملكية الفكرية والمساعدة الفنية الخاصة بالمنتجات والخدمات، محل التعاقد تحت رقابته وإشرافه لقاء أجر»^(٢). كما عرفها آخرون بأنها: «علاقة تجارية مستمرة وطويلة الأمد يمنح شخص ما (مانح الامتياز) لشخص آخر (صاحب الامتياز) الحق في استخدام العلامات التجارية و/أو الخدمية وفق متطلبات وقيود متفق عليها، بالإضافة إلى تقديم المشورة والمساعدة في تنظيم وتسويق وإدارة الأعمال التي يتم إجراؤها للمرخص له نظير مقابل ما»^(٣). وعرفها آخرون بأنها: «عقد تعاون مشترك بين طرفين بمقتضاه يمنح أحدهما (المانح) الامتياز للطرف الآخر (الممنوح له) لاستخدام حق أو أكثر من حقوق الملكية الفكرية (كالاسم التجاري، أو العلامة التجارية، أو

(١) انظر: الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، سميحة القليوبي، ص ١٦٨.
(٢) انظر: عقود الفرانشيز: بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، عبد المنعم زمزم، ص ٢٥.
(٣) انظر:

براءة الاختراع) أو المعرفة الفنية لإنتاج سلع أو توزيعها، أو تقديم خدمات، وذلك نظير مقابل يتقاضاه الطرف الأول»^(١).

وعلى مستوى الاتحادات والمنظمات الدولية، فيعرفها الاتحاد الدولي للفرنشايز بأنها: «علاقة تعاقدية بين المرخص والمرخص له يلتزم بمقتضاه المرخص بنقل المعرفة الفنية والتدريب للمرخص له الذي يقوم بالعمل تحت اسم معروف وعام، أو شكل أو إجراءات مملوكة، أو مسيطر عليها من قبل المرخص، وفي هذا العقد يقوم المرخص له باستثمار أمواله الخاصة في العمل المرخص به بحيث تكون أخطار نجاح هذه العملية عليه ويتحملها وحده دون غيره»^(٢). كما تم تعريفها من قبل الاتحاد البريطاني للفرنشايز بأنها: «علاقة تجارية بين طرفين يتألف من مانح الامتياز، الذي يمتلك العلامة التجارية ونظام العمل، والمستفيد من الامتياز، الذي يتمكن من خلال اتفاقية الامتياز من التجارة تحت العلامة التجارية»؛ ويشير الاتحاد الفرنسي للامتياز بأن اتفاقية الامتياز التجاري عبارة عن «شكل من أشكال التعاون بين شركتين مستقلتين قانونيًا وماليًا (الشركة الحاصلة على الامتياز التجاري والشركة المانحة للامتياز التجاري)، يسمح للشركة المستقلة بالقيام بأعمالها بسرعة أكبر من خلال تحسين فرص نجاحها، ويسمح

(١) انظر: عقد الامتياز التجاري، صالح عبد الكريم السعوي، ص ٢١.

(٢) انظر: أهم المشكلات العلمية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، محمود الكندري، ص ٩٦.

للشركة المانحة للامتياز التجاري بإنشاء نموها التجاري على شبكة من قادة الأعمال المشاركين في سوقهم المحلية».

وفي سياق السوابق القضائية، فتعرف محكمة العدل الأوروبية اتفاقية الامتياز التجاري بتعريف مقارب للتعريف الآنفه حيث نصت في قضية (Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia De Paris Irmgard Schillgallis) بأنها: «شكل من أشكال التعاون التجاري الخاضع للعقد بين المشاريع المستقلة، حيث يمنح أحد الطرفين، مانح الامتياز، طرفاً أو أكثر، الحاصلين على الامتياز، الحق في استخدام اسمه التجاري أو علامته التجارية وغيرها من السمات المميزة، في بيع المنتجات أو الخدمات»^(١).

وفي التشريعات والقوانين، ففي معظم البلدان الأوروبية، تم اعتماد مفهوم الامتياز التجاري من خلال لائحة المفوضية رقم (٨٨ / ٤٠٨٧) بتاريخ ٣٠ نوفمبر ١٩٨٨م بشأن تطبيق معاهدة الجماعة الاقتصادية الأوروبية على فئات اتفاقيات الامتياز التجاري، والتي قدمت في المادة (٣) من اللائحة تعريفات لكل من:

- مفهوم الامتياز التجاري بأنه: «حزمة من حقوق الملكية الصناعية أو الفكرية المتعلقة بالعلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو لافتات

(١) انظر:

Judgment of the Court, Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia De Paris Irmgard

Schillgallis, Case 161/84, 1986

المتاجر أو نماذج المنفعة أو التصميم أو حقوق النشر أو المعرفة الفنية أو براءات الاختراع، لاستغلالها لإعادة بيع السلع أو تقديم الخدمات للمستخدمين النهائيين».

- اتفاقية الامتياز التجاري على أنها: «اتفاقية بموجبها يمنح أحد الطرفين (مانح الامتياز التجاري) الطرف الآخر، الحاصل على الامتياز التجاري، نظير مقابل مالي مباشر أو غير مباشر، الحق في استغلال الامتياز التجاري لأغراض تسويق أنواع محددة من السلع و/أو الخدمات».

أما في النظام السعودي، فقد نصت المادة الأولى من نظام الامتياز التجاري^(١) على أن الامتياز يقصد به: «قيام شخص يسمى مانح الامتياز بمنح الحق لشخص آخر يسمى صاحب الامتياز في ممارسة الأعمال - محل الامتياز - لحسابه الخاص؛ ربطاً بالعلامة التجارية أو الاسم التجاري المملوك لمانح الامتياز أو المرخص له باستخدامه، بما في ذلك تقديم الخبرات التقنية والمعرفة الفنية لصاحب الامتياز، وتحديد طريقة تشغيله لأعمال الامتياز، وذلك نظير مقابل مالي أو غير مالي لا يدخل ضمنه المبالغ التي يدفعها صاحب الامتياز لمانح الامتياز مقابل السلع أو الخدمات»، واتفاقية الامتياز بأنها: «اتفاقية بين مانح الامتياز وصاحب الامتياز، يمنح بموجبها الامتياز».

(١) نظام الامتياز التجاري السعودي ولائحته التنفيذية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٢) بتاريخ ١٤٤١/٢/٩هـ.

من خلال استعراض التعريفات الآنفة، يظهر لنا بأن السبب وراء تنوعها واختلافها يعود إلى الخصائص التي تتميز بها هذه الاتفاقية عن غيرها من العقود الأخرى تحت نطاق كل ولاية قضائية، كما أن قابلية هذا النوع للتطور من الناحية العملية كان له دور حيوي في وجود هذا التباين؛ نظراً لحداثة ظهور هذا النوع من الاتفاقيات نسبياً^(١).

من جهة أخرى، فقد أدى غياب التنظيم التشريعي في ولايات قضائية أخرى إلى نشوء الغموض حول مفهوم هذه الاتفاقية، الأمر الذي دعا الباحثين نحو محاولة تقديم تعريفات متنوعة لتحديد مفهومه، تبعاً لطبيعة الوجهة التي ينظر بها إلى اتفاقية قانونية كانت أم اقتصادية^(٢)، ومع ذلك، يمكن أن يقال بأن الفكرة الأساسية لهذا النوع من الاتفاقيات تدور حول نجاح منتجات أو خدمات ما في تلبية احتياجات فئة عريضة من المستهلكين، ما جعل من استخدام عناصر ذلك المشروع (كالعلامة التجارية أو الاسم التجاري) محفزاً -من الناحية التسويقية- نحو القيام بعملية الشراء ومن ثم أصبح محلاً للاستثمار لصاحب المشروع^(٣)، من ناحية أخرى لا يمكن أن نغفل بأن معظم التعريفات آنفة الذكر لا تخلو من الانتقاد حول صياغتها؛ حيث يفترض في الحد أن يكون جامعاً مانعاً، ويتسم بالوضوح

(١) انظر: عقد الامتياز التجاري، عير العلي، ص ٣٢.

(٢) انظر: الجوانب القانونية لعقد الفرنشايز، محمد مرزوق، ص ٥١١.

(٣) انظر: عقود الفرنشايز: بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، عبد المنعم زمزم، ص ١٧.

والإيجاز، وهو ما لم يتم تليته بكفاءة، ومع ذلك نعتقد بأن هذه التعريفات تشترك في عدد من السمات الأساسية التي تشكل جوهر هذا النوع من الاتفاقيات والمتمثلة فيما يلي:

١. استقلالية الأطراف التعاقدية.

٢. التزام مانح الامتياز بتحويل صاحب الامتياز استخدام عناصر محددة من نشاطه (مثل: العلامة التجارية، والاسم التجاري، والمعرفة الفنية) وتقديم المساعدة والدعم للممنوح له مدة سريان الاتفاقية.

٣. التزام صاحب الامتياز باتباع تعليمات مانحه والعمل وفقاً لنظام المانح نظير مقابل ما.

من هنا يمكن لهذه الدراسة أن تقدم تعريفاً لاتفاقية الامتياز التجاري بأنها: «اتفاقية يمنح بموجبها أحد الأطراف (مانح الامتياز) للآخر (صاحب الامتياز) الترخيص والدعم في استخدام عنصر من نشاطه وفق ضوابط معينة نظير مقابل معلوم».

الفرع الثاني: أنواع الامتياز التجاري:

لا تنطوي صور اتفاقية الامتياز التجاري على إطار محدد في جميع الاتفاقيات؛ بل تعدد بما يتناسب مع طبيعة النشاط الاقتصادي، من هنا يتم تقسيم اتفاقيات الامتياز إلى العديد من الصور^(١)، ومع ذلك

(١) بما يشمل امتياز الإنتاج، والخدمات، والتوزيع، وصيغة العمل، والامتياز الاستثماري، وغيرها.

تقدم هذه الدراسة - بشكل مقتضب - فكرة عامة حول أبرز الصور بما يشمل امتياز الإنتاج، وامتياز الخدمات، وكذلك امتياز التوزيع.

أولاً: امتياز الإنتاج (التصنيع)^(١):

يشير امتياز الإنتاج إلى الحق في صناعة منتج ما، أو تجميعه بناءً على نقل صاحب أحد المشروعات خبراته الفنية وأسراره الصناعية والتجارية والتسويقية المتعلقة بمنتج ما لكي يتمكن الممنوح له بإنتاج أو تجميع سلع مماثلة لتلك المصنعة من قبل المنتج الأصلي - من خلال وضع الاسم التجاري أو العلامة التجارية للأخير على السلع - مقابل أجر معلوم^(٢)، ومع ذلك، لكي يحقق هذا النوع الغرض منه، يجب على المانح أن يلزم بالإشراف والرقابة على عملية التصنيع لضمان تلبية المتلقي لمعايير الجودة ومطابقة المقاييس والمواصفات ذات الصلة.

ومن نافلة القول بأن من أهم التزامات المرخص له اتباع تعليمات المانح من خلال تليته متطلبات النماذج والمواصفات القياسية ذات الصلة في إطار حقوق الملكية الفكرية لصاحب المشروع^(٣).

(١) يعرف امتياز التصنيع بأنه: «اتفاق يحق للممنوح له بموجبه تصنيع منتجات وفقاً لتعليمات صاحب الامتياز ويقوم ببيعها تحت العلامة التجارية للأخير». انظر:

Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis. [1986] EUECJ R-161/84 (28 January 1986), [13].

(٢) انظر: عقد الامتياز التجاري «الفرنشايز»، عبيد العلي، ص ٣٤.

(٣) انظر: الترخيص باستعمال العلامة التجارية، حسام الدين عبد الغني الصغير، ص ٦٤.

ثانياً: امتياز الخدمات^(١):

يعرف امتياز الخدمات بأنه الامتياز الذي يسمح للممنوح له باستخدام العلامة التجارية أو الاسم التجاري لصاحب مشروع ما على خدمات معينة يقدمها للجمهور على أن يلتزم بالمعايير القياسية، والمواصفات والتعليمات الصادرة من المانح، مع حق المانح في الإشراف والرقابة على الممنوح له أثناء التشغيل.

ما يميز هذا النوع عن غيره يتمثل في المعرفة الفنية المقدمة من المانح؛ حيث تأخذ شكلاً معنوياً يتمثل في تدريب الممنوح له على كيفية تقديم الخدمة بشكل مميز، كما هو الحال في مجال القطاع الفندقية، والخدمات السياحية، وتقديم الوجبات السريعة وغيرها من الخدمات^(٢).

(١) يعرف امتياز الخدمات بأنه: «الاتفاق الذي بموجبه يقدم الممنوح له خدمة تحت الاسم أو العلامة التجارية لصاحب الامتياز ووفقاً لتعليماته». انظر:

Martijn W. Hesselink, Jacobien W. Rutgers, Odavia Bueno Diaz, Manolo Scotton and Muriel Veldman. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts. (Zutphen: Europa Law Publishing, 2006), 210.

(٢) القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز التجاري: دراسة مقارنة، مصطفى العدوي، ص ١٨٧.

ثالثاً: امتياز التوزيع^(١):

يقصد بامتياز التوزيع تلك الطريقة التي يسلكها مانح الامتياز لتسويق منتج ما - سواء تم تصنيعه من قبل المانح أو كان موزعاً له - وذلك من خلال إبرامه اتفاقية مع صاحب الامتياز؛ يلتزم من خلالها المانح بتسليم المتلقي منتجات معينة، لكي يقوم بتوزيعها في إقليم معين يتفق عليه الأطراف، شريطة أن يقدم المانح المساعدة الفنية اللازمة في عملية التسويق كالإعلانات، وكذلك خدمات الصيانة وتوفير قطع الغيار^(٢). ومع ذلك لا يتحرر المتلقي في هذا النوع من رقابة المانح، فيمكن للأخير أن يزود الأول بتعليمات محددة؛ سعياً نحو تحقيق الهدف من إبرام الاتفاقية، لذا يقع على عاتق الممنوح له - في هذه الحالة - الالتزام بتعليمات استخدام وسائل التسويق الفنية المحددة من قبل المانح، كما للأخير في سبيل ذلك الحق في رقابة مدى التزام الممنوح له بتلك التعليمات لضمان سير عملية التوزيع في الاتجاه الصحيح.

(١) يعرف امتياز التوزيع بأنه: «اتفاق يقوم بموجبه الممنوح له ببيع منتجات معينة في متجر يحمل الاسم أو العلامة التجارية لصاحب الامتياز». انظر:

Martijn W. Hesselink, Jacobien W. Rutgers, Odavia Bueno Diaz, Manolo Scotton and Muriel Veldman. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts. (Zutphen: Europa Law Publishing, 2006), 211.

(٢) انظر: أهم المشكلات العلمية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، محمود الكندري، ص ٧.

من الملاحظ بأن هذا النوع عادة ما يقترن بشرط القصر الذي يتوجب بمقتضاه اقتصار الممنوح له على التوزيع للمانح دون منافسيه على وجه الاستمرار في نشاط معين خلال مدة وفي منطقة جغرافية محددة^(١).

من هنا، يتضح التشابه بين هذا النوع من العقود، وخصائص عقود تجارية أخرى مثل عقد وكالة العقود^(٢)، ومع ذلك هناك العديد من الخصائص التي تميز امتياز التوزيع عن وكالة العقود؛ منها أن الالتزام بدفع الأجرة يقع على عاتق المرخص له في عقود الامتياز نظير ما يقدمه مانح الامتياز من خدمات مثل نقل الخبرة الفنية والترخيص باستخدام العلامة التجارية أو الاسم التجاري وكذلك الدعم والمساعدة في حين أن الوكيل في عقد وكالة العقود هو من يقع عليه الالتزام بدفع الأجرة للوكيل نظير ما يقوم به من التزامات تتمثل في الترويج والتفاوض للسلع أو الخدمات الخاصة بالموكل، وقد تتجاوز مهام الوكيل لتشمل إبرام الصفقات مع العملاء بصفته وكيلاً له^(٣). في الجانب المقابل وعلى خلاف وكالة العقود، فإن من مقتضيات امتياز التوزيع أن يلتزم الممنوح له بالتعليمات المتعلقة باستخدام وسائل التسويق الفنية المحددة من قبل المانح، في حين يمارس وكيل العقود الاستقلالية في عملية تسويق منتجات الموكل دون أن يكون للآخر

(١) دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية، ياسر سامي قرني، ص ٢٧.

(٢) انظر: العقود التجارية وعمليات البنوك، محمد حسن الجبر، ص ١١٦.

(٣) انظر: القانون التجاري في العقود التجارية، كمال محمد أبو سريع، ص ٦٧.

الحق في إصدار أوامر أو معلومات تتعلق بتنظيم عمل منشأة الوكيل^(١)، كما يختلفان في القانون واجب التطبيق حيث يخضع امتياز التوزيع في المملكة العربية السعودية لنظام الامتياز التجاري في حين تخضع وكالات العقود لنظام الوكالات التجارية.

المطلب الثاني: ماهية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات:

أدت السرعة في إجراء التعاملات والزيادة الكبيرة في إبرام الصفقات التجارية إلى نشوء عدد هائل من الخلافات والنزاعات بين الأطراف التعاقدية، الأمر الذي شكل عبئاً على الجهاز القضائي، ما دعا إلى الحاجة نحو ابتكار وسائل يمكن من خلالها إدارة النزاعات خارج المحكمة؛ حيث تتسم بالفعالية والكفاءة من خلال توافرها مع السرعة، التي تتسم بها التصرفات التجارية ومقبوليته لدى الأطراف المتنازعة، وهو ما يتوفر في الوسائل البديلة لتسوية المنازعات. من هنا، يهدف هذا المطلب لتحديد مفهوم الوسائل البديلة من خلال تقديم تعريفات تساعد في معرفة كنهها ومن ثم تبرز أهم الحثيات لبيان أهميتها وأخيراً تسلط الضوء على أبرز أنواع تلك الوسائل.

(١) انظر: العقود التجارية وعمليات البنوك، عبد الفضيل محمد أحمد، ص ٨٨.

الفرع الأول: مفهوم وسائل تسوية المنازعات البديلة وأهميتها:

يُعرف جانبٌ من الفقه الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بأنها: الآليات التي يلجأ إليها الأطراف التعاقدية عوضاً عن القضاء العادي عند نشوء خلاف ما سعيًا نحو حله^(١).

كما تعرف أيضاً بأنها: مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلاً عن المحاكم في حسم المنازعات وغالباً ما تستوجب تدخل طرف ثالث يكون حيادياً ونزيهاً^(٢).

وعرفت أيضاً بأنها: مجموعة من الممارسات والتقنيات التي تهدف إلى السماح بحل النزاعات القانونية خارج المحاكم^(٣). كما عرفت بأنها: مجمل الأعمال أو العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من نزاعات القانون الخاص، بمقتضى اتفاق بين المعنيين به؛ عن طريق قضاة خاصين، مختارين من قبلهم، لا معينين من قبل القانون^(٤).

(١) انظر: مدى فاعلية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، أحمد ناجي، ص ٩٣-١١.

(٢) انظر: الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية، سولم سيفان، ص ١٢.

(٣) انظر:

Mnookin, Robert, «Alternative Dispute Resolution» (1998). Harvard Law School John M. Olin Centre for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 232.

(٤) انظر: التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، ص ٣٢.

ومع ذلك، نعتقد بأن التعريفات الآنفة لا تخلو من الانتقاد؛ حيث جعلت الغاية من اللجوء إلى الوسائل البديلة مقتصر على حل الخلافات الناشئة بين الأطراف التعاقدية، والحقيقة أن هذا الأمر لا ينطبق على جميع الوسائل؛ حيث يقتصر بعضها على التقريب بين وجهات النظر دون تقديم حلول خاصة بالنزاع، بالإضافة إلى ذلك، لا نعتقد بأن اللجوء للوسائل البديلة يغني - بشكل كامل - عن الحاجة للجهاز القضائي؛ حيث للأخير دور بارز في تقديم الدعم لنجاح عملية اللجوء لمعظم الوسائل البديلة، كما هو الحال في دور المحكمة فيما يتعلق باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، أو في إلغاء أو تنفيذ قرارات وأحكام المحكمين.

من هنا، ولغرض هذه الدراسة، يمكن لهذه الورقة أن تقدم تعريفاً لوسائل تسوية المنازعات البديلة بأنها: «الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لإدارة نزاع ما خارج المحكمة بهدف الوصول إلى تسوية من خلال اتفاق الأطراف أو قرار ملزم من طرف محايد».

تبرز أهمية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات من عدة حيثيات من أبرزها:

١. بساطة الإجراءات:

تتميز الوسائل البديلة في ابتعادها عن الإجراءات الشكلية؛ حيث تضمن للأطراف التعاقدية الحرية والمساهمة في تسوية النزاع من خلال عدة أشكال كما هو الحال في تحديد القواعد واجبة التطبيق في عملية

الاحتكام إلى الخبير، أو اختيار هيئة التحكيم، أو تحديد الإجراءات المتبعة لتنظيم عملية إدارة الجلسات، وغيرها.

٢. السرعة:

حيث يمكن تسوية المنازعات في مراحلها الأولى ضمن إطار زمني معقول بما يتواءم مع السرعة التي تتسم بها العمليات التجارية وهو ما يظهر جلياً في وسيلة البت في المنازعات؛ حيث يجب على عضو الهيئة أن يصدر قراراً بشأن المنازعة في وقت عاجل (٢٨ يوماً في المجمل) ويجب على الأطراف المتنازعة تنفيذه ما لم يتم الاعتراض عليه.

٣. انخفاض التكلفة:

قد يتكبد الأطراف التعاقدية العديد من النفقات والمصاريف الثقيلة والمرهقة حين عرض النزاع على الجهاز القضائي في الدولة كما يتم دفعه من رسوم لرفع الدعوى، وأتعاب المحامين والمترجمين والخبراء ونحوها، وهو ما يمكن تلافيه من خلال تسوية النزاع عبر الوسائل البديلة كما هو الحال جلياً في عمليتي التوفيق والوساطة.

الفرع الثاني: أنواع وسائل تسوية المنازعات البديلة:

تعدد الوسائل التي يمكن من خلالها تسوية المنازعات بين الأطراف التعاقدية، ويمكن تقسيمها بعدة اعتبارات كإلزامية نتائج التسوية من عدمه، ومدى تدخل طرف ثالث من عدمه وغيرها، ومع

ذلك، يقتصر هذا الفرع على تحديد أبرز الوسائل البديلة من خلال تقسيمها بالاعتبار الأخير وذلك في النقاط التالية.

أولاً: التفاوض:

يقصد بالتفاوض تلك الوسيلة التي يتم من خلالها تسوية المنازعات عبر الحوار المباشر بين الأطراف المتنازعة، أو ممثليهم دون لجوء لطرف ثالث لإدارة النزاع^(١).

تتميز هذه الوسيلة بإمكانية اللجوء إليها قبل نشوء النزاع بشكل رسمي، أو في أي مرحلة من مراحلها، كما أنها تعد أكثر الوسائل بساطة، وأسرعها من ناحية الإطار الزمني، وأكثرها مرونة، وأقلها تكلفة؛ حيث يتمتع الأطراف المتنازعة بالتحكم المطلق في عملية التفاوض، وكذلك تحديد ما يترتب عليها من آثار.

ومع ذلك، لا تسهم هذه الوسيلة - بشكل كافٍ - في تسوية جميع المنازعات كالحال حينما يكون محل النزاع أمراً معقداً يتطلب تدخل أطراف أخرى لإبداء الرأي بشأنها، أو عند عدم قدرة الأطراف المتنازعة على إدارة النزاع بشكل ذاتي، مما يدعو للاستعانة بطرف ثالث؛ سعياً نحو الوصول إلى تسويته بشكل نهائي.

(١) اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، أحمد صالح مخلوف، ص ١٨-٢٠.

ثانياً: التوفيق:

يعرف التوفيق بأنه الوسيلة التي يمكن من خلالها تسوية المنازعات ودياً من خلال الاستعانة بطرف ثالث يقرب وجهات النظر المختلفة دون أن يمتد دوره لإصدار قرار ملزم^(١).

من هنا، يتبين بأن الدور المنوط بالموفق يقتصر على محاولة تقريب وجهات النظر، وتقديم المساعدة للأطراف المتنازعة، وتنظيم عملية تبادل الوثائق والمعلومات بينهما؛ سعياً نحو الوصول إلى تسوية يرتضيها الأطراف، دون أن يكون للموفق دور جوهري في تقديم حلول خاصة بموضوع النزاع، أو فرض تلك الحلول على الأطراف المتنازعة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ما يميز هذه الوسيلة عن غيرها من الوسائل الأخرى هو الدور الذي يلعبه الموفق في تسوية المنازعات؛ نظراً لما يملكه من مهارات -كالقدرة على الاتصال في الحوار بشكل فعال- مما يساهم في إدارة المنازعات بشكل ملائم.

ومع ذلك، بالإضافة إلى ما ذكرنا آنفاً، قد لا يتمكن الأطراف من الوصول إلى تسوية فيما بينهما من خلال جهود الموفق، مما يدعو للحاجة إلى تدخل طرف ثالث على علم بطبيعة النزاع لطرح حلول عملية يمكن من خلالها تسوية الخلاف.

(١) التوفيق التجاري الدولي والنظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، محمد إبراهيم موسى، ص ٢٣؛ الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، علاء أبارين، ص ٦٩.

ثالثاً: الوساطة:

تعرف الوساطة بأنها الوسيلة التي يمكن من خلالها تسوية المنازعات من خلال الاستعانة بطرف (وسيط) أو أطراف (هيئة وساطة) محايدين لإدارة النزاع؛ سعياً نحو الوصول إلى حلول متفق عليها من الأطراف، دون أن يمتد دوره لإصدار قرار ملزم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك^(١).

بعبارة أخرى، تبدأ إجراءات الوساطة عند اتفاق مانح الامتياز والممنوح له على اللجوء إليها كوسيلة ودية لتسوية النزاع الناشئ بينهم من خلال تحديد طرف (وسيط) أو أطراف (هيئة وساطة) محايدين لإدارة النزاع؛ سعياً نحو إيجاد حلول يتفق عليها الأطراف.

من هنا، يتضح بأن الوساطة تتشابه مع التوفيق في عدة خصائص؛ منها أن مصدر استمداد الموفق والوسيط لصلاحيتهما يتمثل في اتفاق الأطراف، وعليه فلا يجوز لهما تجاوز الصلاحيات الممنوحة لهما بموجب الاتفاقية، بالإضافة إلى ذلك، الأصل أن هاتين الوسيطتين من الوسائل الودية لتسوية المنازعات ولا يترتب عليها إلزام الأطراف المتنازعة بالحلول المقدمة منهما ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

(١) الوساطة لحل النزاعات المدنية الأحكام العامة - التنظيم القانوني - الإطار التشريعي دراسة مقارنة، علي الرشدان، ص ١٨.

كما يمكن للأطراف التعاقدية اللجوء لأحد تلك الوسائل في أي مرحلة من مراحل النزاع أو قبل نشوئه حسب الاتفاق. لذا، يرى جانب من الفقه بأن التوفيق والوساطة مترادفان^(١)، ومع ذلك، يرى جانب آخر من الفقه بأن الفرق الدقيق بين الموفق والوسيط يتمثل في عدم اقتصار دور الوسيط على تقريب وجهات النظر فحسب؛ بل يمتد دوره ليشمل تقديم الحلول الإبداعية حول موضوع النزاع - نظراً لما يملكه الوسيط من خبرة عملية في مجال موضوع النزاع - للوصول إلى تسوية يرتضيها الأطراف، أو يتم فرض تلك الحلول من قبل الوسيط في حال اتفاق الأطراف على ذلك^(٢). في حين يرى جانب من الفقه العكس من ذلك^(٣).

(١) وهذا ما يتوافق مع المادة ١(٢) من قواعد الأونسيترال للوساطة الصادرة عام ٢٠٢١م حيث عرفت الوساطة بأنها: «أي عملية يطلب فيها الأطراف إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين مساعدتهم في سعيهم للتوصل إلى تسوية ودية للمنازعة القائمة بينهم، سواء أشير إليها بتعبير الوساطة أو التوفيق أو بتعبير آخر».

(٢) النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، أحمد عبد الكريم سلامة، ص ٢٥٦؛ التوفيق بوصفه آلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار، مروة العيسوي، ص ١٤٥.

(٣) الوسائل البديلة لتسوية المنازعات: دراسة في أحكام الوساطة، يوسف عبد الهادي الأكياي، ص ١٢٠؛ انظر:

Doug Jones. 'Various Non-binding ADR Processes' in Van Den Berg, Albert Jan (ed), New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond (The Hague, 2005), 368

تبرز أهمية الوساطة في محافظتها على سرية الأطراف المتنازعة؛ حيث لا يجوز للطرفين أو الوسيط الإفصاح عن المسائل ذات الصلة -التي يتم مناقشتها أثناء عملية الوساطة- إلى أي جهة أخرى -المحكمة أو هيئة التحكيم- دون موافقة الأطراف المتنازعة.

على الرغم من ذلك، فإن الوساطة لا تخلو من عدة عيوب قد تحد من كفاءتها؛ كالحال عند عدم القدرة للوصول إلى تسوية يتم الاتفاق عليها من قبل الأطراف، بالإضافة إلى ما قد ينشأ عن هذه الوسيلة من أضرار محتملة على مصالح الأطراف التعاقدية؛ كالحال عند كشف الأطراف التعاقدية عن معلومات جوهرية تتطلبها عملية الوساطة من شأنها الإضرار بمواقف الأطراف، عندما يتم عرض النزاع على الوسيط لاحقاً من خلال وسائل تسوية المنازعات الأخرى كالتحكيم.

رابعاً: التقييم الحيادي المبكر:

هي الوسيلة التي يتم من خلالها عرض النزاع على طرف يتمتع بالخبرة القانونية الواسعة (غالباً ما يكون قاضياً) لتقييم النزاع المعروض عليه سعياً نحو تحديد مركز الأطراف المتنازعة^(١)، بعبارة أخرى، يسهم رأي الخبير في إعطاء فكرة حول النتيجة المتوقعة في حال ما رغب الأطراف المتنازعة في معرفة مراكزهم قبل المضي قدماً نحو عرض القضية على هيئة تحكيم أو المحكمة ذات الصلة، مما يحافظ على الوقت والتكاليف.

(١) انظر: مدى فاعلية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، أحمد ناجي، ص ٩٣-١١.

من هنا، يمكن لكل طرف من الأطراف تحديد الخطوة القادمة المناسبة له؛ لتسوية النزاع المطروح، وعلى الرغم من اعتبار هذه الوسيلة غير ملزمة لتسوية المنازعات، إلا أنه يمكن للأطراف التعاقدية الاتفاق على اعتبار التوصيات المقدمة من الخبير ملزمة ما لم يتم الطعن عليها خلال إطار زمني محدد يتم الاتفاق عليه بين الأطراف.

وعلى الرغم من اشتراك الاحتكام إلى الخبير في العديد من المزايا المذكورة في بدائل تسوية المنازعات، إلا أن ما يميز هذه الطريقة عن الطرق آنفة الذكر أن قرار الخبير يعتبر نهائياً وملزماً، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

وبالتالي، يمكن التوصل إلى حل لفض المنازعة دون حاجة لإطار زمني طويل قد يتسبب في إثقال كاهل الطرف الرابع، ومع ذلك لا تخلو هذه الطريقة من العيوب، من أبرزها: أن حكم الخبير قد لا يتم تنفيذه من قبل المحاكم ذات الصلة.

خامساً: التحكيم:

يقصد بالتحكيم الوسيلة التي يمكن من خلالها تسوية منازعة ما بقرار ملزم من شخص أو أشخاص يتم تعيينهم باتفاق الأطراف ضمن قواعد تحدد من قبلهم، أو من القوانين ذات الصلة^(١).

(١) انظر:

Mark Huleatt-James, Nicholas Gould. International Commercial Arbitration. (LLP Publisher, 1999), 3.

من هنا، يشترك التحكيم مع ما سبق استعراضه من الوسائل في وجوب اللجوء إليه قبل عرض المنازعة على المحاكم حال الاتفاق على ذلك، ومع ذلك يتميز التحكيم عن غيره من الوسائل في إلزامية القرار الذي يتم التوصل إليه من قبل هيئة التحكيم للأطراف المتنازعة؛ تأكيداً لذلك، عمدت أغلب أنظمة التحكيم على مستوى العالم إلى حصر وتضييق الحالات التي يمكن من خلالها الطعن على الحكم التحكيمي؛ حيث لا يمكن الطعن عليه من الجانب الموضوعي ما لم يخالف عدة اعتبارات كالنظام العام^(١).

لذا ثار الخلاف بين فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للتحكيم فيرى جانب من الفقه بأن التحكيم يأخذ الصبغة القضائية؛ حيث يشترك مع القضاء في عدد من السمات، كإصدار الهيئة أحكاماً إلزامية ونهائية، وتسبيب الحكم، وتنفيذه عن طريق التنفيذ الجبري وغيرها^(٢).

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن التحكيم يأخذ شكل الصفة العقدية؛ حيث لا يمكن اللجوء له إلا باتفاق الأطراف، كما يتمتعون

(١) انظر:

Margaret L. Moses. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. (Cambridge University Press, 2012), 2-3.

(٢) التحكيم التجاري الداخلي والدولي، محمود سمير الشراوي ١٣.

بالحرية في تحديد إجراءات سير عملية التحكيم واختيار هيئة التحكيم، وهو ما لا يتحقق في القضاء^(١).

ومع ذلك، لا نتفق تماماً مع الرأيين آنفي الذكر؛ حيث نعتقد بأن التحكيم وإن كان يشترك مع القضاء في عدد من السمات؛ إلا أن هناك العديد من الاختلافات بينهما؛ من أهمها: أن صلاحيات هيئة التحكيم للفصل في المنازعات ذات الصلة مستمدة من اتفاقية الأطراف، في حين أن التقاضي حق دستوري مكفول للكل، ولا يستلزم موافقة الطرف الآخر ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك^(٢)، كما أن القضاء له الولاية العامة -من حيث الأصل- للنظر في كافة أنواع النزاعات، في حين لا يمكن عرض أنواع محددة من النزاعات على التحكيم كما هو الحال في النزاعات ذات الصلة بالأحوال الشخصية.

ومع ذلك، تتميز أحكام التحكيم عن القضاء في احتمالية التوصل لحكم تحكيمي ملزم، بأقل تكلفة وأقل تعقيد، كما أنه من السهولة بمكان تنفيذ الحكم التحكيمي بسهولة على المستوى الدولي، وهو ما قد يتعذر تطبيقه في حكم المحكمة الصادر من محكمة إقليمي مغاير لإقليم تنفيذه.

(١) هيئة التحكيم الاختياري، أسامة شوقي المليجي، ص ١٩.

(٢) انظر المادة (٤٦) من النظام الأساسي للحكم.

في الجانب المقابل، لا يغني اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم عن إضفاء الصبغة القضائية في الحكم التحكيمي؛ كما هو الحال عند تنفيذ قرارات وأحكام المحكمين بأمر من المحكمة ذات الصلة.

من هنا، نرى بأن الأقرب في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بأنه ذو طبيعة مختلطة؛ حيث يستند في نشأته إلى اتفاق الأطراف التعاقدية ثم يتحول إلى الطبيعة القضائية عند الاعتراف بحجية الحكم التحكيمي والأمر بتنفيذه.



المبحث الأول

الطبيعة القانونية لاتفاقية الامتياز التجاري

قبل مناقشة وتحليل الوسائل البديلة لتسوية منازعات الامتياز التجاري، تناقش المطالب التالية أبرز الأحكام العامة لاتفاقية الامتياز التجاري، وذلك عبر تحديد خصائص هذا النوع من الاتفاقيات، وأسباب انقضائها، ويختتم هذا المبحث بعرض أبرز الآثار المترتبة على إبرام اتفاقية الامتياز التجاري من خلال تحديد التزامات الأطراف التعاقدية.

المطلب الأول: خصائص اتفاقية الامتياز التجاري:

من خلال تحديد مفهوم الامتياز التجاري في المطلب السابق، يمكننا استخلاص أبرز خصائص اتفاقية الامتياز التجاري في النقاط الآتية:

أولاً: عقد رضائي ملزم:

تعد اتفاقية الامتياز التجاري من العقود التبادلية الملزمة لطرفي العلاقة التعاقدية، كما أنها من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تلاقي الإرادتين عبر التعبير عنهما بالإيجاب والقبول بين طرفي العلاقة التعاقدية على محل العقد، لذا لا يشترط لصحتها أن تتخذ شكلاً معيناً^(١)، ومع ذلك على الرغم من اشتراط المنظم السعودي كتابة

(١) «قانون الأعمال»، علي سيد قاسم، ص ١٩٥.

اتفاقية الامتياز التجاري؛ سعياً نحو توثيق هذا النوع من المعاملات^(١)، إلا أن الكتابة لا تؤثر في اعتبار اتفاقية الامتياز من العقود الرضائية.

في هذا السياق، يتم عادة صياغة شروط وأحكام الاتفاقية من قبل الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية (مانح الامتياز) دون إعطاء الطرف الآخر الفرصة للتفاوض بشأنها مما يجعله مرغماً على قبولها أو رفضها، ما يزيد المشكلة تعقيداً، في حال ما إذا تضمنت بنود الاتفاقية إلزام الممنوح له بالتزامات تثقل كاهله (مثل دفع مقابل مادي باهظ الثمن بشكل ثابت متتابع) بموجب الاتفاقية دون مراعاة للظروف المحيطة أو منح الطرف الآخر الفرصة لمناقشة ذلك الالتزام، هذا الأمر دعا عدداً من الباحثين لتكييف اتفاقية الامتياز التجاري بأنها من عقود الإذعان^(٢)، ومع ذلك لا نتفق تماماً مع هذا الرأي للعديد من الاعتبارات منها؛ أنه لا يمكن الجزم بعدم إمكانية تفاوض المانح والممنوح له في كل اتفاقية امتياز يتم إبرامها؛ حيث يثبت الواقع العملي إمكانية حدوث خلاف ذلك، وبالتالي لا يمكن إضفاء صفة الإذعان في الحالات التي لا تتحقق فيها سمات تلك العقود، حتى لو سلمنا

- (١) تنص الفقرة (أ) من المادة الحادية عشرة من نظام الامتياز التجاري على أنه «يجب أن تكون اتفاقية الامتياز مكتوبة باللغة العربية وموقعة من طرفيها، وإذا كانت محررة بغير اللغة العربية فتجب ترجمتها إلى اللغة العربية ترجمة معتمدة».
- (٢) عقد الامتياز التجاري «دراسة في نقل المعارف»، محمد محسن إبراهيم النجار، ص ٣٥؛ القواعد الناطمة لعقود التوزيع: عقد الامتياز التجاري نموذجاً، زكريا غطراف، ص ٧؛ الجوانب القانونية لعقد الفرنشايز، محمد مرزوق، ص ٥٤١.

جدلاً بأن اتفاقيات الامتياز التجاري لا تتيح للممنوح له الفرصة للتفاوض حول الشروط والأحكام فلا يعد ذلك وحده سبباً لإضفاء صفة الإذعان على هذا النوع من البنود.

لتوضيح هذه النقطة بشكل أكبر، هناك أربع سمات لا بد من تحققها مجتمعة لكي يتم تكييف اتفاقية ما بأنها من عقود الإذعان وهي:

- أن يكون محل العقد من الضروريات بالنسبة للمتفعين بها ولا يمكن الاستغناء عنها.

- واحتكار المانح للسلع قانونياً أو فعلياً.

- وانفراد المانح بإدراج بنود العقد والآثار المترتبة عليه دون قدرة الطرف الآخر للتفاوض بشأنها.

- وصدور الإيجاب من المانح إلى الغير كافة وبشروط موحدة على نحو مستمر^(١).

والقول بأن هذه السمات مجتمعة تتحقق في جميع اتفاقيات الامتياز التجاري تحكم لا دليل عليه، فعلى سبيل المثال حينما يكون محل الاتفاقية امتياز توزيع لألعاب أطفال، فلا يمكن القول في هذه الحالة بأن محل الاتفاقية من الضروريات بالنسبة للمتفعين بها ولا يمكن الاستغناء

(١) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، عبد الرزاق السنهوري، ٧٤ / ٢؛ مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، وزارة العدل المصرية، ص ٢٠٤.

عنها، وبالتالي نعتقد بأن الأصل في تكييف اتفاقية الامتياز التجاري بأنها من عقود المساومة ما لم تتحقق سماتها.

ثانياً: عقد معاوضة زمني:

تعد المعاوضة إحدى الخصائص التي تميز اتفاقية الامتياز التجاري عن غيرها من الأعمال الأخرى (كأعمال التبرع، أو الخدمات المجانية)، فكما أن مانح الامتياز منوط به تحويل صاحب الامتياز باستخدام عناصر محددة من نشاطه وتقديم المساعدة والدعم للممنوح له مدة سريان الاتفاقية؛ فإنه في الوقت نفسه يستحق العوض في مقابل ذلك، كما يحظى صاحب الامتياز بالانتفاع بالحقوق المقدمة من المانح مع التزامه باتباع تعليمات المانح والعمل وفقاً لنظامه^(١)؛ نظراً لأن محل اتفاقية الامتياز التجاري أعمال تجارية (كامتياز الإنتاج، وامتياز الخدمات، وامتياز التوزيع... وغيرها)، فيتم إضفاء الصفة التجارية على الأطراف التعاقدية متى ما مارست ذلك العمل على سبيل الاحتراف، علاوة على ذلك تتميز اتفاقية الامتياز التجاري بخاصية الاستمرارية والتي يعتبر الزمن فيها عاملاً مهماً في العلاقة التي تربط طرفي العلاقة التعاقدية؛ نظراً لأن تنفيذ الالتزامات المنوطة بطرفي العلاقة التعاقدية بموجب الاتفاقية قد تستغرق وقتاً يتم تحديده باتفاق

(١) القواعد النازمة لعقود التوزيع: عقد الامتياز التجاري نموذجاً، زكريا غطراف، ص ٧.

الأطراف^(١)، فعلى خلاف بعض العقود الأخرى، لا يترتب على اتفاقية الامتياز التجاري انتقال محل العقد من شخص إلى آخر بشكل دائم كما هو الحال في عقد البيع مثلاً، كما لا ينقضي الالتزام بمجرد الوفاء به مرة واحدة، كما هو الحال في عقود الوكالة بالعمولة، وإنما تظل الالتزامات التبادلية للطرفين قائمة بشكل متتابع مدة سريان الاتفاقية، كما هو الحال في عقود وكالة العقود وعقود التوريد.

ثالثاً: عقد مسمى قائم على الاعتبار الشخصي:

تعد اتفاقية الامتياز التجاري من العقود المسماة بموجب النظام السعودي؛ حيث ورد لها اسم خاص يدل على موضوعها، وقرر لها المنظم أحكاماً تترتب على انعقادها وأفردها بنظام مستقل ممثلاً في نظام الامتياز التجاري^(٢). علاوة على ذلك تقوم اتفاقية الامتياز على الاعتبار الشخصي نظراً لما يتميز به المتعاقدون من إمكانيات وقدرات دعت كلاً منهما للتعاقد مع الآخر، مما يمكن معه تنفيذ العقد على الوجه المطلوب، ولذلك تتأثر اتفاقية الامتياز التجاري بما يقوض هذه الثقة المتبادلة كالوفاة أو فقدان الأهلية للشخص

(١) انظر: الإطار القانوني لعقد الترخيص التجاري، مجلة الدراسات الاجتماعية، رشاد نعمان العامري، ص ١٠٩.

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٢) بتاريخ ١٤٤١/٢/٩هـ؛ حيث نص على الأحكام القانونية لتنظيم هذا النوع من العقود، كالاتزامات المنوطة بالأطراف التعاقدية، والأثر المترتب على الإخلال بتلك الاتزامات، وأسباب إنهاء الاتفاقية، وغيرها من الأحكام ذات الصلة.

الطبيعي، أو افتتاح أي من إجراءات التصفية أو صدور قرار التصفية اختيارياً للشخصية الاعتبارية^(١)، وبالتالي لا يجوز لأحد الأطراف أن ينيب غيره في أداء المهام المنوطة به، أو يتنازل عن التزاماته للغير، دون إذن من الطرف الآخر^(٢).

رابعاً: عقد مركب ذو طبيعة خاصة:

يتميز محل العقد في اتفاقية الامتياز التجاري بطابع خاص ومعقد؛ حيث يجمع العديد من العقود في اتفاقية واحدة، بما يشمل الترخيص في استخدام أحد عناصر مانح الامتياز، ونقل الخبرات والمعرفة الفنية، والإشراف والرقابة أثناء تنفيذ العقد، والتدريب لطاخم المرخص له، وتقديم مقابل معلوم بشكل مستمر^(٣)، كما يترتب على إبرام الاتفاقية العديد من الالتزامات المتقابلة على طرفي العلاقة التعاقدية والتي لا يقتصر أداؤها على وقت إبرام الاتفاقية فقط؛ بل تمتد لتشمل جميع مراحل التعاقد:

- كتلبية متطلبات الإفصاح قبل التعاقد.
- متطلبات حسن النية عند التعاقد.
- تبادل التحسينات الواردة على عناصر محل العقد أثناء تنفيذه.
- عدم المنافسة بعد انتهاء العقد.

(١) انظر: المادة السادسة عشرة من نظام الامتياز التجاري.

(٢) الجوانب القانونية لعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)، عبد الهادي محمد الغامدي، ص ٩٢٦.

(٣) عقد الفرانشايز، لبنى عمر مسقاوي، ص ٩٤.

من هنا، يتضح بأن اتفاقية الامتياز التجاري وإن كانت تشترك مع غيرها من العقود المسماة الأخرى في بعض الخصائص؛ إلا أن لها من الخصوصية ما يميزها عن تلك العقود، وهو ما جعل من غير الممكن تكييف اتفاقية الامتياز التجاري شرعاً بما يتناسب مع خصائص العقود المسماة في الفقه الإسلامي^(١).

المطلب الثاني: أسباب انقضاء اتفاقية الامتياز التجاري:

تنقضي اتفاقية الامتياز التجاري من خلال ثلاثة أسباب تم استنباطها من خلال أحكام نظام الامتياز التجاري ذات الصلة وهو ما سيتم مناقشته في الفقرات التالية:

أولاً: انتهاء مدة الاتفاقية:

يتحدد النطاق الزمني لاتفاقية الامتياز التجاري؛ بناء على ما يتفق عليه الأطراف؛ نظراً لعدم وجود قيود تحدد ذلك في نظام الامتياز التجاري، وبالتالي في حال كانت الاتفاقية محددة الزمن فالأصل أن تنتهي بمضي تلك المدة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

من ناحية أخرى، في حال عدم تحديد مدة الاتفاقية فيمكن لأي من الأطراف التعاقدية -بحسن نية- أن ينهي الاتفاقية بإرادته المنفردة

(١) عقد الامتياز التجاري (فرانشايز - Franchise) دراسة فقهية مقارنة، محمود صديق رشوان، ص ٤٠٨٨؛ تكييف عقد الامتياز التجاري في الفقه والنظام، صالح عبد الله السعوي، ص ١١٧٠.

شريطة إخطار الطرف الآخر برغبته في الإنهاء خلال مدة معقولة؛ سعيًا نحو منح الطرف الآخر الفرصة لترتيب أوجه نشاطه - بوقت كاف - في الفترة اللاحقة لإنهاء الاتفاقية.

في هذا السياق، يمكن للأطراف التعاقدية - عند إبرام الاتفاقية - الاتفاق على تحديد ما إذا كانت الاتفاقية قابلة للتجديد أو التمديد بعد انتهاء مدة الاتفاقية.

تبرز أهمية ذلك في تحقيق مصالح الطرفين؛ حيث يمكن أن يسهم في ضمان استمرارية تدفق الأرباح من خلال استغلال الامتياز بالنسبة للمانح، كما يضمن للممنوح له الاستفادة من جهوده المبذولة من خلال استمرار الامتياز، ومع ذلك قد يشكل عدم تمديد وتجديد الاتفاقية إضراراً بمصالح صاحب الامتياز وذلك حينما يستفيد المانح من الجهود المبذولة منه - إما لنفسه أو في عقده اللاحق مع ممنوح له آخر - مثل جهوده في بناء شبكة من عناصر اتصال بعملاء في المنطقة الجغرافية ذات الصلة^(١)، من هنا، كضمانة من التعسف في استعمال الحق، يلتزم مانح الامتياز - في حال كان إنهاء العقد أو عدم تجديده وتمديده بسبب غير منصوص عليه نظاماً -^(٢) بشراء الأدوات والمعدات

(١) إشكاليات الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية نقدية، عبد الهادي محمد الغامدي، ص ٣٠٨.

(٢) انظر: الفقرتين (٢-٥) من المادة الخامسة عشرة، والمادة الثامنة عشرة من نظام الامتياز التجاري.

التي قام صاحب الامتياز بشراءها - من مانح الامتياز أو بناء على طلبه - لتحقيق مقتضيات الاتفاقية بسعر لا يقل عن مبلغ شرائها بعد خصم مقابل الإهلاك وذلك خلال ستين يوماً من طلب صاحب الامتياز^(١)، كما يلزم بتعويض الممنوح له عن أي خسارة تكبدها لتأسيس أعمال الامتياز في المملكة أو الاستحواذ عليها أو تشغيلها، وأي ضرر آخر لحق به^(٢).

ثانياً: زوال الاعتبار الشخصي:

استناداً إلى ما قررناه سابقاً من قيام اتفاقية الامتياز التجاري على الاعتبار الشخصي للأطراف، لذا فإن الاتفاقية تتأثر بما قد يقوض الثقة المتبادلة بينهما، ففي حال كان الممنوح له شخصية طبيعية، تنقضي الاتفاقية - ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك - في حال وفاته، أو فقدانه الأهلية كالجنون، أو نقصانها كالسفه والعته، أو حدوث مانع صحي يحول دون قدرته على ممارسة نشاط الامتياز.

يعود السبب وراء بطلان اتفاقية الامتياز في الحالات الآنفه نظراً لما يملكه الممنوح له من اعتبارات شخصية دعت المانح نحو إبرام الاتفاقية معه، وبالتالي فإن زوال تلك الاعتبارات، من شأنها أن تجعل من تنفيذ الاتفاقية مستحيلاً، ومع ذلك أجاز النظام إمكانية الاتفاق على بقاء الاتفاقية - في حال تحقق أي من الحالات الآنفه - عند النص

(١) انظر: الفقرة (١) (أ) من المادة العشرون من نظام الامتياز التجاري.

(٢) انظر: الفقرة (١) (ب) من المادة العشرون من نظام الامتياز التجاري.

على انتقال أعمال الامتياز من الممنوح له إلى الورثة أو إلى شخص آخر^(١)، علاوة على ذلك تنقضي اتفاقية الامتياز التجاري - ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك - في حال كان الممنوح له شخصية طبيعية أو اعتبارية في حال ما تم افتتاح أي من إجراءات التصفية - أو تم تصفية الشخصية الاعتبارية اختياريًا - بموجب نظام الإفلاس، والسبب يعود إلى أن المفلس تُغلّ يده عن مباشرة التصرفات في جميع أمواله، وبالتالي لا يمكن للممنوح له في هذه الحالة أن يوفي بالتزاماته الناشئة عن اتفاقية الامتياز التجاري، كما يمكن أن تكون الأسرار المتعلقة بالمعرفة الفنية عرضة للإفشاء أثناء عملية التصفية، مما يعرض مصالح مانح الامتياز للخطر^(٢).

من ناحية أخرى، هناك حالات أخرى يمكن أن تؤثر على الشخصية القانونية للممنوح له الاعتباري؛ كالحال عند تلاحم شخصيتين ينتج عنه فناء كل منهما أو أحدهما ليشكل شخصية واحدة وهو ما يعرف بالاندماج؛ سواء كان عن طريق الضم؛ عندما تندمج شخصية اعتبارية في أخرى مع احتفاظ هذه الأخرى بشخصيتها الاعتبارية، أو كان عن طريق المزج؛ عندما تنقضي شخصية اعتبارية بعد صهرها بأخرى لتأسيس شخصية جديدة يكون رأس مالها من

(١) انظر: الفقرة (١) من المادة السادسة عشرة من نظام الامتياز التجاري.

(٢) عقد الامتياز التجاري «دراسة في نقل المعارف»، محمد محسن إبراهيم النجار، ص ١٥٠.

الشخصيات السابقة^(١)، ومع ذلك لا يرتب نظام الامتياز التجاري على الاندماج انقضاء اتفاقية الامتياز التجاري^{(٢)(٣)} من هنا، يذهب جانب من الفقه إلى أن الاندماج يتعارض مع الاعتبار الشخصي للممنوح له، والذي دعا المانح لإبرام الاتفاقية معه؛ حيث لم تتجه إرادة المانح نحو إبرام الاتفاقية مع الشخصية الجديدة أو الدامجة، وبالتالي فإن الأصل عدم جواز إجبار المانح على القبول بتلك الشخصية كطرف في الاتفاقية دون موافقته، كما أن الاندماج قد يعرض مصالح المانح للخطر من خلال إفشاء أسرار معرفته الفنية لطرف آخر^(٤)، ومع ذلك، لا نتفق مع هذا الرأي؛ حيث نعتقد بأن الاندماج لا يترتب عليه بالضرورة زوال الاعتبارات التي دفعت المانح للتعاقد مع الشخصية المندمجة، بل الأصل أن تنغمس تلك الاعتبارات في الشخصية الدامجة أو الجديدة سيما وأن الشخصية المندمجة تمثل جزءاً منهما، كما أن مسلك المنظم السعودي في الحكم الآنف يتواءم مع المنظومة التشريعية التجارية في المملكة، ويسهم في تحقيق الترابط بين النصوص القانونية، يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة (٢٢٩) من نظام الشركات على أن تحل

(١) انظر: اندماج الشركات وانقسامها: دراسة مقارنة، حسني المصري، ص ٣٦.

(٢) انظر: الفقرة (٢) من المادة السادسة عشرة من نظام الامتياز التجاري.

(٣) انظر: الآثار القانونية لاندماج الشركات على حقوق الشركاء والدائنين، خالد حمد عابد العازمي، ص ٤٧١.

(٤) انظر: النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري في النظام السعودي الجديد، هاني محمد عوض، ص ٧٤٤.

الشركة الدامجة أو الجديدة محل الشركة المدمجة في جميع حقوقها والتزاماتها، بما في ذلك الاتفاقيات التي أبرمتها قبل الاندماج، ومن ذلك اتفاقية الامتياز التجاري. وبالتالي تعد الشخصية الدامجة أو الجديدة بمثابة الشخصية الاعتبارية التي أبرمت اتفاقية الامتياز التجاري مع مانح الامتياز^(١).

ثالثاً: إبطال أو فسخ الاتفاقية:

يشترك البطلان والفسخ في الأثر المترتب عليهما؛ والمتمثل في زوال العقد بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرامه، وإعادة الأطراف إلى الحال التي كانوا عليها قبل التعاقد، إلا أن هناك خلافاً جوهرياً بينهما في مبناهما وحقيقتهما^(٢)، ففي الفسخ، يقوم العقد صحيحاً، ولكن بسبب عدم قيام أحد الأطراف التعاقدية بتنفيذ الالتزامات المنوطة به بموجب العقد، يحق للطرف الآخر المطالبة بحل العقد عبر الفسخ، على العكس من ذلك، لا يقوم العقد -الباطل- صحيحاً في حال عدم تلبيته لأحكام القانون في تكوينه عبر الإخلال بركن من أركانه، وبالتالي يعد العقد كأن لم يكن.

(١) انظر: الآثار القانونية لاندماج الشركات على حقوق الشركاء والدائنين، خالد حمد عابد العازمي، ص ٤٧١.

(٢) انظر: بطلان العقد في الفقه الإسلامي والقانون السعودي، محمد إبراهيم القاسم، ص ٢١١٣.

ومع ذلك، نظراً لأن اتفاقية الامتياز التجاري تعد من العقود الزمنية كما قررناه سابقاً، لذا فاستثناءً من القاعدة العامة السابقة، لا يترتب على فسخ الاتفاقية أثر رجعي^(١)؛ وإنما يقتصر الأثر على الالتزامات اللاحقة للفسخ، مع منح من تقرر له ذلك الحق في التعويض في الحالات ذات الصلة.

من خلال استقراء أحكام النظام، نجد أنه - كأسباب لإنهاء الاتفاقية - قد منح الممنوح له الحق في إبطال الاتفاقية، في حين منح المانح الحق في فسخها في حالات محددة وهو ما سوف نناقشه في الفقرات التالية.

أ. إبطال الاتفاقية:

مقارنة بالممنوح له، يملك مانح الامتياز كافة المعلومات ذات الصلة بالامتياز في حين قد لا يحظى الممنوح له بالمعلومات نفسها قبل إبرام الاتفاقية مما يخلق اختلافاً في التوازن بين الأطراف التعاقدية.

من هنا برزت الحاجة إلى تزويد الممنوح له بالمعلومات الضرورية للامتياز لاتخاذ قرار مستنير بإبرام الاتفاقية كتلك التي تتعلق بخبرة مانح الامتياز، والمبالغ المطلوب سدادها له، وتقدير الاستثمار المبدئي،

(١) وهذا ما يتوافق مع أحكام نظام المعاملات المدنية؛ حيث تنص الفقرة (٢) من المادة الحادية عشرة بعد المئة منه على أنه «إذا كان العقد من العقود الزمنية فلا يكون للفسخ أو الانفساخ أثر رجعي، وللمحكمة أن تقضي بالتعويض إن وجد له مقتضى».

والمعلومات المتعلقة بأصحاب الامتياز الحاليين، وغيرها؛ وحتى يتحقق ذلك يجب على المانح أن يزود الممنوح له بالمعلومات المطلوبة نظاماً (وثيقة بالإفصاح)^(١) قبل أربعة عشر يوماً على الأقل من تاريخ إبرام اتفاقية الامتياز، أو من تاريخ دفع صاحب الامتياز أي مقابل في شأن الامتياز، أيهما أسبق^(٢).

في حال الإخلال الجوهري بهذا الالتزام، يحق لصاحب الامتياز قبل انقضاء سنة من تاريخ علمه بالإخلال، أو قبل انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الإخلال، - أيهما أسبق - إنهاء الاتفاقية عبر تقديم الممنوح له إشعاراً مكتوباً بذلك إلى المانح مع عدم إلزام الممنوح له بتعويض المانح جراء إنهاء الاتفاقية - بعبارة أخرى - في حال عدم تقدم الممنوح له بطلب الإبطال خلال المدد السابق ذكرها فإن صنيعه يعتبر بمثابة التنازل عن حقه، وبالتالي يسقط حقه في إنهاء الاتفاقية^(٣).

من هنا، نعتقد بأن العلة وراء اعتبار العقد قابلاً للبطلان في هذه الحالة تعود إلى ما قد يترتب على الإخلال الآنف ذكره من تعيب

-
- (١) وهي وثيقة تتضمن الإفصاح عن أبرز الحقوق والواجبات والمخاطر الجوهرية المتعلقة بفرص الامتياز. انظر: المادة الأولى من نظام الامتياز التجاري.
- (٢) انظر: الفقرة (١) من المادة السابعة من نظام الامتياز التجاري.
- (٣) انظر: المادة السابعة عشرة من نظام الامتياز التجاري.

لإرادة صاحب الامتياز؛ حيث قد يبرم اتفاقية لم يكن ليبرمها لو حظي بتصور واضح حول المعلومات الضرورية للامتياز قبل التعاقد^(١).

ومع ذلك، يقيد النظام إمكانية ممارسة الممنوح له (الحق في طلب الإبطال) بوقوع إخلال «جوهري» بالتزامات الإفصاح أو القيد المحددة في النظام واللائحة.

ومع ذلك، لا يحدد النظام ولا اللائحة مقدار الجسامة التي ينبغي أن يتصف بها الإخلال الأنف ذكره تاركاً ذلك الأمر للسلطة التقديرية لقاضي محكمة الموضوع.

ومع ذلك، سعيًا نحو الحد من التفسيرات المتفاوتة لهذا القيد، ومراعاةً لاختلال التوازن بين طرفي الاتفاقية، وحفظاً على حق الممنوح له من الضياع، أدعو المنظم السعودي لتعديل صياغة المادة بما يضمن ممارسة الممنوح له الحق في إبطال الاتفاقية حال الإخلال بأي من متطلبات الإفصاح الصادرة من جهة الاختصاص ذات

(١) إن عدم الإفصاح عن البيانات الضرورية للامتياز قد توقع الممنوح له في غلط جوهري لولاه لما رضي بالتعاقد، مما يمنح الحق في طلب إبطال الاتفاقية، وهذا ما يتوافق مع أحكام نظام المعاملات المدنية؛ حيث تنص المادة السابعة والخمسون منه على أن «للمتعاقد طلب إبطال العقد إذا وقع في غلط جوهري لولاه لم يرض بالعقد، وبخاصة إذا كان الغلط الجوهري في صفة المحل أو شخص المتعاقد معه أو صفته أو الحكم النظامي».

الصلة^(١)، سيما وأن هذه الجهة قد اقتصرت في «متطلبات وثيقة الإفصاح» على المعلومات الضرورية لاتخاذ قرار مستدير بشأن إبرام اتفاقية الامتياز التجاري.

بالإضافة إلى ما سبق، في حال ما تم إنهاء الاتفاقية بسبب الإخلال بالالتزام المذكور، فيجب على مانح الامتياز شراء الأدوات والمعدات التي قام صاحب الامتياز بشرائها -من المانح نفسه أو بناء على طلبه- لتحقيق مقتضيات الاتفاقية بسعر لا يقل عن مبلغ شرائها بعد خصم مقابل الإهلاك^(٢)، بالإضافة إلى تعويض الممنوح له عن أي خسارة تكبدها لتأسيس أعمال الامتياز في المملكة أو الاستحواذ عليها أو تشغيلها، وأي ضرر آخر لحق به^(٣).

أما لو قرر الممنوح له الإبقاء على الاتفاقية دون المطالبة بإنائها فيمكنه -في هذه الحالة- أن يطالب بالتعويض عن أي ضرر حدث له جراء ذلك؛ شريطة تقديم الدعوى قبل انقضاء سنة من تاريخ علم الطرف غير المخل بالإخلال أو ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الإخلال، أيهما أسبق^(٤).

(١) انظر: «متطلبات وثيقة الإفصاح» الصادرة كملحق في اللائحة التنفيذية لنظام الامتياز التجاري: <https://n9.cl/xus9t>

(٢) انظر: الفقرة (١) (أ) من المادة العشرين من نظام الامتياز التجاري.

(٣) انظر: الفقرة (١) (ب) من المادة العشرين من نظام الامتياز التجاري.

(٤) انظر: الفقرة (٢) من المادة الحادية والعشرون من نظام الامتياز التجاري.

ب. فسخ الاتفاقية:

يُعد الحق في المطالبة بفسخ الاتفاقية قائماً متى أخل الممنوح له بتنفيذ الالتزامات المقررة عليه - كلياً أو جزئياً - بموجب أحكام الاتفاقية، أو لم يلتزم بتنفيذها على النحو المتفق عليه، أو تجاوز الصلاحيات الممنوحة له بموجبها، وذلك دون الإخلال بأي أسباب أخرى مشروعة لإنهاء الاتفاقية قد تكون منصوصاً عليها صراحة ضمن بنودها^(١).

يحدد نظام الامتياز التجاري أبرز الحالات التي يمكن للمانح المطالبة بفسخ الاتفاقية في النقاط التالية:

١. (إخلال/ تكرار إخلال) الممنوح له بالالتزامات الجوهرية الناشئة عن الاتفاقية:

في هذه الحالة يقع على عاتق المانح الالتزام بإشعار الممنوح له كتابياً بشأن المخالفة؛ بناءً على ذلك، يحق للمانح المطالبة بالفسخ في حال عدم معالجة الإخلال من قبل الممنوح له خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ الإشعار^(٢).

كما يحق للمانح إنهاء الاتفاقية في حال عدم التزام صاحب الامتياز بأحكام اتفاقية الامتياز، أو أي اتفاقية أخرى مبرمة مع المانح أو أي

(١) انظر: الفقرة (١٠) من المادة الثامنة عشرة من نظام الامتياز التجاري.

(٢) انظر: الفقرة (١) من المادة الثامنة عشرة من نظام الامتياز التجاري.

شخص ضمن مجموعته في شأن الامتياز رغم قيام مانح الامتياز بإشعاره كتابة بأداء التزاماته^(١).

٢. التوقف الإرادي عن ممارسة أعمال الامتياز:

في هذه الحالة يجب أن يمضي على توقف الممنوح له عن ممارسة أعمال الامتياز تسعون يوماً متتالية حتى يتسنى للمانح المطالبة بفسخ الاتفاقية^(٢).

كما أجاز النظام إنهاء الاتفاقية قبل انتهاء مدتها في حال تم تصفية صاحب الامتياز أو حلّه، أو عند تنازله عن أعمال الامتياز، أو المنفعة منها إلى دائنيه، أو تصرف في الأصول المتعلقة بأعمال الامتياز للغير^(٣).

٣. ممارسة ما يسيء لسمعة المانح:

ويشمل ذلك ممارسة أعمال الامتياز بما يشكل خطراً على الصحة والسلامة العامة، أو المخالفة الجوهرية لأي من أحكام الأنظمة المعمول بها في المملكة، أو ارتكاب أي من ممارسات الغش التجاري عند ممارسته أعمال الامتياز^(٤).

(١) انظر: الفقرة (٤) من المادة الثامنة عشرة من نظام الامتياز التجاري.

(٢) انظر: الفقرة (٣) من المادة الثامنة عشرة من نظام الامتياز التجاري.

(٣) انظر: الفقرة (٢) من المادة الثامنة عشرة من نظام الامتياز التجاري.

(٤) انظر: الفقرات (٥، ٧، ٨) من المادة الثامنة عشرة من نظام الامتياز التجاري.

٤. فقدان الوثائق ذات الصلة لممارسة أعمال الامتياز:

لا ينص النظام أو لائحته التنفيذية على التراخيص اللازمة لممارسة أعمال الامتياز ليشمل ما تقتضيه طبيعة أعمال الامتياز ذات الصلة بالاتفاقية^(١).

٥. التعدي على حقوق مانح الامتياز:

ويكون التعدي من خلال تجاوز ما اتفق الأطراف عليه فيما يتعلق بحقوق صاحب الامتياز في استخدام أي علامة تجارية وأي حقوق ملكية فكرية خاصة بالمانح^(٢).

المطلب الثالث: آثار اتفاقية الامتياز التجاري:

استناداً إلى ما قرناه سابقاً بأن اتفاقية الامتياز من عقود المعاوضة الملزمة للطرفين، وبالتالي، يترتب على إبرامها التزامات متقابلة بين الأطراف، وهو ما سنناقشه ونبرزه في الفروع الآتية.

(١) انظر: الفقرة (٦) من المادة الثامنة عشرة من نظام الامتياز التجاري؛ المادة السادسة من ضوابط ممارسة الوساطة في أنشطة الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية:

<https://2u.pw/4N54JLVN>

(٢) انظر: الفقرة (٩) من المادة الثامنة عشرة من نظام الامتياز التجاري.

الفرع الأول: التزامات مانح الامتياز:

أولاً: الالتزام بالإفصاح:

مقارنة بالممنوح له، يملك مانح الامتياز كافة المعلومات ذات الصلة بالامتياز في حين قد لا يحظى الممنوح له بالمعلومات نفسها قبل إبرام الاتفاقية، مما يخلق اختلالاً في التوازن بين الأطراف التعاقدية، من هنا برزت الحاجة نحو تزويد الممنوح له بالمعلومات الضرورية للامتياز لاتخاذ قرار مستنير نحو إبرام الاتفاقية، بالإضافة إلى إقناع الممنوح له بإبرام الاتفاقية لغرض الاستثمار^(١).

وتشتمل وثيقة الإفصاح على العديد من البيانات، منها: المعلومات المتعلقة بمانح الامتياز ومجموعته، وخبرة عمله، وتسوية المنازعات، والمبالغ المطلوب سدادها، وتقدير الاستثمار المبدئي، ومناطق وحصرية الامتياز، والمعلومات المتعلقة بأصحاب الامتياز الحاليين، وحقوق استخدام الملكية الفكرية، والتسويق والإعلان، وانتهاء الاتفاقية، وغيرها من المعلومات ذات الصلة. وحتى يتم الوفاء بهذا الالتزام، يجب على المانح أن يزود الممنوح له بوثيقة متطلبات الإفصاح قبل أربعة عشر يوماً على الأقل من تاريخ إبرام اتفاقية الامتياز، أو من تاريخ دفع صاحب الامتياز أي مقابل في شأن الامتياز، أيهما أسبق^(٢).

(١) التزامات أطراف عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)، ماجد صنت السليس، ص ٤٩١٥.

(٢) انظر: الفقرة (١) من المادة السابعة من نظام الامتياز التجاري.

كما يجب أن تتسم الوثيقة بالوضوح والدقة، وأن تكون مكتوبة باللغة العربية أو مترجمة لها بترجمة معتمدة^(١)، في هذا السياق من الأهمية بمكان الإشارة إلى الطبيعة القانونية للالتزام بالإفصاح؛ حيث يترتب على الإخلال به عدد من الآثار - كما ناقشناه في المطلب السابق - بغض النظر عن مدى حاجة الطرف الآخر لتلك المعلومات من عدمه، كما لا ينقضي الالتزام بالإفصاح بمجرد الوفاء به مرة واحدة، بل هو التزام قائم مدة سريان الاتفاقية؛ حيث يجب على المانح تحديث البيانات المنصوص عليها في وثيقة الإفصاح - في حال ما وجدت تغييرات جوهرية - من خلال تقديم وثيقة جديدة أو منفصلة للممنوح له تتضمن التعديلات ذات الصلة في أقرب وقت ممكن.

ثانياً: الالتزام بنقل المعرفة وتقديم المساعدة الفنية^(٢):

يقصد بالمعرفة الفنية: مجموعة المعلومات المتعلقة ببيع منتج أو تقديم خدمة، كما تشمل كل العناصر المادية اللازمة لبدء واستمرار نشاط ما، كالنماذج والرسوم، وتعليمات التشغيل، والأسرار التجارية أو الصناعية وغيرها^(٣).

(١) انظر: الفقرة (٢) من المادة السابعة من نظام الامتياز التجاري.

(٢) عرف الالتزام بالمساعدة الفنية بأنه: «الالتزام صاحب الفانشايز بإتاحة كافة الأدوات والوسائل للمرخص له التي تنقصه في فهم المعرفة الفنية المنقولة وجعلها موضع التطبيق». انظر: الجوانب القانونية لعقد الفانشايز، محمد سادات مرزوق، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية. العدد (٥٤)، ٢٠١٣م، ص ٦٠٨.

(٣) عقد الامتياز التجاري (الفرانشايز)، شياء محمد علي، ص ٧٨٦.

كما أن للمعرفة الفنية مجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها كالسرية حيث يجب أن يتعذر على من كان خارج إطار الاتفاقية معرفة أيٍّ من عناصرها، وأن تكون معلومة وموصوفة بطريقة نافية للجهالة، وأن تكون جوهرية وقابلة للنقل.

بالإضافة إلى ذلك، يجب على المانح تقديم المساعدة الفنية للممنوح له من خلال تدريب للممنوح له؛ سعياً نحو استغلال المعرفة الفنية موضوع عقد الامتياز، وهذا ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة الحادية عشرة وجوب أن تتضمن الاتفاقية «التزام مانح الامتياز بتقديم الخبرات التقنية والتسويقية وغير ذلك من خبرات تتطلبها طبيعة الامتياز الممنوح»، كما نصت الفقرتان (٣-٤) من المادة الثامنة على التزام المانح بتدريب موظفي صاحب الامتياز وتقديم الخبرات التقنية والتسويقية وغيرها من الخبرات التي تتطلبها طبيعة الامتياز الممنوح.

ومع ذلك، لا يؤدي عدم النص على هذا الالتزام في بنود الاتفاقية أو استبعاده منها إلى التحلل منه؛ نظراً لأن هذا الالتزام من قبيل الالتزامات التي تفرضها طبيعة الاتفاقية^(١)، بالإضافة إلى ذلك، تختلف وسائل تقديم المساعدة الفنية في اتفاقية الامتياز؛ تبعاً لعدة اعتبارات منها نوع النشاط وحجم الشبكة وطبيعة المعرفة الفنية محل الاتفاقية بما يشمل الوسائل

(١) انظر: عقد الامتياز التجاري «دراسة في نقل المعارف»، محمد محسن إبراهيم النجار، ص ٢٢٣.

المادية كالكتيبات الإرشادية وبرامج الحاسوب وغيرها، أو الوسائل غير المادية كالدورات التدريبية وورش العمل وغيرها.

علاوة على ذلك، لا ينقضي الالتزام بالإفصاح بمجرد الوفاء به مرة واحدة، بل قد يكون سابقاً للعقد مثل المساعدة في اختيار الموقع، أو خلال مدة سريان الاتفاقية كالإشراف على العناصر الدعائية والتسويقية للممنوح له وكذلك التحسينات المتوالية التي يدخلها على محل الاتفاقية، أو بعد انتهاء العقد من خلال توفير التدريب حال الطلب.

ثالثاً: الالتزام بالضمان:

تأسيساً على اعتبار اتفاقية الامتياز من عقود المعاوضة، فيقع على عاتق المانح ضمان عدم ممارسة ما من شأنه حرمان الممنوح له من تحقيق الهدف من إبرام الاتفاقية، ولتحقيق ذلك تسري على اتفاقية الامتياز أحكام الضمان ذات الصلة بما يشمل:

- ضمان التعرض.
- وضمان الاستحقاق.
- وضمان العيوب الخفية.

بناءً على ذلك يقع على عاتق المانح تجنب القيام بكل عمل -مادي أو قانوني- من شأنه عدم استفادة الممنوح له -جزئياً أو كلياً- من إبرام اتفاقية الامتياز سواءً كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة^(١).

على سبيل المثال، قيام المانح بممارسة نشاط منافس للممنوح له في المنطقة الجغرافية محل الاتفاقية من خلال استخدام ذات المعرفة الفنية المرخص بها حيث تنص الفقرة (٨) من المادة الثامنة من نظام الامتياز التجاري على التزام المانح بـ «عدم إقامة أي منشأة تمارس نشاطاً مماثلاً لنشاط صاحب الامتياز في المنطقة الجغرافية المحددة في اتفاقية الامتياز، أو منح الحق للغير في ذلك، خلال مدة سريان الاتفاقية».

كما يجب على المانح ضمان دفع أي تعرض قانوني على محل الاتفاقية. يتحقق التعرض القانوني في حال ادعاء الغير قيام الحق على عناصر محل الاتفاقية -بشكل ثابت- وقت إبرام الاتفاقية، أو عندما يؤول الحق إليه بعد إبرامها بفعل من مانح الامتياز، مما يحول دون استغلال الممنوح له من العناصر محل الاتفاقية.

في هذه الحالة، يستحق الممنوح له التعويض عن ذلك ما لم يتمكن المانح من حماية الممنوح له من ذلك التعرض، في الجانب المقابل يجب على المانح حماية عناصر محل الاتفاقية حال تعدي الغير عليها -كما لو

(١) انظر: الجوانب القانونية لعقد الفرائشاي، محمد سادات مرزوق، ص ٦١٥.

تم تقليدها أو تزويرها- من خلال اتخاذ الإجراءات القانونية ذات الصلة لرفع ذلك الاعتداء.

أخيراً، يقتضي الالتزام بالضمان تسليم محل الاتفاقية متوافقاً مع المواصفات والمعلومات المحددة في الاتفاقية وخالياً من العيوب، وإلا فيحق للممنوح له المطالبة بالتعويض حال توافر شروط تحقق العيوب الموجبة للضمان^(١).

الفرع الثاني: التزامات صاحب الامتياز:

الالتزام الأول: الالتزام بأداء المقابل:

من الواضح بمكان أن من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الممنوح له يتمثل في أداء المقابل - المتفق عليه بموجب الاتفاقية - نظير منح المانح الحق في استغلال عناصر محل الامتياز للممنوح له بما يشمل ما يؤديه عند بداية التعاقد، وكذلك الأداءات المستمرة مدة سريان الاتفاقية.

في هذا السياق، تُعرف الرسوم الأولية أو رسوم حق الدخول بالمبالغ التي يتم دفعها للمانح - من قبل الممنوح له - في بداية التعاقد نظير دخول الممنوح له في شبكة المانح، وما يتحقق له من استغلال لعناصر محل الاتفاقية، بالإضافة إلى الخدمات المزمع تقديمها خلال

(١) انظر: المادة (٣٣٨-٣٣٩) من نظام المعاملات المدنية.

تنفيذ العقد كالإعلان والتدريب، كما يتفاوت المقابل المقدم استناداً للعديد من الاعتبارات:

- شهرة العلامة التجارية.

- وأهمية المنطقة.

- وعدد أصحاب الامتياز.

في الجانب المقابل، تشير العوائد النسبية إلى المقابل الذي يتم تأديته للمانح على فترات معينة خلال مدة تنفيذ الاتفاقية، ويحدد عادةً بنسبة مئوية من حجم المبيعات التي يحققها الممنوح له، كما يقتضي هذا الالتزام بدفع الرسوم ذات الصلة بالتدريب وتقديم الاستشارات وغيرها من مصاريف ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

يمكن أن يجد الالتزام بأداء المقابل أساسه القانوني من الفقرة (ب) من المادة الحادية عشرة حيث نصت على وجوب النص في اتفاقية الامتياز على «أي مقابل يتعين على صاحب الامتياز دفعه إلى مانح الامتياز، بما في ذلك المقابل المالي للامتياز، والمقابل المالي لتدريب موظفي صاحب الامتياز (إن وجد)، والدعم الفني، وآلية احتساب أي مبلغ يدفع كمقابل للسلع أو الخدمات المقدمة لصاحب الامتياز من مانح الامتياز أو أي شخص ضمن مجموعته». بناءً على ذلك، يترتب

على إخلال الممنوح له بالوفاء بهذا الالتزام حق المانح في التنفيذ العيني أو الفسخ والتعويض في الحالات ذات الصلة^(١).

الالتزام الثاني: القيام بأعمال الامتياز وفقاً لتعليمات المانح:

تحقيقاً للهدف من إبرام اتفاقية الامتياز والمتمثل في تقديم أعمال الامتياز بنسق موحد، يجب على الممنوح له الامتثال للتعليمات الصادرة من المانح.

يمكن أن تتخذ هذه المعلومات عدة أشكال، فعلى سبيل المثال يجب على الممنوح له التقيد بالسعر المحدد من المانح لبيع المنتجات أو تقديم الخدمات ذات الصلة؛ حيث إن مخالفة ذلك من خلال استغلال اتفاقية الامتياز عبر المبالغة في تحديد الأسعار قد يؤدي إلى الإساءة لسمعة السلعة أو الخدمة محل العقد والعلامة التجارية، مما يضر بمصلحة المانح^(٢). علاوة على ذلك يقتضي هذا الالتزام وجوب الامتثال للتعليمات المتعلقة بإدارة النشاط - كالمستندات المكتوبة المتعلقة بالأسعار وأسماء المنتجات والعروض - وما قد يطرأ على السلع أو الخدمات من تحسينات وتطويرات، وكذلك ما يتعلق بالطرق المحاسبية

(١) انظر: عقد الامتياز التجاري، صالح عبد الكريم السعوي، ص ٩٠؛ عقد الترخيص التجاري، حمدي محمود بارود، ص ٨٣١.

(٢) انظر: عقد الامتياز التجاري، صالح عبد الكريم السعوي، ص ١٠٠.

والتدريب^(١)؛ لتحقيق ذلك، يقع على عاتق الممنوح له التزام آخر يقتضي السماح للمانح باتخاذ الخطوات اللازمة للتأكد من مدى وفاء الممنوح له بتلك المعلومات، عبر القيام بحملات التفتيش والمراقبة، وكذلك استطلاع رأي موظفي الممنوح له أو عملائه دون الحاجة لإذن الممنوح له^(٢)، كما يجد هذا الالتزام أساسه القانوني فيما نصت عليه الفقرتان (٢-٣) من المادة التاسعة من نظام الامتياز التجاري على وجوب التزام صاحب الامتياز - ما لم يتفق كتابة مع مانح الامتياز على غير ذلك - على «أن يقدم إلى مانح الامتياز البيانات المتعلقة بأعمال الامتياز التي تمكنه من تطوير نموذج عمل الامتياز، بما فيها البيانات المالية والمحاسبية المتعلقة بتلك الأعمال.. [و] تمكين مانح الامتياز أو ممثليه من تفقد المرافق المستخدمة في ممارسة أعمال الامتياز، على ألا يترتب على ذلك تعطيل أعمال صاحب الامتياز أو إلحاق الضرر به».

الالتزام الثالث: الالتزام بالسرية وعدم المنافسة:

نظراً لأن حصول الممنوح له على المعلومات السرية المتعلقة بالامتياز عن طريق الاتفاقية، يجب على الممنوح له عدم إفشاء المعلومات السرية ذات الطبيعة المالية أو التجارية والمتعلقة بأعمال

(١) انظر: الجوانب القانونية لعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)، عبد الهادي محمد الغامدي، ص ٩٤١.

(٢) انظر: عقد الفرنشايز، نعيم مغغب، (بيروت، منشورات الحلبي، ٢٠٠٦م)، ٢٠١٧م، ص ٦٥-٧١.

الامتياز حيث إن هذا من شأنه الإضرار بشبكة الامتياز^(١)، كما يجب عدم ممارسة الممنوح له أي نشاط مماثل لمحل الاتفاقية في المنطقة الجغرافية ذاتها طيلة مدة الاتفاقية ويستمر أيضاً بعد انقضائها بمدة معينة يتم الاتفاق عليها بين الأطراف^(٢).



- (١) عقد الامتياز التجاري، حسام الدين خليل فرج، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٢٢م)، ص ٨٣.
- (٢) الإطار القانوني لعقد الترخيص التجاري، رشاد نعمان العامري، ص ١١٦.

المبحث الثاني

الوسائل البديلة لتسوية منازعات الامتياز التجاري

المطلب الأول: النظام القانوني للوسائل البديلة لتسوية منازعات الامتياز التجاري:

تنص المادة (٢٥) من نظام الامتياز التجاري على جواز اتفاق الأطراف على تسوية المنازعات الناشئة عن اتفاقية الامتياز أو تطبيق النظام بوسائل بديلة كالوساطة والتحكيم.

على الرغم من نص النظام على تلك الوسائل، إلا أن عبارة المنظم جاءت على سبيل المثال لا الحصر، ومع ذلك ولتحقيق أهداف الدراسة، تناقش الفروع التالية هاتين الوسيلتين كونهما تمثلان أبرز الوسائل البديلة لتسوية المنازعات التجارية.

الفرع الأول: الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الامتياز التجاري:

على الرغم من نص نظام الامتياز التجاري على إمكانية تسوية المنازعات الناشئة عن اتفاقية الامتياز، أو تطبيق النظام من خلال الوساطة^(١).

ومع ذلك لا يحدد النظام ولا لائحة القواعد المتبعة لسير إجراءات الوساطة في منازعات الامتياز، بدلاً من ذلك يتم تقديم مجموعة من

(١) في هذا السياق، ينص قرار مجلس الوزراء رقم (١٢٢) الصادر في تاريخ ١٤٤١/٢/٩ هـ على الموافقة على منح مركز الامتياز التجاري صلاحية تسوية المنازعات الناشئة عن اتفاقيات الامتياز التجاري ودياً، وذلك بالتنسيق مع المراكز المتخصصة الأخرى.

المتطلبات الشكلية التي لا بد للوسطاء الطبيعيين والاعتباريين من تليتها لممارسة أنشطة الوساطة في المملكة^(١).

من هنا يحاول هذا الفرع استنباط أبرز القواعد -على المستويين الإقليمي والدولي- المناسبة لسير إجراءات الوساطة في منازعات الامتياز من خلال الاستفادة من أفضل التجارب والممارسات الصادرة في هذا الشأن.

في البداية، يجب أن يتفق المانح وصاحب الامتياز كتابةً على اللجوء للوساطة لفض النزاع الناشئ بينهما ودياً -من خلال تضمين اتفاقية الامتياز شرطاً بذلك أو عبر عقد مستقل - سواءً قبل نشوء النزاع وهو ما يعرف بشرط الوساطة، أو عبر الإحالة إلى عقد يتضمن شرط الوساطة وهو ما يعرف باتفاق الوساطة بالإحالة، أو بعد قيام النزاع بينهما وهو ما يعرف بمشارطة الوساطة^(٢).

في هذه الحالة، يجب أن تتضمن اتفاقية المشارطة مجموعة من البيانات أهمها: تعيين الموضوع المزمع تسويته عبر الوساطة بشكل

(١) انظر: ضوابط ممارسة الوساطة في أنشطة الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية:

<https://2u.pw/4N54JLVN>

(٢) انظر: الفقرة (١) من المادة (١) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المبنية من الوساطة الصادر عام ٢٠١٨م، المادة (١) من قواعد الوساطة الصادرة من المركز السعودي للتحكيم عام ٢٠١٨م، الفقرة (٢) من المادة (١) من قواعد الأونسيترال للوساطة الصادرة عام ٢٠٢١م.

دقيق، من ناحية أخرى تعتبر اتفاقية الوساطة من عقود القانون الخاص، وبالتالي لكي تنتج هذه الاتفاقية آثارها القانونية يجب أن تتوفر فيها الأركان الموضوعية العامة؛ لقيام العقد والمتمثلة في الرضا، والمحل، والسبب، والأهلية^(١). ومع ذلك لا يتأثر بند الوساطة المدرج في اتفاقية الامتياز حال اختلال ركن من أركان الاتفاقية طالما استجمع البند شروط وجوده وصحته^(٢).

علاوة على ذلك يمكن أن تحدد إجراءات الوساطة بناء على تحديد ما إذا كانت الوساطة المزمع اللجوء إليها حرة أم مؤسسية؛ حيث تحدد إجراءات الوساطة وإدارتها من خلال قواعد المؤسسات والمراكز ذات الصلة^(٣)، في حين يتم تنظيم وإدارة الوساطة الحرة من خلال ما يتفق عليه الأطراف مع إمكانية تحديد قواعد المنظمات الدولية^(٤)، أو القواعد الخاصة بالمؤسسات المتخصصة^(٥)، أو تفويض الوسيط لتحديد القواعد الإجرائية التي يراها مناسبة لإدارة النزاع.

- (١) انظر: النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، أحمد عبد الكريم سلامة، ص ٢٥٦.
- (٢) التوفيق بوصفة آلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار، مروة العيسوي، ص ١٤٩.
- (٣) مثل: محكمة لندن للتحكيم الدولي؛ مركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم، المركز الأسترالي للتحكيم التجاري الدولي، مركز هونغ كونغ للتحكيم الدولي، وغيرها.
- (٤) مثل قواعد الأونسيترال للوساطة الصادرة عام ٢٠٢١ م.
- (٥) مثل: قواعد غرفة التجارة الدولية للتحكيم والوساطة، قواعد المركز السعودي للتحكيم التجاري للوساطة، قواعد الوساطة لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

بناءً على ذلك، تبدأ إجراءات الوساطة حين قيام أحد أطراف التعاقد بإشعار الطرف الآخر بالنزاع في المدة المتفق عليها بموجب الاتفاقية، وفي حال عدم تحديد المدة، يمكن اللجوء لقواعد الوساطة ذات الصلة بالقوانين غير الملزمة أو المؤسسات التحكيمية. من ذلك ما تنص عليه الفقرة (٢) من المادة الخامسة من القانون النموذجي على جواز اعتبار طلب الدعوة لتسوية المنازعة عبر الوساطة مرفوضة حال عدم رد الطرف الآخر للطلب خلال ٣٠ يوماً من تاريخ إرسال الطلب، أو أي مدة أخرى تُحدّد في الطلب، وفي حال قبول الطلب، يمكن للأطراف التعاقدية الاتفاق على تحديد وسيط أو أكثر للبدء في عملية الوساطة، وفي حال عدم الاتفاق على وسيط يجوز للأطراف الاستعانة بمؤسسة أو شخص آخر لتعيين الوسيط لهما.

علاوة على ذلك يجب أن يتوفر في الوسيط الخبرات والمؤهلات اللازمة لنجاح عملية الوساطة، وكذلك أي وثائق أخرى مطلوبة لممارسة أنشطة الوساطة في الامتياز التجاري^(١).

في الجانب المقابل، يرى جانب من الفقه بأن الاستغراق في متطلبات الخبرة الفنية والمهنية بموضوع النزاع غير لازمة ما دام الوسيط يمتلك المهارات الكافية لإدارة النزاع^(٢).

- (١) الفقرة (٤) من المادة الثالثة قواعد الأونسيترال للوساطة؛ المادة العاشرة من ضوابط ممارسة أنشطة الوساطة في الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية.
- (٢) النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، أحمد عبد الكريم سلامة، ص ٣٦.

ومع ذلك لا نؤيد هذا الرأي سيما وأن القدرة على إدارة النزاع بشكل مثالي هي من المشتركات بين الوساطة والتوفيق، ويتمثل الفرق الجوهرى بينهما في الخبرة التي يمتلكها الوسيط حول محل النزاع، وهو ما جعل اختيار الأطراف التعاقدية ينصب على الوساطة دون التوفيق؛ لتسوية المنازعة الناشئة بينهما.

بالإضافة إلى ذلك، يجب أن يبين الوسيط استقلاله وحياده لممارسة الوساطة بين المانح والممنوح له؛ عبر الإفصاح عن أي ظروف معقولة من شأنها التشكيك في استقلاله أو حياده كالحال عند عمل الوسيط مستشاراً أو ممثلاً لأحد أطراف الاتفاقية، في إجراءات قضائية أو تحكيمية مماثلة لموضوع المنازعة، ويظل الالتزام بالإفصاح قائماً طيلة عملية الوساطة^(١).

وبالتالي، في حال طلب أحد الأطراف رد الوسيط بسبب تعارض المصالح فيلزم المركز المتخصص أن يقوم باستبدال الوسيط، مع إمكانية المضي قدماً في عملية الوساطة في حال موافقة الطرف المحتمل تضرره لأن الحق في رد الوسيط قد قرر لمصلحته فيجوز له التنازل عنه^(٢).

علاوة على ذلك فالأصل أن يتم تسير الوساطة من خلال ما يتفق عليه الأطراف، وفي حال عدم الاتفاق يمكن الاستعانة بخبرة

(١) انظر: الفقرة (٣) من المادة الخامسة، والفقرة (٣) من المادة العاشرة من قواعد غرفة التجارة الدولية بشأن الوساطة.

(٢) الفقرة (٣) من المادة الخامسة من قواعد مركز التحكيم التجاري السعودي للوساطة.

الوسيط لتحديد إجراءات الوساطة بالتشاور مع الأطراف المتنازعة؛ بما يتناسب مع طبيعة النزاع الناشئ والحاجة إلى تسوية سريعة للنزاع^(١).

ومع ذلك تقدم قواعد الأونسيترال للوساطة عدداً من الإجراءات الإرشادية التي يمكن من خلالها تسير عملية الوساطة بشكل منتظم والتي يمكن إجمالها في التالي:

(أ) يجوز للأطراف والوسيط عقد اجتماع في مرحلة مبكرة من أجل الاتفاق على كيفية تنظيم الوساطة.

(ب) يجوز للأطراف، أو للوسيط بموافقة الأطراف، اتخاذ ترتيبات للحصول على مساعدة إدارية من مؤسسة مناسبة، أو شخص مناسب.

(ج) يجوز للأطراف، أو الوسيط بموافقة الأطراف، تعيين خبراء^(٢)، لأن الاجتماع التمهيدي يساعد في رسم خارطة طريق لعملية سير إجراءات الوساطة، لذلك من الأهمية بمكان أن يتضمن على اتفاق الأطراف والوسيط على الإجراءات لتسيير عملية الوساطة، بشكل ملائم، مثل الاتفاق على: تحديد اللغة الإجرائية للوساطة وطريقة الاتصال مع الوسيط والأطراف، ومكان وتوقيت ومقر انعقاد أي اجتماعات، سواء كانت اجتماعات حضورية أو افتراضية، ومدى جدوى مشاركة أشخاص آخرين في عملية الوساطة من عدمه،

(١) انظر: الفقرة (٢) من المادة السابعة من قانون الأونسيترال النموذجي للوساطة.

(٢) انظر: الفقرة (٣) من المادة الرابعة من قواعد الأونسيترال للوساطة.

والإجراءات اللازمة للتصديق على اتفاق التسوية ودرجة السماح بالإفصاح عنه إن وجدت، بما في ذلك المتطلبات القانونية أو غيرها من المتطلبات المعقولة للوسيط لأغراض التوقيع على اتفاق التسوية؛ وغيرها من البيانات^(١).

من هنا يمكن أن تتم عملية الوساطة من خلال:

- إعداد الوسيط وتحضيره للجلسة بشكل ملائم.

- ثم تقديم وعرض موضوع النزاع من خلال تحديد المشكلة التي نشأ عنها النزاع.

- ثم المساهمة في تقديم حلول إبداعية عبر التشاور مع الأطراف المتنازعة، سعياً نحو الوصول إلى الحل الأنسب، مما يمكن معه الاتفاق على تسوية يرضيها الأطراف^(٢).

علاوة على ذلك يمكن للوسيط أن يجري الاتصالات بالأطراف المتنازعة معاً، أو عبر التواصل مع كل طرف على حدة، كما يمكن الاستعانة بأي وسيلة للتواصل مع ما يراه مناسباً مع الأطراف أو

(١) انظر: الفقرة (أ) من المادة السابعة من قواعد الوساطة لمركز دبي للتحكيم الدولي.
(٢) التوفيق التجاري الدولي وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية المنازعات التجارية الدولية، ص ٦٣.

ممثليهم عبر عملية الوساطة أو قبلها أو بعدها بما يشمل الوسائل التقليدية أو الإلكترونية ذات الصلة^(١).

ومع ذلك يجب على الوسيط الالتزام بالسرية والامتناع عن كل ما من شأنه تهديد سرية وخصوصية المانح والممنوح له^(٢).

فلا يحق له تسجيل محاضر الاجتماعات في حال عدم موافقة الأطراف على ذلك^(٣)، أو الإفشاء عن المعلومات المتعلقة بالنزاع، والمقدمة له من قبل أحد الأطراف التعاقدية وذلك حال اشتراطهم بقاء تلك المعلومات سرية، ويشمل ذلك عدم جواز الإفصاح عن المعلومات للطرف الآخر في المنازعة أو إفشائها لغيرهم من العامة، أو إجبار الوسطاء أو المشاركين في عملية الوساطة على الإدلاء بشهادتهم في الإجراءات القضائية أو التحكيمية ذات الصلة بالمعلومات الناشئة عن عملية الوساطة، أو المتعلقة بها، ما لم يكن عدم إفشاء تلك المعلومات مخالفاً لمقتضى القانون أو لأغراض تنفيذ اتفاق التسوية أو إنفاذها^(٤).

(١) الفقرة (٥) من المادة الثامنة من قواعد الوساطة الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

(٢) انظر: الفقرة (٥) من المادة العاشرة من ضوابط ممارسة أنشطة الوساطة في الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية.

(٣) انظر: المادة الثانية عشرة من قواعد مركز التحكيم التجاري السعودي للوساطة.

(٤) انظر: المادة السابعة من توجيه الاتحاد الأوروبي رقم EC/2008/52؛ المادة العاشرة من قانون الأونسيترال النموذجي للوساطة.

وبالتالي في حال مخالفة الوسيط لهذا الالتزام يمكن إيقاع بعض الجزاءات الإدارية دون إخلال بحق المتضررين بالتعويض أمام الجهات القضائية المختصة^(١).

وكمزيد من الضمانات للأطراف المتنازعة، لا يجوز استخدام المعلومات المتداولة خلال عملية الوساطة كدليل في أي إجراءات قضائية أو تحكيمية - ما لم يتم الاتفاق على ذلك أو يقتضيه القانون واجب التطبيق - مثل مدى قبول أحد الأطراف لاقتراح التسوية الصادر من الوسيط وكذلك الإقرارات الصادرة من الأطراف أو المشاركين في عملية الوساطة^(٢).

أخيراً تنتهي عملية الوساطة بطرق الإنهاء العامة، كما أن هناك حالات خاصة تنتهي فيها الوساطة من خلال الإجراءات من أبرزها:

- اتفاق المانح والممنوح له على الاقتراح المقدم من الوسيط لتسوية النزاع الناشئ بينهما أو جزء منه.

في هذه الحالة يجب إعداد اتفاقية التسوية والإمضاء عليها من قبل الأطراف التعاقدية والوسيط بأي وسيلة قانونية كالتوقيع أو الختم أو

(١) كالإنذار أو إيقاف الترخيص بمزاولة نشاط الوساطة في المملكة أو إلغائه. انظر: المادة الخامسة عشرة من ضوابط ممارسة أنشطة الوساطة في الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية.

(٢) انظر: المادة الرابعة والثلاثون من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات السعودي؛ الفقرة (٢) من المادة التاسعة من قواعد غرفة التجارة الدولية للوساطة.

غيرهما وتصديقها من الجهة المختصة، ويذيل بالصيغة التنفيذية لتنفيذه جبرا في حال إخلال أحد الأطراف بما ورد فيه، ومن ثم تصبح الاتفاقية ملزمة للمانح والممنوح له^(١).

- إعلان الوسيط كتابة أو شفهاً عدم إمكانية تسوية المنازعة ودياً عبر الوساطة وذلك بعد التشاور مع الأطراف المتنازعة أو في الحالات التي يتبين للوسيط عدم تعاون الأطراف، أو عدم إظهار الرغبة الصادقة في التوصل إلى تسوية ودية للنزاع.

- إصدار الأطراف أو أحدهم بياناً للوسيط أو الطرف الآخر يفيد بإنهاء إجراءات الوساطة أو عدم الرغبة في المضي قدماً في عملية الوساطة.

- انتهاء المدة المحددة بموجب الاتفاقية لتسوية النزاع عن طريق الوساطة كما هو الحال إذا ما تضمنت الاتفاقية الشرط متعدد المراحل.

- إخلال الأطراف بالالتزامات المالية في حال تعيين الوسيط من قبل المراكز المتخصصة^(٢).

- (١) انظر: الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، خيرى عبد الفتاح البتاتوني، ص ١٧٩؛ الوساطة لحل النزاعات المدنية الأحكام العامة - التنظيم القانوني - الإطار التشريعي دراسة مقارنة، علي الرشدان، ص ١٩٢.
- (٢) انظر: المادة التاسعة من قواعد الأونسيترال للوساطة، المادة الثامنة من قواعد الوساطة لمركز دبي للتحكيم الدولي.

الفرع الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الامتياز التجاري:

على خلاف الوساطة يخضع التحكيم لإطار تنظيمي إجرائي في المملكة العربية السعودية يتمثل في نظام التحكيم الصادر عام ٢٠١٢م؛ حيث تنص المادة الثانية منه على سريان أحكام النظام على كل تحكيم -بغض النظر عن العلاقة التي يدور حولها النزاع- يجري في المملكة العربية السعودية أو تحكيماً تجارياً دولياً في الخارج إذا اتفق الأطراف على إخضاعه لأحكام النظام، من هنا يمكن القول بأن أحكام النظام قابلة للتطبيق على النزاعات الناشئة بين المانح والممنوح له بموجب اتفاقية الامتياز التجاري.

كما هو الحال في الوساطة، يجب أن يتفق المانح وصاحب الامتياز كتابةً على اللجوء للتحكيم لفض النزاع الناشئ بينهما -من خلال تضمين اتفاقية الامتياز شرطاً بذلك أو عبر عقد مستقل - سواءً قبل نشوء النزاع، أو عبر الإحالة إلى عقد يتضمن شرط التحكيم، أو بعد قيام النزاع بينهما^(١).

في هذه الحالة يجب أن يتم تحديد المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم مثل القانون واجب التطبيق، ونوع النزاع المعروض على

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة، ناصر الزيد، ص ١٠٢.

التحكيم، وطريقة تشكيل هيئة التحكيم وغيرها من البيانات، وإلا عدَّ هذا الشرط باطلاً^(١).

علاوة على ذلك تعتبر مرحلة صياغة اتفاقية التحكيم من أهم المراحل؛ حيثُ للبيانات الموجودة في الاتفاقية دور بارز في تسوية المنازعات الناشئة بين الأطراف يؤثر تحديد مقر انعقاد التحكيم؛ حيث يؤثر تحديده على سير إجراءات التحكيم.

ومع ذلك، في حال عدم تسميته ففي هذه الحالة تقوم هيئة التحكيم بتحديد^(٢)، وهذا ما أكدته المادة الثامنة والعشرون من نظام التحكيم السعودي بأنه يحق «لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عيّنت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى، وملاءمة المكان لطرفيها، ولا يُخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للمداولة بين أعضائها، ولسماع أقوال الشهود، أو الخبراء، أو طرفي النزاع، أو لمعاينة محل النزاع، أو لفحص المستندات، أو الاطلاع عليها».

إن لتحديد مقر التحكيم العديد من الآثار من أهمها:

(١) انظر: الفقرتين (١-٢) من المادة التاسعة من نظام التحكيم السعودي؛ الفقرة (١) من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك؛ المادة (٧) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم؛ التحكيم في المملكة العربية السعودية، محمد بن ناصر البجاد، ص ٢٢٦.

(٢) انظر: مبادئ التحكيم، الشهابي الشراوي، ويحيى الشريف، ص ٢٥٠.

- أن القانون الإجرائي المتعلق بذلك المقر، هو ما سيتم الاعتماد عليه في تنظيم إجراءات التحكيم.

- أن المحاكم الوطنية لذلك المقر هي السلطة القضائية للنظر في الرقابة القضائية اللاحقة على صحة التحكيم، وكذلك تنفيذه في حال ما أراد الطرف الرابع تنفيذ ذلك القرار في إقليم مقر التحكيم.

وبالتالي، في حال تضمن قانون التحكيم الخاص بمقر التحكيم على شرط ما فيجب الوفاء به؛ حتى يمكن تنفيذ ذلك الحكم^(١)، على سبيل المثال، في حال ما تم تحديد الرياض مقراً للتحكيم، فيجب ألا يتضمن التحكيم حكماً مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك في حال تعيين محكم واحد أو هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة أشخاص، يشترط نظام التحكيم السعودي على أن يكون المحكم حاصلاً على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم؛ فيكتفى بتوافر هذا الشرط في رئيسها.

علاوة على ذلك يعد اختيار لغة التحكيم من الأهمية بمكان لسير عملية التحكيم بشكل مناسب؛ حيث يمكن أن تسهم في تقليل المصاريف التي قد يتكبدها الأطراف؛ لسير إجراءات التحكيم، فعلى سبيل المثال، حينما يتم اختيار اللغة العربية كلغة لسير إجراءات

(١) انظر: الفقرة (٣) من المادة الرابعة عشرة، والفقرة (٢) من المادة الخمسين من نظام التحكيم السعودي.

التحكيم؛ لعقد مُصاغ باللغة العربية، لأطراف ومحكمين عرب، في مقر تحكيم يتخذ اللغة العربية لغة رسمية له، في بلد عربي يراد أن يتم تنفيذ الحكم فيه، في هذه الحالة يمكن أن يتم تلافي النفقات التي يتم دفعها في مقابل الترجمة.

من ناحية أخرى قد يسهم اختيار لغة واضحة، ومفهومة للأطراف؛ لتفسير بنود العقد بطريقة صحيحة ودقيقة؛ وذلك في حال نشوء الاختلاف في تفسير العقد، وبالتالي تلافي كل ما من شأنه أن يؤدي إلى عدم اليقين أو التفسير الخاطئ في تفسير بنود العقد، من هنا فالقاعدة العامة في تحديد لغة سير إجراءات التحكيم تعود إلى اتفاق الأطراف؛ فإن لم يتفقا فتحدد هيئة التحكيم اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات^(١)، في هذا السياق، تنص الفقرة (١) من المادة (٢٩) من نظام التحكيم السعودي؛ بأن الأصل أن تجري لغة التحكيم «باللغة العربية ما لم تقرر هيئة التحكيم أو يتفق طرفا التحكيم على لغة أو لغات أخرى، ويسري حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة، والمرافعات الشفهية، وكذلك على كل قرار تتخذه هيئة التحكيم، أو رسالة توجهها، أو حكم تصدره، ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك».

(١) انظر: المادة (٢٢) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم؛ المادة (١٩) من قواعد الأونسيترال للتحكيم؛ المادة (١٩) من قواعد التحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

ولتحديد اللغة تشير ملحوظات الأونسيترال للتحكيم إلى أن تحديد اللغة يمكن أن يكون بناء على معايير شائعة، مثل اعتماد اللغة الأساسية للعقد، أو الصكوك القانونية الأخرى التي نشأت المنازعة في إطارها، واللغة التي تستخدمها الأطراف عادة في مراسلاتها^(١).

كما أن لمراكز التحكيم المؤسسية ممارسات متنوعة في تحديد اللغة، فعلى سبيل المثال تنص الفقرة (١) من المادة الثالثة والعشرين من قواعد التحكيم للمركز السعودي للتحكيم التجاري على أن: «يتم تحديد اللغة مبدئياً من قبل المسؤول الإداري في حال عدم اتفاق الأطراف على لغة تحكيم معينة، ويكون القرار النهائي منوطاً بهيئة التحكيم خلال ٣٠ يوماً من تاريخ تشكيلها».

ولتسهيل المهمة على المسؤول الإداري وهيئة التحكيم تقدم الفقرة (٢) من المادة الثالثة والعشرين من القواعد بعض التوجيهات الإرشادية لمعايير تحديد اللغة مثل: «اللغات التي حُرر بها اتفاق التحكيم، وأي عقد ورد فيه اتفاق التحكيم، وظروف الدعوى، وملاءمة اللغة، أو اللغات المختارة للأطراف».

- من ناحية أخرى ومن أجل صحة الحكم التحكيمي، وكذلك الهيئة التحكيمية، فيجب أن تتوفر في المحكم شروط ممارسة التحكيم

(١) انظر: الفقرة (أ) من المادة الثانية من ملحوظات الأونسيترال.

بموجب قانون مقر التحكيم، على سبيل المثال تنص المادة الرابعة عشرة من نظام التحكيم السعودي على التالي:

١- وجوب أن يكون المحكم كامل الأهلية.

٢- أن يكون حسن السيرة والسلوك.

٣- أن يكون حاصلاً على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية.

٤- إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفى بتوافر هذا الشرط في رئيسها.

في هذا السياق فإن من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المحكم أن يقوم بالإفصاح عن أي ظروف قد تؤثر على حياده واستقلاليته، وهو ما يتم النص عليه في معظم تشريعات التحكيم؛ لأغلب الولايات القضائية^(١).

ففي نظام التحكيم السعودي، تنص الفقرة (١) من المادة السادسة عشرة على أنه «يجب ألا يكون للمحكم مصلحة في النزاع، وعليه منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم أن يصرح - كتابةً - لطرفي التحكيم

(١) انظر: الفقرة (١) من المادة الثانية عشرة من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم، المادة (١١) من قواعد الأونسيترال للتحكيم؛ المادة (١٩) من قواعد التحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

بكل الظروف التي من شأنها أن تُثير شكوكا لها ما يسوغها حول حياده واستقلاله، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها».

وبالتالي يقع على المحكم التزام مستمر بالإفصاح عن هذه الظروف حتى بعد تعيينه، وخلال سير إجراءات التحكيم، من جهة أخرى ولكي تحقق الاستقلالية فلا بد من عدم وجود صلة بين المحكم مع أي من الطرفين المتنازعين، أي عدم وجود أي اهتمام بأحد الطرفين، أو أي عمل، أو علاقة حالية أو محتملة معه تجعل المحكم يميل لصفه^(١).

ولمزيد من الضمانات تتخذ العديد من قواعد التحكيم المؤسسية خطوات إضافية قبل تأكيد تعيين المحكم، على سبيل المثال، تنص الفقرة (٢) من المادة الحادية عشرة من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية قبل تأكيد التعيين: «على وجوب أن يوقع المحكم المحتمل إقراراً يبين قبوله وتوافره وحيدته واستقلالته، ويجب أن يفصح المحكم المحتمل كتابة إلى الأمانة العامة عن أي وقائع أو ظروف قد تثير شكوكا لدى الطرفين حول استقلاله، وكذلك أي ظروف قد تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياديته»، مثال آخر، ما تنص عليه الفقرة (٢) من المادة (١٧) من قواعد التحكيم في المركز السعودي للتحكيم «على المحكم، فور قبول الترشيح، التوقيع على بيان قبول تعيينه، المُقدم له من المسؤول الإداري، مؤكدا تفرغه لأداء العمل، واستقلاله،

(١) انظر:

AT&T Corp v Saudi Cable Co [2000] 2 All E.R. (Comm) 625 (15 May 2000)

وحياؤه، وعلى المحكم الإفصاح عن أي ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يسوغها بشأن حياده أو استقلاله».

بناءً على ذلك، تبدأ إجراءات التحكيم حين قيام أحد أطراف التعاقدية بإشعار الطرف الآخر بالنزاع في المدة المتفق عليها بموجب الاتفاقية في حال كان التحكيم حراً^(١)، أو من تاريخ تسلم آخر طرف لطلب التحكيم في حال تعددهم^(٢)، أو من خلال قواعد الخاصة بالمؤسسة التحكيمية المحددة بموجب الاتفاقية^(٣)، بما لا يخل بالبيانات المنصوص عليها بموجب النظام الإجرائي ذي الصلة بما يشمل اتفاق التحكيم وبيانات المدعي مختصر طلبات المدعي وغيرها^(٤).

علاوة على ذلك يمكن للأطراف التعاقدية الاتفاق على عدد المحكمين شريطة أن يكون العدد فردياً سعياً نحو المساهمة في تحقيق النصاب اللازم لصدور الحكم التحكيمي بالأغلبية^(٥)، ومع ذلك واستثناءً من الأصل فيمكن تشكيل هيئة التحكيم من عدد زوجي

(١) انظر: المادة (٢١) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم، مبادئ التحكيم، الشهابي الشرقاوي، ويحيى الشريف، (الرياض: دار الإجادة، ١٤٤١هـ)، ص ٢٥٦.

(٢) انظر: المادة الحادية عشرة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي.

(٣) على سبيل المثال، تنص الفقرة (١) من المادة الخامسة من قواعد التحكيم للمركز السعودي للتحكيم التجاري على ضرورة تواصل المدعي مع بقية الأطراف وكذلك المسؤول الإداري بالمركز مع إرفاق المستندات المحددة بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة.

(٤) انظر: المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي.

(٥) التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية، حسين شحادة الحسين، ص ٢٠٨.

حال تشعب آراء هيئة التحكيم وذلك من خلال تعيين السلطة المختصة محكماً مرجحاً خلال مدة محددة في النظام الإجرائي ذي الصلة^(١).

في هذا السياق، يمكن للأطراف التعاقدية الاتفاق على اختيار أعضاء هيئة التحكيم؛ فإن لم يتفقوا فيمكن في هذه الحالة الامتثال لأحكام قانون مقر التحكيم لاختيار المحكمين^(٢)، فعلى سبيل المثال، تنص الفقرة (١) من المادة الخامسة عشرة من نظام التحكيم السعودي بأنه «لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين، فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي:

أ - إذا كانت هيئة التحكيم مُشكَّلة من محكم واحد تولت المحكمة المختصة اختياره.

ب - إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً عنه، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يُعيّن أحد الطرفين مُحكِّمه خلال خمسة عشر يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال خمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما،

(١) تنص المادة (٣٩) من نظام التحكيم التجاري السعودي على تعيين المحكمة محكماً مرجحاً خلال ١٥ يوماً من تاريخ القرار بعدم إمكانية حصول الأغلبية.

(٢) الوسيط في قانون التحكيم السعودي، فيصل الفاضل، ص ٧٣.

تولت المحكمة المختصة اختياره؛ بناءً على طلب من يهيمه التعجيل، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب.

ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان، أو الذي اختارته المحكمة المختصة رئاسة هيئة التحكيم، وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين».

علاوة على ذلك وكما هو الحال في الوساطة، فالأصل أن يتم تسير عملية التحكيم من خلال ما يتفق عليه الأطراف في اتفاقية التحكيم، وفي حال عدم الاتفاق يمكن لهيئة التحكيم لتحديد سير إجراءات عملية التحكيم بالتشاور مع الأطراف المتنازعة، بما يتناسب مع طبيعة النزاع الناشئ والحاجة إلى تسوية للنزاع^(١)، ما دامت تلك الإجراءات تضمن معاملة الأطراف المتنازعة على قدم المساواة، وتهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة والمتكافئة؛ لعرض دعواه أو دفاعه^(٢).

ومع ذلك تقدم قواعد الأونسيتال للتحكيم وعدد من القوانين الوطنية كنظام التحكيم السعودي، عدداً من الإجراءات التي يمكن من خلالها تسير عملية التحكيم بشكل منتظم في حال عدم وجود اتفاق بين الأطراف^(٣)؛ ولأن الاجتماع التمهيدي يساعد في رسم خارطة

(١) انظر: المادة (١٩) من قانون الأونسيتال النموذجي للوساطة.

(٢) انظر: المادة السابعة والعشرون من نظام التحكيم السعودي.

(٣) انظر: المواد (١٧-٣٢) من قواعد الأونسيتال للتحكيم، المواد (٦، ٣١، ٣٣) من نظام التحكيم السعودي.

طريق لعملية سير إجراءات التحكيم، لذلك من الأهمية بمكان أن يتضمن اتفاق الأطراف وهيئة التحكيم الإجراءات التي تسير عملية التحكيم بشكل ملائم^(١).

وقد حددت المادة الخامسة والعشرون من نظام التحكيم السعودي آلية تحديد إجراءات التحكيم بأنه:

«١- لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة، أو هيئة، أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، بشرط عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية.

٢- إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، وأحكام هذا النظام - أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة».

أخيراً، الأصل أن تنتهي إجراءات التحكيم بصدور حكم تحكيمي لتسوية النزاع بين الأطراف المتنازعة، ومع ذلك هناك حالات أخرى يمكن من خلالها إنهاء إجراءات التحكيم قبل الوصول لحكم تحكيمي منها: وصول الأطراف التعاقدية لتسوية ودية للنزاع موضوع عملية

(١) انظر: المواد (١١-١٢) من ملحوظات الأونسيترال، الوجيز في قضاء التحكيم مبادئ وتطبيقات قضائية، عمر الخولي، ص ٩٣.

التحكيم، في هذه الحالة يتم إثبات التسوية من قبل هيئة التحكيم في القرار الصادر لإنهاء عملية التحكيم^(١).

كما تنتهي عملية التحكيم عند تحديد موعد لصدور الحكم التحكيمي خلال مدة محددة بموجب الاتفاقية أو القانون ذي الصلة، ولا يمكن التوصل لقرار خلال المدة المحددة، كما تنقضي إجراءات التحكيم في حال عدم قدرة هيئة التحكيم على الاستمرار في عملية التحكيم؛ لسبب يحول دون ذلك كالحال عند عدم كفاية المستندات المقدمة للفصل في المنازعة، وأيضاً في حال عدم رغبة المدعي في المضي قدماً في إجراءات التحكيم^(٢).

المطلب الثاني: مدى فعالية الوسائل البديلة لتسوية منازعات الامتياز التجاري:

من خلال استعراض أبرز الوسائل البديلة لتسوية المنازعات التجارية والنظام القانوني الحاكم لهما يحاول هذا المطلب أن يحلل مدى فعالية تلك الوسائل لتسوية منازعات الامتياز التجاري؛ حيث تحاول الفروع التالية مناقشة مدى ملاءمة تلك الوسائل لتسوية منازعات الامتياز التجاري، وكذلك أبرز التحديات الناشئة عن استخدام تلك الوسائل وأوجه التغلب عليها، وذلك في الفروع التالية.

(١) انظر: المادة الخامسة والأربعون من نظام التحكيم السعودي.

(٢) التحكيم التجاري الدولي، إبراهيم الريش، ص ١١٩.

الفرع الأول: ملائمة الوسائل البديلة لتسوية منازعات اتفاقية الامتياز التجاري:

من خلال استعراض ماهية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات يتضح بأن هناك العديد من المزايا حال اللجوء إليها لتسوية المنازعات التجارية، بما يشمل اتفاقيات الامتياز التجاري؛ كالسرعة التي تتميز بها إجراءات هذه الوسائل مقارنة بالتقاضي، ومع ذلك وفي سياق اتفاقية الامتياز يبرز عدد من المزايا على وجه التحديد من أبرزها:

أولاً: إمكانية تسوية المنازعة مع المحافظة على العلاقة الودية بين المانح والممنوح له:

كما تم مناقشته سابقاً، تتميز اتفاقيات الامتياز بخاصية الاستمرارية، والتي يعتبر الزمن فيها عاملاً مهماً في العلاقة التي تربط طرفي العلاقة التعاقدية؛ نظراً لأن تنفيذ الالتزامات المنوطة بطرفي العلاقة التعاقدية بموجب الاتفاقية قد يستغرق وقتاً يتم تحديده باتفاق الأطراف.

يبرز وجه الملاءمة لما تتميز به طبيعة أغلب الخلافات الناشئة عن اتفاقيات الامتياز والتي تدور حول تفسير بنود الاتفاقية، أو التزامات الأطراف التعاقدية دون نية حقيقية لإنهاء الاتفاقية^(١). من هنا يمكن القول بأن اللجوء للوسائل البديلة أكثر ملائمة من التقاضي لكونها تفصل بين الأطراف التعاقدية دون نشوب عداوة أو ضغينة.

(١) التحكيم التجاري الدولي في منازعات الملكية الصناعية، محمد باية، ص ٢٥.

بعبارة أخرى، على خلاف التقاضي الذي قد يكون سبباً في تحول المتعاقدين إلى خصوم، مما يؤدي إلى قطع أو اصر العلاقات بين المتنازعين، يمكن تسوية المنازعات عبر الوسائل البديلة بين الأطراف دون أن يترتب على ذلك عداوة أو ضغينة، من خلال تعزيز أوجه التعاون بين الأطراف بما يحفظ أو اصر العلاقة بينهما كما هو الحال في حرية الاتفاق على اختيار القانون واجب التطبيق للفصل في النزاع من خلال التحكيم.

ثانياً: مراعاة السرية التي تقتضيها اتفاقية الامتياز:

علاوة على ذلك تتميز الوسائل البديلة بضمان السرية فيما يتعلق بإجراءات فض المنازعات، وكذلك ما يتم تداوله خلال عملية التسوية.

تعتبر الخصوصية والسرية من الأمور الجوهرية للأطراف المتنازعة وخاصة في سياق المنازعات التجارية؛ حيث لا يرغب الأطراف في الكشف عن النزاع الناشئ بينهما على الملأ عن طريق المحاكم حفاظاً على السمعة التجارية التي تمثل عنصراً مهماً من عناصر النشاط التجاري، وهو ما تضمنته جميع الوسائل البديلة لتسوية المنازعات؛ حيث يمكن للأطراف المتنازعة الاتفاق على عدم السماح لغيرهما (ومن يُعيّنون من قبلهما كممثلين والخبراء والشهود... إلخ) بحضور الجلسات ذات الصلة، وكذلك الإفصاح عما يدور في تلك الجلسات أو الأحكام للعامة.

وتبرز أهمية هذه الضمانة في اتفاقيات الامتياز التجاري بشكل جوهري نظراً لما لعلانية إجراءات التقاضي من تأثير سلبي على

السمعة الخاصة بالعلامة التجارية وعلى شبكة الامتياز من جهة أخرى، تعتبر السريّة من الخصائص التي تميز المعرفة الفنية في اتفاقيات الامتياز عن غيرها؛ حيث يجب أن يتعذر على من كان خارج إطار الاتفاقية معرفة أيّ من عناصرها.

لذلك قد يقتضي عرض النزاع على المحكمة الحاجة إلى إفشاء تلك الأسرار مما يؤدي إلى فقدان المعرفة الفنية لأهميتها الاقتصادية، وهذا ما يمكن معالجته من خلال تسوية النزاع عبر الوسائل البديلة؛ حيث يمكن للطرفين المتنازعين الاتفاق على عدم السماح لغيرهما ومن يعينون من قبلهما بحضور الجلسات ذات الصلة، وكذلك يحظر على هيئة التسوية الإفصاح عما يدور في تلك الجلسات أو الأحكام للعامة أو للجهات الأخرى، كما تم استعراضه في المطالب السابقة.

كما يتم الحفاظ على السريّة بصرف النظر عن النتيجة التي يتم التوصل لها من خلال نظر النزاع عبر الوسائل البديلة، وهو ما لا يتحقق في القضاء حيث تطغى عليه خاصية العلنية في نشر الأحكام القضائية ما قد يهدد السرية التي تقتضيها اتفاقية الامتياز؛ حيث يحرص كل من الأطراف المتنازعة على تقديم أي معلومة يمكن أن تسهم في كسب القضية.

ثالثاً: ضمان تسوية المنازعات المعقدة:

أخيراً، يضمن حرية الأطراف اختيار هيئة التسوية (الوسطاء أو المحكمين) وهو ما لا يتحقق في القضاء، وتبرز أهمية ذلك من خلال

الشروط التي يجب توفرها في الهيئة ذات الصلة كالخبرة حول طبيعة النزاع المعروض عليها، وهو ما لا يتوفر في القضاء في معظم الحالات.

على سبيل المثال، عند اختيار «مدرّب محترف» كوسيط أو محكم في نزاع ذي صلة بتدريب مانح الامتياز لموظفي صاحب الامتياز، من هنا يمكن للجوء أطراف الاتفاقية إلى الوسائل البديلة المساهمة في تسوية المنازعة بالسرعة التي تقتضيها الأعمال التجارية، وتقليل التكاليف التي قد يتطلبها الاستعانة بالخبير حال عرض النزاع على القضاء.

رابعاً: جذب الاستثمارات الأجنبية لتحسين الاقتصاد الوطني:

من ناحية أخرى، يمكن لبند تسوية المنازعات الناشئة عن اتفاقية الامتياز من خلال الوسائل البديلة أن يكون له دورٌ بارزٌ في جذب الاستثمارات الأجنبية، الذي يمكن معه تحسين الاقتصاد الوطني. ولزيد من الإيضاح، فإن تفعيل آليات الوسائل البديلة يقتضي سرعة تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين المستثمر المانح وصاحب الامتياز بما يتناسب مع التعامل الاقتصادي الدولي.

كما يمكن أن تحدّ من المخاوف التي قد تراود المستثمر المانح حول احتمالية تحيز القضاء في بلد الممنوح له على حساب الإضرار بمصالحه، تبرز هذه الميزة من خلال عدة مظاهر من أبرزها:

حرية الأطراف التعاقدية في تحديد إجراءات الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بينهما، على سبيل المثال: يمكن للأطراف الاتفاق

على أن يكون أعضاء الهيئة من جنسية مختلفة عن جنسيات الأطراف المتنازعة، مما يضمن عدم التحيز لأحدهما، مثال آخر: يمكن للأطراف الاتفاق على القانون الموضوعي واجب التطبيق حول تطبيق أحكام النظام، فعلى سبيل المثال: حينما يكون محل النزاع حول تفسير مبدأ «حسن النية» في أداء الالتزامات بموجب الاتفاقية الوارد في نظام الامتياز التجاري^(١)، في هذه الحالة قد يحدد الأطراف التعاقدية تفسير متطلبات المبدأ وفقاً لقانون موضوعي محدد (على سبيل المثال، قانون العقود الإنجليزي)، من هنا يمكن لهذا الأمر أن يمنح المانح تصوراً واضحاً حول الجهود المتوقعة منه، أو الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية مما يضمن نجاح المشروع وعدم الإضرار بسمعة العلامة التجارية.

الفرع الثاني: تحديات الوسائل البديلة لتسوية منازعات اتفاقية الامتياز التجاري:

على الرغم من المزايا التي استعرضت في الفرع السابق، إلا أن هناك عدداً من التحديات مما قد يحد من ملائمة الوسائل البديلة لفض منازعات الامتياز التجاري، من أبرزها:

(١) تنص المادة العاشرة من نظام الامتياز التجاري «على منح الامتياز وصاحب الامتياز الوفاء بالتزاماتها المنصوص عليها في اتفاقية الامتياز بحسن نية».

أولاً: صياغة الاتفاقية بطريقة غير ملائمة:

تحول التعقيدات والمشاكل الناشئة عن صياغة الاتفاقية بطريقة غير مناسبة دون فاعلية عملية تسوية المنازعة بالوسائل البديلة، كالحال عند عدم تحديد نطاق المسائل المزمع تسويتها عبر الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بشكل واضح ودقيق، على سبيل المثال: حينما يكون محل النزاع «الإخلال بالالتزامات الناشئة عن الاتفاقية» ويدفع أحد الأطراف بأن الاتفاقية تنص على تسوية المنازعات ذات الصلة بتفسير بنود الاتفاقية وليس بسوء تنفيذها، وبالتالي يترتب على هذا الأمر حدوث العديد من الآثار السلبية كالتأخر في إصدار القرار من الهيئة ذات الصلة، أو إبطال القرار عبر القضاء لتجاوز الهيئة للصلاحيات المنوطة بهم بموجب الاتفاقية، من هنا يمكن معالجة هذا التحدي من خلال صياغة شرط التسوية عبر النص على البيانات الضرورية لسير عملية التسوية بشكل مثالي، ومن أبرز تلك البيانات ما يلي:

١. تحديد القانون الموضوعي، والقواعد والإجراءات المطبقة على الجانب الإجرائي للتسوية.
٢. تحديد لغة ومكان التسوية.
٣. تحديد مدى الحاجة إلى الاستعانة بالخبراء والمترجمين.
٤. تحديد المسائل موضوع النزاع التي يسري عليها اتفاق التسوية.
٥. تحديد نوع عملية التسوية حرة أم مؤسسية.

٦. تحديد الجهة التي تنظم العملية وتديرها.

٧. تحديد الشروط الواجب توافرها في هيئة التسوية وكذلك آلية تشكيلها.

٨. الاتفاق على أن يكون حكم هيئة التحكيم نهائياً أو غير نهائي.

ثانياً: التعسف في استعمال الحق:

يمكن اعتبار البند الذي يمنع صاحب الامتياز من اللجوء إلى القضاء بمثابة الشرط التعسفي، في حال تحقق سمات عقود الإذعان على الاتفاقية لاختلال التوازن بين الأطراف التعاقدية، مما يزيد المشكلة تعقيداً أن الهيئات ذات الصلة قد تكتفي حال نظرها للمنازعة بتحقيق متطلبات العدالة والإنصاف في أدنى مستوياتها؛ حيث تسعى لإصدار قرار يمكن من خلاله تسوية المنازعة باتفاق الأطراف، أو من خلال إصدار قرار ملزم استناداً لما حدده الأطراف في اتفاقية التسوية، على العكس من ذلك، ففي القضاء يتم تحقيق متطلبات العدالة والإنصاف في أعلى مستوياتها من خلال الاستعانة -على سبيل المثال- بالخبراء لتقصي الحقيقة، وكذلك السماح للأطراف التعاقدية باستئناف الحكم الصادر من المحكمة ذات الصلة للاعتراض على الحكم من الناحية الموضوعية، وهو ما لا يتحقق في التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعة في حال اتفاق الأطراف عن التنازل عن ذلك في الحالة الأولى، أو عدم مخالفة أحكام قانون مقر التحكيم في الحالة الثانية.

وبالتالي يخسر الممنوح له في الحالات الآنفة الحماية المقدمة له من المحكمة؛ لمعالجة ذلك تعتقد هذه الدراسة بأهمية التدخل القضائي عبر الإغفاء من الشرط الذي يمنع الممنوح له من اللجوء للقضاء وفقاً لما تقتضيه معايير العدالة والإنصاف^(١).

وفي حال تضمن العقد شرطاً غامضاً فينبغي تفسيره على نحو يحقق مصالح الممنوح له كونه الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية، ومعاملة لمن فرض تلك الشروط التعسفية على نقيض قصده.

ثالثاً: تحول الوسيط إلى محكم:

في هذه الحالة يتم اللجوء إلى الوساطة كخطوة أولى لتسوية المنازعة بين الأطراف، فإن لم يكن ذلك ممكناً يتحول الوسيط إلى محكم ويصدر قراراً ملزماً للأطراف؛ حيث يمكن لهذه الطريقة أن تشجع الأطراف التعاقدية على التوصل إلى تسوية متفق عليها قبل أن يتم صدور قرار ملزم من الوسيط مما قد يضر بمصالح الطرف الخاسر.

ومع ذلك، هناك العديد من التحديات لهذه الوسيلة من أبرزها: ما قد يتم تداوله من الأطراف أثناء عملية الوساطة من اعترافات أو تنازلات عن أمور لم يكن للطرف أن يتقدم بها لو عرضت المنازعة على المحكم، بالإضافة إلى ما قد يلجأ له الوسيط من آليات سعيًا نحو تسوية المنازعة كالاستماع لأحد الأطراف دون الآخر لمناقشته حول

(١) انظر: المادة السادسة والتسعين من نظام المعاملات المدنية.

إحدى مسائل النزاع مما يتعارض مع معايير العدالة والإنصاف، التي تتطلبها عملية التحكيم.

من هنا، يمكن معالجة هذا التحدي عبر تضمين الاتفاقية شرطاً يحظر ممارسة الوسيط لدور المحكم في ذات المنازعة، أو أي منازعة ذات صلة بالاتفاقية أو العلاقة التعاقدية بين الأطراف، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ومع ذلك، تعتقد هذه الدراسة أهمية تعديل شروط ممارسة عملية التحكيم - عبر التدخل التنظيمي - من خلال عدم ممارسة الوسيط لدور التحكيم في المنازعات ذات الصلة بالنزاع أو الأطراف بما يضمن تحقيق معايير العدالة والإنصاف^(١).

رابعاً: عدم جدية أحد الأطراف التعاقدية:

يمكن أن تسهم عدم جدية أحد الأطراف التعاقدية في المماطلة والإضرار بمصالح الطرف الآخر، ومن ثم عدم إمكانية تسوية المنازعة من خلال وسائل تسوية المنازعات، مما يسهم في حدوث تأخيرات كبيرة، ويزيد من حجم التكاليف المدفوعة دون حاجة لذلك، على سبيل المثال حينما تتضمن الاتفاقية بنداً متعدد المراحل ينص على

(١) وهذا ما نصت عليه المادة الثامنة عشرة من قانون الأونسيترال النموذجي للوساطة.

وجوب اللجوء إلى تسوية المنازعة ودياً قبل إمكانية عرضها على التحكيم أو القضاء.

ومع ذلك، يمكن الحد من هذا التحدي عبر تضمين الشرط متعدد المراحل إمكانية عرض المنازعة على مؤسسة تحكيمية أو القضاء في حال عدم إمكانية تسوية النزاع عبر الوسائل الودية خلال فترات زمنية قصيرة ابتداءً من اليوم التالي لتقديم طلب تسوية المنازعة ودياً.



الخاتمة

أولاً: أهم النتائج:

- ١- إن الأصل في تكييف اتفاقية الامتياز التجاري أنها من عقود المساومة ما لم تتحقق فيها سمات عقود الإذعان.
- ٢- إن مسلك المنظم السعودي في عدم اعتبار الاندماج سبب من أسباب انقضاء اتفاقية الامتياز يتواءم مع المنظومة التشريعية التجارية في المملكة، ويسهم في تحقيق الترابط بين النصوص القانونية.
- ٣- إن العلة وراء اعتبار اتفاقية الامتياز قابلةً للبطلان حال إخلال المانح بالالتزام بالإفصاح، هي تعيُّب إرادة صاحب الامتياز؛ حيث قد يُبرم اتفاقيةً لم يكن ليُبرمها لو حظي بتصوير واضح حول المعلومات الضرورية للامتياز قبل التعاقد.
- ٤- إن الفرق الجوهرى بين الموفق والوسيط في خبرة الوسيط حول محل النزاع، وهو ما قد يجعل اختيار الأطراف المتنازعة ينصب على الوساطة دون التوفيق؛ لتسوية المنازعة الناشئة بينهما.
- ٥- إن الأقرب في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم؛ بأنه ذو طبيعة مختلطة؛ حيث يستند في نشأته إلى اتفاق الأطراف التعاقدية، ثم يتحول إلى الطبيعة القضائية عند الاعتراف بحجية الحكم التحكيمي والأمر بتنفيذه.

٦- إنَّ لبند تسوية المنازعات الناشئة عن اتفاقية الامتياز من خلال الوسائل البديلة دوراً بارزاً في جذب الاستثمارات الأجنبية، مما يمكن معه تحسين الاقتصاد الوطني في المملكة.

ثانياً: أهم التوصيات:

- ١- تعديل صياغة أحكام نظام الامتياز التجاري بما يضمن ممارسة الممنوح له الحق في إبطال الاتفاقية حال الإخلال بأي من متطلبات الإفصاح الصادرة من جهة الاختصاص ذات الصلة.
- ٢- ضرورة سنِّ إطار تنظيمي لعملية ممارسة الوساطة في المنازعات التجارية أسوة بنظام التحكيم.
- ٣- أهمية التدخل القضائي عبر الإعفاء من الشرط الذي يمنع الممنوح له من اللجوء للقضاء؛ وفقاً لما تقتضيه معايير العدالة والإنصاف.
- ٤- تعديل شروط ممارسة التحكيم نظاماً من خلال عدم ممارسة الوسيط لدور التحكيم في المنازعات ذات الصلة بالنزاع، أو الأطراف بما يضمن تحقيق معايير العدالة والإنصاف.

المصادر والمراجع

١. اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، أحمد صالح مخلوف، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ م.
٢. إشكاليات الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية نقدية، عبد الهادي الغامدي، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد والإدارة، المجلد التاسع والعشرون (٢)، ٢٠١٥ م.
٣. الإطار القانوني لعقد الترخيص التجاري، رشاد نعمان العامري، مجلة الدراسات الاجتماعية، العدد الثالث والثلاثون (٣).
٤. الآثار القانونية لاندماج الشركات على حقوق الشركاء والدائنين، خالد حمد عابد العازمي، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤ م.
٥. التحكيم التجاري الدولي، إبراهيم الريش، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٣٠ هـ.
٦. التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية، حسين شحادة الحسين، جامعة دار العلوم، الرياض، ٢٠١٥ م.
٧. التحكيم التجاري الدولي في منازعات الملكية الصناعية، محمد باية، جامعة محمد الخامس، الرباط، ٢٠٠٦ م.
٨. التحكيم التجاري الداخلي والدولي، محمود سمير الشقاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦ م.
٩. التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨ م.
١٠. التحكيم في المملكة العربية السعودية، محمد بن ناصر البجاد، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٩٩٩ م.

١١. الترخيص باستعمال العلامة التجارية، حسام الدين عبد الغني الصغير، جامعة المنوفية، القاهرة، ١٩٩٣ م.
١٢. التزامات أطراف عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)، ماجد صنت السليس، مجلة كلية الشريعة والقانون، العدد (٢٢) (٦)، ٢٠٢٠ م.
١٣. التوفيق التجاري الدولي والنظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، محمد إبراهيم موسى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥ م.
١٤. التوفيق بوصفة آلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار، مروة العيسوي، مجلة روح القوانين، المجلد (٣٣)، العدد (٩٤)، ٢٠٢١ م.
١٥. الجوانب القانونية لعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)، عبد الهادي محمد الغامدي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، ٢٠١٠ م.
١٦. الجوانب القانونية لعقد الفرنشايز، محمد مرزوق، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الرابع والخمسون، ٢٠١٣ م.
١٧. الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية، سولم سيفان، جامعة محمد خضير، سكرة، ٢٠١٤ م.
١٨. العقود التجارية وعمليات البنوك، عبد الفضيل محمد أحمد، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٩ م.
١٩. العقود التجارية وعمليات البنوك، محمد حسن الجبر، جامعة الملك سعود، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤١٨ هـ.
٢٠. القانون التجاري في العقود التجارية، كمال محمد أبو سريع، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨ م.

٢١. القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز التجاري: دراسة مقارنة، مصطفى العدوي، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس والعشرون، ٢٠١١م.
٢٢. القواعد النازمة لعقود التوزيع: عقد الامتياز التجاري نموذجاً، زكريا غطراف، مجلة الفقه والقانون، العدد (٨)، ٢٠١٣م.
٢٣. النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩٠) بتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ.
٢٤. النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، أحمد عبد الكريم سلامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م.
٢٥. النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري في النظام السعودي الجديد، هاني محمد عوض، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد الثالث عشر، ٢٠٢١م، ٧٢٩-٧٥٥.
٢٦. الهيئة العامة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، دراسة واقع الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية، ٢٠٢٠م.
٢٧. الوجيز في قضاء التحكيم مبادئ وتطبيقات قضائية، عمر الخولي، المركز السعودي للبحوث والدراسات القانونية، جدة، ١٤٤٠هـ.
٢٨. الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة، ناصر الزيد، مطبعة الحميضي، الرياض، ٢٠١٦م.
٢٩. الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، علاء أبارين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨م.
٣٠. الوسائل البديلة لتسوية المنازعات: دراسة في أحكام الوساطة، يوسف عبد الهادي الأكياي، المجلة القانونية، هيئة التشريع والإفتاء القانوني، البحرين، العدد (٨)، ٢٠١٧م.

٣١. الوساطة لحل النزاعات المدنية الأحكام العامة - التنظيم القانوني - الإطار التشريعي دراسة مقارنة، علي الرشدان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩م.
٣٢. الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، خيرى عبد الفتاح البتاتوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢م.
٣٣. الوسيط في قانون التحكيم السعودي، فيصل الفاضل، دار الكتاب الجامعي، الرياض، ١٤٣٨هـ.
٣٤. الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، سميحة القليوبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
٣٥. اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك ١٩٥٨م)، ٢٠١٥م، فيينا، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
٣٦. اندماج الشركات وانقسامها: دراسة مقارنة، حسني المصري، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
٣٧. أهم المشكلات العلمية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، محمود الكندري، مجلة الحقوق جامعة الكويت، مجلد (٢٤٤)، العدد (٤)، ٢٠٠٠م.
٣٨. بطلان العقد في الفقه الإسلامي والقانون السعودي، محمد إبراهيم القاسم، مجلة كلية الشريعة والقانون، المجلد (٢٢)، (٣)، ٢٠٢٠م.
٣٩. تكييف عقد الامتياز التجاري في الفقه والنظام، صالح عبد الله السعوي، مجلة الفرائد في البحوث الإسلامية والعربية، العدد الأربعون (٢)، ٢٠٢١م.
٤٠. توجيه الاتحاد الأوروبي رقم EC/2008/52، بشأن بعض الجوانب الخاصة بالوساطة في المسائل المدنية والتجارية.

٤١. دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية، ياسر سامي قرني، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
٤٢. قانون الأعمال، علي سيد قاسم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣م.
٤٣. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة (٢٠١٨م)، فيينا، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
٤٤. قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥م) مع التعديلات التي اعتمدت في عام (٢٠٠٦م)، فيينا، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
٤٥. قواعد الأونسيترال للوساطة (٢٠٢١م)، فيينا، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
٤٦. قواعد الأونسيترال للتحكيم (٢٠٢١م)، فيينا، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
٤٧. قواعد التحكيم والوساطة الخاصة (٢٠١٥م)، باريس. غرفة التجارة الدولية.
٤٨. قواعد التحكيم والوساطة (٢٠١٣م)، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري.
٤٩. قواعد التحكيم (٢٠٢٣م)، الرياض، المركز السعودي للتحكيم التجاري.
٥٠. قواعد الوساطة (٢٠١٨م)، الرياض، المركز السعودي للتحكيم التجاري.
٥١. قواعد الوساطة (٢٠٢٣م)، مركز دبي للتحكيم الدولي.
٥٢. عقد الامتياز التجاري «دراسة في نقل المعارف»، محمد محسن إبراهيم النجار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.

٥٣. عقد الامتياز التجاري، صالح عبد الكريم السعوي، مكتبة القانون الاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤م.
٥٤. عقد الامتياز التجاري، غير العلي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٥م.
٥٥. عقد الامتياز التجاري (الفرانشايز)، شياء محمد علي، المجلة القانونية، العدد (٩)(٣)، ٢٠٢١م.
٥٦. عقد الامتياز التجاري، حسام الدين خليل فرج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٢٢م.
٥٧. عقد الامتياز التجاري (فرانشايز - Franchise) دراسة فقهية مقارنة، محمود صديق رشوان، مجلة العلوم الشرعية بجامعة القصيم، العدد الخامس (١٢)، ٢٠١٩م.
٥٨. عقد الترخيص التجاري، حمدي محمود بارود، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد (١٦)، (٢)، ٢٠٠٨م.
٥٩. عقد الفرانشايز، لبنى عمر مسقاوي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠١٢م.
٦٠. عقد الفرانشايز، نعيم مغبغب، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٦م.
٦١. عقود الفرانشايز: بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، عبد المنعم زمزم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.
٦٢. مبادئ التحكيم، الشهابي الشرقاوي، يحيى الشريف، دار الإجازة، الرياض، ١٤٤١هـ.
٦٣. مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، وزارة العدل المصرية، القسم الخامس (٨)، ٢٠٠٩م.



٦٤. مدى فاعلية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، أحمد ناجي، مجلة القانون والأعمال، العدد (١١)، ٢٠١٤م.
٦٥. مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨م.
٦٦. ملحوظات الأونسيترال عن تنظيم إجراءات التحكيم (٢٠١٦م)، نيويورك، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
٦٧. نظام الإثبات السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ.
٦٨. نظام الامتياز التجاري السعودي ولائحته التنفيذية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٢) بتاريخ ٩/٢/١٤٤١هـ.
٦٩. نظام الشركات السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ.
٧٠. نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ.
٧١. هيئة التحكيم الاختياري، أسامة شوقي المليجي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.

المصادر والمراجع بالإنجليزية:

72. AT&T Corp v Saudi Cable Co [2000] 2 All E.R. (Comm) 625 (15 May 2000).
73. Doug, J. 'Various Non-binding ADR Processes' in Van Den Berg, Albert Jan (ed), New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond (The Hague, 2005).
74. Judgment of the Court, Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia De Paris Irmgard Schillgallis, Case 161/84, 1986.

75. Margaret, L. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. (Cambridge University Press, 2012).
76. Mark, K, Nicholas Gould. International Commercial Arbitration. (LLP Publisher, 1999).
77. Martijn W. Hesselink, Jacobien W. Rutgers, Odavia Bueno Diaz, Manolo Scotton and Muriel Veldman. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts. (Zutphen: Europa Law Publishing, 2006).
78. Mnookin, R, «Alternative Dispute Resolution» (1998). Harvard Law School John M. Olin Centre for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 232.
79. Theeranuch Luangsuvimol and B. Kleiner. Effective Franchise Management. Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis. [1986] EUECJ R-161/84 (28 January 1986), [13].





مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر تقنيات التواصل الاجتماعي في ضوء النظام السعودي والاتفاقيات الدولية

د. أميرة عبد العظيم محمد

أستاذ القانون العام المشارك بجامعة الأزهر
أستاذ القانون العام المشارك بكليات الشرق
العربي بالرياض سابقا
عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي

د. عبد اللطيف عبد الله الخرجي

أستاذ القانون العام المساعد بكليات الأمانة
المحامي والشريك المؤسس لشركة اسيسور
للمحاماة والاستشارات القانونية
عضو جمعية ابتسام لمكافحة الاتجار
بالأشخاص

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الخلق أجمعين
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين... أما بعد:

فيعد موضوع الاتجار بالأشخاص - بصوره المختلفة - من أهم
الموضوعات القانونية في الوقت الراهن، سواء على المستوى المحلي أو
الإقليمي أو الدولي، حيث حظي هذا الموضوع باهتمام كافة الدول،
فضلاً عن المنظمات الدولية والإقليمية.

فالإتجار بالأشخاص يقصد به توظيف - أو تجنيد - الأشخاص من
خلال استخدام القوة أو التهديد بها أو الاحتيال أو الإكراه أو غير
ذلك لاستغلالهن في الدعارة، أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو
السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو
نزع الأعضاء، وذلك من أجل الحصول على منفعة مادية.

فالإتجار بالأشخاص يعد جريمة ضد الإنسانية، حيث ينصب على
انتهاك حقوق الإنسان خصوصاً المرأة والنيل من كرامتها وحريتها،
مقابل تحقيق مكاسب مادية، لذا فالإتجار بالأشخاص يعتبر الشكل
المعاصر لظاهرة العبودية، حيث يتعرض مئات الآلاف من الأشخاص
سنوياً للإتجار على مستوى العالم بغرض الاستغلال.

فالفرد في هذه الجريمة يفقد إنسانيته تماماً، ويتحول إلى مجرد بضاعة
تباع وتشتري في سوق تجارة البشر تحكمها قواعد العرض والطلب.

وقد تفاقمت آثار هذه الجريمة على المستويين العالمي والمحلي تفاقماً خطيراً لتوافر كافة المقومات اللازمة لانتشارها في ضوء انفتاح دول العالم مما سهل انتقال الأشخاص والأموال، فضلاً عن تدني الأخلاق بالسعي إلى الحصول على مكاسب سريعة من خلال الاستغلال غير المشروع للأشخاص.

وضحايا الاتجار من النساء يتم استخدامهن بعقود عمل وهمية، أو بوعود مزيفة لكي يتم استغلالهن جنسياً في الدعارة أو غيرها من أشكال الاستغلال الجنسي أو استخدامهن في أعمال السخرة أو الاسترقاق أو نزع أعضائهن أو تزويجهن دون السن المناسب قسراً من أجل التربح.

وصور الاتجار ليست مستحدثة - كما يتبادر إلى الذهن - بل إن أغلبها مرتبط بوجود الإنسان ذاته ولكنها كانت تمارس في نطاق ضيق وحالات معدودة، بالشكل الذي لا يمكن القول معه أن هناك ظاهرة اتجار بالأشخاص، ومع التطور التقني أدى إلى تطور الشكل الذي يمكن أن تتخذه كل صورة من صور الاتجار، وأصبح الاتجار ظاهرة دولية ملموسة في كافة دول العالم ولا تخلو منه دولة ومن ثم أصبحت هذه الجريمة تهدد استقرار المجتمع الدولي بأكمله.

وتعد هذه الجريمة من الجرائم المنظمة العابرة للحدود ففي الغالب يُخطط لها في بلاد ويتم تنفيذها في بلاد أخرى، وعبر رسائل ووسائل من الاتصالات لا تعترف بحدود أو بعد مسافات.

ومن ثم باتت وسائل التواصل الاجتماعي سبباً في جعل العالم بمثابة قرية صغيرة، فبعد أن كانت الجرائم تُرتكب فقط على أرض الواقع أصبحت اليوم تُرتكب في العالم الافتراضي، مرتبة نفس الآثار التي تترتب على وقوعها في الواقع بل أشد وأخطر، فقد نشأت على مواقع التواصل الاجتماعي الكثير من الجرائم؛ منها الجرائم الجنسية، والدعاية للشذوذ الجنسي، واستغلال الأطفال، واستدراج الأشخاص ثم الغدر بهم، فيتم من خلال مواقع التواصل الاجتماعي التورط في الاتجار بالأشخاص، فالعلاقة بين الاتجار بالأشخاص والتكنولوجيا في العالم المعاصر قضية معقدة وغامضة، إذ أن التطورات الحديثة في التكنولوجيا مثل: الهواتف المحمولة والإنترنت وشبكات التواصل الاجتماعي وغيرها بالرغم من أنها جعلت حياتنا واتصالاتنا أسهل ولكنها في نفس الوقت تدق ناقوس الخطر ضد الجريمة المنظمة.

وعلى الرغم من أنه لا يمكن لأحد أن ينكر إسهام التكنولوجيا بشكل كبير في حياتنا، إلا أن المشكلة التي تثيرها هذه المسألة هي استخدام التكنولوجيا في تسهيل ارتكاب الجرائم، حيث أفرزت مواقع التواصل الاجتماعي سلوكيات إجرامية خطيرة مقارنة بالجرائم التقليدية، فجريمة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي تشكل واحدة من أهم التحديات التي تواجه أجهزة العدالة الجنائية على المستوى الوطني والدولي، فالشبكة العنكبوتية لم تقم بإعادة تشكيل

منظومة البيع والشراء فحسب، بل ساهمت في بيع الأشخاص وشرائهم بضمن بخس.

وساهم في ذلك العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وتدني مستوى المعيشة والفقر والحرمان في بعض البلدان مما أدى إلى تفشي جريمة الاتجار بالأشخاص، والتي تعد من أخطر الجرائم التي يشهدها العالم، ولذا لاقت تلك الجريمة اهتماماً دولياً وجنائياً لما لها من آثار وأبعاد، وهذا التطور للجريمة يدفع حكومات الدول إلى التحديث الدائم للتشريعات والأنظمة والتقنيات المستخدمة لمجابهة تلك الجريمة.

كما أن ظاهرة الاتجار بالأشخاص ذات تأثير كبير على كافة دول العالم، سواء كانت دول المنشأ أو العبور أو المقصد، وتُمثل جريمة الاتجار بالأشخاص -حالياً- ثالث أكبر نشاط إجرامي في العالم يحقق أرباحاً هائلة بعد جريمتي الاتجار في السلاح والمخدرات، بل ويتوقع البعض أن تتقدم هذه التجارة في المستقبل وتتفوق على تجارة السلاح؛ فمخاطرها -بالنسبة لعصابات الإجرام المنظم - أقل من مخاطر تجارة المخدرات والسلاح، ناهيك عن أن الأرباح التي يمكن تحقيقها من خلال استغلال الأشخاص عدة مرات ولفترة طويلة من الزمن تتعاضد يوماً بعد يوم.

إن الإشكاليات التي تثيرها التطبيقات الإلكترونية هي كيفية الحد من السلوكيات غير النظامية التي تمارس من خلالها، ويأتي ذلك من خلال تتبع التطبيقات أو التقنيات لمراقبتها، وإذا كانت تشكل خروجاً

عن القانون، أو النظام العام، وذلك بوضع تشريعات تنظم التعامل من خلال هذه التطبيقات والتقنيات وتحظر أو تمنع القيام بها من طرف مستخدمي وسائل التواصل الاجتماعي. ومن ثم تثير استخدام تطبيقات مواقع التواصل الاجتماعي العديد من الإشكاليات والتساؤلات عن:

- كيفية مكافحة الجرائم التي تتم من خلال التطبيقات الإلكترونية؟
- وكيف يتم إثباتها؟
- وكيف يحدث التعاون بين الدول مع وجود الأنظمة القانونية المختلفة، واختلافهم أيضاً في المعالجة التشريعية؟
- وكذلك كيف يتم حفظ قواعد البيانات داخل تطبيقات مواقع التواصل الاجتماعي واتخاذ إجراءات بشأنها؟
- ومن هنا كان لا بد من تحرك الدول لمعالجة الإشكاليات التي تنتج عن ذلك.

والسؤال الذي يطرح نفسه:

- هل الاتفاقيات الدولية القائمة والمعمول بها تكفي لمكافحة الاتجار بالأشخاص من قبل مستخدمي تطبيقات مواقع التواصل الاجتماعي؟
- أم أنه يتعين على المجتمع الدولي أن يكون على أهبة الاستعداد لمكافحة هذه الاعتداءات باتفاقيات دولية جديدة؟

أهمية الدراسة:

تستهدف هذه الدراسة رصد وتحليل إشكاليات استخدام تطبيقات مواقع التواصل الاجتماعي في ارتكاب جريمة الاتجار بالأشخاص، بعدما أصبحت وسائل التواصل الاجتماعي أساسية لتواصل أفراد المجتمع بعضهم مع بعض، فحلت محل الوسائل التقليدية، وأصبح من غير الممكن الاستغناء عنها، خصوصاً في ظل ما يشهده العالم من تطور تكنولوجي، فانتقلت التفاعلات والسلوكيات البشرية -من خلالها- من تفاعلات وسلوكيات مادية إلى افتراضية.

وبما أن هذا الانتقال انطوى على كل مظاهر السلوك الإنساني -الإيجابية منها والسلبية- فإن المحتوى الذي تتضمنه وسائل التواصل قد يكون في حالات كثيرة غير متناسب مع القواعد الأخلاقية والاجتماعية التي يضعها المجتمع لنفسه، أو قد يكون غير متناسب مع أهواء فئة معينة من أفراد المجتمع، مما يطرح إشكالات تتعلق بمدى مشروعية المحتوى الذي يُبث عبرها^(١).

لذا تتمثل الأهمية العملية لهذه الدراسة في تحديد مدى كفاية التشريعات والآليات المرصودة لمكافحة تلك الجريمة، وفي ضرورة توفير رد الفعل القانوني الدولي المواجه له، لكن نظراً لأن شبكة الإنترنت تحتوي على تقنيات تُمكن صاحب المحتوى من إخفاء نفسه، بالإضافة

(١) د. ناير نبيل عمر، الحماية الجنائية للمحل الإلكتروني في جرائم المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢م، ص ٣٣.

إلى سرعة انتشار المعلومات التي تحتوي عليها، فقد وُجّهت الأنظار إلى المنصات التي تمتلك السيطرة على المعلومات التي تحتوي عليها، لاتخاذ إجراء بشأن هذا المحتوى.

والذي ينبغي العمل عليه هو أن تلاحق التشريعات تلك المستجدات المتلاحقة والمتسارعة، ويسبق الفقه التشريع في ذلك الأمر، حيث يترقب الفقهاء الاكتشافات التكنولوجية الحديثة في محاولة لوضع حلول حاسمة للإشكاليات القانونية الناجمة عن هذه المستجدات، فيسترشد بها المنظم.

ومن ثم تأتي أهمية هذه الدراسة في أنها تتعلق بالجانب النظامي التطبيقي لاستخدام مواقع التواصل الاجتماعي في الاتجار بالأشخاص، فالتشريعات النظامية ما زالت تعالج الاتجار بالأشخاص عبر وسائل التواصل الاجتماعي بنفس النصوص والقرارات والتعويضات التي تواجه بها ارتكاب هذه الجريمة بالأساليب التقليدية، ومن ثم فالأنظار تتجه إلى تطورات الوضع القانوني بشأن هذه التقنية.

مصطلحات الدراسة:

الجريمة في اللغة: مأخوذة من الجرم: بمعنى القطع، وجرمه يجرمه جرمًا: أي قطعه^(١)، والجرم هو التعدي، ويطلق على الذنب، والجمع

(١) ابن منظور جمال الدين محمد، أبو الفضل، لسان العرب، دار صادر: بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ، مادة جرم، ٩٠ / ١٢.

أجرام وجروم وهو الجريمة، يُقال: جرم مجرم جرماً، واجترم وأجرم فهو مجرم^(١).

وفي القانون الجنائي: الجريمة هي كل فعل مباين للإرادة العامة التي يؤكد عليها العقد الاجتماعي، أو هي كل فعل من شأنه فُصم عُرَى العقد الاجتماعي، أو هي ظاهرة طبيعية في المجتمع تجلب سخط الأفراد لها، وتثير اشمئزازهم منها لأنها غالباً ما تثير وعي الجماعة للخروج عن تقاليدها ومثلها وأعرافها^(٢).

وعند الفقهاء: هي هي محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير^(٣).

وعليه فإن الجريمة هي: فعل الأمر الذي يستهجن ولا يستحسن، وأن المجرم هو الذي يقع في أمر غير مستحسن، مصراً عليه، مستمراً فيه، لا يرضى بتركه^(٤).

(١) محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، باب الميم فصل الجيم، ١/١٠٨٦.

(٢) يحيى خير الله عودة، البيئة والسلوك الإجرامي (دراسة نظرية في الأنثروبولوجيا الجنائية)، مجلة الآداب، الجامعة المستنصرية، العدد ١٠٧، دس، ص ٣٩٠، ٣٩١.

(٣) علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ١/٣٢٢، ط دار الحديث، القاهرة، ومحمد بن الحسين الفراء، الأحكام السلطانية، تحقيق: محمد حامد الفقهي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ص ٢٥٧.

(٤) الحفناوي منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م، ص ٢٣.

يشير التعريف السابق إلى تعريف عام للجريمة، حيث تتصف بكونها فعلاً غير مستحسن أو مستهجنًا من قبل المجتمع، ويصر مرتكبها على القيام بها مع إدراكه لعدم مشروعية هذا الفعل، ويطبق ذلك على الجرائم المرتكبة عبر مواقع التواصل الاجتماعي عن طريق استهجان المجتمع للجرائم التي ترتكب على هذه المنصات مثل: استدراج الضحايا، نشر المحتوى غير القانوني، استغلال الأفراد، حيث تتعارض هذه الأفعال مع القيم الأخلاقية والاجتماعية، ومرتكبو الجرائم عبر شبكات التواصل الاجتماعي غالباً ما يستمرون في أفعالهم عن عمد، كاستغلال الفتيات أو الأطفال في أنشطة غير نظامية، أو ممارسة الابتزاز الإلكتروني، وهؤلاء الجناة غالباً ما يطورون استراتيجيات لإخفاء هويتهم لضمان استمرار أفعالهم، ففي جريمة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي يقوم المجرم بإنشاء حسابات وهمية أو تقديم عروض عمل خادعة لاستدراج الضحايا. وهذا الفعل يعد مستهجنًا اجتماعياً لأنه يعتبر انتهاكاً صارخاً لحقوق الإنسان، ويصر المجرم على ارتكابه لأنه يدرك العائد المادي المرتبط به، فيمكن اعتبار الجرائم عبر مواقع التواصل الاجتماعي أحد الأمثلة الواضحة على الفعل المستهجن الذي يصر مرتكبه على الاستمرار فيه، متجاهلاً العواقب الإنسانية والقانونية.

الاتجار لغة: الاتجار مأخوذ من الفعل «تجر»، يقال: تجر تجارة بمعنى باع وشري، فهو تاجر، والجمع تجار، والعرب تسمى بائع الخمر تاجراً^(١).

الاتجار اصطلاحاً: الاتجار مصطلح مشتق من التجارة وفي اللغة اللاتينية من السلعة والتجارة تعني ممارسة البيع والشراء، والتاجر: هو الذي يمارس الأعمال التجارية على وجه الاحتراف^(٢).

تعريف مواقع التواصل الاجتماعي:

هي مواقع إلكترونية تمكن المستخدمين من أن يقوموا بالتعبير عن أنفسهم ومشاركة الأفكار الخاصة بهم واهتماماتهم مع غيرهم والتعرف عليهم^(٣).

ويعد هذا التعريف تعريفاً عاماً حيث يمكن أن ينطبق على أي منصة إلكترونية تتيح التفاعل، وليس فقط المواقع المخصصة لهذا الغرض.

(١) لسان العرب، لابن منظور، ٨٩/٤، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل الجوهري المتوفى سنة ٣٩٣هـ، دار العلم للملايين بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧م، مادة (تجر)، ٦٠٠/٢.

(٢) د. نوال طارق إبراهيم، جريمة الاتجار بالأشخاص، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد، ص ٨. منشور على الرابط الإلكتروني:

<https://iasj.rdd.edu.iq/journals/uploads/2024>

(٣) د. سلطان الجمال، د. حميد البناي، مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص عبر شبكات التواصل الاجتماعي، دراسة استشرافية لسبل مكافحة الاتجار بالأشخاص من واقع قضايا الاتجار بالأشخاص بإمارة دبي، ص ٩.

وتعرف كذلك بأنها: تطبيقات تكنولوجية لم يشهدها العالم من قبل، وتتيح التواصل والتفاعل بين الناس عن طريق الرسائل المكتوبة أو الصوتية أو المرئية، معتمدة في ذلك على الويب، وتقوم على تفعيل وبناء المجتمعات الحية في بقاع العالم^(١).

ويلاحظ على هذا التعريف بأنه وصف تلك التطبيقات بأنها لم يشهدها العالم من قبل، وهو تعبير قد يكون غير دقيق لأن التكنولوجيا تتطور تدريجياً، كما أن عبارة المجتمعات الحية قد تحتاج إلى توضيح أكثر، لأن المجتمعات الرقمية ليست دائماً بديلاً عن المجتمعات الحقيقية.

الدراسات السابقة:

١ - المواجهة الجنائية لمكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص والجرائم المرتبطة بها في النظام السعودي (من الناحيتين الموضوعية والإجرائية).

إعداد: د. أشرف رفعت محمد عبد العال، مجلة روح القوانين، العدد: (١٠٣) يوليو ٢٠٢٣م، الجزء الثاني.

تهدف هذه الدراسة إلى تحليل كيفية مواجهة النظام الجنائي السعودي لجرائم الاتجار بالأشخاص والجرائم المرتبطة بها، من خلال استعراض الجوانب الموضوعية والإجرائية، وتسليط الدراسة الضوء

(١) زينب ياقوت، واقع الجريمة عبر الفيسبوك وسبل الحد من انتشارها دراسة حالة الجزائر، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية علوم الإعلام والاتصال، جامعة الجزائر، المجلد (٧)، العدد (٢)، ٢٠٢٢م، ص ٢٨٦.

على الإطار القانوني السعودي ومدى توافقه مع المعايير الدولية في مكافحة هذه الجرائم، وتتألف الدراسة من عدة أقسام رئيسة، وقدمت لمحة عامة عن ظاهرة الاتجار بالأشخاص وأهميتها كقضية جنائية، وحددت أهداف الدراسة ومنهجيتها، وعرفت جريمة الاتجار بالأشخاص وفقاً للنظام السعودي والمعايير الدولية، واستعرضت أشكال وأساليب الاتجار بالأشخاص.

ويتضح من خلال مراجعة هذه الدراسة أنها حللت النصوص القانونية في النظام السعودي المتعلقة بجرائم الاتجار بالأشخاص، وناقشت العقوبات المقررة لهذه الجرائم والجرائم المرتبطة بها، واستعرضت الإجراءات الجنائية المتبعة في التحقيق والمحاكمة في قضايا الاتجار بالأشخاص، وقيمت دور الجهات المختصة في مكافحة هذه الجرائم، وناقشت آليات التعاون الدولي في مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص، وقيمت موقف النظام السعودي من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

غير أن تلك الدراسة تختص بتحليل الإجراءات الجنائية المتبعة في التحقيق والمحاكمة في قضايا الاتجار بالأشخاص، وتقييم دور الجهات المختصة في مكافحة هذه الجرائم، أما دراستنا هذه فتتميز بتفصيل طرق استخدام وسائل التواصل الاجتماعي في هذه الجرائم وسبل مكافحتها.

٢- جرائم الاتجار بالبشر واستراتيجيات مكافحتها على الصعيدين الدولي والإقليمي.

إعداد: سالم إبراهيم بن أحمد النقبى، الدار العالمية للنشر والتوزيع، ١١ الملك فيصل، الهرم، ٢٠١٢م.

يركز هذا الكتاب على تحليل شامل لجريمة الاتجار بالبشر، مسلطاً الضوء على أسبابها، أشكالها، ووسائلها، كما يستعرض الجهود المبذولة لمكافحة هذه الجريمة على المستويين الدولي والإقليمي، مع التركيز على التشريعات والاتفاقيات الدولية والإقليمية ذات الصلة، ويهدف الكتاب إلى تقديم فهم معمق لهذه الظاهرة وتقديم استراتيجيات فعالة لمكافحتها.

ويتضح من خلال مراجعة هذه الدراسة أنها قدمت لمحة عامة عن جريمة الاتجار بالبشر وأهميتها كقضية دولية، وحددت أهداف الدراسة ومنهجيتها، وتم تعريف جريمة الاتجار بالبشر من منظور القانون الدولي والقوانين الوطنية، واستعراض أشكال وأساليب الاتجار بالبشر، وتم تحليل العوامل الاقتصادية، الاجتماعية، والسياسية التي تسهم في انتشار هذه الجريمة، وناقشت التأثيرات السلبية على الأفراد والمجتمعات، واستعرضت الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات ذات الصلة، مثل: بروتوكول باليرمو، وتحليل المبادرات والاستراتيجيات المعتمدة من قبل المنظمات الإقليمية، ودراسة القوانين الوطنية في بعض الدول ومدى

فاعليتها في مكافحة هذه الجريمة، وقدمت الدراسة توصيات لتعزيز الجهود المبذولة على المستويات الدولية، الإقليمية، الوطنية.

وتختلف تلك الدراسة عن دراستنا في أنها قدمت لمحة عامة عن جريمة الاتجار بالبشر وأهميتها كقضية دولية، أما دراستنا فتتميز ببيان طرق استخدام وسائل التواصل الاجتماعي في هذه الجرائم وسبل مكافحتها بالتفصيل.

٣- مكافحة جرائم الاتجار بالبشر عبر شبكات التواصل الاجتماعي (دراسة استشرافية لسبل مكافحة الاتجار بالبشر من واقع قضايا الاتجار بالبشر بإمارة دبي).

إعداد: العقيد/ د. سلطان الجمال، الرائد/ د. حميد البناي، ٢٠٢١م.

تتناول هذه الدراسة ظاهرة الاتجار بالبشر من خلال استخدام شبكات التواصل الاجتماعي كوسيلة لارتكاب هذه الجرائم، وتهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على هذه الظاهرة المستحدثة، ورصد مجالات استخدام شبكات التواصل الاجتماعي في جرائم الاتجار بالبشر، وتقييم مدى كفاية التشريعات الحالية في مواجهة هذا الخطر، كما تتناول الدراسة تحليل عدة حالات لجرائم الاتجار بالبشر التي ارتكبت عبر هذه المنصات، وتقييم الجهود الأمنية في كشفها وضبطها.

ويتضح من خلال مراجعة هذه الدراسة أنها تتألف من عدة أقسام رئيسة ارتكزت على لمحة عامة عن ظاهرة الاتجار بالبشر واستخدام

شبكات التواصل الاجتماعي في ارتكاب هذه الجرائم، وحددت الأهداف من الدراسة ومنهجيتها، ورصدت مجالات استخدام هذه الشبكات في ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر، وحللت كيفية استغلال هذه المنصات لتسهيل هذه الجرائم، وقدمت مراجعة للتشريعات الحالية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر، وقيمت مدى كفاية هذه التشريعات في مواجهة استخدام شبكات التواصل الاجتماعي في هذه الجرائم، وحللت عدة حالات واقعية لجرائم ارتكبت عبر هذه المنصات، وقيمت الجهود الأمنية في كشف وضبط هذه الجرائم.

وتختلف تلك الدراسة عن دراستنا في أنها شملت دراسة تحليلية في الواقع الإماراتي، أما دراستنا فهي تحليل للواقع في المملكة العربية السعودية. ٤- حظر الاتجار بالبشر في النظام السعودي والقانون الدولي (دراسة مقارنة).

إعداد: الباحث/ يوسف محمد الزراوله الشهري، إشراف الدكتور/ عبد الهادي بن محمد الغامدي، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، المجلة العربية للنشر العلمي، العدد (١٥)، ٢ كانون الثاني ٢٠٢٠م.

تناولت هذه الدراسة جريمة الاتجار بالبشر من منظور القانون الدولي والنظام السعودي، مع التركيز على التشريعات والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، واستعرضت الدراسة نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم

(م/ ٤٠) وتاريخ ١٢/٧/١٤٣٠هـ، والذي يعرف الاتجار بالأشخاص بأنه استخدام شخص أو إلحاقه أو نقله أو إيوائه أو استقباله من أجل إساءة الاستغلال، كما تناولت الدراسة المادة الثالثة من بروتوكول باليرمو، التي تقدم تعريفاً مشابهاً لجريمة الاتجار بالبشر، وهدفت الدراسة إلى مقارنة التشريعات السعودية مع المعايير الدولية لتحديد مدى توافقها وفعاليتها في مكافحة هذه الجريمة.

ويتضح من خلال مراجعة هذه الدراسة أن المقدمة تناولت لمحة عامة عن جريمة الاتجار بالبشر وأهميتها كقضية دولية وتحديد أهداف الدراسة ومنهجيتها، وعرفت جريمة الاتجار بالبشر وفقاً للقانون الدولي والنظام السعودي، واستعرضت أشكال وأساليب الاتجار بالبشر، وحللت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر مثل: بروتوكول باليرمو، وناقشت التزامات الدول الأعضاء في هذه الاتفاقيات، واستعرضت نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص في المملكة العربية السعودية، وحللت مواد النظام وتحديد العقوبات المقررة، وقارنت بين التشريعات السعودية والمعايير الدولية وحددت نقاط القوة والضعف في النظام السعودي.

وتختلف تلك الدراسة عن دراستنا في أنها وإن قدمت لمحة عامة عن جريمة الاتجار بالبشر وأهميتها كقضية دولية وتطبيق ذلك على الواقع في المملكة، إلا أنها لم تتعرض للجريمة عبر شبكات التواصل

الاجتماعي بخلاف دراستنا هذه، حيث تتميز ببيان طرق استخدام وسائل التواصل الاجتماعي في هذه الجرائم وسبل مكافحتها.

منهج الدراسة:

اتخذت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، الذي يقوم على أساس تحديد مفهوم جريمة الاتجار بالأشخاص عبر تطبيقات التواصل الاجتماعي وخصائصها، والإشكاليات التي يمكن أن تُثار لمكافحة هذه الجريمة، بُغية الوقوف على النص النظامي المناسب الذي يمكن أن يحكم هذه المستجدات، وتكوين نهج كامل عن مكافحة هذه الجريمة عبر التطبيقات المختلفة، ووضع إطار نظامي لها، بالإضافة إلى الاعتماد على المنهج الدولي المقارن في دراسة دور الاتفاقيات والمنظمات الدولية المختلفة في مكافحة الجريمة عبر منصات التواصل الاجتماعي.

خطة البحث:

تم تناول موضوع هذا البحث في مقدمة - فيها نبذة مختصرة عن الموضوع تكشف مدى خطورته وحاجة المجتمع الدولي الماسة لمكافحته -، ومبحثين، وخاتمة:

المبحث الأول: ماهية الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي في النظام السعودي.

المطلب الأول: مفهوم الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي في النظام السعودي.

المطلب الثاني: تطبيقات مواقع التواصل الاجتماعي.

المطلب الثالث: خصائص الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

المطلب الرابع: صور الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

المطلب الخامس: مكافحة الاتجار بالأشخاص في النظام السعودي.

المبحث الثاني: مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي في القانون الدولي.

المطلب الأول: دور الاتفاقيات الدولية في مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

المطلب الثاني: دور المنظمات الدولية في مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي.



المبحث الأول

ماهية الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي في النظام السعودي

في البداية، كانت شبكة الإنترنت مجرد وسيلة لتبادل المعلومات وسط عالم مليء بالوسائط المتعددة، لكنها سرعان ما تطورت لتصبح ظاهرة إعلامية بارزة لا يمكن تجاهلها، فقد أدى الانتشار الواسع لشبكات التواصل الاجتماعي إلى فرض سيطرتها على المجتمعات، حتى تجاوز عدد مستخدميها المليارات، مما جعل تأثيرها يمتد إلى مختلف جوانب الحياة، لا سيما داخل الأسر والمجتمعات، وتكمن خطورة هذه الشبكات في قدرتها غير المحدودة على الجذب والتأثير، حيث أصبحت تشكل بيئة ديناميكية تستقطب الأفراد وتعيد تشكيل وعيهم وسلوكهم، ويعد الشباب الفئة الأكثر تأثراً بها، نظراً لما يمتلكونه من طاقة وحيوية تدفعهم نحو التغيير، مما يجعلهم في الوقت ذاته أداة فاعلة في إعادة تشكيل المجتمع وفقاً لما تفرضه هذه المنصات من مفاهيم واتجاهات جديدة.

ومن هنا تم استغلال هذه الفئة الكبيرة من الشباب في المجتمعات المختلفة لتصبح سلعة تُباع وتُشتري لأصحاب النفوس الضعيفة والمنحرفين أخلاقياً بهدف الوصول إلى أهدافهم^(١)، وأصبحت هذه

(١) د. عادل عبد العال إبراهيم، جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الإنترنت وطرق مكافحتها في الشريعات الجنائية والفقه الجنائي الإسلامي، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص ١٠٩٨ =

الجرائم نمطاً جديداً من أنماط العبودية، متجاوزة أشكال الرق التقليدية من حيث الحجم والانتشار، ومع تزايد الإقبال على الفضاء الرقمي، أصبحت مواقع التواصل الاجتماعي أداة تستغل في الترويج للأنشطة الإجرامية التي تستهدف البشر، مثل: المواقع التي تعرض أنشطة جنسية غير مشروعة، ويتميز الاتجار بالأشخاص عبر هذه المنصات بخصائص فريدة تجعله أكثر تعقيداً وانتشاراً في هذا العالم الرقمي^(١)، ولذلك لا بد من مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص عبر الفضاء الرقمي ووضع حد لها.

وبالنسبة للنظام السعودي فقد فرض تنظيمات تحكم استخدام هذه المنصات في المملكة لضمان عدم انتهاك القيم الاجتماعية والدينية، على حد سواء، فقد وضع النظام السعودي حدوداً يجب احترامها فيما يتعلق بالتعبير عن الرأي، خاصة إذا كان الموضوع يمس القيم الدينية أو الأمور السياسية أو يعرض الأمن العام للخطر، ويعد التشهير بالأفراد أو الكيانات عبر وسائل التواصل الاجتماعي جريمة يعاقب عليها النظام في المملكة. كما وضع عقوبات صارمة على الجرائم الإلكترونية المرتكبة عبر منصات التواصل الاجتماعي مثل الابتزاز الإلكتروني، أو الاحتيال، أو التحريض على العنف.

= د. فائزة باباخان، الدعارة عبر الإنترنت، بحث منشور على الرابط التالي:

www.aliwatannews.com

(١) حميد علي البناي، عمار علي عبده قاسم، مكافحة الاتجار بالبشر عبر شبكات التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ١.

ومن هنا جاء تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي في النظام السعودي:

تمثل جريمة الاتجار بالأشخاص انتهاكاً صريحاً لحقوق الإنسان المنصوص عليها في كافة الشرائع السماوية والدساتير الوطنية والمواثيق الدولية، فالاتجار بالأشخاص يحط من كرامة الإنسان وأدميته فضلاً عن حريته وحقوقه الإنسانية، فمعدلات هذه الجريمة في تزايد مستمر فهي تشكل نشاطاً إجرامياً ضخماً يدر مليارات الدولارات.

وهذا يستدعي تضافر جهود المجتمع الدولي بأكمله لمكافحة هذه الجريمة سواء على المستوى الدولي أم على المستوى الداخلي للدول، وسوف أتناول في هذا المطلب ماهية جريمة الاتجار بالأشخاص، حيث إن هذه الجريمة لاقت اهتماماً كبيراً نظراً لخطورتها وتجاوزها الحدود الدولية ولذا حاولت مختلف الجهات رصد تعريف لهذه الجريمة^(١)، وهذا ما سوف أتطرق إليه:

(١) د.آمال بيدي، تقدير حجم المساعي الأمية والوطنية في مجال مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد (٦)، العدد (٢)، ٢٠٢١م، ص ٣.

عرف نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص في النظام السعودي تلك الجريمة بأنها: «استخدام شخص، أو إلحاقه، أو نقله، أو إيواؤه، أو استقباله من أجل إساءة الاستغلال»^(١).

كما عرف النظام أيضاً الجريمة عبر الحدود الوطنية بنصه على أن: يكون الجرم ذا طابع عابر للحدود في الحالات الآتية:

أ- إذا ارتكب في أكثر من دولة واحدة.

ب- إذا ارتكب في دولة واحدة، ولكن جانباً كبيراً من الإعداد أو التخطيط له أو توجيهه أو الإشراف عليه جرى في دولة أخرى.

ج- إذا ارتكب في دولة واحدة، ولكن ضلعت في ارتكابه جماعة إجرامية منظمة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة واحدة.

د- إذا ارتكب في دولة واحدة، ولكن له آثار شديدة في دولة أخرى.

وعرف الجماعة الإجرامية المنظمة بأنها: أي جماعة مؤلفة من شخصين أو أكثر تقوم بفعل مدبر لارتكاب جريمة الاتجار بالأشخاص من أجل الحصول على منفعة مادية أو مالية أو غيرها.

(١) نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٠) وتاريخ ٢١/٧/١٤٣٠هـ الموافق ١٤/٧/٢٠٠٩م، وقرار مجلس الوزراء رقم (٢٤٤) بتاريخ ٢٠/٧/١٤٣٠هـ الموافق ١٣/٧/٢٠٠٩م، والذي نشر بتاريخ ١٦/٨/١٤٣٠هـ الموافق ٧/٨/٢٠٠٩م.

ويمكن القول بأن جريمة الاتجار بالأشخاص تعني: جميع الأفعال التي يكون الإنسان هو الهدف الأساسي منها أو على أي من أعضائه دون موافقته وذلك من خلال الوسائل القسرية بهدف استغلاله مادياً وتحقيق الربح منه، أو بهدف استغلاله جنسياً أو في العمل القسري أو استئصال أعضائه أو جزء منها بالتهديد أو بالاحتيال عليه في أي عمل مشروع أو غير مشروع سواء وقع ذلك داخل الحدود الجغرافية للدولة أم خارجها^(١).

وعرفها البعض أيضاً بأنها: التعامل في الشخص الطبيعي أيًا كان نوع هذا التعامل، باستخدام أي وسيلة من الوسائل التي تعيب الإرادة فيه ويجب أن يكون هذا التعامل بقصد الاستغلال أيًا كانت صورة هذا الاستغلال^(٢)، فمن خلال هذا التعريف يتضح أنه اشترط استخدام وسيلة من الوسائل التي تعيب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه.

وقد عرف بعض الفقهاء الاتجار بالأشخاص على أنه: كافة التصرفات المشروعة وغير المشروعة التي تحول الإنسان إلى مجرد سلعة أو ضحية يتم التصرف فيها بواسطة وسطاء محترفين عبر الحدود الوطنية بقصد استغلاله في أعمال ذات أجر متدن أو في أعمال جنسية أو

(١) حميد علي البناي، عمار علي عبد قاسم، مكافحة الاتجار بالبشر عبر شبكات التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) دليل عمل العاملين بمكتب شكاوى المرأة، الكتاب الخامس بعنوان: جرائم الاتجار بالأشخاص في ضوء القانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م، المجلس القومي للمرأة، الإصدار الأول، يونيو ٢٠٢١م، ص ٦.

ما شابه ذلك، وسواء تم هذا التصرف بإرادة الضحية أو قسراً عنه أو بأي صورة أخرى من صور العبودية^(١).

والتعريف الذي قدمه الفقهاء يتناول جوهر جريمة الاتجار بالأشخاص من خلال الإشارة إلى أن الإنسان يعامل كسلعة تستغل في أعمال مختلفة، سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة، ويشمل هذا الاستغلال في الأعمال ذات الأجر المتدني أو في الأعمال الجنسية، وقد يتم ذلك بالإكراه أو حتى بإرادة الضحية، مما يعكس تعدد الأساليب التي تستخدم في الاتجار بالأشخاص. والمنصات الرقمية تعد بيئة خصبة لتنفيذ هذه الأنشطة الإجرامية، فوسائل التواصل الاجتماعي تسهل عملية تجنيد الضحايا عبر الإعلانات المضللة أو الوعد بوظائف وهمية أو فرص غير حقيقية، حيث يتم استغلال سذاجة أو حاجة الأفراد مما يسهم في تحويلهم إلى ضحايا للتجارة بالأشخاص، وتوفر أيضاً هذه المواقع وسطاء مجهولين يسهل عليهم إتمام هذه العمليات دون أن تكون هناك رقابة فاعلة، مما يعقد جهود مكافحة الاتجار بالأشخاص في الفضاء الرقمي.

(١) د. سلامي نادية، أ. فالح أسمهان، د. ابن عمران إنصاف، مكافحة الاتجار الإلكتروني بالأشخاص في الشريعة الجزائري، مؤتمر انعكاسات التطور التكنولوجي على حق الإنسان في السلامة الجسدية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا، برلين. ود. ليلي علي حسين صادق، ٢٠١١م، جريمة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء كجريمة عابرة للحدود، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، ص ٤٧-٤٨.

وأما بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال، والمكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية عام ٢٠٠٠م عرف الاتجار بالأشخاص على أنه: «تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال ويشمل كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء»^(١).

ويعد هذا التعريف من أكثر التعريفات شمولاً ودقة، حيث يوضح مختلف الأساليب المستخدمة في هذه الجريمة، سواء كانت بالإكراه أو الخداع أو الاستغلال، كما يبرز نطاق الاستغلال الذي يشمل الدعارة القسرية، والعمل الجبري، والاستعباد، وحتى نزع الأعضاء، مما يعكس الطبيعة الخطيرة والمتشعبة لهذه الجريمة، ويعكس هذا التعريف أيضاً

(١) المادة (٣) الفقرة (أ) من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ٢٠٠٠م.

الفهم الدولي الواسع للاتجار بالأشخاص، باعتباره جريمة منظمة تتجاوز الحدود الوطنية وتتطلب جهوداً قانونية وتعاونية مكثفة لمكافحتها.

وتجدر الإشارة إلى أن التعريف الذي أورده النظام السعودي وكذا بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال استخدم مصطلح «الاتجار بالأشخاص» ومن الأفضل استخدام مصطلح الاتجار بالبشر^(١) لأن الأشخاص مصطلح عام يشمل الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري وأما البشر: فلا يطلق إلا على الإنسان، والاتجار لا يكون محله إلا الشخص الطبيعي (البشر).

(١) وكذلك القانون المصري الخاص بالاتجار استعمل مصطلح الاتجار بالأشخاص حيث تناول هذه الجريمة بقوله: «يُعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالأشخاص كل من يتعامل بأية صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسلم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية - إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما، أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو استغلال السلطة، أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه - وذلك كله - إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أياً كانت صورته بما في ذلك الاستغلال في أعمال الدعارة وسائر أشكال الاستغلال الجنسي، واستغلال الأطفال في ذلك وفي المواد الإباحية أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد، أو التسول، أو استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية، أو جزء منها. قانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص، والذي نشر بالجريدة الرسمية في العدد (١٨) مكرر، والصادر في ٩ مايو ٢٠١٠م.

فضلاً عن أن التعريف الذي أورده البرتوكول خاص بجريمة الاتجار بالأشخاص باعتبارها جريمة عابرة للحدود - حيث إن هذا البرتوكول الذي ورد فيه التعريف جاء مكماً لاتفاقية الجريمة المنظمة عبر الوطنية وملحقاً بها - ومن ثم فإن هذا التعريف لا يدخل فيه جريمة الاتجار بالأشخاص التي تتم كافة أركانها داخل دولة واحدة حيث إن القانون الداخلي لهذه الدولة هو المعني ويطبق على تلك الجريمة.

ويترتب على أن جريمة الاتجار الواردة بالبرتوكول جريمة عبر وطنية أنه لا بد أن يتوافر فيها شروط الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وهذا ما تم استنتاجه مما ورد بالبرتوكول حيث نص على أن: «برتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، يكمل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ويكون تفسيره مقترناً بالاتفاقية وتنطبق أحكام الاتفاقية على هذا البرتوكول مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال»^(١).

ونستخلص من ذلك أن هذا البرتوكول ينطبق عندما تكون الجريمة عبر وطنية «أي تمت في أكثر من دولة، وبفعل جماعة إجرامية منظمة لا تقل عن ثلاثة أشخاص» ومن ثم فإن البرتوكول لا ينطبق لو وقعت

(١) المادة الأولى من البرتوكول السابق ذكره، والتي تتحدث بأكملها عن علاقة البرتوكول باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

الجريمة كلها داخل دولة واحدة ففي هذه الحالة فإنه يقع على الدولة التي ارتكبت فيها تجريم الاتجار وفقاً لتشريعاتها الداخلية. وكذلك لو ارتكبتها عصابة عشوائية غير منظمة أو منظمة وتقل عن ثلاثة فلا نكون بصدد جريمة اتجار على المستوى الدولي حتى ولو توافرت كافة الأركان^(١).

ويلاحظ أن البرتوكول استخدم عبارة «في استغلال دعارة الغير» وعلى ذلك فلا يدخل فيه استغلال الشخص لنفسه في الدعارة فلا يعد تجاراً، وإنما يمكن أن يعد جريمة دعارة وفقاً للقوانين الداخلية إذا توافر فيها ما يوجبها.

ويمكن تعريف جريمة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي على أنها: استغلال الأشخاص باستخدام القوة أو التهديد أو الخداع أو الاحتيال أو أي وسيلة أخرى من وسائل الإكراه، بهدف تحويلهم إلى سلعة يتم استغلالها في أعمال غير نظامية أو قسرية، مثل: العمل الجبري أو الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الاستعباد، وتكون إحدى مواقع التواصل الاجتماعي وسيلة من وسائل ارتكاب هذه الجرائم، أو بمثابة طريق أو خط سير في ارتكاب هذه الجرائم.

(١) وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الأشخاص السابق ذكره بقوله: «ينطبق هذا البرتوكول، على منع الأفعال المجرمة والتحري عنها وملاحقة مرتكبيها، حيثما تكون تلك الجرائم ذات طابع عبر وطني وتكون ضالعة فيها جماعة إجرامية منظمة، وكذلك على حماية ضحايا تلك الجرائم».

ويتجاوز هذا الاستغلال الحدود الجغرافية ويشمل شبكات من الوسطاء الذين يستفيدون من حالة الضحية النفسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية لتمرير عمليات الاتجار.

المطلب الثاني: تطبيقات مواقع التواصل الاجتماعي:

تعد شبكات التواصل الاجتماعي وسيلة إلكترونية تتيح للأفراد التواصل مع بعضهم البعض وإن كانت تفصل بينهم محيطات وقارات، فهي تبني عالماً افتراضياً يجمع بين أشخاص أو منظمات تتمثل في نقاط التقاء متصلة بنوع محدد من الروابط الاجتماعية؛ إذ يجمع المشاركين فيها صداقة أو قرابة أو مصالح مشتركة، أو توافق في الهواية أو الفكر أو رغبة في التبادل المادي أو المعرفي، أو محبة أو كراهية لشيء معين، أو علاقات عقدية أو دينية، أو تناسق في المعرفة أو المركز الاجتماعي فإذا كانت شبكات التواصل الاجتماعي توفر الجهد والوقت والمال في جمع المعلومات، فمن خلالها أيضاً يمكن ارتكاب الجرائم، ويمكن كذلك جمع المعلومات الشخصية الخاصة بالفرد بسهولة ويسر تام، وهذا يمثل فرصة حقيقية للشرطة في جمع الاستدلالات عن الجرائم التي تقع عليها، فمن خلال تحليل محتوى الشبكات يمكن تحديد العلاقة بين المشتبه فيهم، والجرائم الناشئة عن استخدام شبكات التواصل الاجتماعي، حيث تلعب هذه المواقع دوراً في زيادة ارتكاب الجرائم.

وهناك العديد من مواقع التواصل الاجتماعي، وما زالت تزداد يوماً بعد يوم، سنذكر أهمها:

١ - تطبيق واتساب:

تم تأسيس التطبيق في عام ٢٠٠٩م من الأمريكي بريان أكتون والأوكراني جان كوم (الرئيس التنفيذي) وهذان الاثنان كانا موظفين سابقين في موقع Yahoo، ويقع مقر الشركة في سانتا كلارا بكاليفورنيا، وهو عبارة عن تطبيق يتم فيه المراسلة بين الأشخاص بشكل فوري سواء عن طريق الكتابة أو الصوت، ويُمكن الأشخاص من إرسال الصور والفيديوهات والمكالمات الصوتية والمرئية، بالإضافة إلى إمكانية إرسال الموقع ومشاركته وتحديدته بين المستخدمين وفي بداية عام ٢٠١٢م تم إرسال مليار رسالة يومية إلى واتساب وفي نهاية عام ٢٠١٢م زاد معدل الرسائل إلى ٢٠ مليار رسالة، وأعلن واتساب في عام ٢٠١٣م أن الرقم القياسي اليومي الجديد وصل إلى ٢٧٠ مليار رسالة^(١).

وقد انضم واتساب إلى فيس بوك عام ٢٠١٤م، لكنه استمر في العمل كتطبيق مستقل مع التركيز على بناء خدمة مراسلة تعمل بسرعة ويمكن الاعتماد عليها في أي مكان في العالم^(٢)، وعند تحميل هذا البرنامج يتم الاطلاع على قائمة الأسماء الموجودة مسبقاً في الهاتف وبشكل تلقائي يضيف كل من يستخدم هذا البرنامج لقائمة

(١) حميد علي البناي، عمار علي عبد قاسم، مكافحة الاتجار بالبشر عبر شبكات التواصل الاجتماعي مرجع سابق، ص ٩.

(٢) <https://www.whatsapp.com/about?lang=ar>

الأسماء الخاصة بالبرنامج، ويعتمد برنامج واتساب على خدمة الإنترنت في الهواتف بشكل أساسي حيث يتوجب وجود اتصال بشبكة الإنترنت لكي يعمل البرنامج^(١)، والعلاقة بين واتساب والاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي تتمثل في أن بعض المجرمين يستغلون واتساب في التواصل مع الضحايا، خاصة الأطفال عبر الخداع أو التهديد، مما يجعله أداة في جرائم الاستغلال الجنسي والاتجار بالأشخاص^(٢).

٢- تطبيق الفيس بوك:

يعد من أكبر وأشهر مواقع التواصل الاجتماعي المتخصصة في العلاقات الاجتماعية، والتعارف وبناء الصداقات، وهذه المنصة تُمكن المستخدمين من الدخول عليها والتسجيل فيها بشكل مجاني، وتتم إدارة هذا التطبيق من قبل شركة فيس بوك ذات المسؤولية المحدودة كملكية

(١) د. سعيذة غدامسي، ود. كلثوم روابح، خصوصية المستخدم عبر مواقع التواصل الاجتماعي (دراسة ميدانية على عينة من مستخدمي موقع واتس آب)، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ٢٠١٨م، ص ١١، مركز محتسب، دور مواقع التواصل الاجتماعي في الاحتيال - تويتز نموذجاً - دار المحتسب للنشر والتوزيع، السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ، ص ٣٩، ٤٠.

(٢) Brenner, Susan W. Cybercrime: Criminal Threats from Cyberspace. ABC-CLIO, (٢) 2010, P.45.

خاصة لها، فالمستخدمون بإمكانهم الانضمام إلى الشبكات التي تنظمها المدينة، أو جهة العمل، أو المدرسة، أو الإقليم^(١).

والفيس بوك معتمد عليه بشكل كبير من قبل الأشخاص كمصدر للمعلومات ومتابعة القضايا والأحداث، واكتساب معرفة أكثر بالعالم وما يدور فيه من مستجدات وما يحدث في شتى المجالات العلمية والفكرية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية^(٢)، ويعد الفيس بوك أحد مواقع التواصل الاجتماعي المهمة والمنتشرة بشكل كبير وأصبح مسرحاً سهلاً للجريمة الإلكترونية.

٣- تطبيق إكس (تويتر سابقاً):

يعد تطبيق إكس (تويتر سابقاً) منصة وسائط اجتماعية توفر خدمة المدونات الصغيرة، ورمزه حرف (X) حالياً، وكان رمزه سابقاً هو العصفورة، ويمكن لمستخدميه المشاركة فيه عن طريق إرسال رسائل قصيرة وبعض الاستخدامات للوسائط المحدودة، كروابط المواقع

(١) Al-Babayan, Human Development, Peace, Corruption, and Terrorism in the Arab World, USA, 2010, p12-13.

(٢) د. أحمد شحاته، مضامين الجريمة عبر مواقع التواصل الاجتماعي وانعكاساتها النفسية والاجتماعية على الشباب، المجلة العربية لبحوث إعلام والاتصال، العدد (٣١)، أكتوبر، ديسمبر ٢٠٢٠م، ص ٥٦٤.
الرشيد إسماعيل طاهر ٢٠١٩م، أثر استخدام شبكات التواصل الاجتماعي على مهارات التواصل والشعور بالوحدة النفسية لدى طلبة جامعة الملك فيصل، المجلة العلمية لجامعة الملك فيصل، ص ٣٠٧.

والصور^(١)، وبالإضافة إلى التغريد نصًّا، يمكن أيضًا تضمين الفيديو في مضمون التغريدة^(٢).

٤- تطبيق سناب شات Snapchat:

يعتبر سناب شات تطبيقًا للتواصل الاجتماعي يتيح للمستخدمين تسجيل ومشاركة الرسائل المصورة، كما يتيح التقاط صور أو فيديوهات مزودة برسومات أو نصوص، ثم نشرها للمتابعين، وتكون مدة عرض المحتوى بين ثمانية واثني عشر ثوانٍ، ويظل متاحًا على خوادم سناب شات لمدة ٢٤ ساعة قبل أن يحذف تلقائيًا^(٣).

٥- تطبيق يوتيوب:

تأسس اليوتيوب في ١٤ فبراير ٢٠٠٥م بواسطة ثلاثة موظفين سابقين في شركة paypal وجادو كريم في كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، وهو شبكة اجتماعية متخصصة تسمح للمستخدمين بتحميل مقاطع الفيديو ومشاهدتها ومشاركتها بشكل مجاني^(٤).

(١) حميد علي البنائي، عمار علي عبد قاسم، مكافحة الاتجار بالبشر عبر شبكات التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٩.

(٢) منظمة المجتمع العلمي العربي <https://arsco.org/articles/article-detail-16238>

(٣) هدى دغمق، مقال بعنوان (تأثير سناب شات الواسع في المجتمع السعودي، مجلة الفيصل، مايو ٢٠١٩م <https://www.alfaisalmag.com>

(٤) د. سلطان الجمال، د. حميد البنائي، مكافحة جرائم الاتجار بالبشر عبر شبكات التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ١٠.

يمكن لمستخدمي يوتيوب تحميل الفيديوهات وتقييمها ومشاركتها وإضافتها إلى قوائم التشغيل.

ويتنوع المحتوى بين الفيديوهات القصيرة، والوثائقية، والبلث الحي، والفيديوهات الموسيقية، والمدونات المرئية وكذلك الفيديوهات التي يصنعها الهواة. ويُعتبر يوتيوب من أشهر مواقع الويب عالمياً، حيث يحتل المرتبة الثانية من حيث الزيارات بعد جوجل وفقاً لتصنيفات أليكسا^(١).

٦- تيك توك:

تيك توك هو أحد شبكات التواصل الاجتماعي، يعمل على أجهزة أي أو إيس وأندرويد، يمكن استخدامه لإنشاء مقاطع فيديو قصيرة ومشاركتها، وتم إطلاقه في البداية باسم دوين في سبتمبر ٢٠١٦م، في الصين، وفي العام التالي تم إطلاق التطبيق بواسطة شركة بايت دانس للأسواق خارج الصين، ويستخدم كل من تيك توك ودوين نفس البرنامج، لكنهما يحتفظان بشبكات منفصلة من أجل الامتثال لقيود الرقابة الصينية^(٢)، بالرغم من شعبيته، ارتبط تيك توك ببعض القضايا

رضا عبد الواحد أمين، استخدامات الشباب الجامعي لموقع يوتيوب على شبكة الإنترنت، دراسة منشورة ضمن وقائع مؤتمر تكنولوجيا الإعلام، جامعة البحرين، ٢٠٠٩م، ص ٥١١ وما بعدها.

(١) أليكسا إنترنت «The top 500 sites on the web»

(2) <https://www.annajah.net/%D9%85%D8%A7-%D9%87%D9%88-%D8%A8%D8%B1%D9%>

المتعلقة بالاتجار بالأشخاص، حيث أثرت مخاوف بشأن استخدام تيك توك ومنصات التواصل الاجتماعي الأخرى من قبل عصابات الاتجار بالأشخاص لاستدراج الضحايا، خاصة القصر، من خلال استغلال ميزات هذه المنصات للتواصل والتفاعل مع المستخدمين^(١).

المطلب الثالث: خصائص الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

يمثل الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي أحد التحديات الحديثة التي تؤثر على الأفراد في جميع أنحاء العالم، حيث يتم استغلال هذه المنصات من قبل العصابات أو الأفراد لارتكاب جريمة الاتجار بالأشخاص، ومن أبرز الخصائص التي يتميز بها هذا النوع من الاتجار، التواصل السريع والواسع، وكذلك إخفاء الهوية، وعمل إعلانات وهمية، والتلاعب العاطفي والنفسي، وسوف نذكر هنا أهم الخصائص التي تتميز بها هذه الجريمة:

مواقع التواصل الاجتماعي هي الوسيط في ارتكاب هذه الجريمة:

يركز هذا البحث على جرائم الاتجار بالأشخاص عبر تقنيات التواصل الاجتماعي، ومن ثم فالعنصر الأساسي في ارتكاب تلك الجريمة أن يكون عبر منصات التواصل الاجتماعي والتي تسهم بشكل

(1) https://www.alaraby.co.uk/entertainment_media/%D8%A3%D8%A8%D9%88%D8%A7%D8%A

كبير في تسهيل وتنفيذ جرائم الاتجار بالأشخاص، حيث أصبحت أداة رئيسة يستغلها المجرمون لاستهداف الضحايا واستدراجهم، وتوفر هذه المنصات بيئة مفتوحة وسريعة تُمكنهم من الوصول إلى عدد كبير من الأشخاص حول العالم، خاصة الفئات الضعيفة أو الأكثر عرضة للاستغلال، مستفيدين من ميزات إخفاء الهوية وسهولة التواصل.

الاستدراج عبر الإعلانات الوهمية:

حيث يتم نشر المجموعات الإجرامية لإعلانات كاذبة عن فرص عمل مغرية على منصات التواصل الاجتماعي ومواقع التوظيف، بهدف استدراج الضحايا وتوريطهم لاحقاً في ارتكاب تلك الجريمة^(١).

صعوبة إثبات هذه الجريمة:

يمثل إثبات جريمة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي تحدياً كبيراً، وذلك بسبب التقنيات والأساليب المبتكرة التي تحيط بأنشطة المجرمين، وتعدد الأدوات والوسائل التي يلجؤون إليها للتهرب من الرقابة، كما تواجه الجهات المختصة عقبات تقنية وقانونية في جمع الأدلة، إلى جانب التعقيد الذي يشوب التنسيق بين الجهات الدولية ونظيراتها في مختلف الدول، وللتصدي لهذه الجريمة بفعالية، يصبح من الضروري تطوير أدوات وتقنيات تحقيق متقدمة،

(1) https://www.interpol.int/ar/1/1/2023/20?utm_source=chatgpt.com

وتعزيز التعاون الدولي، بالإضافة إلى رفع مستوى الوعي لدى مستخدمي الإنترنت حول مخاطرها وسبل مكافحتها^(١).

إحصائيات ارتكاب الجرائم:

تزداد نسبة المستخدمين للإنترنت حيث يبلغ عدد المستخدمين النشطين يوميًا في تطبيق سناب شات حوالي ١٠٠ مليون مستخدم نشط من جميع أنحاء العالم، ويقوم مستخدمو التطبيق بإرسال حوالي ٧٠٠ مليون صورة / فيديو يوميًا. وعلى الرغم من أن التطبيق موجه بشكل أساسي للمراهقين والبالغين، إلا أنه يتم استخدامه من قبل مختلف الفئات والأعمار، حيث أشارت التقارير إلى أن غالبية مستخدمي سناب شات هم تحت عمر ٣٤ سنة.

وفي أحدث تقرير نشرته منظمة الأمم المتحدة في عام ٢٠٢٢م تحت عنوان «المخدرات والجريمة»، ذكرت أن عدد الضحايا المعروفين على مستوى العالم ارتفع بنسبة ٢٥٪ فوق مستويات ما قبل جائحة كورونا في عام ٢٠١٩م، وأن «التجارة المتزايدة بالأشخاص هدفها استغلال الضحايا في العمل القسري، بما في ذلك إجبارهم على القيام بعمليات احتيال عبر الإنترنت، في حين تواجه النساء والفتيات خطر الاستغلال الجنسي والعنف القائم على النوع الاجتماعي». وتعد الجريمة المنظمة هي المسؤولة الرئيسة عن تفاقم الظاهرة بحسب التقرير، كما أوضح

(١) د. سلطان الجمال، ود. حميد البناي، مكافحة جرائم الاتجار بالبشر عبر شبكات التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٢٠.

التقرير أن هناك زيادة بنسبة ٣٪ عن تقرير سابق أعد في عام ٢٠٢٠م، لتصبح النسبة ٣٨٪ من الضحايا الأطفال الذين تمت معرفتهم. والنساء البالغات هن الشريحة الأكبر عدداً من الضحايا إذ يمثلن ٣٩٪ من الحالات، ويأتي بعدها الرجال بنسبة ٢٣٪، ثم الفتيات بنسبة ٢٢٪، والأولاد بنسبة ١٦٪، وبلغ عدد الضحايا قرابة الـ ٧٠ ألفاً بحسب الأمم المتحدة. ووفقاً للتقرير العالمي للاتجار بالأشخاص (GLOTIP)، تجاوز عدد الضحايا الـ ٢٠٠ ألف إنسان بين عامي ٢٠٢٠م و٢٠٢٣م^(١).

مشكلات الجرائم المتصلة بشبكات التواصل الاجتماعي:

الجرائم المتصلة بشبكات التواصل الاجتماعي تعد من الجرائم الهادئة:

إن هذه الأنواع من الجرائم قد تكون غير مرئية أو خفية في البداية، وهي عادة ما تكون أقل وضوحاً من الجرائم التقليدية، وتعتبر هذه الجرائم «هادئة» لأنها تحدث بشكل غير مباشر، حيث لا تكون هناك مشاهد صاخبة أو دلائل فورية على حدوث الجريمة، بل تتم في بيئة رقمية عادية، بل وفي الغالب تكون الأنشطة غير مرئية للعديد من الأشخاص، بما في ذلك الجهات الأمنية والقانونية. وذلك نقيض

(١) الموقع الرسمي للأمم المتحدة:

الجرائم التقليدية كجرائم القتل والسرقة والاعتصاب التي يعتمد مرتكبوها على المجهود العضلي^(١).

جريمة من الجرائم الواقعة على الشخص الطبيعي:

نظراً لأن الأساس في تحديد نوع الجريمة يكمن في تحديد نوع الحق المعتدى عليه وهو حق الإنسان في الحرية والكرامة فموضوع هذه الجريمة هو الإنسان الذي يقع عليه الاعتداء من جانب الجاني، بنقله أو إيوائه أو استقباله وهذا ما يتجلى من خلال النصوص والمواثيق الدولية والتشريعات المقارنة^(٢).

كما أنه لا يشترط لثبوت جريمة الاتجار بالبشر ومعاقبة مرتكبها وجود شهود رؤية أو قيام أدلة معينة بل للمحكمة أن تكون اعتقادها بالإدانة في تلك الجريمة من كل ما تطمئن إليه من ظروف الدعوى وقرائنها، ومتى رأت الإدانة كان لها أن تقضي على مرتكب الفعل المستوجب للعقوبة دون حاجة إلى إقرار منه أو شهادة شاهدي رؤية

(١) المرجع السابق ص ١٩، محمد خليفة، الحماية الجنائية لمعطيات الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م، ص ٣٤.

(٢) د. حساين عومرية، د. حياة مختاري، جريمة الاتجار بالبشر عبر الإنترنت كصورة مستحدثة للجريمة الإلكترونية، حليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد (١٧)، العدد (١)، يونيو ٢٠٢٣م، ص ٥١٧. أكرم عمر دهام، جريمة الاتجار بالبشر دراسة مقارنة دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١م، ص ٧٣.

حال وقوع الفعل منه أو ضبطه متلبساً بها، ومن ثم فإن ما تثيره الطاعة في هذا الصدد يكون على غير أساس^(١).

جريمة عابرة للحدود:

أعطى انتشار مواقع التواصل الاجتماعي إمكانية لربط أعداد هائلة من أجهزة الحاسب المرتبطة بالشبكة العنكبوتية، من غير أن تخضع لحدود الزمان والمكان، لذا من الممكن أن يكون الجاني في بلد والمجني عليه في بلد آخر، وهنا تظهر الحاجة لوجود تنظيم قانوني دولي وداخلي متلائم معه لمكافحة مثل هذا النوع من الجرائم وضبط فاعليها^(٢).

التعقيد في متابعة هذه الجرائم ومكافحتها:

تعتبر متابعة جرائم الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي تحدياً كبيراً، يتطلب تنسيقاً متعدد الأطراف، وتطوير التشريعات والقوانين التي تعزز التعاون الدولي والتوعية العامة.

- (١) محكمة النقض المصرية في حكمها بالطعن رقم (١٠١٤٦) لسنة ٨٩ قضائية.
- (٢) د. عبد الله دغش العجمي، المشكلات العملية والقانونية للجرائم الإلكترونية، دراسة مقارنة، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٤م، ص ٣٠. ود. مصعب القطاونة، الإجراءات الجنائية الخاصة في الجرائم المعلوماتية، بحث مقدم لشبكة قانوني الأردن، ٢٠١٠م، ص ٥.

التلاعب النفسي والخداع:

يستغل المتاجرون بالأشخاص منصات التواصل الاجتماعي للتلاعب النفسي بالضحايا، من خلال بناء ثقة زائفة معهم، ثم استدراجهم واستغلالهم بطرق متعددة^(١).

التقنيات الإلكترونية هي أداة ارتكاب جرائم الاتجار بالأشخاص المتصلة بشبكات التواصل الاجتماعي:

يشير أغلبية الفقه إلى أن التقنيات الإلكترونية الحديثة هي الأداة الوحيدة لارتكاب الجرائم المتصلة بشبكات التواصل الاجتماعي، ونتيجة للتطور التقني الكبير فقد تعددت وسائل التقنية والوسائط التي تحوي المعلومات ويمكنها الاتصال معاً فيما بينها، فالحاسب الآلي والهواتف الذكية هي أداة ارتكاب الجريمة، وذلك لما يحتويه من برامج ذات طبيعة مرنة للدخول على شبكة الإنترنت، وكثرة انتشاره وسهولة استخدامه^(٢)، فمن خلالها يتم تجنيد الضحايا واستقطابهم تمهيداً لاستغلالهم.

(1) <https://share.america.gov/ar/%D9%85%D9%83%D8%A7%D9%81%D8%AD%D8%A9-%D8%>

(٢) د. سلطان الجمال، ود. حميد البناي، مكافحة جرائم الاتجار بالبشر عبر شبكات التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ١٨، ود. محمد علي العريان، الجرائم المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م، ص ٤٧.

المطلب الرابع: صور جريمة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

مع التقدم المذهل والسريع للإنترنت في حياتنا اليومية، أصبحت الشبكة العنكبوتية تهيمن على المجتمعات بكل محتوياتها سواء أكانت إيجابية أو سلبية، وهذه الهيمنة أصبحت تمثل شكلاً من أشكال الإدمان، فمن يقع ضحيتها يصعب عليه إنقاذ نفسه، ومن ثم تم استغلال الارتباط بمواقع التواصل الاجتماعي من أصحاب النفوس الضعيفة للاتجار بالأشخاص عبر هذه المواقع، ومن هذه الجرائم: الجرائم الجنسية، ممثلة في المواقع الإباحية، والتحرّض على الدعارة، والدعاية للشذوذ الجنسي، واستغلال الأطفال بهدف الربح، ونزع الأعضاء، والتسول، وهذه الصور من الاتجار تتزايد بتزايد التطور التكنولوجي، ما لم يكن هناك مكافحة لهذا الاتجار توازي هذا التطور.

ووفقاً لما جاء في نص المادة (٣) من بروتوكول اتفاقية الجريمة المنظمة، لا يمكن حصر صور وأشكال جريمة الاتجار بالأشخاص، وبالأخص مع التقدم والتطور التكنولوجي والإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي بمختلف أنواعها، وأهم الصور التي نصت عليها المادة هي: «السيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء»، وسوف نذكر في هذا المطلب بعض من صور جرائم الاتجار.

الصورة الأولى: الاستغلال الجنسي عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

يعد أكثر الأنواع انتشاراً، فهو يشمل كل صور الاستغلال المتعلقة بالجنس والدعارة، وكل الجرائم المتعلقة بالعرض، واستغلال الأشخاص في إنتاج الصور والفيديوهات والرسوم الإباحية، وتشكل الدعارة صورة من صور الاتجار بالأشخاص وذلك بتشغيل الشخص في مجال الدعارة والفجور^(١)، والأطفال والنساء هم الأكثر ضحايا لهذه الجريمة، وينص الميثاق العربي لحقوق الإنسان على أنه: «تخطر السخرة والاتجار بالأفراد من أجل الدعارة أو الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو أي شكل آخر»^(٢)، فمن خلال دراسة بلاغات الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي وتحليلها تبين أن هناك ١٥ ضحية تم استدراجهن وتهديدهن بنشر صورهن عبر مواقع التواصل الاجتماعي وإجبارهن على ممارسة الدعارة، وجميع الضحايا اللاتي تم استدراجهن من فئة النساء وتتراوح أعمارهن بين ١٦-٣٢ سنة^(٣)،

(١) د. سلطان الجمال، ود. حميد البناي، مكافحة جرائم الاتجار بالبشر عبر شبكات التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ١٥.

(٢) المادة (١٠/ ف ب) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الصادر من القمة العربية السادسة عشرة المنعقدة في تونس في ٢٣ مايو ٢٠٠٤ م.

(٣) د. حميد علي البناي، ود. عمار علي عبد قاسم، مكافحة الاتجار بالبشر عبر شبكات التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٣٤.

وصورة الاستغلال الجنسي للمرأة تتحقق عندما تجبر المرأة على ممارسة الدعارة أو الاستمرار فيها^(١).

ومما يندرج تحت تلك الصورة: الاستدراج للأشخاص عن طريق غرف الدردشة أو عن طريق طلب صورهم والعبث فيها ونشرها فوق أجسام عارية وبالأخص صور الفتيات^(٢)، وتبادل ملفات وصور غير لائقة، فتستخدم غرف الدردشة في الأساس في تبادل المعلومات النصية مع مجموعة من المستخدمين الآخرين، كما أتاحت التكنولوجيا الحديثة تقنية تبادل الملفات واستخدام الكاميرا لكي يتمكن الأفراد من رؤية بعضهم البعض أثناء الدردشة وذلك عن طريق وجود بعض البرامج لتحقيق هذه الأغراض^(٣).

(١) ضحايا تجارة الجنس كثير: منهم من يعملون في مؤسسات تعرض خدمات الجنس التجاري، كبيوت الدعارة ونوادي العراة، والمؤسسات التي تنتج صوراً إباحية، وهذه المؤسسات تعمل من الباطن تحت مسمى: صالونات التدليك، خدمات المرافقة، مكاتب الكتب الإباحية، أستوديوهات عرض الأزياء، الحانات ونوادي العراة.

(٢) د. سمير سعدون مصطفى، ود. محمود خضر سلمان، ود. حسن كريم عبد الرحمن، الجريمة الإلكترونية أثرها وسبل مواجهتها، بدون دار نشر وتاريخ نشر، ص ٣، أعمال مؤتمر أمن المعلومات وزارة الاتصالات والتكنولوجيا سوريا، <http://www.moct.gov.sy>

(٣) د. لعجال ذهبية، تحديات مكافحة جريمة الاتجار بالبشر في ظل التطور التكنولوجي، المحلل القانوني، المجلد (٢)، العدد (١)، ٢٠٢٠م، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، ص ٨١. ود. أحمد ريان، خدمات الإنترنت، الطبعة الرابعة، مكتبة الإسكندرية، مصر، ٢٠٠١م، ص ٣٨.

وتوجد علاقة بين الاتجار بالأشخاص ونوع الجنس^(١): فهناك ارتباط بين معدل ارتكاب الاتجار بالأشخاص ونوع الجنس فيتعرض ضحايا الاتجار من الإناث أكثر من الأطفال والذكور، إذ يتعرضن للعديد من أنواع العنف الجنسي وأشكال مختلفة من الاتجار، وسواء أكان مصدر الاستغلال الذي يتعرضن له، العمل القسري والتسول القسري والعبودية المنزلية فضلاً عن ضحايا الاستغلال الجنسي التجاري والزواج القسري، ووضعت المفوضية دليلاً على الإنترنت كجزء من تدريب شامل حول الوقاية من العنف والاستغلال الجنسي والقائم على نوع الجنس، ويستكشف الروابط بين الاتجار والتهريب والجنس والعنف الجنسي والتهجير القسري، ويشمل دراسات لحالات ويقدم توصيات بشأن كيفية التخفيف من المخاطر التي قد يتعرض لها أي رجل أو امرأة أو فتاة أو صبي ضحية الاتجار بسبب جنسه أو نتيجة لتجربة سابقة^(٢).

الصورة الثانية: العمل القسري عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

وهي تتمثل في أن يكون شخص تحت سيطرة شخص آخر، أي في وضع تبعية له ومجبر على تأدية خدمة لشخص آخر ولا تكون أمام

(1) <https://www.unhcr.org/ar/what-we-do/protect-human-rights/asylum-and-migration/trafficking->

(٢) لمزيد من التفاصيل: <https://www.unhcr.org/media/sgbv-prevention-and-response-training-package>

الضحية بدائل وخيارات سوى تأدية ذلك العمل والذي قد يكون عبارة عن خدمات منزلية، أو خدمة مقابل دين ويمكن أن تكون أعمال السخرة جميع الأعمال والخدمات التي تفرض كرهاً وبالقوة وتحت التهديد أو العقاب، مع انعدام حرية الضحية وإجباره على أداء الخدمة^(١).

فمع تطور التكنولوجيا وانتشار الفضاء الرقمي، لم يعد العمل مقتصرًا على أرض الواقع فقط، بل أصبح يشمل العمل عن بُعد عبر الإنترنت، بما في ذلك مواقع التواصل الاجتماعي، وتشمل هذه الأعمال مجالات مثل خدمة العملاء، التسويق، كتابة المحتوى، والتعليم عن بُعد، إلا أن هذا التطور صاحبه استغلال في بعض الحالات، حيث أصبح العمل القسري عبر الإنترنت شكلاً من أشكال الاتجار بالأشخاص، ومن صور ذلك فرض قيود صارمة على حرية الحركة، وإجبار الضحايا على الجلوس أمام شاشات الهواتف أو الحواسيب لساعات طويلة دون راحة، ويصل الأمر في بعض الحالات إلى الإكراه والإجبار على الاستمرار في العمل دون إتاحة خيار الاستقالة، مما يحوّلهم إلى ضحايا لعبودية حديثة تتجلى في سوء المعاملة الجسدية والنفسية، وأحياناً الاستغلال الجنسي، رغم رفضهم لذلك، ومن صورهِ أيضاً: أنه بعدما يتم استلام العمل يفرض على العامل ظروف

(١) د. آمال بيدي، تقدير حجم الماساعي الأثمية والوطنية في مجال مكافحة جريمة الاتجار بالبشر، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

قاسية مثل: الامتناع عن دفع الأجر لعدة شهور أو إجراء خصومات منه لأسباب واهية، هذه الانتهاكات تجعل من الضروري اتخاذ إجراءات حازمة لحماية العاملين عن بُعد وضمان حقوقهم في بيئة عمل عادلة وآمنة.

وتصف منظمة العمل الدولية^(١) العمل القسري (أو السخرة) بأنه: «كل عمل أو خدمة تؤخذ عنوة من أي شخص تحت التهديد بأي عقوبة ولم يتطوع هذا الشخص بأدائها بمحض اختياره»^(٢) ومن ثم يعد من قبيل السخرة كل عمل أو خدمة يُجبر الشخص عليها تحت

(١) تهتم منظمة العمل الدولية بخدمة العديد من القضايا في المجتمع الدولي والتي من أهمها: محاربة العمل القسري حيث تستمد طابعها الفريد وخصوصيتها من كونها المنظمة العالمية الوحيدة التي تهتم بالأطراف الثلاثة معاً من حكومات وعمال وأصحاب الأعمال. وهي تعمل على ترويج العدالة الاجتماعية ومكافحة البطالة وتنظيم العمل الحرفي والمهني وتمكين العمال من ظروف معيشية ومهنية أفضل في كافة أنحاء العالم، فضلاً عن أن قضايا عمل المرأة يعد بالنسبة لها إحدى الشواغل الرئيسية بحكم مسؤولياتها في هذا المجال.

International Labor Organization Experience in Implementation of Human Rights, Journal of international Law and economics, 1975, P.599.

(٢) المادة الثانية من اتفاقية العمل الدولية رقم (٢٩) لسنة ١٩٣٠م الخاصة بالسخرة أو العمل الجبري، المعتمدة في ٢٨ يونيو ١٩٣٠م، ودخلت حيز التنفيذ في مايو ١٩٣٢م، وهو نفس المضمون الذي تضمنته المادة الثانية من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (١٠٥) بشأن إلغاء العمل الجبري، المعتمدة في ٢٥ يونيو ١٩٥٦م، والتي دخلت حيز التنفيذ في ١٧ يناير ١٩٥٩م.

التهديد بأي عقوبة (كحرمانه من أي حق أو ميزة مقررة له)، ولم يتطوع هذا الشخص للقيام به.

ففي أحد الأحكام أدانت المحكمة الجزائية في الدمام رجلاً بالاتجار بالأشخاص بعد ثبوت قيامه باستغلال ضعف طفل في التسول لصالحه وقررت المحكمة سجنه للحق العام مدة سنة وقد صادقت محكمة الاستئناف على الحكم، واستندت المحكمة في حكمها على المواد ١، ٢، ٣، ٤ من نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص، وحظرت المادة الثانية من النظام على أي شخص بأي شكل من الأشكال بما في ذلك إكراهه أو تهديده أو الاحتيال عليه أو خداعه أو خطفه، أو استغلال الوظيفة أو النفوذ، أو إساءة استعمال سلطة ما عليه، أو استغلال ضعفه، أو إعطاء مبالغ مالية أو مزايا أو تلقيها لئيل موافقة شخص له سيطرة على آخر من أجل الاعتداء الجنسي، أو العمل أو الخدمة قسراً، أو التسول، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد، أو نزع الأعضاء، أو إجراء تجارب طبية عليه.^(١)

فنظام السخرة أو العمل الجبري في مفهوم حقوق الإنسان كل عمل يفرض على الإنسان دون أن يكون لإرادته دخل في قبوله أو عدم الاستمرار فيه، ولا يهم أن يكون المرء الذي يقوم بهذا العمل يؤديه

(١) المحكمة الجزائية في الدمام، <https://sabq.org/saudia/dcn9gk>

نظير أجر أو بدونه، فطالما تخلف العنصر الإرادي في قبول القيام بالعمل أو الاستمرار فيه وجب اعتبار هذا العمل من قبيل السخرة^(١).

وهناك العديد من المواثيق الدولية الأخرى التي اهتمت بتجريم العمل القسري وكل ما يشبهه من ممارسات تشبه الاسترقاق كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٩٤٨م^(٢) والذي ذكر في المادة الرابعة منه أنه: «لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعهم»^(٣).

وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر في ١٩٦٦م، حيث نص على أنه:

«أ- لا يجوز استرقاق أحد، ويحرم الاسترقاق والاتجار بالرقيق في كافة أشكالها.

ب- لا يجوز استعباد أحد.

(١) لويس كافاريه، القانون الدولي العام، ١٩٦١م، ١/ ٤٥٥.

(٢) لا شك أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كان نواة لاتفاقيات وجهود عديدة نادت جميعها بإصلاح وضع المرأة، وضرورة توافر شروط حياة كريمة للمرأة وتحريرها من خلال إلغاء تجارة الرقيق بغض النظر عن اللون والأصل.
د. عبد الغني محمود، حقوق المرأة في القانون الدولي العام والشرعة الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩١م، ص ٦ وما بعدها.

(٣) K.Das, some Reflections on implementing Human Rights, thirty year after the universal Declaration, Ramchan, the Hague Nijhoff, 1979, p.133

ج- لا يفرض على أحد ممارسة العمل بالقوة أو الجبر»^(١).

وكذلك الميثاق العربي لحقوق الإنسان ينص على أنه: «يحظر الرق والاتجار بالأفراد في جميع صورهما ويعاقب على ذلك ولا يجوز بأي حال من الأحوال الاسترقاق أو الاستعباد»^(٢).

ولا شك أن العمل عبر مواقع التواصل الاجتماعي قد يتم في صورة عمل قسري، لأن مواقع التواصل الاجتماعي ليست أماكن عامة تستطيع السلطات المختصة في البلدان التفتيش عليها، ومن ثم فهم يعملون لساعات قد تمتد لليوم بأكمله دون أخذ ساعات راحة أو إجازات أسبوعية، ولا يستطيعون الشكوى، وهذا يساهم أيضاً في تعرضهم للاعتداءات الجنسية رغماً عنهم وهذا يعد نوعاً من الاسترقاق فهم لا يملكون أنفسهم أو حريتهم في أي شيء.

ونصت المادة (٥) من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٨١م على: «لكل فرد الحق في احترام كرامته والاعتراف بشخصيته القانونية وحظر كافة أشكال استغلاله وامتثاله واستعباده خاصة الاسترقاق والتعذيب بكافة أنواعه والعقوبات والمعاملة الوحشية أو اللاإنسانية أو المذلة».

(١) المادة الثامنة (ف أ/ ب/ ج) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة ١٩٦٦م.

(٢) المادة (١٠) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الصادر من القمة العربية السادسة عشرة في تونس ٢٣ مايو ٢٠٠٤م.

وقد ذكر بروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال هذه الصورة بقوله: «يشمل الاستغلال كحد أدنى، السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد»^(١).

وتنص المادة (٦) فقرة (٢) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩م على: «لا يجوز إكراه أحد على السخرة أو العمل الإلزامي، وفي البلدان التي تميز المعاقبة على بعض الجرائم بالسجن مع الأشغال الشاقة، لا يجوز تفسير النص الحالي على نحو يجعله يمنع تنفيذ تلك العقوبة الصادرة عن محكمة مختصة، ومع ذلك لا يجوز للعمل الإلزامي أو الشغل الشاق أن يؤدي كرامة السجن أو قدراته الجسدية أو الفكرية».

الصورة الثالثة: الاتجار بالأطفال عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

قدمت منظمة رعاية الطفولة (اليونسيف) في تقريرها لسنة ٢٠٠٦م صورة قاتمة عن الجهود المبذولة لتحسين وضع الأطفال في العالم مؤكدة أن ٢, ١ مليون طفل يتم الاتجار بهم سنوياً ورصدت المنظمة في تقريرها السنوي مجموعة من المشكلات التي يواجهها الأطفال، وبالأخص في الدول الأكثر فقراً بدءاً من تعرضهم للاعتداءات الجنسية، ومروراً ببيعهم كعبيد وانتهاءً بإرغامهم على الزواج المبكر، ويقول التقرير أن هناك نحو ٢٤٦ مليون طفل تتراوح أعمارهم بين

(١) نص المادة الثالثة من البروتوكول السابق ذكره.

١٧, ٥ - ٢٠ سنة يمارسون أعمالاً في كل أنحاء العالم، وأن نحو ٧٠٪ من هؤلاء الأطفال بما يعادل ١٧١ مليون طفل يعملون في ظروف صعبة وخطرة مثل: المناجم والكيماويات والزراعة، والملاحظ أن الاتجار بالأطفال مشكلة عالمية وليست متعلقة فقط بالدول النامية لأن الطلب على هؤلاء الأطفال غالباً ما يأتي من الدول المتقدمة، حيث أن بعض الأسر الفقيرة تقوم ببيع أبنائهما إلى شبكات دولية تعمل في تجارة الرقيق وهي أسواق يلجأ إليها بصورة كبيرة الأزواج الأثرياء من الدول المجاورة مثل: سنغافورة، لتعويض حرمانهم من الأطفال، كما قد يلجأ إليها آخرون للبحث عن عمالة جديدة في تجارة الجنس، فعمليات تهريب الأطفال قد انتشرت بشكل كبير وهناك شبكات متخصصة بعمليات الاتجار هذه.

ومما لا شك فيه أن للأطفال حقوقاً وواجبات وحالات استضعاف خاصة يجب أخذها في الاعتبار^(١)، وتشير الإحصائيات العالمية إلى أن ٨٠٪ من الأطفال الذين يستخدمون البريد الإلكتروني يتلقون يومياً رسائل بريد إلكتروني دعائية، خاصة خلال فترات العطلة عندما يقضون وقتاً أطول في تصفح الإنترنت.

وتكمن الخطورة في أن بعض هذه الرسائل تحتوي على محتوى غير ملائم لا ينبغي للأطفال الاطلاع عليه تحت أي ظرف، وتزداد المشكلة

(١) د. نوال طارق إبراهيم، جريمة الاتجار بالأشخاص، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد، ص ٦٤.

تعقيداً بسبب طبيعة الأطفال الفضولية، حيث إن معظمهم لا يتجاهلون هذه الرسائل بل يفتحونها بدافع الاستكشاف، مما قد يعرضهم لمحتوى غير مناسب أو حتى لعمليات احتيالية واستغلالية، والأكثر خطورة أن الكثير منهم لا يخبرون أهاليهم بهذه الرسائل، مما يجعلهم أكثر عرضة للمخاطر الإلكترونية دون وعي أو رقابة كافية^(١)، لذلك، من الضروري تعزيز وعي الأطفال وأولياء الأمور حول هذه التهديدات، وتشجيع بيئة تواصل آمنة تمكن الأطفال من مشاركة أي مخاوف تتعلق بما يواجهونه عبر الإنترنت، بالإضافة إلى تعزيز استخدام برامج الحماية والمراقبة لضمان سلامتهم الرقمية.

ويعتبر الأطفال من أكثر الضحايا تضرراً نظراً لحدثة سنهم وعدم إدراكهم الكافي لمعنى الاستغلال أو الاتجار، ويتم استهداف الأطفال المشردين أو الذين تنازل عنهم آبائهم أو قاموا ببيعهم إلى الغير^(٢).

وقد أثمرت جهود الاتحاد الأوروبي في ميلاد أولى المعاهدات الدولية الخاصة بمكافحة الجرائم المعلوماتية بالعاصمة المجرية بودابست عام ٢٠٠١م، حيث سعت هذه الاتفاقية إلى بناء سياسة جنائية مشتركة

(١) سمير سعدون، محمود خضر سلمان، حسن كريم عبد الرحمن، الجريمة الإلكترونية أثرها وسبل مواجهتها، بدون دار نشر، ص ٣.

(٢) د. سلامي نادية، أ. فالح أسمهان، د. بن عمران إنصاف، مكافحة الاتجار الإلكتروني بالأشخاص، مرجع سابق ص ٦. ود. عبد الوهاب قريب الله مصطفى، ٢٠١٦م، الاتجار بالبشر وعلاقته بغسل الأموال، مذكرة ماجستير في الدراسات الجنائية والأمنية، جامعة الرباط، ص ٢٦-٢٧.

من أجل مكافحة الجرائم المعلوماتية في جميع أنحاء العالم من خلال تنسيق وانسجام التشريعات الوطنية مع بعضها، وقد وفرت الاتفاقية مزيداً من الحماية للأطفال ضد الجرائم التي ترتكب ضدهم، حيث نصت هذه الاتفاقية في المادة السابعة منها على تعزيز التدابير لحماية الأطفال بما في ذلك حمايتهم من الاستغلال الجنسي وذلك بتحديث أحكام النظام الجنائي بهدف تقييد استخدام أنظمة الكمبيوتر في ارتكاب جرائم جنسية ضد الأطفال بشكل أكثر فاعلية^(١)، وكذلك عاجلت اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩م حماية الأطفال من أشكال الاستغلال الجنسي، بإيراد جملة التزامات وتعهدات على دول الأطراف، وأي تقصير من الدولة أو امتناعها عن اتخاذ ما ورد النص عليه من إجراءات أو تدابير يجعل من هذه الدولة مخالفة لأحكام الاتفاقية، ويرتب مسؤوليتها الدولية، ويعد تعسفاً من جانبها يهدر الحماية التي أقرتها الاتفاقية للأطفال^(٢)، وقد عرفت اتفاقية حقوق الطفل، الطفل

(١) د. مزيتي فاتح، ود. دلاج محمد لخضر، حماية الأطفال من الاستغلال عبر شبكات التواصل الاجتماعي، بحث مقدم لمؤتمر انعكاسات التطور التكنولوجي على حق الإنسان في السلامة الجسدية، إصدارات المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا، برلين، ص ٧.

(٢) د. عادل عبد العال إبراهيم، جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الإنترنت وطرق مكافحتها في التشريعات الجنائية والفقه الإسلامي الجنائي، ص ٤٤. ود. محمد سعيد الدقاق، اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفولة، الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، المؤتمر القومي حول مشروع اتفاقية حقوق الطفل، الإسكندرية، ١٩٨٢م، ص ٩.

بأنه: أي إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب النظام المنطبق عليه^(١).

وكذلك عرفته الفقرة (٤) من المادة الأولى من نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص بأنه: الطفل هو من لم يتجاوز الثامنة عشرة من عمره، ونصت اتفاقية حقوق الطفل في المادة (٢) على احترام حقوق كل طفل وضمانها وذلك دون أي نوع من أنواع التمييز: (اللون، العرقي، الجنسي، الخ)، وتتخذ جميع التدابير المناسبة لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب^(٢)، وتضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمين لرعايته، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين نظاماً عنه، وتتخذ -تحقيقاً لهذا الغرض- جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة^(٣)، بأن لكل طفل حقاً أصيلاً في الحياة، وتكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه نمواً طبيعياً متمتعاً بكافة حقوقه^(٤).

ويقصد بتعبير طفل وفقاً لبروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة

(١) المادة (١) من اتفاقية حقوق الطفل.

(٢) المادة (٢) من اتفاقية حقوق الطفل، فقرة (١، ٢).

(٣) مادة (٣) فقرة (٢) من اتفاقية حقوق الطفل.

(٤) المادة (٦) فقرة (١، ٢) من اتفاقية حقوق الطفل.

لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية: بأنه يقصد بالطفل أي شخص دون الثامنة عشرة من العمر^(١).

وينص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (٣) منه على أن: «لكل فرد الحق في الحياة والحرية والأمان على شخصه»، وتنص المادة (٦) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن: «الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً».

استعمال القوة أو التهديد بها أو غير ذلك من أشكال القسر: وهو من صور وسائل الإكراه، وذلك بأن يصدر عن الجاني فعل أو قول يصح وصفه بأنه تهديد بالقوة وهو عنصر نفسي أو استعمال للقوة وهو عنصر مادي أو اختطاف، ويعني أخذ الشخص بالقوة رغماً عنه بدون وجه حق^(٢)، وتنص المادة (٩) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: «لا يجوز اعتقال أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفاً».

الصورة الرابعة: الاتجار بالأعضاء البشرية عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

هذه الصورة تتحقق عندما يُستغل شخصٌ باستخدام القوة أو التهديد بها أو الإكراه أو غير ذلك لكي ينقل عضواً من أعضائه للغير جراء مقابل مادي، ويدخل في نقل العضو نقل جزء منه أو الأنسجة

(١) المادة (٣) فقرة (د) من البروتوكول.

(٢) د. حميد علي البناي، ود. عمار علي عبد قاسم، مكافحة الاتجار بالبشر عبر شبكات التواصل الاجتماعي مرجع سابق، ص ١٥.

أو الخلايا، فكل هذا يدخل في الاتجار بالأشخاص مادام أن رضاه غير صحيح، وتم بمقابل، وقد استخدم برتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع الاتجار بالأشخاص للتعبير عن هذه الصورة من الاتجار مصطلح «نزع الأعضاء».

ونزع الأعضاء في جرائم الاتجار بالأشخاص هي: عملية استئصال العضو من الضحايا رغماً عن إرادتهم الحرة، وقد عرفه عادل ماجد ومركز مراقبة جرائم الاتجار بالأشخاص في شرطة دبي بأنه: استئصال الأعضاء من جسم شخص حي أو جثة متوفى بطريقة غير مشروعة، وذلك بغض النظر عن الغرض من استغلالها سواء كان بيعها أو زرعها في جسم آخر ولا يتضمن الإجراءات الطبية المشروعة التي تم الحصول على الموافقة اللازمة لإجرائها^(١).

وترتكب جريمة نزع الأعضاء عبر مواقع التواصل الاجتماعي عن طريق استدراج الضحية من خلال هذه المواقع إلى أرض الواقع ثم ارتكاب الجريمة.

وتعرف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية بأنها: قيام فرد أو جماعة إجرامية منظمة بتجميع الأشخاص دون رضا منهم بالتحايل أو الإكراه أو حتى برضاهم، حيث يتم نزع أعضاء هؤلاء الضحايا وبيعها

(١) المرجع السابق، ص ١٨.

كبضاعة من أجل الحصول على أرباح مالية^(١)، وتنص المادة الثانية من نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٠) على ما يلي: «يحظر الاتجار بأي شخص بأي شكل من الأشكال بما في ذلك إكراهه، أو تهديده، أو الاحتيال عليه، أو خداعه، أو خطفه، أو استغلال الوظيفة، أو النفوذ، أو إساءة استعمال سلطة ما عليه، أو استغلال ضعفه، أو إعطائه مبالغ مالية، أو مزايا، أو تلقيها لنيل موافقة شخص له سيطرة على آخر من أجل الاعتداء الجنسي، أو العمل، أو الخدمة قسراً، أو التسول، أو الاسترقاق، أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد، أو نزع الأعضاء، أو إجراء تجارب طبية عليه».

وتنص المادة (١٢) بخصوص انتزاع الأعضاء البشرية والاتجار فيها من الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على: «تتعهد كل دولة طرف أن تتخذ ما يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم ارتكاب أو المشاركة في ارتكاب أفعال انتزاع الأعضاء الجسدية أو الأنسجة العضوية، أو الاتجار فيها، أو نقلها بالإكراه أو التحايل أو

(١) د. أونيسي ليندة، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية للطفل المخطوف، مؤتمر انعكاسات التطور التكنولوجي على حق الإنسان في السلامة الجسدية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا، برلين، ص ١١١. ود. ياسين جبيري، الاتجار بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، الجامعة الجديدة للنشر، مصر ٢٠١٥م، ص ٢٦.

التغدير، عندما تقوم بها جماعة إجرامية منظمة أو أحد أعضائها، ولا يعتد برضاء الشخص ضحية هذه الأفعال متى استخدمت فيها الوسائل المبينة في هذه المادة».

وعبر المشرع المصري عنها بمصطلح استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية، أو جزء منها حيث نص على أنه: «يُعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأية صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما... مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه - وذلك كله - إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أياً كانت صورته بما في ذلك استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية، أو جزء منها»^(١).

ويجب التفرقة في هذا الشأن بين نقل الأعضاء على سبيل التبرع من جهة، وبين نزع الأعضاء بمقابل مادي من جهة أخرى، ففي الحالة الأولى يختلف الحكم من حيث التجريم وعدمه حسب التشريع الداخلي لكل دولة وهذا ليس داخلياً في هذه الدراسة، أما الذي يعيننا فهو الحالة الثانية والتي تتعلق بنزع الأعضاء البشرية وهذا غير مشروع لأنه يتم بمقابل مادي تستغل فيه حاجة الشخص

(١) المادة الثانية من القانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، والذي نشر في الجريدة الرسمية في العدد (١٨) مكرر، والصادر في ٩ مايو سنة ٢٠١٠م.

إلى المال - للدرجة التي يصل فيها لبيع أجزاء جسمه - وهذا يعد نوعاً من الاتجار بالأشخاص.

ومن ثم فالاتجار بالأعضاء والخلايا والأنسجة البشرية، بيعاً أو شراءً، غير شرعي. وقد انتشرت تلك التجارة في السنوات العشر الماضية بسبب القيمة السوقية الجذابة للكسب من الأجزاء القابلة للتبديل كالعظم وصمامات القلب والجلد والمقدرة بنحو ٢٣٠٠٠٠ دولار أمريكي، والاتجار يتحقق سواء تم النزع بدون موافقة الضحية حيث يتم استغلالها، أو أن يكون هناك متبرعون لما يسمى ببنوك الأنسجة وذلك لحالات الحريق والحالات الحرجة وغير ذلك من الحالات الإنسانية الملحة ويتم سرقة هذه البنوك من قبل المسؤولين عنها وتهريب الخلايا البشرية والأنسجة ومنتجاتها حيث تتم التجارة في محتويات هذه البنوك، وهذا كله يعد من قبيل الممارسات الاحتيالية أو اللاأخلاقية^(١).

وقد ساعد على رواج هذه التجارة وسائل التواصل الاجتماعي، فهناك صفحات تدار خصيصاً لهذا الغرض، من خلال طلب شراء

(١) Trafficking in organs tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs. Strasbourg: Council of Europe; 2009

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/News/OrganTrafficking_.study [accessed October 2010]

منظمة الصحة العالمية. <http://www.who.int/bulletin/volumes>

الأعضاء بمبالغ باهظة، مستغلين حاجة الناس إلى المال، بل وهنا تنشط مافيا سرقة الأعضاء البشرية في المستشفيات وخاصة من الأموات وبغير علم ذويهم، بل أيضاً ينشط خطف الأطفال والشباب وقتلهم وسرقة أعضائهم للاتجار بها والتخلص منهم بالقائم في أماكن مهجورة.

الصورة الخامسة: التسول عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

يقصد بالتسول عبر مواقع التواصل الاجتماعي الاستجداء من الغير للحصول على المال عبر مواقع التواصل الاجتماعي^(١)، وهذه الصورة بدأت تنتشر بشكل كبير عبر مواقع التواصل الاجتماعي، كأن يقوم شخص بإرسال رسائل لآخرين يطلب فيها بعض الأموال تحت تبرير حاجته إليها، لتوفير الطعام أو العلاج أو النفقة على الأسرة.

وقد واجهت المملكة تحديات كبيرة في مجال الاتجار بالأشخاص خلال العقود الأخيرة^(٢)، من خلال تطبيق قوانين صارمة، وتوفير الدعم للضحايا، وتعزيز التعاون الدولي، وعلى الرغم من التقدم المحرز في مكافحة تلك الجريمة، إلا أنها تستدعي المزيد من الجهود

(١) د. حميد علي النباي، ود. عمار علي عبد قاسم، مكافحة الاتجار بالبشر عبر شبكات التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ١٨ وما بعدها.

(٢) Abdulatif Abdullah S Alkharji, The kingdom of Saudi Arabia's Kafala System concerning Migrant Domestic Workers and its Impact on the Fight against Human Trafficking, Karim Tahir, the kafala system in Saudi Arabia as a form of modern slavery (MSc in Globalization and Sustainable Development, Norwegian University of Science and Technology 2019).

المستمرة لتطوير الأنظمة التقنية والوعي المجتمعي لمكافحتها بشكل فعال.

وفي تقريرها لعام ٢٠٢٠م المقدم إلى لجنة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW)، أوضحت المملكة العربية السعودية أنها حققت تقدماً كبيراً من خلال تنفيذ سلسلة من الإصلاحات لحماية حقوق الإنسان، بما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية^(١).

ونصت المادة الثالثة من نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص السعودي على: «يعاقب كل من ارتكب جريمة الاتجار بالأشخاص بالسجن مدة لا تزيد على خمسة عشرة سنة، أو بغرامة لا تزيد على مليون ريال، أو بهما معاً»، وتشدد العقوبات المنصوص عليها في هذا النظام في الحالات التالية^(٢):

– إذا ارتكبت الجريمة جماعة إجرامية منظمة.

(١) UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), 'Information received from Saudi Arabia on the follow-up to the concluding observations on its combined third and fourth periodic reports*' (28 May 2020) UN Doc CEDAW/C/SAU/FCO/3-4 paras 4; See also UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), 'Consideration of reports submitted by States parties under Article 18 of the Convention' (30 September 2016) UN Doc CEDAW/C/SAU/3-4 para 150

(٢) المادة الرابعة من نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص السعودي.

- إذا ارتكبت ضد امرأة، أو أحد من ذوي الاحتياجات الخاصة.
- إذا ارتكبت ضد طفل حتى ولو لم يكن الجاني عالماً بكون المجني عليه طفلاً.
- إذا استعمل مرتكبها سلاحاً، أو هدد باستعماله.
- إذا كان مرتكبها زوجاً للمجني عليه، أو أحد أصوله، أو فروعه، أو وليه، أو كانت له سلطة عليه.
- إذا كان مرتكبها موظفاً من موظفي إنفاذ الأنظمة.
- إذا كان مرتكبها أكثر من شخص.
- إذا كانت الجريمة عبر الحدود الوطنية.
- إذا ترتب عليها إلحاق أذى بليغ بالمجني عليه، أو إصابته بعاهة دائمة.

كما نصت المادة التاسعة على أن يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على (خمس) سنوات، أو بغرامة لا تزيد على (مائتي ألف) ريال، أو بهما معاً؛ كل من حاز أشياء متحصلة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام، أو أخفاها، أو صرفها، أو أخفى شخصاً (أو أكثر) من الذين اشتركوا فيها، بقصد معاونته على الفرار من العدالة مع علمه بذلك، أو أسهم في إخفاء معالم الجريمة. ويجوز للمحكمة المختصة إعفاء المتهم من العقوبة المتعلقة بإخفاء الأشخاص إذا كان المخفي زوجاً للمخفي أو أحد أصوله أو فروعه.

المطلب الخامس: مكافحة الاتجار بالأشخاص في النظام السعودي:

جهود المملكة في مكافحة الاتجار بالبشر:

وقد أظهرت المملكة العربية السعودية جهوداً متزايدة لمكافحة الاتجار بالأشخاص في السنوات الأخيرة، ومع ذلك فإنها تصنف ضمن الفئة (٢) في القدرة على مكافحة الاتجار بالأشخاص حيث لم تستوف المعايير الخاصة بالقضاء على الاتجار بشكل كامل، وشملت هذه الجهود مواصلة التحقيق مع المتاجرين ومقاضاتهم وإدانتهم، وزيادة التدريب على بروتوكولات الفحص في مراكز الاحتجاز والمناطق الحدودية لتحسين القدرة على تحديد الضحايا بين المهاجرين المستضعفين، كما قامت بتحديث إرشادات تحديد الضحايا في آلية الإحالة الوطنية لضمان قدرة المستجيبين الأوائل على توفير الرعاية المستهدفة والمتخصصة للضحايا بسرعة، وقامت بتجربة برنامج لإزالة قدرة صاحب العمل على تقديم اتهامات «الفرار» ضد عمال القطاع الخاص، والتي كانت تُستخدم سابقاً كإجراء انتقامي لتقييد تحركات العمال أو الحد من قدرتهم على ممارسة حقوقهم.

وفقاً لنظام مكافحة الاتجار بالأشخاص المادة (٢) التي تنص على أن: «يحظر الاتجار بأي شخص بأي شكل من الأشكال بما في ذلك إكراهه أو تهديده أو الاحتيال عليه أو خداعه أو خطفه، أو استغلال الوظيفة أو النفوذ، أو إساءة استعمال سلطة ما عليه، أو استغلال ضعفه، أو إعطاء مبالغ مالية أو مزايا أو تلقيها لئيل موافقة شخص له

سيطرة على آخر من أجل الاعتداء الجنسي، أو العمل أو الخدمة قسراً، أو التسول، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد، أو نزع الأعضاء، أو إجراء تجارب طبية عليه».

وتواصل المملكة جهودها لمكافحة تلك الجريمة من خلال دراسة فرض عقوبات مناسبة على المتاجرين المدانين، بحيث تتضمن تلك العقوبات أحكاماً بالسجن لفترات طويلة، فضلاً عن بحث إضفاء مزيد من الحماية على عاملات المنازل التي تفتقر تدابير الحماية الكافية في نظام العمل وتكون مساوية لتلك الممنوحة لعمال القطاع الخاص الآخرين، بالإضافة إلى ضرورة إنشاء ملاجئ للضحايا الآخرين من الذكور والإناث كما هو الحال مع عاملات المنازل. وضرورة الفحص باستمرار للفئات المستضعفة من السكان بحثاً عن مؤشرات الاتجار، الأمر الذي ربما أدى إلى معاقبة بعض الضحايا على أفعال غير نظامية ارتكبت كنتيجة مباشرة للاتجار بهم، مثل مخالفات الهجرة أو ممارسة أفعالاً مخالفة للآداب العامة^(١).

بناء على ما سبق فقد أصبح من الضروري دراسة وتوضيح جهود المملكة العربية السعودية في مكافحة هذه الجريمة، حيث تبنى نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص آليات صارمة لمكافحة هذا النوع من

(١) تقرير مكافحة الاتجار بالبشر لعام ٢٠٢٣م، المملكة العربية السعودية.

<https://sa.usembassy.gov/ar/%D8%AA%D9%82%D8%B1%D9%8A%D8%B1-%D9%85%D9%83%D8%A7%D9%81%D8%AD%D8%A9->

الجرائم، معتمداً على الشريعة الإسلامية كأساس للتشريعات، ومتكاملاً مع الاتفاقيات الدولية التي تسعى إلى تعزيز التعاون بين الدول لمكافحة هذه الجرائم العابرة للحدود، وفي ظل هذا السياق سيتم التركيز في دراسة هذه الجريمة عبر وسائل التواصل الاجتماعي في ضوء النظام السعودي والاتفاقيات الدولية، وذلك لفهم أبعادها واستكشاف الآليات والوسائل النظامية التي يمكن أن تسهم في الحد منها، وتعزيز حماية الأفراد من مخاطرها المتزايدة.

وتكشف الأحكام القضائية في المملكة عن حزم القضاء في التعامل مع جرائم الاتجار بالأشخاص وعدم التهاون مع كل من تسول له نفسه القيام بهذا العمل المجرم وفق أحكام الشريعة والنظام الداخلي والدولي وتطبيق العقوبات الواردة في نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص وبما يتناسب مع طبيعة كل جريمة، حيث يعاقب من ارتكب جريمة الاتجار بالأشخاص بالسجن مدة لا تزيد على (خمس عشرة) سنة، أو بغرامة لا تزيد على (مليون) ريال، أو بهما معاً، على أن تشدد العقوبات المنصوص عليها في هذا النظام في الحالات التالية: إذا ارتكبت الجريمة جماعة إجرامية منظمة، أو إذا ارتكبت ضد امرأة أو أحد من ذوي الاحتياجات الخاصة^(١).

ومن الحالات الموجبة لتشديد العقوبة في النظام إذا ارتكبت الجريمة ضد طفل حتى ولو لم يكن الجاني عالماً بكون المجني عليه طفلاً، أو إذا

(١) <https://sabq.org/saudia/dcn9gk>

استعمل مرتكبها سلاحاً، أو هدد باستعماله، أو إذا كان مرتكبها زوجاً للمجني عليه أو أحد أصوله أو فروعه أو وليه، أو كانت له سلطة عليه، أو إذا كان مرتكبها موظفاً من موظفي إنفاذ الأنظمة، أو إذا كان مرتكبها أكثر من شخص، إذا كانت الجريمة عبر الحدود الوطنية، إذا ترتب عليها إلحاق أذى بليغ بالمجني عليه، أو إصابته بعاهة دائمة، وقد نظرت المحاكم العديد من القضايا المصنفة من ضمن جرائم الاتجار بالأشخاص، وصدرت فيها أحكام تتناسب مع الجريمة المرتكبة.

ففي أحد الأحكام أدانت المحكمة الجزائية في الدمام رجلاً بالاتجار بالأشخاص بعد ثبوت قيامه باستغلال ضعف طفل في التسول لصالحه وقررت المحكمة سجنه للحق العام مدة سنة، وقد صادقت محكمة الاستئناف على الحكم، واستندت المحكمة في حكمها على المواد ١، ٢، ٣، ٤ من نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص، وحظرت المادة الثانية من النظام على أي شخص بأي شكل من الأشكال بما في ذلك إكراهه أو تهديده أو الاحتيال عليه أو خداعه أو خطفه، أو استغلال الوظيفة أو النفوذ، أو إساءة استعمال سلطة ما عليه، أو استغلال ضعفه، أو إعطاء مبالغ مالية أو مزايا أو تلقيها لنيل موافقة شخص له سيطرة على آخر من أجل الاعتداء الجنسي، أو العمل أو الخدمة قسراً، أو التسول، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد، أو نزع الأعضاء، أو إجراء تجارب طبية عليه^(١).

(١) <https://sabq.org/saudia/dcn9gk>

وأكد المتحدث الرسمي لوزارة العدل الشيخ محمد المطلق أن المجلس الأعلى للقضاء برئاسة رئيس المجلس الشيخ الدكتور وليد بن محمد الصمعاني أصدر قراراً يقضي باقتصار توزيع الدعاوى الناشئة عن تطبيق نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص على دائرة أو أكثر من الدوائر الجزائية المشتركة بالمحكمة المختصة من محاكم الدرجة الأولى أو محاكم الاستئناف، وأكد أن هذا القرار يأتي في سياق عناية القضاء بحقوق الإنسان والحرص على أن يحظى نظر مثل هذه القضايا بمزيد من العناية والتخصيص، لضمان تحقيق العدل بأسرع الطرق بأداء قضائي سريع وأحكام قضائية سليمة ومتناسقة مع الاتفاقيات الدولية^(١).

كما أن نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص يحظر كل شكل من أشكال الاتجار بالبشر لاسيما من استغل سلطة له على آخر، بما في ذلك استغلال ضعفه أو الاعتداء عليه أو إيذائه بأي شكل من أشكال الإيذاء، كما أوضح أن القضاء السعودي يحفظ حقوق الإنسان ويصونها، وهناك الكثير من القوانين السعودية التي تنص على ذلك وترجم المبادئ السامية لحقوق الإنسان، أعلاها النظام الأساسي للحكم الذي نص في أحد مواده بأن تحمي الدولة حقوق الإنسان، كما أن الأنظمة الإجرائية الحاكمة للترافع في القضاء زاخرة بالنص على حقوق أطراف القضية في سائر مراحلها.

(١) المرجع السابق.

وتكثف جميع الوزارات المعنية جهودها في مكافحة تلك الجريمة فوزارة العدل تعد عضواً في لجنة مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص المشكلة في هيئة حقوق الإنسان، بالإضافة إلى وزارة الداخلية، ووزارة الخارجية، ووزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، ووزارة الإعلام، وهيئة حقوق الإنسان، حيث تختص هذه اللجنة بمتابعة قضايا وأوضاع ضحايا الاتجار بالأشخاص، كما تواصل المملكة جهودها من خلال استخدام وحدة مكافحة الاتجار المتخصصة داخل مكتب النائب العام، ويتم تدريب العاملين في مراكز الشرطة داخل وزارة الداخلية مع قضايا الاتجار والقضايا المتعلقة بها من خلال دوائر حقوق الإنسان المعنية.

ويرأس القضايا قضاة متخصصون في جميع مستويات المحاكم في جميع أنحاء البلاد. وحققت المملكة في ٤٧٠ قضية اتجار محتملة، شملت ٥١٦ متاجراً. من بين ٥١٦ شخصاً تم التحقيق معهم، كان ١١ منهم متورطين في تجارة الجنس، و٣٦٧ في العمل القسري، و١٣٨ في التسول القسري و«الممارسات الشبيهة بالرق»؛ وتمت مقارنة ذلك بـ ٣٤٦ حالة في عام ٢٠٢١م و٧٧٥ حالة في عام ٢٠٢٠م. وتم محاكمة ١٠٠ شخصاً في ٨٣ قضية، مقارنة بمحاكمة ٩٠ فرداً في ٦٤ قضية. ومن بين ١٠٠ شخص خضعوا للمحاكمة، حوكم ٦٠ بتهمة العمل القسري، و٢٤ بالتسول القسري و«الممارسات الشبيهة بالرق»، و١٦ بتهمة الاتجار بالجنس. ومن بين الذين حوكموا، أذانت المحاكم ٦٠ متاجراً بموجب

قانون ٢٠٠٩م، مقارنة بإدانة ٦٤ متاجراً في ٢٠٢١م و٦٢ متاجراً في ٢٠٢٠م. برأت المحاكم ٤٤ متاجراً في ٣٠ قضية، مقارنة بـ ٢٦ من المتاجرين في ١٥ قضية في عام ٢٠٢١م. من بين ٦٠ متاجراً مدانين، كانت هناك ٣١ إدانة بالاتجار بالجنس، و ٢٤ بتهمة الاتجار بالعمالة، وخمسة بتهمة التسول القسري و«الممارسات الشبيهة بالرق»^(١).

وحكم القضاة على معظم المتاجرين المدانين بالسجن لمدد تتراوح بين شهر واحد و ١٥ سنة. وعلى الرغم من أن بعض المتاجرين فرضت عليهم غرامات بالإضافة إلى السجن، فقد حُكم على أحد المتاجرين الأجانب بغرامة قدرها ٣,٠٠٠ ريال سعودي (٨٠٠ دولار أمريكي) فقط. بينما لم تبلغ الحكومة عن جنسية جميع المتاجرين، فإن طول العقوبات كان ثابتاً بغض النظر عن الجنسية؛ ومن بين جميع المتاجرين المدانين، تلقى ٥٤ بالمائة منهم حكماً بالسجن لمدة عام واحد أو أكثر. وعلى نحو منفصل، ففي إحدى قضايا العبودية المنزلية خلال العام، أدانت الحكومة مواطناً سعودياً لإجباره عاملة منزلية على العمل لمدة ١٢ عاماً بلا أجر، ودون الحصول على تصريح إقامة لها، ولرفضه تجديد جواز سفرها؛ حُكم على المتاجر بالسجن لمدة عامين وغرامة قدرها ١٠,٠٠٠ ريال سعودي (٢,٦٧٠ دولار أمريكي). تقوض مثل

(١) تقرير مكافحة الاتجار بالبشر لعام ٢٠٢٣م، المملكة العربية السعودية.

<https://sa.usembassy.gov/ar/%D8%AA%D9%82%D8%B1%D9%8A%D8%B1-%D9%85%D9%83%D8%A7%D9%81%D8%AD%D8%A9->

هذه الأحكام المخففة الجهود المبذولة لمحاسبة المتاجرين بالبشر،
وتُضعف الردع، وتزيد من مخاوف الأمن والسلامة المحتملة للضحايا^(١).



(١) المرجع السابق.

المبحث الثاني

مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي في القانون الدولي

أصبحت جريمة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي جريمة تُمتَهَن وتُنتهك فيها حقوق الإنسان، وفي ظل انتشار تلك الجريمة على نطاق عالمي باتت تُهدد استقرار المجتمعات وسيادة القانون فحظي هذا الموضوع باهتمام بالغ على المستوى الدولي، فدعت منظمة الأمم المتحدة والمنظمات الدولية والإقليمية إلى تكاتف المجتمع الدولي لمكافحة تلك الجريمة التي تعد صورة من صور العبودية المستحدثة.

والاتفاقيات الدولية تلعب دورًا حيويًا في مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر الإنترنت ومنصات التواصل الاجتماعي من خلال وضع إطار قانوني شامل يضمن التعاون بين الدول، وتطوير أساليب مكافحة فعالة، وتنسيق الجهود الدولية لملاحقة المجرمين وتقديم الدعم للضحايا^(١).

ولذلك سعت الأمم المتحدة للتعاون بين الدول الأعضاء لتنفيذ القانون، ووضع المعايير القانونية والاتفاقيات الملزمة، بما في ذلك

(١) د. لعلجال ذهبية، تحديات مكافحة جريمة الاتجار بالبشر في ظل التطور التكنولوجي، المحلل القانوني، المجلد (٢)، العدد (١)، ٢٠٢٠م، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، ص ٨٨.
اتفاقية مناهضة التعذيب، اعتمدها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة بموجب القرار رقم (٣٩/٤٦) المؤرخ في ١٠ ديسمبر ١٩٨٤م دخلت حيز التنفيذ في ٢٦ يونيو ١٩٨٧م.

استخدام الإنترنت ومنصات التواصل الاجتماعي في عمليات الاستغلال. لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية المرتكبة باستخدام التكنولوجيا، ومع انتشار مواقع التواصل الاجتماعي، ونظراً لشدة خطورة جريمة الاتجار بالأشخاص وتأثيرها السلبي على حياة النساء والأطفال وانتهاك حقوق الإنسان فإنها تستدعي تكافل الجهود الدولية والوطنية بما في ذلك المنظمات الحكومية وغير الحكومية وتحديث التقنيات والاستراتيجيات بما يتناسب مع مكافحة هذه الظاهرة^(١).

وبناءً على ذلك أقر المجتمع الدولي العديد من الاتفاقيات، كونها تمس بحق الإنسان في أن يعيش حياة كريمة وآمنة، فالمشكلة في هذه الجريمة أنها تعدت حدود المكان ومست كل حقوق الإنسان والإنسانية وعليه حاولت كل أشخاص المجتمع الدولي من دول ومنظمات دولية حكومية وغير حكومية وإقليمية بذل قصارى جهدها من أجل الحد ومكافحة هذه الجريمة، وبما أن الأمم المتحدة هيئة تعنى بحقوق الإنسان وتعمل على تنفيذ القانون الدولي لحقوق الإنسان كان لها مساهمات كبيرة في هذا الموضوع^(٢).

ولذا نصت المادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥١م على: أنه لا يجوز تعريض أي شخص للتعذيب أو لمعاملة أو

(١) المادة (٢٧) فقرة (٣) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التعذيب.

(٢) آمال بيدي، تقدير حجم الماساعي الأمية والوطنية في مكافحة جريمة الاتجار بالبشر، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد (٦)، العدد (٢)، ص ٢.

عقوبة تهين كرامته^(١)، فتنص هذه المادة على مبدأ أساسي من مبادئ حقوق الإنسان، وهو حظر التعذيب والمعاملة المهينة للكرامة الإنسانية، وعند ربط هذا المبدأ بالاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي، نجد أن الاتجار بالأشخاص عبر الإنترنت يشمل استغلال الأفراد بطرق متعددة مثل: الاستغلال الجنسي، العمل القسري، التسول القسري، ويتم ذلك غالباً من خلال الخداع أو الإكراه أو التهديد.

ففي هذه الحالات يتعرض الضحايا لممارسات مهينة تحط من كرامتهم، مثل: الابتزاز، الإساءة الجسدية أو النفسية، وسوء المعاملة الذي يرقى إلى مستوى التعذيب النفسي، فمن خلال مواقع التواصل الاجتماعي، يستخدم المجرمون أساليب مثل: الإغراء بالوظائف الوهمية، أو العلاقات العاطفية المزيفة، أو استغلال الصور والمعلومات الشخصية للابتزاز، مما يجعل الضحايا خاضعين للسيطرة والاستغلال، وكل هذه الممارسات تتعارض مع المبدأ الذي ينص على عدم جواز تعريض أي شخص لمعاملة مهينة، مما يستوجب تجريم هذه الأفعال وفرض عقوبات مشددة على مرتكبيها.

وجاء في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٨١م: «أن كل إنسان له حرمة وله الحق في احترام حياته وسلامته الجسدية والنفسية، ولا يجوز لأي أحد حرمانه من هذه الحقوق تعسفاً»^(٢)،

(١) المادة (٣) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥١م.

(٢) المادة (٤) من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٨١م.

وضحايا الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي غالباً ما يجرمون من هذه الحقوق من خلال الاستغلال القسري، الابتزاز، التهديد، فاستدراج الضحايا ثم ممارسة الإكراه النفسي والجسدي ينتهك حقوقهم الأساسية في الأمان والسلامة.

ونصت المادة الثانية من إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام الصادر عن منظمة المؤتمر الإسلامي في ٥/٨/١٩٩٠م على أن:

أ- الحياة هبة الله وهي مكفولة لكل إنسان، وعلى الأفراد والمجتمعات والدول حماية هذا الحق من كل اعتداء عليه، ولا يجوز إزهاق روح دون مقتضى شرعي.

ب- يحرم اللجوء إلى وسائل تفضي إلى إفناء الينبوع البشري.

ج- المحافظة على استمرار الحياة البشرية إلى ما شاء الله واجب شرعي.

د- سلامة جسد الإنسان مصونة، ولا يجوز الاعتداء عليها، كما لا يجوز المساس بها بغير مسوغ شرعي، وتكفل الدولة حماية ذلك.

وهذا يؤكد على قدسية الحياة البشرية وضرورة حمايتها من أي اعتداء، وهو ما يتماشى مع محاربة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي، فالبند (أ) يشدد على أن الحياة حق مكفول لكل إنسان، ويجب على الدول والمجتمعات حمايته، وهذا ما لا يتحقق في جرائم الاتجار بالأشخاص عبر الإنترنت حيث يتم تهديد الضحايا بالقتل أو الأذى الجسدي لإجبارهم على الامتثال، مما يعد اعتداءً واضحاً على هذا الحق،

والبند (ب) يحظر أي وسائل تؤدي إلى إفناء الوجود البشري، وهو ما قد يحدث من خلال الاستغلال القاسي للضحايا، مما يعرضهم لأمراض، أو اضطرابات نفسية، أو حتى الموت نتيجة سوء المعاملة أو الإهمال، والبند (ج) يفرض الإسلام واجب المحافظة على استمرار الحياة البشرية، بينما نجد أن جرائم الاتجار بالأشخاص تدمر حياة الضحايا نفسياً وجسدياً، مما يتنافى تماماً مع هذا الواجب الشرعي.

المطلب الأول: دور الاتفاقيات الدولية في مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

الاتفاقيات الدولية تلعب دوراً محورياً في مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي، وذلك من خلال تعزيز التعاون بين الدول، وتطوير التشريعات وقوانين الإنترنت لمكافحة الاستغلال، والعمل على تشجيع شركات التقنية على تحمل مسؤولياتها في الإبلاغ والمراقبة، كما تسهم في حماية الضحايا من خلال توفير الدعم اللازم وتعزيز التوعية المجتمعية حول المخاطر المرتبطة بهذه الجريمة.

ووضح الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من خلال ديباجته على وجوب احترام حقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الفرد وقدره، وأكد على وجوب أن يتولى القانون حماية حقوق الإنسان، وذلك حفاظاً على احترام تلك الحقوق^(١).

(١) ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الموقع في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ م.

وأهم ما جاء في هذا الإعلان ما نصت عليه المواد التالية:

المادة الأولى: نصت على أن الناس أحرار ومتساوون في الكرامة: «يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء»، وهي قاعدة حقوقية عامة تؤكد على الحرية وحق الكرامة المضمون في هذا الإعلان.

أما المادة الرابعة: فقد حرمت الاسترقاق والاستعباد والرق على أي إنسان، «لا يجوز استرقاق أحد أو استعباده، ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورهما»، ليحرم التعذيب والمعاملة والعقوبات القاسية أو اللاإنسانية التي تمس الكرامة، «لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة»، وكل ذلك يتضمن الإشارة إلى جريمة الاتجار بالأشخاص^(١).

وأيضاً العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: يهتم بحقوق الإنسان عامة ويخص في نص المادة السادسة: حق الحياة المكفول لكل إنسان وأن القانون من يحمي ذلك^(٢).

أما نص المادة السابعة منه: فهي تشير إلى تجريم جريمة الاتجار بالأشخاص حينما يمس الإنسان في كرامته عن طريق التعذيب

(١) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: وهو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨م، يتكون من ٣٠ مادة تتضمن الحقوق المكفولة لجميع الناس وهو من الشريعة الدولية.

(٢) انظر: المادة السادسة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرار ٢٢٠٠ ألف (أ.ن.٢١) المؤرخ في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦م وتم نفاذه في ٢٣ مارس ١٩٧٦م.

والمعاملة والعقوبة القاسية واللاإنسانية، حيث نصت: «لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة وعلى وجه الخصوص لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو عملية على أحد دون رضاه الحر»^(١).

ونصت أيضاً المادة الثامنة: على عدم استرقاق أي أحد، وتحظر الرق والاتجار به بجميع صورهما، ولا يجوز إخضاع أي أحد للعبودية المتمثلة في عدم إكراه أحد على السخرة أو العمل الإلزامي، باستثناء العقوبات والأعمال التي يميزها القانون كعقوبة السجن والأعمال الشاقة وأعمال الخدمة العسكرية أو خدمات أعمال الطوارئ^(٢).

العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: صدر هذا العهد في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦م وهو وثيقة دولية تخص حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية^(٣).

وأكدت المادة العاشرة منه: على العناية بالأسرة لكونها الركيزة الأساسية في المجتمع التي تعنى بتربية الأولاد، وأفرد هذا العهد حماية خاصة للأمهات حين وضع الحمل وقبله وبعده وإعطائهم إجازة الأمومة، ثم خص الأطفال والمراهقين بالحماية من الاستغلال الاقتصادي

(١) المادة السابقة من نفس العهد السالف الذكر.

(٢) المادة الثامنة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦م.

(٣) وثيقة العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

والاجتماعي وأن القانون يكفل ذلك^(١)، فسعت الأمم المتحدة جاهدة في مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص وذلك من خلال تجنيد أجهزتها الرئيسية ومختلف الأجهزة ذات الصلة بها بهدف مكافحة الجريمة والتأكيد على خطورتها وأبعادها وآثارها المتعددة، فنددت في الكثير من المرات على أن هذه الجريمة في تزايد وتجاوز للحدود.

ونصت المادة (١٢) من هذا العهد على أن:

- تقرر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه.

- تشمل التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، تلك التدابير اللازمة من أجل:

أ) العمل على خفض معدل موتى المواليد ومعدل وفيات الرضع وتأمين نمو الطفل نمواً صحيحاً.

ب) تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية.

ج) الوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها.

(١) انظر المادة الثامنة من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المعتمد بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها ٣١٧ (٤.د) في ٣ ديسمبر ١٩٤٩م وتم نفاذها في ١٩٥١م.

(د) تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الطبية للجميع في حالة المرض.

ونصت المادة الخامسة عشرة من نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص السعودي على:

تتخذ الإجراءات الآتية في مرحلة التحقيق، أو المحاكمة في شأن المجني عليه في جريمة الاتجار بالأشخاص:

- إعلام المجني عليه بحقوقه النظامية بلغة يفهمها.
- إتاحة الفرصة له لبيان وضعه بما يتضمن كونه ضحية اتجار بالأشخاص، وكذلك وضعه النظامي والجسدي والنفسي والاجتماعي.
- عرضه على الطبيب المختص إذا تبين أنه بحاجة إلى رعاية طبية، أو نفسية، أو إذا طلب ذلك.
- إيداعه أحد مراكز التأهيل الطبية، أو النفسية، أو الاجتماعية إذا تبين أن حالته الطبية، أو النفسية، أو العمرية تستدعي ذلك.
- إيداعه أحد المراكز المتخصصة إذا كان في حاجة إلى مأوى.
- توفير الحماية الأمنية له إذا استلزم الأمر ذلك.
- إذا كان المجني عليه، أجنبياً وكانت هناك ضرورة لبقائه في المملكة، أو العمل أثناء السير في إجراءات التحقيق، أو المحاكمة، فللادعاء العام أو المحكمة المختصة تقدير ذلك.

أولاً: إعلان منظمة العمل الدولية للحقوق الأساسية في العمل:

هو وثيقة تبنتها منظمة العمل الدولية (ILO) في عام ١٩٩٨ م، وتهدف إلى تعزيز حقوق العمل الأساسية والحماية الاجتماعية لجميع العمال في العالم، بغض النظر عن بلدهم أو وضعهم المهني.

ويُركز الإعلان على حقوق أساسية يجب أن تحترمها جميع البلدان الأعضاء في منظمة العمل الدولية، ومنها:

منع العمل القسري: يلتزم الإعلان بمنع العمل القسري بكافة أشكاله، ويشمل العمل الذي يتم تحت التهديد بالعنف أو الجزاء، بالإضافة إلى العمل غير الطوعي الذي يُفرض على الأفراد تحت ظروف غير قانونية.

وكذلك منع عمل الأطفال: تحت سن معينة في أي نوع من الأعمال، ويشجع الدول على اتخاذ تدابير لمنع الاستغلال العملي للأطفال.

وعدم التمييز في العمل: بسبب العرق، الجنس، الدين، أو أي نوع آخر من أنواع التمييز.

وفي ١١ يونيو ٢٠٢٢ م، أدخل مؤتمر العمل الدولي تعديلاً على نص الإعلان إذ أضاف إليه مبدأً وحقاً خامساً يتمثل في توفير بيئة عمل آمنة وصحية^(١).

إلى جانب منظمة العمل الدولية (ILO)، هناك عدة منظمات أخرى تلعب دوراً في تعزيز حقوق العمال وحمايتهم على مستوى عالمي:

(١) إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل ومتابعته.

وفقاً لأحدث تقرير قدمته المملكة العربية السعودية إلى لجنة الأمم المتحدة للقضاء على التمييز العنصري (CERD) عام ٢٠٢٣م، بالإضافة إلى تقارير أخرى قُدمت إلى لجان حقوق الإنسان، لا تزال فئة العمالة المهاجرة هي المجموعة الأكثر عرضة لخطر الاتجار بالأشخاص، وينطبق ذلك بشكل خاص على العاملات المنزليات نظراً لعزلتهن داخل المنازل الخاصة، مما يجعلهن أكثر عرضة للاستغلال وسوء المعاملة من قبل أصحاب العمل^(١).

UN Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, (١) 'Combined tenth and eleventh periodic reports submitted by Saudi Arabia under Article 9 of the Convention due in 2020' (27 February 2023) UN Doc CERD/C/SAU/10-11

see also UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), 'Consideration of reports submitted by States parties under Article 18 of the Convention' (30 September 2016) UN Doc CEDAW/C/SAU/3-4 para 27; see also UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), 'Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women' (09 November 2017) UN Doc CEDAW/C/SAU/Q/3-4/Add.1 paras 79-80.

See also UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), 'Concluding observations on the combined fourth to ninth periodic reports of Saudi Arabia' (08 June 2018) UN Doc CERD/C/SAU/CO/4-9 paras 19 and 20.

ثانياً: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠م:

تعرف هذه الاتفاقية باليرمو، نسبة إلى المدينة الإيطالية التي تم توقيعها فيها، وهي اتفاقية دولية اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٥ نوفمبر ٢٠٠٠م.

وتهدف هذه الاتفاقية إلى تعزيز التعاون بين الدول لمكافحة الجرائم المنظمة التي تتعدى الحدود الوطنية، وتُعد أداة أساسية في التصدي للجريمة العابرة للحدود مثل الاتجار بالأشخاص، تهريب المهاجرين، الفساد، غسل الأموال، والمخدرات.

وهذه بعض الأهداف الرئيسية للاتفاقية وهي:

مكافحة الجرائم المنظمة عبر الحدود: تُعنى الاتفاقية بالجرائم التي تتجاوز حدود دولة واحدة، مثل التهريب، الاتجار بالأشخاص، غسل الأموال، وغيرها من الأنشطة التي غالباً ما تتطلب تنسيقاً دولياً لمكافحتها.

تعزيز التعاون بين الدول: الاتفاقية تعزز التعاون بين الحكومات الوطنية من خلال تبادل المعلومات، التدريب المشترك، وتنسيق الأنشطة المشتركة لمكافحة الجرائم المنظمة.

تحسين القدرة على التحقيق والملاحقة القضائية: تُشجع الدول على تحسين قدراتها في مجال التحقيقات الجنائية والملاحقة القضائية المتعلقة بالجرائم العابرة للحدود.

توفير الحماية للضحايا: تُعد الاتفاقية من بين الوثائق التي تركز على توفير الحماية للضحايا، وخاصة ضحايا الاتجار بالأشخاص، وتهدف إلى ضمان العدالة للضحايا من خلال توفير حماية قانونية وشبكات دعم^(١).

بروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص خاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة ٢٠٠٠م:

هو خطوة رئيسة نحو مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص على مستوى عالمي. من خلال تحديد الإجراءات القانونية للتجريم والملاحقة، تعزيز التعاون بين الدول، وتوفير الحماية والدعم للضحايا، يسعى البروتوكول إلى تقليل نطاق هذه الجريمة والتصدي لها بشكل فعال. ويساهم البروتوكول في تحسين الجهود الدولية لمكافحة الاتجار بالأشخاص ويساهم في توفير بيئة آمنة للنساء والأطفال حول العالم^(٢).

أهداف هذا البروتوكول^(٣):

- منع ومكافحة الاتجار بالأشخاص.

(١) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولات الملحق بها.

(٢) ديباجة البروتوكول.

(٣) المادة (٢) من البروتوكول.

- حماية ضحايا ذلك الاتجار ومساعدتهم، مع احترام كامل لحقوقهم الإنسانية.

- تعزيز التعاون بين الدول الأطراف على تحقيق تلك الأهداف.

وهناك خطة عمل الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الاتجار بالأشخاص ٢٠١٠م^(١)، والتي تقوم على محاور أربعة رئيسة هي: المنع، والحماية، والملاحقة القضائية والشراسة. يجمع مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة معلومات عما يقرب من ٢٢٥ ألفاً من ضحايا الاتجار بالأشخاص الذي كشفت عنه التحقيقات في جميع أنحاء العالم.

ثالثاً: الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية^(٢):

هي خطوة مهمة نحو تعزيز التعاون الإقليمي بين الدول العربية لمكافحة الأنشطة الإجرامية التي تتجاوز الحدود الوطنية، من خلال تعزيز التعاون الأمني والقضائي وتوفير حماية للضحايا، تُعتبر هذه الاتفاقية أداة أساسية لمكافحة الجرائم المنظمة، مثل الاتجار بالأشخاص، التهريب، الإرهاب، والجرائم الإلكترونية في منطقة الدول العربية.

(١) تمت الموافقة على هذه الخطة بموجب قرار الجمعية العامة رقم (٢٩٣/٦٤) وتاريخ ٢٠١٠/٦/٣٠م.

(٢) تم التوقيع على هذه الاتفاقية بمحافظة القاهرة بجمهورية مصر العربية في ٢٠١٠/١٢/٢١م، ودخلت حيز النفاذ في ٢٠١٣/١٠/٥م.

وتهدف تعزيز التعاون بين الدول العربية في مكافحة الجرائم المنظمة العابرة للحدود، والتي تهدد الأمن والاستقرار الإقليمي. وتهدف الاتفاقية إلى وضع إطار قانوني يحدد كيفية التعامل مع هذه الجرائم من خلال التعاون الدولي، وتبادل المعلومات، وتنفيذ استراتيجيات مشتركة للتصدي للأنشطة الإجرامية التي تتجاوز الحدود الوطنية.

والهدف الأساسي من الاتفاقية هو تعزيز التعاون الإقليمي بين الدول العربية لمكافحة الجرائم المنظمة عبر الوطنية. ومن أبرز أهدافها:

- مكافحة الجرائم المنظمة العابرة للحدود: تهدف الاتفاقية إلى وضع آليات قانونية وفنية للتعاون بين الدول الأعضاء في مجال مكافحة الجرائم التي تشمل تهريب المخدرات، الفساد، الجرائم الإلكترونية، التهريب، الاتجار بالأشخاص، وغيرها من الأنشطة الإجرامية التي تتعدى الحدود الوطنية.

- تعزيز التعاون بين الدول العربية: تركز الاتفاقية على تعزيز التعاون القضائي والأمني بين الدول الأعضاء، وتبادل المعلومات الاستخبارية المتعلقة بالجرائم المنظمة، وتنسيق التحقيقات بين الجهات المعنية.

- حماية حقوق الإنسان: تهدف الاتفاقية إلى ضمان أن يتم مكافحة الجرائم المنظمة بشكل يحترم حقوق الإنسان، من خلال توفير الحماية للضحايا، بما في ذلك ضحايا الاتجار بالأشخاص.

- تسريع الإجراءات القانونية: الاتفاقية تشجع على تبسيط إجراءات التعاون القانوني بين الدول العربية بما يشمل المساعدة القضائية المتبادلة، وتبادل الأدلة، والمساعدة في تنفيذ الأحكام القضائية.

- التنسيق بين الأجهزة الأمنية: تعزيز التنسيق بين الأجهزة الأمنية في الدول العربية لمكافحة الأنشطة الإجرامية المشتركة، خاصة في مجالات مكافحة الإرهاب والتهريب عبر الحدود.

رابعاً: الاستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالأشخاص^(١):

تمثل الاستراتيجية العربية خطوة هامة نحو مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص في المنطقة العربية، وذلك من خلال تعزيز التعاون الإقليمي، حماية الضحايا، تطوير التشريعات، والتوعية المجتمعية، وتسعى هذه الاستراتيجية إلى تقليص نطاق هذه الجريمة وحماية حقوق الإنسان في الدول العربية من هذه الجريمة العابرة للحدود، والتي تُعد من أخطر أنواع الجرائم التي تنتهك حقوق الإنسان.

وتهدف الاستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالأشخاص إلى تحقيق عدة أهداف رئيسة منها: منع الاتجار بالأشخاص وحماية الضحايا، بالإضافة إلى تعزيز التعاون الإقليمي بين الدول العربية لمكافحة هذه الجريمة.

(١) تم التوقيع على هذه الاستراتيجية في ١٥ فبراير ٢٠١٢م ودخلت حيز التنفيذ في ١٥ فبراير ٢٠١٢م وهو وثيقة استراتيجية، طبقاً لقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم (ق ٨٧٩ - ٢٧٥ - ١٠١٢ / ٢ / ١٥) الصادر في دورته السابعة والعشرين.

الوقاية من الاتجار بالأشخاص: وذلك بوضع آليات فعّالة للحد من تعرض الأفراد للاتجار، خاصة النساء والأطفال، من خلال توعية المجتمع وتثقيفه بشأن مخاطر الاتجار بالأشخاص.

تطوير برامج الوقاية التي تشمل التوعية المجتمعية وتعليم الجمهور حول أساليب الاحتيال والتهديدات التي يستخدمها المهربون.

حماية الضحايا: ضمان تقديم الدعم الكامل للضحايا من خلال توفير الملاجئ الآمنة، وتقديم المساعدة الطبية، الاجتماعية، والقانونية.

تطوير برامج للتأهيل وإعادة تأهيل الضحايا، بما يساعدهم على العودة إلى الحياة الطبيعية.

تعزيز التعاون الإقليمي والدولي: تعزيز التنسيق بين الدول العربية عبر السلطات القضائية والأجهزة الأمنية لمكافحة الاتجار بالأشخاص من خلال تبادل المعلومات، والتعاون في التحقيقات، وملاحقة الجناة.

التعاون مع المنظمات الدولية مثل منظمة الأمم المتحدة، ومنظمة العمل الدولية، ومنظمة الهجرة الدولية.

التحقيق والملاحقة القضائية: تطوير الأنظمة القضائية في الدول العربية لتوفير الإطار النظامي اللازم لمكافحة الاتجار بالأشخاص، وضمان تقديم المجرمين إلى العدالة.

دعم الدول الأعضاء في تطوير التشريعات التي تجرم الاتجار بالأشخاص وتفرض عقوبات صارمة على الجناة.

تعزيز التعاون مع المجتمع المدني: تعزيز دور المنظمات غير الحكومية والجهات المعنية في مكافحة الاتجار بالأشخاص من خلال شراكات محلية وإقليمية.

تشجيع المجتمع المدني على المشاركة في التوعية وحماية الضحايا.

المطلب الثاني: دور المنظمات الدولية في مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

تسهم المنظمات الدولية في مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي سواء أكانت منظمات حكومية عالمية كمنظمة الصحة العالمية: (WHO) والتي تركز على صحة العمال وظروف العمل الصحية، بما في ذلك الحد من الحوادث في أماكن العمل وتحسين بيئات العمل الصحية. أو منظمة التجارة العالمية: (WTO) على الرغم من أنها تركز على التجارة، إلا أن هناك اهتمامًا متزايدًا بدمج القضايا الاجتماعية وحقوق العمل في السياسات التجارية العالمية. أو منظمات إقليم مثل الاتحاد الأوروبي ومنظمة العمل العربية، التي تعمل على وضع معايير إقليمية للعمل وتحقيق التنسيق بين الدول الأعضاء لتعزيز حقوق العمل. أو منظمات غير حكومية حيث تلعب المنظمات دوراً حيوياً في مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص عبر وسائل التواصل الاجتماعي من خلال التوعية والتثقيف حيث تستخدم هذه المنظمات منصات التواصل الاجتماعي مثل: فيس بوك وتويتر لنشر المعلومات حول مخاطر الاتجار بالأشخاص وطرق الوقاية منه، بالإضافة إلى مشاركة

قصص حقيقية لزيادة الوعي العام، وتوفر هذه المنظمات أيضاً الدعم والمساعدة للضحايا، بما في ذلك تقديم الرعاية والإحالة إلى الجهات المختصة، وتقديم المساعدة القانونية^(١).

ومن أبرز تلك المنظمات:

أولاً: منظمة الشرطة الدولية^(٢):

(المعروفة باسم الإنتربول، Interpol اختصاراً) هي منظمة دولية تهدف إلى تعزيز التعاون بين أجهزة الشرطة في جميع أنحاء العالم لمكافحة الجريمة المنظمة. تأسست في عام ١٩٢٣م، وهي تمثل منصة للتعاون الدولي بين الشرطة في مختلف الدول للحد من الأنشطة الإجرامية عبر الحدود، وتبادل المعلومات، ودعم التحقيقات الدولية.

والهدف الأساسي لمنظمة الإنتربول هو تحقيق التعاون بين أجهزة الشرطة في الدول الأعضاء، بما يتيح لهم مكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود، بما في ذلك الاتجار بالأشخاص، الإرهاب، الجرائم الإلكترونية، تهريب المخدرات، والفساد وغيرها من الجرائم.

وتتمثل مهام الإنتربول في التنسيق بين أجهزة الشرطة مما يتيح التعاون بين أجهزة الشرطة في الدول الأعضاء، حيث يمكنها تبادل

(١) https://www.unodc.org/e4j/ar/tip-and-som/module-14/key-issues/using-technology-to-prevent-and-combat-tip-and-som.html?utm_source=chatgpt.com

(٢) عبد اللطيف دحية، التعاون الدولي لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، ط: ١، دار المعتز للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص ١٣٠.

المعلومات حول المجرمين أو الأنشطة الإجرامية أو التحقيقات المشتركة. كما يعمل على تنظيم عمليات أمنية دولية لمكافحة الجرائم العابرة للحدود مثل الاتجار بالأشخاص، التهريب، الإرهاب، الجرائم الاقتصادية، وغسل الأموال.

ولدى الإنتربول قواعد بيانات تحتوي على معلومات عن المجرمين المطلوبين، البحث عن المفقودين، الوثائق المزورة، الأسلحة، وغيرها من الأنشطة الإجرامية. وهذه القواعد تساعد الشرطة في تبادل المعلومات بسرعة عبر الحدود. كما يتعاون مع منظمات دولية أخرى مثل الأمم المتحدة، منظمة الصحة العالمية، ومنظمة الهجرة الدولية لمكافحة الأنشطة الإجرامية عبر الحدود.

يعمل الإنتربول على مكافحة الاتجار بالأشخاص من خلال التنسيق الدولي بين الدول الأعضاء، وتبادل المعلومات حول العصابات الإجرامية التي تقوم بهذه الأنشطة، وتحقيق التعاون بين السلطات المختصة لضمان حماية الضحايا وملاحقة الجناة، ويعزز الإنتربول من التعاون بين أجهزة الشرطة الوطنية في دول مختلفة لمكافحة الجرائم العابرة للحدود. وهذا التعاون يضمن سرعة التفاعل بين الدول في ملاحقة الجناة الذين قد يعبرون الحدود أو يختبئون في دول أخرى. ويدعم الإنتربول التحقيقات المشتركة في الجرائم الكبرى التي تؤثر على عدة دول، مثل الجرائم المنظمة والإرهاب، من خلال توفير الموارد اللازمة والمساعدة في جمع الأدلة.

ثانياً: دور منظمة الهجرة في مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

تلعب منظمة الهجرة الدولية (International Organization for Migration - IOM) دوراً رئيسياً في مكافحة الاتجار بالأشخاص وذلك من خلال عدة آليات وبرامج، وتُعتبر شريكاً أساسياً في الجهود الدولية والإقليمية لمكافحة هذه الجريمة^(١).

ويُضاف إلى هذا الدور التعامل مع التحديات الرقمية الجديدة التي تظهر نتيجة استخدام هذه المنصات في تسهيل الجريمة.

وتقدم المنظمة التوعية والوقاية بتطوير برامج توعية مستهدفة للأفراد في المجتمعات المحلية حول مخاطر الاحتيال والاتجار بالأشخاص عبر الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي من خلال الحملات الإعلامية، فتساعد المنظمة على زيادة الوعي حول الطرق التي يستخدمها المجرمون على المنصات مثل فيسبوك، إنستغرام، تويتر، وتطبيقات المراسلة مثل واتساب لجذب الأشخاص (وخاصة النساء والأطفال) إلى أعمال الاستغلال.

وتسعى المنظمة إلى توعية الناس حول كيفية التعرف على علامات الاتجار عبر الإنترنت، بما في ذلك العروض الوظيفية الوهمية أو

(١) هي منظمة دولية حكومية، تضم حوالي ١٦٢ دولة عضواً، لها مكاتب في أكثر من ١٠٠ بلد.

العلاقات الزائفة التي تؤدي إلى الاستغلال، وتقدم منظمة الهجرة الدولية الدعم النفسي، والاجتماعي، والقانوني للضحايا الذين وقعوا ضحية للاتجار بالأشخاص عبر الإنترنت. وذلك من خلال توفير الملاجئ الآمنة، وإعادة تأهيل الضحايا وتقديم الدعم في إعادة إدماجهم في المجتمع^(١).

وتعمل المنظمة أيضاً على إعادة الضحايا إلى بلدانهم الأصلية إذا كانت هناك حاجة لذلك، وتدعمهم في إعادة بناء حياتهم وتقديم برامج إعادة الإدماج لمساعدتهم على التعافي من التجارب الصعبة.

وتساعد منظمة الهجرة الدولية في تطوير الأدوات الرقمية التي تهدف إلى كشف عمليات الاتجار بالأشخاص عبر الإنترنت. وتشمل هذه الأدوات تقنيات تحليل البيانات للكشف عن الأنماط المشبوهة التي قد تشير إلى وجود عملية اتجار، كما تقوم منظمة الهجرة بتنسيق التعاون بين الدول الأعضاء والمنظمات الإقليمية مثل الإنتربول، الشرطة الدولية، والمنظمات الحقوقية لمكافحة الاتجار بالأشخاص عبر الإنترنت.

ومع ذلك فهناك بعض التحديات التي تواجه منظمة الهجرة الدولية في هذا المجال ومنها: الانتشار السريع للتكنولوجيا ومع ازدياد استخدام الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي، يصبح من الصعب

(١) محمد الشناوي، استراتيجية مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، مركز القومي للإصدارات القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص ٤٢٧.

تتبع وتحديد الأنشطة الإجرامية بشكل دقيق وفعال. فضلاً عن أن الأنظمة القانونية غير المتوافقة حيث تختلف القوانين المتعلقة بالجرائم الإلكترونية ومكافحة الاتجار بالأشخاص من دولة إلى أخرى، مما يعقد عملية التعاون بين الدول في ملاحقة الجناة عبر الإنترنت بالإضافة إلى إخفاء الهوية عبر الإنترنت حيث يتمتع مرتكبو جرائم الاتجار بالأشخاص بقدرة على إخفاء هويتهم من خلال استخدام تقنيات التهرب الرقمي مثل استخدام شبكات VPN، مما يتيح لهم التستر وراء هوية مزيفة، وهو ما يزيد من صعوبة تعقبهم^(١).

ثالثاً: اتفاقية حقوق الطفل عام ١٩٨٩م^(٢):

هي معاهدة دولية تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩م. وتعد الوثيقة القانونية الأساسية التي تحدد حقوق الأطفال على مستوى العالم، وتعمل على ضمان حمايتهم ونموهم بشكل سليم. وقد تم توقيع الاتفاقية من قبل جميع دول العالم تقريباً، ما عدا الولايات المتحدة الأمريكية.

وتهدف اتفاقية حقوق الطفل إلى ضمان حقوق الأطفال في مختلف أنحاء العالم، وتحديد المسؤوليات المترتبة على الدول الأطراف فيما يخص حماية حقوق الطفل. تركز الاتفاقية على حقوق الطفل الأساسية مثل الحق في الحياة، التعليم، الحماية من الاستغلال، التمتع بصحة

(١) <https://www.un.org/ar/208334>

(٢) وقعت على هذه الاتفاقية ١٩٢ دولة و١٤٠ هيئة.

جيدة، بالإضافة إلى حقوق الطفل في المشاركة في القرارات التي تؤثر على حياته.

وتستند اتفاقية حقوق الطفل إلى أربعة مبادئ أساسية:

التمييز: يجب أن يتمتع جميع الأطفال بحقوق متساوية دون أي تمييز بسبب الجنس، العرق، الدين، اللغة، أو أي نوع آخر من أنواع التمييز.

مصلحة الطفل الفضلى: يجب أن تكون مصلحة الطفل هي الاعتبار الأول في جميع القرارات التي تؤثر على حياته، سواء كانت قرارات تتخذها الحكومة أو المجتمع أو الأسرة.

الحق في الحياة والنمو: يجب أن تضمن الدول أن يتمتع جميع الأطفال بحق الحياة، وتوفير الفرص اللازمة لتحقيق نموهم البدني والعقلي بشكل كامل.

الحق في المشاركة: يجب أن يكون للأطفال الحق في التعبير عن آرائهم ومشاركة الآخرين في القضايا التي تؤثر في حياتهم، بما في ذلك الحق في التعبير عن أنفسهم في المحاكم وفي المجتمعات المحلية.

ومن ثم تتضمن اتفاقية حقوق الطفل العديد من الحقوق الأساسية التي يجب على الدول ضمان توفيرها للأطفال خاصة عبر مواقع التواصل الاجتماعي، ومنها: الحق في الحياة والبقاء والنمو، الحق في التعليم، الحق في الحماية من الاستغلال والإساءة، الحق في المشاركة في الحياة الثقافية والفنية، الحق في الحماية من العنف والصراعات المسلحة،

الحق في الصحة والرعاية الصحية، الحق في عدم التمييز، الحق في بيئة
أسرية جيدة.

رابعاً: دور المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين^(١):

المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين (UNHCR) هي
الوكالة الإنسانية التابعة للأمم المتحدة، التي تأسست في عام ١٩٥٠م
بهدف حماية حقوق اللاجئين، وتقديم المساعدة الإنسانية لهم في حالات
النزوح القسري بسبب الحروب والاضطهاد والكوارث الطبيعية.
تعمل المفوضية على توفير الحماية القانونية والدعم الإنساني للملايين
من اللاجئين في جميع أنحاء العالم، بما يضمن حقوقهم الأساسية وتلبية
احتياجاتهم الأساسية.

وتقوم المفوضية على ضمان حماية حقوق اللاجئين وفقاً للمعايير
الدولية. وتشمل هذه الحماية الحق في الأمان، الحق في عدم الإعادة
القسرية، أي عدم إعادة اللاجئين إلى البلد الذي يواجه فيه خطراً.

وتسعى المفوضية لضمان أن جميع اللاجئين يحظون بحماية قانونية
شاملة من قبل الدول التي يستضيفونها، بما في ذلك حقوق العمل
والحقوق الاجتماعية، وكذلك تعمل على تقديم المساعدات الإنسانية
الأساسية للاجئين مثل الطعام، المأوى، الماء، والرعاية الصحية.

(١) <https://www.unhcr.org/ar/what-we-do/protect-human-rights/asylum-and-migration/trafficking-persons?query>

وتقدم المفوضية مساعدات عينية، وتقوم بتنظيم الملاجئ المؤقتة، وتقديم خدمات الصحة النفسية والرعاية الطبية للاجئين، كما تعمل بشكل وثيق مع حكومات الدول المضيفة والمنظمات الإنسانية الأخرى لتنسيق الاستجابة للأزمات الإنسانية وتقديم الدعم. وذلك من خلال التعاون مع المنظمات غير الحكومية والمنظمات الدولية.

وتتعاون المفوضية مع السلطات المحلية والمنظمات غير الحكومية لتوفير آليات الحماية والمساعدة لمنع الاستغلال ومكافحة الاتجار بالأشخاص داخل مجتمعات اللاجئين، حيث قد تكون هذه المجتمعات هدفاً لجماعات إجرامية تسعى لاستغلال اللاجئين في الاتجار بالأشخاص أو العمل القسري.

والعلاقة بين الاتجار بالأشخاص وصفة اللجوء هي علاقة ذات طابع متداخل ومعقد، حيث إن الأشخاص الذين يسعون للحصول على اللجوء في الدول الأخرى قد يكونون عرضة للاستغلال من قبل شبكات الاتجار بالأشخاص في الوقت نفسه^(١).

ويمكن أن يُستغل وضعهم القانوني الهش كلاجئين أو طالبي لجوء لإجبارهم على المشاركة في الأنشطة الإجرامية. لذلك، من الضروري أن تتم معالجة الطلبات الإنسانية بعناية ووفقاً للمعايير القانونية

(١) <https://www.unhcr.org/ar/what-we-do/protect-human-rights/asylum-and-migration/trafficking-persons>

الدولية التي تضمن حماية حقوق الإنسان وتوفير الدعم للأشخاص المتأثرين ويمكن أن يتم استغلالهم عبر مواقع التواصل الاجتماعي^(١).

الاتجار بالأشخاص خلال الصراعات هو أحد أهم أشكال الاستغلال الإنساني التي تتزايد بشكل كبير أثناء النزاعات المسلحة. حيث يكون الأفراد في وضع ضعيف جداً بسبب الظروف الإنسانية المتدهورة، مما يجعلهم هدفاً لعصابات الاتجار بالأشخاص. وتستغل هذه العصابات حالة الفوضى والانحيار الأمني في المناطق المتأثرة بالصراعات للقيام بأنشطتها الإجرامية^(٢).

وهناك أشكال عدة للاتجار بالأشخاص خلال الصراعات:

أولاً: الانخراط في القتال: حيث يتم اختطاف الأطفال والشباب واستخدامهم في القتال أو العمالة القسرية. وهؤلاء الأطفال والشباب يتم تجنيدهم من قبل الجماعات المسلحة ويجبرون على المشاركة في أعمال عسكرية أو إرهابية.

(١) للحصول على مزيد من المعلومات حول هذه الآليات، انظر كتيب منظمة الأمن والتعاون في أوروبا الخاص بآليات إدارة الموارد البشرية، رابط الكتيب:

<https://www.osce.org/odihr/13967?download=true>

(٢) <https://www.unhcr.org/ar/what-we-do/protect-human-rights/asylum-and-migration/trafficking-persons>

ثانياً: الاستغلال الجنسي: حيث يتم استغلال النساء والفتيات من خلال الاختطاف والاستعباد الجنسي، أو استخدامهن كجواري من قبل الأطراف المتنازعة في الحرب.

ثالثاً: العمل القسري: في مناطق النزاع، يتم اختطاف الأشخاص واستخدامهم في أعمال قسرية مثل العمل في المزارع، النقل القسري للموارد، التنظيف، العمل في المناجم، أو الأعمال الشاقة تحت تهديدات العنف.

ومن أسباب تزايد الاتجار بالأشخاص خلال الصراعات: غياب القانون والأمن، وكذلك ضعف الحماية الدولية، بالإضافة إلى الفقر والاحتياج، وقد يدخل كذلك التمييز العرقي أو الطائفي، وتقدم المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين حماية للمستضعفين من ضحايا الاتجار بالأشخاص، وتساعدتهم على إعادة توطينهم في دول آمنة^(١).

خامساً: الاتجار بالأشخاص وإعلان نيويورك^(٢):

إعلان نيويورك هو إعلان عالمي تم تبنيه في ديسمبر ٢٠١٦م خلال القمة الإنسانية العالمية التي عقدت في نيويورك تحت رعاية الأمم

(١) للمزيد من المعلومات:

<https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2016/en/113881>

(٢) للمزيد من التفاصيل عن إعلان نيويورك: <https://www.unhcr.org/ar/5c470c334>

المتحدة. ويهدف الإعلان إلى تعزيز التعاون الدولي لمكافحة التحديات الإنسانية الكبرى، بما في ذلك اللاجئين، النزاعات المسلحة، الأزمات الإنسانية، والظروف التي تؤدي إلى الاتجار بالأشخاص.

وهو يعتبر خطوة مهمة نحو تعزيز جهود المجتمع الدولي لمكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص، خاصة في مناطق النزاع والهجرة، وهو يهدف إلى حماية حقوق الإنسان وضمان سلامة الأشخاص الذين يكونون في أوضاع هشة نتيجة الحروب والصراعات والنزوح القسري.

وذلك من خلال: التركيز على حماية اللاجئين والمهاجرين، وتعزيز التعاون الدولي، فضلاً عن تعزيز دور الأمم المتحدة والمنظمات الإنسانية، والتركيز على الحماية من الاتجار بالأشخاص في أوقات النزاع، وتسليط الضوء على مسألة الاتجار بالأطفال، وتأمين العودة الآمنة للضحايا، وتعزيز الوعي والتثقيف حول الاتجار بالأشخاص.

ومن أهم المعوقات التي تقف أمام إعلان نيويورك: محدودية الموارد والتمويل، وعدم التوافق بين الدول.

الخاتمة

شهد العالم تطوراً رقمياً هائلاً أدى إلى ظهور العديد من الإيجابيات في مجالات التواصل الاجتماعي ولكنه في الوقت نفسه فتح المجال أمام استغلال التقنيات الحديثة في جرائم عابرة للحدود كجرائم الاتجار بالأشخاص، الذي يعد أحد أخطر الجرائم المنظمة عالمياً، وأظهرت هذه الدراسة أن وسائل التواصل الاجتماعي باتت سلاحاً ذا حدين، حيث تستخدم كأداة تواصل إيجابية لكنها أصبحت في الوقت ذاته وسيلة رئيسة لتسهيل جرائم الاتجار بالأشخاص، من خلال الاستدراج، التهديد، التلاعب العاطفي، والاستغلال الإلكتروني، وقد استغل المجرمون سرعة انتشار المحتوى، وسهولة إخفاء الهوية، والقدرة على استهداف فئات ضعيفة كالنساء والأطفال لإيقاعهم في فخ الاستغلال الجنسي، العمل القسري، أو حتى استئصال الأعضاء، ورغم الجهود الوطنية والدولية لمكافحة هذه الجريمة، إلا أن هناك ثغرات قانونية ورقابية تتيح استمرارها، مما يستدعي ضرورة تطوير سياسات حديثة تتماشى مع الطبيعة الرقمية للجريمة، ولعل أحد التحديات الكبرى هو ضعف التعاون الدولي بين الدول في ملاحقة المتهمين، ووجود تباينات قانونية بين التشريعات الوطنية، وهو ما يعرقل إنفاذ العدالة بفاعلية.

وبناءً على هذه الدراسة، أصبح من الضروري إعادة تقييم الأطر القانونية والتقنية والإنسانية لمكافحة هذه الجريمة، عبر تطوير

استراتيجيات أمنية، وتكثيف جهود التعاون الدولي، وزيادة الوعي الرقمي لدى الأفراد.

وقد خلصت من هذا البحث بعدد من النتائج والتوصيات أذكر أهمها والتي تتمثل في ما يلي:

أولاً: النتائج:

- تعد مواقع التواصل الاجتماعي بيئة خصبة للاتجار بالأشخاص: حيث يتم استخدامها للاستدراج والإيقاع بالضحايا، سواء من خلال الوظائف الوهمية، أو عروض الزواج، أو فرص السفر غير الحقيقية، مما يسهل استغلالهم لاحقاً.

- صعوبة إثبات جريمة الاتجار بالأشخاص عبر الإنترنت: نظراً لاستخدام تقنيات إخفاء الهوية، والتشفير، والعمل عبر شبكات مظلمة، مما يجعل تتبع الجناة ومحاسبتهم أمراً معقداً قانونياً وتقنياً.

- النساء والأطفال هم الفئات الأكثر استهدافاً: حيث تشير التقارير إلى أن معظم ضحايا الاتجار بالأشخاص عبر الإنترنت هم نساء يتم استغلالهن جنسياً، أو أطفال يستغلون في التسول، أو العمل القسري.

- تعدد أشكال الجريمة: حيث لا تقتصر على الاستغلال الجنسي، بل تشمل التجنيد للعمل القسري، التسول القسري، بيع الأعضاء

البشرية، والزواج القسري، وجميعها تتم عبر استغلال الضحايا نفسياً أو مالياً.

- ضعف الرقابة القانونية على المنصات الإلكترونية: حيث إن منصات مثل: فيس بوك، أنستيجرام، تيك توك، واتساب لا تزال تواجه صعوبات في الكشف عن الحسابات الوهمية التي تستغل هذه المساحات لاستدراج الضحايا.

- وجود فجوات في القوانين الوطنية والدولية: حيث تختلف التشريعات من دولة لأخرى، ما يؤدي إلى صعوبة محاسبة المجرمين الذين يتنقلون بين الدول أو يستغلون مناطق لا تطبق فيها قوانين صارمة ضد الاتجار بالأشخاص.

- عدم وعي المستخدمين بمخاطر مشاركة المعلومات الشخصية عبر الإنترنت: ما يجعلهم عرضة للاستغلال والابتزاز من قبل شبكات الاتجار بالأشخاص، خاصة في حالات الهجرة غير الشرعية أو البحث عن فرص عمل عبر الإنترنت.

ثانياً: التوصيات:

- ضرورة التعاون والتنسيق بين جميع الجهات المعنية بالأمر لاستحداث وسائل جديدة للكشف والحد من تلك الجريمة مثل وضع خط ساخن دولي للإبلاغ عن أي من صور الاستغلال وتوزيع كتيبات تثقيفية للعماله الوافدة لرفع الوعي لديهم بخطورة هذه الجريمة.

- ضرورة توعية الشعوب بمخاطر الاتجار بالأشخاص بكافة أشكاله وتشجيع أفراد الدول على الإبلاغ عن الحالات المشتبه فيها، فضلاً عن توعية الفتيات بمثل هذه الجرائم ومخاطرها وكيفية الوقاية من الوقوع فيها وكيفية التخلص منها إذا ما تم الوقوع فيها.

- ضرورة وضع استراتيجية شاملة لحماية العمال المهاجرين من خلال تفعيل عمل الإدارات التي تختص برعاية شؤون العمالة الوافدة، ويجب إصلاح جميع القوانين واللوائح التنفيذية الأخرى بحيث يمكن لعاملات المنازل إنهاء عملهن والانتقال لأصحاب عمل آخرين بإرادتهن ودون موافقة صاحب العمل الأصلي، وعدم جواز مصادرة جوازات السفر من قبل أصحاب العمل والوكلاء لأنهن الجانب الأضعف، ولا يمنع هذا من وضع آليات يتم بها حفظ حقوق أصحاب العمل. ولا بد من توسيع نطاق قوانين العمل لتشمل إجراءات الحماية لعاملات المنازل بحيث تؤمّن لهن العمل اللائق بالعمال المنزليين.

- ضرورة تغليظ العقوبات على الجرائم المرتبطة بالاتجار بالأشخاص عبر الإنترنت، بحيث تشمل المسؤولية القانونية لمنصات التواصل الاجتماعي إذا ثبت تقصيرها في مكافحة استغلال منصاتها.

- إلزام شركات التقنية باتخاذ إجراءات من شأنها تقليل معدل الجريمة عبر منصات التواصل الاجتماعي مثل التحقق من هوية المستخدمين، ومنع الحسابات الوهمية، وتعزيز تقنيات مراقبة المحتوى.

- تعديل الاتفاقيات الدولية لوضع تشريعات أكثر ملائمة لمكافحة الاتجار بالأشخاص الرقمي، بحيث لا يتمكن المجرمون من الإفلات عبر استغلال الثغرات القانونية بين الدول.

- تفعيل دور الإنترنت في تتبع الجرائم الرقمية، وتسهيل عملية تسليم المتهمين بين الدول.

- استخدام الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الضخمة لرصد الأنشطة المشبوهة، وتتبع عمليات الاستدراج والاحتيال المرتبطة بالاتجار بالأشخاص.

- تفعيل نظام تبليغ آلي على منصات التواصل الاجتماعي يسمح للمستخدمين بالإبلاغ عن أي محتوى يشبهه في علاقته بالاتجار بالأشخاص.

- زيادة الرقابة على التطبيقات التي تتيح إخفاء الهوية مثل غرف الدردشة المغلقة، ومنصات البث المباشر التي قد تُستغل لارتكاب الجرائم.

- إنشاء مراكز إيواء متخصصة لحماية الضحايا وتوفير لهم الدعم النفسي والاجتماعي ومساعدتهم قانونياً.

- تعزيز برامج إعادة التأهيل لتوفير فرص عمل بديلة ودعم اجتماعي للناجين من الاتجار بالأشخاص، لتجنب عودتهم إلى نفس الظروف التي تعرضوا فيها للاستغلال.

- إدراج مناهج تعليمية حول الجرائم الإلكترونية في المدارس والجامعات، لزيادة وعي الأجيال الجديدة حول كيفية حماية أنفسهم من هذه الجرائم.

- تشجيع الإعلام على تسليط الضوء على هذه الجرائم، من خلال إنتاج محتوى وثائقي، وتقارير استقصائية، وأفلام قصيرة تكشف أساليب الاتجار بالأشخاص عبر الإنترنت.

- ضرورة دعم المبادرات المستمرة التي تقدمها منظمة الهجرة الدولية لمحاربة الاتجار بالأشخاص، حيث تقدم مشروعات متعددة لدعم جهود الحكومات في محاربة الاتجار بالأشخاص عن طريق تعزيز القدرات الرئيسية في التحقيقات والملاحقة القانونية، وتعزيز قدرة وزارات الصحة والمتطوعين في برامج صحة المجتمع لمساعدة ضحايا الاتجار بالأشخاص، ومساعدة المهاجرين المستضعفين الآخرين.

- دعم التعاون الدولي من خلال الاستجابة لطلبات الدول المتعلقة بشأن السجلات، والسماح بالتسليم العاجل للأفراد المتهمين بجريمة الاتجار والتي تقودها تلك العصابات الإجرامية المنظمة حيث يبذل تجار البشر غاية الجهد وكل الطرق لإخفاء معالم هذه الجريمة حتى لا تثار أية شبهة حولها.

- على الدول القيام بالتدابير الكفيلة بمنع ومكافحة الاتجار بالأشخاص كالأبحاث ومراجعة الإحصائيات وتحري دقة البيانات والمعلومات والحملات الإعلامية والمبادرات الاجتماعية والاقتصادية

وكل ما من شأنه عدم زيادة معدل الاتجار بالأشخاص وبصفة خاصة المرأة.

- ضرورة البحث عن حلول لمكافحة التفكك الأسري في المجتمعات المتاجرة بالأطفال- الدول المصدرة- الذي يؤدي إلى تمزق شخصية الطفل وانهيار البنية الاجتماعية وانخفاض المعدلات الصحية والنفسية للمجتمع.

- تجريم ومعاقة الدول المتسببة في تهية البيئة الخصبة لسماحة هذه الجريمة من الصراعات الداخلية وغيرها فضلاً عن أنه يقع على الدول المصدرة للبشر العبء الأكبر في مكافحة الجريمة المنظمة ومن ثم عليها وأد الأسباب التي يمكن أن تدفع مواطنيها للهجرة وارتكاب مثل هذه الجريمة.

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

١. أحمد شحاته، مضامين الجريمة عبر مواقع التواصل الاجتماعي وانعكاساتها النفسية والاجتماعية على الشباب، المجلة العربية لبحوث الإعلام والاتصال، العدد (٣١)، أكتوبر - ديسمبر ٢٠٢٠م.
٢. إسماعيل بن حماد الجوهري أبو النصر، المتوفى سنة ٣٩٣هـ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧م.
٣. أكرم عمر دهام، جريمة الاتجار بالأشخاص دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، دون طبعة، ٢٠١١م.
٤. آمال بيدي، تقدير حجم المساعي الأمية والوطنية في مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد (٦)، العدد (٢).
٥. أميرة عبد العظيم محمد عبد الجواد، جريمة الاتجار بالمرأة وآليات مكافحتها في ضوء المواثيق الدولية (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية)، كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات القاهرة، شعبة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر.
٦. جمال الدين محمد بن منظور، أبو الفضل، لسان العرب، دار صادر: بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٧. حساين عومرية، حياة مختاري، جريمة الاتجار بالأشخاص عبر الإنترنت كصورة مستحدثة للجريمة الإلكترونية، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد (١٧)، العدد (١)، يونيو ٢٠٢٣م.



٨. الحفناوي منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م.
٩. حميد علي البناي، عمار علي عبده قاسم، مكافحة الاتجار بالأشخاص عبر شبكات التواصل الاجتماعي، من واقع قضايا الاتجار بالأشخاص في شرطة دبي، مجلة الحكمة العالمية للدراسات الإسلامية والعلوم الإنسانية، العدد (٦)، الرقم (٣)، أغسطس ٢٠٢٣م.
١٠. خميخم محمد، تأثير التطور التكنولوجي على التمتع بالحقوق في الصحة والحياة النفايات الإلكترونية نموذجاً، بحث مقدم لمؤتمر انعكاسات التطور التكنولوجي على حقوق الإنسان في السلامة الجسدية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا، برلين.
١١. دليل عمل العاملين بمكتب شكاوى المرأة، الكتاب الخامس بعنوان: جرائم الاتجار بالأشخاص في ضوء القانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م، المجلس القومي للمرأة، الإصدار الأول، طبعة يونيو ٢٠٢١م.
١٢. الرشيد إسماعيل طاهر، أثر استخدام شبكات التواصل الاجتماعي على مهارات التواصل والشعور بالوحدة النفسية لدى طلبة جامعة الملك فيصل، المجلة العلمية لجامعة الملك فيصل، ٢٠١٩م.
١٣. رضا عبد الواحد أمين، استخدامات الشباب الجامعي لموقع يوتيوب على شبكة الإنترنت، دراسة منشورة ضمن وقائع مؤتمر تكنولوجيا الإعلام، جامعة البحرين، ٢٠٠٩م.
١٤. زينب ياقوت، واقع الجريمة عبر الفيسبوك وسبل الحد من انتشارها دراسة حالة الجزائر، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية علوم الإعلام والاتصال، جامعة الجزائر، المجلد (٧)، العدد (٢)، ٢٠٢٢م.

١٥. سلامي نادية، أ. فالح أسمهان، د. بن عمران إنصاف، مكافحة الاتجار الإلكتروني بالأشخاص في التشريع الجزائري، مؤتمر انعكاسات التطور التكنولوجي على حق الإنسان في السلامة الجسدية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا، برلين.
١٦. سلطان الجمال، الرائد د. حميد البناي، مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص عبر شبكات التواصل الاجتماعي، دراسة استشرافية لسبل مكافحة الاتجار بالأشخاص من واقع قضايا الاتجار بالأشخاص بإمارة دبي.
١٧. سمير سعدون، محمود خضر سلمان، حسن كريم عبد الرحمن، الجريمة الإلكترونية أثرها وسبل مواجهتها، بحث منشور على الموقع التالي بتاريخ ١٣/١٢/٢٠٢٤م:
<https://iasj.rdd.edu.iq/journals/uploads/2024/12/13/37a7d80aa58e0ef76b7364eb61d84529.pdf>.
١٨. عادل عبد العال إبراهيم، جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الإنترنت وطرق مكافحتها في التشريعات الجنائية والفقه الجنائي الإسلامي، بحث مقدم لكلية الشريعة والقانون بالدقهلية، جامعة الأزهر، مجلد (١٥)، العدد (٢)، ٢٠١٣م.
١٩. عبد الوهاب قريب الله مصطفى، الاتجار بالأشخاص وعلاقته بغسل الأموال، مذكرة ماجستير في الدراسات الجنائية والأمنية، جامعة الرباط، المغرب، ٢٠١٦م.
٢٠. عبد الغني محمود، حقوق المرأة في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩١م.
٢١. عبد الله دغش العجمي، المشكلات العملية والقانونية للجرائم الإلكترونية، دراسة مقارنة، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٤م.

٢٢. علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الحديث، القاهرة.
٢٣. فائزة باباخان، الدعارة عبر الإنترنت، بحث منشور على الرابط التالي:
www.aliwatannews.com
٢٤. محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت.
٢٥. القطاونة، مصعب، الإجراءات الجنائية الخاصة في الجرائم المعلوماتية، بحث مقدم لشبكة قانوني الأردن الإلكتروني ٢٠١٠م، ضمن بحوث منشورة على الرابط التالي:
<https://conferences.tiu.edu.iq/ilic/research-34-ilic2020/>
٢٦. لعجال ذهبية، تحديات مكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص في ظل التطور التكنولوجي، المحلل القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، المجلد (٢)، العدد (١)، ٢٠٢٠م.
٢٧. ليلى علي حسين صادق، جريمة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء كجريمة عابرة للحدود، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، ٢٠١١م.
٢٨. محمد الشناوي، استراتيجية مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص، مركز القومي للإصدارات القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤م.
٢٩. محمد بن الحسين الفراء، الأحكام السلطانية، تحقيق: محمد حامد الفقهي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية.
٣٠. محمد بن جرير الطبري، أبو جعفر (ت ٣١٠هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.



٣١. محمد بواط وبن فريجة رشيد، النفايات الخطرة وتأثيرها على التمتع بحقوق الإنسان، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، العدد (٦)، يونيو ٢٠١٨م.

٣٢. محمد خليفة، الحماية الجنائية لمعطيات الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.

٣٣. محمد سعيد الدقاق، اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفولة، الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، المؤتمر القومي حول مشروع اتفاقية حقوق الطفل، الإسكندرية، ١٩٨٢م.

٣٤. محمد علي العريان، الجرائم المعلوماتية، دار جامع الجديد، ٢٠٠٤م.

٣٥. مزيتي فاتح، دلاج محمد لخضر، حماية الأطفال من الاستغلال عبر شبكات التواصل الاجتماعي، بحث مقدم لمؤتمر: انعكاسات التطور التكنولوجي على حق الإنسان في السلامة الجسدية، إصدارات المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا، برلين. الرابط على الموقع التالي:

<https://democraticac.de/?p=74150>

٣٦. ناير نبيل عمر، الحماية الجنائية للمحل الإلكتروني في جرائم المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢م.

٣٧. نوال طارق إبراهيم، جريمة الاتجار بالأشخاص، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد.

٣٨. يحيى خير الله عودة، البيئة والسلوك الإجرامي (دراسة نظرية في الأنثروبولوجيا الجنائية)، مجلة الآداب، الجامعة المستنصرية، العدد (١٠٧).

ثانيًا: المراجع الأجنبية:

39. Al-Babayan, Human Development, Peace, Corruption, and Terrorism in the Arab World, USA, 2010.
40. Abdulatif Abdullah S Alkharji, The kingdom of Saudi Arabia's Kafala System concerning Migrant Domestic Workers and its Impact on the Fight against Human Trafficking, Karim Tahir, the kafala system in Saudi Arabia as a form of modern slavery (MSc in Globalization and Sustainable Development, Norwegian University of Science and Technology 2019).
41. Abdulatif Abdullah S Alkharji, The kingdom of Saudi Arabia's Kafala System concerning Migrant Domestic Workers and its Impact on the Fight against Human Trafficking, Bandar Hajjar. Amending the bail provisions and correcting the relationship between the employer and the migrant worker (National Association for Human Rights Riyadh, Saudi Arabia, 2008).
42. Abdulatif Abdullah S Alkharji, The kingdom of Saudi Arabia's Kafala System concerning Migrant Domestic Workers and its Impact on the Fight against Human Trafficking, These circulars and instructions can be found on the Ministry of Interior's website at the following link: <https://www.moi.gov.sa>, accessed 16 September 2022.
43. Abdulatif Abdullah S Alkharji, The kingdom of Saudi Arabia's Kafala System concerning Migrant Domestic Workers and its Impact on the Fight against Human Trafficking.
44. K. Das, some Reflections on implementing Human Rights, thirty year after the universal Declaration, Ramchan, the Hague Nijhoff, 1979.
45. UN Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 'Combined tenth and eleventh periodic reports submitted by Saudi Arabia under Article 9 of the Convention due in 2020' (27 February 2023), UN Doc CERD/C/SAU/10-11.

46. UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), 'Consideration of reports submitted by States parties under Article 18 of the Convention' (30 September 2016) UN Doc CEDAW/C/SAU/3-4 para 27.
47. UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), 'Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women' (09 November 2017) UN Doc CEDAW/C/SAU/Q/3-4/Add.1 paras 79-80.
48. UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), 'Concluding observations on the combined fourth to ninth periodic reports of Saudi Arabia' (08 June 2018) UN Doc CERD/C/SAU/CO/4-9 paras 19 and 20.

ثالثاً: مواقع الإنترنت:

٤٩. الأمم المتحدة:

<https://www.un.org/ar/observances/end-human-trafficking-day/background>

٥٠. مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة:

<http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/glotip>

٥١. منظمة المجتمع العلمي العربي:

<https://arsco.org/articles/article-detail-16238>

٥٢. الموقع الرسمي لمنظمة الصحة العالمية:

<http://www.who.int/bulletin/volumes>

٥٣. الموقع الرسمي لمنظمة الهجرة الدولية:

<http://www.iom.int>

٥٤. موقع منظمة العمل الدولية:

<http://www.ilo.org/wcmsp5>

٥٥. موقع وزارة الخارجية الأمريكية:

<http://www.state.gov/documents>

٥٦. تقرير مكافحة الاتجار بالبشر لعام ٢٠٢٣م، المملكة العربية السعودية:

<https://sa.usembassy.gov/ar/%D8%AA%D9%82%D8%B1%D9%8A%D8%B1-%D9%85%D9%83%D8%A7%D9%81%D8%AD%D8%A9>





الأحكام المتعلقة باستخدام الأسلحة في الحرب

دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقيات الدولية

د. عبد الله بن عمر بالبيد

الأستاذ المشارك في قسم السياسة الشرعية

بالمعهد العالي للقضاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه
أجمعين، أما بعد..

فينادي العالم اليوم بعدم الخوض في الحرب؛ وذلك حفظاً للأرواح
وعدم إراقة الدماء، ولنشر الأمن والسلم في المجتمع الدولي، ومع
ذلك فإن الحروب ما زالت قائمة وهي موجودة من قديم الزمان،
ويتم في هذه الحروب استخدام عدة أنواع من الأسلحة سواء كانت
الأسلحة الخفيفة أو الأسلحة الثقيلة.

ومع أن المجتمع الدولي ينادي بعدم الخوض في الحرب إلا أنه
ينادي أنه حين الخوض في الحرب فإنه يجب استخدام أسلحة معينة،
وأن الدول ليس لها حرية استخدام الأسلحة التي يحلو لها، حيث نص
ميثاق الأمم المتحدة على أنه يجب على الدول في علاقاتها الدولية مع
الدول الامتناع عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها^(١).

ومع ذلك نجد بعض الدول لا تزال لا تطبق قواعد الحرب،
وتستخدم بعض الأسلحة المحرمة أو بعض الأسلحة التي تتجاوز
الأهداف العسكرية، بالإضافة إلى أن من أهم مبادئ القانون الدولي
الإنساني هو: مبدأ التمييز، ومبدأ التناسب، ومبدأ التمييز أي التمييز
بين المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، ومبدأ

(١) انظر: المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة، ١٩٤٥ م.

التناسب أي التناسب في إحداث الضرر وعدم تجاوز ذلك إلى غيره من الأعيان المدنية.

فأهم قواعد استخدام الأسلحة في الحرب هو عدم التعرض للمدنيين ومواجهتهم بأي حال من الأحوال، ولا يتم استخدام الأسلحة إلا في مواجهة المقاتل في الحرب دون غيره، بالإضافة إلى أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال توجيه السلاح ضد الأعيان المدنية، وألا يتم توجيه السلاح إلا ضد الأهداف العسكرية دون غيرها، لذا في هذا البحث سيتم تسليط الضوء على الأحكام المتعلقة باستخدام الأسلحة في الحرب في ضوء الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته:

الحروب كانت ولا تزال قائمة في المجتمع الدولي، وعانى الناس من ويلات هذه الحروب التي أراقت الدماء وأزهقت الأرواح، ونتج عنها الكثير من الدمار في الممتلكات، والخسائر في الأرواح، وكل ذلك بسبب الأسلحة التي تستخدمها الدول في حروبها مع بعضها البعض، لذا فإن من أسباب اختيار الموضوع هو البحث في هذه الأسلحة وبيان مدى جواز استخدامها من عدمه مع بيان الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بها، بالإضافة إلى الرغبة في تقديم الفائدة المرجوة إن شاء الله من خلال هذا البحث لا سيما وأناي لم أجد فيما أعلم من قام بدراسة هذا الموضوع دراسة تحليلية، لذا جعلت عنوان هذا البحث:

«الأحكام المتعلقة باستخدام الأسلحة في الحرب - دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقيات الدولية».

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

المبحث الأول: التعريف بعنوان البحث:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف السلاح لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الحرب لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة باستخدام السلاح في الحرب:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الأسلحة التي يجوز استخدامها في الحرب.

المطلب الثاني: الأسلحة المقيد استخدامها في الحرب.

المطلب الثالث: الأسلحة التي لا يجوز استخدامها في الحرب.

المبحث الثالث: التحليل والمناقشة للاتفاقيات الدولية.

الخاتمة:

أهم النتائج المستخلصة من البحث والتوصيات.

المبحث الأول التعريف بعنوان البحث

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف السلاح لغة واصطلاحاً:

تعريف السلاح لغة:

السلاح لغة: من سَلَحَ وسَلَحاً وسلاحاً فهو سَالِح، والسَالِح ذو السلاح، والسلاح اسم جامع لآلة الحرب في البر والبحر والجو^(١)، والسَّلاح من عِدَاد الحرب ما كان من حديد، حتى السَّيف وحده يُدعى سِلَاحاً^(٢)، والسِّلَاحُ مذكّر، لأنّه يُجمَع على أسلحة، فهذا جمع المذكر مثل حمار وأحمر، ورداء وأردية، وتسليح الرجل: لبس السلاح، ورجلٌ سَالِحٌ: معه سلاح، والمُسَلَّحَةُ: قوم ذوو سِلَاح^(٣)، والسلاح: اسم جامع لآلة الحرب، وخص بعضهم به ما كان من الحديد، والجمع

(١) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، ١/ ٤٤١.

(٢) لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ، ٢/ ٤٨٦، وانظر: كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار الهلال، ١٤١/٣.

(٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧م، ١/ ٣٧٦، وانظر: مختار الصحاح، زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٩٩٩م، ص ١٥٣.

أسلحةٌ وسُلُحٌ وسُلُحانٌ^(١)، وسلح أي أخذ سلاحه، وتسليح فلان، وسليحته، وكل عدة للحرب فهو سلاح^(٢)، والسلاح: ما أعدته للحرب من آلة الحديد مما يقاتل به، والسيف وحده يسمى سلاحاً^(٣).

تعريف السلاح اصطلاحاً:

السلاح اصطلاحاً تم تعريفه بعد تعريفات، وأغلب التعريفات لا تخرج عن معناه اللغوي، فهناك من عرفه بأنه: «كل آلة جارحة كالسيف والسكين ونحوهما يُقتل به»^(٤)، وقيل: هو اسم جامع لآلة الحرب، أي كل ما يقاتل به، وخصه بعضهم بما كان من الحديد وربما خص به السيف^(٥).

- (١) المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسي، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م، ٣/ ١٩٥.
- (٢) أساس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمرو الزمخشري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م، ١/ ٤٦٨.
- (٣) النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين محمد بن محمد الشيباني الجزري، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م، ٢/ ٣٨٨، وانظر: تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن عبدالرزاق الحسيني، دار الهداية، ٦/ ٤٧٨.
- (٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم محمد، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، ٨/ ٣٢٧.
- (٥) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، مطابع دار الصفوة، مصر، الطبعة الأولى، ١٤٦/ ٢٥، وانظر: تهذيب اللغة، محمد بن أحمد الأزهرى، دار إحياء التراث العربى، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، ٤/ ١٨٠، وانظر: التوقيف على مهمات التعريف، زين الدين عبدالرؤوف زين العابدين الحدادي، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م، ص ١٩٧.

أو هو: ما يقاتل به في الحرب ويدافع عنه^(١)، أو هو: اسم جامع لآلة الحرب والقتال في البر والبحر والجو، أي ما يعد للحرب^(٢)، أو هو: كل أدوات الحرب^(٣)، والسلاح الأبيض هو: آلة حادة تُستخدم كسلاح بدون استعمال بارود أو متفجرات وكسكين ونحوه، وسلاح الجو هو: سلاح الطيران في كل ما يتعلق بالطائرات الحربية والعاملين فيها من أسلحة وأشخاص^(٤).

من خلال ما سبق يتضح أن السلاح هو أي آلة تُستخدم في مواجهة العدو في الحرب إما للدفاع عن النفس أو للانتصار وإضعاف قوة العدو، سواء كانت من الأسلحة الخفيفة كالسيوف والرماح وغيرها، أو كانت من الأسلحة الثقيلة كالقنابل والمتفجرات وغيرها.

- (١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي الحموي، المكتبة العلمية، بيروت، ١/ ٢٨٤.
- (٢) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، ١٩٨٨م، ص ١٧٩، وانظر: التعريفات الفقهية، محمد عيم البركتي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، ص ١١٤.
- (٣) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس وحامد صادق، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٩٨٨م، ص ٢٤٧.
- (٤) معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ٢/ ١٠٩٠.

المطلب الثاني: تعريف الحرب لغة واصطلاحاً:

تعريف الحرب لغة:

الحرب لغة: من حَرَبَ حرباً من باب تعب أي أخذ جميع ماله فهو حريب، وحَرَبَ فهو محروب والحرب المقاتلة والمنازلة^(١)، وَرَجُلٌ حَرْبٌ وَمَحْرَبٌ وَمَحْرَابٌ: شَدِيدُ الْحَرْبِ شَجَاعٌ، وَرَجُلٌ حَرْبٌ: عَدُوٌّ مُحَارِبٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحَارِباً، وَقَوْمٌ مُحْرَبَةٌ، وَحَارَبَهُ مُحَارَبَةً وَحِرَاباً، وَتَحَارَبُوا، وَاحْتَرَبُوا^(٢)، والحرب: نقيض السلم يعنون به القتال، والحرب هو الترامي بالسهم ثم المطاعنة بالرمح ثم المجالدة بالسيوف ثم المعانقة والمصارحة إذا تزاحموا^(٣)، ويقال: وَرَجُلٌ مُحْرَبٌ أَي شَجَاعٌ، وَفُلَانٌ حَرْبٌ فُلَانٍ أَي يُحَارِبُهُ، ودار الحرب: بلادُ المشركين الذين لا صُلْحَ بينهم وبين المسلمين، وَحَرَبْتَهُ تَحْرِيباً أَي حَرَشْتُهُ عَلَى إِنْسَانٍ فَأُولِعَ بِهِ وَبَعْدَاوَتُهُ^(٤)، وَالْحَرْبُ تُؤَنَّثُ، يُقَالُ: وَقَعَتْ بَيْنَهُمْ حَرْبٌ، قَالَ الْخَلِيلُ: تَصْغِيرُهَا حَرِيبٌ بِلَا هَاءٍ، وَرَجُلٌ مُحْرَبٌ بِكسر الميم، أَي

(١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي الحموي، ١/ ١٢٧، وانظر: المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ١/ ١٦٣.

(٢) القاموس المحيط، مجد الدين أبوطاهر محمد الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثامنة، ٢٠٠٥م، ١/ ٧٣، وانظر: لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري، ١/ ٣٠٣.

(٣) تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن عبدالرزاق الحسيني، ٢/ ٢٤٩.

(٤) كتاب العين، أبو عبدالرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، ٣/ ٢١٤. القاموس المحيط، مجد الدين أبوطاهر محمد الفيروزآبادي، ١/ ٧٣.

صاحب حروب، وحرِبَ الرجل بالكسر أي اشتدَّ غضبه^(١)، وقد حاربَه مُحَارَبَةً وجرابًا، ورجل حَرْبٍ ومُحَرَّبٌ ومُجْرَابٌ: شديد الحَرْبِ شُجَاعٌ، وقيل: مُحَرَّبٌ ومُجْرَابٌ، صاحب حَرْبٍ، والحرب الآلة وجمعها حراب^(٢)، والحَرْبُ أي نهب مال الإنسان وتركه لا شيء له^(٣).

تعريف الحرب اصطلاحاً:

عُرف الحرب اصطلاحاً بعدة تعريفات، فمنهم من قال إن الحرب هي: «حالة عداة وكفاح مسلح بين فريقين، تقتضي إباحة الدماء والأموال»^(٤)، وهناك من عرفها بأنها: «دفع بشدة عن اتساع المدافع بما يطلب منه الخروج فلا يسمح به ويدافع عنه بأشد مستطاع»^(٥)، أو هي: قتال بين فئتين^(٦)، أو قتال ونزال بين فئتين، عكس السلم^(٧).

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل الجوهري، ١/ ١٠٨.

(٢) المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسى، ٣/ ٣١٢.

(٣) النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين محمد بن محمد الشيباني الجزري، ١/ ٣٥٨.

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، دار السلاسل، الكويت، الطبعة الثانية، ٧/ ١٠٨.

(٥) التوقيف على مهمات التعريف، زين الدين عبدالرؤوف زين العابدين الحدادي، ص ١٣٧.

(٦) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو حبيب، ص ٨٤.

(٧) المقصود بالحرب في هذا البحث: الحرب التي تكون في ساحة المعركة باستخدام أي نوع من أنواع من الأسلحة، لأن الحرب لها عدة معانٍ، فهناك حرب الاستنزاف وهي المناوشات الحربية غير المتصلة بالحرب القصد منها استهلاك طاقة العدو وإفناء موارده، وهناك الحرب الإعلامية التي تقوم بها أجهزة =

والحرب هو: قتال العدو بالأسلحة^(١)، أو هي: المقاتلة والمنازلة^(٢)، وعُرف الحرب بأنه: العنف الجماعي المنظم الذي يؤثر إما على العلاقات بين مجتمعين أو أكثر أو تؤثر على علاقات القوة داخل المجتمع^(٣).

من خلال ما سبق؛ يتبين أن الحرب هو قتال بين دولتين أو أكثر وذلك باستخدام الأسلحة في أرض المعركة لإضعاف قوة العدو وللانتصار فيها على الخصم.

= الإعلام في الدول المتنازعة، والحرب الأهلية أو الطائفية وهي الصراع المسلح الذي يقع بين أبناء الوطن الواحد، وهناك حرب الأعصاب وهي حرب نفسية تهدف إلى إرباك وإنقاص الروح المعنوية للخصم، أو الحرب النفسية التي فيها محاولة التأثير على المعنويات في أوقات الحرب، والحرب الباردة وهي الحرب التي سلاحها الدعاية والكلام والتصريحات الاستفزازية. انظر: معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار، ١/ ٤٦٤.

(١) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس وحامد صادق، ص ١٧٨.

(٢) التعريفات الفقهية، محمد عميم البركتي، ص ٧٨.

(٣) انظر: القاموس العملي للقانون الإنساني، <https://ar.guide-humanitarian-law.org/content/article/5/hrb>

/org/content/article/5/hrb

المبحث الثاني

الأحكام المتعلقة باستخدام السلاح في الحرب

تمهيد:

لا تستطيع الدول ممثلة بجنودها خوض الحرب إلا عن طريق استخدام الأسلحة، ولا تستطيع الدولة الانتصار على خصمها إلا عن طريق استخدام السلاح، لا سيما وأن بعض الدول تتباهى بما لديها من أسلحة ولا تتوفر هذه الأسلحة لدى الخصم أو الدول الأخرى كامتلاك الأسلحة النووية وغيرها، ولقد تطورت الأسلحة في زمننا هذا تطوراً كبيراً، حيث إن المقاتلين في قديم الزمان كانت أسلحتهم أسلحة بدائية كالسيوف والحجارة وغيرها، ثم تطورت الأسلحة مع مرور الزمن حيث كان المقاتلون يستخدمون المسدسات والقنابل والصواريخ وغيرها، وتطورت في يومنا هذا إلى استخدام الأسلحة النووية والأسلحة البيولوجية وأسلحة الليزر وغيرها.

إن التطور الرهيب في التكنولوجيا والسرعة المذهلة في ابتكار أسلحة جديدة خطيرة الاستعمال وتدميرية الأثر، جعل المجتمع الدولي ينادي للبحث في كيفية تنظيم وسائل استخدام هذه الأسلحة في الحرب وذلك من خلال الإعلانات والاتفاقيات والمعاهدات الدولية وغيرها

والتي من شأنها أن تمنع أو تقيد استعمال بعض الأسلحة^(١)، هذه الأسلحة بأنواعها لها أحكام في استخدامها، فمع أن الدول تنادي بعدم الخوض في الحرب إطلاقاً حفظاً للأرواح والأنفس والممتلكات، ولكن حين الخوض في الحرب فإن الدول ليس لها حرية استخدام الأسلحة وإنما هي مقيدة باستخدام أسلحة معينة دون غيرها، فقد نصت المادة الثانية والعشرون من اتفاقية لاهاي بشأن قوانين وأعراف الحرب البرية عام ١٩٠٧م على أنه: «ليس للمتحاربين حق مطلق في اختيار وسائل إلحاق الضرر بالعدو»^(٢)، والهدف من ذلك ألا يتضرر المدنيون والمقاتلون والأعيان العسكرية والمدنية من جراء الاستخدام الزائد لهذه الأسلحة والتي ليس هنالك أي مبرر لاستخدامها، وأن يتم من خلال استخدام السلاح استهداف الأعيان العسكرية فقط دون الأعيان المدنية، وأن يتم توجيه السلاح ضد المقاتل في الحرب فقط دون غيره من المدنيين أو الذين لم يشاركوا في الحرب.

ولقد كانت قواعد الحرب في سير العمليات الحربية ما هي إلا عادات وأعراف ثم تحولت إلى قواعد قانونية مكتوبة تم تدوينها في شكل اتفاقيات ومعاهدات، فالقانون الدولي الإنساني يتضمن أمرين

(١) الضرورة العسكرية في نطاق القانون الدولي الإنساني، روشو خالد، رسالة دكتوراه مقدمة في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٣م، ص ١٤٧.

(٢) اتفاقية لاهاي بشأن قوانين وأعراف الحرب البرية ١٩٠٧م، ونصت على ذلك المادة (٣٥) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربع عام ١٩٧٧م.

هما: حماية الأشخاص، وفرض قيود على أساليب الحرب^(١)، ومن هذه القيود الأسلحة التي تستخدمها الدول في مواجهة أعدائها، لذا سنبين من خلال المطالب التالية الأحكام المتعلقة باستخدام الأسلحة وموقف المنظمات الدولية حيالها.

المطلب الأول: الأسلحة التي يجوز استخدامها في الحرب.

من الطبيعي حين لجوء دولتين أو أكثر إلى الحرب فإنه لا بد فيها من استخدام الأسلحة، ولهذا فالحرب باستخدام الأسلحة هي النزاع المسلح أي النزاع الذي يكون بين دولتين باستخدام السلاح، ولا تستطيع دولة إظهار قوتها إلا من خلال استخدام جنودها للأسلحة، وحين يتم اللجوء للحرب فإن هناك أسلحة لا مانع من استخدامها في الحرب لشل قدرة العدو وإضعاف قواته العسكرية كالأسلحة التقليدية^(٢)، وهي الأسلحة الأكثر شيوعاً في استخدامها في عصرنا

(١) كان اللجوء إلى الحرب في السابق كطريقة لتسوية الخلافات الدولية أمراً مشروعاً مهما كانت الدوافع، حيث تعتبر من مظاهر السيادة للدولة تلجأ إليها متى شاءت، وتستخدم الوسائل التي تراها دون ضوابط. انظر: الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، ٢٠١١م، ص ١٢. وانظر: القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، المركز الديمقراطي العربي للدراسات السياسية والاقتصادية، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م، ص ٢٠.

(٢) لا يوجد تعريف واضح للأسلحة التقليدية، ولكن عرفت الأمم المتحدة الأسلحة التقليدية بأنها هي أسلحة غير أسلحة الدمار الشامل، أو هي الأسلحة الصغيرة والخفيفة والتي تكون من الفئات الأساسية السبع للأسلحة التقليدية =

الحاضر كالمسدسات والدبابات القتالية والمركبات والطائرات القتالية والمروحيات الهجومية والسفن الحربية والقذائف وغيرها، ولا يحظر ميثاق الأمم المتحدة على الدول امتلاك واستخدام الأسلحة التقليدية إذا كان ذلك يتوافق مع مبادئ القانون الدولي، ولكن هناك بعض الأسلحة التقليدية قد تسبب قلقاً إنسانياً في طريقة استخدامها أو بسبب تصميمها التي لا تتوافق مع القانون الدولي الإنساني، وهذا ما جعل المجتمع الدولي يقوم بدوره لوضع القواعد والقيود الملزمة فيما يتصل باستخدام الأسلحة التقليدية من خلال الاتفاقية التي تمت في عام ١٩٨٠م بشأن حظر أو تقييد استخدام أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر وبرتوكولاتها الملحق بها، حيث إن بعض الأسلحة التقليدية كالألغام الأرضية المضادة للأفراد أو الذخائر العنقودية عشوائية بطبيعتها وتسبب أضراراً غير مقبولة ولهذا اتفقت الدول على حظرها وإزالتها بشكل كامل، كما تم ذلك من خلال اتفاقية حظر استخدام وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة

= وهي: دبابات المعارك، مركبات القتال المدرعة، منظومة المدفعية من العيار الكبير، الطائرات المقاتلة والمركبات المقاتلة المسيرة من دون طيار، والمروحيات الهجومية، والسفن الحربية والصواريخ، ومطلقات القذائف، انظر: موقع الأمم المتحدة: <https://disarmament.unoda.org/conventional-arms> و <https://www.ohchr.org/ar/arms-and-weapons>

للأفراد وتدمير تلك الألغام عام ١٩٩٧م، والاتفاقية المتعلقة بالذخائر العنقودية عام ٢٠٠٨م^(١).

إن بعض الدول تقوم باستخدام بعض الأسلحة التقليدية استخداماً غير سليم مما يسفر عن إصابات أو وقوع قتلى، أو يقوموا باستخدامها لإيقاع الضرر بأشخاص لا يشكلون تهديداً خطيراً، لذا فحق الحياة هو حق لكل إنسان فلا يجب استخدام هذه الأسلحة إلا بتوفر شرطي الضرورة والتناسب، وذلك في الحالات التي يثبت أو يتضح عدم فعالية التدابير الأخرى الأقل ضرراً للتصدي للخطر^(٢).

لذا فإن الأمم المتحدة قد أصدرت عدداً من المبادئ الأساسية بشأن استخدام القوة والأسلحة، حيث أجازت للدول استخدام القوة والأسلحة مع ضرورة التقيد بهذه المبادئ، مثل: ضرورة تزويد الجنود بمجموعة من الأسلحة والذخائر تسمح بالتنوع في استخدامها لتقدير التمييز بين الضرورة والتناسب، وينبغي أن تشمل هذه الأسلحة بعض الأسلحة التي تعطل الحركة وغير قاتلة في استخدامها بهدف تقييد استخدام الوسائل المميتة أو المؤذية للأفراد، وعليهم كذلك عدم اللجوء إلى العنف أو استخدام القوة أو الأسلحة النارية إلا حين تكون الوسائل الأخرى غير فعالة أو لا يتوقع لها أن تحقق النتيجة المطلوبة،

(١) موقع الأمم المتحدة السابق.

(٢) توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكاً في سياق إنفاذ القانون، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، ٢٠٢٠م، ص ١.

و حين اللجوء إلى استخدام القوة والأسلحة النارية فلا بد من استخدام طريقة تناسب مع خطورة الجرم، وتقليل الضرر والإصابة واحترام وصون حياة الإنسان، ولا يجوز في جميع الأحوال استخدام الأسلحة النارية القاتلة عن قصد إلا عندما يتعذر تماماً تجنبها من أجل حماية الأرواح وبعد توجيه تحذير واضح يعلن العزم على استخدام هذه الأسلحة مع منح وقت كافٍ للاستجابة لهذا التحذير^(١).

كما ذكرت الأمم المتحدة في المبادئ المتعلقة باستخدام القوة في الحرب أنه يجب أن يمثل أي استخدام للقوة لمبادئ الشرعية والحيلة والضرورة^(٢) والتناسب وعدم التمييز والمساءلة، ولا يمكن تبرير

(١) المبادئ الأساسية بشأن استخدام القوة والأسلحة النارية من جانب الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون، الأمم المتحدة، ١٩٩٠ م.

(٢) نصت المبادئ الأساسية أعلاه، وتوجيهات الأمم المتحدة بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكاً، وكذلك مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة في الأمم المتحدة عام ١٩٧٩ م على أن وجوب استخدام وسائل سلمية للسعي لحل المشكلة قبل استخدام الضرورة، وإذا لم تفلح هذه المساعي ولا يوجد بديل إلا استخدام القوة فإنه لا يستخدم إلا الحد الأدنى من القوة اللازمة لتحقيق الهدف المشروع من الضرورة، ويجب أن يتوقف استخدام القوة بمجرد أن تتفني صورته. انظر: توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكاً في سياق إنفاذ القانون، الأمم المتحدة، ص ٦، وانظر: المادة الثالثة من مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة في الأمم المتحدة عام ١٩٧٩ م.

استخدام القوة إلا إذا كان لتحقيق هدف مشروع^(١).

يتضح مما سبق أنه يجوز للدولة إذا اضطرت إلى خوض الحرب أن تستخدم الأسلحة التقليدية التي تتوافق مع مبادئ القانون الدولي الإنساني، وأن يتم استخدام هذه الأسلحة مع التقيد بمبدأ التمييز والضرورة والتناسب، حيث إن التمييز هو التمييز بين المدنيين والمقاتلين، والأعيان المدنية والعسكرية، والضرورة هي ألا يتم استخدام السلاح إلا للضرورة العسكرية، والتناسب هو استخدام الطريقة التي تتناسب مع استخدام السلاح لاستهداف الهدف المشروع وذلك لتقليل الإصابات قدر الإمكان والحفاظ على الأرواح والممتلكات، وإن أي تجاوز لما سبق يعتبر أمراً غير مشروع في القانون الدولي الإنساني.

المطلب الثاني: الأسلحة المقيدة استخدامها في الحرب:

اعتمدت الأمم المتحدة عام ١٩٨٠م اتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر، وناقشت مجموعة من الأسلحة كالرصاصة الصغيرة والأسلحة الانفجارية والانشطارية وأسلحة الليزر وغيرها، وألحقت بهذه

(١) توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكاً في سياق إنفاذ القانون، الأمم المتحدة، ص ٤.

الاتفاقية خمسة بروتوكولات نظمت استخدام بعض أنواع الأسلحة^(١)، فهناك أسلحة يجوز تقييد استخدامها في حالات معينة كحظر استخدام أسلحة محرقة ملقاة من الجو ضد هدف عسكري يقع في منطقة بها حشد من المدنيين، أو استخدام الألغام الأرضية^(٢)، وهناك أسلحة لا يجوز استخدامها إطلاقاً كالشظايا التي لا يمكن الكشف عنها.

والبروتوكول الثاني والمتعلق بحظر أو تقييد استعمال الألغام والأشراك الخداعية والنبائط الأخرى والملحق لاتفاقية حظر أو تقييد أسلحة تقليدية معينة يحرم استعمال أي لغم أو شرك خداعي أو ذخائر تسبب إصابات أو أضرار زائدة، إلا أنه يفهم من نص المادة الرابعة من ذات البروتوكول جواز استعمال ألغام مضادة للأفراد شريطة إمكانية الكشف عنها ومعرفة مواقعها، حيث نصت المادة الرابعة على أنه «يحظر استعمال ألغام مضادة للأفراد غير قابلة للكشف عنها حسبما هو محدد في الفقرة الثانية من المرفق التقني»، ونصت الفقرة الثانية من المرفق التقني التابع لهذا البروتوكول على عدة أمور متعلقة بالمواصفات

(١) البروتوكول الأول بشأن الشظايا التي لا يمكن الكشف عنها، والبروتوكول الثاني المتعلق بحظر أو تقييد استعمال الألغام والأشراك الخداعية والنبائط الأخرى، والبروتوكول الثالث بشأن حظر أو تقييد الأسلحة المحرقة، والبروتوكول الرابع بشأن أسلحة الليزر المسببة للعمى، والبروتوكول الخامس بشأن المخلفات الحربية غير المتفجرة بعد الحرب.

(٢) القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠١٤م، ص ٥٠، وانظر: دراسات حول القانون الدولي الإنساني العرفي، جون ماري هنكرتس، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠٠٥م، ص ٢٤.

القابلة للكشف عن هذه الألغام كضرورة احتواء الألغام على مواد في بنائها تتيح الكشف عنها، وأن الألغام المبتوثة عن بعد يجب أن تدمر نفسها خلال ثلاثين يوماً بعد نصبها أو يكون فيها خاصية التخميد أو التدمير الذاتي^(١).

وبالتالي يفهم مما مضى جواز استخدام الألغام المضادة للأفراد بشرط أن تكون قابلة للكشف عنها، أما الألغام المبتوثة عن بعد فلا بد أن تكون مزودة بآليات للتدمير أو التخميد الذاتي، أما إذا لم تكن مزودة بخاصية التدمير أو التخميد الذاتي فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من ذات البروتوكول على جواز استخدامها شريطة أن توضع هذه الأسلحة داخل منطقة محددة بعلامات ذات طابع مميز وواضحة يرصدها أفراد عسكريون وتحميها أسيجة أو أي وسيلة ضماناً لحماية المدنيين عنها، وأن يتم إزالة هذه الأسلحة قبل مغادرة المنطقة^(٢).

(١) إضافة إلى ذلك فإن القانون الدولي حينما نص على هذه الاشتراطات فإنه ينص كذلك على وجوب إزالة هذه الألغام بعد انتهاء الأعمال العدائية، انظر: البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية المتعلق بحظر أو تقييد استعمال الألغام والأشراك الخداعية والنبائط الأخرى، ١٩٩٦ م.

(٢) نصت الفقرة السادسة من ذات المادة الخامسة على جواز استخدام هذه الألغام والأشراك الخداعية دون اشتراط وضع سياج أو وسائل حماية حولها إذا كانت الأسلحة تقذف شظايا في محيط قوس أفقي يقل عن ٩٠ درجة وكان موقعها في الجوار المباشر للوحدة العسكرية وكانت المنطقة يرصدها أفراد عسكريون. انظر: البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية المتعلق بحظر أو تقييد استعمال الألغام والأشراك الخداعية والنبائط الأخرى، ١٩٩٦ م.

وأما الشراك الخداعية والنبائط الأخرى فلكي يكون استخدامها مشروعاً فإنه لا بد من احترام المبادئ العامة التي تنظم سير العمليات العدائية وأبرزها مبادئ التمييز والتناسب والاحتياط، حيث إن استخدام الشراك الخداعية والنبائط الأخرى قد يمثل خطراً جسيماً على المدنيين بالنظر إلى طبيعتها وطريقة استخدامها، ولا يكون استخدامها قانونياً إلا إذا وضعت على هدف عسكري أو على مقربة منه مع اتخاذ التدابير اللازمة لحماية المدنيين من أثارها كوضع علامات أو تحذيرات أو غيرها^(١).

كما أن البروتوكول الثالث يحظر استخدام الأسلحة المحرقة^(٢) ضد المدنيين والأهداف العسكرية التي تقع داخل تجمع مدنيين، وكذلك حظر استخدامها في الغابات ذات الكساء النباتي إلا أنه أجاز استخدام الأسلحة المحرقة ضد الأهداف العسكرية إذا كانت لا تقع في تجمع المدنيين مع اتخاذ جميع الاحتياطات لتفادي التخفيف من وقوع الخسائر في أرواح المدنيين أو إصابتهم بجروح أو تلف الأعيان المدنية، كما تميز

(١) القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠١٦م، ص ١١٠.

(٢) الأسلحة المحرقة هي: أي سلاح أو ذخيرة مصممة لإشعال النار في الأشياء أو تسبب حروقاً في الأشخاص بفعل اللهب أو الحرارة أو مزيج من اللهب والحرارة. انظر: الفقرة الأولى من المادة الأولى من البروتوكول الثالث الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية بشأن حظر أو تقييد استعمال الأسلحة المحرقة، ١٩٨٠م.

كذلك استخدام الأسلحة المحرقة في الغابات إذا تم استخدامها كستر أو إخفاء أو تمويه لمقاتلين أو أهداف عسكرية أو تكون هي ذاتها أهدافاً عسكرية^(١).

بالإضافة إلى أن البروتوكول الرابع المتعلق بحظر استخدام أسلحة الليزر المسبب للعمى، فقد نصت المادة الأولى منه على حظر استخدام أسلحة الليزر المصممة لتكون وظيفتها إحداث العمى الدائم للرؤية، ونصت المادة الثالثة من ذات البروتوكول على أن الحظر لا يشمل الإعماء الحاصل كأثر عرضي أو مصاحب للاستخدام العسكري لأنظمة الليزر، مثل استخدام نظم الليزر في التعرف على أهداف معينة أو نظم توجيه الذخيرة، والأسلحة المصممة لإحداث عمى مؤقت، فهذا لا يعتبر من أسلحة الليزر المسببة للعمى المحظورة^(٢)، أي يفهم من هذا أن أسلحة الليزر التي تكون مصممة لإحداث عمى دائم لا يجوز استخدامها، بينما إذا لم تكن مصممة لذلك ولكنها قد تحدث عمى أو عمى مؤقت فيجوز استخدامها؛ لأنها تعتبر من الآثار العرضية من جراء استخدامها.

كما ذكرت الأمم المتحدة في المبادئ المتعلقة باستخدام القوة في الحرب أنه لا يمكن تبرير استخدام القوة إلا إذا كان لتحقيق هدف

(١) المادة الثانية من البروتوكول الثالث الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية بشأن حظر أو تقييد استعمال الأسلحة المحرقة، ١٩٨٠ م.

(٢) القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، ص ١١٤.

مشروع، وأنه حين استخدام السلاح فلا بد للسلطات المختصة أن تضع شروطاً لاستخدام المعدات والأسلحة الأقل فتكاً^(١) ويجب أن يتم تقييد استخدامها من أجل التقليل إلى أدنى حد من خطر الإصابة^(٢).

المطلب الثالث: الأسلحة التي لا يجوز استخدامها في الحرب.

من الطبيعي أن يتم استخدام الأسلحة في حال النزاع المسلح، ولكن إذا تم استخدام السلاح فهناك أسلحة لا يجوز استخدامها في الحرب كاستخدام أسلحة أو قذائف أو قنابل أو غيرها تسبب أضراراً زائدة في الحرب أو آلاماً لا لزوم لها، فقد عرفت محكمة العدل الدولية الآلام التي لا لزوم لها بأنها: الآلام التي ضررها أكبر من الضرر الذي لا مفر منه، كالمنع من استهداف عيون الجنود بأشعة الليزر؛ لأن محاولة التعمد في إحداث العمى الدائم بهذه الطريقة يكون من أسلوب إلحاق أضرار زائدة أو آلام لا لزوم لها^(٣)، وحظرت كذلك اتفاقيات جنيف الأربع تعمد إحداث آلام شديدة أو الإضرار الخطير بالسلامة البدنية

(١) تستخدم التوجيهات عبارة الأقل فتكاً؛ لأن استخدام أي سلاح ولو كان يسيراً يمكن أن تنتج عنه وفيات، انظر: توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكاً في سياق إنفاذ القانون، الأمم المتحدة، ص ١.

(٢) توجيهات الأمم المتحدة بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكاً في سياق إنفاذ القانون، الأمم المتحدة، ص ٥.

(٣) القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٤٨، لا توجد معايير واضحة حول الأضرار الزائدة أو الآلام والإصابات التي لا مبرر لها، ولكن تشترط القاعدة تحقيق توازن بين اعتبارات الضرورة العسكرية والإنسانية، انظر: القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، ص ١٠٦.

أو بالصحة^(١)، فإذا كان المقصود من ذلك عدم إلحاق ضرر زائدة أو آلام لا لزوم لها بالمقاتل الذي يقاتل في ساحات القتال، فإن المدنيين من الأطفال والنساء والشيخوخ والذين لم يشاركوا في الحرب من باب أولى في عدم إلحاق الأذى بهم فضلاً عن تعرضهم لآلام لا لزوم لها.

إن الهدف من الحرب هو إحراز النصر وكسر شوكة العدو دون أن يتم الاعتداء على المدنيين، ودون إلحاق اعتداء زائد على المقاتلين، وإذا تم هذا الاعتداء فإن هذا يعتبر من الأفعال اللاإنسانية ويخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني، ويعتبر السلاح الذي تم استخدامه من الأسلحة التي يحظر استخدامها لإلحاقه الضرر الزائد على المقاتلين وكذلك المدنيين، وهذا ما نص عليه إعلان سانت بطرسبورغ عام ١٨٦٨م الذي نادى بعدم استخدام أسلحة ضارة وقت الحرب والتخفيف قدر الإمكان من كوارث الحرب، كما نادى الإعلان بعدد

(١) حيث نصت اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الإضافي الأول على أن المخالفات الجسيمة هي تعمد إحداث آلام شديدة أو الإضرار الخطير بالسلامة البدنية أو بالصحة، وتدمير الممتلكات أو الاستيلاء عليها على نطاق واسع لا تبرره الضرورات الحربية وبطريقة غير مشروعة وتعسفية. انظر: المادة (٥٠) من اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، ١٩٤٩م، والمادة (٥١) من اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، ١٩٤٩م، والمادة (١٣٠) من اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب ١٩٤٩م، والمادة (١٤٧) من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، ١٩٤٩م، والفقرة الثانية من المادة (٣٥) من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة، ١٩٧٧م.

من المبادئ منها أن الهدف المشروع الوحيد الذي ينبغي للدول أن تسعى إلى تحقيقه أثناء الحرب هو إضعاف القوات العسكرية للعدو، وأن استخدام أسلحة من شأنها أن تزيد من آلام الرجال المعزولين عن القتال أو تؤدي حتماً إلى قتلهم، يعتبر مخالفة لقوانين الإنسانية وتجاوزاً للحدود المسموح بها في الحرب، ونادى الإعلان بحظر استخدام أسلحة أو قذائف تكون قابلة للانفجار أو محملة بمواد صاعقة أو قابلة للالتهاب^(١).

ولقد ذكر الإعلان أن الهدف من الحرب هو إضعاف قوات العدو العسكرية، والغرض من هذا الأمر هو عزل أكبر عدد ممكن من الرجال عن القتال، وقد يتم تجاوز هذا الغرض إذا استعملت أسلحة من شأنها أن تزيد دون أي داع آلام الرجال المعزولين عن القتال أو تؤدي حتماً إلى قتلهم، وبالتالي يكون استعمال مثل هذه الأسلحة مخالفاً للقوانين الإنسانية^(٢).

هناك أسلحة يحظر استخدامها إطلاقاً ويعتبر استخدام السلاح نفسه استخداماً غير مشروع، كاستخدام الألغام المضادة للأفراد^(٣)

(١) إعلان سان بطرسبورغ بشأن حظر استعمال قذائف معينة في زمن الحرب، ١٨٦٨م.

(٢) القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، ص ١٠٦.

(٣) اللغم المضاد للأفراد هو: لغم مصمم للانفجار بفعل وجود شخص عنده أو قريباً منه أو مسه له، ويؤدي إلى شل قدرات أو جرح أو قتل شخص أو أكثر. انظر: المادة الثانية من اتفاقية حظر الألغام المضادة للأفراد ١٩٩٧م. ومعنى مصطلح «لغم» أي: ذخيرة موضوعة تحت أو على أو قرب الأرض أو منطقة =

والذخائر العنقودية^(١) والأسلحة البيولوجية^(٢) والكيميائية^(٣)، لذا يجب على الدول بموجب اتفاقية حظر الألغام المضادة للأفراد ١٩٩٧ م^(٤) أن

= سطحية أخرى، ومصممة بحيث يفجرها وجود أو قرب أو مس شخص أو مركبة، انظر: الفقرة الأولى من المادة الثانية من البروتوكول الثاني المتعلق بحظر أو تقييد استعمال الألغام والأشراك الخداعية والنبائط الأخرى، ١٩٩٦ م.

(١) هي عبارة عن ذخائر صممت لتنتثر أو تطلق ذخائر صغيرة متفجرة وغير موجهة يقل وزن كل منها عن ٢٠ كيلو غراماً، وهي تنفجر قبل الاصطدام أو عنده أو بعده. انظر: اتفاقية الذخائر العنقودية، ٢٠٠٨ م.

(٢) المقصود بالأسلحة البيولوجية هي الأسلحة التي تتكون من كائنات حية ومواد ملوثة تسبب عند استعمالها إلى الأمراض أو الموت للإنسان أو الحيوان ولها تأثير فعال ومباشر، ويعتبر هذا السلاح من أسلحة الدمار الشامل لأنه يحتوي على عوامل حية تتكاثر من تلقاء نفسها كالبكتيريا، أو قادرة على التكاثر كالفيروس، وأن الأمراض التي تسببها قد تكون معدية أو غير معدية. انظر: الضرورة العسكرية في نطاق القانون الدولي الإنساني، روشو خالد، ص ١٥٣، وانظر: القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، ص ٨٦.

(٣) المقصود بالأسلحة الكيميائية هي المواد الكيميائية السامة أو الذخائر والنبائط المصممة لإحداث الوفاة أو الشلل أو غيرها من الأضرار نتيجة استخدام الخواص السامة والخطاقة للمواد الكيميائية، وقد يمتد أثرها إلى الحيوان والبيئة بأنواعها وتلوث الطرق والمنشآت والمعدات وغيرها؛ لأن هذا السلاح يعتمد على عناصر وغازات سامة وخطاقة للأعصاب، وغازات مهيجة وقاتلة وضارة بالصحة، انظر: اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة، ١٩٩٢ م. وانظر: الضرورة العسكرية في نطاق القانون الدولي الإنساني، روشو خالد، ص ١٥٦.

(٤) اتفاقية حظر الألغام المضادة للأفراد هي الاسم المختصر لاتفاقية حظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام، والمعروفة كذلك باتفاقية أوتاوا.

لا تستخدم ولا تطور ولا تنتج أي من الأسلحة المتعلقة بالألغام المضادة للأفراد، ومن يمتلك هذه الأسلحة من الدول فإنه يجب عليها تدميرها وتدمير جميع المخزونات التي فيها هذه الأسلحة وتطهير الأرض من هذه الأسلحة^(١)، كما يحرم على الدول استخدام الذخائر العنقودية وهي القنابل أو القذائف أو الصواريخ التي تُطلق عدداً كبيراً من الذخائر الثانوية المتفجرة الصغيرة^(٢)، حيث إن اتفاقية حظر

(١) حيث نصت المادة الأولى من اتفاقية حظر الألغام المضادة للأفراد على أن تتعهد الدول الأطراف بالألا تقوم تحت أي ظرف باستعمال الألغام المضادة للأفراد، أو استحداث أو إنتاج الألغام المضادة للأفراد أو حيازتها بأي طريقة أو تخزينها أو الاحتفاظ بها أو نقلها، وتتعهد كل دولة طرف بأن تدمر جميع الألغام المضادة للأفراد. انظر: المادة الأولى من اتفاقية حظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام، والمعروفة كذلك باتفاقية أوتاوا ١٩٩٧ م.

(٢) إن استخدام الذخائر العنقودية تسبب مشكلة كبيرة على المدنيين فضلاً عن المقاتلين، وفي الغالب تحدث الخسائر في المدنيين حين استخدام الذخائر العنقودية لأنها تنشر أعداداً هائلة من الذخائر الصغيرة المتفجرة على مساحات واسعة، وبعض الذخائر تُطلق مئات الذخائر الصغيرة على مساحة تتجاوز ثلاثين ألف متر مربع، وبالتالي فحتى لو تم إطلاق هذه الأسلحة لأهداف عسكرية فإن الخطأ البشري أو عوامل الرياح قد يسبب سقوطها خارج الهدف العسكري، بالإضافة إلى أن أعداداً كبيرة من الذخائر الصغيرة تفشل في الانفجار وبالتالي فهي قد تسبب مشكلة أخرى من تلوّث مناطق واسعة من هذه الذخائر، ويجعل الزراعة محفوفاً بالمخاطر، ويعوق جهود إعادة الإعمار وتطوير البنية التحتية، وغالباً ما يكون إزالتها أمراً صعباً ومحفوفاً بالمخاطر، وقد قُتل وجرح من جراء ذلك الآلاف من المدنيين. انظر: القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، ص ١١٤، وانظر: موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

<https://www.icrc.org/ar/law-and-policy/cluster-munitions>

الذخائر العنقودية الصادرة عام ٢٠٠٨م تحظر استخدام وإنتاج وتكديس ونقل الذخائر العنقودية، وتطلب من الدول التي تمتلك هذه الذخائر تدمير مخزوناتها كذلك وتطهير الأرض الملوثة بها^(١)، كذلك يحظر على الدول استخدام الأسلحة البيولوجية^(٢) والكيميائية^(٣) واستحداثها وإنتاجها وتخزينها واقتناؤها، والدول مطالبة كذلك بتدميرها وتدمير المرافق التي تُنتجها.

ويحظر القانون الدولي الإنساني استخدام الأسلحة العشوائية وهي الأسلحة التي لا توجه إلى هدف عسكري محدد أو التي لا يمكن حصر آثارها على النحو الذي يقتضيه القانون الدولي الإنساني، وبالتالي فمن شأنها أن تصيب الأهداف العسكرية والأشخاص المدنيين أو الأعيان المدنية دون تمييز^(٤).

(١) اتفاقية الذخائر العنقودية، ٢٠٠٨م، وانظر: القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٥٠.

(٢) وذلك بموجب اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين الأسلحة البيولوجية وتدمير تلك الأسلحة، عام ١٩٧٢م، وقد تم حظر هذا السلاح لأنه لا يهاجم البشر فقط وإنما يهاجم الحيوانات والمحاصيل، وقد تكون فتاكة ومعدية ويمكن انتشارها بشكل سريع في جميع أنحاء العالم. انظر: اتفاقية الأسلحة البيولوجية، مكتب الأمم المتحدة لشؤون نزع السلاح، الطبعة الثانية، ٢٠٢١م، ص ٨.

(٣) وذلك بموجب اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة، ١٩٩٢م.

(٤) القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، ص ١٠٧.

إن إعلان بروكسل عام ١٨٧٤م^(١) ومعاهدة واشنطن لعام ١٩٢٢م^(٢) قد منعا وحرما استخدام الأسلحة السامة أو الغازات الخانقة، ونصت على ذلك المادة (٢٣) من اتفاقية لاهاي ١٩٠٧م^(٣)، ثم جاء بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٥م والذي حظر استخدام الأسلحة البيولوجية والكيميائية، وتبعه اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين الأسلحة البيولوجية وتدمير تلك الأسلحة عام ١٩٧٢م، وتبعه بعد ذلك اتفاقية حظر الأسلحة الكيميائية عام ١٩٩٢م، ويُفهم من ذلك أن أي سلاح يسبب أضراراً مفرطة أو آلاماً لا مبرر لها فهي محظورة، كاستخدام الأسلحة السامة والأسلحة البيولوجية، والطلقات النارية التي تتمدد في جسم الإنسان أو تنفجر في جسم الإنسان، أو الشراك الخداعية أو أسلحة الليزر المسببة للعمى الدائم، حيث إن بعض هذه الأسلحة من شأنها أن تسبب لا محالة موت المصابين بهذه الأسلحة^(٤).

(١) انظر: المادة الثالثة عشرة من الإعلان الدولي بشأن قوانين وعادات الحرب، بروكسل، ١٨٧٤م.

(٢) انظر: المادة الخامسة من المعاهدة الخاصة بشأن استخدام الغواصات والغازات الضارة في الحرب، واشنطن، ١٩٢٢م.

(٣) حيث نصت على أنه لا يجوز استخدام السم أو الأسلحة السامة في الحرب، كما لا يجوز استخدام الأسلحة والقذائف والموارد التي من شأنها إحداث إصابات أو آلام لا مبرر لها. انظر: اتفاقية لاهاي الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، ١٩٠٧م.

(٤) دراسات حول القانون الدولي الإنساني العرفي، جون ماري هنكرتس، ص ٢٤، وانظر: التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، بن عيسى زايد، رسالة دكتوراه في كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٦م، ص ١١٧، وانظر: القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، ص ١٠٨.

وقد ذكرت اللجنة الدولية للصليب الأحمر أن استخدام الأسلحة الكيميائية يشكل انتهاكاً للحق في الحياة كما نصت عليه المادة السادسة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة السادسة على أنه: «الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً»^(١).

ونصت توجيهات الأمم المتحدة بشأن استخدام الأسلحة أن هناك أسلحة تعتبر غير مشروعة، وأن استخدامها يعتبر انتهاكاً للقانون الدولي لحقوق الإنسان، وهي: الهراوات المسننة^(٢)، والليزر

(١) وقد استنكرت اللجنة استخدام العراق للأسلحة الكيميائية ضد قرية حلبجة في منطقة كردستان وقالت: إن استخدام الأسلحة الكيميائية ضد العسكريين أو المدنيين محظور في كل الأوقات لأن القانون الدولي يمنعه منعاً باتاً. انظر: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ١٩٦٦ م. وانظر: القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، ص ٨٥.

(٢) يُقصد بالهراوات المسننة أي العصا التي فيها أسنان أو مسامير، والهراوات العادية غير المسننة تعتبر من أكثر الأسلحة الأقل فتكاً والتي يستخدمها موظفو الشرطة للدفاع عن أنفسهم ضد المهاجمين، والهراوات هو سلاح مصمم يُستخدم ضد الأفراد الذين يُلحقون أذى بالآخرين، ويجب توجيه ضربات الهراوات إلى ذراعي المهاجم أو ساقه، وينبغي تجنب استخدامها في المناطق الحساسة من الجسم كالرأس والرقبة والعمود الفقري، لأنها قد تسبب خلع وكسور وقد تؤدي إلى الوفاة، بينما الهراوات المسننة يحظر استخدامها إطلاقاً؛ لأنها تعتبر من الوسائل المميتة، انظر: توجيهات الأمم المتحدة بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكاً في سياق إنفاذ القانون، الأمم المتحدة، ص ٢٠، ٢٦.

المصمم ليسبب العمى الدائم، وأسلحة الطاقة التي يمكن أن تتسبب في إصابات خطيرة^(١).

بالإضافة إلى أن الأسلحة النووية تعتبر من الأسلحة المحظورة وتعتبر من أشد الأسلحة الفتاكة وقوتها التدميرية التي بلا شك سيتضرر منها عدد كبير من المدنيين والمقاتلين، إلا أنه يوجد اختلاف في حكم استخدامها والتهديد بها^(٢)، وعلى الرغم من أنه لا يوجد حتى الآن حظر عالمي على استخدام الأسلحة النووية ولكن المجتمع الدولي ممثلة في اللجنة الدولية للصليب الأحمر وبدعم من محكمة العدل الدولية تحث على عدم استخدامها^(٣)، حيث لا يتصور أن يكون

(١) أسلحة الطاقة هي الأسلحة التي تستخدم تكنولوجيات تنتج طاقات كهرومغناطيسية مركزة وجزئيات ذرية أو دون ذرية كوسيلة لإتلاف أو تدمير المعدات أو لقتل أو إصابة الأفراد انظر: توجيهات الأمم المتحدة بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكاً في سياق إنفاذ القانون، الأمم المتحدة، ص ٢٠، ٤٤.

(٢) انظر: حكم محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، ١٩٩٦م.

(٣) رغم وجود الخلاف بين قضاة محكمة العدل الدولية على حكم التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها إلا أن المحكمة خلصت بالإجماع من أن هناك التزاماً قائماً بإجراء مفاوضات تفضي إلى نزع السلاح النووي من جميع جوانبه لا سيما مع وجود الاتفاقيات التي تحظر استحداث أو استخدام أو إنتاج الأسلحة النووية، واعتبرت الأمم المتحدة ولجنة مجلس حقوق الإنسان أن الأطراف في النزاعات المسلحة عليها تعهدات ملزمة قانوناً فيما يتعلق بحقوق الأشخاص المتأثرين بالنزاع، واعترف المجلس بأن قانون حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني متكاملان يعزز أحدهما الآخر، وتعتبر قواعد لاهاي مقابلة للقانون الدولي الإنساني وأنها ملزمة لجميع الدول بصرف النظر عن قبولها لها من عدمه، =

استخدام الأسلحة النووية متوافقاً مع قواعد القانون الدولي الإنساني^(١).

إن الأسلحة النووية تعد من أشد الأسلحة فتكاً وأخطرها في العالم إلا أن محكمة العدل الدولية عام ١٩٩٦م أكدت «أن التهديد أو استخدام الأسلحة النووية يعد بوجه عام منافياً لقواعد القانون الدولي القابلة للتطبيق في النزاع المسلح»^(٢)، ونص على ذلك الإعلان الصادر من الأمم المتحدة عام ١٩٦١م بشأن حظر استعمال الأسلحة النووية والنووية الحرارية حيث ذكر أن استعمال هذه الأسلحة مخالف للقوانين

= وأصبحت اتفاقيات جنيف ذات طابع عالمي وتُطبق في أي نزاع مسلح. انظر: قرار الجمعية العامة في الأمم المتحدة بشأن متابعة فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، ٢٠١٦م، وانظر: الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، ص ٨، و ١٣.

(١) انظر: موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر <https://www.icrc.org/ar/law-and-policy/weapons-and-disarmament> وانظر: القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٥٣، وانظر: دراسات حول القانون الدولي الإنساني العرفي، جون ماري هنكرتس، ص ٢٦، وانظر: القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والتطبيق، د. أمل يازجي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، ٢٠٠٤م، ص ١٣٠. وانظر: القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، ص ٨٧.

(٢) في عام ٢٠١١م اعتمد مجلس مفوضي الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر قراراً بالعمل نحو القضاء على الأسلحة النووية، وأكد القرار على عدم إمكانية التصور من أن استخدام الأسلحة النووية يكون متوافقاً مع قواعد القانون الدولي الإنساني. انظر: القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٥٣.

الإنسانية ومبادئ القانون الدولي ويتنافى مع روح ونص ميثاق الأمم المتحدة ويعتبر انتهاكاً للميثاق، ومحظوراً بموجب الإعلانات والاتفاقيات الدولية الملزمة، وأن استعمالها كذلك هي ليس حرباً ضد العدو فحسب وإنما حرب ضد الإنسانية جمعاء؛ لأن شعوب العالم ستعرض لجميع البلايا الناجمة عن استعمال مثل تلك الأسلحة^(١).

ومن الأسلحة المحظورة كذلك أي سلاح يعتبر عشوائياً الأثر أو يسبب أضراراً ومعاناة لا مبرر لها أو إصابات مفرطة، وهذا ما نصت عليه اتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر، حيث تركز هذه الاتفاقية على أمرين مهمين هما: حظر استعمال الأسلحة عشوائية الأثر، وحظر استعمال الأسلحة التي تسبب معاناة لا مبرر لها أو إصابات مفرطة، وتسعى الاتفاقية إلى حماية المدنيين من آثار الأسلحة المستخدمة في النزاعات المسلحة وإلى حماية المقاتلين من المعاناة المفرطة التي تلحق

(١) انظر إعلان الأمم المتحدة بشأن حظر استعمال الأسلحة النووية والنووية الحرارية، ١٩٦١م، وانظر: معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية، ١٩٦٨م. وهذه المعاهدة جاءت بعد الدمار الهائل الذي حصل في مدينتي هيروشيما وناكازاكي اليابانيتين والتي غيرت مجرى الحياة في هاتين المدينتين لما أحدثه استخدام السلاح النووي من قوة تدميرية تفوق أي أسلحة أخرى، راح ضحيتها ثمانون ألفاً من القتلى، وسبعين ألفاً من الذين تعرضوا للتشوه الخلقي، وقد أكدت المعاهدة أن الحرب النووية ستؤدي إلى الدمار بالبشرية قاطبة وأن انتشارها يزيد من أخطار الحروب. انظر: الضرورة العسكرية في نطاق القانون الدولي الإنساني، روشو خالد، ص ١٦١.

بهم جراء التجاوز في استخدام هذه الأسلحة، ويعتبر استخدام مثل هذه الأسلحة بمثابة جريمة حرب وذلك بموجب المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(١).

كما يحظر البروتوكول الأول التابع لاتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة استعمال أي سلاح يكون أثره إحداث جراح في جسم الإنسان بشظايا لا يمكن الكشف عنها بالأشعة السينية^(٢)، والمبرر الذي يستند إليه هذا الحظر هو أن الشظايا التي لا يمكن الكشف عنها تجعل علاج الإصابات الناجمة عنها أمراً في غاية الصعوبة بالإضافة إلى أنها لا تنطوي على أي ميزة عسكرية وبالتالي فهي تحدث معاناة غير ضرورية^(٣)، وقد تحتوي هذه الشظايا على مواد سامة أو

- (١) نصت المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن من جرائم الحرب شن الهجوم عمداً مع العلم أن هذا الهجوم سيحدث فقدماً للحياة أو إصابات للمدنيين أو إضراراً بالأشياء المدنية والذي يكون زائداً بطريقة واضحة عن الميزة العسكرية المتوقعة. انظر: نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وانظر: اتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر ١٩٨٠م. وانظر: الوجيه في القانون الدولي الإنساني، د. فليج غزالان، أ. سامر موسى، ٢٠١٩م، ص ٦٠.
- (٢) البروتوكول الأول الملحق باتفاقية حظر أو تقييد استعمال الأسلحة التقليدية بشأن الشظايا التي لا يمكن الكشف عنها، ١٩٨٠م.
- (٣) القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، ص ١٠٩.

رؤوس عنقودية تؤدي إلى انشطارها إلى شظايا صغيرة جداً في الجسم، وقد تؤدي إلى الوفاة أو إلى الإصابة على درجة عالية من الجسامة^(١).

كما يحظر البروتوكول الثاني التابع للاتفاقية أعلاه استعمال الألغام الأرضية سواء كانت موجهة للأفراد أو المركبات أو النبائط المتفجرة^(٢)، وتحظر كذلك استخدام الأشرار الخداعية^(٣)، وهذا ما حظرت كذلك اتفاقية حظر الألغام المضادة للأفراد^(٤)، وكما أن البروتوكول الثاني يقيد في بعض الحالات استعمال الأشرار الخداعية والنبائط إلا أنه يحرم في كافة الظروف استخدامها إذا كانت مقترنة بالشارات أو العلامات

(١) انظر: البروتوكول الأول الملحق باتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر بشأن الشظايا التي لا يمكن الكشف عنها ١٩٨٠م، وانظر: الضرورة العسكرية في نطاق القانون الدولي الإنساني، روشو خالد، ص ١٤٩.

(٢) النبائط المتفجرة هي: ذخائر وأجهزة موضوعة يدوياً ومصممة بهدف القتل أو الإصابة أو الإلتلاف وتنفجر يدوياً أو بالتحكم عن بعد أو تنفجر تلقائياً بعد فترة من الزمن. انظر: الفقرة الخامسة من المادة الثانية من البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية المتعلق بحظر أو تقييد استعمال الألغام والأشرار الخداعية والنبائط الأخرى، ١٩٩٦م.

(٣) الشرار الخداعي هو: أي نبيطة أو مادة مصممة أو مبنية بهدف القتل أو الإصابة، وتنطلق على غير توقع حين يحرك شخص ما شيئاً عديم الضرر في ظاهره أو يدنو منه أو يأتي فعلاً مأموناً في ظاهره، انظر: الفقرة الرابعة من المادة الثانية من البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية المتعلق بحظر أو تقييد استعمال الألغام والأشرار الخداعية والنبائط الأخرى، ١٩٩٦م.

(٤) اتفاقية حظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام، والمعروفة كذلك باتفاقية أوتاوا ١٩٩٧م.

الحامية المعترف بها دولياً أو المرضى والجرحى والموتى أو أماكن دفن أو حرق الجثث أو المقابر أو المرافق الطبية أو المنتجات والألعاب المتعلقة بالأطفال والحيوانات وغيرها.

كما يحظر البروتوكول الثالث للاتفاقية أعلاه استخدام الأسلحة المحرقة وهي تلك الأسلحة المصممة لإشعال النار أو تسبب حروقاً للأشخاص بفعل اللهب أو الحرارة ضد المدنيين أو الأعيان المدنية^(١)، ويحظر البروتوكول الرابع استخدام أسلحة الليزر والمصممة خصيصاً لتكون وظيفتها القتالية إحداث العمى الدائم للرؤية^(٢)، ويلزم البروتوكول الخامس التابع للاتفاقية أعلاه على أطراف النزاع باتخاذ كافة التدابير اللازمة للحد من المخاطر المتعلقة بالمتفجرات الموجودة من مخلفات الحرب والتي أُطلقت أو أُلقيت ولكنها لم تنفجر، أي يلزم على أطراف النزاع إزالة هذه المتفجرات مع ضرورة حماية المدنيين من آثارها^(٣).

وبناء على ما سبق؛ فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال استخدام الأسلحة المحظورة التي تخالف القانون الدولي الإنساني وتسبب أضراراً

(١) البروتوكول الثالث الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية بشأن حظر أو تقييد استعمال الأسلحة المحرقة، ١٩٨٠ م.

(٢) البروتوكول الرابع الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية بشأن أسلحة الليزر المسببة للعمى، ١٩٩٥ م.

(٣) البروتوكول الخامس الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية بشأن المتفجرات من مخلفات الحرب، ٢٠٠٣ م.

بالمدنيين وآلاماً زائدة بالمقاتلين، وأن هذه الأسلحة التي لا يجوز استخدامها في الحرب يعتبر استخدامها جريمة من جرائم الحرب التي نص عليها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، كما أن ارتكاب الجرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية وجرائم العدوان غالباً تكون باستخدام الأسلحة التي لا يجوز استخدامها في الحرب أو تم استخدام الأسلحة المشروعة بطرق غير سليمة ومخالفة للقانون الدولي الإنساني، وأن هذا الاعتداء يعتبر من الجرائم الموجبة للعقوبة كما نصت عليه المادة السادسة والسابعة والثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وهذه الجرائم لا يتم ارتكابها إلا بواسطة الأسلحة المحظورة أو ارتكاب أضرار زائدة أو آلام لا لزوم لها.



المبحث الثالث

التحليل والمناقشة للاتفاقيات الدولية

الأصل أنه يجب أن يعيش الناس في أمن وأمان ولا يجوز إهدار هذا الحق لأي سبب كان، فدماء الناس معصومة سواء كانوا مدنيين أو الذين لم يشاركوا في القتال، واستخدام القوة محظور بموجب ميثاق الأمم المتحدة، ولكن إذا أرادت دولة ما اللجوء إلى الحرب فليس لها الحق في استخدام السلاح الذي يحلو لها، وإنما استخدامها للسلاح مقيد باستخدام الأسلحة المشروعة أو الأسلحة المقيد استخدامها والتي لا بد أن تلتزم بهذه القيود، وفي كلتا الحالتين يجب عدم التعرض للمدنيين والأعيان المدنية، وفي كل الأحوال يجب على الدولة التقيد والالتزام بقواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني.

وحق الحياة من أهم الحقوق التي ينادي بها المجتمع الدولي ولا يجوز التعرض لها بأي حال من الأحوال^(١)، والأصل أن الحرب تنتهي بانتهاء الحرب، ولكن استخدام بعض الأسلحة كأسلحة الذخائر العنقودية والألغام تستمر في القتل والضرر حتى بعد انتهاء النزاعات المسلحة بمدة طويلة، وتسبب كذلك في الضرر على البيئة والزراعة وغيرها، فالمجتمع الدولي ينادي بعدم الخوض في الحرب واللجوء إلى

(١) كما نصت بذلك المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع ١٩٤٩م، والمادة السادسة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦م، والمادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م.

القوة، ولو تم اللجوء إلى الحرب فإن ذلك يكون في ساحة المعركة بعيداً عن المدنيين، فإذا انتهت الحرب فإنه يجب أن تنتهي آثارها.

ولقد ذكرنا سابقاً أن هناك أسلحة يجوز استخدامها، وهناك أسلحة مقيّد استخدامها، وهناك أسلحة لا يجوز استخدامها، والأسلحة المحظورة في الحرب هي الأسلحة التي لا يجوز استخدامها في جميع الحالات، بينما الأسلحة المقيّد استخدامها مباح في الأصل استعمالها ولكن يرد على استخدامها شروط خاصة يجب الالتزام بها^(١)، ولكن حين النظر في الاتفاقيات الدولية المذكورة في الأسطر السابقة نرى أن هناك أسلحة سمحت الاتفاقية باستخدامها ولكن بقيود معينة، أي أن هذه الأسلحة مباح في الأصل استخدامها ولكن لا يتم استخدامها إلا بقيود معينة، بينما يلاحظ أن هذه الأسلحة مخالفة لما نصت عليه المبادئ والمواثيق الدولية، وبالتالي لا تعد مباحة في الأصل، كالألغام المضادة للأفراد حيث حظر البروتوكول الثاني المتعلق بحظر أو تقييد استعمال الألغام والأشراك الخداعية والنبائط الأخرى استخدام هذه الألغام، ولكنه أجاز استخدامها شريطة إمكانية الكشف عنها ومعرفة مواقعها، وبالتالي تعتبر من الأسلحة المباحة التي يجوز استخدامها بقيود معينة كما ذكرنا سابقاً، ولكن الصحيح أن الألغام تعتبر من الأسلحة

(١) التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، بن عيسى زايد، ص ١١٥، وانظر: القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، ص ٨١، وانظر: الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النصور، د. رضوان المجالي، الأكاديميون للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٢م، ص ٤٨.

المحظور استخدامها وليست من الأسلحة المباحة حيث إن الألغام كما ذكرنا في تعريفها أعلاه هي الألغام المصممة للانفجار بفعل وجود شخص عنده أو قريباً منه، وهذا السلاح كما هو معروف يعد من الأسلحة المميتة في الأصل بمعنى إذا لم يقتل شخص بسببه فإنه سيسبب له أضراراً وآلاماً زائدة لا مبرر لها كبتّر أحد أعضائه أو شل قدراته، والبروتوكول الثاني يحرم استخدام أي لغم يسبب إصابات أو أضراراً زائدة، ولا شك أن هذه الألغام إن لم تقتل فإنها تسبب إصابات أو أضراراً زائدة، وهذا يخالف ما نصت عليه توجيهات الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي الإنساني.

وبالتالي فإني أرى أن الألغام المضادة للأفراد والألغام المبتوثة عن بعد تعتبر محظورة بشكل كامل ولا يجوز استخدامها إطلاقاً، ولا يجوز وضع قيود عليها، لأنها بلا شك لا تسبب أضراراً على العسكريين فقط، وإنما قد يتضرر منها المدنيون إذا أصابت أحدهم، لا سيما وأن الفقرة السادسة من المادة الخامسة من ذات البروتوكول أجاز استخدام هذه الألغام دون اشتراط وضع سياج أو وسائل حماية حولها إذا كانت الأسلحة تقذف شظايا في محيط قوسي أفقي يقل عن تسعين درجة وكان موقعها في الجوار المباشر للوحدة العسكرية، وكانت المنطقة يرصدها أفراد عسكريون، وأرى أنه حتى لو تم وضع مثل هذه الشروط فإن هذا العسكري سيتضرر منها إذا أصابته وسيتعرض لإصابات بالغة، كما أن هذا الاستثناء بجواز استخدامها يعارضه ما

نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من ذات البروتوكول والتي نصت على أنه «يحظر في جميع الظروف استعمال أي لغم أو شرك خداعي أو نبيطة أخرى مصممة لإحداث إصابة لا داعي لها أو معاناة لا ضرورة لها أو من طبيعتها إحداث ذلك» وعبارة «في جميع الظروف» يشمل أي ظرف كان ويمنع الاستثناء من استخدامها إطلاقاً لا سيما وكما هو معروف أن الألغام من طبيعتها أن تحدث إصابات وأضراراً زائدة لا داعي لها، بل قد تسبب في القتل بصورة غير مرضية، ولو افترضنا أنه تم تغيير الموقع العسكري، فإن هذه الألغام ستكون عرضة للانفجار بالمدنيين الأبرياء، وهذا ما ينادي به القانون الدولي الإنساني باجتنابه وعدم التعرض له إطلاقاً.

ومثلها كذلك أسلحة الذخائر العنقودية وهي الذخائر التي صممت لتنتثر إلى ذخائر صغيرة متفجرة، وقد لا تنفجر ولكنها تكون موجودة في الأرض وقابلة للانفجار، وقد تضرر منها المدنيون كثيراً بل ويسمى هذا السلاح «القاتل الصامت» لأنها تنثر مواداً متفجرة قد تصيب العسكري أو المدني إذا انفجرت، ولو لم تنفجر فإنها ستكون موجودة في الأرض كاللغم وتكون قابلة للانفجار، ولهذا قال نائب رئيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر في المؤتمر الخاص باتفاقية الذخائر العنقودية في عام ٢٠٢١م إن ٣٨٪ من المروحيات الذين يتلقون العلاج هم من الأطفال الذين أصيبوا بتشوهات مدى الحياة ويحتاجون إلى أطراف صناعية وأجهزة لتقويم العظام، حيث إن أحد هؤلاء الأطفال

كان يرعى الغنم في بلده فوجد قبلة صغيرة فالتقطها ظناً منه أنها لعبة وإذا بها تنفجر وأصابته بجروح بليغة، وهذه من جراء استخدام الذخائر العنقودية التي تعد أحد أكثر الأسلحة غدراً في العالم^(١).

وبالتالي فالألغام المضادة للأفراد حظر استخدامها القانون الدولي ولكن أجازها من ناحية أخرى بقيود معينة، وأرى أنه يجب حظر استخدامها تماماً كما حظر القانون الدولي الإنساني استخدام الذخائر العنقودية.

والبروتوكول الثالث الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية بشأن حظر أو تقييد استعمال الأسلحة المحرقة قد حظر استخدام الأسلحة المحرقة وهي الأسلحة أو الذخائر المصممة لإشعال النار في الأشياء أو التي تسبب حروقاً للأشخاص بفعل اللهب أو الحرارة، وقد حظرت الاتفاقية استخدام هذا السلاح ضد المدنيين، وأن هذا السلاح لا يستخدم إلا ضد الأهداف العسكرية التي لا تقع داخل تجمع مدنيين إلا أنه أجاز استخدام هذا السلاح ضد الأهداف العسكرية التي تقع داخل تجمع مدنيين إذا كانت الأسلحة تطلق من الجو وكانت الأهداف العسكرية واضحة مع تفادي أو تخفيف ما ينجم من خسائر في أرواح المدنيين أو إصابتهم، فهنا صرح هذا

(١) انظر: خطاب د. جيل كاربونييه نائب رئيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر في خطابه في المؤتمر الاستعراضي الثاني لاتفاقية الذخائر العنقودية والذي أقيم في ٢٠ سبتمبر ٢٠٢١ م.

البروتوكول بجواز استخدام هذه الأسلحة حتى لو أصابت المدنيين، وهذا التصريح غير مناسب إطلاقاً ويخالف أعراف ومبادئ القانون الدولي الإنساني التي ذكرت أنه لو كان هناك مجرد شك في وجود المدنيين في الأهداف العسكرية فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال استهدافها لأن الحفاظ على أرواح المدنيين أولى من استهداف الأعيان العسكرية، وبالتالي فمن الغريب أن يصرح البروتوكول بهذا التصريح المخالف للاتفاقيات والمواثيق الدولية والمبادئ الإنسانية، بالإضافة إلى أن البروتوكول لم ينص على حظر استخدام الأسلحة المحرقة ضد العسكريين مما قد يفهم منه ضمناً أنه كما أجاز صراحة إصابة المدنيين فلا بأس من إصابة العسكريين بهذه الأسلحة، وهذا كذلك مخالف لما نص عليه مبادئ القانون الدولي الإنساني التي تدعو إلى عدم تعرض العسكريين لأي إصابات أو أضرار زائدة أو آلام لا مبرر لها من جراء اللهب أو الحرق أو الحرارة التي تصيب العسكري.

وأما البروتوكول الرابع المتعلق بحظر أسلحة الليزر المسببة للعمى فقد حظر استخدام هذا السلاح إذا كانت مصممة لإحداث العمى الدائم للرؤية، ونص ذات البروتوكول على أن الحظر لا يشمل الإعماء العرضي من جراء استخدام أنظمة الليزر أو الأسلحة المصممة لإحداث عمى مؤقت، وأرى أن الصحيح أنه لا يجوز استخدام هذا السلاح مطلقاً سواء كان مصمماً لإحداث عمى دائم أو مؤقت أو عرضي؛ لأن استخدام هذا السلاح كما هو معلوم إن لم يسبب العمى فإنه سيسبب

أضراراً زائدة لا مبرر لها، وفي كل الأحوال فهو مخالف لمبادئ القانون الدولي الإنساني الذي ينادي بعدم إحداث أي أضرار أو إصابات أو آلام زائدة لا مبرر لها.

وأرى أن استخدام الألغام المضادة للأفراد أو الذخائر العنقودية أو الأسلحة المحرقة أو غيرها من الأسلحة البيولوجية أو الكيميائية فإنها لا تصيب المدنيين والعسكريين فحسب وإنما ستعرض البيئة للتلوث وتسبب الأمراض والذي سيمتد أثره على المزيد من المدنيين، بالإضافة إلى النباتات والحيوانات، لا سيما وأن جميع هذه الأسلحة تعتبر من الأسلحة عشوائية الأثر ومفرطة الضرر التي تم حظرها بموجب اتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر، وقد قال علماء الأوبئة: إن مسببات الأمراض المحمولة جواً تكون سريعة الحركة ويمكن أن تفتك بأكثر من ثلاثين مليون شخص في أقل من عام^(١).

ويلاحظ أن اتفاقية حظر الألغام المضادة للأفراد قد ذكرت في ديباجتها وأقرت أن الألغام المضادة للأفراد تقتل أو تشوه مئات الأشخاص أسبوعياً معظمهم من الأبرياء والمدنيين العزل وخاصة الأطفال، وتعيق التنمية الاقتصادية والتعمير وتمنع اللاجئين والمشردين داخلياً من العودة إلى الوطن، كما يعيب على هذه الاتفاقية أنها نصت في المادة الخامسة منها على وجوب تدمير كل الألغام المضادة للأفراد

(١) اتفاقية الأسلحة البيولوجية، مكتب الأمم المتحدة لشؤون نزع السلاح، ص ٨.

خلال عشر سنوات من توقيع هذه الاتفاقية مع ضرورة وضع السياج على المناطق الملوثة لحماية المدنيين، وأرى أن مدة عشر سنوات كثيرة جداً وكان الأولى أن يتم تدمير هذه الألغام فوراً لخطورتها على النفس البشرية وعلى البيئة التي سيتأثر منها الحيوان والنبات وغيرهما، لا سيما وأن إعلان أوصلو الذي أقيم في ٢٠١٩ أي بعد عشرين سنة من نفاذ هذه الاتفاقية ودخولها حيز التنفيذ مع أنه نص على أنه تم إزالة ٥٢ مليون لغم إلا أنه لا يزال يعرب عن قلقه حيال ارتفاع عدد الإصابات التي تتسبب فيها الألغام المضادة للأفراد، وسوف يكشف الجهود لأجل تفادي وقوع إصابات جديدة وتسريع وتيرة المسح والتطهير واضعين نصب أعينهم أن تدمير كل لغم من الألغام المضادة للأفراد قد يمثل إنقاذ حياة شخص أو الحفاظ على طرف من أطراف جسمه، وعبر الإعلان عن أن الدول ١٦٤ الأطراف الموقعين على اتفاقية حظر الألغام المضادة للأفراد ملتزمون بإنهاء المعاناة والإصابات التي تتسبب فيها الألغام المضادة للأفراد، وعلى جعل العالم خالياً تماماً من الألغام، وعلى دمج الناجين والضحايا إدماجاً تاماً وعلى قدم المساواة مع غيرهم^(١).

ثم إن المجتمع الدولي ذكر بعض الأسلحة التقليدية التي يجوز استخدامها قد يسبب قلقاً إنسانياً في طريقة استخدامها أو بسبب تصميمها التي لا تتوافق مع القانون الدولي الإنساني، فإذا كانت هذه

(١) انظر: إعلان أوصلو لعالم خالٍ من الألغام والذي أقيم في شهر نوفمبر لعام ٢٠١٩ م.

الأسلحة قد تسبب قلقاً بسبب سوء استخدامها أو تصميمها فإن الأسلحة المقيد استخدامها من باب أولى أن تكون أكثر قلقاً لأن تصميمها وطريقة استخدامها تخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني الذي يدعو إلى إنهاء المعاناة وحفظ كرامة الإنسان وتحقيق العدالة وحفظ ونشر الأمن والسلم في المجتمع الدولي.

كما نادى المجتمع الدولي بضرورة استخدام مبادئ الضرورة والتناسب حين استخدام السلاح وتقييد استخدام الوسائل المميتة أو المؤذية للأفراد، وأرى أنه ليس هناك ضرورة في استخدام بعض الأسلحة المقيد استخدامها كالألغام المضادة للأفراد أو الأسلحة المحرقة ولا يوجد كذلك تناسب في استخدامها بل إن استخدامها سيتعدى بلا شك الأهداف العسكرية وسيضرر منها المدنيون وغيرهم، وبالتالي لا يوجد هدف مشروع من استخدامها.

وكما ذكرنا فإن إعلان سان بطرسبورغ ١٨٦٨ قد نص على أن الهدف من الحرب هو إضعاف القوات العسكرية للخصم وذلك بشل قدرة جنود الأعداء، وإضعاف الخصم لا يكون باستخدام الأسلحة الثقيلة أو المحرمة أو التي فيها تجاوز للاعتداء الزائد على المقاتلين أو المدنيين، إنما بالإمكان شل قدرة العدو بوسائل تجعله يخضع دون أن يكون هناك مزيدٌ من إراقة الدماء وإزهاق الأرواح، وذكر الإعلان أن أي تجاوز لهذا الهدف يعتبر تجاوزاً للحدود المسموح بها في الحرب، وأياً كان استخدام أي نوع من السلاح سواء كانت من الأسلحة

التقليدية أو الثقيلة أو غيرها فإنه يجب ألا تتجاوز الهدف المسموح بها في الحرب بشل قدرة العدو وعدم تجاوز الحد في الاعتداء على المقاتلين.

إن وضع بناء تنظيمي دولي للنزاعات المسلحة أمر يسير وليست مشكلة، وإنما تكمن المشكلة في وضع هذه القواعد موضع التنفيذ، فالمتبع للأحداث الدولية يرى أن جزءاً كبيراً من هذه النصوص والقواعد لم يتم تفعيلها بالرغم من كونها تركز على اعتبارات إنسانية تهم الأسرة الدولية^(١).

إن السبب الرئيسي للمعاناة وتجاوز الحد في النزاعات المسلحة هو عدم احترام ما تم ذكره من قواعد ومبادئ في القانون الدولي الإنساني، فقد كان الاهتمام في السنوات الأخيرة حول تطوير إجراءات القانون الجنائي لمحاكمة ومعاقبة من قاموا بمخالفة القانون الدولي الإنساني، بينما الوسائل المناسبة لوقف هذه المخالفات لا تزال غير موجودة، ولهذا ترى اللجنة الدولية للصليب الأحمر أن ضمان الامتثال للقانون الدولي الإنساني يجب تعزيزها، وأنه لا بد في حال النزاع المسلح تطبيق

(١) الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. فليج غزالان، أ. سامر موسى، ص ١٢٤. في عام ١٩٨٢م وفي أثناء محادثات مدريد الخاصة بالسلام في القارة الأوروبية، قدم المندوب السوفيتي تقريراً يفيد أنه في أثناء الحرب العالمية الأولى تم القضاء على ٩٥٪ من الجنود، و ٥٪ من المدنيين، وفي الحرب العالمية الثانية تم القضاء على ٤٨٪ من الجنود و ٥٢٪ من المدنيين، وهذا بسبب عدم احترام وتنفيذ المبادئ الإنسانية واستخدام الأسلحة دون التقيد بالمبادئ الإنسانية. انظر: الضرورة العسكرية في نطاق القانون الدولي الإنساني، روشو خالد، ص ٥.

ثلاث قواعد رئيسية في الحرب وهي: قاعدة التمييز والتناسب والاحتياطات اللازمة أو الضرورة، وهذه تهدف إلى حماية المدنيين بالإضافة إلى أن هذه القواعد تنص على تجنب إحداث أي أضرار زائدة أو آلام لا لزوم لها في المقاتلين والأهداف العسكرية، حيث إن من مبادئ القانون الدولي الإنساني مبدأ التناسب، والمقصود منه حظر شن هجوم من المحتمل أن يسبب خسائر في المدنيين أو إلحاق الضرر بهم، أو استخدام قوة مفرطة في العسكريين^(١).

وفي المقابل فإن الأسلحة الحديثة والمتطورة يجب وضع ضوابط وقيود عليها، حيث إن ترك إنتاجها بلا ضوابط أو قيود من شأنه أن يهدم جميع قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني ويضعف من عدم القدرة على التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين؛ لأن بعض هذه الأسلحة تنطوي على دمار شامل، ونتائج استخداماتها يفوق الأهداف العسكرية بكثير كاستخدام المواد المشعة أو الأسلحة الكيميائية أو البيولوجية أو التي تحتوي على الانفجار النووي وغيرها، حيث نصت المادة (٣٦) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف ١٩٧٧م على أنه: «يلتزم أي طرف سام متعاقد عند دراسة أو تطوير أو اقتناء سلاح جديد أو أداة للحرب أو اتباع أسلوب للحرب بأن يتحقق مما إذا كان ذلك محظوراً في جميع الأحوال أو في بعضها بمقتضى هذا الملحق» البروتوكول «أو أية قاعدة أخرى من قواعد

(١) القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٤٦، ٨٧.

القانون الدولي التي يلتزم بها الطرف السامي المتعاقد»^(١)، والهدف من ذلك هو منع استخدام الأسلحة التي تخالف القانون الدولي الإنساني، ويسري الالتزام على جميع الدول بلا استثناء^(٢)، بالإضافة إلى أن أي شيء لا يحظره القانون الدولي الإنساني صراحة لا يعتبر جائزاً تلقائياً، ويجب على المحاربين أن تكون أعمالهم متوافقة مع المبادئ الإنسانية ومع ما يمليه الضمير العام^(٣).

أخيراً أحب أن أنبه على أمرين مهمين:

الأول: لاحظت أن بعض كتاب القانون الدولي الإنساني يقولون في معرض حديثهم عند استهداف الأعيان العسكرية أنه: «حين استهداف الأهداف العسكرية فإنه يجب اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتقليل الخسائر المدنية إلى أدنى حد»^(٤)، وهم يذكرون ذلك استناداً على ما نصت عليه بعض المعاهدات والاتفاقيات الدولية مثل البروتوكول الثالث الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية بشأن حظر أو تقييد استعمال الأسلحة المحرقة حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة

(١) البروتوكول الإضافي الأول والملحق باتفاقيات جنيف والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة، ١٩٧٧ م.

(٢) الضرورة العسكرية في نطاق القانون الدولي الإنساني، روشو خالد، ص ١٥٣ وانظر: التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، بن عيسى زايد، ص ١١٤، القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، ص ١١٧.

(٣) القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٧، ٥٣.

(٤) القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، ص ٤٠.

الثانية على عدم جواز استخدام هذه الأسلحة وإطلاقها من الجو ضد الأهداف العسكرية التي تقع داخل تجمع مدنيين إلا إذا كان الهدف العسكري واضحاً مع تفادي وتخفيف ما قد ينجم عنه عرضاً من وقوع خسائر في أرواح المدنيين أو إصابتهم بجروح، ومثلها ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة السابعة والخمسين من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف والتي نصت على أن الهدف العسكري هو ذلك الهدف الذي يتوقع أن يسفر الهجوم عليه عن إحداث أقل قدر من الأخطار على أرواح المدنيين والأعيان المدنية.

وأرى أن هذه العبارة لا يصح ذكرها ويجب حذفها وهي تخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني الذي يدعو إلى الإنسانية والرحمة لأن الأصل عدم تعرض المدنيين لإطلاقاً للهجوم، أي ليس الهدف تقليل الخسائر وإنما عدم وجود خسائر في المدنيين إطلاقاً، فلو حصل هناك شك في وجود مدنيين في هذه الأهداف العسكرية أو قريباً منها فإنه يجب عدم التعرض لها إطلاقاً.

ثانياً: يذكر شراح القانون الدولي أن هناك اتفاقيات حظرت استخدام بعض الأسلحة وبعضها قيدت استخدامها، وفي حال استخدام أي نوع من أنواع الأسلحة ولم يذكر بشكل صريح في الاتفاقيات الدولية فإنه يبقى خاضعاً للمبدأ الذي ينص على أن يظل المدنيون والمقاتلون تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي العرفي ومبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام وذلك استناداً إلى شرط

مارتينيز، نسبة إلى اقتراح رجل القانون الدبلوماسي الروسي فيورد مارتينيز الذي كان رئيساً للجنة المكلفة بتقنين أعراف وقوانين الحرب البرية والذي تم إدراج اقتراحه في اتفاقية لاهاي ١٨٩٩م و١٩٠٧م وبعدها في اتفاقيات جنيف ١٩٤٩م وهو أنه يطبق هذا المبدأ في حالة عدم وجود نص يحمي الشخص أو الأشخاص المعينين بخصوص حالة لم يرد بشأنها نص صريح^(١).

ومن الإنصاف أن يُذكر أن هذا الشرط لم تكن سابقة من قبل هذا الرجل الروسي، وإنما أول من وضع هذا الشرط وأسس قواعد القانون الدولي الإنساني هو نبينا الكريم محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهو أول من وضع القواعد والمبادئ الإنسانية التي يملها الضمير العام والإنسانية، وهذا مصداق قول الله تعالى الذي قال عن نبيه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٢)، فلا يوجد اتفاقية أو معاهدة دولية أو البروتوكولات الملحق بها أو إعلانات في هذا العالم والتي تنادي بحفظ السلم والأمن في المجتمع الدولي وتنادي باحترام كرامة الإنسان والضمير الإنساني إلا وفي الشريعة الإسلامية نصوص تفصيلية

(١) القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، ص ٨٢، وانظر: التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، بن عيسى زايد، ص ٥٩، وانظر: القانون الدولي الإنساني: تطوره ومبادئه، د. جان بكتيه، ص ١٨ من كتاب القانون الدولي الإنساني في النزاعات المعاصرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

(٢) سورة الأنبياء، آية: ١٠٧.

عنها والتي مبنها العدل والرحمة بين الناس، كما قال ابن القيم رَحْمَةُ اللَّهِ: «الشرعية مبنها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، وكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فهي ليست من الشرعية وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشرعية عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه»^(١)، فمن خلال وسائل الحرب أمر الله سبحانه الجندي ألا يُقاتِل في المعركة إلا الجندي المقاتل، كما قال سبحانه: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقْتُلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾^(٢)، بمعنى لا يتم قتال إلا المقاتل، بينما الجندي الذي لم يشارك في المعركة لا يجوز قتاله، ومن باب أولى عدم جواز قتل المدنيين من النساء والأطفال والشيوخ وغيرهم أو التعرض لهم، وكذلك وصية النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لقائد الجيش حين أوصاه فقال: «اغزوا بسم الله، في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا، ولا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا»^(٣)، فمن خلال الآية الكريمة والحديث النبوي الكريم يدل على مبدأ مهم وهو أنه لا يجوز التعرض لمن لم يكن من ضمن المقاتلين، ووجوب تطبيق المبادئ والأخلاق الإنسانية في الحرب.

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، تحقيق: محمد عبدالسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩١م، ٣/٣.

(٢) سورة البقرة، آية: ١٩٠.

(٣) صحيح مسلم، ٣/١٣٥٧.

وبالنسبة لاستخدام الأسلحة في الإسلام وعلى الرغم من أن الأسلحة في بداية الإسلام كانت تتسم ببساطتها وقدراتها المحدودة إلا أن الإسلام حرص على عدم التعرض للمدنيين وغير المقاتلين، وحرص كذلك على عدم إتلاف ممتلكات العدو إلا في حالة الضرورة الحربية^(١)، بل إن فقهاء المسلمين قد اختلفوا في حكم جواز قذف العدو بالسهم المسمومة، فهناك من حرمها وهناك من أباحها مع الكراهة، واختلفوا كذلك في حكم استخدام المنجنيق ووضع النار على الصخور الكبيرة وقذف العدو بها، فهناك من حرمها وهناك من أباحها للضرورة الحربية أو من مبدأ المعاملة بالمثل، فهذه المناقشات والمداومات تثبت أن مبدأ التناسب والضرورة الحربية كانت حاضرة في ذهن فقهاء المسلمين وأن الهجمات العشوائية أو الإفراط في استخدام القوة العسكرية كانت نصب أعينهم في أحكامهم وفتاواهم^(٢).

وحين أوصى النبي ﷺ بعدم التمثيل بجثث الأعداء فإن ذلك يشمل في الوقت الراهن الأسلحة التي تسبب أضراراً مفرطة أو إصابات لا مبرر لها والتي تؤدي إلى الموت وأكثر منها، فمثلاً حين يموت شخص جراء لغم أو أصابه سلاح من أسلحة الذخائر العنقودية وغيرها فإنه لن يموت فحسب وإنما قد تؤدي به إلى تناثر

(١) القانون الدولي الإنساني بين النظرية والتطبيق، د. أحمد الداوودي، ص ٢١٩، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٢٠.

جسده إلى أشلاء أو تشوه في جسمه وغيره، فإن مات فهو تمثيل محرم في الإسلام، وإن عاش فهو من الاعتداء المحرم في الإسلام، وفي كل الأحوال تعتبر هذه الأسلحة محرمة في الإسلام لأن فيها من الاعتداء الذي يتجاوز الأهداف العسكرية، وهذا مثال حي لتطبيق ما قاله الله تعالى في كتابه: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾^(١).

فالإسلام يحرم حرق الجثث والتمثيل بها لكرامة الإنسان، وبالتالي فاستخدام الأسلحة الحارقة أو الضارة هو نوع من أنواع التمثيل، كحرق الإنسان والجثة والتمثيل بها وهو مما حرمه الإسلام لا سيما وأن الإسلام يحث المحارب على دفع الضرر قدر الإمكان، فإن كان بالإمكان إصابة العدو دون قتله فهو أفضل، وإلا فيتم قتله دون اعتداء، لأن هذه الأسلحة لا تقتل فحسب وإنما فيها تعذيب لجسد الإنسان وهذا أمر محرم حيث قد يصاب بها الإنسان ويعاني منها بقية حياته حتى يموت، وهذا منافٍ لمبادئ وأخلاق الشريعة الإسلامية.

يتضح مما سبق، أن الشريعة الإسلامية جاءت بنصوص ومبادئ القانون الدولي الإنساني قبل أن يقرها المجتمع الدولي بقرون، وإن قواعد القانون الدولي الإنساني التي نراها اليوم هي مأخوذة من الشريعة الإسلامية، بل إن قواعد ونصوص القانون الدولي الإنساني المذكورة في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية لم تصل ولن تصل ولن ترقى إلى المستوى الذي وصلت إليه الشريعة الإسلامية التي جاءت

(١) سورة الإسراء، آية: ٧٠.

من عند الله ومن عند رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لذا فإنه حينما يريد المجتمع الدولي تطبيق أي قاعدة دولية أو تشريع مبدأ دولي فإنه يجب عليه ألا ينص على شرط مارتينز الذي جاء متأخراً، وإنما يجب عليه أن يعيد الفضل في ذلك في تطبيق وتشريع هذه القوانين إلى الشريعة الإسلامية التي جاءت قبل ذلك بقرون وهي شاملة وعالمية وصالحة لكل زمان ومكان^(١).

(١) قال أستاذ القانون الدولي في لاهاي ميشيل دي توب: إن إعلان الحرب مبدأ إسلامي وإن الرحمة بالمحاربين وتجنّب غير المحاربين ويلات الحرب من النساء والأطفال والشيوخ والزراع وعدم تخريب أملاك العدو، كل هذه قواعد إسلامية أثرت في القانون الدولي. انظر: حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، خليل أحمد العبيدي، جامعة سانت كلمنتس العالمية، ٢٠٠٨م، ص ١٨١. وانظر: الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، علي منصور، ص ٣١٠.

الخاتمة

بعد الانتهاء بفضل الله من هذا البحث والذي تحدث فيه عن الأحكام المتعلقة باستخدام الأسلحة في الحرب فإني أوجز ما ذكرته فيما يلي:

١- السلاح هو كل آلة تستخدم في مواجهة العدو في الحرب سواء عن طريق البر أو البحر أو الجو، بينما الحرب هي القتال الذي يكون بين دولتين أو أكثر وذلك باستخدام الأسلحة في أرض المعركة وذلك لإضعاف قوة العدو وللانتصار فيها على الخصم.

٢- عند خوض أي دولة من الدول للحرب فإنها ليس لها حرية استخدام الأسلحة التي تشاء، وإنما هي مقيدة باستخدام أسلحة معينة دون غيرها، والهدف من ذلك ألا يتضرر المدنيون والمقاتلون والأعيان العسكرية والمدنية من جراء الاستخدام الزائد لهذه الأسلحة.

٣- يجوز للدول استخدام الأسلحة التقليدية في الحرب وهي الأسلحة التي تتوافق مع مبادئ القانون الدولي الإنساني ولا تسبب أضراراً زائدة لا مبرر لها، كالمسدسات وغيرها، وإن استخدام أي سلاح تقليدي يمكن اعتباره مفرط الضرر أو عشوائي الأثر فإنه محظور.

٤- يجب حين استخدام أي سلاح أن يتم استخدام مبادئ التمييز والضرورة والتناسب، ولا يمكن تبرير استخدام القوة إلا إذا كان لتحقيق هدف مشروع.

٥- على الرغم من أن استخدام الألغام محظور إلا أن القانون الدولي أجاز استخدامها شريطة إمكانية الكشف عنها ومعرفة مواقعها، وكذلك الشراك الخداعية والنبائط الأخرى فإنه لا يجوز استخدامها إلا إذا وضعت على هدف عسكري أو على مقربة منه مع اتخاذ التدابير اللازمة لحماية المدنيين من أثارها كوضع علامات أو تحذيرات أو غيرها.

٦- حظر القانون الدولي استخدام الأسلحة المحرقة ولكنه أجاز استخدامها إذا تم توجيهها ضد الأهداف العسكرية إذا كانت لا تقع في تجمع المدنيين أو تقع في تجمع المدنيين مع إطلاقها من الجو مع اتخاذ جميع الاحتياطات لتفادي التخفيف من وقوع الخسائر في أرواح المدنيين أو إصابتهم بجروح أو تلف الأعيان المدنية، كما أجاز استخدامها في الغابات إذا تم استخدامها كستر أو إخفاء أو تمويه لمقاتلين أو أهداف عسكرية أو تكون هي ذاتها أهدافاً عسكرية.

٧- حظر القانون الدولي استخدام أي سلاح يسبب أضراراً زائدة أو آلاماً لا مبرر لها، وهناك أسلحة يحظر استخدامها مطلقاً ويعتبر استخدام السلاح نفسه محظوراً وغير مشروع، كاستخدام الألغام المضادة للأفراد والذخائر العنقودية والأسلحة البيولوجية والأسلحة الكيميائية والأسلحة السامة والغازات الخانقة والطلقات النارية التي تتمدد أو تنفجر في جسم الإنسان، وأسلحة الليزر المسببة للعمى، والأسلحة المحرقة والأسلحة النووية وغيرها.

التوصيات:

١- حق الحياة حق مكفول لكل إنسان، ولا يجوز التعرض له بأي حال من الأحوال، ويجب على المجتمع الدولي التنديد وإيقاع العقوبة على من يتعرض لهذا الحق.

٢- الحرب تبدأ ببدايتها، وتنتهي بانتهائها، وبالتالي يجب عدم استخدام أي سلاح تمتد آثاره بعد نهاية الحرب، ويجب إزالة آثار الحرب من ألغام وقنابل وغيرها حين الانتهاء من الحرب.

٣- يجب على المجتمع الدولي تجريم ومعاقبة من يستخدم الأسلحة المحظورة والتي حظرها القانون الدولي الإنساني، وعدم السماح باستخدامها بأي حال من الأحوال.

٤- حين الخوض في الحرب فيجب فقط استخدام الأسلحة التقليدية التي لا تحدث أضراراً زائدة وآلام لا مبرر لها، وإذا كانت الأسلحة التقليدية تسبب أضراراً زائدة وإصابات لا مبرر لها فإنها تعتبر من الأسلحة المحظورة التي لا يجوز استخدامها.

٥- يجب منع استخدام الألغام المضادة للأفراد، والأسلحة المحرقة وغيرها من الأسلحة المحظورة، وعدم جواز استثناء أي حالة لاستخدامها؛ لما يسببه من أضرار ومعاناة تخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني.

٦- يجب تعديل المواد في الاتفاقيات الدولية التي تنص على تقليل الخسائر المدنية واستبدالها بعدم التعرض للمدنيين بأي حال من الأحوال، وأنه عند الاشتباه بوجود مدنيين في موقع عسكري فلا يتم استهداف هذا الموقع العسكري إطلاقاً.

٧- إبراز سيرة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في تأسيسه للقانون الدولي الإنساني، وأن يتم إعادة الفضل فيما يتعلق بالمبادئ الإنسانية والضمير العام إلى النبي الكريم محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا للرجل الروسي مارتينز.

٨- الأسلحة الحديثة والمتطورة والتي تم وسيتم اختراعها يجب وضع ضوابط وقيود عليها لكي تتوافق مع مبادئ القانون الدولي الإنساني، ولا يجوز اختراع واستخدام أي أسلحة تخالف مبادئ القانون الدولي الإنساني.

- أغلب الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المعمول بها حالياً قديمة لا سيما مع تطور الأسلحة في عصرنا الحاضر، لذا لا بد من وضع اتفاقيات ومعاهدات تتلائم مع الأسلحة المعمول بها في عصرنا الحالي.

المراجع

١. القرآن الكريم.
٢. اتفاقية الأسلحة البيولوجية، مكتب الأمم المتحدة لشؤون نزع السلاح، الطبعة الثانية، ٢٠٢١ م.
٣. اتفاقية الذخائر العنقودية، ٢٠٠٨ م.
٤. اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، ١٩٤٩ م.
٥. اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب، ١٩٤٩ م.
٦. اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، ١٩٤٩ م.
٧. اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، ١٩٤٩ م.
٨. اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين الأسلحة البيولوجية وتدمير تلك الأسلحة، ١٩٧٢ م.
٩. اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة، ١٩٩٢ م.
١٠. اتفاقية حظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام، ١٩٩٧ م.
١١. اتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر، ١٩٨٠ م.
١٢. اتفاقية لاهي بشأن قوانين وأعراف الحرب البرية، ١٩٠٧ م.

١٣. أساس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمرو الزنخشي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨ م.
١٤. إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، تحقيق: محمد عبدالسلام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١ م.
١٥. إعلان الأمم المتحدة بشأن حظر استعمال الأسلحة النووية والنووية الحرارية، ١٩٦١ م.
١٦. الإعلان الدولي بشأن قوانين وعادات الحرب، بروكسل، ١٨٧٤ م.
١٧. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨ م.
١٨. إعلان أوسلو لعالم خالٍ من الألغام، ٢٠١٩ م.
١٩. إعلان سان بطرسبورغ بشأن حظر استعمال قذائف معينة في زمن الحرب، ١٨٦٨ م.
٢٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم محمد، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي.
٢١. البروتوكول الإضافي الأول والملحق باتفاقيات جنيف والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة، ١٩٧٧ م.
٢٢. البروتوكول الأول الملحق باتفاقية حظر أو تقييد استعمال الأسلحة التقليدية بشأن الشظايا التي لا يمكن الكشف عنها، ١٩٨٠ م.
٢٣. البروتوكول الثالث الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية بشأن حظر أو تقييد استعمال الأسلحة المحرقة، ١٩٨٠ م.
٢٤. البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية المتعلق بحظر أو تقييد استعمال الألغام والأشراك الخداعية والنبائط الأخرى، ١٩٩٦ م.

٢٥. البروتوكول الخامس الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية بشأن المتفجرات من مخلفات الحرب، ٢٠٠٣ م.
٢٦. البروتوكول الرابع الملحق باتفاقية حظر أو تقييد الأسلحة التقليدية بشأن أسلحة الليزر المسببة للعمى، ١٩٩٥ م.
٢٧. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن عبدالرزاق الحسيني، دار الهداية.
٢٨. التعريفات الفقهية، محمد عميم البركتي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣ م.
٢٩. التمييز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، بن عيسى زايد، رسالة دكتوراه في كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٦ م.
٣٠. تهذيب اللغة، محمد بن أحمد الأزهرري، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١ م.
٣١. توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكاً في سياق إنفاذ القانون، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، ٢٠٢٠ م.
٣٢. التوقيف على مهمات التعريف، زين الدين عبدالرؤوف زين العابدين الحدادي، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٩٠ م.
٣٣. الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، ٢٠١١ م.
٣٤. حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، خليل أحمد العبيدي، جامعة سانت كلمنتس العالمية، ٢٠٠٨ م.

٣٥. خطاب د. جيل كاربونييه نائب رئيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر في المؤتمر الاستعراضي الثاني لاتفاقية الذخائر العنقودية، والذي أقيم في ٢٠ سبتمبر ٢٠٢١م.
٣٦. دراسات حول القانون الدولي الإنساني العرفي، جون ماري هنكرتس، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠٠٥م.
٣٧. الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، علي بن علي منصور، القاهرة، ١٣٩٠هـ.
٣٨. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبونصر إسماعيل الجوهري، تحقيق: أحمد عبدالغفور عطار، الطبعة الرابعة، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٧م.
٣٩. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق: محمد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٤٠. الضرورة العسكرية في نطاق القانون الدولي الإنساني، روشو خالد، رسالة دكتوراه مقدمة في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٣م.
٤١. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ١٩٦٦م.
٤٢. فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، ١٩٩٦م.
٤٣. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو حبيب، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٨م.
٤٤. القاموس المحيط، مجد الدين أبوطاهر محمد الفيروز آبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٥م.

٤٥. القانون الدولي الإنساني بين النظرية والتطبيق، د. أحمد الداوودي، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
٤٦. القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، د. مصعب التجاني، الطبعة الأولى، المركز الديمقراطي العربي للدراسات السياسية والاقتصادية، ٢٠١٩م.
٤٧. القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والتطبيق، د. أمل يازجي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، ٢٠٠٤م.
٤٨. القانون الدولي الإنساني: تطوره ومبادئه، د. جان بكتيه، القانون الدولي الإنساني في النزاعات المعاصرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
٤٩. القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠١٤م.
٥٠. القانون الدولي الإنساني، نيلس ميلتسر، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠١٦م.
٥١. قرار الجمعية العامة في الأمم المتحدة بشأن متابعة فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، ٢٠١٦م.
٥٢. كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار الهلال.
٥٣. لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ.
٥٤. المبادئ الأساسية بشأن استخدام القوة والأسلحة النارية من جانب الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون، الأمم المتحدة، ١٩٩٠م.



٥٥. المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسبي، تحقيق: عبد الحميد هنداي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م.
٥٦. مختار الصحاح، زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي، الطبعة الخامسة، المكتبة العصرية، بيروت، ١٩٩٩م.
٥٧. مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة في الأمم المتحدة، ١٩٧٩م.
٥٨. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي الحموي، المكتبة العلمية، بيروت.
٥٩. المعاهدة الخاصة بشأن استخدام الغواصات والغازات الضارة في الحرب، واشنطن، ١٩٢٢م.
٦٠. معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية، ١٩٦٨م.
٦١. معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار، الطبعة الأولى، عالم الكتب، ٢٠٠٨م.
٦٢. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة.
٦٣. معجم لغة الفقهاء، محمد رواس وحامد صادق، الطبعة الثانية، دار النفائس للنشر والتوزيع، ١٩٨٨م.
٦٤. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة، مصر.
٦٥. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت.
٦٦. ميثاق الأمم المتحدة.
٦٧. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

٦٨. النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين محمد بن محمد الشيباني الجزري، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م.
٦٩. الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. بلال النصور، د. رضوان المجالي، الأكاديميون للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٢م.
٧٠. الوجيز في القانون الدولي الإنساني، د. فليج غزالان، أ. سامر موسى، ٢٠١٩.

مواقع إلكترونية:

٧١. القاموس العملي للقانون الإنساني: <https://ar.guide-humanitarian-law.org/content/article/5/hrb>
٧٢. موقع الأمم المتحدة: <https://www.ohchr.org/ar/arms-and-weapons>
٧٣. موقع الأمم المتحدة: <https://disarmament.unoda.org/conventional-arms>
٧٤. موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر: <https://www.icrc.org/ar/law-and-policy/cluster-munitions>
٧٥. موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر: <https://www.icrc.org/ar/law-and-policy/weapons-and-disarmament>

