

مركز جيل البحث العلمي



مجلة علمية دولية محكمة

تصدر كل ثلاث أشهر

العام الثالث: العدد السابع - يونيو 2018

ISSN 2415-4946

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

**سرور طالبي المل: المشرفة العامة
رئيسة التحرير: د. نادية عمران**



ISSN 2415-4946

رئيس اللجنة العلمية:

أ.د. أخام بن عودة مليكة (جامعة البليدة، الجزائر)

هيئة التحرير:

- أ.د. ماهر خضير، عضو مجلس أمناء جامعة الإسراء، غزة، فلسطين.
د. بومدين بلخير جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر.
د. نوارة حسين، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر.
د. براف دليلة، جامعة الشارقة، الامارات العربية المتحدة.

التدقيق اللغوي:

- د. ويزة غربي، جامعة البليدة 2، الجزائر
د. جنيدي رضوان، المركز الجامعي تمانست الجزائر.

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

- د. أبكر عبد البنات آدم إبراهيم / جامعة جوبا جنوب السودان.
د. اسماعيل صديق عثمان اسماعيل / جامعة بحري، السودان.
د. بدرة لعور، جامعة بسكرة/ الجزائر
د. بن حجوية حميد، جامعة مستغانم/ الجزائر
د. بن سالم جمال، جامعة البليدة 2/ الجزائر
د. جبيري محمد، جامعة البليدة 2/ الجزائر
د. جهان الطاهر عبد الحليم، جامعة الحدود الشمالية/ المملكة العربية السعودية
د. علة مراد، جامعة الجلفة/ الجزائر.
د. لخضر رابحي، جامعة الأغواط/ الجزائر
د. يوسف زروق، جامعة الجلفة، / الجزائر.
أ. جابر بومعيزة، جامعة البليدة 2/ الجزائر

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تعني بالبحوث والدراسات المتخصصة والمقارنة في الفقه الإسلامي والقانون بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

أهداف المجلة:

تهدف مجلة جيل الدراسات المقارنة إلى نشر المعرفة الإسلامية الأصيلة في جميع اختصاصاتها، وتسعى إلى تشجيع البحوث العلمية الأكاديمية ذات القيمة العالية في مجال المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مع مراعاة دقة الأسلوب وسلامة اللغة والالتزام بالموضوعية والمنهجية العلمية.

مجالات النشر بالمجلة:

تنشر المجلة البحوث والمقالات العلمية المتعلقة بالفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي في المجالات المختلفة: المعاملات (الإقتصاد والنظام المالي)، الأحوال الشخصية، الفقه الجنائي، القضاء، الفقه الدولي والعلاقات الدولية، مقاصد الشريعة، إسهامات فقهاء الشريعة والقانون في المنظومة القانونية المعاصرة، التأصيل الشرعي للقضايا القانونية المعاصرة.

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:

- أن يكون البحث المقدم ضمن الموضوعات التي تعنى المجلة بنشرها.
- ألا يكون البحث قد نشر أو قدم للنشر لأي مجلة، أو مؤتمر في الوقت نفسه، ويتحمل الباحث كامل المسؤولية في حال اكتشاف بأن مساهمته منشورة أو معروضة للنشر.
- أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على:
 - أ- عنوان البحث.
 - ب - اسم الباحث ودرجته العلميّة، والجامعة التي ينتمي إليها.
 - ت - البريد الإلكتروني للباحث.
 - ث - ملخّص للدراسة في حدود 150 كلمة وبحجم خط 16.
 - ج - الكلمات المفتاحية بعد الملخص.
- أن تكون البحوث المقدمة بإحدى اللغات التالية: العربية ، الفرنسية والإنجليزية
- أن لا يزيد عدد صفحات البحث على (20) صفحة بما في ذلك الأشكال والرسومات والمراجع والجداول والملاحق.
- أن يكونَ البحثُ خاليًا من الأخطاء اللغوية والنحوية والإملائيّة.
- أن يلتزم الباحث بالخطوط وأحجامها على النحو الآتي:
- اللغة العربية: نوع الخط (Traditional Arabic) وحجم الخط (16) في المتن ، وفي الهامش نفس الخط مع حجم (12).
- اللغة الأجنبية: نوع الخط (Times New Roman) وحجم الخط (14) في المتن، وفي الهامش نفس الخط مع حجم (10).
- تكتب العناوين الرئيسية والفرعية للفقرات بحجم 16 نقطة مثلها مثل النص الرئيسي لكن مع تضخيم الخط.
- أن تكتب الحواشي بشكل نظامي حسب شروط برنامج Microsoft Word في نهاية كل صفحة.
- أن يرفق صاحب البحث تعريفا مختصرا بنفسه ونشاطه العلمي والثقافي.
- عند إرسال الباحث لمشاركته عبر البريد الإلكتروني، سيستقبل مباشرة رسالة إشعار بذلك
- ترفض الأبحاث المطبوعة على برنامج Microsoft Word للوحات الذكية
- تخضع كل الأبحاث المقدمة للمجلة للقراءة والتحكيم من قبل لجنة مختصة ويلقى البحث القبول النهائي بعد أن يجري الباحث التعديلات التي يطلبها المحكمون .
- لا تلتزم المجلة بنشر كل ما يرسل إليها .

ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

comparative@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

- الافتتاحية 9
- دور القاضي الوطني في سير الخصومة التحكيمية الدولية -سلطة القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية – مريم دواس - محمد أنيس زياد، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر.
- التطور المرحلي للتوثيق في عقود الزواج في الفقه الإسلامي، د. زينب خليل الخنيسي، جامعة سكاريا – تركيا.
- إجراء البيع والشراء عبر تقنيات الهاتف المحمول من منظور الشريعة الإسلامية، د. منير علي عبد الرب القباطي - عبد الرحمن بن صالح السقاف ، جامعة العلوم الاسلامية، ماليزيا.
- الأركان العامة لجريمة التخابر في التشريع الفلسطيني مقارنة بالتشريع المصري والأردني دراسة تحليلية مقارنة، د. عثمان يحيى أحمد أبو مسامح ، عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي.
- أحكام تديرمر اقبة السلوك في قانون الأحداث العراقي والأردني دراسة مقارنة، اكرم زاده الكوردي، محقق قضائي في مجال التحقيق مع الأحداث.
- التأصيل الفقهي للطعن في الحكم القضائي في الفقه المالكي، أ.د نبيل مهدي كاظم زوين جامعة الكوفة، محمد ناهض عبد الرزاق العوادي، كلية الكفيل الجامعة.

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز

جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين، و الصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين ، أما بعد :

ها نحن نجدد العهد معكم من خلال إصدارنا العدد السابع من مجلة جيل الدراسات المقارنة ، كعدد جديد من الإصدارات المتواصلة لهذه المجلة و مختلف مجلات مركز جيل البحث العلمي.

تضمن هذا العدد مجموعة من الدراسات والأبحاث تناولت موضوعات متنوعة ذات العلاقة بالقانون والشريعة الإسلامية قام بإعدادها مجموعة من الأساتذة والطلبة الباحثين في المجال القانوني من مختلف ربوع الوطن العربي.

تناول المقال الأول دور القاضي الوطني في سير الخصومة التحكيمية الدولية- سلطة القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية – الذي حاول الباحث من خلاله تحديد الأحكام الخاصة بالتحكيم في التشريع الجزائري بعد اعتراف المشرع به، ودراسة مدى سلطة القاضي الوطني في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، المتعلقة بالعملية التحكيمية، مقدما في الأخير مجموعة من التوصيات التي تسهم في تفعيل دور القاضي الوطني وحماية المصلحة.

أما المقال الثاني فقد تطرق للتطور المرحلي للتوثيق في عقود الزواج في الفقه الإسلامي، حاول من خلاله الباحث إبراز أهمية التوثيق في عقود الزواج، كونه ضرورة فرضها مبدأ حماية الأنساب والنظام الإجتماعي ككل، متوصلا إلى أسبقية الشريعة الإسلامية في ذلك.

في حين عالج المقال الثالث نظرة الشريعة إلى إجراء البيع والشراء عبر تقنيات الهاتف المحمول، أين حاول الباحث من خلاله تسليط الضوء على هذا النوع الحديث من البيوع الموكبة للتطور ، و ما يخالطه من تصرفات سبق أن حدد الشرع أحكامها.

في حين تمحور المقال الرابع حول دراسة الأركان العامة لجريمة التخابر في التشريع الفلسطيني مقارنة بالتشريع المصري والأردني، تضمنت هذه الدراسة بالتحليل والمقارنة جريمة التخابر و أحكامها العامة والخاصة، مع تسليط الضوء على كل الجوانب المتعلقة بها من أجل تمييزها عن الجرائم العامة نظرا لطابع الخطورة والضرر اللذان يميزانها.

أما المقال الخامس والذي جاء تحت عنوان أحكام تدبير مراقبة السلوك في قانون الأحداث العراقي والأردني -دراسة مقارنة- فقد خص بمقارنة أحكام هذا التدبير في كلا القانونين للوقوف على الأمتل والأكثر ملاءمة في مجال الحماية الخاصة بالأحداث، سواء من حيث القوانين المطبقة أو من حيث المؤسسات المخولة بعملية مراقبة السلوك .

بينما عالج المقال السادس فكرة التأصيل الفقهي للطعن في الحكم القضائي في الفقه المالكي، محاولا التعرض للمرجعية المالكية وتوجهها، ووجود اختلاف بين مختلف الأطياف حول جواز الطعن في الحكم القضائي من عدمه، مع تحديد الأساس الذي اعتمد عليه كل توجه في بناء موقفه.

لكل ذلك، أتوجه بشكر خاص لهيئة التحرير وللجنة التحكيمية للمجلة والعدد على مجهوداتهم المبذولة لإصدار هذا العدد من خلال إشرافهم على تحكيم البحوث المنشورة ضمنه، والشكر موصول لأعضاء هيئة التدقيق اللغوي على تصويبهم للبحوث والدراسات المقدمة ضمن هذا العدد، والسادة المشاركين من أساتذة وطلبة باحثين.

و عليه فإن أسرة تحرير المجلة تعدكم بالاستمرار و عمل ما بوسعها لتقديم الأفضل دائما، وتدعوا الباحثين و المختصين في الدراسات المقارنة إلى المساهمة بالأعداد المقبلة.

و الله ولي التوفيق
رئيسة التحرير/ د. نادية عمراني

دور القاضي الوطني في سير الخصومة التحكيمية الدولية: سلطة القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفزية

من إعداد باحثي الدكتوراه: مريم دواس ومحمد أنيس زياد
كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة مولود معمري تيزي وزو

Résumé:

La nouvelle orientation économique prise par l'Algérie en vue de la mondialisation économique et l'ouverture sur les investissements étrangers afin de renouer le développement économique, a laissé le législateur faire un pas positif et attentif par l'ouverture sur l'arbitrage commercial international, et comme on ne peut critiquer cet attention et hésitation, il a été obligé de passer d'une étape à une autre, là ou un suivi d'un dirigeant progressif jusqu'à la fin de l'étape transitoire. C'est pour cette raison qu'il existait auparavant des ambiguïtés ainsi des contradictions dans la législation établie lors de cette étape. L'arbitrage commercial international a été maintenu dans la législation, en le considérant comme une juridiction spéciale réalisant le développement national, par l'attraction des capitaux étrangers et de différents investissements dans lesquelles, on accorde des garanties et des avantages y compris la garantie de l'orientation vers l'arbitrage comme un instrument de régularisation des différends entre les parties.

L'arbitrage est donc, un instrument exclusif, en vue du consentement et de l'accord établi entre les parties si les dispositions de l'acte conclu entre eux le prévu d'appliquer.

Par l'énoncé de ce point, On pose la Problématique suivante : Comment le législateur algérien a traité l'intervention de la juridiction nationale dans le litige arbitral international ? Et est ce que le juge peut prendre des procédures provisoires et conservatoires au courant du litige arbitral international?

Mots Clés : Le juge, L'arbitre, le litige arbitral international, les procédures provisoires et conservatoires, les preuves, les actions préliminaires.

الملخص :

إن التوجه الاقتصادي الجديد الذي تبنته الدولة الجزائرية تزامنا مع العولمة الاقتصادية والانفتاح على الاستثمارات الأجنبية من أجل دفع عجلة التنمية الاقتصادية، جعل المشرع يخطو خطوة إيجابية حذرة بالتفتح على التحكيم التجاري الدولي، ولا يمكن أن نعيب عنه حذره وتردده هذا، حيث كان لزاما أن يتم الانتقال من مرحلة إلى مرحلة أخرى باتباع مسار متدرج حتى يتم تجاوز المرحلة الانتقالية، ونتيجة لهذا حدث تعارض وغموض في الترسنة القانونية التي وضعها المشرع في هذه المرحلة. وقد كرس التحكيم التجاري الدولي باعتباره قضاء خاصا تحقيقا للتنمية الوطنية عن طريق جلب رؤوس الأموال الأجنبية والاستثمارات بما تفرضه من منح ضمانات وتحفيظات، من بينها ضمانات اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات. باعتبار أن القضاء الوطني هو الوسيلة الأصلية لتسوية النزاعات بين الأطراف، فإن التحكيم هو وسيلة استثنائية يلجأ إليها الأطراف عند الاتفاق على اتخاذها في العقد المبرم بينهما. من هذا المنطلق نطرح الإشكالية المحورية التالية: كيف عالج المشرع الجزائري مسألة تدخل القضاء الوطني في الخصومة التحكيمية الدولية؟ وهل بإمكان القاضي الوطني أن يتخذ إجراءات وقتية وتحفظية أثناء سير الخصومة التحكيمية الدولية؟ .

الكلمات المفتاحية :

القاضي الوطني، المحكم، الخصومة التحكيمية الدولية، الإجراءات الوقية والتحفظية، الأدلة، المسائل الأولية .

مقدمة

إن تغير موقف الجزائر تجاه التحكيم بالرغم من الظروف السابقة المحيطة، جعل من التحكيم ضرورة لا مناص منها، حيث قام المشرع الجزائري بتكييف التشريعات مع التطور الحاصل في العلاقات الاقتصادية على الصعيد الدولي، وعليه تم إبرام عدة اتفاقيات ثنائية وأخرى متعددة الأطراف لتشجيع الاستثمارات المجسدة لنظام التحكيم، وإصدار قوانين داخلية تواكب الأحكام الدستورية المعدلة وتكرس المبدأ الدستوري الذي يؤكد على تحرير التجارة الخارجية والحث على المنافسة الحرة وتحسين مناخ الأعمال¹، كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون 09/08 أعاد صياغة القواعد المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي بطريقة

¹ - أنظر المادة 43 من القانون العضوي 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري، ج 14، مؤرخة في

تجعلها متلائمة مع الواقع الاقتصادي الجديد، وكذا مع المبادئ والاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي انضمت إليها الجزائر.

حيث يعد التحكيم التجاري الدولي طريقة فعالة لفض المنازعات وذلك بما ينطوي عليه من تحقيق للمصلحة الخاصة وما يعبر عنه من التزام تلقائي بالقانون، كما أنه أمر ضروري وحيوي في مجال التجارة الدولية لقدرته على تحقيق التكامل الاقتصادي بين الدول التي قد تختلف أنظمتها القانونية. وفي ظل نشوء النزاعات بين المتعاملين الاقتصاديين والمستثمرين الأجانب حول أي بند وارد في العقد المبرم بينهما، تضطر الأطراف إلى اللجوء إلى وسيلة لتسوية خلافاتهم، إما باللجوء إلى القضاء الوطني أو التحكيم إذا ورد بشأنه اتفاق في العقد، من هذا المنطلق نطرح الإشكالية المحورية التالية: ما مدى تأثير القضاء الوطني على سير الخصومة التحكيمية الدولية؟ وهل بإمكان القاضي الوطني أن يتخذ إجراءات وقتية وتحفظية أثناء سير الخصومة التحكيمية الدولية؟.

المبحث الأول: سلطة القضاء في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية قبل عرض النزاع:

يمكن للقضاء أن يتدخل في مجال تقديم الأدلة وفي مجال المسائل الأولية، كما أن له اختصاصات أخرى كمساعد للمحكم، سنتطرق إليها في حينها.

تقتضي طبيعة النزاع المطروح على هيئة التحكيم ضرورة اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية أو التحفظية، سواء كان ذلك قبل انعقاد هيئة التحكيم أو أثناء سير خصومة التحكيم، ومثال هذه الإجراءات سماع شهادة شاهد على وشك الموت أو الرحيل أو إجراء معاينة لإثبات حالة العين موضوع النزاع أو تعيين حارس موضوع النزاع أو تعيين حارس على موجودات الشركة محل النزاع بين الشركاء¹. وعليه سنتعرض إلى مفهوم الإجراءات الوقتية والتحفظية (أولا)، ثم إلى تدخل القاضي لاتخاذها (ثانيا)..

المطلب الأول: مفهوم الإجراءات الوقتية والتحفظية:

الإجراء المؤقت أو التدبير الوقتي باعتباره حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية، له عدة أمثلة منها: النفقة الوقتية التي يحكم بها مؤقتا إلى أن يصدر حكم في موضوع النفقة، والتعويض المؤقت الذي يحكم به حتى يتم الفصل في دعوى المسؤولية وتحديد التعويض بصفة نهائية، أو صدور حكم مستعجل بوقف طرد مستأجر أو تسليم عين بصفة مؤقتة، أو وقف تنفيذ حكم بصفة مؤقتة، أو صدور حكم بغرامة تهديدية وقتية.

¹ - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 430.

أما التدابير التحفظية، فهي التي تهدف إلى المحافظة على الحق لضمانه في المستقبل، فهي وسائل تكفل وجود الحق عندما يصدر حكم في الموضوع، ومثالها حجز التحفظي الذي يهدف إلى المحافظة على أموال المدين ويتيح للدائن بعد الحصول على حكم بثبوت الحق وصحة الحجز باستيفاء حقه اختياراً أو جبراً⁽¹⁾.

كما تتخذ التدابير الوقائية أثناء السير في الدعوى للفصل مؤقتاً في مسألة (وضعية) مستعجلة في انتظار الحل النهائي⁽²⁾، فالإجراء المؤقت هو إجراء لا يرمي إلى الفصل في موضوع النزاع، ولكن يرمي إلى الحصول على نتيجة ثانوية كحجز أموال أو تقديم كفالة⁽³⁾. أما التدبير التحفظي فيهدف إلى المحافظة على حق أو عين ريثما يفصل في الموضوع، كما يسمح هذا التدبير للطرف الذي يطلبه ضمان فاعلية القرار التحكيمي الذي سيصدر مستقبلاً، أو على الأقل سيجنب الآثار غير المرغوب فيها لهذا القرار، فهذه التدابير المؤقتة والتحفظية تكون دائماً استعجالية تبعية ومؤقتة مصيرها متوقف على مضمون القرار التحكيمي النهائي⁽⁴⁾. كما تتجلى أهمية التدابير الوقائية والإجراءات التحفظية بالنسبة للمنازعات التحكيمية في الحاجة إلى السرعة في بعض القضايا والتي تتطلب إجراء فورياً وسريعاً، ولتفادي البطء الذي قد يلزم إجراءات التحكيم إلى أن يتم الفصل في موضوع النزاع. كما أن الغاية من هذه التدابير هي غاية وقائية لحماية الطلب من ضرر محتمل، وليس إزالة ضرر حال، كما يؤدي اتخاذ هذه الإجراءات بمعرفة هيئات التحكيم إلى الاقتصاد في الوقت والنفقات فضلاً عن تخفيف العبء عن القضاء.

لقد اختلفت التشريعات حول تحديد الجهة المختصة إصدار التدابير الوقائية والتحفظية هل يؤول إلى القضاء الوطني أم إلى هيئة التحكيم؟، ولكن جلتها اعتبرت أن اتخاذ التدابير الوقائية⁽⁵⁾

¹ - الصانوري مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2005، ص 103.

² - "Rappelons que la mesure provisoire est prise pour une durée d'un procès afin de régler momentanément une situation urgente en attendant la solution définitive".

- Beckechi abdelwaheb. conventions multilatérales et l'arbitrage. « séminaire sur l'arbitrage commercial organisé par la chambre nationale de commerce à Alger. les 14,15 décembre. 1992. Edch-Nat.com. Alger. 1993. page 87.

³ - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2005، ص 51.

⁴ - « la mesure conservatoire vise la sauvegarde d'un droit ou d'une chose. La mesure conservatoire est toujours urgente et permet à la partie qui la demander de garantir l'effectivité de la sentence arbitrale qui sera rendu. ou se prémunir contre les effets défavorables d'une sentence. Les mesures provisoires et conservatoires sont toujours urgentes. accessoires. temporaires et sans conséquences sur le principe. Elles peuvent se confondre. et leur soit définitif dépend de la sentence arbitrale elle-même ».

⁵ - نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 79.

والتحفظية من صميم الاختصاص الحصري للقاضي الوطني وبالضبط قاضي مكان تنفيذ الإجراء، بحجة أن هذه المسائل من النظام العام، كما ذهبت أخرى إلى الاختصاص المشترك بين محكمة التحكيم وقضاء الدولة. على ضوء ما تقدم نستعرض الاتجاهات الثلاث التي بانته عن تردد مختلف التشريعات :

الفرع الأول: اتجاه الاختصاص الإقصائي لقضاء الدولة :

يذهب غالبية الفقه¹ إلى أنه في حالة وجود اتفاق على التحكيم لا يحول دون لجوء الأطراف إلى قضاء الدولة، على اعتبار أنه صاحب الولاية العامة، وإذا كان القاضي الاستعجالي يختص بالمسائل الاستعجالية والتدابير التحفظية، ولو كان النزاع قائماً أمام محكمة الموضوع فمن باب أولى يكون له هذا الاختصاص إذا كان موضوع النزاع متفق بشأنه على التحكيم أو مطروحاً أمام هيئة التحكيم⁽²⁾.

وإذا كان الاتفاق على التحكيم يترتب أثراً مفاده منع القضاة من نظر النزاع الذي حدده الأطراف في اتفاق التحكيم، فإن نطاق هذا الأثر يقتصر على موضوع النزاع، ولا يفيد إلى اتخاذ التدابير التحفظية التي تظل من اختصاص قضاء الدولة صاحب الولاية الخاصة طالما أن اتفاق الأطراف لم يتضمن منع قضاء الدولة من اتخاذ مثل هذه التدابير. وإذا كانت التدابير التحفظية تتخذ لمواجهة حالة استعجال ناتجة عن خطر يمس الحق محل النزاع ولا يحتمل التأخير، فإن الاستعجال يعد شرطاً أساسياً للجوء إلى قضاء الدولة⁽³⁾، يحقق ذلك بصورة أفضل لأنه هو المختص بهذه المسائل وله الفصل فيها من ساعة إلى ساعة، فيكون ذلك أكثر فاعلية لمواجهة حالة الاستعجال وخطر التأخير فضلاً عن أن أوامره تكون مشمولة بالإنفاذ المعجل. ويجب على القاضي وهو بصدد اتخاذ تدبير تحفظي أن يتجنب أية منازعة تمس بأصل الموضوع المطروح على هيئة التحكيم، وأن يقتصر أمره على الحماية الوقتية، كأن يصدر قراراً بتعيين حارس على الأموال المتنازع عليها، أو يتخذ الإجراءات التحفظية اللازمة لحفظ الأدلة، إلى غير ذلك من التدابير التحفظية التي لا تمس موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم. وباللجوء إلى القضاء يحقق عدة مزايا أهمها :

¹ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997، ص 299.

² أحمد أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الأولى، ص 23.

³ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، (ب، ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 184.

- إفتقار هيئة التحكيم لسلطة الإجبار، والتي تكون لقاضي الدولة ويستطيع بمقتضاها أن يأمر بتنفيذ التدبير تنفيذاً جبرياً إذا تطلب الأمر ذلك⁽¹⁾.

- اتخاذ التدابير التحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم من قبل القضاء، يمثل جانبا من جوانب التعاون بين قضاء الدولة وهيئات التحكيم⁽²⁾.

إن لجوء الأطراف إلى القضاء لإصدار التدابير التحفظية لا يعتبر خرقاً لاتفاق التحكيم ولا تنازلاً عن التمسك به، فضلاً عن أنه لا يؤدي إلى فصل القضاء في موضوع النزاع بل تظل محكمة التحكيم هي المختصة بالفصل في موضوع النزاع الذي تم الاتفاق بشأنه على التحكيم⁽³⁾.

الانتقادات الموجبة لهذا الاتجاه :

1- إن إسناد الاختصاص بالتدابير التحفظية إلى القضاء في الوقت الذي تنظر فيه هيئة التحكيم موضوع النزاع، يؤدي إلى تجزئة النزاع وتوزيعه بين أكثر من جهة، وقد يترتب على ذلك آثار سلبية على حل النزاع.

2- يؤدي ذلك إلى إشراك القضاء في حل النزاع، مما يتناقض مع اتفاق الأطراف على اختيار التحكيم كأسلوب لحل النزاع بينهم.

3- إن ذلك يتعارض مع الاتفاق الصريح للأطراف على إحالة ما ينشأ بينهما من منازعات، على التحكيم وعدم خضوع تلك النزاعات لقضاء الدولة.

إلا أن ذلك لا يعني أن اللجوء للقضاء لاتخاذ التدابير التحفظية لا يحقق مزايا، بل بالعكس الحماية التي يمنحها القضاء، وإن كانت وقتية إلا أنها تتسم بالسرعة والفعالية لأن قضاء الدولة يملك سلطة الإجبار لتنفيذ ما يصدر عنه من أوامر. ونظراً للانتقادات السالفة الذكر فهناك بعض التشريعات منحت الاختصاص لهيئة التحكيم دون غيرها في اتخاذ التدابير التحفظية.

الفرع الثاني: اتجاه اختصاص هيئة التحكيم :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن للمحكمة التحكيمية التي تفصل في النزاع اختصاص إصدار التدابير التحفظية، وذلك من أجل توفير الوقت و النفقات فضلاً عن عدم صدور تدابير متعارضة تؤدي إلى عرقلة مهمة محكمة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع.

¹ - دريس كمال فتحي، التدابير التحفظية في خصومة التحكيم، رسالة ماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 67.

² - COUCHEZ (G).note sous cassation civil, 18 juin 1985, revue de l'arbitrage, 1986, p581.

³ - Derains (Y).expertise technique et référé arbitral, revue d'arbitrage, 1982, p246.

من البديهي أن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات الناشئة بينهم يجعلهم يعرضون كل ما يتعلق بالنزاع على هيئة التحكيم، إذ يترتب على ذلك أن الاتفاق الصريح أو الضمني في شرط أو اتفاق التحكيم على اختصاص محكمة التحكيم باتخاذ التدابير التحفظية، ويجبر الأطراف على احترامه، فطالما أن القانون قد أباح للأفراد الاتفاق على عرض موضوع النزاع على هيئة التحكيم بدلا من قضاء الدولة، فإنه يجوز من باب أولى الاتفاق على عرض طلبات التدابير التحفظية على هيئة التحكيم، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق ورفع الطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ تدابير تحفظية، فيجب عليه الحكم بعدم اختصاصه، ومن ثم تكون للمحكمة سلطة اتخاذ الأوامر في طلبات التدابير التحفظية ولو لم ينص القانون على ذلك .

الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه:

1- افتقار المحكم لسلطة الإيجار⁽¹⁾ لتنفيذ أي إجراء أو تدبير يأمر به، لأنها سلطة مخولة للقضاء دون غيره، حيث تكون للأحكام والأوامر الصادرة عن القضاء قوة تنفيذية، فإن لم تنفذ فسيستعان بالقوة لتنفيذها جبرا، وافتقار المحكم لسلطة الإيجار هو نقص كبير، إذ يحد من سلطات المحكم حيث تؤثر سلبا على فعالية التحكيم والأحكام التي تصدر عن هيئة التحكيم.

2- قد لا تستطيع محكمة التحكيم المواجهة والتعامل مع عنصر الاستعجال، وضرورة اتخاذ تدابير تحفظية في كثير من الظروف، خاصة في الفترة ما بعد الاتفاق على التحكيم، وقبل تشكيل محكمة التحكيم، فإذا طرأ ما يقتضي اتخاذ مثل هذه التدابير فلا مناص من اللجوء إلى القضاء في مثل هذه الحالة، أما بعد تشكيل محكمة التحكيم فإنها لا تعقد جلساتها بشكل دائم ومستمر، بحيث تواجه تلك الظروف في أي وقت، وهذا مؤداه الإضرار بالطرف طالب التدبير التحفظي نتيجة التأخير في اتخاذ أمر في ذلك مما يجعل اللجوء إلى القضاء هو السبيل الوحيد أمامه.

ونظرا للانتقادات الموجهة لأصحاب هذا الاتجاه، والتي يتضح منها أنه لا مفر من لجوء الأطراف للقضاء سواء قبل تشكيل هيئة التحكيم أو بعدها، ذلك أن المحكم ليس له السلطات المخولة للقاضي، والتي تتضح جليا عند تنفيذ الأمر الصادر باتخاذ التدبير التحفظي، هذا ما جعل بعض التشريعات تتجه إلى منح الاختصاص لاتخاذ التدابير التحفظية لكل من هيئة التحكيم وقضاء الدولة، أي جعلت الاختصاص مشتركا بينهما.

- يمكن تجاوز افتقار المحكم لسلطة الجبر، بأن تأخذ المحكمة التحكيمية بعين الاعتبار موقف الطرف المتصدي للإجراء الوقي أو التحفظي الذي أذنت به عند إصدارها الحكم النهائي في الأصل، كما أنها يمكن أن تتخذ صلب هذا الحكم وسائل بديلة تحقق لقضاءها النفاذ الجبري مثل الغرامة التهديدية.

¹- السالمي الحسين، التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع والدراسات، بيروت، لبنان، 2008، ص513.

الفرع الثالث: اتجاه الاختصاص المشترك بين التحكيم والقضاء:

لقد ثار التساؤل عما إذا كان اتفاق الأطراف الذي يخول هيئة التحكيم الاختصاص باتخاذ التدابير التحفظية، هل يكون من شأنه منع أحد الأطراف من اللجوء إلى القضاء لطلب الأمر بهذه التدابير بحيث تختص بها هيئة التحكيم دون غيرها؟. وقد انقسم الفقهاء في هذا الشأن إلى فريقين:

الفريق الأول:

ذهب أصحاب هذا الفريق إلى أن الإجابة عن هذا التساؤل تتوقف على ما إذا كانت هيئة التحكيم تستطيع مواجهة حالة الاستعجال بالدرجة التي تؤدي إلى تفادي الأضرار الناتجة عن خطر التأخير أم لا، وحسب هذا الرأي فإن هيئة التحكيم قد لا تستطيع اتخاذ الإجراء المطلوب بالسرعة المناسبة لدرء الخطر، وبالتالي لا يمكن الاستغناء عن اللجوء إلى القضاء لأنه أكثر فاعلية وسرعة في اتخاذ هذه التدابير من هيئة التحكيم⁽¹⁾. لذلك كله، فإن تخويل المحكم الاختصاص باتخاذ تدابير تحفظية لا يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء، خاصة وأن التدابير التي تصدر عن القضاء يمكن تنفيذها جبرا بالقوة العمومية، ومن ثم يكون الاختصاص مشتركا بين كل من هيئة التحكيم والقضاء ولو اتفق الأطراف على اختصاص المحكم، لأن اختصاص هيئة التحكيم لا ينفي اختصاص قاضي الاستعجال⁽²⁾.

الفريق الثاني:

ويرى هذا الفريق تقسيم الاختصاص بالأمر بالتدابير التحفظية بين كل من هيئة التحكيم التي تختص بالفصل في طلبات التدابير والأمر بها بهدف المحافظة على حقوق ومصالح الأطراف، وبين القضاء الذي يختص بالإجراءات التي تكفل تنفيذ التدابير الصادرة من هيئة التحكيم⁽³⁾.

ومن أمثلة التدابير التحفظية التي تأمر بها هيئة التحكيم، أن تأمر مستأجر سفينة بعدم التصرف في البضاعة وتعيين حارس قضائي عليها، إلى أن يتم الفصل في موضوع النزاع ولأن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الإجبار لتنفيذ تلك التدابير لذا يجب على طالبيها اللجوء إلى القضاء للحصول على أمر بتنفيذها جبرا إذا امتنع الطرف الآخر عن تنفيذه طواعية باختياره⁽⁴⁾.

¹- دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص 80.

²- أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 23.

³- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 149.

⁴- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 80.

على ضوء ما سبق، يتضح أن الاختصاص المشترك لاتخاذ التدابير التحفظية يكون في ثلاث حالات هي:

***الحالة الأولى:** إذا كانت هيئة التحكيم غير قادرة على الأمر بالتدابير المطلوبة بشكل يدرأ الخطر المراد حماية الحق المتنازع عليه منه، ذلك لأن الأمر يستدعي سرعة وفاعلية في الإجراءات وهذا ما نجده في القضاء.

***الحالة الثانية:** إذا طلب الأمر التحفظي في الفترة ما بين الاتفاق على التحكيم وقبل تشكيل هيئة التحكيم، فهناك لا مفر من اللجوء للقضاء¹.

***الحالة الثالثة:** إذا صدر أمر عن هيئة التحكيم بتدبير تحفظي وامتنع الطرف الآخر التنفيذ، هنا يتم اللجوء للقضاء لجبره على التنفيذ.

لم يسلم الاتجاه الثالث كذلك من الانتقادات:

- تبقى صعوبة إصدار تدابير تحفظية من الجهتين في آن واحد من الناحية العملية، لأن ذلك قد يؤدي إلى تعارض الأوامر الصادرة رغم وحدة موضوع النزاع.

- ومن ناحية أخرى، يثار تساؤل لا نجد له إجابة، فوفقاً لنظام الاختصاص المشترك هل يترتب على طلب إصدار الاجراء التحفظي من جهة منع طلبه من الجهة الأخرى؟

* أمام هذا الوضع، قد نجد أنفسنا أمام تداخل في الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم.

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري:

لقد اعتمد المشرع الجزائري النظام التشاركي، حيث نصت المادة 1046 من ق إ م إ على: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي. يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

يتضح من خلال هذا النص أن الاختصاص في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية ليس اختصاصاً إقصائياً فلا يمنع أحد الطرفين من اللجوء إلى القاضي الوطني إذا رأى ذلك مناسباً. ولا يعتبر الطلب الذي يقدمه هذا الطرف إلى السلطة القضائية باتخاذ مثل هذه التدابير المؤقتة مناقضاً لاتفاق التحكيم ولا نزولاً عنه، لأن هذا لا يمس أصل الحق الذي يبقى قائماً لهيئة

¹ - حفيفة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 178.

التحكيم، ولأن استبعاد قضاء الدولة في النزاع لوجود اتفاق التحكيم ينصب على القضاء الموضوعي دون القضاء الوقي¹.

المطلب الثاني: شروط و إجراءات تدخل القاضي الوطني لاتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية:

القاعدة العامة هي أن الاختصاص الأصلي يؤول لهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، أما الاستثناء هو تدخل القاضي الوطني لما يتمتع به هذا الأخير من سلطة الإيجار، وبالتالي فإن تدخل القاضي الوطني كإجراء استثنائي لا يتم إلا بتوفر عنصرين هامين وهما:

الفرع الأول: شروط تدخل القاضي الوطني:

أولاً: عنصر الاستعجال: يتوفر هذا العنصر في حالتين هما:

أ- في الحالة التي لا تكون فيها محكمة التحكيم مشكلة:

حيث يمكن أن يثار نزاع موضوع الاتفاق على التحكيم قبل أن يلجأ أطرافه إلى اتخاذ الإجراءات، وقد يتطلب الأمر التجاء أطراف النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم إلى القضاء المستعجل، لإثبات حالة الشيء محل النزاع، أو فرض حراسة قضائية عليه، تلافياً لأضرار محدقة به، وعندئذ يكون القضاء المستعجل مختصاً باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية، والتي يلزم اتخاذها على وجه السرعة طالما أنها لا تمس بأصل الحق ولا تؤثر على قضاء المحاكم فيه.

ب- في الحالة التي تكون فيها هيئة التحكيم مشكلة غير أنها لا تستطيع اتخاذ التدابير اللازمة:

إذا كان القضاء الوطني يملك حق إصدار تدابير مؤقتة أو تحفظية طالما أن هيئة التحكيم لم تكن قد بدأت بعد في نظر النزاع، فالأمر يكون معقداً إذا كانت هيئة التحكيم قد بدأت فعلاً في نظره، في هذه الحالة فالمبرر الوحيد لتدخل القضاء هو الاستعجال وعدم قدرة هيئة التحكيم على التدخل بالسرعة الكافية لحفظ حقوق الخصوم²، وهكذا فإن اختصاص القاضي الوطني يفهم كتصحيح لـ "عاهات" التحكيم، ولا يمكن أن يفرض بصفة عامة، وإلا اصطدم بالمبدأ العام القاضي بتنجي القاضي الوطني بوجود اتفاقية تحكيم³.

¹ - البطاينة عامر فتحي، المرجع السابق، ص 119.

² - مشيمش جعفر، التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2000، ص 157.

³ - حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011-2012، ص 76.

ثانياً: عدم المساس بأصل الحق :

-يتعين على القاضي ألا ينظر في موضوع النزاع إبان اتخاذه لتدبير، وإذا تطلب اتخاذ تدبير النظر في موضوع النزاع، فيتعين على القاضي الحكم بعدم اختصاصه، لأن المحكم فقط من يمكنه اتخاذ هذا التدبير.

-في قرار صادر، بتاريخ 1985/03/23، تحت رقم 34776، قررت المحكمة العليا الجزائرية أن وجود الشرط التحكيمي لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة من اتخاذ تدبير تحفظي أو وقتي وبالأخص تعيين خبير لإجراء جرد حضوري بين الأطراف لإحصاء الخدمات المنجزة¹.

ثالثاً: المحكمة المختصة:

لم يحدد المشرع الجزائري المحكمة المختصة، ولكن باستقراءنا للمواد 1041 و 1046 و 1048 على التوالي من ق إ م إ، يتضح لنا بأن الاختصاص في الفصل في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية يؤول إلى رئيس المحكمة، غير أنه يجدر التمييز بين حالتين:

أ- حالة التحكيم الذي يجري في الجزائر:

يتدخل في هذه الحالة رئيس المحكمة الذي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إن كان ذلك محددًا في اتفاقية التحكيم، أما في حالة عدم تحديد مكان التحكيم في الاتفاقية فيؤول الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ وفقاً لنص المادة 1042 من ق إ م إ.

ب- حالة التحكيم الذي يجري في الخارج:

إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، فإن طلب التدخل يقدم إلى رئيس محكمة الجزائر، أما إذا تعلق الأمر بتثبيت حجز فإن

¹- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 34776 بتاريخ 1985-03-23، بين مؤسسة كروزلوار و شركة الشمال الافريقي للأشغال العمومية و البناء حيث جاء فيه: "متى كان من المقرر قانوناً أنه عندما يقتضي البت في تدبير مؤقت أو تحفظي، فإن الطلب يرفع بعريضة إلى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى، و من المقرر كذلك أن الأوامر التي تصدر في المواد الاستعجالية لا تمس بأصل الحق و من ثم فإن القضاء برفض دعوى تعيين خبير لإجراء جرد حضوري بين الأطراف لإحصاء الخدمات المنجزة من اليد العاملة و مواد البناء المستهلكة وكذا العتاد المستعمل، يعد إساءة في تطبيق القانون إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن بند التحكيم ملزم للطرفين و يكون هذا التدبير ضمن موضوع اتفاق التحكيم و يضر بحقوق الطرفين، فإن هؤلاء القضاة بفصلهم في الدعوى بعدم الاختصاص في تعيين خبير، أساؤوا تطبيق القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الشركة الطاعنة تأسيساً على مخالفة أحكام هذا المبدأ"، منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الرابع، 1989.

القاضي المختص هو قاضي مكان توقيع الحجز دون غيره، وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا¹.

الفرع الثاني: إجراءات تدخل القاضي الوطني:

يقدم طلب التدخل إلى رئيس المحكمة المختص بموجب عريضة بعد أداء الرسم القضائي، ويفصل رئيس المحكمة في الطلب بموجب أمر على عريضة يصدر دون مواجهة الخصوم، ويجب أن يكون ذلك في مواعيد قصيرة تماشياً مع ما تقتضيه إجراءات التحكيم من سرعة، لأن القانون لم يحدد مدة للفصل في الطلب.

عادة ما تتخذ طلبات التدابير الوقائية والتحفظية بغرض التأثير على الخصم²، وعليه يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب ضماناً كافياً لتغطية نفقات هذه التدابير التي تأمر بها، ويتحمل هذه النفقات المطالب باتخاذ هذه التدابير.

وقد نص على هذا الإجراء المشرع الجزائري في المادة 1046 فقرة 03 من ق إ م إ: "يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير". وتجدر الإشارة إلى أن الأمر الصادر عن رئيس المحكمة غير قابل لأي طعن.

المبحث الثاني: سلطة القضاء في اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية بعد عرض النزاع:

بما أن القضاء قد تدخل لمساعدة التحكيم في انعقاد الخصومة التحكيمية كما أشرنا إليه سابقاً، فإنه يحتاج إليه كذلك خلال سير الخصومة التحكيمية، فقد يحتاج المحكمون لسماع شهادة أو تعيين خبير أو ملاحظة مستندات لها أهمية بالغة في النزاع موضوع التحكيم، وبالتالي لا يمكن لهيئة التحكيم إصدار مذكرة جلب شاهد للشهادة أو يطلب من مؤسسة ما تقديم مستندات مهمة في الخصومة، فالطريق الوحيد هو طلب المساعدة من القضاء³، فالمبدأ العام هو أن تتولى هيئة التحكيم جمع الأدلة وأن يتدخل القضاء لأجل الضرورة.

¹ قرار المحكمة العليا-الغرفة التجارية و البحرية- رقم الملف 404566، رقم الفهرس 08/00008 بتاريخ 08/01/16 2008 حيث جاء فيه أن: "القاضي المختص الوحيد في تثبيت الحجز هو قاضي مكان الحجز -إهمال القاضي اتخاذ قرار في نزاع تابع لإجراءات الحجز التحفظي والاحتياطي وقرر مباشرة اختصاص قاضي التحكيم- الإجراءات التحفظي لضمان حقوق الدائن أمام وجود خطر على حقوقه بحكم وجود شرط تحكيمي، فإن كل نزاع يعرض على التحكيم، إن ما يثير الطاعن لا يعنى النزاع المنهني بصدد النزاع"، منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 255.

² - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 431.

³ بوالصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، جامعة قسنطينة، 2011، ص

وعليه سنتطرق إلى مساعدة هيئة التحكيم في مجال تقديم الأدلة والمسائل الأولية في الفرع الأول، ونخصص الفرع الثاني للاختصاصات الأخرى للقاضي الوطني كمساعد للمحكم.

المطلب الأول: مساعدة هيئة التحكيم في مجال تقديم الأدلة:

الفرع الأول: اختصاص هيئة التحكيم في جمع الأدلة: نصت المادة 1047 من ق إ م إ على: " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة ".

كما نصت المادة 1048 في فقرتها الثانية من نفس القانون على أنه: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي ".

إذا سمح المشرع الجزائري بمساعدة السلطة القضائية المختصة لمحكمة التحكيم في جمع الأدلة، ولكنه أقرن تقديم هذه المساعدة بضرورة تقديم طلب من محكمة التحكيم أو أطراف النزاع، أو الطرف المعني بالتعجيل، بعد موافقة محكمة التحكيم، ومن ثم لا يجوز تدخل السلطة القضائية من تلقاء نفسها، أو تبعا لطلب الطرفين أو أحدهما بدون الحصول على إذن من محكمة التحكيم بذلك، وبيت القاضي المختص بناء على ما ورد في نص المادة 1048 في طلب المساعدة وفقا لقواعد قانونه الخاصة بالحصول على الأدلة¹.

وقد ذهبت بعض التشريعات إلى أبعد من ذلك، بمعالجتها لحالة تخلف أحد الشهود عن الحضور أو امتناعه عن الإدلاء بشهادته، وكذلك حالة امتناع الغير عن تقديم ما في حوزته من مستندات²، حيث سمحت للسلطة القضائية المختصة بالتدخل من أجل تقديم المساعدة لمحكمة التحكيم واتخاذ الإجراءات الممكنة .

وينبغي الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم يتطرق في الأحكام الخاصة بالتحكيم الدولي إلى إمكانية لجوء محكمة التحكيم أو الأطراف إلى السلطة القضائية من أجل مساعدتهم على الحصول على الأدلة، كما أنه لم يعالج احتمال امتناع أحد الشهود عن الحضور أو عن الإجابة، وكذلك احتمال امتناع أحد الأطراف أو الغير من تقديم مستند بحوزته. ومع ذلك يرى جانب من الفقه أنه حتى مع

¹ - تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يفرد لأدلة الإثبات قانونا خاصا بها بل يتضمنها أحكام القانون المدني في المواد من (323-

350)، والأحكام المتعلقة بإجراءات إقامة هذه الأدلة وردت في المواد من (70-193 من ق إ م إ).

- الأحدث عبد الحميد، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، ص 377.

² - بوالصلصال نور الدين، المرجع السابق، ص 193.

عدم ورود نص صريح يسمح للمحكم بطلب مساعدة قضاء الدولة في الحصول على الأدلة، إلا أنه لا يوجد ما يمنعه من ذلك، لأن مثل هذا الإجراء لا يتنافى ومهنة القاضي¹.

كما أن للمحكّمين الحرية الكاملة في جمع الأدلة حيث تعتمد هيئة التحكيم في النزاع على مختلف وسائل الإثبات الكتابية أو شهادة الشهود أو الاستعانة بخبير... إلخ².

أولاً: الإثبات الكتابي: يقرر الأطراف والمحكمين وسائل الإثبات التي يعتمد عليها، وعادة ما تكون مستندات مرفقة بالمدكرات، حيث يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب تقديم هذه المستندات من الأطراف التي تحوزها.

ثانياً: سماع الشهود: يمكن لهيئة التحكيم أن تطالب بسماع شاهد معين منها أو بطلب من أطراف الخصومة، وفي حال رفض هيئة التحكيم لسماع شاهد مقدم من أحد طرفي الخصومة، يلجأ هذا الأخير لرئيس المحكمة المختصة بدعوى بطلان حكم التحكيم³.

ثالثاً: الاستعانة بالخبراء: للمحكم سلطة تعيين خبير، أو بناء على طلب من أحد الأطراف والهدف من الاستعانة بالخبير هو فحص العناصر الفنية في النزاع، والتي تتجاوز خبرة وحنكة المحكمين نظراً لدقتها حيث، لا يمكنه الوصول إليها بمفرده⁴.

الفرع الثاني: التدخل الاستثنائي للقاضي الوطني في الحصول على الأدلة:

يتدخل القضاء استثناءً إذا لم يستطع المحكمون تنفيذ مهامهم، حيث تستطيع المحكمة الحصول على إفادات الشهود والاحتفاظ بالأدلة، وتعيين شخص الدخول إلى موقع يخص المتنازعين للحصول منه على أدلة⁵. وهنا قد يستعمل المحكم سلطة الأمر والجبر حيث يمكنه أن يطلب من القضاء الأمر بالإجراء المطلوب في مجال الإثبات⁶.

ووفقاً لنص المادة 1048 من ق إ م إ، السالفة الذكر، يمكن تجسيد التعاون القضائي في مجال الإثبات لمحكمة التحكيم فيما يلي:

1- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، (ب.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 407
30- حفيفي آسية، دور القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، فرع إدارة الأعمال، جامعة خميس مليانة، 2013، 2014، ص 21.

3- خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 112.

4- الصانوري مهند محمد، المرجع السابق، ص 115.

5- البطاينة عامر فتحي، المرجع السابق، ص 134.

6- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية الداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1998، ص 191.

أولاً: الإثبات الكتابي:

عندما تأمر هيئة التحكيم بتقديم وثيقة أو مستند مهم، وليس لها سلطة الإلزام تلجأ للقاضي الوطني باتفاق مسبق مع هيئة التحكيم وأطراف الخصومة التحكيمية، ولقد أشارت اتفاقية واشنطن في حالة امتناع أحد طرفي الخصومة المشاركة من خلال تقديمه الأدلة أو عدم حضور الجلسات قصد التأثير على عمل الهيئة، ولضمان حقوق كل المتخاصمين وأنه في حال الغياب تعطى له مهلة أخرى للاستدراك قبل إصدار الحكم التحكيمي بناء على ما توفر للهيئة من معطيات.

ثانياً: سماع الشهود:

من صلاحية المحكمين سماع الشهود في النزاع المطروح أمامها، وقد تحتاج الهيئة إلى سماع شهود آخرين لأهمية النزاع، فتلجأ الهيئة باتفاق مع أطراف النزاع إلى القاضي الوطني لإجبار الشاهد على الحضور وتوقيع الجزاء في حالة التخلف عن الشهادة¹.

ثالثاً: الاستعانة بخبير:

للمحكمين الحرية الكاملة في تعيين خبراء فنيين لتسهيل مهامهم باتفاق أطراف النزاع أو من تلقاء أنفسهم ولكن هل يسمح للقاضي الوطني التدخل في هذا المجال؟.

للإجابة على هذا التساؤل نميز بين حالتين: - إذا لم يتم بعد تشكيل المحكمة التحكيمية، فإن المتفق عليه أنه يمكن للقاضي الوطني في حالة الاستعجال أن يأمر بندب خبير لمعاينة سلعة قابلة التلف مثلا، لكن الحل غير مؤكد. - أما في حالة إخطار المحكمة التحكيمية، فإن تدخل القاضي لن يبرر إلا بحالة الاستعجال المتبوعة بالاستحالة العملية لتدخل المحكم على وجه السرعة².

رابعاً: الإنابة القضائية:

تعد الإنابة القضائية عمل تفوض بموجبه محكمة، محكمة أخرى للقيام مكانها وفي دائرة اختصاصها بأحد أو بعض إجراءات التحقيق أو الإجراءات القضائية الأخرى التي يقتضيها الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها، والتي تعذر عليها مباشرتها بنفسها بسبب بعد المسافة أو أي مانع آخر، كأن يكون المال المراد معاينته في مكان بعيد عن مقر المحكمة المنيبة، ويعد طلب هيئة التحكيم الإنابة القضائية ضرب من ضروب المساعدة التي يمنحها القضاء في الدولة لنظام التحكيم، مما يؤكد مدى أهمية القضاء الوطني لتكميل ومساعدة التحكيم لتحقيق فاعليته³.

1- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المجلد الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 146.
2- Terki (Noureddine) : L'arbitrage commercial international en Algérie. OPU, Alger, 1999, page90.

3- خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 441.

المطلب الثاني: مساعدة هيئة التحكيم في مجال المسائل الأولية:

قد تقع خلال الإجراءات أمام المحكم أمور تخرج عن سلطته، فيتعين اللجوء في شأنها إلى المحكمة المختصة، وعندئذ يجب وقف إجراءات التحكيم حتى الفصل فيها وتسمى المسائل الأولية أو المسائل العارضة.

لقد نصت المادة 1021 من ق إ م إ في فقرتها الثانية على هذه المسائل حيث جاء فيها: "إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة". من خلال هذه المادة سنتعرض إلى تعريف المسائل العارضة "الأولية"، في الفقرة الأولى، ثم نتعرض في الفقرة الثانية إلى اختصاص القاضي للفصل في هذه المسائل.

الفرع الأول: التعريف بالمسائل الأولية:

المسألة الأولية هي المسألة التي يتوقف الحكم على الفصل فيها، لأنه يجب أن تصفى هذه المسألة أولا حتى يتسنى الحكم في الدعوى بعد ذلك على أساسها أي أن الحكم في القضية معلق عليها، فهي مسألة مبدئية لا بد من البت فيها أولا، لذلك وصفت بالمسألة الأولية¹.

وعادة ما تخرج المسألة الأولية عن ولاية المحكم إما بسبب عدم شمولها في اتفاق التحكيم، إذ يحظر على هيئة التحكيم أن تفصل في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم أو فيما يجاوز حدود هذا الاتفاق، وإلا تعرض حكم التحكيم إلى الطعن بالبطلان، وإما أن تخرج المسألة الأولية عن ولاية هيئة التحكيم بسبب طبيعتها الذاتية التي لا يجوز الفصل فيها بطريق التحكيم، وهي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كمسائل الأحوال الشخصية والمسائل الجنائية والمسائل المتعلقة بالنظام العام عموما².

ومن قبيل هذه المسائل، تلك التي أشار إليها المشرع الجزائري في نص المادة 1021 من ق إ م إ، المنوه بها أعلاه، حيث يتضح منها أنه لا يجوز للمحكمين التخلي عن مهمتهم إذا شرعوا فيها، ولكن يجوز لهم التخلي عنها مؤقتا إذا طعن في ورقة ما بالتزوير مدنيا، أو إذا حصل عارض جنائي، حيث يتم إحالة الأطراف في هذا الشأن إلى الجهة القضائية المختصة³. وبتخلي المحكمين عن مهمتهم

1- حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 88.

2- سلامة أحمد عبد الكريم، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص 735.

3- أمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 106.

يتوقف سريان أجل التحكيم، ويستأنف من تاريخ الحكم في المسألة العارضة. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد حصر المسائل العارضة بنص المادة أعلاه، رغم أنه توجد مسائل عارضة أخرى لم يتم ذكرها منها:

1- إذا كان القانون الواجب التطبيق يوجب أداء اليمين قبل الإدلاء بالشهادة¹.

2- إذا كان من المقرر أن تطلب هيئة التحكيم من أحد الأطراف تقديم مستند جوهري في النزاع، أو توقيع جزاء على تخلف الشاهد أو الممتنع عن الإجابة، أو إجبار الشاهد على الحضور.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يشر صراحة إلى وقف إجراءات التحكيم بسبب المسائل العارضة، رغم أنه أشار إلى استئناف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة، وهنا يطرح التساؤل: هل مجرد اعتراض إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، يتم بناء عليه إحالة الأطراف بشأن هذه المسألة إلى الجهة القضائية المختصة بها، ووقف إجراءات التحكيم وأجل سريانه؟.

لم يجب المشرع الجزائري على ذلك، ولكن المنطق يمنح هيئة التحكيم سلطة تقديرية بشأن ذلك، وعليه يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع، إذا رأت أن الفصل في المسألة العارضة ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، وبخلاف ذلك توقف إجراءات التحكيم حتى يتم الفصل في المسألة العارضة. ويتربط على ذلك وقف سريان أجل التحكيم². ومعنى اللزوم أن يكون هناك ارتباط بين المسألة العارضة والدعوى التي تنظرها هيئة التحكيم، حيث يجعل من الفصل في هذه المسألة مفترضا ضروريا لإمكان الفصل في الدعوى.

بما أن هيئة التحكيم تفتقر إلى سلطة الأمر بطلب مستند بالغ الأهمية في الفصل في النزاع من شخص خارج عن الخصومة، فإنها تلجأ إلى القاضي المختص لاستصدار أمر بإلزام هذا الشخص بتقديم المستند إلى هيئة التحكيم، غير أن هنالك شروط لاختصاص القاضي الوطني في هذه المسائل.

● شروط اختصاص القاضي بالفصل في المسائل الأولية :

1- أن تثار المسائل الأولية في الدعوى مما يتوجب على المحكم التوقف والتوجه إلى القضاء للفصل فيها لوجود ارتباط بين الدعوى الأصلية و المسألة الأولية.

2- ألا تكون هذه المسألة الأولية من اختصاص هيئة التحكيم: أي أنه إذا كانت المسألة الأولية داخلية في اختصاص هيئة التحكيم التي تنظر الدعوى، فإنه لا يجوز وقف الدعوى وإنما يجب

1- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 146.

2- أمال يدر، المرجع السابق، ص 107.

على المحكمة أن تفصل في تلك المسألة لاختصاصها بها، ولا تلتزم في تلك الحالة بإجابة طلب الوقف¹.

3- أن تقرر هيئة التحكيم أن الفصل في المسألة الأولية هو لازم للفصل في أصل النزاع، وتقدير المسألة الأولية متروك للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم، باعتبار أن كل نزاع له ملائسات وظروف خاصة، فما يكيف على أنه مسألة أولية في النزاع الأول قد لا يكيف على أنه مسألة أولية في النزاع الثاني.

الفرع الثاني: اختصاصات أخرى للقاضي الوطني كمساعد للمحكم:

لقد نصت المادة 1048 من ق إ م إ على أحكام عامة احتياطية مكملة للإجراءات السابقة التي تبين مظاهر تعاون القضاء للتحكيم، إذ نصت على أنه: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي". وهو توسيع مفيد لاختصاصات القاضي وهي عبارة عن "شرط مظلة" كما عبر عليه البعض²، وسنتطرق إليها في: تمديد مهلة المحكمين، عزل واستبدال المحكم، تحديد أتعاب المحكمين، تفسير وتصحيح الحكم التحكيمي.

أولاً: تمديد مهلة المحكمين:

القاعدة العامة أنه يتم تحديد مهلة المحكمين في اتفاق التحكيم، ولكن أثناء الدعوى قد يحدث طارئ يوقف مدة التحكيم، كندب الخبير في مسألة فنية فتنتهي مدة التحكيم دون إصدارها للحكم، مما يستدعي تمديد مهلة المحكمين، وهنا ليس للمحكم سلطة التمديد، بل على الأطراف اللجوء إلى القضاء المختص للتمديد وفقاً لما نصت عليه المادة 1048 من ق إ م إ المذكور أعلاه، ومن خلالها يقدم الطلب إلى رئيس المحكمة المختصة من أجل إصدار أمر موعده إضافي وإذا رأى القاضي عدم جدوى التمديد يصدر أمر بإنهاء إجراءات التحكيم، كما يمكن للقاضي الوطني أن يتدخل من خلال الأمر بإنهاء مهلة المحكم³، إذا رفض هذا الأخير أداء مهمته ولم يتفق أطراف النزاع على عزله، يجوز لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، أن يأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب من أحد أطراف الخصومة التحكيمية.

1- حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 90.

2 - Gaillard (Emmanuel) et Lalive (pierre); « Le nouveau droit de l'arbitrage international en suisse »; journal du droit international. No 4. 1989.p942.

3- خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 428.

ثانياً: عزل واستبدال المحكم:

1. عزل المحكم: نصت المادة 1041 من ق إ م إ على أنه: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

يستشف من هذه المادة أنه يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل، في حالة غياب التعيين أو صعوبة تعيين المحكمين وعزلهم واستبدالهم أن يقوم بما يلي:

1-رفع الأمر إلى رئيس محكمة اختصاص التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2-رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تنفيذ الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

يتم عزل المحكم بناء على طلب أحد الخصوم¹ (اتفاقي)، أو بأمر من القاضي (قضائي):

✓ العزل الاتفاقي: هو أن يتفق الأطراف على إقالة وإبعاد المحكم بتوفر موجبات العزل، كما يجب أن يتم العزل قبل إصدار الحكم، فإن تم إصداره قبل العزل فهو حكم صحيح، إلا إذا اتفق الأطراف على إهداره.

✓ العزل القضائي: ويكون عندما يتعذر على الأطراف الإجماع على عزله، مع توفر أسباب جدية للعزل مثل نزاهته وحياده²، إذ يلجأ إلى المحكمة المختصة لإنهاء مهمة المحكم³.

2. استبدال المحكم: إذا استعسر على المحكم الاستمرار في وظيفته أو فشل في القيام بها، يصبح استبداله ضروريا خاصة إذا تم فقدان محكم وحيد يفصل في النزاع فإنه يستبدل حيناً، فضلا عن هذين السببين، نذكر رد المحكم أو استقالته، حيث يعهد باختيار بديل عنه إما للقضاء الوطني، أو إلى الجهاز المشرف على التحكيم في مراكز وهيئات التحكيم الدولية الدائمة⁴.

ثالثاً: التعاون في مسألة تحديد أتعاب المحكمين:

تقوم هيئة التحكيم بتحديد مصاريف التحكيم، أخذاً بعين الاعتبار جميع ظروف القضية، غير أن ذلك لا يمنع من تدخل القضاء في مجال مصاريف التحكيم⁵، فإذا لم تتفق الأطراف على أتعاب المحكمين وقامت هيئة التحكيم بتقدير الأتعاب فإن قرارها يكون قابلاً للطعن فيه أمام المحكمة المختصة، ولها السلطة التقديرية في هذا الخصوص، غير أن عليها أن تراعي طبيعة التحكيم التجاري، أخذاً كذلك بعين الاعتبار نفقات سفر المحكمين والأعراف التجارية، قيمة

1- هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، المجلد الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 150.

2- الأحدث عبد الحميد، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، ص 337.

3- سلامة أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 433.

4- مشيمش جعفر، المرجع السابق، ص 155.

5- البطاينة عامر فتحي، المرجع السابق، ص 141.

القضية والمال المتنازع عليه، إلا إذا اتفق الأطراف على إخضاع الإجراءات لنظام معين، كنظام غرفة التجارة الدولية. وتجدر الإشارة إلى أن قرار المحكمة النهائي يكون غير قابل لأي طعن.

رابعاً: تفسير وتصحيح الحكم التحكيمي:

يضع الحكم التحكيمي حداً للخصومة التحكيمية بإنهائه لمهمة المحكم، ورغم صدور الحكم فقد تشوبه بعض الأخطاء المادية أو يكون بحاجة إلى تفسيره وتصحيحه، في هذه الحالة يتدخل القاضي المختص لتفسير الحكم أو تصحيحه وفقاً لشروط معينة.

✓ شروط تدخل القاضي:

نصت المادة 1030 من ق إ م إ على أنه: "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه. غير أنه يمكن للمحكم أن يفسر الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والاعفالات التي تشوبه، طبقاً للأحكام الواردة في هذا القانون".

يتضح من خلال نص المادة أعلاه أن المحكم مختص في تفسير وتصحيح الأخطاء المادية، إلا أنه قد لا تتمكن هيئة التحكيم من الالتقاء مجدداً، لحدوث ظرف مانع من اجتماع أعضائها كوفاء محكم بين فترتي النطق بالحكم التحكيمي وطلب التصحيح، أو فقدان شروط الأهلية المشترطة في الحكم، كفقدانه حقوقه المدنية، أو رفضه النظر في النزاع مجدداً بعدما فصل فيه، فكل هذه الظروف تؤدي إلى اختصاص القاضي المختص في الفصل في طلب التصحيح.

✓ موضوع تدخل القاضي الوطني:

يتدخل القاضي المختص في تفسير أو تصحيح الأخطاء المادية الواردة في الحكم التحكيمي .

■ تفسير الحكم التحكيمي:

بمعنى إيضاح الغامض وإظهار حقيقة الميهم وذلك لتحديد ما يتضمنه الحكم من تقدير، عن طريق البحث عن عناصر الحكم ذاته، والتي يتكون منها، وليس عن طريق البحث عن إرادة المحكم الذي أصدره، وفي حالة تفسير الحكم التحكيمي فإن الحكم الذي يصدره القاضي سيكون جزءاً لا يتجزأ من الحكم التحكيمي الأصلي، وهو ما نصت عليه المادة 49 من نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CIRDI).

■ تصحيح الأخطاء المادية والاعفالات:

يتعين لقبول طلب التصحيح أن تكون الأخطاء المطلوب تصحيحها مادية بحتة كالخطأ الحسابي (الذي ينتج عن خطأ في حساب المبالغ المستحقة لأحد أطراف الخصومة التحكيمية)، أو الخطأ الكتابي (الذي ينتج عن سهو أو إغفال أو إضافة...) ¹. فإن أقرت جل التشريعات إمكانية تصحيح وتفسير الحكم التحكيمي بتدخل من القاضي الوطني، فهذا لا يعني السماح له بتعديل مضمونه.

1- حفيفي أسية، المرجع السابق، ص 20.

الخاتمة:

سعيًا منا للإجابة على الإشكالية؛ فإن تدخل القاضي في سير الخصومة التحكيمية ينجم عنه ما يلي:

- يعتمد قضاء الدولة على مساعدة التحكيم في جميع مراحل له لسد العجز الذي يشوب المحكم في الالتزام من خلال إجبار الخصوم على المساهمة في إجراءات التحكيم ويتدخل في تشكيل هيئة التحكيم أو في الفصل في المسائل الأولية التي تخرج عن ولاية المحكم.

- تجد اتفاقيات التحكيم التجارية الدولية فعاليتها القانونية في الإرادة المشتركة للطرفين كمبدأ أساس، تحت حازم القواعد الآمرة والنظام العام الدولي الذي اعتمده معظم القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم المختلفة.

- ملاءمة نصوص القانون 09/08 للواقع الاقتصادي الحالي وما يترب عن ذلك من روح تشجيعية وليبرالية.

على ضوء النتائج السابقة وتدعيمًا لفعالية التحكيم المدعم بمساعدة ورقابة القضاء نقترح تعديل المادة 1039 من ق إ م إ، بشكل يسمح بإزالة الغموض الذي تثيره عبارة " لدولتين على الأقل"، التي يفهم منها أن التحكيم الدولي ينحصر في الدولة كشخص عام ولا ينصرف إلى الأشخاص الخاصة، وذلك باستبدالها بعبارة "لأشخاص دولتين على الأقل" لتشمل الأشخاص العامة والخاصة.

وفي الأخير نستنتج بأنه لا يمكن فصل القضاء الوطني عن التحكيم على الأقل في الوقت الراهن أو في المستقبل القريب، لأن دور المساعدة الذي يقدمه القاضي للتحكيم هو دور استثنائي، على أساس أن هيئة التحكيم لا تزال بعيدة على سلطة الإلزام وتوقيع الجزاء، كذلك تعمل الدول في تنفيذ قرار تحكيمي على عدم تعارض محتوى الحكم مع النظام العام والسيادة الداخلية لها. لذلك نأمل أن تكون المبادرات الأخيرة التي قامت بها الجزائر في هذا المجال مجدية وفعالة لخدمة المصالح الوطنية وازدهار العلاقات الاقتصادية الدولية، خاصة سعيها الدائم نحو الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة الذي يجبرها على أن تكون في نفس مستوى التحديات المفروضة عليها لاسيما في مجال التحكيم التجاري الدولي.

قائمة الهوامش والمراجع :

1. القانون العضوي 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري، ج ر14، مؤرخة في 2016/03/07.
2. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002
3. الصانوري مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2005.
4. Beckechi abdelwaheb. conventions multilatérales et l'arbitrage. « séminaire sur l'arbitrage commercial organisé par la chambre nationale de commerce à Alger. les 14,15 décembre, 1992. Edch-Nat.com, Alger, 1993.
5. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2005.
6. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
7. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997.
8. أحمد أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الأولى.
9. حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، (ب،ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
10. دريس كمال فتحي، التدابير التحفظية في خصومة التحكيم، رسالة ماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة بن يوسف خدة، الجزائر، 2008
11. COUCHEZ (G) , note sous cassation civil, 18 juin 1985, revue de l'arbitrage, 1986
12. Derains (Y) , expertise technique et référé arbitral, revue d'arbitrage, 1982
13. السالمي الحسين، التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع والدراسات، بيروت، لبنان، 2008
14. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
15. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996

16. مشيمش جعفر، التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2000
17. حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011-2012
18. قرار المحكمة العليا-الغرفة التجارية و البحرية- رقم الملف 404566، رقم الفهرس 08/00008 بتاريخ 2008/01/16 حيث جاء فيه أن : "القاضي المختص الوحيد في تثبيت الحجز هو قاضي مكان الحجز -إهمال القاضي اتخاذ قرار في نزاع تابع لإجراءات الحجز التحفظي والاحتياطي وقرر مباشرة اختصاص قاضي التحكيم- الإجراء التحفظي لضمان حقوق الدائن أمام وجود خطر على حقوقه بحكم وجود شرط تحكيمي، فإن كل نزاع يعرض على التحكيم، إن ما يثير الطاعن لا يعني النزاع المنهي بصدور النزاع"، منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009
19. بوالصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، جامعة قسنطينة، 2011
20. الأحذب عبد الحميد، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول
21. سراج حسين أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، (ب.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004
22. حفيفي آسية، دور القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، فرع إدارة الأعمال، جامعة خميس مليانة، 2013، 2014
23. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية الداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1998
24. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المجلد الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008
25. Terki (Noureddine): L'arbitrage commercial international en Algérie، OPU، Alger، 1999.
26. سلامة أحمد عبد الكريم، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004.
27. أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
28. Gaillard (Emmanuel) et Lalive (Pierre); «Le nouveau droit de l'arbitrage international en suisse» ; journal du droit international، No 4، 1989

29. هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، المجلد الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008
30. الأحذب عبد الحميد، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني

التطور المرحلي للتوثيق في عقود الزواج في الفقه الإسلامي

الدكتورة زينب خليل الخنيسي ، جامعة سكاريا - تركيا

ملخص:

الزواج عاصم الأنساب وحافظها من الضياع، لأجل ذلك شرّع له الإسلام نظام تحوط متجاوب مع بيئته، التي تغلب فيها الأمية على الكتابة. فسُنّ التوثيق مشافهة حتى لا يحمل المكلفين ما لا يطيقون من مشقة، وبمرور الزمن تغيرت الطبائع وظهرت شهادة الزور، مما دفع الفقهاء إلى إبتكار وسائل تمحيص للشهود، تمخضت عنها رتبة صاحب مسائل، ثم خطة عدول الإشهاد، وأمام الاهتمام المتزايد بالكتابة ظهر علم التوثيق، وبرع فيه علماء كثر بالضبط، والتأليف في قواعده. وفي هذا الزمان لم يعد توثيق الزواج مشافهة يحقق مصلحة الشارع ومقاصده في الزواج من حفظ حقوق و أنساب، وهو ما استدعى تكييفاً فقهياً معاصراً للمسألة يكون على درجة مشابهة أو متقاربة من وعي الفقهاء قديماً بها .

The Progressive Development of Registration in Marriage Contracts in Islamic Jurisprudence

Considering the importance of the marriage contract and its results, the Islamic law has legislated a system of registration to the contract above-mentioned responsive and compatible to its environment, which was mainly illiterate communities, registration primarily based on testimony. With the passage of time the false testimony have emerged, for that the islamic scholar developed the system of registration through careful examination of witnesses and then paved the way for appearance of the codification .

Today, registration by testimony no longer able to fulfil the purposes of Islam in registration. requiring new reading to this issue as is the case with theancient islamicscholars

مقدمة:

يعتبر الزواج من أهم المؤسسات الاجتماعية، وأكثرها خطورة، لما لها من تأثير في بناء الوجود البشري، وحفظ ديمومة النسل الإنساني، في منأى عن اختلاط الأنساب، وانتهاك الأعراض، عبر تأطير التزاوج بين الذكر والأنثى في إطار مكشوف، محاط بالورع والتحوّطات الإجرائية، أرستها التشريعات السماوية والوضعية، ليكون بذلك، "حافظ الأنساب ومانعها من الاضطراب."¹

ولعلّ أبرز هذه التحوّطات التوثيق لعقد الزواج، فبه تثبت صفة الزوجية عند الجحود، أو إنكار أحد الزوجين للآخر في حال التنازع، كما به تثبت الحقوق المترتبة عن عقد الزواج الصحيح، كحقّ النسب، والنفقة في قائم حياة الزوجين، والحق في الميراث بعد الوفاة. ولا يخفى على الباحثين أنّ مسألة التوثيق لعقود الزواج، عرف تغيرات عدة وتطورات متلاحقة قبل أن تصل إلى صيغتها الحالية.

مشكلة الدراسة

تبلور رأي يصور الدولة الحديثة بإجراءاتها القانونية والمدنية، تشريعا يزاحم لا بل يخالف التشريع الرّباني، من ذلك القول بعدم إلزامية توثيق العقود، كعقود الزواج لدى مؤسسات الدولة، ومن جهة أخرى تجلت مغالطات حول الشريعة الإسلامية كونها لا تمتّ للمدنية بصلة، وأنّ أحكامها بدويّة لا تتماشى مع روح الحضارة، تحديدا باب المعاملات، تخصيصا العمل بالتوثيق في عقود الزواج.

أهمية الدراسة

تعتبر مسألة توثيق عقود الزواج، من المستجدات التي تأكّدت الحاجة للبحث فيها، خاصة أمام تجلي وضعيات تلبس عباءة الزواج اصطلاحا، غير أنّها لا تحقّق مقاصده، وهو ما مثّل خطورة على سلامة المجتمع، ممّا اقتضى دراسة هذه الوضعيات، وإعادة تأصيلها

أهداف الدراسة

قصدتُ من خلال هذا البحث التوصل إلى عدة أهداف، أجمالها فيما يلي :

1- بيان أنّ من أهمّ خصائص الفقه الإسلامي، الحركية، ومواكبة روح العصر، عبر تحري المصلحة.

¹ حسن، أسعد لظفي، الزواج في الإسلام، المطبعة الهيئة المصرية، ط 1938، ص 24.

2- إن التوثيق صناعة فقهية إسلامية، لا وافد غربي، كان للمسلمين السبق فيها، تأصيلا و عملا.

أسئلة الدراسة

ما هو التوثيق في عقود الزواج؟ وهل له مشروعية في الفقه الإسلامي؟ وكيف تطورت الشهادة اللفظية إلى المكتوبة؟

منهج الدراسة

سلكت في تناولي للموضوع منهجا مركبا من المناهج؛ فالمنهج التاريخي تتبعت من خلاله نشأة مسألة الإشهاد في عقود الزواج، ثم تطوّرها إلى التوثيق بالكتابة، حيث تبلورت شروطها، أمّا المنهج الاستقرائي التحليلي، فقد اعتمده في جمع وتتبع ملامسات تطوّر التوثيق وأسبابه، بالنسبة للمنهج الاستنباطي فقد سلكته عند عرض مقاصد الزواج وسقوط بعض الزيجات عن هذه المقاصد، مما يعني عدم موافقتها مع الشريعة أي عدم شرعيتها، وإن أخذت تسميات دينية.

المبحث الأول: التصور الفقهي القديم.

الزواج على الصيغة الإسلامية لم يكن بدعة حادثة، بل عرفه العرب قبل الإسلام، وكان من بين أربع صيغ للزواج، كما جاء في حديث أمنا عائشة، رضي الله عنها وأرضاها².

ويظهر أن تلك الأحكام، كانت عند العرب من بقايا شريعة إسماعيل ووالده إبراهيم عليهما الصلاة والسلام³، وتجدر الإشارة، إلى أن الفقهاء قديما لم يعهدوا استعمال مصطلح الزواج، الذي أصبح متداولاً بعد تقنين الأحوال الشخصية بالبلدان العربية، بل كانوا يطلقون عليه تسمية النكاح والعقد⁴.

¹ عن عُرْوَةَ بِنِ الرُّبَيْعِ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ النِّكَاحَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ كَانَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَنْحَاءٍ فَنِكَاحٌ مِنْهَا نِكَاحُ النَّاسِ الْيَوْمَ يَخْطُبُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ وَلَيْتَهُ أَوْ ابْنَتَهُ فَيُصْدِقُهَا ثُمَّ يَنْكِحُهَا...، البخاري، الجامع الصحيح، 7 كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي، ج 7، ص 15، ح 5127.

² عائشة: هي أم المؤمنين، (9 ق هـ - 58 هـ / 613 - 678 م) عائشة بنت أبي بكر الصديق عبد الله بن عثمان، من قرينش: ألقبه نساء المسلمين وأعلمهن بالدين والأدب. كانت تكنى بأُم عبد الله. تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم في السنة الثانية بعد الهجرة، فكانت أحب نسائه إليه، وأكثرهن رواية للحديث عنه. ولها خطب ومواقف. وما كان يحدث لها أمر إلا أنشدت فيه شعرا. وكان أكابر الصحابة يسألونها عن الفرائض فتجيبهم. "بتصرف الزركلي، الأعلام، ج 3، ص 240.

³ الحجوي، محمد بن الحسن بن العربي، الفكر السامي في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ط 1995، ص 64.

⁴ "المراد بالتقنين جمع القواعد القانونية المختلفة بفرع من فروع القانون في شكل كتاب أو مدونة أو مجموعة واحدة "الأشقر، أسامة، مستجدات فقهية في الزواج ومستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس للنشر والتوزيع - الأردن، ط 1، 2001، ص 36.

يعرّف أهل اللغة النكاح بكونه: "الْوَطْءُ، وَالْعَقْدُ لَهُ"¹، أما العقد: في اللُّغَةِ: الرِّبْطُ وَالشَّدُّ وَالضَّمَانُ وَالْعَهْدُ، وربط النكاح بالعقد اصطلاحاً عارض فالنكاح مبني على المكارمة كما يقول العلامة ابن عاشور². أما اصطلاحاً فقد اختلفت التعريفات الاصطلاحية للزواج، حسب نظرة كل فقيه إلى مقصده، أكان قد شرع لقضاء شهوة، أم لقضاء مصلحة. جاء في حاشية الصاوي، أنّ النكاح "عقد لحلّ تمتع بأنثى غير محرم"³ كما تميزت التعريفات الفقهية المعاصرة، باستدعاء للعنصر النفسي، والارتقاء بالزواج إلى أبعاده الموسّعة، "فهو الوثاق الذي يربط قلبي المرأة والرجل ويجمع بينهما برباط المحبة والألفة... فهو روحي، نفساني، جسماني، يجمع العوامل لفهمه وإدراكه"⁴

وعقد الزواج في الشريعة الإسلامية لا يُرتّب آثاره، إلا بعد أن تجتمع فيه أركانه وشروطه، وهي جملة تحوّطات أجمع الفقهاء من خلالها، على أن عقد الزواج يقف في خانة العقود الشكلية⁵، التي لا ترتب آثارها بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين، بل لا بد من توفر ضمانات الحماية، كحضور الولي وشهادة الشهود.

1- التوثيق بالشهادة.

تندرج الشهادة ضمن وسائل الإثبات، بل هي أقدمها وأكثرها بدائية، ولعل سورة يوسف هي أبرز ما يدل على ذلك، في معرض بيان براءة نبي الله يوسف عليه السلام {وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِّنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ}⁶

تعريف الشهادة: "مَنْ مَعَانِي الشَّهَادَةِ فِي اللُّغَةِ: الخَبْرُ القَاطِعُ، وَالْحُضُورُ وَالْمُعَايَنَةُ وَالْعَلَانِيَةُ، وَالْقَسَمُ، وَالْإفْرَازُ، وَكَلِمَةُ التَّوْحِيدِ، وَالْمُوتُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ. يقال شَهِدَ بِكَذَا إِذَا أَخْبَرَ بِهِ وَشَهِدَ كَذَا إِذَا

¹ الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب (ت817هـ)، القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث بمؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، ط8، 1426 هـ/ 2005، ص246.

² ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص437.

³ الصاوي المالكي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي(ت1241)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، ج2، ص332.

⁴ لطفي حسن، الزواج في الإسلام، ص36.

⁵ أنظر فقه السنة للسيد سابق، ص40 كذلك موقف محمد أبو زهرة في كتابه محاضرات في عقد الزواج وأثاره، ص92.

⁶ سورة يوسف، الآية26.

حَضْرَهُ، أَوْعَايَنَتُهُ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ.¹ "وذكرت الشهادة في حديث رسول صلى الله عليه وسلم " لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ، وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ"².

أما فقها، فقد "اتَّفَقَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ، وَمَالِكٌ عَلَى أَنَّ الشَّهَادَةَ مِنْ شَرْطِ النِّكَاحِ وَالشَّرْطُ " ما يتوقف ثبوت الحكم عليه"³.

علة اشتراطها، وتطورها:

إن الغاية من اشتراط الشهود في عقد الزواج، التحري في خلوّ موضوع التعاقد من المحرمات والموانع الدائمة منها والمؤقتة من ناحية، ولتوثيق العقد، والإشهاد عليه، للاحتجاج به عند الضرورة من ناحية أخرى، حتى لا تضيع الحقوق ولا تختلط الأنساب، كما أن الحكمة "من اشتراط الإشهاد على الزواج بيان خطورته وأهميته، وإظهار أمره بين الناس لدفع المظنة والتهمة عن الزوجين."⁴

وقد توسّع فقهاء المالكية في القصد من الشهادة، على ضوء ما تبصّروا من مقاصد الزواج في الإسلام، فلم يتقرر عندهم أن الغاية من الشهادة في ذاتها، بل في مقصدها أي الإعلان وإظهار الزواج بين الناس. هذا والحال ذلك أبطل مالك زواجا تواطأ الشهود على كتمانها، واعتبره زنا.

فهي إذن شرط نفاذ لا صحّة عند المالكية، عكس بقية المذاهب الفقهية، التي اعتبرتها شرط صحة، والعبرة بالإعلان. يقول العالم المالكي ابن فرحون⁵: "وَالْإِشْهَادُ عَلَى عَقْدِ النِّكَاحِ، لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ -، وَإِنَّمَا يَجِبُ الْإِشْهَادُ عِنْدَ الدُّخُولِ، لِنَفْيِ التُّهْمَةِ وَالْمُظَنَّةِ"⁶. يورد الشيخ ابن عاشور "الإشهاد في عقد النكاح وشهرته غير مقصودين لذاتهما، وإنما شرعا لأنهما وسيلة لإبعاد صورة النكاح عن شوائب السفاح والمخادنة."⁷

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 26، ص 214.

² البيهقي، أحمد بن الحسين، (ت 458هـ)، السنن الكبرى، تح: عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 3، 1422هـ / 2003م، 39 كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، ج 7، ص 204، ح 13727.

³ تعليق شيء بشيء، بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، وقيل: الشرط: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده، وقيل: الشرط: ما يتوقف ثبوت الحكم عليه. "الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريفي (816)، التعريفات، تح: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط 1، 1403هـ - 1983م، ج 1 ص 125.

⁴ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط 2، 1985، ج 7، ص 73.

⁵ ابن فرحون: (799 هـ - 1397 م) إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري: عالم أبحاث، ولد ونشأ ومات في المدينة. وهو مغربي الأصل، نسبته إلى يعمر بن مالك، من عدنان. رحل إلى مصر والقدس والشام سنة 792 هـ. وتولى القضاء بالمدينة سنة 793... وهو من شيوخ المالكية، له (الديباج المذهب) في تراجم أعيان المذهب المالكي. "الزركلي، الأعلام، ج 1، ص 52.

⁶ برهان الدين اليعمري، ابن فرحون (ت 799هـ). تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط 1، 1986، ج 1 ص 249.

⁷ ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 418.

"كان المسلمون في سابق عصورهم، يكتفون لتوثيق عقد الزواج بالإشهاد عليه"¹، لا عجب في ذلك والمجتمع قبلي، يعرف أفرادهم بعضهم بعضاً، عدا عن صفاء النفوس وسلامة الفطرة، "فالناس يومئذ متخلقين بالتقوى، والصدق والطاعة لولادة أمورهم"²، كما أن "البيئة كانت تُعرف بالأمية وشحّ العارفين بالكتابة فيها،" اعلم أن الإسلام وجد الأمة العربية أمية، لا تقرأ ولا تكتب"³. هذا والحال ذاك كان التوثيق مشافهة في الزواج من باب العرف والعادات، في هذا السياق يقول ابن تيمية⁴: "لم يكن الصحابة يكتبون صدقات، لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر، بل يعجلون المهر، وإن أخروه فهو معروف"⁵. ولما ضرب الإسلام فتوحات في مشارق الأرض ومغاربها، دخلت أمم وأقوام في دين الله الجديد، وامتزجت أعراق وأجناس: عرب، بربر وأعاجم في بوتقة دولة الإسلام الواحدة، إضافة إلى ذلك كان الشهود "يزاولون حرفتهم وتجاراتهم كبقية أفراد المجتمع"⁶، فغدت الشهادة وسيلة غير مطمئن ومرتكب إليها، بسبب تصاغر الذمم وتفشي شهادة الزور، فالناس "اجترؤوا على الحقوق تدريجاً، وابتكروا تحايلات، وظهرت شهادة الزور في الإسلام في آخر خلافة عمر"⁷.

لعل ذلك، استحدثت القضاة وسائل لتمحيص الشهادة، وضمانها مما قد يعيها، وينقص من قيمتها الثبوتية، وبدأ التحري والسؤال في أحوال الشهود في عهد القاضي عبد الرحمن بن عبد الله⁸، "وهو أول من دون أسماء الشهود"⁹. وبطول الممارسة ظهرت رتبة "صاحب سائل"، وهو

¹ إبراهيم، عبد الله، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، جامعة النجاح الوطنية 2010، ص 47.

² ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 511.

³ الحموي، الفكر السامي في الفقه الإسلامي، ج 1، ص 63.

⁴ ابن تيمية (661 - 728 هـ / 1263 - 1328 م)، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي، تقي الدين ابن تيمية: الإمام، شيخ الإسلام. ولد في حران وتحول به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر... "بتصرف، الزركلي، الأعلام، ج 1، ص 144.

⁵ ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد (ت 728)، مجموع الفتاوى، تح: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ط 1995، الج 32، ص 131.

⁶ الشامي، أحمد، التطور التاريخي لعقود الزواج في الإسلام، سلسلة في تاريخ العرب والإسلام، ط 1982، ص 29.

⁷ ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 511.

⁸ عبد الرحمن بن عبد الله بن الحسين بن عبد الرحمن بن عمر بن الخطاب.

⁹ السيوطي، جلال الدين (ت 911)، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، تح: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه - مصر، الطبعة 1، 1387 هـ / 1967 م، ج 2، ص 142.

شخص ينتخبه القاضي يتولى السؤال والتحري في أحوال الشهود، جاء في كتاب الولاة للكندي " أن أوّل من جعل صاحب مسائل، المُفضّل ابن فضالة¹ في ولايته الثانية"².

ثم صار القضاة في مرحلة أخرى، ينتخبون شهودا بعينهم ولا يقبلون الشهادة إلا منهم، ولما كان " يطول مقامهم أي الشهود في مجلس القضاء، فيطلعون على ما يكتبه القاضي، تعلّموا حرفة الكتابة، وأخذوا يمارسون عمل كتابة الوثائق خارج مجلس القضاء"³. وبذلك استقلت مهنتهم وصار لهم دكاكين خاصة بهم يزاولون من خلالها صنعهم. كما كان القضاة قد عمدوا منذ العهد الفاطمي إلى كتابة عقود الزواج، واتخذوا سجلات "لكتب ما يصدر عنهم من آجال وقبول بيانات، ونحو ذلك لتكون مذكرة للقاضي"⁴، ثم صار القاضي يتخذ مأذونا يعهد إليه بمهمة كتابة عقود الزواج ظل المأذون تابعا للقاضي إلى حدود سنّ اللائحة الشرعية سنة 1898، حيث أصبح يعين من قبل الدولة.

2- علم التوثيق " علم الشروط ":

انتشرت الكتابة بين المسلمين، وتمدّدت مجتمعاتهم وتغيّرت، ألحّت الحاجة عليهم توثيق المعاملات، حفظا للحقوق من الجحود والنكران، فظهر علم التوثيق والسجلات في القرن الثاني الهجري⁵. يقول ابن تيمية: " لما صار الناس يتزوجون على المؤخر والمدة تطول ويُنسى، صاروا يكتبون المؤخر وصار ذلك حجة في إثبات الصداق، وفي أنها زوجة له."⁶

¹ المفضل بن فضالة بن عبيد، أبو معاوية، الحميري القتباني المصري (107 - 181 هـ / 725 - 797 م): قاضي، من حفاظ الحديث. ولي القضاء بمصر مرتين. " بتصرّف. الزركلي، الأعلام، ج2، ص314.

² الكندي، أبو عمر محمد بن يوسف (ت بعد 355هـ)، كتاب الولاة وكتاب القضاة، تح: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، وأحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى، 1424 هـ / 2003 م، ج1، ص 278.

³ بن عبد الله العامر، محمد، علم الشروط في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في كتابات عدل المملكة العربية السعودية، إشراف عثمان بن إبراهيم المرشد، جامعة أم القرى، ط 1، 1991، ص 30.

⁴ ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 517.

⁵ تشير بعض المصادر، أن الإمام أبو حنيفة أول من ألف في علم الشروط.

⁶ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص131.

التوثيق لغة: " الوثيقُ: المحكم، وَثُقُ يُوثِقُ وَثاقَةً. وتقول: أوثقتُه إيثاقاً وَوثاقاً. والوثاقُ: الحبل، ويجمع على وَثُقٍ مثل رباط وربط، وناقاة وَثِيقَةٌ، وجمل وَثِيقٌ. والوثيقةُ في الأمر: إحكامه والأخذ بالثِّقَّة، والجميع وَثِيقٌ. والميثاقُ: من الموائقة والمعاهدة، ومنه الموثقُ، تقول: واثقتُه بالله لأفعلن كذا.¹ كما جاء في شمس العلوم " وَثُقُ الشَّيْءُ وَثاقَةً: إذا صار وثيقاً: أي مُحْكَمًا"². وعلم التوثيق فرع من فروع الفقه عند الحنابلة، وباب مستقل بذاته عند المالكية والأحناف، وهو علم يبحث في كيفية كتابة الوثائق، من شروط في الموثق والوثيقة، ومن أسمائه علم الشروط³ والسجلات . ويعرف أيضا "كخطة يتولاها العدول المنتصبون لكتابة العقود، وضبط الشروط بين المتعاقدين في الأنكحة، وسائر المعاملات ونحوها على وجه يحتج به"⁴. وقد اعتنى العلماء به، لما له من أثر بالغ في صيانة الحقوق وحفظها.

● مشروعية علم الشروط:

- القرآن : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ }⁵

¹ الفراهيدي، الخليل بن أحمد (ت 170هـ)، العين، تح: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي-الناشر: دارومكتبة الهلال، ص 202.

² الحميري اليميني، نشوان بن سعيد، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تح: حسين بن عبد الله العمري - مطهرين علي الإيراني - د يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر(بيروت - لبنان)، دار الفكر(دمشق - سورية)، ط1، 1420 هـ - 1999م، ج 11، ص 7066.

³ علم الشروط ، والسجلات، وهو: علم باحث عن: كيفية ثبت الأحكام الثابتة، عند القاضي في الكتب والسجلات، على وجه يصح الاحتجاج به، عند انقضاء شهود الحال. وموضوعه: تلك الأحكام من حيث الكتابة. وبعض مبادئه: مأخوذ من الفقه. وبعضها: من علم الإنشاء. " حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله كاتب جلي (ت 1067هـ)، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، مكتبة المثنى - بغداد، 1941، ج2، ص 1046.

⁴ الونشريسي، أبي العباس أحمد بن يحيى، المنهج الفائق والمهمل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، دراسة وتحقيق عبد الرحمان بن حمود بن عبد الرحمان الأصرم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - الإمارات العربية المتحدة - دبي، ج1، ص 16.

⁵ سورة البقرة الآية 281.

ذهب جمهور المفسرين من العلماء، أن الآية إن كان ظاهرها الوجوب والأمر، إلا أنها حملت حكم الكتابة في الدين على وجه الندب والإرشاد لا أكثر، فحين رأى شقّ آخر خلاف ذلك، كالعلامة محمد طاهر بن عاشور رحمه الله ونفعنا بعلمه، إذ أورد في تفسيره التحرير والتنوير بعد تدارسه للموقفين: "وَالْأَزْجَحُ أَنَّ الْأَمْرَ لِلْوَجُوبِ فَإِنَّهُ الْأَصْلُ فِي الْأَمْرِ"¹. كما يبين الدكتور عبد القادر عودة²، في سياق عرضه الحكمة من فرض الكتابة، من خلال هذه الآية الكريمة، على مجتمع أمي، هي من باب الهيئته للأمة الإسلامية لتكون " أهلاً لمنافسة الأمم الأخرى، وللتفوق والسيطرة عليها، وهذه أغراض اجتماعية وسياسية بحتة، أما الغرض القانوني فهو حفظ الحقوق، وإقامة الشهادات، والابتعاد عن الريب والشكوك"³

- السنة : جاء في الحديث الشريف " مَا حَقُّ أَمْرِي مُسْلِمٍ لَهُ مَنِيٌّ يُوصِي فِيهِ، يَبِيْتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ."⁴ كما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه دون بعض المعاملات والمعاهدات كوثيقة المدينة، وكان له كتابة، ولم يقبض إلا والقرآن مكتوب. جاء في المبسوط "وَرَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَمَرَ بِالْكِتَابِ فِي الْمُعَامَلَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ عَامَلَهُ، وَأَمَرَ بِالْكِتَابِ فِيمَا قَلَدَ فِيهِ عُمَّالُهُ مِنَ الْأَمَانَةِ وَأَمَرَ بِالْكِتَابِ فِي الصُّلْحِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُشْرِكِينَ، وَالنَّاسُ تَعَامَلُوهُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ."⁵ كما اهتم الصحابة والتابعين بدورهم بالتوثيق في معاملاتهم، يقول ابن القيم: "وَلَمْ يَزَلْ الْخُلَفَاءُ وَالْقَضَاءُ، وَالْأُمَرَاءُ، وَالْعُمَّالُ، يَعْتَمِدُونَ عَلَى كُتُبِ بَعْضِهِمْ إِلَى بَعْضٍ"⁶، وقد ورد في نسب قريش أن " طلحة بن عبد الله⁷ وخارجة بن زيد بن ثابت⁸ في زمانهما يستفتيان، وينتهي الناس إلى قولهما، ويقسمان الموارث بين أهلها من الدور والنخل والأموال، ويكتبان الوثائق للناس، وذلك بغير جعل"⁹.

¹ ابن عاشور، التحرير والتنوير ج 3، ص 100.

² عبد القادر عودة (1374 هـ / 1954 م) محام من علماء القانون والشريعة بمصر. كان من زعماء جماعة "الإخوان المسلمين". بتصريف الزركلي، الأعلام، ج 4، ص 24.

³ عودة، عبد القادر، تشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي - بيروت، ج 1 ص 57.

⁴ البخاري، الجامع الصحيح، 55 كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه وسلم وصية الرجل مكتوبة عنده، ج 4، ص 2، ح 2738.

⁵ السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت 483)، المبسوط، دار المعرفة- بيروت، 1993، ج 30 ص 168.

⁶ ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر (ت 751هـ)، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، ج 1، ص 175.

⁷ يقصد طلحة بن عبد الله بن عوف (25 - 97 هـ / 646 - 716 م)، من بني زهرة: قاض، ممن اشتهروا بالكرم. ولي قضاء المدينة، وتوفي فيها. الزركلي، الأعلام، ج 3، ص 229.

⁸ خارجة بن زيد بن ثابت الأنصاري (29 - 99 هـ / 650 - 717 م) "من بني النجار، أحد الفقهاء السبعة في المدينة. تابعي، أدرك زمان عثمان وتوفي بالمدينة". الزركلي، الأعلام، ج 2، ص 293.

⁹ الزبير، مصعب بن عبد الله بن مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير، أبو عبد الله (ت 236)، نسب قريش، تح: ليفي بروفنسال، أستاذ اللغة والحضارة بالسوربون، ومدير معهد الدروس الإسلامية بجامعة باريس - سابق، دار المعارف، القاهرة، ط 3، ج 1، ص 273.

● أهميته :

" هِيَ صِنَاعَةٌ جَلِيلَةٌ شَرِيفَةٌ وَبِضَاعَةٌ عَالِيَةٌ مُنِيفَةٌ، تَحْتَوِي عَلَى ضَبْطِ أُمُورِ النَّاسِ عَلَى الْقَوَانِينِ الشَّرْعِيَّةِ، وَحِفْظِ دِمَاءِ الْمُسْلِمِينَ وَأَمْوَالِهِمْ"¹، وقال السرخسي²: " إِعْلَمَ بِأَنَّ عِلْمَ الشُّرُوطِ مِنْ أَكْدِ الْعُلُومِ، وَأَعْظَمِهَا صِنْعَةٌ."³

كما جاء في مقدمة الونشريسي⁴ لكتابه المنهج الفائق "علم الوثائق من أجل ما سطر في قرطاس، وأنفس ما وزن في قسطاس، وأشرف ما به الأموال، والأعراض، والدماء، والفروج، تستباح وتحصى."⁵

بما له من أهمية وفضل، اختصه العلماء بالتأليف، وبضبط أحكام وقواعد العمل به، فاشترطوا جملة معايير في الوثيقة والموثق، حتى يحتج بها. يقول إمام دار الهجرة :

" لا يكتب الوثيقة بين الناس إلا عارف بها، عدل في نفسه مأمون عليها"⁶. والشروطي عارف بالفقه بالضرورة، حتى يدقق في أسباب فساد العقد ويصحح ما أمكن، في ذلك يقول ابن فرحون: "وَإِذَا حَضَرَ عِنْدَ الْمُوثِقِ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ وَادَّعَىا أَنَّهُمَا زَوْجَانِ بِعَقْدٍ صَحِيحٍ، وَأَنَّ الْمَكْتُوبَ الَّذِي بَيْنَهُمَا عُدِمَ وَيَقْصِدَانِ تَجْدِيدَ كِتَابِ الصِّدَاقِ، فَإِنْ كَانَا غَرِيبَيْنِ طَارِئَيْنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا، وَإِنْ رَأَى رَبِيَّةً تَرَكَهُمَا، وَإِنْ كَانَ قُدُومُهُمَا مَعَ رِفْقَةٍ يَعْلَمُونَ أَنَّهُمَا زَوْجَانِ فَلْيَكْشِفْ أَمْرَهُمَا مِنَ الرِّفْقَةِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْأَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ بِانْفِرَادٍ وَيَمْتَحِنَهُمَا فِي الْمَسْأَلَةِ بِمَا"⁷. فكما يفهم من كلام ابن فرحون، أن الشروطي نبيه فطن في مسائل يغيب فيها الدليل، يُستنتج أيضا، أن الزواج كان يوثق ويكتب.

علم الشروط إما أن يأتي كباب من الأبواب في مؤلفات الفقهاء، وإما أن تؤلف فيه الكتب ويستقل بالتخصيص، ومن المؤلفات التي أوردته في تبويب، "المبسوط للسرخسي"، حيث أدرج كتاب الشروط ضمن بقية كتب الأحكام. أما عن المؤلفات التي استقلت به، فهي عديدة، منها ما حُقِّق، ومنها ما يزال مخطوطا، أذكر منها على سبيل الذكر لا الحصر :

- الوثائق المختصرة للقاضي أبي اسحاق الغرناطي (ت 579هـ).

¹ ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج، 1 ص 282.

² ابن سهل السرخسي (483 هـ / 1090 م) محمد بن أحمد بن سهل، أبو بكر، شمس الأئمة: قاض، من كبار الأحناف، مجتهد، من أهل سرخس (في خراسان). أشهر كتبه "المبسوط" الزركلي، الأعلام، ج 5، ص 315.

³ السرخسي، المبسوط، ج 30، ص 167.

⁴ الونشريسي (834 - 914 هـ / 1430 - 1508 م) "أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي التلمساني: فقيه مالكي، أخذ عن علماء تلمسان." الزركلي، الأعلام، ج 1، ص 269.

⁵ الونشريسي، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، ج 2، ص 3.

⁶ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ص 282.

⁷ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ص 284.

- كتاب الوثائق للمالكي كتب في القرن الرابع عشر، ولا يزال مخطوطاً.
- التقييد اللائق بمتعلم الوثائق لابن فرحون، أحمد بن حسن، كتب سنة 1200 هـ، لا يزال مخطوطاً بالخزانة العامة بالرباط.
- المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، محقق في جزئين.

المطلب الثاني: التصور الفقهي الحديث:

يتناول هذا المبحث مسألة التوثيق من منظور فقهي حديث، لكن يتوجب أولاً تحري وضبط بعض المصطلحات الحادثة في هذا الزمن، ثم التعرض إلى مواقف العلماء.

1- ضبط المصطلحات:

بعد تقنين الأحوال الشخصية وسنّ القوانين المدنية، من قبل السلطات المختصة في الدول العربية، ظهر مصطلح الزواج المدني، أو الرسمي، أي المسجل في دفاتر الحالة المدنية من قبل الجهات الموكل لها بذلك. لكن قد نزل في الوعي الجمعي أن الزواج الرسمي يقف على الضفة المقابلة للزواج الشرعي، المستوفي لشروطه الشرعية، في حين أن المدني عادة ما يتصور أنه علماني، ومجرد إجراء أُلزمته الدولة الحديثة، والزواج العرفي من هذه الالتباسات ليس ببعيد، فهو في تعريف العلماء مغاير تماماً لما يعتقده المقبلون عليه، بغية التكتّم على النكاح.

إنّ ضعف البحث العلمي بحقيقة وتعريف المصطلحات، وعدم إرجاعها إلى أصلها اللغوي والاصطلاحي، أنتج وضعية عدم التوفّق في إصابة الحكم الشرعي المناسب لكل منها. فما هي حقيقة وحدود كل من الزواج المدني، والرسمي، والعرفي، والشرعي، علماً أنّي تغاضيتُ عن بعض المصطلحات، المتعلقة بصور الزواج غير الرسمي، ذلك أنّها لا تعني البيئة التونسية من قريب ولا بعيد كزواج المسيار، والمؤقت.

• الزواج المدني: "الرسمي":

من حيث الوقائع التاريخية، ظهر هذا المصطلح في فرنسا، لأنها كانت أسبق الدول الأوروبية في تقنين القوانين "مجلة نابليون"، والقصد من وراء ذلك هو سحب سلطة إبرام عقود الزواج من الكنيسة، وضمّها إلى صلاحيات الدولة التي اختارت أن تحتكر إدارة شؤون الرعية، والاستقلال بها عن تدخل رجال الكنيسة، وهو ما يعبر عنه "بالعلمانية"¹.

¹ العلمانية secularisme وترجمتها الصحيحة: اللادينية أو الدنيوية، وهي دعوة إلى إقامة الحياة على العلم الوضعي والعقل، ومراعاة المصلحة بعيداً عن الدين. وتعني في جانبها السياسي بالذات اللادينية في الحكم، وهي اصطلاح لا صلة له بكلمة العلم SCIENCE وقد ظهرت في أوروبا منذ القرن السابع عشر وانتقلت إلى الشرق في بداية القرن التاسع عشر وانتقلت بشكل

- تعريفه: الزواج الرسمي، هو "زواج تعقده السلطات المدنيّة"¹، كما يعرف: "الزواج المدني أن الدولة هي التي تتولّى تنظيمه، بواسطة القوانين التي تصدرها، وهي التي تتولى الفصل في المنازعات التي تثور بصده، دون خضوعها لأية تعليمات دينية تصدر عن الكنيسة."²

يتبين من خلال هذين التعريفين أن الزواج المدني، هو تكييف قانوني، لتصرّف تنظمه الدولة، عبر جهاز مختص، وقواعد تشريعية محددة، وقد أثار هذا المصطلح اختلافات فقهية، بين الفقهاء ورجال القانون، وبين الفقهاء أنفسهم، في عديد المناسبات، ذلك أن رجال القانون حزموا أمرهم على أن الزواج في الإسلام مدني، إذ يؤكد علماء القانون في الدول الإسلامية على أن عقد الزواج في الشريعة عقد مدني صرف،³ كما قال بذلك لفيف من الفقهاء، أورد على سبيل الذكر موقف الدكتور مصطفى السباعي⁴، إذ يقول في مستهلّ الحديث عن الزواج المدني في الميزان الشرعي: "ينظر الإسلام إلى عقد الزواج كعقد من العقود المدنية، محاط بهالة من القدسية، تجعله مطبوعاً بطابع ديني."⁵

في حين وقف شق آخر على الطرف النقيض، واعتبر أن الزواج في الإسلام عقد ديني، تنظمه نصوص دينية لا قوانين وضعية، بل هو "يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقيدة الإسلامية، ويخضع في أركانه وشروطه وأحكامه وآثاره للنصوص الشرعية،"⁶ لذا نجده مبيّناً عند الفقهاء قديماً في قسم العبادات لا المعاملات، كمختصر خليل "باب النكاح"، كذلك الحال بالنسبة لحاشية ابن عابدين، ومن الفقهاء القائلين حديثاً بهذا الرأي، الشيخين محمد أبو زهرة، وهبة الزحيلي.

وعلة تصورهم، أن إدخال الزواج تحت التكييف المدني، يجعله خاضعاً للمواد القانونية، وهو ما يعرضه إلى مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة أن بعض المواد متأثرة بالوافد الغربي، كإباحة زواج المسلمة بغير المسلم، وزواج الراشدة من غير ولي.

أساسي إلى مصر وتركيا وإيران ولبنان وسوريا ثم تونس ولحقهما العراق في نهاية القرن التاسع عشر. أما بقية الدول العربية فقد انتقلت إليها في القرن العشرين، وقد اختيرت كلمة علمانية لأنها أقل إثارة من كلمة لا دينية. "الندوة العالمية للشباب الإسلامي، الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب المعاصرة، إشراف وتخطيط ومراجعة: د. مانع بن حماد الجهني، دار الندوة العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، ط 4، هـ 1420، ص 367.

¹ عبد الحميد عمر، أحمد مختار، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتاب، ط 1، 2008، ج 2، ص 1006.

² كبارة، عبد الفتاح، الزواج المدني دراسة مقارنة، دار الندوة الجديدة بيروت لبنان - طبعة أولى 1994، ص 88.

³ الشامي، أحمد، التطور التاريخي لعقود الزواج، ص 12.

⁴ مصطفى السباعي: " (1333 - 1384 هـ / 1915 - 1967 م) مصطفى بن حسني، أبو حسان السباعي: عالم إسلامي، مجاهد، من خطباء الكتاب. ولد بجمص (في سورية) وتعلم بها وبالزهر. "الزركلي، الأعلام، ج 7، ص 231

⁵ السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 35.

⁶ بوقزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير، إشراف الدكتور أحمد جابا الله، ص

بالعودة إلى تاريخ العالمين الإسلامي والأوروبي "الكنسي"، و إجراء مقارنة لمسألة إبرام عقود الزواج بين الطرفين، يتبين أن عقد الزواج في الغرب كان يباركه ويعقده البابا، لذا سمي "السرّ المقدّس"، مما أشكل على الدولة الحديثة عند قيامها، توثيق هذه العقود لدى مؤسساتها، وبالتالي ترسيم الحقوق المترتبة عليها، عدا الاحتجاج بها أمام المحاكم. مما جعل الدولة تبحث عن حل لهذه المعضلة، بتنظيم الزواج عبر إحتكار صلاحيات إبرامه. أمّا بالرجوع إلى تاريخ العالم الإسلامي، يتضح أنّ كتابة عقود الزواج كانت من مشمولات القضاء، الذي كان يعدّ من أجهزة الدولة، وكان منظّمًا إلى درجة توسع القضاة في الاجتهاد فيه وتطوير أساليب التحري وحفظ الحقوق (صاحب سائل - سجل القاضي- عدول الإتهاد- مأذون القاضي...). وعليه فالراجح أنّ عقود الزواج في الإسلام تنظمها الدولة، وبالتالي إن كان المقصود بالمدنية تنظيم العقود من قبل الجهات المختصة فالمسلمون كان لهم السبق في ذلك، "إني أرى أن عقد الزواج المدني لا تعيبه التسمية، لأنّ عقد الزواج في الشريعة الإسلامية عقد مدني، محاط بهالة القدسية، لكن الذي يعيبه عدم انطباق شروط الشرع الصحيح وأركانه عليه"¹. فلا مشاحة في المصطلحات كما أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

حقّ القول إذن، أن الإشكال يبقى على مستوى القوانين التي تتدخل لتنظّم الزواج، لأنها تختلف في درجة مطابقتها للشريعة الإسلامية، حسب مدى تطابق مادة الأحوال الشخصية مع الشريعة الإسلامية.²

جاء في سياق السؤال عن الزواج المدني، أي كفتوى للشيخ يوسف عبد الله الشبيلي: "الزواج المدني الذي تجريه المحاكم الأمريكية، إذا خلا من الموانع الشرعية، وجرى فيه الإيجاب والقبول بين الطرفين، وتحقق فيه الإتهاد على النحو المشروع، كان صحيحا تترتب عليه جميع الآثار التي تترتب عن الزواج الشرعي، حرصا على استقرار العقود، وتصحيحا لها ما أمكن"³.

• الزواج العرفي :

هذا المصطلح من شدة اللبس فيه، أفاد المعنى ونقيضه، أي الزواج الصحيح والزواج الباطل، "عرّفته مجلّة البحوث الفقهيّة بكونه: "إصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثّق

¹ إبراهيم، عبد الله، صور مستحدثة لعقد الزواج، ص 67.

² نفس الموقف للدكتور ساسي بن حليمة انظر كتابه محاضرات في عقد الزواج.

³ الشبيلي، عبد الله، نوازل الأسرة المسلمة في المجتمع الأمريكي، محاضرة مكتوبة منشورة على موقع الشيخ، ص 4.

<http://www.shubily.com/books/fqalalorsrah.pdf>

بوثيقة رسمية، سواء أكان مكتوباً أو غير مكتوب¹. وأيضاً "عقد مستكمل لشروطه الشرعية، إلا أنه لم يوثق"².

أما قانوننا، "يعرّف رجال القانون الزواج العرفي بأنه، الزواج غير الموثق، الذي يتم بإيجاب وقبول بين الطرفين، الزوج والزوجة من خلال ورقة عرفية، لكن يعاب عليه عدم توثيقه وتسجيله، سواء على يد مأذون شرعي في محكمة الأحوال الشخصية أو في الشهر العقاري"³. فأول ما يفهم من خلال التعريفين، أن الفقه والقانون أزمعا أمرهما على أن الزواج العرفي هو زواج صحيح، مستوفٍ لأركانه وشروطه، لكن تعوزه الحجية الكاملة، بسبب عدم توثيقه لدى أجهزة الدولة المختصة، وعلى ضوء ذلك تثار عدة إشكالات على المستويين، العلمي والعملي. فعلى الصعيد العلمي، الزواج العرفي تسمية نسبة إلى العرف، يعني ما تعارف عليه القوم واطمأنوا إليه، وتواتروا على اتباعه، "بشكل ثابت مستمر"⁴، والعرف من مصادر التشريع، لذا قال أهل الفقه: "العرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار" كما تقررت قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً". والعرف معطى اجتماعي، فهو متغير بتغير مجتمعه، مسير له، متجاوب معه تأثيراً وتأثيراً، فما اطمأن إليه القوم في هذا العصر، بما فيه من تعقيدات، وتطور للمؤسسات القانونية، أن الزواج يكون مبرماً ومسجلاً بطريقة رسمية، فبه تثبت الحقوق ويحتج بها عند الحاجة.

أما عملياً، فلا يخفى انتشار نوع من الزيجات التي أخذت تسمية "الزواج العرفي"، لعلّة عدم ترسيمها لدى مؤسسات الدولة المختصة، في حين أنه لو تم عرضها على الميزان الشرعي، لوجد أنها باطلة من أصلها، ولا ترتقي حتى إلى العقد الفاسد، كالزواج المنتشر بين طلبة الجامعات، والذي يكون بإشهاد الأصدقاء مع التواصي على كتمانها.

• الزواج الشرعي: "العقد الشرعي":

ويقصد بالشرعي نسبته إلى الشريعة الإسلامية، وهو الزواج الذي يستمد أحكامه من النصوص قرآناً وسنة، وعادة ما يُصور في تقابل مع الزواج المدني، بوصفه وافداً غريباً، فهو، "ما كان على وفق الشريعة الإسلامية، بأن يكون قد تمتّ فيه الشروط، وانتفت فيه الموانع"⁵.

¹ الأشقر، أسامة، مستجدات فقهية في قضايا الطلاق والزواج، ص 129.

² عمرو، عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط 1، 1998، ص 43.

³ عمران، محمد فارس، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، مجموعة النيل العربية، ط 1، 2001، ص 20.

⁴ علي منصور، علي، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، ص 97.

⁵ محمد بن عبد العزيز بن عبد الله المسند، فتاوى إسلامية، دار الوطن للنشر، الرياض، ط 1، 1994، م، ج 3 ص 173.

2- مواقف الفقهاء حديثاً:

يتوجّه الموقف الفقهي اليوم، من مسألة توثيق عقود الزواج لدى الجهات المختصة، في غالبه نحو القول بلزوم هذا الإجراء، غير أنّ بعض المواقف رأت خلاف ذلك، بزعم أنّه لا يدخل أي التوثيق، في أركان العقد وشروطه المحدّدة بصريح نصوص القرآن والسنة، من ذلك يقول الشيخ محمد أبو زهرة: "ولا شك أن هذه الإجراءات التي اشتمل عليها قانون العائلة إجراءات شكلية، لأجل توثيق العقد، لكنها لا تتعلّق بصحّته، وأما صحّته فإنها تتصل بالأحكام الفقهية الإسلامية بالنسبة للمسلمين... لذلك إذا تمّ عقد غير موثّق فإن العقد يكون صحيحاً"¹

● القائلون بوجوب التوثيق وأدلتهم:

وهذا عرض لبعض الآراء:

- الشيخ محمد سيد الطنطاوي²: "الزواج العربي... وإن كان غير موثّق... لا يؤيّدده ليس لأنه زنا، ولكنه سيؤدّي إلى التحايل وضياع حقوق الزوجة ومشاكل هي في غنى عنها."³

- السيد سابق⁴ "عقد الزواج عقد شكلي... يتم بتحقيق أركانه وشروط انعقاده... ويظله القانون بحماية دون الاحتياج لشيء"⁵

- الدكتور حسام الدين بن موسى محمد بن عفانة⁶: "أرى أن تسجيل عقد الزواج في المحاكم الشرعية واجب شرعاً، فيجب كتابة عقد الزواج خطياً، وتسجيله في المحاكم الشرعية، ولا يُكتفى بالإيجاب والقبول الشفويين، كما أنه لا يكتفى بكتابة ورقة، ولو كان ذلك بحضور الولي والشهود."⁷

- الدكتور رجب أبو مليح: "وما نرجّحه للفتوى في هذا العصر، أن توثيق عقد النكاح واجب شرعاً."⁸

¹ أبو زهرة، محمد، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، ص 63.

² الطنطاوي: محمد سيد الطنطاوي، شيخ الجامع الأزهر من عام 1996 إلى 2010.

³ محمد فارس، الزواج العربي وصور أخرى للزواج، ص 29.

⁴ السيد سابق (ت 1420 هـ) أحد علماء الأزهر تخرج من كلية الشريعة، اتصل بالإمام حسن البنا، وأصبح عضواً في جماعة (الإخوان المسلمين) منذ أن كان طالباً.

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%8A%D8%AF_%D8%B3%D8%A7%D8%A8%D9%82

⁵ سابق، السيد، فقه السنة، الفتح للإعلام العربي - القاهرة، ج 2، ص 39.

⁶ أستاذ مساعد كلية الدعوة وأصول الدين، جامعة القدس من 1985-1987.

⁷ حسام الدين بن موسى، عفانة، فتاوى يسألونك، مكتبة دنديس، الضفة الغربية - فلسطين، ط 1، 1427-1430 هـ، ج 10 ص 443.

⁸ موقع إن إسلام "onIslam" 29 - 12 - 2009 / <http://www.onislam.net/arabic>

- الدكتور أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش: "إذا كان للتوثيق بالكتابة أهمية كبيرة في عقود الرهون والإجراءات... فتوثيق الزواج بالكتابة أهم وأدعى، لما للزواج من قدسية."¹

- أسامة الأشقر:² "لا مرأى في أن لهذا التوثيق أدعى في هذا العصر، الذي تعقدت فيه المشكلات، وتعددت فيه أسباب النزاع."³

هذه الأراء وإن قالت بوجود التوثيق، إلا أنها اختلفت في درجة زجر الزواج غير الموثق.

• أدلتهم:

الأدلة متعدّدة، والبراهين متنوعة، في القول بوجود توثيق عقد الزواج في هذا الزمن، فهو ضرب من السياسة الشرعية، وتصرف الإمام في الرعية المنوط بالمصلحة، و"المقصود بالسياسة الشرعية؛ سلطة تقديرية ممنوحة للحاكم الشرعي، ويعمل بها في تدبير شؤون الأمة، باجتهاده أو اجتهاد غيره، بما يحقق مصلحتها. أو هي مجموعة الأوامر الصادرة عن مختص شرعا، والتي تطبق من خلالها أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نصّ فيه، على المحكومين بشروطها المعتمدة"⁴. فالإلزام ولي الأمر للأمة بتوثيق العقد، طالما أنّ هذا الإلزام لا يخالف الشرع فهو في مقام الواجب"⁵. فقد جاء في الحديث الشريف أنّ الطاعة في المعروف، وقال عثمان رضي الله عنه:⁶ "إنّ الله ينزع بالسلطان ما لا ينزعه القرآن".

كان القصد من وراء توثيق الزواج بالشهادة، الاحتجاج به عند الإنكار، غير أنّ الحجة تفوقت على الشهادة في هذه الوظيفة، "فالوثيقة تكون حجة عند التنازع والتجاحد، تزيد من قوة الإثبات أو تثب الدعوى أمام القضاء عند غياب الشهود"⁷ و"لا مرأى أن لهذا التوثيق منافع عدة، منها إمكانية حفظ المكتوب مدة طويلة وغير محددة، منها سهوله الرجوع عند النزاع"⁸، فالأخذ بها هو من باب أولى وأحرى.

¹ الدريويش، أحمد بن يوسف بن أحمد، الزواج العرفي، حقيقته وأحكامه، أثاره و الأنكحة ذات الصلة به، دار العصمة - الرياض، ط1، 2005، ص 68.

² أستاذ الفقه أصوله بجامعة أم القرى .

³ الأشقر، أسامة مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص 134.

⁴ عمرو، عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 5.

⁵ بن محمد بن محمود، جمال، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية - بيروت، ص 79.

⁶ عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية، من قريش: أمير المؤمنين، ذو النورين (47 ق هـ - 35 هـ / 577-656 م)، ثالث الخلفاء الراشدين، وأحد العشرة المبشرين. من كبار الرجال الذين اعتر بهم الإسلام في عهد ظهوره. " الزركلي، الأعلام، ج 4، ص 210.

⁷ الدريويش، الزواج العرفي، حقيقته وأحكامه وأثاره و الأنكحة ذات الصلة به، ص 68.

⁸ الأشقر، أسامة، مستجدات فقهية، ص 134.

يورد العلامة ابن عاشور في كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية كلام عمر بن عبد العزيز¹ الذي جاء فيه: (تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا)، كما جاء في الحديث الشريف "خَيْرُكُمْ قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُوتُهُمْ..."² فالناس في هذا العصر ليسوا بصدق وأمانه الرعيل الأول من الصحابة والتابعين حتى يتزوجوا على شاكلتهم، فهم خير الخلق وأصدقهم، رضي الله عنهم وأرضاهم، اختارهم المولى لنقل سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم.

خاتمة:

نعيش اليوم في واقع استغرق التوثيق كامل تفاصيله، فالإنسان يوثق من ولادته حتى وفاته، علاوة عن بقية المعاملات من بيع وشراء وعقود أخرى، فكيف لا يوثق عقد الزواج بما له من آثار خطيرة على النسب، خاصة أن العالم اليوم، هو عبارة عن قرية صغيرة، مربوطة بشبكة من الإدارات المحلية، والدولية، والتي لا تتعامل إلا بالوثائق الرسمية، وعدم الأخذ بها سيتسبب في جلب الحرج والمشقة، عدا عن ضياع الحقوق، وتعطل المصالح.

إن النكاح على الصيغة القديمة، لم يعد يحقق مقصد الإسلام في الزواج، فهو عرضة للإنكار والجحود، ولا يحفظ حقوق الزوجة ولا الأنساب، بل هو يتعارض مع مقاصد الشريعة في جلب المصالح و دفع المفساد، واستقرار المجتمعات، وبذلك يكون الأخذ بالتوثيق أدعى وأوجب .

ما يثيره بعض الملتزمين، من كون العقد الشرعي هو الصيغة الإسلامية للزواج الصحيح، طرح يحتاج إعادة تأصيل لمصطلح العقد الشرعي، إضافة إلى عرض الفكرة من أصلها، على فقه المصالح.

قائمة المراجع:

- إبراهيم، عبد الله، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، جامعة النجاح الوطنية 2010.
- ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير والتنوير، دار بن سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ط 2007.

¹ عمر بن عبد العزيز: (61 - 101 هـ / 781 - 720 م) عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي، أبو حفص: الخليفة الصالح، والملك العادل، وربما قيل له خامس الخلفاء الراشدين تشبيهاً لهم. وهو من ملوك الدولة المروانية الأموية بالشام. ولد ونشأ بالمدينة، وولي إمارتها للوليد. ثم استوزره سليمان ابن عبد الملك بالشام. وولي الخلافة بعهد من سليمان سنة 99 هـ فبوع في مسجد دمشق. "الزركلي، الأعلام، ج5، ص 50.

² البخاري، الجامع الصحيح، 81 كتاب الرقائق، باب ما يحذر من زهرة الحياة الدنيا والتنافس فيها، ج8، ص91، ح6428.

- ابن فرحون (ت799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط 1، 1986.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر (ت751هـ)، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان.
- أبو زهرة، محمد، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي.
- الأشقر، أسامة، مستجدات فقهية في الزواج ومستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس للنشر والتوزيع-الأردن، ط1، 2001.
- البخاري، الجامع الصحيح، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)- الطبعة: الأولى، 1422هـ.
- بن عبد الله العامر، محمد، علم الشروط في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في كتابات عدل المملكة العربية السعودية، إشراف عثمان بن إبراهيم المرشد، جامعة أم القرى، ط 1، 1991.
- بن محمد بن محمود، جمال، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية - بيروت.
- بوقزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير، إشراف الدكتور أحمد جابا الله.
- البيهقي، أحمد بن الحسين، (ت458هـ)، السنن الكبرى، تح: عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط3، 1422هـ / 2003م.
- التعريفات، تح: ضبطه وصرحه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، ط1، 1403هـ-1983م.
- حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله كاتب جلي (ت1067هـ)، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، مكتبة المثنى - بغداد، 1941.
- الحجوي محمد بن الحسن بن العربي، الفكر السامي في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية - بيروت-لبنان، ط1995.
- حسام الدين بن موسى عفانة، فتاوى يسألونك، مكتبة دنديس، الضفة الغربية - فلسطين، ط1، 1427-1430هـ.
- حسن أسعد لطفي، الزواج في الإسلام، المطبعة الهيئة المصرية، ط1938.
- الحميري اليمني، نشوان بن سعيد، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تح: حسين بن عبد الله العمري - مطهر بن علي الإيراني - د يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر (بيروت - لبنان)، دار الفكر (دمشق - سورية)، ط1، 1420هـ - 1999.

- الدريويش أحمد بن يوسف بن أحمد، الزواج العرفي، حقيقته وأحكامه، أثاره و الأنكحة ذات الصلة به، دار العصمة - الرياض، ط1، 2005.
- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط2، 1985.
- الزركلي خير الدين المتوفى: (1396هـ): الأعلام (قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستشرقين) - دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط2002، 15.
- سابق السيد، فقه السنة، الفتح للإعلام العربي - القاهرة.
- السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق للنشر و التوزيع، ط9
- السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت 483)، المبسوط، دار المعرفة- بيروت، 1993.
- السيوطي جلال الدين (ت 911)، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، تح: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه - مصر، الطبعة 1، 1387 هـ / 1967 .
- الشامي أحمد، التطور التاريخي لعقود الزواج في الإسلام، سلسلة في تاريخ العرب والإسلام، ط 1982.
- الصاوي المالكي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي(ت 1241)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف .
- عبد الحميد عمر، أحمد مختار، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتاب، ط 1، 2008.
- علي منصور علي، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت.
- عمران محمد فارس، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، مجموعة النيل العربية، ط1، 2001.
- عمرو عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس للنشر والتوزيع، ط1، 1998.
- عودة عبد القادر، تشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي - بيروت .
- الفراهيدي، الخليل بن أحمد (ت 170هـ)، العين، تح: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي- الناشر: دار ومكتبة الهلال.

- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب (ت817هـ)، القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث بمؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، ط8، 1426 هـ / 2005.
- كباره عبد الفتاح، الزواج المدني دراسة مقارنة، دار الندوة الجديدة بيروت لبنان - طبعة أولى 1994.
- الكندي، أبو عمر محمد بن يوسف (ت بعد 355هـ)، كتاب الولاية وكتاب القضاة، تح: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، وأحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى، 1424 هـ / 2003.
- محمد بن عبد العزيز بن عبد الله المسند، فتاوى إسلامية، دار الوطن للنشر، الرياض، ط1، 1994.
- محمد فارس، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج . مجموعة النيل العربية، ط1، 2001.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفاة - مصر، ط1.
- الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب المعاصرة، إشراف وتخطيط ومراجعة: د. مانع بن حماد الجبني، دار الندوة العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، ط4، هـ1420.
- الونشريسي، أبي العباس أحمد بن يحيى، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، دراسة وتحقيق عبد الرحمان بن حمود بن عبد الرحمان الأصرم، دار البحوث للدراسات الإسلامية ولإحياء التراث - الإمارات العربية المتحدة - دبي.
- مواقع الانترنت
- الشبيلي، عبد الله، نوازل الأسرة المسلمة في المجتمع الأمريكي، محاضرة مكتوبة منشورة على موقع الشيخ <http://www.shubily.com/books/fqlalolah.pdf>
- موقع إن إسلام " onIslam " 29 - 12 - 2009 <http://www.onislam.net/arabic/>.

إجراء البيع والشراء عبر تقنيات الهاتف المحمول من منظور الشريعة الإسلامية

عبد الرحمن بن صالح السقاف/طالب ماجستير، جامعة العلوم الإسلامية، ماليزيا
د. منير علي عبد الرب القباطي/أستاذ مساعد، جامعة العلوم الإسلامية، ماليزيا

ملخص

ساهمت التكنولوجيا الحديثة في تسهيل الكثير من الأمور في الحياة البشرية، كان من ضمنها موضوع البيع والشراء عن طريق الأنترنت، وبالأخص البيع والشراء عن طريق الهاتف المحمول، ولكثرة شيوع هذا النوع من البيوع عبر تقنيات الهاتف المحمول وللأسف يقع الكثير من الناس في المحظورات الشرعية كالربا، والغرر، والغش وغير ذلك لذا وجب على الباحثين الشرعيين دراستها والوقوف عليها بشيء من التفصيل، من هذا المنطلق سوف يتطرق الباحث في هذه الورقة إلى بيان رأي أهل العلم وبيان الأحكام الشرعية كي يكون المسلم على دراية واسعة بأحكام هذه الوسيلة الحديثة ويكون على بصيرة بالحكم الشرعي في تعاملاته مع الآخرين.

الكلمات المفتاحية: البيع- الشراء-الهاتف النقال-الشريعة الإسلامية.

ABSTRACT

Modern technology has facilitated many things in human life, including the subject of buying and selling online, especially buying and selling over the mobile phone, and the spread of this type of sales through mobile technology. Unfortunately, many people are in legal prohibitions, Gharar, cheating, etc. Therefore, legal scholars must study and examine them in some detail. From this point of view, the researcher discusses the opinion of the scholars and the shar'i rulings so that the Muslim is fully aware of the provisions of this modern method. And be aware in his dealings with others.

Keywords: Sell - Buy - Mobile - Islamic Sharia

مقدمة:

تعالج هذه الورقة البحثية جانبين مهمين من جوانب الحياة المعاصرة نظرا لتأثير بعضهما في بعض، ولتأثيرهما معا على حياة الإنسان، وهذان الجانبان هما: "إجراء البيع والشراء عبر تقنيات الهاتف المحمول"، وأزعم أن معالجة مثل هذين الجانبين من منظور علاقة أحدهما بالآخر من واجبات العصر على أهل العلم، من حيث ضرورة بيان الأحكام الشرعية المتعلقة بهما، وبما يتمخض عن علاقة كل منهما بالآخر، ونظرا لاتساع الموضوعات المتعلقة بالمعاملات المالية اقتضت على البيع والشراء لتكون الورقة البحثية مركزة، وذات جدوى أكبر، وأكثر غناء وفائدة، وقد قسمت هذه الورقة على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف البيع والشراء لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: حكم شراء وبيع تطبيقات المحمول.

المطلب الثالث: البيع والشراء عبر تقنيات المحمول.

المطلب الأول

تعريف البيع والشراء لغة واصطلاحا

البيع والشراء في اللغة هي مطلق المبادلة⁽¹⁾، أما في اصطلاح الفقهاء هو مبادلة مال بمال⁽²⁾، وبعضهم يزيد قيدين آخرين.

وهو: "بطريق الاكتساب"⁽³⁾، وبعضهم يضيف قيذا بشكل أعم فيقول: "على وجه مخصوص"⁽⁴⁾.

"وعملية البيع تتضمن في وقت واحد خروج السلعة المبيعة من ملك ودخولها في ملك آخر، لكن هذه العملية بالنظر إلى جانب الخروج تسمى بيعا، وبالنظر إلى جانب الدخول تسمى شراء"⁽⁵⁾.

ويعد التعبير عن الإرادة هو الركن الأهم في عقد البيع بل إن الحنفية يعدون ما اعتبره الجمهور أركاننا شروطا للبيع⁽⁶⁾، وبما أن الأصل في العقود هو التراضي وكان أمرا خفيا أنيط بقول وهو

(1) الفيومي. أحمد بن محمد بن علي. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. المكتبة العلمية: بيروت، ج 1. ص 69.

(2) السرخسي. محمد بن أحمد. 1993م. المبسوط. دار المعرفة: بيروت. ج 12. ص 188.

(3) البابرّي. محمد بن محمد. العناية شرح الهداية. دار الفكر. ج 6. ص 246.

(4) الشربيني. محمد بن أحمد. 1994م. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. دار الكتب العلمية. ج 2. ص 322.

(5) الزرقا. مصطفى أحمد. 2012م. عقد البيع. دار القلم: دمشق. الطبعة الثانية. ص 21.

(6) ينظر: ابن عابدين. محمد أمين بن عمر. 1992م. رد المحتار على الدر المختار. دار الفكر: بيروت. الطبعة الثانية. ج 4. ص 504.

الإيجاب والقبول أو فعل، وهذا هو ما يسمى بالتعبير عن الإرادة، والقول هو الأصل في البيان والدلالة الرضا، ولا يختص الإيجاب والقبول في عقد البيع بألفاظ خاصة، فكل ما دل على الرضا فهو كاف في انعقاد العقد، وهذا بعينه يقال في الفعل، فالفعل إذا احتفت به قرائن دالة على الرضا بالعقد كان كافيا في انعقاده، وإن خالف في هذا فقهاء الشافعية⁽¹⁾، فرغم أن القول هو الأساس في التعبير عن الرضا؛ إلا أنه لا يفي بعقود اليوم التي تتنوع وتتعدد أساليبها وأشكالها وخاصة أن هذه المقالة تعالج جانبا مهما من جوانب التطور الذي نعيشه، وهو إجراء عقد البيع عبر وسائط إلكترونية يتيسر في بعضها نقل الصوت والصورة، ولا يتيسر في بعضها الآخر.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "تتعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عدّه الناس بيعا وإجارة فهو بيع وإجارة؛ وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال وليس لذلك حد مستمر؛ لا في شرع ولا في لغة. بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم"⁽²⁾.

المطلب الثاني

حكم شراء وبيع تطبيقات المحمول

مع انتشار تطبيقات المحمولات وكثرتها أضحت من العسير جدا حصرها، ومع هذا يمكن تصنيف أغلبها أو الأكثر انتشارا بين الناس، وتعود أغلب هذه التطبيقات إلى الأقسام التالية:

1. التعارف والدردشات.
2. البيع والشراء بما فيه المأكولات.
3. التعليم والمعلومات.
4. إخبارية.
5. ترفيه وألعاب، ويدخل فيه الصوتيات ومشغلات الفيديو، والتعديل على الصور.
6. المواصلات والسفر.
7. المتصفحات.
8. التخزين السحابي.
9. صحة ولياقة بدنية.
10. صور ومونتاج.

وكل نوع من هذه الأنواع تشتمل على عشرات التطبيقات العامة والمتخصصة، وكل تطبيق قد ينضبط بأحكام الشريعة وقد لا ينضبط، وإن الأغلب لا يراعي الضوابط الشرعية، وفي هذا المطلب

(1) النووي. يحيى بن شرف. المجموع شرح المهذب. دار الفكر. ج9. ص162.

(2) ابن تيمية. أحمد بن عبد الحلیم. 1995م. مجموع الفتاوى. تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم. ج29. ص7.

سأعالج قضية خاصة وهي بيع وشراء هذه التطبيقات، وبما أنه سبق في التمهيد بيان شروط البيع والشراء فننظر هنا إلى مدى انطباق هذه الشروط على تطبيقات المحمول.

وتنقسم تطبيقات المحمولات من حيث البيع والشراء إلى ثلاث أنواع:

النوع الأول: تطبيقات مجانية، فلا تكلف مستخدميها سوى الدخول على المتجر الإلكتروني وتنزيلها، ويستفيد صاحب التطبيق منه عوائد الإعلانات ونحوها، علماً أنه "يقوم مجرمو الإنترنت بإنشاء وتوزيع تطبيقات تبدو مفيدة ولكنها مؤذية إذا قمت بتثبيت أحد هذه التطبيقات يمكن لهؤلاء المجرمين السيطرة على الجهاز المحمول، وقراءة الرسائل البريدية والاستماع إلى محادثاتك، والحصول على جهات الاتصال الخاصة بصاحب الهاتف المحمول⁽¹⁾."

النوع الثاني: تطبيق غير مجاني، ولم أقل (تطبيق ربحي) لأن التطبيقات التي من النوع الأول هي ربحية أيضاً ولكن بطريقة أخرى، وهذا لا يمكن استعماله إلا بشراء التطبيق كاملاً.

النوع الثالث: الشراء في التطبيق، وهذه صيغة اعتمدت عليها كثير من التطبيقات حيث يمكن للمستخدم تنزيل التطبيق من المتجر الإلكتروني بشكل مجاني لكنه لا يستطيع التمتع والاستفادة من كافة خاصيات التطبيق، خاصة وأن هذه التطبيقات تستمر في التحديث والتطوير لتحفز المستخدم على الشراء، وهذا النوع عادة ما يكون في ألعاب الفيديو حيث يمكن للمستخدم تحسين مستوى لعبه، من خلال شراء معدات أو مراحل أو مستويات جديدة إلا أن هذا النوع لا يقتصر على الألعاب فقط بل يمكنك إجاده في تطبيقات مثل Spotify و Microsoft Office و حتى يوتيوب. ففي هذه الحالة، تسمح التطبيقات للمستخدم بأن يتمكن من تزويد ميزات التطبيق بشكل يحسن الأداء.

نص الفقهاء والأصوليون على قاعدة مهمة وهي (الأصل في الأشياء الإباحة)، وبناء على ذلك فإن شراء وبيع تطبيقات المحمولات جائزة بلا حرج، لكن هذه الإباحة ليست مطلقة فهي مقيدة بقيد وهو ألا تكون مشتملة على محرم أو تفضي إلى محرم، فإذا كان التطبيق مبنياً على القمار والميسر أو كان برنامج محادثات مختلطة بحيث تظهر فيه العورات أو النساء العاريات أو نحو ذلك مما هو محرم في ذاته، أو يفضي إلى الفحشاء والمنكر أو كانت اللعبة مثلاً فيها تقديس للأوثان وتعظيم لها، أو نحو ذلك ففي هذه الحالات يحرم بيع وشراء هذا التطبيق وإن تم البيع والشراء فهو عقد فاسد، وكسب البائع منه محرم غير جائز.

(1) أوتش. النشرة الشهرية حول الوعي الأمني لمستخدمي الحاسب الآلي. يناير، 2015م، ص.1.

أما قضية اشتماله على الصور المجسمة فرغم أنه قد ثار خلاف كبير في الزمن الماضي، إلا أن ما استقر عليه الأمر هو جواز ظهور هذه الصور عبر شاشات المحمولات، لأمن الفتنة التي كانت متوخاة في تحريمها ولأن التجسيم ليس حقيقياً كما هو الواقع في التماثيل الظاهرة في الواقع. ولا يؤثر على صحة البيع ما قد يطرأ على المشتري من حرمة بسبب الاستعمال، كأن يتسبب التطبيق في تفويت الصلوات وترك الواجبات وضياع الأوقات ونحو ذلك، فالحرمة هنا ناتجة عن سوء الاستعمال ليس من ذات التطبيق، ولهذا كان المخاطب بالحرمة والإثم هو المستخدم وليس بائع التطبيق.

المطلب الثالث:

البيع والشراء عبر تقنيات الهاتف المحمول.

الفرع الأول: خصائص عقد البيع عبر تقنيات المحمول ومخاطره:

يتعلق هذا الفرع بالمطلب السابق لكني أثرت إيراده هنا لكثرة عقود البيع المتنوعة التي تنعقد عبر المحمول.

يعد عقد البيع عبر تطبيقات الهاتف المحمول من جنس أو داخلا ضمن البيع الإلكتروني، ولهذا يأخذ هذا النوع من البيع خصائص البيع الإلكتروني والتي تتمثل فيما يلي:

أولاً: فقدان الوجود المادي لأطراف العقد، حيث يتم إبرام العقد عبر تطبيقات المحمول دون وجود مادي لطرفي العقد، وهذا بخلاف العقد التقليدي الذي تجري فيه المساومات والمفاوضات ثم التعاقد بين طرفين موجودين، ولهذا آثار مهمة أهمها تحديد مجلس العقد، إذ يمكن في حال التعاقد التقليدي تحديد وضبط مجلس العقد بخلاف التعاقد عبر تطبيقات المحمول؛ لأن المجلس فيه افتراضي، وقد يكون بين المتعاقدين مسافات شاسعة جداً إضافة لما ينتج تبعاً لذلك من اختلاف في التوقيت الزمني⁽¹⁾.

ثانياً: التعاقد عبر تطبيقات المحمول غالباً ما يتصف بالطابع الدولي، تبعاً لعالمية شبكة الإنترنت، حيث يشتمل العقد أشخاصاً ينتمون إلى دول مختلفة، ويثير الطابع الدولي للتعاقد عبر تطبيقات المحمول العديد من المسائل منها مسألة بيان مدى أهلية المتعاقد للتعاقد⁽²⁾.

ثالثاً: حلت - من حيث الوفاء- وسائل الدفع الإلكترونية في أكثر هذه المعاملات محل النقود العادية، ومنها على سبيل المثال البطاقة البنكية، وهي بطاقة بلاستيكية تصدرها المصارف أو

(1) بكر. عصمت عبد المجيد. 2015م. دور التقنيات العلمية في تطور العقد. دار الكتب العلمية. لبنان. ص72.

(2) منصور. محمد حسين منصور. 2003م. المسؤولية الإلكترونية. دار الجامعة الجديدة للنشر. ص19. نقلاً عن: بكر. عصمت

عبد المجيد. 2015م دور التقنيات العلمية في تطور العقد. ص78.

شركات متخصصة لعملائها كوسيلة بديلة عن النقود كبطاقة فيزا كارد (Visa Card)، وبطاقة الائتمان كريدت كارد (Credit Card)⁽¹⁾ وبطاقة الصراف الآلي (ATM Card)، والبطاقة الذكية ومن أحدث صورها بطاقة الموندكس (Mondex Card)⁽²⁾.

وكذلك الأوراق التجارية الإلكترونية، وهي على أنواع: الكمبيالة الإلكترونية، والسند الإذني الإلكتروني، والشيك الإلكتروني، والنقود الإلكترونية، وهي نقود افتراضية وتقوم فكرتها على فكرة النقود الورقية أو المعدنية ولا توجد أية علامات خاصة بها، ولكنها تتميز بأنها ذات طبيعة مستقلة ودولية⁽³⁾، إضافة إلى الذهب الإلكتروني، حيث يتم خزن الذهب الحقيقي وإيداعه لدى أحد المصارف، ويتم تحويله إلى أرقام تضاف من حساب عميل إلى عميل آخر، ويمكن اعتباره وحده نقدا ويجوز استعماله كنقود في البيع عبر تطبيقات المحمول، ويتم تسديد الثمن عن طريق التحويل الإلكتروني حيث تتولى عملية التحويل الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع والتي تكون مصرفا أو جهة خاصة أنشئت لهذا الغرض⁽⁴⁾.

أما مخاطر إجراء عقد البيع عن طريق تقنيات الهاتف المحمول، فتتمثل فيما يلي:

- 1- ضعف المراقبة على المنتجات والتطبيقات.
- 2- صعوبة التوثيق و الإلزام في العقود المبرمة عبر تقنيات المحمول.
- 3- إلحاق الضرر بالمنتجات المحلية.
- 4- انتشار البطالة لقلة الحاجة للأيدي العاملة.
- 5- عرض سلع و خدمات محرمة شرعا كتجارة الخمر والجنس وغيرها⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: حكم البيع والشراء عبر تقنيات الهاتف المحمول

قبل الولوج في بيان الأحكام المتعلقة بالبيع عبر تقنيات الهاتف المحمول، يحسن بي أن أذكر بما ذكرته سابقا في أن الأصل في الأشياء الإباحة، والبيع عبر تقنيات الهاتف المحمول الأصل فيه

(1) وقد عرفها أحد الباحثين بأنها: "بطاقة خاصة تصدرها مؤسسة مالية تخول حاملها الحصول على السلع والخدمات والسحب النقدي دون أن يدفع المقابل حالا، ويلتزم المصدر للبطاقة بالدفع عن حاملها، والتحصيل منه فوراً بالخصم من حسابه أو أجلا خلال مدة معينة". شاشو. إبراهيم محمد. 2011م. بطاقة الائتمان حقيقتها وتكييفها الشرعي. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد 27. العدد الثالث. ص 655.

(2) إبراهيم. خالد ممدوح. 2011م. إبرام العقد الإلكتروني. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. ص 77_78.

(3) إبراهيم. خالد ممدوح. 2011م. إبرام العقد الإلكتروني. ص 77:78.

(4) المرجع نفسه.

(5) أبو رحمة. إباد زكي محمد. 1430هـ أساليب تنفيذ عمليات التجارة الإلكترونية ونظم التسوية المحاسبية عنها. الجامعة الإسلامية. غزة. رسالة علمية غير منشورة. ص 26.

الجواز، ولكن يضبط هذا الجواز بتوفر الشروط الشرعية لصحة عقد البيع، وقد عرف بعض الفقهاء العقد بأنه: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"⁽¹⁾.

أما عن البيع والشراء عبر تقنيات المحمول فيتم من خلال أربع طرق:

الطريقة الأولى: عبر تطبيق الشركة صاحبة السلعة:

ويتم هذا بعد معرفة وتعيين السلعة والاطلاع على سعرها ومواصفاتها وصور نموذجية منها، فإذا تمت الموافقة فينقر المشتري على أيقونة الموافقة، ويتم خصم قيمة السلعة من حسابه المصرفي، ويتم توصيل السلعة إلى المشتري، والأصل فيها أن تكون حسب المواصفات، ويتعلق بهذه الصورة مسألتان:

الأولى: الصيغة.

والثانية: البيع على الوصف.

المسألة الأولى: الصيغة:

اختلف أهل العلم في اشتراط الصيغة، وذهب بعضهم على عدم اشتراطها²، لكن هذه الصورة ليس فيها معاطاة فالدفع فوري، وتتم الموافقة عبر النقر على أيقونة خاصة، وبما أن هذه الصورة لم تكن موجودة قديماً فمن الطبيعي أن الفقهاء لا ينصون عليها، والأقرب هو اعتبار هذا النقر بمثابة الصيغة تخريجا لها على الرسالة، إذ نص الفقهاء على أن الرسالة تقوم مقام النطق، وهذا القياس وإن كان فيه بعد فيما يبدو لي، لكن الذي يقربه كون البائع والمشتري في مكانين مختلفين، ويتم التعبير عن الإرادة بوسيلة وسيطة، وهي إذا كانت قديماً حامل الرسالة فهي اليوم الآلة التي تقوم بهذا الدور، بل يمكن أن نقول هذه الصورة -محل البحث- تجوز من باب أولى، لأن المشتري يدفع الثمن مقدماً مما يعني مصداقية شرائه، وهذا غير موجود في صورة الرسالة، ولهذا أقول إن البيع الذي يتم عبر التطبيق جائز إلا إذا اعتراه ما يلي:

أ- بيع محرم، فبيع المحرمات وشراؤها لا يجوز بأي وسيلة كانت.

ب- أن يتم البيع في مكان لا يجوز البيع فيه، وهو المسجد⁽³⁾.

(1) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. 1392هـ مجلة الأحكام العدلية. المطبعة الأدبية. بيروت. ص 137.
2 ابن عابدين، محمد أمين بن عمر 1992م، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، ج4، ص513، البغدادي، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر، إرشاد السالك إلى أقرب المسالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي: مصر، ط3، ص75، الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب 1415هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، ص325، الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده، 1415هـ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، ج3، ص4.
(3) هذا المنع للكراهة مع صحة البيع. ينظر: ابن قدامة. عبد الله بن أحمد. 1968م. المغني. مكتبة القاهرة. ج4. ص206.

ت- الربويات، فبيع الذهب أو الفضة أو المتاجرة بالنقود عبر تطبيق معين يدخل هذه المعاملة في الحرمة، وأشهر معاملة تتم اليوم في هذا المجال هي البيع على الهامش⁽¹⁾.

المسألة الثانية: البيع على الوصف:

يرد هنا سؤال وهو: هل مجرد رؤية المبيع عبر التطبيق الإلكتروني كاف في العلم بالمبيع؟ مع ملاحظة أن أوصاف السلعة يتم الاطلاع عليها، بل إنه يتمكن أن يطلع على أدق التفاصيل المتعلقة بالسلعة، ولا أبعد إذا قلت بأن الوصف قد يحقق المعرفة في كثير من التجارات التي من هذا النوع أفضل من الرؤية، فلا يقتصر الأمر على مجرد الصورة، فهنا أمران يتحقق بهما العلم بالسلعة وهما: صورة السلعة، ومواصفاتها.

والذي يترجح من أقوال أهل العلم أن البيع على الوصف جائز مع بقاء خيار الرؤية فكيف لو انضم إليه صورة السلعة، وهذا هو مذهب الجماهير من أهل العلم⁽²⁾، بل إن المالكية يجيزون البيع بلا علم إذا وقع بشرط خيار الرؤية⁽³⁾، وشرط بعض المالكية أن يكون مما يؤمن تغييره⁽⁴⁾، وهذا شرط شديد، علما أنهم جميعا يشترطون الخيار عند رؤيته، لكن الذي أميل إليه هو عدم الخيار إذا كانت السلعة بحسب المواصفات المذكورة في التطبيق.

الطريقة الثانية: وسائل التواصل الاجتماعي:

كثرت وتعددت وسائل التواصل الاجتماعي، وأخذت حيزا كبيرا من أوقات الناس وتعاملاتهم، كما أنتج هذا تطورا مستمرا لهذه الوسائل حتى غدت ذات خدمات متنوعة، وفيما يتعلق بهذا الموضوع وهو إجراء البيع عبر وسائل التواصل، والتي يمكن من خلالها التعبير عن الإرادة بصورتين: الأولى الصوتية، والثانية الكتابية، والحقيقة أن هذا الموضوع سواء ما يتعلق بهذه النقطة أو ما

(1) هناك أكثر من تعريف متداول للتمويل بالهامش، إلا أنه يمكن تعريفه من خلال ما يسمى بحساب التمويل بالهامش Margin Account، والذي هو عبارة عن حساب لدى شركة الوساطة يقوم من خلاله الوسيط بإقراض المستثمر المال اللازم لتمويل جزء من الأوراق المالية المنوي شراؤها، وتعتبر الأوراق المالية التي يشتريها المستثمر بالإضافة إلى الأموال المدفوعة من قبله ضمنا لهذا القرض الممنوح له من قبل الوسيط، وذلك وفقا لشروط محددة تكون مذكورة ومنصوصا عليها في اتفاقية فتح الحساب (عقد التمويل على الهامش) الذي يتم إبرامه بين شركة الأوراق المالية والمستثمر الذي يرغب الحصول على هذه الخدمة، وبالتالي في حساب التمويل بالهامش فإنك تستثمر بأموال الوسيط، وذلك من خلال استخدام الرفع المالي، ومن المعروف أن المستثمر قد يواجه الربح أو الخسارة نتيجة استخدامه هذه الأداة من أدوات الهندسة المالية. ينظر: البورصة المصرية. 2016م. نبذة عن الشراء الهامشي. ص 1. هيئة سوق رأس المال الفلسطينية. 2010م. التمويل بالهامش. ص 8.

(2) وقد ذهب إلى هذا الحنفية والمالكية والحنابلة. ينظر: السيوسي. محمد بن عبد الواحد. شرح فتح القدير. دار الفكر. بيروت. ج 6 ص 337. العبدري. محمد بن يوسف. 1398هـ التاج والإكليل. دار الفكر. بيروت. ج 4. ص 296. ابن قدامة. عبد الله بن أحمد. 1968م. المغني. ج 3. ص 496.

(3) النفراوي. أحمد بن غنيم بن سالم. 1415هـ الفواكه الدواني. دار الفكر. بيروت. ج 2. ص 80.

(4) العبدري. محمد بن يوسف. 1398هـ التاج والإكليل. ج 4. ص 296.

قبلها أو الطريقتين الآتيتين لها بعد قانوني مهم، لأن العقد هو عبارة عن اتفاق أو اجتماع إرادتين على شيء ماء، وهذا تترتب عليه أحكام قانونية.

هذا وقد ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أن إبرام العقد إن تم بين طرفين سواء كانا حاضرين أم غائبين عبر الوسائل اللفظية كالهاتف وبرامج المحادثة -وهي ما تهمننا هنا- فإن العقد نافذ إلا أن يجري العرف بخلافه، وخرجوه على قول النووي: "لو تناديا وهما متباعداً وتبايعا صح البيع بلا خلاف"⁽¹⁾، وعلى هذا فإن عقود البيع التي تتم عبر تطبيقات المحادثة نافذة، لكن هذه البرامج تتوفر فيها عنصر المجلس الواحد وإن تباعداً، وهذا ما لا يتوفر في وسائل أخرى كالواتس أب ونحوها، كما أنه يتوفر في تلك التطبيقات التأكد من شخصية البائع والمشتري، وهذا يخف كثيراً في برامج التواصل الأخرى، إلا إذا فرقنا بين الصوت والكتابة، لكن يبقى الإشكال المتمثل في اتحاد المجلس والتأكد من شخصية العاقد، والذي يظهر لي هو ألا يكتفى بالبيع عن طريق هذه الوسائل فيما غلا ثمنه، دون ما رخص، فما رخص يكفي فيه الإيجاب والقبول عن طريق هذه الوسائل والمرجع في ضبط الغالي من الرخيص هو العرف.

أما عن تحديد المجلس والموالاتة بين الإيجاب والقبول فيقول النووي: «شرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب»⁽²⁾، فيكون مجلس التعاقد هو مجلس وصول الخطاب، وهذا يفتح المجال رحباً لإجراء عقود البيع عن طريق وسائل التواصل الاجتماعي.

الطريقة الثالثة: عبر رسائل (MMS):

وهذه تأخذ حكم وسائل التواصل لأنه يمكن إرسال الموصفات ورؤية صور من المبيع، بل مقاطع فيديو منه.

الطريقة الرابعة: عبر الرسائل القصيرة:

البيع عن طريق الرسائل القصيرة (SMS) يأخذ نفس حكم البيع عن طريق وسائل التواصل إلا إذا توفر فيها العلم بالسلعة من حيث الوصف، وحينئذ فالبيع جائز، والخيار للمشتري كما سبق بيانه، أما الصيغة فتأخذ حكم الرسالة أو الكتابة، والكلام هنا وفيما تقدم من المواضيع إنما هو من حيث انعقاد البيع أما الإثبات فله شأن آخر³.

الخاتمة

أشتمل البحث على جملة من النتائج المهمة منها:

(1) النووي. يحيى بن شرف. المجموع شرح المذهب. دار الفكر. ج.9. ص.181.

(2) المرجع نفسه. ج.9. ص.167.

³ قضايا الإثبات وما يتعلق بها تخضع للنظم القانونية السارية في البلاد مكان العقد.

1. البيع في اللغة مطلق المبادلة وفي الشرع: مبادلة مال بمال على وجه مخصوص.
2. التعبير عن الإرادة هي الركن الأعظم في البيع.
3. ينعقد البيع بكل ما يدل عليه من قول أو فعل، ولا تشرط الصيغة فضلا عن اشتراط ألفاظ معينة.
4. تنقسم تطبيقات الهاتف المحمول على أقسام كثيرة ومتنوعة، وفي كل نوع تقذف الشركات العشرات بل المئات من هذه التطبيقات.
5. تنقسم التطبيقات إلى مجانية وغير مجانية.
6. يعد عقد البيع عبر تطبيقات الهاتف المحمول من جنس أو داخلا ضمن البيع الإلكتروني، ولهذا يأخذ هذا النوع من البيع خصائص البيع الإلكتروني.
7. في إجراء عقد البيع عبر تقنيات المحمول جملة من المخاطر.
8. صور البيع التي يذكرها الفقهاء والتي منها: البيع على الوصف تأتي في البيع عبر تقنيات الهاتف المحمول، وما يذكر في بعض هذه الصور من خلاف يرد أيضا في البيع عبر تقنيات الهاتف المحمول.
9. تتعدد صور التعبير عن الإرادة عبر تقنيات الهاتف المحمول، وغالبا ما يمكن فيها الجمع بين الصوت والكتابة.
10. كثير من الصور المتعلقة بالبيع عبر تقنيات الهاتف المحمول يمكن تخريجها على ما يذكره الفقهاء المتقدمون في كتب الفروع، ولكن يبقى السؤال: هل ما يمكن تخريجه يتوافق مع ما تقتضيه التجارة الإلكترونية المعاصرة أو لا؟

فهرس المصادر والمراجع

1. إبرام العقد الإلكتروني. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية.
2. ابن تيمية. أحمد بن عبد الحلیم. 1995م. مجموع الفتاوى. تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم.
3. ابن عابدين. محمد أمين بن عمر. 1992م. رد المحتار على الدر المختار. دار الفكر: بيروت. الطبعة الثانية.
4. ابن قدامة. عبد الله بن أحمد. 1968م. المغني. مكتبة القاهرة.
5. أبو رحمة. إیاد زكي محمد. 1430هـ. أساليب تنفيذ عمليات التجارة الإلكترونية ونظم التسوية المحاسبية عنها. الجامعة الإسلامية. غزة. رسالة علمية غير منشورة.
6. أوتش. النشرة الشهرية حول الوعي الأمني لمستخدمي الحاسب الآلي. يناير، 2015م.
7. البابرتي. محمد بن محمد. العناية شرح الهداية. دار الفكر.
8. بكر. عصمت عبد المجید. 2015م. دور التقنيات العلمية في تطور العقد. دار الكتب

العلمية. لبنان.

9. البورصة المصرية. 2016م. نبذة عن الشراء الهامشي
10. الزرقا. مصطفى أحمد. 2012م. عقد البيع. دار القلم: دمشق. الطبعة الثانية. ص 21.
11. السرخسي. محمد بن أحمد. 1993م. المبسوط. دار المعرفة: بيروت.
12. السيواسي. محمد بن عبد الواحد. شرح فتح القدير. دار الفكر. بيروت.
13. شاشو. إبراهيم محمد. 2011م. بطاقة الائتمان حقيقتها وتكييفها الشرعي. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية.
14. الشربيني. محمد بن أحمد. 1994م. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. دار الكتب العلمية.
15. العبدري. محمد بن يوسف. 1398هـ. التاج والإكليل. دار الفكر. بيروت
16. الفيومي. أحمد بن محمد بن علي. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. المكتبة العلمية: بيروت
17. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. 1392هـ. مجلة الأحكام العدلية. المطبعة الأدبية. بيروت.
18. النفراوي. أحمد بن غنيم بن سالم. 1415هـ. الفواكه الدواني. دار الفكر. بيروت.
19. النووي. يحيى بن شرف. المجموع شرح المهذب. دار الفكر.
20. هيئة سوق رأس المال الفلسطينية. 2010م. التمويل بالهامش.

الأركان العامة لجريمة التخابر في التشريع الفلسطيني

مقارنة بالتشريع المصري والأردني: دراسة تحليلية مقارنة

د. عثمان يحيى أحمد أبو مسامح، دكتوراه الفلسفة في القانون (القانون الجنائي الدولي)

محامي وعضو الجمعية المصرية للقانون الدولي، (فلسطين - غزة)

Abstract:

The crime of spying is one of the most serious crimes against individuals, societies and stability of states. The risk of spying in the Palestinian society is compounded by the fact that its victims are from the Palestinian resistance, as Palestine is occupied by the Israeli occupation.

We found it difficult to select the laws that should be applied as there are a lot of laws that deal with the crimes of spying, and lots of these laws vary in some of its provisions; whether it's dealing with the substantive side or the procedural side.

The researcher tried to study the various laws to clarify the general elements of the crime of spying in the Palestinian legislation and the legislation of comparison.

We have recommended that the Palestinian legislature should issue a special law on the crime of spying includes the substantive and procedural provisions related to the crime; as there are multiple Palestinian laws should be applied to the crimes of spying.

ملخص البحث:

تعد جريمة التخابر من الجرائم الخطيرة على الفرد والمجتمع واستقرار الدول، ويتفاقم خطر التخابر في المجتمع الفلسطيني بأن ضحاياه هم رجال المقاومة الفلسطينية في الغالب، ولأن فلسطين محتلة من قبل الاحتلال الإسرائيلي، ولعل وجود الكثير من القوانين التي تناولت جرائم التخابر يجعلنا نجد صعوبة في اختيار القوانين الواجب تطبيقها على هذا النوع من الجرائم، ولاختلاف هذه القوانين في بعض أحكامها، سواء تلك التي تناولت الجانب الموضوعي أم التي تناولت الجانب الإجرائي، وقد دفعنا ذلك إلى محاولة البحث في مختلف القوانين، لتوضيح الأركان العامة لجريمة التخابر في التشريع الفلسطيني والتشريعات المقارنة، لنخلص بعدها إلى توصية المشرع الفلسطيني بأن يصدر قانونا خاصا بجريمة التخابر يتضمن الأحكام الموضوعية والإجرائية المتعلقة بالجريمة؛ وذلك نظرا لتعدد القوانين الفلسطينية الواجب تطبيقها على جرائم التخابر.

مقدمة:

مما لا شك فيه أن جرائم التخابر تشكل تهديدا خطيرا على أمن الأفراد والمجتمعات والدول واستقرارها، وتتجلى تلك الخطورة بوضوح كون مرتكبي جرائم التخابر لا يعيرون أي اهتمام لحجم الأرواح التي تزهق وقيمة المرافق والمؤسسات العامة والممتلكات الخاصة التي تدمر، والشعور بالأمن والطمأنينة الذي يفقد، وقد يأتي شعور أفراد المجتمع بفقدان الأمن بصورة عرضية حتى وإن لم يقصد الجناة سلهم ذلك الشعور؛ وذلك نتيجة لاستخدام الجناة وسائل من شأنها أن تحدث الذعر، وتبث الرعب في نفوس أفراد المجتمع لذاتها كالمفجرات والقنابل والصواريخ المدمرة، ويتفاقم خطر التخابر في المجتمع الفلسطيني بأن ضحاياه هم رجال المقاومة الفلسطينية في الغالب كون أن فلسطين محتلة من قبل الاحتلال الإسرائيلي.

ولعل قضية العمالة والتخابر مع العدو تعد القضية التي يجمع عليها الشعب الفلسطيني بكافة فئاته وأفراده على تجريمها ورفضها ومحاربة كل الوسائل المؤدية إليها، وتتفق أيضا على وجوب التعاون الكامل مع الأجهزة الأمنية على محاصرتها، ولا يكاد يختلف اثنان على تجريم كل من يلوث سمعته بالعمالة وضرورة أن يأخذ القضاء مجراه في حقه.

ولا شك بأن جرائم التخابر هي من أكثر الجرائم التي تواجه الشعب الفلسطيني منذ جلاء القوات العثمانية عن فلسطين، وتشكل جرائم التخابر ضربة قوية ونزيفا مستمرا في صفوف جهات المقاومة الفلسطينية والدولة الفلسطينية.

مشكلة البحث:

يفترض البنيان القانوني لأية جريمة خضوعها لأحكام قانونية معينة، قد تكون أحكاماً عامة، وقد تكون تلك الأحكام أحكاماً خاصة استناداً إلى القواعد الموضوعية في القانون الجنائي، فضلاً عن النموذج القانوني الذي ينطبق على تلك الجريمة.

ولما كان النموذج القانوني للجريمة يقوم بحسب الأصل على ركنين، الأول مادي والآخر معنوي¹. ولكل ركن من هذه الأركان عناصره المميزة على اعتبار أن هذا ما يميز كل جريمة عن غيرها ويضفي عليها الوصف الذي تعرف به، تتمثل مشكلة البحث في السؤال الرئيس التالي: هل تختص جريمة التخابر بأركان متميزة عن الأركان العامة للجرائم؟

ويتفرع عن هذا السؤال مجموعة من الأسئلة الفرعية، وهي كالتالي:

1. هل تختص جريمة التخابر بأركان متميزة عن الأركان العامة للجرائم؟
2. هل يمكن تصور جريمة التخابر سلوكاً سلبياً؟
3. هل يمكن تصور قيام حالة الشروع في جريمة التخابر، أم أن الجريمة تعد تامة بمجرد ارتكاب العمل التنفيذي لها بغية التشديد على الجناة؟
4. هل يمكن أن تقوم جريمة التخابر بالركن المادي دون المعنوي؟
5. هل يمكن أن تقوم جريمة التخابر عن طريق الخطأ غير المقصود؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى الحد من ظاهرة التخابر من خلال زيادة الوعي القانوني لدى الجمهور الفلسطيني بشكل عام، والمساعدة في تحقيق التطبيق الصحيح للقانون من أجل المحافظة على حقوق الإنسان، وتذليل الصعوبات والمعوقات أمام القائمين والمعنيين بتطبيق القانون.

¹ هناك جانب من الفقه يذهب إلى أن للجريمة ثلاثة أركان، مادي ومعنوي والركن الشرعي، وهو الصفة غير المشروعة للسلوك الإجرامي سواء كان فعلاً أو امتناعاً، ولتحقق هذه الصفة يقتضي خضوع السلوك لنص تجريم وعدم خضوعه لسبب إباحة. ولا تتفق مع هذا الرأي لأنه من الصعب اعتبار نص التأييم ركناً في الجريمة، في حين أنه منشؤها ومصدر وجودها، ولا يتصور اعتبار المنشئ مجرد عنصر فيما أنشأ. وبدأت الكتابات الحديثة في قانون العقوبات تنحو هذا المنحى، بمعنى عدم إدخال نص التجريم في أركان الجريمة، وهو ما سار عليه قانون العقوبات الفرنسي لعام 1992. محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص33. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة العاشرة، 1983، ص37 وما بعدها. ولزيد من التفصيل حول حجج أنصار الركن الشرعي للجريمة، محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1982، ص521 وما بعدها. أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، مطبعة الفتیان، بغداد، الطبعة الأولى، 1998، ص47 وما بعدها.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في كون عملية السعي والتخابر بكافة صورها المتعددة –والتي تعد من جرائم أمن الدولة أو الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي- وسيلة تستخدمها الدول لتأمين مصالحها في شتى المجالات بواسطة الأفراد، وعلى هذا فإن الأهمية العلمية للبحث تتمثل في بيان الأركان العامة التي تقوم بها جريمة التخابر في التشريع الفلسطيني ومدى توافقها مع التشريعات المقارنة خصوصاً التشريع المصري والتشريع الأردني، حيث إن هناك تبايناً بين التشريعات المقارنة في هذا الشأن، فبعض التشريعات عدت التخابر جوهر التجريم، وبعضها الآخر تعده مجرد عنصر في الجريمة، وأما الأهمية العملية لهذا البحث فتتمثل في توعية الأجهزة المختصة بكيفية التعامل مع هذا النوع من الجرائم، ومن ثم المساهمة في حماية الدولة الفلسطينية من التعرض لهذا النوع من الجرائم.

وتأتي أهمية هذا البحث أيضاً في أن جريمة التخابر أصبحت ظاهرة منتشرة داخل المجتمع الفلسطيني نتيجة قيام أجهزة المخابرات الإسرائيلية باستغلال حاجات الشعب الفلسطيني.

منهج البحث:

يعتمد البحث بشكل كبير على اتباع المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن بين التشريعات المقارنة من التشريع الفلسطيني، التشريع المصري والتشريع الأردني.

هيكلية البحث:

حاولنا عرض جميع الأفكار المتعلقة بموضوع البحث بطريقة متناسقة ومتوازنة قدر الإمكان، تكفل تغطية جميع جوانبها، وقد اقتضت طبيعة البحث أن يتم تقسيم موضوعه إلى ثلاثة مباحث، ووفق ذلك ستكون الهيكلية العامة للبحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: الركن المادي لجريمة التخابر

المبحث الثاني: الركن المعنوي لجريمة التخابر

الخاتمة: نتائج وتوصيات البحث

المبحث الأول

الركن المادي لجريمة التخابر

الركن المادي للجريمة هو العمل الخارجي الذي تظهر به الجريمة إلى العالم الخارجي سواء كان بفعل أم بقول بحسب ما يتطلبه المشرع في كل جريمة على حدة، ويتمثل هذا العمل في السلوك الذي يصدر عن الجاني والنتيجة المترتبة عن هذا السلوك، وعلاقة السببية بينهما، وهذا الركن هو أول الركنين اللذين تركز عليهما نظرية الجريمة¹. وإذا تخلف كله أو بعضه كان مانعا من وحدة الجريمة².

المطلب الأول: عناصر الركن المادي لجريمة التخابر

لا تتحقق الجريمة إلا بتوافر الركن مادي، وبدونه لا يتصور قيامها وبالتالي لا تجوز -كقاعدة عامة- المعاقبة بدون القيام به، ويقوم الركن المادي على ثلاثة عناصر هي السلوك والنتيجة الإجرامية والعلاقة السببية بينهما، وهو ما سنتناوله بالتحليل على النحو التالي:

الفرع الأول: السلوك الإجرامي

القاعدة المتفق عليها بأنه لا جريمة بدون سلوك مادي، والذي عرفه بعض علماء القانون الجنائي بأنه حركة الجاني الاختيارية التي تحدث تأثيرا في العالم الخارجي أو في نفسية المجني عليه³. وينبغي على هذا أن القانون لا يعاقب على مجرد النية الأثمة طالما بقيت في ذهن صاحبها ولم تترجم إلى سلوك مادي، وبالتالي يتخذ السلوك المادي صورتين:

أولا: الفعل الإجرامي

يطلق عليه الفقه (السلوك الايجابي)، ولكن معظم التشريعات المقارنة كالفلسطيني تستخدم مصطلح (الفعل)، وهو عبارة عن القيام بفعل ينهى القانون عن القيام به، أو يتمثل في حركة عضوية إرادية صادرة عن الجاني⁴.

على أنه ينبغي أن يلاحظ أن الفعل ليس مجرد حركة عضوية أو عضلية يتمثل في ضغط أو تحريك أو كتابة أو غمزة عين، وإنما يجب أن تكون تلك الحركة إرادية، أي أن يكون الفاعل قد

¹ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 1996، ص 159.

² أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2003، ص 220. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري (القسم العام)، دار النهضة العربية، مصر، 2005-2006، ص 255.

³ رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، 1979، ص 228.

⁴ طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2012، ص 243.

أرادها تحقيقاً لغرض إجرامي معين، وهكذا فإننا نلاحظ أن الفعل الإيجابي يصبح متكوناً من حركة عضوية أو عضلية بالإضافة إلى إرادة تلك الحركة¹.

وبالتالي يشترط في الحركة العضوية أن تصدر عن إرادة، وأهمية هذه الصفة الإرادية تؤدي إلى استبعاد كل حركة غير إرادية، فمن يدلي بمعلومات تتعلق بأسرار الدولة، أو ما يلحق الضرر بالدولة أو المقاومة وهو واقع تحت تأثير مادة مخدرة وضعت له من قبل العدو لا يرتكب فعلاً إجرامياً لتجرد حركته من الصفة الإرادية.

ثانياً: الترك الإجرامي

يطلق عليه الفقه (السلوك السلبي)، وبعض التشريعات تسميه الامتناع أو الجريمة السلبية أو جريمة الامتناع أو الترك.

وإن كان الأصل في قانون العقوبات أن ينهى عن إتيان فعل مجرم فإنه في بعض الأحيان -نادراً- يأمر بالقيام بعمل ويعاقب عن الامتناع عنه حماية لبعض المصالح والحقوق.

فالتترك الإجرامي أو السلوك السلبي هو امتناع الشخص عن إتيان فعل إيجابي معين كان المشرع ينتظره منه في ظروف معينة بشرط أن يوجد واجب قانوني يلزم بهذا الفعل، وأن يكون باستطاعة الممتنع إتيانه بإرادته².

ومن هذا التعريف نستخلص أن الترك الإجرامي مشروط بثلاثة عناصر لا بد من توافرها لكي يؤدي إلى إحداث النتيجة المحظورة قانوناً فيتساوى مع الفعل الإجرامي، وهي:

أ. الإحجام عن فعل إيجابي معين: ليس الامتناع مجرد موقف سلبي أياً كان، أي إنه ليس إحجاماً مجرداً، وإنما هو موقف سلبي بالقياس إلى فعل إيجابي معين، ومن هذا الفعل الإيجابي يستمد الامتناع كيانه ثم خصائصه، وهذا الفعل يحدده القانون -صراحة أو ضمناً- بالنظر إلى ظروف معينة، ويعني ذلك أن الشارع يعد هذه الظروف مصدراً لتوقعه أن يقدم شخص على فعل إيجابي معين تقتضيه الحماية الواجبة للحقوق، فإن لم يأت هذا الفعل بالذات فهو ممتنع في نظر القانون³.

¹ كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، 2009، ص 204.

² نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 214.

³ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 269 وما بعدها.

ب. الواجب القانوني: يستمد الامتناع أهميته القانونية من الأهمية التي يسبغها القانون على الفعل الإيجابي، فلا وجود للامتناع إلا إذا كان الفعل الإيجابي قد فرض فرضاً قانونياً على من امتنع عنه¹.

ت. الصفة الإرادية للامتناع: الفعل أو الامتناع كلاهما سلوك يستند إلى إرادة طبيعية في الإنسان، بيد أن الإرادة في الفعل إرادة دافعة حيث تدفع الحركة العضوية أو العضلية إلى دنيا الواقع، إذ بها في الامتناع إرادة مانعة لكونها تمنع الحركة من الظهور إلى العالم الخارجي². ويتصور وقوع جريمة التخابر بالترك، فمن يرى شخصاً يتخابر مع العدو ويفشي سراً من أسرار المقاومة أو الدولة أو أية أسرار أخرى متعلقة بالمصالح القومية، ولم يبلغ السلطات المختصة عنه فقد ارتكب الجريمة بسلوك سلبي يعاقب عليه القانون³.

وكذلك من يترك أوراقاً أو وثائق يعلم أنها تتعلق بأمن الدولة أو بالمقاومة أو بأية مصلحة قومية أخرى دون حفظها والحفاظ عليها، فيكون قد ارتكب حقيقة سلوكاً سلبياً يعاقب عليه القانون، حيث إنه تهاون بالأوراق والوثائق المتعلقة بأمن الدولة والمقاومة ومصالح الدولة القومية الأخرى⁴.

الفرع الثاني: النتيجة الإجرامية

انقسم الفقه في شأن تعريف النتيجة الإجرامية إلى اتجاهين: الأول قانوني، والآخر مادي؛ فأنصار الاتجاه القانوني للنتيجة يعرفونها بأنها العدوان الذي يصيب حقاً أو مصلحة يحميها القانون سواء تمثل في ضرر فعلي يصيب الحق أم المصلحة محل الحماية أم في مجرد تعريض هذا المحل للخطر، وينتهي هذا الاتجاه الفقهي إلى القول بأن النتيجة شرط أو عنصر في كل جريمة، أما الاتجاه الآخر وهو الاتجاه المادي فيصوّر النتيجة على أنها تغيير يطرأ في العالم الخارجي كأثر

¹ محمد صبيح نجم، قانون العقوبات (القسم العام)، النظرية العامة للجريمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 2010، ص 210 وما بعدها.

² كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 205.

³ المادة (177) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني حيث تنص على أنه: "يعاقب بالسجن المؤقت كل من علم بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل ولم يبلغ السلطات المختصة بها، أو أخفى أشياء استعملت في ارتكابها أو تحصلت منها وهو عالم بذلك".

⁴ حيث نصت المادة (82/ج) من الأمر رقم (555) لسنة 1957 المطبق في قطاع غزة الخاص بالجرائم الماسة بأمن الدولة على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز 500 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سهل بإهماله أو بتقصيره ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد (77)، و(77/أ)، و(77/ب)، و(77/ج)، و(77/د)، و(77/هـ)، و(78)، و(78/أ)، و(78/ب)، و(78/ج)، و(78/د)، و(78/هـ)، و(80). فإذا وقع ذلك في زمن الحرب أو من موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ضوعفت العقوبة".

للسلوك الإجرامي، أي يعد النتيجة حقيقة مادية لها كيانها في العالم الخارجي، والنتيجة وفقا لهذا المعنى لا تكون عنصرا في جميع الجرائم¹.

فالنتيجة عنصر في الركن المادي لكل جريمة، وهي بمدلولها القانوني أي تحقق الاعتداء الذي يحميه القانون شرط ضروري لتوافر الركن المادي في كل جريمة، ولكن إذا نظرنا إلى النتيجة في مدلولها المادي فهو التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الإجرامي².

وفي جريمة التخابر لا تدخل النتيجة الإجرامية ضمن مقوماتها، لهذا لا يشترط أن تكون المعاونة قد تمت بالفعل، لهذا فإن من يتخابر مع دولة معادية للحصول على أسرار الدفاع لتسليمها إليها بقصد معاومتها في عملياتها الحربية تقع منه هذه الجريمة بصورة تامة، بصرف النظر عن عدم تمكنه من تحقيق هذه المعاونة بسبب افتضاح أمره.

وأیضا یكتفي فعل السعي والتخابر مع الدولة المعادية أو ممن يعملون لمصلحتها للقول بوقوع جريمة التخابر بصفة تامة، فلا يشترط القيام بأعمال عدائية ضد البلاد.

الفرع الثالث: علاقة السببية

علاقة السببية تعني العلاقة التي تربط بين الفعل والنتيجة الإجرامية وتثبت أن ارتكاب الفعل هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة، فقرر بذلك توافر شرط أساس مسئولية مرتكب الفعل عن النتيجة³.

ومن هنا تبدو الأهمية القانونية لها، فهي من عناصر الركن المادي في الجرائم المادية، وتحققها شرط أساس من شروط المسئولية الجزائية عنها⁴. فإذا أمكن إسناد النتيجة إلى السلوك، اكتمل الركن المادي للجريمة وتحققت بالتالي المسئولية الجزائية إذا اكتملت الأركان الأخرى للجريمة، أما إذا انتفت علاقة السببية بين السلوك والنتيجة بأن كان تحققها لا يرجع إلى سلوك الجاني؛ فلا يمكن أن تقوم مسئوليته عن الجريمة التامة⁵.

وتبدو أهمية علاقة السببية أيضا في أنها الركيزة التي يقوم عليها مبدأ هام من مبادئ حقوق الإنسان وهو أن لا يسأل شخص إلا عن فعله الشخصي، فإذا انتفت علاقة السببية بين السلوك

¹ فتوح الشاذلي وعلي القهوجي، النظرية العامة للجريمة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 299.

² محمد صبحي نجم، قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 211 وما بعدها.

³ طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 266.

⁴ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 302.

⁵ عبد القادر صابر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، دراسة تحليلية نقدية للتشريعات المطبقة في قطاع غزة والضفة الغربية مقارنة بالشريعة الإسلامية وقوانين عربية وأجنبية، المجلد الأول: الجريمة والمجرم، مكتبة آفاق، غزة، 2010، ص 148.

الإجرامي والنتيجة، فلا يسأل الشخص إلا عن سلوكه فقط (إذا كون في ذلك جريمة) دون النتيجة التي لم يتسبب سلوكه فيها¹.

وعليه، فإن توافر أو انتفاء علاقة السببية يكون في الجرائم التي يتطلب المشرع في أنموذجها تحقق نتيجة إجرامية مادية، يستوي بعد ذلك أن يكون تحقق النتيجة بسبب فعل من الجاني، أم بسبب ترك ترتب عليه النتيجة الإجرامية، أما إذا كانت الجريمة معنوية التي يكفي المشرع لقيامها ركنها المادي ارتكاب السلوك ذاته، فلا يكون هناك مجال للبحث في علاقة السببية².

ففي جريمة التخابر لا مجال لبحث العلاقة السببية كونها من الجرائم الشكلية³، حيث إن علاقة السببية تفترض وجود عنصرين هما السلوك الإجرامي والنتيجة المادية، ولا وجود في جرائم التخابر إلى فعل السعي أو التخابر أو أي فعل آخر تقوم به الجريمة.

المطلب الثاني: المحاولة والعدول الإرادي في جريمة التخابر

الفرع الأول: المحاولة في جريمة التخابر

يعرف قانون العقوبات المطبق في قطاع غزة المحاولة الإجرامية بقوله: "يعتبر الشخص بأنه حاول ارتكاب الجرم إذا ما شرع في تنفيذ نيته على ارتكاب ذلك الجرم باستعمال وسائل تؤدي إلى وقوعه، وأظهر نيته هذه بفعل من الأفعال الظاهرة ولكنه لم يتمكن من تنفيذ نيته إلى حد إيقاع الجرم"⁴.

فالمحاولة الإجرامية جريمة ناقصة بسبب عدم اكتمال الركن المادي⁵. والعنصر الذي يتخلف فيه ويجعل الجريمة في حالة محاولة هو النتيجة الإجرامية⁶.

وبالتالي لا يمكن تصور المحاولة في الجريمة الشكلية لأنه ليس لها نتيجة مادية، وهي تتحقق فور ارتكاب السلوك دون انتظار أي نتيجة وتندمج المحاولة في هذا السلوك؛ لذا كانت المحاولة غير ممكنة فيها ويغني عن البحث فيها معاقبة السلوك الحاصل، أما في الجريمة المادية فيمكن تصور

¹ عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 426.

² أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 474.

³ الجرائم الشكلية: هي تلك الجرائم التي لا يتطلب القانون في ركنها المادي حدوث نتيجة جرمية معينة، أما الجرائم المادية: هي التي يتطلب القانون في أنموذجها حدوث نتيجة معينة أو حدث جرمي معين. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات (القسم العام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص 180 وما بعدها.

⁴ تعريف المحاولة في قوانين العقوبات: المادة (1/30) قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936 المطبق في فلسطين، المادة (96) من مشروع القانون الجنائي العربي الموحد، والمادة (45) من قانون العقوبات المصري، والمادة (68) من قانون العقوبات الأردني والمطبق في الضفة الغربية، والمادة (70/أ) من قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979.

⁵ عبد القادر صابر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 163.

⁶ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 437.

صورت المحاوله فيها: صورة المحاوله الناقصه أو الجريمه الموقوفه، حيث يوقف فيها سلوك الفاعل قبل تمامه، وصورة المحاوله التامه أو الجريمه الخائبه حيث يتم السلوك الإجرامي لكن النتيجة لا تتحقق لظرف خارج عن إرادة الفاعل كفشله في إصابه المجني عليه لعدم إتقان الرمايه¹. ولما كان السلوك المكون لجريمه التخابر يتمثل في حدث ليس بلازم فيه أن يكون مؤذيا وهو محض الاتصال بالدوله الأجنبيه لاستعدادها، ولو لم تصبح من جراء ذلك عدوه بالفعل؛ فإن الجريمه لا يتصور أن تقع ناقصه في صورة شروع خائب، وإن كان يتصور فيها الشروع الموقوف². وتتم الجريمه بمجرد السعي أو التخابر، بغض النظر عما إذا تحقق العمل العدائي أم لم يتحقق، والشروع متصور في هذه الجريمه، ومثاله أن يرسل الجاني رساله تتضمن معلومات يهدف من ورائها إلى استعداد دوله أجنبيه، فتقع الرساله في يد السلطات الوطنيه قبل وصولها إلى العدو، ولا عقاب على العمل التحضيري لهذه الجريمه، ما لم يكن مكونا لجريمه أخرى قائمه بذاتها³. ونرى أيضا أنه لا بد من أن يخضع للعقاب كل من حاول أو شرع في جريمه التخابر؛ لكي يتم ردع كل من تسول له نفسه القيام بأي شيء يمكن أن يضر الدوله، وقد أحسن المشرع المصري في قانون الأحكام العسكريه عندما عاقب على الشروع في جرائم التخابر الخاصه بالعسكريين، وهذا ما تنص عليه الماده (128) من القانون نفسه⁴.

وقد قضت محكمه النقض الفرنسيه "بأن المتهم الطاعن (المستأنف) يعد مرتكبا لجريمه تامه لمجرد إتيانه لأعمال تحضيريه إذا كان ثبت في حقه أنه كان أسيرا لدى السلطات الألمانيه، ورضي أن يضع نفسه في خدمه الجاسوسيه الألمانيه (الجستابو) على معلومات حربيه مثل أمكنه الوحدات الحربيه وأسماء القواد الكبار ونقط إلقاء القنابل على باريس، وأن مجرد قبول الطاعن (المستأنف) التجسس ومجرد دخوله المعسكر الحربي يكوّن جريمه تامه في التخابر ولا يعد من قبيل الأعمال التحضيريه لهذه الجريمه كما ادعى في استئنافه"، وقضت محكمه النقض بعدها برفض الطعن في الحكم الصادر بإعدامه⁵.

¹ سمير عاليه، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعيه للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، طبعة منقحه ومعدله، 1998، ص 208.

² رمسيس مهنام، شرح الجرائم المضرة بالمصلحه العموميه، منشأة المعارف، الإسكندريه، 1990، ص 28.

³ عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون العقوبات، الكتاب الثاني، الجنايات والجنح المضرة بالمصلحه العامه في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندريه، 2003، ص 45.

⁴ تنص الماده (128) من قانون الأحكام العسكريه المصري على أنه: "يعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بالعقوبات المقرره للجريمه الأصليه إلا إذا نص قانونا على خلاف ذلك".

⁵ مجموعه أحكام النقض الفرنسيه، سنة 1949، رقم 286، ص 469.

الفرع الثاني: العدول الإرادي في جريمة التخابر

لا يكفي أن يقترف الجاني سلوكيات صالحة لوقوع الجريمة حتى يتوافر في حقه المحاولة الإجرامية؛ بل يلزم ألا تتم الجريمة وأن يكون عدم تمامها راجعا لأسباب لا دخل لإرادته فيها، أي أن يكون عدوله عن إتمام الجريمة غير إرادي أو اضطراري، ويكون كذلك في كل حالة لم يحل دون إتمام التنفيذ سوى ملابسات خارجية عن إرادته، وتضطره مكرها إلى عدم إتمام تنفيذها، وسواء أكان هذا الإكراه ماديا أم معنويا، إذ في جميع الحالات يكون عدم إتمام التنفيذ بسبب لا دخل لإرادة الجاني فيه¹.

يكون العدول إراديا إذا كان وليد قرار حر من قبل الجاني بعد أن يقطع شوطا في سبيل ارتكاب الجريمة، إما بأن يستنفذ السلوك كله ثم يمنع بنفسه وقوع النتيجة، وإما أن تقع النتيجة؛ لكنه سرعان ما يلغي مشروعها². فالإرادة التي يعتد بها المشرع في هذا المقام هي تلك الإرادة الحرة التي إذا استند إليها الجاني في المفاصلة بين إتمام الجريمة أو العدول عنها فإنه يؤثر مختارا أن يعود من حيث أتى وألا يتم ما بدأ³.

ولا أهمية هنا لبواعث العدول وأسبابه في جريمة التخابر، فقد يكون الباعث هو الندم والتوبة، وإرادة عدم إراقة دم إنسان⁴. وقد يكون الباعث هو الإشفاق على المجني عليهم أو الرغبة في احترام الشريعة والقانون أو الخوف من الجزاء.

ويرى جانب من الفقه أن العدول الإرادي يمنع العقاب على المحاولة الإجرامية إذا حدث بعد البدء في تنفيذها وكان عدولا تلقائيا؛ دفع من بدأ في التنفيذ إلى عدم الاستمرار فيها؛ فالمحاولة تفترض أن عدم إتمام الجريمة كان سببه غير راجع إلى إرادة الجاني، أي أنه كان غير إرادي، ومبعثه عوامل خارجية حالت بينه وبين إتمام جريمته، وأنه لولاها لاستمر في سلوكه صوب الجريمة التي بدأ في تنفيذها؛ فالمشرع يعول على عدول الجاني إراديا عن الاستمرار في مشروعته الإجرامي وبمحض إرادته، ففي هذه الحالة يعفى الجاني من الجزاء الجنائي على محاولته الإجرامية⁵.

ولا مجال للجريمة الشكلية في العدول الإرادي؛ لأن هذه الجريمة تتحقق فور البدء بتنفيذ الفعل ولا تتوقف على أي نتيجة، فلو أضرم شخص النار قصدا في بناء، ثم رغب في العدول عن فعله فأسرع بإحضار الماء لإطفائها، فإن جريمته تكون قد اكتملت لأنها شكلية تقع بمجرد

¹ عبد القادر صابر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 174 وما بعدها.

² جلال ثروت، قانون العقوبات (القسم العام)، الدار الجامعية، بيروت، 1989، ص 186.

³ السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1962، ص 266.

⁴ عبود السراج، قانون العقوبات (القسم العام)، منشورات جامعة حلب، 1986-1987، ص 208.

⁵ عبد القادر صابر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 177.

السلوك، لكن هذا العدول يمكن أن يعد سببا مخففا للعقوبة، أما الجريمة المادية فيمكن أن يتصور العدول فيها قبل تحقق النتيجة¹.

المبحث الثاني

الركن المعنوي لجريمة التخابر

ليست الجريمة ظاهرة مادية خالصة قوامها الفعل وآثاره -الركن المادي-، ولكنها كذلك كيان نفسي، فماديات الجريمة لا تنشئ مسئولية ولا تستوجب عقابا، ما لم يتوافر العنصران اللذان لقيام المسئولية الجنائية، وهما حرية الاختيار والإدراك، وهذه عناصر نفسية يتطلبها كيان الجريمة، وتجتمع هذه العناصر في الركن المعنوي للجريمة².

وإذا كان الركن المادي يتكون من السلوك المحظور والنتيجة الجرمية والعلاقة السببية بينهما، فإن الركن المعنوي يتمثل في الأصول الإرادية لماديات الجريمة والسيطرة عليها، وهو وجهها الباطني والنفساني؛ فلا محل لمساءلة شخص عن جريمة ما لم تقم صلة أو علاقة بين مادياتها وإرادته³.

ويأخذ الركن المعنوي للجريمة إحدى الصورتين، الأولى صورة القصد الجنائي، والأخرى صورة الخطأ غير المقصود، فهل يتصور في جريمة التخابر الخطأ غير المقصود؟، وسنتناولهما على النحو التالي:

المطلب الأول: القصد الإجرامي لجريمة التخابر

الفرع الأول: ماهية القصد الإجرامي

يمكن تعريف القصد الإجرامي بأنه: "إرادة الفعل المكون للجريمة، وإرادة نتيجته التي يتمثل فيها الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون، وإرادة كل واقعة تحدد دلالة الفعل الإجرامية وتعد جزءا من ماديات الجريمة"⁴.

ويعرفه بعض الفقهاء بأنه: "القوة النفسية التي تقف وراء النشاط المجرم الذي استهدف به الفاعل إراديا الاعتداء على المصلحة المحمية من طرف الجاني"⁵.

¹ سمير عالية، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 208.

² محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1988، ص 10.

³ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني (القسم العام)، بيروت، 1968، ص 368.

⁴ محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 32.

⁵ عبد الواحد العلمي، المبادئ العامة للقانون الجنائي المغربي، الجزء الأول، الجريمة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1990، ص 236.

ونصت المادة (63) من قانون العقوبات الأردني تعريفاً للقصد الإجرامي الذي عبر عنه المشرع بعبارة "النية"، فجاء فيها: "النية هي إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون"، ثم أضاف المشرع توضيحاً آخرًا للقصد الإجرامي من خلال المادة (64) من القانون ذاته، حيث ذكرت أنه: "تعد الجريمة مقصودة وإن تجاوزت النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل قصد الفاعل إذا كان توقع حصولها فقبل المخاطرة"¹.

ولفظ "النية" في قانون العقوبات الأردني يرادف تعبير القصد الجرمي أو الجنائي في قانون العقوبات المصري بالرغم من أن المشرع المصري لم يورد أي تعريف للقصد الجرمي في قانون العقوبات؛ فالفقه والقضاء في مصر متفقان على أنه إذا أغفل المشرع ذلك في نتيجة ما، فإن هذه الجريمة تكون قصدية².

ويشترط في قيام القصد الجرمي أن يوجه الجاني إرادته إلى ارتكاب الجريمة على النحو الذي به يحددها القانون، فتصرف الإرادة إلى تحقيق جميع أركانها وعناصرها وشروطها وظروفها، وقد يستفاد من ظاهر نص المادة (63) أن إرادة الجريمة على النحو المشار إليه يكفي لقيام القصد الجرمي، إلا أن الحقيقة هي غير ذلك، إذ التحليل الدقيق يظهر أن الإرادة لا تتوافر عقلاً، ولا يتاح لها أن تلعب دورها في بنیان القصد ما لم تكن مستندة إلى فكرة العلم، ومن ثم ساء القول بأن القصد الجرمي يتطلب بأن يحيط علم الجاني أيضاً بجميع أركانها وعناصرها وشروطها وظروفها³.

الفرع الثاني: عناصر القصد الإجرامي

إن جوهر القصد الإجرامي وعنصره الأساس هو الإرادة المتجهة إلى تحقيق الواقعة أو الفعل الإجرامي، ولما كانت هذه الإرادة لا يقتصر توافرها لدى الفاعل إلا على ما يحيط به علمه من عناصر الفعل المكون للجريمة فإن العلم بهذه العناصر يعد على نحو ما عنصراً جديداً يضاف إلى الإرادة في بناء القصد الإجرامي، ويكون قوام هذا القصد في النهاية عنصريين هما: العلم بعناصر الفعل الإجرامي، واتجاه الإرادة إلى تحقيق هذا الفعل بعناصره⁴، وسوف نتعرض لهذين العنصرين على النحو التالي:

¹ يقابلها المادة (64) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية، ولم يوجد في التشريعات المطبقة في قطاع غزة على غرار غيرها من التشريعات تعريفاً للقصد الإجرامي.

² طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 314.

³ كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 279.

⁴ محمد صبيح نجم، قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 297.

العنصر الأول: العلم

العلم هو حالة ذهنية يكون عليها الجاني ساعة ارتكابه الجريمة، وتتمثل هذه الحالة في امتلاك الجاني القدر اللازم من المعلومات عن العناصر التي تكون الجريمة على الوجه الذي يحدده القانون¹.

ولا يعني العلم هنا إلمام الجاني إلماما تاما بكافة القواعد والأحكام والمبادئ القانونية الجزائية التي يجب أن يطلع عليها، ويضطلع بها أصحاب الخبرة والاختصاص؛ وإنما هي فقط إحاطة الفاعل علما بكيان النشاط الجرمي ومقوماته عندما يعتزم الإقدام عليه أو الإتيان به، أو أثناء ذلك على الأقل².

والقاعدة في التشريع الفلسطيني أنه لكي يتوافر العلم الذي يقوم به القصد الإجرامي إلى جانب الإرادة؛ يتعين أن يحيط الجاني علما بجميع العناصر القانونية للجريمة، فإذا انتفى العلم بأحدها بسبب الجهل أو الغلط انتفى القصد بدوره³.

وبالتالي يتعين أن تتجه الإرادة والعلم إلى العناصر المتطلبة بالجريمة كما يحددها القانون، فما تتجه إليه الإرادة يتعين أن يحيط به العلم أولا، مما يستلزم أن ينصرف العلم إلى جميع العناصر القانونية في الجريمة⁴.

أولا: العلم بالوقائع الذي يقوم به القصد الجنائي

يلزم أن يحيط الجاني بالعناصر الواقعية الجوهرية اللازمة قانونا لقيام الجريمة، بالإضافة إلى الأركان الخاصة في الجريمة؛ فالقاعدة أن الجريمة تفترض وقائع متعددة، والأصل أن يحيط الجاني بجميع هذه الوقائع؛ لأن القصد الإجرامي يعني اتجاه الإرادة الواعية إلى الجريمة في كل أركانها وعناصرها⁵.

وبما أننا قد استبعدنا الركن الشرعي من أركان الجريمة؛ فإنه لا يلزم انصراف علم الجاني للصفة غير المشروعة للفعل، فلا يعد العلم بها عنصرا في القصد، ولا يشترط بالتالي العلم بقانون العقوبات⁶.

¹ فخري عبد الرزاق الحديثي وخالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2010، ص 176.

² فريد الزعبي، الموسوعة الجزائرية، المجلد الثالث، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1995، ص 38.

³ عبد القادر صابر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 206.

⁴ نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 327.

⁵ محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 45.

⁶ فخري عبد الرزاق الحديثي وخالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 176.

ولابد من علم الفاعل بحقيقة سلوكه، أي بأن يأتي عملاً أو امتناعاً يصلح لتحقيق العدوان على المصلحة أو الحق الذي يحميه القانون بالعقوبة على الجريمة¹. وفي القانون الفلسطيني فإن جريمة التخابر لابد فيها من علم الجاني بما من شأن فعله - الاتصال بالدولة المعادية - إعانة العدو في عملياته الحربية أو الإضرار بالعمليات الحربية للثورة الفلسطينية².

فالعلم المتطلب لقيام القصد الجنائي في جرائم التخابر يجب أن يكون منصبا على الحق المعتدى عليه أو المصلحة المحمية، وبالتالي يجب أن يتوافر لدى الجاني العلم بالحق المعتدى عليه، وأن سلوكه سيترتب عليه تهديد ذلك الحق بالضرر المحذور، وذلك بمجرد أن يمس الخطر هذا الحق³.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (77/د/1) من الأمر رقم (555) لسنة 1957 المطبق في قطاع غزة، بأنه: "يعاقب بالسجن إذا ارتكبت الجريمة في زمن سلم، وبالأشغال الشاقة المؤقتة إذا ارتكبت في زمن حرب، كل من سعى لدى دولة أجنبية أو أحد ممن يعملون لمصلحتها أو تخابر معها أو معه أو كان من شأن ذلك الإضرار بالمركز الحربي أو السياسي أو الدبلوماسي أو الاقتصادي"، ففي هذه الحالة يجب أن يعلم الجاني أن سلوكه ينطوي على المساس باستقلال البلاد ووحدتها وسلامتها أرضها.

وذلك يعني أن الجاني يجب أن يعلم أن فعله يقع على أحد المصالح القومية أو التي تتعلق بعمل مصالح البلاد سواء الحكم أم النظام الداخلي أم المرافق العامة، أو من الناحية الاقتصادية أو العسكرية أو السياسية⁴.

وإذا انتفى العلم بالواقعة الإجرامية، ينتفي بالتالي القصد الجنائي، وذلك لانتهاء أحد عنصريه وهو عنصر العلم، وينتفي العلم عن طريق الجهل أو الغلط في الوقائع الإجرامية والجهل بالشيء، وهو التخلّف الكامل للعلم نفسه، أما الغلط فيه فهو التصوير غير الصحيح له أو الفكرة الخاطئة عنه، ويمكن أن ينقصنا العلم الصحيح بالشيء سواء لأنه ليس عندنا أي فكرة عنه، أم لأنه عندنا فكرة خاطئة عنه، ففي الحالة الأولى يكون الجهل، وفي الحالة الثانية يكون الغلط⁵.

¹ محمد صبيح نجم، قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 298.

² المادة (2/131) قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979.

³ إبراهيم عيد نايل، أثر العلم في تكوين القصد الإجرامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص 322. هلال عبد الله أحمد، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 145.

⁴ إبراهيم محمد اللبيدي، المسؤولية الجنائية في جرائم أمن الدولة، بحث منشور في مركز الإعلام الأمني <http://www.policemc.gov.bh>، ص 4.

⁵ محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1967، ص 51.

فإن الجهل أو الغلط في الوقائع ينفي كل منهما القصد الإجرامي بشرط أن يكون هذا الجهل أو الغلط منصبا على واقعة تدخل في العناصر المكونة للجريمة، أي بشرط أن يكون الغلط جوهريا كما يقول الفقهاء، أما إذا كان الجهل أو الغلط يتعلق بواقعة لا تدخل في عناصر الجريمة؛ فإنه لا ينفي القصد الإجرامي لأنه غلط غير جوهري¹.

واستعرض المشرع في الضفة الغربية أحكام الغلط في الوقائع والجهل بها في نص المادتين (86)، (87) من قانون العقوبات المطبق فيها، فقد نصت المادة (86) على أنه: "1- لا يعاقب كفاعل أو محرض أو متدخل كل من أقدم على الفعل في جريمة مقصودة بعامل غلط مادي واقع على أحد العناصر المكونة للجريمة. 2- إذا وقع الغلط على أحد الظروف المشددة لا يكون المجرم مسئولاً عن هذه الظروف"، كما نصت المادة (87) على أنه: "يكون الغلط في الوقائع على فعل مؤلف لجريمة مقصودة مانعا للعقاب إذا لم ينتج عن خطأ فعل".

ثانيا: العلم بالعناصر المتصلة بالجاني

الأصل أن يسدي المشرع حمايته إلى كل شخص، أي لا يتطلب في الجاني أو المجني عليه صفة معينة، ولكن قد يتطلب المشرع فيمن يرتكب بعض الجرائم أو المجني عليه أن يتصف بحالة قانونية أو فعلية معينة فإنه يتعين علمه بهذه الحالة، ففي هذه الجرائم لا يتوافر القصد إلا إذا أحاط علم الجاني بهذه الصفة².

ففي جرائم التخابر، يجب أن يعلم الجاني بهذه الصفة المعتبرة من القانون، وهي وقوع جرائم التخابر من موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة³.

ثالثا: العلم بزمان الجريمة ومكانها

قد يحدث أن يشترط المشرع في بعض الجرائم أن لا تتكون قانونا إلا إذا ارتكبت في مكان محدد أو زمان معين أو وقعت من شخص له صفة معينة، فهنا يتعين لقيام القصد الجنائي لدى الجاني أن يكون قد علم بهذا المكان أو ذلك الزمان أو تلك الصفة⁴.

¹ عبد القادر صابر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 220.

² محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 566.

³ المادة (82/ج) من الأمر رقم (555) لسنة 1957 المطبق في غزة الخاص بالجرائم الماسة بأمن الدولة، والتي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تجاوز 500 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سهل بإهماله أو بتقصيره ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد (77)، و(77/أ)، و(77/ب)، و(77/ج)، و(77/د)، و(77/هـ)، و(78)، و(78/أ)، و(78/ب)، و(78/ج)، و(78/د)، و(78/هـ)، و(80). فإذا وقع ذلك في زمن الحرب أو من موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ضعفت العقوبة".

⁴ عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 473.

ومثال ذلك ما نص عليه في الأمر المطبق في قطاع غزة على أنه: "يعاقب بالسجن إذا ارتكبت الجريمة في زمن سلم، وبالأشغال الشاقة المؤقتة إذا ارتكبت في زمن حرب: 1- كل من سعى لدى دولة أجنبية أو أحد ممن يعملون لمصلحتها أو تخاير معها أو معه وكان من شأن ذلك الإضرار بمركز البلاد الحربي أو السياسي أو الدبلوماسي أو الاقتصادي. 2- كل من أتلّف عمداً أو أخفى أو اختلس أو زور أوراقا أو وثائق وهو يعلم أنها تتعلق بأمن البلاد أو بأية مصلحة قومية أخرى؛ فإذا وقعت الجريمة بقصد الإضرار بمركز البلاد الحربي أو السياسي أو الدبلوماسي أو الاقتصادي أو بقصد الإضرار بمصلحة قومية لها كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة في زمن السلم والأشغال الشاقة المؤبدة في زمن الحرب، ولا يجوز تطبيق المادة الرابعة من الأمر رقم (102) بأي حال على جريمة من هذه الجرائم إذا وقعت من موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة"¹.

رابعا: العلم بالقانون

يعني العلم بالقانون إدراك الجاني بأن الواقعة المعينة ترتدي صفة جرمية غير مشروعة ولا مباحة، وبالتالي محرمة ومجرمة بصورة عامة من قبل القانون الجزائي، دون أن يتطلب معرفة الوصف القانوني أو القواعد الأساسية أو النصوص المعنية...². بمعنى أنه في حالة التخابر يكتفي بعلم الفاعل أن السعي أو التخابر لدى دولة أجنبية أو أخرى معادية عمل يقع تحت طائلة التجريم.

ومن الأصول المقررة في التشريع أن العلم بالقانون الجنائي والقوانين العقابية المكمل له مفترض في حق كل إنسان فرضا لا يقبل إثبات العكس، فلا يقبل من أحد الاعتذار بجهله للقانون أو الغلط فيه، وهذه القاعدة مسلم بها في جميع القوانين، فبعضها قد نص على هذه القاعدة صراحة، في حين أن بعضها الآخر قد عدها من المسلمات التي لا تحتاج إلى نص³. وقد نصت على هذه القاعدة صراحة المادة (8) من قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 المطبق في قطاع غزة بقولها إنه: "لا يعتبر جهل القانون عذرا لمن يرتكب أي فعل أو ترك يكون جرما إلا إذا ورد نص صريح بأن معرفة القانون من قبل المجرم تعد عنصرا من عناصر الجرم"⁴.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "من المقرر أن الجهل بالقانون أو الغلط في فهم نصوصه لا يعدم القصد الجنائي باعتبار أن العلم بالقانون وفهمه على وجهه الصحيح أمر مفترض في الناس كافة، وإن كان هذا الافتراض يخالف الواقع في بعض الأحيان، بيد أنه افتراض تملّيه

¹ المادة (77/د) من الأمر رقم (555) لسنة 1957 الخاص بالجرائم الماسة بأمن الدولة المطبق في قطاع غزة، وتقابلها المادة (77/د) من قانون العقوبات المصري.

² طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 321.

³ فخري عبد الرزاق الحديثي، وخالد حميدي الزعيبي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 178.

⁴ المادة (8) من قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 المطبق في قطاع غزة.

الدواعي العملية لحماية مصلحة المجموع، ولذا فقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن العلم بالقانون الجنائي والقوانين العقابية المكتملة له مفترض في حق الكافة، ومن ثم لا يقبل الدفع بالجهل أو الغلط فيه كذريعة لنفي القصد الجنائي¹.

كما قضت محكمة النقض في حكم آخر لها بأن: "العلم بالقوانين وبكل ما يدخل عليها من تعديل مفروض على كل إنسان، وليس على النيابة إذا أرادت رفع الدعوى العمومية على شخص إلا أن تعلنه برقم المادة التي تريد أن تطلب محاكمته بمقتضاها، وليس عليها فوق هذا أن تعلمه لا بنص تلك المادة ولا بما أدخل عليها من تعديل؛ إذ أن ذلك مما يعده القانون داخلا في علم كافة الناس"².

إن الجهل بالتشريع التجريبي أو تفسيره أو إلغائه لن يمحوا المسؤولية أو يخففها³. استنادا إلى مبدأ "عدم جواز الاعتذار بجهل القانون"، وهذا على خلاف الغلط الحتمي بالتشريع الذي يخلو من الإهمال أو التقصير، بحيث ينفي الخطأ من جانب الفاعل، فإذا ما أتى شخص سلوكا تحت تأثير الغلط الحتمي كان كافيا لنفي افتراض العلم بالتشريع وساغ احتجاجه بالغلط به⁴.

والعلم بالقانون الذي يستتبع عدم قبول العذر بالجهل بالقانون، إنما ينصرف إلى الأمر والنهي التشريعي المتعلق بالواقعة الإجرامية المرتكبة لا إلى التكييف القانوني⁵.

ومثال ذلك الجريمة المنصوص عليها في المادة (84)⁶ من الأمر رقم (555) لسنة 1957، حيث يعاقب المشرع كل من علم بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ولم يسارع إلى إبلاغ السلطات؛ فالمشرع هنا يستعين بصفة معينة في الوقائع التي وصلت إلى علم الجنائي.

وإذا وقع الجنائي في غلط منصب على هذه الصفة، فإنه يعد غلطا في الواقعة ينفي الركن المعنوي، أما إذا انصب الغلط على القاعدة التجريبية ذاتها التي يجب العلم بها بأن كان يجهل أن قانون العقوبات يعاقب عليها، فإن هذا الغلط لا يقبل عذرا بعده جهلا بقانون العقوبات⁷.

¹ نقض 28 مارس سنة 1985، مجموعة أحكام النقض، ص 36، طعن رقم 7588 لسنة 53 ق.

² نقض 13 فبراير سنة 1968، ص 19، رقم 220، 39. ونقض 23 مارس سنة 1959، ص 10، رقم 340، رقم 76.

³ عبد الوهاب حومد، الفصل في شرح قانون العقوبات، المطبعة الجديدة، دمشق، 1990، ص 308.

⁴ عبد القادر صابر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 215.

⁵ إبراهيم محمد اللبيدي، المسؤولية الجنائية في جرائم أمن الدولة، مرجع سابق، ص 8.

⁶ حيث تنص المادة (84) من الأمر رقم (555) لسنة 1957 المطبق في قطاع غزة على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من علم بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ولم يسارع إلى إبلاغه إلى السلطات المختصة. وتضاعف العقوبة إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب...".

⁷ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات (القسم العام)، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1990، ص 328.

وقد قصر المشرع نطاق افتراض العلم بالقانون على القواعد الجزائية فقط، فلا يقبل أحد الاعتذار بجهله بأحكام قانون العقوبات والقواعد المكملة لها، كما لا يجوز الدفع بالغلط فيه، ومعنى ذلك أنه إذا تذرع الجاني بالجهل بأحكام قوانين غير جزائية مثل القانون المدني والتجاري وقانون الأحوال الشخصية، اعتد بهذا الجهل اعتدادا يترتب عليه انتفاء القصد الإجرامي¹.

وفي حالة استحالة العلم بالقانون، فقد استقر الرأي في الفقه على أنه إذا ثبت أن الظروف التي أحاطت بالجاني عند اقترافه فعله قد جعلت علمه بالقانون مستحيلا، فإن اعتذاره بالجهل به ينفي القصد لديه، والاستحالة التي يعنيها الفقه هي الاستحالة المطلقة التي تجرد الجاني من كل وسائل العلم بالقانون، وهذه الاستحالة ثمرة القوة القاهرة². كما هو الشأن في حالة احتلال الكيان الصهيوني لجزء من قطاع غزة؛ فصدور تشريعات جديدة إبان فترة الاحتلال يجهلها المواطنون المقيمون فيه بسبب ظروف الاحتلال التي هي بمثابة قوة القاهرة يستحيل معها العلم بتلك التشريعات الجديدة، ولهذا يجوز لهم الاحتجاج بجهلها، وأيضا هو الحال بمن كان سجيناً أو مسافراً لفترة زمنية طويلة.

العنصر الثاني: الإرادة

لا يكفي لتوافر القصد الإجرامي إحاطة علم الجاني بعناصر الفعل الإجرامي على التفصيل المتقدم، وإنما يلزم بالإضافة إلى ذلك أن تتجه إرادته إلى تحقيق هذا الفعل بعناصره، وإرادته أيضا في تحقيق النتيجة وذلك في الحالات التي يتطلب فيها القانون نتيجة معينة³.

الإرادة هي العنصر الثاني للقصد الإجرامي، وهي المحرك نحو اتخاذ السلوك الإجرامي - سلبيا كان هذا السلوك أم إيجابيا- بالنسبة للجرائم ذات السلوك المجرد أو المحض، وهي المحرك نحو تحقيق النتيجة - بالإضافة إلى السلوك الإجرامي- بالنسبة للجرائم ذات النتيجة، فالإرادة كونها أحد عناصر القصد الإجرامي يجب أن تنصرف إلى كل من السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية⁴. ولقد قضت محكمة الاستئناف العليا الفلسطينية أنه: "لما كانت الجريمة المسندة للمتهم عمدية تتطلب تداخل إرادة المتهم في ارتكابها، وقد ثبت للمحكمة أنه لا دخل لإرادته فيها، فيكون

¹ نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 341.

² محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني (القسم العام)، مرجع سابق، ص 395.

³ محمد صبيح نجم، قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 302.

⁴ علي أحمد راشد، عن الإرادة والعمد والخطأ والسببية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، يناير سنة 1966، العدد الأول، السنة الثامنة، ص 7 وما بعدها.

الحكم المستأنف إذ قضى بالإدانة قد جانب الصواب، ويتعين تبعاً لذلك إلغاؤه والقضاء للمتهم بالبراءة¹.

فيلزم أن تتجه إرادة الجاني في جريمة التخابر إلى فعل السعي أو التخابر أو دس الدسائس أو الاتصال مع دولة أجنبية أو معادية حتى يمكن القول بتوافر قصد السلوك في جريمة التخابر. ونظراً لأن هناك جرائم يكتفي فيها المشرع بالسلوك الإجرامي فقط دون أن تتطلب نتيجة معينة، كما في جرائم التخابر، فإن القصد الجنائي يتوافر متى اتجهت الإرادة إلى تحقيق ذلك السلوك المكون لها.

إذن الإرادة اللازمة لقيام القصد الجنائي في جرائم التخابر، هي إرادة ذلك السلوك الإجرامي.

الفرع الثالث: نوع القصد الجنائي في جريمة التخابر

اختلف الفقهاء حول نوع القصد الإجرامي في جرائم التخابر²، فمنهم من رأى أنه يكفي القصد الجنائي العام لقيام تلك الجرائم، ومنهم من رأى أنه لا بد من توافر القصد الجنائي الخاص لقيامها، ومنهم من صنف كل جريمة على حدة.

ويرى الباحث أنه يكفي القصد الجنائي العام القائم على عنصري العلم والإرادة لقيام تلك الجريمة، وما الإضرار بأمن الدولة أو القيام بأعمال عدوانية ضدها أو غيره مما حدث نتيجة لأرتكاب الجريمة إلا ويعد داخلاً ضمن المكونات العامة للقصد الجنائي، والقول باشتراط القصد الجنائي الخاص في جرائم التخابر يعني أنه عند انتفاء ذلك القصد فإن ذلك يؤدي إلى انتفاء صفة التخابر عنها، ومن ثم تتحول إلى جريمة عادية، وهذا يعد أمراً مخالفاً للمنطق ومخالفاً لمبادئ السياسة الجنائية الحديثة التي تنادي بتشديد العقاب على جرائم التخابر، واشتراط القصد الجنائي الخاص في جريمة التخابر قد يؤدي إلى تحولها - بعد انتفاء ذلك القصد - إلى جرائم عادية، وهو ما يصب في مصلحة مرتكبي جرائم التخابر.

¹ استئناف عليا جزاء فلسطيني رقم (9/ 63)، جلسة 15/6/1963، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة من محكمة النقض المنعقدة في رام الله، الجزء الثامن عشر، منشورات القضاء الفلسطيني، 2004، ص 85.

² القصد العام هو إرادة تحقيق الواقعة الجرمية مع العلم بعناصرها المكونة لها بغض النظر عن الغاية التي ينبغي تحقيقها، ويتحدد القصد العام بحسب كل جريمة على حدة وفقاً للعناصر الداخلية في تكوينها كواقعة مادية. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 337.

أما القصد الخاص فهو نية انصرفت إلى تحقيق غاية معينة أو نية دفعها إلى الفعل باعث خاص. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 390.

الفرع الرابع: وقت توافر القصد الجنائي

الأصل أن يعاصر القصد الجنائي -عاما كان أم خاصا- جميع عناصر الركن المادي، فيجب أن يتوافر وقت السلوك الإجرامي، ويظل قائما حتى لحظة تحقق النتيجة الإجرامية، ولا صعوبة في الأمر متى توافر القصد في أثناء مراحل تحقق عناصر الركن المادي كلها¹.

ولكن قد يحدث أن يتوافر قصد الجاني في إحدى اللحظتين دون الأخرى؛ فإذا توافر القصد لحظة الفعل كان هذا كافيا ولو عدل الفاعل قبل حدوث النتيجة، وقد لا يتوافر القصد لحظة الفعل لكنه يطرأ حين تحقق النتيجة، فهنا يكون القصد متوافرا أيضا لمعاصرة لحظة تحقق النتيجة؛ أما إذا لم يتوافر القصد وقت إتيان الفعل الجرمي، وتوافر فقط وقت تحقق النتيجة الجرمية، أي كان لاحقا لإتمام النشاط الجرمي، فلا يعتد بهذا القصد، ولكن إذا كان القصد والترحيب بالنتيجة قبل انتهاء الفعل وخلال السيطرة الإرادية على جزئية أو جزئيات الفعل؛ فإن القصد هنا يكون معاصرا للسلوك، ويعتد به².

وبشكل عام، فإن القاعدة في تزامن القصد لحظة ارتكاب الفعل الجرمي يكون في الجرائم الوقتية، أما في الجرائم المستمرة، فالعبرة في تقدير القصد الجرمي لدى الفاعل، ولا تقتصر على مدى توافر علمه لحظة إتيان السلوك، وإنما يتحقق هذا العلم في أي وقت لاحق على بدء السلوك، ولو استمر ذلك زمنا طال أم قصر، و لم يتردد القضاء في إعمال هذه النتيجة المترتبة على طبيعة الجريمة المستمرة³.

وتعد جرائم التخابر مع دولة أجنبية⁴ من الجرائم المستمرة؛ لذلك فإن الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه علم الجاني بفعل السعي أو التخابر أو دس الدسائس هو وقت إتيان السلوك -السعي أو التخابر أو دس الدسائس- أو حتى في فترة زمنية لاحقة على بدء السلوك، ولو استمر ذلك زمنا طال أم قصر.

المطلب الثاني: الخطأ غير المقصود في جريمة التخابر

يعد الخطأ غير المقصود أحد صور الركن المعنوي في الجريمة، فجرائم الخطأ تأتي في المقام الثاني من حيث اهتمام المشرع بها، فالقانون -في الجرائم المقصودة- يعاقب على الإرادة الأتمة المتجهة نحو الإضرار بحق معين أو مصلحة محمية جنائيا، وهذه الإرادة أو هذا القصد يؤدي دورا

¹ فخري عبد الرزاق الحديثي وخالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 189.

² طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات، القسم العام (مرجع سابق)، ص 353 وما بعدها.

³ سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 554.

⁴ المادة (77/ب) وما بعدها من الأمر رقم (555) لسنة 1957 المطبق في قطاع غزة الخاص بالجرائم الماسة بأمن الدولة، والمادة (112) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية الخاصة بجريمة معاونو العدو، والمادة (131) وما بعدها من قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979.

رئيساً في تحديد العقاب المناسب، دون أن يهمل كلياً جانب الضرر الاجتماعي الحاصل في المجتمع¹. فهو في هذا المجال يغلب جانب الإرادة على جانب الضرر، ويظهر في جرائم الخطأ أن جانب الضرر هو الغالب في تحديد العقوبة².

الفرع الأول: ماهية الخطأ غير المقصود

الخطأ الجنائي غير المقصود هو: "اتجاه الإرادة إلى السلوك الخطر دون قبولها بتحقيق النتيجة الإجرامية التي تنجم عن هذا السلوك مع اتخاذ الحيطة والحذر لتلافي حدوثها"³.

فالخطأ يقوم على مباشرة الفعل لسلوكه دون إرادة نتيجته الضارة، يستوي بعد ذلك كونها لم يتوقعها في حين كان بإمكانه ومن واجبه أن يتوقعها، أم توقعها فعلاً واعتقد أن بإمكانه اجتنابها⁴. فطالما أن الإرادة لم تتجه إلى النتيجة الضارة بوصفها أكيدة أو ممكنة الوقوع مع القبول بها، فإن السلوك يخرج من نطاق القصد الإجرامي ليدخل في محيط الخطأ غير المقصود⁵.

وعرفه بعض الفقهاء بأنه: "إرادة السلوك التي تترتب على نتائج غير مشروعة لم يتوقعها الفاعل في حالة كونها متوقعة وبوسعه أن يتوقعها وأن يتجنبها، فهي تمثل صلة نفسية تقوم بين إرادة الجاني وبين نتيجة فعله تنحصر في خمولها عند توقع تلك النتيجة مع قدرته على توقعها وعلى الحيلولة دون حدوثها"⁶.

ويعرفه بعضهم الآخر بأنه: "إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون أن يفضي تصرفه إلى إحداث النتيجة الإجرامية، في حين كان ذلك في استطاعته وكان واجباً عليه"⁷.

ولم يضع المشرع الفلسطيني تعريفاً للخطأ غير المقصود إلا أنه أشار إليه في المادة (60/ب) من قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979 على أنه: "...، ويكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة الشرائع أو الأنظمة".

¹ فخري عبد الرازق الحديثي وخالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 190.

² فايز الظفيري ومحمد بوزبر، الوجيز في شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي، طباعة فور فيلمز عرب، الكويت، الطبعة الثانية، 2003، ص 283.

³ محمد صبحي نجم، قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 314.

⁴ سمير عالية، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 253.

⁵ مأمون محمد سلامة، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 292.

⁶ حسنين عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 120.

⁷ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 617.

ولم يضع المشرع المصري نصاً عاماً يبين مضمون فكرة الخطأ غير المقصود، ولم يحدد له شكلاً معيناً في القسم العام من قانون العقوبات؛ وإنما اكتفى بأن أورد مجرد تطبيقات خاصة لفكرة الخطأ، وهذه التطبيقات لم يلتزم فيها تعبيراً موحداً عن فكرة الخطأ¹.

في حين أن المشرع الأردني لم يتناول تعريفاً للخطأ غير المقصود، إذ نصت المادة (64) من قانون العقوبات على أن: "... ويكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة".

ويتضح من تعاريف الخطأ غير المقصود أن الخطأ لا يقوم بمجرد الإخلال بواجبات الحيطة والحذر؛ وإنما لابد من توافر العلاقة النفسية بين إرادة الفعل والنتيجة الإجرامية².

فالقصد الجنائي يستلزم أن تتجه إرادة الجاني إلى إحداث النتيجة غير المشروعة، أما الخطأ غير المقصود الذي يستلزم فيه القانون أن تتجه إرادة الجاني إلى السلوك الإجرامي دون النتائج غير المشروعة التي وقعت؛ فالقانون يستلزم في الحالتين وجود نتيجة إجرامية، وغاية ذلك أن دور الإرادة في القصد الإجرامي يشمل السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، بينما في الخطأ غير المقصود يتوقف دور الإرادة عند حد إرادة السلوك دون إرادة النتيجة غير المشروعة، فالجاني هنا يريد نتيجة مشروعة، ولكن تقع نتيجة أخرى غير مشروعة بغير إرادة منه³.

إن ما يميز الجريمة المقصودة عن الجريمة غير المقصودة إنما يكمن في توافر نية إحداث النتيجة الدافعة إلى إتيان السلوك (القصد اليقيني المباشر) أو القابلية للاستمرار (القصد الاحتمالي)، لكنها لا تتوفر البتة في حالة الجريمة غير المقصودة؛ فشرط البدء إذن للدخول في دائرة الجريمة غير المقصودة أن يكون الجاني قد أراد السلوك الإجرامي، وانعدمت لديه نية إحداث النتيجة الإجرامية كهدف يسعى لتحقيقه من وراء هذا السلوك⁴.

وبناء على ذلك لا يتوافر الخطأ في الحالة التي لا يستطيع فيها الجاني توقع النتيجة أو لا يستطيع فيها الحيلولة دون وقوعها، إذ لا تكليف بمستحيل⁵.

¹ عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 536.

² كامل السعيد، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 314 وما بعدها.

³ عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 528.

⁴ عبد القادر صابر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 253.

⁵ فتوح الشاذلي وعلى القهوجي، النظرية العامة للجريمة، مرجع سابق، ص 389.

الفرع الثاني: عناصر الخطأ غير المقصود

كما لا بد من توافر عناصر القصد الجنائي، المتمثلة بالعلم والإرادة، فإن الخطأ غير المقصود لا بد أن يتوافر عنصراه حتى يقوم، وهما: الإخلال بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون أولاً، وتوافر علاقة نفسية تصل ما بين إرادة الجاني والنتيجة الإجرامية ثانياً.

العنصر الأول: الإخلال بواجبات الحيطة والحذر

البحث في هذا العنصر يقتضي بيان أمرين: كيف تنشأ هذه الواجبات؟ ثم كيف يتحقق الإخلال بها؟، فأما كيف تنشأ هذه الواجبات، فيتطلب معرفة مصدرها، إذ لا صعوبة في تحديده إذا كانت قواعد القانون بمعناها الواسع هي التي تفرض الواجبات، ولكن ليس القانون وحده مصدر واجبات الحيطة والحذر بتصريحه لأنواع من السلوك الخطيرة التي تحقق فائدة للمجتمع كإجراء العمليات الجراحية وقيادة السيارات؛ بل هناك مصدر عام لواجبات الحيطة والحذر هو الخبرة الإنسانية العامة؛ إذ تقرر هذه الخبرة مجموعة من القواعد تحدد النمو الصحيح الذي يتعين أن يباشر وفقاً له نوع معين من السلوك، ولذلك إذا حددنا على هذا النحو مصدر واجبات الحيطة والحذر اتضحت مجموعة من القواعد، فإذا طبقت على سلوك معين تبين مدى التعارض أو الاتساق بينهما؛ فقيادة سيارة هو سلوك مشروع، ولكن إذا تجرد هذا السلوك من ظروفه الواقعية، وأصبح سلوك قيادة سيارة مسرعة في مكان عام، ساغ التساؤل عن مدى الالتزام بهذه الواجبات¹.

وأما كيف يتحقق الإخلال بالواجبات، فيتطلب البحث في ضابط الإخلال بواجبات الحيطة والحذر، وهو الضابط الموضوعي وقوامه الشخص العادي، أي الشخص الذي يلتزم في تصرفاته قدرًا متوسطًا من الحيطة والحذر، فإذا التزم الجاني في تصرفه القدر من الحيطة والحذر الذي يلتزمه هذا الشخص فلا محل للإخلال ينسب إليه، أما إذا نزل دونه، نسب إليه الإخلال ولو التزم ما اعتاده في تصرفاته، ولكن هذا الضابط لا ينطبق بصورة مطلقة، وإنما يتعين أن تراعى في تطبيقه الظروف التي صدر فيها التصرف؛ والعلة في هذا القيد هي قاعدة "لا إلزام بمستحيل"، فلا محل أن تطلب من الناس التزام مسلك الشخص المعتاد إلا إذا كانت الظروف التي تقترن بتصرفاتهم تجعل ذلك في وسعهم².

العنصر الثاني: العلاقة بين إرادة الجاني والنتيجة الإجرامية

لا يقوم الخطأ غير المقصود بمجرد الإخلال بواجبات الحيطة والحذر، حيث لا يعاقب القانون على سلوك في ذاته، وإنما يعاقب على السلوك إذا أفضى إلى نتيجة إجرامية؛ لهذا يتعين أن تتوافر

¹ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 619 وما بعدها.

² محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 620 وما بعدها.

صلة تجمع بين الإرادة والنتيجة على نحو تكون فيه الإرادة بالنسبة لهذه النتيجة محل لوم القانون، فيسوغ بذلك أن توصف بأنها "إرادة إجرامية"، وبغير هذه الصلة لا يكون محل لأن يسأل صاحب الإرادة عن حدوث النتيجة¹.

ويتحقق الخطأ بغير توقع إذا لم يتوقع الفاعل أن سلوكه قد يؤدي إلى تحقيق النتيجة الضارة، مع أنه كان بإمكانه ومن واجبه أن يتوقعها وفقا للسير العادي للأمر في الحياة، أما الخطأ مع التوقع فيتحقق إذا توقع الفاعل النتيجة الضارة لسلوكه، واعتقد أن بإمكانه تجنبها، أو توقعها لكنه رجح عدم حدوثها دون اتخاذ أي موقف لتفاديها، ويطلق على الخطأ في الصورة الأولى تعبير الخطأ غير الواعي أو الخطأ دون تبصر أو الخطأ دون توقع، أما الخطأ في الصورة الثانية فيطلق عليه تعبير الخطأ الواعي أو الخطأ مع التبصر أو الخطأ مع التوقع².

وعدم توقع انتهاك أسرار الدفاع تفترض هذه الصورة أن المتهم لم يتوقع الانتهاك، ولم تتجه إرادته نحو ذلك، ولكن ذلك لا يعني انعدام الصلة بينها، لأن هذه الصلة قائمة، ولها عناصرها التي تتمثل في استطاعته توقع الانتهاك ووجوب ذلك عليه، واستطاعته أن يحول دون حدوثه³.

وتوقع انتهاك أسرار الدفاع تفترض هذه الصورة أن المتهم قد توقع انتهاك الأسرار ولكن لم تتجه إرادته إلى الحيلولة دون حدوث ذلك، وهذه الصورة تجاوز مجال القصد الاحتمالي⁴. وتشترك معه في توقع النتيجة الإجرامية كأثر ممكن للفعل، وتفتقر عنه في عدم اتجاه الإرادة إلى هذه النتيجة، أي إن هذه الصورة تشمل كل حالات توقع انتهاك الأسرار التي لا يعد القصد الاحتمالي متوافرا فيها، مما يستتبع عدّ الخطأ مع التوقع متوافرا في الحالتين التاليتين: حالة توقع انتهاك الأسرار والاعتماد على احتياط غير كاف للحيلولة دون حدوثها، إذا ثبت أنه كان في وسع المتهم اتخاذ الاحتياط الكافي لذلك، والحالة الثانية هي حالة توقع انتهاك الأسرار وعدم الاكتراث بذلك أي عدم اتخاذ الاحتياط اللازم للحيلولة دون حدوثها، مما يعني أنه يستوي لدى المتهم حدوثها وعدم حدوثها⁵.

¹ طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 362.

² وصورة الخطأ مع التوقع تختلف عن القصد الاحتمالي بأن الإرادة لم تتجه إلى النتيجة وأن توقعها لم يقترن بقبولها لو حدث. سمير عالية، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 254.

³ جابر يوسف المراغي، جرائم انتهاك أسرار الدفاع عن البلاد من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 288.

⁴ يعرف القصد الاحتمالي بأنه: نوع من القصد الجنائي تقوم به الجريمة العمدية وهو يتمثل في نية غير مركزة تعرض للجاني الذي يتوقع إمكانية ما قد انتواه من قبل، فيمضي مع ذلك في تنفيذ الفعل قابلا لنتيجته أو غير مبال بها مستويا لديه حصولها وعدم حصولها. أبو المجد علي عيسى، القصد الجنائي الاحتمالي، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1988، ص 669.

⁵ جابر يوسف المراغي، جرائم انتهاك أسرار الدفاع عن البلاد من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، مرجع سابق، ص 288 وما بعدها.

الفرع الثالث: صور الخطأ غير المقصود

حدد قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 المطبق في قطاع غزة وقانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية صور الخطأ غير المقصود بأنها: الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة¹.

أما المشرع المصري، فقد عددها في المادة (238)، والمادة (244) من قانون العقوبات، فذكرت هاتان المادتان الرعونة وعدم الاحتياط والتحرز والإهمال والتفريط وعدم الانتباه والتوقي وعدم مراعاة اللوائح وإتباعها، وحددت المادة (64) من قانون العقوبات الأردني صور الخطأ غير المقصود، حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "ويكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة"².

ووفقاً لنص المادة السابقة تتمثل صور الخطأ غير المقصود في إهمال الفاعل وقلة احترازه وعدم مراعاته للقوانين والأنظمة، ولا يلزم توافر هذه الصور مجتمعة في مسلك الجاني؛ وإنما يكفي توافر إحداها لترتيب مسئوليته عن الجريمة غير المقصودة³.

ولكن يرى بعض الباحثين أن الصور السابقة أوردها المشرع على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، في حين أن بعض الآخر والاجتهاد القضائي يعدها وارداً على سبيل الحصر لا على سبيل المثال⁴.

وفي ضوء ذلك، نرى أن نعرض هذه الصور المختلفة للخطأ غير المقصود، وذلك تباعاً على النحو التالي:

¹ حدد قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936 المطبق في قطاع غزة صور الخطأ غير المقصود في مواد متفرقة، أما قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 المطبق في الضفة الغربية فقد حددها في المادة (64) منه.

² وقد أورد المشرع الأردني هذه الصور في المواد (343)، (344)، (374)، (462)، (463)، (464)، (290)، (2/230) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960.

³ عادل يحيى قرني، قانون الجزاء العماني (القسم العام)، مجمع البحوث والدراسات، سلطنة عمان، الطبعة السابعة، 2001، ص 166. نبيل عبد الله الهنائي، مبادئ قانون الجزاء العماني (القسم العام)، مجمع البحوث والدراسات، سلطنة عمان، الطبعة الأولى، 2002، ص 32. محمود سالم محادين، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام)، مطبعة خط الصحراء، العين، ص 25.

⁴ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 638 وما بعدها. طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 364. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 315.

الصورة الأولى: الإهمال

وتتم هذه الصورة في حالة اتخاذ الجاني موقفا سلبيا يتمثل في إغفاله اتخاذ أمر واجب عليه، هو اتخاذ العناية اللازمة لتجنب حدوث النتيجة غير المشروعة¹. ويدخل في مفهوم الإهمال عدم الانتباه².

وعلى ذلك، فالخطأ في هذه الحالة يتخذ موقف "ترك أو امتناع"، ومن قبيل ذلك أن يغلب النوم على حارس مكلف بالسهر على مكان توجد به أسرار عسكرية، أو أية أسرار تتعلق بالدفاع عن البلاد، فترتكب سرقة لسر من هذه الأسرار، وتقع جنائية الحصول على سر من أسرار الدفاع بقصد إفشائه لدولة أجنبية³.

الصورة الثانية: قلة الاحتراز

يقصد به عدم الاحتياط، وإتيان الجاني مسلكا إيجابيا معيننا دون أن يدخل في اعتباره قواعد الخبرة العامة التي تشير بعد إتيان هذا المسلك في الحالة الخاصة اتقاء لنتائجه الضارة⁴.

فإذا كان الإهمال ينصرف إلى الحالات التي يقع فيها الخطأ عن طريق السلوك السلبي؛ فإن قلة الاحتراز تنصرف إلى الحالات التي يقع فيها الخطأ عن طريق السلوك الإيجابي⁵.

فقلة الاحتراز هي حالة الطيش وعدم التبصر بالأمر، وتدخل الرعونة في مفهومها، حيث تمثل الطيش والخفة وسوء التقدير، وأظهر حالاتها أن يقدم الشخص على ارتكاب عمل غير مقدر خطورة عواقبه⁶.

فهذه الصورة يتخذ فيها الخطأ مظهره في نشاط إيجابي يتسم بعدم التدبر للعواقب، ومن ذلك أن يكون لدى الشخص أسرار للدفاع، فيحفظها في درج مفتوح أو دولاب يشاركه فيه غير من يناط

¹ عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 556.

² ويلاحظ أن قانون العقوبات المصري قد اعتبر من عدم الانتباه أو عدم الالتفات صورة خاصة للخطأ، غير أن الواضح أن عدم الانتباه ليس صورة مستقلة بذاتها، وإنما هي كما يلاحظ تدخل في مفهوم الإهمال. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 316.

³ جابر يوسف المرآغي، جرائم انتهاك أسرار الدفاع عن البلاد من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، مرجع سابق، ص 289 وما بعدها.

⁴ محمد صبيح نجم، قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 316.

⁵ كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 316.

⁶ حيث يعتبر المشرع المصري الرعونة صورة خاصة للخطأ. طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 365. ويؤثر جانب من الفقه صرف الرعونة إلى معنى أكثر تحديدا، فيعرفونها بأنها نقص في الحدق والدراية بأمر فنية كالطب والهندسة؛ فهي عندهم إخلالا بما تفرضه الخبرة الإنسانية الفنية أو الخاصة، سواء أخذت مظهرها إيجابيا في صورة فعل، أو سلبيا في صورة ترك، ومن أمثلتها: أن يجري الطبيب عملية جراحية دون مراعاة الأصول الطبية الثابتة التي يلتزمها رجال الطب ولا يتسامحون مع من يجهلها. عوض محمد، قانون العقوبات (القسم العام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 263.

بهم المحافظة على السر¹. وأيضا أن يقوم الجاني بإلقاء مسودة وثيقة سرية خاصة بالدفاع عن البلاد في سلة المهملات دون اتخاذ الوسائل اللازمة لإعدامها، فيتمكن الغير من الحصول عليها وتسليمها أو إفشائها لدولة أجنبية أو لأحد ممن يعملون لمصلحتها².

ومثالها أيضا، أن يكلف شخص لتوصيل بعض الأسرار التي تتعلق بالدفاع عن البلاد -أو المقاومة- إلى آخر ممن يناط بهم حفظها فيقوم بإرسالها عن طريق التليفون -أو الفيس بوك أو الإنترنت بشكل عام- فيتمكن الغير من التنصت على المكالمات التليفونية، ويقوم بتسجيلها أو الإلمام بمضمونها بقصد تسليمها أو إفشائها لدولة أجنبية³. أو من يستهين ببعض الأسرار ويقوم بكتابتها على صفحات الفيس بوك أو تويتر أو مواقع التواصل الاجتماعي الأخرى، فتقع في يد غيره فيسلمها لدولة أجنبية أو معادية.

الصورة الثالثة: عدم مراعاة القوانين والأنظمة

يتميز هذا الخطأ بأنه يتحقق بمخالفة قواعد لها قوة الإلزام القانوني، سواء أكانت صادرة عن السلطة التشريعية كما في مخالفة القوانين، أم كانت قواعد تنظيمية "أنظمة" صادرة عن السلطة التنفيذية أو الإدارية كالوزارات والمحافظات والبلديات والدوائر العامة، تهدف إلى الحفاظ على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، وأنظمة المرور والنقل والبناء⁴.

ويلاحظ أن توافر الخطأ بمخالفة القوانين والأنظمة لا يعني حكما قيام المسؤولية عن الجريمة غير المقصودة؛ بل لابد من توافر الصلة السببية بين الخطأ والنتيجة⁵.

ومثال هذه الصورة: فقد تتضمن لائحة تعليمات تتبع في حفظ أسرار الخطط الحربية أو عند إبلاغها للتنفيذ، فإذا خلفها من أنيط به السر أو من كلف بإبلاغه وأمكن للغير التعرف على مضمون السر؛ فإن ذلك يكون الجريمة وتكون مخالفة اللائحة هي الخطأ ذاته⁶.

إن إثبات ذلك الخطأ لا يخضع للقواعد العامة، فمثلا إذا ترتب على سلوك الإهمال والتقصير تسهيل ارتكاب جريمة من الجرائم الواردة بنص المادة (82/ج)⁷ من شأنه الإضرار بالمصلحة

¹ عبد المهيم بكر سالم، القسم الخاص في قانون العقوبات، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، طبعة 1970، ص 250.

² جابر يوسف المراغي، جرائم انتهاك أسرار الدفاع عن البلاد من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، مرجع سابق، ص 290.

³ مجدي محمود محب حافظ، الحماية الجنائية لأسرار الدولة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990، ص 435.

⁴ محمد صبحي نجم، قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 317.

⁵ طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 366.

⁶ عبد المهيم بكر سالم، القسم الخاص في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 251.

⁷ تنص المادة (82/ج) من الأمر رقم (555) لسنة 1957 المطبق في قطاع غزة الخاص بالجرائم الماسة بأمن الدولة على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز 500 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سهل بإهماله أو بتقصيره ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد (77)، (77/أ)، (77/ب)، (77/ج)، (77/د)، (77/هـ)، (78)، (78/أ)، (78/ب)، (78/ج)،

المحمية، أي إذا ترتب على التسهيل ارتكاب جريمة من هذه الجرائم بالإهمال والتقصير، سيترتب عليه الخطر بالمصلحة المحمية، وبالتالي فإن مخالفة نص هذه المادة يتحقق به الخطأ غير المقصود في نطاق جرائم التخابر¹.

وهذه الصورة تتميز في أن القاضي لا يقيس تحقق الخطأ فيها بمعيار الشخص العادي من فئة المتهم وفي ظروفه نفسها؛ وإنما يقف عند معيار محدد ثابتة معالمه، وهذا المعيار هو "مخالفة اللوائح" بصرف النظر عن مدى تطابق سلوك الشخص العادي مع ما سلك المتهم².

وعدم مراعاة القوانين والأنظمة هو نوع من الخطأ يطلق عليه الفقه مصطلح (الخطأ الخاص) تمييزاً له عن الصور السابقة التي يطلق عليها الفقه مصطلح (الخطأ العام)، ووجه الخصوصية لديهم أن المشرع نفسه هو الذي يحدد مباشرة وبالنص الصريح نوع السلوك الواجب أو يقره، أما في الصورة الأخرى، فإن الخبرة الإنسانية هي التي تحدد نوع السلوك الواجب³.

ويخلص الباحث إلى أن جريمة التخابر من الجرائم التي يمكن أن ترتكب بإحدى صور الخطأ غير المقصود، كما في المادة (82/ج)⁴، إذا ما ترتب على الخطأ تسهيل وقوع جريمة من جرائم التخابر المنصوص عليها في هذه المادة.

الخاتمة

لقد تعرض الباحث في هذا البحث لموضوع هام ودقيق، والذي هدف إلى بحث الأركان العامة لجريمة التخابر في التشريع الفلسطيني مقارنة بالتشريع المصري والأردني، وعلى ضوء ذلك خلص الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

(78/د)، (78/هـ)، (80)، فإذا وقع ذلك في زمن الحرب أو من موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ضوعفت العقوبة.

¹ إبراهيم محمد اللبيدي، المسؤولية الجنائية في جرائم أمن الدولة، مرجع سابق، ص 19.

² عبد المهيم بكر سالم، القسم الخاص في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 251.

³ عوض محمد، قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 264.

⁴ تنص المادة (82/ج) من الأمر رقم (555) لسنة 1957 المطبق في قطاع غزة الخاص بالجرائم الماسة بأمن الدولة على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز 500 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سهل بإهماله أو بتقصيره ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد (77)، (77/أ)، (77/ب)، (77/ج)، (77/د)، (77/هـ)، (78)، (78/أ)، (78/ب)، (78/ج)، (78/د)، (78/هـ)، (80)، فإذا وقع ذلك في زمن الحرب أو من موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ضوعفت العقوبة".

أولاً: النتائج

1. لقد اختلف الفقهاء حول نوع القصد الإجرامي في جرائم التخابر، فمنهم من رأى أنه يكفي القصد الجنائي العام لقيام تلك الجرائم، ومنهم من رأى أنه لا بد من توافر القصد الجنائي الخاص لقيامها، ومنهم من صنف كل جريمة على حدة.
2. تعد جريمة التخابر من الجرائم التي يمكن أن ترتكب بإحدى صور الخطأ غير المقصود، كما في المادة (82/ ج) من الأمر رقم (555) لسنة 1957 المطبق في قطاع غزة الخاص بالجرائم الماسة بأمن الدولة، إذا ما ترتب على الخطأ تسهيل وقوع جريمة من جرائم التخابر المنصوص عليها في هذه المادة.

ثانياً: التوصيات

1. نظراً لتعدد القوانين الفلسطينية الواجب تطبيقها على جرائم التخابر؛ فإنه حري بالمشرع الفلسطيني أن يصدر قانوناً خاصاً بجريمة التخابر يتضمن الأحكام الموضوعية والإجرائية المتعلقة بالجريمة.
2. حري بالمشرع الفلسطيني أن ينص على تجريم الشروع في جريمة التخابر أسوة بما أخذ به المشرع المصري حين عاقب على الشروع في جرائم التخابر؛ لما في ذلك من أهمية في ردع المجرم الذي يحاول ارتكاب مثل هذه الجريمة التي تهدد الأمن القومي للدولة.
3. يرى الباحث أنه يكفي القصد الجنائي العام لقيام جرائم التخابر؛ لأن القول باشتراط القصد الجنائي الخاص في جرائم التخابر، يعني أنه عند انتفاء ذلك القصد، فإنه يؤدي إلى انتفاء صفة التخابر منها، ومن ثم تتحول إلى جريمة عادية، وهذا يعد أمراً مخالفاً للمنطق ومخالفاً لمبادئ السياسة الجنائية الحديثة التي تنادي بتشديد العقاب على جرائم التخابر، واشتراط القصد الجنائي الخاص في جرائم التخابر قد يؤدي إلى تحولها - بعد انتفاء ذلك القصد - إلى جرائم عادية، وهو ما يصب في مصلحة مرتكبي جرائم التخابر.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

1. أبو المجد علي عيسى، القصد الجنائي الاحتمالي، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1988.
2. أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2003.

3. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري (القسم العام)، دار النهضة العربية، مصر، 2005-2006.
4. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 1996.
5. أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، مطبعة الفتیان، بغداد، الطبعة الأولى، 1998.
6. جابر يوسف المراغي، جرائم انتهاك أسرار الدفاع عن البلاد من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
7. جلال ثروت، قانون العقوبات (القسم العام)، الدار الجامعية، بيروت، 1989.
8. حسنين عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
9. رمسيس بهنام، شرح الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
10. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، 1979.
11. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1962.
12. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.
13. سمير عالية، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، طبعة منقحة ومعدلة، 1998.
14. طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2012.
15. عادل يحيى قرني، قانون الجزاء العماني (القسم العام)، مجمع البحوث والدراسات، سلطنة عمان، الطبعة السابعة، 2001.
16. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون العقوبات، الكتاب الثاني، الجنائيات والجنح المضرة بالمصلحة العامة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003.

17. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
18. عبد القادر صابر جرادة، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، دراسة تحليلية نقدية للتشريعات المطبقة في قطاع غزة والضفة الغربية مقارنة بالشريعة الإسلامية وقوانين عربية وأجنبية، المجلد الأول: الجريمة والمجرم، مكتبة آفاق، غزة، 2010.
19. عبد المهيمن بكر سالم، القسم الخاص في قانون العقوبات، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، طبعة 1970.
20. عبد الواحد العلمي، المبادئ العامة للقانون الجنائي المغربي، الجزء الأول، الجريمة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1990.
21. عبد الوهاب حومد، المفصل في شرح قانون العقوبات، المطبعة الجديدة، دمشق، 1990.
22. عبود السراج، قانون العقوبات (القسم العام)، منشورات جامعة حلب، 1986-1987.
23. عوض محمد، قانون العقوبات (القسم العام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.
24. فايز الظفيري ومحمد بوزبر، الوجيز في شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي، طباعة فور فيلمز عرب، الكويت، الطبعة الثانية، 2003.
25. فتوح الشاذلي وعلي القهوجي، النظرية العامة للجريمة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
26. فخري عبد الرزاق الحديثي وخالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2010.
27. فريد الزعبي، الموسوعة الجزائرية، المجلد الثالث، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1995.
28. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، 2009.
29. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات (القسم العام)، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1990.
30. محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.

31. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات (القسم العام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.
32. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات (القسم العام)، النظرية العامة للجريمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 2010.
33. محمود سالم محادين، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام)، مطبعة خط الصحراء، العين.
34. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة العاشرة، 1983.
35. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1988.
36. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1982.
37. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني (القسم العام)، بيروت، 1968.
38. نبيل عبد الله الهنائي، مبادئ قانون الجزاء العماني (القسم العام)، مجمع البحوث والدراسات، سلطنة عمان، الطبعة الأولى، 2002.
39. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
40. هلال عبد الله أحمد، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

ثانياً: الرسائل العلمية

1. إبراهيم عيد نايل، أثر العلم في تكوين القصد الإجرامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992.
2. مجدي محمود محب حافظ، الحماية الجنائية لأسرار الدولة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990.
3. محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1967.

ثالثاً: الدوريات والأبحاث

1. إبراهيم محمد اللبيدي، المسؤولية الجنائية في جرائم أمن الدولة، بحث منشور في مركز الإعلام الأمني <http://www.policemc.gov.bh>.
2. علي أحمد راشد، عن الإرادة والعمد والخطأ والسببية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، يناير سنة 1966، العدد الأول، السنة الثامنة.

رابعاً: القوانين

1. الأمر رقم (555) لسنة 1957 المطبق في قطاع غزة الخاص بالجرائم الماسة بأمن الدولة.
2. قانون الأحكام العسكرية المصري رقم (25) لسنة 1966 طبقاً لأحدث التعديلات.
3. قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960، والمطبق في الضفة الغربية.
4. قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979.
5. قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979.
6. قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937 طبقاً لأحدث التعديلات.
7. قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936 المطبق في قطاع غزة.
8. مشروع قانون العقوبات الفلسطيني.

أحكام تدبير مراقبة السلوك في قانون الأحداث العراقي والأردني دراسة مقارنة

أكرم زاده الكوردي، ماجستير في القوانين المقارنة، محقق قضائي في مجال التحقيق مع الأحداث، عضو محكمة أحداث دهوك سابقاً

Abstract:

This research deals with the provisions of probation system in the Iraqi and Jordanian juvenile law. Its purpose is to clarify the similarities and differences between the law of juveniles of both countries in relation to the subject matter of the study, in order to take advantage of the strengths of each law. To achieve this, the researcher used the analytical, comparative, and analytical inductive method. The study concluded with results: the similarity between the two laws on certain issues, such as the inclusion of the definition of probation system within the body of the law, the existence of special institutions for the probation officer in both countries, and differences in other issues. On the issues of disagreement, the case for argument was in favor of Jordanian law on certain issues, such as the existence of an office of the probation officer in each juvenile court. On other issues, the balance was the odds in favor of Iraqi law, such as extend the circle of juvenile delinquents who benefit from the probation system. Thus, the Jordanian legislature can benefit from the Iraqi legislator, and vice versa.

key words: Provisions, probation system, juveniles, Iraq and Jordan.

المُلخَص:

يتناول هذا البحث أحكام تدبير مراقبة السلوك في قانون الأحداث العراقي والأردني. والغرض منه هو بيان أوجه التشابه والاختلاف بين قانون الأحداث لكلا البلدين فيما يتعلق بموضوع الدراسة، بهدف الاستفادة من نقاط القوة في كل قانون. وفي سبيل تحقيق ذلك، استخدم الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي، المقارن، والنقدي. واختتم البحث بنتائج وهي: التشابه بين القانونين في بعض المسائل، مثل إدراج تعريف مراقبة السلوك ضمن متن القانون، وجود مؤسسات خاصة لمراقب السلوك في كلا البلدين، والاختلاف في مسائل أخرى. وبخصوص مسائل الخلاف، فإن كفة الرجحان كانت لصالح القانون الأردني في بعض المسائل، مثل وجود مكتب لمراقبة السلوك في كل محكمة أحداث. وفي مسائل أخرى، كفة الرجحان كانت لصالح القانون العراقي، مثل اتساع نطاق دائرة الأحداث الجانحين المستفيدين من تدبير مراقبة السلوك. وعليه، بإمكان المشرع الأردني الاستفادة من المشرع العراقي، والعكس صحيح.

الكلمات الافتتاحية: أحكام، مراقبة السلوك، الإشراف القضائي، الأحداث، العراق، والأردن.

مقدمة

عند الاطلاع على المصادر والمراجع التي أُلِّفت في علم الإجرام والقانون الجنائي وغيره من العلوم الجنائية، يلاحظ أن المشرعين المحليين والدوليين والفقهاء والباحثين باختلاف جنسياتهم وثقافتهم ومعتقداتهم ومدارسهم الفكرية التي ينتمون إليها حاولوا منذ عقود الوصول إلى تعيين عقوبات (تدابير) نافعة وناجحة ومناسبة بحق المتهمين المدانين من قبل المحاكم؛ أما البحث عن تدابير ملائمة بحق المدانين من الأطفال أو ما يسمى بالأحداث، فكان له حظٌ خاص من الاهتمام من قبلهم. ومن ضمن نتائج عصارة أفكارهم التي توصلوا إليها خلال تلك الفترة الزمنية هو أن تدبير مراقبة السلوك أو ما يسمى بالإشراف القضائي يعد تدبيراً مناسباً وناجحاً وصالحاً لفئات معينة من الأحداث الجانحين، إذ بموجبه يتم تأهيل الحدث وإصلاحه في بيئته الطبيعية بين أفراد أسرته أو أسرة بديلة، بعد فرض بعض الشروط عليه أي تقييد حريته جزئياً، وبذلك يتم إبعاده عن زنانات الدور الإصلاحية التي أصبحت مدرسة لتعليم الجريمة في بعض الأحيان، كما يوفر لميزانية الدولة أموالاً لا بأس بها نتيجة عدم إيداعهم، إذ كل نزيل يحتاج إلى أموال تصرف عليه من خزينة الدولة.

المشرع الجنائي العراقي في قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983م والأردني في قانون الأحداث رقم 32 لسنة 2014م أدرج هذا التدبير ضمن التدابير التي يمكن أن تصدر بحق فئة معينة من الأحداث الجانحين، ووضع له أحكام خاصة ضمن مواد محددة؛ ونظراً لعمل الباحث

في مجال الأحداث منذ سنوات سواء في محكمة الأحداث أم في محكمة التحقيق في مجال التحقيق مع الأحداث، ولكون الأردن دولة جارة للعراق وصدر قانونها حديثاً في عام 2014م مقارنة بالقانون العراقي الذي صدر في عام 1983م، يرى الباحث أن إجراء مقارنة بين قانون أحداث البلدين في هذا الخصوص فيها فائدة لا يستهان بها.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في كونه جديداً من نوعه في هذا المجال، حيث لم يجد الباحث أية بحوث أو دراسات معمّقة في هذا المجال تحديداً، وإن وجدت فإنها ضمن مواضيع أخرى، وتم الإشارة إليها بصورة سطحية أو مستعجلة، كما أنه ومن خلال هذا البحث يمكن التعرف على أحكام تدبير مراقبة السلوك في قانون الأحداث العراقي والأردني، والاطلاع على مكان القوة فيهما بغية الاستفادة منها، وكذلك الكشف عن مكان الخلل فيهما بغية إصلاحها وتحسينها.

تساؤلات البحث:

يسعى الباحث إلى الإجابة على الأسئلة الآتية:

1. ما هي أوجه الاختلاف والاتفاق بين قانوني الأحداث العراقي والأردني بخصوص أحكام تدبير مراقبة السلوك.

2. ما هو فيصل التفاضل بين أحكام تدبير مراقبة السلوك في قانون البلدين.

منهجية البحث:

ارتأى الباحث أن يعتمد على المنهج الاستقرائي لأحكام تدبير مراقبة السلوك في قانون البلدين. والمقارنة بينهما وتحليلها تحليلاً قانونياً بطريقة نقدية بغية الوقوف على نقاط القوة والضعف في كل قانون.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى التعرف على أوجه التشابه والاختلاف بين أحكام تدبير مراقبة السلوك في قانون الأحداث العراقي والأردني، وكذلك البحث عن نقاط القوة وتحريمها، والمفاضلة بينهما بغية إفادة المشرعين من الجانبين.

خطة البحث:

ولغرض الإجابة على تساؤلات البحث، سيتم عرض موضوع البحث ومناقشته من خلال سبعة مطالب. في الأول سنتناول: تعريف تدبير مراقبة السلوك، وتشكيله قسم المراقبة وعمله. وفي الثاني: مدتها، وتمديدتها، وإنهاءها، وعددها، واحتسابها. وفي الثالث: الاعتبارات الواجب مراعاتها عند فرض التدبير، وكيفية تنفيذها. أما في المطلبين الرابع والخامس فسننتقل إلى: واجبات الحدث، الولي،

ومراقب السلوك، وجزاء المخل بواجباته. وفي السادس سنتناول: ارتكاب الحدث جريمة أو هروبه خلال فترة المراقبة. أما في المطلب الأخير، فسنبيّن: حالات فرض تدبير مراقبة السلوك.

المطلب الأول: تعريف تدبير مراقبة السلوك، وتشكيله قسم المراقبة وعمله.

عرّف المشرع العراقي تدبير مراقبة السلوك في المادة 87 من قانون الأحداث رقم 76 لسنة 1983م بأنه وضع الحدث في بيئته الطبيعية بين أسرته أو في أسرة بديلة إذا كانت أسرته غير صالحة، وذلك بإشراف مراقب السلوك بقصد إصلاحه؛ أما المشرع الأردني فقد عرّف الإشراف القضائي في المادة 24 من قانون الأحداث رقم 32 لسنة 2014م بأنه وضع الحدث في بيئته الطبيعية تحت التوجيه والإشراف مع مراعاة الواجبات التي تحددها المحكمة.

عند قراءة هذه التعاريف بدقة، يلاحظ أن المشرع العراقي كان أكثر دقة في صياغة التعريف من المشرع الأردني¹، فعبارة (بيئته الطبيعية) التي وردت في القانون الأردني جاءت عامة وغير مفهومة، وهي تحتمل أكثر من تأويل، في حين أوضح المشرع العراقي المقصود بهذه البيئة وبيّنها بأنها (أسرته أو أسرة بديلة). إضافة إلى ذلك، لم يجز القانون العراقي للمحكمة وضع الحدث في أسرة بديلة غير أسرته، ما لم تكن الأخيرة غير صالحة أي غير قادرة على إصلاحه وتأهيله، وهذا يعد موقفاً حسناً، لأنه لا توجد بيئة أفضل لإصلاح الحدث وجعله إنساناً سوياً من أهله، إلا إذا ثبت هم بأنفسهم بأنهم غير جديرين بهذا الشرف.

وتجدر الإشارة، بأن هذا التدبير أقرته التشريعات العربية الخاصة بالأحداث تحت مسميات متعددة منها مراقبة السلوك والإشراف القضائي والحرية المحروسة والمراقبة الاجتماعية ولكن الغرض منها واحد وهو مراقبة الحدث والإشراف عليه ومساعدته في إصلاح نفسه داخل بيئته الطبيعية بدلاً من إيداعه في مؤسسة إصلاحية، أما من حيث منشأ هذا النظام فيقال بأن المنشأ الأول له كان الولايات المتحدة الأمريكية في عام 1841م².

وفيما يتعلق بتبعية قسم مراقبة السلوك وتشكيلته وعمله، نصت المادة 88 من القانون العراقي على تبعية هذا القسم لوزارة العدل، يتولى الإشراف على أعمال مراقبي السلوك وفقاً لأحكام هذا القانون؛ أما مدير القسم، فيتوجب أن يتوفر فيه شرطين، هما: أن يكون حاصلاً على شهادة البكالوريوس في علم الاجتماع أو الخدمة الاجتماعية أو العلوم الأخرى ذات الصلة بشؤون الأحداث، وأن يكون له خبرة لا تقل عن خمس سنوات.

¹ انظر الشامي، عزه عدنان إبراهيم، التدابير والعقوبات المستحدثة في قانون الأحداث الأردني رقم 32 لسنة 2014م، رسالة ماجستير قدمت لكلية الحقوق قسم القانون العام في جامعة الشرق الأوسط، 2016م، ص 65.

² انظر خوشناو، سردار عزيز، النظام القضائي المختص بالأحداث في العراق، (كوردستان: ط 1، 2006م)، ص 111، 197.

يلاحظ أن هذه الشروط هي نفس شروط تعيين مراقب السلوك مع فرق بسيط، فمراقب السلوك قد يكون خريج كلية في العلوم المذكورة آنفاً أو خريج معهد فني فرع الخدمة الاجتماعية، والخبرة المطلوبة منه هي ثلاث سنوات فقط.

عند قراءة نص المادة نص المادة 88 بتأني يستنتج بأن قسم المراقبة المرتبط بوزارة العدل يرأسه مدير، وعدد من مراقبي السلوك الأول الذين يتم تسميتهم من قبل المدير بقدر عدد المحافظات، لكي يقومون بالإشراف على بقية مراقبي السلوك الذين يعلمون معه، وتوزيع العمل فيما بينهم. وبموجب هذه الهيكلية يفترض وجود مكتب أو فرع لهذا القسم في كل محافظة يرأسه مراقب السلوك الأول، رغم عدم النص على ذلك بوضوح.

ورغم أهمية وعمل هذا القسم، إلا أنه غير فعال في العراق بشكل عام وفي إقليم كردستان بشكل خاص. ففي محافظة دهوك حتى منذ مدة، فإن الباحث الاجتماعي لقسم البحث الاجتماعي التابع لمديرية إصلاح الأحداث في دهوك كان يقوم بعمل مراقب السلوك بشكل وقتي بتكليف من قبل محكمة الأحداث والمديرية المذكورة من ناحية، ويقوم بذلك العمل طوعياً وإنسانياً من ناحية أخرى لحين حل المشكلة؛ ونظراً لعدم وجود مكتب أو فرع حقيقي لقسم مراقبة السلوك في المحافظة المؤلف من الموظفين (مراقبي السلوك) ووسائل النقل ومكان خاص، فإن عمل الباحث الاجتماعي المذكور كان يكتنفه الكثير من النقائص والعيوب. وعليه، ننادي الجهات المختصة بضرورة تفعيل هذا القسم.

أما تبعية قسم مراقبة السلوك وتشكيلته وعمله في القانون الأردني، فيشوبه الغموض وهو مبعد بين نصوص القانون، لكن عند قراءة المادة العاشرة من قانون الأحداث التي تنص على إنشاء مكتب لمراقب السلوك في كل محكمة على أن يكون أحد موظفيه متخصصاً في علم النفس أو الاجتماع، والمادة الثانية التي عرّف مراقب السلوك بأنه الموظف في الوزارة (وزارة التنمية الاجتماعية) يتولى مراقبة سلوك الأحداث وفقاً لأحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه، والتي عرّفت أيضاً المديرية على أنها الوحدة التنظيمية المختصة في الوزارة لمتابعة شؤون الأحداث وفقاً لأحكام هذا القانون. والمادة 24 التي تنص على: إذا تعذر على مراقب السلوك القيام بواجباته لأي سبب يجوز لمدير المديرية أن يطلب من قاضي تنفيذ الحكم تعيين مراقب آخر لتنفيذ أمر الإشراف. يستنتج بأن هيكلية هذا القسم يكون على الشكل الآتي: مديرية مختصة بشؤون الأحداث تابعة لوزارة التنمية الاجتماعية، تتفرع منها مكاتب لمراقبي السلوك في كل محكمة أحداث، ولكل مكتب عدد من مراقبي السلوك، على أن يكون أحد موظفي المكتب متخصصاً في علم النفس أو الاجتماع، ورغم عدم الإشارة على الشخص الذي يتولى مهام إدارة المكتب، لكن يفترض أنه يتم إدارتها من قبل الشخص الذي يتم تسميته من قبل المديرية.

عند المقارنة بين القانون العراقي والأردني بخصوص قسم مراقبة السلوك وتشكيلته، فإن كفة الرجحان تكون لصالح القانون العراقي لأسباب منها، أولاً: النص على تشكيلة هذا القسم وجزئياته ضمن مادة واحدة غير مبعثرة بين نصوص القانون، كما هو عليه في القانون الأردني. ثانياً: يشترط في تعيين مدير القسم وكذلك مراقبي السلوك أن يكونوا متخصصين في العلوم الاجتماعية أو العلوم الأخرى ذات الصلة بشؤون الأحداث، وأن يكون لديهم خبرة خمس سنوات للمدير وللمراقب ثلاث سنوات؛ بينما القانون الأردني اشترط شرطاً واحداً فقط ألا وهو أن يكون أحد موظفي المكتب متخصصاً في علم النفس أو الاجتماع. وعليه، شتان بين أن يكون الفريق كله متخصصين وبين أن يكون المتخصص شخصاً واحداً فقط. ثالثاً: تسمية المسؤول عن مراقبي السلوك في كل محافظة بمراقب السلوك الأول بشكل واضح وصريح، بينما سكت القانون الأردني عن ذلك ولم يسم المسؤول عن موظفي المكتب باسم معين. رغم ما تقدم، فإن المشرع الأردني أيضاً تفوق على المشرع العراقي حينما نص على إنشاء مكتب لمراقب السلوك في كل محكمة أحداث بكل صراحة، في الوقت الذي جاءت نصوص القانون العراقي خالية من أية إشارة إلى ذلك.

المطلب الثاني: مدة مراقبة السلوك، وتمديدتها، وإنهائها، وعددها، واحتسابها.

حدد المشرع العراقي مدة لمراقبة السلوك، ولم يتركها لتقدير القاضي، إذ يجب على المحكمة عندما تصدر قرار المراقبة مراعاة هذه المدة وعدم تجاوزها، وهي لا تقل عن ستة أشهر، ولا تزيد على ثلاث سنوات حسب المادة 89 من القانون، كما أجاز المشرع للمحكمة تمديد مدة مراقبة السلوك إذا استدعت مصلحة الحدث ذلك بناءً على تقرير مراقب السلوك على أن تراعي مدة مراقبة السلوك المحددة قانوناً.

فمثلاً لو قررت المحكمة وضع الحدث تحت مراقبة السلوك لمدة سنتين وستة أشهر، واستدعت مصلحة الحدث بناءً على تقرير مراقب السلوك تمديد المدة لسنة أخرى، فهذا غير جائز لأنها تتجاوز الحد الأقصى للمدة المسموح بها والتي هي ثلاث سنوات. وفي مثالنا المذكور تصبح المدة ثلاث سنوات وستة أشهر في حالة تمديد سنة، ولهذا يجوز التمديد لغاية ستة أشهر أخرى فقط؛ أما بالنسبة لسنة أشهر أخرى فلا مجال لتمديدتها. وتجدر الإشارة، بأن هذا التدبير هو التدبير الوحيد الذي أجاز المشرع تمديده من قبل المحكمة فيما إذا استدعت مصلحة الحدث ذلك¹.

أما المشرع الأردني، فهو الآخر حدد مدة معينة لمراقبة السلوك، لكن مدتها أقل مما عليه في القانون العراقي، حيث ألزم القانون وبموجب المادة 24/ز المحكمة بعدم إصدار تدبير الإشراف

¹ انظر مصطفى، أكرم زاده، شرح قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983 المعدل وتطبيقاته العملية، (أربيل: مطبعة شهاب، ط1، 2010م)، ص259.

القضائي بحق الحدث الجانح لمدة تتجاوز سنة واحدة، لكن ما يلاحظ على نص هذه المادة أنه لم يحدد الحد الأدنى لهذه المدة، إذ تركها لتقدير المحكمة.

فيما يخص إنهاء مراقبة السلوك قبل انتهاء مدتها، الأصل هو أن مراقبة السلوك تنتهي بانتهاء مدتها الميينة في حكم المحكمة، لكن مثلما أجاز القانون العراقي لمحكمة الأحداث بتمديد هذه المدة، فإنه أجاز للمحكمة أن تقرر إنهاء مراقبة السلوك بعد مضي ستة أشهر من تاريخ صدور الحكم بناء على تقرير مراقب السلوك عند تحسن سلوك الحدث وعدم حاجته للمراقبة، وإذا حصل أن رفضت المحكمة تقرير مراقب السلوك بإنهاء المراقبة، فلا يجوز تقديم تقرير آخر لإنهاء المراقبة إلا بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ الرفض¹.

بيننا سابقاً أن ستة أشهر هي الحد الأدنى لمراقبة السلوك، لذا فإن الحدث الموضوع تحت مراقبة السلوك لمدة ستة أشهر غير مشمول بهذا الاستثناء، إذ عليه إكمال مدته كاملة. وهنا يفترض حالة أخرى وهي: إذا كان هناك حدث مدة مراقبته سبعة أشهر أو ثمانية أو تسعة، وبعد انقضاء مدة الستة أشهر تم تقديم تقرير إلى المحكمة من قبل مراقب السلوك يبين فيه عدم حاجة الحدث للمراقبة لتحسن سلوكه، وتم رفض الطلب من قبل المحكمة، وبموجب نص القانون لا يجوز تقديم تقرير آخر للغرض نفسه إلا بعد ثلاثة أشهر من تاريخ الرفض، في حين لم يبقَ من مدة المراقبة إلا شهر أو شهران أو ثلاثة أشهر، ففي هذه الحالة يمضي الحدث الأجل المتبقي، ولا يحتاج إلى تقديم طلب آخر لانتهاء المراقبة عليه؛ لأن الحدث بمجرد إتمامه المدة المتبقية فإن مدة تدبير المراقبة تنقضي تلقائياً ما لم تمدد بموجب المادة 89/أولاً من قانون الأحداث، لأن الأصل هو إكمال الحدث مدة المراقبة الموجودة في القرار واستثناءً أجاز إنهاءها قبل هذه المدة.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد، جاء في قرار إنهاء فرض التدبير في القضية المرقمة 77/ جنايات/2007 بتاريخ 2010/4/4 الصادر من محكمة أحداث دهوك ما يلي: بالنظر لامثال الجانح... لقرار هذه المحكمة حول تدبير مراقبة السلوك ومراجعتة باستمرار الباحث الاجتماعي، والتزامه بالتوجيهات والإرشادات الموجهة إليه من قبل الباحث الاجتماعي من خلال التقارير الشهرية التي ترد إلى هذه المحكمة لمدة سنة وثلاثة أشهر من مدة المراقبة البالغة سنتين واحتساب مدة موقوفته للفترة من 2007/8/26 ولغاية 2007/9/4 ضمن مدة التدبير ولتوصية الباحث الاجتماعي بإنهاء ما تبقى من مدة المراقبة حسب التقرير النهائي في 2010/2/29 لحسن سيره وسلوك الجانح عليه ولاكتساب قرار الحكم الدرجة القطعية بموجب القرار التمييزي 148/الهيئة الجزائية/أحداث/2008 في 2008/4/25 قررت المحكمة إنهاء ما تبقى من مدة المراقبة استناداً لأحكام المادة 97/أولاً ق. الأحداث رقم 76 لسنة 1983 وفي حالة ارتكابه لأية جناية أو جنحة عمدية

¹ م 97/أولاً وثانياً ق. أحداث العراقي.

خلال فترة ما تبقى من مدة مراقبته سيصار إلى إلغاء قرار المراقبة والحكم عليه بتدبير أشد استناداً أحكام المادة 98/ثانياً من ق.الأحداث وصدر القرار بالاتفاق وأفهم في 2010/4/4.

التعليق على القرار: نعتقد أن المحكمة لم تكن موفقة حينما استندت إلى المادة 98/ثانياً، لأن المادة تنص على إلغاء قرار المراقبة وإبداله بتدبير الإيداع، إذا ارتكب الحدث جنائية عمدية (خلال نفاذ مدة المراقبة)، أما إذا حكم عليه عن جريمة جنحة عمدية واكتسب القرار درجة البتات (خلال نفاذ مدة المراقبة) فللمحكمة إلغاء تدبير المراقبة وإبداله بتدبير الإيداع. وعليه، فإذا صدر قرار من المحكمة بإنهاء مراقبة السلوك عندها لا يجوز لها تطبيق نص المادة 98/ثانياً، لأن الحدث سيكون قد ارتكب أو حكم عن الجريمة بعد إنهاء تدبير المراقبة وليس خلالها.

أما المشرع الأردني وبموجب المادة 5/ز/24 من القانون، أجازت للمحكمة التي أصدرت تدبير الإشراف القضائي بحق الحدث الجانح إلغاء التدبير أو تعديله، بناء على طلب مراقب السلوك أو الحدث نفسه أو وليه بعد إطلاعها على تقرير مراقب السلوك في هذا الخصوص.

وعليه، فإن محكمة الأحداث غير مقيدة بمدة معينة كي تتمكن من إنهاء مدة المراقبة أو تعديلها، إذ بمجرد وصول تقرير المراقب إلى المحكمة متضمناً التوصية بإنهاء التدبير أي إلغائه أو تعديل مدته، فللمحكمة الصلاحية في إصدار قرارها المناسب في القضية بالإلغاء أو التعديل أو رفض التوصية، كما أجاز القانون أن يكون الطلب مقدماً من الحدث أو وليه. وفيما يتعلق بالآثار المترتبة عن رفض المحكمة الطلب المذكور، فإن القانون الأردني لم يبين موقفه، وتركه لاجتهاد القضاء.

ومن المسائل المهمة الأخرى التي تطرق إليها القانون العراقي هي احتساب مدة المراقبة المنقضية عند إعادة المحاكمة مجدداً، فبموجب المادة 97/ثالثاً أوجب القانون على محكمة الأحداث احتساب مدة المراقبة المنقضية عند إعادة المحاكمة؛ فلو وضع الحدث تحت مراقبة السلوك لمدة سنة واحدة، وتم نقض الحكم من قبل محكمة التمييز، عندئذ يعاد محاكمة الحدث مجدداً، ويصدر بحقه إحدى التدابير التي نص عليها القانون، فإذا حكم عليه مثلاً بوضعه تحت المراقبة مرة أخرى لمدة سنتين، أي شدد التدبير بتمديده، عند ذلك تحتسب المدة التي قضاه تحت المراقبة ويكمل الباقي، لكن إذا حكم على المتهم بتدبير الإيداع بدلاً من مراقبة السلوك، فهل تحتسب له المدة التي قضاه تحت مراقبة السلوك؟ يلاحظ أنه هناك خلاف بهذا الصدد.

في الحقيقة، الباحث من المؤيدين بالرأي القائل باحتسابها لأن الفقرة الثالثة من المادة 97 من قانون الأحداث جاءت مطلقة، ولم تشترط أن يكون التدبير الجديد مراقبة سلوك أيضاً كي تحتسب، بل جاءت مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد؛ ولكن هناك رأي مخالف يقول

بعدم احتسابها لكون تديبر مراقبة السلوك أخف من تديبر الإيداع، وعليه لا يجوز احتسابها استناداً للمبادئ العامة للقانون.

هذا الرأي هو الآخر يحمل جزءاً من الصواب بالنظر إلى أن تديبر مراقبة السلوك أخف من تديبر الإيداع، وأنه ليس من العدالة أن يعادل يوم مراقبة سلوك يوم (موقوفية أو إيداع) حتى وإن طبق أحكام مراقبة السلوك بحذافيرها، لكن يرى الباحث أن المشكلة في صياغة النص حيث جاءت مطلقة كما ذكرنا آنفاً؛ ولحل هذا الخلاف المشرع العراقي مدعو للتدخل، وجعل ثلاثة أيام مراقبة سلوك يعادل يوم موقوفية أو إيداع مثلاً، لأن عدم احتسابها أيضاً يعد إجحافاً بحق الحدث وهضماً لحقوقه، لكونه على طول مدة المراقبة المنقضية كان مراقباً ولم يكن يتمتع بالحرية الكاملة، وهنا يطرح تساؤل آخر ألا وهو: كيف تحتسب مدة المراقبة المنقضية، إذا كان التديبر الجديد الصادر بعد المحاكمة الغرامة؟ وعليه، هناك ضرورة ملحة لتدخل المشرع.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن: جاء في قرار محكمة تمييز الإقليم تحت العدد/135هـ/ج/أحداث/2009 في 2009/8/5: بعد التدقيق والمداولة... لوحظ أن محكمة أحداث دهوك احتسبت موقوفية الجانج... ولكنها لم تحتسب المدة التي تم فيها وضع الجانج أعلاه تحت المراقبة بموجب قرارها المرقم 62/ج/2008 في 2008/9/28 و الذي نقض بالقرار التمييزي أعلاه وهي للفترة من 2008/9/28 ولغاية 2008/12/15 والبالغة جمعاً شهرين وسبعة وعشرون يوماً عملاً بأحكام المادة 97/ثالثاً من قانون رعاية الأحداث لذا تقرر احتسابها ضمن فترة التديبر البالغة ستة أشهر والحالة هذه فإن مدة إيداع الجانج أعلاه والبالغة ستة أشهر بعد احتساب فترة الموقوفية ومدة وضعه تحت مراقبة السلوك والمشار إليها أعلاه تنتهي في 2009/6/21 لذا تقرر إخلاء سبيل (م.م.ا.)... وصادر القرار... بالأكثرية من حيث احتساب مدة وضع الجانج أعلاه تحت مراقبة السلوك المنقضية ضمن مدة التديبر ...

يلاحظ من خلال قراءة القرار أعلاه، بأن محكمة تمييز الإقليم صدر قرارها بشأن احتساب مدة وضع الجانج تحت مراقبة السلوك المنقضية ضمن مدة التديبر بالأكثرية، وهذا يعني بأن هناك خلاف في هذا الموضوع حتى بين قضاة محكمة التمييز الذين هم خبراء القانون، وعليه فإن تدخل المشرع في هذا الصدد ضروري لحسم الخلاف وسد.

وفيما يتعلق بعدد المرات التي يجوز فيها وضع الحدث تحت مراقبة السلوك، فإن المشرع العراقي وحسب المادة 98/رابعاً من القانون أجاز وضع الحدث تحت مراقبة السلوك لمرتين فقط، وبذلك لا يجوز إصدار القرار بوضع الحدث تحت مراقبة السلوك أكثر من ذلك؛ ويعتقد أن العلة من وراء ذلك هي أن المشرع يرى أن الحدث الذي صدر بحقه تديبر مراقبة السلوك لمرتين، ولم يتم إصلاحه، وعاد إلى عالم الجريمة مرة أخرى، أن هذا التديبر غير مناسب له ويجب إصدار تديبر

آخر بحقه. علماً أن القانون لا يشترط أن يكون تديراً مراقبة السلوك السابقة متتالين، وإنما قد تكون بينهما تدابير أخرى مثل الغرامة أو الإيداع.

أما القانون الأردني، فجاء خالياً من أي نص يتطرق إلى احتساب مدة المراقبة المنقضية عند إعادة المحاكمة مجدداً، وإلى عدد المرات التي يجوز فيها وضع الحدث تحت مراقبة السلوك، وتركها للأحكام والمبادئ العامة للقانون الجنائي.

عند إجراء مقارنة بين المسائل التي تناولناها خلال هذا المطلب بين القانون العراقي والقانون الأردني، سيظهر أن هناك نقاط خلاف ونقاط توافق بين القانونين، تظهر كما يلي:

1. مدة مراقبة السلوك في القانون العراقي (لا تقل عن 6 أشهر، ولا تزيد على 3 سنوات)، أما في القانون الأردني فمدتها (لا تزيد على سنة). هذا يعني أن القانونين كلاهما حدد مدة لمراقبة السلوك، لكن المشرع الأردني بخلاف العراقي لم يحدد الحد الأدنى للمراقبة، وتركها لاجتهاد القاضي؛ يرجح الباحث القانون العراقي، لأن الغرض من وضع الحدث تحت هذا التدبير هو إصلاحه وتأهيله، وأن ذلك يحتاج إلى مدة حتى يمكن التكهن بأنه قد صلح وتأهل، وأن ما نص عليه القانون العراقي من ستة أشهر حداً أدنى لهذا التدبير مدة مناسبة، ويمكن من خلالها التأكد من مدى استفادة الحدث من هذا التدبير من عدمه، أما بموجب القانون الأردني فقد يكون مدة التدبير شهراً واحداً فقط، لأنه لا يوجد حد أدنى للتدبير، وهذه المدة غير كافية لإصلاح الأحداث. إضافة إلى ذلك، فإن جعل الحد الأقصى للمراقبة سنة واحدة فقط في القانون الأردني، هو الآخر منتقد لكونه لا يحقق الغرض المنشود من فرض هذا التدبير، فالحدث الجانح ربما ارتكب جريمة خطيرة إلى حد ما وإصلاحه يحتاج إلى مدة طويلة، لذا فإن السنة الواحدة غير كافية لتحقيق ذلك. ونتساءل، لماذا يتحفظ المشرع الأردني من زيادة مدة المراقبة إلى أكثر من سنة، بينما يعيش الحدث في بيئته الطبيعية.

2. كل من القانونين أجاز تمديد مدة المراقبة وإنهاءها قبل انتهاء مدتها المقررة في حكم المحكمة مع اختلاف بسيط في الصياغة والشروط:

فالقانون العراقي أجاز التمديد بكلمات واضحة، بناء على تقرير مقدم من قبل مراقب السلوك، إذا اقتضى ذلك مصلحة الحدث، دون تعيين مدة معينة لتقديم هذا التقرير المتضمن تمديد المراقبة، لكن يستنتج بأن هذا الطلب من المفروض تقديمه ضمن آخر تقرير يقدمه مراقب السلوك حول الحدث إلى المحكمة.

أما القانون الأردني، فلم ينص على هذا التمديد بكلمات واضحة صريحة - مثلما نص عليه القانون العراقي - حيث نص على جواز تعديل المراقبة بناء على طلب مراقب السلوك أو الحدث أو وليه بعد تقديم تقرير من مراقب السلوك للمحكمة بهذا الخصوص، فكلمة التعديل يتضمن

تمديد المدة) كما يفهمه الباحث، والمحكمة الأردنية مثل شقيقتها العراقية لا تستطيع التمديد دون تقديم تقرير مراقب السلوك؛ لكن الاختلاف هنا في الأشخاص الذين لديهم حق تقديم طلب التعديل، ففي القانون الأردني إضافة إلى مراقب السلوك يحق للحدث نفسه ووليّه تقديم هذا الطلب، وهنا يرجح الباحث القانون العراقي، لأن مراقب السلوك شخص متخصص، وهو أدرى بمدى حاجة الحدث إلى تمديد مراقبة السلوك أو أي تعديل آخر، أما إعطاء هذا الحق للحدث ووليّه، فإن ذلك سيسبب تقديم طلبات متتالية لفترات متقاربة، وبالتالي تكديس الطلبات.

أما فيما يتعلق بإنهاء مدة المراقبة قبل انتهاء مدتها، فإن المشرع العراقي أجاز تقديم تقرير من مراقب السلوك متضمناً التزام الحدث بشروط المراقبة وإصلاحه وتأهيله وعدم حاجته إلى المزيد من المراقبة، على أن يقدم هذا التقرير المتضمن هذا الطلب بعد مرور ستة أشهر من نفاذ تدبير مراقبة السلوك بحق الحدث. ومن هذا يفهم أن المشرع العراقي متمسك بمدة ستة أشهر كحد أدنى لتدبير مراقبة السلوك، وهذا ما يؤيده الباحث.

أما المشرع الأردني فنص على كلمة (إلغاء) الإشراف القضائي، وهذا يتضمن إنهاء مراقبة السلوك كما يراه الباحث، أما بخصوص الشروط والإجراءات المتبعة (لإلغاء أو إنهاء) المراقبة، فهي نفسها التي ذكرناها آنفاً بخصوص التمديد أو التعديل في القانون الأردني، وتجنباً للتكرار نكتفي بما ذكرناه.

يلاحظ، المشرع العراقي كان موفقاً حينما لم يسمح بتقديم طلب إنهاء مراقبة السلوك قبل مرور ستة أشهر من نفاذ التدبير، لأن هذه المدة ضرورية لمعرفة مدى إصلاح الحدث وتأهيله من عدمه، بعكس المشرع الأردني الذي لم يحدد مدة لتقديم هذا الطلب؛ لكن يا حبذا لو أعطى المشرع العراقي حق تقديم هذا الطلب للحدث ووليّه مثل المشرع الأردني في هذا الخصوص، لأن مراقب السلوك وبسبب كثرة أعماله قد ينسى تقديم هذا الطلب في حين الحدث جدير بالخروج من تحت هذا التدبير نظراً لإصلاحه وتأهيله.

3. في الوقت الذي تطرق المشرع العراقي إلى مسألة احتساب مدة المراقبة المنقضية عند إعادة المحاكمة مجدداً، وإلى عدد المرات التي يجوز فيها وضع الحدث تحت مراقبة السلوك، خلا القانون الأردني من أي نص يشير إليهما، وعليه فإن المشرع الأردني مدعو لسد هذه الثغرة التشريعية في حالة عدم علاجها من خلال الأحكام والمبادئ العامة للقانون الجنائي. كما أن المشرع العراقي مدعو لحل الخلاف الموجود حول مسألة احتساب مدة المراقبة المنقضية عند فرض تدبير الإيداع أو الغرامة بعد إعادة المحاكمة مجدداً.

المطلب الثالث: الاعتبارات الواجب مراعاتها عند فرض تديير مراقبة السلوك، وكيفية تنفيذها.

المشروع العراقي في المادة 90 أوجب على محاكم الأحداث مراعاة بعض الاعتبارات عند إصدار قرارها بوضع الحدث تحت مراقبة السلوك، وهي كما يلي:

أولاً. جسامة الجريمة المرتكبة وسلوك الحدث وسوابقه وحالته الاجتماعية والصحية والنفسية.

ثانياً. إفهام الحدث ووليّه أنه في حالة مخالفته أحكام مراقبة السلوك وشروطها أو ارتكابه جريمة عمدية أخرى، يتعرض لاحتمال إلغاء قرار المراقبة و الحكم عليه عن الجريمة نفسها بأحد التدابير المنصوص عليها في القانون.

ثالثاً. أخذ موافقة الفتى التحريية عند إصدار القرار بوضعه تحت مراقبة السلوك. يفهم من الاعتبارات أعلاه ما يلي:

أ. أن المشروع قد تناقض مع نفسه، فبعد أن أعفى الحدث الجانح من أخذ بصماته بموجب المادة 242/ب من قانون الأصول الجزائية، و عدم تطبيق أحكام العود عليه بموجب المادة 78 من قانون العقوبات، عاد و طلب من المحكمة مراعاة سوابق الحدث عند وضعه تحت مراقبة السلوك. لكن إذا كان قصد المشروع من ذلك أن يتسنى للمحكمة اختيار التدبير المناسب للحدث فهذا جائز ومقبول، لأنه ربما تكون المحكمة قد وضعت الحدث تحت مراقبة السلوك في قضايا أخرى سابقة ولكنه لم يستفد منها¹.

ب. تأكيد المشروع بوجوب مراعاة تقرير مكتب دراسة الشخصية من قبل المحكمة، وهذا ما نفهمه حينما نص على مراعاة حالة الحدث الاجتماعية و الصحية و النفسية. و أن هذا التأكيد من المشروع الجنائي للأحداث يدلّ على اهتمامه بشخص الحدث أكثر من الجريمة المرتكبة ذاتها².

ت. وجوب إفهام الحدث ووليّه بعدم مخالفة أحكام مراقبة السلوك وشروطها، وعدم ارتكاب أية جريمة عمدية أخرى و من أي نوع كان، و إلاّ فإنه قد يعرض نفسه لاحتمال إلغاء قرار المراقبة و الحكم عليه عن الجريمة نفسها بإحدى التدابير المنصوص عليها في القانون.

ث. يتساءل الباحث، لماذا ألزم المشروع المحكمة بأخذ موافقة الحدث الفتى التحريية عند إصدار القرار بوضعه تحت مراقبة السلوك؟، هل من الحكمة إيقاف إصدار قرار مراقبة السلوك

¹ انظر مصطفى، أكرم زاده، المرجع السابق، ص 260.

² انظر الشامي، عزه عدنان إبراهيم، المرجع السابق، ص 67. نقلاً عن: فود، عبد الحكم، جرائم الأحداث في ضوء الفقه وقضاء الأحداث، ص 390.

على موافقة الحدث الفتي؟، هل هو أدري بمصلحته من المحكمة؟، إذا كان الجواب هو لمراعاة مصلحة الجانح، فنتساءل: لو كان الجانح يعرف مصلحته، فلماذا وقع في مستنقع الجريمة؟، لذا المشرع مدعو لإلغاء هذه الفقرة أو أخذ موافقة ولي أمره بدلاً عنه، وهذا ما ذهب إليه براء منذر أيضاً¹. علماً أنه لا تؤخذ هذه الموافقة من الحدث إن كان صبياً.

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال:

1- جاء في قرار محكمة تمييز الإقليم تحت العدد 61/هـ.ج/أحداث/2008 في 2008/6/19 ما يلي: أما بخصوص قرار فرض التدبير والتي هي وضع الجانح أعلاه تحت مراقبة السلوك لمدة ثلاث سنوات، وبما أن قرار المراقبة جاء خالياً من قيام المحكمة بإفهام الجانح أعلاه ووليّه بأنه في حالة مخالفة شروط مراقبة السلوك أو ارتكاب جريمة عمدية أخرى يتعرض لاحتمال إلغاء قرار المراقبة، وكما لم يتم أخذ موافقة الجانح أعلاه تحريراً، وكما لم يتضمن قرار المراقبة الشروط الواردة في المواد 90 و91² من قانون رعاية الأحداث حيث كان من المفروض ذكرها تحريراً ضمن قرار فرض التدبير ولعدم اتباع ذلك من قبل محكمة الأحداث تقرر نقضه وإعادة القضية إلى محكمتها لإصدار قرار جديد بالمراقبة وفق المنوال أعلاه.

2- جاء في قرار محكمة تمييز الإقليم تحت العدد 169/هـ.ج/أحداث/2009 في 2009/9/30 ما يلي: مع تنويه المحكمة بأن أخذ الموافقة التحريية عند وضع الجانح تحت مراقبة السلوك يخص الفتیان فقط عملاً بأحكام المادة 90/ثالثاً من قانون رعاية الأحداث، ولا يشمل الصبيان لذا فإن الموافقة التحريية لا تشمل الجانح (ر.ج.ج) لكونه صبي).

التعليق على التطبيقات القضائية: يرى الباحث أن ما ذهبت إليه محكمة التمييز بوجوب ذكر الفقرات المدرجة في المادة 90 بجانب الواجبات الملقاة على عاتق الحدث الجانح المذكورة في المادة 91 ضمن قرار المراقبة اتجاه غير موفق وغير سليم، لأن نص المادة 90 لم تلزم المحكمة بذلك، مثلما ألزمتها 91.

أما القانون الأردني فالزمت المحكمة عند وضع الحدث تحت مراقبة السلوك بمراعاة ما يلي:

1. تعيين مراقب السلوك الذي يشرف على الحدث أثناء مدة المراقبة.

3. تحديد المدة الزمنية للأمر وعدد التقارير المطلوب من مراقب السلوك تزويدها بها عن حالة

الحدث.

¹ انظر عبد اللطيف، براء منذر، السياسة الجنائية في قانون رعاية الأحداث العراقي: دراسة مقارنة، (عمان: دار حامد للنشر والتوزيع، ط1، 2009م)، ص206.

² مادة 90: نص المادة ذكرناه لكم في بداية المطلب. أما المادة 91: فسنناولها بشكل مفصل في المطلب القادم.

يلاحظ أن السبب وراء تعيين مراقب السلوك بالاسم من قبل المحكمة تعود إلى أن مكتب مراقبة السلوك مرتبط بالمحكمة، وهذا يؤدي إلى تحفيز المراقب على أن يؤدي عمله بشكل جيد لكونه مكلف بالاسم مباشرة من قبل المحكمة، كما أن أي تقصير من قبله سيعرضه للمساءلة. أما بخصوص تحديد المدة الزمنية في أمر الإشراف، فهذا أمر بديهي وأن النص على ذلك شيء زائد، لأن المحكمة أصلاً ملزمة بتحديد مدة لا تزيد على سنة، وقد سبق وأن أشرنا إليها، أما فيما يتعلق بعدد التقارير الواجب تقديمها عن حالة الحدث من قبل مراقب السلوك، فالمفروض أن يتم النص على تقديم هذه التقارير بصورة دورية وضمن نصوص القانون، وليس تركها لاجتهاد القضاء.

المسألة الأخرى التي سنتناولها في هذا المطلب هي: كيفية بدء تنفيذ تدبير مراقبة السلوك. المشرع العراقي نص في المادة 92 على الإجراءات الواجب اتباعها لتنفيذ هذا التدبير. ففي الفقرة الأولى أوجبت على محكمة الأحداث إرسال قرار المراقبة مع الدعوى إلى مراقب السلوك، وبعد وصولهما لمكتب أو دائرة المراقبة، يقوم مدير المكتب الذي هو مراقب السلوك الأول بتعيين مراقب السلوك الذي سيتولى تنفيذ قرار المراقبة الصادر من المحكمة وذلك حسب الفقرة الثانية، وبموجب الفقرة الأخيرة فإن مراقب السلوك المعين يجب أن يكون أنثى إن كان الحدث الموضوع تحت المراقبة أنثى.

يلاحظ بأن الفقرة الأولى لا تطبق من الناحية العملية، فكل ما هو موجود هو إرسال كتاب (خطاب) إلى مديرية إصلاح الأحداث والنساء في المحافظة/مكتب الباحث الاجتماعي يتضمن مضمون قرار المراقبة، وهذا لا يقوم مقام إرسال قرار المراقبة، وإن كان يتضمنه لأن النص واضح يشير إلى إرسال القرار الصادر في الدعوى، وبرأي المتواضع لو تم إرفاق نسخة من القرار بهذا الكتاب لاستطعنا عندئذ أن نقول بأنه تم تنفيذ الفقرة جزئياً.

أما بالنسبة لإرسال الدعوى، فرغم عدم إرسالها من قبل المحكمة لمراقب السلوك من الناحية العملية مخالفاً بذلك نص القانون، إلا أن هذه الفقرة من النص غير عملي، لأن تدبير المراقبة غالباً ما تصدر في الدعاوي الجنائية وهذه الدعاوي لخطورتها يطلب وكلاء الطرفين وعضو الإدعاء العام الاطلاع عليها لأكثر من مرة بعد إصدار الحكم فيها خاصة إن كانت لديهم ملاحظات وطعون، والمحكمة بدورها تحتاج إلى وقت لتدوين الحكم وترتيب الدعوى لإرسالها إلى محكمة التمييز لكون هذه الدعاوي خاضعة للتمييز الوجوبي والتي يجب إرسالها إلى محكمة التمييز خلال 15 يوماً من إصدار الحكم. ولهذا لو أُلزم المشرع مراقب السلوك بمراجعة المحكمة خلال 15 من إصدار القرار لغرض الاطلاع على الإضبارة أو استنساخها وإعطاء نسخة ضوئية منها لمراقب السلوك، لكان أفضل وعملياً أكثر.

ولكي يؤدي مراقب السلوك مهامه على أكمل وجه، أجازت له المادة 96 من القانون الاستعانة ببعض الجهات¹. كما أجاز لعضو الادعاء العام وبعد ورود التقارير إليه من المراقب حول الحدث الموضوع تحت المراقبة أن يقدم مقترحات للمحكمة حول تغيير طريقة المراقبة أو شروطها بشرط أن تكون هذه المقترحات في مصلحة الحدث الجانح والمجتمع².

أما في القانون الأردني، فإنه وبموجب المادة 24 بعد أن يتم تعيين مراقب السلوك الذي يشرف على الحدث أثناء مدة المراقبة من قبل المحكمة، تسلم إليه نسخة من أمر الإشراف القضائي، ونسخ أخرى إلى كل من الحدث ووليّه أو وصيّّه أو القائم على رعايته، وإذا تقرر فرض أمر الإشراف القضائي على أنثى وجب أن يكون المراقب أنثى أيضاً. كما أوجب على قاضي تنفيذ الحكم بعد صدور الحكم، القيام بمراقبة تنفيذ أي تدبير يحكم به على الحدث، والتثبت بشكل مستمر من تقيد الحدث بشروط تنفيذ الحكم وله أن يقوم بتكليف المراقب بذلك وتقديم ما يلزم من التقارير، بموجب المادة 29.

عند إجراء مقارنة بين القانونين بخصوص المسائل التي تناولناها من خلال هذا المطلب، يلاحظ أن الاختلاف بينهما أكثر من التشابه، فمن أوجه التشابه:

1. محاكم الأحداث لا يجوز لها إصدار قرار المراقبة بحق الحدث دون مراعاة حالة الحدث الاجتماعية والصحية والنفسية المدونة في تقارير مكتب دراسة الشخصية ومراقب السلوك.
2. مراقب السلوك هو المكلف بتنفيذ القرار بحق الحدث الجانح، ويجب أن يكون جنسه أنثى إن كان الحدث أنثى.
3. رفع التقارير عن حالة الحدث لمحكمة الأحداث، لكي تطلع هذه المحكمة على مدى استجابة الحدث للتدبير، وإصدار قرارات مناسبة حسب مصلحة الحدث الفضلى.
4. تسليم نسخة من قرار التدبير لمراقب السلوك أو إرسالها إليه من قبل المحكمة لغرض التنفيذ.

أما أوجه الاختلاف فهي ما يلي:

1. يحدد مراقب السلوك من قبل المحكمة في الأردن، بينما يتم تحديده من قبل مراقب السلوك الأول في العراق. رغم وجود مزية في تحديد المراقب من قبل المحكمة مباشرة وهذا ما أشرنا إليه سابقاً، لكن ليس من المنطق أن تتدخل المحكمة في كل صغيرة وكبيرة لكون أعبائها كثيرة، ومن الأفضل تركه لمكتب مراقب السلوك، ولهذا نرجح القانون العراقي.

¹ الجهات التي أجاز المشرع لمراقب السلوك أن يستعين بها لضمان حسن سير المراقبة هي ما يلي: (مجالس الشعب، لجان الاستشارات الأسرية التابعة للإتحاد العام لنساء العراق، اللجان المحلية للإتحاد العام لشباب العراق في المنطقة التي يسكن فيها الحدث، مكتب دراسة الشخصية).

² م 94/ثالثاً ق. أحداث العراقي.

2. في القانون العراقي، يتم إرسال الإضبارة مع قرار المراقبة لمراقب السلوك لغرض إعداد خطته للإصلاح وتأهيل الحدث الجانح، بينما في القانون الأردني يتم إرسال القرار إليه فقط. وعليه، نرجح القانون العراقي، لكونه يَمَكِّن المراقب من إعداد خطة أفضل، لكن وكما قلنا سابقاً لا تطبق هذه الفقرة من الناحية العملية للأسباب التي ذكرناها في حينه، لذا ندعو المشرع لتعديل هذه الفقرة بحيث يمكن تنفيذها دون عوائق.

3. في الأردن، القاضي ملزم بتحديد عدد التقارير التي يجب على المراقب رفعها إليه خلال مدة المراقبة، وملزم أيضاً بتحديد مدة المراقبة. أما في العراق، فإن القانون يحد ذاته ألزم المراقب برفع تقارير دورية للمحكمة، لذا فلا داعي أن تحدها المحكمة، وهذا ما يفضله الباحث. كما أن إلزام محاكم الأحداث الأردنية بتحديد مدة المراقبة في القرار بموجب نص القانون، فقرة زائدة ولا داعي للنص عليها، لكونها أصلاً ملزمة بعدم تجاوز مدة سنة واحدة في حالة إصدار قرارها بوضع الحدث تحت الإشراف القضائي بموجب القانون.

4. لا يوجد نص في القانون الأردني يقضي بإفهام الحدث ووليّه بالآثار المترتبة في حالة مخالفة الحدث لأحكام وشروط مراقبة السلوك أو ارتكابه جريمة عمدية أخرى، مثلما هو منصوص عليه في القانون العراقي. و المشرع الأردني مدعو للتدخل، لأن تحذير المحكمة الحدث و وليه من ذلك مباشرة أمر في غاية الأهمية.

5. ما نص عليه القانون العراقي دون الأردني من أخذ موافقة الفتى التحريية عند إصدار القرار بوضعه تحت مراقبة السلوك غير منطقي، لأنه ليس من الحكمة تعليق إصدار هذا التدبير بحق الفتى بإرادة الأخير، فلو كان مدركاً بمصلحته لما وقع في وحل الجريمة. وعليه، يرحح الباحث القانون الأردني.

6. في الوقت الذي يقوم بمهمة مراقبة تنفيذ قرار المراقبة عضو الإدعاء العام في العراق، يقوم بها قاضي تنفيذ الحكم في الأردن. حقيقة، مراقبة تنفيذ الحكم من قبل القاضي فيها إيجابيات كثيرة، لكن ما يعيب هو أن جهة الإصدار و المراقبة ستكون جهة واحدة و هي القضاء، وعليه من السهولة تغطية ثغرات عملها، لكن حينما تقوم بذلك جهة أخرى غير القضاء مثل الادعاء العام، فإنها ستكون أكثر دقة و حزماً في مهمتها، وعليه، نفضل القانون العراقي.

7. وأخيراً، نظراً لأهمية عمل مراقب السلوك وصعوبته أجاز المشرع العراقي للمراقب الاستعانة ببعض الجهات والمؤسسات لكي يؤدي عمله بشكل أفضل وأسهل، بينما خلا القانون الأردني من نص مماثل.

المطلب الرابع: واجبات الحدث، الولي، ومراقب السلوك.

أولاً: واجبات الحدث.

المشرع العراقي نص على واجبات أو شروط ملزمة للحدث الموضوع تحت المراقبة، وعليه الالتزام بها، وإذا حصل أن خرقتها فإنه سيعرض نفسه للجزاء من قبل المحكمة. وقد نصت المادة 91 صراحة على إدراج هذه الشروط ضمن قرار المراقبة من قبل المحكمة، وقد تبين لنا ذلك بكل وضوح من خلال التطبيقات القضائية التي ذكرناها في المطلب السابق إذ تعرض قرار المحكمة للنقض من قبل محكمة التمييز في حالة عدم إدراجها ضمن القرار. وهذه الشروط هي ما يلي:

أولاً. أن يسلك سلوكاً حسناً.

ثانياً. أن يخبر مراقب السلوك عند انتقاله من محل سكنه، وعليه أخذ موافقته عند انتقاله إلى عمل أو مدرسة أخرى.

ثالثاً. أن يكون على اتصال دائم بمراقب السلوك، وأن يلتزم بأوامره وتوجيهاته.

رابعاً. أي شرط آخر تراه محكمة الأحداث ضرورياً لضمان نجاح المراقبة.

أما المشرع الأردني فلم يدرج أية شروط معينة بحق الحدث في متن القانون، وإنما ترك ذلك لاجتهاد القاضي يحددها كيفما يشاء حسب كل قضية، وهذا واضح من تعريف الإشراف القضائي المذكور في المادة 24 من القانون حيث جاء فيه، "مع مراعاة الواجبات التي تحددها المحكمة".

حقيقة، إن إعطاء المحكمة السلطة التقديرية في تحديد الشروط أو الواجبات بحق الحدث الجانح الموضوع تحت المراقبة حسب كل حالة أو قضية أمر في غاية الأهمية، لكونها مطلّعة على أحوال وشؤون الحدث، وبإمكانها وضع واجبات مناسبة لكل حالة على حدة. وهذا ما نص عليه القانونان كلاهما، حيث إن المشرع العراقي كالمشرع الأردني نص في الشرط الرابع على: "أي شرط آخر تراه محكمة الأحداث ضرورياً لضمان نجاح المراقبة"، لكن المشرع العراقي تفوق في هذا الخصوص على المشرع الأردني¹، لأنه إضافة إلى إعطاء هذه السلطة للمحكمة، نص على ثلاثة شروط أخرى -ذكرناها آنفاً- يراه ضرورية بحق كل حدث خاضع للمراقبة، ولا يمكن تجاهلها؛ وعليه، فإن الجمع بين هذه الشروط الثلاثة العامة وشروط أخرى خاصة تحددها المحكمة حسب حالة كل حدث، ستؤول إلى نجاح المراقبة. علماً، هناك من يرى أن ترك تحديد الشروط للمحكمة وحدها أفضل²، وهذا ما لا يؤيده الباحث.

¹ انظر الشامي، عزه عدنان إبراهيم، المرجع السابق، ص 75.

² انظر عبد الرزاق، منى محمد، الاختبار القضائي (مراقبة السلوك) للأحداث الجانحين: دراسة مقارنة، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد 9، العدد 4-إنساني، 2011م، ص 11-12.

ثانياً: واجبات مراقب السلوك:

يلاحظ أن المشرع العراقي لم يفرض الواجبات على الحدث وحده، وإنما فرضها على مراقب السلوك أيضاً، لأنه يرى أن أساس نجاح هذا التدبير يعتمد عليه، ولهذا فرض عليه واجبات معينة بموجب المادتين 93 و94 وهي كما يلي:

1 . إعداد خطة تفصيلية لعلاج الحدث تؤمن إعادة تكييفه اجتماعياً خلال مدة المراقبة استناداً إلى تقرير مكتب دراسة الشخصية.

2 . أن يزور الحدث الموضوع تحت المراقبة في مسكنه والاتصال بإدارة مدرسته أو محل عمله مرة واحدة على الأقل كل 15 يوماً لمتابعة مدى مراعاته للشروط التي حددها قرار المراقبة، وإعانتته على حل مشاكله والسعي لإيجاد عمل له.

3 . أن يقدم إلى محكمة الأحداث وعضو الإدعاء العام تقريراً شهرياً يتضمن حالة الحدث وسلوكه ومدى تأثير قرار المراقبة عليه، وما يقترحه من أمور يرى فيها فائدة للحدث.

حقيقة، لو التزم المراقب بهذه الواجبات ونفذها حرفياً، ستتحقق النتائج المرجوة من وضع الحدث تحت مراقبة السلوك، فوضع خطة لإعادة تأهيل وإصلاح الحدث على ضوء تقرير مكتب دراسة الشخصية التي تتضمن معلومات عن حالة الحدث الاجتماعية و النفسية و الصحية، و زيارة الحدث في داره وأماكن تواجده بصورة مستمرة على أن لا تتجاوز المدة بين زيارتين 15 يوماً، لمعرفة مدى التزام الحدث بشروط المحكمة من جانب ولإرشاداته وتوجيهاته من جانب آخر، و مساعدة الحدث في إيجاد عمل له إن كان عاطلاً عن العمل، أو لإيجاد مخرج لمشاكله، وتقديم تقارير شهرية إلى محكمة الأحداث التي وضعت الحدث تحت المراقبة، ولعضو الإدعاء المنتسب في إصلاحية الأحداث، تتضمن معلومات عن حالة الحدث وسلوكه وعن مدى تأثير قرار المراقبة عليه، وتقديم مقترحات لإصلاحه، فهذه المعلومات والمقترحات تساعد المحكمة والإدعاء على الإطلاع على كيفية سير المراقبة، وبالتالي اتخاذ قرارات مناسبة إذا وجدت ضرورة لتعديل المراقبة.

في الوقت الذي أتقن المشرع واجبات المراقب بدقة، لكن الجهات المخاطبة بهذا القانون التي لها علاقة مباشرة بمراقبة السلوك، لا تنفذها بشكل سليم، وتعتبرها ثغرات تطبيقية. فبدلاً من مراقب السلوك يقوم بهذه الواجبات باحث اجتماعي غير تابع للجهة المعنية أصلاً، ولا يزور الحدث في أماكن تواجده، كما لا يلتزم في مدة شهر واحد برفع التقارير، إذ في بعض الأحيان يؤخر التقرير لمدة شهرين أو ثلاثة أشهر وربما أكثر. هذه الثغرات في عمل المراقب تعود إلى أن قسم مراقبة السلوك غير موجود من الناحية العملية أو غير فعّال، ولا توجد المستلزمات الضرورية التي تساعد

المراقب على أداء واجباته بصورة سليمة، كما أن نقص فريق العمل عيب آخر، ولهذا ندعو الجهات المسؤولة للتدخل والوفاء بالتزاماتها القانونية¹.

أما المشرع الأردني، فلم يحدد واجبات مراقب السلوك ضمن نصوص القانون، لكن في المادة 44 نص على وجوب إصدار تعليمات من قبل وزير التنمية الاجتماعية لتحديد المتطلبات والمعلومات الواجب توافرها في تقارير مراقبي السلوك، ولهذا الغرض تم إصدار تعليمات عام 2015م مؤلفة من عشر مواد، تتناول واجبات مراقبي السلوك.

ففي المادة الثالثة تطرقت إلى أنواع التقارير التي يقدمها المراقب، وهي: إما شمولية أو متابعة، وعدت تقارير أمر الإشراف على الحدث من ضمن تقارير المتابعة، وفي المادة الرابعة أدرجت الأسس التي بموجبها يتم إعداد التقارير، ومنها الحفاظ على سرية المعلومات التي تدوّن في التقارير، وضرورة تقديمها في المدة الزمنية المحددة، وتنظيم التقارير بناء على زيارات ميدانية للحدث قدر الإمكان (مراعاة)، وفي المادة السادسة تناولت المعلومات المطلوب إدراجها ضمن التقارير الشمولية²، وفي المادة السابعة تطرقت إلى المعلومات الواجب ذكرها في تقارير المتابعة (تقارير مراقبة السلوك)، وفي المادة الثامنة بينت دور المديرية -في وزارة التنمية- في المراقبة والإشراف على عمل مراقبي السلوك.

هنا نود الإشارة فقط إلى مضمون تقارير المتابعة الخاصة بموضوع تديبر مراقبة السلوك نظراً لأهميتها حيث إن لها علاقة مباشرة بموضوعنا، إذ جاءت في المادة السابعة من التعليمات ما يلي:

1- تتضمن تقارير المتابعة البيانات التالية: تحديث البيانات الواردة في التقرير الشمولي، التغير السلوكي للحدث، التغير في الظروف الأسرية والبيئة المحيطة، المدة الزمنية التي يغطيها تقرير المتابعة، الإجراءات المتخذة مع الحدث لغاية تاريخ إعداد التقرير، مدى التزام الحدث بتنفيذ

¹ انظر مصطفى، أكرم زاده، المرجع السابق، ص 264.

² المادة 1:6- يتضمن التقرير عن حالة الحدث البيانات والمعلومات التالية: أ- البيانات الشخصية عن الحدث، بما في ذلك: (الاسم الرباعي، مكان وتاريخ الولادة، الجنسية، والرقم الوطني أو رقم وثيقة التعريف غير الأردني، مكان إقامة الحدث، عنوان الإقامة الدائم، وسائل الاتصال مع الحدث أو من يتولى رعايته). الوضع الأسري للحدث وأسرته. ب- القضايا السابقة إن وجدت. ج- البيانات الأساسية عن القضية الحالية. د- الوضع التعليمي والصحي والاقتصادي للحدث ومن يتولى رعايته. هـ- الوضع المتعلق بالبيئة المحيطة بالحدث. و- وضع الحدث العامل وبيئة العمل. ز- أية بيانات تتعلق بوضع خاص بالحدث. ح- مصادر ووسائل الحصول على المعلومات والبيانات. 2- يقدم مراقب السلوك تحليلاً اجتماعياً شاملاً للبيانات والمعلومات الواردة في الفقرة أ من هذه المادة ويقدم توصيته بناء على ذلك التحليل ويتم تضمين كل من التحليل والتوصية في التقرير. 3- يرفق مراقب السلوك جميع الوثائق اللازمة لتعزيز البيانات الواردة في التقرير كل ما كان ذلك ممكناً. 4- يُنسب مراقب السلوك في التقرير المقدم للجهات ذات العلاقة حول طلب المساعدة القانونية وتوصيته حول إخلاء سبيل الحدث ما دام ذلك ممكناً.

العقوبات غير السالبة للحرية، وتقييم عوامل الخطورة على الحدث الذي أنهى مدة محكوميته في حال تطلب تحويله إلى محتاج للحماية والرعاية.

2- يستند مراقب السلوك في إعداد تقرير المتابعة إلى البرنامج المعد للتعامل مع حالة الحدث، والذي يشتمل على خدمات التدخل المهني بما فيها الاجتماعية والتعليمية والصحية والنفسية والترفيهية.

3- يُقدم مراقب السلوك توصيته بخصوص تقرير المتابعة مبيناً مصادر الحصول على المعلومات والبيانات ووسائلها.

4- يُقدم تقرير المتابعة كل ثلاثة أشهر على الأقل أو متى طُلب منه ذلك.

يفهم مما سبق، أن لمراقب السلوك برنامجاً خاصاً للتعامل مع الحدث لغرض إصلاحه وتأهيله، وله اتصال دائم به، ويقدم توصياته ضمن التقرير، كما يقدم التقارير بصورة دورية كل ثلاثة أشهر أو عند الطلب. إضافة إلى ذلك، فإنه وبموجب المادة 8 من التعليمات أخضعت عمل المراقب ومحتوى التقارير للمديرية المعنية بشؤون الأحداث في وزارة التنمية، فهي التي تتولى الرقابة على التقارير المقدمة من قبله من حيث الجودة والتقييد بالمواعيد المقررة وفقاً لأحكام القانون، كما أن مراقب السلوك ملزم بتقديم تقارير شهرية للمديرية عن سير عمله وإنجازه.

عند المقارنة بين القانونين وتحديدًا من خلال واجبات مراقبي السلوك، يلاحظ أن المشرعين في كلا البلدين كانا موفقين إلى حد بعيد في تحديد هذه الواجبات، وبينهما تشابه كبير، لذا سنقتصر على تناول أهم أوجه الاختلاف وترجيحها.

فالتقارير تقدم كل ثلاثة أشهر أو عند الطلب في ظل تعليمات القانون الأردني، بينما يتم تقديمها شهرياً أو عند الحاجة بموجب القانون العراقي، فرغم عدم النص على عبارة (أو عند الطلب) كما هو موجود في القانون الأردني، لكن ذلك لا يمنع المحكمة العراقية من طلبه إذا اقتضت ذلك حالة الحدث. وعليه، نرجح القانون العراقي، لكون التقارير الشهرية تجعل من عين المحكمة حارسة ساهرة على حالة الحدث، وبالتالي اتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب.

المسألتان الأخريان اللتان أبدع فيهما المشرع الأردني دون العراقي هما: الأولى، ما يتضمنه تقرير المراقب من معلومات. والثانية، خضوع المراقب وعمله وخاصة جودة التقارير والالتزام بالمواعيد للمديرية التابعة للوزارة، إذ فرضت عليه التعليمات رفع تقارير شهرية للمديرية عن سير أعماله وإنجازها. فقيام المديرية بهذا العمل له ميزات عدّة منها، يخفف من أعباء المحاكم، يجعل من المراقب حريصاً على أداء مهامه بصورة أفضل لكونه يشعر بمراقبة الوزارة والمحكمة معاً، وأخيراً،

سيكون التقرير المقدم شاملاً لكل ما يتطلبه القانون من معلومات، وبالتالي ستتضح للمحكمة حالة الحدث بصورة جيدة.

ثالثاً: واجبات ولي الحدث.

إيماناً من المشرع العراقي بأن لولي الحدث دوراً هاماً لا يمكن الاستهانة به في تسهيل عمل مراقب السلوك ألزمه بواجبات معينة، فبموجب المادة 95/أولاً من القانون الولي ملزم بتقديم التعاون بكافة صوره للمراقب، لكي ينفذ الأخير قرار المراقبة بما يحقق مصلحة الحدث، كما أنه ملزم بإخبار المراقب عن كل تغيير يطرأ على سلوك الحدث.

لا شك أن واجبات الولي إنما شرّعت لمصلحة الولي والحدث معاً، فقيام الولي بواجباته بشكل متقن سيؤدي إلى تحسن حالة الحدث وسلوكه أثناء فترة المراقبة، لأنه استناداً إلى تعاونه المستمر مع المراقب سيتم تغيير طريقة المراقبة أو شروطها عند الحاجة، ونتيجة لذلك سيستفيد الحدث من قرار المراقبة، وفي النهاية سترجع الفائدة للولي أيضاً، لأن الولي عادة هو والد الحدث أو والدته أو أحد أخوته أو أقربائه، وهو مسؤول عنه قانوناً ما دام لم يكمل سن الرشد¹.

أما المشرع الأردني، فإنه لم ينص على هذه الواجبات في قانون الأحداث، كما لم تدرج ضمن التعليمات المتعلقة بواجبات مراقب السلوك وتقاريره. وعليه، فالمشرع الأردني مدعو للإقتداء بالمشرع العراقي، لأن عدم تعاون الولي مع المراقب سيعرقل عمل الأخير، وقد يؤدي إلى عدم تحقيق المراقبة جدواها وغايتها.

المطلب الخامس: جزاء الحدث، الولي، ومراقب السلوك المخل بواجباته.

أولاً: مراقب السلوك.

نص المشرع الأردني في المادة 24 على أنه في حالة تعذر على مراقب السلوك المعين من قبل محكمة الأحداث القيام بتنفيذ أمر الإشراف القضائي بحق الحدث لأي سبب كان، يجوز لمدير المديرية في وزارة التنمية أن يطلب من قاضي تنفيذ الحكم تعيين مراقب آخر لتنفيذ أمر الإشراف، وفي المادة 11 عالجت مسألة إخلال مراقب السلوك بواجباته، إذ أجازت للمحكمة طلب استبدال المراقب المخل بواجباته الموكولة إليه من قبلها ومخاطبة الوزير لاتخاذ الإجراءات التأديبية بحقه. رغم أن المادة 11 عالجت موضوع مساءلة المراقب المخل بواجباته خلال فترة التحقيق، لكن ليس هناك ما يمنع محكمة الأحداث من الاستناد إلى المادة نفسها لمساءلة المراقب المعين لتنفيذ أمر الإشراف القضائي بحق الجانح إذا أخل بواجباته.

¹ انظر مصطفى، أكرم زاده، المرجع السابق، ص 266.

أما المشرع العراقي، فلم يدرج أية مادة مشابهة للمادة 11 في قانون الأحداث العراقي، ولكن ليس هناك مانع لاتخاذ مثل هذه الإجراءات بحق المراقب المخل بمهامه بموجب قانون انضباط موظفي الدولة، إذ أن القانون المذكور يتضمن تفاصيل الإجراءات التأديبية بحق الموظفين المقصرين. ولهذا لا يرى الباحث أن القانون العراقي يعتبره ثغرة تشريعية.

رغم خلو القانونين العراقي والأردني من أي نص عقابي جزائي بحق المراقب المخل، إلا أن ذلك لا يمنع المحكمة الجزائية من اتخاذ الإجراءات القانونية بحقه بموجب قانون العقوبات، فالوظيفة العامة أمانة مقدسة، وتم حمايتها جنائياً من قبل القانون الجنائي؛ علماً أنه كانت هناك دعوات لإدراج نص عقابي بحق المراقب المخل ضمن قانون الأحداث الأردني، لكن المشرع الأردني لم يستجب لها¹، ونعتقد أن السبب وراء عدم تلبية هذه الدعوات هو ما ذكرناه آنفاً.

ثانياً: ولي الحدث.

يرى المشرع العراقي أن إلزام الولي بواجبات معينة وحدها ربما لن تدفعه إلى التعاون مع المراقب، حيث هناك من الأولياء من لا ينفذ واجباته إلا إذا علم بوجود عقوبات بحق الولي المخل، لذا نص المشرع على عقوبة الغرامة بحق الولي المهمل واجباته، أو الذي يتسبب في عرقلة سير عملية المراقبة وذلك حسب المادة 95/ثانياً من القانون. وأن فرض هذه العقوبة بحق الولي المخل إلزامي وغير متروك للسلطة التقديرية للمحكمة.

أما فيما يخص المشرع الأردني، فإنه وكما تبين لنا في المطلب السابق، لم يلزم الولي بواجبات معينة لمساعدة المراقب، ونتيجة لذلك لم ينص على أية عقوبة بحقه في القانون.

ثالثاً: الحدث الجانح.

القانون العراقي لم يكتفِ بمجرد فرض الشروط على الحدث الموضوع تحت المراقبة، وإنما هدده بإيقاع جزاء بحقه إذا لم يوفِ بها. والجزاء المترتب على مخالفته للشروط هو: الغرامة أو إلغاء المراقبة والحكم عليه بالإيداع². لا شك أن الجزاء المذكور سيدفع الحدث إلى الالتزام بالشروط وعدم الإخلال بها، كما سيشره بأنه لا يزال تحت ولاية المحكمة، وقد يتم إيداعه في المؤسسة الإصلاحية في أية لحظة ينتهك فيها الشروط؛ لكن هذا الجزاء خاضع لسلطة القاضي التقديرية، فقد يوقع على حدث، ويعفي آخر حسب كل حالة وظروفها، وهذا موقف حسن من المشرع، لأن الحدث ربما يخل بالشروط لحالة اضطرارية. أما بخصوص الغرامة فنعتقد عدم جدواها، فلا تعد

¹ انظر الطراونة محمد، و المرازيق عيسى، العدالة الجنائية للأحداث في الأردن، منشورات المركز الوطني لحقوق الإنسان، 2013م، ص 41.

² م²/98/أولاً ق. أحداث العراقي.

ردعاً له، لأن غالبية الأحداث لا يعملون، وليس لديهم ذمة مالية مستقلة¹، فالولي هو الذي يدفعها عنه، لذا من الأحسن الاكتفاء بجزاء الإيداع فقط.

أما المشرع الأردني، في الوقت الذي ترك واجبات الحدث للمحكمة تحددتها حسب كل حالة، لم ينص على الجزاء المترتب عن إخلاله بها، بينما كان يفرض عليه الغرامة في ظل قانون الأحداث السابق الملغى².

عند إجراء مقارنة بين القانون العراقي والأردني فيما يتعلق بإخلال الأشخاص المذكورين أعلاه بواجباتهم نستنتج ما يلي:

1. قانون الأحداث لكلا البلدين لم ينصّ على عقوبة معينة بحق مراقب السلوك المخل بواجباته، لكن ذلك لا يحول دون اتخاذ الإجراءات الجزائية بحقه حسب قانون العقوبات.
2. رغم أن قانون الأحداث العراقي لم ينص على اتخاذ الإجراءات التأديبية بحق المراقب المخل مثل القانون الأردني، لكن ذلك لا يعد عائقاً أمام المحاكم العراقية عن اتخاذ هذه الإجراءات بحقه حسب قانون انضباط موظفي الدولة؛ بل يرى الباحث أن النص الموجود في قانون الأحداث الأردني المتعلق بهذه المسألة حشو زائد ولم يكن هناك داعٍ للنص عليه، إذ إن قانون انضباط الموظفين لكل دولة عادة ينص على مثل هذه الإجراءات.
3. المشرع العراقي لم يتوان في فرض جزاء بحق الحدث الموضوع تحت المراقبة ووليّه أيضاً، في حالة إخلال أي منهما بواجباته، لكونه على يقين أن ترك تنفيذ عملية المراقبة معلقاً على إرادتهما، قد لا يحقق تدبير المراقبة غايته المنشودة التي هي إصلاح الحدث، وربما سيعرقلان عملية المراقبة، ولن يكتب لها النجاح. أما المشرع الأردني، فلم ينص على أي جزاء بحقهما رغم أهميته كما تبين. وعليه، فهو مدعو للسير على خطى المشرع العراقي.

المطلب السادس: ارتكاب الحدث جريمة أو هروبه خلال فترة المراقبة.

عند قراءة المادة 98 بتمعّن يفهم أن المشرع العراقي قد ميّز بين ثلاث حالات وهي: مخالفة الحدث لشروط (واجبات) المراقبة، ارتكابه جريمة، وهروبه خلال فترة المراقبة. وقد تناول هذه الحالات ضمن المادة المذكورة، وأفرد لكل حالة فقرة خاصة بها. وقد سبق وأن تناولنا الحالة الأولى في المطلب السابق، وفي هذا المطلب سنتناول الحالتين الباقيتين.

أولاً: ارتكاب الحدث جريمة. هنا ميّز المشرع بين حالتين:

أ. الحكم على الحدث عن جريمة جنحية عمدية أثناء فترة المراقبة.

¹ انظر طوباسي، سهير أمين محمد، قانون الأحداث الأردني: دراسة تحليلية من واقع التطبيق العملي مقارنة بالاتفاقيات الدولية، عمان، من مطبوعات ميزان وهي هيئة أردنية غير حكومية، د.ط، 2004م، ص 28.

² انظر الشامي، عزه عدنان إبراهيم، المرجع السابق، ص 76.

نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة 98 على: إذا حكم على الحدث عن جنحة عمدية ارتكبها خلال نفاذ قرار المراقبة واكتسب الحكم درجة البتات، فلمحكمة الأحداث التي أصدرت قرار المراقبة إلغاؤه وإبداله بتدبير الإيداع. وعليه، فإن تطبيق هذا النص يوجب توقّر الشروط الآتية:

1. أن تكون الجريمة المرتكبة من قبل الحدث من نوع الجنح، أما المخالفات فلا يشملها.
2. أن يرتكب الجريمة خلال فترة نفاذ المراقبة، أما إذا ارتكبها قبل النفاذ وحكم عليه أثناء النفاذ، فهذه الحالة لم يشملها النص.
3. أن تكون الجريمة المرتكبة عمدية، وعليه تخرج الجرائم غير العمدية من نطاق النص.
4. أن يصدر عليه حكم عن هذه الجريمة، ويكتسب الدرجة القطعية خلال فترة نفاذ قرار مراقبة السلوك.

عند توفر كل هذه الشروط أجاز المشرع للمحكمة أن تقرر إلغاء قرار المراقبة وإبداله بتدبير الإيداع، ولكون هذا الإجراء جوازي للمحكمة فربما لا تقرر إلغاء المراقبة، وإنما تكتفي بإنذاره.

ب. ارتكاب الحدث جريمة جنائية عمدية أثناء فترة المراقبة.
ضمن نص الفقرة الثانية نفسها من المادة 98 نص المشرع على: إذا ارتكب الحدث جنائية عمدية، فعلى محكمة الأحداث إلغاء قرار المراقبة وإبداله بتدبير الإيداع وفق أحكام هذا القانون. ولتطبيق النص يجب توقّر الشروط الآتية:

- 1 - أن تكون الجريمة المرتكبة من قبل الحدث من نوع الجنائيات حصراً.
- 2 - أن تقع خلال فترة نفاذ قرار مراقبة السلوك.
- 3 - أن تكون من الجرائم العمدية.
- 4 - عدم اشتراط صدور الحكم عليه عن هذه الجريمة واكتسابه الدرجة القطعية، إذ بمجرد ارتكاب الجريمة خلال فترة نفاذ قرار مراقبة السلوك يطبق عليه النص.

عند توفر كل هذه الشروط أوجب المشرع على المحكمة أن تقرر إلغاء قرار المراقبة وإبداله بتدبير الإيداع، والسبب في هذا التشديد واضح حيث أن الحدث الذي لا يزال تحت مراقبة السلوك ويرتكب جريمة جنائية عمدية، فهذا دليل على خطورته الإجرامية، لذا فالمنطق والعقل يتطلبان إلغاء قرار المراقبة وإيداعه إحدى المدارس التأهيلية، لأنه بفعلته هذه أثبت أنه غير جدير بأن يبقى تحت مراقبة السلوك، وأنه يستحق تديراً أشد.

أما المشرع الأردني، فلم يفرق بين هاتين الحالتين، وإنما نص على قاعدة عامة وهي: يجوز للمحكمة إلغاء أمر الإشراف إذا أدين الحدث بجرم أثناء نفاذ هذا الأمر (الإشراف القضائي) ما لم

تكن عقوبة الفعل الأصلية الغرامة. فحسب هذا النص، للمحكمة السلطة التقديرية في إلغاء تدبير مراقبة السلوك من عدمه، بمجرد صدور حكم بالإدانة على الحدث خلال فترة المراقبة، بشرط أن لا تكون العقوبة الأصلية للجريمة الغرامة.

عند إجراء مقارنة بين القانون العراقي والأردني، نستنتج ما يلي:

1. جميع الجرائم (مخالفات، جنح، جنایات) مشمولة بالنص لدى المشرع الأردني ما لم تكن الغرامة هي العقوبة الأصلية لها، بينما الجرائم البسيطة فقط (المخالفات) استبعدتها المشرع العراقي من نطاقه. هنا يتضح، بأن المشرع الأردني لم يعط أهمية لجسامة الجريمة المرتكبة، ونظر إلى جميع الجرائم نظرةً واحدةً، يترتب عنها حكم واحد.

2. الجرائم سواء كانت عمدية أم غير عمدية تدخل نطاق النص حسب القانون الأردني، في حين الجرائم العمدية فقط هي التي تدخل دائرة النص بموجب القانون العراقي، وذلك عين الصواب. هنا أيضاً، لم يعط المشرع الأردني أهمية للخطورة الإجرامية للحدث الجانح، ونظر إلى جميع الأحداث نظرةً واحدةً، يترتب عنها حكم واحد.

3. اكتفى المشرع الأردني بصدور حكم بالإدانة فقط بحق الحدث خلال فترة المراقبة، دون اشتراط ارتكابه لتلك الجريمة التي أدين بموجبها خلال فترة المراقبة. بينما المشرع العراقي اشترط ذلك بكل وضوح بخصوص الجرائم الجنحية، وإضافة إلى ذلك اشترط اكتساب الحكم درجة البتات بحيث لا يمكن الطعن فيه قانوناً. أما فيما يتعلق بالجرائم الجنائية، فإنه اشترط فقط ارتكاب الجريمة خلال فترة المراقبة دون بقية الشروط، وذلك لخطورة هذه الجرائم.

4. المحكمة الأردنية مخيرة بين إلغاء مراقبة السلوك من عدمه مهما كانت درجة خطورة الجريمة التي أدين الحدث بموجبها. بينما المحكمة العراقية لها هذه الصلاحية حينما يتم إدانة الحدث عن جريمة جنحية، أما إذا كانت الجريمة المرتكبة من قبله جنائية، فالمحكمة ملزمة بإلغاء المراقبة، وهذا ما يؤيده الباحث.

5. في حالة إلغاء تدبير مراقبة السلوك بحق الحدث، يتم إيداعه مدراس التأهيل بموجب القانون العراقي؛ أما في ظل القانون الأردني، فإن مصير الحدث غير واضح المعالم، لكونه لم ينص على التدبير البديل، لذا فهو معرض للحكم عليه بأي تدبير آخر نص عليه القانون ومن ضمنه تدبير الإيداع.

بعد المقارنة بين القانونين، يمكن القول بأن هناك الكثير من الكلام للتعليق على الفروقات المذكورة أعلاه، لكن نظراً لعدم سماح نطاق البحث بذلك، نكتفي بالقول: إن الترجيح يكون لصالح القانون العراقي لتناوله تفاصيل كل حالة بقدر حاجتها، ونصّ على أحكام مناسبة لكل حالة يقبلها المنطق والعقل السليم. أما القانون الأردني، ففيه قصور كبير ويعتريه الكثير من الثغرات التشريعية. وعليه، ندعو المشرع الأردني للاستفادة من المشرع العراقي.

ومن التطبيقات القضائية العراقية فيما يتعلق بالحالات التي نحن بصددتها: جاءت في الفقرة الأولى والثانية من القرار المرقم 5/جنايات/2009 في 2009/3/2 الصادر من محكمة أحداث دهوك ما يلي:

1- حكمت المحكمة على الجانح (ن.ش.ع) بإيداعه في مدرسة تأهيل الشباب البالغين لمدة ستة أشهر وفق المادة 1/8/أ من قانون الجوازات رقم 55 لسنة 1959 المعدل استدلالاً بأحكام المادة 77/أولاً/ب من قانون رعاية الأحداث واحتساب مدة موقوفيته للفترة من 2008/10/15 ولغاية 2008/11/11 ومن 2009/2/25 ولغاية 2009/3/1 ضمن مدة التدبير أعلاه .

2- إعادة النظر بإلغاء قرار مراقبة السلوك الصادر بحقه سابقاً في القضية المرقمة 38/ج/2007 في 2007/4/29 لقيامه بارتكاب جريمة تجاوز الحدود قبل انتهاء مدة مراقبة السلوك البالغة ثلاث سنوات وذلك استناداً لأحكام المادة 90/ثانياً من قانون رعاية الأحداث بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية .

تم تصديق هذا القرار تعديلاً من قبل محكمة تمييز الإقليم بالعدد/125/هـ/ج/أحداث/2009 في 2009/7/8 وكما يلي: تصديق سائر القرارات الفرعية الأخرى لموافقتها للقانون ما عدا الفقرة الثانية من قرار فرض التدبير حيث تقرر تصديقها تعديلاً بإحلال المادة 98/ثانياً من قانون رعاية الأحداث محل المادة 90/ثانياً منه لأن المادة 98/ثانياً من قانون رعاية الأحداث هي المنطبقة على تلك الحالة.

واتباعاً لقرار محكمة أحداث دهوك المرقم 5/جنايات/2009 في 2009/3/2 ولقرار محكمة تمييز الإقليم المرقم 125/هـ/ج/أحداث/2009 في 2009/7/8، أصدرت محكمة أحداث دهوك تحت العدد 38/جنايات/2007 في 2009/9/27 قرارها الآتي: إلغاء قرار مراقبة السلوك الصادر بحق المتهم (ن.ش.ع) من هذه المحكمة عدد 38/جنايات/2007 في 2007/4/29 وإيداعه مدرسة تأهيل شباب البالغين مدة ستة أشهر وفق المادة 31/443 ق.ع واستدلالاً بأحكام المادة 76/أولاً/ب من قانون رعاية الأحداث واحتساب مدة موقوفيته من 2007/2/12 ولغاية 2007/2/26 ضمن مدة التدبير أعلاه .

وبعد أن أرسلت الدعوى المذكورة أي 38/جنايات/2007 إلى محكمة التمييز لإقليم كردستان العراق أصدرت قرارها المرقم 13/هـ/ج/أحداث/2010 في 2010/1/17 وكما يلي: تبين أن اتجاه محكمة أحداث دهوك إلى إلغاء قرار مراقبة السلوك الصادر بحق (ن.ش.ع) الصادر بتاريخ 2007/4/29 وبعده 38/ج/2007 وإيداعه في مدرسة الشباب البالغين لمدة ستة أشهر اتجاه صحيح وموافق للقانون عملاً بأحكام المادتين 90/ثانياً و98/أولاً من قانون رعاية الأحداث لارتكابه جريمة تجاوز الحدود وفق المادة 1/8/أ من قانون الجوازات رقم 55 لسنة 1959 المعدل خلال فترة

مراقبة السلوك وإدانته بموجبها ومن ثم الحكم عليه بالإيداع في مدرسة الشباب البالغين لمدة ستة أشهر واكتساب القرار المذكور الدرجة القطعية بتصديقه تمييزاً بالقرار المرقم 125/هـ-ج/أحداث/2009 في 2009/7/8 لذا تقرر تصديقه.

ثانياً: هروب الحدث الجانح خلال فترة مراقبة السلوك.

المشرع العراقي توقع حصول حالة أخرى خلال فترة المراقبة، ألا وهي هروب الحدث الموضوع تحت المراقبة إلى جهة مجهولة، وعالجت هذه الحالة من خلال الفقرة الثالثة من المادة 98 ونصت على اتخاذ الإجراءات الآتية: إصدار أمر القبض بحقه من قبل محكمة الأحداث، وإذا تعذر تنفيذ أمر القبض بحقه أو تعذر على وليه إحضاره، فلمحكمة الأحداث أن تقرر غلق الدعوى التي صدر فيها قرار المراقبة مؤقتاً لحين القبض عليه مع مراعاة مدد سقوط التدابير.

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 70 من قانون الأحداث، الخاصة بمدد التقادم المسقط للتدابير، يلاحظ بأن التدابير الصادرة في جرائم الجنايات تسقط إذا لم تنفذ بمضي خمس عشرة سنة، أما بالنسبة للجرائم الأخرى فبمضي ثلاث سنوات على انتهاء مدة التدبير المحكوم به.

يلاحظ بأن المشرع العراقي في الوقت الذي بين الآثار المترتبة عن مخالفة الحدث لشروط المراقبة، أو ارتكابه جريمة، لم ينص على مثل هذه الآثار في حالة هروبه وهو لا يزال تحت المراقبة، لذا من الأفضل بيان ذلك سداً للخلاف.

أما المشرع الأردني، فمثلما لم ينص على الإجراءات المتخذة بحق الحدث المخل بواجباته، لم ينص أيضاً على أي إجراء تتخذ بحقه في حالة هروبه. بل لم يشر إلى حالة هروبه مطلقاً رغم توقع حصولها. لذا ندعوه لسد هذه الثغرة.

المطلب السابع: حالات فرض تدبير مراقبة السلوك.

أولاً: حالات فرض تدبير مراقبة السلوك في القانون العراقي.

1. بموجب المادة 73/ثانياً يجوز لمحكمة الأحداث وضع الحدث الجانح تحت المراقبة في حالة ارتكابه جريمة جنحية.

2. بموجب المادتين (76/أولاً) و(77/أولاً) يجوز لمحكمة الأحداث وضع الحدث الصبي (أكمل 9 سنة ولم يكمل 15 سنة) وكذلك الحدث الفتى (أكمل 15 سنة ولم يكمل 18 سنة) تحت مراقبة السلوك في حالة ارتكابه جريمة جنائية، عقوبتها الأصلية السجن المؤقت. وفي عام 1998م أجري تعديل على هاتين المادتين، وحسب التعديل الجديد فإن الجرائم الجنائية التي تكون عقوبتها الأصلية السجن المؤبد هي الأخرى مشمولة بالنص، وهذا أصلح للمتهمين الأحداث. علماً، أن هذا

التعديل غير سارٍ في إقليم كردستان العراق. ونود الإشارة، إلى أن إحدى الباحثات ذكرت في بحث لها نشر عام 2011م أن المشرع العراقي استبعد مرتكبي جرائم الجنايات التي عقوبتها السجن المؤبد من إصدار تدبير مراقبة السلوك بحقهم، لكن هذه المعلومة غير سليمة ونتيجة عن عدم العلم بالتعديل المذكور¹.

وعليه، فإن المشرع العراقي استبعد جرائم المخالفات، والجنايات التي تكون عقوبتها الأصلية الإعدام من ضمن الحالات التي يجوز فيها إصدار تدبير مراقبة السلوك، أما في إقليم كردستان العراق فإن جرائم الجنايات التي تكون عقوبتها الأصلية السجن المؤبد هي الأخرى لا تزال مشمولة بهذا الاستبعاد، وهنا ندعوه للمصادقة على التعديل الجاري عام 1998م لكي يتسع نطاق دائرة الأحداث الجانحين المستفيدين من هذه التعديلات.

ثانياً: حالات فرض تدبير مراقبة السلوك (الإشراف القضائي) في القانون الأردني.

المشرع الأردني نص في المادة 24 من القانون على عدة تدابير يمكن أن تصدرها المحكمة بحق الحدث الجانح، وقد أدرج تدبير الإشراف القضائي (مراقبة السلوك) ضمن تلك التدابير، وقد أجاز المشرع فرض هذا التدبير بالتحديد في حالات محددة بحق الأحداث الجانحين، وهي كما يلي:

1. يجوز للمحكمة فرض إحدى التدابير المنصوص عليها في المادة 24، في حالة ارتكاب الحدث جريمة جنحية سواء كانت فئته العمرية من المراهقين (من أتم 12 سنة ولم يتم 15 سنة) أم الفتيان (من أتم 15 ولم يتم 18)، سوى حالة واحدة وهي: ارتكاب الحدث الفتي جريمة جنحية عقوبتها الحبس، ولا تتوفر أسباب مخففة تقديرية².

2. أجازت المادة (26/ج) للمحكمة استبدال عقوبة الحدث المراهق الذي ارتكب جريمة جنائية عقوبتها الأشغال الشاقة المؤقتة أو الاعتقال، بإحدى التدابير المنصوص عليها في المادة 24، إذا توفرت أسباب مخففة تقديرية.

وعليه، فإن المشرع الأردني استبعد جرائم المخالفات، وجرائم الجانح حينما يكون مرتكب الجريمة الحدث الفتي وعقوبتها الحبس، ولا تتوفر أسباب مخففة تقديرية، وكذلك جرائم الجنايات التي تكون عقوبتها الأصلية الإعدام، الأشغال الشاقة المؤبدة، وكذلك جرائم الجنايات التي تكون عقوبتها الأشغال الشاقة المؤقتة أو الاعتقال ما لم يكن الحدث الجانح مراهقاً، وتتوفر في قضيته أسباب مخففة تقديرية، عندها أجاز المشرع وضعه تحت المراقبة.

عند إجراء مقارنة بين القانونين، يلاحظ أن هناك أوجه تشابه واختلاف بينهما، وهي كما يلي:

¹ انظر عبد الرزاق، منى محمد، المرجع السابق، ص 11.

² انظر المادتين 25/هـ، 26/د.ق. أحداث أردني.

1. كل المحاكم العراقية والأردنية لا يجوز لها فرض تدبير مراقبة السلوك بحق الحدث الجانح في جرائم المخالفات، وهذا ما يستحسنه الباحث، لأن هذه الجرائم بسيطة ولا ترقى إلى حد صدور تدبير المراقبة بحق مرتكبها. بينما هناك من يرى خلاف ذلك، ويفضّل شمول جرائم المخالفات بهذا التدبير¹.

2. يجوز للمحاكم العراقية والأردنية إصدار تدبير المراقبة في جميع الجرائم الجنحية ولجميع الفئات العمرية للأحداث الجانحين، باستثناء حالة واحدة فقط بالنسبة للمحاكم الأردنية وهي حينما تكون عقوبة الجريمة المرتكبة الحبس والحدث فتى، ولا تتوفر أسباب مخففة تقديرية. هنا، المشرع الأردني أعطى لعمر الحدث وعقوبة الجريمة أهمية خاصة، ولهذا لم يجز صدور هذا التدبير في هذه الحالة. الباحث يرجح موقف المشرع العراقي، لكون جرائم الجانح هي الأخرى بسيطة، وإن كانت عقوبة بعضها الحبس، حيث من الأفضل تأهيل الحدث في بيئته الطبيعية بدلاً من الإيداع.

3. كل المحاكم العراقية والأردنية لا يجوز لها فرض تدبير مراقبة السلوك بحق الحدث الجانح في جرائم الجنايات التي تكون عقوبتها الإعدام، وهذا ما يرجحه الباحث، لأن مرتكبي هذه الجرائم على درجة من الخطورة، بحيث من الصعب تأهيلهم من خلال تدبير المراقبة.

4. يجوز للمحاكم العراقية إصدار تدبير مراقبة السلوك في جميع الجرائم الجنائية التي تكون عقوبتها السجن المؤقت أو المؤبد ولجميع الفئات العمرية للأحداث. بخلاف المحاكم الأردنية التي لا يجوز لها إصدار هذا التدبير في الجرائم الجنائية التي تكون عقوبتها الأشغال الشاقة المؤقتة، وكذلك الأشغال الشاقة المؤبدة سوى في حالة واحدة وهي: حينما تكون عقوبة الجريمة الأشغال الشاقة المؤقتة أو الاعتقال والحدث الجانح مراهق، وتتوفر أسباب مخففة تقديرية. هنا، المشرع الأردني أعطى لعمر الحدث وعقوبة الجريمة أهمية خاصة، ولهذا أجاز صدور هذا التدبير في الحالة المذكورة فقط.

الباحث يرجح موقف المشرع العراقي، لأن مرتكبي الجرائم الجنائية عدا التي تكون عقوبتها الإعدام يمكن تأهيلهم وإصلاحهم من خلال مراقبة سلوكهم في بيئتهم الطبيعية بعيداً عن القضبان الحديدية لدور الإصلاح، حيث أثبتت هذا التدبير جدواها في كثير من دول العالم، حتى نصّت بعض القوانين (قانون فرنسا مثلاً) على جواز إمكان صدور هذا التدبير في جميع الجرائم ولجميع الفئات العمرية من الأحداث دون التفرقة بينها². أما إذا فشل ذلك ولم ينجح عندنا، فهذا يوحي بوجود تقصير في أداء مؤسساتنا، التي لا تقوم بواجباتها بشكل سليم، وعلينا العمل على تصحيح مسارها، وغالباً ما يخرج الأحداث الجانحين من المؤسسات الإصلاحية بعد انتهاء مدة محكوميتهم،

¹ انظر عبد الرزاق، منى محمد، المرجع السابق، ص 11.

² انظر الشامي، عزه عدنان إبراهيم، المرجع السابق، ص 66-67.

وهم في منتهى الحرفية والمهنية في عالم الإجرام، حيث يعودون إلى عالم الجريمة مرة أخرى ولكن هذه المرة باحتراف وإتقان. وعليه فما دام الوضع كهذا، فمن الأفضل توسيع دائرة الأحداث المشمولين بتدبير مراقبة السلوك، مع استثناء الأحداث الخطيرين الذين يرتكبون جرائم عقوبتها الإعدام.

وإن ما يعزّز وجهة نظرنا هو ما ذهبت إليه وزيرة التنمية الاجتماعية الأردنية ريم أبو حسان، حيث قالت: إن دراسة حديثة أجريت في الأردن حول الوضع النفسي للأحداث المودعين في دور التأهيل والرعاية وصلت إلى أن أكثر من 23% منهم فكروا بالانتحار وأن حوالي 87% منهم يعانون من الاكتئاب الشديد وأن 64% منهم تعرضوا لصدمات نفسية عنيفة، ونتيجة لهذه الأرقام المخيفة ذهبت إلى القول بأن: المؤسسات ليست الحل المناسب لتأهيل الأحداث¹.

الخاتمة

1. أدرج القانونان العراقي والأردني كلاهما تعريف مراقبة السلوك ضمن متن القانون، لكن التعريف الوارد في القانون العراقي كان أكثر وضوحاً ودقة من التعريف الوارد في القانون الأردني.
2. وجود مؤسسات خاصة لمراقب السلوك في كلا البلدين، لكن من حيث بيان هيكلية هذه المؤسسات والشروط الواجب توافرها في كادرها، وتناولها ضمن مواد محددة غير مبعثرة، فإن كفة الرجحان كانت لصالح القانون العراقي، لكن ما أبدع فيه المشرع الأردني دون العراقي هو نصه على إنشاء مكتب لمراقب السلوك في كل محكمة أحداث.
3. كلا القانونين عيّن الحد الأقصى لمدة مراقبة السلوك، لكن القانون الأردني بخلاف العراقي لم يعيّن الحد الأدنى. كما يمثل الحد الأقصى لمدة المراقبة في القانون العراقي ثلاثة أضعاف نظيره في القانون الأردني.
4. كلا القانونين أجاز تمديد مدة المراقبة وإنهاءها قبل انتهاء مدتها المقررة في حكم المحكمة بعد الاطلاع على تقرير مراقب السلوك مع اختلاف في الصياغة القانونية والشروط. فالقانون الأردني، لم يحدد الوقت الذي يمكن فيه تمديد (تعديل) أو إنهاء مدة المراقبة، وهذا ما سار عليه القانون العراقي أيضاً بخصوص التمديد، أما فيما يتعلق بإنهاء المراقبة فاشتراط تقديم الطلب بعد مرور ستة أشهر. إضافة إلى ذلك، أجاز القانون الأردني تقديم الطلب فيما يخص هذه المسائل من مراقب السلوك أو الحدث أو وليه، بينما اقتصر القانون العراقي على مراقب السلوك حصراً.

¹ انظر نظرة على قانون الأحداث المعدل، موقع المدينة نيوز، تاريخ الزيارة: 2018/2/1.

<http://www.almadenahnews.com/article/332367>

5. نص المشرع العراقي على اعتبارات يجب على المحكمة مراعاتها عند صدور قرار المراقبة مثل إفهام الحدث ووليّه بالآثار المترتبة عن مخالفة الحدث لشروط المراقبة، وأخذ موافقة الحدث الفتى التحريرية عند وضعه تحت المراقبة، ومسألة احتساب مدة المراقبة المنقضية عند إعادة المحاكمة مجدداً، وإلى عدد المرات التي يجوز فيها وضع الحدث تحت مراقبة السلوك بينما خلا القانون الأردني من أي نص يشير إلى هذه المسائل.
6. يتم تعيين مراقب السلوك من قبل مراقب السلوك الأول في القانون العراقي لغرض تنفيذ قرار المراقبة وله الاستعانة بجهات محددة لمساعدته في ذلك. بينما يعين مراقب السلوك من قبل المحكمة في القانون الأردني، ولم ينص القانون على الجهات التي لها حق الاستعانة بها.
7. في العراق، يرسل قرار المراقبة مع الإضبارة لمراقب السلوك لغرض تنفيذ القرار، ويقوم بمراقبة تنفيذه عضو الإدعاء العام. أما في الأردن، فيتم إرسال القرار بمفرده لمراقب السلوك، ويقوم بمهمة مراقبة تنفيذ القرار قاضي تنفيذ الحكم.
8. نص القانون العراقي على وجوب إدراج شروط معينة (واجبات الحدث) ضمن قرار المراقبة، إضافة إلى إفساح المجال للمحكمة بإضافة شروط أخرى حسب كل حالة، كما نص على الجزاء المترتب عن حالة إخلاله بالشروط. أما القانون الأردني فترك تحديد هذه الشروط لتقدير القاضي حصراً، ولم ينص على أي جزاء للإخلال بها.
9. قنّن المشرعان في كلا البلدين واجبات مراقب السلوك والمعلومات الواجب إدراجها ضمن تقريره وكيفية جمع المعلومات وغير ذلك من المسائل المتعلقة بعمله، وقد جاء تقنين كل منهما في غاية الإقتان، لكن ما أبدع فيه المشرع الأردني هو أنه بيّن تفاصيل المعلومات التي يجب تدوينها في التقرير، كما خضع عمل المراقب بكافة جوانبه ومن التقارير تحت إشراف المديرية الخاصة بمتابعة شؤون الأحداث في وزارة التنمية. إلا أن المشرع العراقي كان أكثر توفيقاً في مسألة إلزام المراقب برفع تقارير دورية شهرية للمحكمة والإدعاء العام، بدلاً من ثلاثة أشهر المنصوص عليها في التعليمات الأردنية لعام 2015. أما بخصوص الجزاء الجنائي المترتب على إخلال المراقب بواجباته، فجاءت نصوص كلا القانونين خالية من أية مادة عقابية بحقه.
10. القانون العراقي فرض على ولي الحدث واجبات معينة، كما نص عقوبات بحقه في حالة إخلاله بواجباته. أما القانون الأردني فلم يحدد هذه الواجبات، ولم ينص على أي جزاء للإخلال بها.
11. نص المشرع العراقي على جزاء بحق الحدث الذي يرتكب خلال نفاذ مراقبة السلوك جرائم جنحية أو جنائية عمدية حصراً وفق شروط معينة، بينما القانون الأردني فجعل الجزاء يشمل جميع الجرائم سواء كانت عمدية أم غير عمدية، عدا التي تكون عقوبتها الأصلية الغرامة، وقد رجّح الباحث القانون العراقي للأسباب المذكورة في موضعه. كما تناول القانون العراقي حالة هروب الحدث الموضوع تحت المراقبة، بينما القانون الأردني جاء خالياً من أي نص يشير إليها.

12. في الوقت الذي أجاز المشرع العراقي إصدار تدبير المراقبة بحق جميع مرتكبي الجرائم الجنحية والجنائية المعاقب عليها بالسجن المؤقت والسجن المؤبد، استثنى المشرع الأردني حالة واحدة في جرائم الجرح، واستبعد الجرائم الجنائية المذكورة من صدور هذا التدبير فيما سوى حالة واحدة. وعليه، فإن دائرة الجرائم المشمولة بهذا التدبير أوسع في القانون العراقي. وقد رجّح الباحث القانون العراقي للأسباب المذكورة في موضعه.

التوصيات:

1. القانون العراقي:

- أ. حذف الفقرة التي تتطلب أخذ موافقة الحدث الفتي عند وضعه تحت مراقبة السلوك.
- ب. ضرورة تدخل المشرع فيما يتعلق باحتساب مدة المراقبة المنقضية عند إعادة المحاكمة مجدداً لسد الخلف.
- ت. النص على إنشاء مكتب لمراقب السلوك في كل محكمة أحداث وربطه بها.
- ث. خضوع عمل وتقارير مراقب السلوك لإشراف قسم مراقبة السلوك وبصورة دورية.
- ج. النص على عقوبة المراقب المخل بواجباته ضمن قانون الأحداث.
- ح. تفعيل قسم مراقبة السلوك المنصوص عليه في القانون.
- خ. بيان الأثر المترتب بحق الحدث الهارب الموضوع تحت مراقبة السلوك.
- د. إصدار تعليمات مماثلة للتعليمات الأردنية فيما يتعلق بالمعلومات التي يجب إدراجها في التقرير.

2. القانون الأردني: ما لا يمكن إخفاؤه هو أن هذا القانون يعتره فراغ تشريعي كبير بخصوص مراقبة السلوك، وقد ثبت ذلك بكل وضوح من خلال حيثيات هذا البحث، ولهذا ندعو المشرع الأردني إلى التدخل لسد الفراغ، وبإمكانه الاستفادة من القانون العراقي. وبدورنا سنركز على بعض المسائل، ونوصي بما يلي:

- أ. تعيين الحد الأدنى والأقصى لمدة المراقبة، وجعلها لا تقل عن 6 أشهر ولا تزيد عن 6 سنوات.
- ب. ضرورة تحديد واجبات الحدث ووليّه ومراقب السلوك، وتعيين جزاء معين بحق المخل بواجباته.
- ت. تقديم تقارير شهرية للمحكمة من قبل المراقب حول حالة الحدث بدلاً من (ثلاثة أشهر أو تعيين مدة تقديمها من قبل القاضي).
- ث. إعادة النظر في مسألة ارتكاب الحدث جريمة خلال نفاذ مراقبة السلوك، وضرورة تناول حالة هروب الحدث الموضوع تحت مراقبة السلوك، وبالإمكان الاستفادة من القانون العراقي في هذه المسائل.

ج. شمول جميع مرتكبي جرائم الجرح مهما كانت عقوبتها، وجرائم الجنايات المعاقب عليها بالأشغال الشاقة المؤقتة والأشغال الشاقة المؤبدة، بفرصة صدور تدبير مراقبة السلوك بحقهم.

قائمة المراجع:

القانون العراقي:

- خوشناو، سردار عزيز، النظام القضائي المختص بالأحداث في العراق، (كوردستان: ط 1، 2006م).
- عبدالرزاق، منى محمد، الاختبار القضائي (مراقبة السلوك) للأحداث الجانحين: دراسة مقارنة، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد 9، العدد 4-إنساني، 2011م.
- عبداللطيف، براء منذر، السياسة الجنائية في قانون رعاية الأحداث العراقي: دراسة مقارنة، (عمان-الأردن: دار حامد للنشر والتوزيع، ط 1، 2009م).
- مصطفى، أكرم زاده، شرح قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983 المعدل وتطبيقاته العملية، (أربيل: مطبعة شهاب، ط 1، 2010م).
- قانون رعاية الأحداث العراقي رقم 76 لسنة 1983 م المعدل.

القانون الأردني:

- الشامي، عزه عدنان إبراهيم، التدابير والعقوبات المستحدثة في قانون الأحداث الأردني رقم 32 لسنة 2014م، رسالة ماجستير قدمت لكلية الحقوق قسم القانون العام في جامعة الشرق الأوسط، 2016م.
- الطراونة، محمد، والمرزوق، عيسى، العدالة الجنائية للأحداث في الأردن، منشورات المركز الوطني لحقوق الإنسان، 2013م.
- طوباسي، سهير أمين محمد، قانون الأحداث الأردني: دراسة تحليلية من واقع التطبيق العملي مقارنة بالاتفاقيات الدولية، (عمان: من مطبوعات ميزان وهي هيئة أردنية غير حكومية، د.ط، 2004م).
- نظرة على قانون الأحداث الأردني المعدل، موقع المدينة نيوز، تاريخ الزيارة: 2018/2/1.

<http://www.almadenahnews.com/article/332367>

- قانون الأحداث الأردني رقم 32 لسنة 2014م.
- تعليمات تحديد المتطلبات والمعلومات الواجب توافرها في تقارير مراقبي السلوك لسنة 2015م.

التأصيل الفقهي للطعن في الحكم القضائي في الفقه المالكي

محمد ناهض عبد الرزاق العوادي اشراف أ.د نبيل مهدي كاظم زوين

كلية الكفيل الجامعة - جامعة الكوفة - كلية القانون قسم الارشاد النفسي والتوجيه التربوي

ملخص:

تناولت الدراسة مسألة الطعن في القرارات القضائية في الفقه المالكي الذي ينكر مثل تلك الطعون ، مستندا في ذلك على الروايات والأدلة العقلية وآراء الفقهاء متبعا في ذلك الأسلوب التحليلي الذي يسمح بتحليل ومناقشة الروايات والدلائل الخاصة بكل من الجوانب المناهضة للطعن والجوانب المؤيدة للطعن. وأخيراً ، تخلص الدراسة إلى وجود خلط بين قابلية التطبيق القضائي ونزاهته. ووجدت المقالة أن الجانب المناهض للطعن يبرر إنكار الاستئناف بنفس الأدلة التي تُستخدم لترشيد إمكانية تنفيذ القرارات القضائية.

The Jurisprudential basis for appeal in Maliki School

Abstract

Many of Islamic jurists in *Maliki* School deny the appealability of judicial decisions. They rely on many of evident narratives and intellectual reasons. This article addresses this problem which will definitely hinders the applicability of any Islam-based judicial system. The article uses analytical methods which allow to analyze and discuss the narratives and evidences of both anti- appealability and pro- appealability sides. Finally, the article concludes that there is a confusion between the appealability and enforceability of judicial judgment. The article found that the anti-appealability side justify the deniability of appeal by the same evidences that are used to rationalize the enforceability of judicial decisions.

مقدمة :

نتناول في هذه المقدمة الموجزة عدة فقرات وكما يأتي:

أولاً: أصل الدراسة

درجت القوانين الأوروبية على ضم المسائل المدنية والأحوال الشخصية ضمن قانون واحد هو القانون المدني، أما في الدول العربية، فهناك فصل موضوعي بين القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية، لكن هذا الفصل الموضوعي كان من المفترض أن يستتبع فصلاً إجرائياً، وهو ما لم يحدث حيث تخضع المنازعات في الأحوال الشخصية إلى قانون المرافعات المدنية.

وأمام الحاجة لقانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية، فيختلف من حيث قواعده عن تلك التي تتعلق بالقانون المدني حتى تكون منسجمة مع القواعد الموضوعية التي تنظم حياة الفرد داخل الأسرة المكون الأساس للمجتمع، بغض النظر عن الأمور المالية التي ينظمها القانون المدني حتى تكون القواعد الإجرائية منسجمة مع القواعد الموضوعية في مصادرها التاريخية والرسمية أو الشكلية، وهو ما يتبع اختلاف في المنهج والرؤية عند المشرع.

من هنا كان لا بد للبحث العلمي أن يتصدى لتأسيس منظومة إجرائية للأحوال الشخصية تتفق مع قواعدها الموضوعية المنظمة في قانون الأحوال الشخصية، حتى يتم التمهيد لتبني تشريع يعالج الجانب الإجرائي للأحوال الشخصية؛ يأتي هذا البحث لحل جزء من مشكلة تقع ضمن مجموعة المشاكل التي تعترى تشريع هذا القانون، والذي ستوضح الرؤية من هدف هذا البحث إذا اكتملت جميع القطع في اللوحة بحل جميع المشاكل التي تعترى تشريع هذا القانون.

ثانياً: مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث بوجود اتجاه فقهي كبير في الفقه المالكي يمنع الطعن في الحكم القضائي كون الراد على القاضي راد على الله كما ورد في بعض الآيات القرآنية والنصوص الفقهية.

ثالثاً: الأسئلة البحثية

يتمحور السؤال المركزي حول: ما هو الأساس الفقهي الذي يستند عليه المجيزون للطعن في الأحكام القضائية في الفقه المالكي؟

أما الأسئلة الفرعية فهي كما يأتي:

- ما هو حكم الطعن في الحكم القضائي في الفقه الإسلامي؟

- ما هو الأساس الذي يستند عليه المانعون من الطعن في الحكم القضائي؟

- كيف يمكن مناقشة أساس منع الطعن في الحكم القضائي من خلال الفقه الإسلامي؟

- ما هي مبررات الرأي الفقهي المجيز للطعن في الحكم القضائي؟

رابعاً: استعراض الدراسات السابقة

1. خالد فهد الفارس، الاعتراض على الأحكام إمام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم العدالة الجنائية في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2007م.

تناول الباحث هذا الموضوع وشرح قانون ديوان المظالم السعودي وعلّق عليه ، وقسمه تقسيماً منهجياً متوازناً في الإطار النظري والعملي ، وتناول في الفصل الثاني في المبحث الأول موضوع مهم هو الاعتراض على الأحكام في الفقه ، تناول فيه بعض آراء المذاهب، وتطرق إلى بعض أقوال المذهب المالكي حول الموضوع وبعض الروايات المهمة في إطاره ، والذي سيكون جزءاً من موضوع بحثنا .

2. د. محمد يونس الزعبي ، الطعن بالأحكام القضائية بالنقض والتميز دراسة مقارنة بين عمل محكمة الاستئناف الشرعية ومحكمة التمييز النظامية، بحث منشور في مجلة جرش للبحوث والدراسات، الأردن، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، 2011م.

تناول الباحث الطعن بالنقض والتميز وإجراءاته وحجية قرار التمييز وغيرها من المواضيع، والذي يهمننا من البحث هو المطلب الثاني من المبحث الأول حيث تناول مشروعية الطعن بالأحكام القضائية فقهيًا، وتناوله كما في البحث السابق في المذاهب الأربعة ومنها بعض آراء المذهب المالكي.

3. إبراهيم عوض الألمعي ، تمييز الأحكام في نظام المرافعات الشرعية مع التطبيق القضائي في المملكة العربية السعودية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية في كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية ، 2007م.

تناولت هذه الدراسة موضوع تمييز الأحكام بعدها شيئاً مُسلماً به، ولم تلتفت إلى الاختلاف الفقهي في جوازه، ولم تتناول تأصيله فقهيًا، وركز الباحث في تناوله الموضوع على نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/21 بتاريخ 1421/5/20هـ، أي أن الرسالة أشبه بشرح موضوع التمييز في هذا القانون.

خامساً: منهج البحث ونطاقه

سيكون المنهج التحليلي منهجاً متبعاً في هذا البحث، حيث سنقوم بدراسة الروايات والأدلة العقلية وآراء الفقهاء في موضوع البحث، وتحليلها تحليلًا علميًا، وترجيح الراجح منها لاستنباط التأصيل الفقهي للطعن في الحكم القضائي في الفقه المالكي.

سيكون نطاق البحث دراسة هذه الجزئية الصغيرة فقط في الفقه المالكي، دون الخوض في المذاهب الأخرى التي سيتبع هذا البحث بحوث أخرى عن المذاهب الأخرى، إضافة إلى عدم خوضه

لبعض المواضيع التي تكون مكتملة لهذا البحث كطرق الطعن مثلاً، أو الأحكام التي تنظم الطعن في الحكم القضائي، والتي تخرج من نطاق هذه الجزئية التي تتناول: هل أن الطعن في الحكم القضائي موجود أم غير موجود؟.

سادساً: خطة البحث

قسمنا البحث إلى مبحثين مسبقين بمقدمة وآخر الكلام خاتمة ، كان المبحث الأول تحت عنوان أدلة فقهاء المذهب المالكي المجيزون للطعن في الحكم القضائي، أما المبحث الثاني، فكان عنوانه أدلة فقهاء المذهب المالكي المانعين الطعن في الحكم القضائي، لنخلص إلى خاتمة نتناول فيها أهم النتائج التي توصل إليها البحث.

تمهيد :

سيقوم الباحث بتأصيل الطعن في الحكم القضائي عن طريق تعريف الحكم القضائي، وتعريف الطعن في الحكم القضائي وتمييز الحكم القضائي عما يشبهه به من مصطلحات.

أولاً: تعريف الحكم القضائي في المذهب المالكي

عرف الحكم القضائي في الفقه المالكي بعدة تعريفات، لعل أبرزها التعريفات الآتية: ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الحكم القضائي بأنه : إنشاء إلزام أو إطلاق في المسائل الاجتهادية المتقاربة في النزعات على المصالح الدنيوية⁽¹⁾. ويؤخذ على هذا التعريف أن الحكم القضائي ليس فقط في المسائل الاجتهادية، بل هو موجود حتى في المسائل المنصوص عليها في الآيات المحكمة واضحة الدلالة، مثل قوله تعالى : (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلِيَ شَهِدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ)⁽²⁾.

ذهب فقيه آخر إلى تعريف الحكم القضائي بأنه : الحكم الصادر من حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده كدين أو ميراث أو قتل أو ترك صلاة وغيرها، ليرتب عليه مقتضاه على حسب ما يقتضيه الحال من رفعه أو إهداره⁽³⁾. ويؤخذ على هذا التعريف اتساعه وشموله لما لا يدخل في نطاق الحكم القضائي، فشمل العلاقة بين الخالق والمخلوق كترك الصلاة، فترك الصلاة لا يُعدُّ موضع تخصص، وما يصدر في هذا الشأن لا يتعدى حدود الفتوى.

⁰¹ احمد بن إدريس القرافي ، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، ط2 ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، حلب ، 1995م ، ص33.

⁰² الآية(2) من سورة النور .

⁰³ ابو بكر بن حسن الكشناوي ، اسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك ، ج3، ط2 ، دار الفكر، بدون مكان ولا سنة طبع ، ص194.

ونقل التأودي في شرحه عدة تعاريف عن فقهاء المذهب المالكي، منها أن ابن طلحة يعرفه بأنه : الدخول بين الخلق والخالق ليحكم فيهم بأمره مستنداً على الكتاب والسنة ، ونقل تعريف ابن راشد، حيث يقول : الإخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام⁽¹⁾. فأولهما يحمل الدقة والاختصار، غير أنه أغفل جانباً مهماً ألا وهو استناد الحكم القضائي على الاجتهاد، فالاجتهاد يُعدُّ مستنداً للحكم عند أغلب المذاهب الإسلامية- إن لم نقل جميعها-؛ أما ثانيهما فلا يخلو من قصور، حيث ليس كل إخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام يُعدُّ حكماً قضائياً، فهذا يُعدُّ جامعاً للفتوى والحكم، فالفتوى ملزمة للمستفتي والمفتي، والحكم القضائي ملزم للكافة، وليس كل إخبار يُعدُّ حكماً قضائياً، بل يجب أن يصدر من أهله ممن توفرت فيه الشروط والولاية.

ثانياً : معنى الطعن في الحكم القضائي

لم يجد الباحث تعريفاً دقيقاً اصطلاحياً للطعن في الحكم القضائي، ومن خلال دراسة الموضوع واستقراء الآراء التي تناولته يرى الباحث أن تعريف الطعن هو (إبطال العمل بالحكم القضائي الأول، والعمل بالحكم الذي يراه حقاً سواء كان ذلك حكمه أم حكم قاضي سبقة).

ثالثاً : تمييز الحكم القضائي عما يشبهه به

يتميز الحكم القضائي عن الإفتاء بصفة الإلزام، فحكم القاضي ملزم، أما الإفتاء، فغير ملزم إلا للمفتي ومقلديه⁽²⁾.

إن المراد من الحكم القضائي هو قطع الخصومة، أي قطع الموارد التي فيها تشاجر وخصومة بين طرفين، أما الإفتاء فلا يكون مختصاً بموضع الخصومة، لذلك فإن الحكم القضائي أضيق نطاقاً من الإفتاء، لأن الإفتاء يشمل الاثنين معاً؛ ما فيه خصومة، وما ليس بخصومة مثل أحكام الهلال وغيرها، بل قيل إنه أشمل من ذلك حيث يتناول الإفتاء علاقة الإنسان بنفسه وبربه ومع غيره، أمّا الحكم القضائي، فيتناول علاقة الإنسان مع غيره⁽³⁾.

المبحث الأول : أدلة فقهاء المذهب المالكي المجرزين للطعن في الحكم القضائي

استدل فقهاء المذهب المالكي على جواز الطعن بالحكم القضائي إلى أدلة متعددة نقلية وعقلية، وذكرها الكثير من الحالات التي يجوز فيها نقض الحكم القضائي، ومن خلال هذا المبحث سنقوم

¹ أبو عبد الله محمد التأودي ، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام ، ج 1 ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون مكان ولا سنة طبع ، ص 30 ؛ ملاحظة طبع هذا الكتاب مع كتاب البيهجة في شرح التحفة في مجلد واحد.

² د. محيي هلال السرحان، النظرية العامة للقضاء في الإسلام، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العراق بغداد، 2007م، ص 16.

³ د. أحمد مليحي ، معالم النظام القضائي الإسلامي، ط 2 ، النقابة العامة للمحامين لجنة الفكر القانوني ، بدون مكان طبع ، 2010م ، ص 73.

باستعراض مفصل لهذه الأدلة ودلالاتها على جواز النقض، فقسمنا المبحث إلى ثلاثة مطالب: أما الأول، فعنوانه بالأدلة النقلية على جواز الطعن في الحكم القضائي، وأما المطلب الثاني، فكان موسوماً بالأدلة العقلية على جواز الطعن في الحكم القضائي، وأما المطلب الأخير، فكان تحت مسمى الحالات التي يجوز فيها الطعن في الحكم القضائي.

المطلب الأول: الأدلة النقلية على جواز الطعن في الحكم القضائي

أول هذه الأدلة حالة ما إذا حكم الحاكم بهواه أو ظنه، فيجب نقضه لأن الله أمره أن يحكم بالحق كما في قوله تعالى (يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله)⁽¹⁾، وحكم القاضي بعلمه ينقض أيضاً⁽²⁾، فإذا حكم وفق ما سمع خارج المحكمة، فإنه لا يحكم به وإن حكم به الحق بحكم من يحكم بعلمه، والدليل حديث الرسول (ص) (فأقضي له على نحو ما أسمع منه)، ولم يقل أقضي له بما أعلم منه أو من قصته⁽³⁾.

واستندوا أيضاً على الدليل النقلية الآتي: (إن عمر أتى بامرأة زنت، فأقرت، فأمر برجمها، فقال علي: لعل لها عذرا؟ ثم قال لها: ما حملك على الزنا؟ قالت كان لي خليط. أي راع ترافقه إذا رعت إبلها، وفي إبله ماء ولبن، ولم يكن في إبلي ماء ولا لبن، فظمئت فاستسقيته، فأبى أن يسقيني حتى أعطيه نفسي، فأبيت عليه ثلاثاً، فلما ظمئت وظننت أن نفسي ستخرج، أعطيته الذي أراد فسقاني، فقال علي: الله أكبر (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم))⁽⁴⁾.

يستدل من هذه الرواية بأن الإمام علي بن أبي طالب (ع) نقض الحكم القضائي الذي أصدره عمر، وهذا دليل عملي على جواز الطعن بالحكم القضائي.

المطلب الثاني: الأدلة العقلية على جواز الطعن في الحكم القضائي

وذهب فقهاء المذهب المالكي مستندين إلى أدلة عقلية كثيرة إلى جواز الطعن بالحكم القضائي، ومن هذه الأدلة: رسالة عمر بن الخطاب إلى القاضي أبي موسى الأشعري حيث ورد فيها (... ولا يمنعك قضاء قضيت به اليوم راجعت فيه نفسك، وهديت لرشدك أن ترجع فيه (...)⁽⁵⁾، أو كما ورد

(1) الآية (26) من سورة ص.

(2) جلال الدين عبد الله بن نجم بمشاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج 1، تحقيق د. حميد بن محمد لحمير، دار الغرب الإسلامي، دون مكان ولا سنة طبع، ص 1018.

(3) ابن عبد البر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح كل ذلك بإيجاز واختصار، ج 22، ط 1، دار قتيبة للطباعة والنشر بالتعاون مع دار الوعي، دمشق، بيروت، 1993 م، ص 10.

(4) الإمام القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والأمام، ط 2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1995 م، هامش ص 55.

(5) عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة وغيرها من الأمهات، ج 8، تحقيق محمد الأمين بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بلا مكان ولا تاريخ طبع، ص 15.

في مصدر آخر (... ولا يمنعك قضاء قضيته اليوم راجعت فيه نفسك غدا أن تعود إلى الحق، فإن الرجوع إلى الحق خير من التماذي في الباطل...) (1).

واستدلوا أيضا على رواية عن الإمام مالك بن أنس الأصبحي عندما كتب ابن غانم إليه في رجلين أتيا إلى القاضي وبدا أحدهما حكم قاضي قبله على خصمه الآخر، وفيه بينة شخصية، فطلب المقضي عليه أن يأتي بحجته وبينته أمام القاضي، فقال مالك: القاضي العادل الذي لا يعلم منه إلا خيرا لا ينظر في قضائه إلا أن يأتي في أمر مشتهر نكب عن الحق خطأ أو جهل، فيستطيع النظر في ذلك؛ فأما غير ذلك فلا يستطيع، أما إذا كان القاضي معروفا بالجور بأن كان يقبل شهادة غير العدول ويرد شهادة العادل، فإن عرضت قضية وفيها أسماء الشهود فليأتي بهم، فإن أنكروا الشهادة فيجب تعقب أحكامه، ويجعل القاضي لها وقتا ينظرها، ويمضي الصالح منها، ولا يشغل كل وقته بها فيضرب بذلك الناس (2)، ونستدل من هذا الخبر عن مالك بن أنس إمام المذهب المالكي على جواز الطعن بالحكم القضائي إذا صدر عن قاضٍ جائر.

واستدلوا على جواز النقض بما روي عن مالك أن قاض في المدينة أتى بأقضية مختلفة قديمة اختلف أمرها، فقطعها وأمر الخصوم بالاستئناف فأعجب ذلك مالكا، وإذا رفعت إليه أمور مختلطة مشككة فيفسخها ويأمر بالابتداء (3)، ونستدل من هذا الخبر على أن مالك عندما رأى نقض الحكم القضائي من قبل قاضٍ آخر استحسنته، وأفتى به.

واستند المجوزون إلى ما روي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال: (ما فتت الطينة عندي أهون من نقض قضاء قضيت به، ثم رأيت الحق في خلافه) (4)، يدل هذا الحديث على أن نقض القضاء صعب لكنه جائز.

وفي خبر كان أبو الدرداء (رضي الله عنه) إذا قضى بين اثنين ثم أدبرا عنه نظر إليهما وقال: متطرب والله أرجعا إلي، أعيدا علي قصتكما (5)؛ فنستدل من هذه الرواية على جواز استئناف الحكم ليتأكد القاضي من صحة حكمه.

⁰¹ ابن عبد البر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح كل ذلك بإيجاز واختصار، مصدر سابق، ص 31-32، وأيضا مقارب إلى ذلك الإمام القرافي، الذخيرة، ج 10، ط 1، دار الغرب الإسلامي، لبنان بيروت، 1994م، ص 71، وأيضا برهان الدين بن فرحون اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج 1، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية الرياض، 2003م، ص 25.

⁽²⁾ عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، المصدر السابق، ص 91.

⁽³⁾ عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، المصدر السابق، ص 100.

⁰⁴ خليل بن إسحاق الجندي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ج 7، منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، بدون مكان طبع، 2009م، ص 426.

⁰⁵ ابن خلدون، ابن خلدون ورسائله للقضاة مزيل الملام عن حكام الأنام، تحقيق د. فؤاد عبد المنعم احمد، ط 1، دار الموطن، الرياض، 1417هـ، ص 117.

واستدل المجوزون في الفقه المالكي على رواية نصها: (أن شابا شكأ إلى علي رضي الله عنه نفرا فقال: إن هؤلاء خرجوا مع أبي في سفر، فعادوا ولم يعد أبي، فسألتهم عنه فقالوا: مات، فسألتهم عن ماله، فقالوا: ما ترك شيئا، وكان معه مال كثير، وترافعنا إلى شريح فاستحلفهم وخلقى سبيلهم، فدعا علي بالشرط، فوكل بكل رجل رجلين، وأوصاهم أن لا يمكنوا بعضهم يدنو من بعض، ولا يمكنوا أحدا يكلمهم، ودعا كاتبه، ودعا أحدهم فقال: أخبرني عن أبي هذا الفتى: أي يوم خرج معكم؟ في أي منزل نزلتم؟ وكيف كان سيركم؟ وبأي علة مات؟ وكيف أصيب بماله؟، وسأله عمن غسله ودفنه، ومن تولى الصلاة عليه؟ وأين دفن؟ ونحو ذلك، والكاتب يكتب، ثم كبر علي رضي الله عنه وكبر الحاضرون، والمتهمون لا علم لهم إلا أنهم ظنوا أن صاحبهم قد أقر عليهم، ثم دعا آخر بعد أن غيب الأول عن مجلسه، فسأله كما سأل صاحبه، ثم الآخر كذلك، حتى عرف ما عند الجميع، فوجد كل واحد منهم يخبر بضد ما أخبر به صاحبه ثم أمر برد الأول، فقال: يا عدو الله قد عرفت غدرك وكذبك بما سمعت من أصحابك، وما ينجيك من العقوبة إلا الصدق ثم أمر به إلى السجن، وكبر، وكبر معه الحاضرون؛ فلما أبصر القوم الحال لم يشكوا أن صاحبهم قد أقر عليهم، فدعا شخصا آخر منهم وهدده، فقال: يا أمير المؤمنين والله لقد كنت كارها لما صنعوا، ثم دعا الجميع فأقروا بالقصة، واستدعى الأول الذي في السجن وقال له: قد أقر أصحابك بالقصة، ولا ينجيك سوى الصدق، فأقر بكل ما أقر به القوم، فأغرهم المال، وأقاد منهم بالقتيل)، (وفي رواية نقد سيدنا علي لاسترواح شريح إلى استحلافهم وتخليه سبيلهم وقول سيدنا علي في انتقاد شريح ((إن أهون السقي التشريع))، وهذا المثل يضرب لمن اتخذ سبيل السهولة وترك سبيل الأصب (الأحوط)⁽¹⁾، وهذه الرواية تدل على أن الحكم القضائي يجوز نقضه إن خالف الحق، فبعد أن حكم شريح القاضي بالبراءة لعدم كفاية الأدلة نقض أمير المؤمنين (ع)، حكمه وحكم بحكم خلاف حكم شريح، وألزم المدعى عليهم المال والقتل.

ويرى الإمام مالك جواز النقض على سبيل الاستثناء حين ما يرى القاضي وجهها للنقض، فإذا أتى بشاهد ثان عند من لا يرى الشاهد واليمين سببا للحكم القضائي، فله أن ينقض الحكم ويحكم للأخر⁽²⁾.

(1) الإمام القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مصدر سابق، هامش ص 54-53.

(2) مالك بن انس الأصبجي، المدونة الكبرى، ج 4، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت، 1994م، ص 3، وأيضا أبي سعيد البرادعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج 3، تحقيق الدكتور محمد الأمين محمد سالم بن الشيخ، ط 1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة دبي، 2002م، ص 575، 580، وأيضا عياض بن موسى اليحصبي، التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، تحقيق د. محمد الوثيق، ط 1، دار بن حزم، لبنان بيروت، 2011م، ص 1613.

واستدلوا أيضا في ما إذا أخطأ القاضي في حكمه القضائي جاز له نقضه، وإن كان قد أصاب قول قائل من أهل العلم، وقد فعل ذلك عمر بن عبد العزيز، وإذا تبين للقاضي جور الحكم القضائي الصادر من غيره أو خطأه أو استناده إلى رأي شاذ⁽¹⁾.

وذهب أنصار الاتجاه القائل بجواز نقض الحكم القضائي على أن القاضي إذا حكم لصالح أبيه أو ابنه أو لزوجته أو لمن لا تجوز شهادته لهم فذلك غير جائز، بمعنى إذا قضى وفق ذلك فإن حكمه القضائي ينقض، وإذا أقام المحكوم عليه بينة على أن القاضي عدو له فلا ينفذ حكمه القضائي عليه⁽²⁾، ويرى فقيه آخر أن المعيار هو عدالة القاضي وصحة الحكم، فإن اختل أحدهما جاز نقضه، أما إذا حكم لنفسه، فليختر أقرب الأحكام إلى الحقيقة وأفضلها، وإن حكم على نفسه فلا يجب عليه فسخه، لأنه سيتهم فيه⁽³⁾، كل هذه الحالات من جواز النقض ما هي إلا أدلة على وجود الطعن بالحكم القضائي وجوازه منذ العصور المتقدمة في الفقه الإسلامي.

كما واستدل المجوزون في هذا المذهب على وجوب أن يكون القاضي مجتهدا، وذلك لأنه إضافة إلى كونه قاضيا يقضي بين الناس فهو أيضا ينظر أفضية من قبله، وينقض ما خالف الحق فيجب أن يكون مجتهدا لا عاميا مقلدا⁽⁴⁾، يقصد من ذلك أن ولاية القاضي عند نصبه قاضيا لا تكون لرفع الخصومات فقط، وإنما لرفع جور الأحكام القضائية التي سبق إصدارها أيضا.

وذهب أيضا أنصار الاتجاه القائل بجواز نقض الحكم القضائي إلى أن نقض الحكم القضائي هو من خصائص الحكم الذي به يفترق عن الفتوى، ويكون النقض من حق من له حق إبرام الحكم⁽⁵⁾.

واستدل المجوزون من المذهب المالكي على وجود الاتفاق على جواز نقض القضاء لخطأ القاضي⁽⁶⁾، وهذا الاتفاق على جواز نقض حالة معينة دليل يمكن الاستناد إليه في جواز النقض.

⁽¹⁾ عبد الله بن أبي زيد القيرواني، اختصار المدونة والمختلطة باستيعاب المسائل واختصار اللفظ في طلب المعنى وطرح السؤال وإسناد الآثار وكثير من الحجاج والتكرار، ج 3، تحقيق د. احمد بن عبد الكريم نجيب، ط 1، بلا دار ناشرة ولا مكان الطبع، 2013 م، ص 224. 223، وأيضا عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة وغيرها من الأمهات، ج 8، تحقيق محمد الأمين بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، بلا مكان ولا تاريخ طبع، ص 97.

⁽²⁾ عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، المصدر السابق، ص 74.

⁽³⁾ المصدر نفسه، ص 75.

⁽⁴⁾ عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق محمد بوخيزة الحسني و بدر بن عبد الإله العمراني، ط 1، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية، لبنان بيروت، 2004 م، ص 213.

⁽⁵⁾ الإمام القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مصدر سابق، ص 103، 133، 136.

⁽⁶⁾ خليل بن إسحاق الجندي، مصدر سابق، ص 427.

واستدلوا على أن اختلال ركن من أركان الحكم القضائي إذا خالف الكتاب والسنة والإجماع فيجب نقضه مع بيان السبب⁽¹⁾، وهو وغيره في نقض الحكم متساويان⁽²⁾، يستدل من ذلك أن الحكم الذي اختل أحد أركانه لا يعدّ حكماً قضائياً، وهو والعدم سواء، فيكون النقض كاشفاً عن انعدام الحكم القضائي الأول.

واستدل المجيزون على جواز نقض الحكم القضائي بأن القاضي إذا قام بفسخ الحكم فله ذلك، لأنه هو المؤتمن عليه، أما إذا أراد أن يحكم للطرف الآخر مباشرة، فلا يستطيع؛ وإنما يجب عليه استئناف الحكم وإعطاء المواعيد وسماع الحجج والأقوال مرة أخرى⁽³⁾، إن القاضي هو المؤتمن على الحكم القضائي، هو الذي يبرمه، وهو الذي ينقضه إن وجد فيه عيباً أو خطأ يوجب النقض.

واستدلوا على أن حكم القاضي الجائر كالعدم، يجب إعادة النظر في أحكامه إذا مات أو عزل⁽⁴⁾، وهو كما قلنا سابقاً: إن الحكم القضائي المعدوم يكشف عن عدم وجود حكم، فنقضه واجب، والاستئناف واجب أيضاً لقطع الخصومة.

وذهب المجيزون في أن الخطأ المحض والحكم دون مستند ينقض الحكم القضائي للقاضي، أما إذا حكم القاضي في أمر مختلف فيه وعرض على قاض آخر يرى خلاف ما يرى القاضي الأول، فلا ينفذه لأن الحق عنده ليس هذا، بل الحق عنده ما يراه هو، ويعتقد أنه الصواب لا ما يراه غيره⁽⁵⁾.

المطلب الثالث: الحالات التي يجوز فيها الطعن في الحكم القضائي

إن فقهاء المذهب المالكي ذكروا عدة حالات لجواز الطعن بالحكم القضائي، وهي كما يأتي:

1. القاضي الجائر ترد جميع أحكامه القضائية، سواء وافق الحق أم خالفه، لأن أحكامه القضائية وإن كشفت عدالتها في سجلاته وبينت الاستقامة، وأشهد على عدله، إلا أن ظلمه وجوره وحيفه من الممكن أن يكون مخفياً، فلكي يمضي حكمه يجب أن نتأكد من موافقة ظاهر حكمه وباطنه للحق، وإلا فإن حكمه ينقض⁽⁶⁾، وقيل بوجود السؤال عنه والبحث عن عدالته، ويسأل

(1) علي بن عبد السلام التسولي، البيهجة شرح التحفة، ج 1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان ولا تاريخ طبع، ص 49.

(2) علي بن محمد اللخمي، مصدر سابق، ص 5357.

(3) المصدر نفسه، ص 5359، وأيضاً برهان الدين بن فرحون اليعمري، مصدر سابق، ص 64.

(4) الإمام القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ص 130.

(5) المصدر نفسه، ص 139، 142، 144.

(6) برهان الدين بن فرحون اليعمري، مصدر سابق، ص 65، وأيضاً جلال الدين عبد الله بن نجم بم شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج 1، تحقيق د. حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي، دون مكان ولا سنة طبع، ص 1007.

عنه فإن أصدقوا الشاكي، عزله الذي ولاه، وينظر في أحكامه القضائية، فإن ظهر جوره وخفي عدله نقض أحكامه القضائية ما خالف الحق منها، وأمضى ما وافقه، أما إذا قال من سألهم عنه أنه عادل، أثبتته ونظر أحكامه القضائية، فما وافق السنة والحق منها أمضاه، وما خالف ذلك نقضه، وحمل على الخطأ لا الجور⁽¹⁾.

2. إذا استند القاضي في حكمه القضائي على شهادة ولد لوالده أو والد لولده، أو زوج لزوج، جاز نقض حكمه لكون هذه الشهادات غير جائزة⁽²⁾.

3. القاضي العادل الجاهل تُكشف أحكامه، فما وافق الحق مضى و نفذ، وما خالفه نقض، وزاد بعضهم على رد أحكامه المختلف فيها إذا شاور أهل العلم، أما إذا لم يشاور أهل العلم، فإن أحكامه كلها تنقض، والسبب في ذلك أن عدم مشاوره الجاهل لأهل العلم يعدّ جوراً منه⁽³⁾.

4. يجوز نقض الأحكام القضائية إذا كانت التولية لقاضيين ينظران القضية نفسها، وسبب ذلك اختلاف الأغراض عندهما، وإمكان عدم الاتفاق بينهما، وبسبب ذلك تبطل الأحكام القضائية⁽⁴⁾.

5. إذا حكم القاضي بظنه وتخمينه دون الاستناد على دليل، فإن حكمه القضائي باطل، يجوز له ولغيره نقضه، لأنه خلاف الحق وظلم وفسق، فلا يجوز أن يحكم بالتخمين والظن⁽⁵⁾.

6. عندما ينظر القاضي في النزاع المعروض أمامه يجب على العلماء الذين يحضرون مجلس القضاء أن يردوا القاضي إذا أخطأ في الحكم القضائي، لكن يجب أن يكون ردهم برفق ولين، ولا يجوز لهم أن يسكتوا ليدعوا القاضي ينفذ الحكم القضائي الخاطئ الذي أصدره، فلا يستطيع إرجاعه بعد التنفيذ⁽⁶⁾.

7. القاضي الجاهل تنقض أحكامه التي خالفت الصواب في الميل عن الكتاب والسنة، أما إذا حكم في مختلف فيه، فلا يتعرض حكمه القضائي للنقد؛ وأما القاضي الذي يتبع أقوال الأمير أو الوزير وهو جاهل، فيجب النظر في أحكامه، فما وافق الحق أمضاه، وما خالفه نقضه⁽⁷⁾.

(1) عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، مصدر سابق، ص 87، وأيضا برهان الدين بن فرحون اليعمري، مصدر سابق، ص 69.

(2) أبو القاسم بن جلاب البصري، التفریح، ج 2، تحقيق د. حسين سالم الدهمان، ط 1، دار الغرب الإسلامي، لبنان بيروت، 1987 م، ص 235.

(3) برهان الدين بن فرحون اليعمري، مصدر سابق، ص 65، وأيضا علي بن محمد اللخمي، مصدر سابق، ص 5365.

(4) عياض بن موسى اليحصبي، مصدر سابق، ص 1610.

(5) جلال الدين عبد الله بن نجم بمشاس، مصدر سابق، ص 1016، وأيضا خليل بن إسحاق الجندي، مصدر سابق، ص 423.

(6) عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، مصدر سابق، ص 18.

(7) المصدر نفسه، ص 91.

8. أحكام الخوارج مردودة إلا ما ثبتت فيه موافقته للحق ببينة، وذلك لأنها مثل أقضية أهل السوء⁽¹⁾.
9. لو أن قاضيا نقض حكم قاض قبله، ثم ولي ثالث فرأى أن النقض جائر أو خطأ، فيستطيع نقضه، إذا كان الحكم القضائي الذي أصدره القاضي الأول موافقا للحق؛ أما إذا كان مخالفا للحق وقضاء القاضي الثاني في نقضه وافق الحق فيمضي النقض⁽²⁾.
10. الحاكم إذا اجتهد قبل تنفيذ الحكم، فإنه يرجع عن حكمه القضائي وينقضه، إن تبين له خطأه⁽³⁾.
11. القاضي المتعسف الجائر ترد جميع أحكامه القضائية، دون حاجة إلى النظر في سجله وتستأنف جميع أحكامه⁽⁴⁾، وقيل: إن كان فيها أحكام صائبة تمضي دون الجائرة⁽⁵⁾.
12. إذا حكم القاضي في أمر مختلف فيه وكان له فيه رأي، وحكم بخلافه سهوا أو خطأ، فله وحده أن ينقضه، ولا يجوز لغيره نقضه، إلا إذا جاء غيره من القضاة ببينة على خطئه في حكمه القضائي، ففي هذه الحالة يجوز له ولغيره نقضه؛ أما إذا حكم في قضية وكان حكمه خاطئا، فله أن ينقض حكمه القضائي وإن كان الحكم موافقا لرأي فقيه آخر⁽⁶⁾.
13. إذا بنى القاضي الحكم القضائي الذي أصدره على المستند الضعيف، فإنه ينقض، أي إذا استدل على الحكم بقول ضعيف كراي شاذ في الفقه، أو حديث نبوي خالف الكتاب، فإن حكمه القضائي ينقض⁽⁷⁾.
14. إذا كان القاضي غير مجتهد، فإن أحكامه القضائية تنقض في حالة وجود المجتهد مع تمكنه من النظر في المنازعات وإصدار الأحكام القضائية⁽⁸⁾.

(1) عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، المصدر السابق، ص 94.

(2) المصدر نفسه، ص 98.

(3) عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، مصدر سابق، ص 1560.

(4) علي بن محمد اللخمي، التبصرة، تحقيق د. احمد عبد الكريم نجيب، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، بدون تاريخ طبع، ص 5365.

(5) جلال الدين عبد الله بن نجم بمشاس، مصدر سابق، ص 1014، وأيضا بن عبد البر النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق د. محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، ط 1، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1987 م، ص 957.

(6) المصدر نفسه، ص 1016.

(7) الإمام القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مصدر سابق، ص 35، 82.

(8) خليل بن إسحاق الجندي، مصدر سابق، ص 389.

15. جواز النقض إذا خالف الحكم القضائي دليلاً قاطعاً، أو قامت بينة على أنه حكم بخلاف مذهبه سهواً⁽¹⁾، أو خالف قياساً جلياً⁽²⁾.
16. للقاضي أن يفسخ الحكم القضائي الذي أصدره غيره من القضاة شرط أن يبين السبب الذي جعله ينقض الحكم، أما إذا أراد أن ينقض الحكم الذي أصدره هو نفسه، ففي المسألة قولان: القول الأول جواز ذلك، والقول الآخر عدم جوازه⁽³⁾.
17. ذكر أحد الفقهاء جواز النقض، وحصر تلك الحالات في أربع فقط، ما عداها يكون الحكم غير قابل للنقض، الحالة الأولى إذا خالف دليلاً قاطعاً جاز له ولغيره نقضه، الحالة الثانية إن يحكم بظنه وتخمينه بلا اجتهاد جهلاً منه، فكما في الحالة الأولى له الجواز ولغيره في نقضه، الحالة الثالثة إن يحكم باجتهاده ثم يرى أن الصواب في اجتهاد آخر، فليس لأحد سواه نقضه، وفي نقضه من قبل القاضي نفسه رأيان: الأول الجواز، والثاني عدم الجواز، الحالة الرابعة إن يحكم برأى غيره سهواً منه وخطأً، فيستطيع وحده أن يفسخه، وليس لغيره ذلك⁽⁴⁾.
18. إذا عدل القاضي المقلد عن المشهور، وإذا عدل المجتهد عن الراجح عنده، أو إذا اتبع القاضي هواه في إصدار الحكم القضائي، فإن قضاءه يجوز نقضه في الحالات سابقة الذكر⁽⁵⁾.
19. إذا حكم القاضي باجتهاده، ثم رأى الانتقال إلى اجتهاد آخر، فإن ذلك الانتقال من اجتهاد إلى آخر ينقض الحكم، وفي هذه المسألة خلاف؛ حيث قال اتجاه بجواز النقض، وقال آخر بعدم جواز النقض، وذهب قول ثالث إلى التفصيل بين المال والنكاح، فإذا كان الحكم القضائي يخص مالا، نقض الحكم؛ وإذا كان الحكم القضائي يخص نكاحاً أو فسخ نكاح، لم ينقض الحكم⁽⁶⁾.
20. إذا قضى القاضي بجور، فيجب عليه نقض الحكم إلا إذا فات الأوان على النقض، كأن يكون قصاص واستوفي، أو يكون مال وأخذ⁽⁷⁾.

(1) المصدر نفسه، ص 421.

(2) بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، ج 1، ط 1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، مصر القاهرة، 2008م، ص 840.

(3) خليل بن إسحاق الجندي، المصدر السابق، ص 427، وأيضاً بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، مصدر سابق، ص 841.

(4) أبو بكر بن الحسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ج 3، ط 2، دار الفكر، بلا مكان ولا سنة طبع، ص 204، وأيضاً الإمام القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ص 134.

(5) علي بن عبد السلام التسولي، مصدر سابق، ص 44.

(6) علي بن محمد اللخمي، مصدر سابق، ص 5357.

(7) المصدر نفسه، ص 5363.

21. للقاضي أن ينقض حكم نفسه، وذلك في حالة إذا ظهر له أن اجتهادا آخر غير الذي حكم به هو الأصوب، وفي حالة إذا كان مقلدا وعدل عن تقليده لآخر، فإن رأى الحكم نفسه أمضاه وإلا نقضه⁽¹⁾.

22. إذا قال القاضي: ثبت عندي ولم يثبت عنده ولم يتأكد ويقتنع بثبوتة عنده، أو لم تحضر البيئة الشخصية، فإن الحكم لا ينفذ، وإذا ثبت أن المحكوم عليه عدو للقاضي لم ينفذ أيضا⁽²⁾.

23. لا ينفذ الحكم القضائي خارج الاختصاص الزماني والمكان، ويجوز نقضه إذا صدر خارجا عن هذه الاختصاصات⁽³⁾.

24. إذا أثبت الخصم تجريح البيئة الشخصية التي قدمها خصمه، وقضى بها القاضي، فإن ذلك يعد سببا لنقض الحكم القضائي⁽⁴⁾.

25. إذا حكم القاضي بعلمه، أو إذا استند إلى سنة غير مشهورة، فإن حكمه ينقض⁽⁵⁾.

26. إذا أخطأ القاضي في الحكم، أو إذا خالف مذهبه سهوا، أو إذا تبين خطأ واضحا في حكمه، فإن حكمه ينقض⁽⁶⁾.

27. قاضي الجماعة (قاضي القضاة) يجب أن يتبين الأحكام القضائية لقضاته وأن يتصفحها⁽⁷⁾، فما وافق الحق منها مضى، وما خالفه نقض.

28. إذا قدم المحكوم عليه طلب فسخ الحكم القضائي، فله ذلك في حال أثبت خطأ القاضي أو جوره، أو أثبت عداوة القاضي له، أو أتى ببينة جديدة فتسمع منه على أحد الأقوال، أو أثبت تقصير القاضي في التثبت من صحة البيئة التي جليها الخصم⁽⁸⁾.

(1) علي بن محمد اللخمي، المصدر السابق، ص 5369.

(2) الإمام القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ص 110.

(3) المصدر نفسه، ص 118.

(4) المصدر نفسه، ص 135، وأيضا عبد الواحد بن إسماعيل الروياني، مصدر سابق، ص 72.

(5) ابن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مصدر سابق، ص 957، 960.

(6) برهان الدين بن فرحون اليعمري، مصدر سابق، ص 63، 64.

(7) برهان الدين بن فرحون اليعمري، المصدر السابق، ص 68.

(8) المصدر نفسه، ص 71.

المبحث الثاني: أدلة فقهاء المذهب المالكي المانعين من الطعن في الحكم القضائي

ذهب جانب كبير من فقهاء المذاهب الإسلامية إلى منع الطعن في الحكم القضائي، فالحكم الذي يصدر من القاضي يكون كالسهم الذي انطلق من قوسه، فلا سبيل إلى إرجاعه، ولا محيص من إصابته الهدف، فإن أصاب فقد حقق العدالة، وإن أخطأ فقد حقق الاستقرار؛ فعدم الرضا بالحكم القضائي يؤدي إلى الرد على القاضي الذي هو رد على الله، وفي ذلك شرك بالله انطلاقاً من كون القاضي موكلاً من قبل الله في إصدار الأحكام القضائية، فالحكم الذي يصدره القاضي يحمل قوة النص القرآني أو السنة الشريفة أو الاجتهاد المتعبد به، وسنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: الأول منها بعنوان الأدلة النقلية على منع الطعن في الحكم القضائي، وثانيها وسمناه بعنوان الأدلة العقلية على منع الطعن في الحكم القضائي، وأخيراً فقد خصصناه إلى الحالات التي منع فيها الطعن في الحكم القضائي.

المطلب الأول: الأدلة النقلية على منع الطعن في الحكم القضائي

إن فقهاء المذهب المالكي استدلو على عدم جواز الطعن في الحكم القضائي بالدليل النقلية الآتي:

لا يجوز للقاضي أن ينقض قضاء من سبقه، وذلك لأن القاضي نائب عن الله تعالى في إنشاء الحكم القضائي، لذلك فالراد على القاضي راد على الله تعالى⁽¹⁾، والدليل على ذلك قوله تعالى: (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً)⁽²⁾؛ وهذا هو السر في عدم جواز نقض قضاء القاضي، إذ دلت هذه الآية على أن الطعن بالحكم القضائي الصادر من النبي (ص) غير جائز، وذلك لوجوب التسليم بحكمه، لأنه خليفة الله في الأرض وصاحب الولاية الكبرى المقتضية نفوذ حكمه على العباد الواجب عليهم ألا يروا حرجاً حتى في أنفسهم من الحكم القضائي الصادر من النبي (ص).

المطلب الثاني: الأدلة العقلية على منع الطعن في الحكم القضائي

الأدلة العقلية التي استند عليها فقهاء المذهب المالكي على منع الطعن في الحكم القضائي نستعرضها كما يأتي: فقد نقل عن مالك في عدم جواز نقض قضاء القاضي السابق من قبل القاضي اللاحق، حيث كتب عبد الملك إلى إبان ينهيه عن التعرض لما قضى فيه ابن الزبير وقال إن نقض القضاء عنا معن⁽³⁾.

إن الدليل السابق تأتي قوته من استناد إمام المذهب به كدليل لمنع الطعن في الحكم القضائي، فالقاضي إذا أصدر حكماً قضائياً، امتنع على غيره من القضاة نقضه وإصدار حكم آخر في القضية نفسها.

بأن حجية قول الصحابي وسنته لا تدل على حكم شرعي، إن مذهب الصحابي عند فقهاء المالكية حجة يعمل بها ويستند إليها، لكن ذلك من المسائل المختلف فيها⁽⁴⁾، إن هذا الدليل لا يمكن عدّه دليلاً نقلياً، وذلك

¹علي بن عبد السلام التسولي، مصدر سابق، ص 36.35، وأيضاً الإمام القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ص 146.

²الآية (65) من سورة النساء.

³عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، مصدر سابق، ص 93.

⁴أحمد كاظم الهادي، مصدر سابق، ج 2، ص 209.

لكون من صدر عنه هو صحابي، ولا يمكن عدّها سنة في أي حال من الأحوال، وفي عدّه حجة عدة أقوال، وأن الصحابة في زمن الرسول (ص) عند إصدارهم أحكاماً قضائية لم يرد فريق منهم على أحكام الفريق الآخر، ذلك لأن أصالة صحة الأحكام القضائية جارية، حيث لم يدع أحد على حكم أو حاكم بالجور، ومع ذلك الادعاء فيجوز النظر في أحكام بعضهم، والسبب الآخر في عدم النظر في أحكام بعضهم، هو أن الأحكام القضائية عند صدورها وفق الموازين الشرعية، فإنها تكتسب حجية الحكم القضائي، والذي يمنع من تجدد المنازعة بعد الفصل فيها بحكم قضائي، فلا يوجد خصومة حتى ينظروها، لكن لا يمنع الطعن وفق الطرق المقررة في الشرع؛ أما من حيث الدلالة إن اعتبرنا حجيته، فهو لا يدل على عدم جواز نقض الحكم القضائي، بل يدل على حجية الحكم القضائي، التي تعني بقاء الحكم القضائي ملزماً ومرعياً، مع إمكان سلوك المحكوم عليه طرق الطعن المقررة، وقد ذهب أحد الآراء إلى أن حجية الحكم القضائي عند ثبوتها في حكم قضائي تمنع النظر فيه مرة أخرى من قبل غيره من القضاة⁽¹⁾.

واستدلوا أيضاً بأن القاضي العالم العادل والذي لا يعلم منه إلا الخير، لا تتعقب أحكامه القضائية، ولا تنقض ولا تنظر من قبل قاض غيره، ولا تتعقب بالتفتيش، إلا في ما خالف قاطعاً من كتاب الله أو سنة الرسول (ص) أو الإجماع⁽²⁾، وبغير ذلك لا ينفذ لأحد قضاء.

يميل الباحث إلى أن هذا الدليل يقصد منه حجية الحكم القضائي، ولا يقصد به منع الطعن في الحكم القضائي، فالحكم القضائي الذي وافق الحق وذلك بصدوره عن أهله، فانه اكتسب حجية الحكم القضائي التي تمنع من النظر في ذلك النزاع مرة أخرى، لأنه انفصل بالحكم القضائي الذي أصدره القاضي الأول؛ أما في حالة مخالفة ذلك الحكم لكتاب الله وسنة رسول الله (ص) والإجماع، فان ذلك الحكم لم يكتسب حجية الحكم القضائي، فهو والعدم سواء، ولم يفصل في الخصومة، وإنما بقيت قائمة، لذلك يجوز عرضه على المحكمة نفسها، أو عرضه على قاض آخر للفصل في الخصومة⁽³⁾.

واستدل مناصرو عدم جواز الطعن بأن الحكم القضائي المستند على الإجماع والمستند على القول المختلف فيه لا يجوز نقضه، لأن الإجماع دليل قطعي على حكم الله من قبل صاحب الشرع؛ أما عدم جواز نقض الحكم القضائي المستند على القول المختلف فيه، فدليله أن الله تعالى جعل للقضاة أن يحكموا في مسائل الاجتهاد بأحد القولين، فإن قضوا بأحد هذين القولين كان ذلك حكم الله تعالى في تلك الواقعة بالخصوص، والنص على الحكم بالدليل المتقدم يكون كنص من الله تعالى على تلك الواقعة بالخصوص، فحتى لو تحقق التعارض بين الدليل الدال على تلك الواقعة وبين الحكم القضائي، فان الحكم يعد دليلاً خاصاً في

(1) د. محمد نعيم ياسين، مصدر سابق، ص 25. 26.

(2) جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، مصدر سابق، ص 1014، وأيضاً خليل بن إسحاق الجندي، مصدر سابق، ص 421، وأيضاً علي بن عبد السلام التسولي، مصدر سابق، ص 41، علي بن محمد اللخمي، مصدر سابق، ص 5365، وأيضاً الإمام القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ص 130.

(3) د. حسن بن أحمد الحمادي، مصدر سابق، ص 113، 115.

هذه الواقعة بالخصوص قيد الدليل العالم الذي يحكم الوقائع المتشابهة، وعند تعارض الخاص مع العام يقدم الخاص، وأيضا إن الإجماع متحصل على كون القاضي يحكم بالأراء الموجودة في المختلف فيه، فيصبح الحكم المستند على الاجتهاد في المختلف فيه أقوى من الحكم المستند على الإجماع، فالأول استند على دليل الإجماع، والأخر استند على قاعدة أصولية إضافة إلى استناده على الإجماع⁽¹⁾.

تلخيص ذلك كله أن الحكم القضائي صدر في الحالات السابقة وفق المقاييس والموازن الشرعية التي تجعله نافذا لاكتسابه حجية الحكم القضائي، فكل حكم صدر موافقا للحق يكون نافعا قاطعا للخصومة، لا يجوز تناول الخصومة نفسها مرة أخرى لانقطاعها بالحكم القضائي الذي أصدره القاضي الأول⁽²⁾.

واستدلوا أيضا على منع الطعن في حالة وجود مسألة فقهية فيها عدة آراء وحكم القاضي، وفقد أحد الآراء، فإن اتصال الحكم القضائي بالرأي الفقهي يقوي ذلك الرأي، فلا يستطيع الرأي الآخر المخالف الذي يرى غير ما يرى الأول نقض الرأي الأول لصدور حكم قضائي، فالحكم يرفع الفتاوى وتصير المسألة كالمجمع عليها بسبب اتصال الحكم بها⁽³⁾،⁽⁴⁾.

وذهبوا إلى منع الطعن بالحكم القضائي مستنديين إلى حالة القول بجواز نقض الحكم القضائي المستند على الاجتهاد، إذ لن يبقى حكم على حاله ولما استقر حكم فلا يثق أحد بالحكم القضائي الذي يصدره القاضي⁽⁵⁾، وهذا يؤدي إلى تضرر الناس والمجتمع، ولأنه لو نقضه لجاز له نقض الثاني والثالث والرابع، ولا يقف عند حد، فلا يثق أحد به وفي ذلك ضرر شديد كما أسلفنا⁽⁶⁾، ويرى أحد الفقهاء أن الحكم القضائي الذي يصدره الغير لا يجوز نقضه بأي حال من الأحوال إلا إذا تبين جوره، وقام الدليل على ذلك الجور، لأن نقض الأحكام القضائية ضرر بالناس ووهن بالقضاة؛ فان للقاضي أعداء كثر إن عزل أو مات أرادوا الانتقام منه بنقض أحكامه القضائية، فلا ينبغي للسلطان أو الخليفة أن يمكنهم من ذلك النقض⁽⁷⁾.

يرى الباحث أن هذا الدليل هو لحجية الأحكام القضائية، وليس لمنع الطعن بالأحكام القضائية، فإن من أركان حجية الحكم القضائي صيانة ولاية القضاء من التعرض لها بنقض أحكامها، والذي يؤدي إلى جنوح الأفراد إلى القوة الشخصية وأخذ الحق باليد، دون اللجوء إلى القضاء، وهذا يؤدي إلى أن تسود شريعة الغاب، فيأكل القوي الضعيف⁽⁸⁾؛ أما في ما يخص الشطر الأول من الدليل وهو إن جواز النقض يؤدي إلى تعدد الطعون وتسلسلها ويؤدي ذلك إلى عدم ثبوت حكم قضائي، فهذا لا يمكن التسليم به، إذ الحكم الذي اكتسب

(1) الإمام القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مصدر سابق، ص 81.80، 129.

(2) حسن بن احمد الحمادي، مصدر سابق، ص 111.112.

(3) الإمام القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، المصدر السابق، ص 83، 124.

(4) راجع صفحة (113) من هذه الرسالة.

(5) الإمام القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ص 133، 134.

(6) برهان الدين بن فرحون اليعمري، مصدر سابق، ص 2.

(7) برهان الدين بن فرحون اليعمري، المصدر السابق، ص 66.65.

(8) حسن بن احمد الحمادي، مصدر سابق، ص 81.80.

الدرجة القطعية لا مجال لنقضه، وهذا موجود في كل نظام قضائي، فلا يوجد نظام قضائي يبيح الطعن إلى ما لا نهاية، فإذا اكتسب الحكم القضائي درجة القطعية، وتمت جميع آثاره، ومضى الزمان، فإن ذلك يعد سببا في عدم جواز نقض الحكم في هذه الحالة مراعاة لاستقرار الحقوق والأحكام القضائية، إذ لو قلنا بجواز النقض، لأدّى ذلك إلى زعزعة الاستقرار في المجتمع وعدم ثبوت حكم على حاله، ولكانت جميع المراكز القانونية في قلق، وهذا هو مبدأ حجية الحكم القضائي⁽¹⁾؛ فإن الحكم إذا صدر من القاضي وكان حكما قطعيا من تلك المحكمة اكتسب حجية الحكم القضائي، والذي تضمن بقاءه مرعيا ما لم ينقض أو يفسخ من المحكمة نفسها أو من محكمة أعلى، لكن عند مرور الزمان وتنفيذ الحكم فإن الحكم يكتسب الدرجة القطعية مع اكتسابه حجية الحكم القضائي، فيكون غير قابل للطعن، وهذا الرأي قد تبناه قانون المرافعات العراقي، حيث نص على ما يأتي: (المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن، وتقتضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية)⁽²⁾.

كما واستندوا إلى أن الحكم القضائي المستند إلى كتاب الله تعالى وسنة رسول الله (ص) هو حق لا شك فيه⁽³⁾. يرى الباحث أن هذا الدليل لا يقصد منع الطعن في الحكم القضائي، وإنما يقصد حجية الحكم القضائي، فإن هذا الحكم القضائي الذي وافق الحق وصدر وفق الموازين الشرعية اكتسب حجية الحكم القضائي، التي تمنع من تجدد النزاع أمام المحكمة نفسها أو أمام غيرها من المحاكم، لكن تبيح سلوك طرق الطعن المقررة⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: الحالات التي منع فيها الطعن في الحكم القضائي

أورد علماء المذهب المالكي بعض الحالات التي منعوا فيها الطعن بالحكم القضائي نورد هذه الحالات كما يأتي:

1. نقل الإجماع على عدم جواز نقض الحكم القضائي المستند على الرأي المعارض للرأي الأول الراجح عليه⁽⁵⁾.

2. إذا حكم القاضي بقضية وفق قول الشهود، وبعد الحكم رجع الشهود عن قولهم وذلك إما بادعاء الخطأ أو تكذيب أنفسهم، فأما إذا ادعوا الخطأ، فلا ينقض الحكم لاحتمال أن يخطئوا في قولهم الثاني ولا مائز بين

(1) د. حسن بن احمد الحمادي، مصدر سابق، ص 79. 80.

(2) المادة (171) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

(3) عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، مصدر سابق، ص 15.

(4) محمد منعم ياسين، مصدر سابق، ص 29.

(5) الإمام القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مصدر سابق، ص 135.

القولين خصوصا وقد اتصل الحكم بقولهم، وأما إذا ادعوا كذبهم فلا ينقض الحكم أيضا، لأن ادعاء كذبهم تفسيق لأنفسهم، ولا ينقض الحكم بقول الفاسق⁽¹⁾.

3. الأصل عند الإمام مالك بن أنس الأصبحي وبعض علماء مذهبه أن الطعن غير جائز، لكن جوزوه عندما يرى القاضي وجهها للنقض²، بأن يكون خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع³ أو تأويلا مجمعا عليه⁴، أو خالف الظن الجلي، أو إذا كان مبنيا على رأي من آراء العلماء أو مبنيا على الاستحسان⁽⁵⁾.

4. حكم الحاكم يلزم كل أحد تنفيذه، وإن رجع الشهود عن شهادتهم بأن قالوا: أخطأنا⁽⁶⁾، فلا ينقض الحكم لاحتمال كذبهم في الثانية، وقد تقوى قولهم الأول بقضاء القاضي، أما إذا حكم القاضي باجتهاده فلا يجوز أن ينقض بالاجتهاد لأنهما في مرتبة واحدة⁽⁷⁾، ولا يرد رأي إلى رأي⁽⁸⁾، إضافة إلى أن الشهادة تصبح حقا للمشهود له، فلا ينتقض برجوعهم إذا قالوا أخطأنا لاحتمال خطأهم في الرجوع⁽⁹⁾.

5. وقد صح (أن عمر لما كثر اشتغاله قلد القضاء أبا الدرداء، واختصم إليه رجلان، ف قضى لأحدهما، ثم لقي عمر المقضى عليه فسأله عن حاله، فقال: قضى علي، فقال عمر: لو كنت أنا مكانه لقضيت لك، فقال المقضى عليه: وما يمنعك من القضاء، قال: ليس هنا نص والرأي مشترك⁽¹⁰⁾)، ويروى أيضا (أن عمر استعان بزید بن ثابت، ف قضى زيد بين رجلين، ثم لقي عمر أحد الخصمين، فقال أن زيدا قضى علي...)، والتكملة مثل الرواية السابقة⁽¹¹⁾.

6. عدم جواز نقض قضاء القاضي إذا كان يريد نقض حكم قاض غيره مما فيه اختلاف بين العلماء⁽¹²⁾.

(1) عبد العزيز بن إبراهيم بن بزيعة التونسي، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ج 1، تحقيق عبد اللطيف زكاغ، ط 1، دار بن حزم، لبنان بيروت، 2010م، ص 1384.

(2) الإمام مالك بن أنس الأصبحي، مصدر سابق، ص 3.

(3) أبو بكر بن حسن الكشناوي، مصدر سابق، ص 203.

(4) ابن عبد البر النمري القرطبي، مصدر سابق، ص 960.

(5) خليل بن إسحاق الجندي مصدر سابق، ص 421.

(6) عبد العزيز بن إبراهيم بن بزيعة التونسي، المصدر السابق، ص 1384.

(7) عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج 24، ط 1، دار بن القيم بالتعاون مع دار بن عفان، المملكة العربية السعودية الرياض، 2008م، ص 26، 85، 90.

(8) جلال الدين عبد الله بن نجم بم شاس، مصدر سابق، ص 1016.

(9) عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، ج 1، تحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، بدون سنة طبع، ص 1561.

(10) عثمان بن علي الزيلعي، مصدر سابق، ص 188.

(11) محمد بن أحمد بدر الدين العيني، مصدر سابق، ص 49.

(12) أبو سعيد البراذعي، مصدر سابق، ص 575.

7. إذا حكم القاضي بشاهد ويمين في الأموال، وجاء قاض آخر فنقض حكمه، وولي ثالث القضاء، فلينقض قضاء الثاني، ويمضي حكم القاضي الأول، لأن من العظيم أن يرد ما حكم به رسول الله (ص) وعلي (ع)⁽¹⁾.
8. عدم جواز نقض الحكم المستند على دليل مسكوت عنه إذا وافق القواعد⁽²⁾.
9. عدم جواز نقض أحكام ولاية المياه والمناهل أو والي الفسطاط أو أمير الصلاة أو والي الإسكندرية إلا في الجور البين⁽³⁾.
10. إذا اشتكى على القاضي في أن أحكامه جائرة، فلا يأخذ القاضي الجديد بقول المشتكى إلا إذا أتى بكتاب فيه من قضاء القاضي السابق وفيه جور بين⁽⁴⁾.
11. إذا فسخ القاضي حكم غيره من القضاة، فإن ذلك غير معتد به، إلا إذا بين في فسخه لحكم من سبقه خطأ بينا⁽⁵⁾.
12. لا يجوز نقض الحكم القضائي إذا أتى المحكوم عليه ببينه كان قد أغفلها أو أحد القولين في أن يأتي ببينه لم تكن قد شهدت له ولا احضرها، أو إذا كان النقض بلا مبرر، وإنما ينقض قضاءه بهواه⁽⁶⁾.

الخاتمة :

1. إن الطعن بالحكم القضائي موجود في الفقه المالكي، وإن من قال بعدم جواز النقض قد خلط بين عدم جواز نقض الحكم القضائي وبين حجية الشيء المقضي فيه.
2. ذهب جانب كبير من الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه إلى أن إقرار الطعن في الحكم القضائي يؤدي إلى تسلسل بالطعون، فالثاني ينقض الأول، والثالث ينقض الثاني، وهذا يؤدي إلى عدم ثبوت حكم قضائي على حاله، مما يؤدي إلى استمرار النزاعات، وقد ناقشنا هذا الدليل بعدم وجود نظام قانوني يبيح الطعن إلى ما لا نهاية، بل في كل نظام قضائي يوجد حكم يكون باتا غير قابل للطعن فاصلا للنزاع بصورة نهائية، وهو وفق المذهب الإمامي الحكم بحكم الإمام المعصوم (ع)، ووفق مذاهب الجمهور الحكم الموافق للحق.
3. استدلل القائلون بمنع الطعن في الحكم القضائي إلى أن القول بجواز الطعن في الحكم القضائي يؤدي إلى الهرج والمرج، ويؤدي إلى استمرار الخصومات، ولذلك فإن الحكم القضائي يتمتع بالثبات والقوة والاستحكام، وأن القول بجواز النقض سيؤدي إلى جواز نقض حتى الأحكام المستندة إلى دليل قوي، وناقشنا هذا الدليل وتوصلنا إلى أنه يخص حجية الحكم القضائي، فإن القضاء وفق الموازين الشرعية يكسب الحكم الحجية،

(1) عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، مصدر سابق، ص 99.

(2) الإمام القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مصدر سابق، ص 91.

(3) الإمام القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ص 137، وأيضا بن عبد البر النمري القرطبي، مصدر سابق، ص 959.

(4) بن عبد البر النمري القرطبي، المصدر السابق، ص 959.

(5) برهان الدين بن فرحون اليعمري، مصدر سابق، ص 64.

(6) علي بن محمد اللخمي، مصدر سابق، ص 5350، 5359.

ويمنع رفع النزاع مرة أخرى أمام القضاء، دون المساس بحق الخصوم بمراجعة الحكم عن طريق الطعن فيه عند توفر أسباب ذلك؛ أما الطعن الذي يؤدي إلى إمكان الطعن بالحكم حتى وإن كان مستنداً إلى دليل قوي، فإن ذلك ما لم يقل به أحد، لأن الحكم القضائي المستند إلى دليل قوي هو حكم وفق الموازين الشرعية، هو حكم الإمام (ع) وموافق للحق، فلا يجوز الطعن فيه ولا نقضه، وإن نقضه هو رد على الإمام (ع)، وهو على حد الشرك بالله.

4. إن الحكم القضائي يستوجب أن توجد خصومة، وبالحكم القضائي الأول ارتفعت هذه الخصومة، فلا يتسنى للقاضي الثاني إصدار حكم قضائي ثان أو نقض الحكم القضائي الأول، وناقشنا هذا الدليل بأن ليس كل حكم قضائي يرفع الخصومة، وإنما يجب أن يكون الحكم القضائي وفق الموازين الشرعية ممن هو أهل لإصداره، فإذا صدر خلاف هذه الشروط، فإن الخصومة تبقى قائمة لا تنقطع، ويجب نقض الحكم القضائي الأول وإصدار حكم جديد لقطع الخصومة.

5. ذهب جانب من الفقه إلى أن الطعن في الحكم القضائي يؤدي إلى تعطيل الولاية الشرعية وتعطيل الأحكام القضائية، وناقشنا دلالة هذا الرأي على حجية الأحكام القضائية، وليس على منع الطعن في الحكم القضائي؛ حيث إن الحكم القضائي إذا خالف دليل قطعي، فإنه لا يكتسب حجية الأحكام القضائية، ويجوز عرض النزاع مرة أخرى أمام القضاء.

المصادر:

قائمة القرآن الكريم

1. ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تحقيق يوسف بن احمد البكري ، بيت الأفكار الدولية ، الأردن عمان ، 2007م.
2. ابن فرحون اليعمري ، تبصرة الحكام في مناهج الأقضية وأصول الأحكام ، ج 1 ، طبعة خاصة ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية الرياض ، 2003م.
3. أبو القاسم بن جلاب البصري ، التفرع ، ج 2 ، تحقيق د. حسين سالم الدهمان ، ط 1 ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان بيروت ، 1987م.
4. أبو بكر بن الحسن الكشناوي ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك ، ج 3 ، ط 2 ، دار الفكر ، بلا مكان ولا سنة طبع.
5. أبو سعيد البراذعي ، التهذيب في اختصار المدونة ، ج 3 ، تحقيق الدكتور محمد الأمين محمد سالم بن الشيخ ، ط 1 ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، الإمارات العربية المتحدة دبي ، 2002م.
6. أبو عبد الله محمد التأودي ، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام ، ج 1 ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون مكان ولا سنة طبع ؛ ملاحظة طبع هذا الكتاب مع كتاب البهجة في شرح التحفة في مجلد واحد.

7. احمد بن إدريس القرافي ، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، ط2 ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، حلب ، 1995م.
8. الامام القرافي ، الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية ، حلب ، 1995م.
9. الإمام القرافي ، الذخيرة ، ج10 ، ط1 ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان بيروت ، 1994م .
10. برهان الدين بن فرحون اليعمري ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، ج1 ، طبعة خاصة ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية الرياض ، 2003م.
11. بن خلدون ، ابن خلدون ورسائله للقضاة مزيل الملام عن حكام الأنام ، تحقيق د. فؤاد عبد المنعم احمد ، ط1 ، دار الموطن ، الرياض ، 1417هـ.
12. بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري ، الشامل في فقه الإمام مالك، ج1 ، ط1 ، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ، مصر القاهرة ، 2008م .
13. جلال الدين عبد الله بن نجم بم شاس ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، ج1 ، تحقيق د. حميد بن محمد لحر ، دار الغرب الإسلامي، دون مكان ولا سنة طبع.
14. خليل بن إسحاق الجندي ، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب ، ج7 ، منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ، بدون مكان طبع ، 2009م.
15. عبد العزيز بن إبراهيم بن بزيذة التونسي ، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين ، ج1 ، تحقيق عبد اللطيف زكاغ ، ط1 ، دار بن حزم ، لبنان بيروت ، 2010م.
16. عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة وغيرها من الأمهات ، ج8 ، تحقيق محمد الأمين بوخيزة ، دار الغرب الإسلامي، بلا مكان ولا تاريخ طبع.
17. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ، نهاية المطلب في دراية المذهب ، ج18 ، تحقيق د. عبد العظيم محمود الديب ، ط1 ، دار المنهاج ، جدة ، 2007م.
18. عبد الوهاب البغدادي ، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن انس ، ج1، تحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية ، مكة المكرمة ، بدون سنة طبع.
19. عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، ج24 ، ط1 ، دار بن القيم بالتعاون مع دار بن عفان ، المملكة العربية السعودية الرياض ، 2008م.
20. عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي ، التلقين في الفقه المالكي ، تحقيق محمد بوخيزة الحسني و بدر بن عبد الإله العمراني ، ط1، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية ، لبنان بيروت ، 2004م.
21. علي بن عبد السلام التسولي ، البهجة شرح التحفة ، ج1 ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بلا مكان ولا تاريخ طبع .

22. علي بن محمد اللخمي ، التبصرة ، تحقيق د. احمد عبد الكريم نجيب ، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، قطر ، بدون تاريخ طبع.
23. عياض بن موسى اليحصبي ، التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، تحقيق د. محمد الوثيق ، ط1 ، دار بن حزم ، لبنان بيروت ، 2011م .
24. مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، ج4 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان بيروت ، 1994م .
25. د. محيي هلال السرحان ، النظرية العامة للقضاء في الإسلام ، مركز البحوث والدراسات الإسلامية ، العراق بغداد ، 2007م.
26. د. أحمد مليجي ، معالم النظام القضائي الإسلامي ، ط2 ، النقابة العامة للمحامين لجنة الفكر القانوني ، بدون مكان طبع ، 2010م.



ISSN 2415-4946

جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018