

المركز الديمقراطي العربي: برلين - ألمانيا

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي



R N/VIR. 336 - 451.B

المركز الديمقراطي العربي

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي



INTERNATIONAL JOURNAL OF LEGAL INTERPRETATIVE JUDGEMENT

R N/VIR. 336 - 451.B



DEMOCRATIC ARABIC CENTER
Germany: Berlin 10315 Gensinger- Str: 112
<http://democraticac.de>
TEL: 0049-CODE
030-89005468/030-89899419/030-57348845
MOBILTELEFON: 0049174278717

الناشر:

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية
ألمانيا/برلين

Democratic Arabic Center
Berlin / Germany

لا يسمح بإعادة إصدار هذه المجلة أو أي جزء منه أو تخزينها
في نطاق استعادة المعلومات أو نقلها بأي شكل من الأشكال، دون إذن مسبق خطي من الناشر.
جميع حقوق الطبع محفوظة

All rights reserved

No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, without the prior written permission of the publisher.

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ألمانيا/برلين

Tel: 0049-code Germany

030-54884375

030-91499898

البريد الإلكتروني

democraticac.de@judgement

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي : العدد السادس
حزيران – يونيو 2022

**International Journal of Legal Interpretative
Judgement : Sixth Issue - June 2022**



المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية
Democratic Arab Center
for Strategic, Political & Economic Studies

رئيس المركز الديمقراطي العربي:

أ. عمار شرعان

رئيس التحرير:

د. سهيل الأحمد - عميد كلية الحقوق - جامعة فلسطين الأهلية - فلسطين

رئيس اللجنة العلمية: دة ربعة تمار المركز الديمقراطي العربي ألمانيا برلين الجزائر

نائب رئيس التحرير أ. محمد كميل ، أستاذ القانون الجنائي، جامعة فلسطين الأهلية ، فلسطين.

نائب رئيس التحرير التنفيذي: أ. كريم عايش - المركز الديمقراطي العربي - ألمانيا - برلين

البريد الإلكتروني للمجلة:

judgement@democraticac.de

Nationales ISSN-Zentrum für Deutschland

ISSN 2748-5056

International Journal of Legal Interpretative Judgement

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

International Journal of Legal Interpretative
Judgement

دورية علمية دولية محكمة

Nationales ISSN-Zentrum für Deutschland

ISSN 2748-5056

International Journal of Legal Interpretative Judgement

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

مجلة علمية دولية محكمة تصدر عن المركز الديمقراطي العربي- برلين،

تعد المجلة بمثابة مرجع علمي للباحثين والمتخصصين لنشر بحوثهم المحكمة في مختلف الشؤون الفقهية والقضائية وسلك القضاء، سواء أكان ذلك في مجال القانون والفقه والقضاء خاصة الاجتهاد القضائي وإجراءات التقاضي، وطرق الإثبات، بالإضافة إلى الفروع القانونية والفقهية المرتبطة بذلك، كعلوم الشريعة والقانون، والسياسة الشرعية والقضائية والأنظمة الدستورية وغير ذلك.

تصدر بشكل دوري ولها هيئة علمية دولية فاعلة تشرف على عملها وتشمل مجموعة كبيرة لأفضل الأكاديميين من عدة دول، حيث تشرف على تحكيم الأبحاث الواردة إلى المجلة. وتستند المجلة إلى ميثاق أخلاقي لقواعد النشر فيها، وإلى لائحة داخلية تنظم عمل التحكيم، كما تعتمد "المجلة الدولية للاجتهاد القضائي" في انتقاء محتويات أعدادها المواصفات الشكلية والموضوعية للمجلات الدولية المحكمة.

أعضاء اللجنة العلمية:

- أ.د نافع الحسن - أستاذ القانون الدولي - جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين
- أ.د ماهر خضير - عضو المحكمة العليا الشرعية - ديوان قاضي القضاة - فلسطين
- أ.د جمال الكيلاني، أستاذ الفقه والتشريع، عميد كلية الشريعة، جامعة النجاح. فلسطين
- أ.د عوذة عبد الله - أستاذ التفسير - جامعة النجاح الوطنية - فلسطين
- د. علي أبو مارية، أستاذ القانون الخاص - عميد البحث العلمي والدراسات العليا، جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين
- د. محمد صعابنة، أستاذ القانون الخاص، عميد شؤون الطلبة، جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين.
- د. خالد عبد حمش، أستاذ مساعد، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق.
- د. سلام سميرة، محاضر _ أ، تخصص قانون دولي انساني، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر.
- د. ميثم منفي كاظم العميدي، أستاذ مساعد، كلية الحقوق، جامعة الكاظم، العراق.
- د. محمد جمعة، قاضي إستئناف بمجلس الدولة، مصر.
- د.ميسون طه حسين، أستاذ مساعد، كلية القانون، جامعته الكاظم، العراق.
- د. يعيش تمام شوقي، رئيس تحرير مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، الجزائر.
- د يوسف سعدون محمد، تخصص قانون مدني وإجراءات قضائية، كلية أقسام ميسان، قسم القانون، العراق
- د. معداوي نجية، أستاذة مشاركة، كلية الحقوق جامعة البلدية، الجزائر
- د. حكيم حمامة، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين.
- د. نمان عليان، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين.
- د. علاء السراوي، أستاذ الفقه وأصوله، جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين.
- د. محمود سلامة، أستاذ القانون الخاص، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين.
- د. نضال العوادة، دكتوراه في العلوم الجنائية - النيابة العامة الفلسطينية،
- د. أسامة دراج - كلية القانون - جامعة الاستقلال، فلسطين.
- د. مهنا استيتي - عميد كلية الشريعة - جامعة الخليل.
- أ. د حسين الترتوري، جامعة الخليل. فلسطين.
- د. جمال أبو سالم - رئيس قسم الفقه - جامعة القدس .
- د. أنس أبو العون - كلية الحقوق - الجامعة العربية الأمريكية.
- د. خير الدين طالب - كلية الحقوق - الجامعة العربية الأمريكية.
- د. حمزة إسماعيل، كلية الحقوق - الجامعة العربية الأمريكية.
- د. سامية عبد الاوي، أستاذ محاضر، القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة.
- د علي مراد، أستاذ مساعد، قانون، علاقات دولية، جامعة بيروت العربية.
- د. عبد الطيب ربابعة، أستاذ مشارك في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين.
- د. محمد بدوسي، أستاذ مساعد في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين.

فهرس العدد

الصفحة	المحتويات
08	الكلمة الافتتاحية
09	أستاذ علي حيدر أفندي وتأسيس نظرية الدعوى في الفقه الإسلامي Professor Ali Haydar Afandi and the Establishment of the Theory of Allegations in Islamic Jurisprudence. د. رامي «محمد جبرين» سلهب - محاضر بقسم الفقه والتشريع - جامعة الخليل - فلسطين Dr. Rami Muhammad Jebrin Salhab-instructor in the Jurisprudence of Legislation Department- Hebron University - Palestine
25	الصيغ المعاصرة للاستثمار الوقي Contemporary formulas for endowment investment عبد الله جرادات / طالب دكتوراة / جامعة إسطنبول صباح الدين زعيم / تركيا Abdallah jaradat PhD student Istanbul Sabahattin Zaim University Turkey
38	أصول المحاكمات الشرعية الإجرائية دراسة تأصيلية من الأدلة الشرعية والتراث الفقهي Fundamentals of Islamic Court Trials Review and Investigation د. أيمن عبد الحميد عبد المجيد البدارين-الأستاذ المشارك في الفقه وأصوله- كلية الشريعة والدراسات العليا- جامعة الخليل -فلسطين- أ. محمد عزات حامد النواجع- ماجستير القضاء الشرعي - جامعة الخليل -فلسطين -
86	التدابير الوقائية المتعلقة بمقصد حفظ العقل في التشريع الإسلامي Preventive Measures Related to Preserving the Mind in Islamic Legislation د.محمد مطلق محمد عساف- أستاذ مشارك في الفقه وأصوله- رئيس قسم الاقتصاد والتمويل الإسلامي في كلية الدعوة وأصول الدين- منسق برنامج دكتوراة الفقه وأصوله / جامعة القدس / فلسطين الباحث أسامة عبد الله إبراهيم الطيبي- طالب دكتوراة في برنامج دكتوراة الفقه وأصوله المشترك بين جامعات القدس والنجاح والخليل / فلسطين

108	<p>تجريم الإزعاج الليلي Nocturnal nuisance Criminalize المدرس المساعد مصطفى عماد داود، كلية الفارابي – الجامعة- العراق بغداد، مدرس القانون الجنائي.</p>
137	<p>التعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الفلسطيني Compensation for moral damage in Palestinian legislation باسل زكريا عيايدة،.. جامعة الحسن الثاني-كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، المحمدية- المملكة المغربية. محام لدى نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين</p>
162	<p>كيف تم إرساء قضاء إداري مستقل بذاته في فلسطين من خلال القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية How was an independent administrative judiciary established in Palestine Through the decree number 41 of 2020 about the administrative courts علي مهاني - باحث في القانون العام - دكتوراه في القانون العام - جامعة سوسة-كلية الحقوق والعلوم السياسية</p>
197	<p>القانون واجب التطبيق على الإخلال في عقد البيع الدولي للبضائع The law applicable to breach of an international sale contract م.م أمجد محمد نصيف، المدرس المساعد في القانون الدولي الخاص، كلية الفارابي الجامعة، العراق، بغداد.</p>
214	<p>انعكاسات التحفيزات الضريبية على تنمية المقاولات بالمغرب Implications of tax incentives for the development of enterprises in Morocco إسماعيل بوعرف: طالب باحث بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق، شعبة القانون الخاص، وجدة، المغرب.</p>
230	<p>مضامين التركة في الفقه الإسلامي والقانون The implications of the legacy in Islamic jurisprudence and law د محمد صباينة _رئيس قسم القانون الخاص بكلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية د سهيل أحمد عميد كلية الحقوق جامعة فلسطين الأهلية</p>
245	<p>الاتجاه الوطني في تفسير مجالس التذكير من كلام الحكيم الخبير لابن باديس patriotism in ibn-badis interpretation زهران عمر زهران - طالب دكتوراه، باحث في الدراسات القرآنية. جامعة النجاح الوطنية- نابلس- فلسطين ا.د. عودة عبد الله أستاذ، جامعة النجاح الوطنية، قسم أصول الدين.</p>

الكلمة الافتتاحية

د. سهيل الأحمد رئيس التحرير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه بإحسان إلى يوم الدين وبعد؛ فإنه يسعد فريق المجلة الدولية للاجتهاد القضائي أن يضع بني أيدي قرائها الأفاضل العدد السامس، حزيران 6 يونيو 2022، حيث تضمن العدد مجموعة مميزة من المقالات التي تم انتقاؤها بدقة من ضمن العديد من المقالات الواردة لهيئة التحرير، إذ تعتمد المجلة الدولية للاجتهاد القضائي في انتقائها على المعايير العلمية المتبعة والمعمول بها في الدراسات الأكاديمية المعروفة، وقد اشتمل هذا العدد على مجموعة من الدراسات والأبحاث العلمية المتعددة في بابها القانوني والشرعي والاجتهادي،

الاستاذ علي حيدر أفندي وتأسيس نظرية الدعوى في الفقه الإسلامي

Professor Ali Haydar Afandi and the Establishment of the Theory of Allegations in Islamic Jurisprudence.

د. رامي «محمد جبرين» سلهب - محاضر بقسم الفقه والتشريع - جامعة الخليل -

فلسطين

Dr. Rami Muhammad Jebrin Salhab-instructor in the Jurisprudence of Legislation Department- Hebron University - Palestine

الملخص

يعدّ الأستاذ علي حيدر أفندي من أشهر العلماء الجامعين بين علم الفقه والقانون، وقد ذاع صيته في البلاد الإسلامية بعد شرحه لمجلة الأحكام العدلية، واعتلائه لعدد من المناصب المهمة في عاصمة الدولة العثمانية، ومع ذلك لا يوجد إلى الآن بحسب اطلاعي من تولى التعريف به وبحياته وعلمه باللغة العربية، ولا إحصاء مؤلفاته ووظائفه، وبيان أثره الكبير في خدمة الفقه الإسلامي بطريقة عصريّة سوى هذه الدراسة.

وقد حاولت هذه الدراسة في قسمها الثاني أن تسلط الضوء على جهود الأستاذ في التأسيس لنظرية الدعوى في الفقه الإسلامي حيث كانت مقالاته في «أصول استماع الدعوى الحقوقية» طريقة جديدة في طرح مسائل أبواب الدعوى بطريقة تجمع بين القديم الأصيل، والجديد النافع، إضافةً إلى ما تميّزت به المقالات من مزايا رصدتها هذه الدراسة، وخُتمت ببيان صدى المقالات في كتب وبحوث المعاصرين.

الكلمات المفتاحية: علي حيدر، شرح مجلة الأحكام، مكتب الحقوق، المدرسة الملكية، أمانة الفتوى، وزارة العدلية، أصول استماع الدعوى الحقوقية، نظرية الدعوى.

Abstract

Professor Ali Haydar Afandi is considered one of Law & Jurisprudence's most renowned academics. His reputation travelled across the Islamic world after his clarification of the Mecelle, and upon holding numerous important positions within the Ottoman Empire's capital. Yet, to this day none have attempted to write a biography on his life, knowledge, and publications. Nor has anyone, apart from this current study, demonstrated his large role in serving Islamic Jurisprudence.

An attempt to shed light on the professor's efforts in establishing the theory of Allegations in Islamic Jurisprudence has been displayed in the second section of this study. His articles on

"Doctrines of Hearing the Legal Case" offered a new way of presenting procedural allegations through combining the tradition and authenticity of the old with the functionality of the present. This study also highlights other virtues of the professor's articles and closes with showing his work's reach in contemporary books and research.

Key Words: Ali Haydar, Explanation of the Mecelle, Law office, Royal School, Fatwa Integrity, Justice Ministry, Doctrines of Hearing the Legal Case, Theory of Allegations

المقدِّمة:

ليس غريباً في العلم أن تخفى على أهل العلم تفاصيل ترجمة أحد الأعلام الماضين، والفقهاء المتقدِّمين، ممن لم يكن من نصيبهم أن يعتلوا المناصب المهمة، أو يؤلفوا في شرح أحد أهم كتب العلم التي تُعتبر خلاصة فقه مذهب إمام الأئمة أبي حنيفة النعمان رحمه الله تعالى.

أما أن يخفى على أكثر المعاصرين تفاصيل ترجمة أحد أشهر المؤلفين المتأخرين أو قل: المعاصرين، ممن تولى في عاصمة الخلافة العلية أعلى المناصب، وشرح مجلة الأحكام العدلية الشرح الأوسع والأعمق والأكثر انتشاراً بين طلبة العلم في زماننا، ثم أن تخفى على كثيرين كُتبه المتميزة، وبحوثه الرائقة، فهذا هو المستغرب في زمان اهتم فيه طلبة العلم بأدعياء التجديد، ونسوا المجددين الحقيقيين للعلم.

إنك لو تأملت كتب التراجم والأعلام بالعربية فلن تجد ترجمة للأستاذ القاضي الفقيه: علي حيدر أفندي رحمه الله في أي من هذه الكتب، حتى إنك لن تصل إلى اسم أبيه وجده، أو سنة وفاته، أو أشهر كتبه، بل لقد اختلط الأمر على بعض الباحثين⁽¹⁾ حتى ترجم للأستاذ علي حيدر من المصادر التركية فنقل ترجمة جده حيدر أفندي الكبير المتوفى سنة (1321هـ)، في حين توفّي شارح المجلة المذكور سنة (1354هـ/1935م).

ثم إنك لن تجد منذ مائة عام كاملة نسخة جديدة لتلك المقالات التي أسس فيها الأستاذ علي حيدر لنظرية الدعوى في الفقه الإسلامي، على الرغم من أنه كان لصدور مقالاته وما تميّزت به الصدى الواسع بين أهل العلم في حينه، وكان رؤساء المحاكم وأساتذة كليات الحقوق وقتها حريصين كل الحرص على قراءة تلك المقالات، والاستفادة منها.

لكل ما سبق كان من الواجب أن أبتدئ جمع أول ترجمة بالعربية للأستاذ الفقيه: علي حيدر أفندي، وأن أجعل من مقالاته في «أصول استماع الدعوى الحقوقية» التي طبعت مترجمة من التركية إلى العربية قبل مائة عام محوراً للدراسة الفاحصة التي أبيت من خلالها ما تميّزت به هذه المقالات، التي يمكن اعتبارها النواة الحقيقية لتأسيس نظرية الدعوى في الفقه الإسلامي، حيث كانت المقالات قنطرة بين فقه فقهاءنا العظام، وما تفتقت عنه

¹ (القبح، مجلة الأحكام العدلية مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي، ص 61-62).

العقلية التركيبية من أنظمة وقوانين واجتهادات كانت استفادت بعضه من دراسة علم الحقوق، مع ما جادت به قرائح قضاة محكمة التمييز في الدولة العلية العثمانية.

* أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تظهر أهمية هذه الدراسة من خلال تناولها لأول ترجمة باللغة العربية للأستاذ علي حيدر، تتناول حياته العلمية والعملية، ومؤلفاته الفقهية والحقوقية، وأثرها في نهضة الدراسات الشرعية القانونية.

* مشكلة الدراسة

تتلخص مشكلة الدراسة في محاولتها الإجابة على الأسئلة الآتية:

1- ما هي معالم شخصية الأستاذ علي حيدر من حيث اسمه ومولده ونشأته.

2- ما هي المؤلفات التي أبدعها الأستاذ علي حيدر.

3- ما هي معالم نظرية الدعوى في الفقه الإسلامي عند الأستاذ علي حيدر في مقالاته.

* أهداف الدراسة ومسوغاتها:

تتمثل أهداف الدراسة ومسوغاتها في عدة أمور:

1- الكشف عن معالم شخصية الأستاذ علي حيدر من حيث اسمه ومولده ونشأته.

2- جمع أسماء المؤلفات التي اختطها الأستاذ علي حيدر، سواء كتبت بالعربية أو التركية.

3- بيان معالم نظرية الدعوى في الفقه الإسلامي عند الأستاذ علي حيدر في مقالاته في أصول استماع الدعوى.

* منهجية البحث:

1- اعتماد المنهج الوصفي في بيان معالم شخصية الأستاذ علي حيدر، والمنهج التحليلي في بيان معالم نظرية الدعوى في الفقه الإسلامي.

2- الرجوع للمصادر المكتوبة بالعربية أو التركية من أجل توثيق موضوعات البحث.

* محتوى البحث:

وقد جاء هذا البحث إضافة للمقدمة والخاتمة في مبحثين: الأول في التعريف والترجمة لمؤلف المقالات، والثاني في التعريف بالمقالات وما تميّزت به من فوائد واجتهادات كانت محلّ تقدير واستفادة كثيرين من الباحثين المعاصرين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعريفُ بالأستاذ علي حيدر

المطلب الأول: اسمه ونسبُه ومولده ونشأته

المطلب الثاني: عائلته

المطلب الثالث: تعلُّمه وتعليمه

المطلب الرابع: مؤلفاته

المطلب الخامس: مناصبه

المطلب السادس: مواقفه

المطلب السابع: وفاته

المبحث الثاني: منهجُ المؤلف في المقالات وتأسيس نظرية الدعوى

المطلب الأول: الاهتمام بالقواعد والضوابط

المطلب الثاني: الانضباط بالنصوص الفقهيَّة والقانونية

المطلب الثالث: التخرُّج على كلام الفقهاء دون الجمود على المسطور

المطلب الرابع: إثارة الأسئلة وافتراض المسائل

المطلب الخامس: نقد نصوص المجلَّة

المطلب السادس: اقتراح تكميل القوانين

المطلب السابع: بيان بعض الأفكار ومناقشتها

المطلب الثامن: مناقشة الأفكار المستوردة المخالفة لقانون الشرع

المطلب التاسع: صدى الكتاب في بحوث المعاصرين

الخاتمة والتوصيات.

المبحث الأول: التعريفُ بالأستاذ علي حيدر:

كثيرٌ هم الأعلام المعروفون بأثارهم العلميّة، رغم قلّة المنقول في تراجمهم التاريخيّة، ومن هؤلاء هذا العالم الكبير والأستاذ الشهير الذي ذاعت آثاره، وانتشرت آراؤه وأفكاره، وكان أحد المجتهدين في الفقه الإسلامي مطلع القرن الرابع عشر الهجري، ورغم هذا ورغم ما اعتلاه مترجّمنا من مناصب عليّة في الدولة العثمانيّة، وقُرب زمان وفاته بالنسبة لزماننا إلا أنّ ترجمته قليلة نادرة خاصّة باللغة العربيّة، بل لقد عجزت سابقاً عن معرفة مجرد سنة وفاته⁽¹⁾ رحمه الله وأعلى درجته، ثم يسّر الله الوقوف على تفاصيل حياته باللغة التركيّة، فعزمت على طلب ترجمتها من أحد الفضلاء لنشرها وإذاعتها، إضافةً إلى فوائد يسيرة من هنا وهناك، فكانت هذه الترجمة المتواضعة بحمد الله وتوفيقه.

المطلب الأوّل: اسمه ونسبه ومولده ونشأته:

هو العلامة الكبير علي حيدر أفندي بن محمّد أمين أفندي بن عثمان أفندي، الباطومي ثم الإستانبولي العثماني الحنفي. يُعرف بحيدر أفندي الصغير⁽²⁾، كما يُعرف بأمين أفندي زاده⁽³⁾. وُلد في باطوم⁽⁴⁾، يوم 15/رجب/1269هـ، الموافق 1853/4/24م.⁽⁵⁾

المطلب الثاني: عائلته:

أبوه داردان زاده محمّد أمين أفندي، تولّى منصب الآغا مكان حسين باشا الآغا، وعمل في التدريس لسنوات طويلة في إستانبول، وشارك في الهيئة التي وضعت القانون الأساسي، أقام في مكّة، وكان نائباً في إزمير، وقاضياً عسكرياً في الأناضول.⁽⁶⁾

يقول الأستاذ علي حيدر عن والده رحمهما الله: «إنّ حضرة والدي المبجل الذي كان من أفاضل العلماء وأكابر الصلحاء الحاج محمّد أمين أفندي المدرّس العامّ في جامع بايزيد قد عُيّن في سنة (1304) لأمر الشرع بإزمير، وقد خدم أكثر من عشرين سنة - بلا انفصال - تلك الوظيفة بكمال الاستقامة، كالوظائف التي خدّمها في السابق».⁽⁷⁾

وقد تزوّج علي حيدر أفندي مرتين، وولّد له سبعة من الأولاد: أربعة ذكور، وثلاث إناث، اثنان من أبنائه اختاروا مهنة والدهم وتابعوه في دراسة الحقوق أحدهم ابنه أحمد والذي عمل كمدّرسٍ للحقوق في كليّة الحقوق في جامعة أنقره.

المطلب الثالث: تعلّمه وتعليمه:

بدأ الأستاذ علي حيدر تلقّي تعليمه الابتدائي في مسقط رأسه باطوم، ثم انتقل للدراسة في إستانبول بين يدي هنكور حافظ رشيد، وأخذ منه الإجازة، وفي سنة (1877م) أنهى دراسته في مدرسة القضاة.⁽⁸⁾

¹ (0) كنت نشرت (سنة 2011م) شرح قواعد المجلة للأستاذ المؤلّف مُفرّداً عن شرحه للمجلة العدليّة بدار السلام بالقاهرة، وأعياني وقتها الوقوف على ترجمته. وقد تكلم عنه باحثون في رسائل علمية فلم ينقلوا شيئاً من ترجمته لعدم وجدانهم لها بالعربية. ينظر: القيق، مجلة الأحكام العدلية مصادرها وأثرها، ص62، في الهامش.

² (0) قره بلوط، معجم التاريخ، ص2230. وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>. وقد تفضّل بتعريب ترجمته من الموقع الإلكتروني المذكور صديقي الدكتور شاكر الجعبري، الذي كان يدرّس بمرحلة الدكتوراه في الشريعة الإسلاميّة بالجمهورية التركيّة.

³ (0) قره بلوط، معجم التاريخ، ص2230.

⁴ (0) وتكتب: «باطومي»، وهي: «مدينة ميناء في تركيا الآسيويّة (الأناضول)، مركز لواء لازستان، في ولاية طرابزون، على البحر الأسود». موستراس، المعجم الجغرافي للإمبراطورية العثمانيّة، ص140.

⁵ (0) وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

⁶ (0) وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

⁷ (0) حيدر، ذر الحكام شرح مجلة الأحكام، 599/4.

⁸ (0) وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

ورغم انشغال الأستاذ بوظيفة القضاء إلا أنه وحال تعيينه عضوًا في محكمة استئناف إستانبول سنة (1884م)، كان يقوم في هذه الأثناء بوظيفة التدريس لمجلة الأحكام الشرعية وأحكام الأوقاف وأصول المحاكمات الحقوقية في مكتب (مدرسة) الحقوق (القانون)، وأمضى ثلاثين سنة وهو يدرّس هذه الموضوعات، كما درّس بمدرسة القضاة لمدة استمرت خمس سنوات⁽¹⁾، كما أمضى اثنتي عشرة سنة وهو يدرّس بالمدرسة الملكية⁽²⁾.

المطلب الرابع: مؤلفاته:

كان للمؤلف رحمه الله نتاج علمي عظيم، ذاع في البلاد، واعتمد عليه العلماء في كل نادٍ وواد، بل فاقت كتبه كتب من عاصره من الأعلام، ومن سبقه من أشياخه العظام، وقد جمعنا هنا ما بلغ إليه علمنا من مؤلفاته الفقهية التي يغلب عليها الموضوعات القانونية، والطريقة التقنينية، وهي:

1- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية: في الفقه، باللغة العربية، طبع الجزء الأول منه في إستانبول سنة (1333هـ/1917م)⁽³⁾، وقد صنّفه المؤلف لما قام على تشكيل الهيئة الإفتائية التابعة لمشيخة الإسلام، حيث تمّ تشكيل فرعٍ متخصص بالتأليف، وفي هذا الفرع كان المعيّنون يستفيدون من فقه المذاهب الأربعة، وقاموا بتأليف مجموعة من الكتب الفقهية المعتبرة، وقام الأستاذ علي حيدر بوصفه أحد أعضاء هذه الهيئة بتأليف كتاب في النفقات⁽⁴⁾.

2- ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف: باللغة التركية، طبع في إستانبول (1337-1340هـ)⁽⁵⁾، في (790) صفحة، وقد تُرجم الجزء الأول منه إلى العربية على يد المحامي أكرم عبد الجبار والقاضي محمد أحمد العمر العراقيان. وقد جاء هذا الكتاب منسوجًا على منوال كتاب أمين الإفتاء السابق المرجوم: قرين أبادي زاده عمر أفندي المعروف بـ«إتحاف الأخلاف في أحكام الأوقاف»، مرتبًا على الأبواب، مفرعًا على طريقة المواد التي سارت عليها المجلة العدلية، ثم يذكر المؤلف بعد كلّ مادة شرحًا موجزًا وافيًا حولها.

3- تسهيل الفرائض: باللغة التركية، طبع في إستانبول سنة (1322هـ)⁽⁶⁾.

4- توضيح المشكلات في أحكام الانتقالات: طبع في إستانبول سنة (1329هـ، 1339هـ)⁽⁷⁾.

5- درر الحكام [في شرح مجلة الأحكام: باللغة التركية، وهو أعظم وأشهر كتب المؤلف، بل وأشهر شروح المجلة على الإطلاق، طبع بإستانبول في (16) جزءًا، ثمّ طبع سنة (1330هـ) في أربعة أجزاء، ثم قام على تعريبه المحامي الفلسطيني فهد الحسيني الذي وصف الشرح بأنه جاء: «وافيًا يُغني عن الرجوع إلى غيره [ويوقّر] زمن مُقتنيه، ويطرح مؤونة البحث والتنقيب في مطوّلات الكتب عن قارئه، ويفتح المغلقات، ويجلو الغامضات، ويحلّ المعضلات، ويُزيل الإبهام، ويُنير الأفهام، ويُبدد الأوهام.

ولم يكد ينجز هذا الشرح حتى تسارع القضاة والفُهاء والمحامون إلى اقتنائه، وتنافسوا في إحرازه، وعولوا في معضلات القضايا عليه، ونزعوا في مدلهّمات المسائل إليه، وكان لهم عمدة، وبه غنية، كما أنّ الدولة العثمانية

¹ وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

² وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

³ قره بلوط، معجم التاريخ، ص 2230.

⁴ وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

⁵ قره بلوط، معجم التاريخ، ص 2230. وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

⁶ قره بلوط، معجم التاريخ، ص 2230. وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

⁷ قره بلوط، معجم التاريخ، ص 2230. وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

أوجبت درسه في مدرسة الحقوق، ولم يمض على طبعته الأولى إلا يسير زمن حتى نفذت، فأعيد طبعه ثانية فنقد أيضا، فأعيد ثالثة، وقد كسد بعد هذا الشرح غيره من شروح العلماء، وجرّ على سواه أذيال العفاء»^(١).
 وقد سعى المؤلّف رحمه الله إلى ترجمة شرح المجلّة بنفسه إلى العربيّة لكنه لم يتمكّن من إتمامه.^(٢)
 6-رسالة في قضاء الدُّيون واقتضاءها: طُبعت في إستانبول سنة (1335هـ/1919م).^(٣)
 7-رسالة في حقّ عدم انفساخ الإجارة بالموت: طُبعت في إستانبول سنة (1335هـ/1919م).^(٤)
 8-رسالة في المفقود: في الفقه الحنفي، طُبعت في إستانبول سنة (1309هـ، 1316هـ).^(٥)
 9-رسالة المواضعة والاستغلال: طُبعت في إستانبول سنة (1316هـ) في (35) صفحة.^(٦)
 10-شرح جديد لقانون الأراضي: باللغة التركيّة، طُبِع في إستانبول في السنوات: (1311، 1319، 1321هـ).^(٧)
 ويشتمل الكتاب على شرح الموادّ القانونية، والموادّ المعدّلة، ومقارنة أحكام الأراضي بأحكام المجلّة والفقه، والمقارنة مع أحكام العقارات الوقفيّة، وأحكام مرور الزمان، وصورة فصل الدعاوى وترجيح البيّنات.^(٨)
 11-المجموعة الجديدة في الكتب الأربعة: باللغة التركيّة، طُبعت في إستانبول سنة (1332هـ/1916م).^(٩)
 12-المباحث المهمّة في التطبيقات الشرعيّة والحقوقيّة: باللغة التركيّة، طُبعت في إستانبول سنة (1340هـ).^(١٠)
 13-مرآة المجلّة: باللغة التركيّة، وهو شرحٌ للأجزاء (11-16) من مجلّة الأحكام العدليّة، طُبِع في إستانبول سنة (1298، 1299هـ).^(١١)

يُضاف إلى ذلك مشاركته رحمه الله مطلع القرن العشرين وهو يرأس أمانة الفتوى في إعداد قانون الأحوال الشخصية (قانون حقوق العائلة) بموجب إرادة سُلطانيّة سنّيّة حيث تمّ اختياره كأحد أعضاء الهيئة التاليفيّة للقانون المذكور^(١٢)، ناهيك عن المقالات التي كان يكتبها رحمه الله، ومنها هذه المقالات التي سيأتي الكلام عنها التي تناولت أكثر موضوعات أصول استماع الدعوى الحقوقيّة.

المطلب الخامس: مناصبه:

أول وظيفة انتصب لها المترجم رحمه الله هي وظيفة القضاء سنة (1880م) في مدينة بوردور^(١٣)، وبقي فيها حتى سنة (1883م) حيث انتقل إلى مدينة أوשאق، ثم إلى مدينة دنيزلي، ثم انتقل عُضوًا في محكمة استئناف إستانبول

¹ (١) حيدر، ذر الحكام شرح مجلّة الأحكام، مقدّمة المعزّب، ص3-4. ولا تزال طبعات الكتاب بالعربية من أسوأ الطبعات، وأكثرها احتواء على الأخطاء الخفيّات والواضحات، فالله أسأل أن ييسر لإخواننا الأتراك العارفين بالعربية إعادة طبعة بعد النظر في أصله التركي، فهم الأقدر عليه من غيرهم.

² (٢) وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلاميّة، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

³ (٣) قره بلوط، معجم التاريخ، ص2230.

⁴ (٤) قره بلوط، معجم التاريخ، ص2230.

⁵ (٥) قره بلوط، معجم التاريخ، ص2230.

⁶ (٦) قره بلوط، معجم التاريخ، ص2230.

⁷ (٧) قره بلوط، معجم التاريخ، ص2230. وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلاميّة، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

⁸ (٨) الأقطوغان، حركة التجديد في تقنين الفقه الإسلامي، ص160.

⁹ (٩) قره بلوط، معجم التاريخ، ص2230.

¹⁰ (١٠) قره بلوط، معجم التاريخ، ص2230.

¹¹ (١١) قره بلوط، معجم التاريخ، ص2230. وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلاميّة، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

¹² (١٢) وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلاميّة، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

¹³ (١٣) وهي: «مدينة في تركية الآسيوية [الأناضول]، مركز اللواء الذي يحمل الاسم نفسه، في ولاية قره مان، على بحيرة بوردور». موستراس، المعجم الجغرافي للإمبراطورية العثمانيّة، ص173.

سنة (1884م)، وكان يقوم في هذه الأثناء بوظيفة التدريس لمجلة الأحكام الشرعية وأصول المحاكمات الحقوقية في مكتب (مدرسة) الحقوق.⁽¹⁾

وفي العام (1894م) أصبح رئيساً لدائرة الحقوق لمحكمة البداية الثانية في إستانبول، ثم في العام ذاته (1894م) أصبح رئيساً لمحكمة البداية، ثم أصبح رئيساً لدائرة الحقوق الثانية في محكمة الاستئناف سنة (1899م)، فعُضواً في محكمة التمييز سنة (1900م)، ثم بعدها أصبح عضواً بدائرة الحقوق، وبعدها صار رئيساً لها، ومن ثم أصبح رئيساً لمحكمة التمييز، حتى شغل منصب أمين الفتوى سنة (1914م)، وقُبل تقاعده عمل في سنة (1916م) آخر سنوات وظيفته قاضياً عسكرياً في روم إيلي.⁽²⁾

عمل في الفترة ما بين (1918/11/11م) - (1919/1/21م) ناظرًا (وزيرًا) للعدلية في حكومة رئيس الوزراء توفيق باشا⁽³⁾، والتي كانت آخر المناصب التي تولّاها باقتدار رحمه الله وعفى عنه.

المطلب السادس: مواقفه:⁽⁴⁾

أثناء قيامه بمقام أمين الفتوى حاول الأستاذ علي حيدر إحياء جمعية المجلة لشيخ الإسلام خيري أفندي، وعندما لم يتحقق له ذلك قام في مشيخة الإسلام بتأسيس الهيئة الإفتائية، وفي داخلها قام بفتح فرع متعلق بمسائل التأليف.

وبعد دخول الدولة العثمانية الحرب العالمية الأولى مباشرة في ١٤/١١/١٩١٤م أطلق فتوى في الدعوة إلى الجهاد الأكبر، وقرأها بصفته أميناً للفتوى في جامع الفاتح، وفي ٢٣/١١/١٩١٤م كان أحد الموقعين على البيان التاريخي المتعلق بالجهاد من بين (٢٩) شخصاً قاموا بالتوقيع عليه.

المطلب السابع: وفاته:

بعد ترك الأستاذ الكبير علي حيدر للعمل ناظرًا للعدلية عكف رحمه الله على التأليف حيث يقول عن تلك المرحلة: «لذا أخذت على عاتقي وضع كتابي هذا: «السنوف في أحكام الوقوف»، مستفيداً من تلك الكتب والأثار القيّمة التي احتوتها دار الإفتاء، والتي كان لي الشرف بأن أكون أمينها، وحاصرًا جهودي - بعد اعتزالي العمل الرسمي - في تأليف وإخراج هذا الكتاب»⁽⁵⁾. إلى أن توفي في إستانبول بتاريخ 14/9/1935م⁽⁶⁾، الموافق من حيث الحساب: 15/جمادى الآخرة/1354هـ، وبه تنتهي حياة هذا العالم الكبير، والفقيه النحرير، ليعترك لنا عددا من ذخائر تراث العهد العثماني التي لا تزال تُرى آثارها في البلاد العربية والإسلامية حتى يومنا هذا.

المبحث الثاني: منهج المؤلف في المقالات وتأسيس نظرية الدعوى:

عديدة هي تلك المعالم التي ظهرت من خلال هذه المقالات التي لم تُكتب على الشكل المعتاد للكتاب من تقسيمه إلى المباحث والفصول والأبواب، وقد كانت كتابتها على فترات زمنية امتدت نحو عام (1326-1327هـ) وهي الفترة التي كان فيها المؤلف رحمه الله لا يزال عضواً أو رئيساً لمحكمة التمييز - حيث يقول في آخر مقالاته: «وقد وقع

¹ (0) وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

² (0) وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

³ (0) وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

⁴ (0) وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

⁵ (0) حيدر، ترتيب السنوف في أحكام الوقوف، ص9.

⁶ (0) وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

الاختلاف على هذا السؤال في محكمة التمييز، فكان بعض الآراء على أن حقه باليمين باقٍ في محكمة الاستئناف... ورأى البعض الآخر أن الحكم صدر بناءً على النكول الواقع بداية... وقد كانت أكثرية آراء محكمة التمييز مؤيدةً لهذا الرأي الأخير⁽¹⁾ - ما جعل بينها نوعاً من عدم الاكتمال في بعض الموضوعات، أو الاستطراد في موضوعات أخرى. وقد جاءت بعض هذه المقالات على قدر من التفصيل، بينما جاء بعضها دون ذلك، بل ربما لم يتم الكاتب بعض الموضوعات التي أخذ يتكلم فيها⁽²⁾، كما أكثر الكاتب رحمه الله في بعضها من التمثيل وبيان المسائل المتفرعة بما لا يوجد مثله في كتاب واحد من كتب من سبقه⁽³⁾، حتى قيل عنها: «فيها من تعليم القضاة والحكام أسهل الطرق لفصل الدعاوى»⁽⁴⁾.

وقد جمع المؤلف في مقالاته أهم الموضوعات التي تنبني عليها نظرية الدعوى في الشريعة الإسلامية مستعملًا أحدث المصطلحات الحقوقية، فبدأ بالكلام على تقديم الاستدعاء إلى المحكمة، وتكلم في الوظيفة (الصلاحية)، والوكالة بالخصومة، وتقسيمات الدعوى، وشروط الدعوى، وأركان الدعوى، والجواب عن الدعوى، وأقسام الدفوع، وأسباب الحكم وهي البيّنات، حتى إصدار الحكم.

ولو عقدنا مقارنة بين مقالات الأستاذ علي حيدر وكتاب نظرية الدعوى للأستاذ الكبير محمد نعيم ياسين لظهر لنا جلياً أن صاحب المقالات رحمه الله قد استوعب معظم ما يُطرح اليوم في أعماق كتب أحكام الدعوى في الشريعة الإسلامية، بحيث يأخذ بيدك من أول ما يلزم لتقديم الدعوى وحتى إصدار الحكم فيها.

وقد أخذنا على عاتقنا إبراز بعض معالم التأليف والكتابة عند الأستاذ علي حيدر من خلال مقالاته، وهو ما قد يظهر جلياً في كتبه الأخرى، لكننا اقتصرنا على التمثيل من خلال المقالات التي تعتبر في أعلى مراتب البحث والتحقيق والإفادة مراعاةً للمقام، وأمثلاً في تناول هذا الموضوع الرائع من قبل بعض الباحثين في بحوث أو رسائل مستقلة توفّي الموضوع حقه، والمؤلف مكانته. وهذه المعالم يُمكن اختصارها في الآتي:

المطلب الأول: الاهتمام بالقواعد والضوابط:

فقد عُني صاحب المقالات ببيان بعض الضوابط والقواعد الفقهيّة كيما يضبط للقارئ معلوماته، ولا يتيه في بحر الأمثلة التطبيقية، والفروع الفقهيّة التي لا تكاد تنحصر.

ومثاله قوله رحمه الله: «ادّعى بمال أو عين، فدفع المدّعي عليه بقوله: أنت كنت أقررت بأن ليس لك عندي دعوى أو خصومة، وأثبتته بالبينة، تُردّ دعوى المدّعي، فإذا استأنف المدّعي وقال: إن إقرارني بأن ليس لي حق أو خصومة يحتمل أن يكون وقع قبل ثبوت حقي، كما أنه يحتمل أن يكون ثبت حقي المذكور بعد الإبراء المذكور، ومع هذا فإن محكمة البداية لم تدقق هذه الجهات، فلا يكون قوله هذا دفْعاً، ولا يُقبل؛ لأن القاعدة هي أنه إذا تعارض الموجب والمسقط، يُعتبر المسقط آخرًا وواقعًا وثابتًا بعد»⁽⁵⁾.

ومثاله قوله رحمه الله: «سؤال: إليك الآن قاعدة بها تتبين المسائل التي تتوجه فيها اليمين على المدّعي عليه، وهي: «حيث يكون الإقرار ملزماً فبالإنكار تلزم اليمين»، فإذا ادّعى المدّعي قائلاً: «إن لي في ذمة هذا المدّعي عليه عشرة

¹ (1) ص 241-242.

² (2) كما عند حديثه عن أقسام الخصومة الثلاثة ص 34، حيث تكلم عن القسم الأول ص 34، وعن القسم الثاني ص 41، ولم نجد كلامه عن القسم الثالث، وإن كان ربما جاء الخلل من جهة المترجم.

³ (3) كما عند حديثه عن يترتب على إقراره حكم حيث ذكر (31) مثلاً، وحديثه عما يُعتبر دفْعاً حيث ذكر (34) مثلاً، وحديثه عن دفع الدفع حيث ذكر (13) مثلاً.

⁴ (4) حيدر، أصول استماع الدعوى الحقوقية، ص 9، من كلمة شيخ الحقوقيين في سوريا: محمد مصباح بك محزم، المتقاعد من رئاسة محكمة التمييز في الشام الشريف، وأحد أساتذة مدرسة الحقوق فيها.

⁵ (5) ص 177.

دنانيرَ دَيْتًا، حتى إنه أقرَّ بأنه مديونٌ لي في محلِّ كذا» فإنَّ اعترَفَ المُدَّعَى عليه بأنه أقرَّ في المحلِّ المذكور على الوجه المشروح يلزم بإقراره، فعملاً بالقاعدة المذكورة يجب تحليفه على أنه لم يقرَّ. ولهذه القاعدة بعض المستثنيات، على أنَّ هذه المسألة ليست منها»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الانضباط بالنصوص الفقهية والقانونية:

وهو ديدن العلماء الكبار، ومن سار على دربهم ممن يعرف للنصوص الشرعية والفقهية والقانونية قدرها، وإن كان لا يقف عند ظواهرها حتى يصل إلى بواطنها؛ ليقينه بأنه لا فروع بغير أصول، ولا اجتهاد إلا بنصوص يكون علمها الاستناد.

ومثاله قوله رحمه الله: «صرحت الكتب الفقهية بأنه على المدعي في دعوى القرض أن يبين أنه أقرض من ماله؛ لأنه قد يكون وكيلًا بالإقراض فقط، وليس له حقُّ الدَّعوى، وإذا قسنا على هذه المسألة استدللنا أنه يجب على المدعي في هذه الحادثة أن يثبت أنه أقرض ماله. ومع هذا فالأمل من أرباب الحقوق أن يجدوا نقل هذه المسألة الصريح؛ لأنَّ الحكم بالقياس والاستدلال غير موافق للأصول»⁽²⁾.

ومثاله قوله رحمه الله: «رابعًا: ينبغي أن يكتب في الإعلام⁽³⁾ أسباب الدَّعوى الثبوتية، إذا كان الإقرار هو سبب الحكم فيجب إدراجُه في الإعلام بحرفه، ومن المحاكم من تلزم المدعى عليه بقولها: إنه أقر مؤولًا، مع أن إفادة المدعى عليه لا تخرج عن أن تكون إما إقرارًا وإما إنكارًا. فإن كانت موافقةً للمسائل المذكورة في كتاب الإقرار في «المجلة» فهي إقرار، وإلا فهي إنكار، وليس بين هذين القسمين قسم آخر يقال له: إقرار مؤول»⁽⁴⁾.

ومثاله قوله رحمه الله: «ولكن إذا رجَّع المدعى عليه بعد إقراره، وقبل أن يلزمه الحاكم بقرار، وقال: إنه كاذب بإقراره، فهل يلزم تحليف المدعى عملاً بالمادة المذكورة أم لا؟ ولما كانت هذه المسألة محتاجةً لنقلٍ صريح، فنحن بانتظار آراء أرباب العلم»⁽⁵⁾.

* المطلب الثالث: التخريج على كلام الفقهاء دون الجمود على المسطور:

وهذا المَعْلَمُ عند العلماء الراسخين قَرِينُ المَعْلَمِ قَبْلَهُ، فالنصُّ أصلٌ والاجتهاد فرع، فحيث لا فروع بغير أصول، كذلك فإنَّ الشجر غير المثمر قلما يُنتفع به.

ومثاله قوله رحمه الله: «وإذا أردنا حلَّ المسألة تَفَقُّهُمًا نقول: إنه إذا كان مجلس الإقرار هو مجلس الحاكم، فذلك لا ينفى احتمال الكذب، وكما أنه يحتمل الكذب في الإقرار في المجالس العادية، فإنه كذلك يحتمل في مجلس الحاكم، حتى إن المفتي أبا السعود أفندي أفتى أنه إذا أقرَّ أحدٌ بحضور الحاكم بأنَّ هذا المال لفلان، وبعد أن ربط إقراره بحجة شرعية عاد وادَّعى بأنه كاذب بإقراره، فادَّعاهُ مسموع، ويلزم تحليف المقرِّ له، فيمكننا على هذا الوجه أن نقول بوجوب تحليف المقرِّ له في هذه المسألة»⁽⁶⁾.

ومثاله قوله رحمه الله: «سؤال: جاء في المادة (1610) من «المجلة» أنه إذا لم يكن السند بريئًا من شائبة التزوير وشبهة التصنيع، وأنكر المديون كون السند له، وأنكر أصل الدين أيضًا، فيحلف بطلب المدعى على أن السند

¹ (1) ص 212-213، ومثالا ثالثا ص 187.

² (2) ص 115.

³ (3) الإعلام أو الإعلان أو التبليغ: هو «وسيلة لإعلام الشخص بما يتخذ ضده من إجراءات». ينظر: أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص 156، باز، مرقاة علم الحقوق، ص 317.

⁴ (4) ص 281.

⁵ (5) ص 81.

⁶ (6) ص 81-82.

ليس له، وأنه ليسَ بمديونٍ للمدَّعي، فالتحليفُ في هذه الصورة يجري على شيئين: 1- على أنه ليس بمديون، 2- على أنَّ السندَ ليس له.

فإذا نكَلَ عن اليمينِ على أنه ليس بمديونٍ يلزمه الدَّين، حَلَفَ على أنَّ السندَ ليس له، أو لم يحلِف. أمَّا إذا حلفَ على أنه ليس بمديونٍ ونكَلَ عن اليمينِ على أنَّ السندَ ليس له، فهل يلزمه الدَّين؟⁽¹⁾
وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة المذكورة من «المجلة» أنه إذا أقرَّ بأنَّ السندَ له، وأنكر الدَّين، فلا عبرة لإنكاره، فقياسًا على هذه الفقرة من «المجلة» ألا يلزم تكليف اليمين في هذه المسألة التي نبحت عنها على هذا الوجه، على أن ليس عليه دَين للمدَّعي، وأنه لم يقرَّ بالدَّين في الخارج؟⁽²⁾

ومثاله قوله رحمه الله: «أدَّعى واحدٌ بأنَّ المدَّعى عليه ذا اليد زهَنَ عنده وسلمه هذا المال، وأدَّعى آخرٌ أنَّ المدَّعى عليه ذا اليد نفسه باعَهُ ذلك المالَ عينه، فإنَّ أقرَّ المدَّعى عليه بالرهن والتسليم، وأنكر البيع، فلا يمينَ على المشتري، وعلى رأي هذا العاجز أن اليمينَ تتوجَّه لأجل البيع؛ لأنَّ هذه اليمينَ فائدة، وهي أنه إذا نكل البائع عن اليمين الموجهة إليه على أنه لم يبيع، يثبت البيع، والرهن أيضًا متحقِّق وثابت بالإقرار، فيكون الراهنُ باع المرهون لأخرًا بلا إذن المرتبه، ويجري عندئذٍ نظيرُ الحكم الوارد في المادة (590) من «المجلة»، فراجعها.⁽³⁾»

المطلب الرابع: إثارة الأسئلة وافترض المسائل:

إنَّ الفقه الذي يعني الفهم لا يمكن أن يكون محصورًا في مجرد النقل عن السابقين، ولا السكوت دون تعليل مسائل فروع الدَّين، كما يشمل الفقه الاستعداد لما سيكون، إضافة إلى الجواب عمًا وقع وكان.

ومثاله قوله رحمه الله: «سؤال: أدَّعى رجلٌ على شخصٍ قائلًا: لي في ذمتك مقدار كذا من الذهب، فأجابه ذلك الشخص: نعم، أخذتُ منك ذلك المقدار من الذهب، ولكنك كنتَ أقرضتني ذلك المبلغ بموجب رسالةٍ من زيد، فهل يُعدُّ كلامُ هذا الشخص إنكارًا، ويلزم على ذلك الرجل إثبات الإقراض؟ أم يُعتبر دفعًا للدعوى، ويقتضي إثبات كون ذلك الرجل رسولًا من قبل زيد؟»⁽⁴⁾

ومثاله قوله رحمه الله: «إذا أقرَّ المدَّعى عليه في أثناء المرافعة بحضور الحاكم بالمدَّعى به، فحكَّم الحاكم بموجب إقراره، فليس له بعد ذلك أن يقول: إنني كنتُ كاذبًا في إقراري، فأطلبُ تحليف المدَّعي بموجب المادة (1589) من «المجلة»، ولكن إذا أقرَّ المدَّعى عليه (على ما ذكرنا) بادعاء المدَّعي، ورجع قبل أن يحكَّم الحاكم، وقال: إنني كاذبٌ بإقراره، فهل يلزم عملاً بالمادة المذكورة تحليف المدَّعي على أنه غير كاذبٍ في إقراره؟»

إنَّ وقوع الإقرار في مجلس الحاكم لا ينفي احتمال الكذب في الإقرار، ولا يُزيله، وكما أنه يحتمل الكذب في الإقرار بالمجالس العادية، فكذلك يحتمل أيضًا في مجلس الحاكم، فلهذا يلزم التحليف، هذا ما يردُّ على الخاطر، ولكنه يحتاج إلى دليل، ويفتقر إلى نقلٍ صريح.⁽⁵⁾

ومثاله قوله رحمه الله: «31- باع القاضي مالَ اليتيم، وبعد ذلك أراد المشتري ردَّه بسبب عيبٍ قديم، فادَّعى القاضي أنَّ المشتري كان أبرأه من العيب، فالقول قولُه بلا يمين، ولكن ما الحكمة في هذا وما سببُه؟»⁽⁶⁾.

* المطلب الخامس: نقد نصوص المجلة:

¹ (212). ينظر: حيدر، دُر الحكام شرح مجلة الأحكام، 164/4.

² (251).

³ (115-114).

⁴ (206).

⁵ (258-257).

إن إصدار القوانين لا يعني نهاية العمل في التقنين، فما أن يصدر القانون ويتناوله الشارحون حتى تبدأ الجهود البشرية القاصرة بالظهور، والعقول النيرة بالتدقيق، وصولاً بالنصوص القانونية المأخوذة من الأصول الشرعية إلى أقرب مظاهر الكمال بحسب ما يستطيعه البشر وييسره خالق القوى والقدر.

ومثاله قول صاحب المقالات رحمه الله: «الصورة الثالثة: بإثبات أنّ الخطّ والخاتم المنسوبين للمدعى عليه هما مشهوران ومعروفان بين التجار وأهل البلد بأنهما له، أي أنه يقتضي إثبات هذه الشهرة والمعرفة، ولا يجوز للمحكمة أن تقول: إنّ الخطّ والخاتم مشهوران ومعروفان، وتحكم بذلك فقط؛ لأنّ علم القاضي ليس حجة، ولا يُعدّ من أسباب الحكم.

أمّا هذه الشهرة فهل المقصود منها معناها الظاهر، أي: الشهرة الحقيقية، فينبغي إثباتها بالتواتر، فيخبر جمع غير محصور أنّ هذا الخطّ والخاتم هما خطّ وخاتم المدعى عليه، أم يكفي أن يشهد شاهدان على أنهما مشهوران ومعروفان؟ يعني: هل يجب إثبات شهرة الخطّ والخاتم ومعرفة بموجب التواتر المذكور في المادة (1723) والمادة (1735) من «المجلة»؟ أم تكفي شهادة نصاب الشهادة؟

فإذا كان القصد من المعروف هو أنه مأخوذ من العرف، فليس على هذا نصّ في «المجلة»، أمّا المعروف المشهور فله في اصطلاح الفقهاء معنيان: الأوّل: الشهرة الحقيقية، وهي التواتر. والثاني: الشهرة الحكمية التي تحصل بإخبار نصاب الشهادة على طريق الشهادة. حتى إنّ الفهستائي يقول: إن الاستشهار! يحصل بالتواتر والشهرة، كما أنه يظهر بإخبار شاهدين عدلين، بل بشاهد واحد على أن يكون عدلاً، فعلى هذا المعنى يلزم أنه إذا شهد شاهدان على أنّ هذا الخطّ والخاتم معروفان ومشهوران أنهما لفلان، فذلك كافٍ لثبوت الشهرة.⁽¹⁾

ويؤمل ممن يعزّز على نقل الفقهاء من أنّ المعروف والمشهور الوارد في عبارة «المجلة» الآنفه الذكر هو وارد بمعنى التواتر أن يُسرّع بإعلان ذلك.⁽²⁾

المطلب السادس: اقتراح تكميل القوانين:

إنّ الثروة التشريعية التي خلّفتها المذاهب الفقهية رغم ما حوته من جهود تعجز حضارات عن الإتيان بمثلها إلا أنها جهود البشر القاصرة، والمدنية المتطورة التي تفسح المجال كل يوم لمزيد التطوير والتنمية في الأحكام الجوهرية والضمنية، ولذا كان ينظر صاحب المقالات إلى النواحي التي لم تكتمل من القوانين فيقترح تكميلها وتجميلها لتظهر في الصورة الأبهى والجلية الأجل اللائقة بشريعة نبي العلم والعمل.

وهكذا لا يتردد صاحب المقالات رحمه الله أن يصرّح قائلاً: «ولم يوضع قاعدة لأصول تنظيم الإعلام، ولا رسم إلى يومنا هذا طريق يجب اتباعها في هذا العمل المهم، ولذلك أقدمت على وضع بعض الأصول والقواعد لتكون سبباً للبحث والانتقاد من قبل أهل العلم وأرباب الفضل.⁽³⁾»

المطلب السابع: بيان بعض الأفكار ومناقشتها

لقد كانت الساحة الفكرية والقانونية في الدولة العثمانية مجالاً خصباً لأفذاذ العلماء يقترحون الجديد، ويناقشون الطارف والتلديد، في أجواء من الاحترام المتبادل، القائم على قصد الوصول إلى الشكل الأكمل، رغم ما كان عليه حال الدولة وأبنائها من ضعف في بعض النواحي كما هو حال سائر الشعوب والأمم.

¹ (قال الأناسي: «الظاهر أنّ المراد بالشهرة والتعارف أن تكون بين جميع من يعامله من معارفه وأهل صنعته بحيث إن كل واحد من هؤلاء متى رأى السند أو الإمضاء أو الختم يقول: «هذا خطّ فلان أو ختمه»، فإنه هذا القدر تُعرف براءة السند من شائبة التزوير وشبهة التصنيع.» شرح المجلة، 4/662.

² (ص 221-222.

³ (ص 76-77.

ومثاله قول صاحب المقالات رحمه الله: «وهناك بعض الأفكار من أنه يجب أن يُذكر في الاستدعاء محلّ تنظيم الاستدعاء، أي: أن يقال: كتب ونظم في دمشق أو حلب أو غيرهما، وأنه إذا لم يُذكر فلا يكون الاستدعاء موثوقاً.

بناءً عليه ينبغي ذكر محلّ التنظيم في المحلّات العموميّة والخصوصيّة، كما في السفتجة، فإنه إذا لم يُذكر فيها محلّ التنظيم فلا قيمة لها، وتُعتبر كأنها لم تكن.

على أنه إذا كان ثمة فائدة من ذكر محلّ الكتابة والتحرير في المكاتبات الرسميّة وغير الرسميّة، فليس شيء من هذا ملحوظاً في كتابة محلّ التنظيم على استدعاء مقدّم لمحكمة، ولذلك لم يرد ذكر أو قيد لهذا في المادة القانونية، ومع هذا فإنه يُعتبر أن الاستدعاء منظمّ في البلدة الموجودة فيها المحكمة التي قُدِّم إليها الاستدعاء»⁽¹⁾.

المطلب الثامن: مناقشة الأفكار المستوردة المخالفة لقانون الشرع:

إنّ أفضل الطرق لمواجهة الأفكار الضعيفة والآراء العلييلة إنما يكون بعرضها أمام القادرين على فهمها على حقيقتها، ثم الجواب عنها جواباً كافيّاً، بعيداً عن لغة الإقصاء، وفي ضوء مناهج العلماء؛ ليسلم لأهل الحقّ قانونهم، ويظهر لأهل الباطل تشغيبيهم، وإلا ظنّ أهل الباطل أنهم على الصواب، واختبأ أهل الحقّ وراء ما اعتقده فصل الخطاب، وأوشك بعضهم دون أن يشعر يميل إلى غير السبيل؛ لعجز العالمين عن بيان الحقّ بالدليل. ومثاله قوله رحمه الله: «القاعدة الثامنة: لا تُعتبر العقود والمعاملات الخصوصيّة إذا كانت مُخلّة بأمن البلاد وبالآداب وبال حقوق العامّة.

فلو نشأت دعوى عن مقاولّة مخالفة للقوانين والنظامات التي وضعتها الدولة، فيجب على المحكمة أن تردّ تلك الدّعوى رأساً، ولو لم يرد اعتراض من أحد الطرفين ببطالان المقاولّة، فالمقاولات المتفق عليها بين أشخاص على تقسيم أموال السرقة أو الرشوة مثلاً، هي مقاولات غير معتبرة، ويعاقب المتفقون عليها إذا ثبت ارتكابهم جرائم السرقة أو الرشوة.

وهناك أفكار ميّالة إلى اعتبار المقاولات التي لا تُخلّ بأمن الدولة أو بالحقوق والآداب العامّة؛ لأنها تكون بالنسبة لعاقديها في حكم القانون.

مثالُه: إذا عقّد الطرفان مقاولّة ولم يعتبرها فيها بيع المعدوم باطلاً، وبيع المجهول فاسداً، فيلزم قبول هذه المقاولّة واعتبارها، كما إذا عقّد مقاولّة على فراغ الأراضي الأميريّة والمستغلّات الوقفيّة بصورة خصوصيّة وغير رسميّة، فيجب أيضاً قبول هذه المقاولّة على زعم أصحاب الأفكار المذكورة، ولكن إذا صحّ هذا الزعم ولزم ترويح هذا الفكر ينتج عن ذلك إبطال الأحكام القانونيّة في بعض الأحوال. وبناءً عليه فلا يمكن لأرباب القانون أن ينظروا إلى هذا القول كأنه صحيحٌ ومعتبرٌ»⁽²⁾.

هذه هي أهم المعالم التي استطاع الباحث استخلاصها من مقالات الأستاذ الكبير علي حيدر أفندي، بحيث تكون نبراساً وأصولاً للباحثين، حتّى نعود إلى الكتابة على طريقة العلماء، بعيداً عن طريقة المعاصرين ممن شغلهم القال والقليل، وابتعدوا عن الجديد المنضبط بالدليل، فأما أفرط بعضهم وإما فرط آخرون، وفي طريقة العلماء الحبل المتين الذي فيه نهضة شعوب المسلمين، والحمد لله ربّ العالمين.

المطلب التاسع: صدى الكتاب في بحوث المعاصرين:

¹ ص 221-222.

² ص 273-274.

منذ صدور مقالات «أصول استماع الدعوى الحقوقية» باللغة التركية ظهر الاهتمام بها حتى في البلاد العربية، وشُغف كثيرون بترجمتها إلى العربية حتى تصدّى الأستاذ فائز الخوري لترجمتها، حيث قال: «وقد رأيتُ في المقالات التي ترجمتها عنه من الفائدة والمنفعة ما سوف يجده كلُّ مُطالع، ولا عجب فإنَّ مَنْ تابعها وقرأها في التركيبة استفاد منها، وأيُّ فائدة، لاسيما مما جمعت من الأمثلة والشروح، ولا أرسخ في الذاكرة ولا أوقع على النفس من تكرار الأمثلة، فأنت تجدُ فيها كلَّ ما يُمكن أن يخطر لك من الفروض والأمثال مشروحًا بأوضح أسلوبٍ وأجلى بيان». ويقول الأستاذ الجولاق عن نفسه: «إنه تابع تلك المقالات وجمعها في دفترٍ حفظه عنده، وقرأها فاستفاد منها فوائدٌ تضاهي جميع تجاربه واختباره»⁽¹⁾.

لكن اللافت للنظر أنّ مجموع المقالات رغم اشتهارها بين كثير من الباحثين منذ صدورهما، ورغم أنها لا يُستغنى عنها في كتابات الشرعيين والقانونيين الجادّين، لا سيما في البحوث الرصينة، والأطاريح الجامعية المتميزة، لكنها تكاد اليوم تعتبر في عداد المخطوطات والمطبوعات النادرة، فقلما تجد نسخة منها ولو مصورة إلا نادرا. ولعل القارئ لا ينظر إلى مبحث أقسام الدعوى عند المعاصرين وإلا يجد أثر هذه المقالات فيها؛ لما في هذه المقالات من تقسيم جديدٍ قديمٍ للدعوى إلى صحيحة وفسادة وباطلة، حيث خلت معظم كتب الفقهاء من أفراد الدعوى الفاسدة بعنوان مستقلّ، وإن كان يظهر في إشاراتهم أنها لا تساوي الدعوى الباطلة من كل وجه، حتى جاء صاحب المقالات ليجعلها في عنوان قائم بذاته، ويميّزها عن غيرها من أقسام الدعوى، ويتابعه معظم مَنْ جاء بعده من الكاتبين.⁽²⁾

كما أنك تلاحظ أنّ هذه المقالات هي أحد أشهر مراجع البحث في العديد من فهارس مراجع البحوث والكتب⁽³⁾، تلك الكتابات التي تعلقت بأحكام المرافعات الشرعية والقانونية، ونظريّة الدعوى، وأنظمة القضاء، ونحو ذلك من البحوث ذات الصلة.

الخاتمة والتوصيات :

استطاعت هذه الدراسة التعريف بأشهر شراح مجلة الأحكام العدلية، فوقفت على مولده ونشأته، وتعلّمه وتعليمه، ومؤلفاته ومناصبه ومواقفه إلى وفاته.

ثم رصدت الدراسة واحدا من نتاجه العلمي وجمعت عددا من الفوائد المنهجية التي تميزت بها مقالات الأستاذ علي حيدر أفندي، ومثلت لكل قاعدة بمثال أو أكثر، فظهر من خلال ذلك إلى جانب صدى المقالات في كتابات المعاصرين الدور البارز الذي أسس من خلاله الأستاذ نظرية الدعوى في الفقه الإسلامي التي تعتبر واحدة من أهم النظريات التي تميزت بها الشريعة الإسلامية، والتي فاقت بها أحدث الأنظمة الحقوقية العصرية.

وفي الختام يوصي الباحث ببذل مزيد من الجهود في رصد النهضة الفقهية الحقيقية المعاصرة من خلال العودة إلى كتب أعلام مطلع القرن الرابع عشر الهجري ممن جمعوا بين القديم والحديث، وهضموا الفقه وأعادوا كتابته بلغة تجمع بين روح العصر ودقة الفقه وسعة الشريعة، ويوصي الباحث بكتابة أطروحة جامعية تدرس الأستاذ علي حيدر وإسهامه في نهضة الفقه الإسلامي، إضافة إلى ترجمة كتب الأستاذ التي لم يسبق ترجمتها إلى اللغة العربية، كما يوصي الباحث بإنشاء مركز متخصص بنشر شروح مجلة الأحكام العدلية وترجمة الشروح المكتوبة

¹ (1) أصول استماع الدعوى الحقوقية، ص 3-4، من كلمة المعرب نقل عن حمدي بك الجولاق، رئيس محكمة استئناف الحقوق في دمشق.

² (2) الزرقا، المدخل الفقهي العام، 737/2، النعيمي، معين القضاة لمعرفة الأحكام. العاني، نظام المرافعات، ص 263. وهدان، الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها، ص 89، ص 134.

³ (3) ينظر مراجع الكتب الآتية: نظرية الدعوى، محمد نعيم ياسين. نظام القضاء في الإسلام، للغرابية. جرائم الرشوة والتزوير، للفوزان.

بالتركية، ثم ترتيب أحد هذه الشروح ترتيباً جديداً يتفق وأحدث التقاسيم الدراسية؛ لأجل تيسير دراسة أحكام المجلة في الجامعات الإسلامية.

قائمة المصادر والمراجع:

/ الآقطوغاني، يونس وهبي ياووزالآقطوغاني، حركة التجديد في تقنين الفقه الإسلامي، بيروت، دارالكتب العلمية، ط1، 1436هـ/2015م.

/ الأتاسي، محمّد خالد ابن المفتي أبي الفتح محمّد الثاني الأتاسي (1253-1326هـ)، شرح المجلة، بيروت، دارالكتب العلمية، ط1، 1437هـ/2016م.

/ باز، سليم بن رستم بن إلياس باز اللبباني (1859-1920م)، مرقاة علم الحقوق، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2017م.

/ أبو البصل، عبد الناصر موسى، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، عمان، دار الثقافة، ط1، 2005م.

/ حيدر، خواجه علي حيدر الصغير بن أمين أفندي زاده الحنفي (1269-1354هـ)، أصول استماع الدعوى الحقوقية، ترجمه: فائز الخوري، دمشق، مطبعة الترقّي، 1342هـ/1923م.

/ حيدر، خواجه علي حيدر، ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف، ترجمه: أحمد عبد الجبار، ومحمّد العُمر، مكّة المكرمة، المكتبة المكيّة، 1431هـ/2010م.

/ حيدر، خواجه علي حيدر، دُرر الحكّام شرحُ مجلّة الأحكام، ترجمه: فهمي الحسيني، الرياض، دار عالم الكتب، 1423هـ/2003م.

/ الزرقا، مصطفى بن أحمد بن محمّد (1322-1420هـ)، المدخل الفقهي العامّ، دمشق، دار القلم، ط2، 1425هـ/2004م.

/ العاني، عبد الوهاب خير، نظام المرافعات، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2014م.
/ الغرايبة، محمد حمد، نظام القضاء في الإسلام، عمان، دار الحامد، ط1، 2004م.

/ الفوزان، محمد بن براك، جرائم الرشوة والتزوير، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، ط2، 1435هـ/2014م.

/ القبيح، سامر مازن، مجلّة الأحكام العدليّة مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي، دارالفتح، عمان، ط1، 1428هـ/2008م.

/ قره بلوط: عليّ الرضا وأحمد طوران، معجم التاريخ (التراث الإسلامي في مكتبات العالم)، قيصري، دار العقبة، 1422هـ/2001م.

/ موستراس: السيّد «اس مستراس» القنصل الروسي في إزمير (ت1871م), المعجم الجغرافي للإمبراطورية العثمانية، ترجمه: عصام الشحادات، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 1423هـ/2002م.

/ النعيمي: أحمد حميد، والبداني: أحمد، معين القضاة لمعرفة الأحكام، عمان، دار المعتر، ط2، 1432هـ/2011م.

/ وهدان، حسن محمد، الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها، عمان، الجنادرية، ط1، 2010م.

/ ياسين، محمّد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون، عمان، دار النفائس، ط2، 1432هـ/2011م.

مواقع إلكترونية:

/ وقف الديانة التركي، الموسوعة الإسلامية، <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-haydar-efendi-kucuk>.

الصيغ المعاصرة للاستثمار الوقفي

Contemporary formulas for endowment investment

عبد الله جرادات / طالب دكتوراة / جامعة إسطنبول صباح الدين زعيم / تركيا

Abdallah jaradat PhD student Istanbul Sabahattin Zaim University Turkey

الملخص: تناول البحث موضوع الوقف من ناحية استثماره من خلال صيغ شرعية معاصرة، وهدف البحث إلى تحرير مفهوم الوقف، وبيان ومشروعيته وخصائصه، وتحرير مفهوم الاستثمار الوقفي وتوضيح أهدافه وأهم ضوابطه الشرعية والاقتصادية، كما تناول البحث الصيغ الاستثمارية الحديثة التي تتناسب مع طبيعة الوقف، وقد اعتمد الباحث المنهج الاستقرائي بجمع المادة العلمية من كتب الفقه والاقتصاد، وقد توصل إلى نتائج منها: أن تفعيل الاستثمار الوقفي يعود بالنفع الكبير على أفراد المجتمع المسلم وعلى الوقف نفسه، وأن هناك ضوابط شرعية واقتصادية لا بد من الأخذ بها عند الاستثمار بالوقف، كالالتزام بالشريعة والأخذ بالأولية في إنشاء المشاريع، وعدم مخالفة شروط الواقف.

الكلمات المفتاحية: الوقف، الاستثمار، صيغ معاصرة، شرعية.

Abstract This research deals with the issue of endowment in terms of its investment through contemporary legal formulas. The researcher adopted the inductive approach by collecting the scientific material from the books of jurisprudence and economics, and he reached results, including: that activating the endowment investment brings great benefit to the members of the Muslim community and to the endowment itself, and that there are legal and economic controls that must be taken into account when investing in the endowment, such as compliance with Sharia and taking Priority in establishing projects, and not violating the conditions of the endowment.

Keywords: endowment, investment, contemporary formulas, legitimacy

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، الحمد لله على نعمة الإسلام والإيمان، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

وبعد، يعتبر الوقف من سمات المجتمع الإسلامي ومن أبرز نظمته في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية. ولقد اهتم الفقهاء ووضعوا له الأحكام التي تضبط معاملاته بهدف المحافظة على أمواله وتنميتها واستمرارية تقديم منافعها إلى المستفيدين وفقاً لمقاصد الواقف الواردة في حجة الوقف.

وفي ظل التطورات الإسلامية المعاصرة، والنهضة الدينية والثقافية والاقتصادية في البلاد الإسلامية، والاستفادة من التطور الاجتماعي، والسهولة في انتقال رؤوس الأموال، قدم علماء الشريعة والاقتصاد اليوم صيغاً مستحدثة وجديدة في مجال الاستثمار الوقفي، ولا يزال العمل في أولهن ويحتاج للمزيد من الجهد الفقهي، والفكر الاقتصادي ليوقف على سوقه.

وكانت هذه الصيغ المستحدثة تقدم حلولاً فعالة لاستثمار الوقف، تواكب التنمية الاقتصادية في إطار شرعي يحافظ على الأوقاف وينمي أموالها.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره :

تتمثل أهمية البحث في تسليط الضوء على ضوابط والصيغ الحديثة لاستثمار أموال الوقف التي نص عليها الشرع، وبين تنوع هذه الصيغ.

أهداف البحث :

يهدف البحث إلى التعرف على مفهوم الوقف، ومشروعيته في السنة النبوية، وخصائصه، كما يهدف إلى تناول مفهوم الاستثمار الوقفي، مبيناً أهم الضوابط الشرعية والاقتصادية في الاستثمار الوقفي، وبيان الصيغ الشرعية المعاصرة للاستثمار الوقفي وتطبيقاتها.

مشكلة / أسئلة البحث :

من خلال ما تقدم تأتي هذه الدراسة لتصب في الإجابة على الإشكالية الرئيسية: ما هي الصيغ المعاصرة للاستثمار الوقفي، وقد تفرع من هذه الإشكالية الأسئلة الآتية:

1. ما هو الاستثمار الوقفي وما هي ضوابطه الشرعية والاقتصادية؟
2. ما هي الصيغ الشرعية المعاصرة للاستثمار الوقفي؟

منهجية البحث

اعتمد الباحث المنهج الاستقرائي حيث تم جمع المادة العلمية من كتب العلماء وقرارات المجامع الفقهية والهيئات الشرعية.

محتوى البحث :

وقد جاء هذا البحث -إضافة للمقدمة والخاتمة- في ثلاثة مباحث، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم الوقف ومشروعيته وخصائصه

المطلب الأول: مفهوم الوقف

المطلب الثاني مشروعية الوقف

المطلب الثالث: خصائص الوقف

المبحث الثاني: مفهوم الاستثمار الوقفي وأهدافه وضوابطه

المطلب الأول: مفهوم الاستثمار الوقفي

المطلب الثاني: أهداف الاستثمار الوقفي

المطلب الثالث: ضوابط الاستثمار الوقفي

المبحث الثالث: الصيغ الشرعية المعاصرة للاستثمار الوقفي وتطبيقاتها

المطلب الأول: الاستصناع على أرض الوقف

المطلب الثاني: صيغة سندات أو صكوك المقارضة

المطلب الثالث: الإجارة التمويلية لإعمار الوقف

المطلب الرابع: المشاركة في الشركات المساهمة عن طريق تأسيسها

المطلب الخامس: إنشاء مشروعات إنتاجية

المبحث الأول: مفهوم الوقف ومشروعيته وخصائصه

المطلب الأول: مفهوم الوقف

الوقف في اللغة: الوَقْف (بفتح الواو وسكون القاف): الحبس¹، ووقف الأرض على المساكين وفقًا، حبسها. وحبس الفرس في سبيل الله فهو حبس أي: موقوف على الغزاة يركبونه في الجهاد. وتحبس الشيء: أي لا يُورث ولا يُباع ولا يُوهب، ويترك أصله ويجعل ثمره في سبيل الخير.²

الوقف في الاصطلاح: تعددت تعريفات الوقف عن الفقهاء تبعًا لاختلاف مذاهبهم في بعض مسائله، غير أن جميعها لا يخرج عن معناها اللغوي، فقد عرفه السادة الحنفية بأنه "عبارة عن حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصديق بالمنفعة بمنزلة العارية"³ وعرفه علماء المالكية بأنه: "جعل منفعة مملوك خاص أو بأجرة أو ترك غلته لمن يستحقها مدة ما يراه الواقف فلا يشترط فيه التأبيد"⁴ وعرفه الأئمة الشافعية بأنه "حبس مال يمكن الانتفاع به على مصرف مباح موجود مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته"⁵

ولعل أجمع وانسب تعريف للوقف ما أورده ابن قدامة بأنه "تحبس الأصل وتسبيل المنفعة على بر أو منفعة."⁶

الوقف في المفهوم الاقتصادي: يعرف الوقف من الناحية الاقتصادية بأنه تحويل الدخل والثروة الخاصة إلى موارد تكافلية تخصص منافعها لتلبية احتياجات الفئات المستفيدة، ولتكوين القطاع التكافلي الخيري ونموه والذي يعتبر أساس الاقتصاد المجتمعي في الاقتصاد الإسلامي. فلا بد من مساهمة الوقف في رفع القدرات الإنتاجية اللازمة، وبهذا فإنه يحدث حركة اقتصادية إيجابية للثروة والوصول إلى توزيع عادل بين أجيال وأفراد المجتمع المتتالية، وتظهر عدة مجالات جديدة في المفاضلة بين الاختيار الخاص الفردي والجماعي الخيري، وبين الاستهلاك الفردي والتكافلي، وبين الاستثمار والادخار الخاصين والاستثمار والادخار التكافليين الخيريين اللذين يتطوران من خلال النمو التراكمي

¹ الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، ط1، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1983م)، ص253

² ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ط3، (بيروت، دار صادر، 1414هـ)، 6/44

³ الزبيدي، أبي بكر بن علي محمد الحداد، الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية، تحقيق الياس قبلان، ج2 (بيروت، دار الكتب العلمية، 2006م)، ص31

⁴ الشهير بالصاوي المالكي الخلوئي، ابو العباس أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج4 دار المعارف، ص98

⁵ الهبتي، أحمد بن محمد علي حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، مصر: المكتبة التجارية 6/253، 1983م

⁶ المقدسي/ أبو محمد، الكافي في فقه الإمام أحمد - الشهير بابن قدامة المقدسي، ط1 دار الكتب العلمية، 1994م، ج2، ص250

للقطاع الوقفي الذي يعتبر ضرورة اجتماعية واقتصادية ومطلب حضاري لتحقيق التنمية المستدامة الشاملة في الاقتصاد الإسلامي.

المطلب الثاني: مشروعية الوقف

للقوقف على الأدلة التي وردت للدلالة على مشروعية الوقف يمكن تثبيت العديد من النصوص الواردة في السنة النبوية والتي دلت دلالة مباشرة على مشروعية الوقف، والترغيب للعمل به، ومن النصوص التي يمكن ذكرها ما يلي: عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له"¹، فقد حث النبي صلى الله عليه وسلم المسلمين في هذا الحديث أن يجعلوا لأنفسهم نوعاً من الصدقات الجارية التي يستمر بها بعد موته وتعود على عامة المسلمين بالنتفع. عن عمرو بن الحارث بن المصطلق رضي الله عنه قال: "ما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بغلته البيضاء، وسلاحه، وأرضاً تركها صدقة"².

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر، فقال، يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمرني؟ قال: "إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها"، فتصدق بها عمر على ألتابع، ولا توهب، ولا تورث في الفقراء، وابن السبيل، والرقاب، والضيف، وذوي القربى، لا جناح على من تولمها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم صديقاً، غير متمول مالا³.

كما أنه قد ورد عن جمع كبير من الصحابة رضي الله عنهم أنهم أوقفوا أموالاً لهم في سبيل الله، منهم عثمان، وعمرو بن العاص، وعلي، وأبو طلحة، والزبير، وغيرهم⁴.

المطلب الثالث: خصائص الوقف

لقد امتاز الوقف في النظام الإسلامي بخصائص نالها بانتمائها إلى شريعة الله سبحانه وتعالى، وتتمثل فيما يلي:

الوقف صدقة جارية: من أبرز خصائص الوقف أن العين الموقوفة يبقى أثرها منتجة للحسنات لصالح الواقف حتى بعد وفاته.

¹ محمد أمين الشافعي، صحيح مسلم، في كتاب الكوكب الوهاج شرح صحيح مسلم، ط1 دار المنهاج، 2009م، 4090 رقم-18/123

² العسقلاني، أحمد بن علي حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، قصي محب الدين الخطيب (ط1 القاهرة: دار الراين للتراث، 1986م

³ العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الشروط - باب الشروط في الوقف 418/5 - رقم 2

⁴ عبد الله عبد الرحمن الجريين تحقيق الزركشي على مختصر الخرق، شمس الدين محمد الزركشي الحنبلي، ط1 السعودية: دار العبيكان، 1993م



الوقف ذو طابع خيرى: وذلك لقوله تعالى "ليس اليرأ أن تُؤلوا وُجوهكم قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْيَرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُؤْمِنُونَ بَعَثَهُمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ ۗ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ" (البقرة / 177)

الوقف اختياري الإنفاق: ينبع الوقف من إرادة الواقف الحرة.

الوقف يؤديه كل مسلم: ينفرد الوقف بخاصية أن كل مسلم بإمكانه أن يقف شيء مما أنعم الله عليه، وهذا ليس كالزكاة لا يؤديها المسلم إلا إذا كان لديه مالا وبلغ النصاب.

مرونة الوقف: يتميز الوقف بالمرونة وعدم الجمود.

منفعة الوقف عامة: يشمل منفعة الوقف جميع أفراد المجتمع.

المبحث الثاني: مفهوم الاستثمار الوقفي وأهدافه وضوابطه

المطلب الأول: مفهوم الاستثمار الوقفي

الاستثمار الوقفي مصطلح حديث نتج عن تلك الجهود الحثيثة وبخاصة لدى المجامع الفقهية والندوات والمؤتمرات حول الوقف وفقهه وخصائصه وأثاره الاقتصادية، ويمكن تعريف استثمار الوقف: بأنه ما يبذله ناظر الوقف من أجل الحفاظ على الممتلكات الوقفية وتنميتها بالطرق الشرعية، ووفق مقاصد الشريعة ورغبة الواقفين بشرط ألا تعارض نصاً شرعياً.

والاستثمار الحقيقي والواقعي للوقف هو الإنفاق على أصول ثابتة من ممتلكات الوقف بغية تحقيق عائد مالي على مدى فترات مختلفة من الوقت، وتوفير خدمات لأفراد المجتمع مراعيًا في ذلك مقاصد الشريعة العامة في ترتيبها للحاجات البشرية مت الضروري إلى الحاجي والتحسيني.

كما أن العلاقة بين الوقف والاستثمار هي علاقة أساسية ومتمينة، والاستثمار يشمل أصول الاوقاف وبدل الوقف، وريعه وغلته. وهذه هي الحكمة من مشروعية الوقف.

وذهب الدكتور محمد الزحيلي إلا أن الاستثمار الوقفي هو: "إحداث النماء والزيادة في كل سبيل مشروع من الربح والغلة والفائدة والكسب، وذلك باستغلالها في وجوه الاستثمار المتعددة."¹

¹ الزحيلي، محمد، الاستثمار المعاصر للوقف، رابطة العلماء السوريين، ص6

المطلب الثاني: أهداف الاستثمار الوقفي

لو نظرنا للاستثمار بمفهومه العام الذي ينضوي تحته توظيف وتشغيل الأموال، أو بعبارة أخرى استغلال واستعمال الأصول لقلنا إن استثمار اعيان الوقف هو عمل جوهري في العملية الوقفية، بحيث إذا لم يحدث أو لا يمكن حدوثه فقدت عملية الوقف جوهرها ونفسها ومقصودها.

فالشارع شرع الوقف لحكمة جليلة، ولا تتحقق هذه الحكمة إلا من خلال استثمار المال الموقوف، ولذلك لا يصح وقف من ليس له عين أو أصل باق ينتج منفعة متصلة أو غلة منفصلة، فلا يجوز وقف ورغيف الخبز.

ويمكن إجمال أهداف الاستثمار الوقفي بالنقاط الآتية:

المحافظة على الأصل الموقوف وإعادة إحياء القديم والمتهاك منه ليستمر في العطاء.

يساهم الوقف من خلال تمويل الإسكان الاقتصادي ومنحه لمستحقيه في حل مشكلة الإسكان الحالية التي تعاني منها بعض المجتمعات الإسلامية.

يمول الوقف الإسلامي المشاريع الصغيرة والمصانع ويدفع من خلالها بعجلة التنمية الصناعية.

يساهم في مساعدة القادرين على العمل بإيجاد فرص عمل لهم من خلالها يساهم في القضاء على البطالة.

تنمية الوقف وتحقيق مبدأ الاستدامة المالية للحفاظ عليه، وحتى لا تآكله النفقات والمصروفات التي قد تأتي على أصله إن لم تتم العناية له من قبل الواقف أو الناظر.

تعزيز أداء دور الوقف التنموي اجتماعيًا، وتوسيع مشاركته تحت مفهوم المسؤولية الاجتماعية.

دعم الاقتصاد الوطني، وتدوير عجلة الاقتصاد، والمساهمة في القضاء والجوع.

يتضح لنا أن الوقف عملية تنموية متكاملة، ذات تأثير اقتصادي بعيد المدى، كما أنه يستطيع أن يساهم في عملية التنمية من خلال مجالات رحبة، إذا أتاحت له الفرصة، وتوفرت له المرونة الكافية إداريًا، وذلك بربط الوقف بخطط التنمية التي تعدها الدولة.

المطلب الثالث: ضوابط الاستثمار الوقفي

الوقف منهج متكامل دينيًا واجتماعيًا واقتصاديًا انفرد الإسلام بتشريعه، لذا فهو يمتاز بالشمولية والحكمة والتوازن، وقد وضع الإسلام للحفاظ على الوقف وتنميته واستثماره مبادئًا عامة، تكون ضوابط وقواعد رئيسية لتنظيم العلاقة بين الواقف والموقوف عليهم وناظر الوقف.

وقد قرر الفقهاء مجموعة من الضوابط الشرعية والاقتصادية، ووجهوا بضرورة مراعاتها عند الاستثمار الوقفي، أهمها:

أن يكون استثمار الوقف مشروعاً: وذلك بأن تكون عمليات الاستثمار مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية والتي تعتبر المرجعية الأولى في هذا النشاط كأن تستثمر الاعمال في أعمال مباحة كإقامة المشاريع النافعة وبناء المساكن وغير ذلك، وتجنب المجالات الاستثمارية المحرمة، كالاستثمار في لحوم الخنزير والخمر.

أن يكون الاستثمار مما يحقق مصلحة راجحة أو يغلب على الظن تحقيقه لها، مع مراعاة ترتيب المشروعات الاستثمارية المراد تمويلها وفقاً لسلم الأولويات الإسلامية، وهي الضرورات فالحاجيات فالتحسينات، وذلك حسب حاجات المجتمع.

اختيار مجال الاستثمار والصيغة الاستثمارية المناسبة اقتصادياً، بحيث يؤمنان العائد الاقتصادي الأفضل، ويحافظان على الوقف وحقوقه، ويحققان الفائدة المرجوة من عملية الاستثمار.

ألا تؤدي صيغ الاستثمار إلى خروج العين الموقوفة عن ملكية الواقف، وان تكون مأمونة لا مخاطرة فيها، فمثلاً استبدال الوقف لا يجوز أن يكون بالدراهم والدنانير، بل بعقار مثله، خشية العبث بالأموال الوقفية.

توجيه الاستثمار نحو المشروعات المحلية التي تعود بالنفع على عموم المسلمين، فإنعاش الاقتصاد في الدول الإسلامية أكثر أولوية من غيرها.

توثيق العقود الاستثمارية، فعقد استثمار الوقف كسائر العقود في الإسلام، التي حث على توثيقها والاشهاد عليها من باب حفظ حقوق العباد وأموالهم، وخاصة أن أغلب عقود استثمار الوقف تكون طويلة الأجل، ففي توثيقها حاجة أكثر من غيرها من العقود.

الالتزام بشرط الواقف وغايته من الوقف، بحيث لا يتناقض استثمار الوقف مع ما شرطه الواقف من شروط، إلا للضرورة أو لمصلحة الوقف ذاته.

الرقابة المستمرة والمتابعة الدائمة، وتقييم أداء العملية الاستثمارية، للتأكد من توافقها مع الخطط المرسومة وتحقيقها للعائد المتوقع.

حصر منافع الأموال المستثمرة على مصلحة المستحقين.

الاعتماد على الطرق الفنية والوسائل الحديثة في الاستثمار، وذلك بأن تُسبق المشاريع الوقفية الكبيرة بدراسات مستوفية للجدوى الاقتصادية.

تنوع المشاريع والشركات والمؤسسات والمجالات التي تستثمر فيها أموال الوقف، بما يناسب كل مال موقوف حسب طبيعته، حتى لا تكون مركزة في مشروع أو مجال واحد قد يتعرض لكوارث أو خسائر فتضيع أموال الوقف كلها.

المبحث الثالث: الصيغ الشرعية المعاصرة للاستثمار الوقي وتطبيقاتها

المطلب الأول: الاستصناع على أرض الوقف

والاستصناع هو "عقد على مبيع في الذمة مطلوب على وجه مخصوص"¹ كطلب صناعة أنية أو باب أو سفينة أو طائرة، ونحو ذلك.

وفي مجال الأوقاف يمكن لناظر الوقف من شخص أو وزارة مختصة بالأوقاف أن تعلن للجهات الممولة من مصارف، أو شركات أو أشخاص أثرياء، يرغبون في الاستثمار في أرض لبناء مجمع تجاري، أو سكني، ويقدم الناظر جميع المواصفات التي يرغبها في هذا المشروع، وتقوم الجهة الممولة ببناء المشروع مباشرة أو بواسطة الغير حسب المتفق عليه، أن يقوم ناظر الوقف بدفع قيمة المشروع حسب تعاقد الطرفين على أقساط مؤجلة تحدد قيمتها ومواعيدها بناء على توقعات مقدار الايجار لهذا المشروع؛ ضماناً لتسديد الأقساط المستحقة للجهة الممولة في الموعد المحدد.

إن الاقتصاد سوف يستفيد ككل من هذا الاستصناع، إذ سيوجد طلباً على العمالة، وعلى المواد التي يحتاجونها لهذا الانشاء، مما سيكل عجلة نشطة للاقتصاد ككل.

إضافة إلى أن هذه الصيغة توفر على الجهة النازرة على الأوقاف مؤونة القيام بالرقابة المباشرة على إدارة سير وتنفيذ هذه المشروعات الانشائية، خاصة أنها لا تملك غالباً الإمكانيات الإدارية والفنية المتخصصة لمباشرة مثل هذه الاعمال الانشائية، أو غيرها مما ينفع في باب الاستصناع.

وقدر قرر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي أن عملية التعاقد على إنشاء المباني بطريقة الشراء المسبق هو من قبيل عقد الاستصناع، جاء في قرار المجمع رقم 6/1/25 في دورة مؤتمره السادس المنعقد في جدة بتاريخ 17 – 23 شعبان من عام 1410هـ في معرض تعداد الطرق الشرعية لتوفير المساكن ما يلي "أن تملك المساكن عن طريق عقد الاستصناع على أساس اعتباره لازماً وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنزاع، دون وجوب تعجيل الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميزوه عن عقد السلم."

¹ الشيبانات، عبد الرحمن بن إبراهيم، أثر الحرية الاقتصادية على الاستثمار الإسلامي، رسالة ماجستير، قسم الاقتصاد الإسلامي كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1412هـ

المطلب الثاني: صيغة سندات أو صكوك المقارضة

وهي صيغة تقوم على عقد المضاربة الشرعي بين جهة الوقف بصفتها مضارباً وحملة الصكوك بصفتهم أرباب أموال، وقد طبقت لأول مرة في الأردن سنة 1981م تحت مسمى "سندات المقارضة"، وقد حدد القانون الهيئات التي يسمح لها بإصدار هذا النوع من السندات، وقد قامت وزارة الأوقاف الأردنية بإصدار سندات مقارضة لإقامة مبان على أرض أوقاف لديها، وذلك بطرح هذه السندات على الجمهور ليشتروا فيها بدفع مبلغ محدد من المال، ليستفاد منه في إعمار الأراضي الوقفية واستثمارها للإيجار والسكن وغيره، لتحقيق الربح وتوزيعه على المشاركين والموقوف عليهم.¹

وقد ناقش مجمع الفقه الإسلامي الدولي هذه الصيغة في مؤتمره الرابع، وأصدر قراره رقم 30 بالإجازة، ووضع ضوابط لكيفية تطبيقه من حيث إصدار الصكوك وتداولها والعلاقات بين أطرافها، ولم تخرج تلك الضوابط عما ورد في نشرة الاكتتاب الصادرة من وزارة الأوقاف الأردنية.²

ويتجلى تطبيق صيغة سندات المقارضة على الأوقاف فيما يلي:

لدى الأوقاف أرض غير مستغلة ولا يملك تمويلاً لإعمارها والبناء عليها.

يتم إعداد دراسة جدوى يتحدد فيها المبلغ اللازم للبناء.

يتم تقسيم المبلغ اللازم للبناء إلى وحدات صغيرة تصدرها الجهة المشرفة على الوقف صكوكاً أو سندات، يكون كل واحد منها بقيمة إسمية من فئات المبلغ اللازم للبناء.

يتم طرح الصكوك أو السندات للاكتتاب العام عبر بعض المؤسسات المالية، ويكون جميع المكتتبين شركاء في دخل المشروع.

على أن يأخذ الوقف صكوكاً بقيمة الأرض.

من قيمته الإيجارية المجتمعة يتم دفع عائد لحملة الصكوك كل بحسب صكوكه منسوبة إلى إيرادات التأجير.

يتم دورياً استرداد تلك الصكوك من قبل الجهة المشرفة على الوقف، من خلال دفع قيمتها إلى أصحابها من العائد الذي تحصل عليه حتى يتم إطفاء تلك الصكوك في نهاية المدة وتصبح ملكية المباني خالصة للأوقاف.

¹ انظر محمد الزحيلي، الاستثمار المعاصر للوقف، مصدر سابق، ص 17

² عويس، محمد يحيى، التحليل الاقتصادي الكلي، بدون طبعة، (القاهرة، مكتبة عين شمس، بدون تاريخ نشر) ص 44

المطلب الثالث: الإجارة التمويلية لإعمار الوقف

وتتمثل هذه الطريقة في أن يؤجر ناظر الوقف لمستثمر أو مستثمرين لمدة طويلة نسبية كعشر سنوات أو نحوها، ليقوموا عليها ببناءً أو مصنعاً أو نحو ذلك ليستفيدوا من إيجاره أو تشغيله، وتكون الأجرة هي البناء أو المصنع الذي سيقام عليه، ومن الضروري ان يكون البناء أو المصنع معلوم المواصفات والمقاييس بكل دقة، وتحسب تكلفته، ومعدل الإهلاك السنوي له حتى يمكن تحديد مقدار الأجرة الكاملة للأرض.¹

وستوفر هذه الصيغة إعماراً للوقف سوف يزول إليه بالكامل بعد سنوات، بحيث يمكن استغلاله والحصول على نتاجه، وصرفها في مصارف الوقف التي عينها الواقف.

كما ستوفر للمستثمرين أرضاً لم تكن متاحة لهم بغير الأسلوب مما يعني تحقق الفائدة للطرفين وللمجتمع.

المطلب الرابع: المشاركة في الشركات المساهمة عن طريق تأسيسها

أو شراء أسهمها بهدف تحقيق عائد، ولها صيغ كثيرة مثل: شراء الأسهم، والمساهمة في رؤوس أموال صناديق الاستثمار الإسلامية، والمساهمة في رؤوس أموال المصارف، والمساهمة في رؤوس أموال شركات التأمين الإسلامية، والمساهمة في رؤوس أموال الجمعيات التعاونية الإسلامية، والمساهمة في رؤوس أموال الجمعيات التعاونية الخدمية.

ويشترط لجواز التعامل بالأسهم ألا تكون في بنوك ربوية، أو تتعامل بالسلع المحرمة، ويضاف إلى ذلك شرط آخر هو ألا تكون الشركة صاحبة الأسهم تودع جزءاً من أموالها في البنوك الربوية وتتقاضى عليها فائدة تضم إلى أرباحها؛ لأن هذا إدخال للربا على جميع المساهمين.²

المطلب الخامس: إنشاء مشروعات إنتاجية

تعمل في مجال الضروريات والحاجيات بما يحقق أكبر النفع على الموقوف عليهم ومنها:

الاستثمار العقاري، كسواء العقارات وتأجيرها وإنشاء الأبنية وتعمير العقارات القديمة وصيانتها، واستبدال العقارات وبناء المباني السكنية أو الصناعية، أو التجارية.

المشروعات المهنية والحرفية أو المصانع أو المعامل.

المشروعات الخدمية كالتعليم والمدارس والكليات والمستوصفات والمستشفيات، والمؤسسات الاجتماعية كدور الضيافة للفقراء والمساكين ودور اليتامى والمسنين والمرضى.

¹ ابن عابدين، محمد أمين رد المحتار على دار المختار شرح تنوير الأبصار، ط 1386/2هـ، طبع مصطفى الحلبي، مصر، ص 75

² عمر، عبد الحلیم، الاستثمار في الوقف، ص 7

مشروعات تطوير وتجديد الأعيان الوقفية القديمة التي قاربت على الهلاك متى تبين من الدراسات والبحوث جدواها الاقتصادية والاجتماعية.

الصيغة السادسة: صيغة المربحة للأمر بالشراء، تعد صيغة المربحة للأمر بالشراء صيغة مستحدثة للمرابحة العادية المعروفة في كتب الفقهاء القديمة، وشاع استخدامها مؤخراً بصورة كبيرة في المصارف الإسلامية، ويمكن تطبيق صيغة المربحة للأمر بالشراء على الأوقاف من خلال الآتي:

أن تتفق الجهة المشرفة على الأوقاف مع مصرف إسلامي أو مستثمر على إقامة مبان لها على أرض وقفية تملكها، ويتم الاتفاق مبدئياً على تكلفة البناء ونسبة الربح التي سيأخذها المصرف الإسلامي أو المستثمر، ثم تقوم الجهة المشرفة على الأوقاف بتسديد التكلفة مع الربح للممول على صورة أقساط محددة من دخل هذا المشروع، مع تقديم ضمانات لازمة لتسديد المبلغ، ويكون البناء للوقف يستفيد مبدئياً من جزء من ريعه، ثم يصبح البناء والدخل كاملاً له.

أن يقوم الوقف بعملية التمويل والاستثمار في أصوله غير الثابتة كالنقود الفائضة عن حاجته، عن طريق صيغة المربحة، مقابل نسبة من الأرباح، وذلك في عدد من القطاعات الاستثمارية المضمونة، عبر شراء سلع مطلوبة وبيعها مرابحةً إلى العملاء مع وجود ربح يعود إلى الوقف والمستفيدين منه.

أن تتفق الجهة المشرفة على الوقف مع مصرف إسلامي أو مستثمر على شراء سلعة للوقف، مع تقديم وعد من الوقف للمصرف أو المستثمر بشراء السلعة، فيقوم المصرف أو المستثمر بشراء السلعة وتسليمها وحيازتها، ثم بيعها للوقف بربح متفق عليه يضم إلى أصل الثمن.

أن تقوم الجهة المشرفة على الوقف بتنفيذ صيغة المربحة للأمر بالشراء بوصفها مستثمرة وممولة، وذلك من خلال الاتفاق مع العميل على شراء سلعة له، مع تقديم وعد من العميل للوقف بشراء السلعة، ومن ثم يقوم الوقف بشراء السلعة وتسليمها وحيازتها، ثم بيعها للعميل بربح متفق عليه يضم إلى أصل الثمن.

الخاتمة :

لقد كان الوقف وما زال من أهم النظم الأولى في الشريعة الإسلامية، فقد ساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وشكل من خلال خصائصه، ومرونة أحكامه حقلاً خصباً للإبداع الإنساني في مجال توفير المنافع والخدمات والاعمال الخيرية، بل كان ممولاً هاماً للحضارة الإسلامية ومقوم من مقوماتها، وتزداد أهميته في الوقت الحالي، في ظل التطورات التي نشهدها في شتى مجالات الحياة، الأمر الذي دعى إلى إعادة النظر في الوقف والاستثمار فيه وفق طرق عصرية تناسب التقدم الذي نعاصره.

وقد توصلت من خلال البحث إلى عدة نتائج وتوصيات منها:

1. للوقف مقاصد نبيلة ومهمة في تنمية المجتمع، من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، وتعزيز التقدم الشامل للأمة على كافة الأصعدة.
2. الوقف الذي لا يدار ولا يستثمر قد تشل دورته الاقتصادية ويدخل في التآكل والتلاشي، والاستثمار الوقفي يزيد من عمر الوقف ويحافظ عليه.
3. للاستثمار الوقفي ضوابط شرعية واقتصادية لا بد من الأخذ بها: منها الالتزام بالشريعة الإسلامية، ومراعاة الأولويات في الإستثمار، وعدم مخالفة شروط الواقف، ودراسة الجدوى للاستثمار والتأكد من تقليل المخاطر فيه قدر المستطاع.
4. من أنواع الاستثمار الوقفي من خلال عقود المرابحة للأمر بالشراء، والاستصناع الموازي، والتجارة المباشرة والاجارة التمويلية، وصكوك الاستثمار.
5. وأوصى الباحث بضرورة تطوير طرق استثمار الوقف المعاصرة لتحقيق نتائج أفضل.
6. تنوع وسائل تنمية الوقف واستثماره في كل المجالات المتاحة والمشرفة.
7. بذل الجهد للرقى بالمؤسسات الوقفية في البلاد الإسلامية وتفعيل الاستثمار فيها بما يحقق النفع للجميع.

قائمة المصادر والمراجع

1. الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، ط1، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1983م)، ص253
2. ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ط3، (بيروت، دار صادر، 1414هـ)، 44/6
3. الزبيدي، أبي بكر بن علي محمد الحداد، الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية، تحقيق الياس قبلان، ج2 (بيروت، دار الكتب العلمية، 2006م)، ص31
4. الشهير بالصاوي المالكي الخلوتي، ابو العباس أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير)، ج4 دار المعارف، ص98
5. الهيثمي، أحمد بن محمد علي حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، مصر: المكتبة التجارية 6/253، 1983م
6. المقدسي/ أبو محمد، الكافي في فقه الإمام أحمد - الشهير بابن قدامة المقدسي، ط1 دار الكتب العلمية، 1994م، ج2، ص250
7. محمد أمين الشافعي، صحيح مسلم، في كتاب الكوكب الوهاج شرح صحيح مسلم، ط1 دار المنهاج، 2009م، 4090 رقم-18/123
8. لعسقلاني، أحمد بن علي حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، قصي محب الدين الخطيب (ط1 القاهرة: دار الراين للتراث، 1986م
9. العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الشروط - باب الشروط في الوقف 418/5 - رقم 2
10. عبد الله عبد الرحمن الجربين تحقيق الزركشي على مختصر الخرقى، شمس الدين محمد الزركشي الحنبلي، ط1 السعودية: دار العبيكان، 1993م 269/4
11. الزحيلي، محمد، الاستثمار المعاصر للوقف، رابطة العلماء السوريين، ص6

12. الشبانات، عبد الرحمن بن إبراهيم، أثر الحرية الاقتصادية على الاستثمار الإسلامي، رسالة ماجستير، قسم الاقتصاد الإسلامي كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1412هـ.
13. عويس، محمد يحيى، التحليل الاقتصادي الكلي، بدون طبعة، (القاهرة، مكتبة عين شمس، بدون تاريخ نشر) ص44
14. ابن عابدين، محمد أمين رد المحتار على دار المختار شرح تنوير الأبصار، ط2/1386هـ، طبع مصطفى الحلبي، مصر، ص75

أصول المحاكمات الشرعية الإجرائية دراسة تأصيلية

من الأدلة الشرعية والتراث الفقهي

Fundamentals of Islamic Court Trials

Review and Investigation

د. أيمن عبد الحميد عبد المجيد البدارين- الأستاذ المشارك في الفقه وأصوله- كلية الشريعة والدراسات العليا-
جامعة الخليل -فلسطين- aymanb@hebron.edu

أ. محمد عزات حامد النواجع- ماجستير القضاء الشرعي - جامعة الخليل -فلسطين- mawaja@gmail.com

الملخص: لما كان القضاء من الأمور الهامة والضرورية الوجود التي لا يستقيم حال الناس بدونها، وانعدامه يعني ذهاب حقوق الناس، وكان لا بد لهذا القضاء أن يبني على قواعد وأصول، فكان هذا البحث الذي يهدف إلى بيان أصول المحاكمات الشرعية الإجرائية، حيث يبين سبق الشريعة الإسلامية للقوانين الوضعية في تعييدها لأصول المحاكمات، ومدى اهتمامها بتحقيق العدل وإحقاق الحق، فالمحاكمات في الشريعة الإسلامية إنما تسير وفق إجراءات واضحة وقواعد راسخة ومبادئ ثابتة، فالناس كل الناس فيه سواء، فقد عرضنا وأصلنا في بحثنا هذا لأصول المحاكمات الشرعية الإجرائية، حيث تكون البحث من مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة، حيث تضمن المبحث الأول تأصيل الشروع في الدعوى وإجراءاتها، وأصل المبحث الثاني لإجراءات المحاكمة، وأصل المبحث الثالث لإجراءات الحكم القضائي، أما المبحث الرابع فكان تأصيلاً لإجراءات الطعن في الأحكام القضائية.

Abstract: we present study reviews and investigates the fundamentals of Shari'a (Islamic) court trials. It consists of an introduction ،three chapters ،a conclusion and an appendix. The first chapter is an introductory chapter. It includes a definition of the judiciary ، its legitimacy and benefits. This chapter also reviews the history of judiciary and principles of trials from the pre-Islamic era up to the present time.

The second chapter is concerned with the fundamentals of the objective Shari'a court trials. It includes a definition of these court trials and an investigation into the principles underlying the judicial system ،the provisions relating to the judge and his assistants ،and the lawsuit. This chapter also shows the most important means of evidence in Islamic law ،and it concludes with a review of the jurisdiction rules of the Shari'a courts.

The third chapter deals with the fundamentals of procedural Shari'a court trials. It investigates the procedures of filing a lawsuit in Shari'a courts ،trial proceedings ،Shari'a court rulings ،and challenging court decrees.

المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد:

إن المستقرى للقضاء في عهد النبي صلى الله عليه وسلم لا بعده من أطوار العهد الأول للقضاء الإسلامي يجد أنه امتاز بالسهولة واليسر والابتعاد عن الشكليات، ومن مظاهر ذلك أن المدعي والمدعى عليه كانا يذهبان معاً إلى مجلس القاضي ويطلبان القضاء بينهما ويتم الأمور بكل سهولة ويسر، ثم أخذت الأصول التي يتبعها أطراف الدعوى في التقاضي تتطور شيئاً فشيئاً حتى وصلنا اليوم إلى وضع ما يسمى (بقانون أصول المحاكمات الشرعية)، الذي ينظم الإجراءات التي يجب على الخصوم اتباعها في الدعوى، والخطوات التي يجب على القاضي أن يتقيد بها في جميع مراحل الدعوى، وجاءت هذه الدراسة لتأصل هذا القانون بالبحث عن جذوره وأصوله في الأدلة الشرعية وما بني عليها من كتب الفقهاء عبر التاريخ الإسلامي لتكون على بصيرة من أمرنا، ولنظهر تميز فقهننا، وسقه القوانين المعاصرة في كل مضمار، بما يعطي من لمحة تاريخية سريعة لتطور أصول التقاضي في الشريعة الإسلامية.

أهمية البحث وأسباب اختياره:

1. إظهار سبق علماء الشريعة الإسلامية للقوانين الوضعية المعاصرة في استحداث إجراءات للتقاضي.
2. رفد المكتبة التشريعية والقانونية المعاصرة بأدلة شرعية ووقائع فقهية وتاريخية في أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، حيث - وللأسف - كان ولا زال جل اعتماد شراح هذه القوانين على القوانين الوضعية؛ لقلّة وضعف الاطلاع على التراث الفقهي الهائل في القضاء الشرعي وسبقه وتأصيله لمثل هذه الأصول الشرعية في التقاضي.
3. الموضوع بالغ الأهمية كونه يتعلق بحياة الناس ويلاصق واقعهم، ففيه فصل للمنازعات، وقطع للخصومات، ويجب أن يكون هذا الأمر على بصيرة؛ حتى يتحقق العدل؛ لأنه من الطبيعي إن لم يكن القضاء مبنياً على قواعد وأصول شرعية، فإن التخبط والظلم سيكون سيد الموقف.
4. بيان مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بالقضاء وطرقه لتحقيق العدل بين الناس، وبيان عظمة هذا الدين في أصوله القضائية ومدى اهتمامه بأن يكون العدل هو الأساس في المجتمع الإسلامي.

مشكلة البحث:

جاء البحث ليجيب عن عدة تساؤلات، ومن أهمها:

1. هل يوجد إجراءات موضوعية وشكلية للمحاكمات في الشريعة الإسلامية أم اقتصر على الموضوعية؟
 2. هل سبقت الشريعة الإسلامية القوانين المعاصرة في وضع إجراءات للمحاكمات؟
 3. ما مدى موافقة أصول المحاكمات الإجرائية المعاصرة للشريعة الإسلامية؟
 4. ما هو التأصيل الشرعي لقوانين أصول المحاكمات الشرعية الموضوعية والإجرائية؟
- الدراسات السابقة:

1. أصول المحاكمات الشرعية للدكتور أحمد محمد علي داوود، وقد نشرته دار الثقافة للنشر والتوزيع في عمان في طبعته الثانية سنة (2011م)، وقد ذكر فيه الشيخ ما يتعلق بتعريف القضاء، ومشروعيته ودراسة تاريخيه للقضاء والمحاكمات، وما يتعلق بالقاضي وأطراف الدعوى ووسائل الإثبات من منطلق شرعي، وقد أجاد الباحث في كتابه وأفاد، إلا أن الباحث لم يتطرق إلى القانون إلا في مسائل قليلة، وتمتاز دراستنا عن الباحث بعدة أمور: أ-التطرق إلى قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (31) لسنة (1959م) حيث أذكر نص

المادة القانونية. ب- ننقل نصوص الفقهاء في المسائل التي تتعلق بأصول المحاكمات الإجرائية؛ لإثبات سبق الشريعة الإسلامية للقوانين الوضعية في أصول المحاكمات.

2. شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي للدكتور عبد الناصر موسى أبو البصل، والكتاب مطبوع في مجلد من الحجم المتوسط، ضَمَّنَ الدكتور كتابه بمبحث تمهيدي ذكر فيه لمحة تاريخية عن القضاء في الأردن وفلسطين منذ انفصالهما عن الدولة العثمانية، وعن النظام القضائي في الأردن من زاوية قانونية بحتة دون الرجوع إلى أصول المحاكمات عند الفقهاء.

منهج البحث:

سلك الباحثان في بحثهما المنهج الاستقرائي والوصفي والاستنتاجي، كما هو الحال في البحوث والدراسات المتعلقة بالعلوم الشرعية.

حدود الدراسة:

سيعتمد الباحثان قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (31) لسنة (1959م) أساساً في المقارنة كون هذا القانون نموذجاً لقوانين أصول المحاكمات الشرعية العربية والإسلامية، وقد استمد مواده من قانون أصول المحاكمات الشرعية العثماني ثم قوانين أصول المحاكمات العربية التي استمدت بعض أصولها من القوانين الغربية وخاصة قوانين أصول المحاكمات المدنية، وسيكون التأصيل من الأدلة الشرعية المعتمدة من الكتاب والسنة النبوية وغيرها من الأدلة الشرعية، وما بني على هذه الأدلة من التراث الفقهي العظيم بمذاهبه المتعددة.

خطة البحث:

قسم الباحثان البحث إلى مقدمة، وأربعة مباحث، وخاتمه.

المقدمة: تضمنت أهمية البحث وأسباب اختياره والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطته.

المبحث الأول: تأصيل الشروع في الدعوى، وفيه مطلبان: الأول: تنظيم عريضة الدعوى وقيدتها في سجلات المحكمة.

المطلب الثاني: التبليغات القضائية.

المبحث الثاني: تأصيل إجراءات المحاكمة، وفيه سبعة مطالب: الأول: إدارة جلسات المحاكمة.

الثاني: المرافعة. الثالث: الدفع في الدعوى. الرابع: التقادم وأثره على سماع الدعوى. الخامس: حضور الخصوم وغياهم. السادس: طلبات الخصوم. السابع: الأحوال الطارئة في الدعوى.

المبحث الثالث: تأصيل الحكم القضائي، وفيه ثلاثة مطالب: المطلب الأول: التعريف بالحكم القضائي.

الثاني: آثار الحكم ومصاريه الدعوى. الثالث: تعجيل التنفيذ.

المبحث الرابع: تأصيل الطعن في الأحكام القضائية، وفيه ثلاثة مطالب: الأول: الطرق الاعتيادية للطعن في الأحكام القضائية. الثاني: الطرق غير الاعتيادية للطعن في الأحكام القضائية. الثالث: إعادة المحاكمة.

تمهيد:

يعتبر القضاء أحد أهم مرافق الدولة، وبما أنه كذلك فلا بد من تنظيم، وهذا التنظيم في بعض الأحيان يتطور تبعاً لظروف الزمان والمكان، فقد يناسب مجتمعاً في زمان تنظيم معين، بينما لا يناسب مجتمعاً آخر في ذات الزمان، فإذا حُمِلَ الناس على تنظيم لا يناسب عصرهم ومصيرهم فسيقعون في حرج ومشقة والحرج مرفوع في الشريعة الإسلامية، فكان لا بد من تنظيم إجرائي لأصول المحاكمات الشرعية بما يحقق المصلحة العامة، وبما لا يتعارض مع أحكام الشرع، وقد يكون مستند هذه الإجراءات النصوص، وقد لا يكون لهذه الإجراءات مستند سوى

السياسة الشرعية التي تقتضيها المصلحة الحقيقية ضمن قواعد المصالح والمفاسد ومقاصد الشريعة وقواعدها الفقهية.

وأما أهم هذه الإجراءات فهي على النحو التالي:

المبحث الأول: تأصيل الشروع في الدعوى.

المطلب الأول: كتابة عريضة الدعوى وقيدها في سجلات المحكمة.

الفرع الأول: كتابة عريضة الدعوى في القانون.

اشترط قانون أصول المحاكمات الشرعية على كل من يريد أن يقدم دعوى لدى المحكمة أن يقدم لائحة مكتوبة⁽¹⁾ إلى المحكمة، حتى يتم النظر في دعواه، فلا ينظر القاضي في الدعوى التي تكون مشافهة. وقد بيّن القانون المواصفات الواجب توافرها في لائحة الدعوى، وهي:

1. أن تكون لائحة الدعوى مكتوبة بالحبر وبخط واضح أو بالآلة الكاتبة، وأن تكون من القطع الكامل، ولا يستعمل من الورقة إلا صفحة واحدة مع ترك هامش فيها.⁽²⁾
2. أن تشمل لائحة الدعوى على بيان موجز للوقائع المادية التي يستند إليها أي من الفرقاء في إثبات دعواه أو دفاعه حسب مقتضى الحال.⁽³⁾
3. إذا كانت محتويات مستند ما من الأدلة الجوهرية ينبغي إدراج نصوص ذلك المستند أو الأقسام الجوهرية منه في اللائحة المختصة أو إلحاقها بها.⁽⁴⁾
4. أن تشمل على اسم كل من الفرقاء، وشهرته، ومحل إقامته، وعلى الادعاء، والبيانات التي يستند إليها، وتبلغ صورة عن اللائحة إلى كل من المدعى عليهم.⁽⁵⁾
5. إن تقديم لائحة الدعوى لا يعني أن القاضي يمكنه النظر في الدعوى والسير في إجراءات المحاكمة، بل لا بد من أن تمر الدعوى بالخطوات التالية:

- 1- تعرض هذه اللائحة على القاضي، ليقوم بتدقيقها.
- 2- ثم يحيلها القاضي إلى قلم المحكمة الذي يقوم باستيفاء الرسم المالي المقرر، ولا عبءة للادعاء الذي كان قبل المحاكمة أو أثناءها الذي لم يدفع رسه مقدماً، فتبدأ الدعوى من تاريخ استيفاء الرسم.⁽⁶⁾
- 3- يتم قيد لائحة الدعوى في سجل الأساس، وتعطى رقماً مسلسلاً وفق أسبقية تقديمها، وتوضع في ملف خاص يحمل اسم المحكمة، واسم المدعي والمدعى عليه ووكيل كل منهما، بالإضافة إلى رقم الأساس الذي سجلت به الدعوى، ويوضع على اللائحة وما يرفق بها من أوراق.
- 4- يثبت قلم الكتاب في حضور المدعي أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى في لائحة الدعوى وصورها.
- 5- ينظم كاتب المحكمة مذكرة الحضور ويعد نسخاً عنها بعدد نسخ لائحة الدعوى، وتوقع مذكرة الحضور مع نسخها من القاضي وتختم بخاتم المحكمة الرسمي.

⁽¹⁾ المادة (38) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽²⁾ المادة (38) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽³⁾ المادة (39) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁴⁾ المادة (41) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁵⁾ المادة (11) فقرة (ب) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁶⁾ المادة (12) فقرة (1) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

6- تسلم لائحة الدعوى وصورها ومذكرة الحضور إلى قلم المحضرين؛ لتبليغ نسخة من مذكرة الحضور مع نسخة من لائحة الدعوى إلى المدعى عليه.

7- وبعد ذلك ينتقل المُحْضِر لتبليغ صورة مذكرة الحضور ولائحة الدعوى إلى المدعى عليه أو من يمثله وفق الأصول.⁽¹⁾

الفرع الثاني: تأصيل إجراءات رفع الدعوى في الشرع.

لم يوجد القضاء الإسلامي في بداياته أن تكون الدعوى مكتوبة؛ لعدم الحاجة إليه، فكانت الدعوى تقبل شفاهة وتستكمل باقي إجراءات المحاكمة، ومع عدم اشتراط الفقهاء في الدعوى أن تكون مكتوبة، إلا أنهم لم يمنعوا ذلك، بل إن كونها مكتوبة هو الأفضل وهو ما يحقق المصلحة، لا سيما في زماننا حيث إن كثرة الحوادث القضائية تجعل من الصعوبة بمكان أن يتذكر القاضي دعاوى الخصوم، خاصة أن بعض القضايا تحتاج إلى عدة جلسات، وكذلك فساد الزمان يُحْتَم أن تكون الدعوى مكتوبة، فمع فساد الزمان أصبحت الكتابة ضرورية ملحة، وهذا يبني على أصل المصالح المسلمة، وسد الذرائع، وأن تصرف الإمام على الرعية منوط بمصلحتهم، وهذا موجود مثبت في تراثنا الفقهي فأول من اتخذ السجلات القضائية هو القاضي سليم بن عتر رحمه الله، وقد جاء في البدائع أن العرف في عصره جرى أن كاتب القاضي يقوم بكتابة الدعوى، ويذكر اسم المدعي والمدعى عليه، وموضوع الدعوى، ويكتب أسماء الشهود، ويحفظ الكتاب والدعوى في قمطرة ويدفعها للقاضي لبدء المرافعة.⁽²⁾

وأما بالنسبة لدفع الرسوم القضائية التي تفرض على القضايا المختلفة، فهو أمر لم يكن مألوفاً في العهود الأولى للقضاء الإسلامي، وإنما سُجِّل هذا الأمر كسابقة للدولة العثمانية، وقد واجه العثمانيون جملة انتقادات شرسة نتيجة لفرض هذه الرسوم، ومع هذه الانتقادات إلا أن هذه الخطوة الجريئة للدولة العثمانية قد حققت فائدة، وهي أن الدولة منعت المتقاضيين الذين يلجؤون إلى القضاء مكيدة في خصومهم، ففرضت هذه الرسوم نوعاً من الجدية على اللاجئين للقضاء⁽³⁾، فكانت سمة الجدية في رفع الدعاوى هي الغالبة.

وأما تأصيل كيفية ترتيب القضاة للدعاوى وإعطاء القانون اليوم لها رقماً متسلسلاً حسب الأسبقية ففي عهد النبي صلى الله عليه وسلم وبدايات القضاء الإسلامي كانت الأفضلية قليلة جداً بالمقارنة مع عصرنا وتمتاز بالسهولة واليسر، ويعود هذا لقوة الوازع الديني من جانب، وقلة أعداد السكان، ولما زادت الحوادث القضائية وأصبح هناك إقبال كثيف على التقاضي كان لا بد من وسيلة، وهذه الوسيلة في بداية الأمر إنما تقوم على تقديم الأول فالأول دون أن يسجل ذلك أحد، وإنما يعتمد القاضي على قول الخصوم، وإن اختلفوا أقرع بينهم القاضي⁽⁴⁾، وكان استنادهم في السبق إلى قول النبي: صلى الله عليه وسلم "من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له"⁽⁵⁾، وهذه المسألة اجتهادية تعود إلى تقدير القاضي بحسب ما يراه يحقق المصلحة، ونرى سبق تراثنا القضائي في تطبيق ذلك في أمثلة منها أن ابن المنذر رحمه الله يرى أن يتخذ القاضي خيطاً ممدوداً، طرفه يلي مجلس القضاء، والطرف

⁽¹⁾ التكروري، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (60-61).

⁽²⁾ الكاساني، بدائع الصنائع، (12/7).

⁽³⁾ عيسى، عبد الرزاق إبراهيم، تاريخ القضاء في مصر العثمانية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1998م، ص: (263).

⁽⁴⁾ الكاساني، بدائع الصنائع، (7/13). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (1/48). القرافي، الذخيرة، (10/66). الشيرازي، المهذب، (3/392).

⁽⁵⁾ رواه الطبراني. الطبراني، المعجم الكبير، (1/280). وقال ضياء الدين المقدسي: حسن الإسناد. المقدسي، ضياء الدين أبو عبد الله

محمد بن عبد الواحد، الأحاديث المختارة = المستخرج من الأحاديث المختارة مما لم يخرج البخاري ومسلم في صحيحهما،

حققه: عبد الملك بن دهيش، دار خضر، بيروت، ط3، 1420هـ، (4/228).

الأخريلي مجلس الخصوم، فكل من جاء يكتب اسمه في رقعة، ويثقب هذه الرقعة ويدخلها في الخيط، ويأخذ القاضي هذه الرقعة المكتوب فيها أسماء الخصوم الأول فالأول حتى يأتي على آخرها⁽¹⁾، ونرى ابن قدامة المقدسي ينص صراحة على أنه ينبغي للقاضي أن يبعث من يكتب له أسماء الخصوم حسب ترتيبهم في الدخول⁽²⁾. وهذا ما هو المعمول به في القانون.

ومع التزام القاضي بهذا الترتيب في رؤيته للدعوى، تحقيقاً للعدالة والمساواة بين الخصوم، إلا أن الفقهاء أجازوا للقاضي أن يترك هذا الترتيب لمصلحة، وذلك كتقديمه لأصحاب الأعدار الذين إذا أصر القاضي على أن ينظر في دعاويهم عند وصول ترتيبهم دخل عليهم الضرر ولحققتهم المشقة وذلك كالمسافرين⁽³⁾، لكن ابن قدامة قيّد جواز تقديم المسافرين على غيرهم بقلة عدد المسافرين، بحيث لا يدخل تقديمهم على المقيمين ضرر، أما إذا كانوا كثيرة فإنهم لا يقدمون؛ لأن تقديمهم مع القلة إنما كان لدفع الضرر المختص بهم، فإذا انتقل الضرر عنهم إلى غيرهم فإن القاضي في هذه الحالة لا يقدمهم ويساويهم مع المقيمين⁽⁴⁾.

وبما أن المسألة اجتهادية كما سبق فإنها تخضع لما يراه ولي الأمر في تنظيم هذه الأمور بما يحقق المصلحة، وما عليه القانون من حسن تنظيم الدعوى هو أمر ترتضيه الشريعة وتؤيده، وقد يرى أولوا الأمر إحداث أمور أكثر جدوى مما عليه الأمر، فلا بأس أن يتم ذلك ما دام لا يتعارض مع الشرع، وتقتضيه المصلحة والحاجة.

المطلب الثاني: التبليغات القضائية.

يقصد بتبليغ الأوراق القضائية: وسيلة لإعلام الشخص بما يتخذ ضده من إجراءات⁽⁵⁾.

الفرع الأول: التبليغات القضائية في القانون.

تقوم فكرة التبليغ على مبدأ يسميه القانونيون بمبدأ المواجهة بين الخصوم، وفكرة هذا المبدأ تقوم على تمكين كل من الخصمين من الاطلاع على المستندات والأوراق التي يقدمها خصمه، ومن سماع دفاعه، وذلك ليتسنى له مناقشة دفاع الخصم⁽⁶⁾.

وقد نص القانون على وجوب تبليغ الأوراق القضائية، فقال: "إذا أصدرت المحكمة ورقة قضائية للتبليغ تسلم إلى المخضّر لأجل تبليغها"⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: تأصيل التبليغات القضائية في الشرع.

وأصل هذا موجود في ديننا حيث يؤصل لمبدأ المواجهة بين الخصوم ما رواه علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا تقاضى إليك رجلان، فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر، فسوف تدري كيف تقضي"⁽⁸⁾. ومسألة التبليغ مسألة غاية في الأهمية، ولولا اشتراطها لسمع الدعوى لوقع الناس

⁽¹⁾ ابن قدامة، المغني، (73/10).

⁽²⁾ المرجع نفسه، (73/10).

⁽³⁾ السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1414هـ، (373/3). السرخسي، المبسوط، (80/16). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (48/1). الشيرازي، المهذب، (392/3).

⁽⁴⁾ ابن قدامة، المغني، (74/10).

⁽⁵⁾ أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (18).

⁽⁶⁾ ياسين، نظرية الدعوى، ص: (455).

⁽⁷⁾ المادة (18) فقرة (1) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁸⁾ رواه أحمد في مسنده، (387/2). وحسنه الترمذي. الترمذي، سنن الترمذي، (610/3).

في ضيق وحر، ولعاش الناس في قلق شديد؛ لأن هذا الشخص الجالس في بيته ما يدرية أن تكون قضايا مرفوعة ضده ويَتَّخَذ بحقه إجراءات لا يعلمها، فكان لا بد من التبليغ.

ومن نصوص الفقهاء التي تؤصل للتبليغ قول ابن أبي الدم رحمه الله: "وإذا استعدى الحاكم رجلاً على رجل، وطلب منه إحضاره إلى مجلس الحكم لمخاصمته، بعث الحاكم إليه رجلاً من أعوانه أو خاتمه، أو طيناً مختوماً بخاتمه إلى المطلوب؛ لإحضاره، ويجب على المدعو الإجابة إلا أن يوكل أو يقضي الحق إلى الطالب".⁽¹⁾

وقد جعل الفقهاء القاعدة في إحضار الخصم إلى مجلس القضاء إذا أراد القاضي ذلك أن يدعوه بأرفق الوجوه وأجمل الأقوال؛ لأنه يدعوه إلى حكم الله ودينه.⁽²⁾ وأضيف إلى ذلك أن الخصم المدعى عليه يتمسك بالأصل وهو البراءة، لذلك كان لزاماً أن تتم دعوته بالقول الحسن والمعاملة الرفيعة اللينة. الفرع الثالث: إجراءات تبليغ الأوراق القضائية في القانون.

إذا أصدرت المحكمة ورقة قضائية للتبليغ فإن أول عمل تقوم به المحكمة هو تسليم هذه الورقة للمحضر، لأجل تبليغها.⁽³⁾ وأما إجراءات التبليغ فهي على النحو الآتي كما بينها القانون: أولاً: تسليم الأوراق إلى الشخص نفسه.

الأصل في تبليغ أية ورقة قضائية أن يتم تسليمها إلى الشخص المعني بالذات، وعلى ذلك نص القانون بقوله: "يتم تبليغ الأوراق القضائية بتسليم نسخة منها إلى الفريق المراد تبليغه بالذات أو إلى وكيله المفوض قانوناً بقبول التبليغ عنه".⁽⁴⁾

ويؤصل لهذا أن قضاة الأندلس قديماً كانوا يبعثون رسولاً ثقة مع شاهدين ينادي على بابه ثلاثاً يا فلان: القاضي فلان يدعوك لتحضر مجلس الحكم مع خصمك فلان.⁽⁵⁾ وهذا أشد توثقاً وعدالة من نظام التبليغ المعاصر عن طريق محضر واحد تضيع أو تتأخر حقوق كثير من الناس إن قل دينه وورعه.

وكان أيضاً من وسائل تبليغ المدعى عليه أن القاضي يبعث إليه رجلاً من أعوانه، أو إن شاء القاضي بعث معه قطعة من شمع أو طين مختوماً بخاتمه⁽⁶⁾، وهذا الخاتم يكون علامة على أن القاضي يطلبه، وبعض القضاة كانوا يدفعون إلى المدعى عليه قطعة من قرطاس.⁽⁷⁾

فيفهم مما سبق أن القضاة كانوا يرسلون المُخْضِر إلى ذات الشخص المطلوب لتبليغه مذكرة تبليغ الحضور لمجلس القاضي.

ثانياً: تبليغ المدعى عليه في محل إقامته.

وأما إذا تعذر تبليغ المدعى عليه بالذات، فعند ذلك أجاز القانون التبليغ في محل إقامته لأي فرد من أفراد عائلته يسكن معه، وتدل ملامحه على أنه بلغ الثامنة عشرة من عمره.⁽⁸⁾

⁽¹⁾ ابن أبي الدم، أدب القضاء، (360/1).

⁽²⁾ السمناني، روضة القضاة، (171/1).

⁽³⁾ المادة (18) فقرة (1) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁴⁾ المادة (19) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁵⁾ ابن فرحون، تبصرة الحكام، (369/1).

⁽⁶⁾ وقد ذكر أن القاضي سعيد بن أشوع كان مكتوباً على خاتمه: أجب القاضي سعيد بن أشوع. ابن مازة، شرح أدب القاضي، (317/2).

⁽⁷⁾ ابن مازة، شرح أدب القاضي، (317/2). ابن أبي الدم، أدب القضاء، (360/1). الماوردي، أدب القاضي، (322/2). ابن قدامة، المغني، (55/10).

⁽⁸⁾ المادة (20) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

وكان القضاة قديماً إذا تعذر تبليغ المدعى عليه بالذات ختم له القاضي خاتماً من طين على موضع سكنه⁽¹⁾، ليكون دليلاً على أن القاضي يطلبه، وهذا يعتبر عندهم بمثابة بديل عن تعذر تبليغ المطلوب بذاته في محل إقامته وهو موضع سكنه.

وأما ما ذكره القانون من تبليغ أي فرد من عائلته تدل ملامحه على أنه بلغ الثامنة عشر فهو اجتهاد قانوني لا تأباه أصول شرعنا الحنيف؛ لأنه مظنة تحقيق الفائدة والمطلوب، فلو سَلَّم ورقة التبليغ لصبي صغير، فإن احتمال تسليم الصبي هذه الورقة للمطلوب احتمال ضعيف. ثالثاً: تبليغ من يقيم في منطقة محكمة أخرى.

أما إذا كان الشخص المطلوب تبليغه يقيم في منطقة محكمة أخرى، فقد أوجب القانون أن ترسل الأوراق القضائية إلى تلك المحكمة لتتولى تبليغها، ثم تعيدها إلى المحكمة التي أصدرتها مرفقة بمحضر يفيد ما اتخذته بشأنها من الإجراءات على أنه يحق للمحكمة التي أصدرت التبليغ أن ترسل الأوراق القضائية مباشرة إلى الهيئات التي نص هذا القانون على إجراء التبليغ بمعرفتها، ولو كانت خارج منطقة المحكمة.⁽²⁾

وقد درس الفقهاء مسألة إذا كان المدعى عليه في غير بلد القاضي، فهذا لا يخلو إما أن يكون داخلياً في ولاية القاضي وصلاحيته المكانية وليس للقاضي في ذلك البلد نائب، فأكثر الفقهاء على أن القاضي يحضره للمحاكمة؛ لئلا يتمنع الناس في الحقوق بالتباعد، وإن كان في ولايته وكان للقاضي نائباً له في بلد المدعى عليه، فإن القاضي لا يحضره، فإذا كانت له بينة ثبت الحق عنده، وكتب إلى خليفته بما ثبت عنده، وأما إذا كان بلد المدعى عليه خارجاً عن ولاية القاضي وصلاحيته المكانية، فعند بعض الفقهاء ليس للقاضي إحضاره؛ لأنه لا ولاية له عليه، ويقوم القاضي بمحاكمته غيابياً، وللفقهاء تفصيل وبحث مستفيض في مسألة تبليغ البعيد ليس هذا محلها.⁽³⁾ رابعاً: تبليغ القاصر أو فاقد الأهلية.

وإذا كان المراد تبليغه قاصراً أو شخصاً فاقد الأهلية فتبلغ الأوراق القضائية إلى وليه أو وصيه⁽⁴⁾، وهذا الإجراء بديهي لأن الولي أو الوصي هما اللذان يقومان مقامهما في أمورهما. خامساً: تبليغ المعتقل.

وأما إذا كان المدعى عليه معتقلاً فترسل الأوراق القضائية إلى الموظف المسؤول عن المحل المعتقل فيه ليتولى تبليغه إياها، ويجب على السلطة المختصة أن تحضر السجين أو المعتقل إلى المحكمة في الموعد المقرر إذا رغب في الدفاع عن نفسه، وإذا لم يرغب في الحضور فعلى السلطة المختصة أن تشعر المحكمة بذلك.⁽⁵⁾ وما قال به القانون هو اجتهاد حسن؛ لأن الأصل أن كل واحد يخاصم عن نفسه، وقد سبق فقهاؤنا القانون في هذا ففي الأصل للشيباني أنه "إذا ادعى رجل قبل رجل دعوى، والمدعى عليه محبوس في حق له حل، فأراد الطالب المدعي أن يخرج القاضي من السجن حتى يخاصمه، فقال الذي حبسه: خذ لي منه كفيلاً بنفسه وبما

⁽¹⁾ (المواردي، أدب القاضي، (322/2). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (369/1). ابن أبي الدم، أدب القضاء، (360/1).

⁽²⁾ المادة (18) فقرة (2) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽³⁾ (المواردي، أدب القاضي، (326/2). ابن قدامه، المغني، (56-55/10). وانظر تفصيل الحكم على الغائب في كتاب نظرية الدعوى، لمحمد نعيم ياسين، ص: (521) وما بعدها.

⁽⁴⁾ المادة (26) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁵⁾ المادة (27) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

عليه، فإنه يخرج له ويخاصمه وهو معه حتى يردده إلى السجن، ولا يأخذ له منه كفيلاً بنفسه، لأنه في ثقة وهو محبوس".⁽¹⁾

كما يمكن للمدعى عليه المحبوس أن يوكل عنه أيضاً، قال ابن فرحون: "إن كانت الدعوى على محبوس فإن الحاكم يأمره أن يوكل من يخاصمه عنه ويسمع الدعوى"⁽²⁾، ولعل الفقهاء نظروا إلى الاحتياط؛ حتى لا يهرب المحبوس. وما ذهب إليه القانون ليس فيه مانع في الشرع، ولكن ينبغي للقاضي أن يتأكد ألا تكون الدعوى صورية للتحايل على القاضي، لتهريب المحبوس من حبسه.

سادساً: توثيق المُحضر لعملية التبليغ.

أوجب القانون على المُحضر في جميع حالات التبليغ أن يشرح فور وقوع التبليغ على الورقة القضائية الأصلية أو نسختها أو في ذيل يلحق بها بياناً بتاريخ التبليغ وكيفية إجرائه، وأن يذكر فيه إذا أمكن اسم وعنوان الشخص الذي كان معرفاً للشخص المبلّغ والبيت الذي علقت عليه الورقة القضائية وأن يشهد شاهداً على الأصل⁽³⁾؛ لإقامة الحجة على المدعى عليه أنه قد تم تبليغه كي لا ينكر ذلك.

ويؤصل لهذا ما قاله بعض الفقهاء أن المدعى عليه إذا توارى عن المُحضر قالوا: يبعث القاضي إليه رسوياً ثقة - وهذا هو المُحضر - مع شاهدين ينادي على بابه ثلاثاً يا فلان القاضي فلان يدعوك لتحضر مجلس القضاء مع خصمك فلان، وإلا نصّب لك وكيفاً ويسمع من شهود المدعي ويمضي الحكومة عليك⁽⁴⁾. فالشهود هنا هم شهود إثبات لكيفية حصول التبليغ والشهادة على أن المدعى عليه قد تم تبليغه.

ولكن ما ذكره القانون من وسائل التبليغ ينبغي له أن يقتصر على هذه الوسائل، بل لا بد للقانون من مواكبة التقنيات الحديثة في الإعلان، فتستفيد من التلفاز والبريد الإلكتروني والجوالات مثلاً كونها الأكثر إقبالاً، لا سيما وأن الصحف اليومية أصبح الإقبال عليها ضعيفاً مع تطور التقنيات الحديثة.

سابعاً: الإجراء حال عدم القدرة على التبليغ وفق الأصول.

إذا اقتنعت المحكمة بأنه لا سبيل لإجراء التبليغ وفق الأصول المتقدمة لأي سبب من الأسباب، يجوز لها أن تأمر بإجراء التبليغ على الوجه التالي:⁽⁵⁾

1- بتعليق نسخة من الورقة القضائية على موضع بارز من دار المحكمة ونسخة على جانب ظاهر للعيان من البيت المعروف أنه أخريبت كان يقيم فيه المراد تبليغه أو المحل الذي يتعاطى فيه عمله إن كان له بيت أو محل لهذا.

2- نشر إعلان في إحدى الصحف المحلية اليومية، وإذا أصدرت المحكمة قراراً باتباع طريقة التبليغ التي سبق ذكرها، فعلى المحكمة أن تعين في قرارها موعد حضور الشخص المراد تبليغه أمام المحكمة وتقديم دفاعه إذا دعت الحاجة إلى ذلك وحسب مقتضى الحال.

وهذا الإجراءات هي اجتهاد من القانون مبنية على المصلحة؛ لإقامة الحجة على المدعى عليه، وتضيق باب الأعذار عليه.

⁽¹⁾ الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (ت ١٨٩هـ)، الأصل للشيباني، تحقيق ودراسة: الدكتور محمّد بوبنوكال، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م (10/473)

⁽²⁾ ابن فرحون، تبصرة الحكام، (1/372).

⁽³⁾ المادة (24) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁴⁾ ابن فرحون، تبصرة الحكام، (1/369).

⁽⁵⁾ المادة (23) فقرة (1) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

وقد تحدث الفقهاء عن البدائل في إجراءات التبليغ في حال تعذر تبليغه بنفسه ومن ذلك:

1. أن القاضي يختم له ختماً من طين أو شمع على بيته لتكون دليلاً على أن القاضي يطلبه.⁽¹⁾
2. ومن هذه البدائل في حال رفضه التبليغ قال بعض الفقهاء: أنه إذا ثبت عند القاضي أنها دار سكنها وأنه تغيب فيها، وأن الرسول دعاه، فإنه يأمر بطبع الدار ويسمرها بعد أن يتم تفتيشها.⁽²⁾
3. وكذلك يمكن للقاضي أن يستعين بصاحب الشرطة في إحضار الخصم إن امتنع الخصم عن الحضور إلى مجلس القاضي.⁽³⁾

المبحث الثاني: تأصيل إجراءات المحاكمة.

المطلب الأول: إدارة القاضي للمحاكمة ومعاقبته لمن يعتدي على هيبة المحكمة.

القاضي هو صاحب الكلمة في الجلسات القضائية، وإدارة هذه الجلسات وتنظيمها منوط بشخص القاضي، فهو الذي يأذن للخصوم والمعنيين بالكلام وعدمه، ويمنع كل شيء يؤثر أو يشوش على سير العملية القضائية.

وقد نص القانون على أن كل من أتى بعمل أو قول يعتبر انتهاكاً لحرمة المحكمة، فللمحكمة حينئذٍ أن تأمر بحبسه فوراً لمدة أقصاها أسبوعاً أو بغرامة لا تتجاوز خمسة دنانير أردني دون أن يكون له حق الاعتراض والاستئناف، ويكتفي بإدراج هذا الحكم في ضبط القضية⁽⁴⁾، ذلك لأن فعل مثل هذه الأمور يخرق مبدأ هيبة القضاء الذي يعتبر من أهم المبادئ القضائية.

وقد حافظ الفقهاء على هذا المبدأ على طول تاريخ القضاء الإسلامي عندما قالوا: "للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه بالعقوبة على من يتناوله بالقول وأذاه، بأن نسبه إلى الجور والظلم مواجهة بحضرة أهل مجلسه، وعللوا ذلك: لأن الاجترار على القضاة والحكام بمثل هذا توهينٌ لأمرهم وداعية إلى الضعف عن استيفاء الحقائق في الأحكام، فالمعاقبة في مثل هذا أولى من التجافي عنه والعفو فيه"⁽⁵⁾. والحاصل أن كل ما ذكر في مبدأ هيبة القضاء ينبغي للقاضي الالتزام به، فمجلس القضاء مجلس هيبة ووقار، وكل ما يحفظ هذه الهيبة ويصون هذا الوقار لا يُعذر القاضي بتركه.

المطلب الثاني: المرافعة.

في اليوم المعين لنظر الدعوى فإن أصول المحاكمات تقتضي أن يطلب القاضي من الحاجب أو المنادي أن ينادي على الخصوم، وهنا إذا حضر الخصم بنفسه أو وكّل وكبلاً فإن القاضي يبدأ بالمحاكمة، وعلى القاضي قبل الشروع في إجراءات المحاكمة أن يتأكد من الأمور التالية:

1. التأكد من لائحة الدعوى ومشتملاتها.
2. وكذلك يتأكد من دفع الرسوم القضائية.
3. وعلى القاضي أن يتأكد من حصول التبليغ على الوجه الصحيح حسب الأصول التي قررها القانون.

⁽¹⁾ ابن قدامه، المغني، (55/10). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (369/1).

⁽²⁾ ابن فرحون، تبصرة الحكام، (369/1).

⁽³⁾ ابن أبي الدم، أدب القضاء، (360/1).

⁽⁴⁾ المادة (47) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁵⁾ ابن رشد، البيان والتحصيل، (167-166/9).

فإذا تأكد القاضي من صحة هذه الأمور وبدأ المحاكمة، فإن الحق بالكلام يكون للمدعي، فيتلوا المدعي لائحة الدعوى ويصدقها ويقرها ويطلب الحكم بمضمونها.

وعلى ذلك نصت مجلة الأحكام العدلية في المذهب الحنفي بقولها: "إذا أتى الطرفان إلى حضور القاضي لأجل المحاكمة، يكلف المدعي بتقرير دعواه، وإن كانت دعواه قد ضببت تحريراً قبل الحضور تقرأ فيصدق مضمونها من المدعي".⁽¹⁾

وهنا تكون الدعوى عند بعض متأخري الحنفية بين احتمالات ثلاثة:⁽²⁾
الاحتمال الأول: أن تكون الدعوى فاسدة وغير قابلة للتصحيح، وفي هذه الحالة يقول القاضي للمدعي: إن دعواك فاسدة فلا تسمع ويخرجه من المجلس.

ومثالها كأن يقول المدعي: إن هذا المدعى عليه قد وهبني مالاً، إلا أنه لم يسلمني إياه، فأطلب إجباره على التسليم، فلا يسمع القاضي هذه الدعوى بهذه الصورة؛ لأن الهبة غير ملزمة قبل التسليم.
الاحتمال الثاني: أن تكون دعوى المدعي غير صحيحة (فاسدة) إلا أنها تكون قابلة للتصحيح، كأن يكون المدعى به مجهولاً، وفي هذه الصورة يطلب القاضي من المدعي تصحيح دعواه.

وقد ترى المحكمة أن استكمال النقص الذي يكون في لائحة الدعوى يتم عن طريق توجيه بعض الأسئلة للمدعي مع الحرص على ألا تكون هذه الأسئلة تلقيناً للمدعي، وعلى ذلك نص القانون بقوله: "إذا أغفل المدعي شيئاً يجب ذكره لصحة الدعوى، سأله القاضي عنه، ولا يُعدُّ ذلك تلقيناً إلا إذا زاده علماً".⁽³⁾

وهذا الذي ذهب إليه القانون من التلقين ذهب إليه بعض فقهاء المالكية أيضاً عندما أجازوا للقاضي أن يلحق أحد الخصوم حجة عي عنها⁽⁴⁾. وأجاز بعض الفقهاء للقاضي أن يأمر رجلاً ليعلم المدعي الدعوى والخصومة إذا كان لا يقدر عليها ولا يُحسنها.⁽⁵⁾

الاحتمال الثالث: أن تكون دعوى المدعي صحيحة وموافقة للأحكام الشرعية. فإذا وقعت الدعوى كذلك فإن الدعوى تترتب عليها آثارها الشرعية، ومن هذه الآثار: أن يطلب القاضي من المدعى عليه الجواب على ما جاء في لائحة دعوى المدعي، وهو أن يسأله بقوله: إن المدعي يدعي عليك بهذا الوجه، فماذا تقول؟⁽⁶⁾

وإذا اختار المدعى عليه أن يقدم لائحة جوابية على دعوى المدعي فإن المحكمة تجيب طلبه، حيث أجاز القانون للمدعى عليه أن يقدم دفاعاً خطياً إذا أراد أو أمرته المحكمة.⁽⁷⁾

وإذا لم يقدم المدعى عليه لائحة جوابية يطلب منه الإجابة على الدعوى، وتنحصر أجوبة المدعى عليه في أمور أربعة، وهي:

الأول: الإقرار، فإذا أقر المدعى عليه بدعوى المدعي ألزمه القاضي بإقراره؛ لأن الإقرار حجة ملزمة للحكم، وانتهت بذلك الخصومة.⁽⁸⁾

⁽¹⁾ المادة (1816) من مجلة الأحكام العدلية.

⁽²⁾ حيدر، درر الحكم، (626-625/4).

⁽³⁾ المادة (42) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁴⁾ ابن فرحون، تبصرة الحكم، (47/1).

⁽⁵⁾ ابن نجيم، البحر الرائق، (202/7).

⁽⁶⁾ شيخي زاده، مجمع الأنهر، (253/2).

⁽⁷⁾ المادة (14) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁸⁾ شيخي زاده، مجمع الأنهر، (253/2). وقد وردت حجية الإقرار أثناء الحديث عن وسائل الإثبات.

الثاني: الإنكار، وإذا أنكر المدعى عليه ما جاء في دعوى المدعي طلب القاضي من المدعي البينة، فيسأله هل معك بينة أم لا، وهذا ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم مع الحضرمي عندما قال له: "ألك بينة؟" (1)، فإذا كان للمدعي بينة وأثبت دعواه بالبينة حكم القاضي له بذلك، وإن لم يستطع المدعي إثبات دعواه أو لم تكن له بينة، فيبقى له حق تحليف المدعى عليه اليمين الشرعية، فإذا طلب المدعي من القاضي تحليف المدعى عليه فإن القاضي يكلف المدعى عليه بذلك، وهذا الذي فعله النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه علقمة بن وائل عن أبيه قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كنده إلى النبي صل، فقال الحضرمي: يا رسول الله: إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزارعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله صلله عليه وسلم أ للحضرمي: ألك بينة؟ قال: لا، قال: فلك يمينه، قال: يا رسول الله: إن الرجله وسلم له علفاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: ليس لك منه إلا ذلك. فانطلق ليحلف، فقال رسول الله صل الله عليه وسلم لما أدبر: "أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً، ليلقين الله وهو عنه معرض" (2).

وأما إذا نكل المدعى عليه عن اليمين (3) فإن القاضي يحكم بنكوله (4)، ويجب أن يكون النكول في حضور القاضي، وأن يكون الناكل نفس المدعى عليه، وإن قال وكيله إن موكله لا يحلف اليمين فلا عبرة لقوله، حيث لا تجري الوكالة في النكول عن اليمين (5).

ويذكر الباحثان هنا مذاهب الفقهاء في رد اليمين على المدعي في حال نكول المدعى عليه عن أدائها دون ذكر للأدلة تجنباً للإطالة (6)، ثم يوضحان بأي الآراء أخذ القانون.

اختلف الفقهاء في رد اليمين إلى المدعي حال نكول المدعى عليه، على أربعة آراء: الأول: أن اليمين ترد إلى المدعي، ويوجه القاضي إليه اليمين، فإن حلف استحق المدعى به، وإن امتنع سقطت الدعوى.

وهذا قول المالكية (7) والشافعية (8) والحنابلة في قول صوّبه أحمد (9). الثاني: اليمين لا ترد إلى المدعي، ويقضى على المدعى عليه بالنكول. وهذا ما أخذ به القانون اعتماداً على المجلة، وهذا قول الحنفية (10) والحنابلة (11).

(1) وهذا جزء من الحديث الذي رواه مسلم. مسلم، صحيح مسلم، (123/1).

(2) رواه مسلم. مسلم، صحيح مسلم، (123/1).

(3) النكول لغة: من نكل عن العدو وعن اليمين من باب دَخَلَ، أي: جَبُنَ ونَكَصَ. الرازي، مختار الصحاح، ص: (319). الفيومي، المصباح المنير، (625/2). الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص: (1065). وفي الشرع عرفه ابن عرفه بقوله: امتناع من وجبت عليه أو له يمين. الرصاع، أبو عبد الله محمد بن قاسم المالكي، شرح حدود ابن عرفة = الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ، ص: (472). وعرفه الدكتور محمد الزحيلي بأنه: الامتناع عن أداء اليمين في مجلس القضاء. الزحيلي، وسائل الإثبات، (389/1).

(4) المادة (1820) من مجلة الأحكام العدلية.

(5) حيدر، درر الحكام، (650/4).

(6) أنظر: الزحيلي، وسائل الإثبات، (406-389/2).

(7) ابن رشد، بداية المجتهد، (252/4). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (226/1).

(8) الماوردي، الحاوي الكبير، (70/7). الشربيني، مغني المحتاج، (290/6).

(9) ابن قدامه، المغني، (211/10).

(10) الكاساني، بدائع الصنائع، (230/6). شلخي زاده، مجمع الأنهر، (254/2).

(11) ابن تيمية، مجد الدين عبد السلام بن عبد الله الحراني، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1404هـ، (208/2).

الثالث: قال أصحاب هذا القول بأن اليمين لا ترد إلى المدعي، ولا يقضى على المدعى عليه بمجرد نكوله، وإنما يجلس الناكّل حتى يقر بالحق أو يحلف على نفيه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي⁽¹⁾، وأحمد في قول⁽²⁾.
 الرابع: ترد اليمين إلى المدعي إذا كان جازماً بالحق، وأما إذا كان غير جازم فيحكم على المدعى عليه بالنكول، ولا ترد اليمين إلى المدعي، وهو قول ابن تيمية وابن القيم⁽³⁾.
 الثالث: السكوت، فقد يسكت المدعى عليه أو يقول: لا أقرو ولا أنكر، ففي هذه الحالة ينزل منزلة المنكر في القانون وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يُحبس إلى أن يجيب⁽⁴⁾.
 الرابع: دفع الدعوى، وقد يكون جواب المدعى عليه دفعاً لدعوى المدعي.
المطلب الثالث: الدفع في الدعوى.

عرّف بعض المعاصرين الدفع بأنه: دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي⁽⁵⁾.
 وقد اعتبر القانون الدفع دعوى حيث قال: "تحكم المحكمة في دعوى الدفع بناء على طلب الدافع، وبناء عليه يعامل الدفع معاملة الدعوى"⁽⁶⁾.
 وقد صرحت مجلة الأحكام العدلية بأن الدفع دعوى عندما عرفت الدفع بأنه: الإتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي⁽⁷⁾.
 ومثال الدفع: إذا ادعى أحد على آخر مالملاً من جهة القرض، وقال المدعى عليه: أنا كنت أديت ذلك، أو إنك أبرأتني، أو أننا تصالحنا عليه⁽⁸⁾. ففي هذا المثال أقر المدعى عليه بأصل الدين، وادعى بالأداء أو الإبراء أو الصلح على المال، فهو بهذا أصبح مدعياً وعليه إثبات دعواه إن لم يقر المدعي الأول بذلك.
 والدفع موجود عند الفقهاء وإن يسموه بذلك اعتماداً على أنه نوع من الدعاوى يقصد به إسقاط الخصومة عن المطلوب وإثبات عدم صحة توجيه المطالبة إليه، أو إسقاط دعوى المدعي وإثبات عدم توجه أي حق له على المطلوب⁽⁹⁾.

أنواع الدفع:

قسمت التشريعات الحديثة الدفع إلى ثلاثة أنواع:⁽¹⁰⁾

الأول: الدفع الموضوعي.

وهو الذي يتعرض فيه المدعى عليه - الدافع - لذات الحق المدعى به. وذلك كأن ينكرو وجوده، أو يزعم انقضاء المدعى به⁽¹⁾.

⁽¹⁾ الشريبي، مغني المحتاج، (426/6). الماوردي، الحاوي الكبير، (145/17).

⁽²⁾ ابن قدامة، المغني، (212/10).

⁽³⁾ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: (77-78).

⁽⁴⁾ ابن نجيم، البحر الرائق، (203/7).

⁽⁵⁾ قراعه، الأصول القضائية، ص: (54).

⁽⁶⁾ المادة (3) فقرة (7) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁷⁾ المادة (1631) من مجلة الأحكام العدلية.

⁽⁸⁾ حيدر، درر الحكام، (211/4).

⁽⁹⁾ ياسين، نظرية الدعوى، ص: (586). قراعه، الأصول القضائية، ص: (54).

⁽¹⁰⁾ قراعه، الأصول القضائية، ص: (54-55). ياسين، نظرية الدعوى، ص: (594).

وهذا النوع عند الفقهاء يسمى بالدفع الذي يقصد به إبطال نفس دعوى المدعي والغرض الذي يرمي إليه بدعواه، ومثاله: إذا ادعى شخص على آخر ألف دينار فقال المدعى عليه: أنه أوفاه هذا المقدار. وذلك لأن هدف المدعي من إقامة هذه الدعوى هو الحصول على المبلغ المدعى به، فإذا أثبت المدعى عليه أنه قد أوفاه المبلغ المذكور حكم القاضي برفض دعوى المدعي وعدم استحقاقه للمدعى به.⁽²⁾

الثاني: الدفع بعدم القبول.

وهو الدفع الذي يتعلق بسلطة الخصم في استعمال الدعوى، وليس في ذات الحق المتنازع فيه أو ذات الادعاء، ومثاله الدفع بعدم الخصومة، كأن ينكر المدعى عليه أن المدعي خصمه، أو أن لا خصومة بينهما، فهذا الدفع يتعلق بحق المدعي في رفع دعواه ولا يتعلق بالحق المدعى ذاته.⁽³⁾ وهذا النوع هو المسى عند الفقهاء "بدفع الخصومة"⁽⁴⁾، حيث يُقصد به دفع الخصومة عن المدعى عليه بدون أن يتعرض المدعى عليه لصدق المدعي أو كذبه في دعواه⁽⁵⁾، ومثال ذلك: إذا ادعى شخص على آخر داراً أو ثوباً فقال الذي في يده المدعى به هو ملك فلان الغائب أو دعنيه أو رهنه عنده أو أعارني إياه أو أجارني. وأقام البيئة على ذلك فلا خصومة.⁽⁶⁾

الثالث: الدفع الشكلي.

وهو ما يوجه المدعى عليه من طعن في الإجراءات الشكلية التي يطلب من المدعي القيام بها قبل وأثناء سير الدعوى لكي تنتج آثارها⁽⁷⁾، دون أن يمس هذا الادعاء أصل الدعوى.⁽⁸⁾ والدفع الشكلي هذه ليست من نوع واحد، فمنها ما يطلب القانون من الخصم الدفع به في أول مراحل الدعوى، كالدفع بعدم الصلاحية⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾، ومنها ما يجوز للخصم أن يدفع به في أي دور من أدوار المحاكمة كالاختصاص الوظيفي، كأن ترفع دعوى ملكية عقار متنازع فيه فهي من اختصاص المحاكم النظامية بنص قانون أصول المحاكمات الشرعية.⁽¹¹⁾

¹ () ياسين، نظرية الدعوى، ص: (594).

² () قراعه، الأصول القضائية، ص: (55).

³ () ياسين، نظرية الدعوى، ص: (594-595). أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات، ص: (175).

⁴ () الموصلي، الاختيار، (116/2). السرخسي، المبسوط، (38/17). الكاساني، بدائع الصنائع، (231/6).

⁵ () قراعه، الأصول القضائية، ص: (55).

⁶ () الكاساني، بدائع الصنائع، (231/6). الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، (116/2).

⁷ () ياسين، نظرية الدعوى، ص: (294).

⁸ () أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (174).

⁹ () أي عدم صلاحية المحكمة مكانياً.

¹⁰ () المادة (5) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

¹¹ () المادة (2) فقرة (2) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

المطلب الرابع: التقادم⁽¹⁾ وأثره على سماع الدعوى.

الفرع الأول: التقادم في القانون.

لم ينص قانون أصول المحاكمات الشرعية على مسألة دفع الدعوى بمرور مدة من الزمن، وإنما نص على ذلك القانون المدني الأردني حيث حددها بخمسة عشر عاماً لا تسمع الدعوى بعدها بتفصيل، وقد نظم القانون المدني أحكام التقادم في المواد (449-464).

الفرع الثاني: تأصيل التقادم في سماع الدعوى في الشرع.

وأما بالنسبة للفقهاء فقد أصّلوا لعدم سقوط الحق بتقادم الزمان من خلال قاعدة عريضة وهي الأصل أن (الحق لا يسقط بتقادم الزمان)⁽²⁾، وورد في رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه " أن الحق قديم لا يبطله شيء"⁽³⁾، وقد أخذ القانون المدني الأردني بالتقادم حين قال: " لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة"⁽⁴⁾. والذي يبدو أن القانون إنما استقى هذا من القوانين العثمانية يوم أن منع سلاطين الدولة العثمانية قضاتهم في جميع ولايات الدولة العثمانية أن يسمعوا الدعوى بعد مضي خمسة عشر سنة، واستثنوا من ذلك: دعاوى الوقف والإرث ووجود عذر شرعي، وكان سبب منع السلاطين للقضاة من سماع الدعوى بعد هذه المدة هو قطع الحيل والتزوير.⁽⁵⁾

قال ابن عابدين: " استفيد من كلام الشارح أن عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة إنما هو للنهي عنه من السلطان، فيكون القاضي معزولاً عن سماعها، وقد اعتبر هذا من باب تخصيص القضاء بالزمان، ثم قال: "ويجب على السلطان الذي نهى قضاته عن سماع الدعوى بعد هذه المدة أن يسمعها بنفسه، أو يأمر بسماعها؛ كي لا يضيع حق المدعي. والظاهر أن هذا إذا لم يظهر من المدعي أمانة التزوير"⁽⁶⁾. ولإعمال شرط التقادم عدة قيود أهمها:⁽⁷⁾

- 1) أن يتحقق ترك المدعي لدعواه مدة التقادم، فلو ادعى في أثناءها فإن ذلك لا يمنع من سماع دعواه ثانية ما لم يكن بين الدعوى الأولى والثانية هذه المدة.
- 2) لا يسمع القاضي الدعوى في حال التقادم في حال الإنكار، فلو اعترف المدعي عليه تسمع.
- 3) المطالبة المعتبرة هي المطالبة أمام القاضي في مجلس القضاء، فلو كان يطالب بالحق المدعي به أمام الناس مراراً، وترك المطالبة أمام القاضي هذه المدة، فإن القاضي لا يسمع منه.

⁽¹⁾ التقادم لغة: من القدم، والقدم مصدر القديم وهو نقيض الحدوث. ابن منظور، لسان العرب، (465/12). وأما في الاصطلاح فقد عرفه الدكتور مصطفى الزرقا بقوله: " هو انقضاء زمن معين على حق في ذمة إنسان، أو على عين لغيره في يده دون أن يطالب صاحبهما بهما وهو قادر على المطالبة ". الزرقا، المدخل الفقهي العام، (335/1).

⁽²⁾ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص: (188). الحموي، أحمد بن محمد بن مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1405هـ، (337/2).

⁽³⁾ رواه البيهقي. البيهقي، السنن الكبرى، (252/10). وصححه الألباني. الألباني، إرواء الغليل، (260-259/8).

⁽⁴⁾ المادة (449) من القانون المدني الأردني.

⁽⁵⁾ ابن عابدين، رد المحتار، (420-419/5).

⁽⁶⁾ ابن عابدين، رد المحتار، (420/5).

⁽⁷⁾ ابن عابدين، رد المحتار، (421-420/5). قراعه، الأصول القضائية، ص: (315-314).

4) أن يكون المدعي متمكناً من رفع دعواه في تلك المدة، فلو لم يكن متمكناً من رفعها لم يمنع من سماعها بعد المدة المذكورة، كأن يكون غائباً عن البلد أو كان المدعي عليه حاكماً ظالماً.

والملاحظ أن موضوع التقادم هو اجتهاد درسه المتأخرون، كان الدافع له هو فساد الزمان، فضرب سلاطين الدولة العثمانية هذه المدة قطعاً للحيل والتزوير. وتحديد المدة بخمسة عشر عاماً هو اجتهادي مصلي، فيمكن لولي الأمر إذا رأى زيادة هذه المدة أو إنقاصها أن يفعل ذلك، يدل على ذلك ما قاله ابن نجيم رحمه الله: "وعلى هذا لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد سنة لا تُسمع، ويجب عليه - على القاضي- عدم سماعها".⁽¹⁾

وقد نظمت مجلة الأحكام العدلية موضوع التقادم في المواد (1660-1675).

المطلب الخامس: حضور الخصوم وغيابهم عن جلسات المحاكمة.

يقصد بالحضور: مثول الخصم أو وكيله أمام المحكمة المرفوعة إليها الدعوى في الموعد المحدد لفتح الجلسة، وتثبيت ذلك في الضبط.⁽²⁾

ويقصد من هذا التعريف أن الحضور المعتبر هو الحضور أمام القاضي، فلو حضر المكلف بالحضور في إحدى مرافق المحكمة ولم يمثل أمام القاضي فلا عبرة لهذا الحضور، والأصل في الشرع أنه إذا دُعي أحد إلى مجلس القضاء فيجب عليه الحضور، لقول الله ﷻ: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا﴾.⁽³⁾

ويقصد بالغياب: تخلف الخصم أو وكيله ومن يمثله من حضور مجلس القضاء رغم التبليغ الصحيح لتاريخ وموعد المحاكمة.⁽⁴⁾

ويتصور الغياب في حالات ثلاثة هي:

الأولى: غياب المدعي وحضور المدعى عليه.

الثانية: غياب المدعى عليه وحضور المدعي، وهذا هو الغالب.

الثالثة: غياب الطرفين معاً.

الحالة الأولى: غياب المدعي وحضور المدعى عليه.

وفي هذه الحالة أجاز القانون للمحكمة أن تسقط الدعوى بناء على طلب المدعى عليه، فإن طلب المدعى عليه إسقاط الدعوى فإن المحكمة تجيبه إلى ذلك⁽⁵⁾. وفي حال تعدد المدعون وتخلف بعضهم فإن الحكم نفسه ينطبق على المتخلف بناء على طلب المدعى عليه، على أن يكون له الحق في تجديد دعواه المسقطه وحدها.⁽⁶⁾ ويؤصل لهذا أن من ضوابط التمييز بين المدعي والمدعى عليه التي وضعها الفقهاء قالوا المدعي من إذا ترك دعواه، فلا يجبر عليها، والمدعى عليه بخلافه.⁽⁷⁾

⁽¹⁾ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص: (194).

⁽²⁾ أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (177).

⁽³⁾ سورة النور: (51).

⁽⁴⁾ أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (178).

⁽⁵⁾ المادة (50) فقرة (2) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁶⁾ المادة (51) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁷⁾ الكاساني، بدائع الصنائع، (224/6). الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، (109/2). الشربيني، مغني المحتاج، (404/6).

وكذلك فإن القضاة كانوا لا ينظرون في الدعوى التي لم يحضر فيها المدعي ويتكونها حتى يراجع المدعي القاضي، وفي هذا يقول الإمام الماوردي: "فلو نودي صاحب رقعة فلم يحضر، كَرَّرَ النداء ثلاثاً، فإن لم يحضر أُخرجت رقعة غيره ونودي صاحبها، فإن حضر صاحب الرقعة الأولى وقد حضر صاحب الرقعة الثانية، فإن كان حضوره قبل الشروع في النظر بين الثاني وخصمه قَدَّمَ الأول عليه، وإن شرع في النظر لم يقطع النظر واستوفاه ثم نظر للأول بعده"⁽¹⁾. فيفهم من هذا النص أنه لا يجبر المدعي على الخصومة وإنما له الخيار، فإذا ترك الخصومة يُترك، ولو كان لا يُترك وإنما يجبر عليها لما ترك الماوردي رُقعته، وإنما لأحضره.

الحالة الثانية: غياب المدعى عليه وحضور المدعي.

وإذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه رغم تبليغه تبليغاً صحيحاً حسب الأصول، فإن للمحكمة أن تقرر سماع الدعوى والاستمرار في المحاكمة بحقه غيابياً بناءً على طلب المدعي، ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقرر محاكمة المدعى عليه غيابياً إذا كان موضوعها مما تقبل فيه الشهادة حسبه.⁽²⁾

ومن المادة السابقة يتبين أن القانون اشترط لجواز المحاكمة بحق المدعى عليه غيابياً توفر الشروط التالية:

1- أن يكون المدعى عليه الغائب قد تم تبليغه الموعد المحدد للمحاكمة حسب الأصول.

2- أن يحضر المدعي ويطلب محاكمة المدعى عليه غيابياً.

وإذا تعدد المدعى عليهم وتخلف بعضهم فإنه يجوز للمحكمة أن تنظر الدعوى غيابياً بحق المتخلف منهم بناءً على طلب المدعي.⁽³⁾

واعتبر القانون أن الحكم يعتبر وجاهياً إذا حضر المدعى عليه جلسة من جلسة المحاكمة أو أكثر وتخلف بعد ذلك عن الحضور، واشترط في ذلك أنه إذا صدر الحكم على شخص أو أشخاص لم يكونوا حاضرين جلسة الحكم فيجب تبليغ إعلام الحكم إليه أو إليهم حتى تبدأ مدة الاستئناف من تاريخ التبليغ.⁽⁴⁾

وإذا حضر المدعى عليه الذي تجري محاكمته غيابياً جلسة من الجلسات التالية، وقدم عذراً مقبولاً عن تغيبه تقرر المحكمة قبوله وتعلمه بالإجراءات التي جرت في غيابه، ولها أن تكرر هذه الإجراءات في حضوره إذا رأت ذلك ضرورياً لتأمين العدالة.⁽⁵⁾

وأما محاكمة المدعى عليه الغائب فالفقهاء على خلاف متشعب في ذلك، ويمكن دراسة الحكم على الغائب في بحث مستقل، ونكتفي تجنباً للإطالة إلى الإشارة إلى ما أخذ به من جواز القضاء على الغائب.⁽⁶⁾

وقد نص الفقهاء على هذا الأصل فقالوا: إنه إذا امتنع المدعى عليه من الحضور أمام مجلس القاضي، ولم يسلم الحق المدعى به، فإن القاضي بين خيارات ثلاثة وهي:

الأول: إما أن يحضره جبراً بأهل القوة من أعوانه.

الثاني: أو إن شاء طلب من صاحب الشرطة إحضاره.

⁽¹⁾ الماوردي، أدب القاضي، (291/2-292).

⁽²⁾ المادة (50) فقرة (2) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽³⁾ المادة (52) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁴⁾ المادة (102) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁵⁾ المادة (53) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁶⁾ حيث ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز القضاء على الغائب. وللتفصيل أنظر كتاب نظرية الدعوى، لمحمد نعيم ياسين،

ص: (523) وما بعدها. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص: (197). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (97/1). الشربيني، مغني المحتاج،

(308/6). ابن قدامه، المغني، (95/10).

الثالث: وإذا شاء بعث القاضي أحداً إلى منزله ينادي على بابه ثلاثاً: إن لم تحضر نصّب عليك. فالفقيهاء يريدون قطع الحجة على الغائب، فإن لم يحضر يجري القاضي المرافعة بحقه غيابياً وفق الأصول.⁽¹⁾

الحالة الثالثة: غياب الطرفين معاً.

وإذا غاب طرفا الدعوى ولم يحضر أي منهما، فإن للمحكمة أن تقرر إسقاط الدعوى⁽²⁾، وإذا اختارت المحكمة هذا الطريق فعليها أن تبين في المخضّر الوقت الذي نادت فيه على الطرفين، وتبين فيه أن التبليغ كان صحيحاً حتى يسوغ لها الإسقاط، ويستثنى من ذلك دعاوى التي تتعلق بحق من حقوق الله كدعوى الرضاع.⁽³⁾ ويؤصل لهذا ما ذكرناه في الحالة الأولى (حالة غياب المدعي) وهنا فإن إسقاط الدعوى لا لغياب المدعي عليه، وإنما كان لغياب المدعي.

المطلب السادس: طلبات الخصوم.

قد يطلب الخصوم أثناء المرافعة بعض الطلبات مثل حجز الاحتياطي ومنع المدعي عليه من السفر أو تأجيل الدعوى أو غير ذلك من الطلبات، فما مصير هذه الطلبات؟

الفرع الأول: طلب الحجز الاحتياطي.

يقصد به: منع المدين من التصرف بقسم من أمواله المنقولة أو غير المنقولة تأميناً على مطلوب الدائن الحاجز إلى أن يحكم بالدين ويبرم الحكم، ويسمى أيضاً بالحجز التحفظي.⁽⁴⁾ المسألة الأولى: طلب الحجز الاحتياطي في القانون.

نظم قانون أصول المحاكمات الشرعية أحكام الحجز الاحتياطي في المواد (121-124) حيث أجاز القانون للمدعي قبل إقامة الدعوى أو عند تقديمها أو أثناء رؤيتها أن يطلب إلى المحكمة بالاستناد إلى ما لديه من المستندات والبيانات وضع الحجز الاحتياطي على أموال المدعي عليه المنقولة وغير المنقولة والأموال الموجودة بحيازة شخص ثالث لنتيجة الدعوى.⁽⁵⁾

وتقرر المحكمة الحجز بناء على الاستدعاء بطلب الحجز الاحتياطي المشفوع بكفالة تضمن ما يلحق بالمحجوز عليه من العطل والضرر إذا ظهر أن طالب الحجز غير محق في طلبه⁽⁶⁾. وقد اعتمد القانون الأردني في أصل الفكرة على القانون العثماني في المادتين (58-59).

ويشترط في القانون أن يكون مقدار الدين معلوماً، وإذا كان مقدار الدين غير معلوم تُعين المحكمة مقداره بقرارها على وجه التخمين، وأن يكون الدين مستحق الأداء وغير مقيد بشرط⁽⁷⁾، وإذا وقع الحجز قبل إقامة الدعوى،

⁽¹⁾ السمناني، روضة القضاة، ص: (174). الماوردي، أدب القاضي، (321/2-322). ابن أبي الدم، أدب القضاء، (360/1).

⁽²⁾ المادة (50) فقرة (1) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽³⁾ أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (190).

⁽⁴⁾ أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (178).

⁽⁵⁾ المادة (121) فقرة (1) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁶⁾ المادة (121) فقرة (2) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁷⁾ المادة (121) فقرة (3) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

فقد أوجب القانون على طالب الحجز تقديم لائحة الدعوى لأجل إثبات حقه خلال ثمانية أيام من تاريخ قرار الحجز، وإذا لم تُقدم الدعوى خلال المدة المذكورة يصبح الحجز ملغى.⁽¹⁾

المسألة الثانية: تأصيل الحجز الاحتياطي في الشرع.

استعمل الفقهاء مصطلح الحجر بمعنى الحجز.⁽²⁾ والحجر في اللغة: المنع من التصرف، ويقال: حجر عليه القاضي يحجر حجراً إذا منعه من التصرف في ماله.⁽³⁾ وفي الشرع: هو عبارة عن منع الحاكم من عليه دين حال يعجز عنه ماله الموجود من التصرف فيه.⁽⁴⁾

ويؤصل للحجز الاحتياطي حين أجاز جمهور الفقهاء⁽⁵⁾ للمدعي عند رفع الدعوى أو أثناء المرافعة أن يطلب من القاضي إصدار قرار بالحجز على أموال المدعي عليه سواء أكانت هذه الأموال منقولة أو غير منقولة، ومن النصوص التي تؤيد الحجز الاحتياطي:

1. روى كعب بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ بن جبل ماله، وباعه بدين كان عليه.⁽⁶⁾

2. ما قاله ابن قدامة رحمه الله أنه متى لزم الإنسان ديون حالة لا يفي ما له بها فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه، لزم الحاكم إجابتهم⁽⁷⁾، واشترط لإجابة المدعي لإصدار الحجز الاحتياطي وجود سبب يقوي دعواه، كشهادة العدل أو المرجو تزكيته⁽⁸⁾. وهذه العبارة الأخيرة تؤصل لشرط القانون عندما اشترط لإجابة الحجز الاستناد إلى ما لديه من المستندات والبيانات.⁽⁹⁾

3. وعند ابن أبي الدم فيما إذا ادعى أحدٌ على آخر ديناً، فأقام شاهدين مجهولين ولم يحلف وطلب من الحاكم الحجر على المدعى عليه خوفاً من إقراره بأموال ونقلها ببيع أو هبة، فيه قولان أحدهما: إذا عُرف المدعى عليه بالحيلة واستمرت له عادة بها حجر الحاكم عليه.⁽¹⁰⁾

4. وقال الماوردي: "وإن كانت عيناً قائمة كالعقار، حُجِرَ عليها حجراً لا يرفع به حكم يده".⁽¹¹⁾

5. وكذلك سئل القاضي أبو الوليد عمن كان له على رجل دين حال، وللغيريم سلعة يمكن للغيريم بيعها مسرعاً، فطلب صاحب الدين بيع السلعة، وطلب المدين ألا يفوت عليه سلعته، وأن يضع السلعة رهناً ويؤجل أياماً ينظر فيها في الدين، هل له ذلك أم لصاحب الدين بيع السلعة؟ فأجاب

⁽¹⁾ المادة (123) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽²⁾ ابن نجيم، البحر الرائق، (88/8). ابن رشد، بداية المجتهد، (62/4). الماوردي، الحاوي الكبير، (341/6). المرادوي، الإنصاف، (281/5).

⁽³⁾ الزبيدي، تاج العروس، (530/10).

⁽⁴⁾ المرادوي، الإنصاف، (272/5).

⁽⁵⁾ استعمل الفقهاء مصطلح (الحجر) بمعنى الحجز. والحجر في اللغة: المنع من التصرف. وقد اختلفوا في جوازه، فمنع أبو حنيفة الحجر على الحر البالغ العاقل من أجل مصلحة خاصة، واعتبر الحجر عليه إهداراً لأدميته، خلافاً للجمهور والصاحبين حيث أجازوا الحجر. الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، (96/2). ابن رشد، بداية المجتهد، (62/4). الماوردي، الحاوي الكبير، (341/6). المرادوي، الإنصاف، (281/5).

⁽⁶⁾ (رواه الطبراني، الطبراني، المعجم الأوسط، (105/6). وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. الحاكم، المستدرک، (67/2). وكذلك صححه ابن الملقن. ابن الملقن، البدر المنير، (645/6).

⁽⁷⁾ ابن قدامة، المغني، (306/4).

⁽⁸⁾ ابن فرحون، تبصرة الحكام، (210/1).

⁽⁹⁾ المادة (121) فقرة (1) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽¹⁰⁾ ابن أبي الدم، أدب القضاء، (288/1).

⁽¹¹⁾ الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: (141).

فهما: إنَّ من حقه أن يجعل السلعة رهناً، ويؤجل في إحضار المال بقدر قلته وكثرته، وما لا يكون فيه ضرر على واحد منهما، على ما يؤدي إليه اجتهاد الحاكم في ذلك، فهذا هو الذي جرى به القضاء ومضى عليه العمل، وهو الذي تدل عليه الروايات عن مالك وأصحابه⁽¹⁾.

المسألة الثالثة: آثار الحجز الاحتياطي عند الفقهاء.

وقد فصّل الفقهاء في آثار الحجز الاحتياطي، حيث تختلف آثاره بحسب حال المدعى به على النحو التالي: أولاً: إن كان المدعى به عقاراً، فإن المدعى عليه يُمنع من التصرف به على وجه يخرج عن ملكه كالبيع والهبة، وكذلك يُمنع من التصرف به على وجه يخرج عن حاله، كالبناء والهدم من غير أن تُرفع يده عن العقار. ثانياً: وأما إن كان المدعى به حيواناً، فإنه يوقف عن صاحبه ويخرج عن يده، ونفقته تكون على من يستحقه.

ثالثاً: وإن كان موضوع الدعوى يتعلق بما يتسارع إليه الفساد كاللحم والفواكه، فإن شهد للمدعي شاهدٌ واحدٌ وأبى أن يحلف، وقال عندي شاهدٌ آخر فإنه يضرب له أجلاً لا يفسد في مثل هذا الأجل المدعى به، فإن أحضر ما يستحق به وإلا خلا القاضي بين المدعى عليه ومتاعه، وإن أتى بشاهدين ولم يذكهما القاضي، وخيف فساد المدعى فيه أمر القاضي أميناً فباعه ووضع ثمنه عند عدل يأخذه من استحقه⁽²⁾.

المسألة الرابعة: الأموال المستثناة من الحجز الاحتياطي.

الأموال التي استثناها القانون من جواز الحجز الاحتياطي:⁽³⁾

1. الألبسة الضرورية للمدين وبعياله والأسرة والفرش الضرورية لهم.
2. بيت السكن الضروري للمدين.
3. أواني الطبخ وأدوات الأكل الضرورية للمدين وبعياله.
4. الكتب والأدوات والآلات والأوعية والأمتعة اللازمة لمهنة المدين أو لحرفته أو تجارته.
5. مقدار المؤونة اللازمة للمدين وعائلته مدة لا تتعدى موسم البيدر ومقدار البذور التي تكفي لبذر الأرض التي اعتاد زراعتها إذا كان مزارعاً.
6. الحيوانات اللازمة لزراعته ومعيشته إذا كان مزارعاً.
7. علف الحيوانات المستثناة من الحجز يكفيها مدة لا تتعدى موسم البيدر.
8. اللباس الرسمي لمأموري المحكمة.
9. الأثواب والحلل والأدوات التي تستعمل خلال إقامة الصلاة.
10. الحصّة المستحقة للحكومة من الحاصلات سواء أكانت مقطوفة أم لم تكن.
11. الأموال والأشياء الأميرية أو المختصة بالبلدية سواء أكانت منقولة أم غير منقولة.
12. حق المطالبة بالتعويضات.
13. النفقة.
14. رواتب الموظفين إلا إذا كان الحجز من أجل النفقة.

⁽¹⁾ (النباهي، تاريخ قضاة الأندلس، ص: (207-208).

⁽²⁾ (ابن فرحون، تبصرة الحكام، (1/210-214). الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: (141).

⁽³⁾ (المادة (122) من قانون أصول المحاكمات الشرعية).

تأصيل الأموال المستثناة من الحجز في الشرع:

نظر القانون إلى الأموال المستثناة من الحجز نظراً لمصلحة المدعى عليه، حيث إنها تعد من الأمور الحاجية للإنسان، فإذا تم تفويت هذه الأمور عليه فقد يصيبه الحرج والمشقة إذا حُجر عليه فيها. ويؤصل لما ذهب إليه القانون من استثناء هذه الأمور ما قاله الإمام الهوتي رحمه الله: "ويجب على الحاكم أو أمينه أن يترك من ماله ما تدعوا الحاجة إليه من مسكن وخادم صالحين لمثله؛ لأن ذلك لا غنى له عنه، وقال كذلك: ويترك له آله حرفته؛ لأن الحاجة تدعوا إليها كثيابه ومسكنه، فإن لم يكن صاحب حرفة ترك له ما يتجربه لتحصيل مؤنته"⁽¹⁾. وكذلك جاء في التبصرة: "وكان المحجور عليه مما يتسارع إليه الفساد وخاف القاضي فساده، فإن القاضي في هذه الحالة يأمر أميناً ببيعه ودفع ثمنه عند عدل يأخذه المستحق"⁽²⁾. والحاصل أن الأمور التي تعتبر ضرورية من عدمها مسألة تقديرية يرجع تقديرها إلى الحاكم، فهو الذي يحدد الضروري من عدمه، وهذا ما ذهب إليه القانون.

المسألة الخامسة: وضع الأموال والأشياء المنقولة المحجوزة تحت يد أمين.

أجاز القانون للمحكمة أن تضع الأشياء والأموال المنقولة المحجوزة تحت يد شخص أمين للمحافظة عليها أو إدارتها حتى نتيجة المحاكمة، وتُقرَّر الأجرة التي يطلبها هذا الأمين لقاء عمله هذا من قبل المحكمة.⁽³⁾ ويؤصل لما ذهب إليه القانون من وضع الأموال المحجوزة تحت يد شخص أمين أقوال كثير من الفقهاء منها: 1- ما قاله الماوردي في الحجز الاحتياطي: "وإن كانت عيناً قائماً كالعقار، حُجر عليها فيما حُجر لا يرفع به حكم يده، ورد استغلالها إلى أمين يحفظه على مستحقه منهما"⁽⁴⁾. 2- وكذلك جاء في التبصرة: "وكان المحجور عليه مما يتسارع إليه الفساد وخاف القاضي فساده، فإن القاضي في هذه الحالة يأمر أميناً ببيعه ودفع ثمنه عند عدل يأخذه المستحق"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: طلب المدعي منع المدعى عليه من السفر.

يلجأ المدعى عليه في بعض الأحيان إلى السفر خارج البلاد؛ من أجل التهرب من دفع ما استحق عليه، أو لغايات أخرى تكون في نفسه، لأجل ذلك قد يطلب المدعي منع المدعى عليه من السفر، فكيف الحكم في هذا الأمر. المسألة الأولى: طلب المدعي منع المدعى عليه من السفر في القانون.

أجاز القانون للمحكمة بعد تقديم لائحة الدعوى، واقتنعت المحكمة بناء على ما قُدم إليها من بينات بأن المدعى عليه على وشك مغادرة البلاد، أو أنه ينوي التصرف بأمواله أو تهريبها للخارج؛ رغبة منه في تأخير دعوى الخصم أو في تجنب إجراءات المحكمة، أو في عرقلة تنفيذ أي قرار يحتمل أن يصدر في حقه، ففي هذه الحالة على المحكمة أن تصدر مذكرة إحضار من أجل جلبه في الحال، وأن تمنع سفره حتى يقدم كفالة لضمان دفع ما قد يحكم عليه، أو لضمان عدم مغادرته المملكة، وذلك حتى مضي عشرة أيام من تاريخ صيرورة الحكم قطعياً.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ (البهوتي، كشف القناع، (3/433-434).

⁽²⁾ (ابن فرحون، تبصرة الحكام، (1/214).

⁽³⁾ المادة (124) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁴⁾ الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: (141).

⁽⁵⁾ (ابن فرحون، تبصرة الحكام، (1/214).

⁽⁶⁾ المادة (54) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

المسألة الثانية: تأصيل طلب المدعي منع المدعى عليه من السفر في الشرع.

وقد درس الفقهاء مسألة إذا ما كان المدين ينوي السفر وعليه حق، فهل يجوز لغريمه -الدائن- أن يعمل على منعه من السفر، ففرق الحنابلة -مثلاً- بين أمرين:⁽¹⁾

الأمر الأول: إذا كان ميعاد حلول الدين قبل قدومه من السفر، ففي هذه الحالة يحق للدائن منع المدين من السفر؛ لأن تأخير حقه عن مواعده فيه ضرر عليه، ولكنه إن جاء بكفيل مليء أو دفع رهناً يفي بالدين عند وقت السداد، فله السفر؛ لأن الضرر يزول بذلك.

الأمر الثاني: وأما إذا كان ميعاد حلول الدين بعد ميعاد قدومه من السفر فيفرق بين حالتين: الحالة الأولى: إن كان سفر المدين إلى ما فيه فوات نفس (كالجهاد)، فله منعه من السفر، إلا إذا أقام المدين كفيلاً مليئاً أو وضع رهناً، وعللوا ذلك: لأنه سفر يتعرض فيه للشهادة وفوات النفس، فلا يؤمن فوات الحق. الحالة الثانية: إن كان السفر لأمر ليس فيه فوات نفس، ففي إحدى الروايتين عن أحمد أنه ليس له منعه من السفر.

وأما اشتراط القانون حتى يُسَمَحَ للمدعي عليه السفر تقديم كفالة، فيؤصل له بالإضافة إلى ما سبق ما ذكره فقهاء الأحناف في رجل أراد سفرًا، فطالبه رجل بحق يديعه، فوكل المطلوب وكفيلاً للخصومة وأعطى كفيلاً بما قضى القاضي عليه قالوا: فإن القاضي يقبل ذلك منه⁽²⁾. فالوكيل أصيل، وكذلك الكفيل في الشرع يمكن للدائن مطالبته، حيث عرف الفقهاء الكفالة بأنها: "ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل أو في حق أصل الدين"⁽³⁾. فهذا صاحب الحق المهم عنده أن يصل إلى حقه، وإذا التزم أحد الأطراف ببذل الحق فيها ونعمت.

الفرع الثالث: طلب تأجيل الدعوى.

ويقصد بتأجيل الدعوى: إرجاء نظر القضية إلى وقت آخر لسبب يقتضي هذا التأجيل.⁽⁴⁾

المسألة الأولى: طلب تأجيل الدعوى في القانون.

أثناء سير الدعوى قد يطلب أحد الخصوم تأجيل النظر في الدعوى إلى وقت آخر لأسباب تتعلق بطالب التأجيل، كإحضار بينة أو توكيل من ينوب عنه أكثر خبرة منه، أو لسبب آخر، فإن المحكمة تجيبه لهذا الطلب، ومسألة تأجيل الدعوى مسألة تقديرية يرجع تقديرها للقاضي، وعلى ذلك نص القانون بقوله: "يجوز للمحكمة أن تؤجل المحاكمة من وقت لآخر أو تقرر رؤيتها في مكان آخر يقع ضمن منطقة اختصاصها إذا رأت ذلك ملائماً تحقيقاً للعدالة مع تدوين الأسباب"⁽⁵⁾.

المسألة الثانية: تأصيل طلب تأجيل الدعوى في الشرع.

ومسألة تأجيل الدعوى ليست بدعاً من القوانين الحديثة، وإنما كانت معهودة في تاريخ القضاء الإسلامي، ويؤصل لذلك:

⁽¹⁾ ابن قدامة، المغني، (342/4).

⁽²⁾ ابن مازة، شرح أدب القاضي، (436/3).

⁽³⁾ السمرقندي، تحفة الفقهاء، (237/3)، الكاساني، بدائع الصنائع، (10/6).

⁽⁴⁾ أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (184).

⁽⁵⁾ المادة (48) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

ما جاء في رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري قوله: "ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة، فاضرب له أمداً ينتهي إليه، فإن جاء ببينة أعطيته بحقه، فإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر، وأجلى للعي" (1).

وهذا من تمام العدل؛ لأن المدعي قد تكون له حجة أو بينة غائبة عن مجلس القاضي، ولا يمكنه إحضارها في نفس الجلسة، وفي حال أن القاضي عَجَلَ بالحكم ولم يمهل الخصم لإحضار البينة الغائبة، فإن ذلك يبطل حق صاحب البينة أو الحجة الغائبة (2).

وقال السرخسي في شرح قول عمر: "فإن ذلك أبلغ في العذر، وأجلى للعي"؛ لأنه إذا وجه القضاء عليه بعدما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع، انصرف من مجلس القاضي شاكراً له ساكناً، وإذا لم يمهله انصرف من مجلس القاضي شاكياً منه يقول: مال إلى خصمي ولم يستمع إلى حجتي، ولم يمكنني من إثبات الدفع عنده" (3). وينبغي للقاضي أن يمهل من سأله الإمهال بقدر ما يتمكن من إقامة الحجة فيه، ولا يتقيد بثلاثة أيام، بل بحسب الحاجة، فضرب الأجل يعود إلى اجتهاد القاضي بحسب النظر في أمر الخصمين، وليس فيه حد محدود لا يتجاوز، إنما هو الاجتهاد (4).

وبين الفقهاء أنه إذا ظهر للقاضي عناد الذي يطلب الإمهال ومدافعتة للحاكم لم يضرب له أمداً، بل يفصل في الخصومة؛ لأن ضرب هذا الأمد إنما كان لتمام العدل، فإذا كان فيه في التأجيل إبطال للعدالة لم يجب القاضي طالب التأجيل (5).

وإذا كان القاضي يستطيع تأجيل الدعوى للحاجة والمصلحة حسب اجتهاده، إلا أن هناك آجالاً إلزامية تكلم عنها الفقهاء يجب على القاضي الأخذ بها، ويجب على الخصوم قبولها، ومن هذه الآجال:

1. الأجل الذي يضربه القاضي للمجنون جنوناً حادثاً، ففي هذه الحالة يعزله القاضي عن زوجته سنة، فإن شفي من جنونه خلال السنة بقيت له زوجته، وإن استمر جنونه حكم القاضي بالتفريق بينه وبين زوجته.

2. وكذلك المرتد إذا رفع أمره إلى القاضي أجله القاضي ثلاثة أيام (6).

المطلب السابع: الأحوال الطارئة في الدعوى.

قد يعترض الدعوى من الحوادث ما يؤدي إلى عدم السير فيها، أو تؤثر على حال الدعوى، فما مصير هذه الأحوال:

وأما أهم هذه الأحوال الطارئة على الدعوى ومصيرها فهي على النحو التالي:

الفرع الأول: وفاة أحد فرقاء الدعوى.

إذا توفي أحد الفرقاء فإن هذا لا يؤثر على سير الدعوى، وهذا ما نص عليه القانون بقوله: "لا تسقط الدعوى بوفاة المدعي أو المدعى عليه إذا ظل سبب الدعوى قائماً" (1) أو مستمراً (2). فالقانون هنا اشترط لعدم سقوط

(1) رواه البيهقي، البيهقي، السنن الكبرى، (252/10). وصححه الألباني. الألباني، إرواء الغليل، (260-259/8).

(2) ابن القيم، إعلام الموقعين، (86/1).

(3) السرخسي، المبسوط، (63/16).

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، (201/1).

(5) ابن القيم، إعلام الموقعين، (86/1).

(6) ابن فرحون، تبصرة الحكام، (205/1).

الدعوى بوفاة أحد الخصمين أن يكون سبب الدعوى قائماً أو مستمراً، وهذا الشرط بديهي؛ لأن الأمر إن لم يكن كذلك انعدم شرط توفر الخصومة الذي هو من شروط صحة الدعوى كما تقدم، حيث لا خصومة في هذه الحالة. وأما إذا توفي أحد الفرقاء والدعوى قائمة فإن القانون نص على تبليغ ورثته بناء على طلب الفريق الآخر، أو أمر المحكمة، وتتابع المحكمة رؤية الدعوى من النقطة التي وقفت عندها⁽³⁾. وقد اعتمد القانون الأردني في ذلك على المادة (35) من قانون أصول المحاكمات الشرعية العثماني.

وما ذهب إليه القانون من عدم سقوط الحق بوفاة أحد الخصوم إذا بقي سبب الدعوى قائماً أو مستمراً، يؤصل له القاعدة التي سبق الإشارة إليها وهي أن "الحق لا يسقط بتقادم الزمان"⁽⁴⁾، وكذلك ما هو معهود في الشريعة أن الميراث ينتقل إلى ورثة الميت، وهذا الحق المدعى به إن استحقه الميت فيكون جزء من تركته يستحقه الورثة.

ويؤصل له كذلك ما قاله الفقهاء من أن القاضي إذا أدخل الخصمين تحت أجل ثم مات أحدهما قبل انقضاء الأجل الذي ضرب له، فإنه يكمل في حق الآخر أو في حق ورثته⁽⁵⁾. وهذا نص صريح في عدم سقوط الدعوى بوفاة الخصمين.

الفرع الثاني: توحيد وتفريق الدعوى.

المسألة الأولى: توحيد وتفريق الدعوى في الشرع.

يجوز تعدد المدعين إذا كان سبب الدعوى واحداً، كما يجوز تعدد المدعى عليهم إذا ادعى عليهم بحق متعلق بموضوع واحد⁽⁶⁾، كما إذا رفعت دعوى من عدد من الورثة بصفتهم ورثة على مدعى عليه وكذلك يجوز العكس.

وقد ترفع أمام المحكمة عدة دعاوى، إلا أنه قد يظهر للمحكمة أن هناك ارتباطاً⁽⁷⁾ بين دعويين أو أكثر، وكان الفصل في إحداها متوقفاً على الفصل في الأخرى، أو أن الفصل في هذه الدعاوى يعتبر في حكم الفصل في الأخرى، فيجوز لها أن تقرر توحيدها، وتفصل فيها حسبما تقتضيه الحالة⁽⁸⁾. وكما أن للمحكمة أن تقرر توحيد الدعوى، فلها أن تقوم بالعكس - أي تفريق الدعوى - حيث إذا رفعت دعوى وكان الادعاء يشتمل على مواضيع مختلفة لا ارتباط بينها في الحكم، فيجوز للمحكمة أن تقرر رؤية كل منهما على حدة في قضية مستقلة⁽⁹⁾. ويتضح من المادة القانونية السابقة أن سبب التفريق بين الدعاوى هو عدم وجود الارتباط بين هذه الدعاوى، وبما أنه كذلك فنتيجة الحكم لن تكون واحدة.

⁽¹⁾ ومثال ذلك: أن ترفع زوجة على زوجها دعوى للمطالبة بمهر مؤجل، وأثناء الدعوى توفي الزوج، ففي هذه الحالة يتم تبليغ الورثة لإكمال إجراءات المحاكمة، لتعلق الدعوى بالتركة.

⁽²⁾ المادة (99) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽³⁾ المادة (100) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁴⁾ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص: (188).

⁽⁵⁾ ابن فرحون، تبصرة الحكام، (206/1).

⁽⁶⁾ المادة (32) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁷⁾ وهذا الارتباط عادة يكون إما في الخصوم أو في سبب الدعوى أو موضوعها. والحكمة في توحيد الدعاوى: توفير الجهد على القاضي واقتصاد النفقات وتوفير الإجراءات وتلافي صدور أحكام متناقضة أو أحكام يصعب التوفيق بينها. أبو البصل، شرح

قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (183).

⁽⁸⁾ المادة (33) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁹⁾ المادة (34) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

وفي حال تعدد المدعين أو المدعى عليهم، فقد أجاز القانون لواحد منهم أو أكثر أن يفوض الباقيين في حضور المحكمة أو المرافعة وإجراء المعاملات في جميع الإجراءات، واشترط في ذلك أن يكون هذا التفويض خطياً وموقعاً من الفريق الصادر منه وبحضور رئيس كتبة المحكمة، وأن يُحفظ في إضبارة الدعوى، وفي هذه الحالة يكون له حكم الوكالة الرسمية في جميع الوجوه.⁽¹⁾

ويؤصل لتوحيد الدعوى وتفريقها وجواز تعدد المدعين والمدعى عليهم النص التالي:

قال الإمام الماوردي: "فإن كان هذا المدعي سابقاً فادعى على اثنين معاً في حالة واحدة، فإن كانت الدعوى مختلفة لم تُسمع منه إلا على واحد، وإن كانت الدعوى واحدة كادعائه ابتياع دار منهما أو بيع دار عليهما، جاز أن تُسمع دعواه عليهما؛ لأنها محاكمة واحدة بين طالب ومطلوبين. ثم قال: ولو اجتمع اثنان في الدعوى على واحد، فإن اختلفت دعواهما لم تسمع من أحدهما، وإن لم تختلف دعواهما لادعائهما ميراثاً بينهما أو ادعائهما عليه ابتياع دار لهما، جاز أن تُسمع دعواهما عليه؛ لأنهما محاكمة واحدة بين طالبين ومطلوبين."⁽²⁾

الفرع الثالث: وقف الدعوى.

يقصد بوقف الدعوى: عدم سيرها لوجود سبب يقتضي ذلك، وذلك حتى يزول هذا السبب وتنقضي المهلة التي حددها قرار الوقف.⁽³⁾

وقف الدعوى إما أن يكون بناء على طلب الخصوم أو أن يكون وقفاً قضائياً تقوم به المحكمة.⁽⁴⁾ ومن الحالات التي نص عليها القانون التي يجب على المحكمة وقف الدعوى: في حالة النزاع بين وقفين، وادعى أحد الأطراف ملكية العقار المتنازع فيه مع وجود كتاب وقف أو حكم أو كان العقار من الأوقاف المشهورة شهرة شائعة عند أهل القرية أو المحلة، وأبرز مدعي الملكية في جميع هذه الحالات أوراقاً ومستندات تعزز ادعاه، فعلى المحكمة تأجيل السير في الدعوى، وتكلفه مراجعة المحكمة ذات الصلاحية خلال مدة معقولة، فإذا أبرز ما يدل على إقامة الدعوى لدى تلك المحكمة، فإن المحكمة الشرعية تقرر وقف السير في الدعوى التي أقامها إلى أن تبت المحكمة في شأن ملكية العقار، وإلا سارت في الدعوى وأكملتها.⁽⁵⁾

ومما يؤصل لوقف الدعوى أن عمر رضي الله عنه كان يأمر برد الخصوم للصلح؛ لأن الله عز وجل قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁽⁶⁾، حيث كان عمر يقول: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن"⁽⁷⁾. فيفهم من قول عمر هذا أنه كان يأمر بوقف الدعوى وإحالة الخصوم للصلح، فإن تم الصلح فيها ونعمت، وإلا رجعوا إلى القضاء لاستئناف سير الدعوى.

⁽¹⁾ المادة (35) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽²⁾ الماوردي، أدب القاضي، (294/2).

⁽³⁾ القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية، ص: (277).

⁽⁴⁾ أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (186).

⁽⁵⁾ المادة (2) فقرة (2) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁶⁾ سورة النساء: (128).

⁽⁷⁾ رواه البيهقي، وقال: منقطع. البيهقي، السنن الكبرى، (109/6).

الفرع الرابع: طلب إسقاط الدعوى.

إسقاط الدعوى معناه: زوالها واعتبارها كأن لم تكن⁽¹⁾، وقد أجاز القانون للمدعي أو المدعى عليه (في الدعوى المتقابلة) في أي وقت أثناء المحاكمة أو قبلها أن يطلب إسقاط دعواه بحق المدعى عليهم جميعهم أو بعضهم أو أن يترك دعواه في قسم مما يدعيه على أنه يبقى له الحق في تجديد دعواه، ولا يؤثر إسقاط دعوى أحد الطرفين على الآخر إذا أصر هذا الأخير على السير بها.⁽²⁾

وإسقاط الدعوى لا يعني التنازل عن الحق المدعى به، وإنما التنازل عن المطالبة في وقت إسقاطها، ويبقى لطالب إسقاط الدعوى الحق في تجديد دعواه مرة أخرى⁽³⁾. غير أن القانون في المادة السابقة لم يجعل الباب مشرعاً لطالب إسقاط الدعوى في أن يسقط دعواه دون نظر إلى الطرف الآخر، بل جعل له الحق في الإصرار على سير الدعوى، وذلك لأنه يتضرر نتيجة لإسقاط الدعوى، حيث يكون من مصلحته حسم موضوع النزاع، حتى لا يبقى حبيس الأنفاس لاحتمال أن المدعى عليه قد يجدد الدعوى في أي وقت.

ويؤصل لإسقاط الدعوى ما ذكره الفقهاء في تعريف المدعي بأنه من ترك الخصومة لا يجبر عليها⁽⁴⁾، وما قام به القانون من منح المدعى عليه الحق في التمسك بالدعوى هو رأي رشيد لما تقدم، حيث تقتضيه المصلحة.

المبحث الثالث: تأصيل الحكم القضائي.

المطلب الأول: تعجيل تبليغ الحكم وكونه مكتوباً.

الحكم لغة يأتي بمعنى القضاء، ويسمى مُنْقَذَ الحكم بالحاكم⁽⁵⁾، وفي الاصطلاح عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها⁽⁶⁾، وعرفه المعاصرون بأنه: فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام.⁽⁷⁾

بعد ختام المرافعة في الدعوى أوجب القانون إعطاء الحكم فور تفهيم الطرفين انتهاء المحاكمة إن كان ذلك ممكناً، وإلا فيجب إعطاء الحكم خلال عشرة أيام من انتهاء المحاكمة إذا كان الحكم يحتاج إلى التدقيق، ولا يؤثر تغيب أحد الطرفين أو كليهما على إصدار الحكم⁽⁸⁾، وذلك لأن المرافعات قد انتهت والحكم هو إعلان لنتيجة هذه المرافعات. وقد أخذ القانون الأردني هذه المادة من المادة (37) من قانون أصول المحاكمات الشرعية العثماني. وأما شكل الحكم فقد اشترط القانون أن يكون مكتوباً ومؤرخاً وموقعاً من القاضي، وعلى القاضي أن يدرج في متن القرار - الحكم - علل الحكم وأسبابه والنصوص التي استند إليها.⁽⁹⁾

وأما إعلام الحكم فيكون مشتتلاً على اسم القاضي والفرقاء وموضوع الدعوى، والأسباب الثبوتية، ومؤرخاً بتاريخ صدوره، وموقعاً من القاضي ومختوماً بخاتم المحكمة الرسمي، ويجب إعطاء صورة عنه خلال عشرة

⁽¹⁾ القضاة، أصول المحاكمات المدنية، ص: (283).

⁽²⁾ المادة (49) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽³⁾ التكروري، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (111).

⁽⁴⁾ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، (109/2). ابن الشحنة، لسان الحكام، (266/1). الشربيني، مغني المحتاج، (404/6).

⁽⁵⁾ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص: (1095).

⁽⁶⁾ المادة (1786) من مجلة الأحكام العدلية.

⁽⁷⁾ ياسين، نظرية الدعوى، ص: (643).

⁽⁸⁾ المادة (101) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁹⁾ المادة (103) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

أيام من تاريخ طلبه خطياً⁽¹⁾. وقد اعتمد القانون في المادتين السابقتين على المادة (38) من قانون أصول المحاكمات الشرعية العثمانية.

ويؤصل لوجوب إعطاء الحكم فور الانتهاء من المرافعة ما يلي:

1. إن المستقري أفضية النبي ﷺ يجد أنه كان بمجرد الانتهاء من المرافعات يصدر حكمه مباشرة.⁽²⁾
2. حرص الفقهاء كل الحرص على عدم الإطالة والتأجيل في القضية وسرعة البت فيها، لذلك منع الفقهاء القاضي إذا ظهر له أسباب الحكم تأخير الحكم بلا سبب، حيث جاء في البحر الرائق: "القاضي بتأخير الحكم يأثم ويعزل"⁽³⁾. إلا أن الفقهاء استثنوا بعض الحالات التي أجازوا فيها للقاضي تأخير الحكم، وهي:
 - 1- إذا كان القاضي يرجو الصلح بين الأقارب، وذلك لقول الله ﷻ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾.⁽⁴⁾
 - 2- ويجوز للقاضي تأخير الحكم لاستمهال أحد الخصوم.
 - 3- وإذا اشتبه على القاضي الأمر، فلا يعجل القاضي بالحكم في هذه الحالة إذا لم يبين له الأمر حتى يتفكر فيه ويشاور أهل الفقه.⁽⁵⁾

وأما اشتراط القانون في الحكم أن يكون مكتوباً، أما كتابة الأحكام القضائية فإن الله ﷻ قد أمر بكتابة الدين في آية الدين حفظاً للأموال، وتسجيل الأحكام القضائية من باب أولى؛ لأن هذه الأحكام قد تتضمن أموالاً، وقد تتعلق بعقد الزواج الذي سماه الله ﷻ بالميثاق الغليظ، فإذا كان الله ﷻ قد أمر بكتابة الدين لأهميتها، فإن في كتابة الحوادث القضائية أكثر أهمية في بعض الحالات كما في الزواج والطلاق، فالمصلحة في الكتابة هنا أعظم. ونصوص الفقهاء كثيرة في كتاب القاضي بالحكم منها على سبيل المثال قول عليش المالكي: "وأما كتاب القاضي بثبوت حق أو حكم القاضي بموضع فيوجد ذلك الحق أو الذي يتعلق عليه الحكم في غير موضع المكتوب إليه، فالذي يقول إن على القاضي الذي ينهى إليه ذلك الكتاب إذا ثبت عنده وتعين الحكم أو الحق فيما قبله أن يقبل الكتاب وينفذ ما فيه سواء كان هو المكتوب إليه أو غيره؛ لأن رسم الكتاب إلى قاض بعينه في حق قد ثبت لا يخرج عن عموم الحكم بما تضمنه، ووجوبه على من ثبت ذلك عنده من القضاة كما أنه لو كتب إلى قاضي موضع فوجد المكتوب إليه قد مات أو عزل وولي ذلك الموضوع غيره، فإنه واجب على ذلك القاضي المحدث قبول ذلك الكتاب وإنفاذ ما فيه كما يجب على الأول، وذلك أن كتاب القاضي بالحكم أو الحق يثبت عنده إنما هو إعلام لتقاضي إنفاذ ما صح وتعين عنده لما تعذر تمكن المباشرة، فيجب على كل متمكن من الحكم إنفاذه عند ثبوته لديه والقيام فيه عنده، فاستوى فيه من عينه في كتابه ذلك وغيره من سائر الحكام"⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ المادة (104) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽²⁾ ومن ذلك: ما رواه أبو هريرة، وزيد بن خالد، قالوا: "كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم فقام رجل فقال: أنشدك الله إلا قضيت بيننا بكتاب الله، فقام خصمه، وكان أفقه منه، فقال: اقض بيننا بكتاب الله وأذن لي؟ قال: قل، قال: إن ابني كان عسيفاً على هذا فزني بامرأته، فافتديت منه بمائة شاة وخادم، ثم سألت رجلاً من أهل العلم، فأخبروني: أن على ابني جلد مائة وتغريب عام، وعلى امرأته الرجم. فقال p: "والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله جل ذكره، المائة شاة والخادم رد، عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغدا يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها"، فغدا عليها فاعترفت فرجمها". رواه البخاري، صحيح البخاري، (167/8).

⁽³⁾ ابن نجيم، البحر الرائق، (281/6).

⁽⁴⁾ سورة النساء: (128).

⁽⁵⁾ السرخسي، المبسوط، (84/16). ابن نجيم، البحر الرائق، (281/6).

⁽⁶⁾ عليش، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (ت ١٢٩٩ هـ)، فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك (291/2)، دار المعرفة، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

وأما مشتملات سجل⁽¹⁾ القاضي فهي مسألة اجتهادية حسب ما تتطلبه المصلحة، فهذا الإمام الماوردي رحمه الله ينص على أن العرف في مشتملات سجل القاضي في عصره يجب أن تشتمل على عدة أمور، منها:

- 1- ما تضمنه المحضر، ويتضمن المُحَضَّر ما يلي:
 1. صفة الدعوى، بعد تسمية المدعي أو المدعى عليه.
 2. جواب المدعى عليه من الإقرار أو الإنكار.
 3. حكاية شهادة الشهود على الوجه الذي شهدوا به.
 4. ذكر التاريخ، بذكر يوم الحكم وشهره وسنة الحكم.
- 2- تاريخ يوم الحكم والتنفيذ... ثم قال: " فإذا استكمل السجل بالمشتملات السابقة، جعل القاضي هذا السجل على نسختين علّم القاضي فيهما بعلامته المؤلف بخطه - أي وَقَّع في يومنا - ليتذكر بها حكمه إذا عرض عليه، وأشهد فيها على نفسه، وسلّم إحدهما للمحكوم له، ووضع الأخرى في ديوانه، لتكون حجة يقابل بها سجل الخصم إن حضره من بعد "⁽²⁾.

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على تدوين الحكم بقولها: " بعدما يتم القاضي المحاكمة يحكم بمقتضاها، ويفهم الطرفين ذلك، وينظم إعلماً حاوياً للحكم والبيئة مع الأسباب الموجبة له، فتعطيه للمحكوم له، ويعطى لدى الإيجاب نسخة منه للمحكوم عليه "⁽³⁾.

المطلب الثاني: إصدار الحكم وتنفيذه.

إن الهدف من القضاء هو إنها الخصومة بين المتخاصمين، ويكون هذا بإعطاء كل ذي حق حقه، ولا يكون ذلك إلا من خلال إصدار الحكم القضائي.

ونص القانون على أن الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية مرعية ما لم تفسخ من محكمة الاستئناف الشرعية مع مراعاة أحكام المادة (114) من هذا القانون⁽⁴⁾، والتي تنص على أنه إذا لم يبلغ الحكم أو القرار الغيابيان إلى المحكوم عليه خلال سنة من تاريخ صدوره يصبح ملغى إلا إذا راجع المحكوم له المحكمة ودفع الرسم للتبليغ خلال سنة ومضت المدة قبل أن تنتهي معاملة التبليغ. وإذا كان الحكم مما يتعلق به حق الله تعالى⁽⁵⁾، وقد استقى القانون المادة (105) من قانون أصول المحاكمات الشرعية العثماني في المادة الخامسة منه.

ويمكن تأصيل آثار الحكم في الأمور التالية:

1. قال الله ﷻ: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴾⁽⁶⁾، وفي هذا يقول الإمام الشوكاني رحمه الله:

⁽¹⁾ السجل والمحضر عند الحنفية بمعنى واحد لا فرق بينهما، حيث عرف الأحناف السجل والمحضر بأنه ما كتب فيه ما جرى بين الخصمين من إقرار أو إنكار والحكم فيه أو نكول على وجه يرفع الاشتباه، أما عند الشافعية فالمحضر عندهم: ما يكتب فيه ما جرى للمتحاكمين في المجلس، فإن زاد عليه الحكم أو تنفيذه فهو السجل عندهم. ابن عابدين، رد المحتار، (369/5). الشربيني، مغني المحتاج، (282/6). أما في أيامنا هذه فقد اشتهر استعمال لفظ (ضبط) بدلاً من لفظ (محضر) ويسمى أحياناً (محضر ضبط)، ومرادهم به: تدوين ما يجري في مجلس القاضي أو من بينيه - غير الحجج - سواء في المحكمة أو خارجها. أما السجل فيطلق في يومنا هذا على دفتر الكبير الذي تدون فيه الحجج أو الأحكام. الترتوري، التوثيق بالكتابة والعقود، ص: (60-64).

⁽²⁾ الماوردي، الحاوي الكبير، (295/16).

⁽³⁾ المادة (1827) من مجلة الأحكام العدلية.

⁽⁴⁾ المادة (105) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁵⁾ المادة (114) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁶⁾ (سورة الأحزاب: 36).

ومعنى الآية: " أنه لا يحل لمؤمن يؤمن بالله إذا قضى الله أمراً أن يختار من أمر نفسه ما شاء، بل يجب عليه أن يدعن للقضاء، ويوقف نفسه على ما قضاه الله عليه واختاره له ".⁽¹⁾

2. وكذلك فإن المتأمل في الوقائع التي قضى بها النبي ﷺ يجد كيف أنهم كانوا ينفذون الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي رسول الله ﷺ.⁽²⁾

فتنفيذ الحكم القضائي يعتبر أهم أثر للحكم، إذ لا فائدة من أحكام قضائية لا ترى النور، فإذا لم تنفذ هذه الأحكام كان القضاء صورة من العبث ومضيعة للوقت، والشريعة منزهة عن ذلك.

المطلب الثالث: تعجيل التنفيذ.

الفرع الأول: تعجيل التنفيذ في القانون.

نص القانون على المسائل والحالات التي يجوز فيها طلب تعجيل التنفيذ دون الانتظار إلى أن يصبح الحكم غير قابل للطعن، وهذه الحالات هي:

1. إذا كانت الدعوى تستند إلى سند رسمي.
 2. إذا كانت الدعوى تستند إلى سند عرفي اعترف به المدعى عليه، أو إلى حكم سابق لم يستأنف.
 3. إذا كان المدعى به من المواد التي يخشى عليها من التلف.
 4. إذا كان في تأخير تنفيذ الحكم الذي سيصدر في الدعوى ضرر للمحكوم له، كالنفقة، وفي جميع هذه الحالات يجوز للقاضي عندما يصدر حكمه أن يقرر تعجيل التنفيذ بناء على طلب المدعي، وذلك بالرغم من قيام المحكوم باستئناف الحكم، واشترط القانون أن يقدم المحكوم له كفالة أو تعهداً أو تأمينات يوافق عليها القاضي، فإذا تخلف أو امتنع عن ذلك يحصل المبلغ المحكوم به بالطرق القانونية، ويحفظ أمانة لدى المحكمة إلى أن تقدم تلك الكفالة أو التأمينات.⁽³⁾
- وأما إذا كانت الدعوى تتعلق بالمطالبة بنفقة لم يسبق أن صدر بها حكم قطعي، وطلب المدعي تقدير النفقة وتعجيلها، فعلى القاضي فور تقديم الطلب أن ينظر فيه، فإن اقتنع به يصدر قراراً معجل التنفيذ بتقدير نفقة شهرية محسوبة من أصل النفقة التي قد يحكم بها في الدعوى على أن يقدم المحكوم له كفالة أو تعهداً أو تأمينات يوافق عليها القاضي.⁽⁴⁾
- وفي حالة رد الدعوى يكون للمدعى عليه حق الرجوع على المدعي وكفيله أو على أي منهما بالمبلغ الذي ألزم بدفعه معجلاً في الحالات السابقة الذكر مع تضمين المدعى عليه ما ترتب عليه من رسوم ونفقات.⁽⁵⁾
- وأما إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب الحضانة أو الضم أو المشاهدة، فعلى القاضي عند الضرورة وبعد قناعته وأخذ الضمانات الكافية إصدار قرار معجل التنفيذ قبل إصدار الحكم القطعي.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، فتح القدير، دار الكلم الطيب، بيروت، ط1، 1414هـ، (4/325-326).

⁽²⁾ ومن ذلك: عن عقبة بن الحارث، أنه تزوج ابنة لأبي إهاب بن عزيز، فأنته امرأه فقالت: قد أرضعت عقبة، والتي تزوج، فقال لها عقبة: ما أعلم أنك أرضعتني، ولا أخبرتني، فأرسل إلى آل أبي إهاب يسألهم، فقالوا: ما علمنا أرضعت صاحبتنا، فركب إلى النبي ﷺ بالمدينة، فسأله، فقال رسول الله ﷺ: " كيف وقد قيل "، ففارقها ونكحت زوجاً غيره ". رواه البخاري. البخاري، صحيح البخاري، (169/3). فبمجرد إقرارها على نفسها وثبت الحكم، نفذ الحكم القضائي.

⁽³⁾ المادة (97) فقرة (أ) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁴⁾ المادة (97) فقرة (ب) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁵⁾ المادة (97) فقرة (ج) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁶⁾ المادة (97) فقرة (د) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

ونص القانون على وجوب تنفيذ القرار المعجل فوراً، وأن يكون قرار تعجيل التنفيذ مقترناً بالحكم إذا لم يصدر بعد، وإذا طلب التعجيل بعد صدور الحكم، فللقاضي أن يدعوا الطرف الآخر ويجري محاكمته، ويتم تعجيل التنفيذ بمواجهة الطرفين، ويصدر بهذا القرار إعلام جديد.⁽¹⁾

الفرع الثاني: تأصيل تعجيل التنفيذ في الشرع.

الواقع أن الحديث عن تعجيل التنفيذ قد ظهر بعد أن أصبح القضاء على درجتين، وبالنظر في تاريخ القضاء الإسلامي فإنه كان بمجرد صدور الحكم القضائي كان واجب التنفيذ، حيث لم تكن هناك جهة عليا يقف صيرورة الحكم نهائياً عليها بالطريقة التي علمها اليوم، واستثناء القانون للأمور التي أجاز تعجيل تنفيذ الحكم فيها دون الانتظار أن يصبح الحكم غير قابل للطعن مبناه المصلحة ورفع الضرر عن الذين وضع استثناء التعجيل لأجلهم ولا حرج في ذلك.

وكان الفقهاء حريصين كل الحرص على عدم الإطالة والتأجيل في القضية، وذلك لتعجيل تنفيذ الحكم، لذلك منع الفقهاء القاضي إذا ظهر له أسباب الحكم من تأخير الحكم بلا سبب، واستثنوا من ذلك بعض الحالات التي سبق ذكرها، وذلك حرصاً منهم على تعجيل التنفيذ، حيث قال السرخسي: "القاضي بتأخير الحكم يأنم ويعزل"⁽²⁾.

فيلحظ من هذا مدى حرص الشريعة على سرعة التنفيذ وتجنب الإطالة في النزاع، تحقيقاً للعدالة.

المبحث الرابع: تأصيل الطعن في الأحكام القضائية.

يهدف القضاء إلى تحقيق الاستقرار في الأحكام القضائية، وهذا الاستقرار لا يمكن أن يتحقق إلا إذا اكتسب الحكم الحصانة التي تحول دون تعديله أو إلغائه وعدم المساس بالأحكام القضائية بعد صدورها، وبما أن القضاة هم بشر غير معصومين لذا فقد تعتري أحكامهم الأخطاء سواء أكانت هذه الأخطاء في تطبيق القانون أو في تقدير الوقائع، وهذا يستلزم إزالة الخطأ وتصحيحه وتطبيق القانون تطبيقاً سليماً، الأمر الذي استلزم إيجاد وسائل لمراقبة الأحكام القضائية؛ لضمان تطبيق العدالة.

لذلك جعل القانون طرقاً للطعن في الأحكام القضائية، وهي⁽³⁾: أولاً: الطرق الاعتيادية للطعن في الأحكام القضائية كإعادة المحاكمة والاستئناف. ثانياً: الطرق غير الاعتيادية للطعن في الأحكام القضائية كاعتراض الغير. ولن نسير على هذا التقسيم بل سنبحث الطرق الثلاثة المذكورة على شكل مطالب.

المطلب الأول: الطعن في الحكم القضائي بالاعتراض على الحكم الغيابي.

الفرع الأول: الاعتراض على الحكم الغيابي في القانون.

تقدم أن المدعى عليه إذا لم يحضر جاز محاكمته غيابياً، وبما أن الحكم قد يصدر غيابياً فقد حافظ القانون على حق الغائب بعد الحكم، وذلك عندما أجاز القانون للمحكوم عليه غيابياً أن يعترض على الحكم الغيابي

⁽¹⁾ المادة (98) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽²⁾ ابن نجيم، البحر الرائق، (281/6).

⁽³⁾ أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (204). التكروري، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (128).

خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه⁽¹⁾، واعتمد القانون الأردني في أصل الفكرة على المادة (41) من قانون أصول المحاكمات الشرعية العثماني، ويسقط من ذلك يوم التبليغ وأيام العطل الرسمية من ضمن مدة الاعتراض إذا وقعت في نهاية المدة.⁽²⁾

وأجاز القانون للمحكوم عليه الاعتراض على الحكم الغيابي قبل تبليغه الحكم الغيابي، وفي هذه الحالة يعتبر اعتراضه قائماً مقام التبليغ، واشترط في ذلك أن يرفق المحكوم عليه بإعلام الحكم المعارض عليه بلائحة الدعوى.⁽³⁾

وقد أجاز القانون تقديم الحكم الغيابي في أي محكمة من محاكم الدولة، ويجب على المحكمة التي قُدم إليها الاعتراض أن تستوفي الرسم، وتباشر فوراً بإرسال الاعتراض إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المعارض عليه.⁽⁴⁾ ويلاحظ أن القانون هنا نظر إلى مصلحة المحكوم عليه للتسهيل عليه؛ لأنه قد يكون في منطقة بعيدة عن المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي وتأخر في الاعتراض، وإذا لم يجز القانون ذلك، فقد يؤدي إلى تفويت المدة القانونية على المحكوم عليه، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع حقه.

وإذا قدم الاعتراض خلال المدة القانونية، فإن المحكمة تقرر قبوله، وتنظر في أسباب الاعتراض ثم بعد ذلك تصدر حكمها إما بفسخ الحكم الغيابي أو تعديله أو رد الاعتراض على الحكم الغيابي.⁽⁵⁾

تقديم الاعتراض على الحكم الغيابي يوقف تنفيذ الحكم المعارض عليه، إلا إذا كان الحكم معجل التنفيذ أو حكماً بنفقة⁽⁶⁾. وهنا راعى القانون في استثناء الحكم المعجل التنفيذ والحكم بالنفقة من وقف التنفيذ مصلحة المحكوم له بتعجيل التنفيذ، وذلك لرفع الضرر عنه؛ لأنه إن لم يستثن القانون ذلك، فلا عبرة لإصدار القاضي قرار تعجيل التنفيذ.

يترتب على عدم حضور المُعْتَرِض أو الطرفان في اليوم المعين للنظر في الاعتراض ردّ الاعتراض ولا يقبل مرة أخرى، ويكون الحكم الصادر برد الاعتراض قابلاً للاستئناف شريطة تبليغه للمعترض، وفي هذه الحالة تنظر محكمة الاستئناف في الحكم الأصلي المعارض عليه.⁽⁷⁾

وأما إذا لم يحضر المعارض عليه في اليوم المعين رغم التبليغ حسب الأصول، فإن المحكمة في هذه الحالة تقرر بناء على طلب المعارض عليه السير في الدعوى الاعتراضية بحق المعارض عليه غيابياً وقبول الاعتراض إذا ظهر لها أنه قدم ضمن المدة القانونية، وتنظر في أسباب الاعتراض وتصدر قرارها برد الاعتراض أو فسخ الحكم الغيابي وإبطاله أو تعديله أو تأييده، على أن يكون للمعترض عليه الحق في استئناف هذا القرار من تبليغه إياه.⁽⁸⁾

الفرع الثاني: تأصيل الاعتراض على الحكم الغيابي في الشرع.

يفهم من كلام الفقهاء الذين يجيزون الحكم على الغائب أنهم يسمعون من الغائب عند قدومه بعد الحكم عليه، ومن ذلك: ما نص عليه ابن قدامة رحمه الله حين قال: "وإن قدم الغائب بعد الحكم، فجرّح الشهود بأمر كان

⁽¹⁾ المادة (106) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽²⁾ المادة (107) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽³⁾ المادة (108) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁴⁾ المادة (110) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁵⁾ المادة (109) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁶⁾ المادة (111) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁷⁾ المادة (112) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁸⁾ المادة (113) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

قبل الشهادة بطل الحكم، وإن جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقاً لم يبطل الحكم ولم يقبله الحاكم؛ لأنه يجوز أن يكون بعد الحكم، فلا يقدح فيه، وإن طلب التأجيل أجل ثلاثاً، فإن جرحهم وإلا نفذ الحكم، وإن ادعى القضاء أو الإبراء فكانت له بينة. وإلا حلف الآخر ونفذ الحكم⁽¹⁾. فالتأمل في كلام ابن قدامة يجد أن كلامه هو عين ما نص عليه القانون من الاعتراض على الحكم الغيبي، وتبين أنه إن كان سبب الاعتراض سائغاً قيل منه، وإلا رُدَّ الاعتراض.

وكذلك قالوا: "للمدعى عليه حق الطعن في الشهود، والقضاء عليه حال غيبته لا يبطل عليه حقاً"⁽²⁾. وأما الإجراءات التي نص عليها القانون في كيفية ووقت النظر في الاعتراض هي إجراءات مبناهما السياسة الشرعية المستندة إلى المصلحة، فحين حدد القانون المدة التي يقدم فيها بخمسة عشر يوماً، فإن ذلك أدى لاستقرار القضاء، فلو ترك الأمر دون تحديد للمدة لما استقر قضاء على غائب؛ لأن المحكوم له سيبقى حبيس الأنفاس؛ خشية أن يقدم المحكوم عليه الغائب اعتراضاً على هذا الحكم، حيث إن القضاء يميل إلى عدل نسبي واستقرار يقيني، فلا يسمع القاضي من المعارض الغائب بعد هذه المدة حرصاً على استقرار القضاء.

وتحديد المدة بخمسة عشر يوماً هو أمر اجتهادي مبناه المصلحة، ولا يعني أنه يجب الوقوف على هذه المدة بحيث لا يجوز زيادتها أو إنقاصها، فقد يرى ولي الأمر في زمان أنه يجب زيادتها أو إنقاصها، فله ذلك بما يحقق المصلحة.

المطلب الثاني: الطعن في الحكم القضائي بالاستئناف.

تقوم فكرة الاستئناف في قوانين أصول المحاكمات على عرض القضية مرة ثانية على هيئة قضائية أعلى من الهيئة التي نظرت فيها لأول مرة، حيث تكون الهيئة الثانية المتمثلة بمحكمة الاستئناف متمتعة بالخبرة الواسعة والفهم الدقيق للمسائل الدقيقة⁽³⁾.

الفرع الأول: الاستئناف في القانون.

الأصل في محاكم الاستئناف أن تفصل في القضايا المستأنفة تدقيقاً دون حضور الطرفين، ويحق لها أن تسمع الدعوى مرافعة إذا قررت محكمة الاستئناف من تلقاء نفسها ذلك أو بناء على طلب أحد الخصوم، وفي الحالة الأخيرة يشترط موافقة محكمة الاستئناف على الطلب، وفي حال أن رفضت محكمة الاستئناف سماع الدعوى مرافعة بناء على طلب أحد الخصوم، فإن القانون أوجب على محكمة الاستئناف أن تدرج في القرار أسباب الرفض⁽⁴⁾.

وتكون مدة الاستئناف ثلاثون يوماً من تاريخ صدور الحكم إذا كان الحكم وجاهياً، وإذا كان الحكم غيبياً فتبدأ مدة الاستئناف من تاريخ تبليغ الحكم، وفي الحالتين يسقط من مدة الاستئناف اليوم الذي صدر فيه الحكم أو جرى فيه التبليغ، وكذلك تسقط أيام العطل الرسمية إذا وقعت في نهاية مدة الاستئناف⁽⁵⁾.

وبالتدقيق في مدة الاستئناف وإجراءاته في قانون أصول المحاكمات الشرعية يلمس أن القانون في تحديده لهذه المدة إنما نظر إلى ذلك نظرة مصلحة، إذ لو ترك الأمر بدون تحديد مدة لما استقرت الأحكام القضائية، ولوقع

⁽¹⁾ ابن قدامة، المغني، (96/10). النووي، روضة الطالبين، (197/11).

⁽²⁾ أبو المعالي، المحيط البرهاني، (281/8).

⁽³⁾ أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (215).

⁽⁴⁾ المادة (143) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁵⁾ المادة (136) فقرة (1) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

الناس في حرج ومشقة، والقضاء يميل إلى عدلي نسبي واستقرار يقيني، وتحديد المدة بثلاثين يوماً هي في تقديري كافية لمن صدر الحكم عليه أن يستأنف الحكم إن شاء، وإذا رأى القانون في زيادة هذه المدة أو إنقاصها لوجود مسوغات لذلك لا بأس أن يفعله، بحسب ما تقتضيه المصلحة الحقيقية العامة.

كما أجاز القانون للمستأنف أن يقدم طلب الاستئناف إلى محكمة الاستئناف الشرعية مباشرة أو بواسطة أي محكمة أخرى، وفي الحالتين بعد استيفاء الرسم ترسل الأوراق إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتسجيل الاستئناف وتبليغ اللائحة إلى المستأنف عليه، وعند إتمام المعاملة ترفع القضية والأوراق المتعلقة بها إلى محكمة الاستئناف الشرعية⁽¹⁾. وعندما أجاز القانون للمستأنف أن يقدم طلب الاستئناف لمحكمة الاستئناف الشرعية مباشرة أو أي محكمة أخرى، إنما قصد بذلك التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم.

مع التنبيه أن تقديم الاستئناف يوقف تنفيذ الحكم المستأنف إلا في حالتين: الأولى: إذا كان الحكم معجل التنفيذ. الثانية: إذا كان الحكم متعلقاً بنفقة⁽²⁾.

إذا فسخت محكمة الاستئناف الحكم وأعدت القضية إلى المحكمة البدائية لسماعها مجدداً أو إتمام إجراءاتها، فإن على المحكمة البدائية أن تستدعي الطرفين خلال عشرة أيام من تاريخ إعادة القضية إليها، وعند السير في المحاكمة يتبع القاضي ما جاء بقرار الفسخ ويتم إجراءات القضية⁽³⁾.

وقد ترى المحكمة البدائية أن قرارها الأول صائب وتصبر على قرارها الأول، وإذا تم استئناف الحكم ثانية، ففي هذه الحالة تدقق محكمة الاستئناف فيه وتصدر قرارها إما بتأييد الحكم أو فسخه، وفي الحالة الأخيرة لمحكمة الاستئناف إما أن تقرر رؤية هذه القضية مرافعة أو إعادتها للمحكمة ليراهها قاضي آخر تندبه المحكمة⁽⁴⁾.

وقد أحسن القانون عندما منح القاضي سلطة الإصرار على قراره من جهة مبدأ استقلال القاضي وعدم التدخل فيه، حيث إن هذا المبدأ كان محفوظاً على طول تاريخ القضاء الإسلامي.

وقد أوجب القانون على المحكمة البدائية إعلام الحضور بقرار محكمة الاستئناف خلال أسبوع من تاريخ إعادة القضية إليها بقرار نهائي مع ملاحظة ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (149) وتعطي صورة عن إعلام الحكم المستأنف مظهراً بصورة من القرار الاستئنافي عند طلبه من قبل المستأنف على أن يظل القرار الأصلي محفوظاً في القضية⁽⁵⁾.

وبالنظر في الإجراءات السابقة التي نص عليها القانون في كل ما يتعلق بالاستئناف يتضح أن هذه الإجراءات إنما وضعها القانون من باب السياسة الشرعية التي تحقق المصلحة، ولا مانع شرعاً من إجراء هكذا أمور تنظيمية للأحكام القضائية طالما كانت هذه الإجراءات لا تخالف الشرع وتحقق المصلحة العامة الحقيقية.

الفرع الثاني: تأصيل الاستئناف في الشرع.

مصطلح الاستئناف بصورته اليوم هو من المميزات التي سجلت للدولة العثمانية وإن لم يكن كلام الفقهاء واضحاً في هذا الموضوع حتى ظن كثير من رجال القضاء والمشتغلين بالفقه الإسلامي أن فكرة استئناف الأحكام القضائية هو عمل نظامي بحث دعت إليه الضرورة، ولكن المستقرى لما قاله الفقهاء في هذا الجانب يجد أنهم قد

⁽¹⁾ المادة (140) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽²⁾ المادة (152) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽³⁾ المادة (149) فقرة (أ) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁴⁾ المادة (149) فقرة (ب) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁵⁾ المادة (151) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

طرقوا هذا الموضوع بالبحث، وإن لم يطلقوا عليه هذا المسمى حيث كان من مسمياتهم له " الدفع " أي دفع الدعوى للنظر مرة أخرى.⁽¹⁾

ومن الأدلة التي تؤصل لمبدأ الاستئناف ما يلي:

1. النصوص المتوافرة من الكتاب والسنة على وقوع الخطأ من الإنسان كقوله ﷺ (كل ابن آدم خطأ وخير الخطائين التوابون)⁽²⁾ ومنه القاضي فلا مانع من عرض أقواله على جهة رقابية أعلى للوقوف على خطئه وتصحيحه إن زل.

2. عن علي رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن، فأنهينا إلى قوم قد بنوا زُبَيْة⁽³⁾ للأسد، فبينما هم كذلك يتدافعون إذ سقط رجل، فتعلق بآخر، ثم تعلق رجل بآخر، حتى صاروا فيها أربعة، فجرحهم الأسد، فانتدب له رجل بحربة فقتله، وماتوا من جراحتهم كلهم، فقام أولياء الأول إلى أولياء الآخر، فأخرجوا السلاح ليقتتلوا، فأتاهم علي رضي الله عنه على تَفِيئَةٍ⁽⁴⁾ ذلك، فقال: تريدون أن تقاتلوا ورسول الله صلى الله عليه وسلم حي؟ إني أقضي بينكم قضاء إن رضيتم فهو القضاء، وإلا حجز بعضكم عن بعض حتى أتوا النبي صلى الله عليه وسلم فيكون هو الذي يقضي بينكم، فمن عدا بعد ذلك فلا حق له، اجمعوا من قبائل الذين حضروا البئر مع الدية، وثلاث الدية ونصف الدية والدية كاملة، فلأول الربيع؛ لأنه هلك من فوقه، ولثاني ثلث الدية، ولثالث نصف الدية فأبوا، أن يرضوا، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم وهو عند مقام إبراهيم، فقصوا عليه القصة، فقال: " أنا أقضي بينكم " واحتبى، فقال: رجل من القوم: إن علينا قضي فينا، فقصوا عليه القصة، فأجازه رسول الله ﷺ⁽⁵⁾ وجه الدلالة: في هذه الحادثة دليل على جواز عرض القضية على قاض آخر، حيث أنهم لما جاءوا إلى النبي ﷺ وعرضوا عليه القصة أقرهم على النظر فيها مرة أخرى، ولو أنه لا يجوز أن تعرض القضية على قاض آخر لما أقرهم النبي ﷺ ولبئس لهم عدم جواز ذلك، فقبول النبي ﷺ سماع الدعوى مرة ثانية دليل على جواز الاستئناف، وهنا نظر النبي ﷺ في تفاصيل الدعوى وأقر قضاء علي رضي الله عنه لموافقته للشرع، ولو لم يكن قضاؤه موافقاً للشرع لما أقره.

3. ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: " كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحدهما، فقالت لصاحبتها: إنما ذهب بابنك، وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك، فتحاكما إلى داود عليه السلام فقاضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرتهما، فقال: اتتوني بالسكين أشقه بينهما، فقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله هو ابنها فقاضى به للصغرى⁽⁶⁾. وجه الدلالة: أن سليمان عليه السلام قبل أن يسمع الدعوى من المرأتين مرة ثانية، ولو لم يكن سماع الدعوى مرة ثانية جائزاً لما فعل ذلك، فدل على

⁽¹⁾ عرنوس، تاريخ القضاء، ص: (214-215).

⁽²⁾ سنن الترمذي تحقيق أحمد شاكر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م (4/659) وقد صح اسناده الحاكم في المستدرک. صحيح الترغيب والترهيب للألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م (3/216)

⁽³⁾ الزُبَيْة: حفرة يحفرها الناس ليقع فيها الأسد، وسميت بذلك، لأنهم كانوا يحفرونها في موضع عالي. الزبيدي، تاج العروس، (209/38).

⁽⁴⁾ أي على أثره. ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، (1/192). ابن منظور، لسان العرب، (40/1).

⁽⁵⁾ رواه أحمد. أحمد بن حنبل، المسند، (2/15). وقال الهيثمي: فيه حنش فيه ضعف، وبقية رجاله رجال الصحيح. الهيثمي، مجمع الزوائد، (6/287).

⁽⁶⁾ رواه البخاري. البخاري، صحيح البخاري، (8/156).

الجواز. قال ابن حجر: "وقد استنبط النَّسائي في السنن الكبرى من هذا الحديث أشياء نفيسة فترجم نقض الحاكم ما حكم به غيره ممن هو مثله أو أجَّل إذا اقتضى الأمر ذلك".⁽¹⁾

4. وكذلك مما يؤصل لفكرة الاستئناف ما ورد في كتاب عمر رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري رضي الله عنه، ومما جاء فيه: "ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خيرٌ من التماذي في الباطل"⁽²⁾، وجه الدلالة: أنه إذا تبين أن حكم القاضي الذي صدر منه في قضية قضى بها كان خطأ، فإنه يرجع عنه ويُغيّر اجتهاده؛ لأن الرجوع إلى الحق كما قال عمر خير من التماذي في الباطل، ولا يبطله وقوع الاجتهاد الأول على خلافه.⁽³⁾

5. أما نصوص العلماء في هذا الباب فكثيرة منها نص العلماء على أن حكم الحاكم لا يستقر في أربعة مواضع وينقض إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس⁽⁴⁾، وقد علل السبكي رحمه الله ذلك بأن القاضي نائب الشرع، ولذلك لا يصح منه الحكم بغير حكم الشرع⁽⁵⁾، وبما أن العلماء قد نصوا على نقض الحكم في هذه الحالات، فإنه لا بد من وسيلة لمعرفة كون الحكم قد جاء مخالفاً للنصوص أو موافقاً لها، ولا بد لمن يمنح الصلاحية النظر في هذه الأمور أن يكون قدر من العلم والمعرفة في هذا الجانب، فكانت فكرة الاستئناف وتعدد القضاة فيها - وهو الصواب - لا سيما وأن رأي الجماعة أقرب إلى الصواب من رأي الواحد.

وقد أقام ابن فرحون في تبصرته باباً سماه: "فصل في جمع الفقهاء للنظر في حكم القاضي"، وجاء تحت هذا الباب أن من الفقهاء ومنهم مطرف رحمه الله كان يقول: "إذا اشتكى على القاضي في قضية، وكان القاضي عدلاً فإنه لا ينظر الأمير في هذا الطلب، وقال: ولو جهل الأمير فأجلس فقهاء بلده وأمرهم أن ينظروا في تلك الحكومة فنظروا فيها، فرأى هؤلاء الفقهاء فسح حكم القاضي ففسخه الأمير أو رد قضيته إلى ما رأى الفقهاء، فرأى مطرف أنه في هذه الحالة ينظر، فإن كان في حكم القاضي خطأ بيناً أمضى فسح الحكم"⁽⁶⁾، وبالنظر في قول ابن فرحون السابق يُلمس أنه يلتقي إلى حد كبير مع فكرة محكمة الاستئناف.

ويؤيد ما ذهب إليه الفقهاء من رد الأحكام التي تخالف شرع الله □ ما روته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن رسول الله □ قال: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"⁽⁷⁾. وقد عنون الإمام النووي لهذا الحديث بقوله: "باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور"، وقال في هذا الحديث بأنه قاعدة عظيمة من قواعد الإسلام وهو من جوامع كلمه □.⁽⁸⁾

ومن نصوص الفقهاء في تدقيق وفحص أحكام القضاة ما قاله ابن فرحون المالكي رحمه الله: "وينبغي للإمام أن يتفقد أحوال القضاة فإنهم قوام أمره ورأس سلطانه، وكذلك قاضي الجماعة ينبغي له أن يتفقد قضاته ونوابه فيتصفح أقضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس"⁽⁹⁾. وما عليه محاكم الاستئناف فهو تصفح لأحكام

⁽¹⁾ (العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري، (56/12).

⁽²⁾ (رواه البيهقي، البيهقي، السنن الكبرى، (252/10). وصححه الألباني. الألباني، إرواء الغليل، (260-259/8).

⁽³⁾ (ابن القيم، إعلام الموقعين، (86/1).

⁽⁴⁾ (ابن نجيم، البحر الرائق، (281/6). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (78/1). ابن أبي الدم، أدب القضاء، (410/1). السبكي، فتاوى

السبكي، (436/2). ابن قدامة، المغني، (50/10).

⁽⁵⁾ (السبكي، فتاوى السبكي، (436/2).

⁽⁶⁾ (ابن فرحون، تبصرة الحكام، (89/1).

⁽⁷⁾ (رواه مسلم، مسلم، صحيح مسلم، (1343/3).

⁽⁸⁾ (النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم، (16/12).

⁽⁹⁾ (ابن فرحون، تبصرة الحكام، (87/1).

القضاة، فوجود هيئة قضائية عليا ترأب أحكام القضاء تقتضيه المصلحة، لا سيما مع ضعف قضاة الزمان، والفساد الذي أصاب البعض الآخر إلى جانب ضعفه، والمطلع على الجلسات القضائية يجد حجم هذا الضعف، الأمر الذي يجعله يؤيد وبكل قوة وجود هيئة رقابة على أحكام القضاة.

ويجوز لولي الأمر أن يعين قاضياً أو أكثر يكون له - إن كان واحداً - أو لهؤلاء القضاة - إن كانوا جماعة - وهدم الحق في النظر في الأحكام الصادرة عن القضاة، فينظروا فيها: فإن كانت هذه الأحكام مستحقة للنقض ينقضونها، وإن لم تكن كذلك أمضوها، وفي حالة نقض الحكم يجب على الجهة الناقضة أن تصدر الحكم الصحيح في الدعوى، ويمكن لولي الأمر أن يختار تنظيمياً آخر فيعين قاضياً أو أكثر للنظر في الدعوى بدرجة أولى، ويعين قضاة آخرين ينظرون في الأحكام التي صدرت بدرجة أولى، فيفسخونها إن كانت مستحقة للفسخ، ويؤيدونها ويمضونها إن كانت مستحقة للتأييد والإمضاء.⁽¹⁾

في ضوء ما سبق وبالتخريج على النصوص السابقة وأقوال الفقهاء في نقض الأحكام القضائية وإبرامها، فإنه يمكن من خلالها وضع نظام خاص لنقض الأحكام وإبرامها بما يحقق المصلحة العامة ولا يخالف الشرع. إذا تقرر ذلك فقد اجتهد قانون أصول المحاكمات الشرعية في تنظيم الاستئناف وما يتعلق به بما يحقق المصلحة، وكان اجتهاده في تنظيم ذلك على النحو التالي:

صلاحية محكمة الاستئناف:

نص القانون على أن لمحكمة الاستئناف الشرعية صلاحية النظر في الأحكام المستأنفة الصادرة من المحاكم الشرعية⁽²⁾، فبذلك يتبين أن جميع الدعاوى التي تنظرها المحكمة الشرعية الابتدائية يجوز لمحكمة الاستئناف أن تنظر فيها.

وهذا الاستئناف قد يكون جوازيًا وهذا يشمل جميع الأحكام، حيث أجاز القانون استئناف الأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى وقرارات الوظيفة والصلاحية ومرور الزمن⁽³⁾، وقد يكون الاستئناف وجوباً حيث أوجب القانون على المحاكم الابتدائية أن ترفع إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة على القاصرين وفاقدي الأهلية وعلى الوقف وبيت المال وأحكام فسخ النكاح والتفريق والطلاق والرضاع المانع للزوجة والإمهال للعنة والجنون وغير ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى وأحكام الدية لتدقيقها، وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً من صدور الحكم، ويشترط في ذلك أن لا يكون الخصوم قد استأنفوا هذه الأحكام خلال المدة المعينة وفصلت محكمة الاستئناف في موضوعها.⁽⁴⁾

والقانون عندما قال بالاستئناف الوجوبي للقضايا التي ذكّرت في المادة السابقة إنما أوجب ذلك لضعف بعض أصحاب هذه الدعاوى، ولتعلق بعضها بحقوق الله وعظمتها حيث لا مُطالب لها من جهة العبد، ويؤصل لهذا أن عمر رضي الله عنه أمر الولاة بأن يرفعوا إليه كل من كان محكوماً عليه بالقتل، ليعيد النظر فيه.⁽⁵⁾ والاستئناف يكون بناء على طلب المحكوم عليه، وعلى ذلك نصت المجلة بقولها: "إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقاً لأصوله المشروعة وبأن جهة عدم موافقته وطلب استئناف

⁽¹⁾ زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص: (279).

⁽²⁾ المادة (135) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽³⁾ المادة (137) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁴⁾ المادة (138) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁵⁾ رواه ابن أبي شيبة. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، مصنف بن أبي شيبة = الأثر في الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار،

حققه: كمال الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ، (5/512). وصححه الألباني. الألباني، إرواء الغليل، (8/31).

الدعوى يُحَقَّق الحكم المذكور، فإن كان موافقاً لأصوله المشروعة يُصَدَّق، وإلا يُسْتَأْنَف⁽¹⁾. وقد سعى ابن عابدين تصديق القاضي الثاني لحكم القاضي الأول "تنفيذاً"⁽²⁾.

المطلب الثالث: الطعن في الحكم القضائي بإعادة المحاكمة.

الفرع الأول: إعادة المحاكمة في القانون.

إعادة المحاكمة: طريق غير اعتيادي من طرق عرض القضية لمرة ثانية، وهو طريق استثنائي لا يلجأ إليه إلا عند انعدام الطرق الاعتيادية، كالاستئناف والاعتراض على الحكم الغيابي.⁽³⁾

نص القانون على الحالات التي يجوز فيها طلب إعادة المحاكمة، وهذه الحالات هي:⁽⁴⁾

الحالة الأولى: أن تصدر المحكمة البدائية أو الاستئنافية حكماً في إحدى القضايا مخالفاً للحكم الذي أصدرته سابقاً مع أن ذات وصفة الطرفين اللذين صدر بينهما الحكم لم تتغيرا والدعوى ذات الدعوى السابقة ولم تظهر بعد صدور الحكم الأول مادة يمكن أن تكون سبباً لصدور حكم آخر مخالف.

ويشترط في هذه الدعوى توافر الشروط التالية:

1. أن يكون الحكمان متناقضان بحيث لا يمكن التوفيق بينهما.
2. أن يصدر الحكمان بين الخصوم وأنفسهم وبذات الصفة.
3. أن يكون موضوع الحكمين واحداً.
4. ألا يكون قد ظهر بعد صدور الحكم الأول دليل أو واقعة يمكن أن تكون سبباً لصدور حكم آخر مخالف.

وقد اعتمد القانون الأردني في ذلك على المادة (56) من قانون أصول المحاكمات الشرعية العثماني والمادة (15) من ذيل قانون أصول المحاكمات الشرعية العثماني لسنة 1336هـ.

وهذه الشروط إنما تمثل تطبيقاً لمبدأ أصله الفقهاء وهو عدم جواز النظر في القضية لأكثر من مرة إلا بتوافر المسوغات لذلك، وقد علل شارح المجلة ذلك بأنه لو جاز استماع الدعوى ثانياً، لجاز استماعها ثالثاً ورابعاً مما يوجب عدم استقرار الحكم، وكذلك فإن في استماع الدعوى مرة ثانية والحكم بها كالحكم الأول ليس فيه فائدة بل هو ضرب من العبث.⁽⁵⁾

وعلى ذلك نصت المجلة بقولها: "لا يجوز رؤية وسماع الدعوى تكراراً التي حكم وصدور إعلاناً بها توفيقاً لأصولها المشروعة أي الحكم الذي كان موجوداً فيه أسبابه وشروطه"⁽⁶⁾.

الحالة الثانية: ظهور حيلة كأن أدخلها خصم طالب إعادة بعد الحكم بتزوير الأوراق والمستندات التي اتخذت أساساً للحكم أو يثبت تزويرها حكماً، وذلك قبل استدعاء طلب إعادة المحاكمة.

الحالة الثالثة: أن يبرز للمحكمة بعد الحكم أوراق ومستندات تصلح لأن تكون أساساً للحكم كان الخصم قد كتمها أو حمل على كتمها.

⁽¹⁾ المادة (1838) من مجلة الأحكام العدلية.

⁽²⁾ ابن عابدين، رد المحتار، (353/5).

⁽³⁾ أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص: (230).

⁽⁴⁾ المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

⁽⁵⁾ حيدر، درر الحكام، (684/4).

⁽⁶⁾ المادة (1837) من مجلة الأحكام العدلية.

الفرع الثاني: تأصيل إعادة المحاكمة في الشرع.

فكرة إعادة المحاكمة ليست ببدع من القوانين الحديثة، وإنما تعود أصولها إلى العهد الأول من تاريخ القضاء الإسلامي، وما قبل في الاستئناف يمكن جعله تأصيلاً لإعادة المحاكمة بالإضافة إلى النصوص الآتية:

1. ما جاء في رسالة عمر رضي الله عنه قوله لأبي موسى الأشعري: "لا يمنعك قضاء قضيت به بالأمس، فراجعت فيه رأيك، فهديت لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل"⁽¹⁾. ومما لا شك فيه أن إعادة المحاكمة هي صورة من صور مراجعة الحق الذي أمر به عمر أبا موسى الأشعري.

2. ومن الوقائع التاريخية التي توصل لإعادة المحاكمة تلك القضية التي كانت بين شاعر رسول الله ﷺ حسان بن ثابت وبين بعض الناس عند قاضهم عثمان بن عفان، فقضى عثمان على حسان، فجاء حسان إلى عبد الله بن عباس، فشكا ذلك إليه، فقال له ابن عباس: الحق حقك، ولكن أخطأت حجتك. انطلق معي، فخرج به حتى دخلا على عثمان، فاحتج لحسان عبد الله ابن عباس عند عثمان حتى تبين لعثمان الحق، فقضى به لحسان بن ثابت.⁽²⁾

3. وجه الدلالة: المتأمل في هذه القصة يجد أن عثمان رضي الله عنه قد نقض حكمه الذي أصدره في هذه القضية، وأعاد المحاكمة مرة ثانية، وقضى لحسان بعد أن قضى عليه.

4. وكذلك قال الفقهاء: أنه ينبغي للقضاة إذا رفعت إليهم أموراً مشككة ولم يجدوا لها مخرجاً أن يفسخوها ويأمرؤا الخصوم بالابتداء.⁽³⁾

5. وجاء في درر الحكام: "وتقبل دعوى إعادة المحاكمة عند الفقهاء في المحاكم الشرعية ما لم يكن القاضي ممنوعاً من سماعها بوقوع مرور الزمن"⁽⁴⁾.
أهم نتائج البحث:

1. المحاكمات في الشريعة الإسلامية مبنية على أصول واضحة، وقواعد راسخة، من أجل تحقيق العدالة وإقامة القسط بين الناس، وبهذا تكون الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية والأنظمة الأرضية في إرسائها لأصول المحاكمات التي تهدف إلى تحقيق العدل.

2. أصول المحاكمات الشرعية المعمول بها في المحاكم الشرعية تندجم تماماً مع أحكام الشريعة الإسلامية.

3. تطور أصول المحاكمات الشرعية الإجرائية كان حسبما تقتضيه الظروف والمصالح الحقيقية لا الموهومة للعامّة بما يناسب كل عصر ومصر.

4. سبقت الشريعة الإسلامية القوانين المعاصرة في التأصيل للاستئناف، كما درسه بعض الفقهاء بمسميات أخرى منها: الدفع.

5. أصول المحاكمات الإجرائية بعضها دل عليه الأدلة الأصلية وأكثرها دل عليه الأدلة التبعية وخاصة المصالح المرسلة.

⁽¹⁾ رواه البيهقي. البيهقي، السنن الكبرى، (252/10). وصححه الألباني. الألباني، إرواء الغليل، (260-259/8).

⁽²⁾ ذكرت هذه القصة في كتاب نسب قريش للزبير، ص: (26).

⁽³⁾ ابن فرحون، تبصرة الحكام، (44/1).

⁽⁴⁾ حيدر، درر الحكام، (693/4).

6. طبق فقهاؤنا القدماء غالب الأصول القضائية الإجرائية لاتي تطبقها المحاكم اليوم مع تطور في آليات وإجراءات التقاضي فرضها تطور الزمان والتأثر بالقوانين المعاصرة.
7. حافظت الشريعة على هيبة القاضي، فمنعت الاعتداء عليه أو التقليل من هيبتة، وعملت على تحقيق كل ما يحقق هيبة القاضي، لأن هيبة القاضي من هيبة القضاء.
8. حرصت الشريعة الإسلامية على تيسير إجراءات التقاضي، وعلى سرعة البت في القضايا، وعلى سرعة التنفيذ، حفظاً لحقوق الناس وصوناً لها من الضياع، الأمر الذي ينعكس ايجاباً على اطمئنان الناس للتقاضي الشرعي، بعكس نظام التقاضي في القوانين الوضعية، التي تمتاز بالتعقيدات والبطء في سير المحاكمات.
9. حرصت الشريعة الغراء على تحقيق العدالة لجميع أطراف الدعوى هو الأساس الأول في التأصيل لأصول المحاكمات الإجرائية وخاصة أن (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة).
10. وجد الباحثان أن غالب الأصول الإجرائية نص عليها لفقهاء صراحة أو ضمناً في كتبهم ويعتبر ذلك تأصيلاً لهذه الأصول من جهة أن اجتهاد الفقهاء معتبر شرعاً فمن ذلك على سبيل المثال: أجاز الفقهاء الطعن في الأحكام الشرعية بضوابط وشروط، وتعود أصول فكرة إعادة المحاكمة إلى العهد الأول من تاريخ القضاء الإسلامي، ويفهم من كلام الفقهاء الذين يجيزون الحكم على الغائب أنهم يسمعون من الغائب عند قدومه بعد الحكم عليه، وعرف الفقهاء تعجيل التنفيذ من خلال منعهم القاضي إذا ظهر له أسباب الحكم من تأخير الحكم بلا سبب، ونصوا على وجوب إعطاء الحكم فور الانتهاء من المرافعة، جوزوا إسقاط الدعوى ووقفها بوسائل كرد الخصوم للصلح...

توصيات البحث:

يوصي الباحثان بما يلي:

1. إن تراثنا الفقهي مليء بالإنجازات الفقهية في التأصيل والتطبيق القضائي للأصول القضائية الموضوعية التي يحقق تطبيقها العدالة وتعتبر أساساً متيناً في بناء قضاء مستقل نزيه، فينبغي الكتابة حول هذه الأصول الموضوعية لإبراز هذا التفوق والتقدم الفقهي.
2. سبق فقهاؤنا القدماء القضاء المعاصر في التأصيل لعدد كبير من الأصول الإجرائية نبه الباحثان على عدد منها، وهي بحاجة لاستكمال في دراسة موسوعة تستقرى هذه الأصول من بطون الكتب.
3. يوصي الباحثان بدراسة تحليلية لكتب القضاء الإسلامي لاستخراج كنوزها الزاخرة بالفوائد القضائية الهامة في عصرنا بما يسهم في تعزيز نزاهة القضاء وتحقيق العدل بين الناس.
ثبت المصادر والمراجع مرتبة هجائياً بحسب أسماء مؤلفيها:
1. القرآن الكريم.
2. ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، حققه: طاهر أحمد ومحمود الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ.
3. ابن تيمية، مجد الدين عبد السلام بن عبد الله الحراني، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1404هـ.
4. ابن جزى، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (ت ٧٤١هـ)، القوانين الفقهية، تاريخ النشر بالشاملة: ٨ ذو الحجة ١٤٣١هـ.

5. أبو البصل، عبد الناصر، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، دار الثقافة، عمان، ط1، 2005م.
6. أحمد، أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، حققه: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ.
7. الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، حققه: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ.
8. البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، حققه: محمد زهير الناصر، ط1، 1422هـ.
9. الهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
10. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، حققه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3.
11. البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، حققه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3.
12. الترتوري، حسين مطاوع، التوثيق بالكتابة والعقود، مكتبة دنديس، الخليل، ط1، 1426هـ.
13. الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، حققه أحمد شاكر وآخرون، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط2، 1395هـ.
14. التكروري، عثمان، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ط1، 1997م.
15. التكروري، عثمان، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ط1، 1997م.
16. الحاكم، أبو عبد الله النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، حققه: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ.
17. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، حققه: علي محمد معوض وعادل أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ.
18. الحموي، أحمد بن محمد بن مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1405هـ.
19. حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، عربيه: فہمی الحسینی، دار الجیل، ط1، 1411هـ.
20. الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، حققه: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1420هـ.
21. الرصاع، أبو عبد الله محمد بن قاسم المالكي، شرح حدود ابن عرفة = الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ.
22. الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، دون معلومات طبع.
23. الزيري، مصعب بن عبد الله، نسب قریش، حققه: ليفي بروفنسال، دار المعارف، القاهرة، ط3.
24. الزحيلي، محمد مصطفى، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، دار البيان، بيروت، 2007م.
25. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ.
26. زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1409هـ.

27. السبكي، أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٥٦هـ)، فتاوى السبكي، دار المعارف، دون معلومات طبع.
28. السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دارالمعرفة، بيروت، 1414هـ.
29. السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، دارالكتب العلمية، بيروت، ط2، 1414هـ.
30. السمناني، علي بن محمد بن أحمد، روضة القضاة وطريق النجاة، حققه: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1404هـ.
31. شرح أدب القاضي، حققه: محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط1، 1397هـ.
32. ابن الشحنة، أحمد بن محمد الحلبي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، ط2، 1393هـ.
33. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، فتح القدير، دار الكلم الطيب، بيروت، ط1، 1414هـ.
34. الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، الأصل للشيباني، تحقيق ودراسة: الدكتور محمد بونوكال، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.
35. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، مصنف بن أبي شيبة = الأثر في الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، حققه: كمال الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ.
36. شيعي زاده، عبد الرحمن بن محمد، مجمع الأنهر في ملقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي.
37. الشيرازي، أبو إسحق إبراهيم، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دارالكتب العلمية.
38. الطبراني، أبو القاسم، سليمان بن أحمد الشامي، المعجم الأوسط، حققه: طارق بن عوض الله وعبد المحسن الحسيني، القاهرة، دار الحرمين.
39. الطبراني، سليمان بن أحمد أبو القاسم، المعجم الكبير، حققه: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2.
40. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر الحنفي، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار = حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ.
41. عرنوس، محمود بن محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، المطبعة المصرية الأهلية، القاهرة.
42. العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دارالمعرفة، بيروت، 1379هـ.
43. عليش، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (ت ١٢٩٩هـ)، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (2/ 291)، دارالمعرفة، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
44. عيسى، عبد الرزاق إبراهيم، تاريخ القضاء في مصر العثمانية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1998م.
45. ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت ٧٩٩هـ)، تبصرة الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
46. الفيروز آبادي، مجد الدين أبو ظاهر محمد يعقوب، القاموس المحيط، حققه: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط8، 1426هـ.
47. الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت.
48. قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني لسنة 1959م.
49. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976م).

50. قراعه، علي، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة النهضة، القاهرة، ط2، 1407هـ.
51. القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق (ومعه إدرار الشروق على أنواع الفروق)، دار عالم الكتب.
52. القرطبي، أبو الوليد محمد بن رشد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ.
53. القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة، عمان، 2008م.
54. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، بدون طبعة وبدون تاريخ.
55. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، حققه: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ.
56. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ.
57. ابن مازه، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، حققه: عبد الكريم الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ.
58. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، حققه: علي محمد معوض وعادل أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ.
59. الماوردي، علي بن محمد، أدب القاضي، حققه: محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1391م.
60. مجلة الأحكام العدلية.
61. مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم = المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، حققه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
62. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ.
63. ابن الملقن، سراج الدين عمر بن علي الشافعي، البدر المنير في تخرير الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، حققه: مصطفى أبو الغيط وآخرون، دار الهجرة، الرياض، ط1، 1425هـ.
64. المقدسي، ضياء الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الواحد، الأحاديث المختارة = المستخرج من الأحاديث المختارة مما لم يخرج البخاري ومسلم في صحيحهما، حققه: عبد الملك بن دهيش، دار خضر، بيروت، ط3، 1420هـ.
65. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي (ت 711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.
66. الموصلبي، مجد الدين عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، القاهرة، مطبعة الحلبي، 1356هـ.
67. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت 970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1419هـ.
68. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2.
69. الهيثمي، أبو الحسن نور الدين علي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، القاهرة، حققه: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، 1414هـ.

70. ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب، عمان، 1423هـ

التدابير الوقائية المتعلقة بمقصد حفظ العقل في التشريع الإسلامي

Preventive Measures Related to Preserving the Mind in Islamic Legislation

د.محمد مطلق محمد عساف- أستاذ مشارك في الفقه وأصوله- رئيس قسم الاقتصاد والتمويل الإسلامي في كلية

الدعوة وأصول الدين- منسق برنامج دكتوراة الفقه وأصوله / جامعة القدس / فلسطين

البريد الإلكتروني: m.assaf@staff.alquds.edu

الباحث أسامة عبد الله إبراهيم الطيبي- طالب دكتوراة في برنامج دكتوراة الفقه وأصوله المشترك بين جامعات

القدس والنجاح والخليل / فلسطين- البريد الإلكتروني: tebi73@gmail.com

ملخص: يتناول هذا البحث موضوع: «التدابير الوقائية المتعلقة بمقصد حفظ العقل في التشريع الإسلامي»؛ فهو يبحث في مقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية، ألا وهو مقصد حفظ العقل، وقد تم فيه بيان مكانة العقل، ومكانه من الجسد، وأهمية المحافظة عليه في الشريعة الإسلامية الغراء، حيث اتخذت في سبيل تحقيق ذلك جملة من التدابير الوقائية الضرورية لحفظه من جانب الوجود؛ فدعت إلى الاهتمام بصحة الجسم وسلامته، وحثت على ضرورة طلب العلم والتعلم، وأمرت بالتفكير في خلق الله تعالى، وعملت على تحرير العقل من كل ما من شأنه أن يعطله أو يحد من نشاطه وفاعليته.

كما اتخذت جملة من التدابير الوقائية الضرورية لحفظ العقل من جانب العدم؛ ومن ذلك تحريم المسكرات والمخدرات، وسنّ العقوبات الرادعة لمتعاطيها، والزاجرة لمروجيها، وتحريم الجناية على العقل والاعتداء عليه.

الكلمات المفتاحية: مقاصد الشريعة، حفظ العقل، التدابير الوقائية، حدّ الخمر، التعزير، الإجراءات الاحترازية.

Abstract: This research deals with the topic: "Preventive Measures Related to Preserving the Mind in Islamic Legislation"

It discusses a great goal from the purposes of Islamic law, which is the goal of preserving the mind, the status of the mind, its place in the body, and the importance of preserving it in the noble Islamic Sharia.

In order to achieve this, a number of necessary preventive measures were taken to preserve it from the side of existence. It called for attention to the health and safety of the body, urged the necessity of seeking knowledge and learning, commanded contemplation of God Almighty's creation and worked to liberate the mind from everything that would hinder it or limit its activity and effectiveness.

It also took a number of necessary preventive measures to preserve the mind from the side of nothingness. This includes the prohibition of intoxicants and narcotics, the enactment of deterrent

punishments for those who abuse them, the prohibition of those who promote them, and the prohibition of felony against the mind and transgression against it.

Keywords: the purposes of Sharia, preservation of the mind, preventive measures, the limit on alcohol, discretionary measures, precautionary measures.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبيّه الهادي الأمين، نبينا محمّد، وعلى آله وأصحابه أجمعين، أمّا بعد:

فإن الله سبحانه وتعالى ميّز الإنسان وفضّله بالعقل عن سائر المخلوقات الكائنة على ظهر الأرض، وهو من جملة النعم الكثيرة التي امتنّ الله تعالى بها على الإنسان.

والعقل البشري له منزلة عظيمة في الشريعة الإسلامية؛ فهو آلة النظر، ووسيلة التدبّر، ومناط التكليف، ومحل أوامر الله لعباده، به يُعرف الله عزّ وجلّ، ويُفهم كلامه، ويُوصّل إلى نعيمه، وتصديق رسله، وهو شرط في ثبوت الولايات، وصحة التصرفات، وأداء العبادات، وبه استحق الإنسان الخلافة في الأرض، وهو أساس التكليف، وعمدته.

وقد وردت الإشارة إلى مادة: (ع ق ل) في القرآن الكريم في مقام المدح، والتزكية، والدعوة إلى إعماله، والتحذير من إهماله، وهذا إنما يدلّ على الأهمية العظمى التي أولاها الإسلام للعقل.

وإذا كان العقل بهذه المنزلة والمثابة؛ فإن حفظه هو أحد الضرورات الخمس التي جاءت الملل والشرائع كلّها بالمحافظة عليها؛ لذلك حرصت الشريعة على حفظ العقل وسلامته من كلّ ما يجنح به عن طريق الاستقامة، وتحصينه من كلّ المؤثرات السلبية الخطيرة التي تحرفه عن المهمة التي خلق من أجلها؛ فشرعت التدابير الوقائية والعلاجية التي تحول دون ذلك، وتتصدى له، وجعلته من المصالح العظمى التي تسعى لتحقيقها.

أهمية البحث: تكمن أهمية هذا البحث فيما يأتي:

1- ارتباط الموضوع بمقاصد الشريعة الإسلامية؛ وذلك أن مقاصد الشريعة من المواضيع ذات الأهمية الكبرى في الاجتهاد الفقهي، التي لا زالت بحاجة إلى مزيد بحث، وتدقيق في كثير من جوانبها، وهذا البحث جاء إسهامًا لتحقيق ذلك.

2- يتناول البحث أحد الكليات والضروريات الخمس التي جاءت الشرائع قاطبة تدعو إلى وجوب حفظها وصونها.

3- منزلة العقل ومكانته في الإسلام؛ حيث إن قيام التكليف في الشريعة أساسه العقل، إذ به يدرك خطاب الشارع، وهذا مما يدعو إلى الوقوف على حقيقة العقل، وضرورة معرفة التدابير والإجراءات الكفيلة بحفظه وحمايته.

4- انتشار كثير من الوسائل والأدوات التقليدية والمتطورة المفسدة والمدمرة للعقول في هذا الزمان؛ مما يدعو العلماء، والباحثين، والمختصين إلى مزيد من الجِدِّ والاجتهاد في بيان هذه المفسدات، وتحذير الناس منها.

سبب اختيار موضوع البحث:

1- إن العقل من نعم الله الكبرى على الإنسان؛ وهذا يقتضي معرفة حقيقته، ووظيفته وموقعه في التشريع الإسلامي.

2- إبراز محاسن الشريعة الإسلامية من خلال الوقوف على اهتمامها وعنايتها بالعقل، والإشادة به، والتنويه بمكانته السامية، والإشارة إلى منزلته العالية.

3- الرغبة في التعرف على التدابير الوقائية التي وضعتها الشريعة الإسلامية الغراء للحفاظ على مقصد العقل.

4- بيان سبق الإسلام القوانين المعاصرة، والنظريات الحديثة في المحافظة على العقل البشري.

مشكلة البحث: تأتي هذه الدراسة لتجيب على مجموعة من التساؤلات؛ منها:

1- ما هو مفهوم العقل، وما أهميته بالنسبة للإنسان؟

2- أين مكان العقل من الجسد؟

3- ما هي التدابير الوقائية التي وضعتها الشريعة الإسلامية للحفاظ على العقل البشري؟

4- كيف يمكن ربط التدابير الوقائية بالمقاصد الشرعية؟

الدراسات السابقة: من الدراسات السابقة التي لها علاقة بموضوع البحث ما يأتي:

1- «التدابير الشرعية الوقائية لحفظ العقل» للباحث: نافذ ذيب أبو عبيدة، وهي رسالة ماجستير نوقشت، وأجيزت في جامعة النجاح الوطنية، عام (2011م)، وهي رسالة نافعة جداً، إلا أنه ممّا يؤخذ على الرسالة عدم تنويه الباحث بالتقسيم المعتبر الذي سار عليه علماء المقاصد، حيث ذكروا طريقين لحفظ مقصد العقل؛ هما: حفظه من جانب الوجود، وحفظه من جانب العدم، وقد تناول الباحث التدابير الشرعية الوقائية لحفظ العقل من الناحية المعنوية، ومن الناحية المادية، بينما جاء هذا البحثمتناولاً لهذه التدابير من جانب الوجود، وجانب العدم.

2- «مقصد حفظ العقل عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور» للباحث: محمود باي، وهي رسالة ماجستير نوقشت، وأجيزت في جامعة الحاج لخضر في الجزائر، ومع أن الباحث سار في تقسيمه على الجادة المطروقة عند علماء المقاصد في تناول مقصد حفظ العقل من جانبي الوجود، والعدم، إلا أنه فاتته الحديث عن بعض التدابير من جانب العدم؛ كحرمة الجنابة على العقل والاعتداء عليه في الجرائم الواقعة على ما دون النفس.

3- «المقاصد العامة للشريعة الإسلامية» للدكتور: يوسف حامد العالم، وقد ركز على التعليم في مبحث حفظ العقل من جانب الوجود على حساب غيره من التدابير الشرعية الوقائية، كما لم يتطرق لبعض التدابير المهمة في جانب العدم؛ كتحریم الجنابة على العقل والاعتداء عليه.

4- «مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية» للدكتور: محمد سعد بن أحمد اليوبي، وقد تناول في رسالته المفسدات الحسية، والمعنوي للعقل، ولم يتطرق لحفظ العقل من جانب الوجود.

5- «مقاصد الشريعة عند الإمام ابن تيمية» للدكتور: يوسف أحمد البدوي، ومما يؤخذ على هذه الدراسة عدم تعرضه لحفظ العقل من جانب الوجود.

منهجية البحث: تم الاعتماد على المنهج الوصفي، مع الاستعانة بالاستقراء لجمع شتات الموضوع وجزئياته في كتب المقاصد الشرعية، كما تمّ الالتزام بالأمور التالية:

أولاً: الاعتماد على الكتب العلمية التي ألّفت في المقاصد الشرعية؛ وهي كثيرة -ولله الحمد-، وفيها الكفاية والغنية. ثانياً: الالتزام بطريقة الفقه المقارن؛ وذلك لمناقشة بعض الآراء والأقوال المختلفة فيما له علاقة بموضوع البحث. ثالثاً: توثيق الآيات القرآنية الكريمة بذكر اسم السورة، ورقم الآية.

رابعاً: تخرج الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في البحث من مصادرها الحديثية المعروفة باختصار؛ فما كان في الصحيحين -أو أحدهما- يكتفى بعزوه له، أو إليهما، وما كان في غيرهما من كتب السنة يتم عزوه إلى مصدره، مع محاولة الحكم عليه بالاستعانة بأحكام الشيخين: محمد ناصر الدين الألباني، وشعيب الأرنؤوط.

خطة البحث: جاء هذا البحث بعد هذه المقدمة، في ثلاثة مباحث، وخاتمة: على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية التدابير الوقائية، وأهميتها.

المبحث الثاني: مفهوم العقل، ومكانه من الجسد، وأهمية المحافظة عليه.

المبحث الثالث: التدابير الوقائية لحفظ العقل، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التدابير الوقائية لحفظ العقل من جانب الوجود.

المطلب الثاني: التدابير الوقائية لحفظ العقل من جانب عدم.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: ماهية التدابير الوقائية وأهميتها

هذا المصطلح مركب تركيباً وصفيّاً، يتكون من موصوف: (التدابير)، ومن صفة: (الوقائية)، من هنا كان لا بدّ من البحث في ماهية مفرداته كلّ على حدة، من الناحيتين: اللغوية، والاصطلاحية، قبل بيان المفهوم العام له.

المطلب الأول: تعريف التدابير لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف التدابير لغة: جمع تدبير، والتدبير من دبّر الأمر، وتدبّره: نظر في عاقبته، واستدبره: رأى في عاقبته ما لم ير في صدره؛ وعرف الأمر تدبّراً؛ أي: بأخّرة، والتدبير في الأمر: أن تنظر إلى ما تؤول إليه عاقبته، وأن يدبّر الإنسان أمره؛ وذلك أنه ينظر إلى ما تصير عاقبته وأخّره؛ وهو: دبره، والتدبّر: التّفكّر فيه⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف التدابير اصطلاحاً: هي استعمال الرأي بفعلٍ شاق، والنظر في العواقب بمعرفة الخير، وإجراء الأمور على علم العواقب، وهي لله تعالى حقيقةً، وللعبد مجازاً⁽²⁾.

المطلب الثاني: تعريف الوقائية لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف الوقائية لغة: من وقى، وقاه الله وقياً، ووقايةً، وواقيةً، وقيت الشيء، أقيه: إذا صنّته، وسترته عن الأذى، ووقاه ما يكره. ووقاه: حماه منه، ووقاه الله وقايةً؛ أي: حفظه، والتّوقية: الكلاءة، والحفظ⁽³⁾.

(1) ابن منظور، محمد بن مكرم (711هـ): لسان العرب. 15 مج. ط3. بيروت: دار صادر. 1414هـ. ج4، ص273. مادة: (دبر).

(2) الجرجاني، علي بن محمد بن علي (816هـ): التعريفات. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1403هـ-1983م. ص54.

(3) ابن منظور: لسان العرب. ج15، ص401-402. مادة: (وقى)، والزبيدي: تاج العروس. ج40، ص226-227. مادة: (وقى).

ثانيًا: تعريف الوقائية اصطلاحًا: ما نسب إلى الوقاية؛ وهو حفظ الشيء عمّا يؤذيه ويضره، والتوقي جعل الشيء وقاية مما يخاف⁽¹⁾، أو: فرط الصيانة، وشدة الاحتراس من المكروه⁽²⁾.
على ضوء ما سبق يتبين أن كلمتي: (تدبير)، و(وقاية) لا تخرجان عن معنى: النظر، والتفكير، والتبصر بعواقب الأمور، والحذر من مغبة النزوة، أو الوقوع فيها⁽³⁾.
وعلى ذلك يمكن استخلاص تعريف للتدابير الوقائية في التشريع الإسلامي، وهو أنها عبارة عن: مجموع الإرشادات، والاحترازمات، والإجراءات، والاحتياطات التي ترجع في قيمتها إلى أصول الدين وتعاليمه، النابعة من الكتاب والسنة، والتي تهدف إلى حماية المكلفين وصيانتهم ممّا يضعفهم، ويؤثر سلبيًا على صحتهم النفسية، والعقلية، والروحية، والجسدية؛ ليتمكنوا من القيام بالتكليفات الشرعية على الوجه المطلوب منهم⁽⁴⁾.
فالتدابير الوقائية التي سيكون عليها مدار هذا البحث؛ هي: التدابير التي مصدرها الشريعة الإسلامية، ومنبعها الفقه الإسلامي، وليست التدابير القانونية، أو الطبية، أو الاقتصادية، أو غيرها.

المطلب الثالث: أهمية التدابير الوقائية:

لقد أرشد الإسلام إلى جملة طيبة متعددة من التدابير الوقائية؛ حتى يظل المناخ الإسلامي نقيًا طاهرًا، تسوده المحبة والمودة، ويعلوه التكافل والتناصر، وبهذا يكون الإسلام قد أكمل سياج حمايته للناس، وأرشدهم إلى كل خير وصلاح⁽⁵⁾.
وتعدّ هذه التدابير من الضروريات التي لا غنى عنها في حياة الناس، وهي شرط أساس لاستمرار الحياة الهادئة المطمئنة للناس؛ ذلك لأنها تعتمد على المحافظة على الفرد والمجتمع في أحسن حالاته، وأكمل هيئاته، وهي تقوم على مجموعة من الإجراءات، والاحترازمات الكفيلة بصيانة الإنسان، وحفظه، ووقايته من كلّ ما يخلّ بنظام حياته⁽⁶⁾.
ومن القواعد الفقهية قاعدة: «المنع أسهل من الرفع»، أو: «المدفع أقوى من الرفع»؛ والتي تعني: أنّ أخذ الاحتياطات اللازمة قبل وقوع المحذور أسهل، وأيسر، وأقلّ كلفة وضررًا من رفع المحذور بعد وقوعه⁽⁷⁾؛ فالإسلام بتشريعاته الوقائية قد أوصل الأبواب، وسدّ المنافذ أمام كلّ الدواعي، والبواعث، والوسائل، والمرغبات، والمقربات من الحرام، حتى تبقى الفطرة التي نشأ عليها الإنسان بيضاء، نقية، سوية على أصل خلقها التي خلق الله عزّ وجلّ الناس عليها.

(1) المناوي، عبد الرؤوف (1031هـ): التوقيف على مهمات التعاريف. ط1. القاهرة: عالم الكتب. 1410هـ-1990م. ص340.

(2) الكفوي، أيوب بن موسى (1094هـ): الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية. ط2. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1419هـ-1998م. ص38.

(3) السليمان، تميم بن عبد الله: التدابير الوقائية من الانحراف الفكري - دراسة تأصيلية. الرياض: المملكة العربية السعودية. 1427هـ. ص12.

(4) أبو الجذائل، إيمان: التدابير الوقائية من الوباء في السنة النبوية. صنعاء، مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية. ع31. (2020م). ص143.

(5) إلهي، فضل: التدابير الواقية من الزنا في الفقه الإسلامي. دط. الرياض: مكتبة المعارف. دت. ص13.

(6) الحدري، التدابير الوقائية في الإسلام ومدى استفادة المدرسة الثانوية منها، ص44-45.

(7) آل بورنو، محمد صدقي: موسوعة القواعد الفقهية. 12مج. ط1. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1424هـ-2003م. ج11، ص1031.

المبحث الثاني: مفهوم العقل ومكانه من الجسد وأهمية المحافظة عليه

المطلب الأول: مفهوم العقل لغة واصطلاحًا:

مادة: (ع ق ل) تفيد في اللغة معنى يدل على حُبسة الشيء عن ذميمة القول أو الفعل⁽¹⁾، وهذا ليس هو المعنى الوحيد الذي تدل عليه المعاجم اللغوية، بل إنها دلّت على معانٍ أخرى؛ منها: الحجر والثَّمِي: ضد الحُمق، ومنها: الجَمْع: يقال: رجل عاقل؛ أي: جامع لأمره ورأيه، مأخوذ من: عقلتُ البعير؛ إذا جمعت قوائمه، ومنها: التثبّت في الأمور، يقال: إنسان عاقل؛ أي: تثبّت في أموره، ومنها: القلب، والقلب العقل، وسمي العقل عقلاً؛ لأنه يعقل صاحبه عن التورط في المهالك؛ أي: يحبسه، ومنها: التميّز؛ وهو الذي يتميز به الإنسان عن سائر الحيوان، ومنها: الفهم، يقال: عقلَ الشيء يعقلُه عقلاً؛ إذا فهمه⁽²⁾.

وقد اختلف العلماء في تعريف العقل اصطلاحاً على أقوال كثيرة، حتى ذكر الزركشي أنه قيل فيه ألف قول⁽³⁾، وذكر إمام الحرمين الجويني أن الكلام في تعريفه ليس بالأمر الهين⁽⁴⁾، ويرجع السبب في هذا الاختلاف إلى أن العقل من الأسماء المشتركة التي تطلق على عدة معانٍ؛ وفي ذلك يقول الغزالي: «إذا قيل: ما حدّ العقل؟ فلا تطمع في أن تحدّه بحدّ واحد؛ فإنه هوس؛ لأن اسم العقل مشترك يطلق على عدّة معانٍ»⁽⁵⁾.

لكن رغم الصعوبة في تحقيق معنى العقل، وتحديد مفهومه، إلا أنه يمكن تلخيص ما ذكره العلماء في أهم أربعة معانٍ قيلت فيه، بحيث يطلق اسم العقل عليها بالاشتراك، لا ينفك واحد منها عن الآخر، متى فُقد واحد منها؛ قيل لصاحبه: ليس له عقل.

المعنى الأول: التفكير الذي في الإنسان، والذي يمتاز به عن سائر الحيوان؛ فبه يعلم، ويميز، ويقصد المنافع⁽⁶⁾.

المعنى الثاني: العلوم الضرورية، التي تلازم الإنسان العاقل؛ فتقع في نفسه ابتداءً، ولا تنفك عن ذاته⁽⁷⁾.

المعنى الثالث: العلوم النظرية المستفادة من التجارب، والمكتسبة بواسطة العقل، والتي يضبطها الإنسان⁽⁸⁾.

المعنى الرابع: الأعمال التي يستوجبها العلم؛ من إيمان بالله تعالى، وتصديق بكتبه، ورسله، والتزام بأمره ونهيه؛ كحبس النفس على الطاعات، وإمساكها عن المعاصي⁽⁹⁾.

والعقل يطلق على كلّ هذه المعاني الأربعة مجتمعة: الغريزة، والعلوم الضرورية، والعلوم المكتسبة، والعمل بالعلم؛ فتعريف العقل بذكر بعض هذه المعاني ليس بجامع، والصواب ذكر معانيه مجتمعة؛ فالمعنيان الأولان بالطبع، والأخيران بالاكْتِسَاب⁽¹⁰⁾.

المطلب الثاني: مكان العقل من الجسد:

(1) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة. ج4، ص69. مادة: (عقل).

(2) ابن منظور: لسان العرب. ج11، ص458-465. مادة: (عقل).

(3) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج1، ص65.

(4) الجويني، البرهان في أصول الفقه، ج1، ص19.

(5) الغزالي: المستصفى. ص20.

(6) المحاسبي، ماهية العقل ومعناه واختلاف الناس فيه. ص201، والماوردي، أدب الدنيا والدين، ص339.

(7) الماوردي: أدب الدنيا والدين. ص9. والغزالي: إحياء علوم الدين. ج1، ص85، وابن تيمية: مجموع الفتاوى. ج16، ص336.

(8) الماوردي: أدب الدنيا والدين. ص10، والغزالي: إحياء علوم الدين. ج1، ص85.

(9) الغزالي: إحياء علوم الدين. ج1، ص86، وابن تيمية، بغية المرئاد في الرد على المتفلسفة والقرامطة والباطنية، ص250-251..

(10) الغزالي: إحياء علوم الدين. ج1، ص86.

اختلف العلماء في مكان العقل من جسد الإنسان على ثلاثة أقوال:

القول الأول: محل العقل هو القلب؛ وهذا ما ذهب إليه الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية⁽¹⁾،

القول الثاني: محل العقل هو الدماغ؛ وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية، والحنابلة في رواية⁽²⁾.

القول الثالث: محل العقل هو القلب، وله اتصال بالدماغ؛ وهذا ما ذهب إليه بعض الحنابلة: كأبي الحسن

التميمي، والقاضي أبي يعلى، وهو ما رجحه ابن تيمية، وابن قيم الجوزية⁽³⁾.

والذي يظهر أن القول الراجح في محل العقل هو القول الثالث، وهو أن محل العقل هو القلب، وله اتصال

بالدماغ؛ حيث يكون مبدأ الفكر والنظر في الدماغ، ومبدأ الإرادة في القلب، والعقل يراد به العلم، ويراد به العمل؛

فالعلم والعمل الاختياري أصله الإرادة، وأصل الإرادة في القلب، والمريد لا يكون مريداً إلا بعد تصور المراد؛ فلا بد أن

يكون القلب متصوراً؛ فيكون منه هذا وهذا، ويبتدئ ذلك من الدماغ وآثاره صاعدة إلى الدماغ؛ فمنه المبتدأ، وإليه

الانتهاء⁽⁴⁾، ولهذا يمكن أن يقال: إن القلب موطن الهداية، والدماغ موطن الفكر؛ ولذا قد يوجد في الناس من فقد

عقل الهداية-الذي محله القلب-، واكتسب عقل الفكر والنظر-الذي محله الدماغ-، كما قد توجد ضدّ هذه

الحال⁽⁵⁾.

وليس في القرآن الكريم، ولا في السنة النبوية الصحيحة ما ينفي ذلك الأمر أو يحيله، ومن جهة أخرى فالعقل

صفة، ولا مانع من تعلق الصفة بمكانين من الجسد.

والذين نسبوا العقل إلى الرأس إنما نسبوه من قبيل أن العقل نور في القلب يفيض إلى الرأس، وكونه كذلك لا

يدل على أن الرأس محل له، بل إن الرأس يتأثر بنور العقل، وإن لم يكن مستقرّاً فيه، ومن نسب العقل إلى القلب

نظر إلى المقر، ومن نسبه إلى الرأس نظر إلى الأثر، إذ إن اتقاد الذهن أثر لذلك النور المستقر في القلب؛ فإن القلب

هو الذي يبعث على إدراك العقل، وإن كان محله خارجاً عنه⁽⁶⁾.

المطلب الثالث: ثمرة الخلاف في المسألة:

تظهر ثمرة الخلاف في مسألة محل العقل من الجسد في بعض المسائل الفقهية؛ فمن ذلك:

1- تداخل الديات أو عدمه، بجناية تنوع أثرها؛ وذلك إذا زال العقل بعدوان على طرف الإنسان، أو بسبب جرحه

الذي يوجب غرماً؛ كأن يجرحه، أو يقطع عضوًا من أعضائه؛ فيزول عقله؛ فالذين قالوا بأن محل العقل القلب؛

وهم: المالكية في المشهور، والشافعي في الجديد، والحنابلة في رواية⁽⁷⁾ ذهبوا إلى عدم تداخل الديات؛ فألزموا الجاني

بكل الديات؛ لأنه إنما أتلّف عليه منفعة غير حالة في محل الجناية. وأما الذين قالوا بأن محل الدماغ؛ وهم: أكثر

الحنفية، والشافعي في القديم؛ فذهبوا إلى تداخل الديات؛ فيدخل الأقل منهما في الأكثر؛ فألزموا الجاني بالأكثر⁽⁸⁾.

(1) ابن رشد (الجدّ)، المقدمات الممهدة، ج3، ص334، والماوردي، الحاوي الكبير. ج12، ص247.

(2) ابن أمير حاج، التقرير والتحرير على تحرير الكمال بن الهمام، ج2، ص162، والزرکشي: شرح الزرکشي. ج7، ص246.

(3) ابن الفراء: العدة في أصول الفقه. ج1، ص89، وابن تيمية، المسودة في أصول الفقه، ص559، وابن النجار، شرح الكوكب المنير، ج1، ص84.

(4) ابن تيمية: مجموع الفتاوى. ج9، ص304.

(5) حسن، منهج الاستدلال على مسائل الاعتقاد عند أهل السنة والجماعة. ج1، ص163.

(6) الشوكاني: فتح القدير. ج3، ص544، والضويحي: العقل عند الأصوليين. ص534.

(7) الباجي، الحدود في الأصول، ص101، والنووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين. ج9، ص290، وابن قدامة: المغني. ج8، ص465.

(8) الضويحي: العقل عند الأصوليين. ص534.

3- عدم جريان القصاص في العقل؛ فكأن المانع من القصاص في العقل وجود الخلاف، وأنه لو لم يكن الخلاف موجوداً، وكان المتقرر من القولين أحدهما لساغ القصاص⁽¹⁾، وهذا محل نظر، وليس ثمرة للخلاف فيما يظهر؛ لأن عدم القصاص فيه إنما هو لتعذره، سواء قلنا إن محله القلب، أو قلنا إن محله الدماغ؛ فليس لهذا الخلاف أثر في جريان القصاص فيه من عدمه⁽²⁾.

المطلب الرابع: أهمية المحافظة على العقل:

العقل منحة الله تعالى للإنسان، ومن نعمه الكبرى عليه، ولقد رفع الدين الإسلامي من شأن العقل وكرمه أيما تكريم؛ كرمه حين جعله مناطاً للتكليف؛ فقد اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلاً فاهماً للتكليف؛ لأن التكليف وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال؛ كالجماد، والهيمه⁽³⁾؛ وبالعقل فضل الله سبحانه الإنسان على كثير ممن خلق تفضيلاً، قال الله تعالى: (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً)⁽⁴⁾، وليس ثمة عقيدة ولا شريعة احتفت بالعقل، واحترمته، واعتزت به، وكرمته، واعتمدت عليه في التفكير، والتدبر، والتأمل، وفهم النصوص كالعقيدة والشريعة الإسلامية السمحة؛ فمن هنا جاءت الأوامر الإلهية بصيانتها والمحافظة عليه، كما جاءت النواهي الربانية عن كل ما يضر به، ويعطل عمله، ووظيفته، وإدراك منافعه، واتخذت الشريعة الإسلامية كثيرًا من التدابير الوقائية، والإجراءات الاحترازية لحمايته ووقايته، والحيلولة دون إفساده وإتلافه، وتتجلى محافظة الإسلام على العقل وحمايته في الأمور التالية⁽⁵⁾:

1- تربيته على حسن المعرفة، والمنطق العلمي، والفكر الاستدلالي، والمنهج التجريبي.

2- النهي عن كل ما يضر به، أو يعطل وظيفته؛ كالنهي عن المسكرات والمفترات.

3- الأمر بتغذيته بالعلوم النافعة، واستعماله في الخير.

4- النهي عن الاعتداء عليه بأي نوع من أنواع الاعتداء؛ كالضرب، ونحوه.

هذه بعض التدابير الوقائية، والإجراءات الاحترازية التي وضعتها الشريعة الإسلامية للحفاظ على العقل، وحمايته، وما يضمن سلامته على وجه الإجمال، وسيكون مدار المبحث التالي في بيان هذه التدابير والاحترازاات على وجه التفصيل.

المبحث الثالث: التدابير الشرعية الوقائية لحفظ العقل

هناك تدابير وقائية كثيرة اتخذتها الشريعة الإسلامية للحفاظ على العقل عن طريق مسلكين، هما:

الأول: حفظ العقل من جانب الوجود بما فيه بقاءه، وسلامته، وثباته؛ وهو مما يتعلق بجلب المصالح،

والثاني: حفظ العقل من جانب عدمه بما يمنع اختلاله، أو تعطيله، أو زواله؛ وهو مما يتعلق بدرء المفسد⁽⁶⁾.

المطلب الأول: التدابير الشرعية الوقائية لحفظ العقل من جانب الوجود:

(1) الماوردي: الحاوي الكبير. ج12، ص246-247.

(2) السويلم، دية العقل. الرياض: مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. ع14. (1995م). ص149-150.

(3) الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، ص150.

(4) [الإسراء: 70].

(5) صوفي، العقل: تعريفه، منزلته، مجالاته ومداركه. بريطانيا: مجلة الحكمة. ع26. (2003م). ص374-375.

(6) الشاطبي: الموافقات. ج2، ص18، وابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية. ج3، ص236.

أولاً: الحفاظ على صحة الجسم:

من المعلوم بدهاء أن العقل السليم في الجسم السليم؛ فكلما كان المرء حريصاً على صحته البدنية، كان ذلك دليلاً على كمال صحته العقلية، فصحة العقل ونشاطه في صحة البدن ونشاطه، وكل ما كان فيه حفظ للنفس من جهة الوجود؛ ففيه حفظ للعقل -أيضاً- من هذا الجانب؛ وذلك كتناول المأكولات، والمشروبات، والملبوسات، والمسكنات، وما أشبه ذلك⁽¹⁾؛ فالعقل جزء من النفس، بل هو قوام النفس البشرية وملاكها، وخير ما يحفظ به هذا الجسم وبالتالي العقل؛ هو السير على هدي الإسلام المتمثل باتباع خير الأنام محمد ﷺ⁽²⁾. وحتى يتم للإنسان الحفاظ على صحته البدنية والعقلية لا بد أن يخضع لما جاء به الدين الإسلامي من أحكام وتشريعات؛ فمن ذلك:

1- التمتع بالحلال من الطيبات والابتعاد عن المحرمات والخبائث:

التمتع بما أحلّ الله تعالى من المأكّل، والمشرب، ونحوها مباح في نفسه، وإباحته بالجزء، وهو خادم لأصل ضروري، وهو إقامة الحياة؛ فهو مأمور به من هذه الجهة، ومعتبر ومحبوب من حيث هذا الكلي المطلوب؛ فالأمر به راجع إلى حقيقته الكلية، لا إلى اعتباره الجزئي، ومن هنا يصح كونه هدية يليق فيها القبول دون الردّ، لا من حيث هو جزئي معين⁽³⁾؛ قال الله تعالى: (يَأْتِيهَا النَّاسُ كُلُّوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا)⁽⁴⁾، فهذه النعم المبسوطة في الأرض لتمتعات العباد التي ذُكرت المنة بها، وقررت عليهم؛ فهم منها القصد إلى التمتع بها، لكن بقيد الشكر عليها. والقاعدة التي سلكها الإسلام في تشريعه للحلال والحرام هي التنصيص على المحرمات والخبائث من الأطعمة والأشربة، وإباحة ما وراء ذلك من الحلال والطيبات؛ لأنه لا سبيل إلى تحريمها إلا بإعلام من الله تعالى بطريق الوحي⁽⁵⁾.

ومما ينبغي على الإنسان في هذا المجال حفاظاً على صحته البدنية والعقلية أن يبتعد عن الأطعمة الملوثة، والضارة، والمستقدرة، والمنتهية الصلاحية؛ قال ابن عاشور: «والذي يظهر لي: أن الله تعالى قد ناط إباحة الأطعمة بوصف الطيب؛ فلا جرم أن يكون ذلك منظوراً فيه إلى ذات الطعام، وهو أن يكون غير ضار، ولا مستقدر، ولا مناف للدين»⁽⁶⁾.

2- تحريم تعذيب النفس:

هناك مذاهب وأديان تقوم على فلسفة تعذيب النفس بترك الملذات، والمحبيات؛ بحجة أن ذلك ممّا يقربهم إلى الله عزّ وجلّ زلفى؛ قال تعالى: (وَرَهْبَانِيَّةً ابْتَدَعُوهَا مَا كَتَبْنَاهَا عَلَيْهِمْ)⁽⁷⁾، والإسلام جعل العناية بحاجة الجسد من نوع الطاعة والقربى لله تعالى، والرهبانية ابتداءً يضرّ بالكيان الجسدي والعقلي⁽⁸⁾.

(1) الشاطبي: الموافقات. ج2، ص19.

(2) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد. ج4، ص196.

(3) الشاطبي: الموافقات. ج1، ص203-204.

(4) [البقرة: 168].

(5) ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج8-أ، ص138.

(6) المرجع السابق: ج6، ص112-113.

(7) [الحديد: 27].

(8) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية. ج3، ص188.

ثانيًا: الحث على طلب العلم والتعلم:

الشريعة بمجملها قائمة على العلم والتعلم، مرغبة ببلوغ رتبة الاجتهاد في علومها المتنوعة.

وأول الآيات نزولاً على قلب النبي ﷺ قوله تعالى: (أَقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (1) خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (2) أَقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ (3) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (4) عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ) (1).

ومن الأحاديث النبوية الواردة في الحث على طلب العلم، المرغبة في التعلم قوله ﷺ: «مَنْ سَلَكَ طَرِيقًا يَطْلُبُ فِيهِ عِلْمًا سَلَكَ اللَّهُ بِهِ طَرِيقًا مِنْ طُرُقِ الْجَنَّةِ، وَإِنَّ الْمَلَائِكَةَ لَتَضَعُ أجنحتها رِضًا لِطَالِبِ الْعِلْمِ، وَإِنَّ الْعَالِمَ لَيْسْتَغْفِرُ لَهُ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ، وَمَنْ فِي الْأَرْضِ، وَالْحَيَاتَانِ فِي جَوْفِ الْمَاءِ، وَإِنَّ فَضْلَ الْعَالِمِ عَلَى الْعَابِدِ، كَفَضْلِ الْقَمَرِ لَيْلَةَ الْبَدْرِ عَلَى سَائِرِ الْكَوَاكِبِ، وَإِنَّ الْعُلَمَاءَ وَرَثَةُ الْأَنْبِيَاءِ، وَإِنَّ الْأَنْبِيَاءَ لَمْ يُورَثُوا دِينَارًا، وَلَا دِرْهَمًا وَرَثُوا الْعِلْمَ، فَمَنْ أَخَذَهُ أَخَذَ بِحَظٍّ وَافِرٍ» (2)؛ فلا مرتبة فوق مرتبة النبوة، ولا شرف فوق شرف الوراثة لتلك الرتبة، وقال عليه الصلاة والسلام: «طَلَبُ الْعِلْمِ قَرِيْبَةٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ» (3).

وطلب العلم ينقسم إلى قسمين: الأول: فرض عين؛ وهو ما طلب الشارع حصوله من كل فرد من أفراد المكلفين، وإذا قام به البعض لا يسقط عن الباقين، والثاني: فرض كفاية؛ وهو ما طلب الشارع حصوله من مجمع المكلفين، لا من جميعهم، وإذا قام به البعض سقط عن الباقين (4).

ولولا هذا العلم وهذه الرسالة لم يهتد العقل إلى تفاصيل النافع والضار في المعاش والمعاد، فلحفظ العقل والإبقاء على سلامته، وحسن تفكيره، وصحة تقديره لا بد أن يحاط بسياج الشريعة، ويستمد بصيرته منها (5). وما تقدم ليس مقتصرًا على العلوم الشرعية الدينية؛ فالشريعة جاءت لمصالح العباد في الدارين، وتحقيق مصالحهم متوقف على تحصيلهم العلمي، وهذا سر العناية الإسلامية بالعلم، وتفضيله على النوافل، ورفعته إلى درجة المقاصد الرئيسية؛ إذ من لا علم فيه لا عقل لديه (6)؛ فالتعليم ضروري وطبيعي لحاجة الإنسان إلى معرفة العلوم المختلفة (7).

ثالثًا: التفكير في خلق الله تعالى:

التفكير من أفضل العبادات، وأجل القربات؛ وهو دأب الأنبياء، حيث أمر الله سبحانه بالتفكير والتدبر، وأثنى على المتفكرين بقوله: (وَيَتَفَكَّرُونَ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ رَبَّنَا مَا خَلَقْتَ هَذَا بَاطِلًا سُبْحَانَكَ فَقِنَا عَذَابَ النَّارِ) (8). والتفكير المطلوب في الإسلام هو التفكير في خلق الله تعالى ونعمه، ومجالاته كثيرة متعددة؛ مثل: التفكير في القرآن الكريم وأحكامه، وحججه، وأسراره، وأمثاله، والتفكير في مخلوقات الله عز وجل، والتفكير في الدنيا والآخرة، والتفكير

(1) [العلق: 1-5].

(2) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود. كتاب: العلم، باب: الحث على طلب العلم، ج5، ص485. برقم: (3641)، وهو حديث حسن بشواهد، كما ذكر المحققان، وصححه الألباني في: صحيح سنن أبي داود. ج2، ص407.

(3) أخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، أبواب: السنة، باب: فضل العلماء والحث على طلب العلم، ج1، ص151. برقم: (224)، وهو حديث حسن بطرقه وشواهد، كما ذكر محقق الكتاب، وصححه الألباني في: صحيح سنن ابن ماجه، ج1، ص92.

(4) ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، ج1، ص56.

(5) ابن تيمية: مجموع الفتاوى. ج19، ص93، والبدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية. ص466.

(6) ميرعلي: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية. ج2، ص734.

(7) ابن خلدون، تاريخ ابن خلدون. ص239، ص541.

(8) [آل عمران: 191].

في الموت وإحياء الموتى، والتفكير في اختلاف الليل والنهار، والتفكير في النفس وخلق الإنسان، والتفكير في مصارع الأمم السابقة⁽¹⁾.

رابعاً: تحرير العقل من كل ما يعطله أو يكبله:

من حفظ الشريعة لمقصد العقل منعه من كل ما تنكره العقول السليمة، ويسبب انحرافه عن جادة الحق، والصواب.

ولذلك منعت الشريعة من التشاؤم والتطير، والتعاطي مع الكهنة، والمشعوذين، والعرافين، والمنجمين، والسحرة، كما منعت من التماهي مع الأوهام، والتخيلات، والخرافات، والإشاعات، والبدع، وحدّرت من التقليد المذموم والتبعية العمياء، وشدّدت على تجريم تغذية العقل بالغلو والتطرف في العقائد، والأفكار، والسلوك؛ لأن أخطر أنواع الانحراف؛ انحراف الفكر، والبعد به عن المقصد إفراطاً أو تفريطاً.

وقد كان للعرب في جاهليتهم اعتناء ببعض العلوم؛ فصحّحت الشريعة منها ما هو صحيح، وزادت عليه، وأبطلت ما هو باطل، وبيّنت منافع ما ينفع من ذلك، ومضار ما يضر منه، ومما كان أكثره باطلاً أو جميعه: الكهانة، وخط الرمل، والضرب بالحصى، والطيرة؛ فأبطلت الشريعة من ذلك الباطل، ونهت عنه؛ كالكهانة، وخط الرمل، وأقرت الفأل لا من جهة تطلب الغيب؛ فإن الكهانة، وأكثر هذه الأمور تخرّص على علم الغيب من غير دليل؛ فجاء النبي ﷺ بجهة من تعرف علم الغيب مما هو حق محض، وهو الوحي والإلهام⁽²⁾.

وإن فساد العقول بهذه المعتقدات والتصورات أشد خطراً، وأعظم فتكاً من فسادها بالخمير وسائر المسكرات؛ فكم من عقول ضائعة أسكرها الجهل، والخبول، والتعطيل، والتقليد⁽³⁾؛ فمما ورد في هذا المجال:

1- النبي عن التشاؤم والتطير، والدعوة إلى التفاؤل:

التشاؤم والتطير من أمر الجاهلية. وقد كان من دأب أعداء المرسلين على مرّ العصور؛ قال الله تعالى حكاية عن قوم فرعون: (فَإِذَا جَاءَتْهُمْ الْحَسَنَةُ قَالُوا لَنَا هَذِهِ وَإِنْ تُصِيبُهُمْ سَيِّئَةٌ يَطَّيَّرُوا بِمُوسَى وَمَنْ مَعَهُ أَلَا إِنَّمَا طَائِرُهُمْ عِنْدَ اللَّهِ وَلَكِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ)⁽⁴⁾،

2- النبي عن العرافة والكهانة:

وهذا -أيضاً- من مظاهر الخلل في العقيدة التي كان عليها الناس في الجاهلية، وتخرصهم في تطلب معرفة الغيب، وقد نبى النبي ﷺ عن هذه الاعتقاد الفاسد كما في قوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أَتَى كَاهِنًا، أَوْ عَرَّافًا، فَصَدَّقَهُ بِمَا يَقُولُ؛ فَقَدْ كَفَرَ بِمَا أُنزِلَ عَلَى مُحَمَّدٍ»⁽⁵⁾، وقوله ﷺ: «مَنْ أَتَى عَرَّافًا فَسَأَلَهُ عَنْ شَيْءٍ، لَمْ تُقْبَلْ لَهُ صَلَاةٌ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً»⁽⁶⁾.

(1) أبو عبيدة، التدابير الشرعية الوقائية لحفظ العقل. (رسالة ماجستير). نابلس: جامعة النجاح الوطنية. 2011م. ص 96-104.

(2) الشاطبي: الموافقات. ج2، ص 118-119.

(3) الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي. ص 270.

(4) [الأعراف: 131].

(5) أخرجه ابن حنبل، مسند الإمام أحمد، ج15، ص 331. حديث رقم: (9536)، وقال محقق المسند: حديث حسن، رجاله ثقات رجال الصحيح، وصححه الألباني في: صحيح الترغيب والترهيب، ج3، ص 172. حديث رقم: (3047).

(6) صحيح مسلم، كتاب: السلام. باب: تحريم الكهانة وإتيان الكهان. ج4، ص 1751. حديث رقم: (2230/125).

3- النهي عن التقليد الأعمى:

التقليد يعطل العقل، ويشلّ التفكير؛ لذلك فإن الإسلام لا يقبل من المسلم أن يلغي عقله اتباعاً لما كان عليه الآباء والأجداد⁽¹⁾؛ فالتقليد خلاف مقتضى حكم العقل، ودلائل العلم، وهداية الدين⁽²⁾. وفي هذا الصدد فقد حذر النبي ﷺ أمته من تقليد الأمم الأخرى؛ فقال: «لَتَتَّبِعَنَّ سَنَنَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ، شِبْرًا شِبْرًا، وَذِرَاعًا بِذِرَاعٍ، حَتَّىٰ لَوْ دَخَلُوا جُحْرَ ضَبٍّ تَبِعْتُمُوهُمْ»، قُلْنَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى؟ قَالَ: «فَمَنْ؟!»⁽³⁾. والمراد بالشبر، والذراع، وجحر الضب: التمثيل بشدة الموافقة لهم، والمراد: الموافقة في المعاصي والمخالفات لا في الكفر، وفي هذا معجزة ظاهرة لرسول الله ﷺ؛ فقد وقع ما أخبر به⁽⁴⁾.

4- النهي عن البدع والمحدثات:

البدع والمحدثات تدخل في مظاهر الإلتلاف الفكري للعقل، والبدعة طريقة في الدين مخترعة، تضاهي الشرعية، يقصد بالسلوك عليها ما يقصد بالطريقة الشرعية⁽⁵⁾، ونظرًا لخطورة البدع والمحدثات؛ فقد كثرت تحذير النبي ﷺ منها؛ فقال: «مَنْ أَحَدَّثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ، فَهُوَ رَدٌّ»⁽⁶⁾. والبدع أنواع، ليست في رتبة واحدة، ولا على نسبة واحدة⁽⁷⁾، ومن هنا نعلم أن الابتداع في الدين هو أخطر معول لهدمه، والانحراف بمقاصده تبعًا للخيال أو الهوى، أو ثقة بالعقل والاعتزاز به، والخروج به عن دائرة ما حدّه الشرع⁽⁸⁾.

المطلب الثاني: التدابير الشرعية الوقائية لحفظ العقل من جانب عدم:

كما حافظ الشرع على العقل من جانب الوجود حافظ عليه من جانب عدم؛ فحرم تناول كل ما يفسد العقل، أو يزيله، أو يشوشه، أو يتلفه؛ كالمواد المسكرة، والمخدرة، وما يلحق بها، كما حرمت الشريعة الإسلامية الجنائية على هذا العقل ممّا قد يسبب فقدانه بالكلية.

أولاً: تحريم المسكرات والمخدرات:

عقل الإنسان أشرف صفاته، والخمر عدو العقل، وكل ما كان عدو الأشرف فهو أخس؛ فيلزم أن يكون شرب الخمر أخس الأمور⁽⁹⁾؛ لذلك حرمت الشريعة الإسلامية كل ما من شأنه أن يخامر العقل، ويفسده، ويعطل مقصده؛ قال

(1) الشريف، العقيدة الإسلامية بين العقل والعاطفة، ص57.

(2) رضا، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، ج7، ص172.

(3) صحيح البخاري، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة. باب: قول النبي ﷺ: «لَتَتَّبِعَنَّ سَنَنَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ». ج9، ص103. حديث رقم: (7320).

(4) النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ج16، ص219-220.

(5) الشاطبي، الاعتصام، ج1، ص47.

(6) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الصلح. باب: إذا اصطلحو على صلح جور فالصلح مردود. ج3، ص184. حديث رقم: (2697)، ومسلم في

«صحيحه»، كتاب: الأفضية. باب: نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور. ج3، ص1343. حديث رقم: (1718/17).

(7) الشاطبي: الاعتصام. ج2، ص355.

(8) العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، ص267.

(9) الفخر الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص40.

الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) (1)، وقال رسول الله ﷺ: «كُلُّ شَرَابٍ أَسْكَرَ فَهُوَ حَرَامٌ» (2)، وقال: «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ، وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ» (3). كما حرمت الشريعة الإسلامية قليل الخمر سداً للذريعة؛ فجعلت شرب قطرة من الخمر من جملة الكبائر، وإن لم تتحقق المفسدة فيه (4).

ويلحق في حكم الخمر كل ما يفعل فعله في الإسكار، وإذهاب العقل؛ مما كثر، وفشا، وتنوعت صورته في هذا الزمان؛ من: المخدرات، والكوكايين، والهروين؛ فحكمنا أن كل ما أسكر من مشروب أو مأكول فيحرم قياساً على الخمر؛ لأنها حرمت لحفظ العقل الذي هو مناط التكليف، فتحریم الشرع الخمر دليل على ملاحظة هذه المصلحة (5)؛ فمعنى حفظ العقل: حفظ عقول الناس من أن يدخل عليها خلل، لأن دخول الخلل على العقل مؤدٍ إلى فساد عظيم من عدم انضباط التصرف؛ فدخول الخلل على عقل الفرد مفض إلى فساد جزئي، ودخوله على عقول الجماعات وعموم الأمة أعظم؛ ولذلك يجب منع الشخص من السكر، ومنع الأمة من تفشي السكر بين أفرادها، وكذلك تفشي المفسدات؛ مثل: الحشيشة، والأفيون، والمورفين، والكوكايين، والهروين، ونحوها؛ مما كثر تناوله هذه الأيام (6).

ثانياً: عقوبة تعاطي المسكرات والمخدرات:

لقد رتب الشارع الحكيم عقوبات رادعة وزاجرة لكل من تسوّل له نفسه إفساد عقله بهذه المسكرات، وقد سلك التشريع الإسلامي في محاربة المسكرات مسلكين: أحدهما: بيان حكم شرب المسكرات وتعاطيها، وبيان المضار والمفاسد المترتبة على شربها، وبيان العقوبة الأخروية المترتبة على ذلك، وثانها: إقامة الحد، وهو العقوبة البدنية في الدنيا؛ وهي جلد شارب الخمر، وهذا المسلك متمم للأول؛ لأن الأول يعتمد على إيجاد الوازع الديني، وهذا وازع سلطاني يمنع من التظاهر بالجريمة، وزجر المجرم من معاودة الإجرام، كما أنه يجعل المجرمين على تخوف من عواقب الإجرام، ويهذبن المسلكين يتم للأمة الإسلامية طهارة الظاهر والباطن، وكلّ تشريع لا يجمع بين هذين المسلكين؛ فهو تشريع قاصر، ولا يحقق الأهداف المطلوبة من التشريع؛ وهي القضاء على الإجرام، والمفاسد الاجتماعية، وهذا يوضح لنا سرّ فشل القوانين الوضعية التي لا علاقة لها بالقيم الدينية، والمبادئ الأخلاقية (7).

والخمر، والمخدرات، وسائر المسكرات لها أضرار عظيمة في شتى المجالات الدينية، والدينيوية؛ فهي تذهب الغيرة، وتورث الخزي، وتلحق شاربها بالهائم، وتسهل الجرائم، أفقرت الأغنياء، وأذلت الأعداء، وسلبت النعم، وجلبت النقم، وفرقت بين المرء وزوجه؛ ولو لم يكن من فواحشها إلا أنها لا تجتمع هي وخمر الجنة في جوف واحد لكفى (8).

(1) [المائدة: 90].

(2) أخرجه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الأثرية. باب: الخمر من العسل، وهو البتع. ج7، ص105. حديث رقم: (5585)، ومسلم في «صحيحه»، كتاب:

الأثرية. باب: بيان أن كل مسكر خمر، وأن كل خمر حرام. ج3، ص1585. حديث رقم: (2001/67).

(3) أخرجه مسلم في «صحيحه»، كتاب: الأثرية. باب: بيان أن كل مسكر خمر، وأن كل خمر حرام. ج3، ص1587. حديث رقم: (2003/73).

(4) العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام. ج1، ص23.

(5) الغزالي: المستصفى. ص174.

(6) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية. ج3، ص238.

(7) العالم: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية. ص388.

(8) المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير. ج3، ص507.

ثالثاً: تحريم الجناية على العقل والاعتداء عليه:

حرم الإسلام الجناية على النفس بالقتل أو الجرح، وحرّم الجناية على ما دون النفس كذلك، والجناية على العقل داخله في نطاق الجناية على ما دون النفس، ولما كان العقل أشرف الحواس، وأكبر المعاني قدرًا، وأعظمها نفعًا؛ لامتياز الإنسان به عن الحيوان البهيم، وتفريقه به بين الخير والشر، وتوصله به إلى اختلاف المنافع ووقوع المضار، وتعلق التكليف به⁽¹⁾، فإن الجناية عليه أعظم من الجناية على أي عضو آخر من أعضاء الجسد. والجناية على العقل، والاعتداء عليه قد يفقد المرء عقله كليًا، أو جزئيًا؛ وذلك بفقد وظيفة من وظائفه الحيوية، والاعتداء على العقل قد يكون من النفس، أو قد يكون بفعل الغير، وله صور كثيرة؛ فمن ذلك: الضرب بالآلات الصلبة أو الحادة، والترويع والتهديد والإفزاع، وتناول العقاقير المضرة، وسوء استخدام الأدوية، وإهمال التغذية، وإهمال تناول العلاج، والتعذيب باستخدام الصدمات الكهربائية، والأخطاء الطبية وإساءة التطبيب، والانفعالات النفسية الشديدة، والضرب في الألعاب الرياضية؛ كالملاكمة والكاراتيه⁽²⁾، وسيتم فيما يأتي بيان ما يترتب على العجز الكلي، أو الجزئي للعقل، وإذا ما كان هناك عقوبة تعزيرية للجناية على العقل.

1- العجز الكلي في الجناية على العقل:

اختلف الفقهاء في العقوبة المترتبة على الجناية على العقل على قولين:

القول الأول: إن في الجناية على العقل، وإذها به بالكلية الدية كاملة؛ وهذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة⁽³⁾، بل نقل كثير من أهل العلم الإجماع على ذلك.

القول الثاني: إنه لا دية في الجناية على العقل وإذها به، لا عمدًا، ولا خطأ، وهذا ما ذهب إليه ابن حزم⁽⁴⁾، والقول الأوّل هو الأرجح والأولى بالصواب؛ وهو أن في الجناية على العقل الدية كاملة؛ لأن إذهاب العقل كإذهاب النفس وإزهاقها -تمامًا- لا تستقيم الحياة بدونه.

وكذلك فإن جميع منافع النفس متعلقة بالعقل⁽⁵⁾؛ فذها به بمنزلة الموت⁽⁶⁾؛ إذ الإنسان بلا عقل كالميت الذي لا حراك له، والإنسان بلا عقل قشور بلا لب؛ فالأصل في الإنسان هو العقل؛ فلهذا سُعي لبًا، وأما الإنسان بلا عقل فإنه قشور⁽⁷⁾، ولأن العقل من المعاني التي هي أفراد في البدن، وليس لها مثل، والعضو الذي ليس له مثل في البدن فيه الدية كاملة، ولأنه لا قصاص في جناية إذهاب العقل؛ فهو غير ممكن؛ لتعذر استيفائه⁽⁸⁾؛ وذلك لأنه يذهب يسير الجناية ولا يذهب بكثيرها، كما أن الناس اختلفوا في محله⁽⁹⁾.

2- العجز الجزئي في الجناية على العقل:

(1) الماوردي: الحاوي الكبير. ج12، ص247.

(2) المطيري، الجناية على العقل في ضوء الشريعة الإسلامية، ص74.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص311، ومالك، المدونة، ج4، ص563، والنوري: روضة الطالبين. ج9، ص289، وابن قدامة: المغني. ج8، ص465.

(4) ابن حزم، المحلب بالآثار، ج11، ص54.

(5) الكاساني: بدائع الصنائع. ج7، ص317.

(6) السرخسي: المبسوط. ج26، ص99.

(7) العثيمين، شرح رياض الصالحين، ج1، ص581.

(8) النوري: روضة الطالبين. ج9، ص289.

(9) الماوردي: الحاوي الكبير. ج12، ص246-247.

أما في حالة الإلتلاف والذهاب الجزئي للعقل، وتَعَطَّل بعض وظائفه الذهنية بسبب الجناية عليه؛ بأن نقص نقصًا معلومًا؛ مثل أن صار يجنّ يومًا ويفيق يومًا؛ فعليه من الدية بقدر ذلك؛ لأن ما وجبت فيه الدية، وجب بعضها في بعضه بقدره؛ كالأصابع، وإن لم يُعلم؛ مثل أن صار مدهوشًا، أو يفزع ممّا لا يُفزع منه، ويستوحش إذا خلا؛ فهذا لا يمكن تقديره، فتجب فيه حكومة عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة⁽¹⁾، أما عند المالكية؛ فيجب من الدية بمقدار ما ذهب من العقل⁽²⁾، ويمكن الاستعانة بالأطباء، والرجوع إلى المختصين لتحديد نسبة العجز والضرر الذي طرأ على العقل بالجناية والاعتداء عليه، وبناء على ذلك يقدر القاضي العقوبة المستحقة⁽³⁾.

3- التعزير في الجناية على العقل:

اختلف الفقهاء في الجمع بين الدية، والعقوبة التعزيرية في الجناية على العقل؛ وذلك على قولين: القول الأول: يعزر الجاني عمدًا مع وجوب الدية؛ وذلك للألم الذي ألحقه بالمجني عليه، ولعدم إمكانية القصاص؛ وهذا ما ذهب إليه المالكية، والشافعية في وجه⁽⁴⁾.

القول الثاني: لا يعزر الجاني عمدًا مع وجوب الدية؛ لأن غرمها أشد وأغلظ من التعزير؛ وهذا ما ذهب إليه الحنفية، والشافعية في وجه، والحنابلة⁽⁵⁾.

ولعل أولى القولين بالصواب والترجيح هو القول الأول؛ وهو مشروعية التعزير على الجاني، مع إيجاب الدية، وهذه المسألة مع أنه لا يوجد فيها نصّ يعتمد عليه، إلا أن النظر المصلحي المقاصدي يقتضي ذلك؛ حفاظاً على النظام العام لتناهي الناس عن ارتكاب الجريمة؛ وبالخصوص عند من يمتلكون المال الذي يسترخسون بذله في سبيل الخلاص من جرائمهم.

أما تقدير العقوبة التعزيرية المناسبة؛ فهذا أمر تركه الشارع للسلطات المختصة، تختار نوع العقوبة وقدرها، أو تترك الخيار فيه للقاضي أن يختارها من بين العقوبات التعزيرية المحددة، أو التي تحددها له⁽⁶⁾.

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة يمكن أن تدوين أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها:

أولاً: النتائج:

1- العقل مئة من من الله تعالى العظيمة التي امتن الله بها على البشرية؛ فهو مناط التكليف، وهو أحد الضروريات الخمس التي جاءت الشرائع جميعها للمحافظة عليها.

2- العقل له أربعة معان يطلق عليها بالاشتراك، لا ينفك واحد منها عن الآخر؛ وهي: الغريزة، والعلوم الضرورية، والعلوم النظرية المستفادة من التجارب، والأعمال التي يستوجبها العلم.

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار. والنووي: روضة الطالبين، ج9، ص289، وابن قدامة: المغني، ج8، ص465.

(2) اللخمي، التنصرة، ج13، ص6372، والخزشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص35، والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص272.

(3) المطيري: الجناية على العقل، ص213.

(4) الحطاب الرُعيني، مواهب الجليل، ج6، ص247، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص252، والماوردي: الحاوي الكبير، ج12، ص248.

(5) الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص317، والماوردي: الحاوي الكبير، ج12، ص248، وابن قدامة: المغني، ج8، ص465.

(6) عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ج2، ص261.

- 3- اختلف العلماء في محل القلب من جسد الإنسان على ثلاثة أقوال، أرجحها أن محله هو القلب، وله اتصال وثيق بالدماغ.
- 4- حفظ التشريع الإسلامي الضروريات الخمس بأمرين: أحدهما: ما يقيم أصل وجودها، والثاني: ما يدفع عنها الاختلال الذي يعرض لها.
- 5- من التدابير الشرعية الوقائية التي أرشد الدين الإسلامي الحنيف إليها لحفظ العقل من جانب الوجود: الحفاظ على صحة الجسم، والحثّ على طلب العلم والتعلم، والتفكير في خلق الله تعالى، وتحرير العقل من كلّ ما يعطلّه أو يكبلّه.
- 6- من التدابير الشرعية الوقائية التي أرشد الدين الإسلامي الحنيف إليها لحفظ العقل من جانب العدم: تحريم المسكرات والمخدرات، وسنّ العقوبات على تعاطيها، وتحريم الجناية على العقل والاعتداء عليه.
- 7- الجناية على العقل، وإذها به بالكلية توجب الدية كاملة، أما في حالة تعطل بعض وظائفه الحيوية؛ فعلى الجاني من الدية بقدر ما تعطل منها.
- 8- اختلف الفقهاء في الجمع بين الدية، والعقوبة التعزيرية في الجناية على العقل على قولين، أرجحهما مشروعية التعزير، مع وجوب الدية.
- 9- تقدير العقوبة التعزيرية في الجناية على العقل متروك للسلطات المختصة بما يحقق المصلحة.
- ثانياً: التوصيات:

- 1- ضرورة التوعية بأهمية نعمة العقل، وتجريم الاعتداء عليه؛ من خلال: عقد الندوات، وتفعيل الأنشطة، وإقامة المؤتمرات، والخطب، والدروس، والمحاضرات، والبرامج الإعلامية.
- 2- الاهتمام بالناشئة في المدارس، والجامعات من خلال تثقيفهم بمفاسدات العقول الحديثة والمعاصرة.
- 2- سنّ القوانين والتشريعات التي تكفل الحفاظ على العقل في المجتمع، وتجرّم الاعتداء عليه بأي صورة كانت.
- 3- محاربة كلّ مظاهر تفشي المسكرات، والمخدرات، والمهلوسات، والمفترقات في المجتمع حفاظاً على كيانه وثباته، وسلامة أفراد.
- 4- إنشاء مراكز علمية بحثية متخصصة لتنمية القدرات العقلية، وتطوير الإمكانيات الذهنية، ومحاولة إعادة العقل المسلم إلى منزلته التي أرادها له الإسلام.
- 5- أهمية الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في جميع الجوانب، واستئناف الحياة الإسلامية القائمة على التحاكم إلى كتاب الله تعالى، وسنة نبيه ﷺ.

مسرد المصادر والمراجع

📖 القرآن الكريم.

📖 الأمدى، أبو الحسن علي بن أبي علي (631هـ): الإحكام في أصول الأحكام. 4مج. تحقيق: عبد الرزاق عفيفي. دط. بيروت: المكتب الإسلامي. دت.

📖 الألباني، محمد ناصر الدين (1420هـ): سلسلة الأحاديث الصحيحة. 6مج. ط1. الرياض: مكتبة المعارف.

1415هـ.

- 📖 الألباني، محمد ناصر الدين (1420هـ): صحيح الأدب المفرد. ط4. الجليل: مكتبة الدليل. 1418هـ-1997م.
- 📖 الألباني، محمد ناصر الدين (1420هـ): صحيح الترغيب والترهيب. 3مج. ط1. الرياض: مكتبة المعارف. 1421هـ.
- 📖 الألباني، محمد ناصر الدين (1420هـ): صحيح سنن ابن ماجه. 3مج. ط1. الرياض: مكتبة المعارف، 1417هـ.
- 📖 الألباني، محمد ناصر الدين (1420هـ): صحيح سنن أبي داود. 3مج. ط1. الرياض: مكتبة المعارف، 1419هـ.
- 📖 إلهي، فضل: التدايير الواقية من الزنا في الفقه الإسلامي. دط. الرياض: مكتبة المعارف. دت.
- 📖 الألوسي، محمود بن عبد الله الحسيني (1270هـ): روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني. 16مج. تحقيق: علي عبد الباري عطية. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1415هـ.
- 📖 ابن أمير حاج، محمد بن محمد (879هـ): التقرير والتحبير، 3مج. ط2. بيروت: دار الكتب العلمية. 1403هـ-1983م.
- 📖 البخاري، محمد بن إسماعيل (256هـ): الأدب المفرد. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. ط3. بيروت: دار البشائر الإسلامية. 1409هـ-1989م.
- 📖 البخاري، محمد بن إسماعيل (256هـ): صحيح البخاري. 9مج. تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر. ط1. بيروت: دار طوق النجاة. 1422هـ.
- 📖 البدوي، يوسف أحمد: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية. دط. الأردن: دار النفائس. دت.
- 📖 آل بورنو، محمد صدقي: موسوعة القواعد الفقهية. 12مج. ط1. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1424هـ-2003م.
- 📖 البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين (458هـ): السنن الكبرى. 11مج. تحقيق: محمد عبد القادر عطا. ط3. بيروت: دار الكتب العلمية. 1424هـ-2003م.
- 📖 ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم (728هـ): بغية المرئاد في الرد على المتفلسفة والقرامطة والباطنية. تحقيق: موسى الدويش. ط3. المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم. 1415هـ-1995م.
- 📖 ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم (728هـ): مجموع الفتاوى. 37مج. تحقيق: أنور الباز، عامر الجزار. ط3. مصر: دار الوفاء. 1426هـ-2005م.
- 📖 ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الحلیم (652هـ): المسودة في أصول الفقه. تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد. دط. بيروت: دار الكتاب العربي. دت.
- 📖 أبو الجدائل، إيمان بنت يوسف: التدايير الوقائية من الوباء في السنة النبوية. صنعاء: جامعة الأندلس للعلوم والتقنية. مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية. ع31. (2020م).
- 📖 الجرجاني، علي بن محمد بن علي (816هـ): التعريفات. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1403هـ-1983م.
- 📖 الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله (478هـ): البرهان في أصول الفقه. 2مج. تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1418هـ-1997م.
- 📖 ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني (852هـ): فتح الباري بشرح صحيح البخاري. 13مج. دط. بيروت: دار المعرفة. 1379هـ.
- 📖 ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد (456هـ): المحلب بالآثار. 12مج. دط. بيروت: دار الفكر. دت.

- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد (456هـ): مراتب الإجماع. دط. بيروت: دار الكتب العلمية. دت.
- الحطاب الرُعيني، محمد بن محمد (954هـ): مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل. 6مج. ط3. بيروت: دار الفكر. 1412هـ-1992م.
- ابن حنبل، أحمد بن محمد (241هـ): مسند الإمام أحمد بن حنبل. 45مج. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين. ط1. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1421هـ-2001م.
- الخرشي، محمد بن عبد الله (1101هـ): شرح مختصر خليل. 8مج. دط. بيروت: دار الفكر. دت.
- ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد (808هـ): تاريخ ابن خلدون. تحقيق: خليل شحادة. ط2. بيروت: دار الفكر. 1408هـ-1988م.
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (1230هـ): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. 4مج. دط. بيروت: دار الفكر.
- الرازي، فخر الدين محمد بن عمر (606هـ): مفاتيح الغيب. 32مج. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1421هـ.
- الرازي، محمد بن أبي بكر (666هـ): مختار الصحاح. 1مج. تحقيق: محمود خاطر. دط. بيروت: مكتبة لبنان ناشرون. 1415هـ-1995م.
- الراغب الأصفهاني، الحسين بن محمد (502هـ): المفردات في غريب القرآن. تحقيق: صفوان عدنان الداودي. ط1. دمشق: دار القلم، بيروت: الدار الشامية. 1412هـ.
- ابن رشد (الجدّ)، أبو الوليد محمد بن أحمد (520هـ): المقدمات الممهّدات. 3مج. ط1. تحقيق: الدكتور محمد حجي. بيروت: دار الغرب الإسلامي. 1408هـ-1988م.
- رضا، محمد رشيد بن علي (1354هـ): تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار). 12مج. ط3. القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب. 1367م.
- الريسوني، أحمد: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي. ط2. الرياض: الدار العالمية للكتاب الإسلامي. 1412هـ.
- الزبيدي، محمد بن محمد (1205هـ): تاج العروس من جواهر القاموس. 20مج. ط1. بيروت: دار الفكر. 1414هـ.
- الزحيلي، محمد مصطفى: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. 2مج. ط1. دمشق: دار الفكر. 1427هـ.
- الزركشي، محمد بن عبد الله بن بهادر (794هـ): البحر المحيط في أصول الفقه. 8مج. تحقيق: محمد محمد تامر. دط. بيروت: دار الكتب العلمية. 1421هـ-2000م.
- الزركشي، محمد بن عبد الله بن بهادر (794هـ): شرح الزركشي على مختصر الخرق. 3مج. تحقيق: يحيى بن محمد الحكمي. ط1. الرياض: مكتبة العبيكان. 1425هـ-2004م.
- الزليعي، عثمان بن علي (743هـ): تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي. 6مج. ط1. القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية. 1313هـ.
- السجستاني، سليمان بن الأشعث (275هـ): سنن أبي داود. 7مج. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره بللي. ط1. بيروت: دار الرسالة العالمية. 1430هـ-2009م.

- 📖 السرخسي، محمد بن أبي سهل (490هـ): المبسوط. 30مج. دط. بيروت: دار المعرفة. 1414هـ-1993م.
- 📖 السليمان، تميم بن عبد الله: التداوير الواقية من الانحراف الفكري - دراسة تأصيلية. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. الرياض. المملكة العربية السعودية. 1427هـ.
- 📖 السمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد (489هـ): قواطع الأدلة في الأصول. 2مج. تحقيق: محمد حسن الشافعي. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1418هـ-1999م.
- 📖 السويلم، بندر بن فهد، دية العقل. الرياض: مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. ع14. (1995م).
- 📖 الشاطبي، إبراهيم بن موسى (790هـ): الاعتصام. 3مج. تحقيق: محمد الشقير، وسعد آل حميد، وهشام الصبني. ط1. المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع. 1429هـ-2008م.
- 📖 الشاطبي، إبراهيم بن موسى (790هـ): الموافقات. 7مج. تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان. ط1. القاهرة: دار ابن عفان. 1417هـ-1997م.
- 📖 الشافعي، محمد بن إدريس (204هـ): المسند. دط. بيروت: دار الكتب العلمية. 1400هـ.
- 📖 الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار (1393هـ): أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن. 9مج. دط. بيروت: دار الفكر. 1415هـ-1995م.
- 📖 الشوكاني، محمد بن علي (1250هـ): فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير. 6مج. تحقيق: أحمد عزو عناية. ط1. بيروت: دار الكتاب العربي. 1419هـ-1999م.
- 📖 الشوكاني، محمد بن علي (1250هـ): نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. 8مج. تحقيق: عصام الدين الصباطي. ط1. مصر: دار الحديث. 1413هـ-1993.
- 📖 الشيرازي، إبراهيم بن علي (476هـ): المهذب في فقه الإمام الشافعي. 3مج. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1416هـ-1995م.
- 📖 صالح، سعاد إبراهيم: حفظ العقل في الشريعة الإسلامية. في أبحاث مؤتمر المخدرات مشكلة اقتصادية. مصر: جامعة الأزهر. مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي. ج1. (2003م).
- 📖 صوفي، عبدالقادر بن محمد بن عطا: العقل: تعريفه، منزلته، مجالاته ومداركه. بريطانيا: مجلة الحكمة. ع26. (2003م).
- 📖 الضويحي، علي بن سعد: العقل عند الأصوليين عرض ودراسة. مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها. مج12. ع20. (2000م).
- 📖 الطبراني، سليمان بن أحمد (360هـ): المعجم الأوسط. 10مج. تحقيق: طارق بن عوض الله، وعبد المحسن الحسيني. دط. القاهرة: دار الحرمين. 1415هـ-1995.
- 📖 ابن عابدين، محمد أمين (1252هـ): رد المحتار على الدر المختار، 6مج. ط2. بيروت: دار الفكر. 1412هـ-1992م.
- 📖 ابن عاشور، محمد الطاهر (1393هـ): التحرير والتنوير. 30مج. دط. تونس: الدار التونسية للنشر. 1984م.
- 📖 ابن عاشور، محمد الطاهر (1393هـ): مقاصد الشريعة الإسلامية. 3مج. تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة. دط. قطر: وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية. 1425هـ-2004م.

- العالم، يوسف حامد: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية. ط2، المعهد العالمي للفكر الإسلامي. 1415هـ.
- أبو عبيدة، نافذ ذيب: التداير الشرعية الوقائية لحفظ العقل. (رسالة ماجستير). نابلس: جامعة النجاح الوطنية. 2011م.
- العثيمين، محمد بن صالح (1421هـ): شرح رياض الصالحين. 6مج. دط. الرياض: دار الوطن للنشر. 1426هـ.
- عودة، عبد القادر (1374هـ): التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، بيروت: دار الكاتب العربي.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (505هـ): إحياء علوم الدين. 4مج. دط. بيروت: دار المعرفة. دت.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (505هـ): المستصفى. تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1413هـ-1993م.
- ابن الفراء، أبو يعلى محمد بن الحسين (458هـ): العدة في أصول الفقه. 5مج. تحقيق: أحمد بن علي بن سير المباركي. ط2. دن. 1410هـ-1990م.
- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب (817هـ): بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز. 6مج. تحقيق: محمد علي النجار. دط. القاهرة: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية. 1412هـ-1992م.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد (620هـ): المغني شرح مختصر الخرق. 10مج. دط. القاهرة: مكتبة القاهرة. 1388هـ-1968م.
- القرافي، أحمد بن إدريس (684هـ): الأمنية في إدراك النية. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1404هـ-1984هـ.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد (671هـ): الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي). 10/20مج. تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش. ط2. القاهرة: دار الكتب المصرية. 1384هـ-1964م.
- القزويني، محمد بن يزيد بن ماجه (273هـ): سنن ابن ماجه. 5مج. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين. ط1. بيروت: دار الرسالة العالمية. 1409هـ-1989م.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر (751هـ): التبيان في أيمان القرآن. تحقيق: عبد الله بن سالم البطاطي. ط1. مكة المكرمة: دار عالم الفوائد. 1429هـ.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر (751هـ): زاد المعاد في هدي خير العباد. 5مج. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط. ط3. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1418هـ.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر (751هـ): مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة. 5مج. تحقيق: عبد الرحمن بن حسن بن قائد. ط1. مكة المكرمة: دار عالم الفوائد. 1432هـ.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (587هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. 7مج. ط2. بيروت: دار الكتب العلمية. 1406هـ-1986م.
- الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني (1094هـ): الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية. تحقيق: عدنان درويش، ومحمد المصري. ط2. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1419هـ-1998م.
- الكلوذاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن (510هـ): التمهيد في أصول الفقه. 4مج. تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة، ومحمد بن علي بن إبراهيم. ط1. مكة المكرمة: جامعة أم القرى. 1406هـ.

- 📖 اللخمي، علي بن محمد الربيعي (478): التبصرة. 14مج. تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب. ط1. قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. 1432هـ-2011م.
- 📖 مالك بن أنس (179هـ): المدونة الكبرى. 4مج. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1415هـ-1994م.
- 📖 الماوردي، علي بن محمد (450هـ): أدب الدنيا والدين. دط. بيروت: دار ومكتبة الهلال. 1421هـ.
- 📖 الماوردي، علي بن محمد (450هـ): الحاوي الكبير. 18مج. تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1419هـ-1999م.
- 📖 المحاسبي، الحارث بن أسد (243هـ): ماهية العقل ومعناه واختلاف الناس فيه. تحقيق: حسين القوتلي. ط2. بيروت: دار الكندي - دار الفكر. 1398هـ.
- 📖 المرادوي، علي بن سليمان (885هـ): الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. 30مج. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو. ط1. القاهرة: هجر للطباعة والنشر والتوزيع. 1415هـ-1995م.
- 📖 المرادوي، علي بن سليمان (885هـ): التحرير شرح التحرير في أصول الفقه. 8مج. تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، وعوض القرني، وأحمد السراح. ط1. الرياض: مكتبة الرشد. 1421هـ-2000م.
- 📖 المرغيناني، علي بن أبي بكر (593هـ): الهداية في شرح بداية المبتدي. 4مج. دط. تحقيق: طلال يوسف. بيروت: دار إحياء التراث العربي. دت.
- 📖 المطيري، بندر السبيق مسعف: الجناية على العقل في ضوء الشريعة الإسلامية. دط. الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. 1425هـ-2004م.
- 📖 المناوي، عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي (1031هـ): التوقيف على مهمات التعاريف. ط1. القاهرة: عالم الكتب. 1410هـ-1990م.
- 📖 المناوي، عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي (1031هـ): فيض القدير شرح الجامع الصغير. 6مج. ط1. مصر: المكتبة التجارية الكبرى. 1356هـ.
- 📖 ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم (318هـ): الإجماع. تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد. ط1. الرياض: دار المسلم للنشر والتوزيع. 1425هـ-2004م.
- 📖 ابن منظور، محمد بن مكرم (711هـ): لسان العرب. 15مج. ط3. بيروت: دار صادر. 1414هـ.
- 📖 ميرعلي، إحسان: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية بين الأصالة والمعاصرة. 2مج. ط1. دمشق: دار الثقافة للجميع. 1430هـ-2009م.
- 📖 ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوح (972هـ): شرح الكوكب المنير. 4مج. تحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد. ط1. الرياض: مكتبة العبيكان. 1413هـ-1993م.
- 📖 النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (676هـ): روضة الطالبين وعمدة المفتين. 12مج. تحقيق: زهير الشاويش. ط3. بيروت: المكتب الإسلامي. 1412هـ-1991م.
- 📖 النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (676هـ): المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج. 18/9مج. ط2. بيروت: دار إحياء التراث العربي. 1392هـ.
- 📖 النيسابوري، مسلم بن الحجاج (261هـ): صحيح مسلم. 5مج. ط1. بيروت: دار إحياء التراث العربي. 1412هـ-

1991م.

ابن هُبيرة، يحيى بن محمد الشيباني (560هـ): اختلاف الأئمة العلماء. 2مج. تحقيق: السيد يوسف أحمد. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1423هـ-2002م.

ياسين، محمد نعيم: العقل وعلاقته بالنص الشرعي. جامعة الإمارات العربية المتحدة. مجلة الشريعة والقانون. ع41. (2010م).

اليوبي، محمد سعد بن أحمد: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية. ط1. الرياض: دار الهجرة للنشر والتوزيع. 1418هـ-1998م.

تجريم الإزعاج الليلي

Criminalize Nocturnal nuisance

المدرس المساعد مصطفى عماد داود، كلية الفارابي – الجامعة- العراق بغداد، مدرس القانون الجنائي.

Mustafa Emad Dawood- Al-Farabi University College-mustafa.emad@alfarabiuc.edu.iq

الملخص: لا شك ان الضوضاء وما ترتبه من نتائج، تسبب ضرراً جسيماً للإنسان والبيئة، ومن مصادر تلك الضوضاء هو الإزعاج القانوني المعاقب عليه، والذي يعكس صفو ومزاج الأفراد مما يؤثر سلباً على حياته، فيستعرض البحث جزء من الأضرار التي تسببها هذه الإزعاجات وما تلحقه من تهديداً حقيقياً على الصحة، ولحل هذه التداعيات الخطيرة تُعد مكافحة الإزعاجات القانونية من التحديات الرئيسية التي تواجه البيئة والصحة العامة. وانتهى البحث بمقاربة متكاملة نسبية لمثل هذه الإشكالية وبذل جهود لتوعية المجتمع بأسره، مع اقتراح ان تتخذ جميع الدول الاعضاء-خصوصا الإقليمية- تدابير لإدخال مستويات الضوضاء وتطبيقها بحسب ما جاء بالقوانين الخاصة بها، وتطبيق فرض العقوبات لتجاوز تلك المستويات. مع ضرورة وضع خطط عمل وهذا ما يقع على عاتق الحكومات والسلطات والهيئات من أجل الحد منها.

الكلمات المفتاحية: الإزعاج، القانوني، ليلاً، جريمة

Summary: There is no doubt that noise and its consequences cause physical harm to humans and the environment, and one of the sources of that noise is the punishable legal disturbance, which disturbs the peace and mood of individuals, which negatively affects his life, so the research reviews part of the damage caused by these disturbances and the real threat they inflict On health, and in order to resolve these serious repercussions, combating legal nuisances is one of the main challenges facing the environment and public health. The research ended with a relatively integrated approach to such a problem and efforts were made to educate society as a whole, with a proposal that all member states - especially the regional ones - take measures to introduce noise levels and apply them according to what came in their own laws, and apply the imposition of sanctions to exceed those levels. With the need to develop action plans and this is the responsibility of governments, authorities and bodies in order to reduce them.

Keywords: nuisance, legal, night, crime

مقدمة

لا شك أن الإزعاج من ويلات العالم الحديث، فهو منتج غير مرغوب فيه لحضارتنا التكنولوجية، حيث أصبح خطراً بيئياً بشكل متزايد، قد يتوافر الوعي العام - ولو بصورة محدودة - من أجل مكافحة تلوث الهواء والماء، لكنّ الخطر الثالث - الإزعاج - بدأ يظهر في الآونة الأخيرة بشكل متزايد ولافٍ للنظر خصوصاً من الثورة الصناعية التي غزت الحياة اليومية للأفراد، إذ إن هناك علاقة وثيقة ومباشرة بين مستوى التنمية في بلد ومقدار درجة الإزعاج القانوني الذي يؤثر على سكانه، فمع تطور المجتمع فإنه يزيد - دون شك - من مستوى التحضر والتصنيع، وكل ذلك يجلب زيادة في حمل الضوضاء التي تكون سبباً للإزعاجات القانونية، والتي أصبحت أصواتاً غير مرغوب فيها تؤدي إلى تعكير صفر وراحة وطمأنينة الفرد، مما ينعكس سلبيًا على الحقوق الفردية والسلامة، بحيث أصبحت مصادر الضوضاء المسببة للإزعاج متنوّعة، منها ضوضاء المرور والسكك الحديدية - القريبة من المساكن - ناهيك عن الباعة المتجولين التي أصبحت ظاهرة فعلية وبشكلٍ متزايد ومستمر خصوصاً في الليل. ولكل ذلك فقد ثبت أنّ العلاجات القانونية الحالية غير كافية لتلبية الاحتياجات المتزايدة للسيطرة على هذه الإزعاجات سواء كانت بموجب قانون العقوبات أو القوانين العقابية الأخرى، كقانون تحسين البيئة، وقانون السيطرة على الضوضاء التي تجسّد المفاهيم العلمية الحديثة لقياس السمع - الديسيبل - والتي لم تحقق سوى نجاح محدود. فيجب إدراك أن الضوضاء ليست مجرد مصدر إزعاج يجب تحمّله كجزء من التقدم الحالي بقدر ما يدرك الأفراد أنها أصوات غير مرغوب فيها بشكلٍ يهدّد الصحة لا يختلف عن تلوث الماء والهواء، وأن هناك حاجةً إلى بذل جهود حثيثة من أجل بقائها ضمن حدود معقولة، فلطالما كانت الضوضاء مسببة لنا للإزعاج لكنها لم تكن واضحة جداً ومكثفة جداً ومتنوعة جداً ومنتشرة جداً، كما هو اليوم.

أولاً- إشكالية البحث

وفي ضوء ما سبق، تبرز إشكالية الإزعاج كصورة من الإفرازات السلبية للتطور التقني؛ ليتسنى طرح عدة تساؤلات عن: ماهية الإزعاج الليلي؟ وهل يُعد الإزعاج ضوضاء أو العكس؟ مضاف إلى ذلك نطاق الحماية الجنائية للبيئة من الإزعاج الليلي ليصل إلى مرحلة تجريم الإزعاج.

ثانياً- منهجية البحث

اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي من أجل بيان النصوص المتضمنة للإزعاج، مع الاستعانة بالمنهج المقارن كالقانون الفرنسي لاستجلاء أحكام المحاكم، والقانون البريطاني، دون إغفال القوانين العربية.

ثالثاً- خطة البحث

وفي ضوء البحث المنوّه عنه "تجريم الإزعاج الليلي" تمّ تقسيم البحث إلى مبحثين، كما يأتي:

المبحث الأول: الأحكام العامة للإزعاج الليلي

المطلب الأول: ماهية الإزعاج الليلي

المطلب الثاني: طرق الإزعاج الليلي

المبحث الثاني: مقومات تجريم الإزعاج الليلي

المطلب الأول: أركان جريمة الإزعاج الليلي

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الإزعاج الليلي

المبحث الأول

الأحكام العامّة لجريمة الإزعاج الليلي

توضيح وتقسيم:

يعوّل الإنسان في فترة عنفوانه على سياسةٍ جنائيّةٍ تنتشله من الانحراف والفساد والقهر الذي يعيشه. فالإزعاج أصبح مشكلة العصر بانتشاره بكلّ مكان وزمان خاصّة في ظل التطور والنهضة الصناعية الحديثة التي صاحبت ظهور الماكينة ليصل مستوى الصوت "الإزعاج" إلى أعلى مستوى، فمستويات الصوت بدأت ترتفع لتصل إلى الاعتداء على حياة وصحة الأفراد - أي الحقوق والحريات - بدءاً من الاستيقاظ صباحاً حتى أواخر الليل، وذلك ما يقود المُشرّع إلى وضع خطةٍ تجريميّةٍ للحفاظ على هذه القيم الداخليّة غايتها تحقيق العدالة الجنائيّة، ولا تكتمل هذه المهمة إلا بقانون خاصٍ لتجريم هذه الأفعال والسلوكيات ومُواجهتها بنصٍّ تجريميّ، وجزاء جنائيّ فعال يُحقّق الغرض من صياغة النص.

ومحاولة لذلك، يمكن عرض مفهوم الإزعاج في مطلب أول ليتضمّن فرعين: ماهيّة الإزعاج الليلي الذي يشكّل هذا الاعتداء، ثم في مطلب ثانٍ نتعرف على طرق الإزعاج الليلي المعاقب عليه، وعلى ضوء ذلك نقسّم المبحث الأول على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهيّة الإزعاج الليلي.

المطلب الثاني: طرق الإزعاج الليلي المعاقب عليه.

المطلب الأول

ماهيّة الإزعاج الليلي

يشكّل الإزعاج اعتداءً على حقوق الأفراد ككل، إذ أصبح آفةً سكنيةً تؤثّر بالسلب على المجتمع. ولمحاولة بيان ماهيّة الإزعاج يمكن عرض مفهومه في فرع أول، ثم في فرع ثانٍ نتعرف على حدوده أو مصادره أو طرقه، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

مفهوم الإزعاج الليلي

ولتفصيل ذلك نبيّن المعنى في اللغة ثم القانون، وأخيراً القضاء، وذلك كما يلي:

أولاً: معنى الإزعاج في اللغة:

الرّزعج: القلق. يقال: أزعجته فزعج وانزعج، وقيل: الأصحُّ في مُطاوعه شَخَص. وفي حديث ابن مسعود: "الحَلْفُ يُزَعَجُ السَّلْعَةَ وَيَمْحَقُ الْبَرْكََةَ"⁽¹⁾؛ أي: ينفقها ويخرجها من يد صاحبها ويُتلفها. وفي قولهم: "لا تحاول إزعاجه وقت العمل"؛ أي: إقلاقه ومُضايقته⁽²⁾.

(1) محمد بن عمر بن أحمد الأصبهاني، المجموع المغيث في غريب القرآن والحديث، تحقيق: عبد الكريم العزباوي، جامعة أم القرى- السعودية، الجزء الثاني، ط1، 1988، ص 20.

(2) مُزَعَجٌ (مُزَعَجَةٌ)، الجمع: مُزَعَجُونَ، مُزَعَجَاتٌ. مُزَعَجٌ، اسم فاعل من: أزعج. صَوْتُ مُزَعَجٍ: مُقْلَقٌ. حَرَكَاتٌ مُزَعَجَةٌ.

انظر: معجم الغني، عبد الغني أبو العزم، عبر الموقع الإلكتروني: <https://www.almougem.com/>

وكلمة الإزعاج مشتقة من الكلمة الفرنسية القديمة "nuisance" ومن اللاتينية "nocumentum"، والمعنى الأساسي للكلمة هو "الانزعاج" annoyance⁽¹⁾.

ثانياً: معنى الإزعاج في القانون

من الصُّعوبة بمكان بيان ذلك في القانون؛ إذ جُلُّ ما اهتمَّ به هو الضوضاء، وإن كان الأخير يسبِّب الإزعاج، ولكن ليس كلُّ إزعاج ضوضاء، وسنعود إلى بيان ذلك لاحقاً.

ثمة رأي يعرف الإزعاج بقوله: "هو الأفعال أو الأصوات التي تضايق الناس وتشوش عليهم وتكثير صفو هدوتهم وراحتهم، فهو كل ما يبدو مزعجاً وغير مرغوب فيه"⁽²⁾.

كما عرّف بأنه "عملٌ لا يبرِّره القانون أو تقصيرٌ في أداء واجب قانوني، بحيث يؤدي هذا الفعل أو الإغفال إلى إعاقة أو إحداث إزعاج أو ضرر للأفراد في ممارسة حقوقهم"⁽³⁾.

ووصف أيضاً في اللائحة الداخلية لمدينة أوكلاند (Auckland) بأنه "كل إنسان، أو حيوان، أو شيء، أو ظرف يسبِّب تشوشاً غير منطقيٍّ؛ ممَّا يؤثر على سلامة وراحة الأشخاص"⁽⁴⁾.

وينظر هذا التعريف من وجهة نظر مُطلقة شاملة لكلِّ مصدر مُزعج؛ بأن جعل الإنسان، والحيوان، وكل مصدر يضايق أو يؤثّر على الأشخاص.

وفي ضوء هذه التعاريف يمكننا تعريف الإزعاج بأنه: كلُّ فعل أو امتناع يقوم به الجاني مع إدراكه لمضايقة الآخرين، بحيث يشكِّل مصدر إزعاج في جميع الأوقات وتحت أيِّ ظرف من الظروف دون مبررٍ ومن خلال وسائل مختلفة، ممَّا يسبِّب مضايقته لهم وإفلاق راحتهم، وتقع الجريمة متى تحقَّق الإزعاج.

وهذا التعريف الذي انتمينا إليه يبيِّن أن الضرر مفترض متوفرٌ قد أصاب مصلحةً قانونيةً وهي حقوق الفرد، وعطفاً على ذلك يبيِّن مدى ضرورة تجريم الإزعاج كصورة مستقلة عن الضوضاء.

الفرع الثاني

التكليف الفقهي للإزعاج الليليِّ المُعاقب عليه

مفاد ذلك: أنه يُعد الإزعاج - عموماً - صورةً غير مقبولة، إذ يشير إلى أنَّ "الحق في التمتع الهادئ" قد تمَّ تعطيله والتجاوز عليه ليصل إلى درجة ارتكاب ضرر بالنسبة للأفراد. ومن هذا المنطلق يلتقي مُصطلح الإزعاج مع آخر قريبٍ منه يُسمى بالضوضاء، لي طرح التساؤل الآتي: هل الإزعاج يشبه الضوضاء؟ يُلاحظ أنَّ الإزعاج ليس بالضرورة

⁽¹⁾ Robert kelham, A Dictionary of the Norman or Old French Language, Philadelphia (1843) p:40

⁽²⁾ د. دينا عبد العزيز فهمي، الحماية الجنائية من التلوث الضوضائي، بحث قدم لمؤتمر كلية الحقوق -جامعة طنطا - في الفترة 23-24 أبريل 2018، ص 6.

⁽¹⁾ James Stephen, A History of the Criminal Law of England: Volume 2 Cambridge, 2014, p:107.

⁽²⁾ means, a person, animal, thing, or circumstance causing unreasonable interference with the peace, comfort, or convenience of another person. Property Maintenance and Nuisance Bylaw, Governing Body,

الآتي: <https://www-aucklandcouncil-govt-nz>

أن يكون ضوضاء، ولكن يمكن القول: إنَّ سبب أو أحد مسببات الإزعاج هو الضوضاء، وإن كان للأخير - وهو توجُّه أغلب الباحثين - قانونٌ خاصٌ منظمٌ لأحكامه وأهدافه، ولعلَّ ذلك ما يلتمسه الباحث انطلاقاً من العنوان: لفك الالتباس الذي قد يحصل بين الإزعاج والضوضاء.

وانطلاقاً من تعريف الضوضاء بأنه "صوت غير مرغوب فيه يؤثّر على صحة وراحة أشخاص مُعينين أو عامّة الناس، وله تأثيرٌ سلبيٌّ على البيئة"⁽¹⁾؛ يبدو جلياً القول: إنه ليس كلُّ إزعاج ضوضاء، لكن من الممكن أن يكون الضوضاء جزءاً من مسببات الإزعاج؛ فمن يصدر صوتاً عالياً في مكان عام، أو أصوات المصانع، يُطلق عليه ضوضاء أو تلوث ضوضائي⁽²⁾ لا خلاف في ذلك، لكنَّ الإزعاج يمكن أن يكون بسبب الضوضاء، وإن كانت معظم حالات الإزعاج ليست بسبب الضوضاء، بل لمجرّد تصادم مع أشخاص آخرين، فقد يكون بالكلام نتيجة خلاف بين طرفين، أو رائحة نفايات مثلاً، أو يكون سبباً أو تجاوز على شخص آخر عن طريق رسائل إلكترونيّة، وغيرها من الحالات، فلا يقتصر الإزعاج على السبب والقذف، بل يتسع لكل قول أو فعل تعمّده الجاني يضيق به الصدر⁽³⁾. فكل هذه المصادر وإن كانت مختلفة؛ فمنها من حيث الطبيعة، ومن نتاج الإنسان، قد تسبّب إزعاجاً ومضايقةً للآخرين، وهو ما يحاول الباحث الوصول إليه ليتجه وجهة أخرى صوب تحديد هذا الإزعاج وبيانه ليلاً؛ إذ لا يوجد قانونٌ منظمٌ وخاصٌ بذلك أو لائحة، شأنها شأن اللوائح في أغلب دول العالم كفرنسا وبريطانيا وكندا وغيرها.

إنَّ الإزعاج "الليلي" أخذ مكانته وتجاوز الحدَّ ليصل إلى ضرورة التجريم، والنصوص الخاصّة في قانون العقوبات أو أيّ قانون آخر كقانون البيئة وقانون المرور، ليست كافيةً خصوصاً في ظلّ الجزاء فيما لو حصل العدوان (الإزعاج). فالإزعاج الليليُّ له طقوسه ومستجداته وأصبح حقيقةً مفروضةً ملحةً للتجريم. فعلى سبيل المثال: الباعة المتجولون ليلاً أصبحت ظاهرة مستمرة متكرّرة؛ نظراً لغياب تطبيق القانون -إن جاز التعبير- وقصارى القول إذن: كل إزعاج سببه ضوضاء، لكن الضوضاء ليست بسبب الإزعاج، فالأول مسبب عن الثاني. ولم يورد المُشرّع تعبير الإزعاج الليلي، لكن أورد تعابير مثل الإزعاج العام، والضوضاء، وغيرها من مصادر الضوضاء، وذلك كله في حقيقة الأمر ما يمكن أن يعرف اليوم بالإزعاج "الليلي". ويمكن أن نعرض هنا بيان مصادر الإزعاج الليلي المُعاقب عليه في ضوء الضوضاء، وذلك هو موضوع المطلب التالي تفصيلاً.

(1)المادّة (1) من قانون السيطرة على الضوضاء العراقي رقم (41) لعام 2015. نشر القانون بجريدة الوقائع العراقية - العدد 4390 - 2015/1/7 السنة 57.

(2)د. أحمد خورشيد، رائدة ياسين، الأساليب القانونيّة للحماية من الضوضاء - دراسة مقارنة، جامعة كركوك، كليّة القانون والعلوم السياسية، دون ذكر سنة النشر، ص 46؛ د. موسى محمد مصباح، التلوث الضوضائي - مصادره وآثاره - دراسة مقارنة في ضوء القانون السوداني، مجلة كليّة القانون للعلوم القانونيّة والسياسيّة، المجلد 8، العدد 29، عام 2019، ص 100.

(3)نقض جنائي بجلسة، 1995/1/1، س 4، ص 24، ق 1.

المطلب الثاني طرق الإزعاج الليلي المعاقب عليه

تمهيد:

ليس بدعاً القول: إن الإزعاج مصدره الضوضاء، إذ ما تُحدثه من أصوات تسبب ذلك، ولا بد أن يكون للصوت مصدرٌ يُحدثه، ولئن كان موضوع البحث ينصبُّ على الإزعاج ليلاً فيمكن الوقوف على مصادر أو طرق هذه الأصوات وبيئاتها، وهذا هو حديث المطلب، فتتنوع طرق الإزعاج بحسب مصدر الصوت المنبعث منه. فالضوضاء هي أكثر المشاكل المزعجة شيوعاً على الرغم من وجود أمور أخرى من الممكن اعتبارها مصدر إزعاج، كالمدخان - على سبيل المثال - من نيران الحديقة، أو الرائحة، أو الغبار، ولكي يكون كذلك - أي إزعاجاً - يجب أن يحدث بشكل مستمر ومتكرر، بمعنى أن يحدث الضوضاء وأساسه الصوت بشكل غير معقول ومستمر وبصورة متكررة، مما يجعل الأمر غير قانوني⁽¹⁾. وهذا يقتضي تقسيم المطلب إلى فرعين، بحيث يتناول الأول النوعيات المختلفة من السلوكيات المسببة للإزعاج الليلي في القوانين العربية، ثم نتناول في فرع ثانٍ رأي القانون فيها في القوانين الأجنبية.

الفرع الأول

النوعيات المختلفة من السلوكيات المسببة للإزعاج الليلي في القوانين العربية

إن الإشكاليات التي تتفرع من سلوكيات الأفراد مسببةً اعتداءً على مصالح الآخرين يمكن معالجتها بإصدار قوانين أكثر تخصصية، وهذا هو عمق الحماية ضد هذه الانحرافات. وهو ما رصده المشرع العراقي في قانون السيطرة على الضوضاء، ليظهر ذلك في المادة (4) منه تحت وصف المحظورات⁽²⁾ في أولاً: إطلاق أصوات المنبهات من المركبات كافة (الهورن) أو غيرها إلا في حالات الضرورة، مضافاً إلى ذلك تشغيل وسائل البث في الأماكن العامة والخاصة بكيفية تؤدي إلى إزعاج الآخرين وغيرها من الحالات الأخرى. فالتأمل في نص المادة سالف البيان يلاحظ أن المشرع حدّد صور السلوكيات المسببة للإزعاج بصورة عامة، ولم يُوردها على سبيل الحصر، بل أورد أمثلة وحظر القيام بهذه الأفعال. فيلاحظ: أن هذه الأفعال المحظورة هي ما تعارف واستمر مصدر الإزعاج منها، فأوردها المشرع على سبيل المثال، في حين أنه إن وجدت أفعال أو نشاطات أخرى مسببة للإزعاج فإنها تخضع لنص المادة سالف البيان⁽³⁾. وعلى أية حال يمكن أن نلتمس من هذه السلوكيات - النشاطات - ما يهم الإزعاج الليلي، وهو نطاق البحث. فالإفراط في استخدام آلات التنبيه في السيارات وأصواتها لتصل لمرحلة تُعبر عن حالة قائدها خصوصاً في الأفراح أو المناسبات مما يعدُّ إزعاجاً، وكذلك الدراجات النارية، والسكك الحديدية التي تكون المساكن قريبةً ومحاذية لها مما يسبب إزعاج السكان في المناطق السكنية، ومن ناحية أخرى البائع المتجول الذي يعتلي مركبة أشبه

(1) STATUTORY NUISANCE HOW TO TAKE A PRIVATE NUISANCE ACTION, oxford city council. page منشور عبر الموقع الإلكتروني <https://www.oxford.gov>

(2) المادة (4) من قانون السيطرة على الضوضاء العراقي.

(1) والحظر الوارد في نص المادة هو حظر نسبي لا مطلق، فتتدخل سلطات الضبط الإداري لاستخدام سلطتها من حيث رفض أو قبول ممارسة النشاط في ضوء الشروط التي حددها القانون. د. أحمد خورشيد حميدي، راشدة ياسين خضر، الأساليب القانونية للحماية من الضوضاء، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، دون ذكر سنة النشر، ص 50.

بالدراجة - تكتنًا - حاملاً مكبرات الصوت التي تروّج لبضاعته، ولا يقتصر الأمر على شخص واحد بل مجموعة متكرّرة لكل منهم بضاعة أو صنعة، وذلك في أوقات مختلفة ليلاً وإن كانت لا تنقطع صباحاً⁽¹⁾.

وعطفاً على ذلك، المناسبات وهي على جزأين: الدينيّة والتي يصل مستوى الصوت لحديّ كبير مسبباً الإزعاج، أما الأخرى فهي مناسبات الأفراح وإطلاق الأعيرة الناريّة التي لا تسبّب فقط إزعاجاً وخوفاً في آنٍ واحدٍ ممّا يقلق راحة الأفراد، بل قد تقتل شخصاً بالخطأ⁽²⁾.

والأمر غير مختلف في التشريع المصريّ من حيث مصادر الإزعاج - الليلي-، إذ انطلاقاً من قانون العقوبات المصري لعام 1937 المعدل، نجده تضمن في مادته (379) منه القول: "يعاقب بغرامةٍ .. 2- من حصل منه في الليل لغطاً أو ضجيجاً مما يكدر راحة السكان"⁽³⁾. ويلاحظ أنّ المُشرّع المصري يتبع خطة أكثر إحكاماً تظهر ملامحها من خلال احتفاله بقانونٍ خاصٍ منظمٍ لمثل هذه المضايقات، وهو قانون خاصٌ بتنظيم عمل الباعة المتجولين لعام 1957، ليضع تحت دفتي هذا القانون كلّ من يلاحق الجمهور لعرض سلعته أو ممارسة حرفة داخل وسائل النقل أو الوقوف في الشوارع أو يعلن عن بضاعته باستخدام أبواق أو أجراس أو حتى مكبرات الصوت، بل توسّع ليضمن كلّ وسيلة أخرى تسبب إقلاق راحة الجمهور⁽⁴⁾.

وعطفاً على ذلك، ولتقليل مصادر الضوضاء والحد منها، سعت وزارة البيئة المصريّة بدورها إلى إصدار "الخطة القوميّة لمكافحة الضوضاء والحد من مصادرها": لتقليل من مضايقات وإزعاج الأفراد خصوصاً ليلاً - وهو ما نحاول بيانه في المبحث الثاني من خلال مكافحة الإزعاج الليلي.

ومن ناحيةٍ أخرى يحفل المُشرّع الإماراتي بقانونه "الحفاظ على المظهر العام والصحة العامّة" بحظر الوسائل التي تسبّب الإزعاج، بحيث لم يحدّد ذلك بسلوكٍ فرديّ فقط، بل جماعي؛ أي شامل لكل ما يسبّب مضايقة أو استفزازاً للأفراد⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ لا زالت المناطق السكنية الداخلية تعاني بصورة مستمرة ودائمة منذ سنوات عديدة من الأصوات العالية الناتجة عن الباعة، أو التي تصدر عن سيارات البيع المتقلّة لدرجة توصف بالإزعاج، والأمر يبدأ منذ ال 8 صباحاً إلى مساء اليوم ليستمرّ حتى منتصف الليل، على الرغم من تأكيد القانون - كقانون العقوبات، وقانون السيطرة على الضوضاء وغيرها - على الحلول لتقليل أو الحد منها، وتفعيل الجزاء، إلا أنّ الظاهرة لا تزال مستمرة، بل في ازدياد.

⁽²⁾ وترافقاً مع ما تلحقه هذه الإطلاقات من أضرار، تضمّن المُشرّع تجريم الفعل بالحبس أو الغرامة، حيث وضعه المُشرّع تحت وصف المخالفات المتعلقة بالراحة العمومية، وذلك في المادّة 495/ ثالثاً؛ نظراً لما تسببه من إقلاق لراحة الأفراد. وفي الوقت الحالي ومع عدم تطبيق القانون يمنح ذلك فرصة لزيادة وقوع الفعل أكثر من مرة؛ إذ القاعدة أنه من أمّن العقوبة أساء الأدب.

⁽³⁾ المادّة (379) من قانون العقوبات المصري لعام 1937.

⁽⁴⁾ قانون الباعة المتجولين المصري رقم 33 لعام 1957، الوقائع المصرية - العدد 11 مكرر - الصّادر في 1957/2/4.

⁽⁵⁾ تنص المادّة (2) من قانون الحفاظ على المظهر العام والصحة والسكنية العامة في إمارة أبو ظبي، قانون رقم 2 لعام 2012 على أنه "يحظر على أيّ شخص طبيعيّ أو اعتباريّ القيام بأيّ عمل من شأنه الإخلال أو الإضرار بالمظهر العام أو الصحة أو السكنية العامة للإمارة". والمادّة (3) من نفس القانون.

تعقيب: وعلى أية حال يبدو أن كلاً من المُشرِّع العراقي والمصري يواجه ويتخذ خطةً تحكيمية بهدف منع استمرار مثل هذه المضايقات والإزعاجات، إضافة إلى إحاطةٍ شبه كاملةٍ للأفعال المُسبِّبة للإزعاج الليلي بما يؤثر على انتشارها والحد من مصادرها وآثارها الوخيمة، وهذا موقف مشجِّع وإيجابي؛ نظرًا لما يتمخض عنه من أضرار تصيب المجتمع ككل⁽¹⁾.

الفرع الثاني

في القوانين الأجنبية

تحفل الكثير من التشريعات الأجنبية بقوانينها العقابية ولوائحها الداخلية بتحديد الحالات التي تسبب أو تعدُّ مصدرًا للإزعاج، من أجل تفادي صور الانحرافات؛ وذلك إما في التشريع - أي قانون العقوبات - أو في تشريع عقابيٍّ مكمل، نتناول بيان ذلك في القانون الفرنسي ثم في القانون البريطاني ثم في القوانين الأنجلو سكسونية.

أولاً: في القانون الفرنسي:

يحفل قانون الصحة العامة الصادر بتاريخ 1993/12/31 في مقدمة طليعته بالنص الآتي: "ضرورة إعمال الحق الأساسي في حماية الصحة العامة وبجميع الوسائل المتاحة للجمهور".

وعطفاً على ذلك يكمل النص: "ومن أجل الحصول على الرعاية التي تطلبها حالة الإنسان الصحية والحصول على أفضل أمن صحي؛ شرع هذا القانون"⁽²⁾. ويُفهم من ذلك قمعُ أو الحدُّ من انبعاثات الضوضاء التي تشكّل خطراً على الصحة العامة وتسبب إزعاجاً مفرطاً للأشخاص والإضرار بصحتهم وكذلك الإضرار بالبيئة. وفي القسم الثاني - الفصل السادس - من القانون المنوّه عنه تحت وصف الأحكام المطبقة على الضوضاء، تضمنت المواد (R1336-4) (R133-12) وصف كلِّ ما هو ضوضاء، فالمادّة R1336-5 بيّنت أنه "يجب ألا يؤثر أيُّ ضجيج معين بتكراره أو مدته، على هدوء الحيّ أو صحة الإنسان في مكان عام أو خاص، وسواء كان الشخص نفسه قد تأثر أو شخص آخر، بل حتى ولو كان من قبل حيوان موضوع تحت مسؤوليتهم"⁽³⁾. مضافاً إلى ذلك أن قانون الصحة العامة الفرنسي قد حدّد نسباً⁽⁴⁾ مُعيّنة للضوضاء فيما لو تمّ تجاوزها، وذلك في الفقرة الثانية من المادّة (R1336-7) بحيث حدّدت في النهار 5

⁽¹⁾ يلاحظ الباحث أن المُشرِّع الإماراتي استخدم مصطلح الإزعاج في تعريف خاص منفرد بدلاً من الضوضاء، والحق أن الإزعاج تعبيرٌ أكثر شموليةً من الضوضاء، فالأخير يمثل إزعاجاً فقط، لكنّ الإزعاج يشمل مضايقة أو استفزازاً أو أصواتاً عالية أو روائح أو أشكالاً أخرى، فكلُّ إزعاج مصدره ضوضاء، لكن ليس كل ضوضاء إزعاجاً.

⁽²⁾ Article L1110-1 "Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels et les établissements de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes ou dispositifs participant à la prévention, aux soins ou à la coordination des soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible".

⁽³⁾ Article R1336-5 "Aucun bruit particulier, par sa durée, sa fréquence ou son intensité, ne doit affecter le calme du voisinage ou la santé humaine, dans un lieu public ou privé, que la personne elle-même en soit affectée. Origine ou était par une personne, une chose dont ils ont la garde ou un animal placé sous leur responsabilité.

⁽⁴⁾ L'aspect général d'un lieu est déterminé par la différence entre le niveau de bruit ambiant, y compris le bruit particulier concerné, et le niveau de bruit résiduel composé de l'ensemble

ديسبيل؛ أي من الساعة (7 صباحًا - 10 مساءً) و3 ديسبيل خلال وقت الليل (10 مساءً - 7 صباحًا). وفي كل ذلك يتم إجراء قياسات مستوى الضوضاء بناءً على قرار من وزير الصحة، ووزير البيئة والسكان⁽¹⁾.

مما سبق يبدو حرص المشرع الفرنسي على توفير قدر من الراحة والسكينة التي تحرص منظمات المجتمع المدني على تقديمها، فمن حق الفرد التكيّف في مكان آمن مستقر من دون إزعاج، ولا يتأتى ذلك من خلال نصوص قانونية، بل بجزاءات رادعة ليست فقط إدارية بل جزائية تبدأ من فرض الغرامات حتى الحبس، وذلك ما تضمنته المادة R1336-11 التي تُحيل في حالة عدم الامتثال للمواد السابقة التي تسبب ضوضاءً أو إزعاجاً إلى السلطة الإدارية المختصة، فيجوز للسلطة الإدارية المختصة فرض الغرامة - أي يحيلها إلى قانون البيئة الفرنسي⁽²⁾ - وما الغرامة إلا مخالفة، ومن ناحية أخرى فرض قانون العقوبات الفرنسي عقوبةً تصل إلى الحبس لكل شخص يسبب إزعاجاً أو تعكير مزاج الآخرين، وهذا ما سنبيّنه في المبحث الثاني ومكانه الآثار التي تترتب على الإزعاج.

ويبدو أن سكينة الفرد وحرص القانون على راحته وطمأنينته لم تكن واردةً في قانون الصحة العامة الفرنسي فقط، بل بمطالعة قانون العقوبات الفرنسي النافذ 1994 تضمن تجريم فعل الإزعاج عن طريق الهاتف (التليفون) في المادة (222-16R)(وأكثر من ذلك، ومع صراحة النص، بأن الاستمرار في إرسال الرسائل عن طريق الاتصالات الإلكترونية مما يؤثر على إزعاج الآخرين وزعزعة السكينة، فرض المشرع غرامةً تصل إلى 15 ألف يورو⁽³⁾ والحبس لمدة عام على كل من قام بذلك الإجراء وعكّ صفو ومزاج الآخرين⁽⁴⁾.

وتنص المادة (R16-623) من القانون نفسه على أنه: "يعاقب كل من أحدث ضوضاءً ليليةً أو إزعاجاً تزعج سلام الآخرين بالغرامة المقررة لمخالفات الدرجة الثالثة. كما يُعاقب مرتكب هذه المخالفة بعقوبة إضافية تتمثل في مصادرة الشيء الذي استخدم أو الذي أعد لارتكاب الجريمة، وبذات العقوبة كل من سهّل بطريق المساعدة والتعريض على إعداد واستهلاك المخالفة المنصوص عليها في هذه المادة"⁽⁵⁾. يلاحظ أنّ المشرع الفرنسي في النصّ

des bruits usuels, tant externes qu'internes, correspondant à l'occupation normale de le bâtiment et le fonctionnement normal des équipements, en l'absence de bruit particulier.

Les valeurs seuils d'apparition sont de 5 Aw dB le jour (7h à 22h) (1) et 3 Awd dB la nuit (22h à 7h, valeurs corrigées désignées..”.

(1) Les mesures du bruit mentionnées à l'article R.1336-6 sont réalisées selon les modalités fixées par arrêté des ministres chargés de la santé, de l'environnement et du logement.

(2) Lorsque vous remarquez que vous n'obtenez pas de matériel de t. 1336-6 à R 1336-1310, l'autorité administrative compétente peut prendre un ou plusieurs programmes préférentiels aux mesures prévues à l'article L. Environnement.

(3) تم تعديل المادة بموجب القانون رقم 2020 المؤرخ في 30 يوليو 2020.

(4) Article 222-16 code penal “Les appels téléphoniques malveillants répétés, la transmission répétée de messages malveillants envoyés par communications électroniques ou les attaques vocales dans le but de troubler la tranquillité d'autrui, sont punis d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

يمكن الحصول على نسخة من نصوص القانون عبر الموقع الآتي: www.legifrance.gouv

(5) **Article R623-2** code penal” Les bruits ou tapages injurieux ou nocturnes troublant la tranquillité d'autrui sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 3e classe.=

=Les personnes coupables des contraventions prévues au présent article encourent également la peine complémentaire de confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction.

السابق قد جرّم السلوك المسبب للإزعاج ليلاً حتى عن طريق المساعدة، فكل من سهّل عن طريق التحريض والمساعدة يُعدّ فاعلاً للجريمة طبقاً لقواعد المساهمة الجنائية. وتأكيداً على ذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها بإدانة أبٍ بصفته مشاركاً في الضجيج الليلي الذي أحدثه أبنائه بسبب حفلٍ نظّمه في منزل العائلة⁽¹⁾.

ثانياً: في القانون البريطاني

تتعمّق أسس الحماية ضد الأفعال أو السلوكيات الانحرافية بإصدار قوانين أكثر تخصصية تتفق مع سياسة المُشرّع، وتعالج الإشكاليات اللانهائية التي تتفرّع وتُسبب هذا الإزعاج. وهو ما يمكن ملاحظته في قانون حماية البيئة لعام 1990 البريطاني⁽²⁾، فينتهج المُشرّع فيه خطة أكثر تحكماً وحرصاً وتخصصاً تظهر ملامحها بوضوح في احتفاله بتنظيم العقاب الدقيق لكلّ سلوكٍ مسبب للإزعاج، فيضرب بقسوة كل حالة تكون مسببة للإزعاج سواء كانت واردة في القانون نفسه أم الحالات التي من واجب السلطة أن تبحث وتتحرى عنها لتتخذ إجراءات للوقاية منها؛ ليتسنى رفع شكوى وتقديم عقوبة مناسبة رادعة للفعل المسبب لذلك. فينظّم القانون الحالات التي تسبب الإزعاج القانوني في قسم مستقل، وكيفية التصدي أو الحد من هذا الإزعاج بالطرق القانونية، ثم اتخاذ إجراء رفع الشكوى، بل حتى حالات حصول الاشتراك طبقاً لقواعد المساهمة الجنائية. فيلتمس الباحث - بقدر ما يتفق مع مقتضيات البحث - بعض هذه الحالات والأفعال، أمّا عن طرق الحد منها ووسائل معالجتها فيكون موضوعها المبحث الثاني.

وعليه تبيّن المادة (79) مجموعة من الأفعال التي تشكّل مصدرًا للإزعاج قانوني معاقب عليه، ولم تردّ على سبيل الحصر بل على سبيل المثال، حيث تردف المادة (79) في الفقرة(هـ) قولها: "أيّ مسألة أخرى تمّ الإعلان عنها في تشريع عقابي آخر تعتبر إزعاجاً"; ويكمل: "ومن واجب كل سلطة محلية أن تبحث في منطقتها للكشف عن أيّ مضايقات قانونية، وأي حالة يقدم الشخص شكوى بسببها"⁽³⁾ ل يتم إتخاذ إجراءات أو خطوات للتحقيق فيها طبقاً للمادة (81) من القانون نفسه. وهذه مجموعة من الأفعال التي ذكرتها المادة (79) والتي تكون مصدرًا لكل ما يشكّل إزعاجاً قانونياً "statutory nuisances"، منها:

- 1- أي مبنى يكون ضاراً بالصحة أو مزعجاً.
- 2- الدخان المنبعث من أماكن العمل بشكلٍ يضرّ بالصحة ويسبب إزعاجاً.

Le fait de faciliter sciemment, par aide ou assistance, la préparation ou la consommation des contraventions prévues au présent article est puni des mêmes peines.

Arrêt de la Cour de Cassation (chambre criminelle) (1) du 26 février 2020, pourvoi n° 19-⁽¹⁾80.641.

⁽²⁾قانون حماية البيئة البريطاني لعام 1990 (ENVIRONMENTAL PROTECTION ACT 1990) وهذا

القانون يُعمل به في إنجلترا وويلز England and Wales.

⁽³⁾Article 79 of the Environmental Protection Law states paragraph (h)" any other matter declared by any enactment to be a statutory nuisance;and it shall be the duty of every local authority to cause its area to be inspected from time to time to detect any statutory nuisances which ought to be dealt with under section 80 below [F7or sections 80 and 80A below] and, where a complaint of a statutory nuisance is made to it by a person living within its area, to take such steps as are reasonably practicable to investigate the complaint".

- 3- ضوضاء ضارة بالصحة أو مزعجة وتنبعث من أو تسبب بها مركبة أو آلات أو معدات في الشارع.
4- الضجيج المنبعث من المباني بحيث يكون ضاراً بالصحة ومسبباً للإزعاج.

وهذه أشكالاً من المصادر التي تكون مسببة للإزعاج بل ومُضرة بالصحة العامة⁽¹⁾. وهذه المصادر أو الأفعال - سواء كانت في الليل أو النهار - تشكّل إزعاجاً، ممّا يتطلّب التدخّل لتقليل أو لحد منها، وما يمكن ملاحظته أنّ الإزعاج القانوني المعاقب عليه لا يتعلّق فقط بأصوات مزعجة ليلاً، بل يحرص المشرّع على فرض جزاء يصل أحياناً إلى الحبس في كلّ ما يعكّر صفو الأفراد ويؤثّر على حياتهم، ويمكن أن نسترشد بقضيّة في هذه المناسبة تتلخّص وقائعها في أنّ هناك شخصاً يدعى (Benjamin) وهو متضرّر بشدة بسبب وقوف عربات المدعى عليه أمام المقهى الخاصّ بالمدعى لأغراض التجميل وتفريغ البضائع، ولوقت طويل، ممّا تسبّب في ضيق الشارع وإزعاج الطريق العامّ وحجب النور عن طريق هذه العربات، ممّا اضطر المدعى إلى تكبّد النفقات للحفاظ على أضواء الغاز مشتعلة طول اليوم، مضافاً إلى ذلك رائحة الخيول، وهذا كله يسبب إزعاجاً عاماً وخاصّاً، ممّا دعا المحكمة إلى التدخّل وفرض جزاءً؛ تعويضاً لما جرى⁽²⁾.

ثالثاً: القوانين الأنجلو سكسونية والإزعاج العام والخاص

يميّز المشرّع في الدول الأجنبية ما بين الإزعاج الخاصّ والإزعاج العامّ، فالأول هو كل ما يمسّ بالشخص في ممتلكات؛ أي حدوده الخاصة، وهذا هو منشأ الضرر للإزعاج والتي دعت الحاجة إلى حماية حق ملكية الأفراد؛ في حين أنّ الإزعاج العامّ ينطوي على التدخّل في حق عام مشترك بالتساوي بين أعضاء المجتمع، مثل حق المرور على الطريق السريع العام، ومن الممكن لأيّ شخص أن يرفع دعوى إزعاج عامّ عندما يكون قد تضرّر من حالة إزعاج خاصّة، ليميّز الخسارة التي لحقت به عن باقي المجتمع - كما مضت الإشارة إليه في القضية أعلاه. أمّا الإزعاج الخاص فهو "حالة متكررة أو مستمرة فتسبب تدخل كبير وغير معقول في حدود الفرد" فقد تؤثّر هذه التدخلات بشكلٍ جوهريّ عليه أو على التمتع بهذه الملكية، مثل: الروائح الكريهة، أو الضيق العاطفي، وغيرها من الأمور غير المباشرة⁽³⁾. وما يمكن قوله، أنه في العصور القديمة كان ثمة تمييز ما بين الإزعاج العام والخاص، بحيث يعدّ الأول جريمة والأخير ليس كذلك؛ لأنّ الإزعاج العام كان يُعاقب عليه بصفته عملاً لا يبرّره القانون، ومن ثمّ يعكّر ويزعج صفو الآخرين، وهو ما دعا جانباً من الفقه إلى القول: الإزعاج العامّ هو جريمة، وهو ما يكون فيه الشخص مذنباً بارتكاب إزعاج عامّ بحيث يشترط فيه: 1- أن يقوم بعمل لا يبرّره القانون. 2- التجاهل لواجب قانوني، فيما لو أثر هذا الفعل أو الامتناع (الإغفال) وعرض حياة وصحة أو ممتلكات أو راحة الأفراد للخطر أو إعاقة الجمهور في ممارسة والتمتع بحقوقهم⁽⁴⁾.

وفي تقرير صدر عن اللجنة القانونية (LC) عام 2015 بعنوان: تبسيط القانون الجنائي entitled Simplification of Criminal Law تحت وصف الإزعاج العام وإثارة الآداب العامة⁽⁵⁾، أوصت اللجنة بأن الإزعاج العام وإثارة الآداب العامة جرائم قانونية.

(1) Article 79 of the Environmental Protection Law under the description " Statutory nuisances and inspections therefor".

(2) Benjamin v Storr (1874) LR 9 CP 400.

(3) Matthew Mazenier, the law of private nuisance following Wu: emanation and access, Submitted for the LLB, Faculty of Law, Victoria University of -Wellington- 2013, p.4&5.

(4) Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice (Thomson Reuters, 2016), para 31-40.

(5) Law Commission, no 358 (LC 358).

ومن جانبٍ آخر، هناك رأيٌ يذهب إلى إلغاء جريمة الإزعاج العام وعدم العقاب عليها؛ لأنها لا تعدُّ إزعاجًا عامًا بالمعنى الحرفي للكلمة، فيمكن المُعاقبة عليها - فيما لو وقعت - بنصِّ عقابيٍّ آخر مثل إعاقة الطرق السريعة، أو بيع الخبز الفاسد. ويكمل الرأي: إن حقيقة عدم إلغائه هو أنَّ تاريخها مشوش للغاية وممتدُّ إلى فترة بعيدة، ويعتمد الكتاب القانونيون - بل حتى المحاكم - في تعريفهم للإزعاج العام على تحليل هوكينز (Hawkins)⁽¹⁾، أي بمعنى أنَّ الإزعاج العام هو من صنع الكتاب القانونيين بحيث كان ذلك في العصور المبكرة، فكانت المضايقات - أي الإزعاجات - محددة، فمن غير الواضح فيما إذا كانت هناك جريمة تتمثل في الإزعاج العام، ولهذا فإنَّ مصدر الإزعاج العام مشكوك فيه، ويضيف: إن هذه الإزعاجات كانت منها حالات قليلة وتم تجاهلها، والتغاضي عن المراسيم الخاصة بالمدينة من زمن إدوارد الأول (1272-1307) وربما كانت تشريعات سابقة لكنها ضاعت، لذلك لا يوجد دليلٌ على أنَّ هناك مضايقاتٍ قانونيةً تندرج تحت وصف الإزعاج العام باستثناء ما نصَّ عليها (هوكينز) من بعض الحالات.

وفي وصفه Hawkins' Packaging للإزعاج العام في عام 1716، تضمَّن القانون العام جرائم، منها:

- 1- رفض صاحب النزل العام توفير منزل للمسافر وإقامة.
 - 2- إدارة منزل غير منظم (بيت دعارة)، وهذا لا يتطلب إثبات إزعاج للأفراد. وشمل هوكينز:
 - 3- البيوت التي تمارس فيها الألعاب، والمسارح. والبيوت التي تؤوي اللصوص والمومسات.
- على الرغم من نقل بعض هذه الحالات إلى تشريع خاصٍ منظمٍ لها، كرقم (2) و(3) والجرائم الأخرى، فقد تمَّ التأكيد على أنها "إزعاجات" بحسب قانون شرطة العاصمة.

ويخلص الرأي إلى أنه: كانت نتيجة هذا الالتباس والغموض أنَّ الإزعاج العام أصبح "من المهملات" 'ragbag' كجريمة كتب فيها القانونيون، إذ هم أ- فشلوا في فصل المضايقات القانونية عن القانون العام. ب- لم يميِّز الإزعاج العام عن الجرائم الأخرى مثل أصحاب النزل العاديين، أو إدارة بيوت غير منظمّة (بيوت دعارة) أو المعاملة غير المشروعة للموتى، وهكذا أصبح الإزعاج العام - ولا يزال - من أكثر الجرائم المُربكة في الوجود، وأمَّا عن تقرير (LC) الذي مضت الإشارة إليه، فكانت الإعاقة بأنهم اختصاصهم كان فقط للنظر في الإزعاج العام وليس جرائم القانون العام، ويجب إلغاء الإزعاج العام؛ للأسباب التالية:

- 1- إلغاء الجرائم ذات الصلة: وهي الجرائم المُتعلِّقة بـ أ- رفض صاحب النزل الطعام والسكن. ب- إدارة بيوت غير منظمّة.
- 2- المعاملة غير المشروعة للموتى، وهذه بعض الأفعال التي تمَّ تصنيفها على أنها مضايقات عامّة والتي لا تتطلب أيَّ دليل على الإزعاج.
- 3- إثارة الفوضى العامّة.

فإذا ما تمَّ وضع (1) و(2) فلا داعي للإبقاء على جريمة إزعاج عام؛ لأنَّ هذه الأفعال تصبح مغطاة بالتشريع، وهي أفعال مُعادية للمجتمع، وهو الحل لفلِكِّ الالتباس ما بين الإزعاج العام وجرائم القانون العام، ولا داعي للعودة مرة أخرى لهذا الالتباس والتداخل الكبير ما بين الأفعال. ويختم الرأي قوله بضرورة إلغاء الإزعاج العام؛ لأنَّ هذه الأفعال الآن مشمولة بالتشريع⁽²⁾.

(1) W Hawkins, A Treatise of Pleas of the Crown (1st ed, 1716-21; last ed 1824.

(2)Graham McBain, Abolishing the Crime of Public Nuisance and Modernising That of Public Indecency, International Law Research; Vol. 6, No. 1; 2017, p8.

يتضح أنه في القوانين الأنجلو سكسونية لم يتم التركيز على أو ذكر جريمة الإزعاج العام للأفراد، وهذا لا يبدو أمرًا مفاجئًا؛ بسبب التركيز على أمور أخرى بشكل كبير، كالقتل والسرقة والضرب، وأيضًا لأن عدد السكان كان حينذاك قليلًا، وكانت القوانين مُحدّدة ووقائية، ولذلك كان المكان ضئيلاً أو لا مكان لجريمة عامة من الإزعاج العام. قصارى القول إذًا فيما جمعه (هوكينز) تحت مفهوم الإزعاج المشترك "common annoyance" أنه يمكن القول: إنَّ هناك أمثلة فردية للإزعاج العام كإدارة بيوت غير منظمة أو بيوت اللعب المشتركة، وكذلك الحيوانات التي جعل القانون الشخص مسؤولاً عن الضرر الذي ألحقه الحيوان بمباني شخص آخر، واقتحام الخنازير لمنج الأشجار والطرق السريعة وعرققتها سواء أكانت للملك أم خاصّة، وسواء كانت قوانين وليام في عام (1066) التي لم يرد فيها شيء عن الإزعاج، أم قوانين هنري (1113)، أم قوانين لندن في عام (1189) التي كانت تباع فيها المواد الغذائية والمشروبات والمنتجات والخبز الفاسد، مما دعا إلى تنظيم ذلك، بحيث أصدر الملك ريتشارد الأول (1189) تدابير كانت شكلاً من أشكال التشريع ليتم وضع حدٍ لهذه المضايقات كاللقاء القمامة والأصوات المزعجة مما كان مصدر إزعاج، وفي عهد ماغنا كارتا MAGNA CARTA عام 1215 كانت أحد أهم المضايقات التي تسبب إزعاجاً عاماً هو وضع السدود السمكية "مصائد الأسماك" التي تُعرق وتُعوق الملاحة البحرية، والتي تم إزالتها في نفس العهد في الفصل 33 الذي جاء فيه: "سيتم إلغاء جميع المضايقات- الإزعاجات- في المستقبل تماماً من النهر تايمز ومدواي، وفي جميع أنحاء إنجلترا، باستثناء شاطئ البحر"⁽¹⁾. وفي كتاب براكتون⁽²⁾ (العيون ونظام ويلز) " (BRACON (c. 1240) EYRES & STATUTE OF WALES 1284 الذي تكلم حول قوانين وأعراف إنكلترا، عدّد بعض مصادر الإزعاج، وأشار إلى وجود بعض المضايقات والإزعاجات بحيث كانت ضارّة - لكن ليست خاطئة - ومثال ذلك: وضع طاحونة في ملك الغير، والمجرى المائي الذي لو تمّ تحويله لسبّب تلفاً لدباحد الجيران، والحق في رعي الحيوانات، والصيد وما إلى ذلك، ومن هذا يظهر أن "براكتون" قد ميّز ما بين الإزعاج العام والإزعاج الخاص⁽³⁾.

خلاصة الأمر: أنّ السلوك المشكوك منه كان ذا تنوع عجيب، وقد عدت مسألة إلغاء الإزعاج العام - لما لها من التباس وغير واضحة - ضرورةً ملجئةً في تلك الحقبات؛ كونها تشترك مع جرائم القانون العام، بما في ذلك إقامة مصنع في مكان مُخصّص لمساكن الأفراد، أو الحفاظ على كلب شرس، وإبقاء الخنازير بالقرب من شارع عام وإطعامها من بقايا الطعام، كما غطت انبعاثات الدخان والضوضاء وضجيجها والروائح من المصانع والمناجم.

(1) "All kydells for the future shall be removed altogether from Thames and Medway, and throughout all England, except upon the sea shore".

والهدف من هذا الحكم هو إزالة جميع العوائق التي قد تتداخل مع ملاحه من الأنهار، ولأنّ الممرات المائية هي السبل الكبرى للتجارة، وبوجود هذه المعرقلات سيعاني سكان المدن من الخسارة.

(2) يعد براكتون أو هنري دي براكتون من فقهاء القانون، وكان من المؤثرين في تلك الفترة لبيان تقسيم المحاكم والوقوف على القصد الجنائي لدى مرتكب الفعل - أي النية - حيث عمل كقاضٍ، وكان رجل دين، ولديه العديد من المؤلفات القانونية. تفصيلاً: Bracton, n 24 على موقع <https://en-m-wikipedia-org>

(3) قد تكون بعض المضايقات - أي الإزعاجات - ضارّة وخاطئة، وبعضها الآخر ضار وليس خاطئاً، فيجب لتقديم الشكوى "شكوى إزعاج" معرفة ما إذا كان الضرر الحاصل ضاراً وغير مشروع، فإن كان كذلك وجب إزالته، أمّا إن كان خاطئاً بل كان ضاراً فيجب مراعاته.

See: D Ibbetson, A Historical Introduction to the Law of Obligations (OUP, 1999) (1), pp 98-106.

وبعد كل هذا التجوال المقتصر على طبيعة الإزعاج العام وتأصيله يبدو أنّ المسألة قد تمّت معالجتها من خلال نصوصٍ أو لوائح تنظيميةٍ لحظر ما يتمُّ اعتباره إزعاجاً عاماً، ومثال ذلك: قانون حماية البيئة لعام 1990 الذي مضت الإشارة إليه، وقانون الكلاب الخطرة لعام 1991، وغيرها من القوانين والنصوص التنظيمية الأخرى، كلائحة مدينة أمهرست في أوهايو⁽¹⁾، والغرض منها هو حماية الصحة وسلامة ورفاهية سكان المدينة بفرض المسؤولية على المالكين وغيرهم من الأشخاص على المضايقات والإزعاجات التي تسببها التجمعات الصاخبة، إلى أن انتهى الأمر في مجلس اللوردات في "ريمينغتون"⁽²⁾ Rimmington إلى أنّ أكثر أنواع الإزعاج العام شيوعاً تخضع لنصّ قانونيٍّ، ومن الأفضل محاكاة السلوك بقانون تشريعيٍّ خاصٍّ أفضل من القانون العام؛ لأنه يحدّد طريقة المحاكمة والعقوبة القصوى مع الضمانة للمتهم، والتي كانت غائبة في القانون العام.

ولكلّ ذلك، لكي يحدث الإزعاج - سواء أكان عاماً أم خاصاً - يفترض أن يكون هناك حركة دافعة عضوية لتحدث الأثر، وتلك الحركة تميزها عن الأحجام، ولا بد أن تكون مصحوبةً بإرادة أو قصد، ليستحق الجزاء بصورته: العقوبة أو التدابير الاحترازية. وهذا هو موضوع المبحث الثاني.

المبحث الثاني

مقومات تجريم الإزعاج الليلي

تمهيد وتقسيم:

كلما كان النظام السياسي في الدولة مستقرّاً ومتناسكاً ومتعاوناً، فسيؤدي دوره بكفاءة ووظائفه بحرفية، فهنا لا مجال لأيّ شكل من أشكال الانحراف أو التجاوز والتداخل ما بين أجهزة النظام، ولا يتأتى هذا التكامل والانسجام إلا من خلال تبني سياسات جنائية، بل وإدارية؛ لغرض مكافحة مقومات أية جريمة، فالمشرّع مطالب بأن يتحقّق من مخاطر التجريم والعقاب قبل استجلاء منفعتهم⁽³⁾، فكلما تمّ الخروج عن الضوابط تولدت جريمة، ومثالها: بحثنا الحالي وهو: الإزعاج القانوني (الليلي) مسببة تجاوزاً وخطراً وضرراً على المصلحة المحمية التي يسعى المشرّع لحمايتها جنائياً، فيستعين - أي المشرّع - ببعض الأدوات والمعارف من قانون العقوبات والفروع القانونية التي تكون أكثر انسجاماً؛ لغرض مكافحة الانحرافات التي قد تحصل، وتوقيع الجزاء المناسب، وهذا ما يلقي أيضاً على عاتق المشرّع معرفة أسبابها ووسائلها وأهدافها؛ من أجل صياغة قانونية في قالب تجريبي ممزوج بالحماية - من ناحية السلوك والجزاء المناسب - وبعبكسه يؤدي إلى جمود وشلل والقفود عن التطور وعدم الموافقة بمتطلبات المجتمع، فتمهيد دعائمه تدريجياً.

ولغرض بيان ذلك، لا بدّ من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول: نبين فيه أركان جريمة الإزعاج الليلي، والثاني: بيان الآثار التي تترتب على ارتكاب جريمة الإزعاج.

(1) NUISANCE HOUSE(ATM - April 28, 2008 – Art. 40)⁽¹⁾ لائحة مدينة أمهرست

يمكن الحصول عليها وغيرها من اللوائح عبر الموقع الإلكتروني: <https://www.amherstma.gov/>

(2) P Thornton, The Law of Public Order and Protest (2010).

(3) د. محمد التغدويني، واقعية السياسة الجنائية من منظور التشريع الجنائي المغربي، مجلة البحوث، المغرب، العدد

الثامن، ص 247 وما بعدها.

المطلب الأول

أركان جريمة الإزعاج الليلي

لا بدّ لقيام أية جريمة من أن تتوافر لها ثلاثة أركان - وهذه هي الصورة العامّة - ما يحظر القيام بهذا السلوك أو الفعل؛ وهو نص التجريم (الركن الشرعي)، ولا يمكن أن تقع الجريمة إلا بسلوك - سواء أكان إيجابياً أم سلبياً - وهذا هو الشيء المادي الملموس (الركن المادي)، ليكمل هذه السلسلة علم وإرادة مرتكب الفعل (الركن المعنوي)، إذ الأصل أن يتحلل الركن المادي إلى تركيب خاص يتلاءم مع طبيعة الجريمة وخصوصياتها - أي جريمة الإزعاج القانوني- وذلك ما يظهر جلياً في كل سلوك يمارسه شخص عن طريق الإضرار بالمصلحة. وبناءً على ذلك يمكن تقسيم المطلب إلى فرعين؛ الأول: بيان الركن المادي، والثاني: الركن المعنوي، أما الركن الشرعي - وهو نص التجريم - فقد مضت الإشارة إلى بيان نصّ الفعل وتكييفه القانوني.

الفرع الأول

الركن المادي

يفترض أن المُشَرِّع ملتزم بمبدأ مادية الجريمة، ذلك المبدأ الذي يهيمن على نصوص التجريم والعقاب، وهو ما يعني أنه: لا جريمة دون سلوك مادي، قوامه - أي الركن المادي- السلوك (الفعل) والنتيجة في جرائم النتيجة، وصلة السببية التي تربط ما بين السلوك المؤثم والأثر المترتب عليه.

أولاً: السلوك الإجرامي في الإزعاج الليلي

هو النشاط الذي يُعد وسيلة لارتكاب الجريمة، إما لتحقيق نتيجة - كما في جرائم الضرر- وإما لأن السلوك لذاته ينطوي على ضوء من الخطر فيجرمه المُشَرِّع لذاته.

ويتمثل في الإخلال والانتقاص والإضرار بركيزة أساسية محورها الحقوق والحريات، فهو كلُّ عدوان على حقّ يحميه المُشَرِّع بنص القانون، وتظهر ملامحه فيما لو ارتكب الجاني أصواتاً صاخبة وضوضاء شديدة مسببة إزعاجاً وتعكيراً لصفو الأفراد⁽¹⁾، كما لو قام باستعمال مكبرات الصوت لعرض سلعة مثلما يفعل الباعة المتجولون، أو إذا استعملها الفاعل في الطريق العام للدعاية عن الانتخابات مثلاً أو حتى في عزاء أو حفلة زفاف وخلالها لو قام بإطلاق النار ابتهاجاً واحتفالاً بتلك المناسبة. فيتشكل السلوك في جريمة الإزعاج الليلي - بأحد الطرق المبينة في المادة (4) من قانون السيطرة على الضوضاء العراقي، فجوهر السلوك هو الانحراف والتجاهل على القانون والافتئات عليه وعلى مبادئه وأحكامه، فتعبير "الاعتداء على صحة الإنسان وهدوء الحي" هو ما يكشف اتساع أنماط السلوك، فيعترض المصالح للأخطار والأضرار، وهو ما يتعين الحماية ضده⁽²⁾، وقد كان قانون الصحة العامّة الفرنسي بيّن صوراً وأنماطاً عديدة تقع بها الجريمة⁽³⁾. وما يهمُّ هو ارتكاب هذا السلوك ليلاً، وإزعاج وتعكير صفو الأفراد بأيّ وسيلة أو طريقة مسببة لذلك الإزعاج.

⁽¹⁾المادة (4) من قانون السيطرة على الضوضاء العراقي، حيث حددت الحالات التي تعد وسيلة مسببة للإزعاج، والتي وردت على سبيل المثال، إذ قد تحصل حالات أو وسائل أخرى مسببة للإزعاج.

⁽²⁾ mars 2016, N° de pourvoi: 8 Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 15-83.503.

يمكن الحصول على الحكم وغيره من الأحكام عبر الموقع الإلكتروني: www.legifrance.gouv

⁽³⁾ Voir article R1337-7.

وفي هذا الصدد، يلاحظ الباحث أن السلوك الإجرامي في جريمة الإزعاج الليلي لا يجب أن يوضع في قالب جامد غير مرن أو يُنسب إلى الجرائم التقليدية التي تحفل بها المدونة العقابية، بل هو سلوك مرن متطور كلما كشف الواقع عن انحرافات يرتكها الشخص، ولذلك ينص المُشرع في قانون حماية البيئة لعام 1990 البريطاني - كما سلف البيان - على أنه من واجب كل سلطة محلية أن تفحص منطقتها من وقتٍ لآخر للكشف عن مضايقات - إزعاجات- قانونيةٍ ليجب التعامل معها طبقاً للقانون⁽¹⁾، فكلما زادت المقومات المسببة للإزعاج اتخذ السلوك مساراً متنوعاً، مما يمكن معه حصول صور جديدة يجب الاهتمام بتجريمها في صلب القانون؛ نظراً لخطورتها.

وما سبق قوله يكون في جانب السلوك - تحديداً الفعل الإيجابي-، والذي يتمثل في القيام بحركة أو مجموعة من الحركات عضوية إرادية تُحدث تأثيراً في العالم الخارجي⁽²⁾، لكن هل يحدث وتقع جريمة الإزعاج في حالة الامتناع؟ الذي يمثل الإحجام عن القيام بالحركة المتطلبية في الفعل الإيجابي، ورغم ذلك قد تحصل النتيجة الإجرامية، وذلك هو الصورة الأخرى من السلوك، وهو الجانب السلبي.

بدايةً، الامتناع هو الإحجام أو الترك، سمّه ما شئت، فكلها مصطلحات لا تغيّر من مضمون الفكرة، فمثلاً يقع الفعل بالإيجاب يقع أيضاً بالسلب ليكون صالحاً لحصول النتيجة، وتحصل صورته عندما يمتنع الشخص عن القيام بالتزام أو واجب يفرضه عليه القانون أو الأنظمة والتعليمات، فيخالف الممتنع التنظيم البيئي المعمول به، فعلى سبيل المثال: امتناع صاحب الشيء المسبب للإزعاج عن إصلاحه، فقائد السيارة الذي يمتنع عن إصلاح آلة التنبيه التي تسبب صوتاً مزعجاً مستمراً والتي له السيطرة عليها⁽³⁾، وكذلك امتناع صاحب قاعة الحفلات عن وضع مضادات للصوت، تعدُّ أسباباً للإزعاج قائمة على الترك أو الإحجام، وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف في فرنسا بعدم وجود تلوث ضوضائي مسبب للإزعاج، والذي ينتج عن صالة البولينغ، حيث امتنع صاحب الصالة عن وضع مضادات للتقليل من الأصوات التي تسبب الإزعاج لراحة السكان، وكذلك عدم اتّخاذ الإجراءات اللازمة لتنظيم وقوف السيارات⁽⁴⁾. ويفهم العدم بأنه امتناع، فما يهم أنه يمكن تأويل الامتناع على أنه اعتداء على مصلحة قانونية محمية، فالمُشرع هنا يعتبر أنه حتى ولو كان هناك امتناع فهو موقف سلبي يمثل عدواناً صريحاً على قيمة أو حق أو مصلحة قانونية، والتي بها وضع المُشرع نصّ التجريم.

(1) Environmental Protection Law of 1990 Article (79) (1) Paragraph(h) (1) “any other matter declared by any enactment to be a statutory nuisance;and it shall be the duty of every local authority to cause its area to be inspected from time to time to detect any statutory nuisances which ought to be dealt with under section 80 below and, where a complaint of a statutory nuisance is made to it by a person living within its area, to take such steps as are reasonably practicable to investigate the complaint.

(2) د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات - القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 340.

(3) د. محمد حسن الكندري، المسؤولية الجنائية عن التلوث البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 33.

(4) Cour Administrative d'Appel de Nantes, 17/06/2011, N° 09NT01927, Inédit au recueil Lebon

ومن الجدير بالذكر أنّ المحكمة قد ألغت القرار واعتبرت صالة البولينغ لم تسبّب إزعاجاً، حيث تقدّم خبير من قبل المحكمة لقياس منسوب مستوى الضوضاء، وتبيّن أنه لا يصل لمرحلة المضايقة أو التعدي على هدوء وراحة الأفراد. لكن ما يهم أنه من المتصور أن يحدث الاعتداء على المصلحة سلباً؛ أي بالامتناع، مثلما يحصل بالفعل الإيجابي.

الفرع الثاني الركن المعنوي

من حيث الأصل: أنّ الجرائم محورها العدوان، وهو ما يتمثل في الاعتداء على القيم والمصالح ومن ثم الانتقاص والحرمان والإضرار منها في صورة خطايا جنائية، بينما الاستثناء على هذه القاعدة هي الجرائم غير العمدية، فهي مجرد سلوكيات ضارّة أوجب المشرّع الحيطة والحذر منها، ويلزم لتوافر العناصر الكاملة للركن المعنوي - من علم وإرادة- أن تتوافر كافة مقوماته لدى مُرتكب الفعل، فيجب اكتمال توجه الإرادة إلى ارتكاب السلوك ومنسجماً مع العناصر ليحدث الآثار الجنائية⁽¹⁾.

أولاً: جوهر القصد الجنائي في الإزعاج الليلي

ويتحصل ذلك في العلم والإرادة الكاملتين اللتين تتجهان إلى العدوان والمساس بالنظام، وهو ما يظهر في تدخّل الجاني بالانحراف بصورة إرادة واعية متبصرة لتغليب مصالحه الشخصية على المصالح العامّة.

أ- دور العلم في جريمة الإزعاج الليلي

فيجب أن يعلم مسبب الإزعاج أنه ما يقترب من فعل أو امتناع من شأنه أن يشكل مكونات السلوك في الجريمة محل البحث. فجوهر العلم هو الوعي بحقيقة الأشياء والوقائع، ويمدّى صلاحية النشاط الذي ارتكبه، فهو يعلم أن الفعل الذي يقوم به غير مشروع، مع علمه بأن القانون يُعاقب على هذا الفعل⁽²⁾، كعلم الجاني باستعمال مكبرات الصوت للترويج عن بضاعته خصوصاً في أوقات الليل، أو إقامة الحفلات والمراسيم، وكذلك إقامة مشروع صناعي في منطقة سكنية، فيعلم مسبب الإزعاج بأن سلوكه - إيجابياً أو سلبياً - مصدر إزعاج وإفلاق لراحة الأفراد. وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بأن "القصد الجنائي لا يستنتج استنتاجاً، بل يعتمد على أدلة ووقائع ثابتة"⁽³⁾، أي بمعنى أن العلم لا يمكن افتراضه، بل يجب أن يكون علم الجاني علماً يقينياً لا ظنيّاً ولا افتراضياً لكي يمكن مساءلته.

وفي هذا الصدد قرّرت محكمة الاستئناف في المملكة المتحدة إلغاء إدانة المدعى عليه، حيث لم يكن يعلم أو كان يجب أن يعلم عواقب فعله، فلم يقصد أن يخرج الملح من الظرف ولم يكن لديه العلم بذلك، مما تسبّب بإزعاج عام، فما بهمّ هو عدم علم المدعى عليه بذلك وبما ستؤول الأمور⁽⁴⁾.

(1) د. رمسيس بهنام، فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية في النظرية العامة للجريمة والعقاب، مجلة الحقوق للبحوث العلمية والاقتصادية، الإسكندرية، السنة السادسة، العدد 1-2، 1954، ص 51.

(2) د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة في قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 440.

(3) محكمة التمييز الاتحادية، جزائي، بتاريخ 2014/7/24، رقم الدعوى 68/كمركية/2014.

(4) حيث تتلخّص وقائع القضية في شخص يدعى غولدشتاين - وهو يهودي متشدد - أرسل شيكاً إلى صديق له يدعى إبراهيم، ووضع الشيك في مظروف، وأدرج فيه كمية صغيرة من الملح؛ من أجل المزاح معه، حيث كانت تربطهم علاقة صداقة قديمة، وتبين من المحاكمة أن السيد إبراهيم دافع قائلاً: لو وصل الظرف إليه مغلقاً لاعتبر كذلك، لكن لم يصل إليه الظرف، إذ يبدو أثناء الفرز لدى عامل البريد تسرّب بعض الملح الذي كان قد خشي من أن يكون جمرة خبيثة، فتم إلغاء الإرسال ثاني يوم واستدعاء الشرطة، مما سبب إزعاجاً بسبب فعلته، وعند التفتيش تبين للشرطة أن المادة فعلاً ملح، فدفع السيد غولدشتاين بأنه غير مذنب ولم يكن يعلم بما ستؤول إليه الأمور.

R v Rimmington; R v Goldstein [2005] UKHL 63; [2006] 2 All ER 257.

ب- عنصر الإرادة في الجريمة

مؤدى ذلك أنه ينبغي أن يكون النشاط المكوّن للركن المادي إراديًا، أي صادرًا عن إرادة إنسانية قائمة، فالإرادة هي العنصرُ الجوهرِيُّ في القصد الجنائي، وعنصر لازم في جميع أنواع الجرائم سواء أكانت عمدية أو غير عمدية، بل حتى سواء كانت الجريمة من جرائم السلوك المجرد (الجرائم الشكلية) أم جرائم الضرر (المادية) فيشترط أن تتوافر إرادة النشاط، وهي المرحلة الختامية في النشاط النفسي، فانعقاد العزم والتصميم لتحقيق العدوان على الإخلال بالمصلحة يجب أن يكون بإرادة، فلو ثبت أن السلوك - إيجابيًا أو سلبياً - لم يكن إراديًا فإن عدم إراديته ترجع إلى فرضين: إما انتفاء الإرادة بسبب القوة القاهرة أو الإكراه المادي، فالشخصُ أو الجارُّ الذي كان يشاهد التلفاز حدث وأن أغمي عليه وترك الجهاز مفتوحًا مما سبّب ضوضاء وإزعاجًا شديدًا، حتى هذه اللحظة لن ننسب إليه إزعاجًا قانونيًا؛ لأنه بالرغم من أن السلوك وما صدر عنه هو السبب ولكنه لم يكن إراديًا، فيجب أن تتجه إرادة مسبب الإزعاج إلى إحداث السلوك مع ما يترتب عليه من نتائج، فالبايع المتجول أو مقيم حفلات المنازل ليلاً - على سبيل المثال - يكون على علم ودراية بما يفعله سلوكه وما سيؤول إليه من نتائج كضرر أو إخلال بمصلحة خاصّة أو عامّة⁽¹⁾، ويجب أن تكون إرادته متجهة إلى إحداث ذلك، وما عدا ذلك ينفي الركن المعنوي.

وانطلاقًا من التصوّر السابق، ترشد الإرادة عن درجة القصد؛ إذ تصبح معيارًا للتفرقة فيما لو أراد الجاني النتيجة فنكون بصدد جريمة عمدية تصل لدرجة اليقين، أمّا إذا أراد الفعل دون النتيجة أو الأثر كنا بصدد جريمة غير عمدية درجتها حدُ الإمكان كما يقال له أحيانًا: الخطأ غير المقصود⁽²⁾، وهكذا يتصور أن تقع أو تُرتكب جريمة إزعاج قانونيٍّ بمسارات ومستويات متنوّعة.

أولاً- درجات الإرادة تترجم صورة القصد

تحصيل ذلك: عندما يأتي مسبب الإزعاج السلوك - فعلاً أو امتناعاً - ولا يريد تجسيد النتيجة، إذن يتصوّر أن تحصل جريمة مثل الإزعاج في صورة خطأ غير عمدي، وذلك فيما لو ارتكب السلوك دون حيطة أو حذر، وهو ما يلزم بتوافر الخطأ في فعله⁽³⁾. فلو كان شخص يعزف باستمرارٍ أغنية معينة وبصوت عالٍ دون أن يقصد الضررَ بالجار أو من حوله فالنتيجة هنا منتفية، والبايع المتجولون وأصحاب المولدات والمصانع ومن في حكمهم أرادوا السلوك لكن لم تنصرف نيتهم إلى حصول الضرر، فالبايع المتجول هو يعلم وإرادته أنّ ما يفعله يُحدث إزعاجًا للأفراد، لكن لم تكن لديه النية أو الإرادة لتجسيد النتيجة، وهو الضرر بالأفراد، ويتمثل ذلك بعدم الاحتراز أو مراعاة القوانين والأنظمة والتعليمات⁽⁴⁾. فاستعمال مكبرات الصوت في الطرق العامّة - خصوصًا في الليل - يعد فاعله مرتكبًا إزعاجًا في صورة خطأ غير عمديٍّ في صورة عدم الاحتياط. وقد يتجسّد في صورة الإهمال، وهو موقف سلبى يتمثل في عدم

(1) د. دينا عبد العزيز فهمي، الحماية الجنائية من التلوث الضوضائي، المرجع السابق، ص 25 و 26.

(2) د. مصطفى كامل ياسين، شرح قانون العقوبات العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، 1949، ص 182؛ د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 350؛ د. سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 441.

(3) تنص المادة (35) من قانون العقوبات العراقي على أنه "تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالاً أو رعونةً أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والتعليمات".

(4) د. محمود نجيب حسني، الخطأ غير العمديّ في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 503.

أخذ التدابير والاحتياطات لتفادي وقوع الفعل، ومثاله: امتناع (إهمال) صاحب القاعات وضع مضادات لتقليل درجة الأصوات. وقد حدث في قضية تتلخص وقائعها في أنّ شكوى المدعين المالكين لمزرعة خاصة لتربية المواشي وركوب الخيل والاستمتاع بذلك، حيث أقام المدعى عليهم خط أنابيب للغاز الطبيعي ما بين مقاطعتين، وبعد وقت قصير من تشغيل محطة الضغط اشتكى المدعون من هدير المحركات المستمر، حيث تمّ وصفه بأنها ضوضاء عالية جداً، وقررت المحكمة العليا في تكساس بأن شرط قيام المسؤولية أن يكون الإزعاج متعمداً، وهو ما يجب أن يُثبت النية في إلحاق الضرر، وذلك ما يتحدّد بمفهوم العلم - الذي مضت الإشارة إليه - فإذا وصل لدرجة اليقين نكون بصدد قصد جنائي بصورته المباشرة، وإذا لم يصل لدرجة اليقين نكون بصدد خطأ غير عمدي، وذلك ما قرّرت المحكمة العليا، حيث يحتاج المدعي إلى أن يُثبت أنّ المدعى عليه قد تصرف بإهمال، حيث لم يتخذ السلوك الذي كان يجب اتّخاذه، وانتهى قرار المحكمة إلى عدم وجود أدلة كافية يمكن الاستناد إليها في العثور على مصدر إزعاج بسبب الإهمال⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على الإزعاج الليلي

بمفهوم الجزاء: متى ما عدّ السلوك - من الواجهة التشريعية - عدواناً على حق أو مصلحة يحميها القانون، فلا بدّ من التدخّل وفرض الجزاء المترتب عليه في صورته: العقوبة، والتدابير الاحترازية، فالأثر ما هو إلا ردّ فعل اجتماعي لما خلفه السلوك من إضرار وانتقاص للحقوق عامة أو خاصة على حدّ سواء. ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول نبيّن فيه الإجراءات التي تُتخذ للحد من الإزعاج، والثاني نتناول فيه العقوبة المترتبة كأثر على الإزعاج، وذلك كما يلي:

الفرع الأول

الإجراءات المتخذة للحدّ من الإزعاج الليلي

ممّا لا شكّ فيه أن وضع حدّ لمصدر الإزعاج أو مسببه لا يعني انتهاءه، بل التقليل منه في صورة تدعو إلى الخفيف ومراعاة قيم الإرشادات واللوائح ثم القوانين، فالهدف المرجو من إدارة الضوضاء - المسببة للإزعاجات - هو الحفاظ على مستويات منخفضة من التعرّض للضوضاء، بحيث تتمّ حماية صحة الإنسان ورفاهه، ولا يتأتى ذلك إلا بتطوير معايير للحدّ من مستويات التعرّض للضوضاء، مع ضرورة تعزيز هذه المعايير والسيطرة على مصادر الضوضاء كجزء من برنامج الحصة البيئية، والحق أنّ هذا لا يتحقق دائماً، إذ بدون إطار سياسي ملائم وتشريعات مناسبة، من الصعوبة بمكان الحفاظ على برنامج فعال أو ناجح لإدارة الضوضاء.

ومن المكونات الحاسمة لوضع حدّ من الإزعاجات هو: أولاً: تعيين المصدر المسبب له، ومثاله: حركة المرور، السكك الحديدية القريبة من المناطق السكنية، المطارات، وداخل المناطق السكنية: المثال البارز هم الباعة المتجولون، استخدام المكبرات الصوتية في المناسبات سواء كانت دينية أم أفراحاً، تشغيل الأغاني بصوت مرتفع .. إلخ. بل حتى بوضع حواجز تؤدّي إلى الحماية للمساكن القريبة أو استخدام العزل ما بين الصوت وهذه المساكن، ولا

(1) ومن الجدير بالذكر أنّ المدعى عليه قد وضع مضادات أو كاتمات للصوت التي تعمل لمدة 24 ساعة؛ من أجل

تخفيف أو الحد من الضوضاء، فضلاً عن تركيب جدار للصوت، ووضع غطاء نباتي. Crosstex North Texas Pipeline, L.P. v. Gardiner

يمكن الحصول على نسخة من الحكم عبر الموقع التالي: <https://agrillifeextension-tamu-edu.goog/>

يمكن اعتباره حلًا ربما يخفف من شدة الصوت فيما لو كان قد صدر من قطارات أو سيارات، وهذا ما يلقي على عاتق المصممين مُراعاة هذه الأمور عند البناء.⁽¹⁾

ومن الملاحظ أنّ التنقيف والتوعية العامّة هي من الوسائل الضروريّة للحد من الإزعاج، فالمعرفة الأساسية التي يجب على الأفراد الدراية بها أنّ هذه الأفعال - أي السلوكيات - هي خطريّة يجب التحكم فيه، لذلك يرى الباحث إدراج الضوضاء التي تسبّب إزعاجات في المناهج الدراسية، ولا نبالغ إن قلنا: إنشاء معاهد علمية لدراسة الصوتيات والتحكم في الضوضاء، بل يمكن أيضًا تبادل المعلومات في بلدان أخرى بصورة مؤتمرات.

فحتى عازل الأصوات - كما مضت الإشارة - لا تعد حلاً لإشكالية مستمرة، فيجب على الحكومات توفير بروتوكولات القياس، حيث يجب ألا تتجاوز مستوى الصوت الحد المسموح به⁽²⁾. فمثلاً: في أوقات الليل يفترض ألا تتجاوز شدة الصوت 40 ديسيبل وفي النهار 60 ديسيبل، وبحسب ما إذا كانت المنطقة صناعية أو تجارية، إذ يجب وضع إرشادات وتعليمات لتقليل مستوى الأصوات، مضافاً إلى ذلك أن تكون هناك مكاتب لموظفين أو مستشارين للمساعدة في تقليل مستوى الصوت، ففي حالة تقديم شكوى يلزم عليهم - الموظفين - محاولة تحديد المشكلة من خلال إجراء فحص شامل للمنطقة، وتحديد مسار الصوت، ثم مصدر الصوت، مع ضرورة الاعتراف بأنه قد تكون هناك بعض الصعوبات لحلّ مثل هذه الإشكالية. فوضع مجموعة من الإرشادات والتعليمات للباعه المتجولين أو أصحاب المولدات ووجود التوعية ومكاتب الموظفين لتقديم الشكاوى من شأنها أن تحافظ على مستويات منخفضة من التعرّض للضوضاء.

ولهذا اعتمدت بعض الدول المختلفة مجموعة من السياسات واللوائح للتحكم في الضوضاء، فعلى سبيل المثال - الأرجنتين: حيث حدّد القانون الوطني التعرّض اليوميّ لمدة 8 ساعات للصناعة، ضوضاء تصل إلى 80 ديسيبل، وكان لذلك اضطرابات وتأثيرات، فاستجابت الصناعة من خلال إدخال مجموعة من الضوابط الثابتة على مصادر الضوضاء، فقام مالكو المصانع بتوظيف مهندسين دائمين للصحة والسلامة يتحكمون في الضوضاء مع تقديم المشورة حول كيفية تقديم مزيد من التحسينات (كتوفير سدادات الأذن، كاتم الصوت، السياج العازل، وضع الحواجز.. إلخ) مع وضع حدود قصوى ليلاً ونهاراً للأصوات المفرطة⁽³⁾.

(1) James Hildebrand, noise pollution: an introduction to the problem, permission by the environmental protection agency office of noise abatement and control, Columbia, vol 70, 1970, page 659.

<https://www.epa.gov/> ويمكن الحصول على نسخة من البحث عبر الموقع الآتي:

(2) من الجدير بالذكر أن شدة الصوت تقاس بالديسبل decibel، وأن معدل الضوضاء المقرّر عالمياً هو: 25 - 40 مقبول في المناطق السكنية، 30-60 مقبول في المناطق التجارية، 40-60 مقبول في المناطق الصناعية، 30-40 مقبول في المناطق التعليمية، 20-35 مقبول في مناطق المستشفيات. ينظر تفصيلاً: أحمد السروي، الملوثات الطبيعية والصناعية - المصادر، التأثيرات البيئية، وسائل التحكم والمكافحة - دون ذكر مكان نشر، 2006، ص 363 وما بعدها. وقد أشار المشرّع العراقي إلى ذلك في المادة (1/ ثانياً).

(3) وقد أشار المشرّع العراقي في قانون السيطرة على الضوضاء في المادة (3/ ثانياً) إلى أنّ: "الالتزام بمحددات مناسبة الضوضاء الوطنية في الجداول الملحقة بهذا القانون". والمادة (7/ أولاً) من أجل معالجة أو تقليل مستوى الضجيج، بقوله: على أمانة بغداد والبلديات "معالجة مشاكل الضجيج على امتداد الطرق العامة داخل المدن بالوسائل التي تمنع أو تقلل الضوضاء كالتشجير ووضع الحواجز". وكذلك المادة (6)، والمادة (5) من القانون نفسه.

وكمثال آخر - أستراليا: حيث يتم وضع مؤشر التنبؤ لحدود الضوضاء قد تصل إلى 60 ديسيبل في النهار، و5 ليلاً، مع وضع لوائح تقيّد انبعاثات الضوضاء للمعدات المنزلية كمكيفات الهواء، وساعات الاستخدام للآلات المزرعية: كجزارة العشب⁽¹⁾. مع الإشارة نسبياً إلى أنه قد تكون النتائج ناجحة، لكن ذلك يدعو إلى التخفيف من نسبة هذه الإزعاجات غير المرغوب فيها⁽²⁾.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية تمّ وضع إرشادات عن طريق نشر وثيقة تنظيم مستويات الضوضاء، وتحديد أهم التأثيرات البشرية الناتجة عن التعرض لها، فطرق حل الضوضاء لديهم: تقليل مستوى الضوضاء، والحل الثاني: عزل الأماكن التي نعيش فيها، والحل الثالث: إخفاء الضوضاء غير المرغوب فيها بأصوات أخرى أكثر إرضاءً. لذلك جرى تقسيم مصادر الضوضاء في الولايات المتحدة إلى: الأجهزة المنزلية، والصناعة، وحركة المرور، وضوضاء الطائرات والدوي الصوتي⁽³⁾. ولذلك تمثّل إحدى طرق معالجة مشاكل الضوضاء المنزلية وما تخلّفه من إزعاجات هو مطالبة الشركات المصنعة بتقديم منتجاتها على مقاييس الديسيبل الرقمي - فالمكيفات الأكثر هدوءاً والأسقف والجدران والنوافذ العازلة للصوت كلها تساعد على جعل المنزل مكاناً أكثر هدوءاً وراحة⁽⁴⁾.

وكذلك طوّرت كلٌّ من بريطانيا وألمانيا والسويد وهولندا، قوانين بناء قويّة تحتوي على أحكام شاملة للتحكم في الضوضاء، وهذا أمر مشجع حقيقةً ومُلهِم لتحديد المعايير التي يكون من المأمول لها أن تُؤثر في تقليل كمية الإزعاجات الصوتية المسببة له.

وتلخيص ما سبق، أنّ سياسات وأنظمة الضوضاء التي تسبّب إزعاجاً للأفراد، تختلف عبر البلدان والمناطق، وكلها تتفق على تحديد مستوى الضوضاء من خلال وضع إرشادات للحد من هذه الإزعاجات؛ من أجل ضمان حصول السكان على أقصى الفوائد الصحية، وعند مخالفة هذه الإرشادات وعدم الانصياع لها يتمّ اللجوء إلى درجة أقوى منها، وهي وسائل إدارية أشدّ تطبيقاً، وهذا ما سنبينه في ثانياً.

ثانياً: وسائل الضبط الإداري للحماية من الإزعاجات

ومن أجل بلوغ غاية سلامة المجتمع وتوفير الخدمات، يسعى النظام العامّ المُتمثل بسلطات الضبط الإداري إلى فرض قواعد قانونية لرسم الحدود ما بين هذا النظام وممارسة الحرية، وينحصر مفهومه لدى فقه القانون الإداري في

(1) وليس من الغريب أن نسمع حظر دخول الحمام بعد الساعة العاشرة مساءً في دولة كدولة سويسرا مثلاً، إذ يعدّ ذلك إزعاجاً؛ نظراً لما ينتج عنه من أصوات بسبب سحب السيّفون. جريدة اليوم السابع، 2019/2/21، عبر الموقع الإلكتروني: <https://www.youm7.com/>

ولعل ذلك ما لمسّه الباحث في بلجيكا، حيث يمتنع دخول الحمام بعد الساعة العاشرة؛ لما قد يسبّب ذلك من إزعاج الجار، فهذه الأمور من الكماليات والأساسيات للحياة اليومية في أغلب البلدان.

(2) إدارة الضوضاء، منظمة الصحة العالمية، ص 83، بحث منشور عبر الموقع الإلكتروني:

<https://www.who.int/docstore/peh/noise/Comnoise-5.pdf>

(3) فمثلاً: المطبخ الذي يُعد مركز الضوضاء في المنزل الحديث، فالخلاط الكهربائي الذي ينتج 98 ديسيبل، وغسالة الأطباق، والتخلص من القمامة، قد يصل مستوى الصوت إلى 100 ديسيبل.

James Hildebrand, opcit, page 658.

(4) لذلك توصي الأبحاث الصوتية الحديثة لبناء الشقة باستخدام نظام مزدوج الجدار لا يوجد فيه فضاء مباشر لنقل الصوت غير المرغوب فيه، وتعليق بطانيات من العزل الثقيل والسجاد والأسقف والجدران الممتصة للصوت، لتقلل بشكل كبير من ضجيج أصوات الشوارع والأجهزة، خصوصاً في المناطق الصناعية.

ثلاثة أركان، هي: الأمن العام والصحة العامة والسكينة، وما يهمننا في هذا المقام هو السكينة العامة ومحورها: الحفاظ على الهدوء والسكون في الأماكن والطرق العامة: من أجل راحة الناس⁽¹⁾. ووصولاً لهذه المساعي تمتلك سلطات الضبط الإداري وسائل إدارية تمكنها من تحقيق الحماية لهذه العناصر الثلاثة (الأمن والصحة والسكينة العامة)، فالحظر أو المنع من مُزاولة النشاط المسبب للإزعاج هو وسيلة وقائية قانونية، وقد بين المشرع العراقي ذلك في المادة (4) من قانون السيطرة على الضوضاء لعام 2015، بقوله في البدء: "يحظر القيام بما يأتي: 1- إطلاق أصوات المنهات كافة أو غيرها إلا في حالات 1-... 2- تشغيل وسائل البث في الأماكن العامة والخاصة بكيفية تؤدي إلى إزعاج الآخرين..."⁽²⁾.

ويحظر إطلاق العيارات النارية في المناسبات داخل المدن والقرى سواء أكانت عامة أو خاصة⁽³⁾. وقد وردت وسيلة الحظر في مواضع مختلفة، منها: قانون المرور العراقي رقم (8) لعام 2019 النافذ، وقانون حماية وتحسين البيئة لعام 2009⁽⁴⁾. وفي التشريع المصري نقتصر منه على ما ورد في قانون الباعة المتجولين لعام 1969، في المادة (9) منه بقوله: لا يجوز للباعة المتجولين "الإعلان عن سلعهم باستعمال الأجراس أو أبواق تكبير الصوت أو أية طريقة أخرى يتسبب عنها إقلاق راحة الجمهور"⁽⁵⁾. ويشترط قانون الباعة المتجولين المصري في المادة (2) الحصول على ترخيص لمزاولة الحرفة⁽⁶⁾، وفي الواقع أصاب المشرع المصري بتنظيمه قانوناً خاصاً منظمًا لأحكام الباعة لشروطه وأوضاعه، وهو أمر يمكن للمشرع العراقي تداركه بتنظيم قانون خاص يتناول كافة الأحكام الخاصة بالباعة المتجولين، غير متفرق الأحكام في نصوص أخرى، خصوصاً وأن مثل هذا التنظيم المرجو يتفق مع ضرورات مكافحة أو الحد من الضوضاء المسببة من قبل الباعة⁽⁷⁾. أما الترخيص فهو الوسيلة الثانية من وسائل الضبط الإداري، وأخيراً الإخطار أو

(1) د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب، د. مهدي ياسين، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012، ص 211 و 218. وفي الفقه المصري، د. سليمان الطماوي. الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1979، ص 430.

(2) المادة (4) من قانون السيطرة على الضوضاء العراقي لعام 2015.

(3) قرار قيادة مجلس الثورة (المنحل) رقم 570 بتاريخ 1982/4/27، الوقائع العراقية، 2884، بتاريخ 1982/5/17، حيث تقرر المادة (1) (1) منه العقاب بالحبس دون الغرامة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات دون أن يكون حاصلًا على إجازة بذلك.

(4) المادة (16) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي لعام 2009، الفرع الثالث تحت وصف "حماية الهواء من التلوث والحد من الضوضاء". والمادة (14/هـ) من قانون المرور العراقي رقم (8) لعام 2019 النافذ، الوقائع العراقية، العدد (4550) بتاريخ 2019/8/5.

(5) المادة (9) من قانون الباعة المتجولين المصري رقم 33 لعام 1957 المعدل بالقانون 174 لعام 1981.

(6) المادة (2) من قانون الباعة المتجولين المصري.

(7) إذ بتنظيم خاص يتناول شروط البائع وما يترتب عليه من أحكام، كما في التشريع المصري، يمكن أن يحقق نوعاً من التناصب أو الحد من هذه السلبيات التي أصبحت حتى هذا اليوم تزداد، فالباعة المتجولون ليسوا فقط في الشوارع العامة أو مناطق محدودة بل أصبحوا داخل سيارات النقل، ومنهم من يدخل مناطق سكنية ليستعرض بضاعته بمكبر الصوت

الإبلاغ عن ممارسة نشاط قبل البدء به من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة والوقائية لمنح الترخيص من عدمه وما إذا كان - أي النشاط - يضرُّ بالنظام العام أم لا⁽¹⁾.

وفي الواقع، أنّ الوسائل سالفه البيان لما لها من تأثير قد يحدُّ أو يقلِّل من الضوضاء والتي تسبِّب إزعاجات لأفراد المجتمع، والحفاظ على مستوياتٍ منخفضةٍ من التعرُّض لها، لكن لا يتأتَّى ذلك إلا بتطوير المعايير للحد منها والسيطرة على مصادر الضوضاء كجزء من برامج الصحة البيئية، وهذا ما لا يتحقَّق دائمًا، إذ بدون إطار ملائم وتشريعات مناسبة منسجمة من الصعوبة بمكان الحفاظ على برنامج فعال أو ناجح لإدارة الضوضاء.

والحقُّ أن الإزعاج الذي يكون مصدره تحديدًا الضوضاء - هو مشكلة محلية وعالمية، وهذا ما يلقي على عاتق حكومات كل دولة مسؤولية وضع سياسات وتشريعات للتحكم فيها، ويبدو واضحًا أنّ هناك علاقةً وثيقةً ومباشرةً بين مستوى التنمية في البلد ومقدار درجة الإزعاج القانوني الذي يؤثر على سكانه، فمع تطور المجتمع فإنه يزيد دون شكٍّ من مستوى التحضر والتصنيع ومدى نظام النقل فيها، وكل هذه التطورات تجلب زيادة في حمل الإزعاجات القانونية. وبدون تدخُّل مناسب سوف يتصاعد تأثيرها على المجتمعات، فإذا لم تنفذ الحكومات المتمثلة خصوصاً - بالسلطة التنفيذية والقضائية - من حيث تطبيقها للقانون سياسات وأنظمة - كما مضت الإشارة - فلن تكون قادرةً على منع الزيادة المستمرة في البلاد، وهو ما يرتبط به من آثار صحية ضارة تصيب المجتمع.

الفرع الثاني

العقوبة المترتبة على الإزعاج القانوني

ليس ثمة شك في أن العقوبة ليست إجراءً مقصودًا لغيره، وإنما مقصودة لمرتكب الفعل دون غيره، وما هي إلا ردُّ فعل اجتماعي لما صاحب السلوك من إخلال بالسكينة العامة. ولا يمكن أن تُوقع إلا من خلال نصِّ تشريعيٍّ وبواسطة سلطة قضائية، لذلك تضمَّن قانون العقوبات - بل حتى القوانين البيئية المختلفة - بعض العقوبات التي تقع على مرتكب الفعل.

أولاً- العقوبة في التشريع العراقي

يلاحظ أن المُشرِّع العراقي يفرض عقوبة الغرامة وأحيانًا الحبس لمرتكب فعل الإزعاج سواء للجار أو للعامة، وأبرز مثال: المادة (488/ثانيًا) من قانون العقوبات العراقي بقوله: يُعاقب بغرامة من دعا في الطريق العام لترويج بضاعته بألفاظ أو أصوات مزعجة"⁽²⁾. وذكر أيضًا في القانون نفسه: لكل من أحدث لغطًا أو ضوضاء أو أصواتًا

بحيث لا يمرُّ بائع إلا وبعده آخر، وبمرور ساعة يصبح العدد لا يقل عن 6 أو أكثر، فمع عدم وجود تنظيم قانونيٍّ مفصل وفعال لا يمكن أن تتحقق فكرة الردع. ولا يكاد يختلف الأمر نهارًا أو ليلاً.

فيديو يبين أحد الباعة المتجولين ليروج عن بضاعته بالقرب من مدرسة للطلبة عبر الموقع الآتي:

<https://www.alrabiaa.tv>

(1) د. أحمد خورشيد حميدي، رائدة ياسين خضر، الأساليب القانونية للحماية من الضوضاء، المرجع السابق، ص 54 وما بعدها.

(2) المادة (488) من قانون العقوبات العراقي. ويُلاحظ أنّ المُشرِّع العراقي قد عاقب في هذه المادة على من يروج لبضاعته سواء ليلاً أم نهارًا، ولعل في ذلك إشارةً منه للباعة المتجولين، إذ بيَّن بذات النص في أوَّلًا "من تجول لعرض بضاعة في الطريق العام أو في الأماكن المخصصة.. الممنوع فيها ذلك بأمر من السلطة المختصة أو في غير الأوقات المعينة لذلك من قبلها". إذ يشير النصُّ إلى كلِّ من يتجول ببضاعة للترويج عنها فيعاقب بغرامة تصل إلى 50000

مُزعجة للغير كان قصداً بذلك أم إهمالاً، حيث قرّر المشرّع العقاب على مرتكبها بعقوبة اختيارية للقاضي، فأما الحبس فلا يزيد عن ستة أشهر أو الغرامة التي لا تزيد عن مئتي ألف دينار ولا تقل عن خمسين ألفاً⁽¹⁾. والأمر غير مُقتصر في قانون العقوبات بل في قوانين خاصّة أو عقابية مكملّة - على سبيل المثال- المادّة (8) من قانون السيطرة على الضوضاء، حيث تعاقب بعقوبة الغرامة فقط التي لا تقلّ عن خمسين ألف دينار، ولا تزيد عن مليون دينار⁽²⁾، ويُلاحظ أنّ العقوبة المقرّرة لمسبب الضوضاء التي قد تحدث إزعاجاً للأفراد مما تؤثر على المجتمع سلبيّاً، لا تحقّق فكرة الردع خصوصاً مع عدم وجود عقوبة سالبة للحريّة كالحبس، وبالإضافة إلى ذلك ثمنه تبرير واقعي مؤداه أنّ وجود عقوبة الغرامة فقط يعدّ تشجيعاً للأفراد على مخالفة القانون، إذ هم يعلمون بالغرامة المقرّرة للفعل، وكذلك عدم وجود تنسيق وتطبيق فعليّ للقانون، مما قد يشجعهم على ارتكابه. ولم تردّ صور للجزاء الجنائي المقرر للإزعاج المعاقب عليه في قانون العقوبات فقط، بل في قوانين عقابية مختلفة، منها قانون المرور العراقي لعام 2019⁽³⁾، وكذلك قانون حماية وتحسين البيئة رقم 27 لعام 2009⁽⁴⁾.

ثانياً- عقوبة الإزعاج الليلي في التشريع المقارن

تضمّنت العديد من التشريعات الأجنبيةّ الجزاء على من يرتكب فعلاً من أفعال الإزعاج؛ نظراً لما لهذه الدول من صيانة واحترام للحقوق التي يتمتّع بها الأفراد، ونتخيراً من بين هذه التشريعات القانون الفرنسي والقانون البريطاني.

أ- القانون الفرنسي

تضمّن قانون الصحة العامّة الفرنسي لعام 2006 مجموعةً من المواد والأحكام على الأنشطة التي تسبب ضوضاء للسكان، حيث تؤكد المادّة (5-1336 R) من القانون ذاته - سبقت الإشارة إلى النص- أنه لا يجب أن يؤثر أيّ ضجيج معين سواء بمدته أو تكرار هذا الفعل أو شدته على هدوء الحيّ أو صحة الإنسان وفيّ أيّ مكان خاصّ أو عامّ، ويستوي ما إذا كان من الشخص نفسه أم من خلال شخص ما، أو من آلة أو حيوان تحت رعايته⁽⁵⁾. وفي هذا

خمسین ألف دينار ولا تزيد عن 200000 مئتي ألف دينار. إلا أنّ المشرّع لا يزال بحاجة إلى إفراغ ذلك في تشريع خاصّ منظم للباة المتجولين وبعقوباتٍ تصل إلى الحبس من أجل تقليل أو الحد من هذه الظاهرة التي لا زالت تستمر.

(1) المادّة (495) من قانون العقوبات العراقي.

(2) تنصّ المادّة (8) من قانون السيطرة على الضوضاء على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشدّينص عليها القانون يعاقب بغرامة لا تقلّ عن (50000) خمسين ألف دينار ولا تزيد على (1000000) مليون دينار، كلّ من خالف أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه".

(3) تقرر المادّة (25/ثالثاً/ حمن قانون المرور العراقي لعام 2019 عقوبة الغرامة بمقدار (50000) خمسين ألف دينار لمن ارتكب فعلاً من الأفعال الآتية: ... ح "استعمال جهاز التنبيه الهوائي أو المتعدّد النغمات أو المشابه لأصوات الحيوانات أو وضع مكبرات أو الصافرات التي تزجج مستخدم الطريق".

(4) المادّة (34) من قانون حماية وتحسين البيئة لعام 2009.

(5) Article R1336-5 "Aucun bruit particulier ne doit, par sa durée, sa répétition ou son intensité, porter atteinte à la tranquillité du voisinage ou à la santé de l'homme, dans un lieu public ou privé, qu'une personne en soit elle-même à l'origine ou que ce soit par l'intermédiaire d'une personne, d'une chose dont elle a la garde ou d'un animal placé sous sa responsabilité".

الصدد قضت محكمة النقض بموجب أحكام المادة (6-1335R) من قانون الصحة العامة الفرنسي بأنه "لا يجوز أن يُؤثّر أيُّ ضجيجٍ معيّن، بمدته أو تكراره أو شدته، على هدوء الحي أو صحة الجمهور ..". وكذلك وفقاً للمادة (6-1336R) من القانون ذاته والذي حدّد نسب مستوى الضوضاء ولا يتجاوز القيم القصوى وهي 5 ديسibel من 7-10 مساءً، و3 ديسibel أثناء الليل من 10 مساءً إلى 7 صباحاً، ووفقاً لذلك أكدت المحكمة قيمة التعويض السابق للزوجين بسبب الضوضاء، مع ضرورة القيام بعمل عزل صوتي في قاعة القرية من أجل تجنّب الضوضاء الذي استمرّ 30 سنة للمدعين، وإلزام البلدية بأن توضع عازلاً صوتياً بعد الساعة 11 ليلاً، وتخضع لغرامة 200 يورو عن كل يوم تأخير⁽¹⁾.

وقد بيّن قانون العقوبات الفرنسي لعام 1994، عقوبة الضجيج الليلي وما يترتّب عليه من مخالفات، قد تصل إلى 3000 يورو، حيث بينت المادة (2-623R) من قانون العقوبات ذلك بقولها: "يعاقب على الضوضاء أو الضجة الليلية التي تزعج هدوء الآخرين بالغرامة المالية المُقرّرة لمخالفات الدرجة الثالثة، كما يخضع المتهم لعقوبة إضافية تتمثّل في مصادرة الشيء الذي تمّ استخدامه، أو الذي أعد لارتكاب الجريمة، ويعاقب بذات العقوبة كلٌّ من سهّل بواسطة المساعدة والتحريض للإعداد أو التنفيذ"⁽²⁾. وفي هذا الجانب أكدت محكمة النقض حكم الاستئناف والذي قرّر غرامة 300 يورو طبقاً للمادة (623R) من قانون العقوبات، على شخص مُشترك بالتواطؤ في ارتكاب فعل

(1) CAA de NANTES, 4ème chambre, 19/11/2021, 20NT03754, Inédit au recueil Lebon.

حيث تتلخّص وقائع القضية، في أنه كان لدى المدعيين وهما زوجان، منزل منذ عام 1977، وفي عام 1983 كان لدى البلدية قاعة مبنية على أرض تقع في المنطقة المجاورة بالقرب من منزلهم، حيث كان في وقت المناسبات وغيرها تصدر أصواتاً عالية تم تشبيهها بالتلوث الضوضائي، وبموجب حكم في عام 2014 أقرت فيه محكمة الاستئناف بوجود نوع من التقصير لرئيس البلدية في ممارسة سلطته والتي تهدف إلى الحد من الضوضاء، وعدم بناء جدار عازل للصوت وتركيب نوافذ زجاجية مزدوجة عازلة وكتعويض 25000 يورو؛ نظراً للمشاكل التي عانوا منها في ظروف معيشتهم بين عامي 1986 و 2009، وقد صدر قرار من محكمة كابين الإدارية أقرت فيه بوجود خلل من رئيس البلدية مع دفع تعويض 7000 يورو للزوجين، وأن تتخذ البلدية خلال شهرين من تاريخ الإخطار بالحكم كافة الإجراءات من أجل الحد من التلوث الضوضائي الذي يعاني منه مقدمو الطلبات، ومنذ حكم الإدانة الصادر 2014 لتعويض الزوجين وحتى صيف عام 2021 لم يتم إجراء أيّ تعديل في ظروف تشغيل هذه القاعة أو في عزل الصوت. لذلك تمّ الاستنتاج من قبل محكمة النقض فشل رئيس البلدية في القيام بإجراءات الحد من الضوضاء، وكذلك القيام بها خلال مدة شهر واحد من الإخطار بالحكم، ودفع غرامة 200 يورو عند كل يوم تأخير.

(2) Article R623-2, code pénal. "Les bruits ou tapages injurieux ou nocturnes troublant la tranquillité d'autrui sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 3e classe. Les personnes coupables des contraventions prévues au présent article encourent également la peine complémentaire de confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction".

إزعاج ليليٍ مما عكّر صفو الآخرين، حيث سمح لهم بالاستمرار بالضحكات والأصوات العالية، ولم يضع لهم حدًا للضوضاء ممّا سبّب ضجيجًا للآخرين⁽¹⁾.

وفي حكم آخر قضت محكمة النقض بفرض غرامة مضاعفة مقدارها 600 يورو على المدعى عليه، حيث وضع جهازًا صوتيًا من نوع أقراص مضغوطة صغيرة الحجم على الجدار الفاصل بين ممتلكاته وممتلكات المدعى، وبطريقة تزعج الأخير، من خلال بثّ موسيقى ذات صوت عالٍ جدًا⁽²⁾.

وفي السياق نفسه قضت محكمة النقض بتواطؤ أبٍ ومشاركته في الضجيج الليلي الذي أحدثه أبنائه، على الرغم أنه لم يكن موجودًا في الشقة وقت الإزعاج، لكن اعتبرت المحكمة ذلك بصفته مالك الشقة ووالد الأطفال الذين تسببوا في الإزعاج الليلي، حيث كان يجب أن يتصرّف على أساس الصفتين المذكورتين، لكن بسبب تقاعسه عمّا كان يجب القيام به، اعتُبر شريكًا في المخالفة.

ولا يقتصر الأمر على قانون العقوبات أو قانون الصحة، فقد صدر قرار بتاريخ 1990/1/17 يقضي بمنع المزارعين من استخدام منصات الريّ ليلاً؛ نظرًا لما قد تسبّب من إزعاجات للجيران خلال الليل، فمعظم الأسر لديها أطفال صغار، فيتسبب ذلك في اضطرابات في نومهم، ممّا جعلهم يقدّمون شكاوى من ذلك⁽³⁾.

القانون البريطاني:

وفي القانون البريطاني (المملكة المتحدة) تضمّن قانون حماية البيئة لعام 1990 ما يتعلّق بالمُضايقات - أي الإزعاجات القانونية - وذلك في المادة 79 منه - والذي مضت الإشارة إليه⁽⁴⁾، فالمادّة (79) من القانون نفسه قد بيّنت ما يعدّ مصدر إزعاج وما لا يعدّ كذلك، والمادّة (80) أشارت إلى مقدار الغرامة لتصل إلى 5000 جنيه إسترليني، بعد إرسال السلطات التحقيقية نموذجًا يُسمى بـ "إشعار التخفيف" والذي بموجبه يتمّ إخطار الشخص أو المدعى عليه المسبب للإزعاج، ويكون في طلب الإشعار شرطان، هما: الحد من هذا الإزعاج أو حظر تقيّد حدوثه، والمُطالبة باتّخاذ خطوات تكون ضروريّةً للحدّ منه، ويكون للمدعى عليه الحقّ في الاستئناف ضد الإخطار المقدم إليه إلى المحكمة خلال 21 يومًا من تاريخ التبليغ به⁽⁵⁾.

وعلى أية حال، يبدو ممّا سبق مدى خطورة الضوضاء التي تسبّب إزعاجًا لأفراد المجتمع ككل، إذ لا يقتصر الأمر على مجرد التنبيه أو الإخطار فقط، بل باتّخاذ خطواتٍ جديّةٍ وفق نسقٍ قانونيٍّ من أجل معالجة أو الحدّ أو منع

⁽¹⁾ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 26 février 2020, 19-80.641.

حيث تتلخص وقائع القضية، في أنه بتاريخ 2016/5/7، الساعة 1 صباحًا، لاحظت الشرطة - وبناءً على طلب الجيران - أنه في منزل هذا الأخير - أي الجيران - يمكن سماع صرخات والعديد من الضحكات من مجموعة من الشباب، وأن هذه الصرخات جاءت من منزل نائب، بتاريخ 2017/2/9 أصدرت محكمة شرطة كليرمون قرارًا بارتكاب فعل ضوضاء ليليٍّ والحكم عليه بغرامة 300 يورو، وقد أكّدت محكمة النقض الحكم السابق؛ كون النائب شريكًا بارتكاب إزعاج ليلي، وعدم اتّخاذ الحيطة والحد من هذه الإزعاجات.

⁽²⁾ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 24 février 1999, 98-81.794 غير منشور

⁽³⁾ Georges Levasseur: Les éléments constitutifs du tapage nocturne, RSC, N° 04 du 14/12/1990, p.791.

مشار إليه لدى: د. دينا عبد العزيز فهمي، الحماية الجنائية من التلوث الضوضائي، المصدر السابق، ص 32.

⁽⁴⁾ انظر ما سبق ص 17 من هذا البحث.

⁽⁵⁾ Article 80 of the Environmental Protection Act 1990.

حدوث تكراره، وكلُّ ذلك من أجل حماية صحة وسلامة ورفاهية سكان المدينة، ممَّا يسمح بموجب القانون أو اللوائح بفرض مسؤولية على المالكين وغيرهم من الأشخاص المسؤولين عن هذه الإزعاجات. والحقُّ أننا لا نقول: إنَّ من شأن هذه المعالجات القضاء على الإزعاج، بل التخفيف منها؛ نظرًا لما تسببه من إضرار للمجتمع عامَّة والأفراد خاصَّة، فسرعة انتشاره مع النمو السريع في التحضر والتصنيع وتقدم العلم والتكنولوجيا تعكس بالضرورة تحديًا خطيرًا لنوعية حياة الناس في البلدان. ليصدق ما يمكن قوله من عالم البكتريا الألماني: "سيأتي يوم سيضطر الإنسان إلى مُحاربة الضوضاء القاسية باعتبارها أسوأ عدو للصحة"⁽¹⁾.

الخاتمة

بعد التجوال في ثنايا موضوعات البحث نخلص إلى إمكانية تجريم الإزعاج الليلي وما يصحبه من آثار قد تؤثر على مصلحة الفرد سلبًا فتعكّر صفو راحته التي يحرص الدستور على تقريرها باعتبارها حقًا من الحقوق الفردية، ولا يتأتى ذلك إلا بإطار نهج سياسي وتنظيمي وإداري لضمان معايير الضوضاء المسببة للإزعاج بشكل متسق وشفاف، لوضع إطار سليم وعملي للحدِّ من المخاطر واختيار استراتيجيات المكافحة، فيبرز دور قانون العقوبات والقانون المنظم الخاص للضوضاء؛ استحقاقًا للردع من أجل تقليل أو الحد من هذه الإزعاجات.

النتائج:

1. الضوضاء هي أصوات غير مرغوب فيها، بالنظر لما لها من تأثير سلبي على حياة الأفراد، أما الإزعاج فسببه الضوضاء، إذ الإزعاج مصطلح عام يشمل ليس فقط الأصوات فقد يكون إزعاجاً الاتصال في وقت متأخر أو زحمة المرور أو إرسال رسائل مسيئة لشخص وغيرها، إذن ليس الضوضاء هو الإزعاج لكن إحدى مسببات الإزعاج هو الضوضاء وهي الأصوات غير مرغوب فيها تعكر مزاج وصفو الآخرين.
2. يلاحظ ان المشرع العراقي قد أفرد اهتماماً كبيراً بإشكالية الضوضاء المسببة للإزعاجات وذلك ما يبدو واضحاً باحتفاله بقانون خاص منظم له وهو قانون السيطرة على الضوضاء، من اجل الحد أو التقليل من مستويات الضوضاء.
3. ضعف الوعي لدى الأفراد والاستهانة وقلة الثقافة البيئية، كل ذلك تؤثر دون شك على الصحة العامة والخاصة، خصوصاً حالة عدم تفعيل الشكاوى من قبلهم -أي الأفراد- ناهيك عن ضعف الكوادر المختصة بالحماية من مخاطر الضوضاء، أدت إلى عدم تفعيل النصوص القانونية المنظمة للضوضاء.
4. يلاحظ أن المشرع العراقي لم يتضمن قانوناً خاص للباعة المتجولين مثلما فعل المشرع المصري، بالرغم من ازدياد هكذا حالات خصوصاً بين الاحياء السكنية، ووضع مكبرات الصوت للإعلان والترويج عن بضاعتهم.

التوصيات:

1. من أجل تفعيل النصوص التشريعية المنظمة للإزعاجات القانونية، لا بد من التعاون ما بين وزارتي: الصحة والبيئة وذلك من خلال تكوين لجان إدارية وكوادر مختصة للتقليل أو الحد من منسوب شدة الأصوات،

(1) Ranjit singh, Legal Control of Noise Pollution in India: A Critical Evaluation, international Journal of Research in Humanities and Social Studies, Volume 3, Issue 4, April 2016, p34.

- على ان تكون في كل محافظة مثلما فعل المشرع البريطاني في قانون حماية البيئة لعام 1992، ووضع تعليمات والتقييد بها وتكون خاصة بمستوى شدة الصوت بالديسبيل وذلك بحسب ما تنص عليه التشريعات.
2. زيادة الوعي والثقافة لدى الأفراد لما لها من دور رئيسي قد لا تأتي ثمارها، إلا بإدخال التعليم البيئي في مناهج الدراسة وكذلك عقد الندوات والمؤتمرات والورش الخاصة، كل ذلك يشجع ولو بصورة نسبية على تجنب الآثار الخطرة المسببة للإزعاجات القانونية.
3. ضرورة تنظيم قانون خاص للباعة المتجولين، يتضمن احكام خاصة وشروط ممارسة هذه الحرفة، وهي الحصول على ترخيص تمنحه الجهة الإدارية، والزامهم بحمل الترخيص اثناء ممارسة المهنة، وجزاء لمخالفة نصوص القانون كالحبس أو الغرامة، وسحب الرخصة وغيرها من أساليب الردع. حرصاً من المشرع على تقليل مستوى الأصوات المنبثة من حرفهم وترويجهم للبضاعة خصوصاً في أوقات الليل.
4. التناسب ما بين الفعل أو النشاط وحجم الضرر، وذلك يبدو واضحاً من خلال تعديل العقوبات المقررة والمتعلقة بالضوضاء في قانون السيطرة على الضوضاء، والنص على عقوبة سالبة للحرية كالحبس بدلاً من الغرامة فقط.

قائمة المصادر

أولاً: المعاجم

- 1- محمد بن عمر بن أحمد الأصبهاني، المجموع المغيبي في غربي القرآن والحديث، تحقيق: عبد الكريم العزباوي، جامعة أم القرى- السعودية، الجزء الثاني، ط1، 1988، ص 20.
- 2- معجم الغني، عبد الغني أبو العزم، عبر الموقع الإلكتروني: <https://www.almougem.com/>
- 3- Robert kelham, A Dictionary of the Norman or Old French Language, Philadelphia (1843)

ثانياً: الكتب العامة

1. أحمد السروي، الملوثات الطبيعية والصناعية - المصادر، التأثيرات البيئية، وسائل التحكم والمكافحة - دون ذكر مكان نشر، 2006.
2. د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة في قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
3. د. سليمان الطماوي. الوجيز في القانون الإداري. دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1979.
4. د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات - القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
5. د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب، د. مهدي ياسين، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012.
6. د. محمود نجيب حسني، الخطأ غير العمدي في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
7. د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
8. د. مصطفى كامل ياسين، شرح قانون العقوبات العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، 1949.

9. د. محمد حسن الكندري، المسؤولية الجنائية عن التلوث البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

ثالثاً: الدوريات والمجلات

- 1- د. أحمد خورشيد، رائدة ياسين، الأساليب القانونية للحماية من الضوضاء - دراسة مقارنة، جامعة كركوك، كلية القانون والعلوم السياسية، دون ذكر سنة النشر.
- 2- د. رمسيس بهنام، فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية في النظرية العامة للجريمة والعقاب، مجلة الحقوق للبحوث العلمية والاقتصادية، الإسكندرية، السنة السادسة، العدد 1-2، 1954.
- 3- د. موسى محمد مصباح، التلوث الضوضائي - مصادره وآثاره - دراسة مقارنة في ضوء القانون السوداني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 29، عام 2019.
- 4- د. محمد التغدويني، واقعية السياسة الجنائية من منظور التشريع الجنائي المغربي، مجلة البحوث، المغرب، العدد الثامن.

رابعاً: المؤتمرات

- 1- د. دينا عبد العزيز فهمي، الحماية الجنائية من التلوث الضوضائي، بحث قدم لمؤتمر كلية الحقوق - جامعة طنطا - في الفترة 23-24 أبريل 2018.

خامساً: المراجع الأجنبية

References English:

- Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice (Thomson Reuters, 2016).
- Graham McBain, Abolishing the Crime of Public Nuisance and Modernising That of Public Indecency, International Law Research; Vol. 6, No. 1; 2017.
 - W Hawkins, A Treatise of Pleas of the Crown (1st ed, 1716-21; last ed 1824).
 - D Ibbetson, A Historical Introduction to the Law of Obligations (OUP, 1999).
- James Stephen, A History of the Criminal Law of England: Volume 2 Cambridge, 2014.
- James Hildebrand, noise pollution: an introduction to the problem, permission by the environmental protection agency office of noise abatement and control, Columbia, vol 70, 1970.
- Matthew Mazerier, the law of private nuisance following Wu: emanation and access, Submitted for the LLB, Faculty of Law, Victoria University of - Wellington- 2013.
- Ranjit singh, Legal Control of Noise Pollution in India: A Critical Evaluation, international Journal of Research in Humanities and Social Studies, Volume 3, Issue 4, April 2016.

التعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الفلسطيني

Compensation for moral damage in Palestinian legislation

باسل زكريا عيايدة،- جامعة الحسن الثاني-كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، المحمدية- المملكة المغربية.محامٍ لدى نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين

- Bassel Zakaria Ayayda-University Hassan II de Casablanca, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales FSJES Mohammedia.

البريد الإلكتروني: basel.ayayda1995@gmail.com

ملخص: ينشأ التعويض عن الأضرار المعنوية بموجب القانون، سواء كان في القانون الوضعي أو في القانون الدولي العرفي، وسواء الضرر كان مادياً أم معنوياً ناجماً عن فعل غير مشروع، وتعالج الأضرار المعنوية أنواعاً مختلفة من الضرر غير المادي، بما في ذلك الأضرار التي تلحق بالشخصية والسمعة إلى الصحة البدنية، والألم والمعاناة الفردية، والاهانة الشخصية المرتبطة بالتطفل على المنزل أو الحياة الخاصة، وكذلك للكيانات القانونية والشركات، على سبيل المثال في حالة فقدان الائتمان التجاري والسمعة وحسن النية والفرص، كما يحق للأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين اللجوء للقضاء من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي، كما يحق للمستثمرين أيضاً المطالبة بتعويضات معنوية عن معاناة موظفيهم.

الكلمات المفتاحية: الضرر، المسؤولية المدنية، المسؤولية التقصيرية، المسؤولية العقدية، الضرر المعنوي، الضرر المعنوي المرتد، التعويض، الدعوى.

Abstract

Compensation for moral damages arises under the law, whether in positive law or in customary international law, and whether the damage is material or moral resulting from an unlawful act. Physical health, individual pain and suffering, and personal insult associated with intrusion into the home or private life, as well as for legal entities and companies, for example in the event of loss of business credit, reputation, goodwill and opportunity, natural and legal persons are also entitled to resort to the judiciary in order to claim compensation for moral damage Investors are also entitled to claim moral compensation for the suffering of their employees.

Keywords: damage, civil liability, tort liability, contractual liability, moral damage, apostate moral damage, compensation, lawsuit.

مقدمة

المسؤولية المدنية بوجه عام هي التزام يقع على عاتق شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر، وتقسم الى نوعين عقدية ناتجة عن الاخلال بالالتزام عقدي، وتقصيرية ناتجة عن الاخلال بالالتزام قانوني، ولا يكفي لوجوب هذه المسؤولية بنوعها أن يقع من المسؤول خطأ وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب الغير، ومن ثم يعد الضرر ركناً أساسياً لقيام المسؤولية المدنية فمتى تحقق وتم اثباته تقوم هذه المسؤولية واستوجب التعويض عنه.

والضرر قد يكون مادياً يصيب المضرور في مصلحة مادية مشروعة، كما قد يكون الضرر معنوياً يصيب الشخص في شرفه او اعتباره او عاطفته، وهذا الاخير موضوع دراستنا، حيث يكتسي التعويض عن الضرر المعنوي أهمية كبيرة سواء من الناحية النظرية او العملية.

بموجب القانون الدولي العام، فإن الحق في المطالبة بالتعويضات المعنوية منصوص عليه في المادة 31 (2) من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً والتي بموجبها التزمات الدولة بتقديم تعويض كامل عن الضرر الناجم عن الفعل غير المشروع دولياً يشمل "أي ضرر سواء كان مادياً أو معنوياً". يحدد التعليق على هذه المقالة أن الضرر المعنوي يشمل "الألم الفردي والمعاناة، وفقدان الأحياء أو الإهانة الشخصية المرتبطة بالتطفل على المنزل أو الحياة الخاصة"

يحق للمتضرر، بموجب قواعد القانون الدولي ، الحصول على تعويض عن ضرر لحق به نتج عنه معاناة نفسية ، أو أذى لمشاعره ، أو إذلال ، أو خزي ، أو انحطاط ، أو فقد للوضع الاجتماعي ، أو أذى لآتوماته أو سمعته ، لا يمكن أن يكون هناك شك ، ويجب أن يكون هذا التعويض متناسباً مع الإصابة. هذه الأضرار حقيقية للغاية، ومجرد حقيقة أنه من الصعب قياسها أو تقديرها بمعايير المال يجعلها أقل واقعية ولا تقدم أي سبب لعدم تعويض الشخص المصاب عنها كتعويضات ، ولكن ليس كعقوبة.

بدوره، في التحكيم الاستثماري، كان منح التعويضات المعنوية محل جدل. في الواقع ، يُنظر إلى التحكيم الاستثماري على أنه طريقة بديلة لتسوية المنازعات للمسائل الاقتصادية تسمح فقط للمستثمرين الأجانب بالمطالبة بتعويض عن الضرر الذي تسببه الدولة المضيفة في شكل ، على سبيل المثال ، الضرر الذي يلحق بالملكيات أو المصالح التجارية. ومع ذلك ، فقد أصبح من الشائع إلى حد ما أن يلتزم المستثمرون ، إلى جانب الأضرار الاقتصادية أو المادية ، تعويضات عن الأضرار المعنوية ، والأكثر شيوعاً عن فقدان السمعة الناجم عن تدابير الدولة المضيفة. على سبيل المثال ، في قضية خط الصحراء ضد اليمن ، طالب المدعي بتعويض عن الأضرار المعنوية بما في ذلك فقدان السمعة. وبشكل أكثر تحديداً، جادل المدعي بأنه نتيجة لانتهاكات اليمن لالتزاماتها بموجب معاهدة الاستثمار الثنائية المعرضة للخطر "عانى المسؤولون التنفيذيون للمدعي من التوتر والقلق من تعرضهم للمضايقة والتهديد والاحتجاز

من قبل المدعى عليه وكذلك من قبل القبائل المسلحة ؛ تعرض المدعي لضرب كبير لا يثمنه وسمعته وفقد هيبته ؛ تم تخويف المديرين التنفيذيين للمدعي من قبل المدعى عليه فيما يتعلق بالعقود ."

وفي حالات نادرة قليلة، طلبت الدولة المضيئة تعويضات معنوية ضد المستثمر. على سبيل المثال، في قضية [...] كان فظيلاً وخبيثاً. لقد أكدت ومتابعة Cementownia ، جادلت تركيا بأن "سلوك Cementownia v. Turkey ادعاء لا أساس له وقدمت مزاعم كاذبة ضد تركيا بقصد الإضرار بمكانتها وسمعتها الدوليين".

وعليه يمكن طرح الاشكالية التالية:

ما مدى نجاعة الآليات القانونية التي اعتمدها المشرع الفلسطيني لتعويض المتضرر عن الأضرار المعنوية الناجمة عن المسؤولية المدنية بنوعها العقدية والتقصيرية، وكذا الناشئة عن حوادث الشغل؟

وللإجابة على الاشكالية السابقة ارتئينا التقسيم التالي:

المبحث الأول: ماهية الضرر المعنوي وأثاره القانونية

المطلب الأول: تعريف الضرر المعنوي وتبيان خصائصه

المطلب الثاني: الآثار القانونية للضرر المعنوي

المبحث الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن الضرر المعنوي

المطلب الأول: التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني الفلسطيني

المطلب الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن حوادث الطرق في ظل قانون التأمين الفلسطيني

المبحث الأول: ماهية الضرر المعنوي وأثاره القانونية

إن طبيعة الحق أو المصلحة الواقعة عليها الضرر الأدبي هو طبيعة غير مالية فلا تعدو كونها مجرد المساس بالعاطفة والشرف، بالقيم المعنوية. نتيجة لذلك تردد الفقه طويلاً في قبول فكرة التعويض عن الأضرار المعنوية، وذلك لأن الضرر المعنوي لا يمس أموال المضرور، بل يصيب حقه أو مصلحة غير مالية.

المطلب الأول: تعريف الضرر المعنوي وتبيان خصائصه

سنبين في هذا المطلب المقصود من الضرر المعنوي وكذا أهم الخصائص التي تميزها هذا النوع من الضرر.

الفقرة الأولى: تعريف الضرر المعنوي

يشير الضرر المعنوي الى الطريقة التي يعاني بها الشخص في مشاعره وعواطفه ومعتقداته ولياقته وشرفه وسمعته وخصوصيته، فهو يشير الى مشاعر الموقف (هذه المشاعر التي تشير فقط الى حالة الأنا ويتم تصنيفها على أنها ممتعة كالسعادة واللذة والرشاقة والفرح والراحة والرضا والأمن، وغير سارة كالحزن والقلق والكرب والخوف وعدم الارتياح والفشل والعجز والحنين والمزاج السيء والغضب والحسد والغيرة... الخ. كما ويشير الضرر المعنوي الى الشعور بالقيمة

الذاتية والتقييم الخارجي، فإن مشاعر تقدير الذات هي تلك التي تشير الى الاعتبار الذي يتمتع به الشخص عن نفسه، يمكن ان تكون ايجابية مثل القوة، أو الكبرياء، أو الغرور، أو الكرامة، أو التفوق، أو الانتصار، أو الراحة أو يمكن أن تكون سلبية مثل العار والشعور بالذنب وما الى ذلك. وإن مشاعر التقدير الخارجية عن القيمة هي تلك التي تتعلق بالاعتبار الذي لدى الأطراف تجاه شخص ما وما يتم تصنيفها أيضاً في الايجابيات مثل الحب والثقة والرحمة والفائدة والعدالة والنبيل، والسلبيات مثل الكراهية والاشمئزاز والازدراء والسخط...الخ.

والضرر بصورة عامة ما ينصب على حق أو مصلحة مشروعة، وهذا الضرر على نوعين: فقد يكون ضرراً مادياً يلحق بالشخص أو ماله أو جسمه، أو يؤدي الى خسارة مالية، وقد يكون ضرراً معنوياً، والضرر المعنوي على عكس الضرر المادي حيث لا يمس أموال المضرور بل يصيب حقاً أو مصلحة غير مالية، ومثال ذلك أن إصابة الجسم تعد ضرراً مادياً كونها اعتداء على حق الانسان في الحياة، وسلامة الجسم، وضرراً معنوياً يصيب المضرور في عاطفته وشعوره ويدخل الى قلبه الغم والألم والحزن والحسرة على ما أصابه في جسمه، ويمكن إرجاعه الى حالات معينة منها الضرر المعنوي الناجم عن إصابة الشخص وما يتخلف عنها من ألم فيكون ضرراً مادياً ومعنوياً، وقد يتمثل الضرر المعنوي فيما يصيب الشخص في شرفه واعتباره وما يتولد عليه عن القذف والسب والشتم، وقد يتحقق الضرر المعنوي بمجرد المساس بالعاطفة والشعور من ذلك ما يصيب الوالدين من حسرة وألم نتيجة انتزاع طفلهما منهما¹.

فالضرر المعنوي "إخلال أو مساس بمصلحة أو حق غير مالي"² ومعيار التفرقة بين المصالح المالية والمصالح غير المالية هو في المحل المعتدى عليه، ويسري ذلك على معيار التفرقة بين الأضرار المادية والأضرار المعنوية.

ويتحقق الضرر في حالة الاعتداء على جسم الإنسان في ثلاث صور بالواقع. ضرر جسماني يتمثل بالعجز والتشويه كون أن الألم الذي يصيب الجسم جراء الجروح وما قد يعقب ذلك من تشويه في الوجه أو الجسم بوجه عام كل ذلك يعتبر ضرراً أدبياً³، وضرر مادي يتمثل في نفقات العلاج والعجز وفقدان الوظيفة فيما إذا كان يعتبر ضرراً أدبياً⁴ عجزه سبب له عدم القدرة على الاستمرار بالعمل كمن يفقد بصره، وهو يعمل مندوب مبيعات مثلاً، وضرر أدبي يتمثل بالآلام النفسية المتولدة عن فقدانه حاسة البصر وفقدانه لوظيفته التي كان يعتاش منها، وقد أوجب الفقه الإسلامي لضمان ما قد يؤدي إلى تفويت كمال الجمال والمنفعة، وقد ورد في المبسوط للسرخسي "أن من ضرب على سن حتى اسودت أو احمرت أو اخضرت فعليه أرش السن كاملاً لأن الجمال والمنفعة يفوت بذلك، وقالت السواد في السن دليل موتها، فإذا اصفرت فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله فيها حكومة عدل⁴.

ولم يرد تعريف الضرر المعنوي بنص صريح في القانون الفلسطيني، إنما يستدل من تعريف الضرر الوارد في قانون المخالفات المدنية الفلسطينية رقم 36 لسنة 1944م⁵، في المادة الثانية منه: "تعني لفظة الضرر الخسارة أو التلف

¹ مجلة نقابة المحامين الأردنيين، تمييز حقوق 97/256 صفحة 1998/2568.

² العدوي جلال علي، أصول الالتزامات- مصادر الالتزام، طبعة 1، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1977، ص425.

³ مجلة نقابة المحامين الأردنيين، تمييز حقوق 71/87، ص1128، 1978.

⁴ السرخسي، شمس الدين: المبسوط، المجلد الثالث عشر، الطبعة 1، بيروت لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1989، ص81.

⁵ الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني) العدد 1380 تاريخ النشر 28 كانون الأول، 1944 صفحة 14.

الذي يلحق بمال، أو سلب الراحة أو الأضرار بالرفاه الجسماني أو السمعة أو ما الى ذلك"، على إمكانية المطالبة بالتعويض المعنوي.

ولقد أسست هذه المادة أن الضرر هو مناط المسؤولية المدنية وأن لفظ "الإضرار" في هذا المقام يغنى على سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعث في معرض التعبير، كاصطلاح "العمل غير المشروع" أو "العمل المخالف للقانون" أو "الفعل الذي يحرمه القانون"..¹

الفقرة الثانية: خصائص الضرر المعنوي وصوره

أولاً: خصائص الضرر المعنوي

يتميز هذا النوع من الضرر بالخصائص التالية:

1- الضرر المعنوي يقع على حقوق ثابتة للإنسان

تثبت للإنسان حقوق كثيرة -ومن بين هذه الحقوق- يوجد ما يسمى بالحقوق المعنوية، وهي كثيرة منها حقوق الشخصية تكفل للشخص الانتفاع بنفسه وبكل ما هو مرتبط بنفسه ارتباطاً لا انفصام له، وهذه الحقوق ليست بسلطات تقرر للشخص على نفسه، وإنما هي حقوق موجهة الى الغير، ويقصد بها الاعتراف بوجود هذه الشخص وحماية هذا الوجود.²

2- الضرر المعنوي يقع على حق لا يقوم بالمال

يعتبر الضرر المعنوي من أشد أنواع الضرر خطورة، فحتى إذا تم التعويض عنه فإنه لا يستوفي حقه لأنه ضرر نفسي يصعب تقديره وتقويمه³، ومن بين الأضرار المعنوية التي يصعب تقييمها بالمال الأضرار الناجمة عن المساس بالحرية والشرف والاعتبار⁴ كونها لا تسبب خسارة مالية بل ألماً نفسياً.

ثانياً: صور الضرر المعنوي

إن الأضرار المعنوية جديرة بالتعويض عنها بكافة صورها، فهي أضرار ناشئة عن الاعتداء على حق أو مصلحة مشروعة، وتتعدد الحقوق والمصالح بحيث تتعدد بالمقابل صور الأضرار الناشئة جراء الاعتداء عليها. ويمكن رد

¹ المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع 2003، ص209.

² يوسف بوجمعة، الحقوق الملازمة للشخصية وتقسيماتها، مجلة الدراسات القانونية، الجزائر، المجلد الرابع، العدد الأول، 2018، ص342.

³ رواحة زوليخة، مستاري عادل، معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي وأشكاله، مجلة المفكر، الجزائر، المجلد 13، العدد 1، 2018، ص172.

⁴ عبوب زهير، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، الجزائر، المجلد 2، العدد 2، 2016، ص165.

تقسيم الأضرار المعنوية إلى ثلاث طوائف:

1- أضرار معنوية متصلة بأضرار مادية

تتجلى هذه الصورة في حالة الاعتداء على الشخص وما يترتب عن ذلك من نقص القدرة على العمل والإنتاج، كبت يد المعتدى عليه نتيجة إصابتها بفعل الاعتداء، وما يتولد من حزن وغم وأسى عن العدوان على حق الملكية¹، ويشترط في الفعل أن يكون عملاً غير مشروع، فوضع اليد من جهة اختصاص على عقار مملوك للأفراد يمثل اعتداء لكنه عمل مشروع متى توفرت شروطه، كذلك في حالة الدفاع الشرعي ...، وقد قسم د. السنهوري الأضرار المعنوية إلى ثلاثة أقسام: "ضرر يصيب الكرامة والعرض، كما في القذف وفسخ الخطبة. وضرر يصيب الشخص فيما يكن من عواطف الحنو والحب نحو أفراد أسرته، كما إذا فقد أصلاً أو فرعاً أو أحداً من الحواشي أو زوجاً أو خطيباً، وضرر يصيب الشخص من جراء الاعتداء على حقوقه الشخصية الثابتة²."

وإذا اقتصر الاعتداء على إصابة المجني عليه في جسمه، فقد تقدم أن ذلك يسبب له أضراراً مادية تشمل تكاليف العلاج والعجز عن الكسب المدة اللازمة للشفاء، وفوات الفرص المالية التي كان يستطيع المجني عليه انتهازها في هذه الأثناء لولا الإصابة التي أعجزته، كما تسبب له أيضاً أضراراً معنوية تتمثل في الآلام الجسمية والنفسية التي عاناها من وقت الإصابة إلى تمام الشفاء³.

يستفاد من ذلك أن الضرر المعنوي يتحقق من جراء الاعتداء على حق مالي أو غير مالي كالحق في سلامة الجسم...، ومن أبرز صور الضرر المعنوي، الضرر المعنوي الواقع على شرف الإنسان وسمعته، والواقع على حق الإنسان في سلامة جسمه، والاعتداء على حق ثابت للشخص، ويعتبر التعدي المجرد على الحقوق غير المالية للشخص ضرراً معنوياً يستوجب التعويض.

2- صورة الأضرار المعنوية المجردة

وتتجلى هذه الصورة في الأضرار المعنوية المجردة من أي أضرار مادية، وتشمل هذه الطائفة الأضرار المعنوية الناتجة عن المساس بالجانب العاطفي للذمة المعنوية، مثل الآلام النفسية التي يكابدها الوالدان في عاطفتها بسبب فقد طفلها...⁴

3- صورة الأضرار المعنوية الناتجة عن الاعتداء على القيم المعنوية

وهي الأضرار المعنوية الناشئة عن الاعتداء على الشرف والكرامة والعرض والأمانة، كما في القذف والسب وفسخ الخطبة.

¹ العدوي جلال علي، أصول الالتزامات، مرجع سابق، ص426.

² السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام-، الجزء الأول، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1964، ص340.

³ مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، ج2 ص1988، دار النشر أرمني للطباعة، ص169. انظر، سلطان، أنور، مصادر الالتزام بالقانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، ط2، المكتب القانوني، 1988، ص374.

⁴ سلطان، أنور، مصادر الالتزام بالقانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)، طبعة 2، مرجع سابق، ص347.

فقد يمس الضرر شخصية المجني عليه، وهي تخرج من نتاج الحقوق المالية، مع إمكان أن يترتب على ذلك خسارة مالية، كما يحدث في حالة الطعن في أمانة تاجر، فإن ذلك قد يجرى الى انصراف عملائه عنه، فيترتب على ذلك اختلال في وضعه المالي¹.

ولقيام الضرر المعنوي لا بد من توافر مجموعة من الشروط:

أ- أن يكون الضرر معنوي شخصياً لمن يطالب بتعويضه.

من البديهي أن من يطالب بالتعويض عن الضرر أن يكون الشخص الذي أصابه الضرر نفسه وبالتالي تقتصر المطالبة عليه دون غيره، فليس لأحد أن يطالب بالتعويض في حالة امتناع المضرور عن رفع الدعوى على المسؤول، فالمضرور وحده له الحق في أن يطالب بالتعويض.

ب- أن يكون الضرر المعنوي مباشراً.

تعني المباشرة: "ايجاد علّة التلف، أي أن ينسب إليه التلف في العرف والعادة كالقتل والإحراق"، وبعبارة أخرى المباشرة: "اتصال فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف كما لو جرح إنسان غيره أو ضربه فمات"²

ت- أن يكون الضرر المعنوي محققاً.

يشترط، أولاً، أن يكون الضرر المعنوي محققاً وليس احتمالياً، فالضرر المحقق يعوض، أي أن يكون موجوداً وثابتاً وحالاً بشكل مؤكد عنه، بينما الضرر الاحتمالي ليس كذلك ويستطيع المضرور المطالبة به تعويضاً، ومن دون وجوده لا مصلحة في إقامة الدعوى، ومثال ذلك كما في قذف إنسان، أو سبه، أو تشويه سمعته، أو حدوث الآلام من جراء التعدي على جسم المجني عليه، في هذه الحالات للمجني عليه الحق بالمطالبة عن قيمة الضرر الذي لحقه نتيجة الفعل غير المشروع³.

ث- أن ينطوي الضرر على إخلال بمصلحة معنوية أو حق ثابت للمضرور.

الضرر الذي يوجب الضمان هو الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك بحقه في سلامة جسمه أو ماله أو حريته وحقه في الانتفاع بشيء وحقه فيما قام به من إنتاج علمي وهكذا، فلا يشترط إذن أن يكون الحق المعتدى عليه حقاً مالياً كحق الملكية مثلاً، ولكن أي حق يحميه القانون، كحق الإنسان في الحياة وفي سلامة أعضائه، وحقه في الحرية الشخصية.

ج- أن لا يكون التعويض عن الضرر قد سبق التعويض عنه.

¹ عامر، حسين، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، طبعة 1، مصر، دار المعارف، 1956، ص318.

² أبو شنب، أحمد، الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في المدني الأردني والفقهاء الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سنوية رقم عدد 4، ص 27..

³ الشمالية، ناصر جميل، الضرر الأدبي وانتقال الحق في التعويض عنه، أطروحة دكتوراه مقدمة لجامعة الموصل، العراق، غير منشورة، ص16.

إن مناط التعويض هو جبر الضرر بصوره المختلفة، فإذا ما استطاع المضرور من كسب دعواه والحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به، فلا يجوز له أن يرفع دعوى أخرى قائمة على نفس السبب والموضوع ووحدة الخصوم.

المطلب الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن الضرر المعنوي

سنتعرض في هذا المطلب الى طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، ومبدأ التعويض الكامل.

الفقرة الأولى: طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي

إذا كان المسلم به لدى غالبية الفقه والقضاء أن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي أصبح من الأمور المستقر عليها، فإن الخلاف قام حول طبيعة التعويض عن هذا الضرر، بمعنى آخر الأساس الذي يستند إليه مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، وفي هذا الإطار ظهرت نظريتان:

أولاً: نظرية العقوبة الخاصة

في المجتمعات البدائية نجد الفرد الذي يصاب بضرر في ماله أو شخصه أو شرفه، يعتمد بدافع غريزته الى الانتقام رد فعل مماثل أو مضاعف لمعاقبة المسؤول عن إحداث هذا الضرر، وعادة ما يقوم المضرور نفسه بتحديد العقوبة وتنفيذها¹.

ولأن نظرية العقوبة الخاصة يسودها مبدأ الانتقام، فقد هجرها الفقه نتيجة الانتقادات التي تعرضت لها والمتمثلة في:

- 1- تقوم هذه النظرية على فكرة الانتقام، وفي ذلك معارضة لحقيقة التعويض الذي يقوم على الإصلاح²، فمجال العقوبة قانون العقوبات وليس القانون المدني، والقول بها يؤدي بنا للخلط بين القانون الجنائي والقانون المدني.
- 2- هذه النظرية تحرم الورثة وذوي الحقوق من التعويض، لكونها تمنح فقط للمضرور المطالبة بالتعويض.
- 3- إن نظرية العقوبة الخاصة تتناقض ومبدأ العدالة لأن تقدير التعويض بمقدار خطأ المسؤول يجعله إما غير كافٍ إذا كنا بصدد ضرر جسيم تسبب في خطأ يسير، أو مبالغاً فيه إذا كان الخطأ جسيم والضرر يسير.
- 4- إن نظرية العقوبة الخاصة لا تتناسب مع الطابع التعويضي للقانون المدني³، لأن غاية التعويض في القانون المدني هو منح المتضرر تعويض ملائم عن الضرر وليس توقيع العقوبة على المسؤول.

وأمام هذه الانتقادات، برزت نظرية أخرى تبني فكرة التعويض على أساس الترضية وليس على أساس العقوبة.

¹ مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، دون طبعة، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992، ص 87.

² شهرزاد بوسطلة، الطبيعة القانونية والفقهية لجبر الضرر المعنوي دراسة في القوانين الوضعية وفي الفقه الاسلامي، مجلة العلوم الانسانية، الجزائر، المجلد 10، العدد 19، 2010، ص 224.

³ عبوب زهيرة، مرجع سابق، ص 169.

ثانياً: نظرية الترضية

المقصود بها وظيفة التعويض الاصلاحية¹، ظهرت هذه النظرية نتيجة للانتقادات التي وجهت للنظرية السابقة، حيث ترفض هذه النظرية فكرة الانتقام، ذلك أن العلاقات الانسانية في المجتمعات المعاصرة لم تعد قائمة على الانتقام²، بل أصبحت هناك قوانين تحكم وتنظم العلاقات بين الأفراد، وبالتالي فكل شخص لحقه ضرر فإنه يلجأ للقضاء لمطالبة المسؤول بتعويضه عن الضرر الذي سببه له.

ويرى أنصار هذه النظرية أن التعويض النقدي للضرر لا يعني محو الألم نهائياً، وإنما يكون ترضية ومواساة له وتخفيف لألامه، وعليه فإن الراجح في طبيعة أو أساس التعويض عن الضرر المعنوي تتمثل في الوظيفة الاصلاحية كونه مثله مثل الضرر المادي من ناحية وجوبه واصلاحه، وبالتالي لا مجال لتطبيق العقوبة الخاصة بشأنه³.

والجدير بالذكر أن التعويض بمعناه الحديث لم يكن هو جزء المسؤولية المدنية وإنما كانت العقوبة هي الجزء الرادع في كل من المسؤولية المدنية والجنائية، ففكرة العقوبة لم تنسحب من مجال القانون الخاص وتستقر في مجال القانون الجنائي إلا في العصر الحديث⁴، ومن ثم فإن انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية⁵ كان له أثر في ظهور التمييز بين مصطلح التعويض ومصطلح العقوبة بالتالي أصبحت الوظيفة الوحيدة للتعويض ليست وظيفة عقابية بل هي جبر الضرر واصلاحه وعلى وجه التحديد يقصد به الاصلاح⁶ وليس المحو التام والفعل للضرر الذي وقع. وقد تعددت أحكامه وعناصره بما يتناسب مع هذا الهدف وهذا في مجال المسؤولية المدنية⁷.

وعند الرجوع الى مراجع الفقه الاسلامي لا نعثر فيها على مصطلح التعويض، وإنما نجد مصطلح الضمان أو التضمين⁸، ويطلق الضمان عند فقهاء الشريعة بمعنيين، فالمعنى الأول الضمان بمعنى التعويض، أما المعنى الثاني الضمان بمعنى الكفالة. وما يهمنا هنا في الضمان المعنى الأول وهو التعويض، وعرفه الامام الغزالي بأنه واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة⁹.

¹ شهرزاد بوسطلة، الطبيعة القانونية والفقهية لجبر الضرر المعنوي دراسة في القوانين الوضعية وفي الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص225.

² مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، مرجع سابق، ص103.

³ عبوب زهيرة، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مرجع سابق، ص170.

⁴ أحمد ابراهيم حسن، أساس المسؤولية العقدية، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، ص87.

⁵ بريق رحمة ودلاج محمد لخضر، التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية المدنية ومعايير تقديره، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 6، العدد 2، 2020، ص168.

⁶ بريق رحمة ودلاج محمد لخضر، التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية المدنية ومعايير تقديره، مرجع سابق، ص168.

⁷ بريق رحمة ودلاج محمد لخضر، التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية المدنية ومعايير تقديره، مرجع سابق، ص168.

⁸ حسن الحنتوش الحسنواي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية -دراسة مقارنة-، دون رقم طبعة، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص37.

⁹ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي -دراسة مقارنة-، دون رقم طبعة، بيروت، لبنان، دار الفكر المعاصر، 2008، ص21.

فالتعويض هو تصحيح التوازن الذي أهدر نتيجة وقوع الضرر الى ما كان عليه، ولما كان التعويض هو جزاء ومقابل للضرر الذي أصاب المضرور، ولما كان الضرر يتمثل في الاعتداء على حق أو مصلحة للمضرور وأثر للمسؤولية فإن التعويض يتمثل بالتالي في ازالة أثر الاعتداء على حق أو مصلحة للمضرور، وبالتالي مصدر الحق في التعويض هو الفعل الضار¹.

والتعويض في القانون المدني إما أن يكون تعويضاً عينياً ويقصد به إعادة الحال الى ما كانت عليه² قبل وقوع الضرر، إذ يؤدي الى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً، كأن يحكم القاضي مثلاً على من أتلّف سيارة بإصلاحها³ والتعويض العيني شائع الوقوع في المسؤولية العقدية، إلا أنه في نطاق المسؤولية التقصيرية غالباً ما يتعذر الحكم به⁴، أما التعويض النقدي فهو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية، ويتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق المضرور.

الفقرة الثانية: مبدأ التعويض الكامل

يجب أن يكون التعويض شاملاً يغطي جميع عناصر الضرر الواقع على المضرور، ولا يشمل الأضرار غير مستوجبة التعويض، فلا يمنح المضرور أكثر مما يستحق، ولا ينتزع حقه في تعويض كامل عن الأضرار التي أصابته.

وبالتعويض عن الضررين المادي والمعنوي بنى المشرع مبدأ جبر الضرر بالكامل، بحيث لا يزيد أو ينقص عن قدر الضرر الذي وقع، فإذا زاد التعويض عن الضرر أثرى المضرور على حساب المسؤول بغير سبب، وإن نقص مقدار التعويض عن الضرر اختلت العدالة⁵.

وإذا كان التعويض في أساسه جبر الضرر لإعادة التوازن للعلاقات التي اختلت نتيجة الإخلال بالتزام، فلا ضير إذاً في حالة عدم تحقق مبدأ التعويض الكامل تدارك الضرر بمنح المضرور تعويضاً عادلاً وفقاً لظروف كل حالة. وأجدى وسيلة لتعويض المضرور هي محو ما أصابه من ضرر، إن كان ذلك ممكناً، ولكن إذا ما تعذر ذلك التعويض فليس أمام القاضي إلا القضاء بما يخفف على المضرور ما حدث له من ضرر بما يقدره القاضي من مقابل. ولا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود وإلا فالضرر المعنوي لا يمحي ولا يزول بتعويض مادي، ولكن يقصد

¹ بلحاح العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري - الواقعة القانونية - الفعل غير المشروع الاثراء بلا سبب والقانون، الجزء 1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 164.

² دنون يونس صالح المحمدي ومهدي صالح شحادة العبيدي، التعويض الناشئ عن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 2، العدد 3، 2018، ص 181.

³ حمزة قتال، مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية - الفعل المستحق للتعويض -، دون رقم طبعة، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، دون سنة نشر، ص 83.

⁴ ليس للقاضي مثلاً أن يقضي بإعادة حالة طفل صدمته سيارة فسببت له عاهة مستديمة الى ما كانت عليه، لذلك يلجأ القاضي الى التعويض بمقابل، ذكره حمزة قتال، المرجع السابق، ص 84.

⁵ انظر نقض 1964/2/2، طعن 38 س 29ق، مشار إليه لدى أنور طلبة، المسؤولية المدنية، الجزء الأول، المسؤولية العقدية، طبعة منقحة، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2017، ص 368.

بالتعويض أن يستحدث المضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر المعنوي، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوّض عنها وعلى هذا المعنى يمكن تعويض الضرر المعنوي¹.

والغاية من التعويض جبر الضرر جبراً مساوياً له، ويقصد هنا بالمساواة التقريبية، وإلا فإن تعويض الضرر على نحو تحقيق المساواة الكاملة بينه وبين التعويض أمر بعيد الاحتمال، فالإصابات البدنية أو المعنوية التي تنطوي على صعوبة في تقدير التعويض، وخصوصاً أن الأضرار تختلف فيما بينها في أمر تقويمها، مما يجعل التعويض على نحو كامل في مجال التطبيق العملي أمراً فوق طاقة المحاكم والهيئات القضائية².

وإن تقدير التعويض من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، إلا أن مناط ذلك أن يكون هذا التقدير قائماً على أساس سائغ مردوداً إلى عناصره الثابتة بالأوراق ومبرراته التي يتوازن بها أساس التعويض مع العلة من فرضه، بحيث يبدو متكافئاً مع الضرر وليس دونه وغير زائد عليه³.

وليس من ريب أن تراعى جسامه الخطأ في تقدير التعويض، لكن دون أن تكون هي الاعتبار الوحيد، فقد يترتب ضرر يسير على خطأ جسيم، كما أنه قد يحدث ضرر بالغ بسبب خطأ يسير، وإنما تؤخذ جسامه الخطأ في الاعتبار جملة مع بقية ظروف الدعوى⁴.

فالقاضي ملتزم بمنح المضرور تعويضاً عن الضرر الذي أصابه، وبالتالي لا ضير في تفعيل سلطة القاضي التقديرية في خلق دمج متوافق ما بين عناصر الضرر ومبدأ التعويض، بحيث تكون عناصر الضرر مرشدة لآليات الأخذ في تقدير التعويض، وأن المعيار في ذلك هو مدى الضرر.

كما تنص المادة 279 مدني مصري على "أن القاضي يراعي في تقديره للتعويض الظروف الملائمة، وهذه الظروف تشمل الظروف الشخصية لكل من المضرور والمسؤول، كما تشمل جسامه الخطأ، ومن ثم يجب أن يراعي القاضي في تقديره التعويض الظروف الشخصية التي تتصل بالمضرور، ويكون لها شأن في تحديد مدى الضرر سواء كانت هذه الظروف جسمية أو صحية أو عائلية أو مالية، وذلك لأن التعويض يقدر بمقدار الضرر الذي لحق بالمضرور⁵.

فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار عند تقدير التعويض، لأن التعويض يقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي⁶.

والراجع في الفقه أن المقصود بالظروف الشخصية التي تراعى عند تقدير التعويض ظروف المضرور لا المسؤول المتسبب بالضرر.

¹ مجلة نقابة المحامين الأردنيين: تمييز حقوق 78/71 صفحة 1978/1128.

² عبد السمیع، أسامة السيد، التعويض عن الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دون رقم طبعة، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007م، ص312.

³ طلبة أنور، المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية، مرجع سابق، ص384.

⁴ عامر، حسين، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، مرجع سابق، ص544.

⁵ الفضل، منذر، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة 1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص432.

⁶ عبد السمیع، أسامة، مرجع سابق، ص308.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن الضرر المعنوي

عرفت القوانين القديمة¹ مبدأ التعويض عن الضرر، ولكن انقسمت فيما يتعلق بوجود التعويض عن الضرر المعنوي من عدمه، ولكن مع صدور التشريعات الحديثة نجدها قد نصت على وجوب التعويض عن الضرر المعنوي، كالضرر المادي، مما ينبغي معه تقسيم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني الفلسطيني

الفقرة الأولى: التعويض عن الضرر المعنوي في إطار المسؤولية العقدية

تنشأ المسؤولية العقدية نتيجة الإخلال بالتزام تعاقدي، والتي تتطلب لقيامها الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ويعتبر الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية، والذي يمكن أن يكون مادياً أو معنوياً²، ويكون نطاقها محدد بشرطين أولهما: وجود عقد صحيح بين طرفي التعاقد، وثانيهما: قيام علاقة سببية بين الضرر والاخلال بالالتزام التعاقدي، مما ينبغي معه ان نتناول مدى صحة الالتزام الذي يكون محله مصلحة معنوية فقط، ومدى امكانية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية.

أولاً: التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية

تناول المشرع الفلسطيني مسألة التعويض عن الضرر المعنوي (الأدبي- كما أسماه المشرع الفلسطيني) من خلال المادة 187 من القانون المدني الفلسطيني³، والتي جاء فيها: "1. كل من تعدى على الغير في حرته أو في عرضه أو شرفه أو سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يكون مسئولاً عما لحق الغير من ضرر أدبي.

يجوز أن يقضي بالتعويض للزوج والقريب من الدرجة الثانية عما يصيبه من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.

لا ينتقل الحق في طلب التعويض عن الضرر المعنوي إلى الغير، إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو بحكم قضائي نهائي".

ومن هذه النصوص يتضح أن القانون المدني الفلسطيني نص على التعويض عن الضرر المعنوي في الفصل المتعلق بالفعل الضار.

ثانياً: الضرر الواجب التعويض عنه في المسؤولية العقدية

إن أساس التعويض في المسؤولية العقدية هو الضرر، فلا تعويض بلا ضرر، وتتفق كلا من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في أن الضرر المعنوي الواجب التعويض عنه هو الضرر المباشر، وفي المسؤولية العقدية يجب أن يكون الضرر قد وقع مباشرة بسبب الخطأ العقدي، والخطأ العقدي هو عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو الإخلال

¹ كالقانون الفرنسي، والقانون المصري وفي الشريعة الإسلامية.

² عبد القادر العرعري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، الرباط، مكتبة دار الأمان، 2016، ص 39.

³ القانون المدني رقم 4 لسنة 2012، الوقائع الفلسطينية، الجريدة الرسمية، عدد ممتاز، أغسطس (آب) 2012.

به¹، ولكن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية تختلفان في الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع، حيث يمكن التعويض في المسؤولية التقصيرية عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع، بينما لا يمكن التعويض في المسؤولية العقدية إلا عن الضرر المتوقع²، ما لم يكن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً، فهنا يكون مسؤولاً عن الضرر غير المتوقع³.

وقد نصت المادة 239/2 من القانون المدني الفلسطيني على أن: "إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

فيتبين من النص السابق أن الضرر الذي يُسأل عنه المدين هو الضرر المتوقع وقت إبرام العقد، وليس بعده، كما أن النص حدد معياراً للضرر المتوقع بالمعيار الموضوعي للشخص المعتاد⁴.

الفقرة الثانية: التعويض عن الضرر المعنوي في إطار المسؤولية التقصيرية

تنشأ المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، وإنه متى انعدم أحد شروط المسؤولية العقدية وتوافرت المسؤولية فهي مسؤولية تقصيرية، وتنص المادة 179 من القانون المدني الفلسطيني على أن "كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه".

أولاً: أساس التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية

تعتبر المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي من أهم مظاهر المسؤولية المدنية على الإطلاق، فالتعويض الاجتماعي يفرض على الأفراد احترام الضوابط التي يقوم عليها هذا التعويض كاحترام حقوق الغير وعدم التعدي على ممتلكاته، وأي إخلال بهذا النظام إلا ويخمل صاحبه تبعات هذا الإخلال⁵.

ولقيام المسؤولية عن الفعل الشخصي فإنه يلزم توافر الأركان الثلاثة التي هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وهذه العناصر الثلاثة تعد ضرورية لتحقيق كل المسؤوليات التقصيرية، إلا أن أساس هذه المسؤوليات وطريقة الإثبات فيها هي التي تتباين من حالة إلى أخرى⁶.

نظم المشرع الفلسطيني التعويض عن الضرر المعنوي في الفصل الثالث من القانون المدني (المتعلق بالفعل الضار)، حيث نص في المادة 179 من القانون المدني على أن "كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه"، وقد جاء

¹ إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دون رقم طبعة، الجزائر، قصر الكتاب للنشر والتوزيع، 2007، ص144.

² أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، طبعة 1، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2004، ص279.

³ اياد جاد الحق، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، طبعة 1، غزة، فلسطين، مكتبة ومطبعة دار المنارة، 2009، ص279.

⁴ اياد جاد الحق، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص281.

⁵ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، مرجع سابق، ص69.

⁶ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات مرجع سابق، ص69.

في المذكرات الايضاحية¹ لمشروع هذا القانون بشأن تعليقها على نص هذه المادة قولها: وهذا النص يضع قاعدة عامة تجعل الضرر هو شرط المسؤولية ولو لم يوجد خطأ، وفي هذا أخذ بالاتجاهات الحديثة التي تجعل المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس النظرية الموضوعية".

ثانياً: نطاق التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية

للقول بوجود التعويض عن أي ضرر بوجه عام، يجب أن يكون الضرر قد استوفى الشروط اللازمة فيه، فيشترط أن يكون هذا الضرر مباشراً، وأن يكون متوقعاً، ومحققاً، ويكمن الاختلاف بين الضرر المادي والضرر المعنوي، في أن الضرر المادي؛ لا يشترط أن يكون متوقعاً، أما الضرر المعنوي؛ فلا بد أن يكون متوقعاً، ويتم تحديد الضرر المتوقع بناءً على معيار موضوعي، متمثل في سبب الضرر ومقداره، فمثلاً إذا التزمت شركة نقل بنقل طرد بريدي، ثم ضاع هذا الطرد، وكان يحتوي على أشياء ثمينة غير متوقعة نت قبل الشركة عند إبرام العقد، فلا تسأل الشركة إلا عن القيمة المعقولة للطرد، فهي وإن كانت تتوقع سبب الضرر المتمثل بوقوع خطأ من أحد عمالها يؤدي الى ضياع الطرد إلا أنها لا تتوقع وجود أشياء ثمينة بداخل الطرد، إلا إذا كان المرسل قد أعلم شركة النقل بذلك.²

يثبت الحق في التعويض لكل من أصابه ضرر، ذلك أن الحق في التعويض حق متعلق بذات الشخص، لا تنتقل بالإرث، وهذا من المبادئ المقررة في المسؤولية المدنية، حيث يظهر الطابع الشخصي للحق في التعويض عن الضرر المعنوي بالنسبة لكل ما يقع على الكيان الأدبي أو المعنوي للشخص كإيذاء الشعور والعاطفة أو إصابته في شرفه أو اعتباره، ولكن المشرع أجاز انتقال هذا الحق في حالتين هما: الاتفاق على تحديد قيمة التعويض، أو صدور حكم قضائي نهائي بقيمة التعويض، وقد قررت هذا المبدأ المادة 163 من القانون المدني المصري³، وكذلك المادة 179 من القانون المدني الفلسطيني، وفي هذا السياق لا بد من التفرقة بين الضرر الذي أصاب المتوفى، فإن هذا الحق قد قرر المشرع عدم انتقاله إلا بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي محدد فيه قيمة التعويض وبين الضرر الذي يصيب ذوي المتوفى، وهذا الضرر يعرف بالضرر المعنوي المرتد⁴، أما بالنسبة للأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض نتيجة وفاة شخص فقد حددهم المشرع على سبيل الحصر فقد جاء في المادة 187 من القانون المدني الفلسطيني أنهم: "يجوز أن يقضى بالتعويض للزوج والقريب من الدرجة الثانية عما يصيبه من ضرر أدبي بسبب موت المصاب".

¹ المذكرات الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع، مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين، 2003، ص 205.

² إيا جاد الحق، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 281.

³ الوقائع المصرية، جريدة رسمية للحكومة المصرية عدد غير اعتيادي، العدد 108 مكرر، الخميس 22 رمضان 1367 – 29 يوليو 1948، قانون رقم 131 لسنة 1948 بشأن القانون المدني.

⁴ الضرر المرتد هو ذلك الضرر الذي ينعكس على شخص آخر غير المتضرر الأصلي، وذلك لوجود رابط أو علاقة بين المتضرر الأصلي وبين من انعكس عليه الضرر، وهو إما أن يكون مادياً أو أدبياً.

مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، القاهرة-مصر، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1993، ص 551.

المطلب الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن حوادث الطرق في ظل قانون التأمين الفلسطيني

عالج قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005¹ الأحكام المتعلقة بحوادث الطرق، وما ينشأ عنها من إصابات وحالات وفاة، تستوجب التعويض للمتضرر أو ذويه، ويضم عقد التأمين الذي ينظمه القانون طرفين وهما المؤمن: وهي شركة التأمين، والمؤمن له؛ وهو سائق المركبة.

الفقرة الأولى: أساس المسؤولية في مجال التأمين

يكون تأمين المركبات إما تأميناً إلزامياً أو تأمين الطرف الثالث، أو أن يكون تأميناً شاملاً، بموجب قانون التأمين الفلسطيني الذي يغطي الأضرار التي تلحق بالمصابين من حوادث الطرق، وإن الالتزام بتعويض مصابي حوادث الطرق هو التزام ذو شقين حيث ينشأ من المسؤولية التقصيرية لمرتكب الفعل الضار، وينشأ أيضاً من المسؤولية العقدية لشركة التأمين، وعليه فإن التزام المؤمن له (سائق المركبة) يقوم على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، والتزام المؤمن وهي شركة التأمين يقوم على أساس قواعد المسؤولية العقدية، وإن أساس المسؤولية المدنية تختلف باختلاف التشريعات، منها ما يأخذ بالنظرية الشخصية² ومنها ما يأخذ بالنظرية الموضوعية³ ومنها ما يأخذ بنظرية الضمان⁴، ونجد أن المشرع الفلسطيني يقيم المسؤولية المدنية على أساس الضرر آخذاً بذلك بالنظرية الموضوعية، حيث تنص المادة 179 من القانون المدني الفلسطيني على: "كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً لغير يلزم بتعويضه". ويستند المشرع الفلسطيني في هذه النصوص على القاعدة الفقهية التي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية أنه "لا ضرر ولا ضرار" في المادة 19 منها، وقاعدة "الضرر يزال" الواردة في المادة 20 منها. وعليه فإن أساس المسؤولية في حوادث الطرق يقوم على كلتا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، ويشترط لتوافرها الشروط الأساسية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

¹ الوقائع الفلسطينية، الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية، ديوان الفتوى والتشريع، العدد 62، 25 صفر 1427 (25 مارس 2006)، ص 5.
² تؤسس هذه النظرية المسؤولية على فكرة الخطأ تركز جوهرى لا تقوم بدونه، فهي تم أساساً بسلوك الشخص المسؤول. ولا تنص على قيام المسؤولية بغير خطأ ولكن بغير تفرقة بين خطأ عمدي أو غير عمدي، ويستوي أن يكون هذا الخطأ واجباً لإثبات في حالة المسؤولية عن العمل الشخصي أو يكون خطأ مفروضاً في حالة المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء، إذ أن أساس المسؤولية في جميع هذه الحالات هو الخطأ.
³ أدى التقدم الصناعي في أواخر القرن 19 وكثرة المخترعات الميكانيكية وقيام الصناعات الضخمة وانتشار وسائل النقل الآلية إلى توسيع نطاق المسؤولية على أساس اعتبارات العدالة والتضامن الاجتماعي فذهب فريق من الشراح وعلى رأسهم "سالي Saleilles" و"جوسران 151 Josserrand" و"ديموج" لا على فكرة الخطأ، ذلك أن من يباشر نشاطاً يتحمل نتيجته، وعليه أن يعرض الغير الذي يلحقه ضرر منه، ولو كان سلوكه غير مشوب بخطأ ما. وعليه فمن يقوم مشروع ما فإنه يتحمل تبعية أخطاره. وفي منطلق هذه النظرية المادية أو نظرية تحمل التبعة، فإنه من غير الجائز نفي المسؤولية لا ينفي الخطأ أو بنفي العلاقة السببية. فالمسؤولية تقوم على الضرر وحده حتى ولو كان السبب مبني على قوة القاهرة.
⁴ ذهب بعض الفقهاء وعلى رأسهم "ستارك Starck" إلى إقامة المسؤولية المدنية بوجه عام على أساس الضمان لا على أساس الخطأ وترى هذه النظرية أنه متى ثبت أن المضرور قد أودى في حق من حقوقه دون مسوغ من القانون كان المتسبب في هذا الضرر مسؤولاً عنه بقطع النظر عن مسلكه، وبالتالي فهو موجب للضمان بذاته ما دام القانون لم يلزم المضرور يتحمل هذا المساس بحقه، وذلك لأن غاية المسؤولية المدنية هي التعويض المدني عند المساس بحق الضمان المعزز للغير، أما إذا ثبت ارتكاب الفاعل خطأً، فإنه يترتب على هذا الخطأ زيادة مبلغ التعويض على أساس عقوبة خاصة وقد ظهرت هذه الفكرة في القوانين التي ارتكزت على الالتزام للضمان التي نظمت إصابات العمال والأخطاء المهنية على أساس ضمان على سلامة العامل والأحكام القضائية المتعلقة بمسؤولية أمن نقل الركاب.

ويجب أن يتحقق في الضرر الشروط القانونية المتفق عليها فقهاً، وهي أن يكون الضرر مباشراً، وأن يكون محقق الوقوع، وأن يكون متوقعاً، إلا في حالي الغش والخطأ الجسيم.

ويتمثل الضرر المعنوي الناجم عن حوادث الطرق بكل ما يلحق المتضرر من آلام ومعاناة أثناء فترة العلاج، وبعد ذلك بسبب ما قد يحدث له من تشوهات أو إعاقة تمنعه من العمل، ويمكن القول أن الضرر المعنوي الذي تناوله المشرع الفلسطيني يتمثل في:

- 1- الآلام الجسدية التي يعاني منها المصاب جراء الحادث بسبب الجروح أو الكسور أو العمليات الجراحية التي أجراها.
- 2- الآلام النفسية التي يمر بها المصاب بسبب ما حدث له من إصابات قد تكون سببت له عجزاً مؤقتاً أو دائماً أو حرماناً من بعض متع الحياة لفترة مؤقتة أو دائمة.
- 3- الآلام التي تصيب العاطفة والشعور وهذه الآلام تصيب ذوي المتوفى أو المضرور.
- 4-

الفقرة الثانية: مدى امكانية التعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن حوادث الطرق والمطالبة به وتقديره

أجاز المشرع الفلسطيني في قانون التأمين التعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن حوادث الطرق، وأوله بنصوص تشريعية تحدد كيفية تقديره، كما تناول المشرع الضرر المعنوي الذي يلحق بورثة المصاب، وحدد قيمته أيضاً.

أولاً: مدى امكانية التعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن حوادث الطرق

تنص المادة 144 من قانون التأمين الفلسطيني على ما يلي: "1. يسأل كل من يستعمل مركبة آلية أو يأذن باستعمالها عن تعويض المصاب عن كل ضرر جسماني أو مادي أو معنوي ناتج عن حادث طرق كان للمركبة دخل فيه. 2. تكون مسؤولية من يستعمل المركبة أو من يأذن باستعمالها مسؤولة كاملة ومطلقة عن تعويض المصاب بغض النظر عما إذا كان هناك خطأ من جانبه أو من جانب المصاب أم لم يكن."

يتبين من المادة السابقة أن قانون التأمين الفلسطيني، قد أقر التعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن حوادث الطرق؛ إضافة الى الضرر المادي والجسماني، كما أنه يلزم مستعمل المركبة أو المأذون باستعمالها بالتعويض عما إذا كان هو المتسبب بالفعل الضار أو لم يكن، خارجاً بذلك عن القواعد العامة للمسؤولية، والتي توجب التعويض على قائد المركبة سواء أكان مالكة أو مأذوناً بقيادتها باعتباره المباشر للضرر أو المتسبب به¹.

ثانياً: المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن حوادث الطرق وتقديره

المدعي بالتعويض عن الضرر المعنوي

1 من ذلك: القضية رقم 2016269/ المنعقدة في محكمة النقض بتاريخ 04-03-2018، القضية رقم 2018434/ المنعقدة في

محكمة النقض بتاريخ 02-02-2022

أ. المضرور(المصاب)

لا يعتبر المصاب طرفاً في عقد التأمين المبرم بين المؤمن (شركة التأمين)، والمؤمن له (قائد المركبة)، وعلى الرغم من ذلك؛ فقد أعطى المشرع المصاب حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق به، وذلك وفقاً للمادة 151 من قانون التأمين الفلسطيني والتي نصت على: "للمصاب حق اقامة الدعوى للمطالبة عن الأضرار الجسدية والمادية والمعنوية التي لحقت به جراء الحادث، ضد المؤمن والمؤمن له معاً أو ضد المؤمن أو الصندوق فقط".

يتبين من نص المادة السابقة الذكر أن المشرع الفلسطيني قد أجاز للمصاب أن يرفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية أو الجسمانية أو المعنوية التي لحقت به ضد شركة التأمين أو المؤمن أو الصندوق مباشرة، ويأتي هذا التعويض تأسيساً على قواعد المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) وليس على أساس قواعد المسؤولية العقدية، حيث أن المصاب ليس طرفاً في العقد المبرم بين شركة التأمين والمؤمن، ومن الجدير بالذكر أنه يمكن أن يأتي تعويض المصاب على أساس عقدي في حالة ما إذا كان المصاب هو السائق فإن تعويضه يتأتى على أساس العقد المبرم بينه وبين شركة التأمين.

وقد نصت المادة¹ 152 من قانون التأمين الفلسطيني على المبالغ المستحقة للتعويض عن الأضرار المعنوية الناشئة عن حوادث الطرق على سبيل التحديد، ولم يترك الأمر لتقدير القاضي.

ب. وريثة المتوفى

نصت المادة 154 من قانون التأمين الفلسطيني على أن: "إذا أدى الحادث الى وفاة المصاب، فإن المبلغ الذي يدفع لورثته خمسون بالمائة من الحد الأقصى المذكور في المادة 153 من هذا القانون مطروحاً منها حصة الورثة المعالين وفقاً لحجة حصر الارث"، مما يتطلب منا ذكر المادة 153 والتي تنص على أن: "لا يجوز أن يزيد مجموع مبلغ التعويض عن الأضرار المعنوية عن عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً".

مما سبق يتبين أن المشرع الفلسطيني أعطى وريثة المتوفى الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق بهم بسبب وفاة المصاب نتيجة حادث سير.

وقد جاء موقف المشرع الفلسطيني في قانون التأمين متفقاً مع موقفه في القانون المدني وذلك في نص المادة¹ 187 من القانون الأخير، والتي تعطي لورثة المتوفى الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المعنوية التي لحقت بهم بسبب موت المصاب.

¹ يكون التعويض عن الأضرار المعنوية الناجمة عن حوادث الطرق على النحو الآتي:

1. خمسون دينار عن كل واحد بالمائة من نسبة العجز الدائم.
2. أربعون دينار عن كل ليلة يمكثها المصاب في المشفى أو أية مؤسسة علاجية بسبب حادث الطريق.
3. خمسمائة دينار عن العملية أو العمليات الجراحية التي أجريت للمصاب بسبب حادث الطريق واستلزمت مكوته في المشفى.
4. إذا لم يستحق المصاب تعويضاً بموجب الفقرات (1,2,3) من هذه المادة يحق له تعويض لا يزيد عن خمسمائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

أما بالنسبة للضرر المعنوي المرتد الذي يحدث نتيجة الألم والحزن الناجمين عن فقد شخص عزيز أو إصابته بحادث أدى الى عجزه عن العمل مثلاً، فقد حدد المشرع الفلسطيني في القانون المدني الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي، وهم الأزواج، والأقارب حتى الدرجة الثانية، وإن الورثة الذين تحدث عنهم قانون التأمين الفلسطيني هم المحددين في القانون المدني أنفسهم².

ثالثاً: تقادم دعوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن حوادث الطرق

نصت المادة 159 من قانون التأمين الفلسطيني على أن: "تتقادم دعوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن حوادث الطرق إذا لم ترفع خلال ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الحادث أو تاريخ الحصول على تقرير طبي نهائي إذا تجاوزت المدة الثلاث سنوات المذكورة".

يتبين من نص هذه المادة أن المشرع الفلسطيني قد قيد دعوى المطالبة بالتعويض بمدة قانونية لا تتجاوز الثلاث سنوات، حيث تبدأ هذه المدة من تاريخ وقوع الحادث أو من تاريخ الحصول على تقرير طبي نهائي (أي من تاريخ استقرار الحالة) وليس من تاريخ علم المضرور بوقوع الضرر³، حيث لا يحق للمضرور بعد مضي هذه المدة المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً، حيث جاء نص المادة عاماً لم يقصر المدة على نوع ضرر دون الآخر.

الفقرة الثالثة: دعوى التعويض

تعتبر دعوى التعويض الوسيلة القانونية التي كفل بها المشرع المطالبات بالحق الشخصي أمام المحاكم المختصة، كأى دعوى مدنية، ويشمل ذلك الادعاء بالحق المدني أمام المحاكم الجزائية، فهي إذاً الوسيلة المعتادة للانتجاء للقضاء، فالنشاط القضائي يتركز أساساً في الدعوى، وما ينشأ عن رفعها إلى القضاء من خصومة وفقاً لأحكام القانون، ويخضع تقدير التعويض لسلطة قاضي الموضوع كونه من المسائل الواقعية التي تستقل بتقديره المحكمة.

وتقسم الدعاوي بحسب طبيعة الحق، إلى دعوى شخصية ودعوى عينية، ودعوى مختلطة، فالدعوى العينية هي التي يكون موضوعها حماية حق عيني ومثلها دعوى الملكية ودعوى الاستحقاق ودعوى الارتفاق... والدعاوي العينية كالحقوق التي تستند إليها محددة وقابلة للحصر.

¹ مادة 187: "1. كل من تعدى على الغير في حرته أو في عرضه أو شرفه أو سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يكون مسؤولاً عما لحق الغير من ضرر أدبي.

2. يجوز أن يقضي بالتعويض للزوج والقريب من الدرجة الثانية عما يصيبه من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.

3. لا ينتقل الحق في طلب التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير، إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو بحكم قضائي نهائي".

² وفي ذلك قضت المحكمة العليا بغزة بصفها محكمة نقض بتأييد الحكم المستأنف الذي قضى بتعويض ورثة المتوفى بمبلغ 5000 دينار أردني وفقاً لنص المادة 153 من قانون التأمين الفلسطيني، وذلك بقولها: "مبلغ الألم والمعاناة هو مبلغ الأضرار المعنوية حسب نص المادة 154 وهو 50% من الحد الأقصى المذكورة في المادة 153 أي خمسة آلاف دينار أردني من عشرة آلاف دينار فإن هذا ما يتعلق بالأضرار المعنوية". طعن رقم 2011/471.

³ يختلف بدء سريان مدة التقادم هنا عن بدء سريانه في دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار من قبل المسؤول عن الضرر حيث تبدأ مدة سريان التقادم فيها من تاريخ تحقق علم المضرور بوقوع الضرر، أنظر في ذلك المادة 199 من القانون رقم 4 لسنة 2012 بشأن القانون المدني الفلسطيني.

أما دعوى الحق الشخصي فهي التي تستند إلى حق شخصي، ومثالها المطالبة بالدين أو المطالبة بتعويض، وعلى خلاف سابقتها، فإنه من غير الممكن حصر مثل هذه الدعاوي بالنظر إلى أن الحقوق الشخصية تخضع لحرية الاتفاق فتكون مثلها غير قابلة للحصر، وتختلف الدعوى المدنية عن الدعاوي الأخرى بأن أطرافها يكونون دائماً من الأشخاص الطبيعيين، ويلتزم القاضي بالفصل بالدعوى وفق أرجحية البيانات المقدمة أمامه وتحقيقاً لمبدأ المساواة بين الأطراف.

تعرف دعوى التعويض على أنها "الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من المسؤول على تعويض الضرر الذي أصابه إلا لم يسلم به المضرور اتفاقاً، وتسمى دعوى المسؤولية المدنية".¹

ويتضح من خلال التعريف أن الدعوى المدنية موضوعها المطالبة بحق ثابت، أو محتمل الثبوت، أو بتنفيذ التزام متعهد به، يتبناه شخص أو أكثر يدعى المدعي، ضد شخص أو أكثر هو المدعى عليه، والمدعي هو الشخص المبادر إلى طرح النزاع أمام الجهات القضائية المختصة، سواء كان فرداً أو أكثر، وهو المدعي بكونه صاحب حق سلب منه يرغب في استرجاعه أو الحصول عليه، والمدعي قد يبقى مدع إذا ما تأكد فعلاً أنه صاحب حق، بحيث تمكنه الجهة المختصة من ذلك، وقد يتحول إلى مدعى عليه إذا ما أثبت خصمه أنه لا وجه للنزاع الذي تبناه ويتعين على محكمة الموضوع في كل حال أن تتقصى من تلقاء نفسها الحكم القانوني الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفي الدعوى وأن تنزله على الواقعة المطروحة أمامها.²

والمدعى عليه: هو الشخص المدعى عليه بكونه لم يف بالالتزام معين، سواء كان مالياً أو عملاً أو ما إلى ذلك...، وقد يكون المدعى عليه أكثر من شخص تحدد محكمة الموضوع مسؤولية كل منهما وفق البيانات المعروضة أمامها.

أولاً: شروط قيام دعوى التعويض عن الضرر المعنوي

تخضع دعوى التعويض عن الضرر المعنوي للأحكام العامة للمسؤولية، ومن ثم فيشترط لقيامها الشروط الواجبة في أي دعوى ترفع أمام القضاء، وهذه الشروط نتناولها على النحو التالي:

1. المصلحة

تنص المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية³ على هذا بقولها: "1- لا تقبل دعوى، أو طلب، أو دفع، أو طعن، لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون. 2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. 3- إذا لم تتوافر المصلحة قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى."

¹ مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، القاهرة، دار الكتب القانونية، ص 569.

² طلبة أنور، دعوى التعويض، الطبعة الأولى، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2005، ص 11.

³ الوقائع الفلسطينية، الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية، ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل، العدد 38، 17 جماد آخر 1422 (5 سبتمبر 2001م)، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، ص 5.

يتبين من هذا النص أن المصلحة هي شرط أساسي لقبول الدعوى أمام القضاء، فلا دعوى بلا مصلحة، ويجب أن تكون المصلحة قائمة، ولا يجوز أن تكون محتملة إلا في حالات معينة، كما بينت المادة السابقة أن الدفع بعدم قبول الدعوى في حالة عدم توافر المصلحة هو دفع متعلق بالنظام العام على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها¹.

2. الصفة

إن الصفة هي ولاية مباشرة الدعوى، يستمدها المدعي من كونه صاحب الحق أو من كونه نائباً عن صاحب الحق، فإذا كان هو صاحب الحق كان له صفة المطالبة، وهنا تمتزج الصفة بشرط المصلحة الشخصية المباشرة، أما إذا كان رافع الدعوى نائباً عن صاحبها فيجب عليه إثبات صفته من تمثيل الشخص الذي ترفع الدعوى باسمه².

يجب أن يكون المدعي ذا صفة حتى يمكن للقاضي قبول دعواه، كما يجب أن يكون المدعى عليه ذا صفة، فإذا رفعت الدعوى من غير ذي صفة أو على غير ذي صفة، فإن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى³.

3. الأهلية

يجب أن يتمتع الشخص بالأهلية القانونية لرفع الدعوى، وهو شرط يمكن تبينه مما نصت عليه المادة 79 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001م بقولها: "يجب أن يكون كل من طرفي الخصومة متمتعاً بالأهلية القانونية التي تتعلق بها الدعوى وإلا وجب أن ينوب عنه من يمثله قانوناً فإن لم يكن له ممثل قانوني تُعين المحكمة المختصة من يمثله".

ويقصد بالأهلية بوجه عام، صلاحية الشخص لأن يتحمل الالتزامات ويكتسب الحقوق⁴، وتزول أهلية الشخص، إما بوفاته أو بفقده للأهلية، ويفقد الشخص أهليته إذا اعتراها أحد عوارض الأهلية وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة⁵ أو موانعها، فإذا فقد المدعي أو المدعى عليه الأهلية، انقطع السير في الدعوى إلى حين تعيين وصي أو ولي أو قيم ينوب عن الشخص فاقد الأهلية.

ثانياً: اثبات الضرر المعنوي

تنص المادة الثانية من قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001م⁶ على: "على الدائن اثبات الالتزام، وعلى المدين اثبات التخلص منه"، يتبين من هذا النص أن عبء اثبات الضرر يقع على من يدعيه، وهو الشخص الذي يطالب بالتعويض، ويستطيع المدعي اثبات الضرر بكافة طرق الإثبات المذكورة في المادة 7 من قانون

¹ أنظر، مقام، موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية، القضية رقم 1295/2016 المنعقدة في محكمة النقض بتاريخ 2018/2/4.

² للمزيد، راجع، عبد الله احمد عبد القادر الملحاني، الصفة القانونية في الدفاع أمام القضاء المدني، دون طبعة، اليمن، جامعة الجديدة، 2021، ص 6.

³ أنظر، مقام، موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية، القضية رقم 13/2018 المنعقدة في محكمة النقض بتاريخ 2018/04/16.

⁴ محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، الجزء 1، الطبعة 2، دمشق-سوريا، دار الخير للطباعة والنشر، 2006، ص 492.

⁵ المادة 111 و 112 من القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012م.

⁶ الوقائع الفلسطينية، الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية، ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل، العدد 38، 17 جماد آخر 1422 5)

سبتمبر 2001م)، قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001م، ص 226.

البيانات في المواد المدنية والتجارية على اعتبار أن الضرر واقعة مادية سواء كان الضرر المعنوي ناشئاً عن مسؤولية تقصيرية أم عقدية.

فعلى المدعي أن يثبت مقدار الضرر المعنوي الذي أصابه، فإن كان هذا الضرر مرتبطاً بضرر مادي قد أصابه ولم يستقر الضرر المادي بعد، فإن عليه الانتظار حتى تستقر الاصابة، لأن المتضرر يطالب بالتعويض النهائي، ومع ذلك؛ فإنه يجوز له أن يطالب بتعويض مؤقت إذا كان الضرر لم يستقر إلا بعد سنوات، ويطالب بالتعويض النهائي بعد استقراره¹، وأن يطلب بدفعة تحت الحساب في ضوء ما توفر من نفقات ومصاريف علاج، أو المطالبة بفتح اعتماد من شركة التأمين لتغطية نفقات العلاج والعمليات والمصاريف المستعجلة الى حين استقرار الحالة ومن ثم تقدير قيمة التعويض الكلي المادي والمعنوي معاً.

ولا يكفي أن يقيم طالب التعويض الدليل على وجود الضرر المعنوي، بل يجب عليه إثبات العناصر الثلاثة التي تشكل الأركان الأساسية لقيام المسؤولية واجبة التعويض² وعليه فلا بد أن يُثبت طالب التعويض توافر السببية بين ما وقع عليه من ضرر معنوي وبين الخطأ الذي قام به المسؤول، ولا يكفي أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه الضرر، بل يجب أن يكون هو السبب المباشر والمنتج³.

أما بالنسبة لإثبات الضرر المعنوي المرتد، فإن مسألة إثباته تعد صعبة لأنه أمر يتعلق بالحالة النفسية للشخص الذي أصابه الضرر المعنوي المرتد، حيث لم يقع الاعتداء عليه مباشرة، بل وقع على شخص قريب له، ومسألة اثبات تأثر هذا الشخص، واصابته بضرر معنوي مرتد أصاب عاطفته، أو شعوره هو أمر صعب، مما دفع المشرع الى تحديد أشخاص الضرر المعنوي المرتد بالأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية كما ذكرنا سابقاً.

خاتمة

ان الحديث عن التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني الفلسطيني، تطلب منا البحث في أصل هذا المبدأ، وقد تناولنا الحديث في المبحث الأول عن ماهية الضرر المعنوي إذ يتمثل في كل أذى يصيب الشخص في عاطفته وشعوره واعتباره وشرفه، وان معيار التمييز بين الضرر المادي والضرر المعنوي يتأتى بالنظر الى الطبيعة النهائية للضرر أي لنتيجة الضرر، وليس فقط طبيعة الحق المعتدى عليه، ثم انتقلنا للحديث في المبحث الثاني عن الأساس القانوني للتعويض عن الضرر المعنوي في القانون الفلسطيني، ليتبين لدينا فكرة شاملة عن كيفية التعويض ومقداره سواء في قانون التأمين او في دعوى المسؤولية التقصيرية والعقدية وكذا دعوى التأمين.

¹ عبد الحكيم فودة، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية) في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض، دون رقم طبعة، الاسكندرية- مصر، دار المطبوعات الجديدة، 1998، ص 26.

² محمد حسين منصور، المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الاجباري منها، دون رقم طبعة، الاسكندرية- مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 347.

³ غير أنه في إطار مسألة الصراع بين الأدلة فإن المدعى عليه يمكن له أن يدفع هذه المسؤولية عنه بنفي العلاقة السببية أصلاً بين الخطأ والضرر وإذا لم يكن له ارتباط بالفعل ولا بالنتيجة الضارين فله أن يثبت برائته بتقديم الدليل على أن الضرر كان بفعل أجنبي ولا يد له فيه كالقوة القاهرة والحدث الفجائي أو الخطأ المنسوب للضحية أو الغير. مزيد من الاطلاع على القوة القاهرة والحدث الفجائي والخطأ المنسوب للضحية أو الغير كأسباب للإعفاء من المسؤولية المدنية والتقصيرية أنظر الى:

عبد القادر العرعاري، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 136.

لائحة المراجع

أولاً: الكتب

1. أحمد ابراهيم حسن، أساس المسؤولية العقدية، طبعة 1، الاسكندرية-مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2012.
2. إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دون رقم طبعة، الجزائر، قصر الكتاب للنشر والتوزيع، 2007.
3. أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، طبعة 1، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2004.
4. أنور طلبية، المسؤولية المدنية، الجزء الأول، المسؤولية العقدية، طبعة منقحة، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2017.
5. أنور، مصادر الالتزام بالقانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلاميين، طبعة 1، عمان-الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
6. اياد جاد الحق، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، طبعة 1، غزة، فلسطين، مكتبة ومطبعة دار المنارة، 2009.
7. بلحاح العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري-الواقعة القانونية-الفاعل غير المشروع الاثراء بلا سبب والقانون، الجزء 1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
8. حسن الجنتوش الحسنواوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية -دراسة مقارنة، دون رقم طبعة، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.
9. حمزة قتال، مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية-الفاعل المستحق للتعويض-، دون رقم طبعة، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، دون سنة نشر.
10. السرخسي، شمس الدين: المبسوط، المجلد الثالث عشر، الطبعة 1، بيروت لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1989.
11. السهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني -نظرية الالتزام-، الجزء الأول، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1964.
12. طلبية أنور، دعوى التعويض، الطبعة الأولى، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2005.
13. عامر، حسين، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، طبعة 1، مصر، دار المعارف، 1956.
14. عبد الحكيم فودة، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية) في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض، دون رقم طبعة، الاسكندرية-مصر، دار المطبوعات الجديدة، 1998.

15. عبد السميع، أسامة السيد، التعويض عن الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دون رقم طبعة، الاسكندرية، دارالجامعة الجديدة، 2007م.
16. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، الرباط، مكتبة دارالأمان، 2016.
17. عبد الله احمد عبد القادر الملحاني، الصفة القانونية في الدفاع أمام القضاء المدني، دون طبعة، اليمن، جامعة الحديدة، 2021.
18. العدوي جلال علي، أصول الالتزامات- مصادر الالتزام، طبعة 1، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1977.
19. الفضل، منذر، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة 1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998.
20. محمد حسين منصور، المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الاجباري منها، دون رقم طبعة، الاسكندرية-مصر، دارالجامعة الجديدة للنشر، 2003.
21. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الاسلامي، الجزء 1، الطبعة 2، دمشق-سوريا، دار الخير للطباعة والنشر، 2006.
22. مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، القاهرة، دار الكتب القانونية.
23. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الاولى، القاهرة-مصر، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1993.
24. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، دون طبعة، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992.
25. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة-، دون رقم طبعة، بيروت، لبنان، دار الفكر المعاصر، 2008.

ثانياً: القوانين

1. القانون المدني رقم 4 لسنة 2012، الوقائع الفلسطينية، الجريدة الرسمية، عدد ممتاز، أغسطس (آب) 2012.
2. الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني) العدد 1380 تاريخ النشر 28 كانون الأول، 1944.
3. الوقائع الفلسطينية، الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية، ديوان الفتوى والتشريع، العدد 62، 25 صفر 1427 (25 مارس 2006)، قانون التأمين رقم 20 لسنة 2005.
4. الوقائع الفلسطينية، الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية، ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل، العدد 38، 17 جماد آخر 1422 (5 سبتمبر 2001م)، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.

5. الوقائع الفلسطينية، الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية، ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل، العدد 38، 17 جماد آخر 1422 (5 سبتمبر 2001م)، قانون البنات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001م.
6. الوقائع المصرية، جريدة رسمية للحكومة المصرية عدد غير اعتيادي، العدد 108 مكرر، الخميس 22 رمضان 1367 - 29 يوليو 1948، قانون رقم 131 لسنة 1948 بشأن القانون المدني.

ثالثاً: المقالات

1. أبو شنب، أحمد، الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في المدني الأردني والفقہ الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سنوية رقم عدد 4، 2000.
2. بريق رحمة ودلاج محمد لخضر، التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية المدنية ومعايير تقديره، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 6، العدد 2، 2020.
3. ذنون يونس صالح المحمدي ومهدي صالح شحادة العبيدي، التعويض الناشئ عن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 2، العدد 3، 2018.
4. رواحنة زوليخة، مستاري عادل، معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي وأشكاله، مجلة المفكر، الجزائر، المجلد 13، العدد 1، 2018.
5. شهرزاد بوسطلة، الطبيعة القانونية والفقهية لجبر الضرر المعنوي دراسة في القوانين الوضعية وفي الفقه الإسلامي، مجلة العلوم الانسانية، الجزائر، المجلد 10، العدد 19، 2010.
6. عبوب زهيرة، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، الجزائر، المجلد 2، العدد 2، 2016.
7. يوسف بوجمعة، الحقوق الملازمة للشخصية وتقسيماتها، مجلة الدراسات القانونية، الجزائر، المجلد الرابع، العدد الأول، 2018.

كيف تم إرساء قضاء إداري مستقل بذاته في فلسطين من خلال القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية

How was an independent administrative judiciary established in Palestine Through the decree number 41 of 2020 about the administrative courts

علي مهاني - باحث في القانون العام - دكتوراه في القانون العام - جامعة سوسة-كلية الحقوق والعلوم السياسية

Ali Mahani البريد الإلكتروني: Alimahani95@gmail.com :

ملخص: تم إصدار القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية قصد إرساء جهاز قضاء إداري مستقل بذاته عن القضاء العدلي ونقل اختصاص النظر في المنازعات الإدارية من محكمة العدل العليا إلى المحاكم الإدارية المنتظرة. وعمل النص على تحديد اختصاص القاضي الإداري ومنع التداخل في الاختصاصات بين المحاكم.

يأتي إصدار هذا النص في تكريس الاتجاه المعتمد في القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وهو الازدواجية القضائية وإخضاع عمل الإدارة إلى رقابة متميزة عن رقابة الأفراد لما في ذلك من تكريس لمبدأ الشريعة وحماية الحقوق والحريات.

الكلمات المفتاحية: قرار بقانون، محاكم إدارية، مبدأ التقاضي على درجتين، تنظيم هيكلية، تنظيم إجرائي، معايير الاختصاص، فلسطين.

ABSTRACT: The adoption of the decree number 41 of 2020 about the Administrative courts falls under the dedication of The Palestinian Organic Law orientations which is The Judicial duplication. This new text was taken to create independent administrative courts on the structural, procedural and functional levels.

The importance of this new text stand out from the need to strengthening the principle of legality and the control over the administrations activates.

Keywords: Decree, Administrative courts, principle of tow-tiered litigation, structural organization, procedural organization, criteria's of competence, Palestine.

مقدمة:

تقوم دولة القانون والمؤسسات على مبدأفحواء أن "السلطات الإدارية تكون ملزمة في أعمالها باحترام القانون بالمعنى الواسع لهذه العبارة¹، يعرف هذا المبدأ ب"مبدأ الشرعية" الذي يفترض أن تسود أحكام القانون على الحاكم والمحكوم داخل الدولة لما يحققه ذلك من حماية للحقوق والحريات الأساسية للأفراد وبعث السكينة في نفوسهم².

فإذا كانت الإدارة تمارس نشاطها بطرق غير مألوفة في القانون الخاص وتمتع بسلطة تقديرية لاتخاذ ما يلزم من أعمال لتسيير الشؤون العامة تحقيقاً للصالح العام، فإن هذه الأعمال يجب أن تندرج ضمن الإطار القانوني الذي تحدده الشرعية بإخضاعها للرقابة القضائية منعاً مناساس بحقوق منظوري الإدارة أو ألحقت أضراراً بمراكزهم القانونية.

لذلك تسعى مختلف الدول بما في ذلك فلسطين إلى تحقيق تلك الغاية من خلال التنصيص على أجهزة تختص بمراقبة أعمال الإدارة خاصة القرارات الإدارية، وقد اختار المشرع الفلسطيني منذ صدور القانون الأساسي الفلسطيني بتاريخ 18 آذار/مارس 2003 توجهاً مبدئي يرمي إلى أن تكون تلك الرقابة مخولة لجهاز قضائي يختلف عن القضاء العادي(العدلي) وأن تُمارس من قبل القاضي الإداري³.

بناء على ما تقدم، سوف يتناول هذا المقال قراءة لما جاء من أحكام صلب القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 11 يناير 2021 بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته⁴ في فلسطين للتعرف على خصائص جهاز القضاء الإداري الفلسطيني. لكن بدايةً، يقتضي الأمر منا التعريف ببعض المصطلحات حتى يتسنى تناول هذا الموضوع بشكل جليّ.

الإدارة: المقصود فيها بهذا الإطار الإدارة العمومية والتي عرّفها أستاذ القانون الإداري رضا جنّيح بكونها: "مجموع الهياكل التابعة للدولة والمكلفة بتنفيذ سياساتها في مختلف مجالات الشؤون العامة"⁵.

¹ جنّيح، محمد رضا، القانون الإداري، الطبعة الثانية، تونس: مركز النشر الجامعي، 2008، ص 377.

² عبد العليم، محمد مصطفى السيد ومن معه، "القضاء الإداري في ميزان التخصص القضائي: دراسة خاصة بمحكمة الأحزاب"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، 2010، ص 593.

³ الفصل 102 من القانون الأساسي الفلسطيني نص على أنه: "يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامها".

⁴ تم تعديله بمقتضى القرار بقانون رقم 13 لسنة 2022.

⁵ جنّيح، محمد رضا، مرجع سابق الذكر، ص 377.

الأعمال الإدارية: وهي جميع الأعمال التي تتخذها الإدارة العمومية لتحقيق المصلحة العامة والتسيير اليومي لشؤون المواطنين. وهذه الأعمال تنقسم إلى مادية وقانونية. بالنسبة للأعمال المادية فهي كالقيام بتنفيذ القرارات الإدارية وإنجاز الأشغال العامة من بناء وهدم وترميم وهي من حيث المبدأ لا ترتب أثراً قانونياً. أما الأعمال القانونية فتلك التي تصدر عن الإدارة وتحدد حقوق وواجبات كل من أشخاص القانون العام من جهة والمنظورين من جهة أخرى، ويكون للأعمال القانونية أثراً مباشراً على حقوق هؤلاء.

والأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة نوعان، الأول انفرادي ويصدر عن إرادتها المنفردة دون أن تُشرك المنظور في اتخاذه ويكون مؤثر في مركزه القانوني وهو ما يعرف بالقرار الإداري الانفرادي. والثاني تعاقدية وينتج عبر التقاء إرادتين، إرادة عامة تمثلها الإدارة مع إرادة أخرى قد تكون عامة (أي إدارة أخرى) أو خاصة (أشخاص القانون الخاص) وينتج عن ذلك ما يسمى بالعقد الذي قد يكون عقد غير إداري وخاضع للقانون المدني ولرقابة القاضي العدلي، وقد يكون عقداً إدارياً خاضعاً للقانون الإداري ولرقابة القضاء الإداري¹.

القضاء الإداري: عرفه الفقهيين (Rivero و Walline) على أنه: "هيئة قضائية متخصصة في الحكم في النزاعات الإدارية وهي منفصلة عن القضاء العدلي"². وهو القضاء الذي يشمل الطرق القضائية الخاصة التي يجري على مقتضاها النظر والبث في النزاعات الإدارية طبقاً لقواعد خاصة غالباً ما تتميز عن القانون المدني"³.

كان النظام القضائي الفلسطيني المعمول به هو النظام القضائي الموحد (النظام الأنكلوسكسوني) منذ زمن الانتداب البريطاني أين كان القضاء العادي مسؤولاً عن الفصل في كافة النزاعات التي تطرأ بين الأفراد أنفسهم أو بين هؤلاء والإدارة، وهو توجه تبنته المادة 43 من مرسوم دستور فلسطين لسنة 1922، وخضعت فلسطين بعد ذلك إلى قوانين متفرقة ومشتتة فرضها عليها الواقع خاصة خلال عهدي الإدارة الأردنية على الضفة الغربية، والإدارة

¹. جنينج، محمد رضا، القانون الإداري، مرجع سابق الذكر، ص176.

². علاء الدين شعباني، الأسس الدستورية للقضاء الإداري في تونس، رسالة لنيل شهادة الماجستير بحث في القانون العام، جامعة سوسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013/2014، ص8.

³. علاء الدين شعباني، المرجع نفسه، ص7.

المصرية على قطاع غزة خلال الفترة ما بين 1948 و 1967، ومن ثم إلى قرارات رئاسية وقوانين أخرى خلال تسعينات القرن العشرين تعلقت بتنظيم العمل القضائي ومسار القضاة والمحاكم وتوزيعهم¹. وبعد تولي السلطة الفلسطينية الصلاحيات التنفيذية والتشريعية والقضائية، تم إصدار عدة نصوص تخص النظام القضائي الفلسطيني كان أهمها قانون إنشاء المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، ثم وقع إصدار القانون الأساسي الفلسطيني 2003 الذي أبقى صراحةً وبصفة مؤقتة على نظام القضاء الموحد إلى جانب تكريسه للخيار الدائم ألا وهو نظام الازدواجية القضائية. لذلك، صدور القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020 المتعلق بالقضاء الإداري في فلسطين سوف يكون له تأثير مؤكّد على النظام القضائي الفلسطيني بشكل عام وهو ما يجعل من تناوله والبحث فيه أمر مهمّاً نبيّنه من خلال التطرق إلى أهمية الموضوع.

أهمية الموضوع:

حيث أن صدور هذا النص القانوني سوف يكون له الإضافة على العمل القضائي والرقابة على أعمال الإدارة في فلسطين، على الرغم من أنه لا يمثل المحاولة الأولى لتشكيل قضاء إداري مستقل بذاته².

وتتأكد هذه الأهمية من كون صدوره قد تم بعد ما يقارب العقدين على صدور القانون الأساسي الفلسطيني سنة 2003 والذي نصّ في مادته 102 على إمكانية إنشاء المحاكم الإدارية التي تختص بالبت في المنازعات الإدارية، وطيلة تلك فترة وقبل اتخاذ القرار بقانون، كانت المنازعات الإدارية محل نظر محكمة العدل العليا³ التي تعمّر اختصاصها كقضاء إداري عبر

¹ الشامي، عبدالكريم، "نحو استحداث مجلس الدولة الفلسطيني"، الموقع الإلكتروني لدنيا الوطن.

² حيث انه منذ سنة 2002 بدأ العمل في المنظومة الفلسطينية على إعداد مشروع قانون يهدف إحداث مجلس الدولة الفلسطيني بالاعتماد على التجربة الفرنسية والمصرية في هذا الميدان، وفعلاً تم سنة 2004 الانتهاء من إعداد هذا المشروع وتمت مناقشته من الجهات المختصة التي أوصت بضرورة تبنيه والعمل على إعداد قضاة إداريون لتفعيله، لكن بقي ذلك حبراً على ورق بسبب وفاة الرئيس الفلسطيني ياسر عرفات والأحداث التي عرفتها فلسطين من انتخابات تشريعية ورئاسية وما تبعها من انقسامات.(الشامي، عبدالكريم، "نحو استحداث مجلس الدولة الفلسطيني"، الموقع الإلكتروني لدنيا الوطن).

³ الفصل 104 من القانون الأساسي الفلسطيني نص على أنه: "تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة. أيضاً انظر الفصل 37 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001.

نصوص مقتضبة تم التنصيص عليها في الباب الرابع عشر¹ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.

والأهمية الأخرى لصدور هذا النصّ هي تكريس نظام الازدواجية القضائية² التي جاء بها القانون الأساسي الفلسطيني في فصله 102 سابق الذكر. حيث أن هذا القرار بقانون قد تضمن على أحكام نصت صراحةً على إنشاء جهاز قضائي مستقل بذاته عن القضاء العادي و ذكر التنصيص على إحداث محاكم إدارية وهياكل أخرى ذات الصلة بعمل القضاء الإداري وذكر الاختصاصات التي تضطلع بها كلا منها، إلى جانب التنصيص على الجانب الإجرائي الواجب الإلتباع عند تعهد المحاكم الإدارية. وبذلك يكون القرار بقانون أول نص قانوني يحدث محاكم إدارية مستقلة بذاتها، خاصة إذا ما علمنا أن المادة 7 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 تعتبر أن المحاكم النظامية تتكون من محاكم صلح، محاكم بداية، محاكم استئناف ومحكمة عليا دون الحديث عن محاكم إدارية.

لكن عموماً، نأمل أن يتم الإسراع في إحداث المحاكم والهياكل الأخرى المنصوص عليها في النص وتطبيقه على أرض الواقع ليبدأ العمل بأحكامه والمساهمة في إثراء فقه قضاء إداري خاص بالمنظومة القانونية الفلسطينية ونشر ثقافة هذا النوع من التقاضي في المجتمع الفلسطيني كباقي الدول. كذلك إنشاء الجهاز الإداري سوف يساهم في تخفيف العبء عن المحكمة العليا والإسراع بنفس الوقت في البت في المنازعات الإدارية والفصل فيما من قبل محاكم متخصصة في هذا النوع من المنازعات.

ولا بد من الإشارة إلى أن النص من المفترض أن يكون في شكل قانون صادر عن السلطة التشريعية وليس قرار بقانون، حيث أن إنشاء المحاكم الإدارية هو من اختصاص السلطة التشريعية وفقاً للقانون الأساسي الفلسطيني³.

¹ لا بد من الإشارة إلى أن هذا الباب قد تم إلغاه بمقتضى القرار بقانون الجديد وفقاً لما جاء بمادته 60.

² المقصود بالقضاء المزدوج هو "أن يتكون النظام القضائي في الدولة من جهتين قضائيتين مستقلتين، جهة القضاء العادي الذي يختص بالنظر في جميع المنازعات أياً كان نوعها بين الأفراد أنفسهم وكذلك النظر في جميع المنازعات بين الأفراد من جهة والهيئات الإدارية من جهة أخرى حين تتصرف هذه الهيئات وفق أساليب القانون الخاص، أما جهة القضاء الإداري فيكون اختصاصها بصورة عامة مقتضراً على الفصل في المنازعات الإدارية أي تلك التي تنشأ بين الأفراد والسلطات أو الهيئات الإدارية أو بين الهيئات الإدارية ذاتها عندما تتصرف هذه الهيئات باعتبارها سلطة عامة ومتوسلة في تصرفها بأساليب السلطة العامة أو بأساليب القانون العام". (بكر، عصمت عبدالمجيد، "معضلة القيود على اختصاصات القضاء الإداري: دراسة مقارنة"، مجلة جامعة جيهان، المجلد الأول، العدد الأول، 2017، 23).

³ انظر المادة 102.

الإشكال المطروح:

كيف أرسى القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 جهاز قضاء إداري مستقل بذاته في المنظومة القانونية الفلسطينية؟

وسوف يتم الإجابة على هذا الإشكال من خلال النظر في أحكام القرار بقانون التي دعت تنظيم القضاء الإداري لتكريس استقلاله الذاتية (جزء أول) ومن ثم التطرق إلى التوسع الذي جاء به هذا القرار بقانون في الاختصاصات المسندة إلى القضاء الإداري (جزء ثانٍ).

الجزء الأول: إرساء تنظيم مستقل للقضاء الإداري

إن فكرة بناء قضاء إداري متميز ومنفرد كانت قد تبلورت في القانون الفرنسي عندما تم إحداث مجلس الدولة ومنع تدخل القاضي العدلي وإحكام رقابته على أعمال الإدارة¹، وبذلك كان القانون الفرنسي أساس نظام الازدواجية القضائية أو ما يعرف بالنموذج اللاتيني للقضاء. ورد في النص الجديد بمادته 2 فقرة 1 ما يلي: "تنشأ بموجب أحكام هذا القرار بقانون هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها تسمى المحاكم الإدارية". وبالتالي أصبح هناك تنظيم هيكل جديد ومستقل بذاته للقضاء الإداري (الفقرة أولى)، وأحكاماً أخرى تتعلق بالشروط بالجوانب الإجرائية الخاصة برفع الدعوى أمام هذا القضاء وتعهد (الفقرة ثانية). ولا بد من التذكير أن القرار بقانون قد كرس استقلالية مالية للقضاء الإداري بأن خصه بموازنة خاصة ضمن ميزانية الدولة².

الفقرة الأولى: إحداث تنظيم هيكل للقضاء الإداري

بالرجوع إلى مواد القرار بقانون، يتبين قيامه بالتنصيص على إحداث عدة هيكل تكون جهاز القضاء الإداري الفلسطيني، وهذه الهيكل منها ما اتخذ الوظيفية الحكمية أي تلقي الدعاوى المرفوعة في المادة الإدارية والبت فيها (أولاً)، وهيكل أخرى تضطلع بوظيفية استشرافية وأخرى تمثيلية (ثانياً).

¹ منصري، أنوار، "اختصاص المحكمة الإدارية في مادة تجاوز السلطة"، منشورات مدرسة الدكتوراه، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، 2010، ص.5.
² المادة 53 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020 جاء فيها ما يلي: "1. يكون للقضاء الإداري موازنة سنوية ضمن الموازنة العامة للدولة. 2. يتولى رئيس المحكمة الإدارية العليا إعداد مشروع الموازنة السنوية للقضاء الإداري، وتقديمه إلى الجهة المختصة بعد مناقشته وإقراره من الجمعية العامة بالإجماع أو بالأكثرية. 3. يكون رئيس المحكمة الإدارية العليا مسؤولاً عن جميع المسائل المتعلقة بتنفيذ الموازنة السنوية للقضاء الإداري وفقاً للقانون".

أولاً: اعتماد مبدأ التقاضى على درجتىن لأول مرة

حمل القرار بقانون محل الدراسة تسمية "المحاكم الإدارية"، وهو ما يوحي بأنه سوف يكون هناك أكثر من محكمة لتحقيق الغرض الذى يروم إليه وهو بناء جهاز قضاء إدارى مستقل وقائم بذاته.

إن الهيئات الحكمية التى جاء بها النص الجديد أُسند لها اختصاص النظر فى المنازعات التى تطرأ فى المادة الإدارية والنظر فيها من خلال طورىن واتخاذ الحكم المناسب للفصل فيها، فىتم النظر ابتداءً من قبل المحكمة الإدارية كدرجة أولى ، وقد يمر النزاع إلى الدرجة التالية لىكون محل نظر المحكمة الإدارية العليا كدرجة ثانية.

وبذلك يكون التنظيم الهيكلى الذى جاء به القرار بقانون قريب من نماذج أنظمة القضاء الإدارى فى الدول الأخرى كفرنسا مثلاً التى يبنى قضاءها الإدارى على وجود محاكم إدارية ابتدائية كدرجة أولى واستئنافية كدرجة ثانية، لكن الفرق بين القانون الفلسطينى ونظيره الفرنسى أن هذا الأخير أحدث مجلس دولة والذى يمثل المحكمة الأعلى (كمحكمة النقض فى القضاء العدىلى) التى تنظر بالطعون التى تطرأ على الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف ومجلس الدولة هيئة تنظر فى القانون ولا تتطرق لأصل النزاع، وهو ما لم يضيف القرار بقانون مثيله.

بدايةً، لا بد من الإشارة إلى أن كافة المنازعات التى كانت تطرأ فى المادة الإدارية كانت تنظر فيها محكمة العدل العليا على مستوى طور وحيد وتقوم باتخاذ حكمها الذى يتمتع بالصفة الباتة بحيث يكون غير قابل للطعن بأى وجه. ولم يكن هناك هيئة حكمية أخرى أقل منها درجة لتنظر فى الدعاوى بشكل مبدئى واقتصر المشرع الفلسطينى هذا الأمر فى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة 2001 على القضايا المدنية فنجد هناك عدة محاكم وبالتالى النظر فى القضايا المدنية بأكثر من طور: محاكم صلح، محاكم بداية، محاكم استئناف مع إمكانية الطعن فى الأحكام التى تصدر عنها. ويتأكد هذا الأمر من خلال ما نصت المادة 291 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة 2001 والتى جاء فيها: "تصدر المحكمة حكمها على وجه السرعة فى الطلب وذلك إما برفضه أو بإلغاء القرار المطعون فيه أو بتعديله مع ما يترتب على حكمها من آثار قانونية". فمحكمة العدل العليا قبل صدور القرار بقانون مثلت

الطور الأول والأخير للنظر في الدعوى الإدارية والبت فيها بقرار نهائي بات غير قابل للمراجعة ولا يمكن لأحد أطراف الدعوى الاعتراض على الحكم الصادر عنها¹.

وبناءً على ما تقدم، يبرز التجديد الذي جاء به القرار بقانون في تكريسه صراحةً لمبدأ التقاضي على درجتين فيما يتعلق بالدعاوى التي ترفع في مادة المنازعات الإدارية بإحداثه هيئتين قضائيتين مختلفتين على مستوى الدرجة، فمن ناحية نجد المحكمة الإدارية والتي تنظر مبدئياً في الدعاوى التي ترفع ضد الأعمال الإدارية، ومن ناحية أخرى المحكمة الإدارية العليا والتي تنظر استثنائياً بالأحكام التي تصدر عن المحكمة الإدارية وهو ما أكدته المادة 6 تحت عنوان "المحاكم الإدارية"².

هذا يعني أن النزاع الإداري أصبح من الممكن أن يتواجد في درجتين حكيميتين مختلفتين وفق إجراءات وحالات مختلفة. ويكتسي هذا التجديد أهميته من كون أن مبدأ التقاضي على درجتين يمثل أحد دعائم الأنظمة القضائية القائمة بذاتها ويعد ضماناً هامة لتحقيق المحاكمة العادلة في الدولة، ومعنى ذلك أن المتقاضي أصبح له فرصة أخرى لحماية حقوقه أو استرجاعها بعرض النزاع على جهة قضائية أخرى بدرجة أعلى كفاءة وخبرة ودراسة أكبر والتي ربما يكون لها رأي آخر في النزاع، وتمكين المتقاضين من "إصلاح ما شاب أحكام الدرجة الأولى من خطأ أو جهل أو تقصير ويمكنهم من تدارك ما فاتهم من أوجه الدفع"³.

وما يمكن الإشارة إليه هنا، هو المقر الخاص بهذه المحاكم. فقد أشارت المادة 6 من القرار بقانون الجديد في فقرتها 2 على ما يلي: "... يكون المقر الدائم للمحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا في العاصمة القدس، وتنعقدان مؤقتاً في مدينتي غزة ورام الله ويجوز لأي منهما بموافقة رئيسها أن تنعقد في أي مكان آخر في الدولة عند الحاجة". وما يمكن استنتاجه هو وجود تنظيمين لمقر المحاكم الإدارية، الأول مركزي ثابت ودائم ويكون في مدينة القدس

¹ تجدر الملاحظة إلى أن القرار بقانون الجديد بشأن المحاكم الإدارية بعد تعديله بمقتضى القرار بقانون عدد 13 لسنة 2022 قد تجاوز هذه المسألة بالنسبة للاختصاص المؤقت الذي منحه لمحكمة العدل العليا (محكمة النقض) إلى حين إنشاء المحاكم الإدارية المنصوص عليها فيه، بحيث نص في مادته 54 فقرة 3 على ما يلي: "... تتولى المحكمة الإدارية العليا، فور تشكيلها، النظر في الطعون المقدمة على الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا/ محكمة النقض، بصفها المذكورة في الفقرة (1) من هذه المادة، وإلى حين ذلك تسجل تلك الطعون مؤقتاً لدى قلم المحكمة العليا/ محكمة النقض خلال ثلاثين يوماً من نفاذ أحكام هذا القرار بقانون".

² نصت المادة 6 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020 على ما يلي: "1. تكون المحاكم الإدارية على درجتين: أ. المحكمة الإدارية ب. المحكمة الإدارية العليا...".

³ المومني، أحمد محمد، شديفات، صفوان محمد، "مساءلة القاضي عن خطأه بين الشريعة والقانون"، مجلة التراث، العدد 13، 2014، ص 156.

الشريف، والثاني لا مركزي و مؤقت بحكم الواقع الذي تعيشه مدينة القدس وسيطرة الاحتلال الصهيوني بقانونه وقضائه وإدارته المحتلة عليهما.

وخص النص الجديد تعيين قضاة المحاكم الإدارية بأحكام خاصة، حيث تتبع طريقة التعيين بمقتضى قرار رئاسي بناءً على تنسيب من الجمعية العامة للمحاكم الإدارية في ندب قضاة المحاكم الإدارية ورؤسائها وفقاً لما ورد بالمادة 7¹ من القرار بقانون. ووضعت الفقرة 2 من المادة 7 استثناء يتعلق بأول تعيين للمنصوص عليهم بنفس المادة فقرة 1، حيث يتم تعيينهم بقرار رئاسي بعد التشاور مع مجلس القضاء الأعلى ووزير العدل. ولا بد من الإشارة إلى أن القرار بقانون قد ضبط شروط خاصة بكل صنف من أصناف القضاة الإداريين وذلك حسب الدرجة التي ينتمون إليها وهي شروط تتعلق بخبرة وكفاءة القضاة ودرايتهم في المجال القضائي والقانوني². إلا أنهم خاضعين لنفس الواجبات التي ضبطها القرار بقانون، وهي واجبات للحفاظ على نزاهتهم واستقلاليتهم ومنع تضارب المصالح³.

وتتألف تركيبة المحكمة الإدارية كدرجة أولى من رئيس ونائب وعدد من القضاة وتنعقد هيئاتها بعدد لا يزيد ولا يقل عن ثلاثة قضاة مع رئيسها⁴. أما المحكمة الإدارية العليا، فهي تتشكل من هيئة أو أكثر وتتألف من رئيسها ونائبه وعدد من القضاة، وتنعقد بهيئة أو أكثر بشرط أن لا يتجاوز عددها خمسة قضاة مع رئيسها، ويمكن لها وبصفة استثنائية وبناءً على طلب رئيسها أن تنعقد بكامل أعضائها كهيئة عامة للنظر في بعض المسائل الجوهرية المحددة بالمادة 37⁵ وتكون بذلك أعلى هيئة قضائية إدارية في المنظومة الفلسطينية.

إن ما تقدم يمثل الرغبة الواضحة في إرساء قضاء إداري يتكون من أكثر من محكمة للنظر في النزاعات الإدارية بواسطة قضاة مختصين يعينون في الغرض مثله مثل القضاء العادي ومحاكمه. وتم أيضاً تعزيز استقلالية القضاء الإداري الفلسطيني عن القضاء العادي من خلال إحداث هيكل مختص بتنازع الاختصاص.

ثانياً: إحداث هيكل استشرافية وتمثيلية

¹ المادة 7 من القرار بقانون نصت على أنه: "1. يعين رئيس المحكمة الإدارية ونائبه وقضاها ونائب رئيس المحكمة الإدارية العليا وقضاها بقرار من

الرئيس بناءً على تنسيب من الجمعية العامة للمحاكم الإدارية. 2.....3. يعين رئيس المحكمة الإدارية العليا وتقبل استقالته بقرار من الرئيس".

² راجع المادة 9 بالنسبة لشروط تعيين قضاة المحكمة الإدارية، والمادة 10 بالنسبة لشروط تعيين قضاة المحكمة الإدارية العليا.

³ انظر المادة 14 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

⁴ المادة 19 من القرار بقانون.

⁵ المادة 37 من القرار بقانون.

بما أن القرار بقانون يرمي إلى بناء قضاء إداري متكامل وهي غاية لا يكفي لتحقيقها إحداث هيئات حكمية فقط، بل تحتاج أيضاً لهياكل أخرى تضطلع بمهام أخرى ذات أهمية وترتبط بسير عملية التقاضي أمام القضاء الإداري(2) والإشراف عليه وعلى المسار المهني للقضاة الإداريين(1).

1: هيكل مختص للإشراف على القضاة الإداريين

عند النظر إلى القضاء العدلي، نجد بأن قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002 قد أحدث بالمادة 37 منه مجلساً للقضاء الأعلى تكون مهمته الأساسية الإشراف على المسار المهني للقضاة العدليين العاملين بكافة المحاكم. ولغاية فصل القضاء الإداري عن العدلي وضمان اضطلاع كل قضاء وقضاته بوظائفهم، لم يجعل المشرع الفلسطيني قضاة المحاكم الإدارية خاضعين لمجلس القضاء الأعلى، بل جعلهم في منأى عنه وتابعين في مساهمهم المهني لهيكل آخر. حيث نصّ القرار بقانون محل الدراسة على إنشاء "الجمعية العامة للمحاكم الإدارية" للإشراف على المسار المهني للقضاة الإداريين.

وتجدر الإشارة إلى أن القرار بقانون لم يشر إلى أي علاقة تربط الجمعية العامة للمحاكم الإدارية بمجلس القضاء الأعلى، واتبع خيار اختلف فيه عما هو معتمد في القانون التونسي الذي أحدث الدستور فيه مجلساً أعلى للقضاء ينضوي تحته أربعة هيكل وهي: "مجلس القضاء العدلي، ومجلس القضاء الإداري، ومجلس القضاء المالي، والجلسة العامة للمجالس القضائية الثلاثة"¹. غير أن مجلس القضاء الأعلى في فلسطين منصوص عليه في القانون الأساسي الفلسطيني² فيحظى بقيمة قانونية أسمى من الجمعية العامة.

وتتألف الجمعية العامة للمحاكم الإدارية من 9 أعضاء وهم: رئيس المحكمة الإدارية العليا ونائبه، إلى جانب أقدم خمسة من قضاتها، ورئيس المحكمة الإدارية ونائبه³. وتتخذ الجمعية قراراتها بالإجماع. ولم تنصّ المادة 13 من القرار بقانون على اختيار رئيس للجمعية العامة للمحاكم الإدارية، إلا أنه يمكن اعتبار أن الأمر يميل إلى اعتبار رئيس المحكمة الإدارية العليا بمثابة رئيسها بالنظر إلى الفقرتين 2 و 3 من المادة 13 اللتان تمنحانه جزء من صلاحيات الجمعية العامة عبر التفويض، إلى جانب منحه صلاحيات متابعة تنفيذ قرارات الجمعية العامة

¹ الفصل 112 من دستور تونس لسنة 2014.

² المادة 100 من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003.

³ انظر المادة 13 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

والإشراف على الأمانة العامة للمحاكم الإدارية ويمثلها المحاكم الإدارية أمام القضاء والإشراف على كامل الأعمال الإدارية فيها.

وعن اختصاص الجمعية العامة، فىلى جانب إبداء الرأى فىما يخص مشاريع النصوص القانونية التى تتعلق بالمحاكم الإدارية وإقرار الميزانية السنوية للقضاء الإدارى، تتولى الجمعية العامة الإشراف الكامل على المسار المهنى للقضاة الإدارىين.

والمقصود بالمسار المهنى للقضاة، هو كل ما يتعلق بنذب القضاة و تجدىد ولاىتهم للعمل بالمحاكم بشكل دائم أو مؤقت أو للاضطلاع بمهام قضائية أو قانونية أخرى أو إعازتهم للحكومات الأجنبىة أو الهىئات الدولية¹، وترقىتهم و منحهم الإجازات النظر فى مطالب استقالتهم² وكل ما يتعلق بنقلتهم وتأدىبهم وتلقى التظلمات التى تطراً ضد أحدهم³.

وتسهر الجمعية العامة على عملية التفتىش القضائى⁴ التى تتسلط على عمل القضاة الإدارىين وكذلك تأدىبهم، فبالنسبة لعملية التفتىش القضائى، فىمى تتم من قىل دائرة تُنشئها الجمعية العامة وتكون تابعة للمحكمة الإدارية العلىا وىترأسها نائب رئىس المحكمة الإدارية العلىا وتتكون من عدد من القضاة الإدارىين مكلفىن بنذب بمقتضى قرار يصدر عن الجمعية العامة، وىعملون لمدة سنة قابلة للتجدىد مرة واحدة. وتعمل هذه الدائرة على إعداد تقارير تقىمىة حول نشاط القضاة الإدارىين وتحىلها لدى الجمعية العامة خلال شهر من تاریخ انهاء إعدادها⁵.

أما بالنسبة للمساءلة التأدىبىة للقضاة الإدارىين، فتتم عبر دائرة التفتىش سابقة الذكر، حىث تتلقى الشكاوى التى تُرفع ضد القضاة الإدارىين وتحقق فىها ابتداءً وعند التأكد تحىل المسألة للجمعية العامة التى تحىلها بدورها للمجلس التأدىبى⁶ الذى ىتشكل من اثنىن من قضاة

¹ تعمل الجمعية العامة على تنسىب نذب رئىس المحكمة الإدارية ونائبه وقضاها ونائب رئىس المحكمة الإدارية العلىا وقضاها وفقاً للمادة 7 من القرار بقانون، النذب المؤقت ىتم بمقتضى قرار صادر عن رئىس المحكمة العلىا وتجدىد مدته بقرار صادر عن الجمعية العامة، انظر المادة 12 من القرار بقانون. أما الإعارة والنذب من أجل الاضطلاع بمهام قانونية أو قضائية أخرى غير العمل بالمحاكم فتكونا بقرار صادر عن رئىس الدولة بىتنسىب من الجمعية العامة.

² انظر المادة 51 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

³ انظر المادة 12 فقرة 1 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

⁴ تجدر الإشارة إلى أن قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002 قد نص بمادته 42 على دائرة لتفتىش القضائى على القضاة العدىلین.

⁵ انظر المادة 15 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

⁶ انظر المادة 16 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

المحكمة الإدارية العليا وأحد قضاة المحكمة الإدارية -من غير قضاة الجمعية العامة¹ والذي يكون تنظيمه وعمله خاضع لنظام تضعه الجمعية.

وأخيراً، أشار القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 إلى أن أحكام قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002 تبقى سارية المفعول على القضاء الإداري في كل ما سكت عنه القرار بقانون، ولإن تم فصل القضاء الإداري عن القضاء العدلي، إلا أن كلاهما أولاً وأخيراً جزء لا يتجزأ من السلطة القضائية ككل.

2: هيكل مختص لتمثيل الإدارة في الدعاوى

إن ما يميز القضاء الإداري عن القضاء العادي هو أن الدعاوى الإدارية يكون أحد أطرافها دائماً الإدارة العمومية والتي تتمتع بامتيازات السلطة العامة ومظاهر السيادة تحقيقاً للمصلحة العامة. ولما كانت الإدارة العامة شخصاً معنوياً، فهي بحاجة لمن يمثلها أمام القضاء عندما تكون خصماً في دعوى إدارية.

وبناءً على ما تقدم، اتجه القرار بقانون نحو إحداث هيكل لتمثيل كل هيكل الإدارة العمومية في الدعاوى الإدارية التي تكون طرفاً فيها أمام القاضي الإدارة وذلك صلب المادة 48 منه والتي جاء فيها ما يلي: "تنشأ لدى القضاء الإداري نيابة إدارية ..". ولا يعد المشرع الفلسطيني الأول في اتخاذ هذا التمشي، فنجد مثلاً في القانون التونسي مثلاً لهذا الهيكل في مؤسسة المكلف العام بنزاعات الدولة الذي كلفها القانون عدد 13 لسنة 1988 مؤرخ في 15 مارس 1988 بتمثيل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم، حيث "ترفع منه أو ضده الدعاوى القضائية التي تكون الدولة أو أية مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية طرفاً فيها طالبةً أو مطلوبة لدى المحاكم العدلية أو الإدارية"². لكن الفرق بين النيابة الإدارية في القانون الفلسطيني ومؤسسة المكلف العام بنزاعات الدولة في القانون التونسي هو أن هذه الأخيرة تتبع هيكلية للإدارة وهو ما قد يقيد عملها ويحد من استقلاليتها³، في حين أن النيابة الإدارية وفقاً للقرار بقانون تتبع للقضاء الإداري الأمر الذي قد

¹ انظر المادة 17 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

² الفصل 1 من قانون عدد 13 لسنة 1988 في تونس المتعلق بتمثيل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم.

³ السيفاي، عمر، "مؤسسة المكلف العام بنزاعات الدولة"، الموقع الإلكتروني لجمعية المستشارين المقررين.

يساعد على استقلاليتها وعدم تسييس عملها. ومن ناحيةٍ أخرى، فإن مؤسسة المكلف العام بنزاعات الدولة في القانون التونسي تقتصر في تمثيلها على المصالح المركزية للدولة كالوزارات دون الإدارات المحلية والمؤسسات العمومية الموجودة في المحافظات والتي يمثلها رؤساءها أمام القضاء، في حين أن النيابة الإدارية في القانون الفلسطيني فهي تمثل جميع الهياكل الإدارية مهما كان مستواها الترابي.

تعتبر إذن النيابة الإدارية بمثابة المحامي الذي يدافع عن الإدارة. ولكن ما يلاحظ من خلال المادة 48 أن المشرّع لم يجعل هذه النيابة الإدارية ممثلة للإدارة في الدعاوى القضائية التي تكون طرفاً فيها أمام القضاء العدلي، إذن، يمكن التساؤل في هذا الإطار لماذا لم يتم تمكين النيابة الإدارية من هذا الاختصاص كما هو الحال في القانون التونسي مثلاً؟

عموماً، للدور التمثيلي للنيابة الإدارية دور هام على المستوى العملي يتمثل في تخفيف العبء عن الإدارة وتمكينها من الاضطلاع بمهمتها الأساسية في تحقيق السير العادي للخدمات العامة وتحقيق الصالح العام وضمان عدم انشغالها بالقضايا أمام المحاكم التي قد تعطل وظيفتها.

وبالرجوع للمادة 48 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020، نجد النيابة الإدارية تتكون من "رئيس وعدد كافٍ من الأعضاء والموظفين الإداريين" لكن دون أن يبين النص عددهم وكيفية تعيينهم. ويتم تعيين رئيس النيابة الإدارية بعد تنسيب من الجمعية العامة للمحاكم الإدارية بمقتضى قرار رئاسي ويكون له درجة مساعد نائب عام. ويختص الرئيس بتمثيل الهياكل الإدارية كافة في الدعاوى الإدارية أمام المحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا في كامل مراحلها وإجراءاتها، ويمكن للرئيس أن يفوض خطياً صلاحيات التمثيل لأي أحد من أعضاء النيابة الإدارية¹. وأشار القرار بقانون إلى أن أعضاء النيابة الإدارية يكونون خاضعين للشروط والأحكام الواردة في قانون السلطة القضائية النافذ وهو القانون عدد 1 لسنة 2002 وهي تقريباً الأحكام الواردة في الباب الخامس والمتعلقة بالنيابة العامة.

ويجب الإشارة إلى أنه إلى حين إنشاء هذه النيابة الإدارية، فإن النيابة العامة تتولى مهامها مؤقتاً وفقاً لما نصّت عليه المادة 56 من القرار بقانون.

¹ انظر الفقرة 4 من المادة 48 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

وأخيراً، وإلى جانب التنظيم الهيكلي الجديد الذي جاء به القرار بقانون في إطار الغاية التي يروم إليها والمتمثلة بإرساء قضاء إداري مستقبل بذاته، فقد عمل أيضاً على ضبط نظام خاص يتم توحيه عند رفع الدعاوى أمام المحاكم الإدارية.

الفقرة الثانية: تكريس تنظيم خاص بتعهد القضاء الإداري

يُقصد بتعهد القضاء الإداري بالشروط والأحكام الشكلية والإجرائية المتعلقة برفع الدعاوى الإدارية والنظر فيها إلى أن يصدر الحكم. وتتميز الإجراءات أمام القضاء الإداري عن المعمول بها أمام القضاء العدلي، وذلك بالنظر لطبيعة الدعوى الإدارية وأطرافها والروابط القانونية التي تقوم عليها وحتى على مستوى موضوعها¹. ويكون للقاضي الإداري دور إيجابي في الدعاوى الإدارية من خلال لعب دور تحقيقي ويساهم في الإثبات وكشف الحقيقة، وتسيير الدعوى للتخفيف من حدة عدم التساوي بين الأطراف (الإدارة كسلطة، والأفراد) ومحاولة تحقيق التوازن فيما بينهم².

ضبط القرار بقانون أحكاماً خاصة بالتقاضي أمام القاضي الإداري دون الإحالة إلى الإجراءات المنصوص عليها للتقاضي أمام القاضي العدلي، وهذه الأحكام يمكن تقسيمها إلى صنفين حسب المحكمة المُتَعَهِّدَة، أحكام خاصة بتعهد المحكمة الإدارية كدرجة أولى (أولاً) و أحكام تخص تعهد المحكمة الإدارية العليا كدرجة ثانية (ثانياً).

أولاً: أحكام خاصة بتعهد المحكمة الإدارية كدرجة أولى

لقد أفرد القرار بقانون المحكمة الإدارية بإجراءات خاصة لرفع الدعوى أمامها لمخاصمة قرار إداري ما كونها تمثل المرحلة الأولى لنظر القضاء الإداري في المسائل التي تندرج ضمن اختصاصه، ولقد أحاط النص هذه العملية بجملة من الشروط (1) وضبط لها إجراءات محددة (2) يجب الالتزام بها عند تعهد المحكمة الإدارية.

1- شروط رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية كدرجة الأولى

جاءت هذه الشروط متفرقة بعض الشيء ضمن مواد القرار بقانون. وهذه الشروط تتوقف عليها عملية القيام بالدعوى وسلامتها. فمن ناحية تكمن أول هذه الشروط ما تضمنته المادة

¹ سامية مشاكة، الاختصاص النوعي بالمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، رسالة ماجستير في الإدارة والمالية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2016/2015، ص9.

² سامية مشاكة، الاختصاص النوعي بالمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع سابق الذكر، ص9.

20 في فقرتها الأخيرة والتي نصّت على ما يلي: "لا تُقبل الطلبات أو الطعون المقدمة إلى المحكمة الإدارية ممن ليس له فيها صفة ومصالحة شخصية"¹. وبقراءة عكسية للمادة، فإن الطلبات أمام المحكمة الإدارية يجب أن تقدم من أطراف لهم الصفة في القيام مثلاً بمنظور الإدارة، وشرط الصفة يجب أن يتوفر كذلك بالجهة المدعى عليها وعادةً الإدارة، ويجب أن تكون لهذا الشخص منفعة مادية أو معنوية يرمي إلى تحقيقها من وراء هذا الطلب. وقد جعلت المادة هذين الشرطين متلازمين، أي أن الشخص يجب أن يكون له الصفة في تحقيق تلك المصلحة التي تعود عليه هو ولا يمكن لأحد غيره أن يطالب بها لأجله.

ومن ناحية أخرى، فإن رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية يقتضي أن لا يخرج عن الحالات التي ضبطها القرار بقانون بالمادة 22 منه وإلا قضت المحكمة الإدارية بعدم اختصاصها، ويكون موضوع الدعوى عمل إداري تنفيذي ومس بالمراكز القانونية للشخص مقدم الدعوى سواء كان قراراً إدارياً أو ما ارتبط بالعقد الإداري من أعمال. وهذه الحالات هي التالية: عيب الاختصاص، مخالفة الدستور أو القوانين أو الأنظمة أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، اقتدران القرار أو إجراءات إصداره بعيب الشكل، إساءة استعمال السلطة، عيب السبب، امتناع الجهة المختصة عن إصدار قرار إلزامها به القانون. يتبين التوسع الذي اعتمده المشرع في ضبط حالات رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية إذا ما قورنت بنظيرتها في القانون التونسي، إذ نص الفصل 7 من قانون عدد 40 لسنة 1972 على أن حالات القيام أمام المحكمة الإدارية للطعن بالقرار الإداري تكون عند وجود: "عيب الاختصاص، خرق الصيغ الشكلية الجوهرية، خرق قاعدة من القواعد القانونية، الانحراف بالسلطة والإجراءات".

وضبط القرار بقانون شروط تتعلق بالدعوى الإدارية في مادته 24 تحت عنوان "شروط الاستدعاء ومرفقاته"، وهي شروط تتعلق بالشكل الذي يكون عليها الاستدعاء الذي يقدمه المستدعي ومضمونه، وتجدر الإشارة إلى أن نفس هذه الشروط تنطبق على اللوائح الجوابية التي يقدمها المستدعي ضده². فمن حيث شكله، أوجب القرار بقانون أن يكون الاستدعاء مطبوعاً وواضحاً أي غير مكتوب بخط اليد لسهولة التعامل معه وأن يكون كل وجه على بورقة على حدا وأن يقدم الاستدعاء بأكثر من نسخة إذا كان المستدعي أكثر من شخص. ومن حيث

¹ نفس هذا الشرط نص عليه الفصل 6 من قانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية في تونس، حيث جاء فيه ما يلي: "يُقبل القيام بدعوى تجاوز السلطة من طرف كل من يثبت أن له مصلحة مادية كانت أو معنوية في إلغاء مقرر إداري ما".

² المادة 26 فقرة 2 من القرار بقانون.

محتوى الاستدعاء، فيجب أن يتضمن على بيانات الأطراف، وأن يتم التنصيص على موضوع الدعوى مثلاً (إلغاء مقرر إداري رقم... لسنة... يتعلق بـ...) و أي طلبات يريدتها المستدعي يروم إليها من خلال دعواه، ويجب الإشارة لموجز وقائع الدعوى وذكر لمحتوى القرار محل الطعن وأسباب ذلك الطعن، فالقرار الإداري هو محور الدعاوى الإدارية ويجب أن يكون مرفقاً بالدعوى.

ويشترط على كل من يقوم بتقديم استدعاء أو لائحة أمام القاضي الإداري أن تُقدم أسانيده وأدلتها كتابياً مع تقديم قائمة محددة بدقة الأدلة الموجودة لدى الخصم أو الغير بشرط أن تكون ذات علاقة بموضوع الدعوى، وأن يقدم قائمة بأسماء الشهود الذي يرغب بتقديم شهادتهم في الحالات التي يسمح بها القاضي.

2- إجراءات رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية كدرجة أولى

عند الحديث عن إجراءات رفع الدعوى، فإنه يعني عرض الخطوات التي يتم إتباعها لرفع الدعوى أمام القاضي الإداري في الأجل المحددة قانوناً.

تبدأ الإجراءات أمام المحكمة الإدارية كدرجة أولى بتقديم الاستدعاء إلى قلم المحكمة، وقد ضبط القرار بقانون مساراً إجرائياً يجب إتباعه في الأجل العامة والخاصة التي حددها. بدايةً، حدد النص أجلاً عاماً محدداً يجب أن يلتزم به المستدعي في تقديمه لدعواه أمام المحكمة الإدارية للطعن بالقرار الإداري الذي أثار على مركزه القانوني. وتجدر الإشارة إلى أن هذا الأجل مرتبط بشكل وثيق بمسألة دخول القرارات الإدارية حيز النفاذ. ونصت على ذلك المادة 23 من القرار بقانون على ذلك الأجل وهو 60 يوم يبدأ احتسابها من اليوم التالي لتاريخ إبلاغ المستدعي بالقرار الإداري الفردي، ومن اليوم التالي لتاريخ نشر¹ القرار الإداري الفردي أو التنظيمي في الجريدة الرسمية أو بأي وسيلة أخرى² من وسائل الإعلام بالقرار كالوسائل الالكترونية أو العلم اليقين به³. ويلتزم بالمقابل المستدعي ضده بتقديم لائحته خلال أجل 15 يوم تُحسب من اليوم التالي لتبليغه بالاستدعاء الذي قام به المستدعي، وتكون هذه المدة قابلة

¹ يُقصد بالنشر "الكشف عن فحوى المقرر بحيث يكون في وسع المخاطب به أن يعلم به تماماً، فإذا كان النشر خالياً أو قاصراً في بيان ما يتسنى معه للمدعي العلم بتفاصيل المقرر وشموله لأغراضه، وتقدير وجه اتصاله به، ومساسه بمصلحته، فلا يكون النشر والحالة هذه مجدداً في حساب إجراءات التقاضي" (جنيتج، محمد رضا، القانون الإداري، المرجع سابق الذكر، ص211).

² كالتعليق في مقررات السلطات المحلية أو النشر في الصحف أو وسائل الإعلام المرئية والمسموعة.

³ وهي طريقة استثنائية طرق الإعلام المعمول بها في القانون الإداري، حيث يتم "معارضة صاحب الشأن بفحوى القرار متى تأكدت القناعة لدى القاضي المختص بحصول العلم للمخاطب بأحكامه علماً باتأ، حقيقياً وليس افتراضياً". (جنيتج، محمد رضا، المرجع نفسه، ص214).

للتمديد لمدة 10 أيام من قبل رئيس المحكمة بناء على طلب معلل من المستدعى ضده ويكون قرار التمديد غير قابل للطعن¹.

وتضمّنت المادة 23 على استثناءات للتقيد بالأجال المذكورة، فتكون الأجال مفتوحة دائماً للطعن بالقرارات الإدارية المنعدمة، أو الدعاوى المتعلقة "بأوامر الإفراج عن الموقوفين بوجه غير شرعى طيلة مدة توقفهم". ويتوقف احتساب هذه الأجال فى حالات مشروطة حدتها المادة فى فقرتها 8 كالقوة القاهرة أو حالة رفع الدعوى لمحكمة غير مختصة.

وقد أشارت المادة 23 إلى أن بعض الأحيان توجب بعض النصوص القانونية على تقديم تظلم للجهة الإدارية مصدرة القرار المراد الطعن به وذلك قبل القيام بمخاضمته أمام القاضى الإدارى، ويكون الرد على ذلك التظلم قابل للطعن أمام القاضى الإدارى خلال نفس الأجل المنصوص عليها فى المادة 23 وهو 60 يوم مع مراعاة نفاذ القرار الإدارى وحصول الإعلام به. وإذا لم تنص القوانين على وجوبية التظلم، ففي هذه الحالة يكون المستدعى مخيراً وله الحرية فى إما الطعن مباشرةً بالقرار مع الالتزام بالأجال المذكورة، أو تقديم مطلب تظلم ثم الطعن بنتيجته. وتجدر الإشارة إلى أن تقديم مطلب التظلم قد تساعد المستدعى على فتح آجال جديدة أو التمديد فيها².

دائماً فى الأجال، تضمن القرار بقانون أجلاً خاصاً يتعلق بالطعن فى القرارات الإدارية الضمنية، أى حالة امتناع الإدارة عن إصدار قرار وهو ملزمة باتخاذها، ففي هذه الحالة يتم الطعن بالامتناع لكن بشرط أن يتم تقديم طلب خطى للجهة الإدارية المعنية ويكون الطعن بعد مرور 30 يوم على تقديم الطلب يبدأ احتسابها من اليوم التالى لتاريخ تقديم الطلب.

وتجدر الملاحظة إلى أن القيام أمام المحكمة الإدارية ضد قرار إدارى ما جعله المشرع مشروط بتدخل محامى مزاوول لمدة لا تقل عن 5 سنوات، بحيث أن الدعوى يجب أن تكون موقّعة من المحامى من ناحية، ولا يمكن للأفراد الامتثال أمام المحكمة إلا بواسطة من ناحية أخرى³. ولم يسر المشرع فى فلسطين على نهج نظيره التونسى الذى جعل دعوى مخاضمة القرار الإدارى (دعوة تجاوز السلطة) "معفية من إنابة المحامى" فلا يكون المحامى مشروط إلا بالنسبة

¹ انظر المادة 26 فقرة 1 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020.

² حيث يكون لديه 60 يوم كأجل لتقديم التظلم للجهة الإدارية مصدرة القرار محل التظلم، ثم تفتح له آجال 60 يوم جديد للطعن بنتيجة التظلم.

³ انظر المادة 25 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

للأوامر الترتيبية(كالقرارات الرئاسية في فلسطين مثلاً) التي لها قيمة قانونية أعلى من القرارات الإدارية في سلم القواعد القانونية في تونس¹.

ولقد جاء النص بتجديد على مستوى أطراف الدعوى والقيام أمام المحكمة الإدارية بأن سمح لكل شخص لديه مصلحة شخصية في دعوى قائمة أمام المحكمة الإدارية أن يدخل فيها كطرف ثالث سواء من قبل المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلبه، وذلك عندما يكون الحكم الذي سوف يصدر عن المحكمة مؤثراً في مركزه القانوني².

أخيراً، عندما تبت المحكمة الإدارية في الدعوى وتتوخى الأحكام الواردة في المواد 33، 34، 35 حول حضور الأطراف في الجلسات وشروط تأجيل الدعاوي واختتام المحاكمة وإصدار الحكم، تفصل في المسألة بصدور حكمها إما بقبول الطعن في القرار الإداري محل الدعوى وتقضي بالتالي بإلغائه، أو تصدر حكماً برفض الطلب. ويكون حكم المحكمة في كل الأحوال حاملاً للصبغة النهائية ويكون قابلاً للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا.

ثانياً: أحكام خاصة بتعهد المحكمة الإدارية العليا

نصت المادة 38 من القرار بقانون على أنه: "تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر في الطعون المرفوعة إليها بشأن الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة الإدارية كافة، وتنظر فيها من الناحيتين الموضوعية والقانونية". دور هذه المحكمة شبيه بدور الدوائر الاستئنافية التابعة للمحكمة الإدارية التونسية والتي تختص بالنظر واقعياً وقانونياً في الطعون التي تأتي على الأحكام الصادرة عن الدوائر الابتدائية للمحكمة (محاكم الدرجة الأولى) بخصوص إلغاء المقررات الإدارية أو وقف تنفيذها³.

لقد ضبطت القرار بقانون الأسباب التي بتوفرها تعهد المحكمة الإدارية العليا(1)، وضبط لذلك مساراً إجرائياً محدداً(2).

1- حالات تعهد المحكمة الإدارية العليا

يأتي تعهد المحكمة الإدارية في إطار تكريس مبدأ التقاضي على درجتين، حيث أن تعهدا يهدف إلى إعادة تفحص الأحكام النهائية الصادرة عن محكمة الدرجة الأولى فيما يتعلق بإلغاء المقررات الإدارية أو توقيف تنفيذها وتمكين المتقاضين من الدفاع عن حقه وتقديم دفعات

¹ انظر الفصل 35 من قانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية في تونس.

² انظر المادة 30 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020.

³ الفصل 18 من قانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية في تونس.

جديدة أمام هيئة حكومية أعلى درجة من سابقها لديها دراية وخبرة أكبر ومن الممكن أن يكون لها رأي آخر في المسألة.

لقد نصّت المادة 40 من القرار بقانون بدقة على الأطراف الذين يمكنهم تقديم الطعون أمام المحكمة الإدارية العليا و حددت الأسباب التي يمكنهم بتوفرها القيام بذلك.

فبالنسبة للأطراف، حيث يمكن تقديم الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا من قبل كل شخص خسر دعواه بشكل جزئي أو كلي أمام محكمة الدرجة الأولى سواء كان طرفاً في الدعوة (طرف أصلي) أو تدخل في الدعوى كطرف ثالث.

وبالنسبة لأسباب الطعن، فجعل القرار بقانون جواز تقديم الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا من قبل هؤلاء الأطراف مشروطاً بوجود أسباب معينة تتعلق كلها بالحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، وهذه الأسباب هي كالتالي:

السبب الأول/ عندما يكون مضمون الحكم النهائي الصادر عن محكمة الدرجة أولى مخالف لنص قانوني أو صدر بناءً على تأويل أو تطبيق خاطئ لقاعدة قانونية ما. السبب الثاني/ عندما يكون الحكم النهائي باطلاً كأن يكون هناك نقص في أركان المحاكمة وعدم إتباع الأحكام القانونية المتعلقة بالبث في القضية وسماع الشهود والنطق بالحكم المنصوص عليها في القرار بقانون¹.

السبب الثالث/ عندما يكون هناك إغفال عناصر قانونية تتطلبها الإجراءات أو مباشرة هذه الأخيرة بطريقة غير سليمة وبالتالي أثرت في الحكم الصادر عن المحكمة.

السبب الرابع/ عندما يكون الحكم النهائي الصادر عن محكمة الدرجة الأولى يتناقض كلياً أو جزئياً مع حكم سبق وأن صدر عن المحكمة واكتسب قوة الشيء المقضي به، وهذا السبب الأخير مهم كونه يحافظ على استقرار فقه القضاء الإداري.

فبتوفر إحدى هذه الأسباب، يمكن للأشخاص المشار إليهم سابقاً تقديم طعونهم أمام المحكمة الإدارية العليا ولكن بإتباع الإجراءات والأجال المنصوص عليها في القرار بقانون.

2- إجراءات رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية العليا

لقد ضبط القرار بقانون خطوات تقديم الدعوى والأجال التي يتم إتباعها لتقديم الطعون أمام المحكمة الإدارية العليا، وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع لم يخص هذه العملية كاملةً

¹ انظر المواد من 32 إلى 35 من القرار بقانون عدد 40 لسنة 2020.

بإجراءات مستقلة، فقد جعل عملية القيام أمام المحكمة في جانب منها خاضعة لبعض القواعد الإجرائية التي تنطبق على تقديم الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى خاصة فيما يتعلق بحضور الأطراف وغيابهم وبألبت في القضية والنطق بالحكم¹.

بدايةً، بالنسبة لأجال الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، فقد ضبطتها المادة 39 من القرار بقانون وهي خلال 30 يوم يبدأ احتسابها من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم النهائي عن المحكمة الإدارية إذا كان الحكم قد تم "حضورياً"، أو من اليوم التالي لتاريخ تبليغ الحكم إذا كان قد تم "حضورياً اعتبارياً". وهو نفس الأجل الذي اعتمده المشرع التونسي بالنسبة لتقديم الطعون أمام الدوائر الاستئنافية التابعة للمحكمة الإدارية في الفصل 60 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية في تونس.

بالنسبة لتقديم الدعوى أمام المحكمة، فتم الإشارة لهذه المرحلة بالمادة 43 من القرار بقانون، حيث نصّت الفقرة الأولى منها على ما يلي: "تقدم لائحة الطعن إلى المحكمة الإدارية لترفعها مع أوراق الدعوى إلى المحكمة الإدارية العليا بعد إجراء التبليغات، وتُرفق لائحة الطعن بنسخ كافية للتبليغ". وما يمكن ملاحظته من الأحكام السابقة، هو أن المشرع أشرك محكمة الدرجة الأولى في مسألة تقديم الطعون للمحكمة الإدارية العليا، بحيث أن المتقاضى لا يمكنه التوجه مباشرة لتقديم طعنه للمحكمة الإدارية العليا ولا يتم ذلك إلا عبر تقديمه لائحة الطعن لمحكمة الدرجة الأولى مصدرة الحكم النهائي محل الطعن، لتقوم بدورها بإحالة الطعن مصحوباً بأوراق الدعوى المرفوعة أمامها إلى المحكمة الإدارية العليا.

يمكن مؤاخذه تلك الأحكام المتعلقة بتقديم الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، فمن ناحية، جعل المشرع عملية الطعن تمر عبر مرحلتين، وهو أمر من شأنه أن يمدد في الإجراءات ويزيد من العبء الواقع على محكمة الدرجة الأولى، ويمكن التساؤل في هذا الإطار، لماذا لم يتم اعتماد آلية الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا مباشرةً كما هو معمول مثلاً في القانون التونسي²؟ ومن ناحية أخرى، تمتع محكمة الدرجة الأولى بسلطة تقديرية واسعة، حيث أغفل المشرع الفلسطيني ضبط أجل محدد تلتزم فيه المحكمة الإدارية في رفعها ملف الطعن إلى

¹ انظر الفقرة 2 من المادة 43 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020.

² الفصل 59 جديد من القانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية قد نص على ما يلي: "يرفع الاستئناف في الحالات المنصوص عليها بالفصل 19 من هذا القانون لدى الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الإدارية بمقتضى مطلب يُقدم لكتابة المحكمة بواسطة محام لدى التعقيب أولدى الاستئناف ويُسلم له وصل في ذلك...".

المحكمة الإدارية العليا، وهو أمر سوف يزيد من طول الإجراءات وقد يؤدي إلى ضياع الحقوق. و يمكن لتلافي هذه الإشكالات جعل تقديم الطعن يتم مباشرةً أمام المحكمة من قبل الأطراف أنفسهم.

وبعد أن تنظر المحكمة في الطعن وتستمع للأطراف¹، تصدر حكمها الذي يكون إما تأييداً للحكم المطعون فيه عندما تجد أنه غير مخالف للقانون مع تعليل ذلك، أو أن تجد الحكم مخالفاً للقانون فتقضي بإلغائه، ويكون حكمها باتاً غير قابل للطعن بأي طريقة من طرقه، ويتمتع حكمها بحجية الشيء المقضي به ويكون ملزم وذو حجية على الكافة. وإذا تضمن الحكم ما يفيد إلغاء القرار الإداري موضوع الدعوى، فإنه يتم إلغاء ذلك القرار بصفة رجعية أي بالشكل الذي يترتب بطلان كل إجراء أو تصرف قانوني تم اتخاذه على أساس ذلك القرار².

ولم يشر القرار بقانون صراحة على أن تقديم الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا يتطلب تدخل محامي مزاوّل لمدة 5 سنوات كما هو بالنسبة للدعاوى التي تُرفع أمام المحكمة الإدارية على معنى المادة 25 من القرار بقانون، لكن يمكن استنتاج ذلك من تنصيص الفقرة 2 من المادة 43 التي تُخضع بعض إجراءات الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا لنفس الأحكام المتعلقة بالتقاضي أمام المحكمة الإدارية من حيث الدعوى والإجراءات والأطراف وحضورهم. أيضاً جعل المشرّع التونسي رفع استئناف أحكام الدوائر الابتدائية التابعة للمحكمة الإدارية أمام الدوائر الاستئنافية يتم بواسطة محامي³.

وبين القرار بقانون أن تقديم الطعن لدى المحكمة الإدارية العليا لا يؤدي إلى توقيف تنفيذ الحكم محل المطعن إلا إذا رأت المحكمة عكس ذلك أو بناءً على طلب الطاعن، ويكون في كلا الحالتين للمحكمة الإدارية العليا سلطة تقديرية في تقرير ذلك⁴.

من خلال ما تم تناوله، تتضح نية المشرّع من خلال القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية في إنشاء قضاء إداري مستقل بذاته عن القضاء العدلي من خلال تكريس تنظيم هيكل خاص به للنظر في الدعاوى من ناحية، ومن خلال تكريس تنظيم إجرائي خاص يبين المسار الذي يتم

¹ وفقاً لما جاء في المادة 44 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

² انظر المادة 46 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

³ المادة 59 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية بتونس.

⁴ انظر المادة 41 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

توحيه من أجل ممارسة الحق في التقاضي أمام القاضي الإداري الذي أصبح صاحب الاختصاص في المنازعات الإدارية بلا منازع.

الجزء الثاني: إسناد اختصاص مؤسّع للقاضي الإداري

يكون للقاضي الإداري اختصاص النظر في تصرفات الإدارة وتقييمها من حيث مدى تطابقها للقواعد القانونية، وبسبب المميزات التي تصطبغ بها الدعوى الإدارية أهمها وجود الإدارة التي بيدها امتيازات السلطة العامة طرفاً في النزاع¹، تعمل الدول على إخضاع نشاطها الغريب عن تصرفات أشخاص القانون الخاص لقضاء مستقل ومميز، وهو ما عمل عليه القرار بقانون بأن أفرد القاضي الإداري صلاحية النظر في المنازعات الإدارية (الفقرة الأولى)، من خلال اختصاصات شاملة لتكريس مبدأ الشرعية والحفاظ على الحقوق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: انفراد القاضي الإداري بالنظر في المنازعات الإدارية

يتأكد تفرّد القرار بقانون القاضي الإداري صلاحية النظر في المنازعات الإدارية من خلال تنصيبه على ذلك صراحةً في المادة 20 منها والتي جاء فيها: "1. تختص المحكمة الإدارية، دون غيرها،..."، ولقد اعتمد المشرع في فلسطين على عدة معايير لتحديد اختصاص القاضي الإداري وضمان عدم تدخل أي جهة أخرى في مجال اختصاصه (أولاً)، ونصّ أيضاً على ضمانات أخرى تضمن احتكاره صلاحية النظر في هذه المنازعات بإحداث هيئة لتنازع الاختصاص (ثانياً).

أولاً: الاعتماد على معايير متعددة لتحديد الاختصاص

عموماً، عند إسناد اختصاص لجهاز ما، يكون ذلك إما بتعداد الاختصاصات في النصوص القانونية المنظمة لعمل الجهاز، أو اعتماد معايير لتحديد اختصاصه. ولقد درج العمل منذ نشأة القضاء الإداري على تحديد الاختصاص وفقاً لمعيار عضوي يركز على الهيكل مصدر القرار، حيث يعرّف رقابة القاضي على العمل الإداري الصادر عن الإدارة لكن تم انتقاد هذا المعيار² وتبني المعيار المادي الذي يركز على جوهر ومضمون القرار بغض النظر عن الهيكل المصدر له. وقد اعتمد القرار بقانون على المعيارين العضوي (1) والمادي (1) إلى جانب اعتماد

¹ علاء الدين شعباني، الأسس الدستورية للقضاء الإداري في تونس، مرجع سابق الذكر، ص70.

² بسبب صدور أعمال تكيف بكونها أعمال إدارية عن أشخاص تصنف بكونها أشخاص قانون خاص لكنها تقوم بتقديم خدمات عامة أو تستعمل أموال عمومية، فتكون أعمالها الصادرة في هذا المجال إدارية وتخضع لرقابة القاضي الإداري، وهو ما عكس قصور المعيار العضوي.

معياري تعدادي(3) في تحديد اختصاص المحاكم الإدارية. وبالتالي اتجه المشرع إلى نهج استيعابي عبر اختياره جميع تلك المعايير.

1- إحياء المعيار العضوي

وهو أول معيار وقع الاستناد عليه تاريخياً في تحديد اختصاص القاضي الإداري. نصّت المادة 20 على اختصاص نظر القاضي الإداري، واستعملت المعيار العضوي الذي يحدد الجهة التي تصدر القرار الإداري الذي من الممكن أن يخضع في تقييم شرعيته لنظر القاضي الإداري في أكثر من موضع.

وبالرجوع للمادة، يختص القاضي الإداري بالنظر فيما يلي:

-الطعون في اللوائح والأنظمة أو القرارات النهائية التي تصدر عن أشخاص القانون العام والنقابات المهنية ومؤسسات التعليم العالي والاتحادات المسجلة حسب الأصول والجمعيات.
-الطعون في القرارات النهائية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي باستثناء القرارات الصادرة عن مندوب أو لجنة التوفيق أو التحكيم في منازعات العمل.
-الطعن في القرار الضمني بالرفض الصادر عن أي جهة إدارية.
وبالتالي تلك الأعمال التي تصدر عن الجهات التي حددها المادة أعلاه يخص القاضي الإداري بالنظر في الطعون التي تطرأ عليها. ولم يكتفي القرار بقانون بما سبق، فوّسّع اختصاص القاضي باعتماد المعيار المادي.

2- توسع الاختصاص باعتماد المعيار المادي

المعروف لدى دارسي القانون الإداري بأن المعيار المادي يعمل على توسيع نطاق اختصاص القاضي الإداري¹، هذا المعيار وقع بلورته لأول مرة من خلال قرار "بلانكو" الصادر عن محكمة النزاعات الفرنسية والتي استنتجت بأن المرفق العمومي هو أساس أعمال اختصاص القاضي الإداري وتطبيق قواعد القانون الإداري من خلال النظر في فحوى العمل القانوني وجوهره، فإذا ما انبنى على امتيازات السلطة العامة أو تقديم خدمات عمومية واستعمال أموال عمومية، يكون عملاً إدارياً خاضعاً لرقابة القضاء الإداري².

¹ علاء الدين شعباني، الأسس الدستورية للقضاء الإداري في تونس، مرجع سابق الذكر، ص71.

² علاء الدين شعباني، المرجع نفسه، ص42.

بدايةً، وقع اختيار المشرع في فلسطين¹ على اعتماد المعيار المادي² وذلك منذ وضع القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وذلك عند معرض حديثه عن إنشاء محاكم إدارية، ويُستنتج ذلك من خلال عبارة "للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية". وبالتالي ركزت المادة على موضوع النزاع القائم الذي ينطوي على وجود عمل إداري أو تأديبي دون أن تحدد طبيعة الهيكل الصادر عنه.

وبالعودة إلى القرار بقانون، نصّت المادة 20 على المعيار المادي صراحةً من خلال اعتماد عبارة "سائر المنازعات الإدارية" الواردة في الفقرة 1 نقطة ح. وهو ما يعكس الاختصاص الموسع الذي سوف يضطلع به القاضي الإداري دون غيره في مراقبته على الأعمال الإدارية. نفس الشيء بالنسبة للنقطة 2 من الفقرة 1 التي نصّت على "منازعات العقود الإدارية".

هناك تنصيب آخر يدلّل على تكريس المعيار المادي الموسع لاختصاص القاضي الإداري بنفس المادة وذلك فيما يرتبط بكل القرارات المتصلة الوظيفة العمومية المتعلقة أساساً الوظيفي للموظف العمومي كالتعيين، التثبيت، ترقية، تأديب الخ..

ولقد أدى اعتماد المشرع للمعيار المادي إلى إقصاء أعمال من رقابة القاضي الإداري وهي أعمال تصدر عن السلط السياسية لكن لا تكون لها صفة القرار الإداري النهائي والتنفيذي، بل تحمل طابع سياسي وهي أعمال السيادة³، كالتي تتعلق بالعلاقات الخارجية للدولة أو علاقات

¹ تجدر الإشارة إلى أن المعيار المادي في تونس وقع بلورته قضائياً ثم تم تقنينه من خلال تنقيح القانون عدد 40 لسنة 1972 مؤرخ في غزة جانفي 1972 بالقانون عدد 39 لسنة 1996 وتحديدأ الفصل 17 منه (كتابة الفصل). ووقع اعتماد المعيار المادي في تونس بعد أن كان هناك إعمال للمعيار العضوي الذي يحدد الجهات الإدارية تحديداً واضحاً بحيث تكون أعمالها خاضعة لرقابة القاضي الإداري مع أن القاضي العدلي كان له كتلة اختصاص ببعض المنازعات الإدارية في تونس وهو ما نص عليه صراحة الفصل 2 من القانون عدد 38 لسنة 1996 المنقح للقانون عدد 40 لسنة 1972 من أن النزاعات المتعلقة بالمنشآت العمومية هي من اختصاص المحاكم العدلية على الرغم من كونها مؤسسات عمومية ذات صبغة صناعية وتجارية وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ولها نشاط إداري يتعلق مثلاً في علاقتها بموظفيها أو في علاقتها مع غيرها من المنشآت العمومية (منصري، أنوار، "اختصاص المحكمة الإدارية في مادة تجاوز السلطة"، المرجع سابق الذكر، ص10).

² الاعتماد على المعيار المادي يجعل من المحكمة الإدارية في فلسطين هي المختصة دون غيرها عندما يتعلق الأمر بعمل ما يكون موضوعه تحقيق المصلحة العامة ويعكس استعمال امتيازات السلطة العامة أو التصرف بوظفه قواعد القانون العام كتنسيير أو تقديم خدمة عمومية (منصري، أنوار، المرجع نفسه، ص18).

³ الفقرة 3 من المادة 20 من القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020.

السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية من ناحية، والقرارات المتعلقة بالضرائب والرسوم التي تبقى محل نظر المحكمة المختصة وهي محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل¹. ويمكن الإشارة إلى أنه كان من الممكن الاكتفاء بالتنصيص على عبارة سائر المنازعات الإدارية في تحديد اختصاص القاضي الإداري دون الحاجة لتعداد ما سبق كونها من البديهي بأن تكون خاضعة للقاضي الإداري.

3- معيار تعدادي في تحديد الاختصاص

لم يكتفِ المشرّع الفلسطيني بمقتضى القرار بقانون على تبني المعيارين العضوي والمادي في تحديد اختصاصات القاضي الإداري، بل عمل على تعداد اختصاصات أخرى له في المادة 20. وبالرجوع إلى المادة سابقة الذكر، نجد بأنّها عددت بعض المنازعات والتي يمكن اعتبارها ذات طبيعة خاصة لتكون محل نظر القاضي الإداري، من ذلك:

- الطعون في النتائج الانتخابية عندما لا ينص القانون على محكمة أخرى تختص بذلك.
- طلبات الإفراج عن الموقوفين بوجه غير شرعي.
- النزاعات المتعلقة بطلبات التعويض عن تنفيذ كافة الأعمال التي تخضع لرقابة القاضي الإداري على معنى المادة 20 والسابق ذكرها.

وأخيراً، يمكن القول بأن اختصاص القاضي الإداري بناءً على الأحكام الواردة في المادة 20 واستعمالها للمعايير السابقة هو اختصاص قابل للتوسع وغير حصري، حيث أن المادة سابقة الذكر نصّت في فقرتها الأولى نقطة ط على ما يلي: "الطعون التي تعتبر من اختصاص المحكمة الإدارية بموجب أي قانون آخر"، وهو ما يعني أنه قد يتوسع اختصاص القاضي الإداري بصدر قانون جديد ينص على اختصاصه بالرقابة على أعمال معينة أو يجعله المختص في فض نزاعات محددة.

ومن أجل استئثار القاضي الإداري بالاختصاصات المحددة له في القرار بقانون وممارستها دون غيره، نصّ هذا الأخير على أحكام توفر ضماناً مهمة لذلك.

ثانياً: ضمان احتكار القضاء الإداري اختصاص البت في المنازعات الإدارية

لغايات تقتضيها تكريس ازدواجية القضائية في القانون الفلسطيني وضمان انفراد القاضي الإداري دون غيره باختصاص النظر في المنازعات الإدارية، جاء في المادة 47 من القرار بقانون ما

¹ المادة 29 من القانون رقم 8 لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل.

يلي: "إذا وقع تنازع في الاختصاص بين المحكمة الإدارية ومحكمة أخرى في أي دعوى، يتم تعيين المرجع للنظر في تلك الدعوى من هيئة قضائية مؤلفة من رئيس المحكمة العليا/ محكمة النقض رئيساً، وعضوية رئيس المحكمة الإدارية العليا، وقاضيين من المحكمة العليا/ محكمة النقض يسميهما مجلس القضاء الأعلى، وقاضٍ من المحكمة الإدارية العليا يسميه رئيسها". فمن خلال تكريس هذه الهيئة يضمن القرار بقانون الفصل التام بين ممارسة القضاء الإداري وممارسة القضاء العادي، وضمان اضطلاع المحاكم الإدارية باختصاص النظر في المنازعات الإدارية وانفرادها في ذلك دون تدخل أي جهة قضائية أخرى، فتعقد هذه الهيئة بشكل ظرفي عند بروز حالات التعارض أو التنازع بين المحكمة الإدارية وغيرها من المحاكم الأخرى حول نزاع ما.

ونكون أمام حالة تنازع في الاختصاص عندما يتمسك كل من القاضي الإداري والقاضي العادي باختصاصهما في موضوع نزاع ما، أو عندما يعتبر كلاهما بأنهما غير مختصان بالنظر فيه، فيتم على إثر ذلك عرض المسألة على هيئة تنازع الاختصاص للنظر فيها واتخاذ القول الفصل وتحديد الجهة المختصة لمواصلة البت في النزاع والفصل فيه. مع العلم أنه يكون باطل الحكم الذي يتخذه القاضي الإداري أو القاضي العدلي إذا صدر حكم عن هيئة التنازع يقضي بعدم اختصاصهما في النزاع¹.

وعن تركيبة هيئة تنازع الاختصاص، فقد ورد بالمادة 47 سابقة الذكر بأنها تتركب من رؤساء الهيئات القضائية العليا، بحيث يكون رئيس المحكمة العليا رئيساً للهيئة، ويكون رئيس المحكمة الإدارية العليا عضو فيها إلى جانب 3 قضاة، اثنين من قضاة المحكمة العليا يكلف مجلس القضاء الأعلى بتسميتهم، وقاضي من قضاة المحكمة العليا يسميه رئيسها.

وما يمكن ملاحظته هنا هو أن رئيس هيئة تنازع الاختصاص يبقى ثابتاً ولم يتم إتباع نظام التداول على الرئاسة بين رئيس المحكمة العليا ورئيس المحكمة الإدارية كما هو معتمد مثلاً بالنسبة لمجلس تنازع الاختصاص في القانون التونسي بموجب القانون رقم 38 لسنة 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية. وكان يمكن أيضاً إتباع تركيبة مناصفة للهيئة تضمن تمثيلية متساوية لجهتي القضاء، أي قاضيين من كل صنف من أصناف القضاة إلى جانب رئيسها، والحدو حذو المشرع الفرنسي في تركيبة محكمة تنازع

¹ سامية مشاكة، الاختصاص النوعي بالمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع سابق الذكر، ص87.

الاختصاص لسنة 1872 والمرشع التونسى بالنسبة لمجلس تنازع الاختصاص فى القانون سابق الذكر¹ لما فى ذلك من ضمان لاستقلالية الهيئة وحياد دورها التحكيميى. ولا بد من الإشارة إلى أن الأحكام التى تصدر عن هيئة تنازع الاختصاص تكون ملزمة لكلا الجهتين أى للقضاء الإدارى والقضاء العادى، ويكون حكم هيئة تنازع الاختصاص تكون ملزمة لكلا المحكمة المرفوع أمامها القضية فتواصل البت فيها، وإما أن تقضى بعدم اختصاصها فتلتزم المحكمة عندها بالتخلي عن القضية لعدم الاختصاص. ولا يمتد اختصاصها للبت فى موضوع النزاع والفصل فيه، فيقتصر على تحديد الجهة القضائية المختصة فقط وتكون قراراتها غير قابلة للطعن.

لكن ما يمكن مؤاخذته فى هذا الإطار هو التنصيص على هيئة التنازع صلب القرار بقانون المتعلق بالمحاكم الإدارية مما قد يعطى انطباعاً أنها هيكلأً تابعاً لجهاز القضاء الإدارى، فكان من الأفضل أن يتم خصّها بنص قانونى لوحدتها كونها هيئة تحكيمية ذات تركيبة مختلطة تشمل القضائيين ويفترض فى عملها الحياد. أيضاً عدم تضمن المزيد من التفاصيل حول إجراءات رفع الدعوة أمام هذه الهيئة أو الجهة المكلفة بذلك حيث أن هيئة تنازع الاختصاص هي أولاً وأخيراً محكمة متخصصة وليست جهة إدارية ولها مكانتها المرموقة والمتميزة فى النظام القضائى ككل²، أيضاً الآجال التى تلتزم بها الهيئة فى فصلها فى حالات التنازع المحتملة وعن كيفية البت والمعايير التى تعتمد عليها فى ذلك وطبيعة الأحكام التى تتخذها. فنأمل ولأجل منع عرقلة سير العمل القضائى مستقبلاً أن يتم تأطير عمل هيئة التنازع بنص قانونى يوضح ما سبق، كما فعل المرشع الجزائرى بالنسبة لمحكمة تنازع الاختصاص الجزائرية التى خصّها بقانون عضوى وهو القانون رقم 3 لسنة 1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها.

الفقرة الثانية: إسناد اختصاص شامل للقضاى الإدارى

من خلال اعتماد عدة معايير فى تحديد اختصاص المحاكم الإدارية وإنشاء هيئة تنازع الاختصاص، أصبح للقضاى الإدارى اختصاص شامل فى النزاعات الإدارية التى ينضوى البعض

¹ جاء بالفصل 5 من قانون رقم 38 لسنة 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية ما يلى: "يرأس مجلس تنازع الاختصاص بالتداول الرئيس الأول لمحكمة التعقيب والرئيس الأول للمحكمة الإدارية ويضم ستة أعضاء يقع اختيارهم مناصفةً من بين رؤساء الدوائر والمستشارين بمحكمة التعقيب والمحكمة الإدارية...".

² سامية مشاكة، مرجع سابق الذكر، ص93.

منها تحت اختصاص محكمة العدل العليا قبل صدور القرار بقانون عدد 41 لسنة 2020، حيث مكّن هذا الأخير القاضي الإداري في فلسطين من ممارسة قضاء أصلي شامل في النزاعات الإدارية (أولاً)، وعمل على منحه صلاحيات النظر استعجالياً فيها عبر إحداث القضاء الاستعجالي لأول مرة في مادة النزاعات الإدارية في القانون الفلسطيني (ثانياً).

أولاً: قضاء أصلي واسع النطاق

تظهر هذه الشمولية من كون أن المشرّع الفلسطيني لم يقصر دور القاضي الإداري بالنظر في نزاع معين يتعلق بمخاصمة قرار إداري وإلغاءه إذا ما وجدته مخالف للقواعد القانونية، بل اعتمد التوجه الذي يجعل من صلاحيات القاضي الإداري غير محددة النطاق كونه جعله مختصاً في النظر في أكثر من نزاع وبالتالي في مسائل قانونية مختلفة وهو ما يجعل اختصاصه شامل وغير مقيد للفصل فيها¹.

فالقضاء الأصلي للقاضي الإداري وفقاً للقرار بقانون يجعله قادراً على النظر من ناحية في الدعاوى التي تنبني على حماية الشرعية والنظام القانوني في الدولة وترمي إلى تحقيق مصالح عامة وعينية وهو ما يعرف بالقضاء الموضوعي الذي يستهدف أعمال قانونية للإدارة وتحديد القرارات الإدارية وهنا يكون للقاضي الإداري القدرة على الحكم بإلغائها. ومن ناحية أخرى يكون قادراً على النظر في الدعاوى الشخصية التي ترمي إلى تحقيق مصالح شخصية وحماية المصالح الذاتية للأفراد وإجبار الإدارة على التعويض الكامل والعدل عما لحق بهم من أضرار نتيجة أعمالها² وهو ما يعرف بدعاوى المسؤولية الإدارية وكذلك المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وبعض النزاعات الانتخابية التي توسّع حتماً من صلاحيات القاضي الإداري، فهذه النزاعات تخول للقاضي سلطات تعرف "بسلطات القضاء الكامل" التي لا تقتصر على تفحص شرعية أعمال الإدارة، وإنما يتعداها إلى توجيه أوامر للإدارة وإلزامها بفعل أو الامتناع عن فعل ما وحتى الحلول محلها للقيام ببعض الصلاحيات³.

وبالرجوع إلى المادة 20 من القرار بقانون، يتضح التنوع في طبيعة النزاعات التي ينظر فيها القاضي الإداري الفلسطيني وبالتالي شمولية نظره القضائي، فتارة يمارس صلاحيات القضاء الموضوعي من خلال اختصاصه بالنظر في الطعون التي تستهدف إلغاء القرارات الإدارية بما فيها

¹ سامية مشاكة، الاختصاص النوعي بالمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 25.

² سامية مشاكة، نفس المرجع، ص 26.

³ غابري، عماد، "القاضي الإداري كقاضي انتخابي: خصوصيات الطعن الانتخابي"، الموقع الإلكتروني: المغرب.

التأديبية واللوائح والأنظمة بعد تفحص مدى تطابقها للقواعد القانونية بما في ذلك امتناع الإدارة عن اتخاذ قرار ملزمة باتخاذها.

وطوراً يمارس صلاحيات القضاء الكامل الذي تتوسع فيه صلاحياته، فمن ناحية أولى، منح القرار بقانون القاضي الإداري بعض صلاحيات القاضي الانتخابي من خلال نظره في الطعون الخاصة بنتائج الانتخابات، حيث أن القاضي الانتخابي له صلاحيات موسعة مثل: "الإذن بالتسجيل في سجل الناخبين كما أن له سلطة تعديل قائمة المترشحين للانتخابات بالإضافة أو بالحذف أو بإرجاع قائمة أو مرشح للسباق الانتخابي بعد رفضه من قبل إدارة الانتخابات كما أنّ له سلطة إعادة احتساب الأصوات وإعادة توزيع المقاعد المتحصل عليها كما أنّ له صلاحية التصريح بفوز قوائم انتخابية تمّ إسقاطها من هيئة الانتخابات"¹.

ومن ناحيةٍ أخرى، ينظر القاضي في دعاوى المسؤولية الإدارية التي تمكّنه من إلزام الإدارة على تقديم التعويض العادل عن ما أحدثته أعمالها من أضرار، فهنا لا يقتصر دور القاضي على تفحص عمل الإدارة ومدى تطابقه للقانون، بل يتعداه إلى اعتماد قواعد المسؤولية الإدارية لتقييم الأضرار ونوعها وتحديد قيمة التعويضات اللازمة لجبرها.

وأخيراً، ينظر القاضي الإداري في مجمل النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، حيث ينظر القاضي في نزاعات إبرام هذه العقود ومدى تحقق قواعد المنافسة، الشفافية والمساواة بين المترشحين لها، وينظر أيضاً في النزاعات التي تطرأ خلال تنفيذ العقد كتعديل بعض الشروط الواردة فيه أو فيما يتعلق بالأمر الطارئة التي أدت إلى وقف التنفيذ بشكل دائم أو مؤقت وما يترتب عليه من أضرار وتعويضات، أيضاً ينظر في دعاوى المتعلقة بفسخ هذه العقود وإنهائها. ويعمل القاضي الإداري في هذه النزاعات على تحقيق شيء من التوازن بين الأطراف غير متكافئة (إدارة متلبسة امتيازات السلطة العامة - فرد عادي)، حيث يعد القاضي الإداري من أهم الضمانات الأساسية التي تحمي حقوق مُعاقدي الإدارة الطرف في العقود الإدارية.

¹ غابري، عماد، "القاضي الإداري كقاضي انتخابي: خصوصيات الطعن الانتخابي"، مرجع سابق الذكر.

من خلال ما تقدم، يتضح أن المحاكم الإدارية في فلسطين ستلعب دوراً هاماً على مستوى العمل القضائي من خلال تدخلها لفض عدة نزاعات باستخدام قضاء شامل يمنحها صلاحيات واسعة لحماية الشرعية والنظام القانوني من جهة و حماية الحقوق والحريات وجبر الأضرار من جهة أخرى.

ثانياً: إحداه القضاء الاستعجالي

يعتبر إحداه القضاء الاستعجالي في مجال النزاعات الإدارية في القانون الفلسطيني تجديد هام جاء به القرار بقانون في إطار تدعيم وظيفة جهاز القضاء الإداري، حتى أن محكمة العدل العليا لم يكن لديها هذا الاختصاص ولم يتم التنصيص عليه في قانون إنشاء المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.

والمقصود بالقضاء الاستعجالي بكونه قضاء ذو صبغة استثنائية يسمح للأفراد بطلب النظر بشكل عاجل في بعض المسائل المعروضة على المحكمة والتي تنظر فيها أصلياً خشية من حدوث أضرار أو ضياع الحقوق، والأهم في هذا الإطار هو السماح للأفراد المتضررين من تنفيذ قرار إداري ما طلب توقيف تنفيذه عبر تقديم مطلب في الغرض للقاضي الإداري بعد أو خلال الطعن في القرار المعني على أن يتم توقيف القرار عند وجود المبررات القانونية لذلك لحين البت في الدعوى الأصلية المتعلقة بإلغاء القرار¹.

وتؤكد أهمية القضاء الاستعجالي من كونه يوفر آلية توقيف تنفيذ القرارات الإدارية التي تساهم في حماية حقوق الأفراد ومنع تضرر مراكزهم القانونية جزاء تنفيذها حيث أن دعوى الإلغاء لا تعطل تنفيذ القرار الإداري ولا تمنع من حدوث آثاره.

وتجدر الإشارة إلى أنه عادةً تنصّ القوانين على شروط لتقييد السلطة التقديرية للقاضي عند نظره في المطالب الاستعجالية، وتقيّد أيضاً الفرد مُقدم الطلب قصد ترشيد هذه الطلبات وتجنب العبثية في تقديمها.

وبالرجوع إلى القرار بقانون، نجد بأن هذا التطور قد وقع التنصيص عليه في المادة 21 منه تحت عنوان "الطلبات المستعجلة"، حيث جاء بالفقرة الأولى من هذه المادة ما يلي: "تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات المتعلقة بالأمر المستعجلة التي تقدم إليها بشأن الدعاوى

¹ عبد القادر غيتاوي، وقف تنفيذ القرار الإداري قضائياً، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق، 2008/2007، ص11.

الداخلة فى ااختصاصها، بما فى ذلك وقف تنفيذ القرار المطعون فىه مؤقتاً، إذا رأت المحكمة الإءارىة بأن نتائج تنفيذه يتعذر تءاركها". ما ههنا هو تمكين القاضى الإءارىى بموجب هذه المادة من وقف تنفيذ القرارات الإءارىة التى يتضرر منها الأفراد، ولا بد من الملاحظة بأن وقف التنفيذ يجب أن يتعلق بقرار إءارىى محل دعوى إءارىة أمام المحكمة الإءارىة قصد إلغاءه، حيث لا يمكن القيام بتقديم طلب وقف تنفيذ قرار إءارىى قبل أن يتم الطعن به بالإلغاء أمام المحكمة الإءارىة.

وتجدر الملاحظة إلى أن المادة 21 قد وضعت شرطاً وحيداً لتقديم الطلب يُلزم كل من القاضى الذى ينظر فيه وكذلك الفرد مقدم الطلب، وهذا الشرط هو أن ينبىى مطلب ووقف التنفيذ على وجود "نتائج يتعذر تءاركها". والمقصود بهذا الشرط هو أن يكون وراء استمرار تنفيذ القرار الإءارىى محل الطعن آثار ونتائج ضارة على الفرد مقدم الطلب لا يمكن تجنبها أو معالجتها وهى نتائج لم تكن لتحدث لو لم يتم تنفيذ القرار.

ويمكن اعتبار أن المشرع قد سهّل هذه المسألة بأن قصرها على شرط وحيد إذا ما تمت المقارنة مع التشريع التونسى فى هذا المجال، حيث أن الفصل 39 من قانون عدد لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإءارىة التونسية قد ضبط شرطين للقيام بدعوى توقيف تنفيذ قرار إءارىى ما وقبولها، وهما أن يكون الطلب مبنى على "أسباب جءىة فى ظاهرها" وأن تنفيذ القرار سوف يسبب للمءى "نتائج يصعب تءاركها". والمقصود بالأسباب الجءىة فى ظاهرها هو أن القرار محل وقف التنفيذ مبنى على مخالفة الأسانيد القانونية والواقعية التى من المحتمل أن تكون السبب فى توجيه القاضى الذى ينظر فى الدعوى الأصلية نحو إلغاء القرار المطعون فىه والمراد توقيفه.

ويعون المءى مءيراً فى زمن تقديمه لطلبه المستعجل، فىمكن أن يقوم بذلك بالتوازى مع تقديم الدعوى الأصلية التى تستهدف إلغاء القرار الإءارىى المعنى أو بعد ذلك. ولتجنب الطلبات غير الجءىة، تلزم المحكمة مقدم الطلب المستعجل بتقديم كفالة وتحدد مقدارها وشروطها، وهى كفالة يتم تقديمها إذا تبين بأن المطلب المستعجل غير جءى بصورة كلية أو جزئية لمصلحة الطرف الأءرى فى الدعوى أو لمصلحة كل من تضرر منه. بالإضافة إلى ما تقدم، تكون قرارات المحكمة الإءارىة فى المطالب الاستعجالية قابلة للطعن أمام المحكمة الإءارىة العليا وفقاً لما ورد فى المادة 42 من القرار بقانون.

لكن ما يمكن مؤاخذته فيما يتعلق بالقضاء الاستعجالى للمحكمة الإءارىة فى فلسطين هو اءم اءءىء آءل ءلءزم فىه المحكمة عىء نظرها فى المءالب الاسءعجالىة كما فعل المشرع ءونسى الذى اءء آءل الشهر لاءخاذ القرار بوقف ءنفاء أو رفض المءلب.

الخاءمة:

صءر القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإءارىة، وهو نص كان منءظر فى القانون الفلسطينى بأن يصءر على شكل قانون عىء السلطة ءشرىةة، لكن فى ظل غىاب هذه الأءىرة صءر على شكل مرسوم. عموماً، هذا النص سوف ىشكل إضافة على مسءوى العمل القضاائى والرقابة على أعمال الإءارة، على الرغم من بعض النقائص الءى ءضمنها والءى ءم الإشارة إليها.

آاء لءكرىس الازءءاجىة القضاائىة وأرسى ءنظم منفصل هىكلياً وإءرائياً للقضاء الإءارى، وآاء بأحكام ءساهم فى الحفاظ على مراقبة أعمال الإءارة من قبل القاضى الإءارى وءءه مع إسناء هذا الأءىر صلاءىاء شاملمة فى قضاءه.

أهم الاسءءءاجاء:

-مبءأ الشرىةة ىقتضى وآوء رقابة فعالة على أعمال الإءارة ءراءاً لءعسفا وءماىة للءقوق والءرىاء

-ءكرىس مبءأ ءقاضى على ءرءىن فى مءاءة النزاع الإءارى.

-فصل ىكاء ىكون ءام بىن القضاء الإءارى والءءلى هىكلياً وإءرائياً ووظىفياً.

- لم ىءء هناك اءءصااص لمحكمة العءل العلىا على النزاعات الإءارىة إلا بشكل مؤقت إلى آىن إرساء المحاكم الإءارىة.

ءوصىاء:

- نوصى بأن ىكون ءفعىل لءور للمآلس ءشرىعى والنظر فى أحكام القرار بقانون والمصاءقة عىه، لما ىءماشى ءلك من القانون الأساسى الفلسطينى فى مءءه 102 آىء من المءءرض أن يصءر النص بشكل قانون ولىس مرسوم.

-كان من الأفضل ءآنىب ءءءل السلطة ءنفاءىة فى المسار المئى للقضاة لءمءىعمهم المزىء من الاسءقلالىة فى الاضطلاع بوظائفهم ومنع ءاأىر عىهم باءءباره أمر منبوء ءولياً.

-كان من الأفضل تنظيم هيئة التنازع بمقتضى نص خاص بها لأنه من المفترض أن تكون منفصلة عن الجهازين القضائيين العدلي والإداري بالنظر إلى طبيعة عملها التحكيمي، مع ضرورة بيان إجراءات وأجال بتها ومآل قراراتها.

- من الأفضل تمكين المتقاضى من التوجه مباشرة إلى المحكمة الإدارية العليا وتجنب التمديد من إجراءات الطعن أمام المحكمة الإدارية،

-تحديد الأجال التي وقع إغفالها، كأجل تلتزم إحالة المحكمة الإدارية الطعن في أحكامها أمام المحكمة الإدارية العليا، أيضاً الأجال التي تلتزم فيها المحكمة عند بتها في الطلبات الاستعجالية.

-مراجعة الأحكام المتعلقة بالنيابة الإدارية وبيان كيفية تعيين أعضائها وتوسيع دورها ليشمل التمثيل أمام القاضي العدلي.

المراجع:

• الكتب

- جنيح، محمد رضا، القانون الإداري، الطبعة الثانية، تونس: مركز النشر الجامعي، 2008.

• القوانين

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.
- قانون رقم 1 لسنة 2002 المتعلق بالسلطة القضائية.
- قانون رقم 2 لسنة 2001 بشأن أصول المحاكمات المدنية والتجارية.
- القانون رقم 3 لسنة 1998 بتاريخ 8 يونيو 1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها في الجزائر.
- القانون رقم 38 لسنة 1996 بتاريخ 3 جوان 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية في تونس.
- القانون رقم 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية في تونس.
- قانون رقم 5 لسنة 2001 بشأن إنشاء المحاكم النظامية.
- القرار بقانون رقم 13 لسنة 2020 المتعلق تعديل القرار بقانون رقم 41 لسنة 2022.

- القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية.

• المقالات

- بكر، عصمت عبدالمجيد، "معضلة القيود على اختصاصات القضاء الإداري: دراسة مقارنة"، مجلة جامعة جيهان، المجلد الأول، العدد الأول، 2017.

- عبد العليم، محمد مصطفى السيد ومن معه، "القضاء الإداري في ميزان التخصص القضائي: دراسة خاصة بمحكمة الأحزاب"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، 2010.

- المومني، أحمد محمد، شديفات، صفوان محمد، "مسألة القاضي عن خطأه بين الشريعة والقانون"، مجلة التراث، العدد 13، 2014.

- منصري، أنوار، "اختصاص المحكمة الإدارية في مادة تجاوز السلطة"، منشورات مدرسة الدكتوراه، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، 2010.

• المواقع الإلكترونية

- السيفاوي، عمر، "مؤسسة المكلف العام بنزاعات الدولة"، الموقع الإلكتروني لجمعية المستشارين المقررين.

- الشامى، عبدالكريم، "نحو استحداث مجلس الدولة الفلسطيني"، الموقع الإلكتروني لدنيا الوطن.

- غابري، عماد، "القاضي الإداري كقاضي انتخابي: خصوصيات الطعن الانتخابي"، الموقع الإلكتروني: المغرب.

• رسائل ماجستير

- عبد القادر غيتاوي، وقف تنفيذ القرار الإداري قضائياً، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق، 2007/2008.

- علاء الدين شعباني، الأأسس الدستورية للقضاء الإداري في تونس، رسالة لنيل شهادة الماجستير بحث في القانون العام، جامعة سوسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013.
- سامية مشاكة، الاختصاص النوعي بالمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، رسالة ماجستير في الإدارة والمالية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2016/2015.

القانون واجب التطبيق على الإخلال في عقد البيع الدولي للبضائع

The law applicable to breach of an international sale contract

م.م أمجد محمد نصيف، المدرس المساعد في القانون الدولي الخاص، كلية

الفارابي الجامعة، العراق، بغداد.

Amjed Mohammed Nsaif- Al-Farabi University College

الإيميل الرسمي للباحث: amjad.mohammed@alfarabiuc.edu.iq

الملخص: تُعدّ مسألة تنازع القوانين على الإخلال في عقد البيع الدولي للبضائع من المسائل المهمة في حل تلك المسائل، نظرًا لوجود عنصر أجنبي في العلاقة التعاقدية فمن الصعب تحديد القانون واجب التطبيق قواعد لاختلافها من دولة أخرى، مما يثير الكثير من الشك حول تطبيق القانون الذي يحكم النزاع، فإذا لم يحدد المتعاقدين القانون الذي يحكم الإخلال بالعقد، عندئذٍ تعذر على القاضي معرفة تطبيق القانون على النزاع، مما يؤدي في النتيجة إلى أشاعه القلق في التعامل التجاري الدولي، وكذلك يدعو إلى حاجة التجار إلى قواعد قانونية ملائمة لظروفهم في معاملات التجارة الدولية، ونتيجة تطور حاجة معاملات التجارة الدولية، واتساع حركة النشاط التجاري، أصبحت القوانين الوطنية عاجزة على تطبيق النزاع الناشئ على عقد الدولي، وكذلك عجز هذه القوانين عن حماية توقعات الأطراف وحماية الطرف الضعيف في العقد، لذا مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق من المسائل المهمة في عقد البيع الدولي، إذ يرتب هذا التحديد آثار على مجمل العلاقة العقدية. لذلك استقر التشريع والفقهاء على تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال في عقد البيع الدولي للبضائع من خلال تحديد الإرادة الصريحة للمتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق على الإخلال بالعقد، وهذه الإرادة يكون تحديدها من خلال التركيز على النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال بالعقد، فإذا تعذر للمتعاقدين عن تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال بالعقد عندئذ يكون اللجوء إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين، ويكون تحديد الإرادة الضمنية عن طريق المؤشرات والقرائن الخارجية والداخلية للمتعاقدين، وهي مكان تنفيذ العقد، والاختصاص القضائي وجنسية الأطراف، وعملة الدفع وصيغة العقد،

ولغة العقد، وغيرها من المؤشرات والقرائن الأخرى التي من خلال تساعد القاضي في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال بالعقد، والتي من شأن تلك القرائن والمؤشرات الخارجية والداخلية بالعقد أن تشكل مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، وبالتالي تساعد القاضي في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال بالعقد.

الكلمات المفتاحية: عقد، القانون واجب التطبيق، دولية

Abstract

The issue of conflict of laws on the breach of the contract for the international sale of goods is one of the important issues in resolving these issues, due to the presence of a foreign element in the contractual relationship, it is difficult to define the applicable law as rules that differ from another country, which raises a lot of doubt about the application of the law governing the conflict. If the contracting parties do not specify the law governing the breach of contract, then the judge will not be able to know the application of the law to the dispute, and this leads in the end to spreading anxiety in international commercial dealings, as well as which calls for merchants to need legal rules appropriate to their circumstances in international trade transactions.

As a result of the development of the need for international trade transactions, and the expansion of the movement of commercial activity, national laws became unable to apply the conflict arising in an international contract, as well as the inability of these laws to protect the expectations of the parties and protect the weak party in the contract, so determining the issue of determining the applicable law is one of the important issues in a contract International sale, as this determination has implications for the entire contractual relationship.

Therefore, the legislation and jurisprudence settled on defining the law applicable to breach of the contract of international sale of goods by defining the express will of the contracting parties to choose the law applicable to breach of contract, and this will is determined by focusing on personal theory and objective theory in determining the law applicable to breach of contract. by contract.

If the contracting parties are unable to determine the law applicable to breach of the contract, then resort to the implicit will of the contracting parties, and the determination of the implicit will is through external and internal indications and clues to the contracting parties, namely the place of contract implementation, jurisdiction and nationality of the parties, payment currency and contract form, contract language, and others Other indications

and clues that help the judge determine the applicable law for breach of contract, and that these external and internal clues and indicators in the contract form the center of gravity in the contractual relationship, and thus help the judge in determining the applicable law for breach of contract.

Keywords: contract, applicable law, international

مقدمة

أولاً - موضوع البحث:

بعد تطور حركة التجارة بين الدول، واتساع نطاقها حول العالم، مما أدى إلى ازدياد عملية البيع والشراء بين الدول، وكذلك عملية تبادل السلع والخدمات؛ لذا أصبح عقد البيع الدولي له دوراً في تنمية الدول اقتصادياً، ونظراً لما يلبي تعزيز الإنتاج وتلبية حاجات الأفراد، وتنشيط حركة رؤوس الأموال والسلع والخدمات، مما يكون له الدور الإيجابي على الاقتصاد الوطني.

وعلى هذا النحو أصبح عقد البيع الدولي مُلزم بين طرفين على تنفيذ العقد بحُسن نية، وفقاً لما اتفق عليه الطرفين في العقد - هذا في الوضع الطبيعي- لكن قد تحصل ظروف استثنائية على أحد طرفي العقد قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد تجعل تنفيذه بالنسبة لأحد طرفي العقد مستحيلاً أو مرهقاً، وهذا يكون عن طريق إفصاح أحد المتعاقدين في وقت مبكر سابق الأوان عن التنفيذ بعدم تنفيذ إلزامه العقدي.

وكما أنه من الصعب تحديد القانون واجب التطبيق على هذه العلاقة التعاقدية للقانون الوطني لوجود عنصر أجنبي يرجع فيها على القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين، وهي قواعد من الصعب تطبيقها تختلف من دولة لأخرى، مما يثير الكثير من الشك حول تطبيق القانون الذي يحكم النزاع، فإذا لم يحدد المتعاقدين القانون الذي يحكم الإخلال بالعقد، عندئذٍ تعذر على القاضي معرفة تطبيق القانون على النزاع، هذا مما يؤدي في النتيجة إلى إشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي، وكذلك مما يدعو إلى حاجة التجار إلى قواعد قانونية ملائمة لظروفهم في معاملات التجارة الدولية.

لذا قد استقر فقه القانون الدولي الخاص والتشريعات الوطنية والأجنبية، على إخضاع الإخلال بعقد البيع الدولي إلى قانون إرادة المتعاقدين، سواءً كان اختيار صريح أو ضمني، على الجانب الموضوعي للعقد، واستثناء الفقه والتشريعات الوطنية والأجنبية من قانون الإرادة أهلية المتعاقد، وشكل العقد، وعلى هذا النحو ذهب جانب من الفقه إلى إنشاء النظرية الموضوعية، والتي من شأنها يختار المتعاقدون القانون الذي يحكم الإخلال بالعقد، لكن بشرط أن يكون هذا القانون على صلة وثيقة بالعقد، وكذلك النظرية الشخصية التي من شأنها أن تعدد بمطلق سلطان الإرادة وينزل القانون المختار منزلة الشروط العقدية، مما يفلت العقد من الأحكام الأمرة للقوانين الداخلية مع تصور خضوعها للأعراف وعادات التجارة الدولية.

ثانياً- أهمية البحث:

يستمد أهمية موضوع البحث من أهمية عقد البيع الدولي ذاته، حيث تم التسليم من جانب الفقه بأن عقد البيع الدولي له أهمية خاصة في عملية تداول رؤوس الأموال بين الدول، وكذلك تتضح الأهمية بحركة المد والجزر في السلع والأموال بين الدول، لذا لا بد أن ندرك الأهمية بأن الإخلال في عقد البيع الدولي بتنفيذ العقد في حد ذاته يشكل خطورة في هذا الأمر، وضرورة وضع قواعد قانونية للحد من الآثار السلبية التي تنعكس على المتعاقدين.

ومن جانب آخر، فإنه على مستوى التشريع العراقي تبرز الأهمية أن قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل في باب البيوع البحرية، لم يتضمن الإخلال في عقد البيع الدولي سوى التزامات البائع والمشتري، فبالتالي لم تعالج تلك المسألة بصورة دقيقة، وإنما تركها للقواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي.

ونظراً لأهمية التعامل التجاري بين الدول وتعقيد مشكلاته، فقد حرص فقه القانون الدولي الخاص، على إيجاد حلول لهذه المشكلات من خلال وضع قواعد قانونية موحدة تحكم الإخلال في العقد، فهي قواعد تنبع من العرف التجاري الدولي، بغض النظر عن طبيعة النظام الاقتصادي الذي يسود في الدولة، ودون اختيار لطبيعة النظام القانوني الذي تتبعه هذه الدول.

ثالثاً- إشكالية البءء:

1. اءءلال الءوازى العقءى بىن مراكز أطراف العءء، وءى أءر هذا الاءءلال على طرفى العءء.
2. عىء ءصول الإءلال المباشربالعءء- اءفاقىة فىنا لعام 1980- ءعلء ضرورة بقاء العءء قائماً بىن الطرفين وءنفضه، على وفق ما ىءفق مع ءسن النىة، وءوافر أءء طرفى العءء الفسخ بالرءم من ءوافر أسبابه، وءلك بإءكام الءلل الذى وقع فى ءانبه.
3. اءءلاف الأنظمة القانونىة فى ءوقىع ءءاء على الطرف الذى ىقوم بإفصاىه بعءم الءنفض مبكراً، فبعض الءفاقىاء الءولىة ءوآب الءعوىض وإبقاء الءق قائماً، والبعض الآخر ىوآب على فسخ العءء.

رابعاً-ءطة البءء:

وبغىة إعطاء أءمىة البءء والإءاطة بآوانبه النظرىة والعملىة والوقوف على معطىاءه، ىقوم الباءء بءقسىم ءطة البءء إلى: مقءمة ومبءءىن وءاءمة. ىءناول المبءء الأول: القانون واءب الءطبىق ءالة اءءىار الإراءة الصرىة. والمبءء الءانى: القانون واءب الءطبىق فى ءالة اءءىار الإراءة الضمنىة على الإءلال بالعءء.

المبءء الأول

القانون واءب الءطبىق فى ءالة اءءىار الإراءة الصرىة

ىقوم الأطراف صراىةً باءءىار القانون الذى سىءكم الإءلال بالعءء، سواءً وقع الاءءىار على قانون وطفى أم قانوناً أءنبىاً وفقاً لمنىء الءنازع الءقلىءى "سافىنى"، وهذا الاءءىار ىءمءل فى ءشف إراءة الأطراف رغبءهم فى اءءىار القانون أو القوانىن الءى ىرءون ءطبىقها صراىةً على الإءلال بالعءء⁽¹⁾.

(1) ء. أءمء عبء الءرىم سلامة، المءءصر فى قانون العلاءاء الءولىة الءاصئة، ط1، ءار الئهضة العربىة، عام 1987، ص334.

لذا تحديد إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد من خلال النظرية الشخصية، والتي تُعد إرادة المتعاقدين هي أعلى من القانون، وبهذه المثابة يندمج القانون المختار في العقد لتصبح

أحكامه مجرد بنود عقدية، يستطيع المتعاقدان مخالفتها، ولو أتسمت بالطابع الأمر، وقد يتم اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال النظرية الموضوعية، وبهذه المثابة يعلو سلطان القانون على إرادة المتعاقدين، فإن دور الإرادة في هذا الصدد يكون بمثابة إبداء الرغبة في تركيز الرابطة العقدية على قانون معين يحكم الإخلال بالعقد⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك سيوضح الباحث في هذا المبحث من خلال المطلب الأول: تحديد القانون واجب التطبيق وفقاً للنظرية الشخصية، والمطلب الثاني تحديد القانون واجب التطبيق وفقاً للنظرية الموضوعية.

المطلب الأول

حديد القانون واجب التطبيق وفقاً للنظرية الشخصية

حيث تركز النظرية الشخصية على مبدأ سلطان الإرادة، فإنها تعترف للفرد بأن له إرادة على إنشاء المراكز القانونية بصورة منفصلة عن القانون الذي يقتصر دوره على تمكين الفرد من استعمال تلك الحقوق والتمتع بها، ومن هذا المنطلق يتحقق مبدأ سلطان الإرادة في العقد، حيث تصبح تلك الإرادة لها القوة الملزمة في العقد، ويصبح الأطراف بمثابة مشري لالتزاماتهم العقدية وفقاً لنصوص وبنود العقد⁽²⁾.

ويذهب الفقيه "باتيفول" أن قدرة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على أساس سلطان الإرادة لا يتم بناءً على قواعد تنازع القوانين، بحيث يستمد الأطراف القوة

(1) د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2004، ص 17.

(2) د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام 2000، ص 89.

المُلزمة بالعقد من اتفاق الأطراف في تنظيم علاقتهم التعاقدية، وعلى هذا الأساس يندمج القانون المختار مع شروط العقد، وبالتالي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها حتى لو اتسمت بالطابع الأمر، مما يعني عندما يحدث الإخلال في عقد البيع الدولي يخرج عن نطاق مجال تنازع القوانين، ويخضع إلى مبدأ سلطان الإرادة استنادًا إلى النظرية الشخصية التي نادى بها الفقه⁽¹⁾.

وبهذه المثابة، ذهب جانب من الفقه إلى أن اندماج القانون المختار لا يتحقق إلا في حالة اختيار المتعاقدين القانون صراحةً أو ضمناً، وأما في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد لا يتحقق الاندماج، عندئذٍ القاضي أو المحكّم يقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق ليحكم الرابطة العقدية ((عقد البيع الدولي)) ولا سيما الإخلال بالعقد، وليس أمام قانون اختيارته إرادة المتعاقدين، بحيث تملك الإفلات من أحكامها وإنزالها منزلة الشروط العقدية⁽²⁾.

وفي ضوء ما تقدم، ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن النظرية الشخصية، هي نظام قانوني له القدرة على خلق قواعد قانونية مُلزِمة، أي بمعنى أن الإرادة هي مصدرًا للالتزام، من غير اختيار لقانون يحكم العلاقة التعاقدية، وإذا أختار الأطراف قانون معين يخضع له العقد، فلا يُعدّ القانون سوى شرطاً من شروط العقد، ولا يكون مُلزِماً إلا في الحدود التي ترسمها له تلك الإرادة⁽³⁾.

أما في حالة الإرادة الضمنية، فلا بد من البحث عن نية الأطراف من خلال ظروف العقد وملابساته، دون التقيد بضابط إسناد محدد، مثل مكان الإبرام أو موقع المال أو اللغة التي حرر بها العقد، أو مكان التنفيذ أو شرط الاختصاص القضائي، لكن في بعض الأحيان قد

(1) محمود محمد باقوت، مدحريّة المُتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1998م، بند 120، ص71.

(2) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام 2007، بند 86، ص132.

(3) د. سامي بديع منصور، د. عكاشة عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، دون ذكر عام النشر، ص361.

يحدد القاضي عمّا تشير إليه القرائن والأمارات في تعديل لإرادة الأفراد في اختيارهم لقانون العقد، ومن هنا تأتي المنطقية في سلطة تقييد القاضي في عدم الانصراف لما تشير إليه القرائن أو الأمارات في خضوع القانون للإخلال بالعقد، إلا إذا كان العدول والحيدة يحقق مصلحة للمتعاقدين⁽¹⁾، وهذا يعني عدم وجود قانون مُسبق ينظم العلاقة التعاقدية، بُغية التخلص من هيمنة قانون مكان الإبرام الذي كان سائدًا في السابق، والاعتراف للأطراف الخضوع للنظام القانوني الذي يعبر عن إرادتهم ويحقق مصالحهم المشتركة وفقًا لما يتلاءم مع الظروف التعاقدية⁽²⁾.

ووفقًا لمفهوم النظرية الشخصية، فإن إفراط أنصار المذهب الفردي في الإرادة، القدرة المطلقة في تحديد النظام القانوني للعقد الدولي يجعل من هذا القانون قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص تندرج تحت المنهج الأحادي المباشر، وتخرج به عن نطاق المنهج التنازعي، أي أن إطلاق الحرية لإرادة الأفراد وفقًا لهذا المنظور يغير من طبيعتها، ويصبح القول عن منهج آخر هو منهج القواعد المادية غير منهج قواعد التنازع⁽³⁾.

المطلب الثاني

تحديد القانون واجب التطبيق وفقًا للنظرية الموضوعية

رأينا فيما سبق النظرية الشخصية، ودور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد، واختيار الأطراف لقانون العقد لا يستند على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وإنما إلى مبدأ سلطان الإرادة، ونتيجة الانتقادات السابقة التي تعرضت لها النظرية الشخصية، ظهرت نظرية جديدة، وهي النظرية الموضوعية، حيث أن هذه النظرية تعلق سلطان القانون على إرادة المتعاقدين، لذا أن هذه الإرادة مجرد لا تعدو أن تكون تركيز العلاقة

(1) د. هشام أحمد محمود، القانون واجب التطبيق على الكفالة، المرجع سابق، ص 87 وما بعدها.
(2) د. كريم مزعل، ثامر داود عبود خضر الشافعي، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، المجلد 32، العدد الثاني، عام 2017، ص 213.
(3) د. هشام أحمد محمود عبد العال، القانون واجب التطبيق على الكفالة الدولية، دار النهضة العربية، بنيسـويـف، 2016، ص 83.

التعاقدية في إطار قانون معين يتصل بهذه العلاقة، وهذه المثابة تكون إرادة الأطراف هي مجرد ضابط إسناد تشير إلى تطبيق القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي، ومن ضمنها الإخلال في عقد البيع الدولي⁽¹⁾، مضافاً إليها الظروف المادية التي أحاطت بالعلاقة ذاتها، ومن ثمّ تطبيق قانون الدولة التي تركزت فيه هذه العناصر والظروف⁽²⁾.

وعلى هذا النحو إن إرادة المتعاقدين وفقاً للنظرية الموضوعية في اختيار القانون الذي يحكم الإخلال بالعقد، هو اختيار تنازعي؛ لأنه يخضع العقد لأحكام القانون المختار، من شأنه أن يؤدي إلى بطلان أي شرط تعاقدي يخالف قاعدة أمره في هذا القانون، حيث يؤدي هذا الاختيار إلى إخضاع العلاقة التعاقدية لحكم القانون المختار، حيث لا تقوى الإرادة الخروج عن القواعد الأمره⁽³⁾.

لذا إن الإخلال في عقد البيع الدولي يخضع لقانون الإرادة عملاً بقاعدة التنازع المزدوجة التي استقر عليها فقه القانون الدولي الخاص، والتي تتخذ من إرادة المتعاقدين معياراً لإسناد الروابط العقدية الدولية، وعلى هذا الأساس يستطيع المتعاقدون اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، ومن ضمنها الإخلال في عقد البيع الدولي؛ لأن ما ينطبق على الكل ينطبق على الجزء، سواء كان هذا القانون المختار وطنياً أم أجنبياً، وهذه المثابة تتمكن إرادة المتعاقدين وفقاً لهذا النظر القدرة على الاختيار التنازعي للقانون الذي يخضع الإخلال المبستر لأحكامه⁽⁴⁾.

وغالباً ما يتفق المتعاقدون على اختيار القانون الذي يحكم الإخلال في عقد البيع الدولي، بموجب شرط صريح يُدرج في العقد، أو بموجب اتفاق مستقل عنه، ومع هذا يمكن الاتفاق على الاختيار في مرحلة لاحقة من إبرام العقد، سواء تم الاختيار بصورة صريحة أو

(1) د. هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق لعقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص46.

(2) د. هشام أحمد محمود عبد العال، القانون واجب التطبيق على الكفالة، المرجع السابق، ص94.

(3) محمود محمد باقوت، مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، المرجع السابق، ص90.

(4) د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، بند 260، ص390 وما بعدها.

ضمينية يمكن للقاضي استخلاصها من القرائن والمؤشرات الموجودة في العقد⁽¹⁾، ويأخذ هذا الاختيار صورة اتفاق مستقل عن العقد بصورة تحريرية أو شفوية وما يسمى بشرط الاختصاص التشريعي، وقد يكون تحديد القانون صراحةً عن طريق بند يحدد فيه الأطراف الجهة القضائية المختصة بفصل النزاع، وهذا ما يسمى شرط الاختصاص القضائي⁽²⁾.

لكن في الوقت ذاته يجوز للمتعاقدين السماح في تغيير القانون المختار في أية فترة لاحقة على إبرام العقد، بحيث أن عدم التمسك أمام القضاء بتطبيق القانون الذي انصرفت إليه إرادتها عند التعاقد بمثابة عدول عن تطبيق هذا القانون وخضوعهم للضوابط التي يقرها قانون القاضي⁽³⁾.

وترجع العلة في السماح للمتعاقدين الاختيار اللاحق للقانون على إبرام العقد أو تغيير هذا الاختيار في أي مرحلة من المراحل النزاع، طالما كانت الدعوى المطروحة أمام محكمة الموضوع، وليس في مرحلة تالية في مرحلة تالية، لذلك أن اتفاق المتعاقدين على الاختيار اللاحق لقانون العقد، أو تعديل اتفاقهم السابق هي مسألة واقعية لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض، بالإضافة إلى هذا أن تخويل المتعاقدين لحق الاختيار اللاحق أو التغيير اللاحق أمام محكمة النقض يعني إتاحة الفرصة للطعن على حكم محكمة الموضوع بحجة تجاهلها لقاعدة الإسناد التي تشير باختصاص قانون الإرادة حين لجأوا إلى تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد، أو قاموا بتركيز الرابطة العقدية، وإسنادها على النحو للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، والحال أن المتعاقدين لم يقوموا

(1) د. صلاح علي حسين، الوجيز في تحديد قانون العقد التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2016م، ص60.

(2) د. أحمد عبد الكريم سـلامـة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء، المنصورة، 1996م. بند 793، ص1095، قرب: د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين، المرجع السابق، ص102.

(3) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1974، بند 305، ص373.

من الأصل باختيار قانون العقد مما ينعي معه على قاضي الموضوع تجاهل هذا الاختيار، وبالتالي مما يستوجب نقض هذا الحكم⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه إذا تم الاتفاق على الاختيار عند إبرام العقد الأصلي، فإن هذا الاتفاق يُعدّ بمثابة عقد داخل العقد الأصلي، يخضع في تقرير صحته نفس قانون الإرادة الذي يحكم العقد الأصلي، حتى وإن تم الاتفاق على الاختيار في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، كذلك يخضع صحته لقانون الإرادة، حيث يحقق هذا الأمر الاستقرار القانوني وحفظ علاقات المتعاقدين وتحقيق الاستقرار القانوني، إلا أنه في الوقت ذاته يؤدي إلى الوقوع في الحلقة المفرغة، فالقانون المختار يستمد اختصاصه من إرادة المتعاقدين استناداً إلى اتفاق الاختيار، في حين تخضع صحة هذا الاتفاق إلى قانون الإرادة، عندئذٍ كيف يتصور تطبيق قانون الإرادة على الاتفاق مادام صحة هذا الاتفاق هو شرطاً لاختصاص قانون الإرادة نفسه⁽²⁾.

ومن الممكن تجنب هذه الحلقة المفرغة عن طريق تطبيق قانون القاضي على صحة اتفاق الاختيار، وذلك بحجة أن اتفاق الاختيار يُعدّ عقداً مستقلاً عن العقد الأصلي، وبالتالي ينصب موضوعه على مجرد اختيار القانون الواجب التطبيق على الإخلال في العقد الأصلي، وبالتالي يمكن ألا يتم هذا الاختيار عند إبرام العقد الأصلي، وإنما يتم في مرحلة لاحقة على إبرامه عن طريق استخلاص مؤشرات ودلائل ضمنية من العقد، حتى وإن تم إدراج اتفاق الاختيار ضمن بنود العقد الأصلي، فاتفق الاختيار يستمد قوته الملزمة في هذه الحالة من قاعدة الإسناد في قانون القاضي، والتي حوّلت للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الذي يحكم العقد، بينما يخضع الإخلال بالعقد الأصلي لقانون إرادة المتعاقدين بمقتضى اتفاق الاختيار⁽³⁾.

والباحث يؤيد من وجهة نظره النظرية الموضوعية في اختيار القانون الذي يحكم عقد البيع الدولي، ومن ضمنه الإخلال بالعقد، وسواءً وقع الاختيار الصريح، أو بطريقة ضمنية يستخلصها القاضي من المؤشرات والقرائن الضمنية التي من شأنها أن تدل على

(1) د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص475، وما بعدها.

(2) د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية، المرجع السابق، ص71.

(3) د. محمود محمد ياقوت، مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، المرجع السابق، ص95.

اختيار القانون، ومن الممكن اختيار قانون محايد لكن بشرط ألا يكون من ضمن بنود العقد، ولا يخالف القواعد الأمرة لهذا القانون المختار؛ لأن تلك القواعد الأمرة تُعدّ من النظام العام في دولة القانون المختار، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

إن الإرادة وفقاً للنظرية الموضوعية تمثل عودة للدور الحقيقي القاضي متمثلة في قيامه بتنظيم دور للإرادة من خلال عملية التركيز الرابطة العقدية، وتحديد موقعها الفعلي ضمن باقي عناصر الإرادة المعمول عليها في هذا التركيز، وسواء كانت الإرادة صريحة أو ضمنية في عملية التركيز؛ لأن إذا كانت الإرادة صريحة فإن القاضي لا يعول دون خضوعها من جانبه فيما إذا كان الاختيار متوافقاً مع آلية التركيز من عدمه، فإذا كانت آلية التركيز معبرة بصورة حقيقية، فإن القاضي لا يلتفت لهذا التركيز، ويقوم بالتطبيق مباشرة، أما إذا كان التركيز غير معبراً عن تركيز حقيقي، فلا يلتفت القاضي، ويقوم بالبحث عن نفسه لكي يقوم بالتركيز، أما في حالة الإرادة الضمنية لا يختلف ذلك كثيراً، حيث يقوم القاضي بالبحث عنها واستخلاصها وفق آلية التركيز مستنداً ذلك إلى الأمارات والقرائن مثل جنسية المتعاقدين، أو مكان الإبرام أو التنفيذ، أو العملة التي يتم الوفاء بها، عندئذٍ يقوم القاضي بتركيز الرابطة العقدية إلى تلك القرائن⁽¹⁾.

ويثار التساؤل، في حال عرض نزاع متعلق بإخلال في عقد بيع دولي، وأختار الأطراف قانون أجنبي، وتم عرض النزاع على القاضي الوطني، هل القاضي الوطني مُلزم بتطبيق القانون الأجنبي المختار من قبَل إرادة الأطراف؟ للإجابة على هذا التساؤل ذهب الفقه إلى اتجاهين، الاتجاه الأول ذهب به الأستاذ "باتيفول" بأن القانون الأجنبي يفقد صفة الإلزام عندما يعبر حدود الإقليمية، وهذا يصبح ليس بقانون، وبالتالي يعتبر مجرد وقائع مادية، وبالنتيجة أن القاضي لا يطبق الوقائع المادية، وإنما مُلزم بتطبيق القوانين الصادرة من مشرعه، عندئذٍ على الخصوم أن يطلبوا بتطبيق القانون الأجنبي من القاضي؛ لأن هذا حق مكتسب للخصوم، والاتجاه الثاني يذهب بأن قاعدة الإسناد بالنسبة لهم ورقة بيضاء تستقبل القانون الأجنبي له،

(1) د. هشام أحمد محمود عبد العال، الكفالة الدوليّة، المرجع السّابق، ص95.

ثم تقوم بعملية دمج للقانون الوطني، وبالتالي يزوب القانون الأجنبي ويصبح قانونًا وطنيًا، ومن ثمَّ يكون القاضي مُلزَمًا بتطبيقه باعتباره قانونًا وطنيًا وليس أجنبيًا⁽¹⁾.

المبحث الثاني

القانون واجب التطبيق في حالة اختيار الإرادة الضمنية

على الإخلال بالعقد

إن المشكلة التي تُثار عند عدم تحديد المتعاقدين صراحةً القانون واجب التطبيق على العقد، ومن ضمنه الإخلال بالعقد؛ لأن ما ينطبق على الكل ينطبق على الجزء، لذا إن التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية بيّنت الإرادة الضمنية للمتعاقدين بصورة غير واضحة، وإنما ينبغي على القاضي أو المُحكِّم المعروض أمامه النزاع استنتاج واستخلاص القرائن والأدلة من العقد، والظروف المحيطة بالعقد لكي يتم تحديد الإرادة الضمنية للمتعاقدين، ومن ثم تحديد القانون واجب التطبيق على العقد.

وفي ضوء ما تقدم، وللإحاطة بالموضوع ينبغي على الباحث تقسيم المبحث إلى مطلبين الأول يتناول فيه دور الإرادة الضمنية في تحديد القانون المختص على الإخلال بالعقد، والفرع الثاني، يوضح فيه دور المؤشرات والقرائن في تحديد الإرادة الضمنية بالعقد.

المطلب الأول

دور الإرادة الضمنية في تحديد القانون المختص بالعقد

ذكر فيما سبق لابد أن يتسم عقد البيع الدولي بعنصر أجنبي، وأن يكون هناك اتصال مع أكثر من نظام قانوني واحد، وبالتالي فأن عن طريق ارتباط عناصر عقد البيع الدولي بنظم القانونية المختلفة من خلالها يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد، في الفرض التي لا يقوم الأطراف بإرادتهم الصريحة أختار القانون المختص على الإخلال بالعقد.

(1) د. هشام أحمد محمود عبد العال، محاضرات أُلقيت على طلبة المرحلة الرابعة ليسانس، منشور على الموقع الإلكتروني www.youtube.com، تاريخ الزيارة، 23 /3 /2020، ساعة 12:00.

عندئذٍ في هذا الفرض يثار التساؤل أنه في الاختيار الصريح تنتهي مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال بالعقد، لكن تثار المشكلة عند عدم تحديد إرادة الأطراف عن الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم الإخلال بالعقد هل يعتد بالإرادة الضمنية للأطراف في أختار القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد أم يتم تجاهلها من القاضي المطروح إمامة النزاع، وما هو موقف التشريعات الوطنية والأجنبية من هذه الإرادة، وموقف الاتفاقيات الدولية، أم اللجوء إلى ضوابط الأسناد الاحتياطية التي تحددها تلك التشريعات والاتفاقيات الدولية، هذا ما سيتناوله الباحث بالتفصيل تلك المسائل التي تحدد بيان موقف الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال في عقد البيع الدولي.

ذهب جانب من الفقه إلى الاعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال بالعقد في حال عدم الاختيار الصريح للأطراف لقانون الذي الإخلال بالعقد⁽¹⁾.

والجدير بالقول، أن جانب الفقه ذهب إلى أن الإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية لكنها غير ملائمة يستنتجها القاضي، أو المحكم من الظروف والوقائع المحيطة بالعقد، وبالتالي أن هذه الإرادة لا تخضع إلى رقابة محكمة النقض⁽²⁾؛ لأن في حقيقة الأمر أن هذه الإرادة تقوم بتفسير العقد، وهو ما لا يخضع بصفة عامة إلى رقابة محكمة النقض، ومن الحالات التي نصت عليها الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد هو أدرج نص في العقد على إخضاع الإخلال على قانون دولة معينة، أو إخضاعها للتحكيم لدى محكم دولة معينة، أو الموثق التي حرر لدى العقد، واللغة التي حرر بها العقد، وعملة الوفاء المتفق عليها، أو اتحاد جنسية الخصوم، وغيرها من القرائن الأخرى التي تدل على تحديد الإرادة الضمنية، ومن شأنها يتم تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال بالعقد⁽³⁾.

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، بند 133، ص194.

(2) د. هشام علي صادق، الموجز في تنازع القوانين، الفنيّة للطباعة والنشر، 1992م، ص270.

(3) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج2، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986م، بند 133، ص431.

موقف المشرع العراقي:

يتضح من نص المادة 25/1 من القانون مدني العراقي، أن المشرع لعراقي اسناد إرادة المتعاقدين إلى الإرادة الضمنية، والتي يكون استخلاصها من خلال العقد، وهذا يستشف من خلال العبارة الواردة في المادة 25/1 مدني عراقي "مالم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه" وهذا يؤكد على انصرافية المتعاقدين على الاتفاق ضمناً للقانون واجبا لتطبيق على لإخلال بالعقد، مما يستطيع القاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع على استخلاص الإرادة الضمنية لتحديد القانون واجب التطبيق⁽¹⁾.

وسبق لما تقدم ذهب جانب من الفقه العراقي بأن إرادة الأطراف حريتهم مقيدة في اختيار القانون الذي سيحكم الإخلال بالعقد، ويرجع هذا التقييد إلى وجود صلة بين القانون المختار والعقد، وهذا الصلة متمثلة إما بجنسية المتعاقدين، أو محل إبرام العقد، أو محل التنفيذ، أو بموطنهما، ولربما تأتي الصلة بين القانون المختار، والإخلال في العقد لحاجة معاملات التجارة الدولية، كالعقود النموذجية التي تخضع لقانون معين، فإذا أبرام المتعاقدان عقدهما وفقاً للعقد النموذجي، وأختار المتعاقدون هذا القانون الذي يخضع لهذا النموذج بحيث يصبح القانون المختار ذو صلة بالعقد، حتى لو لم تتوفر بين العقد وهذا القانون المختار صلة من حيث الجنسية أو الموطن⁽²⁾.

المطلب الثاني

دور المؤشرات والقرائن في تحديد الإرادة الضمنية بالعقد

عند غياب الاختيار الصريح لإرادة المتعاقد نفي تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، يتوجب على القاضي أو المحكم الذي نظر النزاع المطروح إمام المتعلق بالإخلال بالعقد، أن يأخذ نظراً لاعتبار الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، حيثي قوم القاضي باستنتاج تلك القرائن والمؤشرات من الرابطة العقدية، التي اتجهت إليها إرادة الأطراف في تحديدها، وهذا سوف يتناول الباحث بالتفصيل تلك القرائن والمؤشرات الخارجية المحيطة بالعقد، والتي من شأنه ان تتصلب العقد والقانون المختار، لكي يتبين مدى فاعليتها في الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد

أولاً - المؤشرات الداخلية للعقد:

1. مكان تنفيذ العقد: يعتبر هه بمثابة الدليل المادي الذي يمكن من خلاله تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال بالعقد، وهذا المكان يعتبر هو الصلة الوثيقة والجوهرية بين العقد، ومكان تنفيذه، وهو العنصر الذي تركز في العلاقة التعاقدية، والذي يجمع مصالح للأطراف المتعاقدة بهذا التنفيذ⁽³⁾، وغالباً قانون مكان التنفيذ هو الذي إجراءات تنفيذه، وبالتالي تتجه إرادة الأطراف إلى إخضاع الإخلال بالعقد للقانون الذي يقوم بتنفيذه⁽⁴⁾، لكن تثار صعوبة تطبيق هذا المؤشر في حال تعدد أماكن تنفيذ العقد، أو من دون تحديد مكان معين للتنفيذ، في هذه

(1) د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد المهدي، القانون الدولي الخاص، ط3، ج3، الدار العربية للقانون، عام 2010، ص152.

(2) د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار السنهوري، بيروت، عام 2015، ص180.

(3) د. طلال حافظ جابر، عقد البيع الدولي، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، عام 2007، ص141.

(4) د. هشام أحمد محمود، عقد التأمين، المرجع السابق، ص106.

الحالة يتم تطبيق مكان التنفيذ الرئيسي، ويتحدد مكان التنفيذ الرئيسي إمامن خلال موقع المأوى المكان الذي يتركز فيه مركز العمل الرئيسي للعقد⁽¹⁾.

والجدير بالذكر، أيضا يطمح لتنفيذ العقد هو من أهم الضوابط الموضوعية الذي يكون له تأثير في تحديد القانون واجبا لتطبيق على الإخلال بالعقد، وهذا الضابط عادة لا يكون عرضيًا بالنسبة للعلاقة التعاقدية

، لأنه دائما يرتبط بين العقد ومكان التنفيذ رابطة جوهرية تتجسد ماديا في مرحلة التنفيذ، وأن مركز الثقل في الرابطة العقدية بتطبيق قانون مكان التنفيذ تظهر أهميته من ناحية تحديد طرق وأشكال تنفيذ، سواء في التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل، أو من ناحية تطابق مجال تطبيقه مع الأحكام الآمرة المتعلقة بالنظام والتي صعب أن تلت أعمال التنفيذ من سيطرة أحكامها، وبالتالي تبدو صعوبة تحديد هذا المعيار في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال بالعقد، عندما يكون التحديد غير واضح لمكان تنفيذ المتعاقدين من جانب إرادة المتعاقدين، أو ترك أمر التحديد لأحد من أطرافه⁽²⁾.

وبالرغم من أهمية ضابط مكان التنفيذ في تحديد القانون الواجب التطبيق والأسانيد الداعية إلى اعتناقه، إلا أن الاعتماد عليه وحدة أمر عسير في تطبيقه خاصة في الفروض التعدد في أماكن التنفيذ وخاصة في العقود الملزمة للجانبين، والتي من شأنها تتضمن التزامات متبادلة كعقد البيع الذي يتضمن عادة تسليم المبيع في دولة المشتري، والوفاء في دولة البائع، فبالتالي أن اللجوء إلى محل التنفيذ في هذا الفرض، سوف يؤدي إلى إخضاع البائع والمشتري في عقد البيع الدولي إلى قوانين مختلفة مما يؤدي إلى تجزئة العقد ذو الطبيعة الواحدة⁽³⁾، وكذلك الأمر في عقود التمثيل التجاري التي تعدد في أماكن التنفيذ بحيث تكونها كصعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق في حال نشؤ الإخلال بالعقد، نظرا لكثرة القوانين المتزاحمة لحكم الإخلال بالعقد، أو قد تكمن الصعوبة في حال عدم قيام المتعاقدين تحديد محل تنفيذ العقد، أو ترك تحديدها لأحد أطرافه⁽⁴⁾.

2. الاختصاص القضائي: يتحدد القانون واجب التطبيق على الإخلال بالعقد، وذلك من خلال تحديد الاختصاص القضائي للعقد، وهذا ما يعبر الشرط من نية انصراف إرادة الأطراف بأن الإخلال بالعقد يخضع لقضاء دولة معينة، وهذا في النتيجة يتم إخضاع الإخلال بالعقد لقانون تلك الدولة التي تم تحديدها من قبل إرادة الأطراف⁽⁵⁾، ومع هذا تم تقدر شروط اختصاص القضاء بأهلها ليس بالضرورة أن تطبق المحكمة قانون الدولة الخاص بها، فبالتالي ليسب النتيجة أن هذا هو الشرط كافيًا كقرينة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد، لأنه لا يمكن أنت توفر صلة جوهرية بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي لقانون تلك الدولة؛ وهذا أخذ القضاء الفرنسي بأن شرط الاختصاص القضائي هو كافي التحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد⁽⁶⁾.

(1) د. سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 390.
(2) د. عصام الدين القصيبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دار النهضة العربية، 1993م، بند 17، ص 49 وما يليها.

(3) د. عصام الدين القصيبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية، المرجع السابق، ص 50.
(4) د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي - دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، عام 1990م، ص 125 وما يليها.

(5) د. هشام أحمد محمود، عقد التأمين، المرجع السابق، ص 106.

(6) د. أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 137.

وهذا إذا كانوا فعالاً لأنها كعلاقة بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، عندئذ لا يقوم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق صراحةً، إلا أنه تحديد المحكمة المختصة لها الدور الرئيسي والأثر في تحديد القانون المختص، وبالتالي يمكن للأطراف الخروج عن القاعدة العامة في تحديد القانون المختص من خلال النصفى العقد على عقد الاختصاص لمحكمة قضاء دولة معينة، أن يعد قرينة تكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف في الرغبة على أسناد الاختصاص التشريعي لقضاء الدول المثار أمامها النزاع⁽¹⁾.

3. جنسية الأطراف: قد تشكل جنسية الأطراف دور في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد من خلال تحديد موقع العلاقة التعاقدية، إلا أنه لا يكفي أن يكون وحدة أن يكون مؤشراً في تحديد العلاقة التعاقدية، وإنما يتطلب أن يستكمل بعناصر أخرى من داخل العقد أو خارجه⁽²⁾، ومع هذا قد يكون تطبيق قانون الجنسية عندما يكون أيضاً هو مكان إبرام العقد، أو قانون محل أقامه المدين عندما يكون هو محل تنفيذ العقد رغم اختلاف جنسية أطراف العلاقة التعاقدية⁽³⁾.

عملة الدفع: حيث أن الدفع بعملة دولة معينة يعد قرينة على أن إرادة الأطراف اتجهت على تحديد القانون واجب التطبيق لك الدولة التي تم اختيار عملتها⁽⁴⁾. وعملة الوفاء هي العملة المتفق عليها من قبل إرادة الطرفين من شأنها

1. أن تحدد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد؛ لأن العملة تنشئ عادة صلة جوهرية بين العقد

وقانون دولة هذه العملة، وهذا يبدو لا يكفي اعتبار عملة الوفاء لوحدها معياراً لتحديد القانون الواجب

التطبيق مالم تكن هناك عوامل أخرى تدخل في تحديد القانون المختص، كما هو الحال في العملات الصعبة

لدولة معينة هذا لا يعني انصراف إرادة الطرفين لقانون تلك الدولة العملة المختارة إلا إذا كانتا كقرائن

أخرى متصلة بالعقد تؤكد تحديد القانون المختص⁽⁵⁾.

2. صيغة العقد: يمكن لصيغ العقد أن تساعد القاضيا لمطروح أمامه النزاع علت تحديد قانون الدولة التي يرتبط

بها العقد، وهذه الصيغ تعد بمثابة قرائن تشير إلى تحديد ضابط الأسناد من خلالها يتم تحديد القانون واجب التطبيق

علما لإخلال بالعقد، وهذه الصيغ قد تكاد اللغة التي حرر بها العقد، أو تحرير العقد من قبل موثق عمومي، أو العملة التي

يتم الوفاء بها، أو المكان الذي أجريت فيه المفاوضات، هذا وسوف يتناولها الباحث تفصيل وفقاً لما تقدم.

3. لغة العقد: قديماً أخذ القضاء بدلالة اللغة كقرينة يستشف من خلالها ارتباط العقد باللغة الناطقة لتلك

الدولة، ومن خلالها يتجه انصراف إرادة المتعاقدين على تطبيق قانون تلك الدولة⁽⁶⁾.

ويذهب جانب من الفقه أن لغة العقد لا يمكن أن تكون لوحدها كدليل قاطع في تحديد القانون واجب التطبيق

على الإخلال بالعقد، مالم تكهنها كقرائن أخرى ترتبط بالعقد كجنسية المتعاقدين، أو مكان التنفيذ، أو قانون موقع

المال، عندئذ تقوم المحكمة المختصة بتحديد القانون واجباً لتطبيق علماً لإخلال بالعقد، لأن اللغة لوحدها هي ليست ذات

دلالة جوهرية في تحديد القانون الواجب التطبيق⁽⁷⁾.

(1) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 424.

(2) د. طلال حافظ جابر، المرجع السابق، ص 141.

(3) د. سامي بديع منصور، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 392.

(4) د. هشام أحمد محمود، عقد التأمين، المرجع السابق، ص 106.

(5) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع عالقو انبني عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد،

2001م، ص 141.

(6) د. هشام علي صادق، د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 347.

(7) د. سامي بديع منصور، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 339.

يتضح مما تقدم، أن جانب آخر من لفهيتناولأن لغة العقد لا تشير أحياناً إلى تحديد القانون واجبا لتطبيق، عند ما يختار الأطراف اللغة في تحرير العقد هذا لا يعني أسناد الإخلال بالعقد للغة قانون تلك الدولة التي اختارها، وإنما للتيسير على المتعاقدين في إجراء المفاوضات العقدية، ولا بد من إضافة عناصر أخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد⁽¹⁾.

4. تحرير العقد لموثق رسمي: أن تحرير العقد لموثق معين في دولة معينة، أنه قرينة تشير إلى اسناد الإخلال بالعقد لقانون تلك الدولة التي حرر فيها العقد⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس يرى جانب من الفقه أن تحرير العقد في موثق دولة معينة لا يعد في حد ذاته دليلاً جوهرياً في انصرافية إرادة المتعاقدين إلى قانون تلك الدولة لعدم اكتفاء القضاء بقرينة تحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة، إلا إذا وجدت قرائن أخرى تؤكد هذا المعنى ومن ثم تشير إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد⁽³⁾.

وهذا يتبين أن عقد البيع يتضمن فيه الوفاء بعملات مختلفة وفقاً لخيار الدائن الأمر الذي يشكل سبباً للقول بعدم الاعتداد بعملة الوفاء كضابط للأسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد⁽⁴⁾.
8. المكان الذي أجريت في المفاوضات على العقد: يعد المكان الذي أجريت فيها المفاوضات قرينة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد، وهذه القرينة تعد بمثابة ارتباط العقد بهذا المكان، وعلى هذا الأساس فإن المفاوضات والمناقشات، ومكان إبرام العقد والتوقييع والتجارتين إرادة الأطراف الوزنا القانوني في تحديد القانون المختص، فإذا كانت المناقشات التي أجريت أثناء المفاوضات عسيرة وصعبة، وكان إبرام العقد هو إلا جهود لهذا النتيجة السابقة في أخذ عنصر المفاوضات ضمن الاعتبار كعنصر مكمل مع العناصر الأخرى في تحديد القانون المختص⁽⁵⁾.

9. وجود ارتباط عقدين أو أكثر: وإذا كان عقد البيع الدول يبت صلب قانون دولتين أكثر، وفي الوقت ذاته كان قانون أحدهما أحكاماً لتنظيم هذه النوع من العقود خلافاً لقانون الدولة الأخرى والتي لا تتضمن مثل هذه الأحكام، ولهذا يبدو تطبيق الأول باعتباره قانوناً للإرادة⁽⁶⁾.

ووفقاً لما تقدم أن من القرائن التي يستعين بها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد عند سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح في اختيار القانون أن يكون العقد المبرم بين الطرفين مرتبطاً بعقد آخر، ولا بد من أن يكون ارتباط حقيقي من حيث السبب والموضوع والأطراف، مع الاستعانة بالعناصر الأخرى المصاحبة لإبرام العقد وصولاً إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد⁽⁷⁾.

(1) د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 421.

(2) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 424.

(3) د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، هامش ص 308.

(4) د. أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 146.

(5) د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلافات توازن العقود الدولية، دار الكتاب الحديث، عام 1999م. ص 50، 51.

(6) د. هشام علي صادق، د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 348.

(7) د. عكاشة عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 391.

ثانيًا- المؤشرات الخارجية عن إطار العلاقة التعاقدية:

هي الظروف والأوضاع التي من شأنها تلحق بإبرام العقد⁽¹⁾، وتؤثر على تحديد موضع العقد، ومن أهمها مضمون القوانين المتنازعة لحكم العقد، وسلوك الأطراف.

1. مضمون القوانين المتنازعة: يذهب جانب من الفقه عند سكوت الأطراف عند الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على الإخلال بالعقد، عندئذ يستطيع القاضي من خلال مضمون القوانين المتنازعة أن يحدد القانون المختص، في الحالة التي يكون فيها مضمون أحد القوانين المتنازعة يبطل العقد، والقانون الآخر يقر بصحته، فإنه يفترض في هذه الحالة أن تتجه إرادة المتعاقدين على القانون الذي يقر بصحته لا القانون الذي يقر بطلانه، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي⁽²⁾.

2. سلوك لأطراف اللاحقة على إبرام العقد: كما تناول الباحث أن تحديد القانون الواجب على الإخلال بالعقد يكون في حال إبرام العقد، أو في تاريخ لاحق على إبرامه، وعند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق عندئذ يتعين على القاضي البحث الظروف المحيطة بالعقد، وكذلك التصرفات اللاحقة على إبرامه، هذا يستشف منها القاضي على رغبة إرادة الأطراف الضمنية في تطبيق قانون معين، بشرط أن لا يشكل هذا الاختيار الضمني ضرر على مصالح الغير، وهذا الفرض يتطبق في حالة عندما لا ينص العقد على مكان معين لتنفيذه⁽³⁾.

الخاتمة توصلنا في خاتمة البحث من خلال رسم الحدود والمعالم الإخلال في عقد البيع الدولي، وأثره، على العلاقة العقدية، مبتدئين في ذلك التحكيم وإبراز العرض لأهم القواعد والاتفاقيات الدولية، والقواعد الواردة في القانون الدولي الخاص، والاتجاهات الفقهية والقضائية في هذا الصدد، وما هو ملائم في عقد البيع الدولي، ومن خلال دراستنا تبين لنا مجموعة من النتائج والتوصيات، وهي كالآتي:

أولاً- النتائج:

1. توصلنا إلى أن قواعد الإسناد تحقق عدالة شكلية من خلال تطبيق القوانين ذات الصلة بالنزاع، أو استناداً إلى قانون الإرادة، وليس هدفها تحقيق العدالة الموضوعية يستطيع أفضل القوانين من حيث الحلول الموضوعية فيها للوصول إلى حماية الطرف الضعيف في العقد.
2. اتضح أن الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدين كان لهم الدور الأساسي في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال في عقد البيع الدولي للبضائع من خلال النظرية الموضوعية والشخصية.
3. أن الإرادة الضمنية للمتعاقدين لها الدور الأساسي في تحديد القانون واجب التطبيق وأن يأخذ القاضي بنظر الاعتبار الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، حيث يقوم القاضي باستنتاج تلك القرائن والمؤشرات من الرابطة العقدية، التي اتجهت إليها إرادة الأطراف في تحديدها.
4. يتضح عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الإخلال بالعقد، هو اللجوء عندئذ إلى المؤشرات الداخلية والخارجية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، أو اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية في تحديد القانون المختص على الإخلال بالعقد.

(1) سامي بديع منصور، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 393.

(2) هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، بند 277، ص 422.

(3) سامي بديع منصور، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 393.

ثانياً- التوصيات:

1. ندعوالمشرع العراقي والمصري بإضافة نص صريح يقضي بالبحث على الإرادة الضمنية لأطراف العقد من خلال المؤشرات الداخلية أو الخارجية في العقد التي يشير إليها تحديد القانون الواجب التطبيق لعقد.
2. يقترح الباحث ضرورة تشريع قانون خاص بالتحكيم التجاري الدولي في العراقي أخذاً لآراء الفقهية والعملية في مجال التجارة الدولية، وخاصة المسائل المتعلقة بعقد البيع الدولي، تفرض تطبيق القواعد المادية، وذلك بإيجاد المناخ المناسب، وتوفير الحماية لأطراف عقد البيع الدولي، في حالة حدوث نزاع متعلق بإخلال مبتسر في عقد البيع.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً- المراجع العربية:

1. د. أحمد عبد الحميد عشوش، النّظام القانوني لعقد القرض الدولي - دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، عام 1990م.
2. د. أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الدولية الخاصّة، ط1، دار النهضة العربيّة، عام 1987.
3. د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التّنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء، المنصورة، 1996م.
4. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
5. د. سامي بديع منصور، د. عكاشة عبد العال، أصول القانون الدولي الخاصّ، الدار الجامعيّة، بيروت، دون ذكر عام النشر.
6. د. صلاح علي حسين، الوجيز في تحديد قانون العقد التجاريّ الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2016م.
7. د. طلال حافظ جابر، عقد البيع الدولي، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2007.
8. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائيّ الدوليّ وتنفيذ الأحكام الأجنبيّة، دار السنهوري، بيروت، عام 2015.
9. د. عز الدين عبد الله، القانون الدوليّ الخاص، تنازع القوانين، ج2، ط9، الهيئة المصريّة العامّة للكتاب، 1986م.
10. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد المهداوي، القانون الدوليّ الخاصّ، ط3، ج3، الدار العربيّة للقانون، 2010.

11. د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1974.
12. د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2004.
13. د. هشام أحمد محمود عبد العال، القانون واجب التطبيق على الكفالة الدولية، دار النهضة العربية، بني سويف، 2016.
14. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام 2007.
15. د. هشام علي صادق، الموجز في تنازع القوانين، الفنيّة للطباعة والنشر، 1992م.
16. د. هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدوليّة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
17. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدوليّة، دار الكتاب الحديث، عام 1999م.
18. عصام الدين القسبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدوليّة، دار النهضة العربية، 1993م.

ثانيًا- الرسائل والأطاريح:

1. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدوليّة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001م.
2. محمود محمد ياقوت، مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1998م.
3. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2000.

ثالثًا- المجالات والبحوث:

1. د. كريم مزعل، ثامر داود عبود خضر الشافعي، النظرية الشخصيّة المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونيّة، كلية القانون، المجلد 32، العدد الثاني، 2017.

رابعاً- المواقع الإلكترونية:

1. د. هشام أحمد محمود عبد العال، محاضرات أقيمت على طلبة المرحلة الرابعة ليسانس، منشور على الموقع

الإلكتروني www.youtube.com، تاريخ الزيارة، 2020/3/23، ساعة 12:00.

انعكاسات التحفيزات الضريبية على تنمية المقاولات بالمغرب

Implications of tax incentives for the development of enterprises in Morocco

إسماعيل بوعرف: طالب باحث بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق، شعبة القانون الخاص،

وجدة، المغرب.

البريد الإلكتروني: ismail.bouarafa@gmail.com

الملخص :

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على التحفيز الضريبي كأداة اقتصادية وما ينتج عن تطبيقها من آثار تمس فرص الاستثمار بصفة عامة ، وكذا محاولة تسليط الضوء على التحفيزات الضريبية الممنوحة ضمن الآليات التمويلية الداعمة للمقاولات ومدى المساهمة في تنميتها ، وتبين الدراسة أن التحفيز الضريبي هو إجراء هادف يمكن أن يحتل مكانة هامة في تشجيع وترقية المقاولات إذا ما تم توفير المناخ الملائم بمختلف عوامله الاقتصادية، السياسية، التقنية، والإدارية، ويسعى المغرب جاهدا إلى تشجيع المقاولات على الاستثمار بتوفير تحفيزات ضريبية ضمن آليات يسهر على تطبيقها، وهو ما ساهم في جذب المهتمين بهذا القطاع بهدف الاستفادة من مختلف التحفيزات الضريبية وكذا الامتيازات المالية الممنوحة. إلا أن ما يعاب على التحفيزات الضريبية، أنها تميزت بالطابع التساهلي الكبير مما انعكس سلبا على مجمل الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية، فسياسة التحفيزات الضريبية شمهها البعض بتلك الحركات التلقائية للمزارع أثناء زرع الحبوب، والنتيجة هي استفادة فئة على حساب فئة أخرى من هذه الامتيازات.

الكلمات المفتاحية: التحفيزات الضريبية، تنمية المقاولات، الضريبة، الانعكاسات.

ABSTRACT:

This study aims to identify the tax stimulus as an economic tool and the resulting effects of its application affecting investment opportunities in general, as well as trying to highlight the tax incentives granted within the financing mechanisms supporting enterprises and the extent of contribution to their development, the study shows that the tax stimulus is a purposeful measure that can occupy an important place in Tax incentives as well as financial privileges granted. However, what is maligned about the tax incentives is that they were characterized by a large leniency nature, which reflected negatively on the overall economic and social conditions. the policy of tax incentives was likened by some to those spontaneous movements of farms during the sowing of grain, and the result is the benefit of one category at the expense of another category of these privileges.

Keywords: Tax incentives, Enterprise Development, Tax, reflections

مقدمة

مما لا شك فيه أن السياسة الضريبية تلعب دوراً أساسياً في اقتصاديات الدول، فالضريبة تعد مصدراً مهماً للتمويل وتشجع مقاولات دون أخرى وأداة للتأثير على دخل الطبقات، كما تعد آلية تملكها الدولة لتطبيق سياستها الاقتصادية والاجتماعية، لتحقق أو تعفي من عبئها، تارة لتشجيع المقاولات على الاستثمار في ميدان ما، وتارة أخرى لصرف المستثمرين عن ميدان آخر.

وقد تضمنت سياسة الانفتاح التي عرفها المغرب منذ بدايات الاستقلال، وكذا التعديلات والإصلاحات الهيكلية للاقتصاد الوطني جملة من التدابير والتي تهدف إلى تنمية المقاولات وتقليص عجز الموازنة، وفي هذا المسعى حظيت السياسة الجبائية بعناية خاصة، حيث أريد لها أن تكون المحفز الرئيسي لبعث الاستثمارات وتشجيع الإنتاج، رغم أن محاولات الإصلاح الضريبي بقيت في المجمل جد محدودة في الزمن باستثناء الإصلاح الضريبي لسنة 1984 والذي جاء في بنائه وأهدافه العامة مترافقا مع خضوع الاقتصاد المغربي لبرنامج التقويم الهيكلي، مما غلب على مكوناته الهدف المالي في مواجهة الهدفين الاقتصادي والاجتماعي.

هذا ويمكن اعتبار التحفيز الضريبية تلك المعاملة الضريبية التي تمنح لفائدة بعض القطاعات، أو بعض الأنشطة المعتبرة ذات الأولوية بالنسبة للدولة والتي تتماشى مع مخطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وتماشيا مع الموضوع، فإن تقنية التحفيز الضريبية تستلزم الانطلاق من أهداف محددة وواضحة يتسنى بها توجيه هذا النشاط أو ذلك نحو خدمة تلك الأهداف المختلفة تبعا لمستوى وواقع الاقتصاد الوطني، وهي أهداف متكاملة يراعى فيها الجانب الاقتصادي والاجتماعي، حتى يتسنى بلوغ تنمية اقتصادية واجتماعية متوازنة دون التضحية بجانب لحساب آخر، وإلا اختل ذلك التوازن.

وهكذا قد يشكل الجانب الاقتصادي أهمية بالغة في سياسة التحفيز والإعفاءات الضريبية، غير أن تجاوز الآثار الاجتماعية، قد يمس بالدور الاجتماعي الذي يجب أن تلعبه الأداة الجبائية في إطار تدخلاتها،¹ حفاظا على الأسس الاجتماعية الذي يجب أن تنطلق منها سياسة التحفيز الضريبية. وبالتالي فإن تفعيل هذه التحفيزات من شأنه أن يعمل على تحقيق مجموعة من الأهداف الاقتصادية والاجتماعية، كت تحقيق الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي، وتوفير فرص الشغل ومواجهة التقلبات الاقتصادية التي يعرفها النشاط الاقتصادي، وتوفير البنية الملائمة لتشجيع الاستثمار الخاص وتحقيق العدالة الاجتماعية بالتقريب بين الفئات والطبقات الاجتماعية.

¹ - محمد بلعوشي، "الإعفاءات الضريبية لتشجيع الاستثمار الصناعي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 1989-1990، ص 269.

أولاً: أهمية الموضوع

تظهر أهمية هذا الموضوع في معرفة الدور الذي يمكن أن تلعبه التحفيزات الضريبية في تنمية المقاولات، سواء على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي.

فعلى المستوى الاقتصادي، نرى أن التحفيزات الضريبية التي تمنحها الدولة لمختلف القطاعات والمقاولات تروج منها زيادة الاستثمار في الداخل والعمل على جلب استثمارات أجنبية مباشرة، إلا إن تحقيق ذلك، يتطلب من الدولة قبل منحها هذه التحفيزات دراستها وتقييم آثارها، باعتبار أن هذا التقييم سيسمح لها بالمقارنة بين التكلفة المحتملة والأهداف المنشودة والنتائج المحصل عليها، نظرا لكون الإجراءات الضريبية الاستثنائية متعددة، وهذا التعدد يعني حرمان الدولة من مداخيل كان من المفروض أن تتحصل عليها، وبالتالي فعلى الدولة إعادة النظر في هذه التشجيعات الضريبية، وذلك بصياغتها بشكل معقلن وغير عشوائي خصوصا أن الدراسات السابقة أثبتت محدودية هذه السياسة في الدول النامية، وأكدت على ضرورة الإسراع بإصلاحها.

أما على المستوى الاجتماعي، فتبرز أهمية هذه التحفيزات الضريبية، باعتبارها أداة للتأثير والتوجيه نحو تحقيق أهداف التنمية الاجتماعية، فعن طريقها، تحفز السلطات العمومية المقاولات وتقدم لها إعانات حتى تتمكن من الاستثمار على نطاق واسع وتمكين آلاف العمال من حقهم في التشغيل للحد من أفة البطالة، بحيث أن بعض المقاولات تضطر إلى إقفال محلاتها التجارية نتيجة لتراكم العبء الضريبي عليها، ويتسبب ذلك في تسريح العديد من العمال، وبالتالي تفاقم البطالة.

عموما فهذه التحفيزات قد تخلف أثارا إيجابية على الاقتصاد المغربي إذا تم توظيفها وتوجيهها نحو القطاعات والمقاولات المنتجة

ثانياً: دوافع اختيار الموضوع:

إن من بين أسباب اختيار موضوع البحث ما يلي:

- * قيمة وأهمية الموضوع، بحيث أن التحفيزات الضريبية، تعتبر من المواضيع التي تعرف تعديلات كثيرة بفعل قوانين المالية السنوية، وبالتالي فهي تتعرض دائما لانتقادات كثيرة من طرف الباحثين في مجال المالية.
- * محاولة البحث في السياسة الضريبية المعتمدة في المغرب ومعرفة أثرها على مستوى تنمية المقاولات.
- * الإحاطة بالمعوقات التي تحول دون مساهمة هذه التحفيزات في تنمية المقاولات.

ثالثاً: إشكالية الموضوع

إن الاختلالات التي تعرفها المنظومة الضريبية بالمغرب، قد يعود بعضها إلى عدم ملائمة توجهات سياسة التحفيزات الضريبية مع المتطلبات الحقيقية للقطاع الخاص المغربي بوجه عام، وطبيعة النسيج المقاولاتي على وجه الخصوص، الشيء الذي يترتب عنه التقليل من فعالية المبادرات التي تطرحها الدولة فيما يتعلق بالنهوض بالمقاولات كوسيلة لتطوير القطاع الخاص، والتخفيف من البطالة على وجه الخصوص.

ولهذا فإن سياسة التحفيزات الضريبية التي ينفجها المغرب تحتاج إلى مراجعة وإعادة النظر فيها حتى تساهم بشكل فعال في تنمية المقاولات، وبالتالي تحقيق نتائج إيجابية على مستوى الاستثمارات.

وهذا ما يهدف إليه هذا البحث من خلال الإجابة على الإشكال التالي:

- ما مدى انعكاس التحفيز الضريبية في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية بالمغرب؟

رابعاً: خطة البحث

تأسيساً على المعطيات السابقة، سنحاول مقارنة الموضوع من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الانعكاسات الاقتصادية لسياسة التحفيز الضريبية

المطلب الثاني: الانعكاسات الاجتماعية لسياسة التحفيز الضريبية

المطلب الأول: الانعكاسات الاقتصادية لسياسة التحفيز الضريبية

يعتبر حاجز التحفيز موجوداً دائماً لدى القائمين على سياسة الاستثمار منذ السنوات الأولى للاستقلال، وما زلنا نلمس استمرارية هذا الهاجس إلى يومنا هذا، عبر استصدار قوانين متتالية لتشجيع المقاولات على الاستثمار، بقصد أخذ المتغيرات بعين الاعتبار، وتغيير الآليات لمسايرتها.

هكذا فقد حاولت الدولة خلق إطار تستطيع من خلاله تحفيز المبادرة الخاصة من أجل توجيهها نحو الاستثمارات المنتجة،¹ ولذلك فهناك من يعتبر الامتيازات الضريبية من البنية الضريبية العادية التي تستعملها الإدارة لتحقيق أهدافها،² وهذا ما سعت من ورائه سياسة التشجيع الضريبية من أجل إنعاش القطاع الاقتصادي، بما يتماشى والتوجه العام الذي تسلكه السياسة الاقتصادية والمالية للدولة، وحتى السياسة الاجتماعية لها.³ وتختلف أهمية الإعفاءات الضريبية في تأثيرها من قطاع لأخر ومن دولة لأخرى، وحتى داخل الدولة نفسها من إقليم لأخر، وذلك تبعاً للأهداف التي تسعى السلطات العمومية المغربية لتحقيقها.

وبصفة عامة، فكثيراً ما نجد بأن وجود التحفيز الضريبية مرتبط بالرغبة في جلب الاستثمارات الأجنبية وتوجيه الادخار الداخلي نحو الاستثمارات المنتجة وخصوصاً ما تعلق منها بالاستثمارات الصناعية.⁴

وتظهر انعكاسات التحفيز الضريبية في المجال الاقتصادي سواء على مستوى الاستثمار الوطني (الفقرة الأولى) أو على مستوى الاستثمار الأجنبي (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: على مستوى الاستثمار الوطني

إن تفحص الإحصائيات والنتائج المستخلصة عن رصد سياسة التحفيز الضريبية للاستثمارات الوطنية ولحجمها، قد لا يعبر عن مستوى الطموحات التي كانت وراء تطبيق هذه السياسة، انطلاقاً مما يفرضه واقع مستوى تشجيع الاستثمار الوطني، ولو أن الظاهر يعطي تطوراً ملموساً لهذه النتائج، وتصبح هذه الأخيرة أكثر وضوحاً عندما يتعلق الأمر بالادخار، إذ بالإمكان أن يلعب هذا الأخير دوراً أساسياً في المساهمة في تعبئة وتوجيه الاستثمارات

¹ - عزيز صميم، "التحفيز الجبائية وانعكاساتها الاقتصادية والاجتماعية"، محاولة لتقييم نظام الإعفاءات والتشجيعات الضريبية، رسالة لنيل دبلوم الماستري في القانون العام، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، السنة الجامعية 2011 - 2012، ص 94.

² Gilber orsoni, l'intervention fiscale, 1995,ed, Paris, p 14.

³ - خديجة حبيبي، "سياسة الإعفاءات الجبائية في النظام الضريبي المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006-2007، ص 57.

⁴ - عزيز صميم، مرجع سابق، ص 95.

المنتجة، وتلعب الضريبة دورا محوريا في الادخار، بداية للوصول إلى الاستثمار المنتج،¹ ودعم التمويل الذاتي للمقولة.²

ولعل هذا ما دافع بالسلطات العمومية المغربية إلى تأكيد الاعتماد على الضريبة، نظرا لدورها الاستراتيجي في تعبئة وتوجيه الادخار من خلال خطة للإنقاذ.³

إن التوافق على مبدأ تدخل الدولة لا يبعد بطبيعة الحال الاختلاف حول درجة وأساليب تدخلها، ولعل قضية تعبئة الفائض الاقتصادي والادخار الداخلي، توضح على الخصوص هذه الاختلافات،⁴ فهل يجب أن تسهر الدولة على تهيئة شروط تعبئة الادخار من خلال ميكانزمات السوق؟ أم يجب على الدولة أن تعمل على تحويل أكبر ما يمكن من الفائض الاقتصادي والادخار الموجود إلى ميزانيتها العامة، بغرض عقلنة تخصيصها بعد ذلك لتمويل عملية التنمية؟

إن الضريبة توجد بطبيعة الحال في قلب هذه الإشكالية الأخيرة، حيث يرى كل طرف فيها أداة إيرادية لخدمة أهدافه المنشودة، فإذا كان يجب أن تكون الضريبة مرتفعة بالنسبة لإنجاز تحويل الادخار إلى ميزانية الدولة، فإنه على العكس من ذلك يجب أن تبقى ضعيفة أكثر ما يمكن في نظر أولئك الذين يعتبرون أن التحفيز على الادخار يقوم على إعفائه من الضريبة.

على كل حال فالاختيارات تتراوح في المغرب بين ضرائب ضعيفة لأجل تحقيق ادخار خاص كبير، أو اختيار ضرائب مرتفعة لأجل تحقيق ادخار عمومي كبير، وقد هيمن الاختيار الأول حتى أواخر السبعينات، ثم برز الاختيار الثاني إلى الواجهة منذ بداية الثمانينات في إطار سياسة ضريبية ترمي إلى التماثل مع توجهات سياسة التقويم الهيكلي.⁵

هكذا يلاحظ أن السلطات العمومية مازالت في اختياراتها تتسم بالتردد والارتباك وعدم الوضوح، فهي تتجه نحو تعبئة الادخار العمومي اعتمادا بالأساس على إثقال العبء الضريبي على الاستهلاك عن طريق الضرائب غير المباشرة، وهذا ما يؤدي إلى رفع أسعار السلع والخدمات نتيجة سهولة نقل عبئه، وبالتالي الحد من حجم استهلاك أصحاب الدخل المنخفض، وتقليص قدرتهم على الادخار إلى الحدود الدنيا، حيث أن المنطق الذي يتعامل به القرار السياسي الضريبي مع هذه الشريحة ينطلق من كون الضريبة لا تؤثر على مقدرة أفرادها على الادخار، لأن مجموع دخلهم يوجه نحو الاستهلاك ولا يدخرون أصلا،⁶ وفي مقابل ذلك تعمل الدولة على تشجيع الادخار الخاص عبر التقليل من الضرائب، ومنح أكبر قدر من الامتيازات الضريبية، على نحو يترجم بخسارة ضريبية على مستوى الخزينة العامة

¹ - محمد سكي، "سياسة الإعفاءات الضريبية بين ميثاق الاستثمار لسنة 1995 والقانون المالي الحالي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية 2007-2008، ص 8.

² Gilberkorsoni, op.cit, p 75.

³ - خبطة أوردها وزير الاقتصاد والمالية السابق، فتح الله ولعلو، للصحافة الوطنية، بتاريخ 30 يناير 2001، حول دور الخزينة في جباية الادخار وكيفية جعل هذا الأخير محفزا للتوجه نحو الاستثمار المنتج داخل الاقتصاد الوطني، منشور في جريدة الاتحاد الاشتراكي، عدد 7309.

⁴ - عبد السلام أديب، "السياسة الضريبية واستراتيجية التنمية"، دراسة تحليلية للنظام الضريبي المغربي (1956-2000)، أفريقيا الشرق، الطبعة الأولى، 1998، ص 47.

⁵ - عبد السلام أديب، مرجع سابق، ص 48.

⁶ - عزيز صميم، مرجع سابق، ص 97.

للدولة، وبشكل يؤثر سلبا على الادخار العمومي، وترتكز هذه السياسة على الادخار الخاص الذي سيتكلف بتعويض تلك الخسارة عندما سيقوم بتوظيف مدخراته في خلق استثمارات منتجة¹.

لكن الواقع يبين أن الادخار العمومي يبقى ضعيفا جدا و معتمدا على قاعدة ضيقة، الشيء الذي بموجبه تتأثر هذه البنية على فعالية مساهمة الادخار الوطني في تمويل الاستثمارات، كما أن توظيفه لا يتم بالشكل الأمثل بالنظر إلى سوء التدبير ولجوء السلطات العمومية إلى استخدام حصيلته في تمويل الإنفاق بطابعه الاستهلاكي عوض تخصيص الجزء الأكبر منه لتمويل الاستثمارات العامة المنتجة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي يمكن أن تدفع عجلة التنمية²، ونجد كذلك أن القطاع الخاص لا يتوفر على القدرة اللازمة على تعبئة الادخار، بحكم أن المستفيدين من الامتيازات الضريبية يقومون بتجميد أموالهم عوض استثمارها في قطاعات منتجة، أو يتم تحويلها إلى قطاعات أقل إنتاجية، أو تحويلها إلى الخارج³.

هذا وقد أوضح المندوب السامي للتخطيط "أحمد الحلبي" أن النمو الاقتصادي الوطني سيعرف تراجعا خلال سنة 2018 بمعدل 8,2% مقابل 4% التي سجلها سنة 2017، كما أكد أيضا أن القيمة المضافة للقطاع الأولي ينتظر أن تعرف تراجعا بنسبة 1,3%، عوض الارتفاع الذي سجلته خلال سنة 2017 بـ 13,6%، وبالمقابل فإنه من المتوقع أن تنخفض القيمة المضافة للأنشطة الفلاحية إلى 2,1%، في حين ستواصل الأنشطة غير الفلاحية تحسنها الذي سجلته منذ 2016، لتسجل قيمة مضافة بمعدل 2,9% (2,8% في 2017 و 2,2% سنة 2016).

أما معدل الادخار الوطني، فيرتقب أن يشهد تراجعا من 28,9% سنة 2017 إلى 28,4% سنة 2018 من الناتج الداخلي الإجمالي، وبالمقابل سيعرف معدل الاستثمار استقرارا في حدود 33,3% من الناتج الداخلي الإجمالي. وبشأن حاجيات الاقتصاد الوطني من التمويل، سجل الحلبي أنه من المنتظر أن تنتقل من 4,4% من الناتج الداخلي الإجمالي سنة 2017 إلى 4,8% خلال السنة الجارية، بينما سيتراجع عجز الميزانية إلى 3,5% من الناتج الداخلي الإجمالي، بعدما وصل إلى 4,1% سنة 2016⁴. على العموم يتضح أن منح الامتيازات الضريبية للمقاولات الوطنية لا يكفي وحده لبلوغ الأهداف الاقتصادية المرجوة، لذلك كان لا بد من تشجيع الاستثمار الأجنبي عن طريق منحه المزيد من التحفيزات الضريبية لتحقيق تلك الغاية.

الفقرة الثانية: على مستوى الاستثمار الأجنبي

يمكن القول بأن الاستثمار الأجنبي، هو تحريك لرؤوس الأموال من بلد لأخر سواء كانت أموالا قصيرة الأجل أو طويلة الأجل⁵.

¹ - خالد العسالي، "صناعة القرار السياسي الجبائي في المغرب"، محاولة تقويم السياسات العامة - نموذج الامتيازات الضريبية - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكدال، السنة الجامعية 2003 - 2004، ص 400.

² - عزيز صميم، مرجع سابق، ص 97.

³ - خالد العسالي، مرجع سابق، ص 401.

⁴ - خالد العسالي، مرجع سابق ص 401.

⁵ - إبراهيم المؤيد، "الاستثمار ومحفزات تشجيعه في التشريع اليمني والمغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2006-2007، ص 18.



وتكون عادة مصحوبة ببنية إعادة تحويل رأس المال، وخاصة إلى موطنه الأصلي، وعلى العموم فقد ارتكزت أغلب تعريفات رجال القانون للاستثمار الأجنبي على تحريك رؤوس الأموال من بلد لآخر.

وبدأت معالم ارتباط الاقتصاد المغربي بالاستثمار الأجنبي منذ أواسط القرن التاسع عشر، حيث سجل خلال هذه المرحلة بداية اهتمام المجموعات الأجنبية بالاستثمار بالمغرب، إلا أن عناصر هذا الاهتمام ومجالاته ظلت في مستويات محدودة، وبدء من سنة 1906 مع توقيع اتفاقية الجزيرة الخضراء، سترسم بدايات التحول في السياسة الاقتصادية للمغرب بحيث تزايد اهتمام البلدان الكبرى بالاستثمار في المغرب،¹ وتبقى مرحلة الحماية التي امتدت من سنة 1912 إلى سنة 1956 المنعطف الحاسم في تطور الاستثمارات الأجنبية.

وتوزع الاستثمارات الأجنبية بالمغرب على امتداد فترة الحماية بين مرحلتين أساسيتين، تمتد المرحلة الأولى من سنة 1912 إلى سنة 1945، هذه المرحلة طبعها بطيء في حجم تدفق الاستثمارات، أما المرحلة الثانية فتمتد من بعد الحرب العالمية الثانية إلى حين حصول المغرب على الاستقلال، حيث ارتفع مستوى استقطاب الاقتصاد المغربي للاستثمارات الأجنبية في السنوات الأولى لهذه المرحلة، وبالخصوص من فرنسا،² وانطلاقاً من بداية الثمانينات، ستدخل علاقة الدولة بالاستثمارات الأجنبية منعطفاً جديداً، فمنذ انخراط المغرب في برنامج التقويم الهيكلي، أصبح جلب الاستثمارات الأجنبية من محددات السياسة الاقتصادية، ولقد تأثر تطور السياسة الاقتصادية تأثراً عميقاً بما حدث من تغييرات في الاقتصاد العالمي، وترافق هذا التحول مع السياق العالمي الذي تميز بهيمنة الليبرالية،³ وسعي المؤسسات المالية الدولية إلى تحفيز اقتصاديات الوطنية على فتح حدودها والانفتاح على الاستثمارات الأجنبية،⁴ هذا التحول تفاعلت معه مختلف الدول، فمنذ أزمة المديونية لسنوات الثمانينات أصبح من الصعب إتباع سياسة لا تقوم على مبادئ التوازنات الماكرواقتصادية، أو تتعارض مع الاستثمار الأجنبي.⁵

وإذا كان الاستثمار الأجنبي يشكل أحد الآمال الرئيسية في بلوغ تنمية ناجحة، فإن للوسيلة المستعملة أثر في تحقيق هذه الأهداف، فأغلب الدول النامية تؤمن بأن منح امتيازات ضريبية يعتبر ضرورياً لتأهيل الاستثمار، غير أنها تبقى وسيلة تسهيلية تلجأ إليها هذه الدول بغض النظر عن اختلاف إيديولوجيتها السياسية والاقتصادية، فقلة الاستثمارات المحلية المنتجة الموجهة نحو تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية تعتبر أحد المشاكل الحقيقية التي تؤثر في تنمية الدول النامية،⁶ فتدفعها إلى محاولة استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية على الاستثمار فيها، ولتحقيق ذلك تمنح مجموعة من الامتيازات الضريبية للمستثمرين غير أن هذه الأخيرة، يمكن ألا تحقق الأهداف المرجوة منها، فتخلف

¹ - جواد النواحي، "الاستثمارات الأجنبية في المغرب (1990 - 2006) مقارنة سياسية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكادال، السنة الجامعية 2007 - 2008، ص 8.

² - تعد الفترة الاستعمارية محطة رئيسية في فهم تطور الاستثمارات الأجنبية بالمغرب على امتداد سنوات ما بعد الاستقلال، بحيث لا يمكن فهم المسار الحالي لسياسة الدولة في جلب الاستثمارات الأجنبية والحراك الذي تعرفه دون ربطه بتأثير الاستثمارات التي بوشرت خلال هذه المرحلة، ذلك أن جزء كبير من الشركات الأجنبية التي تستقر في المغرب تعود حالياً للفترة الاستعمارية.

- أهمية هذه المرحلة كانت موضوع اهتمام العديد من الدراسات، كنماذج الكتابات التي تناولت تطور الاستثمارات الأجنبية خلال هذه المرحلة وأثارها على الاقتصاد المغربي، راجع : Casablanca, 1976, p 5-3.- Abdelaziz belal, l'investissement au Maroc (1912-1964), les Editions maghrébines,

³ - ففي ظل هذه المرحلة، سار التوجه نحو التخليق لانحصار الليبرالية وانتصار قيامها الحضارية أحد العناصر المحددة لكتابات المفكرين الليبراليين، أشهر هذه الكتابات، أطروحة المفكر الأمريكي "فرانسيس فوكور" الذي ذهب في كتابه الشهير، "نهاية التاريخ والرجل الأخير"، أن النهج الديموقراطي الغربي، ونمط اقتصاد السوق قد حقق انتصاره النهائي على بلدان المعسكر الاشتراكي.

⁴ - Riccardo Petrella, la dépossession de l'état, le monde démocratique, Aout 1999, p 3.

⁵ - جواد النواحي، مرجع سابق، ص، 12.

⁶ Bokila Lofumba « les régimes fiscaux visant à encourager les investissements directs et de portefeuilles dans les P.V.D brulyan » 1981, P3.

آثار سلبية على رؤوس الأموال الأجنبية، لأن قرار المستثمر الأجنبي غالبا ما يكون خارجا عن الاعتبارات الضريبية، لكون عوامل أخرى تجعل حتمية رحيله مؤكدة أكثر من الضريبة.¹

ورغم ذلك فقد نجحت الإعفاءات الضريبية في كثير من المحطات في استقطاب رؤوس أموال أجنبية، ولو أن ذلك أدى إلى إهدار أموال وموارد ضريبية وإن بشكل مؤقت.

هذا مع الإشارة إلى أن المستثمر الأجنبي يتعامل بكثير من الحذر تجاه الدولة المستضيفة، وهذا ما يولد لديه شعورا بعدم الاطمئنان الذي يشكل السبب الرئيسي لتردده أو رحيله.²

هكذا فعلى الرغم من كل الوسائل التشجيعية، فإن عامل الثقة هو الذي يحدد قرار الاستثمار الأجنبي، أكثر من ذلك فإن هذه الثقة لا تركز على الظروف الاقتصادية والتجارية الآنية، ولكن أيضا في آفاق المستقبل انطلاقا من الواقع السياسي والاجتماعي.³

وعموما فنظرا لما للاستثمار الأجنبي من مزايا سواء من خلال التأثير على زيادة ورفع مستوى الإنتاج، أو على مستوى الزيادة في العملة الصعبة أو من خلال المساهمة في تخفيض تراكم الديون الخارجية، فالعديد من الدول النامية ومنها المغرب تعمل على توفير

الظروف الملائمة لتشجيع الاستثمار الأجنبي خاصة المزايدة في منح الامتيازات الضريبية.

وقد عرفت الاستثمارات الأجنبية المباشرة بالمغرب، وفقا لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، ارتفاعا بنسبة 8,6% سنة 2014، مسجلة 3,6 مليار دولار سنة 2013، وبذلك بلغت مساهمة الاستثمار الأجنبي المباشر نسبة 10,9% في التكوين الخام للرأس المال الثابت، كما مثل مخزون الاستثمار الأجنبي المباشر نسبة 47,3% من الناتج الداخلي الخام، ووفقا لنفس المصدر تم تنفيذ 67 مشروعا جديدا في المغرب سنة 2014 مقابل 45 سنة 2013.⁴

وبهذا يعتبر المغرب سادس دولة إفريقية من حيث استقطاب الاستثمارات الأجنبية المباشرة سنة 2014، بعد جنوب إفريقيا (5,7 مليار دولار) والكونغو (5,5 مليار) والموزامبيق (4,9 مليار) ومصر (4,8 مليار) ونيجيريا (4,7 مليار).

عموما فرغم ما توجي به الاستثمارات الأجنبية المباشرة في المغرب من تحسن وتطور، إلا أنها تبقى ضعيفة ومتقلبة، حيث لم يستطع الاقتصاد المغربي أن يجذب إلا قدرا متوسطا من تلك الاستثمارات بالمقارنة مع الآمال التي كانت معقودة عليها، مما يبرز ضعف إسهام العوامل الضريبية في تحفيز وجذب الاستثمارات.⁵

إن مبادرة السلطات العمومية بمنح التحفيزات الضريبية للمقاولات من أجل تحقيق أهداف اقتصادية قد تنعكس أيضا على القطاع الاجتماعي، فكيف ستؤثر إذا هذه التدابير على المحددات الاجتماعية؟

المطلب الثاني: الانعكاسات الاجتماعية لسياسة التحفيزات الضريبية

أكدت الدراسات السوسولوجية للضريبة أن النظام الجبائي للدولة يرتبط بشكل واسع بالبنيات الاقتصادية والاجتماعية لهذه الدولة.⁶ فالنظام الجبائي يعتبر في هذا الإطار بحد تعبير (بول ماري كوديبي) انعكاس

¹ - عزيز صميم، مرجع سابق، ص 103-104.

² - عزيز صميم، مرجع سابق، ص 105.

³ - المرجع نفسه، ص 105.

⁴ - التقرير الاقتصادي والمالي لمشروع قانون المالية لسنة 2016، مديرية الدراسات والتوقعات المالية، وزارة الاقتصاد والمالية، ص 30.

⁵ - أحمد أدعلي، "الأبعاد السوسيو-سياسية للجباية المغربية"، نموذج "الضريبة على الشركات والضريبة العامة على الدخل / 1990 - 2000"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون

العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، السنة الجامعية 2006-2007 ص 221.

⁶ - Paul marie Gaudement, le droit financier comparé, bilan et perspective, dans le livre centenaire de la société de législation comparé, Agen, 1969, P 223.

للبنيات الاجتماعية، ويؤكد (لوفنبرغر) بأن تاريخ الضريبة يعكس تاريخ الحضارة ويترجم البنيات وتقلبات الظرفية الاقتصادية.¹

وأهم ما يميز السياسة الجبائية المغربية أنها تتاح لتطور اجتماعي وتحولات تاريخية حاسمة،² وإلى جانب الدور المؤثر الذي ينتظر أن تضطلع به الضريبة في سياسة التنمية الاقتصادية من حيث قدرتها على توجيه رؤوس الأموال نحو بعض الأنشطة أو القطاعات التي تهدف السلطات العمومية إلى تنميتها وتطويرها،³ فهي أيضا قادرة على أن تكون أداة محفزة للقطاعات الاجتماعية، وذلك عن طريق الإعفاء الضريبي لبعض القطاعات ذات الطبيعة الاجتماعية، ولعل هذا التصور هو الذي حاولت السلطات العمومية تطبيقه عندما أقرته في ميثاق الاستثمار لسنة 1995،⁴ فقد نصت المادة الثانية من الباب الأول أن التدابير التي جاء بها الميثاق تهدف إلى إنعاش التشغيل.

ولا يخفى أيضا أن النظام الضريبي يسعى إلى تحقيق سياسة ضريبية عادلة، بالرغم من أن النتائج تكشف عكس ذلك من خلال تفشي مجموعة من الظواهر، كظاهرة البطالة وأزمة السكن، وهو الأمر الذي يجب على السلطات العمومية تداركه من خلال نهجها لسياسة ضريبية قادرة على التقليل من الفوارق والتفاوتات في توزيع الدخل، وتوفير المزيد من فرض الشغل، إذ من المفترض أن تقوم بدور المصحح في إطار بنية مجتمعية معينة. وهكذا فالتحفيزات الضريبية يترتب عليها مجموعة من الآثار الاجتماعية، إلا أننا سنقتصر فقط على دراسة آثارها على مستوى حركية سوق الشغل (الفقرة الأولى) ثم على مستوى قطاع السكن (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: على مستوى حركية سوق الشغل

يلعب الاستثمار دورا طلائعيا في تحقيق التنمية الاجتماعية، والمتمثل أساسا في خلق فرص الشغل وإحداث المرافق الأساسية التي ستستفيد منها مختلف الفئات الاجتماعية بالمغرب، فحسب الإحصاءات الأخيرة لسنة 2004-2005 حددت نسبة الساكنة في المغرب بـ 23 مليون نسمة نصفهم يستقر في المدن الكبرى، وأكدت على أن عدد الساكنة النشيطة لا يتعدى 10 ملايين نسمة، أي أن الهرم السكاني المغربي متسع القاعدة خاصة الشباب الذين تقل أعمارهم عن 25 سنة، والذين يشكلون 7% من عدد سكان المغرب، يقابله تزايد مستوى الطلب على العمل والخدمات الاجتماعية كالتعليم والصحة والسكن.

ونظرا لدور الاستثمارات في النهوض بالمستوى الاجتماعي ببلادنا، فقد منح المغرب عناية خاصة لتطوير المجال الصناعي ليعرف نموا كيميا ونوعيا على مختلف المستويات الاستثمارية، بحيث انتقلت حصة القطاع الصناعي من 10% إلى 18% سنة 2002 وأصبح القطاع يصدر 25% ويشغل ما يزيد عن نصف مليون من اليد العاملة، أما بالنسبة للصناعات المعدنية والميكانيكية فإنها تشغل 49 ألف عامل أي 10% من اليد العاملة.⁵

¹ -عبد السلام أديب، مرجع سابق، ص 73.

² -توفيق الطاهري، "اتخاذ القرار الجبائي والعدالة الجبائية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكدال، السنة الجامعية 2009 – 2008 ص 329.

³ - 50. p 1999, Jacques Grancher, « les paradis des fiscaux », GREGOIRE DU HAMEL, Paris, 1999.

⁴ - عزيز صميم، مرجع سابق، ص 120.

⁵ - التقرير العام الصادر عن مديرية الإحصاء، المندوبية السامية للتخطيط سنة 2005.

وهكذا يبدو أن القطاع الصناعي يمتص عددا كبيرا من اليد العاملة ويساهم في رفع دخل الفئات العريضة من المجتمع، الشيء الذي سينعكس بشكل إيجابي على تطور الفئات الاجتماعية وتحسين مستويات عيشها. وإذا كانت أهداف تقليل ميزان الشغل لصالح الطلب تبدو نسبيا في برامج التنمية، فإن سياسة تشجيع استثمار الخواص قد لا تسير في هذا الاتجاه، حيث أنها لا تحظى بنفس الاهتمام¹.

على أي فإن كل استثمار من شأنه أن يوفر مناصب شغل جديدة. وتبعاً لطبيعته، فإن أهمية خلق مناصب الشغل تختلف بين استثمار وآخر، إضافة أنه يخضع أيضا إلى مدى اختلاف مشاريع الاستثمار في الاختيار بين الاعتماد على الرأسمال وعلى الشغل.

وقد يلعب المحيط الضريبي في هذا الإطار دورا مهما نسبيا في التخفيف من هذه الظاهرة، ولو أن الضرائب مبدئيا حيادية فيما يخص علاقة الشغل برأس المال، لكن الصياغة التي تكون عليها التشجيعات الضريبية يمكن أن تعمل على تشجيع نشاطات من شأنها الرفع من مستوى التشغيل في مقابل نشاطات أخرى تعتمد على الرأسمال².

إن محاولة البعض الربط بين التشجيعات الجبائية وإنعاش سوق الشغل فقط أمر مستهجن وغير صحي، ذلك أن هناك عوامل ومحددات أخرى تتدخل في تفاقم هذه المعضلة، فالمغرب كغيره من البلدان النامية، يعاني من مشكل البطالة، الذي يزداد حدة نظرا لغياب مبادرات جدية وصريحة في مستوى درجة تفاقم المشكل³، إلا أن معدل البطالة قد عرف انخفاضا في الفترات الأخيرة، من خلال تراجع عدد العاطلين بنسبة 11,8% على المستوى الوطني سنة 2009 حسب ما أفادت به المندوبية السامية للتخطيط⁴. كما عرف سوق الشغل إحداث مناصب شغل صافية في حدود 1,8 مليون منصب، أي ما يعادل 162 ألف فرصة عمل في المتوسط سنويا، ويبقى قطاع الخدمات القطاع المشغل الأول في المغرب بحصة 57,3% (ما يقارب مليون منصب شغل بين سنة 2002 و2012)، ونتيجة لذلك، عرف معدل البطالة منحنى تنازليا، وصل إلى 9% سنة 2012 مقابل 11,3% سنة 2002 وقد تعزز هذا الاتجاه خلال الربع الثاني من سنة 2013 مع معدل بطالة بلغ 8,8%. ورغم هذه النتائج الإيجابية، فضلا عن تفعيل العديد من المبادرات من أجل إنعاش الشغل، مازال سوق الشغل بالمغرب يتسم باستمرار اختلالات كبرى تطرح العديد من التحديات يتعين رفعها⁵.

ويظهر من خلال تحليل العلاقة بين النمو الاقتصادي والتشغيل خلال الفترة 2002-2012 وجود تذبذبات في محتوى النمو الاقتصادي من مناصب الشغل، ففي المتوسط خلال هذه الفترة، ترجم ارتفاع نقطة واحدة من النمو الاقتصادي بارتفاع بنحو 0,31 نقطة من التشغيل غير أن هذا المنحنى بدأ في التراجع خلال 2008 و2009 بسبب آثار الأزمة المالية والاقتصادية العالمية، حيث انتقل هذا المحتوى من 0,24 نقطة سنة 2008 إلى 0,20 سنة 2009

¹ Lahlou soumia, « problématique de l'emploi industriel au Maroc », mémoire de D.E.S, fac de droit, Rabat, 1984 P 157.

² عزيز صميم، مرجع سابق ص 135.

³ المرجع نفسه، ص 136.

⁴ تصريح أفاد به احمد لحيي (المندوب السامي للتخطيط)، منشور بالموقع الإلكتروني

لهسبريس: www.hespress.com بتاريخ 28 يوليوز 2009، تاريخ الولوج: 15 فبراير 2018، على الساعة. 16h : 32min.

⁵ التقرير الاقتصادي والمالي لمشروع قانون المالية لسنة 2014، مديرية الدراسات والتوقعات المالية، وزارة الاقتصاد والمالية، ص 64.

بعد أن سجل 0,35 نقطة خلال الفترة 2000-2007. وعلى المستوى القطاعي، توفر قطاعات الخدمات والبناء والأشغال العمومية لوحدها ما يقارب 85% من المناصب المحدثّة ما بين 2002 و2012.¹ ونشير إلى أن الحكومة قامت برسم سنة 2018 على اتخاذ مجموعة من التدابير،² لعل أهمها:

*تحسين جاذبية نظام " التحفيز" من خلال تبسيط شروط إعفاء الأجر الشهري الإجمالي في حدود 10000 درهم، وذلك عبر تمكين المقاولات الحديثة النشأة من الاستفادة من هذه الامتيازات ابتداء من تاريخ الشروع في الاستغلال عوض الإحداث، ثم تمديد أجل هذا الإعفاء للمقاولات المحدثّة خلال الفترة الممتدة من فاتح يناير 2018 إلى 31 دجنبر 2022، وكذلك التنصيب على الاستفادة من هذا الإعفاء بالنسبة لـ 10 أجراء عوض 5 حالياً.
*التخفيض من الضريبة على الشركات والضريبة على الدخل، إثر المساهمة في رأس مال المقاولات الناشئة المبتكرة في مجال التكنولوجيا الحديثة.

عموما فهذه التدابير المتخذة، ستنعكس إيجابا على مستوى التشغيل بالمغرب، إذا تم تطبيقها على أرض الواقع بالكيفية اللازمة.

الفقرة الثانية: على مستوى قطاع السكن:

يعتبر قطاع السكن من القطاعات الأساسية التي تكتسي طابعا مهما لدى الأسر المغربية، ولهذا فقد حاولت السلطات العمومية تنميته انطلاقا من مجموعة من الإجراءات والتدابير المباشرة، وتنمية هذا القطاع تمر بالضرورة عبر تنمية الاقتصاد بصفة عامة، ذلك أن هناك علاقة وطيدة بين المتغيرين،³ ومن هذا المنطلق نطرح التساؤل التالي: هل تمكنت السياسة الضريبية التي تنهجها السلطات العمومية في تسهيل الولوج إلى السكن وسد العجز أم أنها رهينة بإعادة النظر فيها؟

إن الملاحظ من خلال السياسة المتبعة في مجال العقار منذ الاستقلال أنها أصبحت من الأهداف الرئيسية والأساسية داخل السياسة الاقتصادية بشكل عام، حيث أصبحت أولوية من الأولويات المسطرة في البرامج الحكومية، ولذلك فقد قام المشرع في منتصف الثمانينات على توسيع قانون الاستثمار العقاري ليشمل عمليات جديدة كانت متروكة لعمل الخواص.⁴

وهكذا فقد حاول المغرب التركيز على سياسة التشجيعات الضريبية انطلاقا من قوانين الاستثمار لحل مختلف المشاكل المرتبطة بقطاع السكن، وذلك بتوجيه الاستثمارات إلى المجال العقاري في سبيل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، حيث يتم منح إعفاءات ضريبية مهمة للاستثمارات العقارية بموجب قوانين الاستثمار.⁵

¹- نفس المرجع، ص 64-65.

²- تقرير عن ميزانية المواطن، وزارة الاقتصاد والمالية، سنة 2018، ص 17.

³- عزيز صميم، مرجع سابق، ص 128.

⁴- لطيفة بحوض، "إشكالية الاستثمار العقاري بين متطلبات القانون ورهانات التنمية"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 72، الطبعة الأولى 2007.

ص 29.

⁵- فدوى مختاري، "تأثير التشجيعات الجبائية على الاستثمار"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص 105.

وبالإضافة إلى التدابير الضريبية، قامت الدولة بوضع تدابير مالية قصد تحفيز المستثمرين، وخاصة الأجانب، زيادة على تدابير هامة قصد تبسيط المساطر الإدارية، بحيث استهدفت هذه التدابير تشجيع الاستثمار العقاري وبلوغ أهداف عريضة تتوخى تحفيز الاستثمار الأجنبي في مجال السكن الاجتماعي والاقتصادي، وتوفير ضمانات هامة تهم ترحيل الأرباح، كما تهم ضمان ترحيل الرأسمال¹.

وبذلك فسياسة الدولة في مجال الإسكان تهدف أساسا إلى تأمين الولوج إلى الملكية العقارية، ومكافحة السكن غير اللائق ومدن الصفيح وتوفير عرض سكني متنوع يستجيب لمختلف الفئات الاجتماعية في إطار برامج السكن الاجتماعي، والسكن المنخفض التكلفة، وكذا السكن الموجه للطبقات المتوسطة، وإنشاء مدن وأقطاب حضرية جديدة، كما تتدخل الدولة أيضا في مواكبة المنعشين العقاريين ودعم استثماراتهم العقارية، لا سيما تلك المتعلقة بإنتاج وتسويق السكن الاجتماعي الموجه للفئات ذات الدخل المحدود والمساهمة في مشاريع مواجهة السكن اللائق².

قد يبدو من خلال كل هذه المعطيات أن هناك تحسنا في شروط السكن، إلا أن هذا الأمر لا يمكن بأي حال من الأحوال ربطه بتدابير التحفيز الضريبية، فالمجهود المبدول إلى حد الساعة لم يفي بمتطلبات وشروط سد الخصائص سواء من حيث الكم أو الكيف، وهذا يجعلنا نستغرب عن جدوى هذه السخاوة في منح الامتيازات الضريبية لقطاع جعل من بين المستثمرين فيه من أغنى أغنياء العالم، في حين لازالت نسبة كبيرة من الشعب المغربي تجد نفسها عاجزة عن الولوج إلى السكن بجميع أنواعه.

من هنا، فإن الأمر يتطلب إعادة النظر في السياسة الضريبية المرصودة لتشجيع الإسكان، ذلك أن جميع قوانين الاستثمار العقارية التي قامت الدولة بتشريعتها لحل أزمة السكن، ارتكزت تارة على توسيع حجم الإعفاء الضريبية، وتارة أخرى على تخفيضها، دون أن تعبر عن مستوى الطموحات التي كان ينتظر منها³.

كما يصف بعض المحللين هذا القانون "بقانون المستثمر العقاري" وليس الاستثمار العقاري⁴، نظرا لاحتكار المحترفين العقاريين لمعظم الامتيازات الضريبية، ولا شيء يبقى لمضمون الاستثمار وإنعاش السكن، مما يبرهن على أن الدولة فقدت أموالا كثيرة من جراء الإعفاءات الضريبية الممنوحة للقطاع الخاص، وذلك ناتج عن محدودية المبادرة الخاصة في حل أزمة السكن، بالإضافة إلى أن الدولة تحملت العبء الكبير في هذا الميدان المتمثل في تدخلها في هذا القطاع خلال العقود الأخيرة، من أجل إنجاز تجزيئات سكنية لفائدة جل الشرائح الاجتماعية خلال سياسة سكنية تمحورت حول منح الأسبقية لقطاع السكن الاقتصادي ومحاربة السكن غير اللائق، و الحد من المشاكل الناجمة عن النمو العمراني غير المتحكم فيه⁵.

وقد كان من المفروض أن تساهم الضريبة في تنظيم السوق العقاري، نظرا لكون الدولة منحت للقطاع الخاص الكثير من التسهيلات والتفضيلات الضريبية ولمدة قياسية، لكن النتائج أظهرت عكس ذلك من خلال ارتفاع ثمن الأراضي

¹ - محمد محجوبي، "التوجهات المعتمدة في السكن الاقتصادي والاجتماعي بالمغرب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 60، يناير- فبراير 2005، ص 87.

² - المناظرة الوطنية حول "السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية"، وزارة الثقافة والاتصال، الصخيرات، الثلاثاء 8 دجنبر 2015.

³ - حسن بداوي، "واقع الإصلاح الجبائي وأثاره على الاستثمار المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية 2013-2014، ص 324.

⁴ - محمد معني السومسي، "أضواء على قضايا التعمير والسكن"، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 1999، ص 202.

⁵ - حسن بداوي، "واقع الإصلاح الجبائي وأثاره على الاستثمار المغربي"، مرجع سابق، ص 324.

والعقارات المبنية، وكذا استفحال المضاربة العقارية، وانعكس ذلك على المظاهر العمرانية للمدن من جراء تشويهها بالبناء العشوائي ومدن الصفيح.

وبالإضافة إلى الآثار الاقتصادية والاجتماعية، قد تكون هناك انعكاسات مالية لهذه التحفيزات على مستوى خزينة الدولة.

خاتمة

لقد تبين من خلال الدراسة السابقة أن التحفيزات الضريبية لها دور فعال ومهم في تنمية المقاولات وتشجيعها على الاستثمار، لذا نجد أن أغلبية الدول ومنها المغرب تعتمد اللجوء إلى سياسة دعم المقاولات بواسطة الأداة الضريبية، سواء تعلق الأمر بتبسيط النصوص والمساطر الضريبية، أو منح بعض الامتيازات الضريبية لفائدة المقاولات من أجل دعم تنافسيتها.

وما يتضح أيضا، أن التحفيزات الضريبية لا زالت تتسم بالاتساع وطول المدة، الأمر الذي أدى إلى التقليل من مداخيل الدولة الضريبية، وعلى الخصوص التقليل من دورها في مجال الاستثمار العمومي مع ما يخلفه ذلك من عواقب على تحريك الاستثمارات الخاصة وعلى النشاط الاقتصادي في مجموعه.

وعليه فالتحفيزات الضريبية الموجهة لدعم المقاولات، يجب أن تكون مبنية على قواعد وأسس مركزة، من خلال تتبع منهجية تعاقدية بين القطاعات الإنتاجية، والمناطق الجغرافية المستفيدة من هذه الإجراءات الضريبية، ذلك أن منح هذه الأخيرة يتطلب أن تكون بناء على مؤشرات أداء مرقمة ومحددة من شأنها أن تمنح المزيد من الاستقلالية للفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين من أجل تحقيق الأهداف المسطرة، غير أن تحقيق هذه الأهداف يبقى رهينا بمدى التتبع والتقويم المستثمر للتحفيزات الضريبية، حيث يمكن في أي لحظة أن تتوقف هذه الإجراءات الاستثنائية إذا انحرفت عن أداؤها، وللوصول إلى ذلك الهدف، نرى أنه من الضروري إجراء دراسات مكثفة ومدققة حول الآثار والانعكاسات الاقتصادية والاجتماعية لسياسة التحفيزات المعمول بها في نظامنا الجبائي وهو ما حاولت هذه الدراسة القيام به قدر الإمكان.

إن من الواضح، أن النتائج المتواضعة التي تحققت بالمقارنة مع الآمال المعقودة على استخدام سياسية الحوافز الضريبية كأداة للنهوض بالاستثمار الوطنية والأجنبية من أجل بلوغ الأهداف الاقتصادية والاجتماعية المنشودة، تدعو إلى اعتماد استراتيجية فعالة للحوافز الضريبية يغلب عليها طابع التوازن والعقلانية والانتقائية، وكذا التوفيق بين الوسائل المستعملة والأهداف التي تسعى إليها.

هكذا فرغم الجهود التي تبذلها الدولة لتنمية المقاولات وتشجيعها على الاستثمار، إلا أنها لم تتناسب بأي حال من الأحوال مع مستوى الطموحات، بل كانت بعيدة كل البعد عما كان متوقعا من وراء التوسع في منح الحوافز والتسهيلات للمقاولات التي ترغب في الاستثمار.

وحتى تؤدي التحفيزات الضريبية دورها في تنمية المقاولات نقترح ما يلي:

* اعتماد معايير دقيقة ومركزة في اختيار القطاعات والمقاولات التي ستستفيد من التحفيزات الضريبية في سبيل تجاوز محدودية النتائج.

* إعادة النظر في سياسة التحفيز الضريبية، خاصة على مستوى تحديد أهدافها بشكل دقيق قابل للقياس، ثم تقييم مردودية النتائج الجاري بها العمل حاليا.

* وضع خريطة الأهداف الاقتصادية والاجتماعية المراد تحقيقها أثناء منح التحفيز الضريبية للمقاولات، حتى يتم إجراء التنسيق والتوافق التام بين الحوافز الضريبية والأهداف المتوخاة من ورائها.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

- محمد بلعوشي، "الإعفاءات الضريبية لتشجيع الاستثمار الصناعي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 1990-1989.
- عزيز صميم، "التحفيزات الجبائية وانعكاساتها الاقتصادية والاجتماعية"، محاولة لتقييم نظام الإعفاءات والتشجيعات الضريبية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، السنة الجامعية 2011 – 2012.
- خديجة حبيبي، "سياسة الإعفاءات الجبائية في النظام الضريبي المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006-2007.
- محمد سكلي، "سياسة الإعفاءات الضريبية بين ميثاق الاستثمار لسنة 1995 والقانون المالي الحالي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية 2007-2008.
- خطة أوردها وزير الاقتصاد والمالية السابق، فتح الله ولعلو، للصحافة الوطنية، بتاريخ 30 يناير 2001، حول دور الخزينة في جباية الادخار وكيفية جعل هذا الأخير محفزا للتوجه نحو الاستثمار المنتج داخل الاقتصاد الوطني، منشور في جريدة الاتحاد الاشتراكي، عدد 7309.
- عبد السلام أديب، "السياسة الضريبية واستراتيجية التنمية"، دراسة تحليلية للنظام الضريبي المغربي (1956-2000)، أفريقيا الشرق، الطبعة الأولى، 1998.
- خالد العسالي، "صناعة القرار السياسي الجبائي في المغرب"، محاولة تقويم السياسات العامة – نموذج الامتيازات الضريبية – أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكدال، السنة الجامعية 2003 – 2004.
- إبراهيم المؤيد، "الاستثمار ومحفزات تشجيعه في التشريعين اليميني والمغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2006-2007.
- جواد النواحي، "الاستثمارات الأجنبية في المغرب (1990 – 2006) مقارنة سياسية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكدال، السنة الجامعية 2007 – 2008، ص 8.

- التقرير الاقتصادي والمالي لمشروع قانون المالية لسنة 2016، مديرية الدراسات والتوقعات المالية، وزارة الاقتصاد والمالية.
- أحمد أدعلي، "الأبعاد السوسيوسياسية للجباية المغربية"، نموذج "الضريبة على الشركات و الضريبة العامة على الدخل/ 1990 – 2000"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، السنة الجامعية 2006-2007.
- توفيق الطاهري، "اتخاذ القرار الجبائي والعدالة الجبائية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكادال، السنة الجامعية 2009 – 2008.
- التقرير العام الصادر عن مديرية الإحصاء، المندوبية السامية للتخطيط سنة 2005. -
- التقرير الاقتصادي والمالي لمشروع قانون المالية لسنة 2014، مديرية الدراسات والتوقعات المالية، وزارة الاقتصاد والمالية.
- تقرير عن ميزانية المواطن، وزارة الاقتصاد والمالية، سنة. 2018
- لطيفة بحوص، "إشكالية الاستثمار العقاري بين متطلبات القانون ورهانات التنمية"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 72، الطبعة الأولى 2007.
- فدوى مختاري، "تأثير التشجيعات الجبائية على الاستثمار"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2006-2007.
- محمد محجوبي، "التوجهات المعتمدة في السكن الاقتصادي والاجتماعي بالمغرب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 60، يناير- فبراير 2005.
- المناظرة الوطنية حول "السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية"، وزارة الثقافة والاتصال، الصخيرات، الثلاثاء 8 دجنبر 2015.
- حسن بداوي، "واقع الإصلاح الجبائي وأثاره على الاستثمار المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية 2013-2014.
- محمد معني السوسي، "أضواء على قضايا التعمير والسكن"، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 1999.

المراجع باللغة الأجنبية:

- Gilberk orsoni, l'intervention fiscale, 1995,ed, Paris.
- Paul marie Gaudement, le droit financier comparé ,bilan et perspective,dans le livre centenaire de la société de législation comparé, Agen,1969.
- Lahlou soumia, « problématique de l'emploi industriel au Maroc »,mémoire de D.E.S, fac de droit ,Rabat ,1984 .
- Gregoire du hamel, « les paradis des fiscaux » ,jaques Grancher,Paris, 1999 .

- -Abdelaziz belal, l'investissement au Maroc (1912-1964), les Editions maghrébines,Casablanca,1976.
- Riccardo Petrella, la dépossession de l'état ,le monde démocratique, Aout1999.
- Bokila Lofumba « les régimes fiscaux visant à encourage les investissements directs et de portefeuilles dans les P.V.D brulyan » 1981.

مضامين التركة في الفقه الإسلامي والقانون

The implications of the legacy in Islamic jurisprudence and law

د. محمد صعبانة- رئيس قسم القانون الخاص- كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية

Dr. Mohamed Saabneh - Head of the Private Law Department - Faculty of Law/
Palestine Ahliya University/ m.saabneh@paluniv.edu.ps

د. سهيل الأحمد- عميد كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية

Dr. Sohail Al-ahmed/ dean of Law Faculty / Palestine Ahliya University/
Palestine- sohail@paluniv.edu.ps

المخلص:

تناولت هذه الدراسة مضامين التركة في الفقه الإسلامي والقانون. هادفة إلى التعرف على حقيقة التركة والمال والحقوق المتعلقة بها في الفقه الإسلامي والقانون، وكذلك طبيعة الحقوق المتعلقة به وكيفية رعايتها، حيث بينت الدراسة أن النظام المالي الإسلامي قد بنى قواعده في مسألة التعامل مع التركات على الحب والولاية والعطف، تحقيقاً لقوة الروابط الاجتماعية، وتنمية للعاطفة الطبيعية فيما بين الناس، وقد تم الوقوف على أهمية تحديد المال وطبيعة الخلاف الفقهي المتعلق بذلك والآثار المترتبة على هذا الخلاف في المفهوم الشرعي والقانوني، ثم عالجت الدراسة طبيعة الحقوق والأموال التي تتضمنها التركة من التي لا تتضمنها وفق أحكام ومظاهر وتفصيلات علمية وموضوعية عالجتها هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية: التركة، مضامين التركة، الحقوق، الفقه الإسلامي، القانون.

ABSTRACT:This study dealt with the contents of the inheritance in Islamic jurisprudence and law, aiming to identify the reality of the inheritance, money and the rights related to it in Islamic jurisprudence and law, and the nature of the rights related to it and how to take care of them. Love, guardianship and kindness, in order to achieve the strength of social bonds, and to develop the natural affection among people,In the study, the importance of determining money and the nature of the doctrinal dispute related to that and the implications of this dispute in the legal and legal concept were discussed.

Key words: The legacy, the contents of the legacy, rights, Islamic jurisprudence, law.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين وعلى آله وصحبه ومن اقتدى بسنته بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد؛

فإن التشريعات الإسلامية والقانونية قد اهتمت بالتنظيم المالي لمتعلقات الإنسان ومستلزماته في تحقيق فلسفة الاستخلاف وبناء التكوين الحقوقي والمالي، حيث يظهر ذلك من خلال التنظيم الشرعي والقانوني لمسألة الحقوق المتعلقة بالتركة حال وفاة الإنسان وقد ترك أموالاً وحقوقاً تخلو من تعلق حق الغير بها، فالتركة وفق المفهوم الشرعي قد تتضمن أموراً وقد تخلو من أمور أخرى، حيث يظهر أن هناك خلافاً بين جمهور الفقهاء وفقهاء المذهب الحنفي على تحديد مفهوم التركة، فهي عند الجمهور: كل ما يخلفه الميت من الأموال والحقوق الثابتة مطلقاً، سواء أكان هذا الحق قد تعلق بأعيان التركة، أم كان متعلقاً بأموالها، أي أن التعلق يكون بذمة الميت وليس بعين التركة، أم أن التركة لم يتعلق بها حق أي أحد مطلقاً. بينما يحدد الحنفية التركة بأنها هي: ما يتركه الميت من الأموال صافياً عن تعلق حق الغير بعين من هذه الأموال، مع ملاحظة أن مرجع الخلاف في تعريف التركة بين الطرفين والرأيين هو حصول الخلاف في تحديد ماهية المال ومن ثم أثر ذلك في توريثه بين المستحقين الشرعيين والقانونيين وفق محدداتها المنصوص عليها.

ولذلك جاءت النصوص الشرعية والقانونية وخاصة قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 1976/61، والقانون المدني الأردني رقم 1976/43، وكذلك مجلة الحكام العدلية ببيان طبيعة التركة والجوانب المالية والحقوقية المتعلقة بها تحت عنوان: مضامين التركة في الفقه الإسلامي والقانون

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

وتبرز أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يأتي:

1. تعلق هذا الموضوع بحقيقة التركة ومضامينها من حيث الماهية والطبيعة الحاصلة وفق المفهوم الشرعي والقانوني.
2. إظهار أهمية الوقوف على القوانين والتشريعات التي تحدثت عن التركة والحقوق المتعلقة بها وما عالجه من مفردات وموضوعات من حيث الوصف والتأصيل والمقارنة.
3. بيان أن معرفة النصوص الشرعية والقانونية الخاصة بالتركة ومضامينها مسألة مهمة للباحثين والمختصين من خلال ما تعالجه من ثوابت الحقوق المالية ومتعلقاتها في الواقع المعاش.
4. مساس هذا الموضوع بالواقع المعاصر، وأهمية ما يرتبط به من ارتباكات موضوعية توجب على الدراسات الشرعية والقانونية أن تقف على هذه المسائل بهدف المعالجة العلمية.
5. تناول جزئيات الفقه الإسلامي ودراستها دراسة مقارنة مع القانون.

أهداف البحث:

وهي متمثلة بما يأتي:

1. تحديد ماهية التركة وبيان ما يدخل فيها مما لا يدخل للوصول إلى الموقف الشرعي والقانوني المتعلق بذلك.
2. بيان كيف تكون الأموال والحقوق التي تدخل في التركة وطبيعة الخلاف الفقهي بين الفقهاء في تحديد ذلك وضبطها وفق متعلقاته العلمية والتطبيق العملي في المفهومين الشرعي والقانوني.
3. دراسة ما يرتبط بموضوعات حقوق المستحقين للتركة في الفقه الإسلامي والقانون من أجل الوقوف على هذه القضية بدقة ووضوح.
مشكلة/ أسئلة البحث:
وهي متمثلة بأمور هي:

1. ما مفهوم المال وحقوقه الورثة في الفقه الإسلامي والقانون؟
2. ما هي قواعد التعامل مع التركة ومضامينها في الفقه الإسلامي والقانون؟
3. هل يوجد نصوص وتشريعات فقهية وقانونية عالجت مسألة مضامين التركة والحقوق المتعلقة بها أم لا؟
4. ما هي المضامين الخاصة بحقوق الورثة والمستحقين للحق الشرعي الإرثي في الفقه الإسلامي والقانون؟
5. كيف تكون المقارنة بين الفقهاء والقانون بخصوص الأموال التي تدخل في التركة من عدمها؟
منهجية البحث:

ولقد كان منهج الباحثين كالاتي:

1. الاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، وذلك ببيان ماهية التركة ومضامينها والحقوق الخاصة بها، وكذلك النصوص الشرعية والقوانين الخاصة بالأموال والحقوق المتعلقة بالتركة، ومن ثم تحليل هذه النصوص بهدف الوقوف على المنظور القانوني والشرعي لمتعلقات البحث.
2. الرجوع إلى المراجع المتخصصة في موضوعات البحث.
محتوى البحث:

وقد جاءت هذه الدراسة - إضافة للمقدمة والخاتمة - في ثلاثة مطالب، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية التركة وحقيقتها في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الثاني: ما يدخل في التركة في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الثالث: ما لا يدخل في التركة في الفقه الإسلامي والقانون

وأخيراً: فهذا غاية جهد الباحثين، فإن كان ثم توفيق فبفضل الله تعالى، وإن كانت الأخرى فمن عجز وتقصير ونستغفر الله العظيم.

المطلب الأول: ماهية التركة وحقيقتها في الفقه الإسلامي والقانون

إن الله عز وجل قد استخلف الإنسان في الأرض لعمارته وتحقيق هدف التطوير والبناء فيها مع التركيز على تلبية الحاجات والرغبات الخاصة به وكذلك ضمان بقاء هذا الإعمار التنموية الذي يكسبه المال ومتعلقاته المادية والحقوقية، التي لا غنى للإنسان عنها ما دام على قيد الحياة.

إن الإنسان إذا مات فقد انقطعت حاجته إلى هذه الأموال والحقوق، وبالتالي كان لا بد من أن يخلفه في أمواله مالكٌ جديدٌ، لذلك جعلت الشريعة الإسلامية هذه الأموال لأقارب الميت، حتى يطمئن الناس على مصير أموالهم لرغبتهم بإيصال النفع لمن توجد بينهم رابطة مؤثرة من قرابة أو سبب شرعي.

وقد جعل النظام المالي الإسلامي أساساً التفاضل في التعامل مع مستحقي التركة وفق معيار الحاجة؛ حيث إن أبناء الميت أحوج إلى ماله من أبيه؛ وكذا مطالب الابن في الحياة أكثر من مطالب أخته؛ على اعتبار أنه هو المكلف بدفع المهر والنفقة لزوجته، ونفقة الأولاد كذلك؛ وهو المكلف أيضاً بإعالة أبيه أو أقربائه إذا كانوا فقراء. فالعبء المالي المفروض على الوارث حيال الآخرين يؤثر في نصيب كل من المنفق الخاسر والمنفق عليه المستفيد، وهذا المعيار يثمر تفاوتاً ملحوظاً بين المستحقين للتركة، وذلك إعمالاً لمبدأ العدل والتوازن في منظومة الريح والخسارة.

وهنا نعلم أن النظام المالي الإسلامي قد بنى قواعده - في مسألة التعامل مع التركات - على الحب والولاية والعطف، تحقيقاً لقوة الروابط الاجتماعية، وتنمية للعاطفة الطبيعية فيما بين الناس.

إن الوقوف على ماهية التركة وحقيقتها يتطلب بيان طبيعة التوريث والمقصود بالتركة في اللغة والاصطلاح، وبيان ذلك فيما يأتي من فروع:

الفرع الأول: التوريث من الحقوق المهمة المتعلقة بالتركة

ولأهمية التوريث وطبيعة تقنين طلب الحصول عليه وفق الأحكام الشرعية والمعايير الموضوعية المنبثقة من النصوص فقد نص القانون المدني الأردني رقم 1976/43م في المادة (1086) على طبيعة اعتباره من طرق كسب الملكية وأسباب انتقال الأموال والحقوق المتروكة بعد الوفاة من الميت إلى ورثته الأحياء، وفيما يأتي نص المادة القانونية التي تحدثت عن ذلك:

1. يكسب الوارث بطريق الميراث العقارات والمنقولات والحقوق الموجودة في التركة.
 2. تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال التركة يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.
 3. حق الانتقال في الأراضي الأميرية وما يتعلق بها ينظمه قانون الانتقال.
- وفي نص المادة (1109) من القانون المدني الأردني على أنه: "بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي أو بحسب نصيبه القانوني"، كما ونصت " المادة (1110)، على:

1-يسلم وصي التركة إلى الورثة ما آل إليهم من أموالها

2- ويجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المحدد للمنازعات المتعلقة بمجرد التركة المطالبة باستلام الأشياء والنقود التي لا تستلزمها التصفية أو بعضها وذلك بصفة مؤقتة مقابل تقديم كفالة أو بدونها.

وقد أعطى القانون المدني الحق لأي وريث أو ذي مصلحة كالدائن والشريك بأن يطلب من المحكمة إصدار حجة حصر إرث بعد إثبات الوفاة وحصر الورثة، وهذا ما نصت عليه المادة (1111): بناء على طلب أحد الورثة أو ذي المصلحة تصدر المحكمة حجة بحصر الورثة وبيان نصيب كل منهم في إرثه الشرعي وحقه الانتقالي.

الفرع الثاني: حقيقة التركة والمقصود بها في اللغة والاصطلاح

تأتي التركة في اللغة: من الترك، وهو ودع الشيء، وتركه أي خلاه، يقال: تركت المنزل أي: رحلت عنه، وتركت الرجل: فارقتة، ولذلك يقال: تركة، أي لما يترك الميت من أموال وحقوق، لأنه بذلك يتركه خلفه ويرحل عنه، وبالتالي يخليه لمن بعده⁽¹⁾.

أي أن التارك يفارق متروكه، ويرحل عنه بما يقطع عنه المخالطة والمتعلقات لتذهب إلى غيره ممن يستحق ذلك بسبب من الأسباب المقبولة شرعاً وقانوناً.

وأما التركة في الاصطلاح الفقهي:

فقد عرفت بتعريفات متعددة منها:

ما ذهب إليه الجمهور من أنها: ما يخلفه الميت من مال أو دية، أو حق كخيار أو شفعة، وحد وقذف..⁽²⁾

حيث عرفها المالكية: بأنها حق يقبل التجزيء يثبت لمستحقه بعد موت من كان له بقرابة أو ما في معناها كالنكاح والولاء⁽³⁾.

والتركة عند الشافعية: ما تركه الميت من حق أو اختصاص أو مال⁽⁴⁾.

وعرفها الحنابلة: بأنها الحق المخلف عن الميت⁽⁵⁾.

1 - ابن منظور، لسان العرب، 405/10، الفيومي، المصباح المنير، 74/1.

2 - المشرقي، إبراهيم، العذب الفائض شرح عمدة الفرائض، ص17، (1999م).

3 - الخرشي، محمد بن عبدالله، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، 195/8، (1997م)، الحطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل، 580/8، (1427هـ). الدردير، احمد بن محمد، الشرح الصغير، 616/4، د.ط، د.ت. وكلمة حق هنا: جنس يتناول المال وغيره، وهو يقبل التجزيء: قيد خرج به ما لا يقبل التجزيء كالولاية والولاء، وبعد الموت: قيد خرج به من كان له حقوق ثابتة بالشراء وغيره. وقوله بقرابة: قيد خرج به ما ثبت بالوصية.

4 - الرملي، محمد بن احمد، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، (ج6 / ص4)، (1414هـ)

5 - البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الايرادات (ج4/ص499)، (1416هـ).

وعند الحنفية تقتصر التركة على المال ولا تشمل الحق، حيث عرفوا التركة بأنها: ما تركه الميت خاليًا عن تعلق حق الغير بعينه⁽¹⁾.

وبالتالي فهي: ما يتركه الميت من الأموال صافيًا عن تعلق حق الغير بعين من الأموال.

وهنا يتفق الحنفية مع الجمهور في دخول الأموال ضمن التركة ويتفقون كذلك في خروج الحقوق الشخصية المحضة كحق الولاية والحضانة من التركة⁽²⁾.

حيث يظهر أن هناك خلافًا بين الجمهور والحنفية في تحديد مفهوم التركة، فالجمهور على أنها "كل ما يخلفه الميت من الأموال والحقوق الثابتة مطلقاً"، سواء كان هذا الحق متعلقاً بأعيان التركة، أم كان متعلقاً بأموالها، أي أن التعلق يكون بذمة الميت وليس بعين التركة، أم لم يتعلق بالتركة حق أحد مطلقاً. بينما عرف الحنفية التركة بأنها: " ما يتركه الميت من الأموال صافيًا عن تعلق حق الغير بعين من هذه الأموال"⁽³⁾.

ويطلق الحقّ على الشيء الموجود من كلّ وجه، ولا ريب في وجوده، والحقّ حقيقةً هو الله تعالى بجميع صفاته؛ لأنّه الموجود حقيقةً بمعنى لم يسبق بعدم، ولم يلحقه عدم، وإطلاق الحقّ على غيره مجاز⁽⁴⁾، وفي الحديث: «اللهم أنت الحقّ، ووعدك الحقّ، وقولك الحقّ»⁽⁵⁾.

وقال الشيخ مصطفى الزرقا: لم أر للحقّ بمفهومه العامّ تعريفاً صحيحاً جامعاً لأنواعه كلّها لدى فقهاء الشريعة أو القانون، ثم عرّفه بأنّه: اختصاص يقرّر به الشرع سلطةً أو تكليفاً، وذلك كحقّ الوليّ في التصرف على من تحت ولايته، فإنّه سلطة لشخص على شيء⁽⁶⁾.

المطلب الثاني: ما يدخل في التركة في الفقه الإسلامي والقانون

1 - ابن عابدين، محمد امين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار (ج4/ص55)، (1823هـ).

2 - ابن عابدين، الحاشية، 762/6.

3 - انظر: <https://www.alukah.net/sharia>

4 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6/ص148، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د.ت.

5 - البخاري، صحيح البخاري، كتاب التوحيد، باب قول الله تعالى: {يريدون أن يبدلوا كلام الله}، ج9/ص144، رقم الحديث: 7499.

6 - الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، مجلة البحوث الإسلامية، ج79/ص260. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4/ص2839. الدبّيان، أبو عمر دُبّيان بن محمد، المعاملات الماليّة أصالةً ومُعاصرةً، ج1/ص165، تقديم: مجموعة من المشايخ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط2، 1432هـ.

إن التكليف الفقهي للمال وطبيعة الأمور التي تدخل فيه وبالتالي تحديد ما الذي يدخل في التركة وما يعد من مضامينها من الأمور المهمة التي يجب التعامل معها والوقوف على ماهيتها وحقيقتها وبيان ذلك فيما يأتي من فروع:

الفرع الأول: مدى اعتبار حقوق الله تعالى من مضامين التركة

قبل أن يتم بيان ما ذهب إليه الفقهاء والقانون من تحديد الأموال والحقوق التي تدخل في التركة من عدمها لا بد من معرفة أنّ حقوق الله تعالى لا تورث بالإجماع⁽¹⁾، وذلك أن الميراث: انتقال الشيء من شخص إلى شخص، أو من قوم إلى قوم⁽²⁾. وهو كذلك انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، أو هو ما تركه الميت من أموال وحقوق يستحقها بموته الوارث الشرعي، وهو ما خلفه الميت لورثته من مال أو ممتلكات وضياع⁽³⁾، وفي هذا المقام فإن الله سبحانه وتعالى يتعالى عن هذا الأمر⁽⁴⁾ لأنه سبحانه حيٌّ لا يموت، حيث يكون الإرث بأن يخلف الوارث المورث بعد موته في حقّه، وهذا يخالف ما يتم إطلاقه على حقوق الله تعالى.

ولذلك كان لا بد من تحديد الحقوق باعتبارها لله تعالى أم للعباد كحدّ القذف مثلاً، حيث يعد عند بعض الفقهاء حقاً لله تعالى، ولذلك قالوا بأنه لا يورث؛ لأنه بموت صاحب الحقّ تنتهي المطالبة به، وتبقى آثاره هذا الحقّ معلّقة إلى أن يشاء الله تعالى⁽⁵⁾. وذلك أن في حدّ القذف مصلحة الصيانة ودفع الفساد، وفي إقامة هذا الحدّ يحصل النفع للعامة، فكان حقاً لله تعالى كسائر الحدود؛ حتى لو كانت الدعوى فيه مطلوبة شرعاً من المقدوف. ثم لو كان الحدّ موروثاً عنه، لجرى فيه سهام الموارث، فترثه أخته وزوجته وسائر من يرث ماله، فلما اتفق الجميع على أن لا حقّ لهؤلاء في المطالبة به بعد الموت، صحّ أنه غير موروث⁽⁶⁾، مع أن بعض الفقهاء⁽⁷⁾ قالوا: بأنه حقّ للعباد، فيرثه

1 - الرّبيديّ، بو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي اليمني الحنفي، الجوهرة النيرة، ج2/ص172، المطبعة الخيرية، ط1، 1322هـ. الثعلبي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، ص1411، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، د.ط.

2 - الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص1862، الرازي، مختار الصحاح، ص382.

3 - عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج3/ص2422.

4 - السرخسي، المبسوط، ج9/ص113.

5 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7/ص56.

6 - الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، ج6/ص214.

7 - القرافي، الذخيرة، ج12/ص188. السنيكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى (المتوفى: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج3/ص375، دار الكتاب الإسلامي، د.ط، د.ت. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج6/ص86.

الورثة ويطالبون به، وحجتهم أنّ حدّ القذف حقٌّ للأدعي، ويسقط بعفوه كالقصاص وذلك أنّه لا يستوفى إلا بطلبه، ويحلف المدعى عليه إذا أنكر⁽¹⁾.

الفرع الثاني: ما يعد من مضامين التركة عند الفقهاء والقانون

وبناء على ما سبق بيانه فإنه يدخل في التركة عند الجمهور ما يأتي:

1. الأموال التي للميت سواء أكانت مالا منقولاً أم عقارات (قيميات ومثلثات)، وسواء أكانت تحت يد الميت أم بيد غيره كيد المستأجر والمستعير والوديع، أو الأموال المغتصبة، سواء أكان على الميت دين من أي نوع كان أم لا⁽²⁾.

وقد عرفت المادة (53) من القانون المدني الأردني المال بأنه: هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل.

والمثلي في نص المادة 145 من مجلة الأحكام العدلية: هو ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به، وأما القيمي فهو في نص المادة 146 من المجلة أيضاً: ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة.

2. الديون التي للميت على غيره. حيث جاء في القانون المدني الأردني في المادة (406) ما نصه: "الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المدين إلا إذا كان موثقاً توثيقاً عينياً".

3. الأموال التي لم تدخل في حيازته ولكن له حق مقدر معلوم منها كنصيبه في غلة الوقف⁽³⁾. التي استحقتها المورث قبل وفاته ولم يتسلمها. حيث نصت المادة (1233) من القانون المدني الأردني على أن الوقف: حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر ولو مالا. وجاء في المادة (1) من قانون العدل والإنصاف: "الوقف هو حبس العين عن تملكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ولو في الجملة أو على وجه من وجوه البر".

4. الدية التي وجبت بسبب الجناية عليه، بالقتل الخطأ أو بالصلح عن العمد.

5. حقوق الارتفاق، كحق المرور والمسيل والشرب، لأنها حقوق مالية وتقوم بمال.

1 - البيهقي، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي (المتوفى: 516 هـ)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج 6/ص 197، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط 1، 1418هـ-1997م.

2 - الزرقا، المدخل الفقهي، 118/3.

3- وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (1234) على أنه: "يكون الوقف خيراً إذا خصصت منافعه لجهة بر ابتداءً، ويكون ذريعاً إذا خصصت منافعه إلى شخص أو أشخاص معينين وذرياتهم من بعدهم ثم إلى جهة من جهات البر عند انقراض الموقف عليهم، ويكون مشتركاً إذا خصصت الغلة إلى الذرية وجهة البر معاً".

6. الخيارات المتعلقة بالأموال، كخيار العيب والشرط.
7. حق الشفعة. ففي المادة 950 من مجلة الأحكام العدلية، الشفعة هي تملك المالك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري، وفي المادة 951: الشفعة هو من كان له حق الشفعة. وأما المشفوع: فهو العقار الذي تعلق به حق الشفعة، كما في **المادة (952)**، وفي المادة (953): المشفوع به هو ملك الشفيع الذي به الشفعة.
8. القصاص إذا انقلب مالا بعفو بعض الأولياء.
- ويتفق الحنفية مع الجمهور في دخول الأموال ضمن التركة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أثر تحديد حقيقة المال في اعتباره من مضامين التركة

إن مرجع الخلاف في تعريف التركة بين الطرفين والرأيين هو حصول الخلاف في تحديد ماهية المال ومن ثم أثر ذلك في توريثه⁽²⁾:

فالمال عند الجمهور: كل ما له قيمة يلزم متلفه بضمانه، فيدخل فيه الأموال العينية والحقوق والمنافع لإمكان حيازتها بحيازة أصلها. ودليل الجمهور من حيث المعقول أن المنافع يمكن حيازتها بحيازة أصلها ومصدرها، ولأن المنافع هي المقصودة من الأعيان ولولاها لما صارت الأعيان أموالاً، ودليلهم من حيث المنقول أن الشارع الحكيم أجاز أن تكون المنافع مهراً، والمهر لا يكون إلا مالا، والوقائع في تزويج النبي صلى الله عليه وسلم بعض الصحابة بما معهم من القرآن مشهورة ماثورة في كتب السنة النبوية⁽³⁾.

وقد استدل جمهور الفقهاء بقوله تعالى: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ"⁽⁴⁾، وجه الدلالة: قالوا أن الآية عامة فتشمل الحقوق والأموال⁽⁵⁾.

بينما يرى الحنفية أن المال: فهو كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة، فالمنافع والحقوق المعنوية وأمثالها لا تعد مالا عندهم، والحجة عندهم أن المال هو ما يمكن إحرازه وحيازته وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تقبل الحيازة والادخار لأنها معنوية، والأصل فيها أنها معدومة، والمعدوم ليس بمال، واستدلوا بحديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً فإلينا"⁽⁶⁾⁽¹⁾ وجه الدلالة قالوا ورد الدليل بتوريث المال ولم يرد الدليل بتوريث الحقوق⁽²⁾

1 - ابن عابدين، الحاشية، 762/6.

2 - انظر: <https://www.alukah.net/sharia>

3 - انظر: <https://www.alukah.net/sharia>

4- سورة النساء، أية 11.

5- القرافي، احمد بن ادريس، انواء البروق في انواع الفروق (ج3/ص1065) (1421هـ).

6- البخاري، محمد بن إسماعيل . صحيح البخاري . كتاب الفرائض، باب ميراث الأسير حديث رقم (6763)، (1426هـ).

ويرجع سبب الخلاف إلى اختلافهم هل الأصل توريث المال دون الحق أم أن الأصل توريث الحقوق والأموال⁽³⁾. والظاهر اعتبار المنافع والخدمات من الأموال وذلك لجريان العرف باعتبار المنافع والحقوق المعنوية أموالاً حيث يجري التعامل بها في المعاملات المالية، وهذا ما عليه كثير من الفتاوى المعاصرة التي أصدرتها المجامع الفقهية، حيث إن المال ينطلق على كل ما يعد مالاً سواء كان عينياً أو معنوياً، حقاً أو منفعة⁽⁴⁾

المطلب الثالث: ما لا يدخل في التركة في الفقه الإسلامي والقانون

يتفق الحنفية مع الجمهور في خروج الحقوق الشخصية المحضة كحق الولاية والحضانة من التركة⁽⁵⁾، وفيما يأتي من فروع ما لا يدخل في التركة لدى الفقهاء والقانون:

الفرع الأول: ما لا يعد من مضامين التركة عند جمهور الفقهاء

ومما لا يدخل في التركة ومما لا يورث من الحقوق عند الجمهور ما يأتي:

فهو ما لا تتعلق بمال، وليست بمعنى المال، وإنما بنيت على الاعتبار الشخصي للمورث، مثل: حق الولاية وحق الحضانة، فإذا كان لامرأة أخ شقيق وآخر لأب، وتوفي الأخ الشقيق وله ابن، فإن حق الولاية في النكاح على هذه المرأة لا يكون لابن الأخ الشقيق وإنما للأخ لأب، لأن هذا الحق لا يورث⁽⁶⁾.

والحقوق التي ثبتت للمورث بموجب بعض العقود التي نص على عدم انتقالها للورثة، فإذا مات الوكيل في عقد الوكالة، فإن الحقوق التي يملكها بمقتضى هذا العقد لا تنتقل إلى ولده، لأن الوكالة قائمة على الاعتبار الشخصي، والوكالة بأجر يستحق وارث الوكيل فيها الأجر الثابت بموجب العقد، ولا يرث حق الوكيل بالتصرف والعمل بالموكل به لأن هذا الحق لا ينتقل للورثة⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: ما لا يعد من مضامين التركة عند الحنفية

1 - انظر: <https://www.alukah.net/sharia> ،

2- ابن الهمام، كمال الدين احمد بن عبد الواحد، فتح القدير، 5/126. د.ت.

3- ابن رشد، محمد بن احمد . بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 2/159.

4 - انظر: <https://www.alukah.net/sharia> ،

5 - ابن عابدين، الحاشية، 6/762.

6 - فضل عباس، وعبد الناصر أبو البصل، فقه الأحوال الشخصية، 2، ص8.

7 - المرجع السابق، ص8.

ومما لا يدخل في التركة عند الحنفية خلافاً للجمهور⁽¹⁾ ما يأتي:

1. المنافع، فهي لا تدخل في التركة ولا تورث، فإذا كان المورث مستأجرًا لعقار ثم مات، فلا يحل ورثته محله، لأن العقد قد انفسخ بموت المستأجر، وهذه منافع وهي ليست بأموال لأنها تستوفي شيئاً فشيئاً، والمال ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة، ويمكن حيازه.
 - وقد أخذ القانون المدني الأردني برأي الجمهور في المادة (709) حيث نص على أنه لا ينتهي الإيجار بوفاة أحد العاقدين. وفي نفس المادة كذلك: إلا أنه يجوز لورثة المستأجر فسخ العقد إذا أثبتوا أن أعباء العقد قد أصبحت بسبب وفاة مورثهم أثقل من أن تتحملها مواردهم أو تتجاوز حدود حاجتهم.
 2. الأموال التي تعلق بيعها حق الغير، كالمال المرهون، والمبيع المحبوس بالثمن. مثل أن يشتري عيناً ولم يقبضها، ومات قبل نقد الثمن، فالبايع أحق بالعين من تجهيز الميت.
 3. الخيارات الشخصية وإن تعلقت بالمال كخيار الشرط والرؤية⁽²⁾، وحق الشفعة.
- وهذه لا تورث لأنها تعبر عن مشيئة الإنسان، وهي أمر شخصي يختلف باختلاف الأشخاص، فقد يرغب شخص بأمر لا يروق لابنه أو العكس.
- أما خيار العيب والتعيين والتغير فإنه يورث عندهم كمذهب الجمهور، فخيار العيب يثبت بلا شرط ولا يتوقف ولا يمنع وقوع الملك للمشتري ويورث؛ لأن المورث استحق المبيع سليماً من العيب فكذا وارثه حيث له أن يختار بقاءها مع عيبها أو فسخ العقد الذي انعقد على أساس السلامة⁽³⁾.
- ونصت المجلة في المادة (319) على أن خيار التعيين ينتقل إلى الوارث، فهو يقتضي أن الملك ثابت في أحد الشئيين أو الثلاثة من غير تعيين، وكان التعيين حقاً للمورث، فينتقل الملك مع حقه.
- وبخصوص خيار الشرط نصت المادة (311) من المجلة على أن: خيار الشرط يورث، لأن الوارث ورث العين مع ذلك الوصف المرغوب فيه، فكان له الحق في فسخ العقد الذي لم يتحقق فيه ما اتفق

1 - المرجع السابق، 762/6.

2 - ابن عابدين، الحاشية، 762/6، ونصت المادة (306) من مجلة الأحكام العدلية على أن: "خيار الشرط لا يورث فإذا كان الخيار للبائع ومات في مده ملك المشتري المبيع وإذا كان للمشتري فمات ملكه ورثته بلا خيار". ونصت المادة (321) من المجلة على أن: "خيار الرؤية لا ينتقل إلى الوارث فإذا مات المشتري قبل أن يرى المبيع لزم البيع ولا خيار لوارثه". ونصت المادة (1038) منها على أنه: لو مات الشفيع بعد طلب الموائبة وطلب التقرير وقبل أن يكون مالكا للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم لم ينتقل حق الشفعة إلى ورثته.

3 - ابن عابدين، الحاشية، 762/6. شرح مجلة الأحكام العدلية لباز، ص 179.

عليه، أو إبقاء العين مع تخلف الوصف، فلو اشترى دارًا على أنها حرة من النوائب، فوجدت غير حرة، فكما أن للمشتري أن يردها على بائعها حال حياته، فلورثته أيضًا أن يردها على البائع بعد موت مورثهم⁽¹⁾. وقد أخذ القانون المدني الأردني في المواد (183، 187، 1158) بمذهب الحنفية في خياري الشرط والرؤية، بالأ تورث، وبمذهب الجمهور في توريث حق الشفعة⁽²⁾. حيث نصت المادة (1158) من القانون المدني الأردني: إذا اثبتت الشفعة فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع.

وهذا بخلاف مجلة الحكام العدلية التي نصت المادة (1038) منها على أنه: لَوْ مَاتَ الشَّفِيعُ بَعْدَ طَلْبِ الْمُؤَاتِبَةِ وَطَلَبِ التَّقْرِيرِ وَقَبْلَ أَنْ يَكُونَ مَالِكًا لِلْمَشْجُوعِ بِتَسْلِيمِهِ بِالْتَرَاضِي مَعَ الْمُشْتَرِي أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ لَمْ يَنْتَقِلْ حَقُّ الشُّفْعَةِ إِلَى وَرَثَتِهِ.

وَأَسْبَابُ الشُّفْعَةِ كَمَا جَاءَ فِي نَصِ الْمَادَّةِ 1008 مِنْ مَجْلَةِ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ، ثَلَاثَةٌ: الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ مُشَارِكًا فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ كَالْمُشْرِكِ شَخْصَيْنِ فِي عَقَارٍ شَائِعٍ.

الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ خَلِيطًا فِي حَقِّ الْمَبِيعِ كَالْمُشْرِكِ فِي حَقِّ الشُّرْبِ الْخَاصِّ وَالطَّرِيقِ الْخَاصِّ، مَثَلًا إِذَا بِيَعْتَ إِحْدَى الرِّيَاضِ الْمُشْرَكَةِ فِي حَقِّ الشُّرْبِ الْخَاصِّ يَكُونُ أَصْحَابُ الرِّيَاضِ الْأُخْرَى كُلُّهُمْ شَفَعَاءَ، مُلَاصِقَةً كَانَتْ جِيرَانُهُمْ أَمْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ لَوْ بِيَعْتَ الدَّارَ الَّتِي يُفْتَحُ بِأُحَدِهَا عَلَى طَرِيقٍ خَاصٍّ كَانَ أَصْحَابُ الدُّورِ الَّتِي لَهَا أَبْوَابٌ عَلَى تِلْكَ الطَّرِيقِ كُلُّهُمْ شَفَعَاءَ، سَوَاءً أَكَانَتْ جِيرَانُهُمْ مُلَاصِقَةً أَمْ لَمْ تَكُنْ، وَأَمَّا إِذَا بِيَعْتَ إِحْدَى الرِّيَاضِ الْمُسْقِيَّةِ مِنْ نَهْرٍ يَنْفَعُ مِنْهُ الْعُمُومُ أَوْ إِحْدَى الدِّيَارِ الَّتِي لَهَا فِي الطَّرِيقِ الْعَامِّ بَابٌ فَلَيْسَ لِأَصْحَابِ الرِّيَاضِ الْأُخْرَى الَّتِي تُسْقَى مِنْ ذَلِكَ النَّهْرِ أَوْ لِأَصْحَابِ الدِّيَارِ الْأُخْرَى الَّتِي لَهَا أَبْوَابٌ فِي الطَّرِيقِ الْعَامِّ حَقُّ الشُّفْعَةِ.

الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ جَارًا مُلَاصِقًا.

وبخصوص خيار الشرط فقد نصت المادة (306) من مجلة الأحكام العدلية على أن: "خِيَارُ الشَّرْطِ لَا يُورَثُ فَإِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَمَاتَ فِي مَدَّتِهِ مَلَكَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعِ وَإِذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَمَاتَ مَلَكَهُ وَرَثَتُهُ بِأَلَا خِيَارٍ".

وهذا لأنه ليس إلا مجرد إرادة ومشئنة، وهذا وصف لصاحب الخيار، فلا يمكن انتقاله إلى الوارث لا بطريق الإرث ولا بطريق الخلافة ومثله خيار الرؤية والتغير⁽³⁾.

ونصت المادة (321) من المجلة على أن: "خِيَارُ الرُّؤْيَةِ لَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ فَإِذَا مَاتَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ أَنْ يَرَى الْمَبِيعَ لَزِمَ الْبَيْعُ وَلَا خِيَارَ لَوَارِثِهِ".

1 - باز ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، ص165.

2 - المادة (1158) من القانون المدني الأردني.

3 - شرح باز للمجلة، ص161، 171.

وهذا لأنه ليس إلا مجرد إرادة ومشئنة، وهذا وصف فلا يمكن انتقاله إلى الوارث لأنه خيار يثبت للعاقد بالنص والوارث ليس بعاقد⁽¹⁾.

خاتمة

وبعد هذه المحطة في تناول موضوع مضامين التركة في الفقه الإسلامي والقانون فإنه يمكن تلخيص أهم ما جاء في هذا البحث من نتائج وذلك فيما يأتي:

- إن حفظ الحقوق المالية للمجتمعات وبيان أهمية العمل على رعايتها يعد من المقاصد الضرورية للشريعة الإسلامية التي يجب احترامها في كل حال.
- يحتاج الوقوف على ماهية التركة والمال ومعرفة طبيعتها ما يدخل في ذلك من عدمه إلى الرجوع إلى الكتابات المختصة بذلك من الناحية الفقهية والقانونية.
- أن هناك خلافاً بين جمهور الفقهاء وفقهاء المذهب الحنفي على تحديد مفهوم التركة.
- إن التشريعات الإسلامية والقانونية بنصوصها ومبادئها منعت التعرض للأموال والحقوق بشيء من الاعتداء والتقصير الذي قد يؤثر في ضياع تلك الحقوق أو تجاهلها.
- الناظر في التشريعات الإسلامية والقانونية يجد أنها قد اختلفت في تحديد التركة ومضامينها بما يلزم بتقليل فجوة الخلاف الذي يرتب على ذلك تفصيلات حقوقية وموضوعية يلزم معرفتها والوقوف على ذلك.
- التركة عند الجمهور: كل ما يخلفه الميت من الأموال والحقوق الثابتة مطلقاً، سواء أكان هذا الحق قد تعلق بأعيان التركة، أم كان متعلقاً بأموالها.
- ويحدد الحنفية التركة بأنها هي: ما يتركه الميت من الأموال صافياً عن تعلق حق الغير بعين من هذه الأموال.
- أن مرجع الخلاف في تعريف التركة بين الحنفية والجمهور هو حصول الخلاف في تحديد ماهية المال ومن ثم أثر ذلك في توريثه بين المستحقين الشرعيين والقانونيين.
- من الواضح في كثير من مواضع البحث المعالجة وجود اتفاق مؤثر بين الفقه الإسلامي والقانون بشأن الحقوق المتعلقة بها من حيث الطبيعة والصور المتناولة.

وأخيراً؛ فإننا نتوجه إلى الله سبحانه بخالص الدعاء أن يوفقنا لتحصيل العلم، وأن يعلمنا ما ينفعنا، وأن ينفعنا بما علمنا، وأن يزدنا علماً، إنه سميع مجيب الدعاء.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- القانون المدني الأردني رقم 76/43

- شرح باز للمجلة، ص 171. 1

- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 76/61
- مجلة الأحكام العدلية العثمانية
- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، استانبول، تركيا د.ط.
- الإبياني بيك، محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط4، 1924م.
- باز، سليم رستم، شرح مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، ط3، 1923م.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، الصحيح، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، د.ط، د.ت.
- بدران أبو العينين، أحكام التركات والموارث، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، 2003م.
- البغوي، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ-1997م.
- الهوتي، منصور، كشف القناع على متن الإقناع، المطبعة الشرفية، القاهرة، ط1.
- الثعلبي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، المونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز-مكة المكرمة، د.ط.
- الجبوري، أبو اليقظان عطية، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، دار حنين للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، مكتبة الفلاح، بيروت، ط1، 1995م.
- ابن جزلي، أبو القاسم محمد بن أحمد الغرناطي، القوانين الفقهية، بيروت، مكتبة أسامة بن زيد.
- الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح الخرشي على متن خليل، دار صادر، بيروت.
- الخطيب، محمد الشربيني، مغني المحتاج، المطبعة الميمنية، القاهرة، 1308هـ.
- الدُّبَيَّانِ، أبو عمر دُبَيَّانِ بن محمد، الْمُعَامَلَاتُ الْمَالِيَّةُ أَصَالَةٌ وَمُعَاصَرَةٌ، تقديم: مجموعة من المشايخ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض -المملكة العربية السعودية، ط2، 1432هـ.
- داود، أحمد محمد، الحقوق المتعلقة بالتركة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2009م.
- داود، أحمد محمد علي، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، دار الثقافة، عمان.
- الدردير، أبو البركات أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك، القاهرة، مطبعة عيسى البابي الحلبي.
- الدسوقي، محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، مطبعة السعادة، القاهرة.
- الدمشقي، محمد بن محمد، شرح الرحبية، المارديني، مطبعة علي صبيح، القاهرة.
- الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، مجلة البحوث الإسلامية.
- الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 2003م.
- ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة الاستقامة، القاهرة، د.ط، 1938.
- الرملي، محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1404هـ.
- الرَّبِيدِيّ، بو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي اليميني الحنفي، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ط1، 1322هـ.
- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق.

- الزىلىى، جمال اللىن أبى محمد عبء الله بن يوسف، نصب الرابىة لأءاءىء الءبابة، ط2، كراشى، المجلس العلمى.
- الزىلىى، فءر اللىن عثمان بن على، تبىىن الءقائىء شرح كزء الءقائىء، المطبىعة الأمىرىة، القاهرة، ط1، 1313هـ، ءار الكتب العلمىة، بىروء، لىبان.
- السنىكى، زكرىا بن محمد بن زكرىا الأنصارى، زىن اللىن أبو بىبى، أسنى المطالب فى شرح روض الطالب، ءار الكتاب الإسلامى، ءط، ءء.
- الشوكانى، محمد بن على، نىل الأوطار، مكآبة ءار التراث، القاهرة، ءء.
- الشىء نظام، الفتاوى الهنءىة، ءار إءىاء التراث العربى، بىروء، لىبان، ط3، 1973م.
- الطبرى، محمد بن جرىر، جامع البىان عن تأوىل آى القرآن، ءار المعارف، القاهرة، مصر، ءط.
- ابن عابءىن، محمد أمىن، ءاشىة رء المءآار على الءر المءآار للءصكفى، ءار إءىاء التراث العربى، بىروء، ءار الفكر، بىروء، لىبان، ءط.
- عباس، فضل، وأبو البصل، عبء الناصر، فقه أءوال شءصىة (2)، جامعة القدس المفاءة، 2013م.
- الفىروزآبببى، محمد بن يعقوب، القاموس المءىط، بىء الأفكار الءولىة، عمان، الأردن، ءط، 2004م.
- ابن قءامة، عبء الله بن محمد، المءبى، ءار الءببىء، القاهرة، ط1، ءء، ءءقىق عبء الفآاء الءلو.
- الكاسانى، علاء اللىن، ببائى الصنائى فى ترتىب الشرائىء، بىروء، ءار الكتاب العربى، ط2، 1982م.
- المرءاوى، علاء اللىن أبى الءسن على بن سلىمان، الانصاف فى معرف الرابء من الءلاف، ط2، القاهرة: ءار إءىاء التراث العربى، 1400هـ/1980م.
- المشرقى، إبراهىم، العذب الفائض شرح عمءة الفرائض، (1999م).
- ابن منظور، جمال اللىن محمد، لسان العرب، بىروء، لىبان، ءار صاءر.
- المىرغانى، على بن أبى بكر، الءبابة شرح ببابة المبببى، مطبىعة مصطفى الءبى، القاهرة.
- ابن النجار، محمد بن أءمء الفآوآى، معونة أوى النهى شرح المنآبى (منآبى الإراءاء) ءءقىق: ءعبء الملك بن ءهىش، بىروء، لىبان، ءار ءضر، ط1، 1416 هـ- 1995م.
- ابن نجىم، زىن اللىن بن إبراهىم، البءر الرائىء شرح كزء الءقائىء، ءار المعرفة، بىروء.
- النووى، بىبى بن شرف، روضة الطالبىن، المكآب الإسلامى، ءمشق.
- <https://www.alukah.net/sharia> ،

الاتجاه الوطني في تفسير مجالس التذكير من كلام الحكيم الخبير لابن باديس

patriotism in ibn-badis interpretation

زهرا ن عمر زهران - طالب دكتوراة، باحث في الدراسات القرآنية. جامعة النجاح الوطنية-

نابلس- فلسطين

د.د. عودة عبد الله أستاذ، جامعة النجاح الوطنية، قسم أصول الدين.

الملخص: تناولت الدراسة الحديث عن الاتجاه الوطني في تفسير ابن باديس، لنتبين هل كان هذا الاتجاه ظاهراً فيه، أم لا؟ والذي ظهر من خلال الاستقراء والنظر، أنّ النزعة الوطنية كانت ظاهرة فيه، وأنّ المفسر كان يظهر حبه لوطنه، وتأثره بالواقع المحيط به، وكان الحديث عن وطنه وأوطان المسلمين ظاهراً خاصة عند وقوفه مع الآيات التي لها علاقة بالوطن كالتى تتحدث عن حبّ الأنبياء لأوطانهم، أو تحدثت عن الإخراج من الأرض، أو عن الصراع مع الأعداء، وغيرها. وتبين أنّ من أهم الأدلة التي تظهر وجود الاتجاه الوطني في تفسيره: بيان مكانة الوطن عند الأنبياء عليهم السلام، والحثّ على حبه، والتمسك به، بيان الدور الكبير للقرآن الكريم في تغيير الواقع والرقى بالأوطان، وبيان الأسباب التي أدت إلى هذا الواقع، والوسائل التي تعين على تجاوزه، وتعرية المنافقين الذين يسعون إلى تخريبه، والسعي الدائم لخدمته والنهوض به بكل الوسائل المتاحة وفي كل الجوانب. ومن أهم الآثار الناتجة عن الاتجاه الوطني في التفسير: تصحيح مفهوم الوطنية، وبيان مراعاة المفسرين للواقع، نشر القيم الايجابية وغيرها.

الكلمات المفتاحية: الاتجاه، الوطني، تفسير، ابن باديس

Summary the study took the expression of patriotism in ibn-badis interpretation, so we can disceen if it was clear or not?. and what we concluded through reading and digressing that patriotism was clear and very obvious in his interpretation, and that the interpreter gas shiwn his love fir hus homeland, and how he was affected by tge surriundings and speaking of his homeland and othee muslim homelands was a distinctve phenomena specially in the verses of the quran who talked about pateiotism and the kove of tge homeland like the verses who took hiw tge prophets loved there himelands orthe verses who took the expulsion of the homeland, or the verses of struggle against enemies of the homeland etc. and it was clear that one of the nist important evidences that shows patriotism in his interpretation: the digression of the importance of homelands for the different prophets, and the urge to tove the homeland and how quran teaches muslims to change the reality and the descending of the homeland into a higher position, and in which ways you can do it, and the means in which humans can reach such different reality, and how the quran expressed the necessity of exposing traitors who petrays their homelands .

And one of the important effects caused by patriotism and the expression of itbin the interpretation the

correction of the concept of patriotism it self, and how interpreters studied the reality considerably, and spread of positive traits etc .

Key words: proclivity of patriotism ibn-badis interpretation.

مقدمة

الحمد لله الذي خلق فسوى، والذي قدر فهدى، والذي أعطى كل شيء خلقه ثم هدى، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله وصفيه من خلقه وخليقه، بلغ الرسالة وأدى الأمانة، ولبى نداء ربه حتى أجاب مناديه، وبعد:

فإن حب الوطن من الأمور الفطرية التي فطر الله تعالى الناس عليها، وإن هذه المحبة لترقى في القلب عندما يكون الوطن مكلوماً، وإن التأظر المتأمل ليرى أن جملة من النصوص الشرعية تدل على محبة الإنسان لوطنه، منها ما جاء في صحيح البخاري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "اللَّهُمَّ حَبِّبْ إِلَيْنَا الْمَدِينَةَ كَحُبِّنَا مَكَّةَ أَوْ أَشَدَّ"¹. ومنها ما قاله النبي صلى الله عليه وسلم، وهو يخرج من مكة مهاجراً إلى المدينة: "مَا أَطْبَيْكَ مِنْ بَلَدٍ وَأَحَبَّكَ إِلَيَّ وَلَوْلَا أَنَّ قَوْمِي أَخْرَجُونِي مِنْكَ مَا سَكَنْتُ غَيْرَكَ"².

إذن فارتباط الإنسان بوطنه وبلده، مسألة متأصلة في القلب، فهو مستقر الحياة الذي لا يترك إلا لضرورة، لذلك فإن المسلم لا بد أن يكون وفاقاً لوطنه محباً له ينصره في كل ميدان، فعلى أرضه عاش، ومن خيراته طعم، وفي ربوعه ربي.

وفي هذه الدراسة ننظر في كتاب تفسير ابن باديس، لنرى مدى حضور الوطن فيه، ومدى الارتباط بين قلم المفسر وما يقع في وطنه وأوطان المسلمين، ونعرض لجملة القيم المترتبة على وجود هذا الاتجاه، والتي من أبرزها تصحيح مفهوم الوطنية والقومية، بيان مراعاة المفسر لواقع وطنه، وغيرها.

أهمية الدراسة:

تتلخص أهمية هذه الدراسة في النقاط الآتية:

- أن هذه الدراسة تناولت جانباً لم يطرق من قبل، وهو الاتجاه الوطني في تفسير ابن باديس
- أن هذه الدراسة تقدم حلولاً عملية ينتفع بها في خدمة الأوطان خصوصاً في أوقات الشدة.
- تبين هذه الدراسة لنا مدى مراعاة المفسر للظروف المحيطة به .

¹ البخاري، محمد بن إسماعيل. صحيح البخاري. تحقيق: مصطفى ديب البغا. طبعة: 3، سنة: 1407هـ. بيروت: دار ابن كثير. (ح: 6011). (كتاب الدعوات). (باب الدعاء برفع الوياء والوجع). (2343/5).

² ابن حبان، محمد بن أحمد البستي. صحيح ابن حبان. تحقيق: شعيب الأرنؤوط. طبعة: 2، سنة: 1414هـ. بيروت: مؤسسة الرسالة. (ح: 3709). (كتاب الحج). (باب فضل مكة). (23/9). قال شعيب: "حديث صحيح".

مشكلة الدراسة:

يفترض من هذه الدراسة أن تجيب عن التساؤلات الآتية:

1. ما هي الأدلة القرآنية على حب الانسان لوطنه؟
2. ما هو مفهوم الاتجاه الوطني في التفسير؟
3. هل كان الاتجاه الوطني في التفسير ظاهراً تفسيرا ابن باديس، وما أدلة ذلك؟
4. ما هي القيم المترتبة على وجود الاتجاه الوطني في التفسير؟

أهداف الدراسة:

تتلخص أهداف الدراسة في النقاط الآتية:

- عرض الأدلة القرآنية التي تظهر حب الانسان لوطنه.
- بيان معنى الاتجاه الوطني في التفسير.
- عرض الأدلة التي تثبت وجود الاتجاه الوطني في تفسير ابن باديس.
- بيان القيم المترتبة على الاتجاه الوطني فيه.

منهج البحث: اعتمدت في هذا البحث على المنهج الاستقرائي، والمنهج التحليلي، والمنهج الاستنباطي، والمنهج الوصفي.
خطة الدراسة: تحقيقاً للأهداف المرجوة، وفي ضوء المنهجية السابقة، جعلت بحثي من مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وفهارس، على النحو الآتي:

المقدمة: وتشمل تعريفاً بالموضوع، وبيان أهميته، وأسباب اختياره، ومشكلته، وبيان الأهداف المرجوة، ومنهجية البحث، وخطته.

المبحث الأول: دلالة القرآن الكريم على الوطنية، وحكم الانتماء للوطن

المبحث الثاني: مفهوم الاتجاه الوطني في التفسير

المبحث الثالث: الأدلة على وجود الاتجاه الوطني في تفسير ابن باديس

المبحث الرابع: القيم المترتبة على وجود الاتجاه الوطني في تفسير ابن باديس

المبحث الأول

دلالة القرآن الكريم على الوطنية, وحكم الانتماء للوطن

المطلب الأول: مفهوم الوطن في القرآن الكريم

لم يرد لفظ الأوطان في القرآن الكريم صريحاً باستعمال أحد المصطلحات المشتقة من أصل كلمة (وطن) إلا في موضع واحد فقط, وهو قول الله تعالى: (لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ فَلَمْ تُغْنِ عَنْكُمْ شَيْئًا وَضَاقَتْ عَلَيْكُمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ ثُمَّ وَلَّيْتُم مُّدْبِرِينَ)¹. يقول ابن عطية: "موطن" جمع موطن بكسر الطاء, والموطن: موضع الإقامة, أو الحلول². ويقول الشعراوي: "والموطن هو ما استوطنت فيه, وكل الناس مستوطنون في الأرض, وكل جماعة منا تحب مكاناً من الأرض ليكون وطناً لها, والوطن مكان محدد نعيش فيه من الوطن العام الذي هو الأرض؛ لأن الأرض موطن البشرية كلها, ولكن الناس موزعون عليها, وكل جماعة منهم تحيا في حيز تروح عليه, وتغدو إليه وتقيم فيه"³.

المطلب الثاني: دلالة القرآن الكريم على حب الأوطان

أولاً: حب الأنبياء لأوطانهم: دلت جملة من الآيات القرآنية على حب الأنبياء عليهم الصلاة والسلام لأوطانهم, ومن هذه الآيات القرآنية الآتي: قوله تعالى في الدلالة على حب النبي صلى الله عليه وسلم لوطنه -مكة-: "(إِنَّ الَّذِي فَرَضَ عَلَيْكَ الْقُرْآنَ لَرَادُّكَ إِلَى مَعَادٍ قُلْ رَبِّي أَعْلَمُ مَنْ جَاءَ بِالْهُدَىٰ وَمَنْ هُوَ فِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ)⁴. هذه الآية تحمل وعداً فيه تسلية للنبي صلى الله عليه وسلم أنه سيعود إلى وطنه مكة الذي أحبه, وأخرج منه رغماً عنه⁵, فقد جاء في السنة أنه صلى الله عليه وسلم لما أخرج من مكة وقف على أطلالها قائلاً: "عَلِمْتُ أَنَّكَ خَيْرُ أَرْضِ اللَّهِ وَأَحَبُّ الْأَرْضِ إِلَى اللَّهِ وَلَوْلَا أَنَّ أَهْلَكَ أَخْرَجُونِي مِنْكَ مَا خَرَجْتُ"⁶, وفي رواية أخرى: "مَا أَطَيْبَكَ مِنْ بَلَدٍ! وَمَا أَحَبَّكَ إِلَيَّ لَوْلَا أَنَّ قَوْمِي أَخْرَجُونِي مِنْكَ مَا سَكَنْتُ غَيْرَكَ"⁷. ولما دخل المدينة قال صلى الله عليه وسلم: "اللَّهُمَّ حَبِّبْ إِلَيْنَا الْمَدِينَةَ كَحُبِّنَا مَكَّةَ أَوْ أَشَدَّ اللَّهُمَّ بَارِكْ

1 . سورة التوبة: آية 25.

2 . ابن عطية, المحرر الوجيز. (21/3).

3 . الشعراوي, محمد متولي. تفسير الشعراوي. (1247).

4 . سورة القصص: آية 85.

5 . ينظر: الطبري, محمد بن جرير. جامع البيان عن تأويل آي القرآن. تحقيق: أحمد شاكر. طبعة: 1, سنة: 1420 هـ.

6 . مؤسسة الرسالة. (641/19).

7 . ابن حنبل, أحمد الشيباني. مسند الامام أحمد. القاهرة: مؤسسة قرطبة. (ح: 18739). (مسند عبد الله بن عدي بن

الحمراء). (305/4). قال الأرنؤوط: "حديث صحيح".

7 . الترمذي, محمد بن عيسى. سنن الترمذي. تحقيق: أحمد شاكر, وآخرون. بيروت: دار إحياء التراث العربي. (ح:

3926). (كتاب المناقب) (باب فضل مكة). (723/5). قال الألباني: "حديث صحيح".

لَنَا فِي صَاعِنَا وَفِي مُدِينَا وَصَحَّحَهَا لَنَا...¹. وقوله تعالى: (قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ...)². هذه الآية ظاهرة الدلالة آتة صلى الله عليه وسلم كان يحب أن تتحول القبلة نحو بلده مكة، يقول الطبري: "كان صلى الله عليه وسلم يقلب وجهه في السماء، يحب أن يصرفه الله عز وجل إلى الكعبة، حتى صرفه الله إليها"³. وذكر الشعراوي: إن هذا لا يعني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن راضياً أن تكون القبلة نحو بيت المقدس، وإنما كان يتجه إلى بيت المقدس، وفي قلبه عاطفة حب الوطن تتجه نحو تحويل القبلة إلى الكعبة⁴. وقوله تعالى في الدلالة على حب إبراهيم عليه السلام لوطنه: (فَلَمَّا اعْتَزَلْتَهُمْ وَمَا يَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ وَكُلًّا جَعَلْنَا نَبِيًّا)⁵. هذه الآية القرآنية تبين أن الله تعالى عوض إبراهيم عليه الصلاة والسلام بخير عميم بعد مفارقتة لقومه، واعتزاله إياهم بسبب كفرهم وشركهم، يقول السعدي: "ولما كان مفارقة الإنسان لوطنه ومألفه وأهله وقومه، من أشق شيء على النفس، لأمر كثيرة معروفة، ومنها انفراده عنم يتعزز بهم ويتكثر، وكان من ترك شيئاً لله عوضه الله خيراً منه، واعتزل إبراهيم قومه، قال الله في حقه: "فَلَمَّا اعْتَزَلْتَهُمْ وَمَا يَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ وَكُلًّا" من إسحاق ويعقوب "جَعَلْنَا نَبِيًّا" فحصل له هبة هؤلاء الصالحين المرسلين إلى الناس، الذين خصهم الله بوحيه، واختارهم لرسالته، واصطفاهم من العالمين"⁶. وقوله تعالى في الدلالة على حب موسى عليه السلام "فَلَمَّا قَضَى مُوسَى الْأَجَلَ وَسَارَ بِأَهْلِهِ آنَسَ مِنْ جَانِبِ الطُّورِ نَارًا"⁷. قال ابن العربي المالكي: "لما قضى موسى الأجل طلب الرجوع إلى أهله، وحن إلى وطنه، وفي الرجوع إلى الأوطان تفتحم الأغرار، وتزكب الأخطار، وتعلل الخواطر"⁸.

ثانياً: الأدلة العامة على حب الأوطان: من الأدلة العامة التي تظهر مدى حب الانسان، وارتباطه بوطنه الآتي: قرن الله تعالى الخروج من الديار بالقتل في قوله: (وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنْ اقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ أَوْ اخْرَجُوا مِنْ دِيَارِكُمْ مَا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلٌ مِنْهُمْ...)⁹. "فالقتل خروج الروح من الجسد بقوة قسرية غير الموت الطبيعي، والإخراج من الديار هو الترحيل القسري بقوة قسرية خارج الأرض التي يعيش فيها الإنسان، إذن فعملية القتل قرينة لعملية الإخراج من الديار،

- 1 . البخاري، محمد بن إسماعيل. صحيح البخاري. تحقيق: مصطفى ديب البغا. طبعة:3، سنة: 1407هـ. بيروت: دار ابن كثير. (ح: 1790). (فضائل المدينة). (باب كراهية النبي صلى الله عليه وسلم أن تعرى المدينة). (667/2).
- 2 . سورة البقرة: آية 144.
- 3 . الطبري، جامع البيان. (172/3).
- 4 . ينظر: الشعراوي، تفسير الشعراوي. (ص148).
- 5 . سورة مريم: آية 49.
- 6 . السعدي، عبد الرحمن بن ناصر. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان تفسير السعدي". طبعة:1، سنة: 1420هـ. مؤسسة الرسالة. (494/1).
- 7 . سورة القصص: آية 29.
- 8 . ابن العربي، محمد بن عبد الله. أحكام القرآن بيروت: دار الكتب العلمية. (259/6).
- 9 . سورة النساء: آية 66.

فساعة يُقتل الإنسان فهو يتألم، وساعة يخرج من وطنه فهو يتألم، وكلاهما شاق على الإنسان¹. وذكر السعدي: أن هذا من الأعمال الشاقة على النفوس، والذي لا يفعله إلا القليل النادر². قرن الله تعالى حب الدين بحب الديار، قال الله تعالى: (لَا يَهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ)³. جاء في التفسير الوسيط: هذه الآية ترسم المنهج الذي يجب على المسلمين أن يسيروا عليه مع غيرهم، وهو أن من لم يقاتلنا من الكفار، ولم يعمل أو يساعد على إلحاق الأذى والضرر بنا، لإخراجنا من ديارنا، فلا بأس من بره وصلته⁴. إن حب الوطن يجعل الإنسان يدافع عنه بكل قوته إذا هاجمه الأعداء، أو سعى أحد لإخراجه منه، قال تعالى: (أَلَمْ تَرَ إِلَى الْمَلَأِ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ مِنْ بَعْدِ مُوسَى إِذْ قَالُوا لِنَبِيِّهِمْ لَهُمْ ابْعَثْ لَنَا مَلَكًا نُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ قَالَ هَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ كُنِبْ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ أَلَّا تُقَاتِلُوا قَالُوا وَمَا لَنَا أَلَّا نُقَاتِلَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَقَدْ أُخْرِجْنَا مِنْ دِيَارِنَا وَأَبْنَانِنَا...)⁵. محاولة استثارة فرعون، وملاه لمشاعر قومهم ليخوفهم من موسى عليه السلام بين شدة ارتباط الإنسان بوطنه، وتعلقه به، وعدم استغنائاه عنه، وخوفه من الخروج منه، قال الله تعالى: (إِنَّ هَذَا لَسَجْرٌ عَلِيمٌ * يُرِيدُ أَنْ يُخْرِجَكُمْ مِنْ أَرْضِكُمْ بِسِحْرِهِ فَمَاذَا تَأْمُرُونَ)⁶. ووجه الخطاب لسيدنا موسى عليه السلام: (قَالَ أَجِئْنَا لِنُخْرِجَنَّا مِنْ أَرْضِنَا بِسِحْرِكَ يَا مُوسَى)⁷، جاء في كتاب اللباب في علوم الكتاب: "وتركيب هذه الشبهة عجيب، وذلك لأنه ألقى في مسامعهم ما يصيرون مبغضين له جداً بقوله: "أَجِئْنَا لِنُخْرِجَنَّا مِنْ أَرْضِنَا" لأن هذا مما يشق على الإنسان في النهاية"⁸.

المطلب الثاني: حكم الانتماء للوطن

من المعلوم أن حب الانسان لبلده متأصل في الفطرة⁹، ولكن المتأمل يجد أن المستعمرين سعوا جاهدين بعد هدم الخلافة الاسلامية¹⁰ إلى تقسيم الأمة الاسلامية إلى دويلات، وإشغالهم بالوطنية، والقومية، وبث روح الحقد، والكراهية بينها، فاستعملت كلمة الوطنية بدلاً من الاسلامية، ثم بدأ الولاء والبراء للوطن يعقد على هذا الأساس حتى وصل الأمر

1 . الشعراوي، تفسير الشعراوي. (ص 347).

2 . السعدي، تفسير السعدي، (1/185).

3 . سورة الممتحنة: آية 8.

4 . ينظر: طنطاوي، التفسير الوسيط. (1/4171).

5 . سورة البقرة: آية 246.

6 . سورة الشعراء: آيات 34-35.

7 . سورة طه: آية 57.

8 . ابن عادل، اللباب في علوم الكتاب. (13/282).

9 . فقد صرح النبي صلى الله عليه وسلم بهذا النوع من الحب للوطن، وهو في طريق هجرته إلى المدينة المنورة فقال: "ما أطيبك من بلد، وأحبك إلي، ولولا أن قومي أخرجوني منك ما سكنت غيرك". . ابن حبان. صحيح ابن حبان. (ح: 3709).

(كتاب الحج) . (باب فضل مكة). (9/23). قال شعيب: "حديث صحيح".

10 . قامت الجمعية الوطنية الكبرى لتركيا في 1 نوفمبر 1922 بإلغاء الرسمي للسلطنة العثمانية. (طقوش، محمد

سهيل. تاريخ العثمانيين من قيام الدولة إلى الانقلاب على الخلافة. (ص 550-552).

في نهايته بأن يوالي المرء، أو يعادي بحسب مصلحة وطنه الخاصة¹. فلا يهيمه إن وقع اعتداء على مسلم في خارج حدود بلده، بل أحياناً قد يفرح لذلك لاختلاف المصالح بين القطرين. حتى أن سيد قطب عدّ فكرة الوطن على هذا النحو صنماً يعبد من دون الله². فمن حمل فكرة الوطنية على هذا النحو، فوطنيته منكرة جاهلية لا تتفق مع روح الاسلام³. أما الوطنية المبنية على الحب الفطري للوطن، والاعتقاد بفضله إن دلت النصوص على ذلك⁴، والدفاع عنه ابتغاء رفعته ورد الأعداء، والسعي إلى الرقي به في جميع المجالات الدينية، والسياسية، والأخلاقية، والثقافية وغيرها، وكان هذا كله من أجل الله تعالى، فهذا واجب لا بدّ منه. ذكر ابن عثيمين أنّ من قاتل دفاعاً عن وطنه لأنّه وطن إسلامي تجب حمايته، وحماية المسلمين فيه، فنيته إسلامية صحيحة، وفعله هذا في سبيل الله تعالى⁵.

المبحث الثاني

مفهوم الاتجاه الوطني في التفسير

يتكون هذا اللفظ المركب من عدة مصطلحات، معانها على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الاتجاه

الاتجاه: "وَجَّهَ النَّخْلَةَ: غَرَسَهَا فَأَمَّا لَهَا قِبَلَ الشَّمَالِ... يُقَالُ: قَعَدْتُ وَجَاهَكَ، وَتُجَاهَكَ، أَي: جِذَاءَكَ مِنْ تَلْفَاءِ وَجْهِكَ، وَفِي الصِّحَاحِ: أَي قِبَالَتَكَ. وَفِي حَدِيثِ صَلَاةِ الْخَوْفِ: (وَطَائِفَةٌ تُجَاهُ الْعَدُوِّ)⁶، أَي: مُقَابَلَتَهُمْ وَجِذَاءَهُمْ، وَلِقَبِهِ وَجَاهًا وَمُوجِهَةً: قَابِلٌ وَجْهَهُ بِوَجْهِهِ، وَالْمُوجِّهُ، كَمَعْظَمٍ: ذُو الْجَاهِ، كَالْوَجِيهِ"⁷. ذكر ابن منظور أنّه اتبع شيء موجه، والشئ الموجه الذي يجعل على جهة واحدة ولا يختلف، والوجهة: الموضع الذي تتوجه إليه وتقصد⁸. وفي التنزيل قوله عز وجل: (وَلِكُلِّ وَجْهَةٌ هُوَ مُوَلِّئُهَا)⁹، يعني: قبلة¹.

1. ينظر: أبو زيد، بكر. معجم المناهي اللفظية. (1/56-57).

2. ينظر: قطب، في ظلال القرآن. (4/232).

3. ينظر: ابن عثيمين، محمد صالح. القول المفيد على كتاب التوحيد. طبعة: 2، سنة: 1424هـ. السعودية: دار ابن الجوزي. (2/479).

4. كما في النصوص الدالة على فضل المواطن الثلاثة التي تشد إليها الرحال، قال صلى الله عليه وسلم: "لا تُشَدُّ الرَّحَالُ إِلَّا إِلَى ثَلَاثَةِ مَسَاجِدَ: الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، وَمَسْجِدِي هَذَا، وَالْمَسْجِدِ الْأَقْصَى" البخاري، محمد بن إسماعيل. صحيح البخاري. تحقيق: مصطفى ديب البغا. طبعة: 3، سنة: 1407هـ. بيروت: دار ابن كثير. (ح: 1132). (كتاب الكسوف). (باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة). (1/398).

5. ينظر: ابن عثيمين، القول المفيد على كتاب التوحيد. (2/479).

6. البخاري، صحيح البخاري. (ح: 3900). (باب غزوة ذات الرقاع). (كتاب المغازي). (4/1513).

7. الزبيدي، محمد بن محمد الحسيني. تاج العروس من جواهر القاموس. دار الهداية. (36/538).

8. ينظر: ابن منظور، محمد بن مكرم. لسان العرب. بيروت: دار صادر. (13/555).

9. سورة البقرة: آية 148.

يظهر من التعريفات السابقة أنّ الاتجاه في اللغة: الشيء الموجه الذي يقصد، ويُلفت إليه من جهة، أو موضع، أو طريق، أو غاية.

أما في الاصطلاح فقد تنوعت اتجاهات المفسرين من ناحية عملية عند النظر في تفاسيرهم، فمنهم من قصد جمع المأثور، ومنهم من قصد البلاغة، ومنهم من قصد آيات الأحكام... لكن لم ينقل عن معظمهم معنى واضح للاتجاه، كما نُقل عنهم تعريف المناهج، ولعل في هذا الفعل إحياء إلى الاشتراك بين المناهج، والاتجاهات في المعنى. غير أنّ المتأمل يجد أنّ هناك فرقاً بين المصطلحين يتضح من خلال النظر في تعريف بعض العلماء المعاصرين للاتجاه.

يقول المشني: "مجموعة من الأفكار، والنظرات، والمباحث التي تشيع في عمل فكري كالتفسير بصورة أوضح من غيرها، وتكون غالبية على ما سواها... تعكس بصدق مصدر الثقافة التي تأثر بها المفسر ولوّنت تفسيره بلونها"². ويقول مساعد الطيار: "الوجهة التي قصدها المفسر في تفسيره، وغلبت عليه، أو كانت بارزة في تفسيره، بحيث تميزها عن غيره"³.

يتبين لنا أنّ الاتجاه في التفسير ما قصده المفسر، وغلب عليه أثناء تفسيره، وبهذا يتفق المعنى الاصطلاحي مع المعنى اللغوي.

إنّ الناظر في التعريف اللغوي، والاصطلاحي لكلمة (الاتجاه) يجد أنّها جاءت للدلالة على شيئين: الأول: للدلالة على الشيء المادي الحسي، حيث أُطلق على الطريق التي يعرفها الانسان. والثاني: للدلالة على الشيء النظري حيث أُطلق على الأمور العلمية المرسومة في التفسير، والتي قصد المفسر تحقيقها، وغلبت على تفسيره، والتي يتعرف عليها بالبحث والدراسة.

وإذا أردنا أن نبرز الفرق اللطيف بين الاتجاه، والمنهج لا بدّ أن ننظر في مفهوم المناهج، ومما جاء فيها، أنّها: "الطريق المنهوج أي: المسلك"⁴، وجاء أيضاً أنّها: "الأساليب التي يتبعها المفسرون لبيان مراد الله تعالى من آيات القرآن الكريم، بحسب الطاقة البشرية"⁵.

من هنا يتبين لنا أنّ الفرق بين الاتجاه والمنهج: أنّ الاتجاه هو الغاية، والمقصد، والهدف الذي يريد المفسر تحقيقه، أما المنهج فهو الطريقة التي يسلكها من أجل الوصول للمقصد، والهدف.

المطلب الثاني: مفهوم الوطنية

إذا أردنا أن نعرف مفهوم كلمة الوطنية، فلا بدّ أن نتعرف على معاني المصطلحات الآتية:

1. يُنظر الفراء: معاني القرآن. (1/ 85). والطبري: جامع البيان. (3/ 193). والسمعاني: تفسير القرآن. (1/ 153).
2. المشني: أثر اتجاهات المفسرين في مناهجهم. (ص: 120).
3. الطيار، مساعد. فصول في أصول التفسير. (ص 20).
4. المناوي، محمد عبد الرؤوف. التوقيف على مهمات التعاريف. تحقيق: محمد رضوان الداية. طبعة: 1، سنة: 1410هـ. بيروت: دار الفكر. (681/1).
5. مسلم، مصطفى: مناهج المفسرين. طبعة: 1، سنة: 1415هـ. الرياض: دار المسلم للنشر والتوزيع. (ص: 15).

أولاً: مفهوم الوطن: هو "مَنْزِلُ الإِقَامَةِ مِنَ الْإِنْسَانِ، وَمَحَلُّهُ، وَأَوْطَانٌ، أَيْ: أَقَامَ، وَأَوْطَنَهُ إِيطَانًا وَوَطَنَهُ تَوَطَّنًا، وَاسْتَوْطَنَهُ إِذَا اتَّخَذَهُ وَطَنًا، أَيْ مَحَلًّا، وَمَسْكَنًا يَقيِمُ بِهِ، وَمِنَهُ الْحَدِيثُ: (تَمَّتْ عَن نَفَرَةِ الْغُرَابِ، وَأَنَّ يُوطِنَ الرَّجُلُ فِي الْمَكَانِ بِالْمَسْجِدِ كَمَا يُوطِنُ الْبَعِيرُ)¹، أَيْ: أَنَّ يَأْلَفَ مَكَانًا مَعْلُومًا مَخْصُوصًا بِهِ يُصَلِّي فِيهِ"². وجاء هذا المعنى في المعجم الوسيط، وأضيف عليه: أن إليه الانتماء، وإليه المأوى، فمريض البقر، والغنم هو الذي تأوي إليه³.

يقول الجرجاني: "الوطن الأصلي هو مولد الرجل، والبلد الذي هو فيه، ووطن الإقامة: موضع ينوي أن يستقر فيه خمسة عشر يوماً، أو أكثر من غير أن يتخذه مسكناً"⁴.

ثانياً: الوطنية: هي "انتساب إلى المكان الذي يستوطنه الانسان"⁵. وتعني أيضاً "حب الوطن، والشعور بانتماء باطني نحوه"⁶. كما تطلق الوطنية على المشاعر الجياشة، والعاطفة القوية، التي يكنها الأفراد والمواطنون لدولتهم، أو وطنهم⁷.

يظهر في التعريفات التركيز على الجانب العاطفي، والمشاعر تجاه الوطن، وهذا يغطي جانباً فقط من جوانب الوطنية. لذا فالتعريف المختار للوطنية هو: "شعور الفرد بحب وطنه الأصغر، وإمامه بتاريخه، وقضايا حاضره وطموحات مستقبله، واستعداد له لبذل كل ما يملك للدفاع عنه، وخدمته في شتى المواقع، والدفاع عن الوطن الأكبر، والذي يضم رقااع الأمة كلها"⁸.

والفرق بين تعريف المسلم للوطنية، وتعريف غيره من الوطنيين العلمانيين والقوميين، هو: أننا نرسم حدود الوطنية بالعقيدة، "فعقيدة المؤمن هي وطنه، وهي قومه، وهي أهله"⁹، فأينما وجد مسلم موحد يدين بعقيدة أهل الاسلام، فثمّ وطن له حرمة، وقداسته، وحرية أفراد، ووجب الدفاع عنه إذا وقع عليه اعتداء، يذكر القرضاوي كلاماً حول هذا

¹ . جاء هذا الحديث في سنن أبي داود مع اختلاف يسير في اللفظ، فعن عبد الرحمن بن شبل قال: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَفَرَةَ الْغُرَابِ وَأَفْتَرَأَشِ السَّبُعِ وَأَنَّ يُوطِنَ الرَّجُلُ الْمَكَانَ فِي الْمَسْجِدِ كَمَا يُوطِنُ الْبَعِيرُ". أبو داود، سليمان بن الأشعث. سنن أبي داود. بيروت: دار الكتاب العربي. (ح: 862). (كتاب الصلاة). (باب صلاة من لا يقيم صلته في الركوع، والسجود). (322/1). قال الألباني: "حديث حسن".

² . الزبيدي، تاج العروس. (261/36).

³ . ينظر: مصطفى، إبراهيم، وآخرون. المعجم الوسيط. تحقيق: مجمع اللغة العربية. دار الدعوة. (1042/2).

⁴ . الجرجاني، علي بن محمد. التعريفات. تحقيق: إبراهيم الأبياري. طبعة: 1، سنة: 1405هـ. بيروت: دار الكتاب العربي. (327/1).

⁵ . الزبيدي، عبد الرحمن، مبدأ المواطنة في المجتمع السعودي. مجلة المعرفة، عدد 120، سنة: 1426هـ. ص 9.

⁶ . الحصري، ساطع. آراء وأحاديث في الوطنية والقومية. طبعة: 2، سنة: 1985م. بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية. (ص9).

⁷ . ينظر: حشيم، مصطفى عبد الله. موسوعة علم السياسة. طبعة: 1، سنة: 1425هـ. ليبيا: الدار الجماهيرية. (ص 459).

⁸ . التربية الوطنية في الاسلام "دراسة تحليلية". (ص 6).

⁹ . قطب، سيد إبراهيم حسين الشاربي. في ظلال القرآن. طبعة: 17، سنة: 1412هـ. بيروت: دار الشروق. (12/1).

المعنى: إنّ هناك أمة واحدة ينتهي إليها المسلم وبها يعتز، وتؤمن برب واحد، وكتاب واحد، ونبى واحد وقبيلة واحدة. تتكون من شعوب وقبائل في أقطار وأقاليم، وهي أمة واحدة تجمعها العقيدة، وتربط بينها الشريعة، وتوحيدها القيم والآداب والأخلاق الإسلامية، فهي عالمية وليست قومية، ولم تنشأ بإرادة فرد أو حزب، لأنّها من صنيع الله تعالى، تتميز بعدة خصائص، ومقومات، فهي أمة وسطية في كل شيء من التصور والاعتقاد، إلى السياسة، والاقتصاد، وغيرها من مناحي الحياة. وهي أمة خالدة¹.

المطلب الثالث: مفهوم التفسير

المتبوع لمعنى التفسير في اللغة يجد أنّه يقف أمام اتجاهين اثنين في تحديد معناه:

الأول: أنّ التفسير مشتق من الفسر بمعنى: الكشف، والبيان، وفسره، أي: أبانه². والثاني: أنّه مقلوب، فيكون الجذر (السفر)، ومعناه: كشف الغطاء، فيقال: امرأة سافرة أي التي ألفت خمارها عن وجهها، وسفر الصبح، سَفراً، أي: أضاء، وأشرق، وسّي السفر سَفراً لأنه يُسفر، ويكشف عن وجوه المسافرين، وأخلاقهم، فيظهر ما كان خفياً فيها³.

والمأمل يجد أنّ دلالة كلا الجذرين تجتمع في المعنى، فكلاهما يعني: الكشف عن المغلق، وبيانه، وتوضيحه.

أما في الاصطلاح، فقد تنوعت تعريفات العلماء الاصطلاحية لكلمة التفسير، منهم من أطالوا فيها، ومنهم من أوجز وأبلغ، ومن تعريفات من أطالوا: أبو حيان، في قوله: "علم يبحث فيه عن كيفية النطق بألفاظ القرآن، ومدلولاتها، وأحكامها الإفرادية، والتركيبية، ومعانيها التي تحمل عليها حال التركيب، وتتمت ذلك"⁴. وممن أوجزوا وأبلغوا الزرقاني في قوله: هو "علم يبحث فيه عن القرآن الكريم من حيث دلالاته على مراد الله تعالى بقدر الطاقة البشرية"⁵.

ويجتمع المعنى اللغوي مع المعنى الاصطلاحي للتفسير في أنّ كليهما يسعى للكشف عن المغطى، وبيانه، وتوضيحه.

المطلب الرابع: مفهوم المصطلح المركب (الاتجاه الوطني في التفسير)

نستطيع أنّ نفهم هذا المصطلح المركب في ضوء ما سبق بيانه بالنظر إلى ناحيتين، وهما: الناحية النظرية، والناحية العملية:

¹ ينظر: يوسف القرصاوي. من أجل صحوة راشدة: تجدد الدين وتنهض بالدين. دار الشروق. (ص: 158-159).

² ينظر: ابن منظور، محمد بن مكرم. لسان العرب. طبعة: 1، بيروت: دار صادر. (55/5).

³ ينظر: الزبيدي، تاج العروس. (12/38-41).

⁴ أبو حيان، محمد بن يوسف الأندلسي. البحر المحيط في التفسير. تحقيق: أحمد عادل وآخرون. طبعة: 1، سنة: 1422هـ. بيروت: دار الكتب العلمية. (1/121).

⁵ الزرقاني، محمد عبد العظيم، مناهل العرفان في علوم القرآن. تحقيق: مكتب العلوم والدراسات. طبعة: 1، سنة: 1996م. بيروت: دار الفكر. (4/2).

أما الأولى: مفهوم الاتجاه الوطني في التفسير من الناحية النظرية: إنّه الاتجاه الذي يهدف إلى إبراز القضايا التي تتعلق بالأرض - الوطن، وبسطها، وتحديد معالمها، والافادة منها، والدفاع عنها، من خلال ما جاء في كتب التفسير القديمة والحديثة، وقد برز هذا الاتجاه في كتب التفسير القديمة والحديثة، ولكنّه ظهر بشكل واضح في كتب التفسير الحديثة لحاجة الناس إلى فهم الأمور التي تحيط بأوطانهم، خاصة في التفاسير التي كتبت في ظل الصراعات مع الأعداء، لأنّ التفاسير في عمومها كانت تتوجه إلى الأولويات التي تحيط بالمجتمعات.

وقد سعى أصحاب هذا الاتجاه إلى الاستعانة بالتفسير لما له من مكانة عظيمة عند الناس خاصة أنّه مرتبط بالقرآن الكريم، من أجل حل المشكلات التي تعاني منها أوطانهم على تنوعها.

وأما الثانية: أما المفهوم من الناحية العملية: فإنّه الدعوة إلى تنزيل أقوال المفسرين التي تتناول الحديث عن الأوطان، على الواقع، من أجل السعي إلى رفعها، خاصة التفاسير التي كتبت في ظل الأزمات لتوجيه هذه المجتمعات إلى ما يفيدهم في سبيل الوصول إلى خير بلادهم، وتعريفهم بما لا يفيدهم حتى يبتعدوا عنه، ويتجنبوه.

المبحث الثالث

الأدلة على وجود الاتجاه الوطني في تفسير مجالس التذكير من كلام الحكيم الخبير لعبد الحميد بن باديس

أولاً: ترجمة ابن باديس

هو الامام المصلح الشهير، العلامة السلفي، الأستاذ الكبير، رائد النهضة العلمية في الجزائر¹، الشيخ عبد الحميد بن مكي بن باديس الصنهاجي، ينتهي نسبه إلى (المعز بن باديس)² مؤسس الدولة الصنهاجية الأولى، ولد بمدينة (قسنطينة)³، سنة 1308هـ. والده: محمد مصطفى بن مكي، صاحب مكانة مرموقة وشهرة واسعة⁴.

من أشهر مشايخه الشيخ حمدان التونسي، والعلامة محمد النخلي، والشيخ الطاهر بن عاشور، ومحمد بن القاضي، ومحمد الصادق النيفر، وبلحسن النجار، والعلامة محمد بخيت المطيعي، وغيرهم⁵.

¹ ينظر: ابن باديس، عبد الحميد، مجالس التذكير من كلام الحكيم الخبير "تفسير ابن باديس". طبعة: 1، سنة 1430هـ. الجزائر: دار الرشيد. (19/1).

² المعز بن باديس بن المنصور الصنهاجي (398 - 454 هـ): "من ملوك الدولة الصنهاجية بإفريقية، ولد بالمنصورة (من أعمال إفريقية) وولي بعد وفاة أبيه (سنة 406 هـ) وأقره الحاكم الفاطمي، صاحب مصر والمغرب، ولقبه بشرف الدولة، وساد الامن في أيامه، وبنى بنايات ومساجد أنفق عليها أموالاً وافرة، وقرب العلماء وأكرمهم، ونشبت بينه وبين قبائل زناتة حروب انتصر في جميعها، وكانت خطبته للفاطميين، فقطعها (سنة 440) وجعلها للعباسيين... وهو أول من حمل الناس بإفريقية على مذهب مالك..." (الزركلي، الاعلام. 269/7).

³ مدينة جزائرية .

⁴ ينظر: ابن باديس، مجالس التذكير من كلام الحكيم الخبير "تفسير ابن باديس". (35/1).

⁵ ينظر: ابن باديس، تفسير ابن باديس. (37/1).

من أبرز تلاميذه الشيخ مبارك الميلي، وموسى الأحمدى، والهادي السنوسي، ومحمد الصالح بن عتيق، ومحمد الصالح رمضان، وغيرهم¹.

تبوأ ابن باديس مكانة علمية مرموقة عالية، قد أثنى عليه كثير من العلماء والشيوخ، قال الشيخ محمد البشير الأبراهيمي: "باني النهضة العلمية والفكرية بالجزائر، وواضع أسسها على صخرة الحق، وإمام الحركة السلفية، ومربي جيلين كاملين على الهداية القرآنية والهدى المحمدي، وغارس بذور الوطنية الصحيحة، وملقن مبادئها، عالم البيان، وفارس المنابر"². وقال العلامة الألباني: "وقد كنت قرأت بحثاً فياضاً ممتعاً في تفسير العلامة ابن باديس"³، وقال الشيخ الميلي: "الاستاذ العظيم والمرشد الحكيم عدتنا العلمية، وعمدتنا الاصلاحية"⁴. وقال الشيخ الطيب العقبى: "المصلح الفذ، والعلامة الذي ما أنجبت الجزائر مثله إلا قليلاً"⁵.

توفي ابن باديس بعد حياة عامرة حافلة بعظائم الأعمال، وجلالها، سنة: 1359هـ⁶، ودفن في روضة أسرته بجي الشهداء قرب مقبرة قسنطينة⁷.

ثانياً: مؤلفاته

لقد ترك ابن باديس للمكتبة الاسلامية مجموعة من الكتب العلمية، لم يصل إلينا منها سوى مؤلفات قليلة، ومنها⁸: ("من هدي النبوة" أو "مجالس التذكير من كلام البشير النذير"، "رجال السلف ونساؤه"، القصص الهادف، العقائد الاسلامية من الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية، مبادئ الأصول، رسالة جواب سؤال عن سوء المقال، العواصم من القواصم لأبي بكر بن العربي المالكي، تحفة المستهدي في إثبات خروج المهدي، التأفين لمنكر التأبين، "تفسير ابن باديس" "مجالس التذكير من كلام الحكيم الخبير").

ثالثاً: التعريف بتفسيره والجو العام الذي كتب فيه

اسم تفسيره أخذ من العنوان الذي كان يضعه لما يكتبه بقلمه في تفسير بعض الآيات القرآنية الجامعة، ويجعله فواتح لأعداد مجلة الشهاب⁹.

1. ينظر: ابن باديس، تفسير ابن باديس. (37/1).

2. ابن باديس، تفسير ابن باديس. (38/1).

3. الألباني، محمد ناصر الدين. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة. طبعة: 1، سنة:

1412هـ. الرياض: دار المعارف. (427/2).

4. ابن باديس، تفسير ابن باديس. (38/1).

5. ابن باديس، تفسير ابن باديس. (38/1).

6. ينظر: الزركلي، الأعلام. (40/2).

7. ينظر: حميداتو، مصطفى محمد. عبد الحميد بن باديس وجهوده التربوية. (39/1).

8. ينظر: ابن باديس، تفسير ابن باديس. (39/1).

9. ينظر: ابن باديس، تفسير ابن باديس. (15/1).

أما مصادره في التفسير فمن أبرزها: تفسير ابن جرير الطبري، وتفسير الكشاف، وتفسير أبي حيان الأندلسي، وتفسير الرازي، وغير ذلك¹.

حين تصدى ابن باديس للتفسير كان يرى أنّ تدوين التفسير بالكتابة مشغلة عن العمل المقدم وإضاعة للعمر، لذلك بدء بالتفسير دروساً تسمعا الجماهير فتتجمل الاهتداء بها، ولو أنّه كان مشغولاً بتعليم جيل وتربية أمة ومكافحة أمية ومعالجة أمراض اجتماعية ومصارعة استعماراً لممكنه أن يجمع بين الحسنين، عكف على تفسير القرآن 25 سنة، حتى أتمه إلى آخره، كان يعلل النفس باتساع الوقت وانفساح الأجل حتى يكتب تفسيراً على طريقته، فحال الموت دون ذلك، ولكنّ الله تعالى أبي إلا أن يذيع فضله وعلمه فألهمه كتابة مجالس معدودة من تلك الدروس، كان ينشرها في (مجلة الشهاب)²، فتصدى السيد أحمد بوشمال عضد الامام المفسر وصفيه وكاتبه لتجريدها ونشرها كتاباً مستقلاً³.

وبالنظر إلى الجو العام الذي كتب فيه التفسير نجد أنّه كان في ظل احتلال فرنسا للجزائر، وقد كان من أولويات فرنسا عند احتلال الجزائر (1246هـ)، محو عروبة الجزائر وإسلامها، فمنذ أن نزلت قواتهم إلى الجزائر أعلنت فرنسا امتلاكها، وأرادت إخضاعها بالكامل لسيطرتها، وإزالة كل معالم الحكم العثماني فيها، في هذا الوقت شنت فرنسا حرباً بلا هوادة على الثقافة الإسلامية في طول البلاد وعرضها، وبدأت بتهديم صروح الثقافة المزدهرة في الجزائر، المتمثلة في مدينتي تلمسان، وقسنطينة، وفي الوقت ذاته أغلقت أبواب نحو ألف مدرسة ابتدائية وثانوية عالية في وجه أكثر من مئة وخمسين ألف طالب، وشردوا معظم الأساتذة المبدعين، ولم يبق من المدارس إلا ما سمحت به فرنسا. ورافق الاحتلال الفرنسي في طول مدته صنوف الإبادة والتشريد والتنكيل الجماعي، وإلقاء آلاف الأحرار والمقاومين في السجون. في هذه الأجواء المظلمة المليئة بالتنكيل الجسدي والروحي، ظهر ابن باديس ليبلسم قلوب الجزائريين، ويعيد الأمل إلى نفوسهم ويبدد الظلام من حولهم بدعوته الإصلاحية النهضوية، وأول ما ولد من جهوده الإصلاحية جمعية العلماء المسلمين الجزائريين برئاسة، وكان لسان مقالها مجلة الشهاب، وعمل على إرسال البعثات العلمية إلى عدد من الأقطار العربية شعارها شعب الجزائر مسلم وإلى العروبة ينتسب⁴.

¹ . ينظر: ابن باديس، تفسير ابن باديس. (30/1).

² . مجلة الشهاب: مجلة علمية دينية أدبية، أصدرها في قسنطينة الجزائر عبد الحميد بن باديس، (1344هـ) واستمرت في الصدور إلى سنة: (1358) كانت في بدء ظهورها أسبوعية من 4-6 صفحات، ثم صارت شهرية من 40-60 صفحة، وكان شعارها إن العروبة والإسلام لا ينفصلان، وقد صدر منها في حياة ابن باديس 15 مجلداً " (جورج الراسي، الإسلام الجزائري من الأمير عبد القادر إلى أمراء الجماعات. بيروت: دار الجديد. سنة: 1997م. ص 178-179). (الزركلي، الاعلام.) .

³ . ينظر: ابن باديس، تفسير ابن باديس. (12-14/1).

⁴ . ينظر: مقبل، فهمي توفيق محمد. عبد الحميد بن باديس رائد الإصلاح والنهضة في تاريخ الجزائر الحديث. (ص 1-4).

أما منهجه العام في التفسير فهو منهج الراسخين من أئمة السلف، وأئمة الخلف الذين ساروا على دربهم والذي يتلخص في: "تفسير القرآن بالقرآن، والسنة الصحيحة، وإلا فبأقوال الصحابة رضوان الله عليهم، وإلا فبأقوال التابعين رحمهم الله تعالى، وإلا فبلغة العرب التي نزل بها الوحي، وقد سار على هذا المنهج الصحيح وطبقه أحسن تطبيق"¹.

رابعاً: ظهور الاتجاه الوطني في تفسير ابن باديس

الأجواء التي عاشها المفسر، تشير إلى ذلك، فقد عاش في فترة احتلال غاشم لوطنه، حاول أن يقضي على عروبة وطنه، ويسيطر على مقدراته، وكتب تفسيره في ظل هذه الأجواء، وكانت أبرز ملامح الوطنية في تفسيره الآتي:

1. فكر المفسر الاصلاحى النهضوي الوطني يدل على ذلك، فقد كان يكثر في مقالاته وكتاباتة في التفسير وغيره من الدعوة إلى ذلك. ومما جاء في مقالاته الصحفية أنه كان يردد كثيراً أنّ مقومات الجزائر ثلاثة: الإسلام، والعربية، والأرض الجزائرية بحدودها. ودعا إلى وحدة المغرب العربي الكبير (من طرابلس الغرب حتى المحيط الأطلسي). ودعا إلى القومية العربية، ووحدة الوطن العربي الكبير، وأشاد في كل مناسبة بالعرب والعربية والإسلام والوطنية².

2. التصريح بأن القرآن الكريم هو الوسيلة المثلى لتغيير واقع المسلمين والرقى بأوطانهم، فلا فلاح لهم إلا بالرجوع إلى هديه³.

3. الخطبة التي افتتح بها دروس التفسير العام بالجامع الأخضر في الجزائر تدل على ارتباطها بواقع الوطن، قال فيها: "والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي اختاره الله تعالى من صميم العنصر العربي ولبابه، وحلاه بأسى معارف النوع البشري، وأكمل آدابه وأرسله رحمة للعالمين ... فأدى الرسالة، وبلغ الأمانة، وجاهد في الله حق جهاده، حتى رجع الحق إلى نصابه، وعلى الغر الميامين من آله ..."⁴. ظاهر من مقدمته أنه يركز في ثنائه على رسول الله صلى الله عليه وسلم على مقارعة الأعداء حتى إعادة الحق لأصحابه، وهذا فيه إلماح للواقع الذي يعيشه.

4. الحديث عن الواقع في تفسيره، وتوجيه الخطباء والوعاظ والعلماء إلى ذلك، قال في تفسيره لقوله تعالى: (ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ)⁵. "وأكثر الخطباء في الجمععات اليوم في قطننا يخطبون الناس بخطب معقدة مسجعة

¹ . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (22/1).

² . ابن باديس، عبد الحميد بن محمد. تفسير ابن باديس "في مجالس التذكير من كلام الحكيم الخبير". تحقيق: أحمد شمس الدين. طبعة: 1، سنة: 1416 هـ. بيروت: دار الكتب العلمية. (11/1).

³ . ينظر: ابن باديس، تفسير ابن باديس. (12/1).

⁴ . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (95/1).

⁵ . سورة النحل: آية 125.

طويلة من مخلفات الماضي، لا يراعى فيها شيء من أحوال الحاضر وأمراض السامعين...¹. وقد طبق هذا بوضوح وجلاء في كتاباته فكانت دائماً تلامس الواقع الذي يحياه، ومنها قوله: "فانظر إلى حالتنا معشر المسلمين الجزائريين وغير الجزائريين، تجد السواد الأعظم من عامتنا غارقاً في هذا الضلال: فتراهم يدعون من يعتقدون فيهم الصلاح من الأحياء والأموات، يسألونهم حوائجهم من دفع الضر، وجلب النفع، وتيسير الرزق، وإعطاء النسل، وإنزال الغيث، وغير ذلك مما يسألون. ويذهبون إلى الأضرحة التي شيدت عليها القباب، أو وظلمت بها المساجد فيدعون من فيها..."².

5. الحديث عن الأسباب التي أدت إلى وصول أوطان المسلمين إلى ما وصلت إليه من الذلة والمهانة، قال في تفسيره لقوله تعالى: (كُلًّا نُمِدُّ هَؤُلَاءِ وَهَؤُلَاءِ مِنْ عَطَاءِ رَبِّكَ وَمَا كَانَ عَطَاءُ رَبِّكَ مَحْظُورًا)³. "الذي أفادته الآية الكريمة مشاهد في تاريخ المسلمين قديماً وحديثاً، فقد تقدموا حتى سادوا العالم، ورفعوا علم المدينة الحقة بالعلوم والصنائع، لما أخذوا بأسبابها كما يأمرهم دينهم، وقد تأخروا حتى كادوا يكونون دون الأمم كلها بإهمال تلك الأسباب فخسروا دنياهم وخالفوا مرضاة ربهم، وعوقبوا بما هم عليه اليوم من النذل والانحطاط ولن يعود إليهم ما كان لهم إلا إذا عادوا إلى امتثال أمر ربهم في الأخذ بتلك الأسباب"⁴.

6. التصريح بحب الوطن: وقف ابن باديس مع حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "بِسْمِ اللَّهِ تُرْبَةُ أَرْضِنَا بِرِيقَةٍ بَعْضِنَا يُشْفَى سَقِيمُنَا"⁵. وبين أن الناس قد انقسموا في فهمه على أقسام، وهي⁶:

- يقول المتخلف القاصر: تربة المدينة بريق النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ شفاء ما بعده من شفاء.
- ويقول الطبيب المستغرب: هذا محال، في التراب مكروب، وفي الريق مكروب، فأتى يشفيان مريضاً أو ينفسان عن مكروب؟!
- ويقول الكيماوي: ها هنا تفاعل بين عنصرين، ودعوا التعليل، فالقول ما يقول التحليل.
- ويقول ذوو المنازع القومية والوطنية، ولو كانوا يدينون بالوثنية: أمنا بأن محمداً رسول الله، فقد علم الناس من قبل أربعة عشر قرناً أن تربة الوطن معجونة بريق أبنائه، تشفي من القروح والجروح، ليربط بين تربته وبين قلوبهم عقداً من المحبة والإخلاص له، وليؤكد فيها معنى الحفاظ له والاحتفاظ به، وليقرر لهم من من الوطن منة كانوا عنها غافلين، فقد كانوا يعلمون من علم الفطرة أن تربة الوطن تغذي وتروي، فجاءهم من علم النبوة أنها تشفي فليس هذا الحديث إرشاداً لمعنى طبي، ولكنه درس في الوطنية عظيم.

1. ابن باديس، تفسير ابن باديس. (145/1).

2. ابن باديس، تفسير ابن باديس. (119/1).

3. سورة الاسراء: آية 20.

4. ابن باديس، تفسير ابن باديس. (178/1).

5. البخاري، صحيح البخاري. (ح: 5413). (باب رقية النبي صلى الله عليه وسلم). (كتاب الطب). (2168/5).

6. ينظر: ابن باديس، تفسير ابن باديس. (378/1).

ثم عقب على هذه الأقوال: "ولو أنصف المحدثون لما وضعوه في باب الرقي والطب، فإنه بباب "حب الوطن" أشبه، وما نرى هذا القول:

(أَلَا لَيْتَ شِعْرِي هَلْ أَيْتَنَ لَيْلَةً ... بَوَادٍ وَحَوْلِي إِذْ حُرِّ وَجَلِيلٌ

وَهَلْ أَرَدَنْ يَوْمًا مِيَاهَ مَجَنَّةٍ ... وَهَلْ تَبْدُونُ لِي شَامَةً وَطَفِيلٌ)¹

إلا سائرًا على شعاعه، وما ترى ذلك الغريب المريض الذي سئل فيم شفاؤك؟ فقال: شمة من تربة إصطخر، وشربة من ماء نهاوند... ولقد زادنا إيمانًا به بعد إيمان أنه يقول: تربة أرضنا، بريقة بعضنا، ولم يقل: تربة الأرض بريق بني آدم فليس السر في تربة وريق ومرض، ولكن السر في أرضنا وبعضنا ومريضنا، فهذه والله ربنا صخرة الأساس في بناء الوحدة الوطنية والقومية، لا ما يتبجح به المفتونون². وبين في موضع آخر وهو يتحدث عن خبر النملة في قصة سليمان عليه السلام، أنه "لا حياة للشخص إلا بحياة قومه، ولا نجاة لهم إلا بنجاتهم، وأن لا خير لهم فيه إلا إذا شعر بأنه جزء منهم"³.

7. حديثه عن جهاد المعتدين، وحماية الأوطان: قال في حديثه عن طبيعة ملك الأنبياء عليهم السلام: "ومن طبيعته الدعوة إلى القوة والتنويه بها وبناء الحياة عليها، لكن في نطاق العدل والرحمة ولدفاع المعتدين، كما قال تعالى: (وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ)⁴".

8. تسليية المؤمنين المستضعفين ببيان عاقبة أمر المعتدين: قال في حديثه عن قصة بني إسرائيل مع فرعون في تفسيره لقوله تعالى: (وَنُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ عَلَى الَّذِينَ اسْتُضِعُّوا فِي الْأَرْضِ وَنَجْعَلَهُمْ أَئِمَّةً وَنَجْعَلَهُمُ الْوَارِثِينَ وَنُكَفِّرَنَّ لَهُمْ فِي الْأَرْضِ وَنُرِيَّ فِرْعَوْنَ وَهَامَانَ وَجُنُودَهُمَا مِنْهُمْ مَا كَانُوا يَحْذَرُونَ)⁶. "إن الله أراد بما صنع لبني إسرائيل، وبما قال لهم أن يعلم هذا الإنسان من سنن الله في كونه ما لم يكن يعلم، وهو إخراج الضد من الضد، وإخراج الحي من الميت، وإنقاذ الأمة الضعيفة التي لا تملك شيئاً من وسائل القوة الروحية، ولا من وسائل القوة المادية من استعباد الأقوياء المتألهين، فهو مثل عملي ضربه الله لخلاص أضعف الضعفاء من مخلب

¹ هذه الأبيات كان بلال بن رباح رضي الله عنه يقولها تعبيراً عن شوقه لمكة بعد الهجرة إلى المدينة (البخاري، صحيح

البخاري، ح: 1790. باب كراهية النبي صلى الله عليه وسلم أن تعرى المدينة. كتاب فضائل المدينة. 667/2). وهذه

الأبيات منسوبة لمالك بن الريب (الأصفهاني، أبو الفرج. الأغاني. طبعة: 2، بيروت: دار الفكر. 254/21).

² ابن باديس، تفسير ابن باديس. (378/1-379).

³ ابن باديس، تفسير ابن باديس. (262/1).

⁴ سورة الأنفال: آية 60.

⁵ ابن باديس، تفسير ابن باديس. (250/1).

⁶ سورة القصص: آيات 5، 6.

- أقوى الأقوياء. وجعل المستضعفين أئمة وارثين، وسادة غالبين، والتمكين لهم في الأرض، وإرادة الأقوياء المستعطين في الأرض عاقبة باطلهم، لكيلا ييأس المستضعفون في الأرض من روح الله"¹.
9. الدعوة إلى تكثير سواد المدافعين عن الأمة، وعن مصالحتها، قال في تفسيره لقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا)²، "وفي التزوج تكثير سواد الأمة والمدافعين عن الملة والقائمين بمصالح الدين والدنيا، وفي هذا ما فيه من الأجر والمثوبة"³.
10. التحذير من الظلم، وبيان خطره العظيم على الأوطان: قال في تفسيره لقوله تعالى: " (وَكَمْ قَصَمْنَا مِنْ قَرْيَةٍ كَانَتْ ظَالِمَةً)⁴، (وَكَايُنْ مِنْ قَرْيَةٍ غَتَّ عَنْ أَمْرِ رَبِّهَا وَرُسُلِهِ فَحَاسَبْنَاهَا حِسَابًا شَدِيدًا وَعَدَّبْنَاهَا عَذَابًا نُكْرًا)⁵، (وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا قَرْيَةً كَانَتْ آمِنَةً مُطْمَئِنَّةً يَأْتِيهَا رِزْقُهَا رَغَدًا مِنْ كُلِّ مَكَانٍ فَكَفَرَتْ بِأَنْعُمِ اللَّهِ فَأَذَاقَهَا اللَّهُ لِيَاسَ الْجُوعِ وَالْخَوْفِ بِمَا كَانُوا يَصْنَعُونَ)⁶، فأفادت هذه الآيات أن سبب الهلاك والعذاب هو الظلم، والفساد... والحث على تدارك الأمر فيه بالإقلاع عن الظلم والفساد، والرجوع إلى طاعة الله وإعمال يد الإصلاح في جميع الشئون"⁷.
11. الاهتمام بقضايا الوطن المختلفة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، وغيرها: عمل ابن باديس على "استخراج ما في الآية أو الآيات من أحكام وحكم، وحقائق مختلفة، عقدية وتشريعية، وأخلاقية، ونفسية، واجتماعية، وسياسية، واقتصادية، وتاريخية، وكونية، مع استطراد في الجمع والتحقيق، والغوص، والتدقيق، والتأصيل والتفريع، والتفصيل، والتعليل، والتحليل، والتنبيه، والتنويه، والتوجيه، وتطريزها بالفوائد العلمية والنكت البلاغية ونحوها"⁸. ومن النماذج الدالة على ذلك، حديثه عن الحقوق الاجتماعية، فقد قال في تفسيره لقوله تعالى: (وَأَتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تَبْذُرْ تَبْذِيرًا)⁹. "الناس كلهم في حاجة مشتركة إلى بعضهم، وما من أحد إلا وله حقوق على غيره، ولغيره حقوق عليه... وقيام كل فرد من أفراد المجتمع بما عليه من حقوق نحو غيره هو الذي يسد تلك الحاجة المشتركة بين الناس"¹⁰. ومن النماذج الدالة على الحقوق السياسية، ما قاله في تعقيبه على قصة سليمان عليه السلام: "من حق الرعية على

1 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (391/1).

2 . سورة الفرقان: آية 74.

3 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (237/1).

4 . سورة الأنبياء: آية 11.

5 . سورة الطلاق: آية 8.

6 . سورة النحل: آية 112.

7 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (125/1).

8 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (25/1).

9 . سورة الاسراء: آية 26.

10 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (217/1).

راعياً أن يتفقدوها، ويتعرف أحوالها؛ إذ هو مسؤول عن الجليل والدقيق منها، يباشر بنفسه ما استطاع مباشرته منها، ويضع الوسائل التي تطلعه على ما غاب عليه منها، وينيط بأهل الخبرة والمقدرة والأمانة تفدح أحوالها حتى تكون أحوال كل ناحية معروفة مباشرة لمن كلف بها، فهذا سليمان على عظمة ملكه واتساع جيشه وكثرة أتباعه، قد تولى التفقد بنفسه، ولم يهمل أمر الهدهد على صغره وصغر مكانه"¹.

المبحث الرابع

القيم المترتبة على وجود الاتجاه الوطني في تفسير المنار

هناك جملة من القيم الايجابية التي تستفاد من وجود الاتجاه الوطني في تفسير ابن باديس، ومنها:

- بيان أن حب الوطن، من الأمور الفطرية التي فطر الله تعالى الناس عليها، وهذه الفطرة كانت ظاهرة عند الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، وغيرهم من الصالحين وحتى عند غير الصالحين بنص القرآن الكريم والسنة النبوية. قال في التعقيب على قول النبي صلى الله عليه وسلم: "" بِسْمِ اللَّهِ تُزْبَةُ أَرْضِنَا بِرِيقَةٍ بَعْضِنَا يُشْفَى سَقِيمُنَا"². ولقد زادنا إيماناً به بعد إيمان أنه يقول: تربة أرضنا، بريقة بعضنا، ولم يقل: تربة الأرض بريق بني آدم فليس السر في تربة وريق ومرض، ولكن السر في أرضنا وبعضنا ومريضنا، فهذه والله ربنا صخرة الأساس في بناء الوحدة الوطنية والقومية، لا ما يتبجح به المفتونون"³.
- تشتد العلاقة بين الشعوب والأوطان إذا زاد الظلم، والقهر، والسجن، والتعذيب، والتهجير... فلا يستغرب من ظهورها في التفاسير التي كان كاتبوها يعيشون تحت هذه الظروف، ولا تعتبر مثلبة ما لم يظهر عوراً ظاهراً.
- بيان مراعاة المفسر للواقع: هذه سمة قد تكون غائبة عن كثير من كتب التفسير، وقلة هم المفسرون الذين ارتبطت أقلامهم بالواقع الذي يحيونه. ولعل ربط التفسير بالواقع ظهر جلياً في جملة من كتب التفسير الحديثة، خصوصاً الكتب التي جاءت بعد ظهور مدرسة محمد عبده في التفسير، والشواهد على ذلك عند ابن باديس كثيرة، منها قوله: "فانظر إلى حالتنا معشر المسلمين الجزائريين وغير الجزائريين، تجد السواد الأعظم من عامتنا غارقاً في هذا الضلال: فتراهم يدعون من يعتقدون فهم الصالح من الأحياء والأموات، يسألونهم حوائجهم من دفع الضر، وجلب النفع، وتيسير الرزق، وإعطاء النسل، وإنزال الغيث، وغير ذلك مما يسألون. ويذهبون إلى الأضرحة التي شيدت عليها القباب، أو ظلمت بها المساجد فيدعون من فيها..."⁴

1 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (266/1).

2 . البخاري، صحيح البخاري. (ح: 5413). (باب رقية النبي صلى الله عليه وسلم). (كتاب الطب). (2168/5).

3 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (378/1-379).

4 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (119/1).

- استثمار القرآن الكريم في التغيير: أدرك كثير من المفسرين تماماً أنّ القرآن الكريم يحمل في طياته مهمة اصلاحية كبرى، وأتته قادر على إنقاذ هذه الأجيال المسلمة مما وقعت فيه، وأن يقدم لهم ما يمكنهم من مواجهة التحديات التي تقف أمامهم، وأنه قادرٌ على التعامل مع كل الظروف المحيطة في شتى الجوانب.
- عرض الأسباب التي أدت إلى وصول المسلمين في أوطانهم إلى هذا الحال، وبيان كيفية تجاوزها: قال في تفسيره لقوله تعالى: (كُلًّا نُمِدُّ هُوْلَاءَ وَهَؤُلَاءَ مِنْ عَطَاءِ رَبِّكَ وَمَا كَانَ عَطَاءُ رَبِّكَ مَحْظُورًا)¹. "الذي أفادته الآية الكريمة مشاهد في تاريخ المسلمين قديماً وحديثاً، فقد تقدموا حتى سادوا العالم، ورفعوا علم المدنية الحقبة بالعلوم والصنائع، لما أخذوا بأسبابها كما يأمرهم دينهم، وقد تأخروا حتى كادوا يكونون دون الأمم كلها بإهمال تلك الأسباب فخسروا دنياهم وخالفوا مرضاة ربهم، وعوقبوا بما هم عليه اليوم من الذل والانحطاط ولن يعود إليهم ما كان لهم إلا إذا عادوا إلى امتثال أمر ربهم في الأخذ بتلك الأسباب"².
- الدعوة إلى حماية الأوطان والمحافظة عليها: قال في حديثه عن طبيعة ملك الأنبياء عليهم السلام: "ومن طبيعته الدعوة إلى القوة والتنويه بها وبناء الحياة عليها، لكن في نطاق العدل والرحمة ولدفاع المعتدين، كما قال تعالى: (وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ)³".
- نشر القيم الايجابية، في كل الجوانب الاجتماعية والسياسية والثقافية وغيرها، كالدعوة إلى قيام كل فرد بواجبه، وحفظه لحقوق غيره⁵. ونشر العدل والرحمة ونبذ الظلم والطغيان⁶، وقيام الحاكم بواجبه تجاه رعيته⁷، وغير ذلك الكثير.

الخاتمة ونتائج البحث

اشتملت هذه الدراسة على جملة من النتائج التي يجدر الاشارة إلى أهمها:

- مفهوم الاتجاه الوطني في التفسير: هذا المصطلح المركب الحديث يفهم بالنظر إلى ناحيتين، وهما: الناحية النظرية، والناحية العملية: أما الأولى: فهو الاتجاه الذي يهدف إلى إبراز القضايا التي تتعلق بالأرض -الوطن-، وبسطها، وتحديد معالمها، والافادة منها، والدفاع عنها، من خلال ما جاء في كتب التفسير القديمة، والحديثة.

1 . سورة الاسراء: آية 20.

2 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (178/1).

3 . سورة الأنفال: آية 60.

4 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (250/1).

5 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (217/1).

6 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (125/1).

7 . ابن باديس، تفسير ابن باديس. (266/1).

وأما الثانية: فهو الدعوة إلى تنزيل أقوال المفسرين التي تتناول الحديث عن الأوطان، وما يحل فيها على الواقع، من أجل السعي إلى رفعها، خاصة التفسير التي كتبت في ظل الأزمات لتوجيه هذه المجتمعات إلى ما يفيدهم في سبيل الوصول إلى خير بلادهم، وتعريفهم بما لا يفيدهم حتى يتعدوا عنه، ويتجنبوه.

- من القيم الايجابية المترتبة على وجود الاتجاه الوطني في التفسير: (تصحيح مفهوم الوطنية والقومية، بيان مراعاة المفسر للواقع، استثمار القرآن الكريم في التغيير، بيان الأسباب التي أدت إلى وصول المسلمين إلى هذا الواقع المؤلم، وعرض الأمور التي تعين على تجاوزها، وتوجيه المجتمعات إلى القيم الايجابية التي ترقى بها)

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- الألباني، محمد ناصر الدين. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة. طبعة:1، سنة: 1412هـ. الرياض: دار المعارف.
- ابن باديس، عبد الحميد بن محمد. تفسير ابن باديس "في مجالس التذكير من كلام الحكيم الخبير". تحقيق: أحمد شمس الدين. طبعة:1، سنة: 1416هـ. بيروت: دار الكتب العلمية.
- البخاري، محمد بن إسماعيل. صحيح البخاري. تحقيق: مصطفى ديب البغا. طبعة:3، سنة: 1407هـ. بيروت: دار ابن كثير.
- الترمذي، محمد بن عيسى. سنن الترمذي. تحقيق: أحمد شاكر، وآخرون. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- الجرجاني، علي بن محمد. التعريفات. تحقيق: إبراهيم الأبياري. طبعة:1، سنة: 1405هـ. بيروت: دار الكتاب العربي.
- جورج الراسي، الاسلام الجزائري من الأمير عبد القادر إلى أمراء الجماعات. بيروت: دار الجديد. سنة: 1997م.
- ابن حبان، محمد بن أحمد البستي. صحيح ابن حبان. تحقيق: شعيب الأرنؤوط. طبعة:2، سنة: 1414هـ. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- حشيم، مصطفى عبد الله. موسوعة علم السياسة. طبعة:1، سنة: 1425هـ. ليبيا: الدار الجماهيرية.
- الحصري، ساطع. آراء وأحاديث في الوطنية والقومية. طبعة:2، سنة: 1985م. بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية.
- حميداتو، مصطفى محمد. عبد الحميد بن باديس وجهوده التربوية.
- ابن حنبل، أحمد الشيباني. مسند الامام أحمد. القاهرة: مؤسسة قرطبة.
- أبو حيان، محمد بن يوسف الأندلسي. البحر المحيط في التفسير. تحقيق: أحمد عادل وآخرون. طبعة:1، سنة: 1422هـ. بيروت: دار الكتب العلمية.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث. سنن أبي داود. بيروت: دار الكتاب العربي.
- الزبيدي، محمد بن محمد الحسيني. تاج العروس من جواهر القاموس. دار الهداية.

- الزرقاني, محمد عبد العظيم, مناهل العرفان في علوم القرآن. تحقيق: مكتب العلوم والدراسات. طبعة:1, سنة:1996م. بيروت: دار الفكر.
- الزركلي, خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس. الأعلام.
- الزنيدي, عبد الرحمن, مبدأ المواطنة في المجتمع السعودي. مجلة المعرفة, عدد 120, سنة:1426هـ.
- أبو زيد, بكر. معجم المناهي اللفظية.
- ابن عطية, عبد الحق بن أبي بكر غالب بن عبد الرحمن بن غالب بن عبد الرؤوف. المحرر الوجيز.
- السعدي, عبد الرحمن بن ناصر. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان "تفسير السعدي". طبعة:1, سنة:1420هـ. مؤسسة الرسالة.
- السمعاني, منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي. تفسير القرآن.
- الشعراوي, محمد متولي. تفسير الشعراوي.
- الطبري, محمد بن جرير. جامع البيان عن تأويل آي القرآن. تحقيق: أحمد شاکر. طبعة:1, سنة:1420هـ. مؤسسة الرسالة.
- طقوش, محمد سهيل. تاريخ العثمانيين من قيام الدولة إلى الانقلاب على الخلافة.
- طنطاوي, محمد سيد. التفسير الوسيط.
- الطيار, مساعد. فصول في أصول التفسير.
- ابن عادل, عمر بن علي. اللباب في علوم الكتاب.
- ابن عثيمين, محمد صالح. القول المفيد على كتاب التوحيد. طبعة:2, سنة:1424هـ. السعودية: دار ابن الجوزي.
- ابن العربي, محمد بن عبد الله. أحكام القرآن بيروت: دار الكتب العلمية.
- الفراء, يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الديلي. معاني القرآن.
- القرضاوي, يوسف. من أجل صحوة راشدة: تجدد الدين وتمهض بالدين. دار الشروق.
- قطب, سيد إبراهيم حسين الشاربي. في ظلال القرآن. طبعة:17, سنة:1412هـ. بيروت: دار الشروق.
- مسلم, مصطفى: مناهج المفسرين. طبعة:1, سنة:1415هـ. الرياض: دار المسلم للنشر والتوزيع.
- المشي, مصطفى إبراهيم. أثر اتجاهات المفسرين في مناهجهم.
- مصطفى, إبراهيم, وآخرون. المعجم الوسيط. تحقيق: مجمع اللغة العربية. دار الدعوة.
- مقبل, فهد توفيق محمد. عبد الحميد بن باديس رائد الاصلاح والتهضة في تاريخ الجزائر الحديث.

- المناوي, محمد عبد الرؤوف. التوقيف على مهمات التعاريف. تحقيق: محمد رضوان الداية. طبعة:1, سنة: 1410هـ. بيروت: دار الفكر.
- ابن منظور, محمد بن مكرم. لسان العرب. طبعة: 1, بيروت: دار صادر.

الناشر:

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية
ألمانيا/برلين

Democratic Arabic Center
Berlin / Germany

لا يسمح بإعادة إصدار هذه المجلة أو أي جزء منه أو تخزينها
في نطاق استعادة المعلومات أو نقلها بأي شكل من الأشكال، دون إذن مسبق خطي من الناشر.
جميع حقوق الطبع محفوظة

All rights reserved

No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in
any form or by any means, without the prior written permission of the publisher.

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ألمانيا/برلين

Tel: 0049-code Germany

030-54884375

030-91499898

030-86450098

البريد الإلكتروني

democraticac.de@judgement


