



مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / العدد 41 : مارس 2016

✓ ملخص مواد العدد 41 : مارس 2016 :

- حظر التعصب الديني المشجع على الكراهية.
- موضوع جدلية التقسيم الفقهي للعالم.
- معاملات السائح الأجنبي في بلاد المسلمين.
- القاضي المدني و تفسير القاعدة القانونية.
- مبدأ التقاضي في المحكمة الجنائية الدولية.
- أحكام الحضانة في التشريعات المغاربية.
- النظارة على الوقف في التشريع الجزائري.
- مشكلة النساء الناجيات من عنف النوع.

العدد الواحد والأربعون : مارس 2016

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- لا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- لا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة المهاجم بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرنی : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السويسري بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
العدد الواحد والأربعون : لشهر مارس 2016

محتويات العدد :

✓ **كلمة العدد :**

1. كلمة العدد 41 لشهر مارس 2016 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....03
✓ **دراسات وأبحاث بالعربية :**

2. حظر التعصب الديني بوصفه انتهاك لحظر التمييز والكراهية : الأستاذ الدكتور محمد ثامر السعدون ، رئيس لجنة حقوق الإنسان ، جامعة ذي قار- العراق.....05
3. أحكام معاملات السائح الأجنبي في بلاد المسلمين : من إعداد الدكتور سالم عبدالله أبو مخلة ، أستاذ الفقه المقارن المساعد كلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية - غزة ، و الأستاذة ياسمين ماهر الحولي ماجستير الفقه المقارن كلية الشريعة والقانون الجامعية الإسلامية- غزة.....32
4. التقسيم الفقهي للعالم بين جدلية التضييق والتحرير لمفهوم الوطن : بقلم الدكتور محمد إكيج ، إطار باحث بالمعهد العالي للقضاء باحث في قضايا الأسرة ، معد ومقدم برنامج إضاءات حول المدونة بقناة السادسة بالمملكة المغربية.....52
5. دور القاضي المدني في تفسير القاعدة القانونية : خالد عنقر ، باحث في الدكتوراه القانون الخاص الأساسي أستاذ متعاقد بالمركز الجامعي تسمسيلت - الجزائر.....66
6. مبدأ التقاضي على درجتين في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية : الأستاذة هبهوب فوزية ، باحثة بصف الدكتوراة تخصص قانون دولي إنساني ، أستاذة مساعدة-ب- بكلية الحقوق ، جامعة باجي مختار عنابة الجزائر.....73
7. النظارة على الوقف في التشريع الجزائري : الأستاذ عبد الوهاب بن حمادي ، باحث بصف الدكتوراه تخصص قانون خاص بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- الجزائر.....90
8. الحضانة بين آراء الفقهاء والتشريعات المغاربية للأسرة : إعداد الدكتور بن زيطه احيمدة ، أستاذ محاضر قسم - أ جامعة أحمد دراية أدرار الجزائر.....101

✓ **تقارير :**

9. تقرير عن سلسلة الخدمات المقدمة للنساء الناجيات من عنف النوع : أي تنسيق في افق أرضية مشتركة؟.....119
10. تقرير عن ندوة نادي قضاة المغرب بطنجة في موضوع : واجب التحفظ بين الإطار القانوني و الواقع العملي.....122

نرئيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد الواحد والأربعين لشهر مارس 2016



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلوة والسلام على أشرف امرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الواحد والأربعين لشهر مارس 2016 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، وقد زُمِر العدد أجديد بمجموعة من المواضيع القيمة من بينها : حظر التعصب الديني بوصفه انتهاك كظر التمييز والكراهية ، وأحكام معاملات السائح الأجنبي في بلاد المسلمين ، ثم التقسيم الفقهي للعام بين جدلية التطبيق والتبرير مفهوم الوطن.

وارتباطا بالقضاء ، ناقش العدد دور القاضي المدني في تفسير القاعدة القانونية ، و مبدأ التقاضي على درجتين في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

وفي ما يخص قضايا الأحوال الشخصية والتبرعات ، شمل العدد أجديد موضوع هامة عن أحضانه بين آراء الفقهاء والتشريعات المغاربية للأسرة ، وعن النظارة على الوقف في التشريع الجزائري.

هذا فضلا عن مجموعة من التقارير القيمة عن خدمات امقدمة للنساء الناجيات من عنف النوع ، وعن وجوب التحفظ بين الإطار القانوني و الواقع العملي.

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.new.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

حظر التعصب الديني بوصفه انتهاكاً لحظر التمييز والكراهية



الدكتور محمد ثامر السعدون

رئيس لجنة حقوق الإنسان

جامعة ذي قار - العراق

الملخص :

ان حظر التعصب الديني بوصفه انتهاكاً لحظر التمييز يأتي ضمن الحظر العام للتمييز بغض النظر عن الأساس الذي استند اليه ، بعد التمييز انتهاكاً لحق الإنسان في المساواة . ويأتي إعلان وبرنامج عمل ديربان المعتمدين سنة 2001 والوثيقة الختامية لمؤتمر استعراض ديربان المعتمدة 2009 ليشكلان معاً إطاراً شاملاً وأساسياً متبنايان لكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب .

لقد أقرت المؤسسات الدولية المعنية بحقوق الإنسان أن المادة 4 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ليست تلقائية التنفيذ لأنها تلزم الدول الأطراف باعتماد تشريعات لمكافحة خطاب التحرير على الكراهية . وإن الدول ملزمة بحظر خطاب الكراهية بشكل منسق تماماً مع احترام حرية التعبير الوارد في المادة 19 فإن ممارستها تنفذ مع واجب خاص ومسؤوليات ومع ذلك فالمادة 20 لا تخول حظر الخطاب مجرد أنه يشير أو يؤدي إلى مخرجات مثل العنف ولكن الصحيح أو الأصح أنها تشمل فئة ضيقة من الخطاب ينحصر بالخطاب الذي يؤسس أو ينشأ دعوة للكراهية على أساس العنصر أو الدين أو الكراهية القومية.

ان التسامح لا يعني تقبل الظلم الاجتماعي أو تخلي المرأة عن معتقداته أو التهاون بشأنها بل يعني أن المرأة حر في التمسك بمعتقداته وأنه يقبل أن يتمسك الآخرون بمعتقداتهم والتسامح يعني الإقرار بأن البشر المختلفين بطبعهم في مظاهرهم وأوضاعهم ولغتهم وسلوكياتهم لهم الحق في العيش بسلام وفي أن يطابق مخبرهم مظهرهم وهي تعني أيضاً أن آراء الفرد يعني أن لا تفرض على الغير.

وهكذا يدرس هذا البحث وفي مبحثين حظر التعصب الديني بوصفه انتهاكاً لحظر التمييز في المبحث الأول وحظر التعصب الديني بوصفه انتهاكاً لحظر الكراهية في المبحث الثاني .

Abstract :

The ban on religious intolerance as a violation of the prohibition of discrimination is part of the general prohibition of discrimination, regardless of the basis for, after discrimination in violation of the human right to equality. The Declaration and Programme of Action adopted in 2001 and the outcome document of the Durban Review approved 2009 together constitute two systems that are comprehensive and are distinct essential to combat racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance

International human rights institutions have confirmed that Article 4 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination is not self-executing because it obliges states parties to adopt legislation to combat hate speech. And that States are obliged to ban hate speech is perfectly coordinated with respect for freedom of expression contained in Article 19, the exercise carried out with a special duty and responsibilities. However, Article 20 does not entitle ban speech just because it indicates or leads to outcomes such as violence, but the right, or rather it includes a narrow class of speech is limited to speech that establishes or originates a call to hatred based on race, religion or national hatred.

Tolerance does not mean accepting social injustice or giving up one's beliefs or tolerated it means that one is free to stick to his convictions and accepts that others adhere to their beliefs, tolerance means recognizing that different by nature human beings in their appearance and their situation, their language and their behavior they have the right to live in peace and in the match inwardly. It is also their appearance means that the views of the individual means that do not impose on others.

Thus, considering this research and in the two sections ban religious intolerance as a violation of the prohibition of discrimination in the first section and the prohibition of religious intolerance as a violation of the prohibition of hate in the second section.

المقدمة :

تعترف الأمم المتحدة بأن الكثير من المسائل التي تغذي التوترات بين المجتمعات تنشأ عند مفرق طرق بين السياسة والدين وأحدى هذه المسائل هي تأثير اللغة العنيفة التي يستخدمها أحياناً القادة السياسيون والدينيون والأئم الهدام الذي يمكن أن تحدثه هذه اللغة عندما تنشرها وسائل الإعلام ويلاقها الجمهور مباشرة.

أن الالتزام الديني هو محض اختيار الشخص أو الجماعة وبالتالي فهو يشكل جزءاً أساسياً من حق الإنسان في حرية الدين والمعتقد ولهذا السبب فإن حرية الدين أو المعتقد تشمل أيضاً حقوق البحث عن المعاني والدلائل عن طريق المقارنة بين الأديان المختلفة والمعتقدات وتبادل وجهات النظر الشخصية بالأسئلة حول الدين والمعتقد ومارسة النقد

العام حول هذه المواقف ولذلك فإن معيار تعريف الكراهية الدينية قد يختلف عن معيار تعريف الكراهية العنصرية والسؤال الصعب هو متى بالضبط تتشكل الكراهية الدينية وبأي نسبة .

أن التعصب الديني يشكل في كثير من الحالات جزءاً أساسياً من المظاهر المعاصرة للعنصرية حيث أن تعدد الاعتداءات على الرموز الدينية والهجومات على أماكن العبادة يعبر عن أشكال حادة وخطيرة من العنصرية وعلاوة على ذلك يمكن أن يفضي تشويه الرموز الدينية إلى التحرير من على الرموز الدينية نفسها . ولذلك احتمل الجدل حول التصويت على المادة 20 وأمتد ليصل لتعريف الكراهية أو لتعريف خطاب الكراهية مع الإقرار بأنه ليس هناك تعريف مقبول لخطاب الكراهية في القانون الدولي على الرغم من الاستخدام المتكرر لهذا المصطلح في الحالات القانونية وغير القانونية .

- أهمية البحث :

تتركز أهمية البحث في : -

1- ان البحث يربط بين التعصب الديني والتمييز على أساس الدين والكراهية الدينية ويحلل الصكوك الدولية الخاصة بهذا الارتباط .

2- يوضح موقف مختلف الأجهزة المعنية من عدم التعصب الديني تحريراً على التمييز أو الكراهية المحظورة .

3- يميز بين مختلف صور التمييز والكراهية بغية فرز ما هو محظوظ منها .

4- يواكب المرحلة المعاصرة له والتي تشهد يومياً صوراً من هذا التحرير .

5- يدعم الحلول الناجحة لمكافحة التعصب الديني الذي يشكل تحريراً على العنف والإرهاب بعد أن يستعرض إجراءات تنفيذها .

- صعوبة البحث :

تبدو صعوبة البحث في :-

1- تداخل موضوع البحث مع مواقف عدالة أبرزها الحرية الدينية وحرية التعبير وحقوق الأقليات مما يتطلب جهداً في الحفاظ على جوهر البحث وعدم تشتيت الفكرة .

2- ندرة البحوث التي تعالج موضوع الكراهية أو تحلل بشكل عام المادة 20 من ICCPR .

3- الغموض الذي يكتنف قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حول تكيف مثل هذا التعصب ليعد تحريراً على الكراهية أو التمييز .

4- تنوع أنماط التمييز والكراهية وتباين أساليب مكافحتها واشتراك مؤسسات مختلفة فيها مثل المؤسسات الدينية والتعليمية فضلاً عن المؤسسات القضائية والإدارية .

- نطاق البحث :

يتحدّد نطاق البحث بالقانون الدولي لحقوق الإنسان وبالخصوص ما ورد بالشريعة الدولية وفي الاتفاقيات المتعلقة بمحظوظ التمييز وكذلك التوصيات الصادرة عن مؤتمر وبرنامج عمل ديربان .

-الدراسات السابقة :

لا توجد دراسات سابقة تربط بين التعصب الديني وحظر التمييز أو حظر الكراهية مع ان هناك العديد من الدراسات التي بحثت في التمييز بشكل خاص .

-مشكلة البحث :

هل يعد التعصب الديني انتهاكا لحق الإنسان في حظر التمييز وحظر الدعاوة للكراهية ؟ وان كان يعد كذلك فأين مصاديق ذلك ؟ بمعنى هل هناك صكوك دولية تنص صراحة على حظر الخطاب الديني لانه ينتهك حق الإنسان في حظر الكراهية وحظر التمييز .

-هيكلية البحث :

اتبع البحث هيكلية تقوم على عرض الحقائق الكلية ولبيان العامة ونصوص المواد وإحكامها بغية الوصول إلى النتيجة التي افترضها البحث .

-فرضية البحث :

ان القانون الدولي لحقوق الإنسان يحظر التعصب الديني ، أيا كان شكل التعصب ممارسة لحرية التعبير او ممارسة للحرية الدينية ، إذا شكل هذا التعصب انتهاكا لحظر الكراهية او حظر التمييز .

-منهجية البحث :

اعتمد البحث المنهج التحليلي كمنهج رئيسي فغلب عليه تحليل الصكوك الدولية المتعلقة بموضوع البحث وربط بينها وبين بعض المذكرات التفسيرية خصوصا فيما يتعلق بمحظ التعصب الديني الذي يشكل انتهاكا لحق الإنسان في حظر الكراهية بينما اعتمد في التحليل في حظر التمييز على الاتفاقيات الدولية التي حظرت التمييز لذاته او حظرته في ميادين محددة.

-تقسيم البحث :

يدرس هذا البحث وفي مباحثين حظر التعصب الديني بوصفه انتهاك لحظر التمييز في المبحث الأول وحظر التعصب الديني بوصفه انتهاك لحظر الكراهية في المبحث الثاني . ويتناول في كل مبحث وعبر مطابق الصكوك الدولية وإجراءات التنفيذ ثم يُقسم كل مطلب الى فرعين تتبع حسب تنوع الصكوك الدولية ان كانت اتفاقيات او قرارات وكذلك الحال مع إجراءات التنفيذ ان كانت داخلية او دولية .

المبحث الأول : حظر التعصب الديني بوصفه انتهاكا لحظر التمييز :

لا تحصر الدراسة في هذا المبحث على الصكوك الدولية التي حظرت التعصب الديني لانه ينتهك حظر التمييز على أساس الدين بل يشمل أيضا إجراءات التنفيذ لهذه الصكوك ولذلك سنقسم هذا المبحث الى مطابق الأول للصكوك الدولية والثاني لإجراءات التنفيذ .

المطلب الأول : الصكوك الدولية :

تتضمن الصكوك الدولية الاتفاقيات الدولية والقرارات الدولية أولاً كما تتضمن التقارير والمؤتمرات الدولية ثانياً، وسندرس كلاً مهماً في فرع مستقل .

الفرع الأول : الاتفاقيات والقرارات الدولية :

مثلاً برب دور مجلس الأمن عند الحديث حول مكافحة التعصب الديني بوصفه تحريضاً على الإرهاب يبرز هنا دور الاتفاقيات الدولية في الربط بين التعصب الديني والتمييز المستند إلى الدين . كما يمكن القول ابتداءً بأن حظر التعصب الديني بوصفه انتهاكاً لحظر تمييز يأتي ضمن الحظر العام للتمييز بغض النظر عن الأساس الذي استند إليه بعد التمييز انتهاكاً لحق الإنسان في المساواة .

أن القضية الأساسية في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ربما لا تكون مدى الحماية التي يوفرها للحرية الدينية ولكن مدى ما يوفر من وسائل تدفع الضرر عن هذه الحرية فالذين يعارضون هذا الميثاق كونه يعزز الثقافة المضادة للحرية الدينية تحت عنوان المساواة . والحقيقة أن الإعلان استند في حماية الحرية الدينية على مبدأ عدم التمييز أو مبدأ المساواة بعده المبدأ الأساسي لضمان كل الحقوق ولأنه أيضاً مهمـة الأساسية للمنظمات الحكومية التي كان لها دور رعاية تلك الحقوق .¹

وطبقاً للمادة 20 الفقرة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وكذلك ولكن بظروف مختلفة طبقاً للمادة 4 الفقرة أ من اتفاقية مناهضة جميع أنواع التمييز فإن الدول تكون ملزمة لمنع التعبير الذي يعد تحريضاً على التمييز أو العداء أو العنف وفي نفس الوقت واستناداً للمعايير الدولية والإقليمية فإن الدول ملزمة بحماية وتعزيز - سواء في تشريعاتها أم في ممارستها القضائية - حق المساواة وحظر التمييز أو لسوء الحظ فإن تفسير تلك المعايير من قبل المؤسسات الدولية أو الإقليمية لم يكن كافياً بل كان متبناً² على الرغم من وفرة المواثيق الدولية التي تنبذ التمييز على أساس الدين أو تكفل الحماية لحرية العقيدة ومنها :-

1 - ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945 حيث أكدت المادة الثانية على التشجيع على احترام حقوق الإنسان والحراء الأساسية للناس جميعاً دون أي تمييز بسبب العنصر أو اللغة أو الدين .

2 - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 حيث نصت المادة الثامنة عشرة منه على ((لكل شخص حرية الدين ويشمل هذا الحق حرية الاعتقاد والأعراب عنه بالممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها سواء كان ذلك سراً أم مع الجماعة وأنه لا يجوز فرض الدين على الآخرين بالقوة ...)).

3 - الاتفاقية المتعلقة بوضع الأشخاص عديي الجنسية لسنة 1951 حيث نصت المادة الثالثة منها على ((تطبق الدول المتعاقدة أحكام هذه الاتفاقية على عديي الجنسية دون تمييز من حيث العنصر أو الدين أو المنشأ)) بينما

¹ - Patrick Parkinson , Christian Concerns about an Australian charter of rights , freedom of religion under Bills of rights , university of Adelaidea press , Australia , 2012 , p142 .

² - prohibiting incitement to discrimination , hostility or violence , policy brief , 2021 , p3 .

نصت المادة 4 على ((تمنع الدول المتعاقدة عديي الجنسية الموجودين داخل أراضيها معاملة توفر لهم على الأقل ذات الرعاية الممنوحة لمواطنيها على صعيد حرية ممارسة شعائرهم الدينية وحرية توفير التربية الدينية لأولادهم)¹ .

4 - الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين سنة 1954 نصت المادة 4 على ((تمنع الدول المتعاقدة اللاجئين داخل أراضيها معاملة توفر لهم على الأقل ذات الرعاية الممنوحة لمواطنيها على صعيد حرية ممارسة شعائرهم الدينية وحرية توفير التربية الدينية لأولادهم)² .

5 - الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري سنة 1965 حيث تنص المادة 15 منها على ((الحق في الفكر والعقيدة والدين هي من الأمور التي تخضع لأحكامها وأن التعدي على هذا الحق يعد من قبل التمييز العنصري)³ .

ويظهر التعصب الديني بوصفه تمييزا ضد المرأة بشكل خاص حيث يسفر عن تنازع بين الدين والثقافة من جهة وحقوق المرأة من جهة أخرى أو بالأحرى حقها في المساواة - والذي تنظمه اتفاقيتان دوليتان هما اتفاقية سيداو 1979 واتفاقية حقوق الطفل 1989 بشكل واضح - فالمادة 5 من اتفاقية سيداو تفرض التزام ايجابي على الدول مفاده تعديل . . . الممارسات الثقافية والاجتماعية والمادة الثانية تفرض على الدول الأطراف تعديل أو إلغاء الممارسات والأعراف التي تميز ضد المرأة وهذا يؤكد أن هاتين الاتفاقيتين تعطيان السمو للحق في المساواة في حالة التعارض مع الممارسات الثقافية أو الدينية أو الأعراف⁴ وبعبارة أخرى تعطيان الدليل على أن التعصب الديني الذي يتخذ من الدين وسيلة للحد من حقوق المرأة هو انتهاك لبعض الحقوق وعلى وجه الخصوص حق المساواة ويعمل إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد على حظر التعصب الديني الذي يتخذ صورة التمييز على أساس الدين حيث نصت المادة 2 على ((لا يجوز تعريض أحد للتمييز من قبل أية دولة أو مؤسسة أو مجموعة أشخاص أو شخص على أساس الدين أو غيره من المعتقدات)) بينما جاء في المادة 3 من إعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ((1 - تبذل جهود خاصة لمنع التمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل لأنثى لاسيما في ميادين الحقوق المدنية ونيل المواطنة والتعليم والدين والعملة والمهنة والإسكان .)) وجاء في المادة 8 ((يصار فورا إلى اتخاذ جميع التدابير الفعلية الالزمة في ميادين التعليم وال التربية والإعلام للقضاء على التمييز والتفرقة العنصريين وتعزيز التسامح والتفاهم والصداقة بين الأمم والجماعات العرقية وكذلك لنشر مقاصد ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وإعلان منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة)).

¹ . الاتفاقية المتعلقة بوضع عديي الجنسية 1951 أعتمدها في 28 أيلول 1954 مؤتمر مفوضين دعا إلى عقده المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقرار 5265 ألف (د. 17) المؤرخ في 26 نيسان 1954 ودخلت دور النفاذ في 6 حزيران 1960 وفقاً للمادة 39 منها

² . الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1954 التي أعتمدها في 28 أيلول 1954 مؤتمر مفوضين دعا إلى عقده المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقرار 5265 ألف (د. 17) في 26 أبريل 1954 دخلت دور النفاذ 6 حزيران 1960 وفقاً لأحكام المادة 39 منها .

³ . الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري اعتمدت وعرضت التوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2106 ألف (د 200) في 21 كانون الأول ودخلت دور النفاذ في 4 كانون الثاني 1969 ووفقاً للمادة 19 .

⁴ - Frances Radag , Culture , religion , and , gender , oxford university press and New York university school of law , 2003 , p679 .

ويشير الكاتب إلى أنه ليس هناك تعريف محدد للدين وأن التعريف الأوسع بعده جزءاً من مفهوم الثقافة أو هو الجزء الأساسي فيها .

وجاء في المادة 9 ((1 - تشجب بشدة جميع الدعایات والتنظيمات القائمة على الأفکار والنظريات بتفوق أي عرق أو أي جماعة من لون أو أصل اثني واحد لتبرير أو تعزيز أي شكل من أشكال التمييز العنصري))¹ وكذلك نصت المادة 4 من إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد نصت على ((1 - تتخذ جميع الدول تدابير فعالة لمنع واستئصال أي تمييز على أساس الدين أو المعتقد ، في الاعتراف بحقوق الإنسان والحریات الأساسية في جميع مجالات الحياة المدنية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية وفي التمتع بهذه الحقوق والحریات .

2 - تبذل جميع الدول كل ما في وسعها لسن التشريعات وإلغائها حين يكون ذلك ضروريا للحيلولة دون أي تمييز من هذا النوع ولا تأخذ جميع التدابير الملائمة لمكافحة التعصب القائم على أساس الدين أو المعتقدات الأخرى في هذا الشأن)) . وصرحت الجمعية العامة للأمم المتحدة على الرابط بين التعصب الديني والتمييز على أساس الدين في أكثر من قرار من قراراتها فقد قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قراراها 35 / 32 إعلان عام 2001 بعده السنة الدولية ضد العنصرية والتمييز العنصري وكراه الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب .² ويوجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 52 / 111 قررت الجمعية أن تعقد مؤتمرا عالميا لمناهضة العنصرية والتمييز العنصري وكراه الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب وذلك في ديربان في جنوب أفريقيا.³

الفرع الثاني : المؤتمرات والتقارير :

في إطار العقد الثالث لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري عد المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان القضاء على العنصرية والتمييز العنصري لاسيما المظاهر العنصرية المعاصرة هدفا أساسيا للمجتمع الدولي وينبغي لأجهزة الأمم المتحدة ووكالتها تعزيز جهودها الرامية إلى تنفيذ برنامج العمل هذا فضلا عن الاضطلاع بولايات لاحقة للغاية نفسها ويناشد المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان بقوة المجتمع الدولي التبرع بسخاء إلى الصندوق الاستثنائي لبرنامج عقد مكافحة العنصرية والتمييز العنصري .⁴ وطالب المؤتمر جميع الحكومات اتخاذ جميع التدابير المناسبة امتثالا للتزاماتها الدولية ومع المراقبة الواجبة للنظم القانونية السائدة في كل منها وذلك لمواجهة التعصب القائم على أساس الدين أو المعتقد وما يتصل به من عنف بما في ذلك تدنيس الواقع الديني مع التسليم بأن لكل فرد الحق في حرية الفكر والوجدان والتعبير والدين كما دعا المؤتمر جميع الدول إلى تطبيق أحكام الإعلان المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز والتعصب القائمين على أساس الدين والمعتقد .⁵

¹ . إعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري أعتمد ونشر على الملا بمحض قرار الجمعية العامة 4 . 19 (د . 8) المؤرخ 20 تشرين الثاني 1963 .

² . ويأتي في هذا السياق قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 66 / 868 . لجنة وضع المرأة ، التمييز على أساس الجنس وجميع أشكال التمييز وخاصة العنصرية والتفرقة وكراه الأجانب وما يتصل بذلك من أشكال التعصب ، الاستجابات المتفق عليها ، الأمم المتحدة ، 2001 ، ص 51 .

³ . وتبنت الجمعية العامة قرار مجلس حقوق الإنسان 19 / 18 في 22 آذار 2012 الوارد في الوثائق الرسمية للجمعية العامة في الدورة السابعة والستون وفي الملحق رقم 53 ((A / 67 / 53)) ضمن الفصل الثالث الفرع أ . انظر أيضا . لجنة وضع المرأة ، مصدر سبق ذكره ، ص 1 .

⁴ . إعلان وبرنامج عمل فيما صدر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان ، فيما ، 14 . 25 حزيران ، 1993 ، ص 11 .

⁵ . إعلان وبرنامج عمل فيما ، مصدر سبق ذكره ، ص 13 .

ويبقى الأمر الذي ينبغي الإشارة إليه أن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان وإعلان وبرنامج عمل فينا وبشكل صريح عدم التعصب الديني شكلاً من أشكال العنصرية والتمييز العنصري¹ ولم تكتف لجنة حقوق الإنسان بإعلان وبرنامج عمل فينا بل تنبهت اللجنة إلى أن التعصب الديني لا يستهدف ديناً معيناً أو معتقد بذاته فطلبت في قراراتها 2002/9 في 15 نيسان 2002 و 2004/6 في 13 نيسان 2004 و 2005/3 في 12 نيسان 2003 المتعلقة بمناهضة تشويه صورة الأديان - إلى المقرر الخاص المعنى بالأشكال المعاصرة للعنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب لأن يبحث حالة الشعوب الإسلامية والعربية في مختلف أنحاء العالم مع الاهتمام بصورة خاصة بما تتعرض له أماكن عباداتها ومراكزها الثقافية ومنشآتها التجارية ومتلكاتها من اعتداءات مادية وهجمات في أعقاب إحداث 11 أيلول 2001 وقد المقرر الخاص ثلاثة تقارير بشأن المسألة لعرضها على لجنة حقوق الإنسان للنظر فيها وعملاً بقرار لجنة حقوق الإنسان 2004/6 وقررا الجمعية العامة 160/58 أعد المقرر الخاص أيضاً تقريراً يعالج تحديد مسألة تشويه صورة الأديان بعنوان ((تشويه صورة الأديان ومكافحة العنصرية على نطاق العالم معاداة السامية وكراهية المسيحية وكراهية الإسلام))² ويقر خبراء الفريق العامل الحكومي المعنى بتنفيذ برنامج عمل ديربان بأن التعصب الديني يشكل في كثير من الحالات جزءاً أساسياً من المظاهر المعاصرة للعنصرية حيث أن تعدد الاعتداءات على الرموز الدينية والهجومات على أماكن العبادة يعبر عن أشكال حادة وخطيرة من العنصرية وعلاوة على ذلك يمكن أن يفضي تشويه الرموز الدينية إلى التحرير على الرموز الدينية.³

وأوصى مجلس حقوق الإنسان في قراره 2/27 في الفقرة 3 وضمن توصيات الوقاية من التعصب الديني الذي يشكل تمييزاً على أساس الدين أوصى ((3 - اعتماد تدابير خاصة من أجل القضاء على التمييز ضد الأطفال على أساس العرق أو اللون أو نوع الجنس أو اللغة أو الدين أو الآراء السياسية أو غيرها من الآراء أو الأصل القومي أو الأثنى أو الاجتماعي)).⁴ وأوصى مؤتمر الأمم المتحدة الثالث عشر لمنع الجريمة بتكتيف الجهود الوطنية والدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز، بما فيها العنصرية والتعصب الديني وكراهية الأجانب والتمييز المتعلق بنوع الجنس بكل الوسائل و منها تعزيز الوعي وأعداد مواد وبرامج تثقيفية والنظر في صوغ وإنفاذ تشريعات مناهضة للتمييز حيثما أقتضى الأمر.⁵ أما في تقارير المقررین الخاصین لمختلف فرق العمل المعنية بالتمييز والعنصرية أو بحرية الدين فيؤكدون أن التعصب الدين يشكل نمطاً من أنماط التمييز، ففي تقرير المقررة الخاصة المعنية بحرية الدين والمعتقد والمقرر الخاص المعنى بالأشكال المعاصرة للعنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب فيرون أنه لا يمكن فصل تحليل الاتجاه المتزايد نحو تشويه صورة الأديان عن التفكير بعمق في السياق السياسي والأيديولوجي الراهن وفي اتجاهات العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من التعصب المثير للجزع والي تدعم وتشجيع الكراهية العنصرية والدينية وفي خصوصيات مختلف مظاهر تشويه صورة الأديان والنقاط المشتركة بينها ويضيف التقرير ((كثيراً ما يتم رصد مسألة التحرير على التمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب ومسألة تشويه صورة الأديان والكراهية الدينية بعدهما مسألتين متراحبتين فالتمييز

¹ . ومع ذلك فأنت تستطيع أن تلمس إشارة إلى التمييز الديني في الفقرات المتعلقة بالأشخاص الذين ينتمون إلى أقلية قومية أو أثنية أو دينية أو لغوية . أنظر . إعلان وبرنامج عمل فينا صدر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان ، فينا ، 1993 ص 13.

² - E/N.4/2005/18/Add.4,

³ . مجلس حقوق الإنسان ، الفريق العامل الحكومي الدولي المعنى بتنفيذ الفعلي لإعلان وبرنامج عمل ويربان ، جنيف ، 2007 ، ص 36.

⁴ - A/Res/S/27/2 , 2002 , p17.

⁵ . مؤتمر الأمم المتحدة الثالث عشر لمنع الجريمة والعدالة النائية ، الدوحة ، 2015 ، ص 7.

والتعصب ضد المجتمعات الدينية وإفرادها بجذورها التاريخية والثقافية العميقه تسيرهما ببيئة تحظى من شأن الأديان والمعتقدات أو تعيب فيها باستخدام حديث فكري أو سياسي يعتمد نعتها بالسوء ويأتي التعصب ضد أي شكل من أشكال الدين أو التعبير عنه نتيجة باللغة السلبية لأنماط معينة من العلمانية الراديكالية)¹ .

وفي تقرير آخر منفصل يحذر ردود ديني المقرر الخاص للأمم المتحدة المعنى بشؤون الأشكال المعاصرة للعنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب والغرباء وما يتعلق بذلك من التعصب منذ 2003 إلى 2008 من المساواة بين الإسلام والعنف والإرهاب والتخلص الثقافي والاجتماعي من قبل المفكرين والسياسيين والإعلاميين وأيضاً للتبرير الفكري للعداء العلني نحو الإسلام وأتباعه بواسطة شخصيات ذات تأثير في عالم الفن والأدب والإعلام وحذراً أيضاً من تنامي منطق الشك تجاه الإسلام وعرف ردود ديني الحرية الدينية بأنها حق الدين في التحرر من الانتقاد معتبراً أن الدفاع عن حرية التعبير هو بحد ذاته عمل عدائي . وبناءً على ذلك فقد صور معاوحة السامية وكراهية المسيحية على أنها أساساً رد فعل تجاه سياسيات الدول الغربية بينما ترى أسماء جنهجير المقرر الخاص للأمم المتحدة المعنى بشؤون حرية الدين والعقيدة أن الشرعية الوحيدة لقبول الحظر على التعبير فقط لمنع العنف أو التمييز بشكل مباشر ورفضت فكرة وجود تعارض بين حرية التعبير وحرية الدين أو الحاجة إلى حق جديد للحماية من الإساءة ورفضت الرأي القائل بوجوب حماية حرية الأديان ذاتها ((أن الأفراد الذين يعتقدون دين الأغلبية ليسوا أحرار دائماً من الضغط للتمسك بتفسير معين لذلك الدين ولذلك يجب أن لا ينظر إليهم كأجزاء من كيان متجانس وهذا السبب وأسباب أخرى يحمي القانون الدولي لحقوق الإنسان الأفراد في ممارسة حرفيتهم الدينية ولا يحمي الأديان في ذاتها)) وانتهت إلى القول ((أن الحق في حرية الدين يتضمن الحق في وجود دين بمنأى عن النقد والاتهام)) وأيدت تقليل حرية التعبير بطريقة قانونية لوضع حد للدعوات التي تحرض على أعمال العنف أو التمييز ضد الأفراد على أساس الدين)) ولكنها قالت بأن تشويه الأديان في حد ذاته ((لا يؤدي بالضرورة أو على الأقل ليس بصورة مباشرة إلى انتهاك حقوقهم)) وأن العناصر التي تشكل تصريحاً عنصرياً ليست هي نفس مكونات تصريح فيه ازدراء للأديان).²

وفي تقريره المقدم إلى مجلس حقوق الإنسان يشير المقرر الخاص المعنى بالأشكال المعاصرة للعنصرية والتمييز العنصري في الفقرة ب من هذا التقرير إلى نصتين هما:-

((باء - التمييز))

1 - التمييز القائم على أساس الدين أو المعتقد / التمييز بين الأديان / التسامح .

2 - دين الدولة)) أي أن عبارة دين الدولة التي ترد في الغالب في أكثر الدساتير تشكل هي الأخرى نمط من أنماط التمييز المعاصر.³

¹ . تقرير المقررة الخاصة المعنية بحرية الدين أو المعتقد ، السيدة أسماء جنهجير والمقرر الخاص المعنى بالأشكال المعاصرة للعنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب السيد دورو ديبسن عملاً بقرار مجلس حقوق الإنسان 1 / 107 بشأن التحرير على الكراهية العنصرية والدينية وتعزيز التسامح ، 2006 ، ص 3.

² . بوك مارشال ونينا شاي ، الصامتون بالإكراه كيف تؤدي قوانين الردة وازدراء المقدسات الدينية إلى تضييق الخناق على الحرية في مختلف أنحاء العالم ، عبد الرحمن وحيد ، مطبعة جامعة أكسفورد ، نيويورك ، 2011 ، ص 259.

³ . مجلس حقوق الإنسان ، تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان المدنية والسياسية ، مصدر سبق ذكره ، ص 6.

المطلب الثاني : إجراءات التنفيذ :

يتناول هذا المطلب إجراءات التنفيذ الدولية والداخلية وستناقشها تباعاً مختصين لكل منها فرع مستقل .

الفرع الأول : الإجراءات الدولية :

تبدأ الجهود الفعلية الدولية للقضاء على التعصب الديني بوصفه تمييز على أساس الدين من المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان فيينا حيث اعتمد المؤتمر في حزيران 1993 إعلان وبرنامج عمل فيينا وللذان يدعوان للقضاء بشكل سريع وكامل على جميع أشكال التعصب خصوصاً ما يقوم منها على العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب¹. بينما ذهبت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى التركيز على إعلان وبرنامج عمل ديربان المعتمدين عام 2001 والوثيقة الختامية لمؤتمر استعراض ديربان المعتملة 2009 بوصفها إطاراً للأمم المتحدة شاملة وأساساً متيناً لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب². وسلكت نفس مسلك الجمعية لجنة القضاء على التمييز العنصري حيث عدت إعلان وبرنامج عمل ديربان الصادرتين عن المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب وبأحكام قرار الجمعية العامة 56 / 266 التي تؤيد عملية متابعة هذين الصكين أو ترمي إلى كفالة متابعتها بوصفها إطاراً شاملـاً³.

وتجدر الإشارة إلى أن الفريق الحكومي الدولي المعنى بالتنفيذ الفعلي لإعلان وبرنامج عمل ديربان يرى وهو يضع معايير تكميلية أن الصكوك الدولية لحقوق الإنسان تغطي بالقدر الكافي التعصب الديني المترافق بالتحيز بداعي العنصرية وكراهية الأجانب ويقر الفريق أن لجنة القضاء على التمييز العنصري في ضوء الشواغل التي أعرب عنها المجتمع الدولي فيما يتعلق بتزايد التعصب الديني في اعتماد توصية تنص صراحة على مزايا التعليم المتعدد الثقافات في مكافحة التعصب الديني⁴.

وقد أعربت لجنة القضاء على التمييز العنصري عن رغبتها في ما يلي :-

أ- أن تتعاون تماماً كاملاً مع جميع المؤسسات ذات الصلة في منظومة الأمم المتحدة وخاصة مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان في متابعة إعلان وبرنامج عمل ديربان .

ب- أن تتعاون مع الخبراء البارزين المستقلين الخمسة الذين سيعينهم الأمين العام من أجل تيسير عملية تنفيذ توصيات وبرنامج عمل ديربان .

ج- أن تنسق أنشطتها مع الجهات الأخرى التي تتولى رصد الامتثال لمعاهدات حقوق الإنسان بهدف متابعة أكثر فعالية لإعلان وبرنامج عمل ديربان .

¹ A / CONF. 189 / 12 , P3.

² الجمعية العامة ، الدورة السادسة والستون ، القضاء على العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب ، التنفيذ الشامل لإعلان وبرنامج عمل ديربان ومتابعتها ، 2011 ، ص 3.

³ لجنة القضاء على التمييز العنصري ، الدورة الشهرين ، التوصية العامة الثالثة والعشرون بشأن عملية متابعة المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب ، 2002 ، ص 297.

⁴ مجلس حقوق الإنسان ، الفريق العامل الحكومي الدولي المعنى بالتنفيذ الفعلى لإعلان وبرنامج عمل ديربان ، المعايير الدولية التكميلية ، جنيف ، 2007 ، ص 38.

ء - أن تراعي جميع جوانب إعلان وبرنامج عمل ديربان المتعلقة بتنفيذ ولايتها.¹

في حين أكدت مبادئ ما سترخيت المتعلقة بالالتزامات الخارجية للدول في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وهي مجموعة مبادئ اعتمدها فريق من خبراء القانون الدولي وحقوق الإنسان في 28 أيلول 2011 وذلك أثناء اجتماع عقده جامعة ماسترخت واللجنة الدولية الحقوقية وقد اشتملت هذه المبادئ وبنية على كل من مبادئ ليزغ بشأن تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1986 ومبادئ ماسترخت التوجيهية المتعلقة بانتهاكات الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1997 . حيث أكدت على الالتزامات الخارجية للدول في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وعلى التزام الدول داخل إقليمها وخارجها بضمان التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية دون تمييز قائم على أساس الدين ، وفي إطار جهود الأمم المتحدة المناهضة للتعصب الديني المستند إلى التمييز القائم على أساس الدين نظمت الأمم المتحدة في 24 / 4 / 2015 منتدى دولي في المغرب تحت عنوان ((دور القادة الدينين في منع التحرير المؤدي إلى الجرائم الوحشية)) وقال مستشار الأمم المتحدة الخاص المعنى بمنع الإبادة الجماعية ((يتطلب منع التوتر الديني والتعصب أشراف جميع قطاعات المجتمع ألا أنه يمكن للقادة الدينين القيام بذلك بدور محمد وحاسم))² حول تعزيز التسامح في مكافحة التهديد المتزايد من التطرف العنيف وفي مؤتمر الأمم المتحدة الثالث عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية المنعقد في الدوحة أوصى المؤتمر في الفقرة ص بتكثيف الجهود الوطنية والدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز بما فيها العنصرية والتعصب الديني وكراه الأجانب والتمييز المتعلق بنوع الجنس بوسائل منها تعزيز الوعي وإعداد مواد وبرامج تثقيفية والنظر في صياغة وإنفاذ تشريعات مناهضة للتمييز حيثما أقتضى الأمر.³

وفي منتدى منطقة آسيا والمحيط الهادئ الخاص بالمرأة والقانون والتنمية أقر المنتدى بخطورة التعصب الديني على التمييز ضد النساء حيث تشكل السيطرة على حياة النساء محور أهداف الأصوليين الدينين والحركات القومية المتطرفة وبالتالي تشكل تهديدات خطيرة لدعاة الحقوق الإنسانية للمرأة وأن السيطرة الاجتماعية الشديدة على النساء وفرض معايير صارمة للنوع الاجتماعي يجعلان الناشطات هدفاً بسبب دفاعهن عن حقوق الإنسان والعديد من الجماعات الأصلية تعيد اختراع التقاليд لخلق معايير جديدة تكون حتى أكثر تقييداً مما كانت عليه الممارسات التقليدية.⁴

أما المفوضية السامية لحقوق الإنسان فترى أن الالتزام الديني هو محض اختيار الشخص أو المجموعة وبالتالي فهو يشكل جزءاً أساسياً من حق الإنسان في حرية الدين والمعتقد وهذا السبب فإن حرية الدين أو المعتقد تشمل أيضاً حقوق البحث عن المعاني والدلائل عن طريق المقارنة بين الأديان المختلفة والمعتقدات وتبادل وجهات النظر الشخصية بالأسئلة حول الدين والمعتقد وممارسة النقد العام حول هذه المواقف وهذا السبب فإن معيار تعريف

¹. لجنة القضاء على التمييز العنصري ، الدورة العشرون ، التوصية العامة الثامنة والعشرون بشأن عملية متابعة المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراه الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب ، الجلسة ، 1517 ، 2002 ، ص 299.

² - UN News centre , organized by the united nations Forum in Morocco highlights the role of religious leaders in pre renting atrocities ,

متاح على الموقع التالي اخر زيارة 26-9-2015 . www.un.org/apps/news .

وكانت المبادرة بتنظيم من مكتب الأمم المتحدة لمنع الإبادة الجماعية ومركز الملك عبد الله بن عبد العزيز الدولي للحوار بين الثقافات والأديان ووفد وزيري مشترك لحقوق الإنسان في المغرب .

³ . مؤتمر الأمم المتحدة الثالث عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية في الدوحة ، 2015 ، ص 7.

⁴ . المطالبة بالحقوق بالعدالة دليل خاص بالرافعات عن حقوق الإنسان ، منتدى منطقة آسيا والمحيط الهادئ الخاص بالمرأة والقانون والتنمية ، 2007 ، ص 27.

الكراهية الدينية قد يختلف عن معيار تعريف الكراهية العنصرية والسؤال الصعب هو متى بالضبط تشكل كراهية دينية وبأي نسبة؟ وهو سؤال لا تتمكن أجابته بتطبيق تعريف بسيطة وجدت في نطاق الكراهية العنصرية.¹ وترى منظمة العفو الدولية أن حظر ارتداء رموز أو ملابس دينية أو ثقافية لا يرقى بحد ذاته إلى مرتبة التمييز إذا ما استند إلى مبرر موضوعي ومعقول من قبل الصحة العامة أو الأمن العام ولكن ينبغي أن يكون متناسقاً مع الهدف الذي يتبعه وعلى سبيل المثال عندما نظرت ((لجنة حقوق الإنسان)) التابعة للأمم المتحدة في شكوى من أن شروط السلامة في العمل التي يقتضي وضع خوذة على الرأس تميز بصورة غير مباشرة ضد العالئين السيخ لأن أعرافهم الدينية تقضي أن يلبسو العمامة ، قالت اللجنة أن حماية سلامة العمال هدف وتبرير متناسب ولذا فلا وجود لانتهاك مبدأ عدم التمييز².

الفرع الثاني : الإجراءات الداخلية :

جاء في الفقرة الرابعة عشرة من مقررات مؤتمر ديربان 2001⁴ - يحث الدول على التسليم بالمشكلات الحادة بصفه خاصة والناجمة عن التحامل الديني والتعصب اللذين يعاني منها العديد من الشعوب المنحدرة من أصل أفريقي وعلى تنفيذ سياسيات وتدابير مصممة من أجل درء وإزالة جميع أشكال التمييز القائم على أساس الدين والمعتقد والتي تشكل مجتمعة مع بعض أشكال التمييز الأخرى شكلاً من أشكال التمييز المتعدد)) وقد نشر مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان كتاباً بعنوان متضمن للقضاء على العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب والكتاب صادر من منشورات إدارة شؤون الإعلام بالأمم المتحدة في نيويورك 2012 وتضمن الكتاب تصدير بقلم المفوضية السامية لحقوق الإنسان بالإضافة إلى :-

1 - المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب 2001 وهو ينقسم إلى :-
1 - الإعلان .

ب - برنامج العمل .

ج - الوثيقة الختامية لمؤتمر استعراض ديربان 2009 .

د - إعلان الاجتماع الرابع المستوى للجمعية العامة بشأن الذكرى السنوية العاشرة لإعلان وبرنامج عمل ديربان 2011 .

وتشكل هذه الوثائق إطار دولياً شاملـاً من أجل التصدي للعنصرية بكل أشكالها ووضع الضحايا في صلب الجهود التي يبذلها المجتمع الدولي لمنع ومكافحة واستئصال العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب ويعمل الملايين من الضحايا أمامهم على هذه الوثائق .³ وذكرت لجنة القضاء على التمييز العنصري في توصيتها العامة الخامسة عشرة للدول فيما يتعلق بنشر الأفكار العنصرية والتحريض على التمييز العنصري والكراهية العنصرية بموجب أحكام المادة 4 من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري التي تنص في جملة أمور على أنه يتوجب على الدول الأطراف اعتباراً كل نشر للأفكار القائمة على التفوق العنصري أو الكراهية العنصرية وكذلك كل تحريض على العنصرية جريمة يعاقب عليها القانون ، وإعلان لا قانونية النشاطات

¹- OHCHR, opvit, p14.

². منظمة العفو الدولية ، ملخص لتقرير الاختيار والتعصب ، التمييز ضد المسلمين في أوروبا ، 2012 ، ص 4.

³- A/CONF.189/12, P29.

الدعائية المنظمة وسائر النشاطات الدعائية الأخرى التي تروح للتمييز العنصري وتحرض عليه وتحظر هذه النشاطات وترى اللجنة أن الالتزام بتنقييد وتحظر تلك الأشكال من الخطاب يتفق مع الالتزام بحماية واحترام حرية التعبير والرأي¹. وذهب مجلس حقوق الإنسان في قراره 34 / 22 إلى توظيف التعليم في مكافحة التعصب الديني الذي يشكل تمييزاً قائماً على أساس الدين حيث عد المجلس التعليم كأداة لمنع العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب ويشدد المجلس في هذا القرار على الدور الأساسي للتعليم بما فيها تعليم حقوق الإنسان والتعليم الذي يراعي ويحترم التنوع الثقافي لاسيما بين الأطفال والشباب في منع استئصال جميع أشكال التعصب والتمييز².

أما في التشريعات الداخلية التي تحظر التعصب الديني إذا شكل تمييزاً قائماً على الدين فقد منعت المادة الأولى الفقرة الثانية من دستور أوكلاهوما منع تعدد الزوجات للأبد على الرغم من أن عنوانها هو الحرية الدينية - تعدد الزوجات³. وعقب تأسيسها سنة 1951 بموجب ميثاق المدينة أصبحت لجنة فيلادلفيا للعلاقات الإنسانية تمثل الوكالة شبه القضائية المفوضة بتنفيذ قوانين الحقوق المدنية لمدينة فيلادلفيا والتعاون مع جميع الشؤون المتعلقة بالصراعات بين المجموعات في المدينة من خلال قسم الامتثال التابع لها وتحقق اللجنة في الدعاوى المقدمة إليها بشأن التمييز غير القانوني في التوظيف والأشكال والإقامة وتوصيل خدمات المدينة على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو الأصل القومي أو التوجه الجنسي أو الهوية أو النسب أو السن أو الإعاقة أو الحالة الاجتماعية أو مصدر الدخل ويعصدر أعضاء اللجنة قراراتهم بشأن الدعوى موضوع النزاع من خلال جلسات استماع عامة⁴.

ويبدو الأمر مختلف في أستراليا ففي حين أن لأستراليا قوانين على قدر معقول من الشمولية في حظر التمييز العنصري فإن بعض التواحي ما تزال غير مشمولة في التشريع ، فهناك حماية محددة ضد التمييز على أساس الدين إذا كان بالإمكان كذلك تصنيف مجموعة دينية بأنها مجموعة (أثنية) فمن الجائز أن يحميها قانون التمييز العنصري وهذا الأمر يحرم قانوناً معاملتها معاملة أقل استحساناً أو الإلقاء بتصريحات عامة تشير أو تحرض على الكراهية ضدها بسبب دينها كذلك يحرم قانوناً على أرباب العمل إنهاء خدمة شخص لسبب يشمل على دينه .⁵ وتمارس ((إسرائيل)) تمييزاً واضحاً على أساس الدين فعلى الرغم من أن القانون الإسرائيلي صارم جداً في تعامله مع محاربة العنصرية والتحريض العنصري ، وهو يرفضه جملة وتفصيلاً ويفرض على ممارسيهما عقوبات شديدة والعنصرية حسب قانون العقوبات (البند 144 أ) هي الملاحقة والاهانة والاحتقار وإظهار البغضاء والعدوانية أو العنف أو السبب بنزاع تجاه مجتمع أو قطاعات من السكان وذلك كله على خلفية اللون أو العرق أو الأصل القومي . وأن العقوبة المنصوص عليها كجزاء على خالفة ارتكبت بدوافع عنصرية هي ضعف العقوبة المعمول بها للمخالفه نفسها كما أن ممارسة التحرير العنصري يعاقب عليها بشدة وبحسب القانون ((من ينشر شيئاً بهدف التحرير العنصري حكمه السجن خمس سنوات من دون علاقة فيما إذا أدى النشر إلى العنصرية أم لم يؤدّ وفيمما إذا كان النشر حقيقة أم لا)) وهي أمور واضحة تماماً على مستوى النصوص . ولكن الواقع الفعلي يخالف ذلك طالما كان

¹ - CERD / C / 65 / CO / 2 – par 8 . p11.

² - A / HRC / RES 22 / 34 , P3.

³ - Oklahoma Constitution . 1989 , p1.

⁴ . تقرير لجنة فيلادلفيا للعلاقات الإنسانية ، ص4. متاح على الموقع التالي . اخر زيارة 1-1-2016 . www.wideningthecircle.org .

⁵ . حماية حقوق الإنسان في أستراليا ، عدة تعليمية للمجتمع ، نشرة الحقائق ، 2005 ، ص10 .

التحريض ضد السكان العرب حيث ترفض السلطات تطبيق البنود ذات الصلة في القانون حيث يصرخ ألف المشجعون كل سبت ((الموت للعرب)).¹

اما الإجراءات الداخلية للدول العربية لمناهضة التعصب الديني ومكافحة التمييز على أساس الدين فقد أشرت لجنة مناهضة التمييز جملة من الملاحظات الختامية على تقارير الدول العربية يتعلق بعضها بالتعصب الديني ففي مناقشتها تقرير لبنان - رحبت اللجنة بالتشجيع على التسامح ومسألة التثقيف بحقوق الإنسان ولكن اللجنة أبدت قلقها حيال عدم إحراز أي تقدم في لبنان في معالجة نظام الطائفية وفي التعليق على تقرير البحرين أبدت اللجنة قلقها من تعبير وفد البحرين حول عدم وجود تمييز عنصري في البحرين بينما لا تخلي دولة من ذلك وأعربت اللجنة عن قلقها إزاء بعض المعاملات التمييزية التي تتعرض لها بعض الجماعات خصوصا الشيعة في البحرين . وفيما يخص فلسطين أعربت اللجنة عن قلقها إزاء تبني النائب العام الإسرائيلي سياسة تمييزية فيما يخص الاتهامات الموجهة للمسؤولين الحكوميين الإسرائيليين وغيرهم من الشخصيات العامة التي تتبنى خطاب يتسم بالكراهية تحت حجة كفالة حرية الرأي.² ويعود تدهور حالة العرب والمسلمين في العالم الى جملة أسباب منها عدم دقة القانون الدولي ولا سيما الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان ومكافحة العنصرية والتمييز العنصري إزاء المسألة الدينية.³ وهذا يتضح من نص المادة 18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تنص على :-

((1 - لكل إنسان الحق في حرية الفكر والوجدان والدين ، ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما ، وحرrietه في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره ، وحرrietه في أظهار دينه أو معتقده بالتبعد وإقامة الشعائر والمارسة والتعليم ، بمفرده أو مع جماعة ، وأمام الملا أو على حده .

2 - لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحرrietه في أن يدين بدين ما ، أو بحرrietه في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره .

3 - لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في أظهار دينه أو معتقده ألا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرriاتهم الأساسية .

4 - تعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الإباء ، أو الأوصياء عند وجودهم ، في تأمين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعتهم الخاصة .) وان اشد ما يرتبط بعدم الدقة هذا هو حدود حرية التعبير وهكذا فحرية التعبير تمر بامتحان صعب ، يتعلق بالقدرة على التمييز بين أين ينتهي الإنسان من التعبير عن رأيه بحرية ليدخل في فعل التحريض على الكراهية فالفعل هنا ليس مرتبطا بمارسة جسدية بقدر ما يتجلى بشكل من أشكال التعبير اللفظي .⁴

¹. مركز مساواة ، العنصرية في إسرائيل ، 2004 ، ص37. متاح على الموقع التالي 2015 / 7 / 30 .

². مكافحة العنصرية والتمييز العنصري في السياق العربي ، ورقة مقدمة الى الاجتماع التحضيري العربي لمراجعة ديريان ، القاهرة ، 2009 ، متاح على الموقع التالي . Durbanrewiewaohr . blogspot . Com .

³ - EICN . 4 / 2006 / 17 , P13 .

⁴. سهام رحال ، حدود الحق في حرية التعبير في القانون الدولي لحقوق الإنسان رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر. باتنه ، 2011 ، ص97.

المبحث الثاني : حظر التعصب الديني بوصفه انتهاك لحظر الكراهية :

سوف يتناول هذا المبحث وفي مطلبين الصكوك الدولية التي تحظر التعصب الديني بوصفه انتهاك لحظر الكراهية او الدعوة لها ويتناول أيضا إجراءات التنفيذ .

المطلب الأول : الصكوك الدولية :

يبحث هذا المطلب في حظر التعصب الديني بموجب المادة 20 من ICCPR أولا ثم حظر التعصب الديني بموجب التقارير والمؤتمرات التي تربط بين التعصب الديني والدعوة الى الكراهية ثانيا . ونخصص لكل منها فرع مستقل .

الفرع الأول : حظر التعصب الديني بموجب المادة 20 من ICCPR :

يرتبط خطاب الكراهية بشكل تلقائي بحرية الدين والمعتقد وحرية التعبير ولكنه يختلف عنهما من حيث أنه يتوقف على مدى استجابة المتلقى للخطاب أو الفعل المرتبط على خطاب الكراهية بالإضافة إلى الفعل نفسه بينما ينحصر أثر حرية المعتقد والدين والتغيير إلى الفعل ذاته دون الاعتداد بما يترتب عليه من أثر استجابة له ، أن خطاب الكراهية يشكل تعصبا دينيا محظوظ متى ما استند إلى الدين بالإضافة إلى أنه محظوظ إذا استند على أساس قومية أو عنصرية .

لقد ظهر الخلاف حول المادة 20 من ICCPR من اليوم الأول لبدء المفاوضات حول نصوص ICCPR في عام 1947 بين فريقين واستمر هذا الخلاف باستمرار مفاوضات ICCPR والتي استمرت عقدين من الزمان فالفريق الأول ويمثله الاتحاد السوفيتي السابق يرى ضرورة الإشارة إلى فضائع النازية وأن المادة يجب أن تتعامل مع مثل هذا الخطاب ولكن وجهة النظر الأمريكية مثلية بخطاب اليانور روزفلت وبشكل متحسن رفضت هذا الرأي لعدة أسباب منها :-

1 - أنه من الصعب إلزام الدول بمحظوظ الكلام .

2 - أن مثل هذا النص سوف يساء استعماله من قبل الحكومات لمحظوظ الكلام .

3 - أن عبارات النص غامضة مما يهدى الطريق لاستخدام خطير لها من قبل الحكومات .

4 - أن الأصل في الديمقراطية أنها تسمح للأفراد بمحظوظ خلافاتهم في الكلام . ولقد استمر النقاش بين معاشر مساند ومعسكر معارض حيث جمع المعسكر المؤيد ما يكفي من الأصوات لوضع هذه المادة في مسودة ICCPR ولكن وفي المجتمعات أخرى نجح المعسكر المضاد في حشد الأصوات الالزامية لرفعها من المسودة وأخيرا وفي عام 1961 صوتت 60 دولة وبأغلبية الثلثين لوضع النص في المسودة في حين صوت ضده 19 دولة بما فيها الولايات المتحدة وتغييت 12.¹ وعقب التصويت أقرت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان أن المادة 20 الفقرة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 تلزم الدول بمحظوظ خطاب الكراهية وجاء في تصريحها

¹. من المؤكد أن المناقشات التاريخية لن تزيد من قيمة فهمها للمادة بقدر ما تلقي الضوء على أن النقاشات كانت سياسية محضة . انظر

Evelyn M. Aswad , Op , Cit .. p1321 – 1320

((..... بشكل منسق تماماً مع احترام حرية التعبير الوارد في المادة 19 فإن ممارستها تنفذ مع واجب خاص ومسؤوليات))¹ وهذا يشير إلى أن القيود المفروضة على خطاب الكراهية الدينية الذي يشكل مظهراً من مظاهر التعصب الديني هي نفسها القيود المفروضة على حرية التعبير. وأكدت اللجنة أيضاً أن المادة 20 لا تخول حظر الخطاب مجرد أنه يشير أو يؤدي إلى مخرجات مثل العنف ولكن الصحيح أو الأصح أنها تشمل فئة ضيقة من الخطاب ينحصر بالخطاب الذي يؤسس أو ينشأ دعوة للكراهية على أساس العنصر أو الدين أو الكراهية القومية فالمعنى الواضح لكلمة ((advocacy)) يكون العمل لتبرير أو لمناصرة أو لدعم أو لتوصية فقط . وبعبارة أخرى يجب أن يكون للمتحدث قصد لترويج وإعلان الكراهية ضد شخص محدد أو مجموعة محددة من الأشخاص في خطابه ولذلك فالمادة 20 لا تغطي الخطاب الذي يتعرض مصادفة لخطاب الكراهية أو كان من المختتم في موقف معين يكون فيه المراسل يورده فقط كجزء من التغطية الإخبارية² أن الجدل حول التصويت على المادة 20 أمتد ليصل لتعريف الكراهية أو لتعريف خطاب الكراهية مع الإقرار بأنه ليس هناك تعريف مقبول لخطاب الكراهية في القانون الدولي على الرغم من الاستخدام المتكرر لهذا المصطلح في الحالات القانونية وغير القانونية . فهناك من يذهب إلى توسيع نطاق حظر خطاب الكراهية ليصف أي تعديل مؤذني أو مهين أو مخيف أو ينطوي على مضايقة أو التعبير الذي يحرض على العنف والكرامة والتمييز ضد جماعة محددة على أساس خصائص معينة بما فيها الدين والمعتقد ويفضل أصحاب هذا الاتجاه الاعتراف بأن المصطلح غامض قانونياً³ أو أنه جامع غير مانع بحيث يغطي جميع أشكال التعبير التي تنشر أو تتحث أو تحرض أو تبرر الكراهية العنصرية أو كراهية الأجانب أو أي شكل آخر من أشكال الكراهية يستند على التعصب بما يشتمل عليه من التعصب القائم على العداية القومية أو الإثنية أو التمييز أو العداء نحو الأقليات والمهاجرين أو السكان من أصل مهاجر⁴ . وهذا الاتجاه يتفق مع الشرح العام 22 للمادة 20 لسنة 1993 التي أوضحت بأن التعبير عن الدين لا ينبغي أن يتخذ وسيلة للدعابة للحرب أو الدعوة للكراهية الوطنية أو العنصرية أو الدينية مما يشكل تحريضاً على العداء أو التمييز أو العنف.⁵

في حين يذهب الاتجاه الآخر إلى تضييق نطاق حظر خطاب الكراهية مستنداً إلى أثر المادة 20 مرة ومضمونها مرة ثانية فمن حيث أثراها فإن الفقرة الثانية من المادة 20 أوضحت أن مجرد الدعوة للكراهية حتى مع طغيان عنصر الكراهية على محمل الخطاب فإنها غير كافية لمنع الخطاب أو التعبير ما لم تصل حد معين من التحرير على العنصرية أو الكراهية أو العنف مع الإقرار بأن هذا الشرط يثير مصطلحات غامضة ومهمة عصبية على التفسير مثلاً كيف يتم التأكد من التحرير ما هو المعيار؟ كيف يمكن أن تكون رابطة السبيبة بين التحرير والعنف أو التمييز وشيكه.⁶ أما من حيث المضمون فالمادة 20 من ICCPR لا تخلق حقاً جديداً بل هي تضيق الخناق على حقوق موجودة أصلاً أو بالأحرى تضيق الخناق على الحقوق أو الحرريات الواردة في المادتين 19 و 18 من ذات العهد ولذلك يجب تفسيرها تفسيراً ضيقاً . ولذلك ووفقاً لما اعترف به المقرر الخاص لحرية الدين والمعتقد في تقريره الخاص فإن المادة 20 تحمي الأفراد المؤمنين أو غير المؤمنين من أي انتهاك لحقوقهم خصوصاً تعرضهم للعنف أو التمييز وأنها

¹ - Paola UCCellari , Op,Cit., p7 .

² - Evelyn M . Aswad , Op,Cit., p1319 .

³ - prohibiting incitement to discrimination , hostility or violence , Op ,Cit., p3 .

⁴ - Susan Benesch , Op ,Cit., p4 .

⁵ . مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة ، منع الأفعال الإرهابية ، مصدر سبق ذكره ، ص 16 .

⁶ - Evelyn M . Aswad , To ban or not to ban blasphemous videos , Georgetown Journal of international law , vol . 44 , 2013 , p1321 .

لا تحمي المعتقدات الدينية من أن تكون عرضة للانتقاد . كما أشار المقرر الخاص أن المادة 20 تمثل الحد الأدنى أو العتبة السفلية وان أي محاولة لتخفيتها لا يضر أو يقلص حدود حرية الرأي والتعبير وإنما يقلص حرية الدين والمعتقد نفسها أو أنها تعد محاولة لتوسيع نطاق التعصب الديني¹ .

وأيا كان الاتجاه السائد في تعريف الكراهية فإن التعصب الديني يشكل جزءا منها في الاتجاهين بحيث يندرج ضمن مفهومه أي خطاب للكراهية يستند إلى الدين لعل من الضروري أن تستند جميع المناقشات لتعريف الكراهية الدينية وما يشابهها من مصطلحات قانونية أو قضائيا أخرى إلى الإطار القانوني الدولي المنصوص عليه في ICCPR . فبينما نص العهد صراحة على حرية التعبير نص صراحة أيضا على حدود وقيود هذه الحرية في المادتين 19 و20 . أضاف إلى ذلك الفقرة 2 من المادة 20 من ICCPR ألزمت الدول بمنع التعبير إذا بلغ الدافع عن الجنسية أو العنصر أو الدين حد الكراهية التي تشكل تحريضا عنصريا للعنف أو الكراهية علينا أن نشيء الأذهان إلى أن أي تدبير لتنفيذ المادة 20 سوف يقف جنبا إلى جنب مع اختبار صريح مع أن المادة 19 الفقرة 3 فرضت قيودا على حرية التعبير² .

الفرع الثاني : التقارير والمؤتمرات :

أعطت المادة الأولى والمعنونة معنى التسامح من إعلان مبادئ بشأن التسامح الذي اعتمدته المؤتمر العام لليونسكو في دورته الثامنة والعشرين في باريس 16 تشرين الثاني 1995 أعطت التسامح ثلات معان هي :-

1 - ((الاحترام والقبول والتقدير للتنوع الشري لثقافات عالمنا وأشكال التعبير وللصفات الإنسانية لدينا . و يتعزز هذا التسامح بالمعرفة والانفتاح والاتصال وحرية الفكر والضمير والمعتقد وأنه الوئام في سياق الاختلاف وهو ليس واجب أخلاقي فحسب وإنما هو واجب سياسي وقانوني أيضا والتسامح هو الفضيلة التي تنشر قيم السلام ويسهم في أحلال ثقافة السلام محل ثقافة الحرب .

2 - أن التسامح لا يعني التنازل أو المساواة أو التساهل بل التسامح هو قبل كل شيء اتخاذ موقف ايجابي فيه إقرار بحق الآخرين في التمتع بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية المعترف بها عالميا ولا يجوز بأي حال الاحتجاج بالتسامح لتبرير المساس بهذه القيم الأساسية والتسامح ممارسة يجب أن يأخذ بها الأفراد والجماعات والدول .

3 - أن التسامح مسؤولية تشكل عماد حقوق الإنسان والعدالة (بما في ذلك التعددية الثقافية) والديمقراطية وحكم القانون وهو ينطوي على نبذ الدوغمائية والاستبدادية ويثبت المعايير التي تنص على الصكوك الدولية الخاصة بحقوق الإنسان .

4 - لا يعني التسامح تقبل الظلم الاجتماعي أو تخلي المرء عن معتقداته أو التهاون بشأنها بل تعني أن المرء حر في التمسك بمعتقداته وأنه يقبل أن يتمسك الآخرون بمعتقداتهم والتسامح يعني الإقرار بأن البشر المختلفين بطبعهم في

¹ - Leonard A . Leo , and others , protecting religions from " Defamation , a threat to universal human rights standards , Harvard Journal of law and public policy , vol . 34 , 2012 , p779 .

² - OHC HR , Op , Cit . , p14

مظهرهم وأوضاعهم ولغتهم وسلوكهم وفيهم لهم الحق في العيش بسلام وفي أن يطابق مخبرهم مظهرهم وهي تعني أيضاً أن إرادة الفرد يعني أن تفرض على الغير)¹ .

وأنفذ مؤتمر مناهضة خطاب الكراهية والتطرف المنعقد في الدوحة 15 أيلول 2015 عدة توصيات منها :-

- إصدار بيانات موجهة للرأي العام الوطني والدولي .
- رفع مذكرات إلى الجهات الرسمية للموضوع .
- تقديم تقارير إلى الآليات الأممية ذات الصلة .
- التنسيق مع شخصيات معنية بالانتهاكات وتأهيلها من أجل الترافع أمام الآليات الأممية ذات الصلة من أجل الأنصاف لقضيتهم .
- عقد ندوات مشتركة أو أحاديث وإصدار دراسات تعرفيّة بجذور القضية وسياقها .
- القيام بحملة توعية لمناهضة التعصب الديني .²

ويأتي إعلان وبرنامج عمل ديربان المعتمدين سنة 2001 والوثيقة الختامية لمؤتمر استعراض ديربان المعتمدة 2009 ليشكلان معاً إطاراً شاملاً وأساسياً متبنايان لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب . ويقر مؤتمر دربان بوجود تعصب ديني ضد طوائف دينية معينة وظهور أعمال عنف ضد هذه الطوائف بسبب معتقداتها الدينية واصلها العنصري أو العرقي في أنحاء شتى من العالم مما يؤدي إلى تقييد حقوقها في ممارسة معتقداتها بحرية . ويقر المؤتمر أيضاً بارتفاع معاوادة السامية وكراهية الإسلام في أنحاء شتى من العالم وكذلك بظهور حركات عنصرية وحركات عنف تقدم على أساس أفكار تتسم بالعنصرية والتمييز ضد اليهود والمسلمين والعرب .³

كما ركز المؤتمر على دور زعماء الطوائف الدينية في مواجهة التعصب الديني وعلى الدور الإيجابي الذي يمكن أن يقوموا به لمواجهة كل أشكال التعصب والكراهية من خلال أمور منها تعزيز ورعاية الحوار والشراكات لتحقيق المصالحة والتعافي والانسجام في داخل المجتمعات وفيما بينها ويدعو الطوائف الدينية إلى المشاركة في تعزيز الانتعاش الاقتصادي والاجتماعي ويشجع كبار رجال الدين على تشجيع زيادة التعاون والاتصالات بين الجماعات العرقية المتنوعة.⁴

وفي سياق تقرير الأمين العام للأمم المتحدة المعنون ((الاتحاد في مواجهة الإرهاب : توصيات لاستراتيجية عالية لمكافحة الإرهاب)) المؤرخ 27 نيسان 2006 اعتمدت الجمعية العامة في 6 أيلول 2006 ((استراتيجية الأمم

¹. راجع المادة الأولى من إعلان مبادئ بشأن التسامح الذي اعتمدته المؤتمر العام لليونسكو في دورته الثامنة والعشرين في باريس 16 تشرين الثاني 1995 .

² The International Association of rights and freedoms , 2015 .

³. تقرير المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب ، ديربان ، جنوب أفريقيا ، 2001 ، ص 20 .. مؤتمر ديربان هو مؤتمر عقد في مدينة ديربان بجنوب أفريقيا من 31 آب إلى 8 أيلول 2001 . كانت مناقشة التعصب الديني في هذا المؤتمر الذي اتسم بالإسهاب في مناقشة قضایا تتصل بالتعصب ولكن التركيز فيه كان على حقوق الشعوب الأصلية والرق ومحظوظ التمييز العنصري وحتى كلمات الدول التي تعاني من أثر التعصب العنيف راحت تتحدث عن العنصرية والرق رغم أن مجتمعاتها خالية منها تقريباً .

⁴ - AICONF. 189 / 12

المتحلة العالمية لمكافحة الإرهاب)) التي تضمنت التأكيد على عدة ثوابت أهمها التأكيد على أنه لا يجوز ولا ينبغيربط الإرهاب بآي دين أو جنسية أو حضارة أو جماعة عرقية.¹ وفي التوصيات التي قدمها في عام 2012 المقرر الخاص لتعزيز�احترام الحق في حرية الرأي والتعبير فرانك لارو ((لغرض منع إساءة استخدام قوانين كلام الكراهية فأن الحالات المتطرفة والتحريضية على الكراهية هي فقط من تكون عرضة للمنع بوصفها أعمال إجرامية ولذلك فعلى الدولة أن تضع معيارا يتضمن العوامل التالية : القسوة ، الغرض ، المضمون ، المدى ، واحتمالية وقوع الأذى ، وأن يكون الأذى وشيكا وحالا .² ثم عاد مجلس حقوق الإنسان ليكلف مرة أخرى المقرر الخاص بحرية الدين والمعتقد بتحديد العقبات الموجودة والتي يمكن أن توجد في المستقبل والتي يمكن أن تعيق تمنع الأفراد بحرية الدين والمعتقد وتقديم التوصيات للتغلب عليها . وفي تقريره الذي قدمه في 2013 ذكر المقرر الخاص ما يلي ((أن السؤال هو كيف يمكن للدولة والمؤسسات المعنية أن تمنع أو ترد على خطاب الكراهية أن هذا السؤال بدأ ينال اهتمام أكبر من لدن المجتمع الدولي . وقد بات من الواضح أن الدول وضعت يدها على هذه المشكلة عبر تطوير إستراتيجيات وقائية وإعلامية . وفي الحالات المتطرفة فإن الأمر قد يشمل إجراءات وتدابير تقيدية مثل منع أنواع معينة من الخطاب ، ومع ذلك ، فإن على الدولة وهي تضع أو تلجأ مثل هذه القيود أن تضمن أن هذه الإجراءات لا تؤثر على رغبة الناس بالانتهاء بكل حرية وصراحة خصوصا ما يتعلق بالقضايا ذات الخلافات الدينية وأن هذه القيود يجب أن تتمثل للمعيار الدولية لحقوق الإنسان)).³

لقد ربطت الأمم المتحدة وفي سياق خطة الإطار المفاهيمي ربطت بين التعصب والإبادة الجماعية في إطار الخيارات المتاحة في مجال السياسة العامة التي تضعها الأمم المتحدة حرص الإطار المفاهيمي على الربط بين مفهوم التحرير على الكراهية والإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم ضد الإنسانية والتعصب وقد توزعت هذه الخيارات بين :-

- 1 - الخيارات المتاحة أمام الدول في مجال السياسة العامة .
- 2 - الخيارات المتاحة أما المنظمات الإقليمية ودون الإقليمية والدولية في مجال السياسات العامة .
- 3 - الخيارات المتاحة أمام المجتمع المدني بما في ذلك وسائل الإعلام .
- 4 - الخيارات المتاحة أمام الأمم المتحدة في مجال السياسات العامة .⁴

ويذكر أن الاتحاد البرلماني الدولي قد أصدر عدة قرارات لتعزيز الحوار بين الحضارات والتعايش السلمي وكفالة الاحترام والتعاون المتبادل بين الجماعات العرقية والثقافية والدينية منها :-

- 1 - القرارات التي أخذتها في الدورة 102 في برلين .
- 2 - القرارات التي أخذتها في الدورة 103 في عمان 2000 .
- 3 - المؤتمرات الدولية البرلمانية في الدورة 110 لجمعية الاتحاد البرلماني الدولي في مكسيكو سيتي 2004 .

¹ . مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة ، دراسة حول تشريعات مكافحة الإرهاب في دول الخليج العربية واليمن ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، 2009 ، ص2

² - united Nations Committee , united Nations resolutions on religious hate speech : the impact on freedom of expression New York , 2014 , p21 .

³ - united Nations Committee , Op , Cit ., p21 .

⁴ - office on Genocide prevention and the responsibility to protect 866 united Nations plaza suite 600 , New York , N Y 10017 . p1 – 8 . انظر.

4- القرار الذي اتخذته الجمعية العامة للاتحاد البرلماني الدولي بتوافق الآراء في دورتها 116 في بالي 2007 .

وقد أكد الاتحاد البرلماني الدولي من خلال تلك القرارات على أن الحوار بين الأديان ينبغي أن يركز على ما يجمع بين الأديان ولا على ما يفرق بينها وان يكون الدين وسيلة لتوطيد العلاقات بين الثقافات والحضارات وحل المشاكل العالمية وقد أبدت المجموعة العربية تحفظا على الفقرة 5 التي تنص على ((تؤكد مجددا على أن اعتناق الأشخاص أو عدم اعتناقهم لدين معين مسألة تخضع لاختيار الشخص ومن ثم تدعى البرلمانات الى كفالة عدم المعاقبة على هذا الاختيار لاسيما المعاقبة بموجب القانون))¹.

المطلب الثاني : إجراءات التنفيذ :

تشمل إجراءات التنفيذ التي تحظر التعصب الديني ، الإجراءات الدولية أولا ، وإجراءات التنفيذ الداخلية ثانيا . وستناقش كل منها في فرع مستقل .

الفرع الأول : الإجراءات :

تعترف الأمم المتحدة بأن الكثير من المسائل التي تغذى التوترات بين المجتمعات تنشأ عند مفرق طرق بين السياسة والدين وأحدى هذه المسائل هي تأثير اللغة العنيفة التي يستخدمها أحيانا القادة السياسيون والدينيون والأثر المدام الذي يمكن أن تحدثه هذه اللغة عندما تنشرها وسائل الإعلام . وفي ظل الأجواء الحالية يتحمل القادة و مشكلاً الرأي العام مسؤولية خاصة لتعزيز التفاهم بين الثقافات والاحترام المتبادل للمعتقدات والأعراف الدينية ونظر للتأثير والاحترام الذي يحظون به فإن من واجبهم أن يتجنّبوا استخدام اللغة العنيفة أو الاستفزازية عن المعتقدات والرموز المقدمة للشعوب الأخرى² . وبعد عدة حلقات عمل بشأن حظر التحرير على الكراهية القومية والعنصرية والدينية نظمتها الأمم المتحدة في شتى مناطق العالم قدم خبراء مشهود لهم دوليا في اجتماع عقد في جنيف في 21 شباط خطبة عمل لحظر التحرير على التمييز والعداء والعنف على النحو المبين في المادة 20 من ICCPR حيث توصل هؤلاء الخبراء إلى توافق اراء بشأن كيفية المعالجة الفعالة لمسألة التحرير واستنبطوا مسارا واضحا على تحديد الخط الفاصل بين حرية التعبير والتحرر على العنف . أن خطبة عمل الرباط بشأن حظر الدعوة للكراهية القومية أو الدينية التي تشكل تحريضا على التمييز أو العداء أو العنف توحّي باعتماد تشريعات وطنية شاملة لمكافحة التمييز مع إجراءات وقائية وعقابية من أجل المكافحة الفعالة للتحرير على الكراهية وتokin الأقليات والفتات الضئيفة³ . وهو ما أقرته لجنة القضاء على التمييز العنصري التي ترى أن المادة 4 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ليست تلقائية التنفيذ لأنها تلزم الدول الأطراف باعتماد تشريعات لمكافحة خطاب التحرير على الكراهية . وفي ضوء أحكام الاتفاقية وتفصيل مبادئها في التوصية العامة 15 توحّي اللجنة بأن تعلن الدول الأطراف أن الجرائم التالية يعاقب عليها القانون وأن تعاقب عليها فعليا :-

أ- كل نشر للأفكار القائمة على التفوق أو الكراهية العنصرية أو الإثنية بأي وسيلة من الوسائل .

¹. وثيقة الاتحاد البرلماني الدولي رقم 31 ، الدورة 116 ، جمعية الاتحاد البرلماني الدولي ، عممت في الدورة الثانية والستين للجمعية العامة وفقا للقرار 57 / 747 البند 51 من القائمة الأولية .

². الأمم المتحدة ، تقرير الفريق الرفيع المستوى ، نيويورك ، 2006 ، ص20. متاح على الموقع التالي 30 / 7 / 2015 www.Aoc.ovg

³. المفوضية السامية لحقوق الإنسان ، بين حرية الكلام وخطاب الكراهية ، خطبة عمل الرباط أداة عملية لمكافحة التحرير على الكراهية . 2013. متاح على الموقع التالي اخري زيارة 7-9-2015 www.ohchr.org / AR / NewsEvents / pag

ب - التحرير على كراهية أفراد أي فئة على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الاثني أو احتقارهم أو التمييز ضدهم .

ج - توجيه تهديدات بالعنف ضد أشخاص أو فئات أو التحرير على الأسس المذكورة في ب .

ء - شتم أشخاص أو فئات أو السخرية منهم أو التشهير بهم أو تبرير الكراهية أو الاحتقار أو التمييز على الأسس المذكورة في ب عندما يكون واضحًا أنها تصل إلى درجة التحرير على الكراهية والتمييز .

ه - المشاركة في المنظمات والأنظمة التي تروج للتمييز العنصري وتحريض عليه وترى اللجنة ضرورةأخذ العوامل التالية حين وصف أشكال سلوك معين بأنها أفعال إجرامية : -

1 - مضمون الخطاب وشكله - فيما إذا كان استفزازيا .

2 - المناخ الاقتصادي والاجتماعي السياسي السائد وقت إلقاء الخطاب .

3 - موقع أو مركز المتكلم - كأن يكون سياسي .

4 - مدى الخطاب - طبيعة الجمهور ووسائل النقل .

5 - مقاصد الخطاب - لا يجرم الخطاب الذي سعى لحماية حقوق الإنسان .¹

وفي ضوء التقاطع واعتباراً لعدم جواز منع ((انتقاد الرعماة الدينين أو التعليق على مذهب ديني أو مبادئ عقائدية))² أو المعاقبة على ذلك انصرف انتبه لجنة القضاء على التمييز العنصري إلى خطاب التحرير على الكراهية الذي يستهدف الأشخاص الذين يتبعون إلى جماعات اثنية تعتقد أو تمارس ديناً مختلفاً عن دين الأغلبية بما في التعبير التي تنم عن إرهاب الإسلام ومعاداة السامية وما شابه ذلك من مظاهر الكراهية لمجموعات اثنية ودينية وبما يوفر الحماية الدولية لهذه الفئة ضمن المادة 1 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري .³ وتشدد منظمة المادة 19 على أنه لا يعتد بشرعية أي قيد على خطاب الكراهية ألا إذا كان .

1 - محدد بنص قانون .

2 - يسعى لبلوغ هدف مشروع .

3 - ضروريًا في مجتمع ديمقراطي .

وبينبغي لأي قيد أن يستوفي الشروط التالية تحديداً .

1 - يجب أن يكون معرفاً بوضوح ودقة .

2 - تطبقه هيئة مستقلة عن أي نفوذ سياسي أو تجاري أو أي تأثيرات أخرى .

3 - لا يجوز معاقبة أي شخص على الإباء بتصریحات ثبتت صحتها .

¹ ..لجنة القضاء على التمييز العنصري ، مكافحة خطاب التحرير على الكراهية العنصرية ، التوصية العامة رقم 35 ، 2013 ، ص 7.

² . التعليق العام للجنة المعنية بحقوق الإنسان رقم 34 (2011) بشأن حرية الرأي والتعبير ، الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة السادسة والستون ، الملحق رقم 40 ، المجلد الأول .

³ .لجنة القضاء على التمييز العنصري ، مصدر سابق ذكره .

4 - لا يجوز توجيه العقوبة الجنائية على شخص نشر خطاب الكراهية ، ما لم يثبت توافر النية على التحرير على التمييز أو العداوة أو العنف .

5 - احترام حق الصحفيين في اختيار أفضل السبل .

6 - الحرص على أقل التدابير تقيداً .

7 - لا ينبغي اللجوء إلى السجن إلا كملازم آخر ¹ .

ويقر نادي مدريد في أجندته لسنة 2000 ان الإرهاب يستمد قواه من الرعب والخوف والكراهية وبما أن السلطات هي المسئولة عن تأمين الحرية ومن ضمنها الحرية الدينية فتتعقد على عاتق الزعماء ومن ضمنهم الزعماء الدينين مسؤولية عدم استغلال الحرية لتشجيع تبرير هذه الكراهية أو التعصب أو الحرب ذات الدوافع الدينية ولذلك يقترح ما يلي :-

1 - التشجيع الدائم للحوار الثقافي والديني بواسطة الحوار المحلي وأثناء برامج تبادل دولية .

2 - يجب على السلطات وعلى وسائل الإعلام مراجعة تعابيرها بشكل دائم لضمان عدم التقوية المقصودة للأهداف الخاصة للإرهابيين كالخوف والرعب والكراهية .

3 - إنشاء برامج وطنية ودولية لتقييم المظاهر العنصرية والمحابيات العرقية والتطرف الديني وتثيرها على وسائل الإعلام ومراجعة الكتب المدرسية في نظرتها الثقافية وفي التسامح الديني . وبالرغم من أن الفقر ليس سبب مباشر للإرهاب فان بإمكان السياسات الاجتماعية والاقتصادية المساهمة بالتحقيق من الحرمان ومن تأثير التغيرات الاجتماعية - الاقتصادية السريعة التي تولد الحقد ، هذا العنصر الذي طالما استغلته الإرهابيون ² وأدان البند خامساً من ميثاق شرف الواقع الإلكتروني ضد خطاب الكراهية إنشاء أو تأسيس أو تشكييل موقع أو منتديات أو مدونات تحض على الكراهية أيا كانت تلك الجهة المؤسسة رسمية أو أهلية أو من مؤسسات المجتمع المدني كما رفض صراحة أي طرح يحرض على الكراهية أو العنف أو التمييز لأي فئة ³ . ينتهك الأسس التي يمكن الاستناد إليها كمخالفة للأخلاق الدولية والنظام العام الدولي بموجب المعايير المتعارف عليها دولياً هي :-

1 - التشجيع على الأفعال العنيفة غير القانونية أو تعزيزها .

2 - التشجيع على أو تعزيز التفرقة القائمة على العرق واللون والجنس أو الإثنية أو الدين أو الوطن أو المنشأ .

3 - التشجيع على الاستغلال الإباحي للأطفال أو العنف الجنسي للأطفال .

¹ د. آجنس كالامارد ، مصدر سبق ذكره ، ص 28.

² أجندـة مدـريد ، نـادي مدـريد ، 2000 ، ص 4.

³ المذكرة التفسيرية لميثاق شرق الموقع الإلكتروني ضد خطاب الكراهية ، 2008 ، ص 13 . متاح على الموقع التالي 2015 / 8 / 4 <http://bahraincodeofethics.org>.

تذكر المذكرة أنه ومع بدأ الحياة البريطانية في البحرين 2002 ازدادت التوترات فيما بين الأطياف السياسية في المملكة قبل الفصل التشريعي الأول وقد وصل الاستقطاب السياسي أوجه ولم يخلو من تلميحات على أساس العرق أو الجنس أو الطائفة أو المذهب أو الأيديولوجية أو الفكر .

وتجسد المواثيق الدولية هذه المعايير مثل المادة 20 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة 4 (أ) من المعاهدة الدولية الخاصة بالتخليص من جميع أشكال التمييز العنصري والمادة 13 الفقرة 5 من الميثاق الأمريكي لحقوق الإنسان والمادة 34 من معاهدة حقوق الطفل والمادة 3 من البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل والخاص بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء والمواد الإباحية.¹

اما بخصوص مسلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان . فعلى الرغم من إقرار المحكمة بوجود تداخل بين خطاب الكراهية والتعصب الديني ألا أن المحكمة لم تتخذ مسلكا واضحا فيما إذا كانت الحماية التي تقررها أنها تعترف بحرية العقيدة والدين أم أنها تقصد من ذلك حماية أتباع هذا الدين أو المعتقدين له ففي قضايا الإنكارية وهي قضايا تتعلق بفئة خاصة من التعبير العنصري لأنها تتضمن كلا من إنكار جرائم ضد الإنسانية والحرقة النازية والتحريض على كراهية الجماعة اليهودية والقاسم المشترك في هذه الحالات هو أنها تتعلق بتصريحات تحريض على الكراهية ضد بشر بسبب انتسابهم الى دين ما أو عرق ما أو جماعة اثنية ، فهذه التصريحات تستهدف هؤلاء البشر بشكل مباشر وليس مجرد أرائهم .² في حين كانت المحكمة واضحة في قضايا أخرى من أنها تحمي الشعور الديني وحسب مثل قضية wing – rove v UK التي عدت فيها المحكمة حماية الأساس أو الشعور الديني للآخرين بسبب شرعي يبرر تحديد حقوق وحريات الآخرين .³ بينما لم توضح محل الحماية في قضايا أخرى مثل نور وود ضد المملكة المتحدة سنة 2004 والتي تتعلق بمواطن بريطاني علق بوستر معادية للإسلام في نافذة شقته بعد فترة وجيزة من أحداث 11 أيلول 2001 كتب عليها ((أخرجوا الإسلام من بريطانيا)) ورغم وضوح قرار المحكمة في هذه القضية ألا أن الجدل كان يدور حول هل أن هذا عداء وتعصب موجه للإسلام أو المسلمين .⁴ ويعيب البعض هذا المسلك بقوله أن المحكمة الأوروبية كانت تجري مقارنة بين البيئة المفتوحة التي تسمح بالمضايقات الدينية للآخرين والبيئة المغلقة التي تمنع مثل تلك المضايقات . وأن المحكمة كانت قد طبقت مبدأ البيئة المفتوحة تطبيقا سيئا .⁵

أن رفض الناخبون الفرنسيون والهولنديون للدستور الأوروبي طرح على طاولة النقاش العديد من القضايا المتعلقة بالاتحاد الأوروبي ولعل أهم هذه القضايا هي مسألة القلق من تنامي الإسلام في أوروبا . وما يقود ذلك التنامي من الاستفهام حول هي يسمح للمجتمعات الإسلامية في أوروبا بضمانت لممارسة شعائرها الدينية كاملة بينما تضيق وتضطهد الحركات الإسلامية المسيحيين أو كل ما هو يمثل الغرب في المجتمعات الإسلامية . ناهيك عن العمليات الإرهابية في دول أوروبا الغربية .⁶

¹ . مذكرة التفاهم التوضيحية لبرنامج نطاقات gtLd الجديدة ، المعايير الخاصة ببحث الأخلاق والنظام العام ، 2009 ، ص 4.

² . أن وير ، مكافحة العنصرية واحترام حرية التعبير في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ، الأديان وحرية التعبير إشكالية الحرية في مجتمعات مختلفة ، مركز القاهرة لدراسات لحقوق الإنسان ، القاهرة ، 2006 ، ص 283.

³ - paola Uccellari , op cit , p8 .

⁴ - JaCob Mchangama , the problem with hate speech laws , the review of faith and international affairs , 2015 , p4 .

⁵ - paola Uccellari , Banning Religious harassment : promoting mutual ignorance , the equal rights review , vol . 2 , 2008 , p14 .

⁶ - Alfred Grech , religion , tolerance and discrimination in Malta . 2012 , p209 .

الفرع الثاني : إجراءات التنفيذ الداخلية :

أن عدم أعطاء تعريف محدد لخطاب الكراهية وفق المادة 20 من **I C C P R** وعدم تحديد إجراءات التنفيذ الداخلية لوضع تلك المادة موضع التنفيذ القي بظالله على الإجراءات الداخلية للدول تجاه خطاب الكراهية الذي يشكل تعصباً دينياً .

على الرغم من انقسام الأصوات عند التصويت على المادة 20 ولكن الملاحظ أن هناك 7 دول فقط من أصل 160 دولة من الدول الأطراف في **I C C P R** سجلت تحفظات أو تفاهمات أو تصريحات **R U D** عند تصويتها على المادة 20 الفقرة ثانياً وأغلب هذه **R U D** انتطوت على أن الدول ستفسر المادتين 19 و 20 على نسق واحد وأن ذلك لا يستلزم بالضرورة إصدار تشريع جديد ومن تلك التحفظات تحفظ الولايات المتحدة التي جاء فيه ((أن المادة 20 لا تستلزم أو تتطلب صدور تشريع جديد يصدر عن الولايات المتحدة لأن حرية الكلام والتجمع مضمونة دستورياً وقانونياً داخل الولايات المتحدة)) ويلاحظ أن الأعلام الغربي يتهم المنهاج والثقافة الإسلامية بأنها ترسخ في الأذهان الكراهية ومناسبة العداء في الوقت الذي لا يسلط فيه الضوء على نظرية الغرب إلى المسلمين الذين هم في الثقافة والمناهج الدراسية الغربية وخاصة الأمريكية سفاحون وإرهابيون ومحاربون متطرفون ومغضبون للمرأة ويعتنقون الجihad وال الحرب المقدسة وهذا الحكم غير المنصف يدفع الشباب المسلم إلى التشدد والغلو واتخاذ موقف المدافع عن دينه وعقيدته ¹ .

في حين عدلت بعض الدول قوانينها تدريجياً لمنع كلام الكراهية أو لكي يستوعب صور جديدة أو مستخدمة بدت غالبة أو لكي يمنع إساءة استخدام القانون ، على سبيل المثال قانون النظام العام الصادر في المملكة المتحدة 1986 حدد كلام الكراهية بأنه ((التهديد أو التسفيه أو الاتهانة الذي يعد جريمة إذا كان المتكلم يقصد الكراهية العنصرية . . .)) وهذا التشريع لم يشمل كلام الكراهية المركز عن القومية أو الدين أو الإثنية . ولكن تشريع الكراهية العنصرية والدينية لسنة 2006 أضاف كلام الكراهية ضد الأقليات ورداً على هجمات لندن يبدو أن الحكومة عزمت على إنشاء وحدات خاصة للاستخبارات ((special branch units)) مهمتها ترويجية هي حماية المسلمين من نزعة كره الإسلام وجمع المعلومات عن المتطرفين ² وعرفها بأنها ((الكراهية ضد مجموعة من الأشخاص معروفين على أساس اعتقادهم الديني أو نقص في اعتقادهم الديني)) لكن القائمة مع ذلك لم تقل ما الذي يشكله الدين ولعل من المفيد الإشارة إلى أن هناك من جاذل كثيراً لوضع حد للتمييز بين ما يعد دين و مجرد خداع وتضليل ³ . وقد عدل هذا القانون سنة 2013 ليزيل كلمة الاتهانة بعد ما قام المجتمع المدني بحملة ضده ⁴ .

¹. انظر... Eveln M . Aswad , op cit , p1332.

د. محمد الهواري ، مصدر سبق ذكره ، ص 7.

²-Susan Benesch,, Op ,Cit ., p5 .

EICN.4/2006/p7. انظر.

³. لم يُعرف هذا التعديل ((الدين)) . انظر . Campaign against censorship , CaC position paper : the racial and religious hatred bill , p1.

متاح على الموقع التالي www.dlas.org.uk . 2015/9/21

⁴ - Susan Benesch,, Op ,Cit ., p5 .

أما الإمارات فقد أصدرت القانون رقم 2 لسنة 2015 بشأن مكافحة الكراهية الدينية والذي يقضي بتجريم الأفعال المرتبطة بازدراء الأديان ومقدساتها ومكافحة كافة أشكال التمييز ونبذ خطاب الكراهية الدينية عبر مختلف وسائل وطرق التعبير وتصل العقوبة في هذا القانون إلى السجن خمس سنوات وعشر سنوات أو حتى الإعدام إذا ما أدى التحرير إلى ارتكاب جريمة فعلاً . ويشمل القانون كذلك عقوبات على الأشخاص المعنوية المخالفة.¹

ولم تشرع الأكثريّة من الدول قوانين خاصة بخطاب الكراهية واكتفت بقوانين الأمن الوطني والتي تستخدم في العادة لکبح جماح خطاب الكراهية . ولكن الملاحظ أن هذه القوانين تجرم خطاب الكراهية بوصفه تحريضاً ضد الدولة بينما خطاب الكراهية الديني يستخدم للتحرير ضد الأشخاص أو الجماعات .² في حين ذهبت دول أخرى إلى ترك تعريف خطاب الكراهية الدينية الذي يشكل تعصباً دينياً إلى القضاء . في آذار 2014 وفي قضية sang athan ضد الاتحاد الهندي حذرت المحكمة العليا في الهند من تعريف كلام الكراهية تعريف شخصياً أو وفق جرائم فردية . لأن كلام الكراهية يمكن أن يعطى المساهمة الكاملة للأقليات في ظل الدولة الديمقراطيّة .³ ويقر القضاء في الولايات المتحدة أنه ليس هناك تعريف متفق عليه بشأن خطاب الكراهية الدينية في القانون الدولي ومع ذلك فإن مسلك القضاء الأمريكي بين خصائص هذه الدعوة منها :-

1 - يحرض على العنف .

2 - أن يقصد من عنف قائم .

وهذا معيار صارم فالكلام الذي يدافع عن العنف ويقع في نطاق الاتهام العنصرية سيكون محميًّا نظرًّا لأن المعيار أشترط أن يكون وقوع العنف حالاً .⁴ أما المحكمة العليا الكندية أكدت ((أن أي نزاع محتمل بين حرية التعبير والحق في المساواة يجب أن يحسم استناداً لتحديد مناسب للحقوق ولما تحتويه من قيم)) وإذا كان نوع الكلام محظوظ استناداً للكراهية الدينية فإنه لا يتمتع بالحماية المتصوّص عليها في حرية التعبير وهو وبالتالي لا يتدخل مع بقية الحقوق .⁵

ويميل الفقه الأوروبي إلى الاعتراف بغموض المصود بخطاب الكراهية على أساس أنه ليس من كلام الكراهية أن تقول لشخص أني أكرهك أو أن يكره شخص حزب معين أو يكره أعضائه ولذلك فهذا المصطلح ((كلام الكراهية)) لطالما كان عرضة لسوء الفهم أو التفسير الخاطئ مما يتربّ عليه نتائج خطيرة تناول من حرية التعبير ، فعلى سبيل المثال خلال الانتخابات الكندية في عام 2013 أصبح من الشائع أن يتهم أحد السياسيين سياسيًّا آخر بأنه وجه كلام الكراهية له أو لحزبه حتى غداً هذا الاتهام سلاح من أسلحة الحملات الانتخابية وفي نيسان 2014 أعلن المتحدث الرسمي باسم الحكومة أنه وجه الاتهام لأربعة من محامي حقوق الإنسان بتهمة كلام الكراهية أو أثارة الكراهية لأنهم انتقدوا سياسة الحكومة الجديدة بترجمة كبيرة من الصوماليين .⁶ وقد تكون إجراءات التنفيذ

¹. البيان ، رئيس الدولة يصدر قانوناً لمكافحة التمييز والكراهية ، 20 تموز ، 2015 .

². Op , Cit .,, p18 . في العراق تتغذى الدولة الإسلامية على عدم الاستقرار وعندما تتم معالجة هذه الظروف ستتجدد الدولة الإسلامية نفسها كالسمكة خارج الماء . انظر.. تشارلز ليستر ، تحديد معلم الدولة الإسلامية ، مركز بروكينجز ، الدوحة ، 2014 ، ص 30 .

1- Susan Benesch , , Op , Cit ., p4.

⁴ - Dr. Agnes , , Op , Cit ., p6.

دون إنكار تعريف التمييز الذي أصدرته بوضوح اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز خصوصاً المادة الرابعة منها التي وضعت ست معايير .

⁵ - paola uccellari , Op , Cit ., p7 .

⁶ - Susan Benesch . defining and dim : noshing hate speech , minority rights group international , 2014 , p4 .

الداخلية تطوعية يقوم بها رجال دين مختلفي الديانة ففي 2013 وعندما استخدم الدين كأداة لتفريق السكان والتأثير عليهم في إفريقيا اجتمع القادة الدينيون من أجل الترويج للتسامح والمغفرة كأساس لإعادة بناء التعايش السلمي حيث هجر خمس السكان منازلهم ولجئوا إلى الكنائس والمساجد واتخذوها ملادعاً لهم وهو الوضع الطبيعي في بلد تحظى فيه الكنائس والمساجد بقدرها من الشرعية يفوق ما تحظى به الحكومات.¹

الخاتمة :

لم تشرع الأكثريّة من الدول قوانين خاصة بخطاب الكراهية واكتفت بقوانين الأمن الوطني والتي تستخدّم في العادة لکبح جماح خطاب الكراهية . ولكن الملاحظ أن هذه القوانين تجرم خطاب الكراهية بوصفه تحريضا ضد الدولة بينما خطاب الكراهية الديني يستخدم للتحرير ضد الأشخاص أو الجماعات .

لقد ظهر الخلاف حول المادة 20 من I C C P R من اليوم الأول لبدء المفاوضات حول نصوص I C C P R في عام 1947 بين فريقين واستمر هذا الخلاف باستمرار مفاوضات I C C P R والتي استمرت عقدين من الزمان وأيا كان الاتجاه السائد في تعريف الكراهية فإن التعصب الديني يشكل جزءاً منها في الاتجاهين بحيث يندرج ضمن مفهومه أي خطاب للكراهية يستند إلى الدين ولعل من الضروري أن تستند جميع المناقشات لتعريف الكراهية الدينية وما يشابهها من مصطلحات قانونية أو قضايا أخرى إلى الإطار القانوني الدولي المنصوص عليه في I C C P R فيما نص العهد صراحة على حرية التعبير نص صراحة أيضاً على حدود وقيود هذه الحرية في المادتين 19 و 20.

أن الأعلام الغربي يتهمون المنهج والثقافة الإسلامية بأنها ترسخ في الأذهان الكراهية ومناصبة العداء في الوقت الذي لا يسلط فيه الضوء على نظرة الغرب إلى المسلمين الذين هم في الثقافة والمناهج الدراسية الغربية وخاصة الأمريكية سفاحون وإرهابيون ومحاربون متطرفون ومغضوبون للمرأة ويعتنقون الجهاد وال الحرب المقدسة وهذا الحكم غير المنصف يدفع الشباب المسلم إلى التشدد والغلو واتخاذ موقف المدافع عن دينه وعقيدته .

ويظهر التعصب الديني بوصفه تمييزاً ضد المرأة بشكل خاص حيث يسفر عن تنازع بين الدين والثقافة من جهة وحقوق المرأة من جهة أخرى أو بالأحرى حقها في المساواة - والذي تنظمه اتفاقيات دوليتان هما اتفاقية سيداو 1979 واتفاقية حقوق الطفل 1989 بشكل واضح.

ان البحث في حظر التعصب الديني بعده انتهاكاً لحظر التمييز أو الكراهية يقود الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات .

- الاستنتاجات :

1- على الرغم من إقرار المحكمة بوجود تداخل بين خطاب الكراهية والتعصب الديني إلا أن المحكمة لم تتخذ مسلكاً واضحاً فيما إذا كانت الحماية التي تقرّرها أنها تعرّف بحرية العقيدة والدين أم أنها تقصد من ذلك حماية أتباع هذا الدين أو المعتنقين له.

¹. القادة الدينيون يتحدون لمنع الكراهية من القلوب والعقول ، العقيدة والاستجابة للتهجير ، نشرة الهجرة القسرية ، العدد 4 ، 2014 ، ص 48 .

- 2- أن عبارات النصوص التي تحظر التمييز الديني أو الكراهية الدينية غامضة مما يهدى الطريق لاستخدام خطير لها من قبل الحكومات . خصوصا وأن الأصل في الديقراطية أنها تسمح للأفراد بمحض خلافاتهم في الكلام .
- 3- يرتبط خطاب الكراهية بشكل تلقائي بحرية الدين والمعتقد وحرية التعبير ولكنه مختلف عنهما من حيث أنه يتوقف على مدى استجابة المتلقى للخطاب أو الفعل المترتب على خطاب الكراهية بالإضافة إلى الفعل نفسه بينما ينحصر أثر حرية المعتقد والدين والتغيير إلى الفعل ذاته دون الاعتداد بما يترتب عليه من أثر استجابة له .
- 4- تشدد منظمة المادة 19 على أنه لا يعتد بشرعية أي قيد على خطاب الكراهية إلا إذا كان محدد بنص قانوني ويسعى لبلوغ هدف مشروع ضروري في المجتمع ديمقراطي وينبغي لأي قيد أن يكون معرفاً بوضوح ودققة وتطبقه هيئة مستقلة عن أي نفوذ سياسي أو تجاري أو أي تأثيرات أخرى ولا يجوز معاقبة أي شخص على الإلقاء بتصریفات ثبتت صحتها .
- 5- لا يجوز توقيع العقوبة الجنائية على شخص نشره خطاب الكراهية ، ما لم يثبت توافر النية على التحرير على التمييز أو العداوة أو العنف .
- 6- يجب احترام حق الصحفيين في اختيار أفضل السبل والحرص على أقل التدابير تقييدها ولا ينبغي اللجوء إلى السجن ألا كملاذ آخر .
- 7- تقع على عاتق الزعماء ومن ضمنهم الزعماء الدينين مسؤولية عدم استغلال الحرية لتشجيع تبرير الكراهية أو التعصب أو الحرب ذات الدافع الدينية .
- التوصيات :-
- 1- توظيف التعليم في مكافحة التعصب الديني الذي يشكل تمييزاً قائماً على أساس الدين حيث عد مجلس الأمن التعليم كأداة لمنع العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب ويشدد المجلس على الدور الأساسي للتعليم بما فيها تعليم حقوق الإنسان والتعليم الذي يراعي ويحترم التنوع الثقافي لاسيما بين الأطفال والشباب في منع استئصال جميع أشكال التعصب والتمييز .
- 2- اعتماد تدابير خاصة من أجل القضاء على التمييز ضد الأطفال على أساس العرق أو اللون أو نوع الجنس أو اللغة أو الدين أو الآراء السياسية أو غيرها من الآراء أو الأصل القومي أو الأثنى أو الاجتماعي .
- 3- أشراك جميع قطاعات المجتمع ألا أنه يمكن للقادة الدينين القيام بددور محمد وحامد يتطلب منع التوتر الديني والتعصب .
- 4- تفعيل قرارات الاتحاد البرلماني الدولي فقد أصدر عدّة قرارات لتعزيز الحوار بين الحضارات والتعايش السلمي وكفالة الاحترام والتعاون المتبادل بين الجماعات العرقية والثقافية والديني يجب أن لا يساء استعمال المادة 20 أن مثل هذا النص سوف يساء استعماله من قبل الحكومات لحظر الكلام .

أحكام معاملات السائح الأجنبي في بلاد المسلمين

Foreign tourist's Provision of transactions in Muslims Countries



أ. ياسمين ماهر الحولي
ماجستير الفقه المقارن
كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية - غزة

الدكتور/ سالم عبدالله أبو مخدة
أستاذ الفقه المقارن المساعد
كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية - غزة

ملخص البحث :
عالج هذا البحث موضوع مهم متعلق بسياحة الأجنبي في بلاد المسلمين، حيث بين ماهية السائح الأجنبي، ثم أوضح بعض أحكام المعاملات المتعلقة به في ديار المسلمين من بيع وشراء، وشراكة، ورهن، ووكلة، ووديعة، وهدية.

Abstract :

This research handles the foreign tourist provisions in Islamic Countries, This research, first, showed definitions of foreign tourists, second, explained and Clarified some provisions of selling, buying, partnership, mortgage, procuration, deposit, and Identify.

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، حمد الشاكرين لأنعمه، القائمين بأمره، وحكمه، وشريعته، والصلة والسلام على الهادي البشير، سيدنا محمد وعلى آله، وصحبه، ومن سار على هديه إلى يوم الدين، وأماماً بعد: فإن الله تعالى قد بعث نبيه بر رسالة الإسلام الخالدة، بر رسالة الهدى والنور؛ ليأخذ بيد الإنسانية على درب الخير والصلاح؛ صلاح الدنيا وصلاح الآخرة، أرسله منهج للحياة؛ ليصلح شأنها، ويدفعها على درب فطرتها وهدايتها. فكان منهج الإسلام متوازناً لا تتناقض أجزاؤه، بل تتكامل أحکامه وتشريعاته؛ باعتباره منهج حق وعدل، يحقق العدل في أدق معانيه، وفي أوسع مدى؛ لأنّه منهج شامل لا يترك أمراً فيه صلاح أمر الإنسان إلا وجهه إليه. ولما كان السائح الأجنبي خلال فترة تواجده في بلاد المسلمين يكون بحاجة إلى التعامل مع المسلمين لأداء حاجاته فهو بحاجة لعملية البيع والشراء، سواء أكانت لمواد تموينية يقتات بها، أم ملابس أم غيرها، وكذلك فهو بحاجة للإجارة، والعارية، وجميع المعاملات المتدولة اليومية التي لا غنى عنها؛ كان هذا البحث ليلقي الضوء على هذا الموضوع وهو تحت عنوان : "أحكام معاملات السائح الأجنبي في بلاد المسلمين" ، فأسأل الله تعالى بنّه وكرمه، أن يجعله خالصاً لوجهه وأن يوفقني في هذا الجهد المتواضع، وأن يعينني على أدائه فهو سبحانه نعم المولى، ونعم المعين، ولقد آثرت قبل الخوض في تفاصيل الموضوع؛ أن أبين طبيعة الموضوع، وأهميته، وأسباب اختياري له، وأهداف البحث، وذكر الجهود السابقة، وذلك وفق الترتيب الآتي :

أولاً - أهمية البحث :

تكمّن أهمية الموضوع في حاجة السائح الأجنبي للتعامل مع المسلمين، خلال فترة تواجده في الأماكن التي يقصدها؛ لذا أحببت أن أُسهم بجهدٍ متواضع أحتسبه عند الله تعالى في بيان أحكام تلك المعاملات.

ثانياً : سبب الاختيار :

إضافة لأهمية الموضوع آنفة الذكر، فإن هناك أسباباً دعتني لاختيار هذا الموضوع من أهمها:

1. إظهار سلامة وسبق الشريعة الإسلامية للتعاطي مع كل الأحوال والظروف.
2. بيان الأحكام الفقهية الخاصة بمعاملات السائح الأجنبي.
3. تصحيح المفاهيم الخاطئة عن التعامل مع السائحين الأجانب.

ثالثاً - أهداف البحث :

يهدف البحث إلى ربط هذا الموضوع بواقع الحياة المعاصرة وما يطرأ عليها من مستجدات وتطورات.

رابعاً - الجهود السابقة :

تناول الفقهاء القدماء بعض أفراد البحث من خلال الحديث عن موضوع التعامل مع أهل الذمة وأهل الحرب في بلاد المسلمين، ولكن لم أجدها مستقلةً يتناول الحديث حول معاملات السائح الأجنبي في بلاد المسلمين.

خامساً - خطة البحث :

يتكون هذا البحث من مقدمة، ومنهجية، وخطة بحث مقسمة إلى أربعة مباحث كالتالي :

المبحث الأول : ماهية السائح الأجنبي.

المبحث الثاني : أحكام بيع وشراء السائح الأجنبي.

المبحث الثالث : أحكام الشراكة والرهن والوكالة مع السائح الأجنبي.

المبحث الرابع : أحكام الوديعة والهدية مع السائح الأجنبي.

سابعاً - منهجية البحث :

اعتمد في البحث المنهج الوصفي ثم التحليلي في جمع المادة العلمية لموضوع الدراسة، من خلال كتب الفقه المختلفة.

المبحث الأول : ماهية السائح الأجنبي :

أولاً : السائح اصطلاحاً :

اختلفت تعريفات السائح بناء على الاختلاف في تعريف السياحة على النحو التالي :

1- السائح هو : "الفرد الذي ينتقل من مكان إقامته الدائمة إلى منطقة خارج إقامته العادلة أو مكان عمله؛ بهدف تحقيق غرض معين من أغراض السياحة أوزيارة المتعارف عليها ماعدا العمل، وبشرط ألا تقل مدة الزيارة عن (24) ساعة ولا تزيد عن ثلاثة أشهر".⁽¹⁾

2- السائح : "كل شخص لديه وقت فراغ يقوم خلاله برحالة إلى أماكن جديدة بغرض الإقامة المؤقتة، ولكي يتحلل من كل الأعباء المرتبطة بالعمل، ويصبح حراً يعيش في حالة استرخاء واستجمام واستمتاع".⁽²⁾

3- السائح : هو زائر يكث لليلة واحدة على الأقل في بلد الهدف أي أن مدة زيارته لا تقل عن (24) ساعة.⁽³⁾

الخلاصة :

بعد عرض التعريفات السابقة يمكن القول بأن السائح : هو الشخص الذي ينتقل من مكان إقامته الدائمة إلى منطقة أخرى خارج مكان إقامته؛ بهدف تحقيق غرض معين سواء كان ذلك الغرض دينياً، أم اجتماعياً، أم اقتصادياً، أم علاجياً، أم علمياً، شرط ألا تقل مدة الزيارة عن (24) ساعة.

ثانياً: الأجنبي لغة :

الأجنبي : "من (جنب) ورجل جانب وجنب: غريب، وفي تفسير قوله تعالى : (وَجَاءَتْ سِيَّارَةٌ فَأَرْسَلُوا وَارَدُهُمْ فَأَدَلَّى دَلْوَهُ قَالَ يَا بُشْرَى دَلْهَا غُلَامٌ وَأَسَرُوهُ بِضَاعَةً وَاللَّهُ عَلِيمٌ بِمَا يَعْمَلُونَ) [يوسف : 19]، قال مجاهد المقصود (بالسيارة) : هم أجناب الناس يعني الغرباء، جمع جنب وهو الغريب، وكذاك الجائب والأجنبي والأجنب، ويقال : نعم القوم هم بخار الجنابة، أي: بخار الغربة".⁽⁴⁾

ثالثاً: الأجنبي اصطلاحاً :

يطلق لفظ (الأجنبي) على معان متعددة منها:

- 1- الكافر الذي يعيش في بلاد الإسلام.⁽⁵⁾

- 2- المسلم أو العربي الذي يعيش في غير بلده الأصلي.⁽⁶⁾

- 3- البعيد من النسبة والقرابة.⁽⁷⁾

⁽¹⁾ التسويق السياحي: عبيدات (34ص)، فن إدارة الفنادق والنشاط السياحي: عبوبي (ص 171).

⁽²⁾ السياحة الحديثة: محمود كامل (26).

⁽³⁾ التخطيط السياحي: غنيم، نبيتا سعد (25).

⁽⁴⁾ لسان العرب: ابن منظور (1/277).

⁽⁵⁾ معجم المناهي اللفظية: بكر أبو زيد (1/74).

⁽⁶⁾ معجم المناهي اللفظية: بكر أبو زيد (1/74).

⁽⁷⁾ بصائر ذوي التمييز: الفيروز أبادي (2/399).

الخلاصة :

يظهر بعد ذكر تعريف الأجنبي في اللغة والاصطلاح أن المعنى المراد للفظ الأجنبي هو:

1 - الشخص الذي لا يتمتع بجنسية الدولة التي يتواجد فيها سواءً أكان مسلماً، أم ذميًّا، أم مستأمناً، أم معاهداً، أم حربياً.

2 - غير المسلم من الذمي أو المعاهد أو المستأمن أو الحربي الذي دخل بلاد المسلمين.
وهذا المعنى هو المراد في هذه الدراسة.

المبحث الثاني : أحكام بيع وشراء السائح الأجنبي :

للسائح الأجنبي حق التمتع في مزاولة البيع والشراء وسائر المعاملات المالية، مع أهل دار الإسلام، فلا يمنع من التعامل معهم في البيع والشراء، بل هو أمر مباح ما دام ذلك التعامل مطابقاً لأحكام الشريعة الإسلامية؛ ويجرى عليه من الأحكام والضوابط ما يجري على التعامل مع المسلمين⁽¹⁾.

والأن سيتم عرض بعض المعاملات المتعلقة بالبيع والشراء مع تبيان حكم الشرع فيها وهي كالتالي:
المطلب الأول : تعامل السائح الأجنبي بالربا في بلاد المسلمين :

الربا من العقود الفاسدة التي يحرم على المسلم التعامل بها؛ لأنَّه من الكبائر ومن الموبقات المهلكة لصاحبها، وعرف الفقهاء الربا بتعريفات عدَّة، أكتفي بتعريف واحد لكل مذهب وهي :

عرفه الحنفية : "فضل خال عن عوض بعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين في المعاوضة"⁽²⁾.

عرفه المالكية : بتعريف أنواع الربا كـ، نوء على، حلة، ربا الفضا، وربا النسيئة"⁽³⁾.

عرفه الشافعية : "عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد، أو مع تأخير البدلين أو أحدهما"⁽⁴⁾.

عرفه الحنابلة : بأنه "الزيادة في أشياء مخصوصة"⁽⁵⁾.

حكم التعامل بالربا بين السائح الأجنبي والمسلمين في بلاد المسلمين :

اختلاف الفقهاء في حكم التعامل بالربا مع السائح الأجنبي في بلاد المسلمين على مذهبين :

المذهب الأول : ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁶⁾ : أنه لا يجوز التعامل بالربا مع السائح الأجنبي مطلقاً سواءً أكان في بلاد المسلمين أم بلاد الكفار.

المذهب الثاني : ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية وسفيان الثوري⁽⁷⁾، وبعض الحنابلة⁽⁸⁾ في قول: أنه يجوز التعامل بالربا مع السائح الأجنبي في حال انتفاء الأمان بين السائح الأجنبي والمسلم.

⁽¹⁾ شرح السير الكبير: السرخسي(4/1525)، أسهل المدارك: الكشناوي (17/2)، روضة الطالبين: النووي (10/280)، المغني: ابن قدامة(8/523).

⁽²⁾ حاشية ابن عابدين: ابن عابدين (5/168-170)، المسوط: السرخسي(4/272).

⁽³⁾ ربا الفضل: هو الزيادة في مقدار أحد البدلين المتماثلين، ربا النسيئة: هو الزيادة في الدين نظير التأجيل، ينظر في ذلك: كفاية الطالب: علي خلف(2/181-182)، الموسوعة الفقهية (22/50).

⁽⁴⁾ تكميلة المجموع: السبكي(10/25)، تحفة المحتاج: الشريفي الخطيب(4/272)، نهاية المحتاج: الرملي (3/49).

⁽⁵⁾ المغني: ابن قدامة (4/122).

⁽⁶⁾ المجموع: النووي(9/488)، الإنصاف: الماوردي(12/135).

⁽⁷⁾ شرح السير الكبير: الشيباني(4/184).

⁽⁸⁾ الإنصاف: الماوردي(12/135)، المحرر: ابن تيمية(1/318)، المبدع: ابن مفلح(4/157).

الأدلة :

أدلة أصحاب المذهب الأول :

استدل الجمهور لمذهبهم بعموم القرآن الكريم والسنة والقياس ومن أدتهم :
أولاً : من الكتاب :

قوله تعالى : (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَاتَلُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَأَنْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) [البقرة: 275].

قوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَدَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأَذْنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ) [البقرة: 278-279].

قوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) [آل عمران: 130].

وجه الدلالة :

جاءت الآيات السابقة عامة في حرمة الربا دون تخصيص شخص أو زمان أو مكان، فكان التعامل بالربا محظياً على إطلاقه⁽¹⁾.

ثانياً : من السنة :

1- ما روی عن جابر (رض) قال: (لعن رسول الله (ص) أكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه وقال: هم سواء)⁽²⁾.

وجه الدلالة :

اللعن في الحديث عام يشمل كل من تعامل بالربا، دون تخصيص شخص أو زمان أو مكان.

ثالثاً : من القياس :

إن حرمة الربا كما هي ثابتة في حق المسلم فهي ثابتة في حق السائح الأجنبي كذلك؛ لأنها مخاطب بالحرمات مثلنا في الصحيح من الأقوال⁽³⁾.

أدلة أصحاب المذهب الثاني :

استدل أبو يوسف والثوري وبعض الحنابلة لمذهبهم بالسنة والمعقول :

أولاً : من السنة :

ما روی أن سعد بن عبادة (رض) : اشتري يوم خير تبراً بذهب، فقال : (إن هذا لا يصلح، فرده)⁽⁴⁾.

وجه الدلالة :

كره النبي (رض) شراء سعد بالربا في معسكر المسلمين أي في دار الإسلام، فيجوز مع كراحته للسائح الأجنبي أيضاً⁽⁵⁾.

ثانياً : من المعقول :

⁽¹⁾ المجموع : النووي (9/488)، البحر الزخار: المرتضى(8/210).

⁽²⁾ صحيح مسلم: مسلم، كتاب: المسافة، باب : لعن أكل الربا وموكله، ح(1598)، ص(651).

⁽³⁾ بدائع الصنائع: الكاساني(5/192)، المجموع: النووي(9/487).

⁽⁴⁾ شرح السير الكبير: الشيباني(4/185). لم أجده الحديث في كتب الحديث.

⁽⁵⁾ المرجع السابق.

مال الحربي مباح للMuslim، ولكنه دخل بلادنا بأمان، وبدون الأمان يرجع إلى أصله وهو الإباحة سواء أكان في دار الإسلام أم في دار الحرب⁽¹⁾.

يحاب عنه :

ال المسلمين ملزمون بتحكيمهم، ومهما كانت الأموال مباحة فإن طريقة الحصول عليها لابد أن تكون بطريقة مشروعة، ولا يوجد نص صريح يبيح الربا، لا في الكتاب ولا في السنة⁽²⁾.

الترجيح :

بعد عرض المذاهب الفقهية والأدلة يظهر أنه لا يجوز للسائح الأجنبي التعامل بالربا مع المسلمين في بلاد المسلمين. أسباب الترجح :

1- تعامل المسلم مع السائح الأجنبي المستأمن في دار الإسلام له حكم تعامل المسلمين بعضهم مع بعض، لوجوب التزام المسلم بالأحكام الشرعية، وعصمة مال المسلمين والمعاهدين من غير المسلمين فيها.

2- عقد الذمة بالنسبة للذميين خلف عن الإسلام في عصمة المال، وفي وجوب التزام أحكام الإسلام في الدنيا فيما يرجع إلى المعاملات، والسائح الأجنبي في دار الإسلام بمنزلة الذمي في ذلك⁽³⁾.

3- المعاملات الربوية كونها تتم في دار الإسلام فإن العواقب ترجع على المسلمين، وهذا يساعد بعد ذلك في التعامل بالربا بين المسلمين.

المطلب الثاني : حكم شراء السائح الأجنبي السلاح أو ما فيه تقوية لأهل الحرب.

اتفق الفقهاء على منع بيع الأسلحة وكافة وسائل الحرب لأهل الحرب سواء أكانوا في دار الحرب أم في دار الإسلام مستأمنين، سواء أكانوا في حالة حرب معنا أم في حالة سلم⁽⁴⁾.

قال الشافعي : "فأما الكراع والسلاح فلا أعلم أحداً رخص في بيعها وهو لا يحيى أن يبيعهما"⁽⁵⁾، وقال النووي في ذلك أيضاً : "أما بيع السلاح لأهل الحرب فحرام بالإجماع"⁽⁶⁾.

وإن كان السائح الأجنبي أثناء وجوده في بلاد المسلمين ليس بحربى إلا أن النفع المترتب على الشراء سيعود على أهل الحرب بعد عودته إليهم.

الأدلة :

استدل الفقهاء لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنّة والمعقول :

أولاً - الكتاب :

قوله تعالى: (ولَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدُوانِ) [المائدة: 2].

وجه الدلالة :

بيع آلات الحرب لأهل الحرب فيه تقوية لهم وإعانتهم على المعصية والإثم والعدوان⁽⁷⁾.

ثانياً : السنّة :

⁽¹⁾ اختلاف الدارين وأثره في المناكحات والمعاملات: فطاني(381).

⁽²⁾ مجموع الفتاوى: ابن تيمية(15/75).

⁽³⁾ المبسوط: السرخسي(10/84)، شرح السير الكبير: السرخسي(1/3067)، بدائع الصنائع: الكاساني (6/81)، أحكام القرآن: الجصاص (2/436).

⁽⁴⁾ اختلاف الدارين: فطاني(ص435).

⁽⁵⁾ الأئم: الشافعي(7/349).

⁽⁶⁾ المجموع: النووي(9/346)، إنصاف: الماوردي(4/327)، اقتضاء الصراط: ابن تيمية(229)، المدونة الكبرى: مالك (4/270)، المحل: ابن حزم (7/349-962).

⁽⁷⁾ المجموع: النووي(9/349)، مجموع فتاوى ابن تيمية: ابن تيمية(22/141).

ما روی عن عمران بن حصین (ص) أن رسول الله (ص): (نهى عن بيع السلاح في الفتنة)⁽¹⁾.
وجه الدلالة:

الفتنة هي الحرب الداخلية بين المسلمين وفتنة الحرب على المسلمين أشد، فأولى ألا يباع لهم⁽²⁾.
ثالثاً- المعمول:

في بيع السلاح لأهل الحرب تقوية لهم على قتال المسلمين وباعثاً لهم على شن الحرب ومواصلة القتال لاستعانتهم به وقد أمرنا بكسر شوكتهم، وقتل مقاتليهم ودفع فتنة محاربتهم⁽³⁾.

المطلب الثالث: حكم شراء السائح الأجنبي ما يمكن صنع آلة الحرب منه.

اختلاف الفقهاء في حكم بيع السائح الأجنبي ما يمكن صنع السلاح منه، لأهل الحرب على مذهبين:
المذهب الأول: ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية: أنه يجوز بيع ما يمكن صنع السلاح منه لأهل الحرب إذا لم يتيقن استعمالهم له في صنع السلاح⁽⁴⁾.

المذهب الثاني: ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والظاهرية: أنه لا يجوز مطلقاً بيع ما يمكن صنع السلاح منه لأهل الحرب⁽⁵⁾.

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف إلى خلافهم في إمكانية التيقن من استخدام تلك المواد في صنع السلاح، فالأمر مرهون باجتهاد الإمام وتقديره.

الأدلة:

دليل أصحاب المذهب الأول:

قالوا إن بيع ما يصنع منه السلاح لأهل الحرب لا يتعين جعله علة حرب، وقد يستعمل في غيرها⁽⁶⁾.

دليل أصحاب المذهب الثاني:

قالوا إن ما يصنع منه السلاح هو أصل السلاح فلا بيع كل ما هو أصل في آلات الحرب⁽⁷⁾.

وإذا اشتري السائح الأجنبي شيئاً من تلك الآلات الحربية يمنعون من الرجوع بها إلى دارهم، ولهم أن يبيعوه قبل الخروج من دار الإسلام ويتسلموا ثمنه، فإن أبووا إلا الخروج به أجبروا على بيعه⁽⁸⁾.

الترجح:

بعد عرض مذاهب الفقهاء وأدلة المذهب الأول إلى أن السائح الأجنبي لا يمكن من شراء ما فيه تقوية لأهل دار الحرب من سلاح أو نحوه، ولا يجوز لسكان دار الإسلام أن يبيعوه شيئاً من ذلك، قال ابن رشد في ذلك: "لا يجوز أن

⁽¹⁾ السنن الكبرى: البهقي، كتاب: البيوع، باب: كراهة بيع العصير من يعصي الله عزوجل به، ح (10779) (327/5)، قال عنه البهقي: ضعيف، نصب الراية: (391/3).

⁽²⁾ اختلاف الدارين وأثره في أحكام المناكريات والمعاملات: فطاني (ص436).

⁽³⁾ فتح القدير: ابن همام (5/209)، مغني المحتاج: الشربيني الخطيب (2/10).

⁽⁴⁾ شرح السير الكبير: السرخسي (4/568)، فتح القدير: ابن همام (5/209)، المدونة الكبرى: مالك (4/270)، المجموع: النووي (9/349)، مغني المحتاج: الشربيني الخطيب (2/10).

⁽⁵⁾ الفتاوى الهندية: البلخي (2/197-198)، فتح القدير: ابن همام (5/209)، المحتل: ابن حزم (9/65).

⁽⁶⁾ المجموع: النووي (9/349)، مغني المحتاج: الشربيني الخطيب (2/10).

⁽⁷⁾ فتح القدير: ابن همام (5/209)، الفتاوى الهندية: البلخي (2/197-198)، شرح السير الكبير: السرخسي (4/568)، المدونة الكبرى: مالك (4/270)، المحتل: ابن حزم (9/65).

⁽⁸⁾ شرح السير الكبير: السرخسي (3/278)، أحكام الذميين والمستأمين في دار الإسلام: عبد الكريم زيدان (ص131-132).

يباعوا مما يستعينون به في حروفهم من كراع أو سلاح أو حديد ولا شيئاً مما يرهبون به المسلمين في قتالهم"⁽¹⁾، والسبب من عدم بيعهم آلات الحرب لما يترتب عليه من إلحاق الضرر بال المسلمين بتفوّهية أعدائهم الكافرين. وما يجدر الإشارة إليه أن الواقع في زماننا الحاضر أن شراء السلاح وبيعه يقع بين دول وأكثر الدول افتتاحاً لا يوجد بها محلات لبيع السلاح للعامة، فالعملية اليوم مضبوطة نوعاً ما إلا ما يحدث من عمليات تهريب للسلاح وبيعه فتجري على الأحكام التي ذكرت.

المبحث الثالث : أحكام الشراكة والرهن والوكالة مع السائح الأجنبي :

المطلب الأول : شراكة السائح الأجنبي مع أهل بلاد المسلمين.

تعريف الشركة : عرف الفقهاء الشركة بعدة تعاريفات أكتفي بذكر تعريف لكل مذهب:

1- عرفها الحنفية : "عقد بين المشاركين في رأس المال والربح"⁽²⁾.

2- عرفها المالكية : "إذن كل من المشاركين لصاحبه في التصرف بالله أو بيده لهما أي له ولشريكه"⁽³⁾.

3- عرفها الشافعية : "ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على وجه الشيوع"⁽⁴⁾.

4- عرفها الحنابلة : "الاجتماع في استحقاق أو التصرف"⁽⁵⁾.

حكم شراكة السائح الأجنبي مع أهل بلاد المسلمين :-

اختلف العلماء في حكم شراكة المسلم مع السائح الأجنبي على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : ما ذهب إليه أبو حنيفة و محمد بن الحسن وقالوا: بعدم جواز الشراكة بين المسلم والكافر⁽⁶⁾.

المذهب الثاني : ما ذهب إليه المالكية، وهو الصحيح في مذهب الحنابلة وقالوا: بجواز المشاركة بين المسلم وغير المسلم إن تولى المسلم التصرف⁽⁷⁾.

المذهب الثالث : ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية، والشافعية، وبعض الحنابلة وقالوا: بجواز المشاركة بينهما مع الكراهة⁽⁸⁾.

أسباب الخلاف :

يرجع سبب خلافهم إلى تعارض الآثار الواردة في هذه المسألة.

الأدلة :

أدلة أصحاب المذهب الأول :-

⁽¹⁾ المقدمات الممهدات: ابن رشد(2/289).

⁽²⁾ حاشية ابن عابدين: ابن عابدين(5/3).

⁽³⁾ مواهب الجليل: الخطاب(5/117).

⁽⁴⁾ مغني المحجاج: الشريبي الخطيب(2/211).

⁽⁵⁾ الغني: ابن قدامة (5/13).

⁽⁶⁾ الهدایة شرح البداية: المرغینانی(3/4).

⁽⁷⁾ الناج والإكليل: الملوّق(8/377), شرح مختصر خليل: الخرشی (89/18); المبدع: ابن مفلح(5/4), الفروع: القرافي(4/287).

⁽⁸⁾ الهدایة شرح البداية: المرغینانی (3/4), البحر الرائق: ابن نجیم(5/183); المجموع: النووي(14/64), روضۃ الطالبین: النووي(4/275), المذهب: الشیرازی(1/345); الإنصاف: المرداوی (5/407).

1- ما روى عن أبي حمزة قال : قلت لابن عباس، رضي الله عنهما : "إن رجلاً جلباً، يجلب الغنم، وإنه ليشارك اليهودي والنصراني؟ قال: لا يشارك يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً، قال: قلت : لم؟ قال: لأنهم يربون، والربا لا يحل"⁽¹⁾.

2- ما روى عن عطاء أنه قال : "لا تشرك اليهود والنصراني، ولا يروا عليك في صلاتك، فإن فعلوا فهم مثل الكلب"⁽²⁾.

3- ما روى عن الضحاك أنه قال : "لا تصلح مشاركة المشرك في بيع بعت عليه؛ لأن المشرك يستحل في دينه الربا وثمن الخنزير"⁽³⁾.

4- ولأنه لا يؤمن أن يكون ماله الذي عقد عليه تلك الشركة، مما حصل به طريق الربا، أو بيع الخمر والخنزير⁽⁴⁾.
أدلة أصحاب المذهب الثاني :

1- ما روى عن الحسن أنه لم يكن يرى بأساً بشركة اليهودي والنصراني، إذا كان المسلم هو الذي يرى الشراء والبيع⁽⁵⁾.

2- ما روى عن الليث أنه قال: كان عطاء وطاوس ومجاهد يكرهون شركة اليهودي والنصراني، إلا إذا كان المسلم هو الذي يرى الشراء والبيع⁽⁶⁾.

3- ما روى عن إيس بن معاوية أنه قال : لا بأس بشركة اليهودي والنصراني، إذا كنت تعمل بالمال⁽⁷⁾.

4- ولأن العلة في كراهة ما خلوا به، هو معاملتهم بالربا، وبيع الخمر والخنزير. وذلك منتف فيما حضره المسلم أو وليه⁽⁸⁾.

أدلة أصحاب المذهب الثالث :

استدلوا بما استدل به أصحاب المذهب الأول وحملوه على الكراهة.

الترجيح : من خلال ما تقدم يمكن القول: إن في المسألة تفصيل وهو كالتالي :

1- إن كان المسلم هو المتصرف في تلك الشركة، بحسب الشريعة الإسلامية، فهي شركة جائزة.

2- إن كان السائح الأجنبي هو المتصرف في تلك الشركة، وكان تصرفه واقعاً بغير الشريعة الإسلامية؛ فهي شركة محمرة.

الخلاصة : يجوز للMuslim عقد شركة مع السائح الأجنبي، شريطة أن يثق المسلم بأن التعامل يجري في الشركة وفق قواعد الشريعة الإسلامية وضوابطها فيما يحل ويحرم من المعاملات، وألا يمكن شريكه غير المسلم من التصرف بأموال الشركة تصرفاً مطلقاً دون إجراء رقابة عليه؛ لضمان حصول التصرف المشروع، وتجنب التصرف غير المشروع.

⁽¹⁾ مصنف ابن أبي شيبة: ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب: في مشاركة اليهودي والنصراني، ح(20347) (8/6).

⁽²⁾ مصنف ابن أبي شيبة: ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب: في مشاركة اليهودي والنصراني، ح(20348) (8/6).

⁽³⁾ مصنف ابن أبي شيبة: ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب: في مشاركة اليهودي والنصراني، ح(20352) (8/6).

⁽⁴⁾ المجموع: النووي(14/64)، المبدع: ابن مفلح(4/5).

⁽⁵⁾ مصنف ابن أبي شيبة: ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب: في مشاركة اليهودي والنصراني، ح(1939)، (6/5).

⁽⁶⁾ مصنف ابن أبي شيبة: ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب: في مشاركة اليهودي والنصراني، ح(2640)، (6/5).

⁽⁷⁾ مصنف ابن أبي شيبة: ابن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، باب: في مشاركة اليهودي، ح(20353) والنصراني، (8/6).

⁽⁸⁾ المغني: ابن قدامة(5/3)، كشاف القناع: اليهوي (3/496).

المطلب الثاني : الرهن عند السائح الأجنبي وقبول الرهن منه :
عرف الفقهاء الرهن على النحو التالي:-

عرفه الحنفية : "جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون"⁽¹⁾.

عرفه المالكية : "بذل من له البيع ما يباع ولو اشترط في العقد وثيقة بحق"⁽²⁾.

عرفه الشافعية : "جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه"⁽³⁾.

عرفه الحنابلة : "المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه، إن تعذر استيفاؤه من هو عليه"⁽⁴⁾.

حكم الرهن عند السائح الأجنبي وقبول الرهن منه :

ذهب جمهور الفقهاء : إلى أنه يصح الرهن بين أهل دار الإسلام وبين السائح الأجنبي المستأمن في دار الإسلام، فيجوز أن يكون الراهن مسلماً والمرتهن مستأماناً، ويصح العكس⁽⁵⁾.
الأدلة:

1 - دليلهم من السنة :

روي عن عائشة رضي الله عنها (أن النبي (ص) اشتري من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه)⁽⁶⁾.

وجه الدلالة :

إذا صر رهن السلاح للمستأمن، فأولى أن يصح غيره من الأموال؛ لأن الأموال وإن كانت فيها قوة له، إلا أنها لا تبلغ درجة السلاح⁽⁷⁾.

2 - دليلهم من القياس :

إن السائح الأجنبي المستأمن بين أيدينا تجري عليه أحكامنا فهو كالمسلم والذمي في المعاملات⁽⁸⁾.

الخلاصة:

يجوز الرهن عند السائح الأجنبي، وقبول الرهن منه.

المطلب الثالث : الوكالة بين السائح الأجنبي والمسلم في بلاد المسلمين :

عرف الفقهاء الوكالة بتعريفات عدّة منها:-

عرفها الحنفية : "إقامةُ الغَيْرِ مَقَامَ نَفْسِهِ تَرْفُهًا أَوْ عَجْزًا فِي تَصْرُفٍ جَائزٌ مَعْلُومٌ"⁽⁹⁾.

عرفها المالكية : "نِيَابَةُ ذِي حَقٍّ غَيْرِ ذِي إِمْرَةٍ وَلَا عِبَادَةٍ لِغَيْرِهِ فِيهِ، غَيْرَ مَشْرُوطٍ بِمَوْتِهِ"⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁾ المهدية : المرغيناني (4/126).

⁽²⁾ حاشية الدسوقي: الدسوقي (3/231).

⁽³⁾ مغني المحتاج: الشربيني (2/122).

⁽⁴⁾ المغني: ابن قدامة (4/366).

⁽⁵⁾ المسوط: السرخسي (21/88)، مغني المحتاج: الشربيني الخطيب (2/121)، حاشيتا قيلوبي وعميره: قيلوبي وعميره (2/261)، فتح الباري: ابن حجر (5/142) نيل الأوطار: الشوكاني (5/234)، كشف النقاع: الهوتي (3/320).

⁽⁶⁾ صحيح البخاري: البخاري، كتاب: الرهن، باب: من رهن درعه، ح (1000)، (1/341).

⁽⁷⁾ المسوط: السرخسي (20/132)، أحكام أهل الذمة: ابن القيم، (ص 549).

⁽⁸⁾ المسوط: السرخسي (20/132)، أحكام أهل الذمة: ابن القيم، (ص 549).

⁽⁹⁾ حاشية ابن عابدين: ابن عابدين (4/400).

⁽¹⁰⁾ مواهب الجليل: الحطاب (5/181).

عرفها الشافعية : " هي تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة ليفعله حال حياته، والمراد ما يقبل النيابة شرعاً" ⁽¹⁾.

عرفها الحنابلة : " استئنابة جائز التصرُّفِ مثُلَهُ فِيمَا تَدْخُلُهُ النِّيَابَةُ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى وَحُقُوقِ الْأَدْمَيْنَ" ⁽²⁾.

حكم الوكالة بين السائح الأجنبي والمسلم في بلاد المسلمين :

أولاً: اتفق الفقهاء على أنه : لا يشترط في الموكِل الإسلام، فيجوز أن يكون الموكِل ذميًّا أو مستأمنًا أو حربيًّا ⁽³⁾.
الدليل:

ما روَى عبد الرحمن بن عوف أنه قال: " كاتبَتْ أمِيَة بْنَ خَلْفَ كَتَابًا بِأَنْ يَحْفَظَنِي فِي صَاغِيَتِي فِي مَكَةَ وَأَحْفَظَهُ فِي صَاغِيَتِهِ بِالْمَدِينَةِ" ⁽⁴⁾.

وجه الدلالة :

الأثر دليل على جواز توكيل المسلم المستأمن، وتوكيل المستأمن للمسلم، حيث إن عبد الرحمن ابن عوف (رض) وهو مسلم، وكلَّ أمِيَة بْنَ خَلْفَ فيما يتعلق بأموره بمكة، ووكلَّ عبد الرحمن بأموره في المدينة.

ثانياً: اختلاف العلماء في توكيل المسلم للسائح الأجنبي الكافر على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : ما ذهب إليه المالكية : أنه لا يجوز للمسلم أن يُوكِلَ السائح الأجنبي الكافر بأي تعامل مالي ⁽⁵⁾.

المذهب الثاني : ما ذهب إليه الحنفية : أنه يجوز للمسلم أن يُوكِلَ السائح الأجنبي المستأمن في أي تعامل مالي ⁽⁶⁾ ويكره توكيله في السلم ⁽⁷⁾.

المذهب الثالث : ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة : أنه يجوز توكيل المسلم للسائح الأجنبي بشراء ما يصح له شراءه لنفسه ⁽⁸⁾.

الأدلة :

أدلة أصحاب المذهب الأول :

الكتاب في قوله تعالى : (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) [النساء: 141].
وجه الدلالة :

توكيل السائح الأجنبي في معاملات المسلمين يعطيه لوناً من الهيمنة على المسلمين وهذا ما يتنافي مع مدلول الآية ⁽⁹⁾.
الآية ⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ حاشية قيلوبي وعميرة: قيلوبي وعميرة(2/326).

⁽²⁾ كشاف القناع: اليهودي(3/461).

⁽³⁾ فتح الباري: ابن حجر(4/480)، المبسوط: السرخسي (19/138)، المجموع: النووي (3/544).

⁽⁴⁾ صحيح البخاري: البخاري، كتاب الوكالة، باب: إذا وكلَّ المسلم حربياً في دار الحرب أو دار الإسلام جاز، ح(2179)، (4/480)، وصاغية الرجل: أهله وحاشيته وكل من يصغى إليه: أي يميل، كشف المشكل من حديث الصحيحين: الجوزي(1/219).

⁽⁵⁾ المدونة الكبرى: مالك(4/50)، مواهب الجليل: الحطاب (5/118)، الوكالة في الفقه الإسلامي: طالب مقبل(ص127).

⁽⁶⁾ المبسوط: السرخسي(19/139).

⁽⁷⁾ المبسوط: السرخسي(12/216).

⁽⁸⁾ تكميلة المجموع: السبكى(13/544)، حاشيتها قيلوبي وعميرة: قيلوبي وعميرة (2/137)، المغني: ابن قدامة(5/73).

⁽⁹⁾ المولاة والمعادة: الجلعود(2/892).

١ - المعمول :

أ- توكييل السائح الأجنبي في معاملات المسلمين يعطيه لوناً من الهيمنة على المسلمين، وكذلك لو وكل في قبض دين من مسلم رجباً يغليظ عليه في طلبه أو يستعلي عليه^(١).

السائح الأجنبي لا يتحرى الحق والحلال في تصرفاته، إما لعدم معرفته، وإما لإرادته إطعام المسلم الحرام^(٢)، قال تعالى : (وَدُوا لَوْ تَكُفُّرُونَ كَمَا كَفَرُوا فَتَكُونُونَ سَوَاءً) [النساء : 89].

أدلة أصحاب المذهب الثاني :

من المعمول :

أ- لا تشترط في الوكالة العدالة، ولا الإسلام بين الطرفين فتجوز وكالة السائح الأجنبي للMuslim ووكالة المسلم للسائح الأجنبي.

ب- يكره توكييل المسلم السائح الأجنبي بعقد السلالم؛ لأنّه محمل للربا، والسائح الأجنبي لا يتحاشى أكل الربا إما لجهله وإما لاعتقاده بجوازه^(٣).

أدلة أصحاب المذهب الثالث :

من المعمول :

أنه لا تشترط في الوكالة العدالة، ولا الإسلام بين الطرفين فتجوز وكالة السائح الأجنبي للMuslim ووكالة المسلم للسائح الأجنبي^(٤).

الترجح :

ما سبق : يظهر أن يجوز أن يوكل المسلم السائح الأجنبي بدلاً عنه في القيام بأموره، ويتوكل عنه، لكن بالشروط التالية :

الآن يترب على توكييل السائح الأجنبي ولاية له على المسلم، لأن يوكله في تطليق امرأته المسلمة، أو في رعاية أولاده القصر، أو في نظارة وقف، أو في تنفيذ وصية، أو في قسم ميراثه بين ورثته، أو يوكله قاضياً للمسلمين^(٥)؛ لقوله تعالى : (ولن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) [النساء : 141].

الآن يوكله في القيام بالعبادات التي يجوز فيها توكييل المسلم، لأن يوكله في شراء مصحف؛ لأنّه لا يجوز أن يباع إليه فلا يوكل بشرائه لغيره^(٦)؛ لقوله تعالى: (وَمَا مَنَعَهُمْ أَنْ تَقْبَلُوهُمْ نَفَقَاتِهِمْ إِلَّا أَنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَبِرَسُولِهِ..) [التوبه : 54].

١- آلا يتوكل المسلم على السائح الأجنبي في القيام بما لا يجوز شرعاً للMuslim القيام به، ولا يقر غير المسلم على القيام به، لأن يعقد له عقد ربه، أو كان مما يحرم على المسلم ويقر غيره عليه، لأن يشتري له خمراً، أو كان مما يجوز للMuslim فعله دون غيره، لأن يتوكل عنه في تزويجه بامرأة مسلمة، أو شراء رقيق Muslim^(٧).

^(١) المدونة الكبرى: مالك (50/4)، مواهب الجليل: الخطاب (118/5)، قوانين الأحكام الشرعية: الغرناطي (ص356).

^(٢) المرجع السابق.

^(٣) المسسوط: السرخيسي (216/12).

^(٤) تكميلة المجموع: المطبي (13/13)، المغني: ابن قدامة (70/5).

^(٥) شرح الكتز: الزيولي (254/4)، تكميلة المجموع: المطبي (547/13)، أحكام الذميين والمستأمنين: عبد الكريم زيدان (451).

^(٦) تكميلة المجموع: المطبي (544/13)، حاشيتا قيلوبي وعميرة: قيلوبي وعميرة (2/137)، المغني: ابن قدامة (73/5).

^(٧) المدونة: مالك (4/50-51).

المبحث الرابع : أحكام الوديعة والهدية مع السائح الأجنبي :

المطلب الأول : قبول الوديعة والهدية من السائح الأجنبي واستيادعه :

عرف الفقهاء الوديعة بتعريفات عدّة منها :-

عرفها الحنفية : "تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة"⁽¹⁾.

عرفها المالكية : "استنابة في حفظ المال"⁽²⁾.

عرفها الشافعية : "المال الموضوع عند أجنبي ليحفظه"⁽³⁾.

عرفها الحنابلة : "المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض"⁽⁴⁾.

حكم قبول الوديعة من السائح الأجنبي واستيادعه :

أ- حكم إيداع السائح الأجنبي ماله عند مسلم في بلاد المسلمين :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه : يصح إيداع السائح الأجنبي عند أهل دار الإسلام صيانة الوديعة، فإن طلبها وجب ردها إليه⁽⁵⁾.

الدليل :

من الكتاب :

قوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدُوا الْأُمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا) [النساء : 58].

وجه الدلالة :

قال: "أهلها" وهي لفظ عام يشمل المسلمين وغير المسلمين، فيدخل فيه السائح الأجنبي.

من السنة :

كان رسول الله (ص) وهو في مكة وديعاً لأموال كثير من المشركين، ولما أراد الهجرة إلى المدينة المنورة خلف علياً مكانه؛ ليؤدي الأمانات والودائع إلى أهلها من المشركين⁽⁶⁾.

وجه الدلالة :

قبول النبي (ص) الودائع من المشركين دليل على جواز قبول الودائع من السائح الأجنبي في بلاد المسلمين.

ب- حكم إيداع المسلم عند السائح الأجنبي :

يصح إيداع مسلم أو ذمي من أهل دار الإسلام عند السائح الأجنبي المستأمن، ما يجوز له أن يتملّكه، فلا يجوز إيداع مصحف عند السائح الأجنبي؛ لأنّه لا يجوز توكيله بشرائه، وذلك ما يظهر من أقوال الشافعية وشروطهم في المودع والوديع⁽¹⁾.

⁽¹⁾ حاشية ابن عابدين: ابن عابدين(8/329-328).

⁽²⁾ كفاية الطالب: العدوبي (2/252).

⁽³⁾ روضة الطالبين: النووي (6/324).

⁽⁴⁾ شرح منتهى الإرادات: الهوتي (2/449).

⁽⁵⁾ الميسوط: السرخيسي(8/91)، السير الكبير: الشيباني(4/233)، الفتاوي الهندية: البلغي(2/235)، جواهر الأكليل: صالح عبد السميم(1/259)، الأئم: الشافعي(4/296)، المغقي: ابن قدامة(6/297).

⁽⁶⁾ السيرة النبوية: ابن هشام(2/97)، فقه السيرة: البوطي(ص186).

الدليل:

قوله تعالى: (وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمُنْهُ بِقِنْطَارٍ يُؤْدِهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمُنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤْدِهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا) [آل عمران: 75].

وجه الدلالة :

بيّنت الآية أن الأمانة موجودة في أهل الكتاب فيجوز إيداع المسلم عند السائح الأجنبي.

الخلاصة :

يجوز للMuslim قبول الوديعة من السائح الأجنبي، وكذلك الإيداع عنده، لكن يتشرط كون العارية مما يجوز لغير المسلم الانتفاع بها: سيارة، أو جهاز كمبيوتر، وإن لم تجز إعاراتها له، كمصحف، أو رقيق مسلم⁽²⁾، وفي حال الإيداع يتشرط مع كونهم غير محاربين، كونهم أمناء، بحيث يغلب على ظنه عدم خيانتهم، بجحد العارية، أو المماطلة في ردّها.

المطلب الثاني : تبادل الهدايا بين المسلم والسائح الأجنبي :

عرف الفقهاء الهدية بتعريفات عدّة منها:-

عرفها الحنفية : "تمليك تطوع في حياة"⁽³⁾.

عرفها المالكية : "تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض"⁽⁴⁾.

عرفها الشافعية : "تمليك لعين بغير عوض من غير احتياج"⁽⁵⁾.

عرفها الحنابلة : "تمليك في الحياة بغير عوض"⁽⁶⁾.

حكم تبادل الهدايا بين المسلم والسائح الأجنبي :

ذهب جهور العلماء : إلى جواز قبول الهدية من السائح الأجنبي المستأمن وجواز الهدية إليه⁽⁷⁾.

الأدلة :

من الكتاب :

قوله تعالى: (وَإِنِّي مُرْسِلٌ إِلَيْهِمْ بِهَدِيَّةٍ فَنَاظِرُهُ بِمَيْرَجُ الْمُرْسَلُونَ) [النمل: 35].

وجه الدلالة : كان النبي (ص) يقبل الهدية ويثنى عليها وكذلك كان سليمان وسائر الأنبياء، وشرع من قبلنا شرع لنا مالم يكن مخالف لشرعنا⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ مغني المحتاج: الشرباني الخطيب(80/3)، المجموع: النووي(14/6).

⁽²⁾ مغني المحتاج: الشرباني(80/3).

⁽³⁾ حاشية الشرقاوي: الشرقاوي(115/2).

⁽⁴⁾ مواهب الجليل: الخطاب (49/6).

⁽⁵⁾ المجموع : النووي(375/15).

⁽⁶⁾ المعني: ابن قدامة (379/5).

⁽⁷⁾ المعني: ابن قدامة (104/6)، فتح الباري: ابن حجر(226/6)، المحل: ابن حزم(121/8).

⁽⁸⁾ تفسير القرطبي: القرطبي(13/132).

من السنة :

1- ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما -، قال رأى عمر حلة على رجل تباع، فقال للنبي (ص) : ابْتَعْ هَذِهِ الْحُلَّةَ تَلْبِسُهَا يَوْمُ الْجُمُعَةِ، وَإِذَا جَاءَكَ الْوَفْدُ؟ فَقَالَ : إِنَّمَا يَلْبِسُهَا مَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ، فَأَتَيَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) مِنْهَا، بِحُلْلٍ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا عُمَرَ مِنْهَا بِحُلْلٍ، فَقَالَ عُمَرُ : كَيْفَ أَلْبِسُهَا وَقَدْ قُلْتَ فِيهَا مَا قُلْتَ؟ قَالَ : إِنِّي لَمْ أَكْسُكَهَا لِتَلْبِسَهَا تَبَيَّعَهَا، أَوْ تَكْسُوْهَا، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا عُمَرًا إِلَى أَخِّهِ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ⁽¹⁾.

وجه الدلالة :

إرسال عمر (ص) الحلة إلى أخيه المشرك دليل على جواز إهداء المسلم للسائح الأجنبي.

2- ما روي عن أسماء بنت أبي بكر - رضي الله عنهما -، قالت: قدمت على أمي وهي مشركة في عهد رسول الله (ص)، فاستفتيت رسول الله (ص)، قلت: إن أمي قدمت وهي راغبة. فأفصل أمي؟ قال: نعم صلي أمك⁽²⁾.

أمك⁽²⁾.

وجه الدلالة : أم أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها جاءت إليها من مكة وهي دار حرب في وقت الهدنة وأخذت أسماء منها ما جاءت به من الزبيب والسمن وغيرها، فأجاز النبي ﷺ لها أخذنه، فيجوز قبول الهدية من السائح الأجنبي⁽³⁾.

الخلاصة :

يجوز للMuslim قبول هدية السائح الأجنبي والإهداء له، بضوابط وشروط فيشترط أن تكون مما يحل فلا تكون حراماً أو خنزيراً أو غيرها من النجاسات.

الخاتمة :

وفيها أهم النتائج والتوصيات :

أولاً : النتائج :

1- السائح : "هو الشخص الذي يتنتقل من مكان إقامته الدائمة إلى منطقة أخرى خارج مكان إقامته؛ بهدف تحقيق غرض معين سواء أكان هذا الغرض دينياً، أم اجتماعياً، أم اقتصادياً، أم علاجياً، أم علمياً، شرط ألا تقل مدة الزيارة عن (24) ساعة.

2- الأجنبي : هو غير المسلم من الذمي أو المعاهد أو المستأمن أو الحربي الذي دخل بلاد المسلمين.

3- للسائح الأجنبي حق التمتع في مزاولة البيع والشراء وسائر المعاملات المالية، مع أهل دار الإسلام، شرط أن يكون ذلك التعامل مطابقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وغير مخالف لأحكامها، ويحرى عليه من الأحكام والضوابط ما يجري على التعامل مع المسلمين.

⁽¹⁾ صحيح البخاري: البخاري، كتاب: البهوة وفضلها والتحريض عليها، باب: قبول هدية من المشركين، ح(2619)، (164/3).

⁽²⁾ صحيح البخاري: البخاري، كتاب: الأدب، باب: صلة الوالد المشرك، ح(2620)، (164/3).

⁽³⁾ فتح الباري: ابن حجر (6/227).

4- لا يجوز بيع الأسلحة وكافة وسائل الحرب لأهل الحرب سواء أكانوا في دار الحرب أم في دار الإسلام مستأمين، سواء أكانوا في حالة حرب معنا أم في حالة سلم.

5- يجوز أن يوكل المسلم السائح الأجنبي بدلاً عنه في القيام بأموره، ويتوكل عنه شرط ألا يترتب على توكيل السائح الأجنبي ولاية له على المسلم، وألا يتوكل المسلم على السائح الأجنبي في القيام بما لا يجوز شرعاً لل المسلم القيام به.

6- يجوز قبول الوديعة والهدية من السائح الأجنبي واستياده والإهداه له.

ثانياً : التوصيات :

توعية السياح الأجانب عند دخولهم لبلاد المسلمين بأنظمة الإسلام وآدابه وأخلاقه، مع مراعاة قوانين البلاد العامة، وبيان أحكام المعاملات الإسلامية وشروطها.

المصادر والمراجع :

أولاً : القرآن وتفسيره :

1- القرآن الكريم : تنزيل من رب العالمين.

2- الجصاص : أحمد بن علي أبو بكر الرazi الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ) : أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، 1415هـ/1994م.

3- الشوكاني : محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ) : فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى 1414هـ.

4- القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن فرح الانصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ) : الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964م.

ثانياً : الحديث وشروحه :

5- البخاري : محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، تحقيق: محمد زهير ابن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ.

6- البزار : أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتكى المعروف بالبزار (المتوفى: 292هـ) : البحر الزخار، تحقيق : محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، الطبعة: الأولى، (بدأت 1988م، 2009م).

7- الشوكاني : محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ) : نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م.

8- ابن أبي شيبة : أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواتي العبسي (المتوفى: 235هـ) : المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، 1409هـ.

9- مسلم : مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ) : المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

10- النسائي : أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ) : السنن الكبرى، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، 1421هـ - 2001م.

ثالثاً: الفقه الحنفي :

- 11- البلخي : لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي: الفتاوى الهندية، دار الفكر، الطبعة: الثانية، 1310 هـ.
- 12- البابرتى : محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتى (المتوفى: 786هـ): العناية شرح المداية، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 13- السرخسي : محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ): شرح السير الكبير، الشركة الشرقية للإعلان، بدون طبعة، 1971م.
- 14- السرخسي : محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ): المبسوط، دار المعرفة – بيروت، الطبعة : بدون طبعة، 1414هـ-1993م.
- 15- الشوكاني : محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى-1414هـ.
- 16- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، حاشية ابن عابدين، دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م.
- 17- الكاساني : علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م.
- 18- ابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ): البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية – بدون تاريخ.
- 19- ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ): فتح القدير، دار الفكر، الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ.

رابعاً: الفقه المالكي :

- 20- الخطاب : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطراطليسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعيري المالكي (المتوفى: 954هـ) : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م.
- 21- الدسوقي : محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 22- ابن رشد : أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ): المقدمات المهدات، دار الغرب الإسلامي، الطبعة : الأولى، 1408هـ - 1988م.
- 23- العدوبي : أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوبي (نسبة إلىبني عدي)، بالقرب من منفلوط (المتوفى: 1189هـ) : حاشية العدوبي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر- بيروت ، بدون طبعة: 1414هـ-1994م.
- 24- علیش : محمد بن أحمد بن محمد علیش، أبو عبد الله المالکی (المتوفی: 1299هـ): منح الجلیل شرح مختصر خلیل، دار الفکر - بيروت، 1409هـ/1989م
- 25- الكشناوي : أبي بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، المكتبة العصرية، بدون طبعة وبدون تاريخ

- 26- مالك : مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبهي المدنى (المتوفى: 179هـ)؛ المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م.

- 27- المواق : محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ)؛ التاج والإكليل لختصر خليل، دار الكتب العلمية، الأولى، 1416هـ-1994م.

خامساً : الفقه الشافعى :

- 28- الخطيب الشربيني : شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعى (المتوفى: 977هـ)؛ مغني المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م.

- 29- الرافعى : أبي القاسم عبد الكريم الرافعى الشافعى؛ المحرر في الفقه الشافعى، تحقيق: محمد حسن اسماعيل، دار الكتب العلمية، بدون طبعة.

- 30- الرملى : شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزه شهاب الدين الرملى (المتوفى: 1004هـ)؛ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة: الأخيرة - 1404هـ/1984م.

- 31- الشافعى : أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب ابن عبد مناف المطلي القرشى المكي (المتوفى: 204هـ)؛ الأم، دار المعرفة- بيروت، بدون طبعة، 1410هـ/1990م.

- 32- الشيرازى : أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازى (المتوفى: 476هـ)؛ المذهب في فقة الإمام الشافعى، دار الكتب العلمية.

- 33- قليوبى وعميرة : أحمد سلامة القليوبى وأحمد البرلسى عميرة؛ حاشيتا قليوبى وعميرة، دار الفكر - بيروت، 1415هـ-1995م.

- 34- النووى : أبو زكريا محيى الدين يحيى بن شرف النووى (المتوفى: 676هـ)؛ روضة الطالبين وعملة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، 1412هـ /1991م.

- 35- النووى : أبو زكريا محيى الدين يحيى بن شرف النووى (المتوفى: 676هـ)؛ الجموع شرح المذهب (مع تكميله السبكى والمطيعى)، دار الفكر.

- 36- الهيثمى : أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمى؛ تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة: بدون طبعة، 135هـ - 1983م.

سادساً : الفقه الحنفى :

- 37- أبو البركات : عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحرانى، أبو البركات، مجد الدين (المتوفى: 652هـ)؛ المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة الثانية 1404هـ-1984م.

- 38- البهوتى : منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنفى (المتوفى: 1051هـ)؛ كشف النقانع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية.

- 39- ابن تيمية : تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحرانى الحنفى الدمشقى (المتوفى: 728هـ)؛ اقتضاء الصراط المستقيم لخالفة أصحاب الجحيم، تحقيق: ناصر عبد الكريم العقل، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة: السابعة، 1419هـ - 1999م.

- 40- ابن تيمية : تقى الدين أبو العباس أحمد بن عبد الخليل بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنفي الدمشقي (المتوفى: 728هـ): مجموع الفتاوى، تحقيق: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، دار الوفاء، الطبعة الثالثة، 1423هـ-2003م.
- 41- ابن قدامة : أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الذهبي الحنفي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ): المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1388هـ - 1968م
- 42- ابن القيم : محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ): أحكام أهل الذمة، تحقيق: يوسف بن أحمد البكري - شاكر بن توفيق العاروري، رمادى للنشر - الدمام، الطبعة: الأولى، 1418 - 1997م.
- 43- ابن مفلح : إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: 884هـ): المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م.
- 44- ابن مفلح : محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامياني ثم الصالحي الحنفي (المتوفى : 763هـ): الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد الحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى 1424 هـ - 2003 م.
- 45- المرداوي : علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الذهبي الصالحي الحنفي (المتوفى: 885هـ): الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ. سابعاً: الفقه العام :
- 46- ابن حزم : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ): المخل بالآثار، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 47- الجلعود : حماس بن عبد الله بن محمد الجلعود: المولا والمعادة في الشريعة الإسلامية.
- 48- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت: الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة: (من 1404 - 1427هـ).
- ثامناً: الكتب العامة :
- 49- الأحمدي : عبد العزيز بن مبروك الأحمدي: اختلاف الدارين وآثاره في أحكام الشريعة الإسلامية، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية (أصل الكتاب رسالة دكتوراة)، الطبعة: الأولى، 1424هـ/2004م.
- 50- الصيرفي : محمد الصيرفي : التخطيط السياحي : دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007م.
- 51- عبد الكريم زيدان : أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مؤسسة الرسالة، مكتبة القدس، الطبعة الثانية، 1396هـ.
- 52- عبوi : زيد منير عبوi : فن إدارة الفنادق والنشاط السياحي: دار كنوز المعرفة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1427هـ-2007م.
- 53- عبيادات : محمد عبيادات : التسويق السياحي(مدخل سلوكي): دار وائل للنشر.
- 54- غنيم وبنينا : عثمان محمد غنيم، بنينا نبيل سعد: التخطيط السياحي: دار صفاء للنشر والتوزيع- عمان، الطبعة الثانية، 1423هـ-2003م.

- 55- فطاني : اسماعيل لطفي فطاني : اختلاف الدارين وأثره في أحكام المناحات والمعاملات، دار السلام، الطبعة الثانية، 1418هـ - 1998م.
- 56- كامل : محمود كامل : السياحة الحديثة علمًا وتطبيقاً، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الأولى 1975م.
- 57- ابن هشام : عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: 213هـ)؛ السيرة النبوية، تحقيق : طه عبد الرءوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة.
- تاسعاً : الترجم و المعاجم.
- 58- بكر أبو زيد : بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيhibit بن محمد (المتوفى: 1429هـ) معجم المنافي اللغوية وفوائد في الألفاظ، دار العاصمة للنشر والتوزيع - الرياض، الطبعة: الثالثة، 1417هـ - 1996م.
- 59- ابن منظور : محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنباري الرويفعى الإفريقي (المتوفى: 711هـ) : لسان العرب، دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414هـ.

التقسيم الفقهي للعالم

بين جدلية التضييق والتحرير لمفهوم الوطن



بقلم : الدكتور محمد إكبيج : دكتوراه في الدراسات الإسلامية

من جامعة محمد الخامس بالرباط ، إطار باحث بالمعهد العالي للقضاء

باحث في قضايا الأسرة ، معد ومقدم برنامج إضاءات حول المدونة بقناة السادسة

معد ومقدم برنامج في رحاب المدونة بإذاعة محمد السادس للقرآن الكريم ، بالمغرب

عبر الفقهاء قدّيما عن الحدود الجغرافية والحضارية للأمة الإسلامية بفهایم علة، أشهرها في مدوناتهم "دار الإسلام" و"دار الحرب" وهناك من يضيف "دار العهد"، إلا أنه ونظرا للتطورات السياسية التي عرفها مفهوم "السيادة" في القانون الدولي العام، وكذا في ظل التحولات الاجتماعية والانتماءات الجغرافية لساكنة المعمورة بسبب الهجرات الطوعية أو القسرية النشطة في عالم اليوم، وما يتربّع عنها من مطالب اللجوء والت الجنس والولاء في البلدان المستقبلة، وحيث أن جزءاً معتبراً من تلك الهجرات تتعلق بأبناء المسلمين.. فإن الفقه الإسلامي المعاصر – وإناء هذا الواقع الجديد – تصدى لهذه المفاهيم الفقهية التاريخية، وواجهها بعدها تساؤلات من قبيل :

- هل ما يزال هذا التقسيم الفقهي للعالم مقبولا في الواقع الإسلامي المعاصر؟
- كيف يمكن أن نستمر في نعت العالم الموصوف بالأمس بدار الحرب، والمسلم يجد فيه اليوم الحماية والأمان لنفسه وأهله وماله بل وحتى دينه، ما لا يجيء في بلاد الإسلام؟
- هل لا يزال مفهوم "دار الإسلام" قائما، والحال أن بلاد الإسلام أصبحت ديارا متعددة وليس دارا واحدا؟
- ألا يمكن استثمار بعض الآراء الفقهية القديمة، وإن كانت شاذة، في تطوير مفهوم الوطن، وتسهيل التعايش، و"توطين فقه المسألة بين المخلفين في الدين والدارين"¹؟
- ذلك ما سنحاول مقارنته في هذا المقال من خلال عرض مركّز للمنظور الفقهي القديم للمسألة في الفقرة الأولى، ثم من خلال استعراض المقاربة الاجتهادية المعاصرة لهذه المفاهيم في الفقرة الثانية.

¹ عبد الحكيم الصادق الفيتوري، مقاصد اختلاف الدارين، مجلة إسلامية المعرفة، عدد 45 السنة 11، صيف 1427هـ/2006م، ص 125.

الفقرة الأولى : دار الإسلام ودار الحرب في الخطاب الفقهي القديم :

يقسم جمهور الفقهاء قديماً وحديثاً العالم إلى قسمين كبيرين¹ هما "دار الإسلام" و"دار الحرب أو الكفر"، وهناك من يضيف "دار العهد"²، فكيف عرف الفقهاء هذه المصطلحات وما هي الأسس المعتبرة لديهم في الحكم على هذه "الدار" بصفة الإسلام أو الحرب أو العهد؟

عرف الفقهاء "دار الإسلام" علة تعريفات منها قول السرخسي : "دار الإسلام اسم للموضع الذي يكون تحت يد المسلمين، وعلامة ذلك أن يأمن فيه المسلمون"³.

ويقول الكاساني من الحنفية - أيضاً - : "المقصود من إضافة الدار إلى الإسلام والكفر ليس هو عين الإسلام، وإنما المقصود هو الأمان والخوف. ومعناه أن الأمان إن كان للمسلمين فيها على الإطلاق، والخوف للكفرا على الإطلاق، فهي دار الإسلام، وإن كان الأمان فيها للكفرا على الإطلاق، والخوف للمسلمين على الإطلاق، فهي دار الكفر"⁴.

ويقول عنها أبو منصور البغدادي الشافعي : "كل دار ظهرت فيها دعوة الإسلام من أهلها بلا خير ولا محير ولا بذل جزية، ونفذ فيها حكم المسلمين على أهل الذمة إن كان فيهم ذمي، ولم يقهر أهل البدعة فيها أهل السنة، فهي دار الإسلام" ، ثم قال : "وإذا كان الأمر على ضد ما ذكرناه في الدار فهي دار الكفر"⁵.

وعرفها ابن مفلح الحنبلي بقوله : "كل دار غالب عليها أحكام المسلمين فدار الإسلام، وإن غالب عليها أحكام الكفار فدار الكفر، ولا دار لغيرهما"⁶.

وقالت الهادوية من الزيدية : "دار الإسلام : ما ظهرت فيها الشهادتان والصلة، ولم تظهر فيها خصلة كفرية ولو تأوياً، إلا بجوار وذمة من المسلمين، كإظهار اليهود والنصارى دينهم في أمصار المسلمين"⁷.

¹ - فكرة تقسيم العالم ليست من إبداع المسلمين، وإن تبنّتها الفقهاء وأبدعوا فيها، فقد كان الرومان يقسمون الأشخاص إلى وطنيين ولاتينيين وأجانب، وكان الأجانب يسمون في الأصل "أعداء" وغيّرهم "برابرة" تهدر أموالهم وتستباح دمائهم، ومنذ ظهر الإسلام فإن رجال الالهوت المسيحي درجوا على استخدام تعبير "الديار المسيحية" و"ديار الكفر" (انظر فهيمي هوبيدي، مواطنون لا ذميون موقع غير المسلمين في مجتمع المسلمين – دار الشروق القاهرة، الطبعة الثانية، 1990، ص 106).

² - يقصد بدار العهد: تلك الدار التي لم يستول عليها المسلمين، وعقد أهلها الصلح بينهم وبين المسلمين على شيء يؤدونه من أرضهم يسمى خراجاً، حسب ما جرى به العرف آنذاك من أن بذل المال دليل على الولاء، دون أن تؤخذ منهم جزية رقاهم لأنهم في غير دار الإسلام. (انظر وحبه الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 1981م، ص 175).

³ - السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة: شرح السير الكبير، الشركة الشرقية للإعلانات، بدون طبعة، 1971، ج 4/1253.

⁴ - الكاساني، علاء الدين: بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982. ج 7/131.

⁵ - أبو منصور البغدادي، عبد القادر بن طاهر: أصول الدين، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية، 1400هـ / 1980م، ص 270.

⁶ - ابن مفلح، محمد بن مفلح بن مفرج، الآداب الشرعية والمنج المرعية، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، (د. ط. ت) ج 1/190.

⁷ - الشوكاني، محمد بن علي: السبيل الجرار المتذبذب على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى (د. ت)، ج 4/575.

أما تعاريفات المعاصرين، من يتمسكون بالتقسيم الفقهي القديم للأرض، فلم تخرج بدورها عن مصطلحات القدماء، إذ يرون أن دار الإسلام هي كل بلاد يسود فيها الحكم الإسلامي تشريعاً وتنفيذًا، وتكون القوة والعزة فيها لل المسلمين، سواء كان أكثريّة السكان فيها من المسلمين أم غير المسلمين.¹

أما دار الحرب فهي عموم الأراضي التي لا تكون فيها السيادة والمنعنة للحاكم المسلم، ولا تطبق فيها أحكام الإسلام، أو لا يقوى فيها المسلمون على تطبيق الأحكام الإسلامية.²

فمن خلال عموم التعاريفات المذكورة أعلاه، يتبيّن أن الفقهاء يختلفون في تعريفهم للدارين لاختلافهم في المعايير والضوابط المحددة لهما، والتي تبني إما على:

- معيار تعبدى (القدرة على إظهار الشهادتين وشعائر الإسلام من صلاة وزكاة ونحوهما، أو عدمها)،
- أو معيار السلطة والحكم (سيادة القوانين الإسلامية أو عدمها)،
- أو معيار عسكري (الشوكة والغلبة للمسلمين أو لغيرهم)،
- أو معيار عدد السكان كثرة وقلة.

الفقرة الثانية: التقسيم الفقهي للعالم في الاجتهد الفقهي المعاصر:

لقد حاول الفقه الإسلامي المعاصر مقاربة هذا المفهوم من زوايا عدّة، ليس فراراً من "تراثنا الحضاري" كما يقول أحد الباحثين³، ولكن بعرض نقه وتقويمه وفق ما ينسجم مع الرؤية القرآنية الجامعة والمناسبة الحضارية المعيشة. وهكذا جاءت مراجعاتهم منتظمة في ثلاث نقاط رئيسة، نعرضها كما يلي:

أولاً – التأكيد على أن المسألة صناعة فقهية وليس تشريعاً مُلزماً:

انطلاقاً من المعايير المشار إليها أعلاه، تجمع الكتابات الفقهية المعاصرة على القول بأن تقسيم العالم إلى "دار الإسلام" و"دار الحرب" و"دار العهد" هي من "صنع الفقهاء في القرن الثاني للهجرة، نشأ كنتيجة طبيعية للموافقة مع الواقع المعاش ونتيجة لبعض الضرورات والأوضاع التي فرضتها الظروف المجتمعية الخاصة".⁴ وهذه الصناعة الفقهية، لا تستند إلى دليل شرعي معتبر، وإنما مبنها على الاجتهد والتقدير، ومن ثم ينبغي ألا تؤخذ على أنها دين ملزم، بل يسترشد بها في غير إلزام.⁵

¹ انظر محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، ص 277، ومحمد الصادق عفيفي، الإسلام وال العلاقات الدولية، دار الرائد العربي، بيروت 1986، ص 128، و وهبه الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ص 169. عبد القادر عودة في التشريع الجنائي الإسلامي، ج 1/ 277.

² انظر نفس المراجع.

³ انظر عبد الله الجدوع، تقسيم المعمورة في الفقه الإسلامي وأثره في الواقع، المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، دبلن، 2007، ص 52.

⁴ ياسر لطفي، الجغرافيا الفقهية للعالم: من صورة التاريخ إلى صورة الواقع المعاصر، مجلة إسلامية المعرفة، عدد 45، ص 100. وانظر د. محمد سليم العوا، الفقه الإسلامي في طريق التجديد سفير الدولية للنشر، القاهرة، 1427هـ/2006م ، ص 298، و وهبه الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ص 169، وفيه هويدى، مواطنون لا ذميون، ص 106. وفيصل مولوى، الأسس الشرعية للعلاقات بين المسلمين وغير المسلمين، دار الرشاد الإسلامية، بيروت، ط 2، 1990، ص 9.

⁵ انظر، فهـي هويدى، مواطنون لا ذميون، ص 106.

وقد حاول بعض الباحثين المعاصرین التأصیل لهذا التقسیم الفقهي من خلال إیراده لمجموعة من النصوص الحديثیة¹ التي ورد فيها مصطلح "دار الإسلام أو دار الهجرة" ومقابلاً لها "دار الشرك أو دار الكفر"، مؤکداً أن هذا التقسیم كان شائعاً في کلام الصحابة رضوان الله عليهم²، إلا أن تلك الإشارات تبقى محتملة وغير قطعیة، ثم إن السیاق الذي وردت فيه مصطلحات "دار الهجرة" و"دار المؤمنین" و"دار المهاجربین" في السنة النبویة، سیاق ذو بعد عقدی وإیمانی بحث لا علاقة له بالدلالة السیاسیة التي أضفها عليها الفقهاء فيما بعد³.

وقد نشأ هذا المفهوم حسب الدارسين المعاصرین أولاً لمقابلة مفهوم آخر لتقسيم العالم هو المفهوم الروماني الذي كان يقسم العالم إلى عالم روماني، هو عالم الأسياد، والعالم اللاتيني، وهم أبناء عمومتهم، وعالم الآخرين، هو عالم العبيد الذي تستباح فيه حرمات الإنسان والزمان والمكان، " وهو تقسيم عنصري يقوم على وهم التمييز الجنسي ويعود إلى ارتکاب أشد الأعمال إيجاماً ووحشة ضد غير الرومان واللاتين ".⁴

كما أنه جاء في إطار تنظيم الشؤون الداخلية للمجتمع المسلم، في ظل الفتوحات الإسلامية المتنامية، وتوحيد جهوده لحفظ كيان "الأمة الإسلامية"، لاسيما في بادئ تشكيلها وتكونها. كما أنه جاء ليحدد بشكل دقيق "المجال الجغرافي لدار الإسلام" التي تثبت فيها الولاية السياسية والشرعية لأحكام المسلمين.⁵

ولا يستبعد الدكتور طه جابر العلواني أن تكون هذه الصياغة الفقهية نوعاً من التدابير الاحترازية التي اتخذها الفقهاء المسلمون لتكريس "الحاجز النفسي" بين المسلمين وأعدائهم لمحافظة على الشخصية الإسلامية، وحمايتها من الذوبان في غيرها¹.

^١ - من ذلك مثلاً عن سلمة بن نفيل الحضرمي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "عقر دار الإسلام بالشام" رواه أحمد في مسنن الشاميين حديث رقم 6359، والطبراني في الكبير حديث رقم 1419.

ومنها أيضاً عن بريدة الأسلمي قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً، قال: (فذكر الحديث) وفيه: فإن أجابوك فاقبل منهم، وكف عنهم ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين (وفي لفظ دار الهجرة) (رواه مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعثة ووصيته إياهم بآداب الغزو، حديث رقم 1731، وأبو داود، كتاب الجهاد، باب في دعاء المشركين، حديث رقم 2612، وابن ماجة، كتاب الجهاد، باب اغزوا باسم الله وفي سبيل الله، حديث رقم 2858).

- ومنها أيضاً عن عبد الرحمن بن عوف أنه قال لعمر بن الخطاب: يا أمير المؤمنين، إن الموسم يجمع رعاع الناس وغوغاءهم، وإنني أرى أن تمهل حتى تقدم المدينة، فإنها دار الهجرة والسنّة والسلامة، وتخلص لأهل الفقه وأشراف الناس وذوي رأيهم. (رواوه البخاري، كتاب مناقب الأنصار، باب فإن الله بعث محمداً صلى الله عليه وسلم بالحجة، وكنت من استصحاب الله ولرسوله، حديث رقم 3713).

² انظر ، د.عبد الله يوسف الجديع، تقسيم المعمورة في الفقه الإسلامي وأثره في الواقع، ص 11.

³ انظر، عبد الرحمن الحاج، المنظور الفقهي، والتقطيع القرآن، للمعمودة، مجلة إسلامية المعرفة، عدد 45، ص 69.

⁴ د. محمد سالم العوا، الفقه الاسلامي في طريقة التحقيق، ص 298.

⁵ انظر، دبابس لطف، العل، الحفافا الفقسبة للعالم، مجلة اسلامية المعرفة، عدد 45 ص 103.

ويعلل باحثون آخرون ظهور هذه المفاهيم بالظروف العدائية التي كانت محيطة بالدولة الإسلامية منذ نشأتها: بدءاً بإيذاء مشركي الجزيرة المسلمين، إلى مؤامرات يهود المدينة، إلى تحرشات الفرس في الشرق، والروم في الغرب.. فكان منطقياً أن يكون تقسيم الفقهاء للخلق في ذلك الوقت المبكر متأثراً بمشاعر العداء للمسلمين.²

وأيا كانت الدواعي والمقداد التي حملت الفقهاء على صناعة هذا التقسيم، فإنهم اخازوا في تأثيرهم الجغرافي للوطن الإسلامي إلى المعاني الإيمانية والعقدية³ أكثر من المعاني السياسية، وقد كان هذا الوصف كافشاً لا مُنشأً لجغرافية أرض الخلافة الإسلامية التي تمثل منطلقاً لكل التصورات حول طبيعة العلاقات الداخلية والخارجية مجتمع المسلمين.

ثانياً - التوسع في مفهوم الأمان لتحديد "دار الإسلام" :

أشرنا في معرض التعريفات الفقهية لدار الإسلام إلى أن الحنفية يجعلون معيار تميزها عن الدار الأخرى "تحقيق الأمان والأمان للمسلمين"⁴، ويتحقق هذا الأمان حسب فقهاء الزيدية ولو بالقدرة على إظهار الشهادتين وبعض شعائر الإسلام⁵. وهذا يعني أن المسلم إذا كان يعيش في دولة غير إسلامية، مُتميزة بدينه، مُحتمياً بمُنوعة، غير مُحارب ولا منزع من امتثال شرائع الإسلام في نفسه وأهله، فهو في دار إسلام حيث هو، فكيف إذا تيسر له أمر الدعوة إلى دينه والدفاع عنه حسب ما تتيحه أنظمة وقوانين البلاد التي يقيم فيها؛ وقد نقل الشوكاني عن الماوردي ما يفيد هذا المعنى بقوله: "إذا قدر على إظهار الدين في بلد من بلاد الكفر، فقد صارت البلد به دار إسلام، فالإقامة فيها أفضل من الرحالة عنها، لما يترجى من دخول غيره في الإسلام".⁶

وقد استثمر الفقهاء المعاصرون هذا المعنى، فأكملوا أن مفهوم دار الإسلام، مفهوم لا يخضع لرقعة جغرافية محددة لأن الوطن الإسلامي يتسع باتساع رقعة العقيدة الإسلامية.

¹ - طه جابر العلواني، تقديم كتاب: النبي عن الاستعانة والاستئصال في أمور المسلمين بأهل الذمة والكافر، لصاحبـهـ الشـيخـ مـصطفـىـ بـنـ مـحمدـ الـوردـانـيـ (دـ.ـ طـ.)ـ، صـ 10ـ - 11ـ.

وقد استوحى الدكتور العلواني هذا التفسير من ما كانت تقوم به الكنيسة من تدابير وقائية وحواجز نفسية تجاه البعثات الطالبية النصرانية التي كانت تفـرـغـاـ عـنـهاـ إـلـىـ دـيـارـ إـسـلامـ وـحـوـاضـرـهـ لـتـلـقـيـ الـعـلـمـ ،ـ مـخـافـةـ تـأـثـرـهـ بـالـفـكـرـ إـسـلامـيـ وـحـيـاةـ الـمـسـلـمـيـنـ،ـ وـلـقـدـ بـلـغـ حـرـصـ الـكـنـيـسـةـ فـيـ هـذـاـ الـبـابـ أـنـ أـصـدـرـتـ قـرـارـاـ كـنـسـيـاـ يـهدـدـ هـؤـلـاءـ بـإـصـادـرـ قـرـاراتـ حـرـمـانـ فـيـ حـقـ هـؤـلـاءـ إـنـ اـسـتـمـرـواـ فـيـ التـوـافـدـ عـلـىـ دـيـارـ إـسـلامـ (ـانـظـرـ نـفـسـ المـرـجـعـ صـ 5ـ).

² - انظر فهيمي هويدى، مواطنون لاذميون، ص 103.

³ - يشير الباحث عبد الرحمن الحاج في بحثه بمجلة إسلامية المعرفة تحت عنوان: "المنظور الفقهي والتقطیم القرآني للمعمورة" إلى أنه من بين 34 مصطلحاً أحصاها في المصنفات الفقهية القديمة، هناك 22 منها يرجع إلى أصل عقدي مباشر وهي: دار الإسلام، دار المسلمين، دار المؤمنين، دار المهاجرين، دار الهجرة، دار البغي، دار الدعوة، دار الذمة، دار الردة، دار الشرك، دار الفسق، دار أهل الكفر، دار الكفار، دار الشرك، دار ذمة، دار سبي واسترقاق، دار الإيمان، دار الكفارة (انظر مجلة إسلامية المعرفة، عدد 45 / صيف 2006، ص 74).

⁴ - انظر السرخسي، شرح السير الكبير، ج 4/1253، والكتابي، بدائع الصنائع، ج 7/131، مرجعين سابقين.

⁵ - انظر السيل الجرار، مرجع سابق. وقد نسب وهبه الزحيلي هذا الرأي لجمهور فقهاء المالكية والشافعية، (انظر آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ص 173).

⁶ - الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى 1413 هـ/1993 م، ج 32/8.

وهكذا أكد عبد القادر عودة أن دار الإسلام يمكن أن تشمل "كل الأماكن التي يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام ولا يمنعهم من ذلك مانع".¹

ويعتبر الشيخ عبد الوهاب خلاف دار الإسلام كل دار يؤمن فيها المسلمين على الإطلاق، ودار الحرب هي كل دار لا يؤمن فيها المسلمين على دعوتهم أو دعاتهم؛ وعلى هذا إنما يتحقق اختلاف الدارين بين بلاد الدولة الإسلامية وببلاد غير المسلمين إذا انقطعت العصمة بينهم بحيث يصبح أهل البلدين لا يؤمن واحد منهم في بلاد الآخر.²

ويشير طه جابر العلواني إلى أن الإسلام ليست له حدود جغرافية، وأن دار الإسلام هي كل أرض يؤمن فيها المسلم على دينه، حتى ولو عاش ضمن أكثريات غير مسلمة.³ ويستدل في هذا الإطار بواقع المسلمين في الغرب، حيث يمارسون شعائرهم ويتحررون لدينهم ويقيمون مؤسساتهم العلمية والاجتماعية، بل وصارت حقوقهم كمواطني من الناحية القانونية تماماً مثل أي مواطن غربي يتمتع بكافة الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية، بل لهم حقوق تزيد كثيراً على حقوق كثير من المسلمين في بلاد الإسلام⁴ ... ثم يتساءل: "فهل تسمى هذه البلاد بعد ذلك دار حرب؟".⁵

وبناءً على هذا التفسير لم يجد الأستاذ راشد الغنوشي حرجاً في وصف بلاد الغرب بأنها "دار إسلام"، بحكم أنه يعتبر "كل دار يؤمن فيها الإنسان على نفسه وعرضه ودينه، دار إسلام"، وأن المسلمين في الغرب يرون أن شروط دار الإسلام تتحقق بشكل أفضل في البلاد التي يعيشون فيها من بلدانهم الأصلية التي تعتبر جزءاً من دار الإسلام التاريخية.⁶

وانطلاقاً من هذا المعنى، أكد الاجتهاد المعاصر مشروعية إقامة المسلمين فيما يسمى قدیماً بـ"دار الكفر أو دار الحرب" بصفتها مواطناً له كامل الحقوق وعليه كافة الواجبات التي لأهل تلك البلاد، وفي هذا الصدد يقول الشيخ المراغي : "المقيم في دار الكفر ولا يمنع ولا يؤذى إذا طبق شعائر دينه، فلا يجب عليه الهجرة كما هو مشاهد من

¹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون تاريخ، ج 1/295.

² - انظر عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية، دار القلم، 1408 هـ/1988 م، ص 83.

³ - انظر د. طه جابر العلواني، مقاصد الشريعة، دار الهادي للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى 1421 هـ/2001، ص 113.

⁴ - كمثال على ذلك أن بريطانيا تسمح للمسلمات العاملات في جهاز الشرطة بارتداء الزي الإسلامي وفق الضوابط الشرعية مع الالتزام بالزي الرسمي للشرطة البريطانية. وفي الولايات المتحدة وافقت وزارة الدفاع الأمريكية على تغيير الملابس الخاصة بالضباط والجنود المسلمات لتشمل طرحة ساترة للرأس والصدر تحت القبعة العسكرية. وفي مقابل ذلك نجد عدداً من المؤسسات العسكرية في البلاد العربية والإسلامية تمنع منعاً كلياً النساء المسلمات من ارتداء الزي الإسلامي المحترم!! فلماً يا ترى توجد دار إسلام هنا أم هناك؟

⁵ - انظر طه جابر العلواني، مدخل إلى فقه الأقليات، المجلة العلمية للمجلس الأولي للإفتاء والبحوث، عدد مزدوج 4 - 5، ربيع الثاني 1425 هـ، ص 54 - 55.

⁶ - انظر راشد الغنوши، في حوار حول "دار إسلام" على موقع إسلام أون لاين www.islamonline.net بتاريخ 15 يناير 2004.

المسلمين المقيمين في بلاد الإنجليز الآن، لأن الإقامة فيها رجعاً كانت سبباً من أسباب محسن الإسلام، وإقبال الناس عليه...¹.

وجواباً عن مدى صحة عيش المسلم تحت نظام كافر، جاء في فتوى للشيخ جاد الحق علي جاد الحق - شيخ الأزهر سابقاً - "إذا أمن المسلم على دينه، ومارس شعائر الإسلام في بلد ليس له دين أصلاً، أو له دين غير الإسلام تصح إقامته، أما إن خاف على دينه وخلقه أو ماله وعرضه وجوب عليه أن يهاجر إلى بلد يجد فيه الأمان"².

ويسجل الباحث سليمان محمد توبولياك في معرض حديثه عن حكم اللجوء السياسي للمسلم في بلاد غير المسلمين أن "مفهوم دار الكفر تغير اليوم بما كان عليه سابقاً، من ناحية الأجنبي في بعض بلادهم حيث أصبح يتمتع بالحماية القانونية والقضائية كمواطنة، دون النظر إلى ديانته، وفي كثير من هذه الدول يسمح للمسلمين أن يمارسوا شعائرهم الدينية، وأن يقيموا المساجد والمراکز الإسلامية، دون أن يتعرضوا للأذى"³ وهي مبررات كافية لبقاء المسلم وعيشه في تلك البيئات الموصوفة بدار الكفر.

وفي ذات الاتجاه يقرر الدكتور يوسف القرضاوي أن المسلم يجوز له اليوم الإقامة في أي بلد يسود فيه مناخ الحرية الدينية والسياسية والمدنية، ولو كان بلداً علمانياً مثل البلاد الأوروبية والأمريكية، خاصة إذا كانت الهجرة أو الإقامة في تلك البلدان لأهداف مشروعة مثل طلب الرزق أو طلب العلم أو طلب الأمن أو ابتغاء نشر الدعوة الإسلامية⁴.

وبالرجوع إلى التراث الفقهي القديم نجد كلاماً من هذا القبيل عند الشافعي حيث يقول: "دللت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن فرض الهجرة على من أطاقها، إنما هو على من فتن في دينه بالبلد الذي يُسلم بها؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن لقوم بمكة أن يقيموا بها بعد إسلامهم (منهم) العباس بن عبد المطلب، وغيره، إذ لم يخافوا الفتنة".⁵

وذكر الخطابي أن الهجرة كانت على معنيين أحدهما كان موجهاً للأحاديث القبائل الذين يسلمون ويقيمون بين ظهراني قومهم فيفتنتون في دينهم ويؤذون في نفوسهم، "فأمرروا بالهجرة ليُسلم لهم دينهم، ويزول عنهم الأذى"، إلا

¹ - الشيخ محمد المراغي، تفسير المراغي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، (د. ط. ت) ج 2/ 133.

² - راجع مجلة الأزهر عدد جمادى الآخرة 1411 هـ / ديسمبر 1990/ يناير 1991، الجزء السادس، السنة الثالثة والستون ص 617 - 618، نقلًا عن صالح الدين سلطان، المواطن تعدد الولاء بين النافعين والمثبتين: دراسة تأصيلية فقهية نقدية، ص 37.

³ - محمد سليمان توبولياك، الأحكام السياسية للأقليات المسلمة في الفقه الإسلامي، دار النقائس، عمان الأردن، ودار البيارق بيروت، الطبعة الأولى 1418 هـ / 1997م، ص 54.

⁴ - انظر د. يوسف القرضاوي، الوطن والمواطنة في ضوء الأصول العقدية والمقاصد الشرعية، دار الشروق، الطبعة الأولى 2010، ص 65 - 67.

⁵ - الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأئم، دار المعرفة، بيروت، 1393 هـ، ج 161/ 4.

أنه بعد أن فتحت مكة استغنى المسلمين عن ذلك، "إذ كان معظم الخوف على المسلمين من أهل مكة، فلما أسلموا أمنَّ المسلمين أن يُغْزِوا في عقر دارهم، فقيل لهم: أقيموا في أوطانكم وقرروا على نية الجهاد..."¹.

أما ابن تيمية فيرى أن معيار الإقامة في دار الكفر أو الهجرة منها أساسه هو مدى قدرة المسلم على طاعة الله والاجتهاد فيها من عدمه، ولا ريب أن ذلك لا يمكن أن يتحقق إلا بوجود الأمن والأمان، يقول: "الإقامة في كل موضع تكون الأسباب فيه أطوع لله ورسوله، وأفعل للحسنات والخير، بحيث يكون أعلم بذلك وأقدر عليه وأنشط له، أفضل من الإقامة في موضع يكون حاله فيه في طاعة الله ورسوله دون ذلك، هذا هو الأصل الجامع، فإن أكرم الخلق عند الله أتقاهم"، ثم يضيف: "وهكذا لو كان عاجزاً عن الهجرة والانتقال إلى المكان الأفضل، التي لو انتقل إليها كانت الطاعة عليه أهون، وطاعة الله ورسوله في الموضعين واحدة، لكنها هناك أشق عليه، فإنه إذا استوت الطاعتان فأشقاهما أفضلاهما"، "وأما إذا كان دينه هناك أنقص، فالانتقال أفضلا له"².

بل إنه ورد في صحيح البخاري بسنده عن عطاء بن أبي رباح ما يعتمد أقوال الفقهاء المشار إليه، فقد قال: "زرت عائشة رضي الله عنها مع عبيد الله فسألتها عن الهجرة قالت: لا هجرة اليوم، كان المؤمنون يفر أحدهم بيديه إلى الله تعالى وإلى رسوله صلى الله عليه وسلم مخافة أن يفتنه عليه، فأما اليوم فقد أظهر الله الإسلام والمؤمن يعبد ربه حيث شاء ولكن جهاد ونية"³.

يقول ابن حجر في سياق شرحه لهذا الحديث: "أشارت عائشة إلى بيان مشروعية الهجرة، وأن سببها هو الفتنة، والحكم يدور مع علته، فمقتضاه أن من قدر على عبادة الله في أي موضع اتفق لم تجحب عليه الهجرة منه"⁴.

فالأمر بالهجرة إذا، كان مرتبطة بوجود عناصر الأمان في الدين والإيواء والنصرة، وبفتح مكة زال مقتضى الهجرة منها، وهكذا كل موضع يحقق للمسلم ما من أجله فرضت الهجرة، وهو التمكين له من إقامة دينه وواقياته من الفتنة والأذى. وهذا يدل على أن المكث بين غير المسلمين ليس مذموماً لذاته، وإنما يمدح أو يذم بدرجات متفاوتة على قدر ما يتتحقق فيه من المصالح والمفاسد للمسلم.

وقد استدل العلماء قديماً وحديثاً بعدد من الأحاديث النبوية والواقع التاريخية في عصر النبوة تؤكد مشروعية إقامة المسلم في غير دار الإسلام، ومن ذلك:

¹ - انظر الخطاطي، أبو سليمان حمد بن محمد، أعلام الحديث في شرح صحيح البخاري، تحقيق ودراسة الدكتور حمد بن سعد بن عبد الرحمن آل سعود، منشورات جامعة أم القرى، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1409هـ/1988م، ج 2/ 1354 – 1355.

² - ابن تيمية، تقى الدين أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، تحقيق أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، المنصورة، مصر، الطبعة الثالثة، 1426هـ/2005م، ج 40 – 39/27.

³ - رواه البخاري، كتاب فضائل الصحابة، باب هجرة النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إلى المدينة، حديث رقم 3687.

⁴ - ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز ومحمّد الدين الخطيب، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه فؤاد الباقي، دار الفكر، دمشق، (د.ت)، ج 229/7.

1 - بقاء طائفة من الصحابة الذين هاجروا إلى الحبشة، ولم يلحقوا برسول الله صلى الله عليه وسلم في دار الإسلام بالمدينة المنورة، كما ورد في قصة رجوع جعفر بن أبي طالب، وكان في زمن خير سنة سبع للهجرة، حتى إن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "مَا أَدْرِي بِأَيِّهِمَا أَفْرَحُ؟ بِقُدُومِ جَعْفَرٍ أَوْ بِفَتْحِ خَيْرٍ" ¹. فلم يذكر في أي من كتب السيرة أو الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم دعاهم لالتحاق بالمدينة، ولا صدر عنه ما يذم بقاءهم وسط غير المسلمين.

2 - حديث فديك، وكان قد أسلم، وأراد أن يهاجر، فطلب منه قومه - وهم كفار - أن يبقى معهم، واشترطوا له عدم التعرض لدینه، فعن صالح بن بشير بن فديك : أَنْ فُدِيَّكَا أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُمْ يَزْعُمُونَ أَنَّهُ مِنْ لَمْ يُهَاجِرْ هَلْكَ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : "يَا فُدِيَّكَ، أَقِمِ الصَّلَاةَ، وَاهْجُرِ السُّوءَ، وَاسْكُنْ مِنْ أَرْضِ قَوْمَكَ حَيْثُ شِئْتَ" ².

قال ابن حبان معلقاً على هذا الحديث : "وَقَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : "وَاسْكُنْ مِنْ أَرْضِ قَوْمَكَ حَيْثُ شِئْتَ" أَمْ إِبَاحَةٌ مُرَادُهُ الْإِعْلَامُ بِأَنَّ تَارِكَ السُّوءِ عَلَى مَا وَصَفَنَا لَا ضَيْرَ عَلَيْهِ، أَيْ مَوْضِعٌ سَكَنَ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدِ الْمَوَاضِعَ الشَّرِيفَةَ" ³.

3 - وعن أبي سعيد الخدري قال : جاءَ أَعْرَابِيًّا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَسَأَلَهُ عَنِ الْهِجْرَةِ؟ فَقَالَ: وَيَحْكَ، إِنَّ الْهِجْرَةَ شَانُهَا شَدِيدٌ، فَهَلْ لَكَ مِنْ إِيلٍ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَتَعْطِي صَدَقَتَهَا؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَهَلْ تَمْنَحُ مِنْهَا شَيْئًا؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَتَحْلِبُهَا يَوْمَ وِرْدِهَا؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَاعْمَلْ مِنْ وَرَاءِ الْبِحَارِ، فَإِنَّ اللَّهَ لَنْ يَتَرَكَ مِنْ عَمَلِكَ شَيْئًا" ⁴.

فهذا لم يأمره بالهجرة ولم يوجبه عليه، من أجل قدرته على القيام بدينه والعمل به حيث كان في باديته وبين قومه، ولو كان ترك الهجرة يضره في نفسه أو دينه لما أذن له فيه.

ويحصل مما سبق، أن الاجتهد المعاصر وَظَلَّ مفهوم "الأمان" توظيفاً جديداً للتأكيد على أن "دار الإسلام" في الوقت الراهن لم تعد منحصرة في حدود "دار الإسلام" التاريخية، بل إنها توسيع كثيراً لتشمل كل بقعة يوجد فيها مسلم يُقرُّ لربه بالشهادتين ويقيم شرائعه في نفسه وماله وأهله وولده على حسب اليسر والاستطاعة.

¹ - رواه ابن أبي شيبة، في المصنف، كتاب السير، باب في تشبيع العزة وتلقيهم، حديث رقم 32989.

² - رواه البيهقي، علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، مؤسسة المعرفة، 1406 هـ، حديث رقم 13380، ج 5/258. والذهبي محمد بن أحمد بن عثمان، المہندب في اختصار السنن الكبير للبيهقي، تحقيق ياسر إبراهيم محمد، دار الوطن للنشر والطباعة، الرياض، الطبعة الأولى 1422 هـ، ج 7 / حديث 3520. وابن حبان، كتاب السير، باب الفداء وفك الأسرى، حديث رقم 4969.

³ - انظر صحيح ابن حبان، ، كتاب السير، باب الفداء وفك الأسرى، حديث رقم 4969.

⁴ - رواه البخاري، كتاب الہبة وفضلها والتحريض عليها، باب فضل المنحة، حديث رقم 2453.

ثالثاً - تَغَيُّرُ الْمَعْطِيَاتِ السِّياسِيَّةِ وَالاجْتِمَاعِيَّةِ الْمُخْدَدَةِ لِتَقْسِيمِ الْعَالَمِ :

إن التصنيف الفقهى للديار، كما سبقت الإشارة، تصنيف اجتهادى أملته ظروف الأمة الإسلامية وطبيعة العلاقات الدولية القائمة زمنه، إلا أن تغير الأوضاع الآن وجود المعاهدات الدولية المعترف بها، وتحريم الحروب غير الناشئة عن رد العدوان ومقاومة الاحتلال، وظهور دولة المواطنـة التي تضمن في الجملة حقوق الأديان والأعراق والألوان... كل ذلك استلزم جعل العالم كله فضاءً للتسامح والتعايش السلمي بين جميع بني البشر في إطار تحقيق العيش والتعايش المشترك.

كما أن "دار الإسلام" التي حدد الفقهاء معاييرها، لم يعد لها وجود إلا في المصنفات التاريخية والفقهية، بعد أن صارت هذه الدار موزعة بين أوطان عديدة تزيد على الخمسين دولة، وأسماؤها باتت مرتبطة بالأجناس والقوميات وأحياناً بأسماء الأسر والعائلات، وليس باسم الدين نفسه¹. فضلاً عن هذا فإن أبناء هذه الدار الذين لم يكونوا يغادرونه إلا رُسُلاً أو مجاهدين أو تجاراً أو صوفية سائحين أو زواراً لفترات محدودة، صاروا اليوم في كثير من بقاع العالم مقيمين على الدوام، إما بحكم الانتماء الأصلي لتلك البقاع أو بفعل النزوح الطوعي أو القسري إليها، مما جعلهم يرسمون حدوداً جديدة لدار الإسلام بكيفيات وطرق لم تكن في حسبان الفقه القديم الذي كان "يحدُّر (المسلمين) من الإقامة والسفر واصطحاب القرآن الكريم وبالطبع التوطن في عالم الكفر"، بل وكان البعض منهم يعتبر مجرد دخول المسلم إلى تلك "الدار" جارحة تسقط شهادته، كما قال سحنون².

وإذاء هذه المعطيات يرى فيصل مولوي أن المعايير التي حددتها الفقهاء قدماً لتمييز دار الإسلام عن دار الحرب أو الكفر، لم تعد صالحة لتحديد الوصف الدقيق لهذه الدار في هذا العصر، ويتساءل : ما هو المعيار لسلطان الإسلام وتنفيذ أحکامه وإقامة شعائره؟ هل هو إقامة الإسلام بشكل كامل؟ هذا معناه أن أكثر بلاد المسلمين لم تعد اليوم "دار إسلام"³. هل يكفي أن تطبق أحکام الأحوال الشخصية الإسلامية دون سائر القوانين؟ هذا معناه أن نخرج من

¹ - انظر فهيمي هويدي، مواطنون لا ذميون، ص 106. مع الإشارة إلى أن أربع دول فقط من هذه الخمسين دولة هي التي تضيف صفة الإسلامية صراحة إلى اسمها وهي: باكستان، وإيران، وجزر القمر، وموريتانيا.

² - انظر د. إسماعيل الحسني، الأرض والموقف الفقهي من الوجود الإسلامي للأقليات، مجلة إسلامية المعرفة، السنة الثانية عشرة، عدد 46 - 47، خريف 2006 - شتاء 2007، ص 67.

³ - هذا الرأي تبنّاه عدد من الجماعات "السلفية" المتطرفة التي تكرر عموم المجتمع الإسلامي وحكامه وتحكم ببردهم وخروجهم عن الإسلام، ومن ثم تشرع لنفسها وجوب الخروج عليهم وقتالهم، يقول أحدهم: "إن البلاد التي أكثر أهلها مسلمون، ولكن يحكمها حكام متذمرون بأحكام الكفار وبالقوانين الوضعية هي اليوم ديار كفر وإن كان أكثر أهلها مسلمين يمارسون شعائر دينهم، كإقامة الجمع والجماعات وغيرها في أمان، فهي ديار كفر لأن الغلبة والأحكام فيها للكفار، أما إظهار المسلمين لشعائر دينهم فليس هنا راجعاً إلى شوكة المسلمين، ولكن لأنّه مأذون فيه من الحاكم الكافر، ولو أراد أن يبدل أحدهم خوفاً وفتنة بشوكته وجنوده لفعل كما هو واقع في كثير من البلاد اليوم..." (انظر د. عبد القادر عبد العزيز، الجامع في طلب العلم الشريف، ج 2/ 572، وانظر أيضاً محمد خير هيكـل الجهـاد والقتـال في السياسـة الشرعـية، دار الـبيارق توزـيع دار ابن حـزم، د. ط. وـت. ج 1/ 677 - 678).

ويرى الدكتور البوطي - رحمه الله -، ومن نحا نحوه من الفقهاء المعاصرـين، أن هذا التوجيه غير سديد وحكم خطـاطـ، لأن "تطبيق أحكـام الشـريـعة الإـسلامـية، ليس شـرـطاً لاعتـبار الدـار دـار إـسلامـ، ولـكـنه حقـ من حقوقـ دـار إـسلامـ في أـعـنـاقـ الـمـسـلـمـينـ. فإذا قـصـرـ الـمـسـلـمـونـ في إـجـرـاءـ الأـحـكـامـ الإـسلامـيـةـ عـلـىـ اـخـلـالـهـاـ فيـ دـارـهـمـ الإـسلامـيـةـ الـتـيـ أـورـثـهـمـ اللـهـ إـيـاهـاـ، فإـنـ هـذـاـ التـقـصـيرـ لـاـ يـخـرـجـهـاـ عـنـ كـوـنـهـاـ دـارـ إـسلامـ، ولـكـنهـ يـحـمـلـ الـمـقـصـرـينـ ذـنـبـاـ وـأـزـارـاـ" (د. محمد سعيد رمضان الـبوـطـيـ، الجهـاد فيـ إـسـلامـ؛ كـيـفـ نـهـمـهـ؟ـ وـكـيـفـ نـمارـسـهـ؟ـ دـارـ الـفـكـرـ الـمـعـاـصـرـ، بـيـرـوتـ، وـدارـ الـفـكـرـ، دـمـشـقـ، الطـبـعـةـ الـأـوـلـىـ 1414ـ هـ/ـ 1993ـ مـ، صـ 81).

"دار الإسلام" بلادا إسلامية عريقة كتركيا وتونس. هل يكفي أن يقيم المسلمون شعائر الإسلام بحرية كالصلة والصيام والحج والزكاة لتعتبر "دار إسلام" بناء على إرث الماضي، هذا معناه أن أكثر بلاد المسلمين اليوم تعتبر "دار إسلام"، لكن ما حكم كثير من البلاد غير الإسلامية التي يؤمن فيها المسلمين ويقيمون شعائرهم بحرية أكثر من بعض بلاد المسلمين؟¹

أما "دار الحرب" فلم تعد بدورها واضحة المعالم، بحكم أن المسلمين يرتبطون اليوم مع أغلب دول العالم المنضوية تحت لواء هيئة الأمم المتحدة بمعاهدات ومواثيق وأحلاف لا يمكن نقضها طالما أن الجميع يتلزم بمقتضياتها وفق ما هو متعارف عليه في "الشرعية الدولية"²، أضف إلى هذا أن "دار الحرب" - حسب هويدى - لم تعد بالضرورة واقعة في مربع الآخرين ، بل إن أكثر الحروب في هذا الزمان تدور رحاها في ديار المسلمين، ولعل هذا الأمر لم يخطر قط على بال فقهائنا الأقدمين، إذ لم يتصوروا إلا حربا بين المسلمين في مجموعهم، وبين غير المسلمين في مجموعهم³. ثم "إن فقهاءنا الذين أطلقوا مصطلح دار الحرب لم يعيشوا الوحيدة الأرضية التي نعيشها اليوم، ولكنهم عاشوا في عالم من جزر منفصلة لا تعايش بينها، فكان فقه الحرب طاغيا بحكم مقتضيات الواقع يومذاك، وما نحتاجه اليوم هو "فقه التعايش" في واقع مختلف كمًا ونوعًا".⁴.

رابعا - تبني بدائل جديدة لتقسيم الأوطان :

إن التأسيس لـ"فقه التعايش" حسب العلواني أو "العيش المشترك"⁵ حسب مولوي وآخرين، وأخذنا بعين الاعتبار للتغيرات العميقة التي حدثت في "دار الإسلام" وما يقابلها من الدور، جعل الاجتهد الإسلامي المعاصر يتوجه نحو تبني بدائل جديدة لتقسيم الأرض، لا ينطلق من مفاهيم التضاد والصراع والنديمة، بل يبني أساسا على معاني السلم والمسالمة والتساكن والانسجام الإيجابي بين المسلمين وغير المسلمين في إطار دولة المواطنة.

ولعل أكثر المفاهيم التي أصبحت متداولة في الخطاب الفقهي المعاصر هي: "دار الدعوة" و"دار الاستجابة"، ويفضي طارق رمضان "دار الشهادة".⁶

¹ - انظر فيصل مولوي، الأسس الشرعية للعلاقات بين المسلمين وغير المسلمين، ص 99 – 100.

² - انظر نفسه، ص 103 – 104.

³ - انظر فهيمي هويدى، مواطنون لا ذميون، ص 107.

⁴ - طه جابر العلواني، مقاصد الشريعة، ص 102.

⁵ - انظر فيصل مولوي، المسلم مواطنا في أوربا، منشورات الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، سلسلة قضايا الأمة رقم 2، الطبعة الأولى 1429هـ/2008م. ص 10 وما بعدها.

⁶ - انظر حوار مع طارق رمضان على موقع إسلام أون لاين www.islamonline.net ركن دعوة ودعاة. لعله استوحاه من قوله تعالى: ﴿لِيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا وَتَكُونُوا شَهِيدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾.

ويعد عميد المعهد العالمي للفكر الإسلامي بواشنطن الدكتور طه جابر العلواني رائد هذه الدعوة الجديلة، وقد استلهما كما يقول من تلك الالتفاتة الذكية التي أشار إليها القفال الشاشي¹ وبنى عليها توجيهه في تقديم بديل لتقسيم الفقهاء للمعمورة، حيث قسم الأرض كلها إلى "دار دعوة" بدلا من "دار الحرب" و"دار إجابة" بدلا من "دار الإسلام"، كما قسم الناس إلى صنفين : أمّة الدعوة، وهم غير المسلمين، وأمّة الإجابة وهم المسلمون².

كما رجع الشيخ فيصل مولوي أن الغرب - اليوم - ليس بدار حرب، وإنما هو دار دعوة، لأن الأصل في الأرض - أي أرض - أنها للدعوة انطلاقاً من قوله تعالى: (وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ)، وهو ما كان ينطبق على مكة المكرمة قبل فتحها من قِبَل الرسول صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكذا على كل الجزيرة العربية قبل أن ينتشر الإسلام فيها.³

كما استقر رأي الجامع الفقهية في أوروبا وأمريكا والهند أن بلاد الأقليات المسلمة هي بلاد عهد ودعوة، وليس دار حرب ولا إسلام.⁴

وتأسس هذه الؤبة الجديدة على دعامتين أساسيتين :

أولاً، المفهوم القرآني لجغرافيا الأرض، فالأرض في الخطاب القرآني هي "أرض الله"⁵، ولم يرد في القرآن نسبة الأرض إلى الإنسان إلا على لسان الكافرين⁶، وذلك في قوله تعالى : (وَقَالَ اللَّذِينَ كَفَرُوا لِرُسُلِهِمْ لَنُخْرِجَنُكُم مِّنْ أَرْضِنَا أَوْ لَتَعُودُنَّ فِي مِلَّتِنَا)، ولا تتغير أوصاف "الأرض" إلا بظهور الفعل الإنساني فيها، فتتغير تبعاً لذلك الأحكام التكليفية المنشقة عنها⁸، وقد لفت ابن تيمية إلى هذا المعنى بقوله : "إن كون الأرض دار كفر، أو دار إسلام، أو إيمان، أو دار سلم أو حرب، أو دار طاعة أو معصية، أو دار المؤمنين أو الفاسقين، أوصاف عارضة لا لازمة، فقد تنتقل من وصف إلى وصف، كما ينتقل الرجل بنفسه من الكفر إلى الإيمان والعلم، وكذلك العكس"⁹.

^١ هو الإمام المفسر المحدث الفقيه الأصولي اللغوي الشاعر المجاهد: أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل الشاشي المعروف بـ"القفال الكبير"، أحد أعلام مذهب الإمام الشافعي. ولد عام 291 للهجرة بمدينة "الشاش" (طشقند اليوم). وتوفي بها في شهر ذي الحجة من عام 365هـ - وقيل في 366هـ، ويلقب بـ"القفال الكبير" تمييزاً له عن الإمام "القفال الصغير" أبو بكر عبد الله بن أحمد المروزي (من مدينة مرو العريقة الواقعة في تركمانستان في هذا العصر) الذي عاش بعد المائة الرابعة. من أشهر مؤلفاته "دلائل النبوة" وـ"محاسن الشريعة" وـ"أدب القضاة" وله تفسير كبير للقرآن الكريم. (انظر سير أعلام النبلاء للذهبي، حققه شعيب الأكثائي وآخرون، طبعة مؤسسة المسالة، د. ط. ت، ج 31/ 333- 333 ت. حمدة، قم 200).

² انظر د. طه جابر العلواني، مدخل إلى فقه الأقليات، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للافتاء والبحوث، عدد مزدوج 4 - 5، ربيع الثاني 1425هـ/ ص 112.

³ انظر فحصاً مولمّعاً، الأسباب الشعّبة للعلاقات بين المسلمين وغير المسلمين، ص 104.

⁴ انظر محمد سليم العوا، الفقه الاسلامي، طبعة التحديث، ص 313.

⁵ محدثة هذه العلاقة في القرآن الكريم أربع مرات، في سورة آل عمران: 97، سورة الأعراف: 73، سورة الحج: 64، سورة النور: 10.

⁶ انظر إلى البحوث الحاج، النظائر الفقهية والتفسير القرآن المعمد، محاقة لبيان المذهب، عدد 45، ص 78.

مدة إقامته ١٦ آذار ٢٠١٧

⁸ - انظر عبد الرحمن الحاج، نفس المجمع.

⁹ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 27/45.

والأرض بهذا المعنى تجعل كل بلد "دار إسلام" بالفعل في الوقت الحاضر، أو "دار إسلام" بالقوة في المستقبل، والبشرية كلها "أمة إسلام": إما "أمة ملة" اعتنقت هذا الدين، أو "أمة دعوة" المسلمين ملزمون بدعوتهم¹.

وثنائيهما: عالمية رسالة الإسلام وخلودها المتجدد، إذ الأصل في رسالة الإسلام أنها رسالة عالمية جاءت للعالمين كافة مصدق ذلك قوله تعالى: (وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ)²، وقول الرسول عليه الصلاة والسلام "كَانَ النَّبِيُّ يُبَعِّثُ إِلَى قَوْمِهِ لَا يَعْدُوهَا وَبَعْثَتُ كَافَّةً لِلنَّاسِ"³، ولذا لم يكن الخطاب القرآني خطابا فئويا اصطفائيا موجها لأقوام معينة أو أمم محددة، وإنما كان خطابا لكل العالم. وهذا يتطلب تفعيل الوظيفة الرسالية لهذا الدين عبر قناة البلاغ المبين (ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلُهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهَتَّدِينَ)⁴، ولاشك أن هذا لا يمكن أن يتحقق إذا حجم المسلمين أنفسهم في مفاهيم "دار الإسلام" و"دار الكفر" بمعانيها الجغرافية الضيقة، بل سيؤدي إلى تحجيم آفاق الرسالة وتعطيل دور "الأمة المخرجة"⁵ المحددة في قوله تعالى: (كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجْتُ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتَؤْمِنُونَ بِاللَّهِ)⁶، وتكريس عزلة المسلمين واستثناء عدوانية الآخرين؛ ثم إنه لا ينسجم البتة مع ما يفرضه العصر الحاضر من ضرورات الانفتاح والتواصل الإيجابي مع سائر البشر في أقصى الأرض، من أجل تعريفهم بمبادئ الإسلام وأحكامه ومقاصده، في ظل الثورة المعلوماتية الهائلة التي جعلت كوكب الأرض "قرية صغيرة" لا مجال فيها للانعزال أو التخفي.

✓ خلاصات واستنتاجات :

من خلال ما عرض له البحث أعلاه، يمكن استخلاص النتائج التالية :

- 1 - إن التقسيم الفقهي للمعمورة تقسيم اجتهادي، يفتقر للاستلال الشرعي المعتبر، وإن كان يعتمد أحيانا على بعض نصوص السنة النبوية، فإن ذلك يتم بمنطق الاستئناس وليس الاستنباط.
- 2 - إن الاستمرار في تبني الرأي الفقهي القديم لمفهومي "دار الإسلام" و"دار الحرب" يبرر في عقليةحركات الإرهابية كل الأعمال العدوانية التي توجهها ضد غير المسلمين في أراضيهم سواء كانوا محاربين أو مدنيين، وقد يصيب أذاهم حتى المسلمين المقيمين في تلك البلدان، ولعل أحدها تفجير البرجين الأمريكيين عام 2001 خير شاهد على ذلك.
- 3 - إن مفهوم "دار الإسلام"، كمفهوم عقدي، يمكن أن يتسع باتساع رقعة العقيدة الإسلامية، وهذه الرقة تتسع باتساع القلوب المؤمنة بها في كل بقاع العالم، وليس بقرارات ولاة السلطان.

¹ - انظر طه جابر العلواني، مقاصد الشريعة، ص 104.

² - سورة الأنبياء، آية 106.

³ - رواه ابن حبان في صحيحه، كتاب علامات النبوة، باب في خصائصه صلى الله عليه وسلم.

⁴ - سورة النحل، آية 125.

⁵ - انظر طه جابر العلواني، مقاصد الشريعة، ص 111.

⁶ - سورة آل عمران، آية 110.

4 – إن الاستمرار في تداول القاموس الفقهي بخصوص الديار والأوطان، يُسَوِّغ به بعض المسلمين في الغرب استحلال أموال غير المسلمين، واستباحة التحايل على المرافق الخاصة وال العامة لأهل تلك البلاد بدعوى أنهم في "دار حرب / كفر" وكل ما فيها مغانم للمسلمين!! وهم بذلك يقعون في مفسدتين عظميتين :

-أولاًهما : التحلل من الأحكام الشرعية التي تحت على الوفاء بالعهود وحفظ الأمانات والمواثيق، ولو مع المخالفين.

-وثانيهما : تكريس الصورة السلبية تجاه المسلمين بتلك البلاد.

5 – إن التمييز لا يتحقق بمجرد التحيزات الجغرافية والأوصاف القيمية النائية عن التَّمثُّل، وإنما يتحقق بالمساهمة الإيجابية في البناء الحضاري للإنسانية، وتنتزيل مضامين حقوق الإنسان والمواطنة المتساوية سواء أكانت الدار "دار إسلام" أم "دار كفر".

دور القاضي المدني في تفسير القاعدة القانونية



إعداد : خالد عنقر ، باحث في الدكتوراه

القانون الخاص الأساسي ، أستاذ متعاقد

بالمركز الجامعي تسمسيت – الجزائر

Email : Khaledangar@outlook.fr

مقدمة :

إن تفسير القاعدة القانونية ، يعني التعرف على معنى الحكم الذي تنظمنه هذه القاعدة بحيث تتضح من ألفاظها أو فحواها ، حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة القانونية من أجل تنظيمها والتفسير في حد ذاته فيه أنواع ، منها ما هو فقهي وقضائي وتشريعي وستقتصر دراستنا علي التفسير القضائي الذي يلعب فيه القاضي دورا مهما في تفسير القاعدة القانونية ومعرفة فحوى النص التشريعي المراد تطبيقه على الحالة المعروضة أمامه ، وهو يقوم بتفسير النصوص التشريعية بناءً على النزاعات المعروضة عليه للفصل فيها فهو لا يتطلع بالتفصير من تلقاء نفسه ، بل هو يقوم به حتى ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك لأن مهمته هي بيان حكم التشريع في النزاع المعروض عليه¹.

ومتى كانت صياغة النص المراد تفسيره واضح وكان معناها جليا ، بحيث يكفي التفسير اللغوي لألفاظه للإحاطة بقصد المشرع منه فان دور القاضي عندها يقتصر على تطبيق النص دون تأويله عملا بقاعدة " لا اجتهاد مع وجود النص ، وتجدر الإشارة إلى أن تفسير النصوص التشريعية من قبل القاضي لا تؤخذ على إطلاقها بل هناك مجموعة من الحالات ، التي تستدعي فيها تدخل القاضي للتفسير وهذه الحالات بدرها مرتبطة بعض الضوابط التي إذا خرج عنها القاضي عند التفسير قد لا يدرك نية المشرع في وضع النص التشريعي المراد تفسيره وينحرف عن معناه الحقيقي.

وما سبق ذكره ارتئانا تحديد نطاق دراستنا حول الإشكالية التالية :

¹ محمد سعد جعفور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، الوجيز في نظرية القانون ، دار هومه ، الجزائر ، الطبعة السادسة عشر سنة 2008 ، ص 283.

ما هي الحالات التي تستدعي تدخل القاضي من أجل تفسير القاعدة القانونية وعلى ماذا يرتكز في تفسيره؟

ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم مداخلتنا إلى مبحثين الأول خصصناه للحديث عن حالات تفسير القاعدة القانونية أما المبحث الثاني فخصصناه للتalking عن الآليات المتбегجة في تفسير القاعدة القانونية.

المبحث الأول : حالات تفسير القاعدة القانونية :

إن حالات التفسير هي الأسباب التي تجعل القاضي يبحث على معنى النص المراد تفسيره ، وتمثل هذه الأسباب في المشاكل التي تعترى بعض النصوص التشريعية ، وتتحققها بسمة عدم الوضوح وفي بعض الأحيان تكون غامضة الأمر الذي يستدعي الوقوف على القصد من وضعها وما سبق ذكره ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول خصصناه لتتكلم عن حالة الخطأ والغموض في النص التشريعي أما المطلب الثاني فخصصناه للحديث عن حالة النص والتعارض بين النصوص التشريعية.¹

المطلب الأول : حالة الخطأ والغموض في النص التشريعي :

الفرع الأول الخطأ :

إن الخطأ الذي يشوب النص التشريعي فيه نوعان ، قد يكون خطأ مادي أو قانوني ، وعندما يجب تصحيح هذا الخطأ بإتباع القواعد العامة للقانون وبإتباع الآليات المتبعة في التفسير حتى يتضح معنى النص التشريعي المراد تفسيره .

أولاً : الخطأ المادي :

الخطأ المادي هو الخطأ الذي لم يقصده المشرع ، وصورة هذا الخطأ إما بإيراد لفظ غير مقصود أو بسقوط لفظ من النص كان يلزم ذكره ، بحيث لا يتم معنى النص إلا إذا حذفنا الفظ الزائد غير مقصود في الحالة الأولى ، أو أضفنا اللفظ الذي سقط سهوا في الحالة الثانية ، ومن أمثلة حالة إحلال لفظ محل لفظ آخر ذلك ما جاء به نص المادة 220 من القانون المدني الجزائري من أنه " إذا برئت ذمة الدائن قبل أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الفاء فلا تبرأ ذمته قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن التي برئت ذمته من أجله " فهنا نجد أن الصحيح أن توضع كلمة المدين في بداية عبارة نص هذه المادة لأن المدين هو الملزم بتنفيذ الالتزام وبالتالي هو الذي تبرأ ذمته بأحد أسباب انقضاء الالتزام² .

ثانياً : الخطأ القانوني :

الخطأ القانوني هو الخطأ الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة بحيث لا يوجد أدني شك في وجود تصحيحه ، ومثال ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من نص المادة 92 من القانون المدني³ الجزائري والتي تنص على

¹ محمد سعد جعفور ، المرجع السابق ، ص 297.

² نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديريّة في المواد المدنيّة والتجاريّة ، دراسة تحليليّة وتأصيليّة ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، مصر ، سنة 2002 ، ص 200.

³ الأمر 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعديل والمتمم .

أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً و محققاً" إذ يتضح أن كلمة " محققاً " أو الكلمة *certaines* الواردة بالصياغة الفرنسية لهذا النص إضافة وخطأ ذلك أن التعامل في الشيء المستقبل جائز ما دام مكنا غير مستحيل ، ولا كن هذا الشيء قد لا يوجد فمحل العقود الاحتمالية يمكن أن يوجد ويمكن ألا يوجد فليس من الصحيح أن محل المستقبل يجب أن يكون متحق الوجود ، بل يكفي أن يكون وجوده مكنا لا مستحيلا استحالة مطلقة¹.

وكما نجد أيضا الخطأ القانوني في ما جاءت به المادة 576 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه " يجب دائمًا على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناء الرجل العادي " ووجه الخطأ هنا أن هذا النص لم يميز بين ما إذا كانت الوكالة بأجر أم بغير أجر ، إذ أن المسلم به أن الوكالة إذا كانت بغير أجر يجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناء التي بذلها في أعماله الخاصة ، أما إذا كانت بأجر فيجب عليه أن يبذل في ذلك عناء الرجل المعتمد .

الفرع الثاني : حالة الغموض :

إن غموض النص يقصد به أنه يكون مبهما ، إذا كان أحد ألفاظه أو مجموع عباراته يحتمل التأويل بأن يكون له أكثر من معنى ، بحيث يتعين على القاضي في هذه الحالة وهو يفسر النص قصد تطبيقه أن يختار أيًا من معانيه التي يراها أدنى إلى الصواب وأقرب إلى مقصود المشرع من هذا النص ، ومثال ذلك ما جاءت به المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأن " بيع ملك الغير باطل " وفي هذه الحالة فإن المشرع لم يحدد ما إن كان هذا البطلان نسبي أو بطلان مطلق ، إذ أن أحكام كلا منهما تختلف عن أحكام الآخر ، فالبطلان المطلق يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ويكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وهو لا يزول بالإجازة ، أما البطلان النسبي فلا يملك التمسك به إلا من شرع حق طلب الإبطال لمصلحته وهو يزول بالإجازة ، كما يسقط حق إبطال العقد بالتقادم .

فإذاء هذا الغموض حول طبعة البطلان في هذه الحالة ، يتعين على القاضي الوقوف على النية الحقيقة للمشرع فيأخذ بأحد نوعي البطلان على الحالة المعروضة عليه².

المطلب الثاني : حالة النقص والتعارض بين النصوص التشريعية :

الفرع الأول : حال النقص :

نكون أمام حالة نقص النص التشريعي ، إذا أغفل المشرع ذكر لفظ أو ألفاظ لا يستقيم النص بدونها أو إذا سكت المشرع عن إيراد حالات كان يجب ذكرها ، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي تكميل النقص حتى يتتسنى له تطبق النص على الواقع المراد الفصل فيها .

إن إغفال المشرع الجزائري في القانون المدني النص على التعميّض عن الضرر الأدبي وهذا يعتبر من أبرز حالات النقص في هذا القانون وبالتالي يتعين على القاضي البحث بشأنها عن نية المشرع فهذا القانون لم يورد نصا خاصا

¹ محمد سعد جعفور ، المرجع السابق ، ص 300.

² إسحاق إبراهيم منصور ، نظرتنا القانون والحق وتطبيقها في القوانين الجزائرية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر الطبعة العاشرة ، سنة 2008 ، ص 192.

بالتعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي وهذا ما يضعنا أمام إشكال قانوني بسكت الشرع الجزائري على النص بالتعويض عن الضرر الأدبي .

إن القضاء في بلادنا استقر على الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي دون أن يستند إلى نص صريح في القانون المدني ، مع العلم بأن المشرع الجزائري تناول التعويض عن الضرر الأدبي في عدة نصوص تشريعية ومنها المادتان 6 فقرة 2 و المادة 157 من التشريع الخاص بعلاقات العمل الصادر¹ في 25/04/1990 وكذا المادة 5 الفقرة 3 من قانون الأسرة الجزائري والتي تقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي المترتب على فسخ الخطوبة بنصها "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض....." ².

الفرع الثاني : حالة التعارض بين النصوص التشريعية :

إن التعارض يقصد به هو وجود تناقض بين نصين تشريعيين يحمل كل منهما حكم يخالف الآخر بحيث يستحيل الجمع بينهما والتعارض قد يكون بين نصوص تشريع واحد ، وقد يكون بين نصوص تشريعين أو أكثر ³ .

أولاً : التعارض بين نصين من تشريع واحد :

إذا كان التعارض بين نصين من تشريع واحد فإنه إذا لم يكن التوفيق بينهما يجب على القاضي اختيار أحد النصين ، وذلك بإهدار أحدها وإعمال الآخر ولكن ذلك لن يتأتى له إلا بالاسترشاد بالأليات التفسير المحددة ويكون التعارض بين حكمي نصي مادتين من نفس القانون.

ثانياً : التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين :

إذا كان التعارض واقعاً بين نصين من تشريعين مختلفين فإن التفسير عندها تحكمه القواعد الآتية :

- 1- التعارض بين نصين تشريعيين متساوين في القوة وفي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يفعل أحد الأمرين :
 - أ-أن يعتبر أحد النصين عاماً فيطبقه كأصل عام ، ويعتبر الثاني نصاً خاصاً فيواجه به حالات خاصة يستثنىها من أجل هذا الفصل عملاً بالقاعدة المعروفة " الخاص يقيد العام المساوي له أو الأدنى منه في القوة " .
 - ب-إن يعتبر النص الأحدث ناسخاً وملغياً للنص الأقدم ، عملاً بالبدأ القاضي بأن " التشريع اللاحق يلغى التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة " ومن بين الأمثلة التي تبين التعارض بين نصين تشريعين متساوين في القوة نجد حالة تصرف الصبي المميز بين النفع والضرر ، فهو قابل للإبطال كما أشار إليه المادة 101 من القانون المدني الجزائري وهو موقوف على الإجازة كما صرحت به المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري ، وتجدر الإشارة أن العقد الموقوف لا يرتب آثاره إلا إذا أجاز ، أما العقد القابل للإبطال فيرتب آثاره إلى حين إبطاله بعد إجازته ، وإذا وقع التعارض بين نصين تشريعيين مختلفين ومتفاوتين في القوة فإنه يجب على القاضي أن يراعي

¹ محمد سعد جعفوري ، المرجع السابق ، ص 303.

² القانون رقم 84_11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم .

³ محمد سعد جعفوري ، المرجع نفسه ، ص 303.

عندما مبدأ تدرج التشريعات في القوة الذي سهر على كفالة احترامه وهذا ما يطلق عليه رقابة دستورية التشريعات¹.

المبحث الثاني : الآليات المتنبه في تفسير القاعدة القانونية :

إن الآليات المتنبه يقصد بها الطرق أو الوسائل التي يستعين بها القاضي للتعرف على معنى النص والوصول إلى إرادة المشرع من وضعيه والأصل هو إذا كانت معانى وألفاظ النص القانوني واضح وكان معناها جليا ، بحيث يكفي التفسير اللغوي للفاظه للإحاطة بقصد المشرع منه ، فان دور القاضي يقتصر على تطبيق النص دون تأويله إذ لا اجتهاد مع وضوح النص وبالتالي فإن آليات التفسير تنصر إلى النص المعيب إذ يتبعن على القاضي ألا يخرج عن هذه الآليات لكي لا ينحرف ومعنى النص وما مسبق ذكره ارتئانا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول خصصناه للتalking عن آليات التفسير الداخلية أما المطلب الثاني فخصصناه للحديث عن آليات التفسير الخارجية .

المطلب الأول : آليات التفسير الداخلية :

آليات التفسير الداخلية هي التي يستخلص بها القاضي من داخل النص ذاته ، مدلوله وحكمه دون اللجوء إلى آية وسيلة خارجية عن ذات النص ، ويعتبر تفسير النص التشريعي بالاستنتاج من مفهوم الموافقة ومن مفهوم المخالفة ، بحيث يعتبران من أهم آليات التفسير الداخلية التي يلجأ إليها القاضي في حالة نقص التشريع أو سكت التشريع عن إيراد نص يحكم القضية المعروضة عليه .

الفرع الأول : الاستنتاج من مفهوم الموافقة :

ويقصد به إعطاء واقعة غير منصوص عنها حكم واقعة أخرى منصوص عليها لاتحد العلة في الواقعتين ويطلق على الاستنتاج بهذه الطريقة مصطلح القياس الذي يقوم على فكرة أن ما يتشابه من مسائل في خصائصه الأساسية ، والقياس في حد ذاته نوعان قياس عادي وقياس من باب أولى .

أولاً : القياس العادي :

هو إعطاء واقعة غير منصوص على حكمها الحكم الذي ورد به النص في واقعة أخرى لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم ، إذ أن الحكم يوجد حيث توجد علته ومثال ذلك إن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم يؤمرنا علي أنه " لا يرث القاتل " والسبب في ذلك أن في قتل الوراث لورثه استعجالاً لشيء قبل أو انه فيرد على القاتل قصده وبعاقب بحرمانه من الميراث ، فقيست علي هذه الحالة حالة قتل الموصي له الموصي ليتعجل في الحصول على وصيته ، وبالتالي يحرم من حقه في الوصية لأن السبب ذاته متوفر فيها.²

ثانياً : القياس من باب أولى :

إن هذا النوع من القياس يتحقق عندما توجد حالة منصوص على حكمها وتكون علة هذا الحكم متوافر بشكل أو صفح في حالة أخرى غير منصوص عليها ، فيثبت لها الحكم من باب أولي ومثال ذلك النص التشريعي الذي يحظر

¹ محمد سعد جعفور ، المرجع السابق ، ص 304.

² سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، مصر ، سنة 1986 ، ص 220.

علي عديم التمييز بيع أمواله ، وينعدم وجود نص يمنعه من هبتها ففي هذه الحالة يجب من باب أولى الحكم بمنعه من هبة أمواله لأن الهبة وهي تصرف مفقر ، وأخطر شأنها من البيع إذ هي تؤدي إلى إخراج أمواله من ذمته المالية .

الفرع الثاني : الاستنتاج من مفهوم المخالفه :

ويقصد به إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها ، وذلك إما لاختلاف العلة في الحالتين ، وإما لأن الحالة التي نص عليها المشرع تعتبر استثناء من الحالة غير منصوص عليها ، وبعبارة أخرى فإن الاستدلال بمفهوم المخالفه صورة عكسية تماما للاستنتاج من مفهوم المخالفه بالمقولة التالية " كل ما ليس محظورا فهو مباح " .

ومثال اختلاف العلة بين حالتين ما ورد في نص المادة 369 من القانون المدني الجزائري التي تنص على " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهاك بعد اعذار المشتري بتسليم المبيع " ، إذ يستفاد من مفهوم المخالفه لهذا النص أن هلاك المبيع بعد تسليمه للمشتري لا يكون سببا لسقوط البيع ولا لاسترداد المشتري الثمن ¹ .

والى جانب الاستنتاج يمكن للقاضي تفسير النصوص التشريعية بالرجوع إلى الصياغة الفرنسية لهذه النصوص ، ذلك أن النصوص التشريعية الجزائرية غالبا ما توضع باللغة الفرنسية ثم تترجم للغة العربية وفي كثير من الأحيان تأتي هذه الترجمة ركيكة لا تعبر عن المعنى الذي قصده واضعو النص في الصياغة الفرنسية وللاستنجاد يجب على القاضي الرجوع إلى النص باللغة الفرنسية وبالرغم من أن النص الرسمي هو المصاغ باللغة العربية² .

المطلب الثاني : آليات التفسير الخارجية :

ويقصد بها الوسائل الخارج عن ذات النص التي يستعين بها القاضي للوقوف على إرادة المشرع الحقيقة بحيث لا تعتمد هذه الوسائل على تحليل عبارات النص وألفاظه ، بل على عناصر خارجية منه وتمثل هذه الطرق في كل من حكمة التشريع ، الأعمال التحضيرية ، والمصادر التاريخية .

الفرع الأول : حكمة التشريع :

ويرد بحكمة التشريع أو روح التشريع الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع ، ويتمثل هذا الباعث إما بالصلحة التي يقصد المشرع تحقيقها أو بالمفسدة التي يرمي إلى دفعها ، فعلى ضوء هذه الغاية يسهل تفسير النص ويصبح تفسيره سهلا تبعا لذلك .

الفرع الثاني : الأعمال التحضيرية :

ويقصد بها مجموعة الوثائق الرسمية التي تضم المذكرات الإيضاحية ، وتقارير ومناقشات اللجان والهيئات التي قامت بإعداد التشريع فهذه الأعمال تساعد القاضي في الكشف عن مقصود المشرع .

وتجدر الإشارة أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية يجب أن يقترن بشيء من الحيطة والحذر وذلك لاعتبارين :

¹ إسحاق إبراهيم منصور ، المرجع السابق ، ص 198.

² غالب علي داودي ، المدخل إلى علم القانون ، داروايل للنشر ، عمان ، الطبعة السابعة ، سنة 2004 ، ص 222.

الأول : أنها كثيراً ما تتضمن آراء تعتبر اجتهادات شخصية لواضعها قد لا تعبّر بالضرورة عن وجهة النظر التي يكون المشرع قد أخاز إليها بالفعل .

الثاني : أنها قد تصبح غير معبرة عن معنى النصوص ، وذلك بسبب ما يكون قد أدخل على هذه النصوص من تعديلات بعد وضعها .

وهذان الاعتباران من شأنهما أن ينفيا اكتساب الأعمال التحضيرية صفة الإلزام والقاضي هنا يكون حراً في الأخذ بها أو الرجوع إلى الطرق الأخرى للتفسير¹ .

الفرع الثالث : المصادر التاريخية :

المصدر التاريخي لنصل تشريعي ما هو الأصل التاريخي الذي استمد منه المشرع حكمه ، فكثيراً ما يرجع القاضي إلى هذا الأصل حتى يتثنى له التعرف على الإرادة الحقيقة للمشرع إن لم تتحقق آليات التفسير الأخرى ذلك ، وفي القانون الجزائري تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي لمسائل الأحوال الشخصية فنجذب قانون الأسرة الجزائري جل أحکامه مستوحاة من الشريعة الإسلامية وهذا ما يلزم القاضي بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لفهم قانون الأسرة ، وكما يعتبر كل من القانون المدني المصري والفرنسي بمثابة مصدراً تاريخياً ، بالنسبة إلى كثير من مسائل الأحوال العينية التي تتضمنها نصوص القانون المدني الجزائري .

خاتمة :

وفي ختام دراستنا اتضح لنا جلياً ، أن للقاضي المدني دور فعال في تفسير القاعدة القانونية ولا كن تخدر الإشارة إلى أن هذه الصلاحية المخولة للقاضي ليست متروكة على إطلاقها بل هي مقيدة بمجموعة من الضوابط ، التي يجب على القاضي احترامها أثناء تفسيره للنصوص القانونية الغامضة أو التي يعتريها نقص ، أو تعارض مع قاعدة قانونية أخرى من نفس التقني أو تقنين آخر وهذا كله من أجل عدم الخروج عن معنى النص القانوني ، وعدم الخروج عن نية المشرع من إدراجه ووضعه في ذلك المجال وتطبق النص في مكانه المناسب وعلى الواقعية التي تنطبق عليه وعلى المشرع الجزائري تفادي مثل هذه الثغرات والفراغات التشريعية وإنقاذه بعض الكلمات من النص و التي تجعل من القاضي مفسراً وتجعله يدور في حلقة مفرغة وخاصة عندما تصادفه حالة تعارض بين نصين في نفس التشريع وهذا ما يعكس سلباً على حكمه وقد لا يصل إلى المعنى الحقيقي للنص المرد تطبيقه على الواقعية المعروضة عليه والتي نية المشرع من إصداره وينحرف عن مجرى العدالة.

¹ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق ، ص 230.

مبدأ التقاضي على درجتين في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية



هبهوب فوزية باحثة بصفة الدكتوراه
تخصص قانون دولي إنساني
أستاذة مساعدة - ب- بكلية الحقوق
جامعة باجي مختار عنابة الجزائر

Email : hebhoubf@. yahoo.fr

الملخص : يتناول هذا المقال دراسة إحدى أهم الضمانات الأساسية لتحقيق العدالة الجنائية، وترسيخ حقوق الخصوم أمام المحكمة الجنائية الدولية. من خلال إقرار النظام الأساسي للمحكمة لأطراف الدعوى إمكانية النظر في الدعوى على درجتين، أي الطعن في قرارات وأحكام المحكمة أمام دائرة الاستئناف بطريقين هما الاستئناف وإعادة النظر. وستحاول من خلال هذا المقال تبيان مفهوم هذا المبدأ وأهميته، وموقف النظام الأساسي للمحكمة منه مقارنة مع باقي المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، وهذا من خلال دراستنا للمحاكمة أمام دائرة الاستئناف، واستعراضنا للشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها للنظر في الطعن أمامها.

الكلمات المفتاحية : المحكمة الجنائية الدولية، مبدأ التقاضي على درجتين، دائرة الاستئناف، الاستئناف، التماس، إعادة النظر .

المقدمة :

يعد نظر النزاع ذاته لأكثر من مرة، أحد أهم الضمانات الضرورية لتحقيق العدالة الجنائية، لذلك يعتبر مبدأ التقاضي على دراجات من المبادئ القانونية التي يقوم عليها التنظيم القضائي المنصف، وقد حافظ هذا المبدأ على قيمته القانونية في التشريعات الوطنية التي أولتها عناية كبيرة من خلال ترقيته إلى مصاف المبادئ الدستورية، وهو ما كرسه الإعلانات والمواثيق الدولية، فقد نظم المشرع الدولي طرقاً للطعن مع احترام جملة من الشروط، بحيث لا يمكن نقد الأحكام القضائية بدون نص شرعي داخلي أو دولي يجيز ذلك مع وجود خطأ يمكن تصحيحة

وتداركه، وغالباً ما تتوجه التشريعات اللاتينية الطرق الطعن التالية في الطعن: المعرضة، الاستئناف، النقض، إعادة النظر. ولا تعتمد التشريعات الأنجلوسكسونية إلا بنوعين فقط من طرق الطعن وهما الاستئناف وإعادة النظر.

لقد أجاز النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نظر الدعوى على درجتين، وهذا يعني استئناف الدعوى أمام محكمة أو هيئة أعلى من تلك التي أصدرت الحكم الأول بحيث ينطبق عليها وصف الرقيب الأكثر خبرة ودراسة، تماشياً مع الاتجاه الأنجلوسكسوني. على عكس محكمتي طوكيو ونورمبرغ فقد كانت أحکامها قطعية لا تقبل الطعن فيها بأي شكل من الأشكال، في حين اعتمد النظام الأساسي لمحكمتي يوغسلافيا ورواندا إجراء الاستئناف حيث كان لها دائرة استئنافية موحدة تنظر في الاستئناف المقدم في القضايا المنظورة أمام هاتين المحكمتين. لكن الأمر يدق أكثر لما نعود للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والإشكال هل حافظ النظام الأساسي للمحكمة على القيمة القانونية لمبدأ التقاضي على درجتين؟ وإلى أي مدى كرسه كحق للخصوم في مراجعة قراراتها وأحكامها القضائية؟.

المبحث الأول : مفهوم مبدأ التقاضي على درجتين.

مبدأ التقاضي على درجتين هو ذلك المبدأ الأصيل في القضاء العادل، فيحتل مكانة كبيرة سواء في التشريعات الوطنية أو الدولية، تكريساً للعدالة الحقيقية وإنصافاً للحقوق، ونظراً لأهمية هذا المبدأ تم ضمانته والحفاظ عليه بالالتزام به سواء في التشريع الوطني أو الدولي.

المطلب الأول : أهمية مبدأ التقاضي على درجتين و موقف القضاء الجنائي الدولي منه.

قبل التطرق إلى موقف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لا بأس أن نعرج أولاً على تعريف هذا المبدأ وذكر الأهمية القانونية والعملية له، ثم نتطرق لموقف الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية منه.

الفرع الأول : تعريف مبدأ التقاضي على درجتين وأهميته.

تعددت التعريفات الفقهية والقانونية لهذا المبدأ نظراً لمكانته وأهميته القيمية قضائياً.

أولاً : تعريف مبدأ التقاضي على درجتين. تعددت التعريفات الفقهية لهذا المبدأ فمنهم من عرفه على أنه: إعادة طرح النزاع بعد الحكم فيه مرة أخرى على محكمة أعلى درجة للنظر فيه من حيث الواقع والقانون⁽¹⁾. وعرفه آخرون بأنه: "رفع الدعوى أولاً إلى محكمة تسمى محكمة الدرجة الأولى ثم يكون للمحكوم عليه حق التظلم من حكمها باستئنافه إلى محكمة عليا، تسمى المحكمة الاستئنافية".⁽²⁾

من خلال هذه التعريفات نجد أنه يكون للمتقاضي الحق في أن تنظر دعواه على درجتين مرة أمام المحكمة الابتدائية ومرة أمام محكمة ثاني درجة تسمى المحكمة الاستئنافية، ولكن حتى يكن طرح النزاع بهذه الطريقة يجب توافر جملة من الشروط":

1/ قابلية النزاع لطرحه مرة أخرى على القضاء ويستثنى من ذلك الأحكام القطعية التي لا تقبل الاستئناف كالتي لا تزيد عن مبلغ معين.

2/ لا بد أن تتصدى المحكمة الاستئنافية للواقع والقانون، لأن تنظرها لأول مرة.

3/ صدور حكم قضائي تطبيقاً للقانون، إذا احتلت هذه الشروط لا يمكن تكريس المبدأ.

ثانياً: أهمية مبدأ التقاضي على درجتين. يعد هذا المبدأ من أهم المبادئ التي يقوم عليها التنظيم القضائي، وإحدى أهم ضمادات التقاضي في الأنظمة القضائية الحديثة، مadam الخطأ من سمات البشر لذلك يجب تصويب الخطأ وتصحيحه، حيث ينبع المتقاضين من تصحيح الأخطاء كنتيجة قصور في البحث أو التحري والخطأ في تطبيق السليم للقانون، فكثيراً ما يحدث ألا يتمكن الخصم من إدلاء بكل أوجه دفاعه أو ينقطع دفاعه في رسم مسار قضيته، فمن العدل تمكينه من تدارك عده الأخطاء⁽³⁾، إضافة إلى هذا فالمحكمة أثناء نظرها النزاع لأول مرة ستتأنى وتبدل أكثر عنابة لأنها تعلم إمكانية مراجعة حكمها وتعريضها للنقض في بعض الأحيان. وبالرغم من الأهمية التي يكرسها هذا المبدأ إلا أنه تعرض لبعض الانتقادات كزعزعة الثقة في قضاة الدرجة الأولى وتأخير البث في النزاع، وأنه لماذا لا يتم اللجوء لقضاة الدرجة الثانية مباشرة، بالرغم من هذه انتقادات إلا أنها لم تجد لها صدى ويبقى مبدأ التقاضي على درجتين وسيلة فعالة لحماية الضمادات الشخصية والحقوق وتغليب لحسن سير العدالة.

الفرع الثاني : موقف القضاء الجنائي الدولي من مبدأ التقاضي على درجتين.

اختللت الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية فيما يتعلق بالطعن في الأحكام القضائية، فمنها من أجازتها ومنها من لم تجزها وستتطرق بأكثر تفصيل في ما يلي :

أولاً / حكمتي نورمبورغ وطوكيو. كانت أحکام هاتين المحکمتين قطعية لا يجوز الطعن فيها بآي شكل من الأشكال، فلم توجد محکمة استئنافية لذلک سميت بمحکم المتصرين وهذا فيه إهدار لحقوق المتقاضين وإخلال بالعدالة الجنائية الدولية.⁽⁴⁾.

ثانياً/ حكمتي يوغوسلافيا السابقة وروندا. لقد أقر النظام الأساسي لهاتين المحکمتين حق الطعن في أحکامها عن طرق الاستئناف وإعادة النظر، حيث تم إنشاء دائرة استئنافية واحدة مقرها بلاهاري، ومن هنا بدأ معاً تطور قواعد العدالة الجنائية الدولية⁽⁵⁾.

ثالثاً/ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. حاول واضعي النظام الأساسي للمحكمة تفادى وتدارك الأخطاء الواردة في المحکم السابق، ومن أهمها إقراره صراحة بمبدأ التقاضي على درجتين، حيث انفرد نظام المحکمة بوجود الدائرة التمهيدية، والدائرة الابتدائية وأخضع قراراتها وأحكامها للطعن أمام دائرة الاستئناف، ضماناً لحقوق المتقاضين⁽⁶⁾.

من خلال ما سبق نجد أن مبدأ التقاضي على درجتين ليس من المسائل الإجرائية الجنائية بل من المبادئ الأساسية لكل نظام قضائي يحقق العدل والمساواة.

المطلب الثاني : المحکمة أمام دائرة الاستئناف.

تطبق أمام دائرة الاستئناف نفس الإجراءات المتّبعة في تقديم الأدلة أمام الدائرة التمهيدية والابتدائية مع مراعاة الاختلاف المتعلق بالباب 5 و6 المنظمان لهذه الإجراءات المتعلقة بالتحقيق والمحاكمة، تشكل دائرة الاستئناف قمة الهرم القضائي، فهي المرجعية القضائية المناطة بها مسؤوليات الفصل في قرارات المدعي العام، وقرارات

الدائرة التمهيدية، وأحكام الدائرة الابتدائية، وكذلك إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة عنها. فهي تمثل دور المحكمة العليا في الأنظمة القضائية الوطنية.

الفرع الأول : تكوين دائرة الاستئناف وصلاحياتها.

توزعت المواد المنظمة لدائرة الاستئناف وصلاحياتها على أبواب مختلفة من نظام روما الأساسي بما يتلاءم ومسؤولياتها وعلاقتها ببقية أجهزة المحكمة، ولأهمية دورها سندرس تكوينها وصلاحياتها ودورها قبل البدء في المحاكمة.

أولاً : تكوين دائرة الاستئناف .

تألف دائرة الاستئناف من الرئيس وأربعة قضاة ذوي كفاءة علمية عالية في القانون الجنائي الدولي. والقانون الدولي العام. حصر النظام الأساسي للمحكمة دائرة الاستئناف بدائرة واحدة لتكون بمثابة الدائرة المركزية، وحصن مركزيتها وعمل قضاتها بنصه: بأن يعمل القضاة المعينون بدائرة الإستئناف في تلك الدائرة مدة ولايهم، أي مدة تسع سنوات ولا يعمل القضاة المعينون لدائرة الاستئناف إلا في تلك الدائرة⁽⁷⁾.

ثانياً : صلاحيات دائرة الاستئناف.

عند توافر الشروط الشكلية والموضوعية للاستئناف وفق نصوص النظام الأساسي للمحكمة ووفق القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات تباشر دائرة الإستئناف وظائفها وصلاحياتها، فيكون لها جميع سلطات الدائرة الابتدائية مضافة إليها صلاحيات تتلائم ومهامها كمراجعة قضائية أخيرة⁽⁸⁾.

منح النظام الأساسي دائرة الإستئناف حق الإختيار والقرار عند نظرها في استئناف ما، فإذا تقرر إلغاء أو تعديل القرار أو الحكم الصادر عن الدائرة الابتدائية وتمارس حقها كسلطة مقاضاة، وإنما أن تأمر بإجراء محاكمة جديدة أمام دائرة إبتدائية مختلفة. فقد قيدت الفقرة الثانية من المادة 83 من النظام روما الأساسي صلاحية دائرة الإستئناف عند فصلها في قرار أو حكم بالعقوبة مقدم من الشخص المدان أو المدعي العام نيابة عنه، فلا يمكنها تعديله على نحو أشد، وبالتالي الإضرار بمصلحة المدان⁽⁹⁾.

أما إصدار الأحكام عن دائرة الإستئناف فيكون بأغلبية آراء القضاة ويكون النطق بها في جلسة علنية، ويجب أن يُبيّن الحكم الأسباب التي يستند إليها، وعندما لا يوجد إجماع، يجب أن يتضمن حكم دائرة الإستئناف آراء الأغلبية والأقلية، ولكن يجوز لأي قاض من القضاة أن يصدر رأياً منفصلاً أو مخالفًا بشأن المسائل القانونية وهذا حسب المادة 4/83 من النظام الأساسي للمحكمة، وقد أجاز لدائرة الإستئناف أن تصدر حكمها في غياب الشخص المبرأ أو المدان⁽¹⁰⁾.

يموجب الصلاحية المنوحة في النظام الأساسي للمحكمة، فإن هذه الدائرة تملك جميع سلطات الدائرة الإبتدائية فيما يتعلق بالحكم المستأنف، من حيث الإدانة والبراءة والعقوبة. عليه إذا تبين لدائرة الاستئناف أن الإجراءات المستأنفة كانت ممحففة على نحو يمس بموثوقية القرار أو حكم العقوبة، أو أن القرار أو الحكم المستأنف كان من الناحية الجوهرية مشوباً بغلط في الواقع أو في القانون أو بغلط إجرائي جاز لها⁽¹¹⁾:

أ-أن تلغي أو تعدل القرار أو الحكم .

ب-أن تأمر بإجراء محاكمة جديدة أمام دائرة ابتدائية أخرى ، هذه الأغراض يجوز لدائرة الاستئناف أن تعيد مسألة تتعلق بالواقع إلى دائرة الابتدائية الأصلية، لكي تفصل في المسألة وتبلغ دائرة الاستئناف بالنتيجة، ويجوز لها أن تطلب هي نفسها أدلة لغرض الفصل في المسألة.⁽¹²⁾

وإذا تبين لدائرة الاستئناف أن العقوبة المحكوم بها المدان غير متناسبة مع الجريمة، جاز لها أن تعدل هذا الحكم، وفقاً للباب السابع من النظام الأساسي، وإذا لم يتبع لدائرة وجود دواعي النقض والتعديل أعلاه فإنها تؤيد القرار فان حكم دائرة الاستئناف يصدر بالاتفاق أو بأغلبية آراء القضاة، ويكون النطق به في جلسة علنية، كما يجب أن يبين الحكم الأسباب التي يستند إليها، وعندما لا يوجد إجماع يجب أن يتضمن حكم دائرة الاستئناف آراء الأغلبية والأقلية، ويحق لأي قاضٍ أن يصدر رأياً منفصلاً أو مخالفًا بشأن المسائل القانونية . كذلك يجوز لدائرة الاستئناف أن تصدر حكمها في غياب الشخص المبرأ أو المدان، مع ملاحظة أن حكم الاستئناف يعتبر حكماً نهائياً لا يقبل الطعن إلا إذا توافرت في حقه حالة من حالات إعادة النظر في الحكم.⁽¹³⁾

الفرع الثاني : دور دائرة الإستئناف في مرحلة ما قبل البدء بالمحاكمة .

تبدأ دائرة الإستئناف مهامها مع بدء المدعي العام بتحقيقاته، وأطراف مرحلة ما قبل المحاكمة هم: المدعي العام، والدائرة التمهيدية والدولة المعنية بالتوقيفات وأخيراً الشخص المتهم موضع التحقيق، حيث أنه بدائرة الإستئناف النظر في أي نزاع ينشأ بين الأطراف الذين أجاز لهم النظام الأساسي للمحكمة حق مراجعة دائرة الإستئناف كالآتي :

أولاً / إذا قررت الدائرة التمهيدية منح الإذن للمدعي العام بالخاذ خطوات محددة للتحقيق في دولة طرف، جاز للدولة المعنية أن تستأنف ذلك أمام دائرة الإستئناف.⁽¹⁴⁾

ثانياً / عند امتناع الدائرة التمهيدية عن إعطاء الإذن للمدعي العام بالتحقيق في إقليم دولة طرف بناء على طلبه، أجيزة للمدعي العام اللجوء إلى دائرة الإستئناف للنظر في قرار الإمتناع على أساس مستعجل.⁽¹⁵⁾

ثالثاً / عند قيام الدائرة التمهيدية بالخاذ إجراءات معينة بمبادرة منها وخلافاً لرأي المدعي العام مثل: الحفاظ على الأدلة، تعيين خبير لتقديم مساعدة، حماية حقوق الدفاع، إصدار توصيات.⁽¹⁶⁾ يتقدم المدعي العام من دائرة الإستئناف بطلب استئناف قرارات الدائرة التمهيدية.

رابعاً / عندما تقرر الدائرة التمهيدية عدم صلاحية قرار المدعي العام القاضي بالتنازل عن التحقيق الذي يكون قد باشره في دولة بناء على إذن منها، فللمدعي العام حق استئناف قرار الدائرة التمهيدية أمام دائرة الإستئناف على أساس مستعجل للفصل في القرار.⁽¹⁷⁾

خامساً / مُنحت الدولة المعنية بالجريدة استئناف قرار المدعي العام أو الدائرة التمهيدية القاضي بقبول ممارسة المحكمة اختصاصها على تلك الجريمة أمام دائرة الإستئناف

سادسا / "لا يترتب على الاستئناف في حد ذاته أثر إيقافي للقرارات ما لم تأمر بذلك دائرة الإستئناف بناء على طلب بالوقف، وفقا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات"⁽¹⁸⁾.

المبحث الثاني : طرق الطعن في قرارات وأحكام المحكمة.

الطعن هو وسيلة من الوسائل القانونية التي منحها القانون للخصوم في الدعوى بمقتضاهما يمكنهم مراجعة الحكم او القرار الصادر في غير صالحهم وهو نوعان، طعن عادي وآخر غير عادي، ونقصد بها الإجراءات أمام دائرة الاستئناف بوصفها درجة استئنافية للأحكام التي تصدرها الدائرة الابتدائية، كما قد تستخدم أمام دائرة الاستئناف بوصفها جهة طعن الإجراءات الخاصة بإعادة النظر.

المطلب الأول : الطعن بطريق الاستئناف.

يعد الاستئناف في قرارات وأحكام المحكمة الجنائية الدولية طريقا عاديا للطعن في الأحكام القضائية والهدف منه إلغاء الحكم المستأنف أو تعديله لصالحة المستأنف، سواء أكان بإعادة طرح موضوع الحكم للوقف على سلامته ومطابقته للقانون. وهو يتميز بأنه ذو أثر ناقل أي أنه يطرح الدعوى على محكمة أعلى درجة لإعادة الفصل فيها إعمالا بمبدأ التقاضي على درجتين، وقد فرق النظام الأساسي للمحكمة بين أسباب الاستئناف وحمله سواء كان حكم بالعقوبة أو قرار بالإدانة أو البراءة في المادة 81 من النظام الأساسي جعل من حكم الإدانة أو البراءة كحكم فاصل في الدعوى لا يتعلق بمسألة إجرائية، إضافة إلى النوع الثاني من القرارات التي يمكن استئنافها وجاء ذكرها في المادة 82 من ذات النظام.

الفرع الأول : استئناف قرار التبرئة والإدانة وحكم العقوبة.

تبينت مواقف الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة من الاستئناف في القرارات وأحكام الصادرة عنها، وخصوصا فيما يتعلق بتحديد القرارات والأحكام التي يجوز استئنافها، وأسباب ذلك وتحديد الجهات التي لها الحق فيه. وقد تناول النظام الأساسيان تحكمي يوغسلافيا السابقة ورواندا موضوع الاستئناف من خلال المادة 25 من النظام الأساسي تحكمي يوغسلافيا، لكن لم يبين الأحكام والقرارات التي يجوز استئنافها، فجاءت القواعد الإجرائية والإثبات لكل منها بالنص على أن هناك أحکاماً وقرارات يجوز الطعن فيها استئنافاً أمام دائرة الاستئنافية المشتركة بين هاتين الحكمتين وهي الأحكام الصادرة بالإدانة أو البراءة أو العقوبة وأوامر جبر الضرر.⁽¹⁹⁾.

أشارت المادة 81 من النظام الأساسي للمحكمة في الفقرة 01 لجواز استئناف القرارات وأحكام الصادرة بموجب المادة 74 من ذات النظام التي تنص على متطلبات صدور القرار وذلك وفقا لقواعد الإجراءات والإثبات التي تحدد إجراءات الاستئناف، ففي المادة 81 جعل حكم الإدانة أو البراءة كحكم فاصل في الموضوع ولا يتعلق بمسألة إجرائية ولاحظ أن عنوان المادة هو استئناف قرار البراءة أو الإدانة وقررت الفقرة 2 من المادة نفسها إمكانية استئناف حكم العقوبة، وهذا يعني إن النظام الأساسي للمحكمة فرق بين القرار الذي يتعلق بالإدانة والبراءة، أما الحكم فيكون بتصدّد العقوبة وهذا عكس القواعد العامة للإجراءات الجنائية⁽²⁰⁾.

أولاً : الاطراف التي يحق لها رفع الاستئناف في قرارات وأحكام المحكمة.

1/ المدعى العام للمحكمة: يمكن للمدعى العام أن يقدم الاستئناف، استناداً للأسباب التالية: الغلط الإجرائي أو الواقع، أو في القانون، عدم التناسب بين الجريمة والعقوبة⁽²¹⁾.

2/ للشخص المدان، أو المدعى العام نيابة عنه : أن يتقدم باستئناف، استناداً إلى أي من الأسباب التالية: الغلط الإجرائي أو الواقع، أو في القانون أو أي سبب آخر يمس نزاهة أو موثوقية الإجراءات أو القرارات.

3/ المدعى العام أو الشخص المدان : يمكن أن يستأنف أي حكم بالعقوبة وفقاً لقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، بسبب عدم التناسب بين الجريمة والعقوبة⁽²²⁾.

إذا رأت المحكمة أثناء نظر استئناف حكم العقوبة أن هناك من الأسباب ما يبرر نقص الإدانة جاز لها أن تدعى المدعى العام والشخص المدان إلى تقديم الأسباب بموجب الفقرة 1 أوب من المادة 81 وتصدر بعدها قرار بالإدانة ويسري الإجراء نفسه عندما تنظر المحكمة الاستئناف ضد الإدانة أن هناك من الأسباب ما يسوغ تخفيض العقوبة بموجب الفقرة 2 أ من ذات النظام التي تحدد استئناف الحكم لعدم التناسب بين الجريمة والعقوبة. وهذا على غرار النظام الأساسي للمحكمة يوغوسلافيا السابقة الذي سمح باستئناف الحكم بشرط وجود خطأ في القانون والواقع لأنها تعيق العدالة الجنائية.⁽²³⁾

وهذا ما خوله قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية المؤقتة لرواندا في منحها الحق في استئناف قرارات الغرفة الابتدائية في المادة 77 من قواعد الإجراءات والإثبات.

تناول النظام الأساسي للمحكمة أساساً لاستئناف من خلال المادة 81 من النظام الأساسي للمحكمة فقد حددها النظام، وميز بين ما إذا قدم الطعن من المدعى العام بشأن حكم البراءة أو الإدانة، ويمكن عندئذٍ أن يستند في ذلك إلى وجود الغلط الإجرائي، أو الغلط في الواقع، أو الغلط في القانون.

أما إذا قدِّمَ من قبل المدان أو من المدعى العام نيابة عنه، فإنه يمكن أن يستند إلى هذه الأسباب أو أي سبب آخر يمس نزاهة أو موثوقية الإجراءات أو القرار. كما يمكن لأي منهما استئناف الحكم بالعقوبة بحجج عدم التناسب بينها وبين الجريمة المرتكبة. فإذا رأت المحكمة أثناء نظر استئناف الحكم بالعقوبة،

ثانياً : المادة المسموح بها لتقديم الطعن بالاستئناف.

أشارت القاعدة 150 من قواعد الإجراءات والإثبات أن رفع الاستئناف ضد قرار التبرئة أو الإدانة أو حكم العقوبة الصادر بمقتضى المادة 76 من النظام الأساسي للمحكمة والمادة 75 المتعلقة بمبر الأضرار في موعد ثلاثون يوماً ابتداء من تبليغ الطرف مقدم الاستئناف، ويقدم الاستئناف إلى المسجل وفي حالة عدم تقديمها في الأجل المحدد يصبح قرار الدائرة الابتدائية نهائياً⁽²⁴⁾. ولكن يجوز لدائرة الاستئناف تمديد المدة لسبب وجيه بناءً على تقديم طلب من رافع الاستئناف، وعلى المسجل إنخطار المحكمة بالاستئناف والأطراف.

ويجوز وقف الاستئناف في أي مرحلة قبل صدور الحكم بتقديم طلب إلى المسجل الذي يقوم بإخطار جميع الأطراف بذلك ويظل الشخص المدان تحت التحفظ لحين الفصل في الاستئناف، ويفرج على المدان آدا كانت مدة التحفظ عليه تتجاوز مدة الحكم، غير انه إذا تقدم المدعى عليه بالاستئناف جاز أن يخضع الاستئناف إلى ما يلي :

1/أن يفرج على المتهم فورا في حالة تبرئته رهنا بما يلي :

أ/للدائرة الابتدائية بناءا على طلب المدعي العام، أن تقرر استمرار الاحتجاز إلى البت في الاستئناف وذلك نظرا لخطورة الجريمة والخوف من فرار المتهم.

ب/يجوز استئناف قرار الدائرة الابتدائية في أجل خمسة أيام من تاريخ إخطار الطرف مقدم الاستئناف بالقرار، ويعمل تنفيذ القرار أو الحكم خلال فترة الاستئناف.

الفرع الثاني : استئناف القرارات الواردة بنص المادة 82 .

هذه الفئة من القرارات تناولتها المادة 82 من النظام الأساسي للمحكمة حيث نصت الفقرة (1) منها على أنه لأي من الطرفين القيام، وفقا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، باستئناف أي من القرارات التالية:

1/قرار يتعلق بالإختصاص أو المقبولية، وقرار يمنح أو يرفض الإفراج عن الشخص محل التحقيق أو المقاضة في أجل لا يتجاوز خمسة أيام من تاريخ إخطار الطرف المستأنف بالقرار.

3/قرار الدائرة التمهيدية التصرف بمبادرة منها بموجب الفقرة 3 من المادة 56 من النظام الأساسي للمحكمة، وهذا في أجل لا يتجاوز يومين من تاريخ الإخطار.

4/أي قرار ينطوي على مسألة من شأنها أن تؤثر تأثيراً كبيراً على عدالة وسرعة الإجراءات، أو على نتيجة المحاكمة، وترى الدائرة الابتدائية أن اتخاذ دائرة الاستئناف قرارا فوريا بشأنه، يمكن أن يؤدي إلى تحقيق تقدم كبير في سير الإجراءات⁽²⁵⁾.

بموجب الفقرة 2 من المادة 82 من نظام روما الأساسي فإن القرار الصادر عن الدائرة التمهيدية، والمتعلق بإجراءات التحقيقات على أرض دولة غير طرف، يجوز استئنافه من الدول المعنية أو المدعي العام بإذن من الدائرة التمهيدية على أن ينظر في هذا الاستئناف بشكل مستعجل ويقدم هذا الاستئناف في أجل لا يتجاوز الخمسة أيام من الإخطار وليس للاستئناف أثر إيقافي، مالم تأمر بذلك⁽²⁶⁾. كما ويجوز للممثل القانوني للمجنى عليهم أو الشخص المدان الذي تضار ممتلكاته كالوثائق والمعلومات أن يقدم استئنافا للمطالبة بالتعويض دائرة الاستئناف وهكذا فإن نطاق الأشخاص الذين يحق لهم تقديم الاستئناف هو أوسع مما كان عليه الحال في المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة السابقة، فإن أوامر تعويض المجنى عليهم لا يقتصر الحق في استئنافها على الممثل القانوني للمجنى عليهم أو الشخص المدان، بل يتعد ليشمل المالك الحسن النيه الذي تضررت ممتلكاته، على النحو المنصوص عليه في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات⁽²⁷⁾.

لم يقتصر النظام الأساسي على الأحكام الصادرة بالبراءة أو الإدانة والعقوبة، وإنما وسع نطاقه ليشمل قرارات أخرى مثل قرار رفض الإفراج عن الشخص وهو اتجاه جيد، كونها قرارات ذات أهمية كبيرة وحساسة، وتؤثر

بصورة مباشرة على سير الدعوى وبالتالي فإن التشكيك في صحتها من دون السماح بالطعن فيها، سيشكك في سير الدعوى برمته⁽²⁸⁾

فالشرع الدولي وسع من نطاق الاستئناف بأن يشمل كل مخالفة للقانون والحق في الاستئناف في القرار أو الحكم لأي سبب شكلي أو موضوعي، مع منح الحق للمدعي العام للاستئناف لصلاحة الشخص المدان⁽²⁸⁾. وقد تميز النظام الأساسي للمحكمة عن غيره من أنظمة المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، حيث سمح للمدعي العام أن يقدم طعنا بالاستئناف نيابة عن المدان، وهذا يؤكد حقيقة أن المدعي العام للمحكمة ليس خصما في الدعوى، فمركزه القانوني مختلف عما عليه الحال في المحكمة الجنائية الدولية التي سبقته، فهو يمارس وظيفة قانونية مستقلة لإقامة العدالة الجنائية الدولية.

الفرع الثالث : إجراءات المتبعة في دائرة الاستئناف وفقاً للمادة 83.

بين نظام روما الأساسي إجراءات الاستئناف في نصوص محددة إضافة للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة، وهذا ما جاء مختلفاً عن الأنظمة الأساسية لمحكمتي يوغسلافيا ورواندا، حيث إن موضوع إجراءات الاستئناف فيما ترك للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بهاتين المحكمتين، وكانت إجراءات الاستئناف في كل منهما تتم أمام دائرة استئنافية واحدة مشتركة بينهما وتتألف من خمسة قضاة من قضاة الدائرة الاستئنافية.

صيغت أحكام الاستئناف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على نحو تجمع فيه الدائرة استئنافية، ما بين وظائف الاستئناف ووظائف النقض، وكان ذلك بمثابة حل وسط، تخضع بمقتضاه أحكام المحكمة للاستئناف واحد، وفي جميع الأحوال يكون لدائرة الاستئناف جميع سلطات الدائرة الابتدائية فلها أن تلغى القرار أو الحكم أو تأمر بإجراء محاكمة جديدة أمام دائرة ابتدائية جديدة⁽²⁹⁾.

بموجب القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة تقسم القرارات القابلة للاستئناف بدورها إلى قسمين وهي الاستئنافات التي لا تتطلب إذنا من المحكمة، والاستئنافات التي تتطلب إذنا منها.

أولاً/القرارات التي لا تتطلب إذنا من المحكمة : تشمل القرارات التي تصدرها الدائرة الابتدائية باستمرار احتجاز الشخص إلى حين البت في الاستئناف، والقرارات المتعلقة بالإختصاص أو المقبولية، والقرارات المتعلقة بمنع أو برفض الإفراج عن الشخص محل التحقيق والمحاكمة. ويجوز رفع الاستئناف بمقتضاه في موعد لا يتجاوز خمسة أيام من تاريخ إخطار الطرف مقدم الاستئناف بالقرار. كما يجوز رفع الاستئناف ضد قرار الدائرة التمهيدية الصادر بالتصريف، وبمبادرة منها بموجب الفقرة 3 من المادة 56 من النظام الأساسي المتعلقة بالتخاذل إجراءات عند وجود فرصة فريدة للتحقيق في موعد لا يتجاوز يومين من تاريخ إخطار الطرف مقدم الاستئناف بالقرار. وفي هذا النوع أيضاً يقدم إخطار الاستئناف إلى المسحِّل⁽³⁰⁾.

ثانياً/القرارات التي تتطلب إذنا من المحكمة : وهي المتعلقة بالقرارات الصادرة بمقتضى الفقرة الفرعية (1/د) من المادة 82 من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بالطعن في أي قرار ينطوي على مسألة من شأنها أن تؤثر تأثيراً كبيراً على عدالة وسير الإجراءات، أو على نتيجة المحاكمة وترى الدائرة الابتدائية أن اتخاذ دائرة الاستئناف قراراً فورياً بشأنه يمكن أن يؤدي إلى تحقيق تقدم كبير في سير الإجراءات والقرارات⁽³¹⁾.

وعندما يرغب طرف ما أن يستأنف مثل هذه القرارات، يقدم في غضون خمسة أيام من إخطاره بذلك القرار، طلبا خطيا إلى الدائرة التي أصدرت القرار، يبين فيه الأسباب التي يستند إليها في طلبه، لكي يحصل على إذن بالاستئناف ويحيل المسجل إلى دائرة الاستئناف، بمجرد تقديم إخطار بالاستئناف أو صدور الإذن بالإستئناف سجل الدعوى المرفوعة أمام الدائرة التي صدر عنها القرار المستأنف فيه.⁽³²⁾

ثالثا / الخطوات المتبعة في رفع الاستئناف: يقدم الإخطار بالاستئناف في أحكام الإدانة والبراءة والعقوبة وأوامر جبر الضرر إلى المسجل. في غضون ثلاثة أيام من التبليغ وفي حالة عدم تقديم طلب الاستئناف على الوجه المبين أعلاه، يصبح ما أصدرته الدائرة الإبتدائية من قرار أو حكم أو أمر بجبر الضرر نهائيا. وقد بينت الفقرة 3 من المادة 81 من نظام روما الأساسي، أنه وعلى الرغم من تقديم الاستئناف، يظل الشخص المدان تحت التحفظ لحين البت في الاستئناف، ما لم تأمر الدائرة الإبتدائية بغير ذلك⁽³³⁾. ولكن إذا تجاوزت مدة التحفظ مدة الحكم بالسجن الصادر ضده، فعندئذ يفرج عنه إذا كان هو من تقدم بالاستئناف. غير أنه إذا تقدم المدعي العام بالاستئناف من جانبه، جاز أن يخضع الإفراج عن ذلك الشخص للشروط الواردة في الفقرة الفرعية (ج) من الفقرة (3) من المادة 83 من ذات النظام⁽³⁴⁾ ويفرج عن المتهم فورا في حالة تبرئته بناءً على طلب من المدعي العام. ويرسل إخطارا بالاستئناف إلى جميع الأطراف التي شاركت في الإجراءات القانونية أمام الدائرة التي صدر عنها القرار المرفوع ضده الاستئناف، ما لم تخطرهم الدائرة بذلك وتكون إجراءات الاستئناف خطية، ما لم تقرر دائرة الاستئناف عقد جلسة استماع، فإذا قررت ذلك فتعقد جلسة الاستماع للاستئناف في أسرع وقت ممكن . ويجوز للطرف مقدم الاستئناف أن يطلب أن يكون للاستئناف أثر الإيقاف.⁽³⁵⁾

أما بخصوص الحكم في الاستئناف فقد أشارت لشروطه المادة 158 من قواعد الإجراءات والإثبات والتي يتشرط فيه أن يصدر بأغلبية أراء القضاة في جلسة علنية، ويجب أن يكون الحكم معللا بآلا سباب التي بنيا عليها سواء بإجماع القضاة أو أراء الأغلبية، ويجوز لأي قاضي أن يصدر رأي مخالفًا بشأن المسائل القانونية، ويمكن لدائرة الاستئناف أن تصدر الحكم حتى في غياب الشخص المدان أو البرئ حتى وإن كان المستأنف يقضي في تنفيذ العقوبة في دولة التنفيذ ولا يجوز لهنـه الأخيرة أن تعرقل أو تعيق حق الشخص في تقديم استئنافه⁽³⁶⁾.

رابعا / الآثار القانونية للاستئناف. استناداً للفقرة 03 من المادة 82 من النظام الأساسي للمحكمة لا يترتب على الاستئناف أثر إيقافي، فالقرارات المطعون فيها تنفذ من حيث الأصل على الرغم من وقوع الطعن، ما لم تأمر دائرة الاستئناف بخلاف ذلك. وهذا على عكس الاستئناف في التشريعات الوطنية. التي يكون لها أثر موقف على عكس الطعن بالنقض، وقد يعرب مقدم الاستئناف عن عدم رغبته في المضي في استئنافه، لذا فإنه يجوز لكل من قدم إخطاراً بالاستئناف، بمقتضى القاعدة 150 أو 154 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، أو حصل على إذن باستئناف أن يوقفه في أي وقت قبل صدور الحكم.⁽³⁷⁾ وفي تلك الحالة يقدم ذلك الطرف إلى المسجل إخطاراً خطياً بوقف الاستئناف، ويقوم المسجل بإبلاغ الأطراف الأخرى بتقديم ذلك الإخطار مع ملاحظة أنه إذا قدم المدعي العام إخطاراً بالاستئناف باسم شخص مدان وفقاً للفقرة الفرعية (1/ب) من المادة 81 من النظام الأساسي، فعلى المدعي العام أن يقوم قبل تقديم أي إخطار بوقف الاستئناف بإبلاغ الشخص المدان بأنه يعتزم وقف الاستئناف لنحو الفرصة لمواصلة إجراءات الاستئناف⁽³⁸⁾.

المطلب الثاني : التماس إعادة النظر في البراءة أو الإدانة أو العقوبة.

كقاعدة عامة إذا صدر حكم من الدائرة الابتدائية ولم يستأنف في المواجه المحددة، فإن الحكم يجوز حجية الشيء المقضي فيه، إلا أن النظام الأساسي وحافظا على حقوق المتخاصمين استثنى مبدأ حجية الأحكام وأمكن الطعن فيها بطريق إعادة النظر في القرارات والأحكام النهائية. فالطعن بإعادة النظر هو وسيلة إصلاح الخطأ القضائي الذي يتبيّن بعدها أنه بريء منها، بعد أن استنفذ كل المحاولات لإلغاء الحكم دون فائدة، وقد منح النظام الأساسي صلاحية إعادة النظر في الإدانة أو العقوبة لدائرة الاستئناف، وبينت المادة 84 من نظام روما الأساسي منه أصحاب الحق في طلب إعادة النظر على سبيل الحصر والأسباب التي تؤدي إلى إعادة النظر في الإدانة أو العقوبة⁽³⁹⁾.

الفرع الأول : إعادة النظر في الحكم.

يعتبر إعادة النظر في الأحكام النهائية سواء كان إدانة أو عقوبة حقاً استثنائياً محدود الحالات ومقيداً بشروط تقتضيه مبادئ الإنصاف والعدالة الجنائية للتعويض مادياً وأدبياً على من كان ضحية خطأ قانوني، ولتأمين سير العدالة، تأكيداً على ضمانة حقوق المدانين وتحقيقاً لعدالة دولية مثالية، وإبعاداً للمحكمة الجنائية الدولية عن إجحاف ومتغالطات حاكم نورمبرغ وطوكيو، فالمادة 84 من النظام الأساسي للمحكمة تقenn مبدأ قانونياً عادلاً يقوم على أساس مادي كنقص الأدلة وتزوير وقائع جديدة، أو أسباب شخصية كخطأ القضاة.⁽⁴⁰⁾

أولاً : الأشخاص الذين يحق لهم طلب إعادة النظر.

لا يقبل الطعن بإعادة الطعن إلا من كان صاحب صفة في الدعوى الجنائية الدولية التي صدر بها حكم قضائي، ويجب أن يكون مقدم الطعن مصلحة مادية أو معنوية، فقد نصت الفقرة (1) من المادة 84 من النظام الأساسي للمحكمة على أنه: "يجوز للشخص المدان، ويجوز بعد وفاته، للزوج أو الأولاد أو الوالدين، أو أي شخص من الأحياء يكون وقت وفاة المتهم قد تلقى بذلك تعليمات خطية صريحة منه، أو المدعي العام نيابة عن الشخص، أن يقدم طلباً إلى دائرة الاستئناف لإعادة النظر في الحكم النهائي بالإدانة أو العقوبة"، وطريق الطعن هذا مسموح به في حالة الإدانة والعقوبة فقط. وهذا راجع لقرار لجنة القانون الدولي عند إعدادها لمشروع النظام الأساسي للمحكمة رأت أن الترخيص بإعادة النظر في حكم البراءة على أساس اكتشاف أدلة جديدة، يشكل انتهاكاً لمبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن الجريمة ذاتها مرتين.⁽⁴¹⁾

بين النظام الأساسي للمحكمة أن تقديم طلب إعادة النظر لا يقتصر على الشخص المدان، وإنما يمتد ليشمل المدعي العام نيابة عنه، لأن للمدعي العام وللدفاع مصلحة متماثلة في كفالة ضمان العدالة المنشودة، وهذا على عكس محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا، وهذا نابع أساساً من اختلاف المركز القانوني للمدعي العام في النظام القضائي للمحكمة، عن دوره ومركزه في المحاكم المؤقتة، لعدم كونه خصماً يعمل على إدانة المتهم، فمهامته هي البحث والتحري عن الحقيقة بغية إقامة العدالة الجنائية الدولية.⁽⁴²⁾

ثانياً : شروط تقديم طلب إعادة النظر في الحكم.

1/ اكتشاف أدلة جديدة: ويشترط أن يتوافر في هذه الأدلة شرطان، لكي يكن الاستناد إليها لطلب إعادة النظر وهمما :

أ/ إنها لم تكن متاحة وقت المحاكمة، وأن عدم إتاحتها هذه الأدلة لا يعزى كلياً أو جزئياً إزاء الطرف المقدم للطلب .

ب/ أن تكون على قدر كاف من الأهمية، بحيث إنها لو كانت قد أثبتت عند المحاكمة لكان من المرجح أن تسفر عن حكم مختلف⁽⁴³⁾ .

فيجب أن يستند الحق في تقديم الطلب استنادا إلى أدلة جديدة، يكن أن يكون لها تأثير حاسم على الإدانة أو العقوبة، ولا يشمل هذا الحق الأخطاء المدعى بها في تقييم الواقع المعروضه أثناء المحاكمة، أو الأخطاء في القانون أو الإجراءات التي هي تتعلق بالاستئناف.⁽⁴⁴⁾

2/ اكتشاف أدلة حاسمة . تبين حديثا أن أدلة حاسمة وضعت في الاعتبار وقت المحاكمة، واعتمدت عليها الإدانة، كانت مزيفة أو ملفقة أو مزورة .

3/ خطأ القضاة . إذا تبين أن واحداً أو أكثر من القضاة الذين اشتركوا في تقرير الإدانة أو اعتماد التهم، قد ارتكبوا في تلك الدعوى سلوكاً سيئاً جسيماً، أو أخلوا بواجباتهم على نحو يتسم بدرجة من الخطورة تكفي لتبرير عزل ذلك القاضي أوائق القضاة.⁽⁴⁵⁾

ثالثاً : إجراءات إعادة النظر في الحكم.

بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بها، الإجراءات القانونية المتبعه عند تقديم طلب إعادة النظر في الحكم من قبل الأشخاص المخول لهم تقديم هذا الطلب، فقد جاء النص عليه في المادة 84 النظام الأساسي، ويجري تقديم طلب إعادة النظر بصورة خطية، مبينا فيه أسبابه، ويجوز أن تقدم معه مستندات تؤيده قدر الإمكان، ويتحذذ القرار بشأن جدارة الطلب، بالاعتبار باتفاق قضاة دائرة الاستئناف أو بالأغلبية. ويرسل إنذار بالقرار إلى مقدم الطلب وبقدر المستطاع إلى جميع الأطراف الذين شاركوا في الإجراءات المتصلة بالقرار الأولي⁽⁴⁶⁾ .

رابعاً : النتائج المرتبة على طلب إعادة النظر. يكن لدائرة الاستئناف أن ترفض الطلب إذا رأت بأنه بغير أساس، أما إذا قررت أن الطلب جدير بالاعتبار، فإن لها الخيار بالتخاذل أحد القرارات الثلاثة الآتية :

1/ أن تدعو دائرة الابتدائية الأصلية للاعقاد مجدداً، وهو قرار ذو حدين إذ من شأنه عدم تأخير الإجراءات نظراً لأن هذه الدائرة مُلِمَّة بظروف الدعوى وملابساتها، كونها سبق أن نظرتها وأصدرت قرارها، أما الأمر السلبي فهو أنه قد يكون من شأن هذا القرار تفويت الغاية من الطعن، فقد تنحاز دائرة الابتدائية لحكمها السابق⁽⁴⁷⁾ .

2/ أن تشكل دائرة ابتدائية جديدة أو أن تبقى على اختصاصها وذلك بهدف التوصل بعد سماع الأطراف على النحو المنصوص عليه في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات إلى قرار بشأن ما إذا كان ينبغي إعادة النظر في الحكم من عدمه.⁽⁴⁸⁾

وفي كل الأحوال تعقد دائرة الاستئناف جلسة استماع لتقرير ما إذا كان ينبغي إعادة النظر في الإدانة أو العقوبة في موعد تقرره هي وتبليغه إلى مقدم الطلب، ولجميع الإطراف الذين تلقوا الإنذار وفي هذه الجلسة تمارس دائرة الاستئناف جميع صلاحيات الدائرة الابتدائية.⁽⁴⁹⁾

3/كون المقر الدائم للمحكمة في لاهي، وأن تنفيذ أحكامها قد يجري في دولة غير دولة المقر التي يجري فيها إعادة النظر، فإن ذلك قد يتطلب نقل الحكم عليه من الدولة التي يجري فيها التنفيذ إلى دولة المقر، ولغرض عقد آية جلسة استماع وفق القاعدة 161 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة. تصدر الدائرة المختصة أمرها مسبقاً لكي يتسعى نقل الشخص المحكوم عليه لمقر المحكمة وتبلغ دولة التنفيذ دون تأخير بما تقرره المحكمة.⁽⁵⁰⁾

4/ بموجب مضمون القاعدة الفرعية 3 من القاعدة 161 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة، فإن قرار إعادة النظر تنظمه الأحكام الواجبة التطبيق للفقرة 4 من المادة 83 من النظام الأساسي للمحكمة: "يصدر حكم دائرة الاستئناف بأغلبية آراء القضاة ويكون النطق به في جلسة علنية ويجب أن يبين الحكم الأسباب التي يستند إليها وعندما لا يوجد إجماع يجب أن يتضمن حكم دائرة الاستئناف آراء الأغلبية والأقلية، ولكن يجوز لأي قاض من القضاة، أن يصدر رأياً منفصلاً أو مخالفًا بشأن المسائل القانونية"⁽⁵¹⁾.

الفرع الثاني : إعادة النظر في تخفيض العقوبة .

بعد إقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، أنيط بالدول الأطراف مسألة تنفيذ العقوبة وليس تخفييفها، وتقتصر هذه المهمة على المحكمة وحدها، بشرط أن تقوم على معايير قانونية. فتم اعتماد نص المادة 110 من النظام الأساسي للمحكمة الذي جاء تحت عنوان قيام المحكمة بإعادة النظر في شأن تخفيض العقوبة بأنه: لا يجوز للدولة أن تفرج عن الشخص قبل انقضاء مدة العقوبة التي قضت بها المحكمة، ولها وحدها حق البت في أي تخفيض للعقوبة، وثبتت في الأمر بعد الاستماع إلى الشخص".⁽⁵²⁾

تعيد المحكمة النظر في حكم العقوبة، لتقرير ما إذا كان ينبغي تخفييفه، وذلك عندما يكون الشخص قد قضى ثلثي مدة العقوبة، أو خمس وعشرين سنة في حالة السجن المؤبد، ويجب ألا تعيد المحكمة النظر في الحكم قبل انقضاء المدد المذكورة.

أولاً : أسباب إعادة النظر في تخفيض العقوبة :

بين النظام الأساسي للمحكمة مسألة تخفيض العقوبة في الفقرة 4 من المادة 110 منه على أنه: لدى إعادة النظر في تخفيض حكم العقوبة، إذا ما ثبت توافر عامل أو أكثر من العوامل الآتية :

1/ الاستعداد المبكر المستمر من جانب الشخص للتعاون مع المحكمة فيما تقوم به من أعمال التحقيق والمقاضاة .

2/ قيام الشخص طوعاً بالمساعدة على إنفاذ الأحكام والأوامر الصادرة عن المحكمة وبالخصوص المساعدة في تحديد مكان الأصول الخاصة لأوامر بالغرامة أو المصادرة أو التعويض التي يمكن استخدامها لصالح المجنى عليهم

3/ آية عوامل أخرى تثبت حدوث تغير واضح يكفي لتبسيط تخفيض العقوبة، على النحو المنصوص عليه في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، فتم إدراج الفقرة 4ج التي تحيل إلى القواعد الإجرائية والإثبات بشأن تحديد

معايير إعادة النظر في شأن تخفيض العقوبة، وهذا ما نصت عليه القاعدة 223 من القواعد الإجرائية والإثبات بنصها أنه: " لدى إعادة النظر في مسألة تخفيض العقوبة عملاً بالفقرتين 3 و 5 من المادة 110 يراعي قضاة دائرة الاستئناف المعايير المدرجة في الفقرة 4 أ و ب من المادة 110 من النظام الأساسي للمحكمة".⁽⁵³⁾

أ/ تصرف المحكوم عليه أثناء احتجازه بما يظهر انصرافاً حقيقياً عن جرمه .

ب/ احتمال إعادة دمج المحكوم عليه في المجتمع واستقراره فيه بنجاح .

ج/ الإفراج المبكر عن المحكوم عليه سيؤدي إلى درجة كبيرة من عدم الاستقرار الاجتماعي.

د/ أي إجراء يتتخذه المحكوم عليه لصالح الضحايا، وأي أثر يلحق بالضحايا وأسرهم من جراء الإفراج المبكر.
هـ/ الظروف الشخصية للمحكوم عليه كتدهور حالته البدنية أو العقلية، تقدمه في السن⁽⁵⁴⁾.

يتضح من النص أن هناك مجموعة من العوامل، يمكن أن تؤخذ بعين الاعتبار لغرض تخفيض العقوبة، وهي أوسع من التي أخذت بها محكمتي يوغسلافية السابقة ورواندا.

ثانياً : الإجراءات المتبعة عند إعادة النظر في تخفيض العقوبة :

بيتها المادة 224 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة والتي جاءت تحت عنوان الإجراء المتبع عند إعادة النظر في شأن تخفيض العقوبة ، حيث تعين دائرة الاستئناف ثلاثة من قضاها ليقوموا بعقد جلسة استماع لأسباب استثنائية، ولكن يجوز أن يقرروا خلاف ذلك في قضية بعينها وتعقد الجلسة بحضور المحكوم عليه وله أن يحضر محامي له مساعدته، مع توفير ما قد يلزم من ترجمة شفوية ويقرر قضاة دائرة الاستئناف الثلاثة دعوة المدعي العام والدولة القائمة بتنفيذ أي عقوبة أو أي أمر بغير الضرر⁽⁵⁵⁾، كما يدعى بقدر الإمكان الضحايا أو ممثلوهم القانونيين الذين شاركوا في الإجراءات إلى المشاركة في الجلسة وتقديم ملاحظات خطية كما يجوز في ظروف استثنائية عقد جلسة الاستماع عن طريق التخاطب بوساطة الفيديو، أو في دولة التنفيذ تحت إشراف قاض توفره دائرة الاستئناف. ويقوم قضاة دائرة الاستئناف بإبلاغ القرار وأسبابه إلى جميع الذين شاركوا في إجراءات إعادة النظر⁽⁵⁶⁾ .

إن المحكمة الجنائية الدولية هي الجهة القضائية الوحيدة التي يجب أن تصدر أي تغيير في العقوبة، فإذا قررت المحكمة لدى إعادة النظر لأول مرة أنه ليس من المناسب تخفيض العقوبة، كان عليها أن تعيد النظر في موضوع التخفيف حسب المواعيد ووفقاً لمعايير لم يتفق عليها في مؤتمر روما الدبلوماسي في حينه، بل اتفقت الوفود على ترك هذه المسألة للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، وبالفعل فقد جاءت القاعدة الفرعية 3 من القاعدة 224 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة لتعالج هذه المسألة فنصت على أنه: لتطبيق الفقرة 5 من المادة 110 يضطلع قضاة دائرة الاستئناف الثلاثة بإعادة النظر في مسألة تخفيض العقوبة كل ثلاث سنوات، ما لم تحدد الدائرة فترة أقل في قرار تتخذه⁽⁵⁷⁾ .

إن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، ودخول نظامها الأساسي حيز النفاذ حدثا هاما في تاريخ القضاء الجنائي الدولي، فلم يعد بالإمكان التذرع بغياب الشرعية الجنائية الدولية في مواجهة مرتكبي الجرائم الدولية، فقد أصبح من الممكن متابعتهم، وتسلیط أشد العقوبات بتصور أحكام وقرارات صارمة ضد كبار المسؤولين. مع احترام أهم المبادئ القانونية لتحقيق ضمانات المحاكمة العادلة وحفظا على حقوق أطراف الدعوى، ومن أهم هذه المبادئ التي أقرها النظام الأساسي للمحكمة للمتقاضين هو مبدأ التقاضي على درجتين، لتمكين الأطراف من الطعن سواء بالاستئناف أو إعادة النظر في أحكامها وقراراتها. ومن خلال هذه الدراسة يمكننا أن تستخلص النتائج الآتية :

- 1/ تكريس صريح لمبدأ التقاضي على درجتين من طرف النظام الأساسي للمحكمة.
- 2/ توسيع في الأسباب الموضوعية للاستئناف وإعادة النظر سواء في القرارات أو الأحكام، وبالإمكان الطعن لتدارك الأخطاء القانونية بغض النظر عن الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار وحتى وإن كان الحكم النهائي.
- 3/ منح النظام الأساسي المدعى العام مركزا قانونيا مختلفا عن مركزه في المحاكم الجنائية المؤقتة، بحيث لا يقتصر دوره في إثبات الإدانة بل يهدف لتحقيق العدالة .
- 4/ توسيع حق المدعى العام في الاستئناف خاصة نيابة عن الشخص المدان.
- 5/ إمكانية إعادة النظر في الحكم النهائي وتحفيض العقوبة وهذا أحد أهم الضمانات للحفاظ على حقوق أطراف الدعوى.
- 6/ وفي الأخير ما نأمل أن تتحققه المحكمة هو التكريس الحقيقى للعدالة المبتغاة، وأن تستقل في نشاطها عن الاعتبارات السياسية والتدخل في عملها.

• الهوامش والمراجع :

(1) -مهدي عبد الرؤوف : شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، العربية، القاهرة، الطبعة 2006 ، ص 144 .

(2) - زيد محمد ابراهيم : الوجيز في المراهنات، دار الفكر الغربي ، الطبعة 2000 ، ص 69.

(3) -الطروانة مخلد : القضاء الجنائي الدولي، العدد الثالث، مجلس النشر العلمي، الكويت، الطبعة 2003 ، ص 139.

(4) -الشواربي عبد الحميد : طرق الطعن في الأحكام الجنائية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، 1989، الاسكندرية، ص 121.

(5) - شبكة خالد سليمان : كفالة حق التقاضي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الاولى، 2004، الإسكندرية، ص 345.

(6) - الطروانة مخلد، المرجع السابق، ص 143.

(7) - انظر المادة 39 - 3/ ب من النظام الأساسي للمحكمة .

(8) - انظر المادة 39 فقرة 4 من النظام الأساسي للمحكمة.

(9) - انظر المادة 1/83 و 2 من النظام الأساسي للمحكمة.

⁽¹⁰⁾- انظر المادة 3/56 من النظام الأساسي للمحكمة .

⁽¹¹⁾- حمروش سفيان : النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة بن عكرون الجزائر، 2003، ص 118.

⁽¹²⁾- المراجع نفسه، ص 120.

⁽¹³⁾- الطاهر المختار علي سعد : القانون الدولي الجنائي، الجزاءات الدولية، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجديد، لبنان، 2000، ص 04.

⁽¹⁴⁾- انظر المادة 56 فقرة 3/أ من النظام الأساسي للمحكمة .

⁽¹⁵⁾- انظر المادة 56 فقرة 3/ ب من النظام الأساسي للمحكمة.

⁽¹⁶⁾- انظر المادة 19 فقرة 6 من النظام الأساسي للمحكمة .

⁽¹⁷⁾- انظر المادة 82 فقرة 3 من النظام الأساسي للمحكمة .

⁽¹⁸⁾- المادة نفسها.

⁽¹⁹⁾- غلاي محمد : اجراءات المحكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية، مذكرة ماجستير، تخصص علوم جنائية وعلم الاجرام، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، سنة 2005، ص 182.

⁽²⁰⁾- علي عبد القادر القهوجي : أهم الجرائم الدولية، المحاكم الجنائية الدولية، منشورات الخلبي الحقوقية، 2001، ص 350.

⁽²¹⁾- غلاي محمد، المذكرة السابقة، ص 186.

⁽²²⁾- انظر المادة 81 فقرة فرعية 1/ب من النظام الأساسي للمحكمة

⁽²³⁾- سنديانة احمد بودراعنة: صلحيات المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية والقيود الواردة عليها، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الريم للنشر، 2011، القاهرة، ص 225.

⁽²⁴⁾- القاعدة 154 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة.

⁽²⁵⁾- انظر المادة 82 فقرة 2 من النظام الأساسي للمحكمة.

⁽²⁶⁾- سنديانة احمد بودراعنة، المرجع السابق، ص 226.

⁽²⁷⁾- غلاي محمد، المذكرة السابقة، ص 188.

⁽²⁸⁾- الطاهر علي مختار سعد: القانون الدولي الجنائي، المراجع السابق، ص 190.

⁽²⁹⁾- علي عبد القادر القهوجي، المراجع السابق، ص 356.

⁽³⁰⁾- انظر المادة 56 فقرة 3 من النظام الأساسي للمحكمة.

⁽³¹⁾- انظر المادة 82 فقرة 1/د من النظام الأساسي للمحكمة.

⁽³²⁾- البخيت عبد العزيز: المحكمة الجنائية الدولية الدائمة مقارنة بالحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، رسالة ماجستير، عمان، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ص 100.

⁽³³⁾- انظر القاعدة 156 والمادة 82 فقرة 2 من النظام الأساسي للمحكمة.

⁽³⁴⁾- انظر القاعدة 154 و 155 من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة.

(35) – انظر المادة 157 من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة.

(36) – المادة 150 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة.

(37) – انظر المادة 81 فقرة 1 ب من النظام الأساسي للمحكمة.

(38) – جهاد القضاة: درجات التقاضي واجراءاتها في المحكمة الجنائية الدولية، دار وائل للنشر الطبعة الأولى، 2010 ، ص 141 .

(39) – الطاهر علي مختار سعد، المراجع السابق ، ص. 191.

(40) – عبد اللطيف براء: النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، دار حامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008 ، ص 370 .

(41) – الفهوجي علي عبد القادر، المراجع السابق ، ص 286.

(42) – انظر المادة 84/1 من النظام الأساسي للمحكمة. والمادة 59 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة .

(43) – عبد اللطيف براء مندر:المراجع السابق، ص 399 .

(44) – عامر الزمالي : تطور فكرة إنشاء محكمة جنائية دولية،ورقة مقدمة لندوة المحكمة الجنائية الدولية، تحدي الحصانة، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ص 11 ، 30

(45) – حجازي عبد الفتاح بيومي : المحكمة الجنائية الدولية،دار الفكر الجامعي، الجامعي،الاسكندرية، 2005 ، ص 222.

(46) – محمد فيدا نجيب : المحكمة الجنائية الدولية نحو العدالة الدولية،منشورات الحلبي،بيروت الطبعة الاولى 2006، ص 624 .

(47) – عبد اللطيف براء مندر : المراجع السابق، ص 399 .

(48) – جهاد القضاة، المراجع السابق، ص 154 .

(49) – الفهوجي علي عبد القادر، المراجع السابق ، ص 289.

(50) – انظر المادة 161 من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة.

(51) – انظر المادة 84/2 من النظام الأساسي للمحكمة والمادة 161/1.2 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة.

(52) – المادة 110 من النظام الأساسي للمحكمة .

(53) – بسيوني شريف محمود : المحكمة الجنائية الدولية ، مدخل لدراسة القانون الجنائي الدولي الطبعة الأولى 2007، دار الشروق ، القاهرة ، ص. 402 .

(55) – جهاد القضاة، المراجع السابق، ص 162 .

(56) – بسيوني شريف محمود،المراجع السابق،ص 405.

(73) – المادة 110 فقرة 5 من قواعد الإجرائية والإثبات للمحكمة والمادة 224 فقرة 3 من النظام الأساسي للمحكمة.

الناظرة على الوقف في التشريع الجزائري



الأستاذ : عبد الوهاب بن حمادي
باحث بصفة الدكتوراه ، تخصص
قانون خاص بجامعة أبو بكر بلقايد
تلمسان - الجمهورية الجزائرية

مقدمة :

إن من أهم العوامل التي تؤدي إلى تنمية الأوقاف وحسن استثمارها، هو الإدارة الرشيدة والتسير المثالى لهن الأوقاف، ومن أجل تحقيق هذا الغرض تسعى معظم الدول الإسلامية إلى وضع هيكل إداري يكفل التنظيم الحسن للأوقاف.

فقد تعددت عبر الزمن التنظيمات الإدارية والقانونية الخاصة بتنظيم الأموال الوقفية وإدارتها وفقاً للهدف الذي أنشئت من أجله، إلى غاية ما وصلت إليه الآن، فقد كانت الأوقاف لفترة طويلة تسير تسيير ذاتياً، فكانت تحت إشراف شخص معين من طرف الواقف أو بوجب حكم قضائي، غير أنه في أحيان كثيرة كان الواقف يحتفظ ويستأثر بحق تسيير الملك الوقفى لنفسه، وكان مسؤول الوقف يتمتع باستقلالية في تسيير شؤون الوقف تحت رقابة القضاء الذي يشكل الضمانة الأساسية للواقف أو الموقوف عليهم لحماية الملك الوقفى.

ولما كان ناظر الوقف لا يمكنه القيام بكل المهام بمفرده، كان لابد من توسيع مهمته من خلال وجود عدة هيئات سواء من جانب ما اعتمدته الفقهاء أو حدده القانون.

ولفرض سلطان الدولة فقد سادت المركزية في جميع الحالات والتي يعتبر الوقف واحداً منها.

وبالتالي فالتسير المركزي للوقف هو وضع نظارة الوقف وتسييره وإدارته - ما لم يشترطها الواقف لنفسه - في يد سلطة ممثلة في هيئة إدارية مركبة، سواء كانت وزارة كما هو معمول به في الجزائر أو أمانة كما هو الأمر في دولة الكويت.

والنموذج الحالي في تسيير الأوقاف الذي انتهجه الجزائر لا يحمل في مضمونه مفهوم التركيز الإداري المطلق، بل يجسّد عدم التركيز الإداري، لأن وزير الشؤون الدينية والأوقاف يمارس صلاحياته بواسطة الهيئات المركزية على مستوى وزارته من جهة، ومن جهة أخرى يمارس هذه الصلاحيات بواسطة هيئات محلية هي مديريات الشؤون الدينية والأوقاف، والتي تباشر بعض السلطات بخصوص بعض المسائل المحلية المتعلقة بالأوقاف.

ومع ذلك يبقى ناظر الوقف هو الشخص الذي يسيّر الوقف بشكل مباشر رغم تعدد الأجهزة الإدارية، إلا أن الحاجة إلى تطوير الوقف ووسائل استثماره جعل الباحثين يجدون في البحث عن وسائل حديثة توّاكب الدور الاجتماعي والاقتصادي للوقف ومتطلبات العصر، وهو ما جعلهم يقترحون وسيلة جديدة لنظرارة الوقف وذلك بالتخلي عن فكرة نظارة الشخص الطبيعي واستبدالها بأسلوب المؤسسة حيث يصبح الناظر عبارة عن مؤسسة لا شخصاً طبيعياً.

وعليه سيكون موضوع بحثنا مرتكزاً في البحث في مدى استطاعة القواعد القانونية التي وضعها المشرع الجزائري لتنظيم تسيير الأوقاف عن طريق النظارة ضمن التسيير الأمثل للأوقاف، ومدى نجاعتها على أرض الواقع.

وهو ما سيتم معالجته وفق خطة تتضمن مباحثين في كل مبحث مطلبين كالتالي :

المبحث الأول : مفهوم النظارة على الوقف.

المطلب الأول : التعريف بناظر الوقف.

المطلب الثاني : تعيين ناظر الوقف وإنهاء مهامه.

المبحث الثاني : مهام ناظر الوقف.

المطلب الأول : المهام التقليدية لناظر الوقف.

المطلب الثاني : نحو مؤسسة نظارة الوقف.

المبحث الأول : مفهوم النظارة على الوقف :

إن مهمة الناظر نشأت أساساً من طبيعة عقد الوقف الذي يفترض نزع سلطة التصرف مباشرة من المالك لكونه يقصد الأجر والثواب، بالتنازل عن مال مملوك له وتسليمه صدقة جارية.

ولأن المصالح لا تهدر بإهمال سبل تحقيقها أو التفريط في صيانة مصادرها، فإن تعيين الناظر على الوقف من الأمور التي تتعين بالضرورة ويلزم الأمر بها في حالة إغفالها من الواقف وإلا ضاع الغرض المقصود من الوقف، وهو من المصالح العامة التي يجب شرعاً المحافظة عليها.

المطلب الأول : التعريف بناظر الوقف :

إن الشخص الذي خول له القانون الحق في إدارة الوقف والإشراف عليه يطلق عليه ناظر الوقف.

الناظر في اللغة الحافظ، وناظور الزرع والنخل وغيرهما حافظه.¹

أما اصطلاحاً فيمكن تعريف الناظر بأنه من تولى جميع شؤون الوقف بالوكالة في حياة الواقف، وبالوصية بعد مماته، والقيمة والمتولي والناظر بمعنى واحد.²

ولقد حددت المادة 7 من المرسوم التنفيذي 391/98 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأموال الوقفية وتسويتها وحمايتها وكيفيات ذلك³، حددت المفهوم العام للنظارة من خلال تحديد مهام معينة، حيث نصت على: " يقصد بنظارة الوقف في صلب هذا النص ما يأتي :

- التسيير المباشر للملك الوقفية.
- عمارته.
- حفظه.
- رعايته.
- استغلاله.
- حمايته " .

ووجود ناظر للوقف يرعى شؤونه هو أمر حتمي في نظر القانون وهذا تطبيقاً لنص المادة 12 من المرسوم ذاته والتي نصت على: "تسند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفية إلى ناظر الملك الوقفية في إطار أحكام القانون رقم 91-10 المؤرخ في 1991/04/24 والمذكور أعلاه".

وقد وضع الفقهاء ترتيباً للأشخاص الذين تتثبت لهم الولاية على الوقف، وأول هؤلاء الأشخاص هو الواقف نفسه، لكونه صاحب الإرادة الأولى في تعيين ناظر الوقف.⁴

لقد نصت المادة 16 من المرسوم التنفيذي 391/98 سالف الذكر على ترتيب معين للأشخاص الذين تصح ولائهم على الوقف وهذا على النحو الآتي :

- 1) الواقف أو من نص عليه عقد الوقف.
- 2) الموقوف عليهم أو من يختارونه إذا كانوا معينين محصورين راشدين.

¹ لسان العرب لابن منظور، ج 6، دار الجيل، بيروت، 1988، ص 666.

² نور بنت حسن بن عبد الحليم قاروت، وظائف ناظر الوقف في الفقه الإسلامي، مجلة أوقاف، السنة الثالثة، العدد 5، دولة الكويت، 2003 ص 147.

³ الجريدة الرسمية عدد 90 لسنة 1998.

⁴ حيث يرى الأحناف أن الولاية للواقف، ثم من يولييه بعده فإن لم يعين أحداً في للقاضي، والراجح عند المالكية أن الولاية تكون للموقوف عليهم أو من يختاروهم إذا كان الموقوف عليهم معينين، وكانوا كباراً أهل رضا، موكلين لأنفسهم إذا لم ي بين الواقف من تكون له الولاية، أما الشافعية والحنابلة فيرون أن النظارة تثبت للواقف إلا بالشرط عند إنشاء الوقف، وإن لم يحفظ لنفسه هذا الحق عند إنشاء وجعلها لغيره كانت الولاية من شرط له، ويختلف المذهبان في من تثبت النظارة إن لم يشترطها الواقف لأحد، فالشافعية يرون أنها تكون للحاكم، فيما يرى الحنابلة أنها تكون للموقوف عليهم، انظر تفصيل ذلك محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972، ص 337.

(3) ولـي المـوقـف عـلـيـهـم إـذـا كـانـوا مـعـيـنـين مـحـصـورـين رـاشـدـين.

(4) من لم يطلب النظارة لنفسه من أهل الخير والصلاح إذا كان المـوقـف عـلـيـهـ غيرـ معـيـنـ أوـ معـيـنـاـ غـيرـ مـحـصـورـ وغيرـ رـاشـدـ ولاـ ولـيـ لهـ.

المطلب الثاني : تعـيـنـ نـاظـرـ الـوـقـفـ وـإـنـهـاءـ مـهـامـهـ :

أولاً : تعـيـنـ نـاظـرـ الـوـقـفـ :

نصـ المـشـرـعـ الجـزاـئـريـ فيـ المـادـةـ 16ـ منـ المـرـسـومـ 381/98ـ بـأـنـ نـاظـرـ الـوـقـفـ يـعـيـنـ مـنـ طـرـفـ الـوـزـيـرـ المـكـلـفـ بالـأـوـقـافـ بـمـوجـبـ قـرـارـ بـعـدـ اـسـطـلـاعـ رـأـيـ لـجـنـةـ الـأـوـقـافـ،ـ وـهـذـاـ تـماـشـيـاـ مـعـ التـسيـرـ الـمـركـزـيـ الـذـيـ تـأـخـذـ بـهـ الـجـزاـئـرـ فيـ إـدـارـةـ الـأـوـقـافـ¹.

إنـ هـذـاـ الأـسـلـوبـ فيـ تعـيـنـ النـظـارـ لاـ يـخـدـمـ مـصـلـحةـ الـوـقـفـ لـأـنـ اـشـتـرـاطـ رـأـيـ لـجـنـةـ الـأـوـقـافـ،ـ وـهـيـ هـيـئةـ مـرـكـزـيـةـ تـداـولـيـةـ،ـ قـدـ يـشـلـ مـنـ حـرـكـةـ تعـيـنـ نـاظـرـ الـوـقـفـ،ـ خـاصـةـ فـيـ حـالـةـ الـضـرـورـةـ كـوـفـةـ نـاظـرـ الـمـلـكـ الـوـقـفيـ أـوـ إـهـمـالـهـ،ـ مـاـ يـجـعـلـ إـعـادـةـ النـظـرـ فـيـ أـشـكـالـ تعـيـنـ نـاظـرـ الـمـلـكـ الـوـقـفيـ أـمـراـ حـتـمـيـاـ.

كـمـ يـجـبـ أـيـضـاـ أـخـذـ شـرـوـطـ الـوـاقـفـيـنـ بـعـيـنـ الـاعـتـبـارـ،ـ تـماـشـيـاـ مـعـ التـشـرـيعـ الـإـسـلـامـيـ،ـ وـمـعـ نـصـ المـادـةـ 14ـ منـ قـانـونـ الـأـوـقـافـ²ـ،ـ وـالـيـ تـنـصـ عـلـىـ أـنـ اـشـتـرـاطـاتـ الـوـاقـفـ الـتـيـ يـشـتـرـطـهـاـ فـيـ وـقـفـهـ هـيـ الـتـيـ تـنـظـمـ الـوـقـفـ مـاـ لـمـ يـرـدـ فـيـ الشـرـيـعـةـ نـهـيـ عـنـهـاـ³.

يمـكـنـ إـجـمـالـ شـرـوـطـ تعـيـنـ نـاظـرـ الـوـقـفـ تـطـبـيقـاـ لـلـمـادـةـ 17ـ منـ المـرـسـومـ التـنـفـيـديـ 98-381ـ سـالـفـ الذـكـرـ فـيـمـاـ يـلـيـ :

1) الإسلام :

لـكـونـ الـوـقـفـ وـاحـدـاـ مـنـ أـرـقـىـ أـنـظـمـةـ الشـرـيـعـةـ الـإـسـلـامـيـةـ،ـ فـمـنـ الـبـدـيـهـيـ أـنـ يـكـونـ مـتـولـيـ الـمـلـكـ الـوـقـفيـ مـسـلـمـاـ،ـ وـلـاـ يـجـوزـ لـغـيرـ الـمـسـلـمـ تـوـلـيـهـ.

وـرـغـمـ ذـلـكـ فـقـدـ تـبـيـنـتـ آـرـاءـ فـقـهـاءـ الشـرـيـعـةـ فـيـ مـسـأـلـةـ إـسـلامـ نـاظـرـ الـوـقـفـ،ـ فـالـأـحـنـافـ يـرـوـنـ بـجـواـزـ تـوـلـيـ الـوـقـفـ لـغـيرـ الـمـسـلـمـ إـذـاـ كـانـ بـالـغـاـ وـقـادـراـ،ـ وـوـافـقـهـمـ فـيـ ذـلـكـ الـخـانـبـلـةـ بـشـرـطـ أـنـ يـكـونـ الـمـوـقـفـ عـلـيـهـمـ مـنـ غـيرـ الـمـسـلـمـيـنـ.

بـيـنـمـاـ تـشـدـدـ الـمـالـكـيـةـ فـيـ هـذـهـ مـسـأـلـةـ فـاـشـتـرـطـواـ إـسـلامـ فـيـ النـاظـرـ عـلـىـ سـبـيلـ الـوـجـوبـ.

وـقـدـ اـتـيـعـ الـمـشـرـعـ الـجـزاـئـريـ الـمـذـهـبـ الـمـالـكـيـ،ـ وـتـبـيـنـهـ فـيـ لـزـومـ إـسـلامـ نـاظـرـ الـمـلـكـ الـوـقـفيـ،ـ لـكـونـ الـوـقـفـ مـتـعلـقاـ بـوـجهـ مـأـوـجـهـ الـبـرـ وـالـإـحـسـانـ الـتـيـ تـخـصـ الـمـسـلـمـيـنـ دـوـنـ سـوـاهـمـ⁴.

¹ حيثـ أـنـ الـجـزاـئـرـ فـيـ إـدـارـةـ وـتـسـيـرـ الـأـوـقـافـ تـجـمـعـ بـيـنـ الـمـرـكـزـيـةـ وـالـلـامـرـكـزـيـةـ حـيثـ يـقـومـ وزـيـرـ الـأـوـقـافـ بـمـهـامـهـ عـلـىـ مـسـتـوـيـ وزـارـتـهـ بـمـسـاـعـدـةـ الـأـجـهـزةـ الـمـرـكـزـيـةـ،ـ وـيـقـومـ بـمـهـامـهـ عـلـىـ مـسـتـوـيـ الـوـلـاـيـاتـ بـمـسـاـعـدـةـ مـديـرـيـاتـ الـأـوـقـافـ الـمـنـتـشـرـةـ بـكـلـ الـوـلـاـيـاتـ.

² القانون رقم 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم بالقانونين 01-07 المؤرخ في 2001/05/22، و02-10 المؤرخ في 2002/12/14.

³ محمد كنaza، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 152.

⁴ محمد كنaza، المرجع السابق، ص 153.

2) الجنسيّة الجزائريّة :

شرط الجنسيّة لناشر الوقف غير وارد في أحکام الشرع، ولكن لاعتبارات سياسية متعلقة بالسيادة الوطنية لكل الدول بما فيها تلك التي تدين بالإسلام، فقد أضاف المشرع الجزائري شرط الجنسيّة الجزائريّة التي تقوم على أساس الرقعة الجغرافية أو الحدود الإقليمية لا على أساس الدين والعقيدة.

3) بلوغ سن الرشد :

هذا الشرط لا اختلاف فيه بين الشرع والقانون، وهذا بتصريح نص المادة 16، 17 من المرسوم 381-98 سالف الذكر، وبمفهوم المخالفة فإنه لا يجوز تعين القاصر في ولاية الوقف لأن ولاية الملك الوقفي تتعلق بأعمال التسيير والإدارة، ولأنه بالرجوع إلى القواعد العامة فإن القاصر يحرم من ولاية ماله وهو في حد ذاته بحاجة إلى ولي.

وفي حالة تولية القاصر على الملك الوقفي جاز للقاضي إبطالها ومن كل ذي مصلحة، وبعد بلوغه سن الرشد فإنه يجوز للقاصر الذي أبطلت توليته مطالبة القاضي بمنحه التولية من جديد.

4) سلامـة العـقل والـبدـن :

لكون النظارة على الملك الوقفي تتعلق بأعمال التسيير والإدارة فقد خولها الشرع والقانون للشخص العاقل، ونعني بالعقل القدرة التامة على حسن التصرف.

وإلى جانب سلامـة العـقل يـشـرـطـ كذلك سلامـة الـبدـنـ منـ كلـ عـاهـةـ كالـصـمـمـ وـالـبـكـمـ وـالـعـمـىـ أوـ آيـةـ عـاهـةـ أـخـرىـ تحـولـ دونـ توـليـ الملـكـ الوقـفيـ عـلـىـ أـكـمـلـ وجـهـ.

وفي حالة ما إذا كان الناظر عاقلا عند توليه الملك الوقفي، وأصيب بعد ذلك بالجنون مثلا، فإن نظرته في نظر القانون ليست باطلة، لأنها نشأت وانعقدت صحيحة، ولكنها أصبحت فاسدة بالجنون، فإن عاد إليه عقله عادت إليه النظارة من جديد، وهو ما يسمى بالجنون المتقطع.

5) العـدـلـ وـالـأـمـانـةـ :

المبدأ العام أن جميع أعمال الإدارة والتسيير عموما تقتضي أن يكون القائم عليها من آل الأمانة والعدل، وإدارة الملك الوقفي بالخصوص تشرط لصحتها أن يكون ناظرها أمينا على سلامـة الـوقـفـ وـرـيعـهـ، وـعـادـلاـ فيـ تـوزـيعـ هذاـ الـريعـ بـيـنـ المـوقـوفـ عـلـىـ عـلـيـهـمـ.

6) الكـفـلـةـ وـالـقـدـرـةـ عـلـىـ حـسـنـ التـصـرـفـ :

حرصا على ضمان الحماية الالزامية للملك الوقفي من أي يد قد تطوله، فقد اشترط القانون على مسيره تمعته بالكفاءة الالزامية وقدرتها على حسن التصرف وبأن يكون على دراية تامة بشؤون الملك الوقفي.

وناظر الملك الوقفي الكفاء الذي يتولى تسيير الملك الوقفي يخضع للرقابة الإدارية من طرف وكيل الأوقاف والذي يشترط فيه بدوره أن يكون ذا كفاءة معترف بها.

حتى يتم اختيار نظار ووكلاء بصفة موضوعية فإن ذلك يكون عن طريق إجراء مسابقات وامتحانات لالتحاق بالأسلاك الخاصة بقطاع الشؤون الدينية والأوقاف¹، وكذا إجراء فترات للتكوين والتربص².

ثانياً : إنهاء مهام الناظر:

اعتبر المشرع الجزائري ناظر الوقف شبه موظف يخضع لإنها المهام بقرار من طرف الوزير طبقاً لقاعدة توازي الأشكال³، فقد حددت المادة 21 من المرسوم 98-381 حالتين لإنها مهام ناظر الوقف وهما الإعفاء والإسقاط.

1. الإعفاء : ويتم إعفاء ناظر الملك الواقفي من مهامه في الحالات الآتية :

- المرض الذي يفقده القدرة على مباشرة العمل أو فقدانه القدرة العقلية.
- في حالة ثبوت نقص كفاءته أو تخليه عن منصبه بمحض إرادته بشرط أن يبلغ السلطة كتابياً بقراره الاستقالة عند تاريخ مغادرته.

- إذا ثبت تعاطيه مسكرًا أو مخدراً أو لعب ميسراً.

- إذا رهن الملك الواقفي كله أو جزء منه أو باع غلة الملك الواقفي دون غدن السلطة المكلفة بالأوقاف.

- إذا ادعى ملكية خاصة في جزء من الملك الواقفي أو خان الثقة الموضوعة فيه أو أهمل شؤون الوقف.

2. الإسقاط: ويكون الإسقاط في الحالتين الآتتين:

- في حالة ثبوت الإضرار بالملك الواقفي وبمصلحة الموقوف عليهم أو بمستقبل الوقف.
- إذا ارتكب جنائية أو جنحة.

المبحث الثاني : مهام ناظر الوقف :

يقوم ناظر الوقف بالتسهيل المباشر للملك الواقفي، ويقصد به القيام بكل الأعمال الالزمة التي من شأنها متابعة الملك الواقفي وملحقاته وتوابعه، مع درأ كل عمل من شأنه أن يضر به، والقيام بالأعمال الالزمة لتحصيل عائدات الملك الواقفي مع السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم⁴.

إن مهمة ناظر الوقف في القانون الجزائري تختلف اختلافاً كلياً عنها في الفقه الإسلامي، لأن مهمة النظارة في القانون الجزائري موكولة للوزارة المكلفة بالأوقاف، وما الناظر إلا مجرد أجير، له صلاحية التسيير المباشر في حدود الصالحيات المخولة له قانوناً، والناظر في الفقه الإسلامي من مهامه حفظ الوقف وعمارته وإيجاره وزرعه والمخاصمة فيه وتحصيل الغلة وقسمتها بين المستحقين وحفظ الأصول والغلات وتنمية الوقف وغير ذلك من الأعمال⁵.

¹ عبد الرزاق بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي، دار الهوى، الجزائر، 2010، ص .91.

² وذلك بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 6 ذي الحجة 1419 هـ الموافق لـ 23 مارس 1999 المتضمن برامج المسابقات على أساس الاختبارات والامتحانات المهنية لالتحاق بالأسلاك الخاصة بقطاع الشؤون الدينية والأوقاف.

و كذلك القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 8 جمادى الثانية 1423 الموافق لـ 17 أغسطس 2002 الذي يحدد برامج التكوين المتخصص الخاص برتبة وكيل الأوقاف.

³ محمد كنازة، المراجع السابق، ص 154

⁴ خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 116.

⁵ محمد كنازة، المراجع السابق، ص 155.

سيتم من خلال هذا البحث التطرق إلى مهام ناظر الوقف التقليدية، إضافة إلى النظارة الوقف المستحدثة والمتمثلة في النظارة المؤسسة.

المطلب الأول : المهام التقليدية لناظر الوقف :

ولقد نصت المادة 13 من المرسوم 381/98 عن مهام وصلاحيات ناظر الملك الواقفي التي يباشرها تحت رقابة وكيل الأوقاف وعلى سبيل الحصر كما يأتي :

- السهر على العين الموقوفة.
- المحافظة على الملك الواقفي وملحقاته وتواضعه من عقارات ومنقولات.
- القيام بكل عمل يفيد الملك الواقفي أو الموقوف عليهم.
- دفع الضرر عن الملك الواقفي مع التقييد بالتنظيمات المعمول بها وبشروط الواقف.
- السهر على صيانة الملك الواقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه عند الاقتضاء.
- السهر على حماية الملك الواقفي، والأراضي الفلاحية الوقفية واستصلاحها وزراعتها طبقاً للقانون.
- تحصيل عائدات الملك الواقفي.
- السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الواقفي، وحمايته وخدمته المثبتة قانوناً.

وفي إطار المهمة الأولى الموكلة لناظر الملك الواقفي في المادة 13 أعلاه، والتي يعتبر بموجبها وكيلًا عن الموقوف عليهم، يظهر التوافق مع ما رسمه فقهاء الشريعة الإسلامية من حيث تصرفه وعمله كوكيل عن الموقوف عليهم، إذ أنها ليست صفة أصلية وإنما هي وكالة من الغير.

وبالنظر إلى المهمة الثانية المحددة في العنصر الثاني من المادة 13 سالف الذكر، يقوم بكل ما هو ضروري وعلى وجه الخصوص بتوفير الوثائق الثبوتية، ومن ثم حصر الأموال الوقفية بالطرق القانونية.

وأما قيامه بالأعمال المفيدة للملك الواقفي والموقوف عليهم، ودفع الضرر عن الوقف، فتدرج ضمن رعاية الوقف التي حدتها المادة 07 من المرسوم 381/98 سالف الذكر، وبذلك توفير الوسائل الكافية للقيام بهذه الأعمال. فإن كانت أرضاً زراعية فيجب الحرص على بقائها صالحة للزراعة، وإن كانت بناء فعليه استغلاله الاستغلال اللائق به وذلك بموجب التنظيمات التي تكفل العملية وفقاً لشروط الواقف.

وأما فيما يخص مهمة صيانة الملك الواقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه عند الاقتضاء، فتدرج ضمن العمارة الوقفية المحددة بموجب المادة 7 سالف الذكر، والتي شرحتها المادة 8 من المرسوم التنفيذي ذاته حيث تنص : " يقصد بعمارة الملك الواقفي في صلب هذا النص ما يأتي :

- أ- صيانة الملك الواقفي وترميمه.
- ب- إعادة بناء الملك الواقفي عند الاقتضاء...".

فعمارة الوقف هي حفظ لأصل الملك الواقفي من الخراب والهلاك.

وأما مهمة السهر على حماية الملك الواقفي، والأراضي الفلاحية الوقفية واستصلاحها وزراعتها، فيكون بتوفير الوسائل القانونية الكفيلة بمنع التعدي عليها، باللجوء إلى القضاء المختص، بحيث يرفع الدعاوى ضد المعتدين على الوقف، ويوكّل المحامين مقابل أجرة تدفع لهم من غلة الوقف¹، ويغرس الفسيل الذي هو من صلب العمارة الوقفية التي أشارت إليها المادة 8 سالفه الذكر في الفقرة الأخيرة، وذلك وفقاً لنص المادة 45 من قانون الأوقاف المعدلة بموجب المادة 5 من القانون 07/01 المؤرخ في 22/05/2001، وهي أساليب استغلال واستثمار وتنمية الأموال الوقفية.

وأخيراً فإن مهمة تحصيل عائدات الملك الواقفي والسهر على أداء حقوق الموقوف عليهم بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الواقفي، من المهام الأساسية ذات الصلة بحقوق المستحقين الذين يحصلون بمحضه من ريع الوقف، هذا إلى جانب أداء الالتزامات المالية المثبتة على ذمة مؤسسة الوقف في مواعيدها، مثل رواتب العاملين بها، وأداء ديون الوقف لأن هذه الأخيرة يتربّع عليها تعرّض الوقف للحجز على ريعه، وهي مقدمة على حرص المستحقين الذين حدّهم الواقف في عقد وقفه.

إذن فناظر الملك الواقفي هو المسؤول عن الإدارة الفعلية للوقف، أي العمل على حفظ أموال الوقف وعماراته واستغلاله واستثماره وصرف ريعه وغلوته في الوجوه التي وقفت من أجلها، والدفاع عنه والمطالبة بحقوقه، وكل ما يحقق مصلحة الوقف والموقوف عليهم، مع مراعاة شروط الواقف المعتبرة شرعاً، وذلك في إطار تحقيق المصلحة من وراء تصرفاته.

بالمقابل هناك من التصرفات التي لا يجوز للناظر القيام بها، فليست له أن يزيد أو ينقص أو يحرّم أو يدخل أو يخرج أحد من الموقوف عليهم، إلا إذا خول من الواقف بذلك. ولا يحق له أن يؤجر الموقوفات لنفسه ولو بأجر المثل، لأنّه لا يمكن أن يكون مؤجراً ومستأجراً بالوقت نفسه، كما أنه لا يستطيع تأجيره بأقل من أجر المثل. كما لا يحق لناظر أن يرهن الوقف في دين لأن المرهون عرضة للبيع عند عدم الوفاء، ولا يحق له أن يزيد إنشاءات جديدة تزيد بما كان موجوداً في الوقف إلا إذا اشترط له ذلك أو وافق المستحقون².

المطلب الثاني : نحو مأسسة نظارة الوقف :

إن من أهم وسائل المحافظة على الأعيان الوقفية في الوقت الحاضر هو الاهتمام بعنصر النظارة من خلال حسن إدارة الأوقاف، وأمانة القائمين عليها، إذ يرى الكثير من الباحثين أن معظم عيوب الأوقاف ناتجة عن سوء الإدارة، وبالتالي فلا بد لتعزيز دور الوقف التنموي أن تتجه الجهد نحو إصلاح أمر النظارة³.

ومن بين ما يمكن إعادة النظر فيه هو النظارة الفردية (أي التي تسند إلى الأشخاص)، فإن كان من شروط صحة الوقف التأييد، فإن أفضل صيغة لإدارة شؤونه هي "المؤسسة"، لأنها تتتصف بالديمومة والاستمرارية، بخلاف الأشخاص الذين يزولون بزوال الأعمار.

¹ وهو ما يدخل ضمن نفقات الصندوق المركزي للوقف.

² عبد الرزاق بوضياف، المرجع السابق، ص 94

³ فؤاد العمر، استثمار الأموال الموقوفة (الشروط الاقتصادية ومستلزمات التنمية)، سلسلة الدراسات الفائزة في مسابقة الكويت الدولية لأبحاث الوقف، الأمانة العامة للأوقاف، دولة الكويت، ط 2007، 1، ص 151.

الفرع الأول : مفهوم مؤسسة نظارة الوقف :

لقد عرّفت المؤسسة تعريفات مختلفة وفق الأنظمة والاتجاهات التي يصعب حصرها، مع كل أنواعها وفروعها وأهدافها، وذلك بسبب التطور المستمر الذي شهدته المؤسسة في أشكالها القانونية أو علاقاتها منذ ظهورها.

إلا أنه وباعتبارها شكلا اقتصاديا وتقنيا وقانونيا واجتماعيا لتنظيم العمل المشترك فيها، فيمكن تعريفها على أنها : "كل تنظيم مستقل ماليا في إطار قانوني اجتماعي معين، هدفه دمج عوامل الإنتاج بغرض تحقيق نتيجة معينة ضمن شروط ملائمة، فهي تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة واستقلال مالي"¹.

وعليه يمكن تعريف مؤسسة نظارة الوقف بأنها: "الهيئة أو التنظيم المكلف قانونا بالتسير المباشر للملك الواقفي، معترف لها بشخصية قانونية وذمة مالية مستقلتين".

الفرع الثاني : دوافع التوجه نحو مؤسسة نظارة الوقف :

بطبيعة الحال فهناك أسباب تدفع إلى ضرورة التحول من الإدارة الفردية للوقف إلى الإدارة المؤسسية، وتمثل في التغيرات الحادة في طبيعة الأعيان الواقفية واستثمارها كما يأتي²:

- تزايد أهمية العقارات الواقفية وموقعها الإستراتيجية وخاصة في المدن التي لها تراث وقفي كبير.
- النمو العمراني الكبير والتقدم في أنظمة البناء مما جعل قيمة الأرض ترتفع أضعافا كثيرة.
- تنامي وتطور الأدوات المالية الخاصة بالتمويل والاستثمار وخاصة فيما يتعلق بالتمويل الإسلامي، وتعدد محاوره بما يخدم الوقف من حيث توفير الأموال الالزامية للعمارة دون الإضرار بالوقف من خلال العقود الاستثمارية.
- بروز المؤسسات المتخصصة في إدارة العقارات والاستثمارات مما يساعد إدارة الوقف على الفاعلية في الاستثمار.
- كما أن من ميزات "مؤسسة النظارة" إمكانية إدارة الممتلكات الواقفية، وما تدره من ريع بما يخدم الأغراض التنموية حسب الظروف التي تعيشها كل دولة، فمثلا قد يكون من الجدي توجيه جزء كبير من الموارد الواقفية إلى التعليم في حال تدني نسبة المتعلمين وعجز الدولة عن توفير مقاعد دراسية كافية.

معنى ذلك أن "مؤسسة النظارة" ستشكل آلية مناسبة في يد السلطات العمومية لاستخدام الأموال الواقفية استخداما عقلانيا، لا تضارب فيه مع السياسة المالية العامة للدولة، وهذا لا يعني بأي حال من الأحوال ترك المجال مفتوحا أمام الناظر المؤسسة يتصرف في أموال الوقف كيف شاء، بل يجب استحداث هيئات رقابية يشارك فيها الواقفون أو حتى أولوا الرأي السديد والعقل الراجح من أبناء البلد.

وبالطبع فإن من أهم شروط نجاح النظارة المؤسسة الاهتمام بالعنصر البشري وتأهيله مهنيا، عن طريق الندوات والتربيصات والدورات التدريبية، من أجل تزويد العاملين بالقطاع الواقفي بأحدث الأساليب الإدارية،

¹ رشيد واضح، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، 2003، دار هومه، الجزائر، ص 30.

² فؤاد العمر، المرجع السابق، ص 153.

وطرق التسيير العقلاني للموارد المتاحة، بل يمكن ربط مكافآتهم ب مدى تحقيقهم للأهداف المرجوة، مما يشكل لديهم حافزا قويا للسعى المستمر نحو تحسين الأداء والحافظة على الأعيان الموقوفة¹.

الفرع الثالث : مهام مؤسسة نظارة الوقف :

تقوم مؤسسة النظارة بكل ما من شأنه ضمان استمرار الوقف ونائه والحفظ عليه ، وهي المهام نفسها الموكلة للناظر الفرد. لكن يمكن أن نقول أن مهام هذه المؤسسة تمثل أساسا في الوساطة بين الواقفين والشركات، أو المؤسسات الإنتاجية التي هي في حاجة إلى مصادر تمويل².

وعليه يتمثل دور الوساطة الذي تقوم به مؤسسة النظارة فيما يلي :

أولاً : العلاقة بين مؤسسة النظارة وجمهور الواقفين :

حيث يمكن أن تنشأ بين الطرفين علاقة الأجير، بحيث تقوم مؤسسة النظارة باقتطاع أجر معين لقاء إدارتها للأموال الموقوفة وللأتعاب التي تحملتها.

كما يمكن أن تكون هذه العلاقة علاقة مضاربة يمثل فيها جمهور الواقفين " رب المال "، بينما تكون مؤسسة النظارة بمثابة "المضارب" الذي يسعى إلى توظيف الموارد المتاحة في أوجه الاستثمار المختلفة، على أن توزع الأرباح التي من المفترض أن تعود إلى الواقفين على أوجه البر التي يحددها هؤلاء³.

ثانياً : العلاقة بين مؤسسة النظارة ووحدات الإنتاج :

في هذه العلاقة ستكون مؤسسة النظارة بمثابة رب المال الذي يسعى لإيجاد أفضل الفرص الاستثمارية الممكنة. وباعتبار التعامل في هذه العلاقة سيكون مع وحدات اقتصادية تمثل مختلف القطاعات الإنتاجية والتجارية والخدمية فإن العلاقة معها ستتأثر بطبيعة النشاط لكل وحدة اقتصادية⁴، فتتعدد الصيغ من مراجحة والمشاركة والإجارة وغيرها من الصيغ التمويلية.

خاتمة :

نظراً للمهام المنوطة بناظر الوقف، والتي تعتبر أساس إدارة الوقف من خلال التسيير المباشر الذي يقوم به في مختلف جوانب و مجالات الوقف، كان لابد من العناية الخاصة والمركزة بهذا العنصر، وهذا بالتنمية البشرية للنّاظر من خلال تكوينهم وتدريبهم وتحفيزهم، أو بالتخلي عن الأسلوب التقليدي للنظارة – الذي أثبت قصوره في تحقيق أهداف الوقف - والانتقال إلى الأسلوب العصري والمتمثل في نظارة المؤسسة التي تتسم بالديومنة والاستمرار إضافة إلى التنظيم والتماشي مع متطلبات العصر.

¹ محمد بوجلال، الحاجة إلى تحديث المؤسسة الوقفية بما يخدم أغراض التنمية الاقتصادية، بحث معد خصيصا لفعاليات المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي المنعقد بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مارس 2003، ص 8

² محمد بوجلال، نظرية الوقف النامي، مجلة دراسات اقتصادية، مركز البحث و الدراسات الإنسانية البصيرة، مؤسسة ابن خلدون للدراسات والبحوث، العدد الثاني، الجزائر، 2000، ص 147.

³ محمد بوجلال، المراجع السابق، ص 148

⁴ المرجع نفسه، ص 149

✓ قائمة المراجع :

- لسان العرب لابن منظور، ج 6، دار الجيل، بيروت، 1988.
- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972.
- عبد الرزاق بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2006.
- خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقف في الجزائر، دار هومه، الجزائر، 2004.
- رشيد واضح، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، دار هومه، الجزائر، 2003.
- فؤاد العمر، استثمار الأموال الموقوفة (الشروط الاقتصادية ومستلزمات التنمية)، سلسلة الدراسات الفائزية في مسابقة الكويت الدولية لأبحاث الوقف، الأمانة العامة للأوقاف، دولة الكويت، ط 1، 2007.
- نور بنت حسن بن عبد الحليم قاروت، وظائف ناظر الوقف في الفقه الإسلامي، مجلة أوقاف، السنة الثالثة، العدد 5، دولة الكويت، 2003.
- محمد بوجلال، الحاجة إلى تحديث المؤسسة الوقفية بما يخدم أغراض التنمية الاقتصادية، بحث معد خصيصاً لفعاليات المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي المنعقد بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مارس 2003 (غير منشور).
- محمد بوجلال، نظرية الوقف النامي، مجلة دراسات اقتصادية، مركز البحوث والدراسات الإنسانية البصيرة، مؤسسة ابن خلدون للدراسات والبحوث، العدد الثاني، الجزائر، 2000.
- القانون رقم 91-07 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم بالقانونين 01-07 المؤرخ في 22/05/2001، و 02-10 المؤرخ في 14/12/2002.
- المرسوم التنفيذي 98-381 المؤرخ في 01/12/1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج 90 لسنة 1998.
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 6 ذي الحجة 1419 هـ الموافق لـ 23 مارس 1999 المتضمن برامج المسابقات على أساس الاختبارات والامتحانات المهنية لاللتاحق بالأسلامك الخاصة بقطاع الشؤون الدينية والأوقاف، ج 81 لسنة 1999.
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 8 جمادى الثانية 1423 الموافق لـ 17 أغسطس 2002 الذي يحدد برامج التكوين المتخصص الخاص برتبة وكيل الأوقاف.

الحضانة بين آراء الفقهاء والشريعة المغاربية للأسرة



إعداد الدكتور بن زبيطة احميدة

أستاذ محاضر قسم - أ - جامعة

أحمد دراية - أدرار - الجزائر

بسم الله الرحمن الرحيم ، إن الحمد لله نحمده ونشكره ونستعين به ونستغفره ونستهديه ، ونعتذر بالله من شرور أنفسنا وسبيئات أعمالنا. من يهله الله فلا مضل له ومن يضل فلا هادي له. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمدًا عبد الله ورسوله، صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه إلى يوم الدين.

أما بعد :

فإن الإنسان ومنذ أن خلقه الله ميّز علاقاته بالطابع المدني، حتى قيل أنه مدني بالطبع، تحيطه أسرته بسياج ييسر له التنشئة الاجتماعية التي يرغب فيها.

والأسرة وجدت منذ أن صار لآدم زوجة وذرية، ومنها نشأت الأسر التي تكون المجتمع الإنساني.

وكانت الأسرة ومازالت بكل ما يحتويه مدلولها من صلات موضوع اهتمام كبير من الإسلام. ومن أجل توضيح ذلك، وحرصا على صيانته من التفكك، تعرض القرآن الكريم والهدي النبوى الشريف لبيان جميع الأحكام المتعلقة بها، ويشكل تفصيلي شامل ودقيق، لم يعرف في مجال من مجالات العلاقات الإنسانية الأخرى.

ومن ذلك توقي الشارع الحكيم رعاية عقد الزواج الذي ينشئها كما توقي العقد الذي يحلها، ولم يترك أساسيات ذلك لاجتهادات العقل البشري المنعوت بالقصور، لأن خالق الإنسان (الذكر والأنثى) أعلم بتكوينات النفس البشرية وأدرك بما يصلحها، لذلك قال الحق سبحانه عن الزواج : [وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً]¹، وقال (ص) عن الطلاق أنه أبغض الحال إلى الله².

¹ - سورة النساء، الآية 21.

² - أخرجه أبو داود في سنته، كتاب الطلاق. سن أبي داود، طبع شركة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1983، 1/546.

وانطلاقاً من ذلك اهتم واضعو القوانين التشريعية بالأسرة وما ينتج عنها من أطفال. والكل يعلم أن الزواج عقد لتعايش مرغوب فيه ملؤه المودة وحسن المعاشرة، كما جاء في قوله تعالى : [وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مُوْدَّةً وَرَحْمَةً إِنْ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ]¹.

غير أن الحياة السعيدة بين بعض الأزواج قد لا تعمـر كثيراً، فيضطران إلى قطع ذلك التعايش الذي أنشأه عقد الزواج لما يحدث فيه من افتقار إلى تلك المودة وحسن المعاشرة.

وحلـا للعلاقة المضطربـة الناتـجة عن عدم الانسـجام، شـرع الطـلاق باعتباره الوـسيلة الشرـعـية لـحـمـمـ الـمـرضـ النـاتـجـ عنـ ذـلـكـ الاختـلافـ، فـيـكـونـ اـبـتـداءـ عـلاـجاـ وـوقـاـيـةـ لـلـزـوجـيـنـ، وـلـكـنـ نـتـائـجـهـ لاـ تـكـونـ سـلـيـمةـ عـنـدـمـ يـتـفـطـنـ الـزـوـجـانـ أـنـ هـمـ أـطـفـالـ، فـيـحـتـاجـانـ إـلـىـ حلـ إـضـافـيـ يـحـمـيـ هـؤـلـاءـ الـأـطـفـالـ، وـيـضـمـنـ لـهـمـ تـنـشـئـةـ سـوـيـةـ، خـصـوصـاـ وـأـنـ الشـرـيعـةـ إـلـاسـلامـيـةـ وـبـعـدـهاـ بـعـضـ التـشـريـعـاتـ الـوـضـعـيـةـ، قـدـ أـولـتـ الـطـفـولـةـ بـعـنـيـةـ كـبـيرـةـ، وـأـحـاطـتـهـاـ بـسـيـاحـ قـويـ منـ التـشـريـعـاتـ الـتـيـ تـحـفـظـهـاـ، وـهـيـ فـيـ مـرـحـلـةـ طـلـبـ ذـلـكـ.

وـفـيـ مـقـدـمـةـ هـذـهـ العـنـيـةـ تـبـوـأـ الـخـضـانـةـ الـمـكـانـةـ الـمـرـمـوـقـةـ.

وـبـالـرـغـمـ مـنـ إـجـمـاعـ فـقـهـاءـ الشـرـيعـةـ وـالـقـانـونـ عـلـىـ أـهـمـيـةـ الـخـضـانـةـ، وـدـورـهـاـ فـيـ حـلـ الـمـشـكـلـاتـ الـتـيـ قدـ تـحـيطـ بـتـنـشـئـةـ الـطـفـلـ وـتـرـبـيـتـهـ وـرـعـيـتـهـ، غـيرـ أـنـهـمـ يـخـتـلـفـونـ فـيـ كـثـيرـ مـنـ جـزـئـيـاتـ وـأـحـكـامـ وـشـرـوـطـ هـذـهـ الـخـضـانـةـ، بـيـنـ فـقـهـاءـ الشـرـيعـةـ أـنـفـسـهـمـ مـنـ جـهـةـ، وـبـيـنـهـمـ وـبـيـنـ الـمـشـرـعـيـنـ فـيـ قـوـانـينـ الـأـسـرـةـ.

وـهـذـاـ مـاـ جـعـلـنـيـ أـتـرـقـ إـلـىـ هـذـاـ الـمـوـضـوعـ، لـأـبـرـزـهـ ضـمـنـ درـاسـةـ مـقـارـنـةـ بـيـنـ الشـرـيعـةـ إـلـاسـلامـيـةـ وـقـوـانـينـ الـأـسـرـةـ فـيـ كلـ مـنـ الـجـزـائـرـ، الـمـغـرـبـ، تـونـسـ وـمـوـرـيـتـانـيـاـ، وـوـسـمـتـهـ بـعـنـوانـ: «ـالـخـضـانـةـ بـيـنـ الـفـقـهـاءـ وـالـتـشـريـعـاتـ الـمـغـارـبـيـةـ لـلـأـسـرـةـ»ـ.

أولاً: تعريف الخضانة :

لـقـدـ جـرـتـ العـادـةـ عـلـىـ أـنـهـ قـبـلـ الـخـوضـ فـيـ صـمـيمـ الـمـوـضـوعـ الـبـدـءـ بـبـيـانـ مـدـلـولـاتـ الـمـفـاهـيمـ. وـالـغـرـضـ مـنـ ذـلـكـ هوـ وـضـعـ مـفـهـومـ الـخـضـانـةـ فـيـ إـطـارـهـ الـمـخـدـدـ، الـذـيـ يـسـرـ فـهـمـ مـقـصـدـ اـسـتـعـمـالـهـ لـيـكـونـ هـنـاكـ هـامـشـ مـنـ التـفـاهـمـ الـمـسـبـقـ بـيـنـ الـكـاتـبـ وـالـقـارـئـ، يـجـعـلـ الـإـرـسـالـ وـالـاستـقـبـالـ يـمـرـانـ بـسـلاـسـةـ، وـعـلـىـ وـتـيـرـةـ وـاحـدـةـ دـوـنـ حـاجـةـ إـلـىـ تـذـلـيلـ صـعـوبـاتـ مـحـتمـلـةـ.

أـ الـخـضـانـةـ لـغـةـ :

الـخـضـانـةـ هيـ مـنـ فـعـلـ حـضـنـ وـأـصـلـهـاـ مـنـ الـخـضـنـ، وـهـوـ مـاـ دـوـنـ الـإـبـطـ إـلـىـ الـكـشـحـ، وـقـيـلـ هوـ الـصـدـرـ وـالـعـضـدـانـ وـمـاـ بـيـنـهـمـ، وـالـجـمـعـ أـحـضـانـ. وـحـضـنـاـ الشـيـءـ جـانـبـاـ، وـنـوـاـحـيـ كـلـ شـيـءـ أـحـضـانـهـ.

يـقـالـ حـضـنـ الطـائـرـ بـيـضـهـ يـحـضـنـهـ إـذـاـ ضـمـنـهـ إـلـىـ نـفـسـهـ تـحـتـ جـنـاحـهـ. وـيـقـالـ كـذـلـكـ لـلـمـرـأـةـ إـذـاـ حـضـنـتـ وـلـدـهـاـ.

وـحـاضـنـةـ الصـبـيـ: الـتـيـ تـقـومـ عـلـيـهـ فـيـ تـرـبـيـتـهـ. وـإـذـاـ جـعـلـتـ الشـيـءـ فـيـ حـضـنـكـ فـقـدـ اـحـتـضـنـتـهـ.

وـالـاحـضـانـ هوـ اـحـتـمـالـكـ الشـيـءـ وـجـعـلـهـ فـيـ حـضـنـكـ، كـمـاـ تـحـضـنـ الـمـرـأـةـ وـلـدـهـاـ فـتـحـتـمـلـهـ فـيـ أـحـدـ شـقـيـهاـ.

وـحـضـنـ الصـبـيـ يـحـضـنـهـ حـضـنـاـ رـبـاهـ، وـالـخـاضـنـ وـالـخـاضـنـةـ الـمـوـكـلـانـ بـالـصـبـيـ يـحـفـظـانـهـ وـيـرـبـيـانـهـ².

¹- سورة الروم، الآية 21.

²- الصـاحـاجـ تـاجـ الـلـغـةـ وـصـحـاحـ الـعـرـبـ، إـسـمـاعـيلـ الـجـوـهـرـيـ، تـحـقـيقـ أـحـمـدـ عـبـدـ الـغـفارـ عـطـارـ، بـيـرـوتـ، دـارـ الـعـلـمـ لـلـمـلـاـيـنـ، الـطـبـعـةـ ثـالـثـةـ، 1984ـ، الـجـزـءـ الـخـامـسـ، صـ2101ـ: لـسـانـ الـعـرـبـ لـابـنـ مـنـظـورـ، تـحـقـيقـ يـاسـرـ سـلـمـانـ أـبـوـ شـادـيـ، وـمـجـدـيـ فـتـحـيـ السـيدـ، الـقـاهـرـةـ، دـارـ التـوـفـيقـيـةـ لـلـتـرـاثـ، 2009ـ، الـمـجـلـدـ ثـالـثـ، صـ257ـ.

بـ-الحضانة اصطلاحاً :

لقد تعددت التعريفات الاصطلاحية لمفهوم الحضانة عند الفقهاء، غير أنها تكاد تجتمع على مدلول رعاية الصغير والتکفل به من الجوانب التربوية، الصحية، الأخلاقية والاجتماعية. ونذكر في ما يلي ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم نعرّج على مدلولها الاصطلاحي عند المشرعین في قوانین الأسرة المغاربية.

1-تعريف الحضانة وفق آراء فقهاء الشريعة الإسلامية :

الحضانة هي حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه، والقيام بصالحه في تأديبه وتربيته وطعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه¹.

ويلاحظ على هذا التعريف الطول الذي يكاد يشمل كل الجزئيات التي تقتضيها الحضانة، ونقل الإمام ابن عرفة عن الإمام الباجي تعريفه للحضانة فقال: «هي حفظ الولد في مبيته ومؤنته طعامه ولباسه ومصححه وتنظيفه جسمه»².

ومن خلال هذين التعريفين يلاحظ جلياً مقصد المالكية مما تتطلبه الحضانة.

والحضانة عند الجرجاني هي تربية الولد³.

وحاول الدكتور الزحيلي أن يجمع بين آراء كثير من الفقهاء، فعرّفها بقوله: «هي تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه، كطفل وكبير مجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسل ثيابه في سن معينة»⁴.

وكذلك فعل السيد سابق، فعرّفها على لسان الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة، أو المعtoه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهده بما يصلحه، ووقايته بما يؤديه ويضره، وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً، كي يقوى على النهوض ببعض الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها⁵.

ويستفاد من هذه التعريفات التي تنوّعت بين التضييق والتطوّيل أنها تخلص إلى غاية واحدة، وهي تربية الصغير بالشروط المعينة. وإن كان بعضها تضمّن الإشارة إلى الكبير الجنون، وهو لا تعتبر في حقه حضانة، إنما استعملت مجازاً لأن ما يتعلق بحفظه ورعايته يندرج ضمن مفهوم الكفالة في حقيقة الأمر.

¹- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ الدردير، دار إحياء الكتب العربية، المجلد الثاني، ص 526.

²- الفقه المالكي وأدله للحبيب بن طاهر، بيروت، مؤسسة المعرفة، الطبعة الأولى، 2002، الجزء الرابع، ص 288؛ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د/محمد عبد الرحمن عبد المنعم، القاهرة، دار الفضيلة، الجزء الأول، ص 574.

³- كتاب التعريفات لعلي الجرجاني، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، 2003، ص 72.

⁴- الفقه الإسلامي وأدله للدكتور وهبة الزحيلي، الجزائر، دار الفكر، الجزء 7، ص 717.

⁵- فقه السنة للسيد سابق، بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة الثامنة، 1987، الجزء الثاني، ص 301.

2-تعريف الحضانة في التشريعات المغاربية للأسرة :

أ-في قانون الأسرة الجزائري :

لقد عرّف قانون الأسرة الجزائري الحضانة في مادته 62 بأنها: «رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والشهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا». وأضاف في الفقرة الثانية «...ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك»¹.

وقد يؤخذ على المشرع منهجيا إضافته الفقرة الثانية من المادة 62 التي تتحدث عن شروط الحاضن، حتى لا يختلط الأمر على الدارس أنها جزء من التعريف الذي تبناه.

ب-في مدونة الأسرة المغربية :

تضمنت المادة 163 تعريف الحضانة بأنها: «حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربية ومصالحه».

وتوسعت الفقرة الثانية من هذه المادة فنصت: «على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات الالزمة لحفظ المخصوص وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بصلحه في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المخصوص»².

وما أخذ منهجيا على المشرع الجزائري فإنه يؤخذ كذلك على المشرع المغربي، حيث أكمل التعريف في فقرة ثانية بإضافة ما يقوم به الحاضن. غير أن الصياغة لا يشتم منها رائحة إلزام، بل كأن دور الحاضن عمل تطوعي ينجز منه ما استطاع وما دعته الضرورة فقط.

ج-في مجلة الأحوال الشخصية التونسية :

عرّف الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الحضانة بأنها "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته"³.

د-في قانون الأحوال الشخصية الموريتاني :

تضمنت المادة 121 تعريف الحضانة فنصت على أنها: «حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه ولا تترتب عليها ولاية»⁴.

وتضمن التعريف الموريتاني قيدا لم يبرز في التشريعات المغاربية الأخرى، وهو عدم ترتب الولاية على الحضانة.

وبمقارنة بسيطة بين هذه التعريفات يظهر كما يقول المستشار عبد العزيز سعد: «أن تعريف قانون الأسرة الجزائري على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف، ولا سيما من حيث شموليته

¹- قانون الأسرة رقم 11-84 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 المعديل والمتم بالقانون رقم 09-05 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق 04 ماي 2005. الجريدة الرسمية رقم 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005.

²- قانون رقم 03-73 بمثابة مدونة الأسرة.

³- أمر علي مؤرخ في 06 محرم 1376 الموافق 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الكتاب الخامس الفصل 54.

⁴- قانون رقم 52 لسنة 2001 بتاريخ 15/08/2001. الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية 15 أوت 2001، العدد 1004.

لأفكار لم يشملها غيره، ومن حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بمحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية وال التربية والمادية»¹.

ثانياً : أهمية الحضانة :

لا شك أن الزوجين لما يعقدان نكاحهما يجعلان من أولويات أهداف الزواج الإنجاب، ولما تتحقق لهما هذه الغاية ومنذ أن يكون الطفل جنيناً في بطن أمه يعملان معه، ويخططان لتوفير بيئة ملائمة لتربيته ابنهما بين أحضانهما. ولا يقتصران جهداً في الاعتناء به بعد الولادة، خصوصاً وهو في السنوات الأولى التي تعتبر مرحلة تحديد الملامح الرئيسية لشخصيته في إطار التنشئة الاجتماعية التي يربى فيها ذلك الطفل، ويحيطانه بعناية فائقة تتحقق لهما الأهداف البعيدة، التي يحلمان أن تتجسد مستقبلاً في شخصية طفلهما. ويسعى كل منهما وبدون تقدير في جعل طفلهما عنصراً فعالاً في مجتمعه. وقد تكون الأم أكثر عطاء من الأب في تزويد هذا الابن بالرحيق الطبيعي حتى يرتوي من حنانها ويتعذر بعطفها. وقد يتحقق مراد الزوجين وينشأ الولد بينهما نشأة سوية لا يكرهها أي شيء.

غير أن مصير الأطفال لا يكون كذلك في جميع الأحوال، إذ قد يصيب الأسرة الشقاق الذي يتلهي بالطلاق. وحينئذ يكون مصير الطفل مجهولاً إذا لم يراع، ويوضع عند من يهتم به. فيبرز دور الحضانة كأثر من آثار الطلاق. غير أنها مظهر جلي من مظاهر العناية التي يوليهما المشرع الحكيم للطفلة، فتضمن لها نوعاً معتبراً من المهام التي كان الوالدان يتعاونان عليها.

فالحكمة من مشروعية الحضانة هي حفظ المخصوص بتنظيم وتحديد المسؤوليات المتعلقة برعايته وتربيته، خصوصاً عندما يقع الفصل بين أبيويه. فلو ترك الأمر لما آل إليه الشقاق لكان في ذلك ظلم للطفلة وإهانة لصلحتها، وقد يصل الأمر إلى أن يهلك الطفل غير المخصوص ويكون ضحية لاختلاف أبيويه.

وتشير كثير من الدراسات المتعلقة بالطفولة إلى أهمية وضرورة تهيئة الجو العائلي المناسب للطفل، باعتباره أنه يشب في ذاك الوسط، ومنه يكتسب الملامح وبنور وجهته المستقبلية، المساهمة في بناء شخصيته من جميع الجوانب النفسية والخلقية والاجتماعية.

ومن ثمة كانت الحضانة ضرورة للطفل، ولا يترك بدونها مهما بلغت علاقة الوالدين من خلاف ونفور. ولما كانت الحضانة تقتضي حفظ المخصوص عمّا يؤذيه وتعهده بطعمه وشرابه وغسل ثيابه وتعهد نومه ويقظته، وحيث أن المخصوص يكون عاجزاً عن القيام بهذه المصالح، أسندت الشريعة الإسلامية القيام بهذه المهام إلى النساء، وقدمنهن على الرجال لأنهن أشفق وأحن وأجدر بأمور التربية من الرجال، والمنحى نفسه سار عليه مشروع قوانين الأسرة المغاربية.

ويتинг عن هذا التقديم أن الحضانة تكون حقاً وتكون واجباً، فهي من جهة حق للمخصوص وحق للحاضن، ومن جهة ثانية هي واجب على الحاضن. فتتجتمع الصفتان في الأم إذا استوفت شروط الحضانة، فيكون من حقها أن تطالب بحضانة ابنها الصغير، ويكون واجباً عليها أن تقوم بهذه المهمة التربوية. كما ينتج عن ذلك حق للولد على أمه بشأن حضانته².

¹ - الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المستشار عبد العزيز سعد، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 1996، ص 293.

² - الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المستشار عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 292.

ثالثا : مدة الحضانة :

إذا كان الفقهاء متفقين على أن الحضانة الملزمة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى سن التمييز، فإنهم في بقائها بعد ذلك مختلفون.

ومنشأ اختلافهم يرجع إلى نظرة كل فقيه إلى مدى استعداد المخصوص للاستفادة من هذه الحضانة بعد ذلك، وأيّ الوالدين يكون أقدر على تلبية حاجاته في ما يهيه لاستقبال ومواجهة المسؤوليات التربوية بعد ذلك، ونظرته إلى ما يحقق مصالحه العاجلة التي قد تكون رغبته ومصالحه الآجلة التي ينبغي عليها مستقبله في مواجهة الحياة.

فذهب الإمام أحمد والإمام الشافعي إلى أن العلام إذا بلغ سن التمييز وهو سبع سنوات يخير بين أبويه إن لم يكون معتوها، وقضى بذلك عمر علي وشريح. ويرى الإمام الشافعي أن الحكم نفسه ينطبق على البنت متى بلغت 07 سنوات، وخالفه الإمام أحمد فقال أن أباها أحق بحضانتها بعد ذلك، لأنه أقدر من أمها على حفظها وصيانتها.

أما الإمام مالك وأبو حنيفة فلا يقولان بال الخيار، فيكون الأب أحق بحضانة ابنه إذا استقل بنفسه وأصبح قادراً على تنظيف نفسه عند أبي حنيفة. وأما الفتاة عنده فتبقى في حضانة أمها حتى تتزوج أو تحيض.¹

أما عند الإمام مالك فالأم أحق بحضانة أبنائها الطفل حتى يبلغ على المشهور وقيل حتى يتغير، والبنت حتى يدخل بها زوجها.²

أما تحديد مدة الحضانة في التشريعات المغاربية فكانت على النحو الآتي :

أ-قانون الأسرة الجزائري

تضمنت المادة 65 آجال انقضاء مدة الحضانة فجعلتها كالتالي:

بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات. وبالنسبة للأنثى ببلوغها سن الزواج.

ونصت على أن للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمّا لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المخصوص.

ويظهر من خلال هذا الاختلاف في السن أن المشرع الجزائري اعتبر عامل التباين بين التكوين النفسي والعقلي والجسدي بين الذكر والأنثى، كما أن تحديده مدة عشر سنوات أو 16 سنة بالنسبة للذكور كأنه شاكل فيها ما ذهب إليه بعض الفقهاء في تفريقيهم بين سن التمييز وسن البلوغ.

ومن جهة أخرى ترك المدة مبهمة بالنسبة للأنثى عندما ربطها بسن الزواج هل يقصد به العقد فقط أم الدخول كما هو مطلوب عند المالكية؟ وهذا إذا سلمنا أن سن الزواج هو ما حدده قانون الأسرة ذاته في المادة 7 بـ 19 سنة.

¹- المعنى لابن قدامة، دار الكتاب العربي، طبعة جديدة، ج 9، ص 300.

²- القوانين الفقهية لابن جزي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000م، ص 233؛ الجامع لأحكام القرآن، للإمام القرطبي، الطبعة الثانية، 1372هـ، 1952م، الجزء الثالث، ص 164.

ب- مدونة الأسرة المغربية :

نصت المادة 166 من المدونة على أن الحضانة تستمر إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء، وهذا السن هو 18 سنة كما جاء في المادة 19 المتعلقة بأهلية الزواج.

ووضحت المادة 166 أنه بعد انتهاء العلاقة الزوجية يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشر سنة أن يختار من يحضنه من أبيه وأمه.

وما يلاحظ على المشرع المغربي أنه لم يفرق بين الذكر والأنثى متوجهلا التباين بينهما في التكوين النفسي والعقلي والجسدي هذا من جهة، ومن جهة أخرى كأنه اعتمد قول غير المالكية في جعل المحضون يختار من يحضنه من أبويه.

ج- مجلة الأحوال الشخصية التونسية :

بعد تعديل الفصل 67 في 12 جويلية 1993 ألغى القانون التونسي مدة الحضانة ولم يحدد انتهائها بوقت، وجعلها تخضع لسلطة القاضي الذي يراعي في ذلك مصلحة المحضون.

ولعل المشرع التونسي باتجاهه هذا يلفت الانتباه إلى أن المعايير المعتمدة عند الفقهاء غير منضبوطة، وهي مفتقرة إلى معايير أخرى كدرجة الإحساس وابتغائه الاستقرار ومدى شعوره بالأمن مع حاضنه، إلى غير ذلك من المؤثرات التي ترجح مصلحته¹.

د- قانون الأحوال الشخصية الموريتاني :

بعد أن بينت المادة 123 من القانون رقم 52 لسنة 2001 بأن الحضانة من واجبات الأبوين مادامت الزوجة قائمة بينهما، أشارت المادة 126 من نفس القانون بأن مدة الحضانة تنتهي بالدخول بالأنثى وببلوغ الذكر، ويجوز للقاضي أن يحكم بتسليم الولد لأبيه بعد بلوغه سبع سنين إذا كانت مصلحته تتطلب ذلك.

ويفهم من هذه الصياغة أن المشرع اعتمد على مبدأ التحديد بالزمن ومبدأ التحديد بالصلحة بالنسبة للذكر شريطة أن يكون قد بلغ سن التمييز.

رابعا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة :

أ- عند الفقهاء :

ييّز العلماء في ترتيب الحواضن باعتبار الجنس، فيقدمون النساء على الرجال كحكم عام، ويعلللون ذلك بقولهم أن الإناث أليق بالحضانة لأنهن أشدق وأحن وأهدى إلى التربية والصبر على القيام بها من جهة، ولأنهن أشد ملازمة للأطفال وهم في ذلك السن الذي لا يستقلون فيه بالقيام بأمورهم، وقد يكون الرجال بعد ذلك أصلح لهذه المهمة باعتبار أن الطفل يحتاج بعد سن التمييز إلى من يأخذ بيده ويربيه بشيء من الشدة التي لا توفر سجية عند المرأة.

ويتتج عن ذلك وبعد التمييز أن يكون مستحقو الحضانة ذكورا وإناثا، فكيف يرتبون في استحقاق حضانة الطفل بعد الأم باعتبارها أحق بحضانة الولد بعد الفرقه بإجماع الفقهاء، مستدلين من السنة بما روى عبد الله بن

¹- مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية للدكتورة تشور حميدو زكية، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2008، ص.67.

عمر بن العاص : (أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت له : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجر يله حواء وإن أباه طلقني وأراد أن يتزوجه مني فقال أنت أحق به ما لم تنكحي) .

المذهب المالكي:

يرتب الحواضن من النساء الآتى:

الأم - الجدة لأم - الحالة - الجدة لأب - الأخت - العمّة - ابنة الأخ².

ويرتب الرجال كالآتي :

الوصي - الأخ الشقيق أو لأم أو لأب - الجد لأب - ابن الأخ - العم فابنه، والأقرب يقدم على الأبعد³.

المذهب الحنفي :

يرتب الحواضن من النساء كالآتي:

الأم – أم الأب – الأخوات – الحالات – بنات الأخت – بنات الأخ – العمات.

ويرتب الرجال كالتالي :

الآباء - الأجداد - الإخوة - أبناء الأعمام - أبناء الأعمام - ثم ذوي الأرحام - الأخوة لأم وأبنائهم - العُم لأم - الأخ الشقيق ثم للأم -

المذهب الشافعي :

يرتب الحواضن من النساء كالتالي :

الأم - أم الأم - أم الأب - الأخوات - الحالات - بنات الأخ - بنات الأخت - العمات.

والرجال يرتبون كالآتي:

الآباء – الأجداد – الإخوة – أبناء الإخوة – الأعمام – أبناء الأعمام.⁴

المذهب الحنبلي :

يرتب الحواضن من النساء كالتالي :

الأم - أم الأم - أم الأب - الجدة - الأخ الشقيق - الأخ لأب - الأخ لأم - ثم الحالات - بنت

^١- رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، 1/ 574؛ وأحمد في مسنده، وصححه المحقق، مسنن الإمام أحمد، تحقيق وشرح محمد شاكر، القاهرة، دار الحديث، طبعة 1433 هـ، 2012 م، المجلد الخامس، رقم 6707.

² - القوانين الفقهية لابن جزي، ص 232.

³ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2/ 528.

⁴ - الفقه الاسلامي وأدلته، د/ وهى الزحيلى، مرجع سابق، ج 7، ص 720.

ويرتب الرجال كالتالي :

الآباء – الأجداد – الإخوة – أبناء الإخوة – الأعمام – أبناء الأعمام¹.

وإذا علمنا أن هذا الترتيب الذي اهتدى إليه الفقهاء لم يكن نصا ملزماً، إنما هو اجتهاد اعتمد فيه كل فقيه على ما رأه صالحا لفائدة المخصوص، ولذلك وقع اتفاقهم على تقديم الأم، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك، حتى أن المالكية رأى بعضهم اختراق صف الحاضنات بإدخال الأب بعد الأم باعتماد المصلحة والقرابة والأحقية، وبعضهم قدم الحاضنة التي تدللي للمخصوص عن طريق الأب على الحاضنة التي تدللي له عن طريق الأم، خلافا لما اشتهر عند الجمهور.

وبناء على هذه الآراء المختلفة يمكن ترجيح قول من يرى أنه ليس هناك ما يمنع من اختراق هذه الآراء، والعمل بترتيب يخدم مصلحة المخصوص ويتماشى مع الواقع المعيش في كل مجتمع، آخذين بعين الاعتبار التطورات التي تعرفها مجتمعاتنا المعاصرة².

ب-في التشريعات المغاربية للأسرة :

جاء في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أن الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المخصوص في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

ومع ذلك في هذا النص التشريعي يلاحظ أن وضعه جاء بترتيب جديد، طعن به في قاعدة النساء أولى بالحضانة من الرجال، وهو ما تمثل في تقديم الأب على أم الأم وغيرها من الحاضنات. غير أن ذلك يفسر بأنه أعطى لمصلحة المخصوص اعتبارا فوق اعتبار الترتيب المعهود عند الفقهاء، وبهذا الاعتبار قد يتقدم من هو في مرتبة أخيرة على غيره إذا طلبها ودعت مصلحة المخصوص إلى ذلك.³

أما المشرع المغربي فقد تطرق إلى ترتيب مستحقي الحضانة في المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية ونصها: «تحول الحضانة للأم ثم للأب ثم لأم الأم فإن تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المخصوص إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثرأهلية مع جعل توفير سكن لائق للمخصوص من واجبات النفقة».

ويبدو أن المشرع المغربي توافق مع المشرع الجزائري في تقديم درجة الأب مباشرة بعد الأم، غير أنه لم ينص بعده إلا على أم الأم تاركا للمحكمة سلطتها التقديرية في تعين من يتولى الحضانة، بناء على ما يكون لديها من قرائن تساعدها على استجلاء من تتوفر فيه مصلحة المخصوص.

وكأنهما توافقا أيضا على ترتيب جديد لم يقلدا فيه مذهبها معينا، علما أن المذهب المالكي هو المعتمد بشبه إجماع في البلدين.

¹- المعنى لابن قدامة، مرجع سابق، ج 9، ص 298.

²- مصلحة المخصوص، د/تشوار حميده و زكية، مرجع سابق، ص 373.

³- قانون الأسرة الجزائري في ثوب جديد للمستشار عبد العزيز سعد، الطبعة الرابعة، الجزائر، دار هومة، 2010، ص 140.

أما المشرع التونسي فإنه خالف المنهجية المتبعة في تحديد وترتيب مستحقي الحضانة، حتى أنه كاد أن يتتجاهلها لو لا ما تضمنه الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية من إشارات تفهم أن مستحق الحضانة هو من يراعي مصلحة المضطهون، فجاء فيه :

-إذا انفصمت الزواج بموت عهدة الحضانة إلى من بقي حيا من الآبوبين.

-وإذا انفصمت الزواج وكان الزوجان بقييد الحياة عهدة الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما.

-وعلى القاضي عند البت في ذلك أن يراعي مصلحة المضطهون.

وأما المشرع الموريتاني فقد نص في المادة 123 من القانون رقم 52 لسنة 2001 المؤرخ في 15/08/2001 على أن : «الحضانة من واجبات الآبوبين ما دامت الزوجية قائمة بينهما».

إذا انفكك العصمة فالآم أولى بحضانة ولدها من غيرها ثم آم أمها ثم جلة آمه ثم لأب ثم خالته الشقيقة ثم التي للأم ثم التي للأب ثم حالة الأم ثم عمتها ثم جدته لأب ثم الأب ثم اخته ثم عمهة ثم بنت اخته وبينت أخيه أيهما أكفا ثم الوصي ثم أخوه ثم جله من قبل الأب ثم ابن أخيه ثم عمه ثم ابن عمه ويقدم في الجميع الشقيق ثم الذي للأم ثم الذي للأب.

الوصي مقدم على سائر العصبة في المضطهون الذكر وفي الأنثى حال صغرها مطلقا وفي حال كبرها إن كان محراً أو كان أمينا متزوجا. يتولى القاضي تعين أمين يثق فيه لتولي حضانة من ليس له حاضن».

ويلاحظ على المشرع الموريتاني أنه يكاد يتفق في ترتيبه لأصحاب حق الحضانة مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وأنه أكد بالنسبة للجميع تقديم الشقيق أولا ثم الذي للأم ثم الذي للأب، وكأنه انتصر للرأي القائل بتفضيل قرابة الأم على غيرهم. وكذلك كان أسلوب الصياغة بسيطا وبعيدا عن التعقيد الذي يحتاج إلى شرح محتمل.

خامسا : شروط الحضانة :

ومن خلال ما سبق توضيحه في بيان مفهوم الحضانة وأهميتها وترتيب الحواضن، فإنه لا يتصور ابتداء أن الأشخاص المعنيين بالقيام ببعاهمهم على درجة واحدة من التفهم لأدوارهم وواقعهم الاجتماعية.

وحيث أن جمهور الفقهاء والمشرعين متفقون على أن حق المضطهون ومصلحته تقدم على سائر الحقوق، فإنهم سيجيوا هذه الوظيفة بجملة من الشروط التي ينبغي أن تتوفر في الحاضن، ذكراً كان أو أنثى، وإنما سقط حقه وانتقلت إلى من يليه في الترتيب.

أ- شروط الحضانة عند الفقهاء :

هذه الشروط تتجلّى على النحو الآتي :

1- الشروط العامة في النساء والرجال :

- البلوغ : فلا حضانة للصغير.
- العقل : فلا حضانة للمجنون والمعتوه لافتقارهما إلى من يرعى شؤونهما.
- القدرة على تربية المضطهون : فلا حضانة للعجز بسبب كبر السن أو المرض.

- الأمانة على الأخلاق، فلا حضانة لغير أمين.
- الإسلام عند الشافعية والحنابلة، خلافاً للملكية الذين لا يشترطونه، وللحنفية الذين يشترطونه في الحاضن الذكر فقط.
- السلامة من المرض المنفر كالبرص والجذام عند المالكية والحنابلة.
- الرشد عند المالكية فلا حق للسفه البذر في حضانة من له مال.
- أمن المكان عند المالكية من كل ما يجر المحسون إلى فسق أو فجور أو سرقة.
- أن لا يسافر ولـي المحسون أو الحاضنة سفر نقلة إلا بانتقال الطرف الآخر معه.

2-الشروط الخاصة بالنساء :

- يشترط في المرأة الحاضن أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير حرم.
- أن تكون ذات رحم حرم من الصغير خلافاً للحنفية في حضانة الأنثى.
- أن لا تكون قد امتنعت عن حضانة الصغير مجاناً، والأب معسراً عند الحنفية.
- أن لا تسكن الجدة الحاضنة مع ابنتها المتزوجة بأجنبي عن المحسون عند المالكية.

3-الشروط الخاصة بالرجال :

- إذا كان الحاضن رجلاً فإنه يشترط فيه أن يكون محراً للمحسون إذا كانت أنثى مشتهاة، خلافاً للحنفية الذين أجازوا لابن العم حضانة ابنة عمه إذا لم تكن لها عصبة غيره إذا كان مأموناً عليها.
 - أن يكون عند الحاضن الذكر من يصلح للحضانة من النساء، وهو شرط عند المالكية.¹
- إذا لم تتوفر هذه الشروط في الحاضن، فلا حق له في الحضانة، وإذا احتل شروط منها وهو حاضن سقطت حضانته كذلك.

وإذا زال المانع الذي أسقط الحضانة فإن في عودة الحق فيها خلافاً بين الفقهاء.

يرى المالكية أنه إذا سقطت الحضانة بعذر ثم زال العذر الإضطراري عادت الحضانة إليها، وإذا كان سقوط الحضانة باختيارها وزالت المانع فلا حق لها في العودة. وخالف جمهور الفقهاء المالكية بالقول بعد الحضانة لصاحبها بعد زوال المانع سواء كان اضطرارياً أو اختيارياً.

¹- المغي لابن قدامة، 9/299؛ مدونة الفقه المالكي وأدلته، الصادق الغرياني، بيروت، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2008، 3/161؛ فقه السنة، السيد سابق، مرجع سابق، 2/305.

بـ-شروط الحضانة في تشريعات الأسرة المغاربية :

لقد تطرق المشرعون في قوانين الأسرة المغاربية إلى موضوع الشروط على النحو الآتي :

1-قانون الأسرة الجزائري :

نصت المادة 62 على أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك. كما نصت المادة 66 على أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب حرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة الحضان. وفي المادة 67 نص على أن الحضانة تسقط باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62، ويقصد بها بالإضافة إلى الأهلية قيام الحاضن بدوره في رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه والشهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً. أما المادة 69 فإنها تركت الأمر للقاضي في إسقاط الحضانة من عدمه إذا تعلق الأمر بانتقال الحاضن إلى بلد أجنبي. ولم يشر المشرع إلى سفر النقلة داخل الوطن كما فعل الفقهاء.

وبينت المادة 70 أن إسكان الجدة أو الخالة الحاضنة مع أم الحضان المتزوجة بغير قريب حرم يسقط حقها في الحضانة.

وساير القانون المالكي عندما نص في المادة 71 على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري.

ويلاحظ على المشرع الجزائري أنه فصل في أمر عمل المرأة الحاضنة ولم يجعله من الأسباب التي تسقط الحضانة كما يرى بعض الفقهاء، غير أنه ترك الأمر للقاضي عندما نص في آخر المادة 67 أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة الحضان.

2-مدونة الأسرة المغربية :

نصت المادة 173 على شروط الحاضن على النحو الآتي :

- الرشد القانوني لغير الأبوين.
- الاستقامة والأمانة.
- القدرة على تربية الحضان وصيانته ورعايته ديناً وصحّة وخلقاً وعلى مراقبة تدرسه.
- عدم زواج طالبة الحضانة إلا إذا كان زوجها قريباً محراً أو نائباً شرعياً للمحضون، أو إذا كانت هي نائباً شرعياً للمحضون.
- يكن للمحكمة إسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحابيل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة.

كما نصت المادة 170 على أن الحضانة تعود لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها.

3-مجلة الأحوال الشخصية التونسية :

جاء في الفصل 58 ما نصه «يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفاً أميناً قادراً على القيام بشؤون الحضان، سالماً من الأمراض المعدية، ويزداد إذا كان مستحق الحضانة ذكراً وأن يكون عنده من يخضن من النساء وأن

يكون محراً بال بالنسبة للأئمّة. وإذا كان مستحق الحضانة أئمّة فيشترط أن تكون حالية من زوج دخل بها ما لم ير المحكم خلاف ذلك اعتباراً لمصلحة المخصوص، أو إذا كان الزوج محراً للمخصوص أو ولدًا له أو يسكن من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعاً للمخصوص أو كانت أمّاً وولياً عليه في آن واحد».

لقد أجمل هذا النص الذي صيغ صياغة أدبية مجموعة من الشروط التي أراد المشرع التونسي أن يبرزها، باعتبار أن مخالفتها تسقط حق الحضانة على طالبها.

وزيادة على ذلك، فقد تطرق بطريقة غير مباشرة إلى شروط أخرى من شأنها أن تسقط حق الحضانة كما جاء في الفصل 59 الآتي نصه: «إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المخصوص فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المخصوص الخامسة من عمره وأن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه. ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة».

وكما جاء أيضاً في الفصل 61: «إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها».

وكما جاء أيضاً في الفصل 63: «من انتقل لها حق الحضانة بسبب غير العجز البدني بالحاضنة الأولى لا تسكن بالخصوص مع حاضنته الأولى إلا برضي ولد المخصوص وإلا سقطت حضانتها».

4- قانون الأحوال الشخصية الموريتاني :

نصت المادة 122 من هذا القانون على أنه: «يشترط لأهلية الحاضن :

العقل؛ السلامة من كل مرض معد أو مانع من قيام الحاضن بالواجب؛ القدرة على تربية المخصوص وصيانته صحة وخلقها؛ الاستقامة والأمانة، وهو محمل عليها حتى يثبت خلافها؛ الرشد فيما يقبض من نفقة المخصوص؛ عدم الاشتهر بغلظة تصر المخصوص؛ الإقامة في وسط إسلامي بالنسبة للحاضن غير المسلم فيما يتعلق بالولد ذي الأب المسلم؛ حرز المكان عندما يكون وضع المخصوص يتطلب ذلك».

وجاء في الفقرة الثانية من المادة 129: «إذا زال المانع عادت الحضانة ما لم يسكن صاحبه بعد زواله سنة، وما لم يكن المانع اختيارياً».

وجاء في المادة 130 ما نصه: «دخول غير قريب محظوظ من المخصوص أو وصي عليه بالحاضنة يعتبر مسقطاً لحقها في الحضانة ما لم تكن وصيأ أو مرضعاً لم يقبل غيرها».

يشترط في استحقاق الرجل للحضانة أن تكون له امرأة تتولى أمر المخصوص وأن يكون محراً للمخصوصة إذا كانت في سن من توطأ».

أما المادة 131 فنصت أنه: «يلزم طلب حق الحضانة في ظرف سنة من علم صاحب الحق باستحقاقه لها، وعند انقضاء هذا الأجل دون المطالبة يسقط حقه».

ونسجل هنا أن التشريعات المغاربية تكاد تجمع على أن الشروط التي وضعتها لاستحقاق الحضانة والموابع التي تتسبب في اسقاطها، هي التي تدور في فلك مصلحة المخصوص، من أهمية الاعتناء به في التربية بجميع أنواعها والقدرة على ذلك، بالإضافة إلى شروط التكليف واحترام الحرمة التي ينبغي أن تربط بين المخصوص والحاضن. كما أن هذه التشريعات لم تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، التي توضحت في أقوال الفقهاء وأرائهم.

وحتى إذا سها مشروع عن ذكر شرط أو مانع مسقط للحضانة، فإنه لا تعارض مع المحتوى إذا رجع القاضي في تطبيقه إلى ما تضمنته الشريعة الإسلامية، لأن ذلك يفهم من خلال مرونة النص القانوني من جهة، ومن خلال الإحالة الصريرة على أحكام الشريعة الإسلامية كما نصّ المشرع الجزائري في المادة 222.

سادساً : أجرة الحضانة ونفقة المضون :

أ-آراء الفقهاء :

اختلف الفقهاء في أجرة الحضانة، ومنشأ الخلاف هو الأحوال التي تعرّض الحاضن من كونها زوجة أو معتلة من طلاق رجعي، أو كونها امرأة أجنبية فقيرة أو غنية، وعددها بعضهم مثل أجرة الرضاع فذهب الجمهور غير الحنفية إلى أنه ليس للحاضن أجرة، لأنها لو كانت أمًا لاستحققت النفقة، وغير الأم نفقتها على غيرها.

وذهب الحنفية إلى القول باستحقاق أجر الحضانة بعد انقضاء العدة، أو كانت أجنبية لأنها أجرة في مقابل عمل، كأجرة الرضاع في قوله (ص) : [إِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآنوْهُنْ أَجْوَرُهُنْ]¹.
وعليه غير الأم تستحق أجرة الحضانة مثل الظئر التي تستأجر لرضاع الصغير.
أما نفقة المضون فهي واجبة على أبيه يدفعها للحاضنة سواء كانت أمًا أم غيرها². وتتضمن كل ما يحتاجه الولد من نفقة وكسوة وغطاء وفراش، لقوله (ص) : [وَعَلَى الْمُولُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكَسُوتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ]³.
ويندرج ضمن مفردات النفقة كراء المسكن الذي تسكنه الحاضنة مع المضون⁴.

ب-في تشريعات الأسرة المغاربية :

وأما ما تطرق إليه المشرعون المغاربيون في قوانينهم في موضوع أجرة الحضانة ونفقة المضون، فكانت نصوصهم أقل تعقيدا وأبسط معنى، فجاءت كالتالي:

1- نصّ المشرع المغربي في المادة 167 على أن أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المضون، وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة. لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حالة قيام العلاقات الزوجية أو في عدة من طلاق رجعي.
وبهذا النص، يكون المشرع قد بين من يستحق أجرة الحضانة ومن لا يستحقها.

كما تعرّض المشرع المغربي في المادة 168 إلى موضوع السكنى، فجاء فيها: « تعتبر تكاليف سكنى المضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرها».

يجب على الأب أن يهيئة لأولاده محلًا لسكنائهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدر المحكمة لكرائه، مراعية في ذلك أحكام المادة 191 بعده.

¹- سورة الطلاق، الآية 06.

²- فقه السنة، السيد سابق، مرجع سابق، 308/2.

³- سورة البقرة، الآية 233.

⁴- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، 533/2.

لا يفرغ المحسون من بيت الزوجية، إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحسون. على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه».

وإذا كان المشرع المغربي تميّز بهذا التفصيل في موضوع النفقة وأجرة الحاضن، فإن المشرع الجزائري جاء على العكس من ذلك، فلم يشر إلى أجرة الحاضن إطلاقاً، ولا إلى نفقة المحسون إلا إذا اعتبرناه يندرج في المفهوم العام لنفقة الأولاد وبالتالي فلا نجد في قانون الأسرة الجزائري إلا المادة 72 المعدهلة التي نصت على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

أما المشرع التونسي فقد تطرق إلى موضوع نفقة المحسون وأجرة الحاضن في الفصل 56، حيث نصّ على أن: «مصاريف شؤون المحسون تقام من ماله إن كان له مال وإن لم يكن للحاضن مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحسون».

كما نص في الفصل 65 على أنه: «لا تأخذ الحاضنة أجرة إلا على خدمة شؤون المحسون من طبخ وغسل ثياب ونحو ذلك بحسب العرف».

والخلل محتوى هذين الفصلين وعلى قصرهما يجدهما قد احتويما معظم الأحكام التي أشار إليها الفقهاء في آرائهم.

أما المشرع الموريتاني أشار باقتضاب إلى الموضوع في مادة وحيدة هي المادة 127 التي جاء نصها: «نفقة المحسون وسكنه في ماله، إذا كان له مال، وإن فعلى والده».

يرجع إلى القاضي فيما يتعلق بتقدير النفقة. لا يستحق الحاضن أجراً على الحضانة».

وهو بذلك يكون قد خرج من الخلاف في أجرة الحاضن فأسقط استحقاقها صراحة وساير رأي جمهور الفقهاء في موضوع النفقة.

الخاتمة :

هذه هي أهم مواضيع الحضانة باعتبارها الهيئة التي تنتفع التربية التي يتغيّرها الآباء لأبنائهم ليزرعوا بذلك البذرة الطيبة لإنتاج مجتمع أطيب.

فمن خلال هذه الدراسة وقفنا على نتائج جديرة بالتنويه منها:

-أن مصلحة المحسون وضعفت فوق كل اعتبار، فما من رأي فقهي أو تشريع وضعى إلا وجعلها أولى الأوليات في اتخاذ القرار أو الحكم، رعاية لضعف المحسون، ومنعاً من التسبب في هلاكه بسبب تقصير قد لا يكون مقصوداً.

إن الخلل لأقوال الفقهاء وآراء المشرعین المغاربین يستنتاج عدم وجود خلاف كبير في موضوع الحضانة بين الفقهاء من جهة، وبينهم وبين نصوص الأحوال الشخصية المغاربية من جهة أخرى. مما يفند ما قد يتبدّل إلى ذهن البعض من أن هذه التشريعات مخالفة في بعض بنودها لأحكام الشريعة الإسلامية. الواقع الذي تطبق فيه هذه النصوص يتقبلها دون إزعاج، وهو مجتمع مسلم.

فهي في عمومها استنباطات لأحكام فقهية مجموع عليها، وفي أضعف الصور قد تكون آراء فقهية مرجوحة.

غير أن هذا لا يعني بالضرورة أن هذه القوانين هي متطابقة بتمامها مع ما يرشد إليه الفقه المالكي بحذافيره باعتباره هو المذهب المهيمن في المغرب العربي، وهو الذي تتبعه الساكنة ربها. بل قد نقف في أحain كثيرة على خروج ظاهر عن المذهب، وهذا أمر لا يقتصر فقط على موضوع الحضانة فحسب، إنما يشمل أبواب مختلفة من هذه النصوص.

وقد يسجل على هذه التشريعات قصوراً بارزاً في إهمالها لأحكام متعددة في مجال الأحوال الشخصية، إذ كان من الأجرد أن تشمل موادها كل الأحكام المتعلقة بفقه الأسرة. ولعلّ المشرع الجزائري قد تفطن إلى ذلك القصور فغطاه بحتوى المادة 222 التي نصت على أن: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

✓ المراجع :

- القرآن الكريم.
- الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي، الطبعة الثانية، 1372 هـ/1952 م.
- سنن أبي داود، شركة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1403 هـ/1983 م.
- المسند للإمام أحمد بن حنبل، تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر، القاهرة، دار الحديث، طبعة 1433 هـ 2012 م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ الدردير، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، القاهرة.
- المغني لابن قدامة، بيروت، دار الكتاب العربي.
- الفقه الإسلامي وأدلته، د/ وهبة الزحيلي، طبعة خاصة، الجزائر، دار الفكر، 1403 هـ/1992 م.
- الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر، بيروت، مؤسسة المعارف، الطبعة الأولى، 1403 هـ/2002 م.
- القوانين الفقهية لابن جزي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000.
- فقه السنة للسيد سابق، بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة الثامنة، 1407 هـ/1987 م.
- مدونة الفقه المالكي وأدلته، الصادق الغرياني، بيروت، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2008.
- لسان العرب لابن منظور، تحقيق ياسر سلمان أبو شادي، ومحيي فتحي السيد، القاهرة، دار التوفيقية للتراث، 2009.
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفار عطار، بيروت، دار العلم للملائين، الطبعة الثالثة، 1984.
- كتاب التعريفات لعلي الجرجاني، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، 2003.
- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د/ محمد عبد الرحمن عبد المنعم، القاهرة، دار الفضيلة.

-
مجلة الفقه والقانون، العدد الواحد والأربعون ، مارس 2016 / ردمد 0615-2336
- 16- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المستشار عبد العزيز سعد، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 1996.
- 17- مصلحة المحسنون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية للدكتورة تشاوar حميدو زكية، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2008.
- 18- قانون الأسرة الجزائري في ثوب جديد للمستشار عبد العزيز سعد، الطبعة الرابعة، الجزائر، دار هومة، 2010.
- 19- أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د/عبد القادر داودي، الجزائر، دار البصائر.
- 20- قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 المعeld والمتم بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربى الأول عام 1426 الموافق 04 ماي 2005. الجريدة الرسمية رقم 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005.
- 21- قانون رقم 73-03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية.
- 22- أمر علي مؤرخ في 06 محرم 1376 الموافق 13 أوct 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- 23- قانون الأحوال الشخصية الموريتاني الصادرة بالقانون رقم 52 لسنة 2001 بتاريخ 15/08/2001. الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية 15 أوct 2001، العدد 1004.
- 24- قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، د/حامد الجندي، تونس، منشورات مجمع الأطروش للكتاب المتخصص، 2011.

نَفَارِيٌّ :

سلسلة الخدمات المقدمة للنساء الناجيات من عنف النوع : أي تنسيق في أفق أرضية مشتركة؟¹



في إطار النسخة الثانية للأبواب المفتوحة، نظمت جمعية مبادرات لحماية حقوق النساء ورشة عمل حول موضوع "سلسلة الخدمات المقدمة للنساء الناجيات من عنف النوع..أي تنسيق في أفق أي أرضية مشتركة؟"، احتضنتها رحاب مركز البطحاء بمدينة فاس، بحضور قضاة وباحثين، وفاعلين جماعيين، وممثلين عن مختلف القطاعات المتدخلة في محاربة العنف من صحة وتعليم وأمن وعدل وأوقاف.

استهلت أشغال الورشة بكلمة افتتاحية للجهات المنظمة تطرقت لأهمية تنظيم هذا اللقاء الذي يهدف إلى تبادل وجهات النظر بين كافة المتدخلين لتحسين الخدمات الالزمة للنساء الناجيات من العنف المبني على النوع، ولضمان حماية أفضل لهن من خلال التنسيق بين كافة المتدخلين، عن طريق توضيح إجراءات التدخل وأدوار ومسؤولية كل جهة متدخلة، والاتفاق على الطائق المناسب للإحالات على المؤسسات المعنية، والتحفيز على تشارك المعلومة على ضوء قواعد السرية حفاظا على الخصوصية، وتقليل مدة التدخل، والتفكير في وضع اتفاق إطار يلزم مختلف الشركاء.

1- التقرير من إعداد الأستاذ أنس سعدون : عضو نادي قضاة المغرب ، عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية ، باحث بكلية الحقوق بجامعة عبد المالك السعدي بطنجة : Anass.adoun@gmail.com

وتطرق السيدة ثريا تناي عن جمعية مبادرات لحقوق النساء لفهم سلسلة الخدمات والتي تعني مجموعة من الخدمات المقدمة للناجيات عبر مختلف جوانب التكفل والدعم والتي تنطلق من الاستقبال إلى النتيجة النهائية التي هي التمكين النفسي الاجتماعي والنفسي والاقتصادي للنساء مؤكدة في هذا المجال على كونها تتأسس على مقاربة منظمة، مما يتطلب تدخل جميع الأطراف بهدف الوصول إلى القيمة المضافة للإجراء.

وأضافت أن إدخال مفهوم الربط بين التدخلات يهدف إلى جعل التدخل أكثر قまさكا من خلال الربط المفصلي بين مختلف التدخلات كما يهدف إلى الدفع في اتجاه التفاعل بين كل المتدخلين والتقوية المتبادلة لبعضهم البعض والاستخدام المشترك للدروس المستخلصة من تجاربهم.

في نفس السياق قدم الباحث في قضايا النوع الاجتماعي والمرأة والطفل أنس سعدون نائب وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بسوق أربوعاء الغرب المكلف بخليفة التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف مداخلة حول تجربة هذه الخلايا المتواجدة على صعيد كافة المحاكم الغربية، والتي تأتي تنفيذا للإستراتيجية الوطنية لخاربة العنف ضد النساء التي أوصت في مستواها الثاني بضرورة إحداث مراكز للتكفل بالنساء المعنفات على مستوى كل المحاكم حيث تعتبر همنة وصل بين القضاء والضحايا، وتقوم بتقديم كل المساعدات القانونية الهدافة إلى تسريع البت في ملفات قضايا النساء والأطفال ضحايا العنف، وضمان الخدمات الصحية والإدارية لهم وذلك بشكل مجاني.

وأشار عضو نادي قضاة المغرب أنس سعدون إلى مجموعة مكتسبات ايجابية تتحقق على صعيد عمل خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف، أهمها: ايجاد حيز مكاني لها على مستوى كافة المحاكم من أجل استقبال الحالات التي تدخل ضمن اهتمامها، توفير التكوين المستمر للموارد البشرية خاصة القضاة والمساعدين الاجتماعيين، تعميم عدة اجراءات لتيسير عمل الخلايا وضمان مسار تكفل ناجع بالحالات التي تخضع لعمل الخلايا من قبل الاستئماع الفوري للنساء المعنفات والأطفال ضحايا العنف بغير الخلية، والتعجيل بدراسة الملفات المعروضة، وإفراد لون خاص بهذا النوع من القضايا بغية تحقيق النجاعة على مستوى التتبع، تشجيع مساطر الصلح وحفظ الملفات البسيطة لاعتبارات الملاءمة.. فضلا عن تعميم دليل التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف من أجل تبسيط المساطر أمام الجهات المعنية بتطبيق الدليل وتوحيد جهود التدخل وضمان مسار ناجع للتكفل.

مؤكدا أنه بالرغم من تحقيق هذه النتائج الايجابية تبقى هناك العديد من العرقل التي تواجه عمل الخلايا أهمها غياب إطار قانوني يحدد عملها، وغياب التخصص والتفرغ لأغلب المتدخلين فيها، وضعف التنسيق والتواصل، وضعف الموارد البشرية والمادية وهو ما يتجسد عمليا في مشكلة الايواء. مقدما في هذا السياق عدة مقترنات لتطوير عمل الخلايا، أهمها نشر التقارير الدورية عن عمل كافة الخلايا المتواجدة على صعيد المحاكم الابتدائية ومحاكم

الاستئناف والبحث عن آلية تضمن دورية اجتماعات الخلايا، ووضع دليل للتجارب المثلثي في مجال التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف في إطار التحفيز وتعزيز التجارب الناجحة، ووضع دليل للتواصل بين كافة المتدخلين في المجال.

وتجدر بالذكر أن تنظيم هذه الورشة يندرج في إطار المجهودات التي تبذلها جمعية مبادرات لحماية حقوق النساء والتي سبق وأن أجرت عدة اختبارات ميدانية في مجال تقديم الخدمات للنساء الناجيات كان من بين أبرزها إجراء تشخيص تشاركي وإصدار توصيات بخصوص دفتر التحملات للمؤسسات الراعية الاجتماعية ومقترحات متعلقة بتعديل القانون 14-05، وتنظيم اجتماع ضم مختلف الجهات المعنية بتقديم الخدمات نتج عنه تحديد الأدوار والمعايير الدنيا.



نقرير عن ندوة نادي قضاة المغرب بطنجة

حول موضوع : واجب التحفظ بين الإطار القانوني و الواقع العملي¹



نظم المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بطنجة مؤخرا ندوة علمية حول موضوع "واجب التحفظ بين الإطار القانوني والواقع العملي" احتضنتها رحاب بيت الصحافة، بمشاركة عدد كبير من القضاة والمحامين وأساتذة جامعيين وباحثين وفاعلين من مختلف مجالات منظومة العدالة، وبحضور كافة الجمعيات المهنية القضائية، وممثلين عن المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية والمجلس الوطني لحقوق الإنسان، استهلت أشغال اللقاء بكلمة السيد رئيس المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بطنجة الأستاذ عصام بنعال الذي تطرق فيها لأهمية ودقة وراهنية الموضوع وتحمية التلاقي الفكري والمثقفة الجمعوية والحقوقية لإثراء النقاش الجتمعي حول المواضيع ذات الصلة بالسلطة القضائية، وعلى رأسها تلك المتعلقة بحق القضاة في التعديل كأحد أبرز المستجدات التي تكررت بفضل دستور 2011، في أفق صدور قوانين تنظيمية ومدونة سلوك للقضاة تتطرق لنطاق ممارسة هذا الحق المكفول بمقتضى المعايير الدولية.

¹- إعداد : الأستاذ سمير بخات ، عضو نادي قضاة المغرب بطنجة ، باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بطنجة.

وانطلقت أشغال الجلسة الاولى التي ترأسها الأستاذ ياسين مخلي عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية، بمداخلة السيد رئيس نادي قضاة المغرب الدكتور عبد اللطيف الشنتوف أوضح فيها أن دستور 2011 تبني مفهوم "واجب التحفظ" لأول مرة، مما يجعل النقاش حول الموضوع نقاشا تأسيسيا وتقعidiما له، مضيافا أن التقارير والتوصيات الصادرة عن الجهات والمنظمات الدولية مكنت من الخروج بخلاصات يمكن الاعتماد عليها لمقاربة المفهوم، تتجه عموما إلى التقليص من نطاق اعماله، أما داخليا فمفهوم واجب التحفظ يبقى غير محدد مما يتبع معه إيجاد إطار قانوني له، مضيافا بأن الفصل 111 من الدستور كفل حرية التعبير للقضاة مع مراعاة "واجب التحفظ"، لكن الإشكال المطروح هو حدود هذا المفهوم، هل يمتد إلى جميع سلوكيات القاضي داخل المحكمة وخارجها أم يجب تقليصه ليسري فقط على المجال المهني من قبيل وجوب الحفاظ على سرية المداولات وسرية الأبحاث التي تباشرها النيابات العمومية وقضاء التحقيق؟ الأمر الذي يفرض وضع ضوابط للاحتكام إليها عند تفسير المفهوم، والتي يجب أن تكون هي نفس مرجعيات وضوابط أهداف دستور 2011.

وتطرق السيد رئيس نادي قضاة المغرب إلى ظاهرة المتاعب التأديبية الحالية المسطرة في حق عدد من "قضاة الرأي" بخرق واجب التحفظ رغم أن ظهير 11 نونبر 1974 المنظم لوضعية القضاة لا يتضمن مثل هذا المفهوم ولا يعرف، مما تكون معه هذه المتاعب محاولة استباقية لفرض تحديد توجه معين ، وهذا يظهر في مشروع القانونين المرتبطين بالنظام الأساسي للقضاة و المجلس الأعلى للسلطة القضائية، حيث ينص الأول على أن الجمعيات المهنية للقضاة ملزمة أيضا بواجب التحفظ مثلها مثل القاضي الفرد ، ويتضمن الثاني أن أعضاء المجلس ملزمون كذلك باحترام واجب التحفظ. و ختم مداخلته بالتأكيد على أن الهدف من المطالبة بوقف متابعة القضاة بخرق واجب التحفظ لحين تنزيل القوانين المرتبطة بالسلطة القضائية هو حفظ حق القاضي في تفسير هذا المفهوم بشكل لا يضر بحقوقه في المحكمة التأدية أمام المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

أشغال الندوة توالت بالمداخلة الثانية للدكتورة رشيدة أحفورض رئيسة الجمعية المغربية للقضاة، والتي تمحورت حول "واجب التحفظ وتغيرات القضاة على شبكة التواصل الاجتماعي فيس بوك"، حيث استهلت كلمتها بطرح تساؤلات أهمها: هل واجب التحفظ منصوص عليه في الباب الخامس (الخاص بالسلطة التأدية) من ظهير 11 نونبر 1974 المكون للنظام الأساسي للقضاة أم أنه يجد مرجعيته فقط في الفصل 111 من الدستور؟ وهل تدوينات القضاة على صفحات الفيس بوك تدخل في إطار ممارسة حرية التعبير المنصوص عليها في الفصل 111 المذكور أم أنها مخالفات تستدعي التأديب؟ موضحة أن المواثيق الدولية وعلى رأسها المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية التي اعتمدتتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1985 تدعو إلى التخفيف من حدة المفهوم، وهناك العديد من قرارات محكمة النقض الفرنسية التي نحت هذا الاتجاه، مضيافة أنه لا يمكن بحال من الأحوال اعتبار هذه التدوينات

خرقا لواجب التحفظ أو مخالفة تستدعي المتابعة التأديبية لعدة أسباب أهمها أن الفصلين 25 و 111 من الدستور منحا القاضي حرية الفكر و الرأي و التعبير، وأن حق الطعن في المقررات المتعلقة بالوضعيات الفردية للقضاة الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية المنصوص عليه في الفصل 114 من الدستور غير متوفرا حاليا، وأن المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية وضعت مسطرة خاصة بخصوص التقاط المكالمات والاتصالات المجزأة بوسائل الاتصال عن بعد يجب احترامها و لا يتم أخذها إلا بالقانون، وأن قانون رقم 08/09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي ينطبق على القاضي أيضا.

و خلصت إلى أن المتابعات الجنائية حاليا في حق القضاة هي باطلة لأنه من جهة ليس هناك قانون ينص على واجب التحفظ، و من جهة ثانية لم يتم تنزيل جميع المؤسسات القانونية على أرض الواقع، و من جهة ثالثة لعدم توفر شروط المتابعة القانونية من فاعل و ضحية (مشتكي / مشتكى به)، و من جهة أخرى لأنعدام الإثبات، مؤكدة أنه لا يمكن الأخذ بالعموميات.

و في نفس السياق أكدت السيدة عائشة الناصري، رئيسة الجمعية المغربية للنساء القاضيات في مداخلتها التي عنونتها "واجب التحفظ على ضوء مبادئ بنغالور" أن واجب التحفظ هو موضوع استباقي نحاول رصد مفهومه من خلال بعض المبادئ التي وضعتها جهات دولية (العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، مبادئ الأمم المتحدة بشأن استقلال القضاء، مبادئ بنغالور للسلوك القضائي...). و أن تبني المغرب لمبدأ فصل السلطة جاء تطبيقا للمواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب ووفاء لحقوق الإنسان والمواطن، وهذا المبدأ المنصوص عليه في الفصل 109 من الدستور يمنع على أي جهة التدخل في عمل القاضي، و أن حرية القاضي في الرأي والتعبير هي القاعدة المعمول بها في جميع الدول و منها المغرب بمقتضى المادة 111 من الدستور، إلا أنه من جهة أخرى يجب على القضاة تحذب إصدار أي تصرف أو موقف يثير الشك في حيادهم و نزاهتهم.

و ذكرت السيدة عائشة الناصري التي تشغل منصب وكيلة الملك بالمحكمة المدنية بالدار البيضاء بمؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي عقد في ميلانو بإيطاليا سنة 1985 الذي أوصى الجمعية العامة باعتماد معايير لإصلاح العدالة الجنائية اعتمدتها في قرارها 34/40 المؤرخ 29 نوفمبر 1985 حول المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، و بمبادئ بنغالور للسلوك القضائي التي تم إقرارها من قبل مجموعة النزاهة القضائية في بنغالور بالهند في فبراير 2001 قبل أن يتم مراجعتها خلال المائدة المستديرة لرؤساء المحاكم العليا المنعقدة في لاهي بهولندا في نوفمبر 2002 والتي تم إقرارها كذلك من قبل لجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة بمقتضى القرار عدد 2003/43، و هي المبادئ التي ربطت واجب التحفظ بمجموعة من القيم الأخلاقية (منها الاستقلالية، النزاهة،

الوقار و هبة المنصب، الحياد...) التي فصلت معناتها بما يتلاءم مع قدسيّة مهام القاضي و دوره في تحقيق العدل، و ختمت كلمتها بالدعوة إلى مزيد من الانفتاح على هيئات المحامين لأنهم سباقون لحرية التعبير و لدورهم في الدفاع عن استقلال السلطة القضائية.

جمعية الودادية الحسنية للقضاة كانت حاضرة في أشغال هذه الندوة العلمية بداخلة الأستاذ مصطفى الضيافي الكاتب العام للجنة الشباب الذي أكد في مستهلها على حقيقة مفادها غياب أي مقتضى في الدستور المغربي والنصوص التشريعية المرتبطة بالوضعية المهنية للقضاة يتضمن تعريفا قانونيا محددا لواجب التحفظ، مبررا ذلك بكون التعريفات ليست اختصاصا تشريعيا بقدر ما هو اختصاص أصيل للفقهاء و الباحثين، مضيفا على أن الأصل هو حرية التعبير والاستثناء هو وجود قيود أخلاقية و التي لا يجب التوسع في تفسيرها، و مؤكدا على أن واجب التحفظ لا يعني التزام القضاة بالصمت، بل يعني أن القضاة لهم الحق في التعبير بما يتلاءم مع الالتزامات القانونية والأخلاقيات القضائية، مبرزا أن واجب التحفظ يهم جميع التصرفات العامة والسلوكيات الخاصة للقاضي الذي يتعين عليه أن لا يقوم بأي عمل من شأنه أن يخل بالوقار والاحترام الواجب للسلطة القضائية ، مؤكدا على أن الخروج من واجب التحفظ يبدأ بمجرد إخلال القاضي بالالتزامات المهنية والأخلاقية. و وأشار الأستاذ الضيافي مصطفى أيضا إلى أن مدونة القيم القضائية التي وضعتها الودادية الحسنية للقضاة تنص على واجب التحفظ بشكل هام، و في الختام صرّح بأن الغاية من واجب التحفظ ليس حرمان القاضي من الحرية في التعبير و إنما صونا له من الخروج عن مبدأ الحياد.

أشغال الندوة توأصلت بجلسة ثانية قدمت فيها عدة مداخلات استهلت بداخلة الأستاذة السعدية وضاح عن المجلس الوطني لحقوق الإنسان التي بدأتها بالتأكيد على أن تصدير الدستور جاء فيه أن المغرب بلد ديمقراطي، و الفصل 175 منه ينص على أن المراجعة لا يمكن أن تتناول الاختيار الديمقراطي للأمة، وأن الحق في حرية التعبير هو قاعدة دستورية في صلب الديمقراطية و هي صفة لصيقة بتطور المجتمع، مذكرة بدورها بالمعايير الدولية التي أرست مفهوم واجب التحفظ مؤكدة أنه محصور في سرية مداولاته و عمله القضائي لا غير، و يبقى للقاضي الحق في التعبير كغيره من المواطنين ، مستدلة بالنظام القانوني الكندي الذي اعترف للقاضي بالحق في التعبير علينا عن رأيه في بعض الأمور التي تمس حياة و معيش المواطنين ، وأضافت أنه يجب توفير ضوابط معيارية لتطبيق واجب التحفظ و التي يجب أن تكون مستمدّة من الدستور، ودعت إلى ضرورة حماية القضاة من سلط التأثير مشددة على أن الأجراء القانونية في هذه الحماية يبدأ في الفصل الحقيقي بين السلطة، متسائلة بالنسبة عن دور وزارة العدل في السياسة الجنائية، و بنحو الجمعيات المهنية القضائية الحق في التعبير و في الدفاع عن القضاء و بوضع مدونة للسلوك و القيم

الأخلاقية ليس فقط للقاضي بل للبرلماني أيضاً، وختمت في النهاية ب موقف المجلس الوطني لحقوق الإنسان من المادة 97 من مشروع القانون بمثابة النظام الأساسي للقضاة.

وقدم الدكتور جواد الملهوف ، الأستاذ الجامعي بكلية الحقوق بطنجة مداخلة تحت عنوان "تحفظ القاضي: واجب أم قيد؟" تطرق فيها إلى مقتضيات الدستور الجديد الذي خص السلطة القضائية بـ 22 فصلاً ينظم حقوق وواجبات القضاة، إلا أن تطبيق مقتضيات هذه الفصول يظل رهيناً بصدور القوانين التنظيمية للسلطة القضائية ، موضحاً محتوى و مدى مفهوم واجب التحفظ الذي يفرض على القاضي الابتعاد عن كل ما يثير الشك في حياده و نزاهته دون حرمانه من الحق في التعبير، و مبرزاً التطور الذي عرفه هذا المفهوم من الناحية الواقعية واختلاف معناه الحالي عن الفترة السابقة لدستور 2011 حيث كان القضاة معزولون عن واقعهم و يمنع عليهم الحق في تصرفات مثل سائر المواطنين دون التنصيص عليها قانوناً و دون سبب متسائلاً عن الخطأ الرفيع الذي يضع الحدود بين واجب التحفظ و الحق في التعبير، و اختتم كلمته بالتأكيد على أن أهم واجب يجب توفره في القاضي يبقى هو الالتزام الأخلاقي و التكوين الجيد.

الأستاذ مصطفى بونجية ، المحامي بهيئة المحامين بطنجة قدم مداخلة تحت عنوان "واجب التحفظ من خلال النظام القانوني الفرنسي تجربة مقارنة " معللاً اختياره بأن البحث في النظام الفرنسي ليس من باب الترف الفكري أو الهروب من الواقع بل من باب التشابه مع النظام المغربي و من قبيل تصحيح الخطأ، مستهلاً كلمته بشرح لضمون واجب التحفظ حسب المادتين 6 و 10 من المرسوم رقم 58-1270 المعتر بمحاثة قانون تنظيمي متعلق بنظام القضاء و الذي يمنع على القاضي إصدار أي تصريح ذي طبيعة سياسية و يعرض عمله القضائي للتأثير، و كذا المادة 43 التي تقرنه بواجب الشرف و الكرامة و الأخلاق. مستطرداً أن التطبيقات العملية للنظام الفرنسي أفضت إلى إصدار مجموعة من القرارات القضائية تحدد واجب التحفظ بالنسبة للقاضي (الحالس و الواقف) على ثلاث مستويات. مستوى مؤسساتي: القاضي لا يمكنه التعليق على حكم صدر من أحد زملائه القضاة، القاضي لا يمكنه أن يمد الغير بمعلومات... ، ثم مستوى وظيفي: القاضي لا يمكنه التصريح للصحافة بمعلومات خاصة بملف بيت فيه، لكنه يمكنه المشاركة في نقاش حول قانون في طور التشريع، و أخيراً مستوى شخصي من حيث أن واجب التحفظ يمنع على القاضي الإنتماء إلى أي تنظيم أو مجموعات الهدف منها معارضته القضاة كما يمنع عليه التعبير العلني عن الولاء السياسي لأي هيئة ، وأضاف أن المجلس الأعلى للقضاء الفرنسي قام بنشر جميع قراراته التأديبية منذ سنة 1985 إلى سنة 2014 و التي بحبردها تتوصل إلى خلاصات أكاديمية غير انتقائية أهمها أن القاضي يكون قد خرق واجب التحفظ عندما يناقش القضايا المعروضة عليه على شبكات التواصل الاجتماعي، و أن واجب التحفظ لا يعني إلزام القاضي بالصمت، كما أنه مختلف تماماً عن واجب التحفظ المفروض على الموظف العمومي ، و على مستوى مجلس

الدولة الفرنسي يوجد عدة قرارات أثبتت حرية القاضي في التعبير و قفتت واجب التحفظ بما يكفل ممارستها، باعتبار أن الهدف منه لم يكن مصادرة حق القاضي في التعبير، و خلص المتدخل إلى القول بأن هذا هو التوجه الذي ينبغي على المغرب السير فيه إذ ينبغي قراءة الفصل 111 من الدستور قراءة أفقية و عمودية في نفس الآن.

وقدم الدكتور نبيل البوحيدى ، مداخلة عن جمعية عدالة تطرق فيها إلى موقف جمعيته من القوانين التنظيمية للسلطة القضائية و سرد تطور تصورها في محطات 2008 و 2011، و أوضح أن التصور الذي كان سائدا حول واجب التحفظ هو امتناع القاضي عن الحياة العمومية ، و أن هذا التصور يتم إعادة تقديمه في مشاريع النصوص التنظيمية للسلطة القضائية التي بشكلها الحالي تعتبر أن إدلة القاضي برأيه أو الانتماء للجمعيات المدنية هو خرق لواجب التحفظ مضيقاً أن النقاش على مستوى جمعيته حول واجب التحفظ لم يكن يتم بطريقة مجزأة و مفصلة بل بطريقة عمومية باعتباره عنصراً من عناصر القيم و السلوك القضائي ، متقدماً في الختام الطريقة التي تنجذ بها التقارير و المتابعات التأديبية حالياً، إذ إنه من الممكن متابعة قاض بخرق واجب التحفظ رغم ضبابية و عدم دقة المفهوم، و هو نقاش سياسي يجب التمييز فيه بين عمل القاضي المهني و الجماعوي.

وتواصلت أشغال اللقاء بفتح باب المناقشات أمام الحضور حيث ركزت المداخلات على ضرورة احترام المكاتب التي تتحقق بفضل دستور 2011 الذي استلهم العديد من مقتضياته من المعايير الدولية، و ضرورة اعتماد التأويل الديمقراطي في تفسير أي مقتضى دستوري، حيث يبقى الأصل حرية التعبير المكفولة لكافة المواطنين ومن بينهم القضاة، و يبقى واجب التحفظ مجرد استثناء لا ينبغي أبداً التوسع فيه حتى لا يتحول الاستثناء إلى قاعدة.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma

2336-0615 : ردمد