

# مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 57 : يوليو 2017

✓ مع مواضيع العدد 57 : يوليو 2017 :

- حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي .
- العلاقة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي .
- اضطراب الهوية الجنسية وأثاره من منظور فقهي .
- مسألة تجلي مقصد العدل في المعاملات المالية .
- قضية الميراث في ظل تنازع القوانين واختلافها .
- إشكالية التفويض على ضوء قانون الجماعات .
- الإجهاض بين النظر الفقهي والتأطير التشريعي .
- قراءة تعميمية في القانون 81.12 المتعلق بالساحل .

Rechercher dans ce site

## مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثانون

صفحة رئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والبراسات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية	استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30) ... المزيد
اللجنة الاستشارية	كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21) ... المزيد
أهداف المجلة	إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفنين المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... المزيد
أخبار المجلة	قراءة في النظام الفترقي الموائم ( ققون 02/15 ) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14) ... المزيد
اتصلوا بنا	
المدير المسؤول	
شروط النشر	
مقالات فقهيّة	
مقالات قانونية	
مقالات مقارنة	
مقالات بلقنسية	
حوارات علمية	
تقارير خاصة	
المساهمون بالمجلة	
إعداد المجلة	
تتبعنا بالمجلة	

## العدد السابع والخمسون : يوليو 2017

### ❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش 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 دكدك : 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 كولفرنسي : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبى : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

## بسم الله الرحمن الرحيم

### العدد السابع والخمسون : لشهر يوليو 2017

#### محتويات العدد :

1. كلمة العدد 57 لشهر يوليو 2017 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدك.....04

#### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي : الدكتور محمد كمال صابر السوسي ، أستاذ الفقه المقارن المساعد

الكلية الجامعية للعلوم التطبيقية بغزة - فلسطين.....07

3. العلاقة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي : الدكتور العمري بلاعة ، أستاذ محاضر بجامعة المسيلة

الجمهورية الجزائرية.....33

4. اضطراب الهوية الجنسية وآثاره من منظور فقهي : الدكتور خالد بن سالم بن صالح السفري ، أستاذ الفقه المشارك

بجامعة الملك عبد العزيز، وكيل كلية الآداب والعلوم الإنسانية جدة - المملكة العربية السعودية.....49

5. تجلّي مقصد العدل في المعاملات الماليّة : الدكتور فوزي غلاب ، دكتوراه في العلوم الإسلامية في أصول الفقه

جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية.....83

6. الميراث في ظل تنازع القوانين : الدكتور شكري الدربالي ، حاصل على الدكتوراه في العلوم الإسلاميّة ، جامعة

الزيتونة - الجمهورية التونسية.....109

7. إشكالية التفويض على ضوء القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات : عادل فرتاح ، باحث في مجال

المالية العمومية ، دبلوم الدراسات المعمقة في العلوم الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة القاضي عياض - مراكش

المملكة المغربية.....121

8. الإجهاض بين النظر الفقهي و التأطير التشريعي : محمد الغالي ، حاصل على الماستر في التوثيق المنازعات

المدنية ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا، المملكة المغربية.....145

9. قراءة تعميمية في القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل : الراقي محمد ، باحث في الدراسات العقارية والتعمير،

إطار بوزارة العدل والحريات ، مشرف على قسم الجرائم المالية و الاقتصادية ، بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء

المملكة المغربية.....159

### ✓ نقاربر :

10.تقرير تركيبى حول أشغال ورشة المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بمكناس حول مشروع النظام الداخلي

للمجلس الأعلى للسلطة القضائية بتاريخ 21 أبريل 2017 ، من إعداد : الأستاذ أنس سعدون , عضو نادي قضاة

المغرب.....174

### ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

## البحث العلمي ووحدة الأمة الإسلامية



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون  
الدكتور: صلاح الدين دكديك

الحمد لله الذي أبرز الحقائق بجواهر اللّامات ، وزين الأجناس بزينة كواكب الإشارات من العبارات ، والصلاة والسلام على العلم امفرد الذي أطلعنا الله على السر المصون ، فأخبر بما خفي عن العيان والجنان مما كان وما يكون، وبعد ،

بمناسبة عيد الفطر السعيد نتقدم إليكم إدارة مجلة الفقه والقانون الدولية بأخلص التهاني والتبريكات وأصدق الأمانى سائلين العلي الفدير أن يعيده على الأمة الإسلامية جمعاء بالأمن والرخاء والسلام وتوحيد الصفوف.

لقد أكرمنا العلي الفدير بدين الإسلام الذي جاء رحمة للعالمين فالحمد لله كل الحمد على هذا الدين العظيم الذي يخرج العباد من ظلمات الجهل إلى أنوار العلم واليقين ، لكن المنفحص لأحوال الأمة الإسلامية سبلا حظ بأنه لازال هناك بعض الفرقة والنشئت بين صفوفنا وهو ما يزيد من ضعفنا ونحن خير اممة أخرجت للناس !!! في الوقت الذي أصبح فيه العصر يفرض ضرورة التكلل و التعاون من أجل بعث الحضارة الإسلامية من جديد ، والقيام بمهمة الخلافة في الأرض وعمارته على أكمل وجه بلّك ما ينفع البشرية ويفرّجها من خالفها ويوصلها إلى بر النجاة ، ولن يتأتى ذلك إلا باتباع طريق البحث العلمي فهو اللقبيل بتوحيد الصفوف وجمعها وتحفيق ما عجزت عنه الحكومات العربية المسلمة .

إنني وأنا أنصفح وأتواصل مع زوار ورواد و مساهمي مجلة الفقه والقانون المباركة اكتشفت بأن الحدود الجغرافية ثلاثت ولم يبق لها أثر على الإطلاق ، ففي هذا المنبر المبارك تبدو ملامح الوحدة والتقارب والمحبة وبملاك التواصل والاطلاع على بحوث اطغربي والجزائري والتونسي والليبي والموريتاني والبيمني والبحريني و الإماراتي والفطري ، والسعودي والمصري .... وعده بحوث من أقطار عربية مسلمة.

استغربت لأول وهلة سحر هذا البحث العلمي الذي يستطیع أن یوحد صفوف الباحثين المسلمين وبغرب بينهم ، لكنني سرعان ما خرجت من حالة الاستغراب هذه لأن البحث العلمي الجاد الرصين یفرب إلى الله عز وجل فلیف لا یفرب بین الأشفاء ؟ !!!!!".

جعلنا العلي الفدير أمم واحدة ننبد أسباب الفرقة والشناك ، منما سلك مثل الجسد الواحد إذا اشتكى منها عضو نداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى ، مثل البنبان اطرصوص بشد بعضه بعضا ، تشجع البحث العلمي ونقدر أهميته في حياة الأمم مصداقا لقول نبينا اللريم عليه أركى الصلاة والسلام : " من سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له طريقا إلى الجنة".

وما ذلك على الله بعزيب إليه امأب وهو على كل شيء فدير ، وأثر كالم تنصفحون العدد السابع والخمسين لشهر يوليو 2017 من مجلة الفقه والقانون وكل عام والأمة الإسلامية بألف خير.

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.new.ma

# دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

## حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي



الدكتور: محمد كمال صابر السوسي

أستاذ الفقه المقارن المساعد، الكلية

الجامعية للعلوم التطبيقية - غزة

### • ملخص البحث :

يتعرض هذا البحث بالدراسة المعمقة لبيان حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي، ولتحقيق هذا الغرض بدأ الباحث ببيان مفهوم الكتابة الإلكترونية وشروطها، ثم توضيح الفرق بين السند العادي والسند الإلكتروني، ثم ختم الباحث بيان حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي من خلال إبراز التأصيل الشرعي للكتابة الإلكترونية.

### • أهداف البحث :

يُمكنُ بيانُ أهدافِ البحثِ في النقاط الآتية :

- 1- إبرازُ الدورِ الإيجابيِّ للتقنية الحديثة في مجال الإثبات الشرعي.
- 2- بيانُ قدرةِ الفقه الإسلاميِّ على مُواكبةِ المستجداتِ القضائية، خاصَّةً بعدَ مقارنةِ المسائلِ المُستجَلَّةِ مع القوانينِ الوضعية.
- 3- تسليطُ الضوءِ على الجهودِ المبذولةِ للارتقاءِ بالمنظومةِ القضائية.
- 4- إبرازُ أهميةِ البحثِ في موضوعِ القضاءِ مِنْ خِلالِ رِبْطِ موضوعِهِ بالواقعِ المعاصرِ.

### • إشكالية البحث :

تتلخص اشكالية هذا البحث في الاجابة على سؤال هام وهو: ما حقيقة الكتابة الإلكترونية، وما شروطها؟ وما ضوابط الكتابة الإلكترونية؟ وهل الكتابة الإلكترونية حجة في الإثبات الشرعي؟

وذلك من خلال بيان مفهوم الكتابة الإلكترونية وشروطها، وما هي ضوابط الكتابة الإلكترونية وهل الكتابة الإلكترونية حجية في الإثبات الشرعي.

#### • الدراسات السابقة :

بعد الدراسة والتحري، تبين أن هذا الموضوع من المواضيع الحديثة، ولم يتطرق إليه الباحثون بمثل هذا التصنيف، وذلك حسب علم الباحث وإطلاعه، إلا أن الباحث وجد فيما بعد، بعض الرسائل الجزئية التي تناولت جزءاً من موضوعات هذا البحث وهي :

- 1- الوسائل العلمية في ميزان الإثبات الشرعي: منصور أحمد منصور، مطبعة الأمانة، القاهرة (1991م)، حيث تحدث الباحث عن العديد من الوسائل العلمية ولم يتطرق إلى الكتابة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات الشرعي.
- 2- أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي: هشام عبدالملك آل الشيخ، الطبعة الرابعة، مكتبة الرشد، بيروت، (1431هـ - 2010م)، وهي رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، وقد تحدث فيها الباحث عن العديد من المسائل الفقهية، وأثر التقنية فيها، ولم أجد تطرق لموضوع الكتابة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات الشرعي البتة.
- 3- الحجية القانونية لوسائل التقدّم العلمي في الإثبات المدني: عباس العبودي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (2002م)، وقد تحدث الباحث في هذا الكتاب عن المحررات الإلكترونية، وحجيتها في الإثبات المدني، ولم يتكلم عن حجيتها في الفقه الإسلامي.
- 4- القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني: د. عيسى غسان ربضي، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة، (2008م)، وقد تحدث الكاتب عن حجية التوقيع الإلكتروني، والكتابة الإلكترونية في قانون البينات، ولم يتحدث عن حجيتها في الفقه الإسلامي.
- 5- التوقيع الإلكتروني، وقانون التجارة الإلكترونية: د. عمر حسن المومني، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع (2003م)، حيث فصل الحديث عن التوقيع الإلكتروني فيما يخص قانون التجارة الإلكترونية، وهذا ليس مجال بحثنا.
- 6- حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: يوسف أحمد النوافلة، دار وائل - عمان (2007م)، حيث تحدث الكاتب عن المحررات الإلكترونية، وأنواعها، والتوقيع الإلكتروني، والحجية القانونية لهما، ولم يتحدث عن حجيتها في الإثبات الشرعي.
- 7- التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة): سمير حامد عبدالعزيز الجمال، الطبعة الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية (2006م)، وقد تكلم الباحث عن تقنيات، ووسائل الاتصال الحديثة، وحجيتها في الإثبات القانوني، ولم يتطرق لحجيتها في الإثبات الشرعي.

#### • منهج الباحث :

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي الوصفي، حيث قُمتُ بعرض المسألة الفقهية، وذكر آراء العلماء فيها، وعرض الأدلة، والترجيح ما أمكن، وذلك باعتماد الأسلوب العلمي في الكتابة من خلال الآتي :

- 1- جمع الآيات القرآنية المتعلقة بموضوع الدراسة، وعزوها إلى سورها.



- 2- الاكتفاء بشرح التعريفات الواردة في المباحث، وذلك لكثرة التعريفات الواردة في هذه الدراسة.
- 3- الاستدلال بالأحاديث الشريفة، ومحاولة تخرجها ما استطاع الباحث إلى ذلك سبيلاً.
- 4- بخصوص المسائل الفقهية، فسوف أعرضُ آراءَ وأقوالَ العلماءِ المتعلقة بموضوعِ البحث، من مصادرها الأصلية، وذلك بتحرير محل النزاع، وسببه إن دعت الحاجة، ثم بيان أقوال الفقهاء فيها مع أدلتهم ومناقشتها، ثم بيان الرأي الرَّاجح، وسبب الترجيح ما أمكن.
- 5- الاستعانة بأخر الأبحاث العلمية التي تناولت دراسة التّقنيات الحديثة في مجال الإثبات الشرعي، والقانوني.
- 6- العمل على إرجاع المعلومات إلى قائلها، وتوثيقها؛ وذلك من باب الأمانة العلمية.
- 7- اعتماد القانون الفلسطيني (الشرعي والمدني) فيما يخص تعريفات الدراسة، وفي بعض الأحيان كنتُ أرجعُ إلى قانون اليونسترال فيما يخص الكتابة الإلكترونية.

### • خُطّة البحث :

يتكون البحث من ثلاثة مباحث، وخاتمة.

المبحث الأول : حقيقة الكتابة الإلكترونية.

المبحث الثاني : شروط الكتابة الإلكترونية.

المبحث الثاني : حُجّة الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي.

### تمهيد :

لقد ظلَّ السندُ التقليدي على مدى طويل من الزمن يعتلي قمة الهرم بين أدلة الإثبات كافة، حيث إنَّ التشريعات كانت تُعامل السندَ التقليدي على أساس أنه أقوى أدلة الإثبات التي يمكن أن تُقدّم للقاضي؛ لإثبات الواقعة مصدر الحق، وعند توافر الدليل الورقي كان القاضي يُصدر حكمه دون أن يراوده شكٌّ في الحكم الذي ينطقُ به<sup>(1)</sup>.

ولو تصفّحنا قوانين الإثبات العربية، والأجنبية لتبيّن لنا، أنَّ القسمَ الأكبر من موادّ هذه القوانين مُخصّصٌ للسندات الرسمية، والسندات العادية (العرفية)، والدفاتر التجارية، والدفاتر الخاصة، والأوراق غير الموقع عليها، والبرقيات، والرسائل.

وفي ظلّ هذه المُستجدّات، والتطورات على مستوى الاتصالات، والإنترنت<sup>(2)</sup>، والتجارة الإلكترونية<sup>(3)</sup>، فإنَّ المستند التقليدي لم يعد له مكان بين هذه الأدوات جميعاً، فلا يمكن إثبات عقدٍ تجاري يتمّ عبر الإنترنت من خلال مُستند ورقي، أو عملية سحب نقود من جهاز الصراف الآلي، أو باستخدام الفيزا بواسطة السند العادي.

(1) انظر: حُجّة المحررات الإلكترونية في الإثبات: يوسف أحمد النوافلة، داروائل- عمان، (2007م)، (ص9).

(2) الإنترنت: هو شبكة متداخلة ومتشعبة، تربط بين آلاف الشبكات، تُتيح الاتصال على شكل تبادل المعلومات الرقمية في اطار بروتوكول يضمن الاتصال بين الحواسيب، والشبكات الموجودة في جميع أنحاء العالم والتي تعمل بلغات متنوعة، انظر: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة): سمير حامد عبدالعزيز الجمال، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2006م)، (ص 48).

(3) التجارة الإلكترونية في صورتها العامة، طلبات بضاعة، أو خدمات يكون فيها الطالب في مكان غير المكان المطلوب منه الخدمة، أو البضاعة، وتتم الإجابة بشأن توفر الخدمة، أو الطلب على الخط، وبالتالي يمثل الموقع المعلوماتي على الشبكة وسيلة عرض ومحدد لمحل التعاقد، وثمنه، انظر: المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الإلكتروني: صابر راشدي، الطبعة الثالثة، العدد التاسع، معارف، المركز الجامعي بالبويرة، (2010م)، (ص12).

وتميّز هذا العصرُ بانتشار التكنولوجيا، فأصبح الكمبيوتر في كلِّ بيتٍ، وشركة، ومؤسسة ومستشفى حكومي، أو غير حكومي في معظم دول العالم، وأصبح من غير الممكن إتمام المعاملات، أو معظم المعاملات دون استخدامه، ناهيك عن استخدام شبكة الإنترنت، والبريد الإلكتروني في معظم هذه المؤسسات، لما تتمتع به من السهولة، والسرعة في إنجاز العمل.

ومع هذا التّطور ظهر السند، والتوقيع الإلكتروني اللذان يُعتبران أدواتٍ لإثبات المعاملات الإلكترونية، التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة بمختلف أشكالها<sup>(1)</sup>.

إلا أنّ العالم شهد منذ النصف الثاني من القرن الماضي، وأوائل القرن الحالي، تطوراً مُذهلاً في التّقنيات العلمية، وخاصةً في مجال الاتصال الفوري الذي أصبح استخدامه يتزايد بشكل كبير في إنجاز مختلف أنواع المعاملات، وإبرام الصفقات، فكثيرٌ من العقود، والصفقات الكبيرة أصبحت تتم في الوقت الحاضر عن طريق هذه الوسائل<sup>(2)</sup>.

ووسائلُ الاتّصال الفوري، أجهزة حديثة متطورة لنقل الرسائل والمعلومات بين عدة أشخاص، أو جهاتٍ سواءً داخل البلد، أو خارجه، وهي إمّا سمعية كما في الهاتف، والهاتف النقال (الخلوي)<sup>(3)</sup>، أو مكتوبة كما في التّلكس<sup>(4)</sup>، أو مُستنسخة الأصل كما في أجهزة نقل الصورة بالهاتف (الفاكس)، وفي ظلّ التكنولوجيا الحديثة، وظهور الحاسب الآلي الذي دخل جميع مناحي الحياة اليومية في مختلف دول العالم، وهذه الثورة التكنولوجية قلبت الموازين، وأصبح في ظلّها من الممكن لأشخاصٍ من مختلف أنحاء العالم التواصل، وإبرام العقود دون أن يلتقوا معاً، وذلك عبر وسائل الاتّصال الحديثة، وتطوّر الأمر أكثر فأكثر بعد انتشار الشبكة العنكبوتية (الانترنت)، فظهرت التجارة الإلكترونية، وأصبح التواصل بين البشر سهلاً وميسوراً، فأضحى العالم بمثابة قرية صغيرة تجمع أشخاصاً من مختلف أنحاء وجنسيات العالم، بالرغم من آلاف الأميال التي تفصل بينهم.

أو كما يتمّ الاتصال عن طريق الانترنت، وهي شبكة تضم عشرات الألوف من الحواسيب، مرتبطة مع بعضها في عشرات الدول، على امتداد الكرة الأرضية، باستخدام بروتوكول النقل، أو السيطرة، وبروتوكول الإنترنت لتأمين الاتصالات الشبكية<sup>(5)</sup>.

وأصبح استخدام هذه التّقنيات العلمية الحديثة في إبرام العقد، يُثير جملةً مشاكل، وتحديات قانونية، ومنها تهيئة دليل إثبات على العقد، ينسجم مع تلك التّقنيات، فالتعاقد عبر الإنترنت يتم في ظل غياب الدعامات المادية الخطية، فهو

(1) انظر: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، (ص 20).

(2) انظر: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الأنبات- دراسة مقارنة- عباس العبودي، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، (1997م)، (ص 13).

(3) الهاتف النقال: هو جهاز اتصال لاسلكي طُوّر عن الهاتف الثابت، وأُضيف عليه عدة تحسينات؛ ليلائم احتياجات المشتركين؛ ليتمكن المستخدم عن طريقه من نقل الصوت، ونقل الصورة الثابتة والمتحركة، فهو عبارة عن جهاز صوتي فيديوي، وهو تعديل على الجوال حيث زود بكاميرا ثابتة وميكروفون ومُكبر للصوت مما مكن من نقل الصوت والصورة عبر القمر الصناعي مباشرة بين المتصلين، انظر: أحكام إجراء الشهادات بالوسائل الحديثة: محمد طلال العسلي، بحث غير منشور (رسالة ماجستير) الجامعة الإسلامية بغزة، (ص 42).

(4) التّلكس: هو عبارة عن جهاز يقوم يربط المشتركين معاً، مثل نظام الهاتف، ولكنه كتابي وليس صوتي، فيقوم المرسل بكتابة برقية على جهازه، إرسالها إلى جهاز المستقبل دون وسيط، حيث يُمكن للمشارك الاتصال بجميع أنحاء العالم، انظر: أحكام إجراء الشهادات بالوسائل الحديثة: محمد طلال العسلي، مرجع سابق، (2001م)، (ص 45).

(5) انظر: انترنت شبكة المعلومات المحسوبة: عامر إبراهيم قندلجي، مجلة الموقف الثقافي العدد (112) لسنة (1998م)، (ص 48)، وانظر: الانترنت شبكة معلومات

العال: ترجمة وأعداد ناطق خلوصي، الموسوعة الصغيرة، بغداد، (1999م)، (ص 425).

يتم عن طريق وسائل معلوماتية في صورة بياناتٍ تظهر على شاشات الحواسيب الآلية، ويتم تبادل الرضاء بين المرسل والمستقبل، ويتحدّد موضوع المعاملة، وكيفية تنفيذها، دون دعامة مادية مكتوبة، وفي مجال الإثبات، تنحصر مشاكل التجارة الإلكترونية في الكتابة، والتوقيع، والسند الإلكتروني<sup>(1)</sup>.

ومع اتساع التعاقد عن طريق الإنترنت فرّضت السندات الإلكترونية المستخرجة من هذا الطريق، نفسها في التعامل بين الافراد، والأمر المهم فيها أنّ وسائل إثبات التعاقد الذي يتم عن طريقها لا تنسجم بسهولة مع القواعد التقليدية في الإثبات، لاسيّما من حيث توفر أركان الدليل الكتابي<sup>(2)</sup>.

وقد كان لهذا التطور الهائل في مجال المعلوماتية، والأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة، وعدم اقتصرها على دعامة ورقية، حيث أصبح من المقبول أن تتم الكتابة على أي شيء آخر غير الورق، كالدعامة الإلكترونية<sup>(3)</sup> مثلاً، فنشأ ما يُسمى بالسند الإلكتروني، ولا يوجد فرق بين السند الإلكتروني، والسند العادي (الكتابي) في اشتراط الكتابة والتوقيع، كشرط لازمة لإنشاء السند عموماً، سوى أنه في السند الإلكتروني تكون الكتابة الإلكترونية ليست على الورق، وكذلك التوقيع يكون إلكترونياً، إضافةً إلى بعض الشروط الخاصة بالسند الإلكتروني، كإمكانية حفظه، واسترجاعه كما سأليناه لاحقاً عند حديثي عن الفرق بين السند العادي، والسند الإلكتروني.

#### المبحث الأول : حقيقة الكتابة الإلكترونية<sup>(4)</sup> :

لقد عرّفَت الكتابة الإلكترونية بتعريفات كثيرة، منها :

تعريف الدكتور يوسف النوافله: (الكتابة الإلكترونية هي: كل حروف، أو أرقام، أو رموز أو أيّ علاماتٍ أخرى تثبت على دعامة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو آية وسيلة أخرى مُستحدثة، وتعطي دلالة قابلة للإدراك)<sup>(5)</sup>.

(1) انظر: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية: صالح المنزلاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، (2005م)، (361-357).

(2) انظر: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في اثبات في المسائل المدنية والتجارية: محمد مرسي زهرة، بحث مؤتمر الكومبيوتر والقانون المنعقد في القاهرة، (1994م)، (ص50).

(3) يُقصد بالدعامة هنا: الأداة التي يُكتب عليها الوثيقة مثل الورق في السند الورقي.

(4) تُعتبر كلمة الإلكترونية كلمة حديثة، حيث لم تكن معهودة من قبل، وهي من الكلمات المُعربة عن أصل انجليزي وهي: (Electronic) والتي تعني: التحكم في تدفق الشحنات الكهربائية في بعض الأجهزة الكهربائية، انظر: المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية، مكتبة الشروق الدولية، أنيس مادة (ألك)، (24/1)، وقيل إلكترون: "عبارة عن شحنات كهربائية دقيقة جداً دائمة الحركة حول جسم هو النواة، الذي هو جزء من الذرة"، انظر: إلكترون وأثره في حياتنا: لجين نيدك، دار المعارف، مصر، (1975م)، (ص9)، وقد استُخدمت الإلكترونيات في التصنيع، ودخلت في كثير من المجالات فظهر الراديو الذي يستقبل هذه الموجات الإلكترونية، ثم ظهر التلفزيون، والتلّكس، والتلفون، والفاكس والحاسب الآلي، وغيرها من الأجهزة التي تعمل عن طريق الإلكترونيات، انظر موسوعة الإلكترونيات: محمد المتنبى (الجزء الأول) طبعة دار صادر، وقيل أيضاً: "يُطلق مصطلح إلكترونية على تقنية استخدام وسائل مغناطيسية، أو آية وسائل مُشابهة في تبادل المعلومات، أو تسجيلها، أو حفظها، وقد ابتكر مصطلح "التجارة الإلكترونية من قبل شركة "IBM"، ونَشَرْتُهُ، وعمَّمت استخدامه مجموعة جارتر "Gartner"، وأصبح يعني التعظيم المتواصل للنشاطات التجارية من خلال التكنولوجيا الرقمية انظر: التسويق الإلكتروني: محمد طاهر نصير، الطبعة الثانية، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، (2005م)، (ص30).

(5) انظر: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: القاضي يوسف أحمد النوافله، مرجع سابق، (ص15).

تعريف الدكتور عيسى ربضي : (الكتابة الإلكترونية هي: مجموعة من الأحرف، أو الأرقام، أو حتى الكلمات، أو الرموز، تُعبّر عن معنى مُحدّد، ودقيق أيّاً كانت ركيّزتها، وأيّاً كان شكلها، أو وسيلة نقلها حتى ولو لم تظهر بصورة مادية محسوسة، أو مُجرّدة للقارئ دون الاستعانة بوسائط أخرى)<sup>(1)</sup>.

فالكتابة هي الأصل في المحرر الورقي كما هو معروف، بالإضافة إلى التوقيع من الشخص المنسوب إليه، هذا هو الشائع المعروف، ولكن تطوّر أساليب الكتابة، والتطور التكنولوجي الذي تحدثنا عنه سابقاً أدى إلى ظهور الكتابة ليس فقط على الأوراق، إنّما على الحاسوب (دعامات غير عادية)، وهذه الكتابة تنصب على دعامة الجهاز مما يُحوّل مثل هذه الدعامات إلى محررات، والكتابة على هذه الدعامات تكون بواسطة رموز، أو أرقام مُتفق عليها، ومعلومة مُسبقاً للجميع، بحيث يتسنى للشخص قراءتها على جهاز الحاسوب، أو الميكروفيلم.

"ولم يعد مفهوم الكتابة، بعد انتشار التقنيات العلمية، واستخدامها في إبرام العقود، ينصرف إلى الكتابات التي يتم وضعها وتدوينها على الورق عادةً، أو ما يشابهه، والوسائل المعروفة للكتابة سواء بخط اليد، أو بالآلات طباعة وغيرها.

وإنما أصبح للكتابة مفهوم واسع، وحديث ليشمل الكتابات المُستخرجة من الوسائل التقنية الحديثة، وخاصة من الحواسيب المرتبطة بشبكة المعلومات العالمية؛ لذلك شاع استعمال تعبير (الكتابة الإلكترونية)، فالتقدم العلمي أدى إلى تطوّر فكرة الكتابة، بظهور وسائل التعاقد المُستحدثة، وبذلك لم يعد يربط الكتابة بالورقة التقليدية، بل أصبح الفكر القانوني ينادي بالكتابة الإلكترونية المُستخرجة من أجهزة الحاسوب، والإنترنت مادام بالإمكان التأكد من مضمونها، لإثبات المعاملات بين المتعاقدين"<sup>(2)</sup>.

مما سبق يتضح أنّ أسلوب الكتابة التقليدية قد تغيّر، وتطوّر بفعل تطوّر أساليب التكنولوجيا الحديثة، وذلك في ظلّ الحاجة، والسرعة، واختصار الإجراءات، وترشيد النفقات، فظهر السند الإلكتروني، وهو الكتابة بواسطة رموز معينة على رقائق الكمبيوتر، والدعامات بحيث يُمكن الأطراف من قراءة هذه المعلومات التي تمّ الاتفاق عليها فيما بينهم، بالرجوع إلى الحاسوب، ودون حاجة لتبادل الأوراق.

ويتضح أيضاً أنّ هذه الكتابة يجب أن تكون مكتوبة بطريقة تسمح بحفظ بيانات السند، وإمكانية الرجوع إليه بشكل مستمر، ويُمكن تقديمه للاطلاع عليه، والاحتجاج به، كذلك يمكن تدوين البيانات على الدعامة، أو الرقاقة بشكل غير قابل للتغيير، أو التبديل<sup>(3)</sup>، وأن يكون المحرر الإلكتروني موقّعا من الأطراف، وذلك بالطرق الإلكترونية باستخدام التوقيع الإلكتروني، كما أنّ الكتابة الإلكترونية لا يُمكن قبولها إلّا إذا انطوت على ذات الخصائص المتعلقة بالكتابة الخطية، كالتعبير عن سلطان الإرادة، والكشف عن هوية الأطراف المتعاقدة<sup>(4)</sup>.

(1) انظر: القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني: د. عيسى غسان ربضي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، (2008م)، (ص 167).

(2) انظر: الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة: ابراهيم الدسوقي أبو الليل، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، بالتعاون مع مركز الامارات للبحوث الاستراتيجية ومركز تقنية المعلومات، جامعة الامارات العربية، (2000م)، (ص 27).

(3) إنبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت: حسن عبدالباسط جميعي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2000م) (ص 25).

(4) انظر: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية: د. عمر حسن المومني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع عمان، (2003م)، (ص 102).

## - المحرر الإلكتروني :

لقد أطلق البعض على الكتابة الإلكترونية مُسمى (المحرر الإلكتروني)، حيث جاء في تعريفه أنه: (كل رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ، أو تُدمج، أو تُخزّن، أو تُرسل، أو تُستقبل سواء كلياً، أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أية وسيلة أخرى مشابهة)<sup>(1)</sup>.

وقيل هو: (مجموعة من الحروف، أو الأرقام، أو الرموز، أو الأصوات، أو أية علامات أخرى يُمكن أن تُثبت على دعامة إلكترونية تُؤمن قراءتها، وتضمن عدم العبث بمحتواها، وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها، وتاريخ، ومكان إرسالها وتسلمها، والاحتفاظ بكافة المعلومات الأخرى على نحو يتيح الرجوع إليها)<sup>(2)</sup>.

فكل من الكتابة الإلكترونية، والمحرر الإلكتروني، تشترك في وضعها على دعامة إلكترونية بحيث تُؤمن قراءتها، وعدم العبث بمحتوياتها.

## - تعريف قانون اليونسترال<sup>(3)</sup> للكتابة الإلكترونية<sup>(4)</sup> :

لقد عرفت قواعد اليونسترال النموذجية بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عام 1996م الكتابة الإلكترونية وعبرت عنها برسالة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو إرسالها، أو استلامها، أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو ضوئية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال؛ تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ الورقي"، كما أوضح القانون أن المقصود بتبادل البيانات الإلكترونية نقل البيانات إلكترونياً من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه؛ لتكوين المعلومات"<sup>(5)</sup>.

ويرى البعض أن السندات الإلكترونية هي "عبارة عن المعلومات، أو البيانات التي يتم إنشاؤها، ومعالجتها، وإرسالها، أو تخزينها، واسترجاعها بوسائل إلكترونية، أو يتم إنشاؤها بوسائل مشابهة.

وسواء كانت هذه المعلومات المستخدمة لغوية، أو غير لغوية، مقروءة، أو مسموعة، أو منظورة اشتملت على عقد، أو وعد، أو عهد، أو إعلام، أو التزام، أو اتفاق، أو غير ذلك سواء تم تبادلها على شكل رقمي، أو تماثلي"<sup>(6)</sup>.

لذلك يتكوّن السند الإلكتروني من أية معلومات، أو بيانات، تكون على شكل رسائل، أو سجلات يتم إنشاؤها، ومعالجتها، وتخزينها، أو استرجاعها، واستخراجها، أو نقلها، أو نسخها، أو إبلاغها، أو استلامها، بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس، أو على أي وسيط آخر.

(1) انظر: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: القاضي يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، (ص 17).

(2) التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة - دراسة مقارنة: د. سمير حامد عبدالعزيز الجمال، مرجع سابق، (ص 67).

(3) أنشأت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة اليونسترال في 16/12/1996م، بناءً على تقرير اللجنة السادس (A/51/628)، واليونسترال مصطلح مأخوذ من كلمة إنجليزية "Uncitral" مختصر United Nations commission on International trade law: وتدعى باللغة الفرنسية: CNUDCI

(4) قانون البيّنات في المواد المدنية والتجارية: د. عبد الله الفراء، مرجع سابق، (ص 60).

(5) راجع تفاصيل الموضوع عبر موقع اليونسترال <https://www.uncitral.org>

(6) القوة الضمنية للمعاملات الإلكترونية: د. حسين المهدي: بحث منشور بمجلة البحوث القضائية، المكتب الفني لمحكمة العليا، العدد (7)، صنعاء، (2007م)،

- تعريف الكتابة الإلكترونية في قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني :  
وعرّف قانون المعاملات الإلكترونية رقم (6) لسنة 2013م الفلسطيني<sup>(1)</sup>، المطبق في قطاع غزة، الكتابة الإلكترونية، وعبر عنها بلفظ السجلات الإلكترونية، أنها "مجموعة المعلومات، أو البيانات التي تُشكّلُ بمجملها وصفًا لحالةٍ تتعلقُ بشخصٍ، أو شيءٍ ما، والتي يتمُّ إنشاؤها، أو إرسالها، أو تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية".

كما عرّف المعاملات الإلكترونية بأنها "أي تعامل، أو عقد، أو اتفاقية يتمُّ إبرامها، أو تنفيذها بشكل جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية، أمّا تبادلُ البيانات فعرفها بأنّها "نقلُ البيانات بوسائل إلكترونية من شخصٍ إلى آخر، أو من منظومة إلكترونية إلى منظومة إلكترونية أخرى".

كما عرف قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم (6) لسنة 2013م التوقيع الإلكتروني - وهو نفس القانون الذي عرّف الكتابة الإلكترونية - أنّه "علامةٌ شخصيةٌ تتخذُ شكلَ حروفٍ، أو أرقامٍ، أو رموزٍ، أو أصواتٍ، أو غيرها تكونُ ملحقةً، أو مرتبطةً بمعاملة إلكترونية، ولها طابعٌ يسمحُ بتحديد هوية الشخص الذي وقّعها، ويميّزه عن غيره، ويكونُ معتمدًا من جهة التصديق"<sup>(2)</sup>.

وشهادة التصديق هي شهادةٌ مصادقةٌ إلكترونية تُصدرها وزارة الاتصالات، أو الجهة المفوضة من قبلها؛ لإثبات العلاقة، والارتباط بين الموقع، وبيانات التوقيع الإلكتروني.

وبهذا يتميّزُ التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي بأن التوقيع الإلكتروني يتمُّ عبرَ اعتماد دعامات إلكترونية، ولا يقتصرُ التوقيع الإلكتروني على الإمضاء، أو الختم، أو البصمة، بل قد يكونُ كذلك في صورة حروفٍ، أو أرقامٍ، أو رموزٍ، أو إشاراتٍ، أو غيرها، كما أنّ التوقيع الإلكتروني تكمنُ أهميتهُ بأنه يمنحُ للكتابة الإلكترونية صفةَ السند الإلكتروني، ويجعلُ منه دليلًا كاملًا في الإثبات.

-التعريفُ المختار للكتابة الإلكترونية :

بعد هذا العرّض السريع لتعريفات الكتابة الإلكترونية سواءً في الفقه، أو القانون، يُمكنُ تعريفُ الكتابة الإلكترونية أنّها : (مجموعة الأحرف، أو الكلمات، أو الأرقام والرموز، أو أية علامات أخرى، تُثبتُ على دعامةٍ إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أيّة وسيلةٍ أخرى أيًا كانت ركيزتها، أو كان شكلها، على أن تُعبّرَ عن معنىٍ دقيقٍ، وتُعطي دلالةً قابلةً للإدراك).

-شرحُ التعريف :

مجموعة الأحرف، أو الكلمات، أو الأرقام والرموز، أو أيّة علاماتٍ أخرى :

حسبَ هذا التعريف تتشكّلُ الكتابة الإلكترونية من تسلسل الأحرف الأبجدية، أو الأرقام، أمّا المقصود بالرموز فهي الطرق كافة غير الرموز الموجودة على القرص الممغنط (CD)<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: قانون المعاملات الإلكترونية رقم (6) لسنة 2013م الفلسطيني، منشور في جريدة الوقائع الفلسطينية العدد الثالث لسنة 2013م، الصادرة عن ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني.

(2) انظر: قانون المعاملات الإلكترونية رقم (6) لسنة (2013م)، مرجع سابق.

(3) القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني: د. غسان عسان ربيضي، مرجع سابق، (ص 166).

فالكتابة الإلكترونية تتشكّل في تسلسل الأحرف الأبجدية، أو الأرقام، أمّا الرموز، والعلامات الأخرى، فهي الطرق غير الأبجدية التي تُعبّر عن الفكر، كالإشارات المستخدمة في ذاكرة الحاسب الآلي، أو الرموز في القرص الممغنط (C.D)، فمفهوم الكتابة يستقل عن طبيعة الإشارات المؤلّفة منها، وتُعطي هذه الأحرف، أو الأرقام، أو الرموز دلالة قابلة للإدراك، فهي كتابة ذات معنى يفهمها العقل البشري<sup>(1)</sup>.

- تُثبت على دعامة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أيّة وسيلة أخرى أيّا كانت ركيّزتها، أو كان شكلها :

فالكتابة الإلكترونية على عكس الكتابة التقليدية الورقية، فهي مرئية الشكل لا مادية الوجود تُوصف بأنّها رقمية حتى وإن كانت تُأخذ على شاشة الجهاز، الصورة التقليدية للكتابة<sup>(2)</sup>.

والدعامة الإلكترونية هي الوسيط الذي يتمّ من خلاله كتابة أيّ مستند إلكتروني، وهذا يعني أنّ الكتابة لا يُعتدّ بها إلّا إذا كانت تلك الحروف، أو الكلمات، أو الأرقام مُثبتة على دعامة إلكترونية، أو رقمية، أو أية وسيلة أخرى.

على أن تُعبّر عن معنى دقيق، وتُعطي دلالة قابلة للإدراك :

وهذا شرط في التعريف، أي: أنّ هذه الأحرف، أو الكلمات، أو الأرقام يجب أن يكون لها مدلول، ويُقصد بذلك أن تشكّل الأحرف، أو الأرقام، أو الرموز كتابة ذات معنى يفهمها العقل البشري، فصفة الكتابة لا تتوافر دائماً في الكتابة القائمة على أحد أشكال الدعامة الإلكترونية؛ لذلك يجب أن تكون الكتابة الإلكترونية ذات فحوى ومدلول، فإذا حققت الكتابة الإلكترونية هذه الوظيفة، فإنها تُمنح قوة ثبوتية مساوية للقوة الثبوتية المقررة للكتابة الخطية<sup>(3)</sup>.

المبحث الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية :

إنّ العقبة التي تعترض طريق الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات تتمثل في أمرين :

1- إمكانية الدخول على الوسيط المادي، وتعديل الوثائق التي يتمّ التوقيع عليها إلكترونياً، بحيث يثور الشك في مدى الارتباط بين التوقيع، وبين الوثيقة التي يتمّ استخراجها من الحاسوب.

2- الطعن المقدم من صاحب التوقيع الإلكتروني في صحة هذا التوقيع، الذي لم يُكتب بخط اليد، وكذا الطعن المقدم منه، أو من الطرف الآخر في صحّة بعض محتويات الوثيقة الإلكترونية، وادعاء أنها عدلت بزيادة أو نقصان<sup>(4)</sup>.

فالسند الكتابي الورقي مهما بُذلت جهود في تعديله، أو تحويره، أو الاضافة إليه، أو الحذف منه، فلا بُدّ أن يُكتشف، وللمحكمة سلطة تقدير ما يترتب على هذه العيوب من إسقاط لقيمة السند في الإثبات، أو إنقاص هذه القيمة، على أن تُدلل على صحة وجود العيب في قرارها بشكل مباشر.

(1) انظر: الدليل الكتابي في الأثبات المدني - دراسة مقارنة-: د. علاء حسين مطلق التميمي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2010م)، (ص 52-53).

(2) انظر: العقد الإلكتروني: د. جابر عبدالعزيز جابر سلامة، دون ناشر، القاهرة (2005م)، (ص 69).

(3) انظر: العقد الإلكتروني: د. جابر عبدالعزيز جابر سلامة، مرجع سابق، (ص 166-168).

(4) انظر: إثبات التعاقد الإلكتروني: د. محمد جبر الألفي، <http://www.alukah.net/sharia>

في حين أنَّ السندَ الإلكترونيَّ يَتميّزُ بقدرةِ أطرافِ العقدِ على تعديله بالإضافة، أو إلغائه بعض مضمونه أو إعادة تنسيقه دونَ وجودِ علامةٍ تدلُّ على الإلغاء، أو الإضافة بحيث يُمكن اكتشافها بسهولة<sup>(1)</sup>.

وقد بُذِلتْ محاولاتٌ جادّةٌ لتدليل هذه الصعوبات، ساعدت على إنجاحها تطوُّرٌ غير مسبوق، وعلى درجةٍ عاليةٍ من التقدم في وسائط الاتصالات، منها: التوصلُ إلى برامج حاسوبٍ تسمحُ بتحويل النصِّ القابل للتعديل إلى صورة ثابتة لا يُمكن تعديلها إلّا بإتلافها، ومنها: حفظ المحررات الإلكترونية في صيغتها النهائية، وبشكل لا يقبلُ التعديل في صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلّا بمفتاح خاص، تُهيمنُ عليه جهات معتمدة.

أمّا التوقيع الإلكتروني، فقد أمكن توثيقه، وضبطه عن طريق نقل التوقيع المحرَّر بخطِّ اليد، إلى الوثيقة الإلكترونية بعد تصويره بالماسح الضوئي (سكانر)، أو عن طريق استخدام البطاقات الممغنطة، والرقم السري، أو عن طريق الضغط على زرٍّ مُعين في لوحة الحاسوب، يُفيد الموافقة على التعاقد، أو اعتماد التوقيع بالخواص الذاتية (بيومتري) مثل بصمة الإصبع، أو بصمة شبكية العين، أو البصمة الصوتية، أو بصمة الشفّة، ونحو ذلك، وأخيراً تمَّ التوصلُ إلى ما يُسمّى بالتوقيع الرقمي، الذي يُمكن إعداده من خلال معادلات رياضية، لا يُمكن لأحدٍ أن يُعيدها إلى الصيغة المقرّوة إلّا من لديه (المفتاح)<sup>(2)</sup>.

من أجل ذلك: نصَّ القانون النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية، والذي أصدرته اللجنة التابعة للأمم المتحدة، على أن: (التصرفات المبرمة عبر شبكة الإنترنت لا يُمكن الطعن في صحتها لمجرد أنها تمت عبر الإنترنت؛ إذ إنّ الوثيقة الإلكترونية كالورقة المكتوبة العادية في مجال إبرام العقود الإلكترونية، بشرط أن يكون من السهل الوصول إلى هذه الوثيقة الإلكترونية فيما بعد.<sup>(3)</sup>

لذلك يُشترطُ في الكتابة الإلكترونية، لتقوم بوظيفتها في الإثباتِ عدّة شروط أهمها:

#### 1- أن تكون كتابة السند الإلكتروني غير قابلة للتعديل:

فقد أدّى التطور التكنولوجي إلى ابتداء استخدام برامج حاسب آلي تسمحُ بتحويل النص الذي يُمكن التعويل عليه إلى صورة ثابتة لا يُمكن التدخل فيها أو تعديلها، ويُعرف هذا النظام بـ (Document image processing)، وقد أمكن حفظ السندات الإلكترونية في صيغتها النهائية، وبشكل لا يقبلُ التبديل، أو التعديل من خلال حفظها في صناديق إلكترونية، فلا يُمكن فتح هذه الصناديق إلّا بمفتاح خاص تُهيمن عليه جهات معتمدة من الدولة، بحيث تُؤدّي محاولة أطراف التعامل تعديل السند الإلكتروني إلى إتلافه، أو محوه تماماً<sup>(4)</sup>.

(1) انظر: دور التّقيّيات العلمية في الأثبات- دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، رقم (78)، (لسنة 2012م): د. عصمت

عبدالمجيد بكر ومنشور على الرابط الآتي: <http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

(2) انظر: إثبات التعاقد الإلكتروني: د. محمد جبر الألفي، <http://www.alukah.net/sharia>

(3) انظر: إثبات التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق <http://www.alukah.net/sharia>

(4) انظر: إثبات التصرفات القانونية التي يتم أبرامها عن طريق الإنترنت: د. حسن عبدالباسط جمعي، دار النهضة العربية، القاهرة، (2000م)، (ص2) وما بعدها.



## 2- قابلية السند الإلكتروني للاحتفاظ به :

إنَّ مِنْ شُرُوطِ السَّنَدِ الإلكتروني، قابليته للاحتفاظ به، وهذا ما نصَّتْ عليه الفقرة (1) من المادة (2) من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بقولها: (يراد بمصطلح، رسالة بيانات، المعلومات التي يتم... أو تخزينها...) كما نصَّتْ القوانين الخاصة بالمعاملات، والتجارة الإلكترونية على ذلك<sup>(1)</sup>.

فمن الضروري إمكانية الاحتفاظ واسترجاع السند (المحرَّر) الإلكتروني ليعتبر دليلاً كاملاً في الإثبات، كما يجب أن يكون قابلاً للاحتفاظ بشكله الأصلي الذي نشأ به، والمتفق عليه بين طرفي العلاقة<sup>(2)</sup>.

## 3- أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة، وواضحة، ومفهومة :

بُغْيَةُ الاعتدادِ بالسند الإلكتروني في مواجهة الغير، لا بدُّ أن تكون الكتابة الإلكترونية الواردة فيه مقروءة، وواضحة، ومفهومة، فتكون الحروف، والرموز مفهومة؛ لأنَّ مِنْ شُرُوطِ استيفاء السند الإلكتروني، أن يكون بالإمكان قراءة السند، وفهمه مادامت اللغة التي تظهر الكتابة بها على شاشة جهاز الحاسوب لغة مفهومة، ومقروءة لأطراف العقد<sup>(3)</sup>.

## 4- أن تكون كتابة السند الإلكتروني متَّصِفَةً بالديمومية، والاستمرارية :

للاعتداد بالوثيقة الإلكترونية كوسيلة إثبات متساوية في القيمة القانونية مع الوثيقة الكتابية العادية، كان لا بدُّ لها وأن تكون ثابتة، ومستمرة في مضمونها، وبمعنى آخر أن تكون الكتابة الإلكترونية على دعامة تضمن ثبات هذه الدعامة بشكل مستمر، حتى يمكن الرجوع إليها كلما لزم الأمر.

والحقيقة أن طبيعة الدعامة التي تُحمَلُ عليها الكتابة الإلكترونية، تجعل مضمون الوثيقة معرضاً للتلف لأسباب تقنية خارجة عن إرادة المستعمل، فقد تؤدي الأعطاب التقنية، أو سوء الاستعمال إلى تدمير الوثيقة الإلكترونية، مما يستحيل معه اللجوء إليها مرة ثانية لأي غرض كان.

وهذا يتوجب تدوين الكتابة على وسيط يتيح ثبات الكتابة عليه، واستمرارها، بحيث يمكن مراجعة شروط، وفقرات العقد أو عرضيه على القضاء في حالة نشوب خلاف بين الأطراف.

وهذا ما نصَّتْ عليه المادة (1/10) من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أنَّ مِنْ بين شروط الاعتداد بالسند الإلكتروني، (الاحتفاظ برسائل البيانات: عندما يقضي القانون بالاحتفاظ بمسندات، أو سجلات، أو معلومات بعينها، يستحق الوفاء بهذا المقتضى إذا تمَّ الاحتفاظ برسائل البيانات، شريطة تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً<sup>(4)</sup>).

(1) انظر: التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية: هادي مسلم يونس قاسم البشكاني، بحث غير منشور (رسالة دكتوراه)، كلية القانون، جامعة الموصل، (2002م)، (ص273-274).

(2) انظر: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة-: د. محمد فواز المطالقة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، (2008م)، (ص 212).

(3) انظر: دور التقينيات العلمية في الأثبات- دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، رقم(78)، (لسنة 2012م): د. عصمت عبدالمجيد بكر ومنشور على الرابط الآتي: <http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

(4) انظر: دور التقينيات العلمية في الأثبات- دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، رقم (78)، (لسنة 2012م): د. عصمت عبدالمجيد بكر ومنشور على الرابط الآتي: <http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

لكن يُمكن القولُ أنّ التطور التكنولوجي الحاصل الآن من حيث طرق تخزين، وكذا حجم تخزين البيانات الإلكترونية، يؤكدُ تقلص نسبة تعرض الدليل الكتابي الإلكتروني للتلف، أو الضياع، حيث ظهرت إمكانياتُ التحفيظ، والتخزين في ذاكراتٍ مختلفة داخل الدعامات الإلكترونية الواحدة، وبشكل أصبحت معه الوثيقة الإلكترونية تُحققُ شرطَ الاستمرار، والثبات اللازمين لقبول الدليل الكتابي في الإثبات<sup>(1)</sup>.

## 5- الإثبات :

من شروط الكتابة التقليدية، أن تكون خالية من أي عيب يؤثر في صحتها إذ يجب أن تكون خالية من الكشط، والحو، والتحشية، والاضافة، وأن لا يبعث المظهر الخارجي على الشك، إذ لا يُعمل بالسند إلا إذا كان سالماً من شبهة التزوير والتصنيع.

وهذا ما نصت عليه المادة (10/1ب) من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بصدد شروط الاستناد إلى المستند الإلكتروني، الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت، أو أرسلت، أو استلمت به، أو بشكل يُمكن إثبات أنه يمثل دقة المعلومات التي أنشئت، أو أرسلت واستلمت، ونصت القوانين الخاصة بالمعاملات، والتجارة الإلكترونية على ذلك<sup>(2)</sup>.

وبعد بيان شروط الكتابة الإلكترونية، كان لزاماً على الباحث توضيح الفرق بين السند الإلكتروني، والسند العادي، ويُمكن التعرف على ذلك في الفرع الآتي :

## الفرق بين السند العادي، والسند الإلكتروني<sup>(3)</sup> :

هناك بعض الفوارق بين السند الإلكتروني، والسند العادي تمثل الآتي :

1- لا يوجد للسند الإلكتروني كياناً ماديّ ملموس، بعكس السند الكتابي العادي، حيث إن السند العادي يُمكن الاطلاع عليه مباشرةً بدون وسيط إلكتروني؛ بينما السند الإلكتروني لا يُمكن الاطلاع عليه إلا باستعمال الوسيط الإلكتروني القادر على ترجمة البيانات التّقنيّة المحفوظة، إلى كتابة مفهومة من الإنسان، تظهر على شاشة الكمبيوتر، أو تُطبع على الورق.

2- السند العادي لا تُحيط به أية وسائط إلكترونية، ويُعتبر ثابتاً بشكل نهائيّ يمنع التلاعب فيه، بالحو، أو الكشط، بعكس السند الإلكتروني الذي لا يتمتع بصفة الدوام والثبات، حيث يُمكن تعديله، أو التلاعب فيه من أصحاب الاختصاص دون ترك أي أثر؛ وذلك لأن بعض الوسائط الإلكترونية التي تُستعمل لحفظ المعلومات يكون لها عمر افتراضي معين، إضافة إلى أن البرامج التّقنيّة قابلة للتغيير، والتطور، ما يتطلب القيام بنقل المعلومات المخزنة إلكترونياً، أو إعادة تخزينها بشكل جديد، ما قد يتيح التلاعب أثناء هذه العملية، مما يستلزم إجراءات تقنية معقدة للمحافظة على سلامة السند الإلكتروني بعكس السند العادي.

(1) حجية المستخرجات الإلكترونية في الإثبات: حفيظ علوي قادي، منشور على الانترنت، <http://droitdemaroc.blogspot.com>

(2) انظر: دور التّقنيات العلمية في الأثبات- دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، رقم(78)، (لسنة 2012م): د. عصمت عبدالمجيد بكر ومنشور على الرابط الآتي: <http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

(3) قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية: د. عبد الله الفرا، الطبعة الرابعة، مكتبة الطالب الجامعي، غزة، (2013م) (ص55).

3- إنَّ السند الإلكتروني يعتمدُ على ما يُسمَّى بـ (الدعامة الإلكترونية)، وهي تستوعبُ كمياتٍ هائلةٍ من المعلومات، بعكس الدعامة الورقية التي يُكتب عليها السند العادي؛ لذلك فإنَّ كتابة معلوماتٍ على دعامةٍ مُخزّنةٍ إلكترونيًا، لا يحتاجُ سوى ضغطة مفتاح إن صحَّ التعبير؛ لذلك بدأتُ جميعُ الدول تعتمدُ على أرشفةٍ معلوماتها إلكترونيًا، وليس ورقياً، إضافةً إلى ما يُوفِّره التعامل الإلكتروني من الجهد، والوقت، والنفقات. يتَّضحُ مما سبق أنَّ هناك فوارقٌ بين السند العادي، والسند الإلكتروني، هذه الفوارقُ منها ما هو إيجابي مثل السرعة، والدقة، وتوفير الجهد، والوقت، والنفقات، ومنها ما هو سلبي مثل إمكانية التلاعب، والتحليل، والسرقة؛ لذا يُمكنُ القولُ أنَّ السند الإلكتروني يجب أن يَتِمَّ حمايته من السرقة، والتغيير، والتشفير.

### المبحث الثالث : حُجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي :

بعد الحديث عن حقيقة الكتابة الإلكترونية وشروطها، بقي الاجابة عن التساؤلات الآتية :

- ما هو التأصيل الفقهي للكتابة الإلكترونية؟
- هل هناك ضوابط للعمل بالكتابة الإلكترونية في الفقه الإسلامي؟
- هل الكتابة الإلكترونية حجة في الإثبات الشرعي؟
- هل الشريعة الإسلامية تستوعب بمرورها مثل هذه المستجدات؟

يمكن الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال النقاط الآتية :

#### أولاً : التأصيل الفقهي للكتابة الإلكترونية :

العصر الذي نعيش فيه يُسمَّى بعصر التَّقْنِيَّةِ كما سبق وأن بيَّنا، وأصبحت التعاملات الإدارية، والتنظيمية تتم إلكترونيًا باستخدام أجهزة التقنية، كالحاسب الآلي، والإنترنت، وتُوجد صعوبة في إثبات التعاملات الإلكترونية، مما استدعى كثيرًا من الدول؛ لإيجاد التشريعات المنظمة لذلك<sup>(1)</sup>.

وحيث أن طرق اثبات الحق، أو الواقعة يتمُّ إثباتها أمام القاضي بوسائل، وطرق كثيرة، أهمُّها: الإثبات بالشهادة، والإثبات بالإقرار، والإثبات باليمين، والإثبات بالكتابة، والإثبات بالقرائن، والإثبات بعلم القاضي، والإثبات بالمعينة والخبرة<sup>(2)</sup>.

وبالنظر في الطرق والوسائل السابقة فإن الكتابة الإلكترونية غير مدرجة كونها من الوسائل الحديثة في الإثبات، فالسؤال الذي يطرح نفسه، هل طرق الإثبات في الفقه الإسلامي محصورة ومقيدة بعدد معين؟ أم هي مطلقة؟ بحيث يستوعب كل ما هو جديد من الطرق؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقول : -

(1) انظر: توثيق التعاملات الإلكترونية، مجلة بحوث المعاملات المصرفية، المجلد الخامس، كلية الشريعة والقانون، الإمارات، (2003م)، (ص 1847).

(2) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. محمد الزحيلي، مرجع سابق، (ص 140).

اختلف العلماء في حصر طرق الإثبات، وإطلاقها إلى فريقين :

- القول الأول :

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن طرق الإثبات محصورة في عدد معين مع اختلافهم في العدد، وهو مذهب جمهور العلماء منهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة<sup>(1)</sup>.

- القول الثاني :

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن طرق الإثبات ليست محصورة في عدد معين، بل تشمل كل ما يبين الحق، ويظهره مما يمكن جعله مستنداً لبناء الأحكام؛ وللخصوص أن يقدموا الوسائل التي تثبت الحق، وتُقنع المحكمة، وللقاضي أن يقبل من الأدلة ما ثبت منها لديه بعد وزن البيئات المقدمة في الدعوى، وقد قال به ابن تيمية<sup>(2)</sup> وتلميذه ابن القيم<sup>(3)</sup> وابن فرحون<sup>(4)</sup> والشوكاني<sup>(5)</sup>.

- سبب الاختلاف :

يرجع سبب الاختلاف في هذه المسألة إلى أن آيات الكتاب، وأحاديث السنة بيّنت، وحصرت طرق الإثبات في عدد معين، ومن ذلك: (الشهادة، والإقرار، واليمين ونحوه)، فهل هذه الوسائل التي حُصرت في أدلة الأحكام، هي وحدها التي يمكن الاعتماد عليها، أم يمكن إضافة أدلة، وطرق أخرى للإثبات؟ ولكل فريق أدلته، وأوردتها على النحو الآتي:

- أدلة القول الأول :

استدلوا بأدلة من القرآن والسنة والمعقول ومن هذه الأدلة :

- الدليل من القرآن والسنة :

ما نصت عليه آيات الكتاب وأحاديث السنة، وبيّنته من طرق إثبات، ومن ذلك : آيات الشهادة مثل قوله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ)<sup>(6)</sup>، وأيضاً على مَنْ أقرَّ عنده بالزنا بناءً على إقراره<sup>(7)</sup>، ومن ذلك أيضاً قوله ﷺ : " شَاهِدَاكَ، أَوْ يَمِينُهُ"<sup>(8)</sup> فهذه النصوص، وغيرها

(1) انظر: حاشية رد المحتار: ابن عابدين، مرجع سابق، (354/5). والفروق: للقرافي، مرجع سابق، (83/4)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن الرشد، ت 595هـ، تحقيق: عبدالحليم محمد بن عبدالحليم، الطبعة الثانية، مصر، دار الكتب الإسلامية (1403هـ)، (462/2)، والطرق الحكمية: ابن القيم، مرجع سابق، (ص83).

(2) انظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية، مرجع سابق، (394/35).

(3) انظر: إعلام الموقعين: ابن القيم، مرجع سابق، (71/1)، وله الطرق الحكمية، مرجع سابق، (ص9) وما بعدها.

(4) انظر: تبصرة الحكام: ابن فرحون، مرجع سابق، (172/1).

(5) انظر: نيل الأوطار: للشوكاني، مرجع سابق، (332/8).

(6) (سورة البقرة: جزء من الآية 282).

(7) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، (ص1318).

(8) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب القسامة، (8/9)، حديث رقم (6897).

بيّنت لنا طرق الحكم ووسائله، فكأنهم يقولون بوجوب الاقتصار عليها في بناء الأحكام لما فيها من كفاية وسد حاجة، فلا يجوز استحداث أخرى غيرها مما أنتجته عقول البشر ولم يأت به نص من قبل الشارع الحكيم.

- يُجَابُ عَلَى هَذَا الاستدلال من وجهين :

الأول : عدم وجود نص يُحدِّد طرق الإثبات، ويحصرها في عدد معين، وفي ذلك يقول ابن القيم: "وقد ذكر الله ﷻ نصاب الشهادة في القرآن في خمسة مواضع، فذكر (نصاب شهادة الزنا أربعة في سورة النساء، وسورة النور، وأمّا في غير الزنا فذكر شهادة الرجلين والرجل والمرأتين في الأموال... فهذا في التحمل، والوثيقة التي يحفظ بها صاحب المال حقه لا في طرق الحكم، وما يحكم به الحاكم، فإنّ هذا شيء، وهذا شيء (1)).

الثاني : أنّ ثبوت الحق في الواقع ونفس الأمر غير مُتَحَقِّق في الغالب، حتى فيما اتَّفَقَ عليه من أدلة، وإنما هو ترجيح لجانب الصدق على جانب الكذب فيها، ولو تُرِكَ الحكم بما تراءى لنا صدقُه وجزمنا به مع قيام الاحتمال -الذي لا دليل عليه في الظاهر - لكان ذلك إقراراً للظلم، وإطالة لأمده، وهو مُحَرَّم كما الظلم.

-الدليل الثاني من المعقول :

قالوا : "إنّ في إطلاق الإثبات، وعدم تقييده بطائفة مُعَيَّنة تعريضاً لحقوق الناس، وأموالهم، وأبدانهم للضياع والتفريط، فيجعلها عرضة للطامعين، وضعاف النفوس من الحكام والمحكومين؛ لأنّ حاكماً ظلماً لا يعدم أن يقول ثبت عندي كذا بأمانة كذا، وعليه وجب حصر طرق الإثبات، وعدم التوسّع فيها" (2).

ويُجَابُ عَلَى هَذَا الاستدلال : أنّ تعريض حقوق الناس للضياع، والابتدال قد يكون في الحصر لا في الإطلاق، ومع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال (3).

3- وقالوا : أنّ هذه الطرق هي التي ورد فيها نص شرعي صراحة، أو دلالة، فلا يُقْبَل غيرها في إثبات الدعوى، ولا يجوز للقاضي أن يحكم إلّا بناءً عليها، والذي دفعهم لذلك التَّحَوُّط في حفظ الحقوق، وعدم فتح الباب أمام الظلمة؛ للتسلط على أموال الناس، وحقوقهم بطرق واهية ضعيفة لا أساس لها من الشرع.

قال ابن نجيم الحنفي : "الحجة : بيّنة عادلة، أو إقرار، أو نكول عن يمين، أو يمين، أو قسامة، أو علم القاضي بعد توليته، أو قرينة قاطعة" (4).

وقال ابن رشد المالكي : "القضاء يكون بأربع : الشهادة، واليمين، والنكول، والإقرار" (5).

(1) انظر: إعلام الموقعين، ابن القيم، مرجع سابق، (1/1).

(2) انظر: طرق الاثبات لشرعية: أحمد إبراهيم بك وآخرون، الطبعة الرابعة، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، (ص41).

(3) انظر: التعبير شرح التحرير: علاء الدين أبو الحسن المرادوي الحنبلي، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، السعودية، (1421هـ)، (2388/5)، وكتاب أصول الفقه:

محمد بن المفلح الحنبلي، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، (1420هـ)، (802/2).

(4) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم، مرجع سابق، (ص 247).

(5) انظر: بداية المجتهد: ابن رشد، مرجع سابق، (462/2).

## - أدلة القول الثاني :

إنَّ جملة ما استدل به هذا الفريق: أنَّ هدف القضاء وغايته العدل، والبُعد عن الجور والظلم، فبأي طريق أمكن تحقيق ذلك فثم شرع الله ودينه، وقد يكون ما رفضوه أكثرُ بياناً، وأبلغ إظهاراً للحق، وأسطق حجة من غيره مما قالوا به، فلا يجوز عندئذ رفضه، أو ترجيح غيره عليه ما دام مساوياً له في القوة، أو زائداً عليه.

وقد أفاض ابن القيم الحديث في هذه المسألة في كتابيه: إعلام الموقعين، والطرق الحكمية، ومما قاله في كتابه الطرق الحكمية: "فإن الله سبحانه أرسل رسله، وأنزل كتبه؛ ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل، وأماراته، وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالةً، وأبين أماراً، فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها، وقياماً بموجبها، بل بين سبحانه بما شرعه من الطرق أنَّ مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأبي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له"<sup>(1)</sup>.

## -الرأي الراجح :

بعد عرض أدلة الفريقين يُمكن ترجيح القول الثاني، القائلين بعدم حصر وسائل وطرق الإثبات في عدد معين، وذلك للأسباب الآتية:

إنَّ القرآن الكريم والسنة النبوية يؤيدان هذا القول، فالشريعة تسعى إلى حفظ الحقوق وصونها، وهذا مقصود القضاء وهدفه، فبأي طريق تحقق ذلك فثم شرع الله، وليس من الإنصاف قصر الإثبات على طرق دون أخرى بغير دليل يشهد لذلك، خاصة إذا كان ما تركناه منها أكثر إثباتاً، وأسطق بياناً، وأقوى حجةً مما أخذنا به، أو مثله على أقل تقدير، وقد علمنا أنَّ ما جاءت به النصوص هو ذكر لبعض طرق الإثبات، ولا يعني هذا بحال حصر الإثبات في ذلك العدد.

فحاجتنا إلى تعدد طرق الحكم تحملنا على أن نجعل ما ثبت منها أساساً نسير عليه في قبول غيرها من البيئات، والعمل به، أو رفضه، فما عادلها، أو كان فوقها قوة وإظهاراً للحق قبلناه، وما كان دونها رددناه، فروح الشريعة تأبى أن نرفض حقاً ثبت بما سطعت به الأدلة وأبانت حقه بياناً وقوة.

كما أنَّ القضاء يقوم على تغليب جانب الصدق على جانب الكذب بناءً على ما توفر لدى القاضي من أمارات، سواء في ذلك ما كان منها موطن اتفاق بين الفقهاء من شهادة، وإقرار ويمين، أو غيره، فهو قضاء بغالب الظن، وبما تراءى للحاكم أنَّه الحق والعدل، وليس هو قطعاً بالصدق والعدل، ولو انتظرنا ظهور أمارات قاطعة وأدلة دامغة في كل مرة احتجنا فيها حكماً لتعطل القضاء، وطالت المنازعات، ولما استقرَّ حكمٌ أبداً.

(1) انظر: الطرق الحكمية: ابن القيم، مرجع سابق، (ص9).

كما أن أدلة القول الثاني القائلين بعدم حصر طرق الإثبات أقوى من أدلة مخالفيهم، وفي ذلك يقول د. الزحيلي: "يظهر مما سبق أن الجمهور لا حجة لهم من القرآن الكريم، ولا دليل من السنة الصحيحة على حصر طرق الإثبات..."<sup>(1)</sup>.

ومن هنا، فإن تحقيق مبدأ العدل الذي هو أساس القضاء يقتضي الحكم بكل بيئة شكلت قناعة قضائية بصدقها، فكل بيئة بلغت قوة وإثبات ما اتفق عليه من طرق إثبات وجب قبولها والحكم بها، وما كان منها فوق ذلك كان أولى قبولاً.

فالأصل في الخصوم أن يُقدّموا الوسائل التي تُثبت الحق، وتُفنع المحكمة، وللقاضي أن يقبل من الأدلة ما ثبت منها لديه بعد وزن البيّنات المُقدّمة في الدعوى، وعلى هذا الأصل يتخرج السجل، أو الحرر الإلكتروني، وكذلك الكتابة الإلكترونية، كوسيلة معاصرة في إثبات الحقوق لدى القضاء.

وقد تبين لنا دقة وصحة ما ذهب إليه المحققون من الفقهاء، كابن تيمية، وابن فرحون، وابن القيم، أن البيئة تشمل كل ما يُثبت الحق ويبيّنه؛ وهذا أمر مُؤصّل في أدلة كثيرة من القرآن والسنة نصّ عليها هذا الفريق في كتبهم المتخصصة في القضاء، والسياسة الشرعية، وبناءً على ذلك نستطيع القول إن الفقه الإسلامي يستوعب كل ما يتوصل إليه علماء العصر من تقنيّة في مجال إثبات الحقوق، ومنع الجرائم ما دامت قاطعة في الحقوق التي لا تثبت إلّا بأدلة قطعية، أو ظنية في الحقوق التي تثبت بأدلة ظنية، أمّا الأدلة التي تُفيد الشكّ، والوهم، والتردد شرعاً، وعقلاً، وواقعاً، فلا يُبنى عليها حكمٌ، أو قرار.

إذا ثبت هذا: فإن الكتابة الإلكترونية، تأخذ حكم البيّنات الخطية بنوعيتها الرسمي، والعادي، كلٌّ وفق موضوعه، وجهة اختصاصه، ويُعطي الفقه الإسلامي السلطة التقديرية المقيدة بالمصلحة، والعدل إلى القضاء، وفيما يلي بيان ذلك<sup>(2)</sup>:

- 1- الكتابة دليل من أدلة الإثبات، سواءً كانت عادية، أم إلكترونية، رسمية، أم عرفية.
- 2- السندات الرسمية هي التي ينظمها الموظفون الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقاً للأوضاع القانونية، ويُحكمُ بها دون أن يُكلّفَ مُبرزها إثبات ما نص عليه فيها، ويُعمل بها ما لم يُثبت تزويرها، أي: حجة قاطعة فيما نُظمت لأجله، ولا تقبل الطعن إلّا بالتزوير، وهذا يشمل الوثائق التي تصدر عن الحكومات الإلكترونية.
- 3- السند العادي: هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه، أو على خاتمته، أو بصمة إصبعه، وليست له صفة السند الرسمي، ومن احتج عليه بسند عادي، وكان لا يريد أن يعترف به، وجب عليه أن يُنكر صراحةً ما هو منسوب إليه من خط، أو توقيع، أو خاتم، أو بصمة إصبع، وإلا فهو حجة عليه بما فيه.
- 4- تكون للرسائل قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات، ما لم يُثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً بإرسالها، وتكون للبرقيات هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المُودع في دائرة البريد موقعاً عليه من مُرسلها، وتكون للرسائل الفاكس، والتلكس، والبريد الإلكتروني قوة السندات العادية في الإثبات، وتكون رسائل التلكس بالرقم السري

(1) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. محمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، (ص 612).

(2) انظر: الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي: د. علي بن عبدالأحمد أبو البصل، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والأنظمة بجامعة الطائف، (1433هـ

المتفق عليه بين المرسل، والمرسل إليه حجة على كل منهما، وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة، أو الموقعة قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات، ما لم يُثبِتْ مَنْ نُسِبَتْ إِلَيْهِ أَنَّهُ لَمْ يَسْتَخْرِجْهَا، أو لَمْ يُكَلِّفْ أَحَدًا بِاسْتِخْرَاجِهَا.

ثانياً : ضوابط الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي :

ويُشترط في الكتابة الإلكترونية حتى تُعتبر حجة في الإثبات الشرعي الضوابط الآتية :

- إمكانية القراءة، أي: أن تكون الرسالة مُعبّرة عن محتواها.
  - القدرة على الاحتفاظ بالمعلومات؛ لإمكان الرجوع إليها عند الحاجة.
  - عدم القابلية للتعديل، أي عدم قابلية المحرر الإلكتروني للتعديل والتغيير، ويهدف هذا الشرط إلى إضفاء عنصر الثقة والأمان على المحرر الإلكتروني؛ حتى يُمكن الاعتماد عليه ومنحه الحجة الشرعية والقضائية.
- وإذا استوفت الكتابة الإلكترونية الشروط السابقة أصبحت حجة، كالدليل الكتابي الذي يتمتع بالحجية في الإثبات الشرعي.

ثالثاً : ضوابط الكتابة الإلكترونية ومدى انسجامها مع المُعتمد لدى الفقهاء :

لقد فصلنا القول في هذه الشروط، عند حديثنا عن شروط الكتابة الإلكترونية في قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني، ولكن الذي يعيننا في هذا المقام، أن نربط بين هذه الشروط، وما هو مُعتمد عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك للرد على التساؤل الآتي: هل الفقه الإسلامي يستوعب هذه المستجدات؟، وهل يُمكن أن تُعتمد شروط الكتابة الإلكترونية سابقة الذكر كشروط للكتابة الإلكترونية في الفقه الإسلامي؟

يرى الباحث أنه بالرجوع إلى الكتب الفقهية يُلاحظُ أن شرط التوثيق مُدرجٌ ضمن شروط الكتابة التقليدية في الفقه الإسلامي، والتي من الممكن أن نعتمد عليها في اعتماد السند الإلكتروني حجةً في الإثبات ويتضح ذلك في النقاط الآتية :

1- توثيق الكتابة وحفظها من التزوير والتصنيع :

إنّ الكتابة في الفقه الإسلامي تسير التقدم، وتواكب المدنية، والرقي، وتُعتبر مرحلة عالية في نهضة الأمم في وسيلة التعلم، ونقل العلوم، وتسجيل الأفكار، وهي أسلوب التنظيم والضبط، وهي طريقة الحفظ، والتثبت للحقوق، والمعلومات.

وقد استُعْمِلَت الكتابة أيضاً في توثيق الحقوق، وكتابة المعاملات، وفي نقل الشهادات، والأحكام بين القضاة، وفي إثبات الحق أمام القاضي، واستمرت كذلك حتى فشا الفساد، وانتشر التزوير، وضعفت الأخلاق، فضعف شأنُ الكتابة، وقُلَّ الاعتمادُ عليها في الإثبات احتياطاً، وتورُّعاً، وجاء العصر الحديث، وتطوّر الزمن، وعادت الكتابة أدراجها في الاستعمال، وأصبحت أهمُّ وسيلةً في الإثبات، وجرى العرف على ذلك، واحتاطوا في دفع كل ريب، أو شك أو تزوير فيها، وتقدمت وسائل كشف التزوير ومضاهاة الخطوط حتى أصبحت فناً قائماً بذاته، فإذا ثبتت الكتابة وجب الحق لصاحبه، وإن تبين التزوير عُوقب صاحبه عقاباً شديداً<sup>(1)</sup>.

(1) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. محمد الزحيلي، مرجع سابق، (412/1).



فالتزوير في الكتابة لا يقل عن شهادة الزور، وقد بين ﷺ حرمة الزور بشكل مباشر حيث قال تعالى: (فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ)<sup>(1)</sup>.

والأصل في التزوير أنه مُحَرَّمٌ شرعاً بكل صُورِهِ، وأشكاله، سواءً أكان ذلك بالقول، كشهادة الزور، أم بالفعل كتزوير الوثائق، أو المستندات، أو التواريخ.. الخ، بل هو من أكبر الكبائر، وأشدَّ المحرمات<sup>(2)</sup>.

وقد اتفق فقهاء المذاهب كلها على تحريم التزوير، واعتباره من الكبائر، بل تشددوا في هذه القضية، فجعلوه من أكبر الكبائر؛ لاقتران التزوير، وشهادة الزور بالإشراك بالله، وعبادة الأوثان، وهذا لا يكون إلا في أعظم الكبائر التي نهى ﷺ عنها في كتابه العزيز، حيث أن الله ﷻ يغفر أي ذنب إلا الإشراك بالله، وإذا اقترن شيء بالإشراك بالله أخذ حكمه<sup>(3)</sup>، قال تعالى: (إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ افْتَرَىٰ إِثْمًا عَظِيمًا)<sup>(4)</sup>.

فهذه الآية الكريمة من أكثر الآيات التي اعتمد عليها الفقهاء في تحريم التزوير، بل إنهم عدُّوه من الكبائر؛ ذلك أن الله ﷻ قرَنَ بين التزوير، وعبادة الأوثان التي هي من الكبائر، فانسحب حكمها على التزوير؛ ولأنَّ المشرك يزعمُ أنَّ الوثن يُحقق له ما يُريد من خلال تحسينه للباطل المزعوم للناس حتى ظنوه حقاً، فالخرف، وحرَفَ غيره عن الحق المستبين، وكذلك التزوير حَسَّنَ الباطل؛ حتى يظهر أنه حق، فيصل الظالم لمتبغاه<sup>(5)</sup>.

فالكتابة التي تُعتبر مداراً للحكم عند النزاع، يجب أن تخلو من شائبة التصنيع والتزوير، وإنَّ الإثبات بالكتابة يقتضي التأكّد من صحتها، وسلامتها، أنها خالية من التزوير والتغيير، وهذا أمرٌ مُسَلَّمٌ به، لا يُشكُّ في اعتباره، والتسليم به<sup>(6)</sup>.

وقد تطوّر العلم، وأصبح بالإمكان كَشْفُ تزوير الوثائق المطعون فيها، وذلك بوضعها تحت الميكروسكوب، واكتشاف النقط الدقيقة التي تُؤيد، أو تنفي التزوير، وقد يجدُ إضافة كلمات، أو حروف أضيفت بمهارة، أو يجد أن الحروف، والكلمات تنقصها الخواص المميزة لكتابة الكاتب المشهور، كما يُستخدم التصوير بالأشعة فوق البنفسجية؛ لإظهار التغييرات، والكشف في الصكوك المالية، والوصايا، وأوراق البنوك، وغيرها، وأصبحت دراسة المستندات علماً يحتاج إلى مهارة، وتخصص فائقيين، فالخبر في كَشْفِهِ عن التزوير لا يكتفي بمقارنة الخواص العامة للكتابة؛ ولكنه يبحث في نوع الورق، وأصناف الحبر...، فأنواع الورق كثيرة، ويختلف باللون، والسُمك، وفي الصفات، والعمر<sup>(7)</sup>.

(1) (سورة الحج: من الآية 30).

(2) انظر: أحكام جرائم التزوير في الفقه الإسلامي: سامر برهان محمود حسن، بحث غير منشور، (رسالة ماجستير)، جامعة النجاح، فلسطين، (2010م)، (ص22).

(3) انظر: المبسوط: للسرخسي، مرجع سابق، (154/3)، الفواكه الداني، مرجع سابق، (64/16)، الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، (319/16)، المغني: لابن قدامة، مرجع سابق، (223/10)، المحلى: ابن حزم، مرجع سابق، (178/6).

(4) (سورة النساء: الآية 48).

(5) انظر: الكشف عن حقائق التنزيل وعبون الأقاويل في وجوه التأويل: أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، (تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث، (155/3).

(6) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. محمد الزحيلي، مرجع سابق، (ص 440).

(7) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. محمد الزحيلي، مرجع سابق، (ص 440).

كل ذلك ينطبق على كَشْفِ التزوير والتصنيع في المستندات الورقية، ولكننا اليوم أمام مستندات ومُحررات إلكترونية، لا تُوجد فيها خصائص المستندات الورقية، ومن السهل التزوير والتصنيع، والتحريف فيها، كما أنَّ المُحررات الإلكترونية مثبتة على دعوات إلكترونية، من السهل السيطرة عليها، والتزوير فيها؛ لأجل ذلك كان لا بدَّ من وجود ضمانات تقي السند الإلكتروني من التحريف، والتزوير، والتصنيع، سنتعرَّفُ عليها عند حديثنا عن ضوابط التحريف، والتزوير في الكتابة الإلكترونية.

## 2- حفظ الكتابة والإشهاد عليها :

لم يقتصر الأمر في الفقه الإسلامي على التوثيق، والتثبت في الكتابة؛ لحمايتها من التزوير، والتصنيع، بل تعدَّى الأمر إلى أكبر من ذلك، حيثُ أنَّ الفقه الإسلامي أكدَّ على ضرورة حفظ الكتابة، والإشهاد عليها حتى من صاحب الخط نفسه.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، وكان منشأ الخلاف أنَّ الخط هل هو للتذكر؟ أم هو للضبط والحفظ؟ والمسألة نُوقشت من قَبْلُ، ويُمكن مراجعتها من مظانها<sup>(1)</sup>.

## 3- إمكانية الاحتفاظ بالسند الإلكتروني في شكله الأصلي للرجوع إليه عند الحاجة :

هذا ما أكدَّ عليه الفقه الإسلامي سابقاً، حيث اشترط الفقهاء في السند الكتابي، وخاصةً الرسمي أن يُحفظَ في ملفات، وسجلات رسمية؛ ليتمَّ الرجوعُ إليه عند الحاجة إليه، وأن يُؤمَّنَ من التزوير في الخطوط<sup>(2)</sup>، ومن هنا نشأت الأرشفة للسجلات والدواوين، والتي سنفصل القول فيها عند حديثنا عن أثر التَّقْيِيَّات الحديثة في أرشفة سجلات المحاكم.

## رابعاً: ضوابط التحريف والتزوير في الكتابة الإلكترونية :

لو تقدم شخص بدعوى للقضاء يتَّهمُ أحداً بسرقة مشروع، أو بحثه أو كتابه مثلاً، وأثبت دعواه بأوراق مُقتبسة من رسائل البريد الإلكتروني أو الفاكس، تَبَّتْ دعواه، أو اتَّهم شخص آخر بالتَّصل من اتِّفاق مُعين، وأثبت دعواه بورقة يُقر فيها المدعى عليه، ولكن هذه الورقة هي سند إلكتروني، فهل يُعتبر هذا السند، أو الرسالة حُجة يُمكن أن يعتمد عليها القاضي؟ أم لا؟

للإجابة على هذا الاستفسار يُمكن القول أنَّ الأوراق، والسندات الإلكترونية تُعتبر حُجة في الإثبات الشرعي إذا ما توافرت فيها الضوابط الآتية :

## 4- الاستعانة بخبراء الكَشْفِ عن التزييف والتزوير:

وذلك بأن يتمَّ الاستعانة بالخبراء؛ لإجراء -عمليات الكَشْفِ، والتَّثْبِتِ مِنْ مُحتوى الوثائق الإلكترونية، ومن ثمَّ تقديم التقرير الذي يُعدُّ هو البيِّنة والدليل، وليس الوثائق الإلكترونية؛ لكنَّه مسلك تَأْبَهُ- ترفضه- بعض النُظُم

(1) للتوسع في هذه المسألة انظر: بدائع الصنائع: في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ت 587هـ، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، الطبعة الأولى، بيروت، دار إحياء التراث العربي (1417هـ)، (273/7)، والبحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، (72/7)، والأُم: للشافعي، مرجع سابق، (140/7)، والمغني: ابن قدامة، مرجع سابق، (136/6)، ونهاية المحتاج: للرملي، مرجع سابق، (247/8)، والطرف الحكيمية: ابن القيم، مرجع سابق، (ص 214)، وتبصرة الحكام: لابن فرحون، مرجع سابق، (365/1)، ووسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية: د. محمد الزحيلي، مرجع سابق، (468/1).

(2) للتوسع في موضوع إثبات صحة أوراق الإثبات انظر: القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية: د. محمود هاشم، الطبعة الأولى، عمادة شؤون المكتبات - جامعة الملك سعود، الرياض، (1408هـ-1988م)، (ص 251-265).

القانونية عوضاً عن معارضته؛ لأسس، وأغراض إجراء الخبرة، وطبيعتها، كهيئة تخضع للمناقشة، والاعتراض، والرفض، والقبول<sup>(1)</sup>.

#### 5- أن تخضع الكتابة الإلكترونية لإجراءات أكثر أمناً :

فكما قلنا سابقاً أنه تمّ التوصلُ إلى برامج حاسوبٍ تسمحُ بتحويل النص القابل للتعديل إلى صورة ثابتة لا يمكن تعديلها إلا بإتلافها، ومنها: حفظ المحررات الإلكترونية في صيغتها النهائية، وبشكل لا يقبل التعديل في صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص، تُهيمُنُ عليه جهات معتمد، هذا على صعيد المحرر، والسند الإلكتروني.

أما التوقيع الإلكتروني، فقد أمكن توثيقه وضبطه عن طريق نقل التوقيع المحرر بخط اليد إلى الوثيقة الإلكترونية بعد تصويره بالماسح الضوئي (سكانر)، أو عن طريق استخدام البطاقات الممغنطة، والرقم السري، أو عن طريق الضغط على زر مُعين في لوحة الحاسوب يُفيد الموافقة على التعاقد، أو اعتماد التوقيع بالخواص الذاتية (بيومتري) مثل بصمة الإصبع، أو بصمة شبكية العين، أو البصمة الصوتية، أو بصمة الشفة، ونحو ذلك، وأخيراً تمّ التوصلُ إلى ما يُسمى بالتوقيع الرقمي، الذي يمكن إعداده من خلال معادلات رياضية، لا يمكن لأحدٍ أن يُعيدها إلى الصيغة المقروءة إلا مَنْ لديه (المفتاح).

#### 6- أن تشفع الكتابة الإلكترونية، أو السند الإلكتروني بالسند الورقي من باب الاحتياط :

إضافة إلى الضوابط السابقة، فإنه ينبغي على القاضي أن يكون مُتفهمًا لفحوى التقدّم التقنيّ، وأن يكون قريباً من هذه التطورات، فيكون مُلمّاً بها إلماماً جيداً؛ لأن مثل هذه القضايا ستُعرضُ عليه؛ وحتى لا تكون غريبة عليه، ومجهولة بالنسبة إليه.

لذا يقترح الباحث: (أن تشتمل المناهج الدراسية للمتأهلين للقضاء على مساقات تُعنى بالتكنولوجيا الحديثة مثل مساق (الرخصة الدولية لقيادة الحاسوب ICDL) - أو أن يتم تنظيم دورة للقضاة بواسطة المعهد العالي للقضاء لإعطاء هذه الرخصة مثلاً).

كما يقترح الباحث: (سن قوانين وتشريعات رادعة للمزورين: وفرض عقوبات على الجرائم الإلكترونية والتي من أخطرها التزوير، والتصنيع في المستندات الرسمية وغير الرسمية).

فإذا ثبت ذلك فإنه يتعين علينا بيان حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي وتتعرف على ذلك من خلال الآتي :

(1) انظر: التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية: د. يونس عرب، ورقة عمل مقدمة أمام الندوة العلمية الخامسة حول دور التوثيق والمعلومات في بناء المجتمع العربي - النادي العربي للمعلومات - دمشق.

## خامساً: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات الشرعي:

مع تطور أساليب الكتابة عموماً وتنوعها بفضل التقدم العلمي في مختلف المجالات، وظهور أساليب لم تكن معروفة، فُتِحَتْ أفاقٌ واسعة أمام الباحث، والقاضي، والحامي، وتساءل الجميع عن مدى حجية هذه الوسائل الحديثة، بعدما اعتاد الجميع على طُرُق تكاد تكون واضحة، ومحددة للإثبات، وهي إما بواسطة السندات العادية أو الرسمية.

وقد استمر العمل بهذه السندات التقليدية سنوات طويلة بحيث استقرت الاجتهادات، والأحكام القضائية، والفقهية حولها وأصبحت لا يكاد يختلف عليها اثنان.

وبفعل التقدم العلمي، والتكنولوجي، وظهور التعاقد والتواصل عبر الإنترنت، استُحْدِثَتْ أدواتُ إثبات، ووسائل لم تكن معروفة في السابق، فقد ظهر السند الإلكتروني، والرسالة الإلكترونية، والدعامة، كما ظهر الفاكس، والتلكس، والبريد الإلكتروني، وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة، فكانت الحاجة ماسةً للحديث عن مدى حجية هذه الوسيلة في الإثبات الشرعي.

كما يمكن القول بأن حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات لا يأبها الفقه الإسلامي؛ بشرط تحقق الشروط السابقة للكتابة الإلكترونية، حيث إن قواعد الكتابة الإلكترونية التي تحدتت عنها الأنظمة الدولية، وقانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني تتفق مع مبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية، ويتضح ذلك من خلال النقاط الآتية:

إنَّ القضاء الإسلامي بتشريعاته الخالدة صالح لكل زمان ومكان، حتى يرث الله الأرض ومن عليها، ولما كانت الكتابة الإلكترونية من الوسائل المعاصرة لإثبات الحقوق، أخذ بها التشريع الإسلامي شريطة الدقة، والصحة، والعدالة الكاملة في إصدار الحكم؛ وذلك لأنَّ القضاء الإسلامي شرع من أجل الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، ونصرة المظلوم، وإيصال الحق إلى مستحقه، ومنع استبداد القوي بالضعيف، والضرب على أيدي أهل الفساد، وصيانة الأعراض والأموال والأرواح؛ حتى يتحقق للإنسان الطمأنينة النفسية<sup>(1)</sup>.

كافة وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية تهدف إلى إظهار الحق، وتحقيق العدل بين المتخاصمين، وبالتالي يجوز اللجوء لأية وسيلة مشروعة تُثبت الحق، وتُظهره سواء كانت كتابية أو إلكترونية.

لا يُشترطُ الإثباتُ في الفقه الإسلامي بالكتابة على ورق مُحدِّدٍ أو مواد مُعينة؛ بل يجوز الكتابة على الحجر، والورق، والشجر وبالتالي يقبلُ الفقه الإسلامي الإثبات بالفاكس، والتلكس.

يُحقق التوقيع الإلكتروني كل الوظائف التي يقوم بها التوقيع العادي، ويحافظ على مستوى الأمن، والخصوصية، بل ويضفي نوعاً من الثقة في المعاملات.

فالكتابة الإلكترونية كما سبق وأن قلنا لم تكن معروفة في الماضي، بل هي نتاج التقدم العلمي الحديث، ومُؤاكبة لما هو جديد، حيث لم يتحدث الفقهاء عن هذه الطريقة من طرق الإثبات من قبل، وعليه فإنه يجوز استخدام هذا النوع من الإثبات طالما أنه يساعد القاضي في إحقاق الحق والعدل.

(1) انظر: مدى حجية وسائل الإثبات المعاصرة في القضاء الإسلامي د. فخري خليل أبو صفية، بحث منشور في مجلة جامعة اليرموك إربد- الأردن، (ص 5).

يقول ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين: "فإذا ظهرت أمارات الحق، وقامت أدلة العقل، وأسفر صبحه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره، والله تعالى لم يَحْصُرْ طرق العدل، وأدلته وأمارته في نوع واحد، وأبطل غيره، فأبي طريق استُخْرِجَ بها الحق، ومعرفة العدل، وَجَبَ الحكم بموجبها ومقتضاها، والطرق أسباب، ووسائل لا تُراد لذواتها، وإنما المراد غاياتها التي هي المقاصد"<sup>(1)</sup>.

يُفْهَمُ مِنْ كَلَامِهِ - رحمه الله - النَّصُّ الصَّرِيحُ عَلَى عَدَمِ التَّقِيدِ بِطَرِيقٍ مُحَدَّدٍ لِلإِثْبَاتِ، فَأَيُّ سَبِيلٍ يَبِينُ بِهِ وَجْهَ الْحَقِّ يَكُونُ دَلِيلًا مُعْتَبَرًا مَا دَامَ قَدْ كَشَفَ لِلْقَاضِي وَجْهَ الدَّعْوَى.

وبناء على هذا القول الذي يقضي بعدم حصر أدلة الثبوت عنده، فقد ذكر في كتابه الطرق الحكمية كثيرًا من طرق القضاء التي يخالفه فيها كثير من الفقهاء كالقرعة، وشهادة الكفار، والفراسة، وغيرها.

#### الخلاصة:

يُسْتَخْلَصُ مِمَّا سَبَقَ أَنَّ الإِثْبَاتَ بِوَسْطَةِ الْكِتَابَةِ الإِلِكْتَرُونِيَّةِ، وَاسْتِخْدَامِ التَّوْقِيعِ الإِلِكْتَرُونِيِّ هُوَ وَسِيلَةٌ تُوَاقِبُ التَّطَوُّرَ، وَلَا يُوْجَدُ مَشْكَلَةٌ فِي الْإِعْتِمَادِ عَلَيْهَا فِي الإِثْبَاتِ الشَّرْعِيِّ، عَلَى أَنْ تَأْخُذَ حُكْمَ الْبَيِّنَاتِ الْخَطِيئَةِ بِنَوْعِيَّهَا الرَّسْمِيِّ، وَالْعَادِيِّ، كُلٌّ وَفَوْقَ مَوْضُوعِهِ، وَجِهَةٌ اِخْتِصَاصِهِ، وَيُعْطِي الْفَقْهَ الْإِسْلَامِي السُّلْطَةَ التَّقْدِيرِيَّةَ الْمُقَيَّدَةَ بِالْمَصْلَحَةِ، وَالْعَدْلَ إِلَى الْقَضَاءِ، مَعَ التَّكْثِيرِ عَلَى أَهْمِيَّةِ أَنْ تَشْفَعُ هَذِهِ الْوَسَائِلُ الْحَدِيثِيَّةُ بِالسَّنَدِ الْكِتَابِيِّ مِنْ بَابِ الْإِحْتِيَاظِ.

#### النتائج والتوصيات:-

لقد خلص الباحث إلى جملة من النتائج والتوصيات وهي على النحو الآتي:

#### أولاً: النتائج:

يمكن إبراز أهم النتائج التي توصلت إليها في الأمور الآتية:

- 1- الكتابة الإلكترونية هي: (مجموعة الأحرف، أو الكلمات، أو الأرقام والرموز، أو أية علامات أخرى، تثبت على دعامة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أيّة وسيلة أخرى أيًا كانت ركيزتها، أو كان شكلها، على أن تُعبرَ عن معنى دقيق، وتُعطي دلالة قابلة للإدراك).
- 2- ظهر من خلال هذا البحث أن أسلوب الكتابة التقليدية قد تغيّر وتطور بفعل تطور أساليب التكنولوجيا الحديثة، وذلك في ظل الحاجة، والسرعة، واختصار الإجراءات، وترشيد النفقات، فظهر السند الإلكتروني، وهو الكتابة بواسطة رموز معينة على رقائق الكمبيوتر، والدعامات بحيث يمكن الأطراف من قراءة هذه المعلومات التي تم الاتفاق عليها فيما بينهم بالرجوع إلى الحاسوب ودون حاجة لتبادل الأوراق.
- 3- اتضح من خلال هذا البحث أن هناك فوارق بين السند العادي والسند الإلكتروني، وهذه الفوارق منها ما هو إيجابي مثل السرعة، والدقة، وتوفير الجهد، والوقت، والنفقات، ومنها ما هو سلبي مثل إمكانية التلاعب، والتحايل والسرقة؛ لذا يمكن القول بأن السند الإلكتروني يجب أن يتم حمايته من السرقة والتغيير والتشفير.

<sup>(1)</sup> إعلام الموقعين: ابن القيم، مرجع سابق، (373/4).

- 4- إنَّ السَّنَدَات الإلكترونية سواء كانت رسمية، أو عرفية تتمتع بنفس الحجية التي تثبت للسندات الرسمية، والعرفية في مجال الإثبات، طالما توافرت فيها شروط وضوابط معينة، أما إذا لم يتوافر للسند الإلكتروني هذه الشروط والضوابط، فليس له إلا حجية مبدأ الثبوت بالكتابة، وللقاضي عندئذ أن يعمل سلطته التقديرية بشأنها، وله في ذلك أن يعززها بشهادة الشهود أو بتوجيه اليمين المتممة وغير ذلك من الأدلة.
  - 5- لا يُشترَطُ الإثبات في الفقه الإسلامي بالكتابة على ورق محدد، أو مواد معينة؛ بل يجوز الكتابة على الحجر، والورق، والشجر، وبالتالي يقبل الفقه الإسلامي الإثبات بالفاكس، والتلكس، وغيرها من وسائل التواصل والاتصال الحديثة.
  - 6- الكتابة الإلكترونية لم تكن معروفة في الماضي، بل هي نتاج التقدم العلمي الحديث، ومواكبة لما هو جديد، حيث لم يتحدث الفقهاء عن هذه الطريقة من طرق الإثبات من قبل، وعليه فإنه يجوز استخدام هذا النوع من الإثبات طالما أنه يساعد القاضي في إحقاق الحق والعدل.
  - 7- تبيّن من خلال البحث أن الأوراق، والسندات الإلكترونية تُعتبر حُجَّةً في الإثبات الشرعي إذا ما توافرت فيها الضوابط الآتية: (الاستعانة بخبراء الكشف عن التزييف والتزوير، وأن تخضع الكتابة الإلكترونية لإجراءات أكثر أمنًا، وأن تشفع الكتابة الإلكترونية، أو السند الإلكتروني بالسند الورقي من باب الاحتياط).
- ثانيًا: التوصيات :

- 1- عقد المزيد من المؤتمرات والندوات وورش العمل لبيان دور التقنية الحديثة في الإثبات الشرعي.
  - 2- يوصي الباحث الدول الإسلامية العمل على مراجعة قوانينها والعمل على تطويرها ومواكبتها للمستجدات الفقهية.
  - 3- تعميق الدراسات التي تتعلق بموضوع التّقنيات الحديثة، والتي لها علاقة مباشرة بالأحكام القضائية.
- ✓ المصادر والمراجع :

القرآن الكريم.

- إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت: حسن عبدالباسط جميعي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2000م).
- إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت: د. حسن عبدالباسط جميعي، دار النهضة العربية، القاهرة، (2000م).
- إثبات التعاقد الإلكتروني: د. محمد جبر الألفي، <http://www.alukah.net/sharia>
- أحكام إجراء الشهادات بالوسائل الحديثة: محمد طلال العسلي، بحث غير منشور (رسالة ماجستير) الجامعة الإسلامية بغزة.
- أحكام جرائم التزوير في الفقه الإسلامي: سامر برهان محمود حسن، بحث غير منشور، (رسالة ماجستير)، جامعة النجاح، فلسطين، (2010م).
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي، تحقيق: الشيخ عبدالرحمن الوكيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة (1409هـ).
- انترنت شبكة المعلومات المحسوبة: عامر إبراهيم قندلجي، مجلة الموقف الثقافي العدد (112) لسنة (1998م)،
- الانترنت شبكة معلومات العال: ترجمة وأعداد ناطق خلوصي، الموسوعة الصغيرة، بغداد، (1999م).

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن الرشد، ت 595هـ، تحقيق: عبدالحليم محمد بن عبدالحليم، الطبعة الثانية، مصر، دار الكتب الإسلامية (1403هـ).
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لابن فرحون اليعمري، تحقيق: جمال مرعشلي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، (1416هـ).
- التحرير شرح التحرير: علاء الدين أبو الحسن المرادوي الحنبلي، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، السعودية، (1421هـ).
- التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية : د. يونس عرب، ورقة عمل مقدمة أمام الندوة العلمية الخامسة حول دور التوثيق والمعلومات في بناء المجتمع العربي - النادي العربي للمعلومات - دمشق.
- التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة): سمير حامد عبدالعزيز الجمال، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2006م).
- التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الأثبات - دراسة مقارنة: - عباس العبودي، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، (1997م).
- التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية: هادي مسلم يونس قاسم البشكاني، بحث غير منشور (رسالة دكتوراه)، كلية القانون، جامعة الموصل، (2002م).
- توثيق التعاملات الإلكترونية، مجلة بحوث المعاملات المصرفية، المجلد الخامس، كلية الشريعة والقانون، الإمارات، (2003م).
- التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية: د. عمر حسن المومني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع عمان، (2003م).
- الجامع الصحيح لسنن الترمذي، الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، المتوفى سنة 279هـ، تحقيق: الشيخ أحمد شاکر، دار الحديث، القاهرة.
- الجامع الصحيح، أبي عبد الله البخاري، المتوفى سنة 256هـ، المطبعة الأميرية، مصر، (1314هـ).
- الجامع الصحيح، للإمام مسلم بن الحجاج، المتوفى سنة 261هـ (مع شرح النووي عليه).
- الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة: ابراهيم الدسوقي أبو الليل، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، بالتعاون مع مركز الامارات للبحوث الاستراتيجية ومركز تقنية المعلومات، جامعة الامارات العربية، (2000م).
- حُجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: يوسف أحمد النوافلة، دار وائل - عمان، (2007م).
- الدليل الكتابي في الأثبات المدني - دراسة مقارنة-: د. علاء حسين مطلق التميمي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2010م).
- دور التَّقْنِيَّات العلمية في الأثبات - دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، رقم (78)، (لسنة 2012م) : د. عصمت عبدالمجيد بكر ومنشور على الرابط الآتي :
- طرق الاثبات لاشريعة: أحمد إبراهيم بك وآخرون، الطبعة الرابعة، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة.
- الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي : د. علي بن عبدالأحمد أبو البصل، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والأنظمة بجامعة الطائف، (1433هـ 2012م).

- العقد الإلكتروني: د. جابر عبدالعزيز جابر سلامة، دون ناشر، القاهرة (2005م).
- قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية: د. عبد الله الفراء، الطبعة الرابعة، مكتبة الطالب الجامعي، غزة، (2013م).
- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية: صالح المنزلاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، (2005م).
- القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية: د. محمود هاشم، الطبعة الأولى، عمادة شؤون المكتبات - جامعة الملك سعود، الرياض، (1408هـ - 1988م).
- القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني: د. عيسى غسان ربضي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، (2008م).
- القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية: د. حسين المهدي: بحث منشور بمجلة البحوث القضائية، المكتب الفني لمحكمة العليا، العدد (7)، صنعاء، (2007م).
- كتاب أصول الفقه: محمد بن المفلح الحنبلي، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، (1420هـ).
- الكشف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل: أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث.
- مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية: محمد مرسي زهرة، بحث مؤتمر الكومبيوتر والقانون المنعقد في القاهرة، (1994م).
- مدى حجية وسائل الإثبات المعاصرة في القضاء الإسلامي: د. فخري خليل أبو صافية، بحث منشور في مجلة جامعة اليرموك إربد- الأردن.
- المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الإلكتروني: صابر راشدي، الطبعة الثالثة، العدد التاسع، معارف، المركز الجامعي بالبويرة، (2010م).
- موقع اليونسترال [/https://www.uncitral.org](https://www.uncitral.org)
- الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة-: د. محمد فواز المطالقة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، (2008م).
- وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، الزحيلي: محمد مصطفى، الطبعة الثانية، مكتبة دار البيان، دمشق، (1402هـ-1982م).



## العلاقة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي



من إعداد الدكتور: العمري بلاعدة  
أستاذ محاضر بجامعة المسيلة- الجزائر

الملخص :

يتناول هذا البحث العلاقة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، وذلك من خلال إجراء مقارنة عامة بين التشريعين. وقد بينت الدراسة تفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية وسبقها إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية والنظريات العلمية، وبالتالي فإن الشريعة الإسلامية تختلف عن القوانين الوضعية اختلافات أساسية، وتتميز عنها بمميزات جوهرية. ولكن مع هذا فإن ما أنجزه العقل البشري من خلال تجاربه وخبراته، ويؤدي إلى مصالح إنسانية، فهذا لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، وبالتالي فهو محل تقدير واعتبار، لأن المصلحة أينما توجد فثمَّ شرع الله تعالى.

الكلمات المفتاحية: التشريع الإسلامي، التشريع الوضعي، الشريعة، الفقه، القانون، أوجه الاختلاف.

### Summary :

This paper deals with the relationship between Islamic legislation and positive legislation, through a general comparison between the two legislations. The study showed the superiority of Islamic legislation on positive legislation, as well as the previous report on all humanitarian principles and scientific theories. Thus, Islamic legislation differs fundamentally from positive legislation and has substantial advantages. However, what the human mind has achieved through its experiences and experiences leads to human interests. This is not contrary to Islamic law, but it is appreciated and considered, because the interest wherever there is is God's law.

**Keywords:** Islamic legislation, positive legislation, Sharia, jurisprudence, law, differences similarities.

عاش المسلمون حيناً من الدهر في ظل حكم الشريعة الإسلامية في جميع مناحي الحياة إلى أن جاء الاستعمار الأوروبي وغزا البلاد العربية والإسلامية، وكان من أهدافه الأساسية فك الصلة بين المجتمع وشريعته وعزله عنها. ومن جهة أخرى حاول هذا الاستعمار تصدير القوانين الأوروبية إلى العالم الإسلامي لتكون هي الحكم، وهي المصدر الرئيس الذي تستمد منه الأوامر والنواهي.

ولكن مع هذا فإن الدول الإسلامية اليوم تتبنى في دساتيرها القانونية مرجعية الشريعة الإسلامية، إما بالنص على أن الإسلام دين الدولة، أو كون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع.

ولذلك يطرح التساؤل الآتي: هل كل ما يأتي من الشرق أو الغرب لا يصلح؟ أم أن ما أنجزه العقل البشري من خلال تجاربه وخبراته، ويؤدي إلى مصالح إنسانية لا بد أن يكون محل تقدير.

ولهذا وجب البحث في العلاقة بين هذه الثنائية، بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي.

وللوقوف على هذه العلاقة لا بد من التمييز بين المصطلحات الثلاث الشريعة والفقه والقانون.

ومن ثم فإن دراسة هذا الموضوع يقتضي التطرق إلى الجوانب الآتية :

- مفهوم الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي والعلاقة بينهما.

- خصائص الفقه الإسلامي ومبادئه.

- مفهوم القانون الوضعي وخصائصه.

- موازنة عامة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي.

أولاً : مفهوم الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي والعلاقة بينهما :

**1- تعريف الشريعة الإسلامية :** أي مفهوم له معنى لغوي، ومعنى اصطلاحى، وبالتالي لا بد من ضبطه لغوياً، ثم ضبطه اصطلاحياً. ولكن قبل ذلك فإن هذا المصطلح مركب من كلمتين: الشريعة والإسلامية. وبالتالي لبيان مفهوم هذا المصطلح لا بد من تعريفه باعتبار مفرديه، ثم باعتباره مركباً.

أ- تعريف الشريعة لغة <sup>(1)</sup> : الشريعة في اللغة لها معنيان:

- الشريعة بمعنى الطريقة المستقيمة، ومن هذا المعنى قوله تعالى : ﴿ تَمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ الجاثية(18). ومثلها في ذلك الشريعة، قال تعالى : ﴿ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرعةً وَمِنْهَا جَاءَ ﴾ المائدة(48). أي طريقة مستقيمة لا اعوجاج فيها ولا التواء.

(1)- انظر: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت: 1986. مادة شرع ص141. مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التأليف: 1382هـ-1962م. مصر. ص15.

- الشريعة تطلق على مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب، حيث تقول العرب شرعت الإبل إذا وردت شريعة الماء لتشرب، وشبّهت بمورد الماء، لأن الشريعة الإسلامية تحي النفوس كما يحيي الماء الجسم. فهي مصدر كل الخير والرخاء والسعادة في الدنيا والآخرة، قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ وَعَلَّمُوا أَنَّ اللَّهَ يَحُولُ بَيْنَ الْمَرْءِ وَقَلْبِهِ وَأَنَّهُ إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ ﴾ الأنفال (24).

وعليه فالشريعة تطلق في اللغة على مورد الماء ومنبعه ومصدره، كما تطلق على الدين والطريقة والمنهاج والسنة.

ب- تعريف الشريعة اصطلاحاً: هي ما شرعه الله تعالى للناس من قواعد الدين كافة، سواء ما تعلق بالعقيدة الدينية، أو بالأخلاق، أو بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات<sup>(1)</sup>.

إذن الشريعة هي مجموع الأحكام التي أنزلها الله تعالى على عباده، وهي تشمل ثلاث دوائر أساسية:

- دائرة العقائد: وهي ما يسمى بعلم الكلام أو أصول الدين أو علم العقيدة، وهذه الدائرة تتعلق بالإيمان بالغيبات والسمعيات والنبوءات.

- دائرة الأخلاق: وهي ما يسمى بعلم الأخلاق.

- دائرة الأحكام العملية من عبادات ومعاملات: وهي ما يسمى بعلم الفقه.

والإسلامية: نسبة إلى الإسلام.

والإسلام لغة مصدر أسلم، وهو يستعمل في الاصطلاح الشرعي بمعنى الخضوع والانقياد لأمر الله والتسليم لقضائه وأحكامه والرضا بها. ومنه قوله تعالى ﴿ إِذِ قَالَ لَهُ رَبُّهُ أَسْلِمُ ۖ قَالَ أَسْلَمْتُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾ البقرة (131).

كما يستعمل في العقائد الأصلية والأسس والمبادئ للعقيدة الإسلامية التي جاء بها الأنبياء والرسل عليهم الصلاة والسلام<sup>(2)</sup>، ولذلك صح وصفهم بأنهم مسلمون قال تعالى ﴿ حُكِّمَ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا ﴾ المائدة (44).

وعليه فالشريعة والدين والملة بمعنى واحد.

واشتهر استعمال الإسلام بمعنى الدين الذي بعث الله به محمد صلى الله عليه وسلم، ومنه قال تعالى ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ المائدة (3). قال تعالى ﴿ وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴾ آل عمران (85). قال تعالى ﴿ إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ ۗ وَمَا اخْتَلَفَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْعِلْمُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ ۗ وَمَنْ يَكْفُرْ بِآيَاتِ اللَّهِ فَإِنَّ اللَّهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ ﴾ آل عمران (19). وهو بهذا المعنى الأخير مرادف للشريعة الإسلامية فيشمل كل ما جاء به رسول الله من عقائد وتعاليم خلقية وأحكام تشريعية<sup>(3)</sup>.

(1) - انظر: سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة، مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان. الطبعة الأولى: 1431هـ-2010م. ص 43.

(2) - وهذا يعني أن الشريعة الإسلامية تلتقي مع الشرائع السماوية السابقة في المصدر، وهو الله تعالى. بينما تفرق علمياً في أن الشريعة الإسلامية تحتوي على أحكام عملية منظمة للعلاقات المختلفة. مع العلم أن الشريعة الإسلامية باعتبارها خاتمة الشرائع فهي ناسخة لما سبقها، وهي وحدها دون غيرها واجبة الإتيان.

(3) - انظر: مصطفى شليبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التأليف: 1382هـ-1962م. مصر. ص 15-16.

وعلى هذا فالشريعة الإسلامية في الاصطلاح الشرعي هي الأحكام التي شرعها الله لعباده، سواء أكان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير.

فالشريعة الإسلامية إذن في الاصطلاح ليست إلا هذه الأحكام الموجودة في القرآن الكريم وفي السنة النبوية، والتي هي وحي من الله إلى نبيه محمد ﷺ ليلبغها إلى الناس<sup>(1)</sup>.

وبهذا المعنى فإن الشريعة الإسلامية تتصف بوصفين :

-الأول : أنها أحكام معصومة ومنزهة عن الخطأ والوهم والنقص، لأنها صادرة من الله تعالى الموصوف بصفات الكمال.

-الثاني : أنها أحكام خالدة وصالحة لكل زمان ومكان، لأن نصوصها عامة ومجردة بإمكانها إمداد المجتهدين والمكلفين بثروة من الأحكام الفقهية لكل الوقائع والتصرفات، ووفق كل الظروف والملاسات.

وبهذين الوصفين تتمايز الشريعة الإسلامية عن الفقه الذي يعني مفاهيم المجتهدين لنصوص الشريعة.

ومن ثم فإن التشريع الإسلامي من حيث المصدر نوعان:

-الأول : تشريع إسلامي محض، وهو يشمل القواعد التشريعية المستمدة من النصوص الثابتة بالوحي المتمثل في القرآن والسنة، فهي لا تتحمل التغيير والتبديل، فهي أحكام قطعية.

-الثاني : تشريع إسلامي وضعي، وهو الآراء الفقهية الاجتماعية التي تتعلق بمعاملات الناس، والتي أوردتها الفقهاء المجتهدون، وهي طبعا مستمدة من الكتاب والسنة.

ومن مصطلح الشريعة أو الشرع اشتقت كلمة شرع بمعنى أنشأ وسن، فيقال شرع الدين يشرعه شرعا إذا سنّ القواعد وبينّ النظم وأوضح الأحكام.

والتشريع مصدر شرع، ويعني أو إصدار القوانين أو بيان الأحكام والقواعد، قال تعالى ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰ ۚ أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ ﴾ الشورى(13).

والشريعة الإسلامية تعني مجموعة القواعد والنظم والأحكام التي شرعها الله لعباده.

وهذه القواعد تسمى شرعا أو شريعة على أساس استقامتها.

وتسمى دينا باعتبار الخضوع لها كعبادة.

وتسمى ملة باعتبار أنها أمليت وكتبت على الناس لتنظيم حياتهم وشؤونهم<sup>(2)</sup>.

(1) - انظر: عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية: 2001م، ص 39.

(2) - انظر: سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة، مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: 1431هـ-2010م، ص 44.

## 2- تعريف الفقه الإسلامي :

بيان حقيقة الفقه يقتضي تعريف الفقه في اللغة والاصطلاح.

أ- تعريف الفقه لغة: معنى الفقه في لغة العرب يدور حول الفهم والفتنة والإدراك والعلم، وهذا المعنى دلّت عليه المعاجم العربية<sup>(1)</sup>. ولكن بصورة أدق فإن معنى الفقه في اللغة له معنيان :

-الأول : الفهم المطلق للشيء، يقال فلان يفقه الخير أو الشر، أي يفهمه.

-الثاني : الفهم الخاص لغرض المتكلم من كلامه، ولذلك قال ابن القيم : "الفقه أخص من الفهم، لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه، وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ في اللغة"<sup>(2)</sup>. ويشهد لهذا المعنى قوله تعالى ﴿وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي﴾ طه (27-28). أي يفهموه. وقوله تعالى : ﴿قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ﴾ هود (91). أي لا نفهمه.

وتقول العرب : أوتي فلان فقها في الدين، أي فهما له. قال تعالى ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾ التوبة (122). أي ليكونوا علماء به.

وقد دعا النبي ﷺ لعبد الله بن عباس فقال : "اللهم فقهه في الدين، وعلمه التأويل"<sup>(3)</sup>. أي فهمه. وقد استجاب الله دعاءه فكان ابن عباس أعلم الناس في زمانه بالقرآن الكريم.

ب- تعريف الفقه اصطلاحاً: أطلق الفقه في بداية الأمر، وفي صدر الأول للإسلام على علم الدين دون غيره من العلوم، وهذا لشرفه، حيث يقول النبي ﷺ : "من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين"<sup>(4)</sup>.

وعليه أطلق لفظ الفقه في الاصطلاح الشرعي على جميع الأحكام الدينية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، سواء أكانت هذه الأحكام متعلقة بمسائل العقيدة أو الأخلاق أو العبادات أو المعاملات.

وبهذا المعنى الاصطلاحى للفقه جاء تعريف الإمام أبي حنيفة للفقه الإسلامي بقوله: "هو معرفة النفس ما لها وما عليها"<sup>(5)</sup>.

والمقصود بذلك ما يجوز لها وما يجب عليها.

(1) - انظر: ابن منظور، لسان العرب. دار المعارف، القاهرة، جمهورية مصر العربية. مادة (فقه)، مج 5، ج 38، ص 3450.

(2) - ابن القيم: إعلام الموقعين. ج 2، ص 264.

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الوضوء، باب: وضع الماء عند الغلاء. ومسلم في صحيحه، في كتاب فضائل ابن عباس.

(4) - أخرجه البخاري في صحيحه (27/1)، في كتاب العلم، باب: من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين. رقم (71). وأخرجه مسلم (362)، في كتاب الزكاة، باب: النهي عن المسألة. رقم (1039).

(5) - الشوكاني، إرشاد الفحول. دار الفكر. ص 3.

ثم طرأ تغيير على مفهوم الفقه في الاصطلاح فصار يطلق على العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة كالوجوب والحظر والندب والكره والإباحة، وكون العقد صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً، وكون العبادة أداءً أو قضاءً<sup>(1)</sup>.

واشترطوا أن يكون العلم بهذه الأحكام عن طريق النظر والاجتهاد في الأدلة الشرعية. ولهذا عرفه الإمام الشافعي بقوله: "هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"<sup>(2)</sup>.

وهذا التعريف هو الراجح عند كثير من العلماء<sup>(3)</sup>.

وبهذا المعنى الاصطلاحي الجديد لكلمة الفقه خرجت من مفهومه الأحكام الاعتقادية والأخلاقية، وصار مدلوله قاصراً على الأحكام العملية (العبادات والمعاملات) فقط.

ج- تقسيمات الفقه: الفقه الإسلامي نظام شامل ينظم علاقة الإنسان بربه، والعلاقات بين الأفراد والجماعات، والدول الإسلامية وغيرها من الدول في السلم والحرب، ولهذا قسمه الفقهاء إلى قسمين رئيسيين، عبادات وعادات، وهذا التقسيم مبناه اختلاف المقصود الأصلي منهما، فما كان الغرض الأول منه التقرب إلى الله وشكره وابتغاء الثواب في الآخرة، فهو من قسم العبادات، كالصلاة والصيام والزكاة والحج والجهاد والنذر في القربات.

وما كان المقصود منه تحقيق مصلحة دنيوية، أو تنظيم علاقة بين فردين أو جماعتين، وما شاكل ذلك فهو من قسم العادات كالبيع والإجارة والمزارعة والشركة والحوالة والكفالة والرهن وغيرها.

وهناك فرق آخر بين النوعين متفرع عن الفرق السابق، وهو أن الأصل في العبادات أنها غير معقولة المعنى، جاءت بها النصوص أمرة أو ناهية، لا يعلم حقيقتها إلا الله تعالى، وكل ما نعرفه من حكمها وعللها مما ورد به النص، أو عرف بالاستنباط لا أثر له في قياس ولا إباحة ولا إلغاء.

وأما العادات فالأصل فيها أنها معقولة المعنى، يدرك العقل كثيراً من أسرارها، وأسلوب التشريع فيها لم يعتمد إلى التفاصيل، بل جاء بالأصول الكلية والقواعد العامة، ثم أكثر من التعليل ليكون ذلك عوناً للفقهاء على التطبيق مهما تغير الزمن واختلفت البيئات.

والفقهاء قسموا العادات إلى مجموعات، ولكن لم يذهبوا طويلاً في الفصل بين هذه المجموعات كما فعل رجال القانون الوضعي، لانعدام الفائدة المترتبة على هذا الفصل في نظرهم، حيث لم يكن عندهم قضاء متنوع يختص كل نوع منه بالفصل في دعاوى خاصة، ولم يكن هناك إجراءات مختلفة في إثبات الحقوق. فالقضاء موحد، والإجراءات تكاد تكون واحدة، والقاضي يحكم في كل نزاع يرفع إليه لا فرق في ذلك بين ما يتعلق بالأموال، وما يتعلق بالدماء والأعراض وغيرها.

ومع ذلك نجد الفقه الإسلامي جاء بجمع فروع القانون الوضعي الحديث، العام منه والخاص.

(1) - انظر: عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: 62-63.

(2) - انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول. دار الفكر. ص3.

(3) - انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول. دار الفكر. ص3. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، دار الفكر، دمشق، ط: 1412هـ - 1991م. ج1 ص16.

فالقانون الدولي العام بحثه الفقهاء في المسائل المتعلقة بالحروب وأسبابها ونتائجها، وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها. وأما القانون العام الداخلي بأنواعه الأربعة، الدستوري والإداري والمالي والجنائي، فقد بحثه الفقهاء ما بين موسع ومضيق.

فلجائني بحثه الفقهاء في باب الجنایات والحدود والتعزیرات وغيرها. والقانون المالي بحثه الفقهاء في مواضع متفرقة من كتب الفقه عند الكلام على الزكاة والعشر والخراج والجزية والركاز وغيرها، وبوجه عام فإنه يبحث في تنظيم بين المال (خزانة الدولة) ببيان موارده والأموال التي توضع فيه، والوجوه التي تصرف فيها هذه الأموال.

أما القانون الدستوري الذي يحدد شكل الحكم في الدولة، ويبين السلطات العامة فيها، ويوزع الاختصاصات بينها. ويحدد علاقات التعاون والرقابة بين هذه السلطات، ويبين الحريات العامة، وحقوق الأفراد قبل الدولة. وكذا القانون الإداري الذي ينظم نشاط السلطة التنفيذية في أداء وظيفتها، وقيامها على أمر المرافق العامة، فقد بحثه الفقهاء فيما يعرف بالسياسة الشرعية أو الأحكام السلطانية.

وأما القانون الخاص وفروعه، كالقانون المدني المنظم للأحوال العينية أو الشخصية، فقد بحثه الفقهاء في قسم من المعاملات في الفقه الإسلامي. وأما القانون التجاري فبحثه الفقهاء في أبواب الشركات والمضاربة والتفليس وغيرها. وأما قانون المرافعات فقد بحثه الفقهاء في أبواب الدعوى والقضاء والشهادة وغيرها. وهكذا نجد الفقه الإسلامي يحكم كل التصرفات الفردية والجماعية والدولية<sup>(1)</sup>.

### 3- صلة الفقه بالشرعية :

إذا أخذنا مفهوم الفقه الإسلامي ما كان مصطلحا عليه في بداية التشريع ( في الصدر الأول للإسلام ) باعتباره يتناول الدين كله بعقائده وأحكامه وآدابه، فهو بهذا المدلول يطابق مفهوم الشريعة الإسلامية التي تعني كل ما شرعه الله تعالى من قواعد الدين كافة، سواء ما تعلق بالعقيدة أو الأخلاق أو عبادات ومعاملات.

أما إذا أخذنا الفقه الإسلامي بمعناه الاصطلاحي عند المتأخرين، الذي يشمل الأحكام العملية من عبادات ومعاملات، وقارناه بالشريعة بمعناها الاصطلاحي العام، فإننا نجد الفروق الآتية :

- الفقه أخص من الشريعة<sup>(2)</sup>، لأن الفقه لا يشتمل إلا على الأحكام العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات فقط، في حين أن الشريعة تشتمل على جميع الأحكام المتعلقة بالعقيدة والأخلاق والعبادات والمعاملات.
- الشريعة أساسُ بناء الفقه، حيث أن الفقه يعتمد على أصول الشريعة من قرآن وسنة وبقية المصادر التي أقرت لها الشريعة بالحجية والاعتبار كالمقياس والإجماع وغيرها من المصادر الاجتهادية.

(1) - انظر: مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي: 20-25.

(2) - أي بين الفقه والشريعة عموم وخصوص، فيجتمع الفقه والشريعة في الأحكام التي أصاب المجتهد فيها حكم الله تعالى. ويفترق الفقه عن الشريعة في الأحكام التي أخطأ فيها المجتهد. وتفرق الشريعة عن الفقه في الأحكام التي تتعلق بالناحية الاعتقادية والأخلاقية. انظر: عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ص 15.

- الفقه أقل مرتبة من الشريعة من حيث إلزاميته، فهو وإن استند إلى أصول الشريعة إلا أن للرأي والاجتهاد مجالاً واسعاً فيه، ولذلك تتفاوت القوة الملزمة لقواعد الفقه بتفاوت نصيب الرأي والاجتهاد فيه، فما قلّ فيه جانب الاجتهاد وجاء متقيداً بقواعد القرآن والسنة اعتبر جزءاً من الشريعة وامتنعت مخالفته. وأما ما يغلب فيه جانب الرأي والاجتهاد جازت مخالفته بشرط أن تكون المخالفة على دليل شرعي أقوى أو على اجتهاد أقرب إلى روح النصوص الشرعية<sup>(1)</sup>.

والفقه الذي هو استنباط المجتهد قد يعالج مشكلات المجتمع في زمن أو مكان بعلاج يمكن ألا يصلح لمشكلات زمان أو مكان آخر، بخلاف الشريعة الشاملة زماناً ومكاناً<sup>(2)</sup>.

#### 4- خصائص الفقه الإسلامي :

تميّز الفقه الإسلامي عن غيره من الأحكام والآراء والقوانين البشرية بمميزات فريدة وأصيلة، مما جعله يهيمن عليها، وتكون له السيادة والريادة في إيجاد الحل الأمثل لكل ما تحتاجه البشرية في جميع أمورها الدينية والدنيوية، وأهم هذه المميزات تتمثل فيما يلي<sup>(3)</sup> :

- الفقه الإسلامي فقه إلهي سماوي، أي مصدره الوحي المتمثل في القرآن والسنة، لأنه صادر من الله تعالى الذي يعلم ما يصلح لعباده في دنياهم وأخراهم، ولذلك جاء متوافقاً مع الطباع البشرية، وخادماً لمصلحتهم العامة والخاصة، ومراعياً أحوالهم.

- الفقه الإسلامي شامل لكل متطلبات الحياة، حيث تناول علاقات الإنسان الثلاث (علاقة الإنسان بربه، علاقة الإنسان بنفسه، علاقة الإنسان بمجتمعه)، لأنه للدين والدنيا معاً. وهو عام للبشرية جمعاء، وهو أيضاً خالد إلى يوم القيامة.

- الفقه الإسلامي صالح لكل زمان ومكان ولكل أمة، وذلك لأن النبي ﷺ هو خاتم الأنبياء والمرسلين، قال تعالى : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَا يَكُنْ أَكْثَرُ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ سبأ(28).

وعليه فإن فقه المبادئ لا يتغير كالتراضي في العقود، وضمان الضرر، وقمع الإجرام، وحماية الحقوق. وأما الفقه المبني على القياس ومراعاة المصالح والأعراف فيقبل التغير والتطور بحسب الحاجات الزمنية وخير البشرية، والبيئة المختلفة زماناً ومكاناً، مادام الحكم في نطاق الشريعة وأصولها الصحيحة، وذلك في دائرة المعاملات دون دائرة العقائد والعبادات.

(1) - تقتضي الدقة في الاصطلاح عدم إطلاق اسم الشريعة على الآراء الفقهية المحضة، وإنما يحتفظ لهذه الآراء بتسمية الفقه فقط، لأن الشريعة من عند الله، وهي مستقرة ثابتة لا يمكن تبديلها أو تغييرها.

(2) - انظر: سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة: 51-52. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: 65-66. عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي: 14-16.

(3) - انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: ج1 ص17. سليمان أبا خليل، المدخل إلى علم الفقه. فهرسة مكتبة فهد الوطنية، السعودية. ط1: 1427هـ-2006. ص24.



- الفقه الإسلامي مرتبط بالأخلاق، حيث يحرص الفقه على رعاية الفضيلة والمثل العليا في تشريعاته، فقد شرعت العبادات من أجل تطهير النفس وتزكيتها، وحرّم الربا بقصد بثّ روح التعاون وحماية المحتاجين والضعفاء من جشع أصحاب الأموال، وهكذا.

- الجزء في الفقه الإسلامي على المخالفة دنيوي بخلاف القانون الذي يقرر جزاء دنيويًا فقط، بل إن الفقه لديه نوعان من الجزاء على المخالفات. الجزء الدنيوي من عقوبات مقدرة (وهي الحدود)، وغير مقدرة (وهي التعازير) على الأعمال الظاهرة للناس، والجزء الأخروي على أعمال القلوب غير الظاهرة للناس كالحسد مثلاً. ومن ناحية أخرى فإن الجزاء في الفقه الإسلامي إيجابي وسليبي، فالإيجابي لأنّ فيه ثواباً على طاعة الأوامر وامثالها، وسليبي لأنه يقرر ثواباً على اجتناب النواهي.

أما القانون فيقتصر على تقرير جزاءات سلبية على مخالفة أحكامه دون تقرير ثواب على حالة امتثال قواعده.

- النزعة في الفقه الإسلامي جماعية، بحيث تراعى فيه مصلحة الفرد والجماعة دون أن تطغى واحدة على أخرى، ومع ذلك تقدّم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد عند تعارض المصلحتين مثل تحريم الاحتكار.

- الفقه الإسلامي قائم على التيسير ورفع الحرج والمشقة مصداقاً لقوله تعالى ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ البقرة (185). وقوله تعالى ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَا يَكُنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيَتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ المائدة (06).

\*- الفقه الإسلامي يتصف بصفة الدينية حلاً وحرمة، حيث أن كل فعل أو تصرف مدني في المعاملات يتصف بوجود فكرة الحلال والحرام فيه خلافاً للقانون.

## 5- مفهوم القانون الوضعي :

أ- تعريف القانون لغة: القانون كلمة يونانية الأصل، تلفظ كما هي ( Kanun ) وانتقلت من اليونانية إلى اللغات الأخرى وهي تعني العصا المستقيمة أو المسطرة، ثم انتقلت إلى الفارسية بنفس اللفظ (كانون) بمعنى أصل كل شيء وقياسه، ثم عرّبت عن الفارسية بمعنى الأصل، ودرج استخدامها بمعنى أصل الشيء الذي يسير عليه.

وصارت لفظة القانون تنصرف إلى كل قاعدة مطردة مستقرة، فيقال في معرض الأبحاث الطبيعية قانون الجاذبية، ويقال في معرض الأبحاث الاقتصادية قانون العرض والطلب... وهكذا<sup>(1)</sup>.

ب- تعريف القانون اصطلاحاً : أما مفهوم القانون في مجال الدراسات القانونية فإن له معنيين، أحدهما واسع وآخر ضيق.

(1) - انظر: ابن منظور لسان العرب، ج 3 ص 177 ، طبع دار لسان العرب، بيروت. محمد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظرية القانون ، مكتبة وهبة بالقاهرة: 1962م. ص4. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون). دار هومة، الجزائر. ط3: 1998م. ص13. سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة: 29-32.

فالقانون بالمعنى الاصطلاحي الضيق يراد به مجموعة معينة من النصوص القانونية التشريعية المدونة، الخاصة بأمر معين. فيقال مثلا قانون الموظفين، وهو الذي ينظم شؤون الموظفين تعيينا وترقية وعزلا وإحالة إلى التقاعد. ويقال أيضا قانون الجامعات، وقانون المحاماة، وقانون المرور، وقانون الصحة...وهكذا.

وهذا يعني أن القانون بالمعنى الضيق ينصرف فقط إلى التشريع أو التقنين المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية.

أما القانون بالمعنى الاصطلاحي الواسع هو عبارة عن مجموعة من القواعد الوضعية الملزمة التي تنظم ظاهر سلوك ومعاملات الأفراد في المجتمع بصورة عامة ومجردة، وتوقع الدولة جزاء على من يخالفها. وعليه فالقانون يحكم علاقات الناس ومعاملاتهم مع بعضهم البعض دون أن يحيط بكل جوانب حياة الإنسان. وبالتالي فهو يشمل مساحة أقل من المساحة التي يشملها الفقه، ومن ثم المساحة التي تؤطرها الشريعة<sup>(1)</sup>.

## 6- خصائص القانون الوضعي :

يتميز القانون الوضعي بخصائص أربع، وهي كالآتي<sup>(2)</sup> :

- قواعد القانون الوضعي تطبق في دولة معينة، ذات مجتمع متجانس، له سيادته وحياته الخاصة. ومن ثم يكون لكل دولة قانونها الوضعي الخاص بها.

- قواعد القانون الوضعي تطبق في زمن معين، أي كما يتخصص القانون بمكان معين فهو أيضا يتخصص بالزمان.

- قواعد القانون الوضعي ملزمة الإلتباع من طرف الأفراد، ولذلك لا تعتبر من القوانين الوضعية العبادات الدينية المتروك للناس أمر إلتباعها.

- قواعد القانون الوضعي ملزمة أيا كان شكلها أو مصدرها، فلكل دولة قانونها الوضعي بما تشتمل عليه أشكال وقواعده من تشريع مكتوب، أو عرف غير مدون، أو أحكام القضاء، أو شروحات علماء القانون.

والحقيقة أن التشريع الوضعي بصفة عامة له ثلاث وظائف كبرى في الأمة : العلاج، والوقاية، والتوجيه.

- فهو علاج للعلل الاجتماعية والمشكلات الاقتصادية الواقعة.

- وهو وقاية من العلل والمشكلات المتوقعة.

- وهو توجيه وتمهيد لاستمرار التكامل حتى يبلغ تنظيم الحقوق والالتزامات والمصالح مستواه الأكمل.

ولكي تتحقق هذه الوظائف الثلاث في التشريع يجب أن يكون إلزاميا. ثم لكي تضمن له الطاعة في العمل والتطبيق يحتاج إلى نوع إضافي من الأحكام التشريعية، وهي إما زواج مدنية كبطلان العقود المخالفة للنظام، وإما عقوبات تأديبية كالسجن والغرامات على الجرائم العدوانية لكي يضطر المكلف إلى التزام حدود الطاعة<sup>(3)</sup>.

(1) - انظر: سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة: 32-33.

(2) - انظر: المرجع نفسه. ص 34-35.

(3) - انظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام. دار القلم، دمشق. ط1: 1418هـ - 1998م. ج1، ص46.

ثالثاً: أوجه الاختلاف والانسجام بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي :

أ- أوجه الاختلاف الأساسية بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي :

يختلف التشريع الإسلامي عن التشريع الوضعي من الوجوه الآتية (1) :

1- أن القانون من صنع البشر، أما الشريعة فمن عند الله، وكلا الشريعة والقانون يتمثل فيها بجلاء صفات صانعه، فالقانون من صنع البشر ويتمثل فيه نقص البشر وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبديل.

أما الشريعة فصانعه هو الله تعالى العليم الخبير، الذي أحاط بكل شيء علماً. وأمر سبحانه وتعالى في قوله تعالى: ﴿لَا تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللَّهِ﴾ يونس(64)، لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان.

2- أن القانون عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شؤونها وسد حاجاتها، فهي قواعد متأخرة عن الجماعة، أو هي في مستوى الجماعة اليوم، ومتخلفة عن الجماعة غداً، لأن القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة، وهي قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة، وتستوجب التغيير كلما تغيرت حال الجماعة.

أما الشريعة فقواعد وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شؤون الجماعة. فالشريعة تتفق مع القانون في أن كليهما وضع لتنظيم الجماعة، ولكن الشريعة تختلف عن القانون في أن قواعدها دائمة لا تقبل التغيير والتبديل. ولهذا كانت قواعد الشريعة ونصوصها تمتاز بالرونة والعموم، بحيث تتسع لحاجات الناس مهما تنوعت وتعددت، ومهما تغيرت الأزمنة والأمكنة.

3- أن الجماعة هي التي تصنع القانون وتلونه بعاداتها وتقاليدها وتاريخها، والأصل في القانون أنه يوضع لتنظيم شؤون الجماعة، ولا يوضع لتوجيه الجماعة، ومن ثم كان القانون متأخراً عن الجماعة وتابعا لتطورها، وكان القانون من صنع الجماعة، ولم تكن الجماعة من صنع القانون.

أما الشريعة الإسلامية فقد سبق القول أنها ليست من صنع الجماعة، وأنها لم تكن نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها كما هو الحال في القانون الوضعي، وإنما هي من صنع العليم الخبير الذي أحاط علمه بكل شيء. وبالتالي فالشريعة لم توضع لتنظيم شؤون الجماعة فقط كما هو الغرض من القانون الوضعي، وإنما المقصود من الشريعة قبل كل شيء إيجاد أفراد صالحين في مجتمع صالح في دولة صالحة في عالم مثالي. ومن أجل ذلك جاءت نصوص الشريعة أرفع من مستوى العالم كله وقت نزولها، ولا تزال كذلك إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. ومن ثم فقد جاء فيها من المبادئ السامية والمثل العليا ما لم يتهيأ هذا للعالم غير الإسلامي معرفته أو الوصول إليه.

4- يمتاز التشريع الإسلامي عن التشريع الوضعي بأن أحكامه الشرعية لها مظهران، مظهر ديني، وآخر قضائي. ويتمثل المظهر الديني في الجزاء يوم القيامة عند الله تعالى، ويراد بالمظهر القضائي في اقتضاء حقوق العباد في الدنيا. أما

(1) - انظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي. دار الكتاب العربي، بيروت. ص 17-22.

الأحكام القانونية الوضعية فليس لها إلا مظهر واحد وهو المظهر القضائي ولا وجود للمظهر الديني بتاتا. ولا شك أن مراعاة الجانب الديني في الأحكام الشرعية يجعل المسلم يراقب تصرفاته دائما.

ويتبين من خلال هذه الفروق الأساسية أن الشريعة تمتاز عن القوانين الوضعية بثلاث مميزات أساسية وهي :

- أن الشريعة الإسلامية تمتاز بالكمال، وذلك بما تضمنته من قواعد ومبادئ ونظريات.
- أن الشريعة الإسلامية تمتاز بالسمو، أي أن قواعدها ومبادئها أسمى دائما من مستوى الجماعة.
- أن الشريعة الإسلامية تمتاز بالدوام، أي بالثبات والاستقرار، فنصوصها لا تقبل التغيير والتبديل مهما تغير الزمان والمكان.

ولهذه المميزات وغيرها التي امتاز بها التشريع الإسلامي عن غيره من القوانين الوضعية، فقد تنبه علماء القانون في الغرب لعظمة هذه الشريعة وأنها قادرة على تلبية حاجات المجتمعات، ولذلك توالى كتاباتهم للإشادة بالتشريع الإسلامي، وأصبح الفقه الإسلامي موضع اهتمام في الدول المتحضرة غير الإسلامية، حيث تم الاعتراف بالشريعة الإسلامية كمصدر عالمي للتشريع والقانون في عدد من المؤتمرات الدولية العلمية منذ سنة 1932م، منها (1) :

- المؤتمر الدولي للقانون المقارن في مدينة لاهاي سنة 1932م.
  - مؤتمر لاهاي المنعقد في عام 1937م.
  - مؤتمر القانون المقارن في لاهاي 1938م.
  - المؤتمر الدولي عام 1945م بواشنطن.
  - شعبة الحقوق بالمجمع الدولي للقانون المقارن سنة 1951م بباريس.
- وقد صدرت عن هذه المؤتمرات قرارات هامة، وهي :
- أ- اعتبار التشريع الإسلامي مصدراً من مصادر التشريع العام.
  - ب- اعتبار الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها وليست مأخوذة من غيرها، وبالتالي فهي لا تمت إلى القانون الروماني أو إلى أي شريعة أخرى.
  - ج- اعتبار الشريعة الإسلامية حية وصالحة لكل زمان ومكان.
  - د- تمثيل الشريعة الإسلامية في القضاء الدولي ومحكمة العدل الدولية.

هذا على الصعيد الدولي، أما على الصعيد العربي فقد انعقدت عدة مؤتمرات وندوات، وتصدر عن هذه اللقاءات مقررات وتوصيات بشأن التشريع الإسلامي، منها على وجه الخصوص التوصيات التي صدرت عن الندوة الأولى لعمداء كليات الحقوق بالجامعة العربية التي انعقدت في شهر أفريل سنة 1973م في جامعة بيروت العربية، وقد صدر عن هذه الندوة ما يلي :

- وجوب العناية بالدراسة المقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام القوانين الوضعية باعتبارها من أهم أسس التوحيد القانوني بين البلاد العربية.

(1) - انظر: محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط2: 1996م، ص24-25.

- قررت أن من مهمة كليات الحقوق بالجامعات العربية أن تدرس الشريعة الإسلامية بوصفها مصدرا رسميا للقانون في معظم البلاد العربية، ومصدرا تاريخيا للقانون في جميع هذه البلاد، كما أصبح على المشرع العربي في معظم البلاد العربية أن يجعل من الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا يستمد منه عند وضع التشريع، وهذا كله فضلا عن كون الشريعة الإسلامية تراثا قوميا يجدر بنا أن نلقي عليه الضوء عند دراسة القانون الوضعي.

ثم صدرت عن الندوة الثانية لعمداء كليات الحقوق في العالم العربي التي انعقدت في بغداد سنة 1974م توصيات هامة، وقد جاء في تلك التوصيات دعوة صريحة بالاعتماد على الشريعة الإسلامية كمصدر أصيل للقوانين العربية، لأن وحدة المصدر الأساسي هو الطريق الوحيد لتوحيد الأحكام والمصطلحات القانونية.

ولعل من أهم تلك التوصيات الصادرة عن هذا المؤتمر ما يلي :

- العناية التامة بدراسة الفقه الإسلامي، لأن استكمال الشخصية العربية تقتضي الرجوع إلى الشريعة الإسلامية والاعتماد عليها كمصدر أساسي للقانون العربي الموحد.

- تدعو الندوة الحكومات التي تنص في دساتيرها على أن الفقه الإسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع، إلى وضع هذا النص موضع التنفيذ عن طريق الالتزام بالأحكام القطعية، والاجتهاد في المسائل الاجتهادية بما يلائم روح العصر.

- إنشاء مجمع للشريعة الإسلامية والقانون على مستوى العالم العربي، ويختص هذا المجمع بإعداد دراسات شرعية وقانونية يفيد منها المشرع الوضعي، وإبداء الرأي فيما تطلبه الحكومات العربية والهيئات الرسمية وتقديم المشورة إليها، والتنسيق بين عمل المجمع والهيئات المعنية بالشريعة الإسلامية في البلاد العربية<sup>(1)</sup>.

ب - أوجه التشابه بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي :

بقي أن نشير هنا إلى أن القوانين التي تستمد من الشريعة الإسلامية هي قوانين شرعية مرجعيتها إسلامية تحكم مجتمعا إسلاميا. وأما القوانين التي تتعارض مع الشريعة فتعتمد على العقل الإنساني البحث فهي قوانين وضعية بحتة، لأنها من الممكن أن تفرز في بعض الأحيان أحكاما تلزم بها الناس باعتبارها أوامر ونواهي، وتبيح لهم تصرفات وأفعال مناقضة للشريعة، بل مناقضة أيضا حتى للفطرة السليمة، كما هو الحال في بعض القوانين الأوروبية التي تبيح الزواج المثلي، كزواج الرجل من الرجل، وزواج المرأة من المرأة، ونحو ذلك.

ولكن هذه القوانين الوضعية إذا جاءت متفقة مع نصوص الشريعة الإسلامية أو متماشية مع مبادئها العامة وروحها التشريعية وجبت الطاعة لها، وحقت العقوبة على من خالفها.

ولذلك جعل الشارع الحكيم لأولي الأمر من باب التنظيم وحماية الجماعة وسد حاجاتها الحق في إصدار تشريعات تنظيمية على أساس مبادئ الشريعة العامة، وهذه التشريعات لا تكون إلا فيما لا نص فيه، أي ما ليس فيه دليل شرعي نقلي من كتاب أو سنة صحيحة، فهذا المجال يمثل منطقة حرة متروكة قصدا من الله عفوا وتوسعة على عباده، ورحمة بهم من غير نسيان منه.

(1) - انظر: عبد السلام السليماني، الاجتهاد في الفقه الإسلامي ضوابطه ومستقبله. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية. ط: 1417هـ - 1996م.

هذه المنطقة الحرة متروكة لاجتهاد العقل الإسلامي، يشرع لها ما يناسب زمانه ومكانه في ضوء النصوص ومقاصد الشريعة العامة<sup>(1)</sup>.

وعليه فإنه من يتأمل الأحكام الشرعية والأحكام القانونية يجد تشابها في ظاهر بعضها إلا أن هذا التشابه الظاهري لا يعني التوافق من كل وجه.

فمصادر التشريع في كل منهما مختلفة، إذ هي في الشريعة أدلة الشرع المستندة للكتاب والسنة. أما القانون فمصدره وضع البشر ونظرياتهم.

ومن أوجه التشابه بين الشريعة والقانون ما يلي :

- العرف معتبر شرعا وقانونا، حيث أن للعرف أهمية كبيرة في مختلف التشريعات، وعند كل الأمم. ولذا يعتبر القانون الوضعي العرف أحد مصادر التشريع، بل إن كثيرا من نصوص القانون وأحكامه الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام إنما هي مترجمة عن العرف الشائع في البلاد.

أما في الإسلام فإن العرف هو أحد المصادر التشريعية التبعية، لأنه مبني في الغالب على مراعاة الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، أو دفع الحرج والمشقة والتيسير في التكاليف الشرعية.

ونطاق تأثير العرف عند الفقهاء كما يقول الزحيلي يتحدد في أنه حجة في تفسير النصوص التشريعية، وقد يراعى في تشريع وتوليد وتعديل الأحكام، وبيان وتحديد أنواع الالتزامات في العقود والتصرفات والأفعال العادية حيث لا دليل سواه<sup>(2)</sup>.

- العقد مصدر للالتزام بما فيه بشرط عدم مخالفته للنص، سواء الكتاب والسنة، ما يستند إليهما في الشريعة، أو النظام الصادر عن السلطة في القانون، ولذلك كانت القواعد الفقهية والتي دونتها بعض القوانين أن ما يثبت بالنص يقدم على ما يجب بالشرط، كما إن من أصول القانون أن العقد شريعة المتعاقدين بشرط عدم مخالفة النظام.

- عدم تطبيق النظام بأثر رجعي، حيث لا يطبق على الحالات التي وقعت سابقة عليه في القانون، وكذا في الشريعة لقوله تعالى ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ﴾ المائدة (95). والقاعدة المعروفة أن الإسلام يجب ما قبله.

- اعتبار أن الأصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته، وممّن قه اعد الفقه الشرع، أن الأصل براءة الذمة حتى يثبت شغلها<sup>(3)</sup> بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: " المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محودا في فرية " <sup>(4)</sup>.

(1) - انظر: يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت. ط1: 1421هـ - 2000م. ص65-66.

(2) - انظر: وهبة الزحيلي، العرف بين الشرع والقانون، ص2-3. مقال موجود في موقع نسيم الشام. [www.naseemalsham.com](http://www.naseemalsham.com)

(3) - انظر: سلطان بن عثمان البصري، مسائل حول الشريعة والقانون، ص7. مقال. موقع: [www.saaaid.net/Doat/busairi/61.htm](http://www.saaaid.net/Doat/busairi/61.htm)

(4) - رواه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية، باب(75)، مج10، ص641، رقم الحديث(21042). انظر: ابن أبي شيبة، المصنف، شركة دار القبلة، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1: 1427هـ - 2006م.

• نتيجة البحث :

إن الشريعة الإسلامية هي شريعة تفوق واكتمال، وهي سابقة على القوانين الوضعية إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية والنظريات العلمية، وبالتالي فإن الشريعة الإسلامية تختلف عن القوانين الوضعية اختلافات أساسية، وتتميز عنها بسميزات جوهرية. ولكن مع ذلك كله فإن ما أنجزه العقل البشري من خلال تجاربه وخبراته، ويؤدي إلى مصالح إنسانية، فهذا لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، وبالتالي فهو محل تقدير واعتبار، لأن المصلحة أينما توجد فثمَّ شرع الله تعالى.

وفي الأخير يوصي الباحث بتناول بحوث ودراسات علمية مقارنة بين التشريعين في جميع موضوعاتهما وأفكارهما وفقاً للمنهج المقارن، وذلك حتى نسهم في إضافات جديدة إلى القانون العالمي المقارن، ونقدم للعالم ما لدينا من كنوز.

✓ المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم .
- الأشقر، عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، دار البعث، قسنطينة، الجزائر.
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت256هـ)، صحيح البخاري المسمى بالجامع الصحيح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2: 1423هـ-2002م.
- ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي (ت235هـ)، المصنف. حققه محمد عوامة، شركة دار القبلة، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1: 1427هـ - 2006م.
- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت711هـ)، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، جمهورية مصر العربية.
- أبو خليل، سليمان بن عبد الله بن محمود، المدخل إلى علم الفقه. فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية. ط1: 1427هـ-2006م.
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت.
- الزحيلي، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. دار الفكر، دمشق، ط1: 1412هـ-1991م.
- الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1: 1418هـ-1998م.
- سمير عليه وهيثم سمير عليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة. مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان. ط1: 1431هـ-2010م.
- شلبي، مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه. مطبعة دار التأليف، مصر : 1382هـ-1962م.
- الشوكاني، محمد بن علي الشوكاني (ت1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفكر.
- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية: 2001م.
- عبد السلام السليمان، الاجتهاد في الفقه الإسلامي ضوابطه ومستقبله، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، ط : 1417هـ-1996م.
- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

- القرضاوي، يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1: 1421هـ-2000م.
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط3: 1998م.
- محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط2: 1996م.
- محمد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظرية القانون، مكتبة وهبة بالقاهرة: 1962م.
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت261هـ)، صحيح مسلم المسمى بالجامع الصحيح، اعتنى بطبعه وراجعته هيثم خليفة الطعيمي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، ط1: 1422هـ-2001م.
- موقع نسيم الشام : [www.naseemalsham.com](http://www.naseemalsham.com) ، وهبة الزحيلي، العرف بين الشرع والقانون، مقال.
- موقع : [www.saaid.net/Doat/busairi/61.htm](http://www.saaid.net/Doat/busairi/61.htm) سلطان بن عثمان البصري، مسائل حول الشريعة والقانون، مقال.



## اضطراب الهوية الجنسية وآثاره من منظور فقهي



الدكتور خالد بن سالم بن صالح السفري

أستاذ الفقه المشارك بجامعة الملك عبد العزيز

وكيل كلية الآداب، جدة - المملكة العربية السعودية

مقدمة :

الحمد لله الذي خلق فسوى، وقدر فهدى، وخلق الذكر والأنثى، من نطفة إذا تمنى، وجعل لكل واحدٍ منهما من الصفات والخصائص ما يلائمه؛ ليقوم بدوره في خلافة الأرض، وإعمار هذه الدار، كما أراد الباري جل وعلا، وأنزل من الشرائع والأحكام ما يشمل الرجل والمرأة على حدٍ سواء، كما جعل منها ما يختص بأحدهما، حسب ما يقتضيه علمه وحكمته (أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ) [الملك: ١٤] وبعد..

فموضوع هذا البحث يتناول نازلة<sup>(1)</sup> من النوازل العصرية في زماننا، تتمثل في ما يعرف بظاهرة اضطراب الهوية الجنسية، فيُعَرَّفُها، ويبين مظاهرها، وأسبابها، والفرق بينها وبين ما ذكره الفقهاء في شأن الخنثى بنوعيه -المشكل وغير المشكل- ومدى اعتبار الشعور النفسي للمرء نحو الانتماء للذكورة أو الأنوثة، ثم يعرض للحكم الشرعي للآثار المترتبة على اضطراب الهوية الجنسية، من خلال الكلام عن حكم بعض الانحرافات المترتبة على ذلك الاضطراب.

(1) قد لا يسلم البعض بأن هذه المسألة من النوازل العصرية؛ نظراً لأن وجود من يتشبه من أحد الجنسين بالآخر، أمر معروف من قديم، فهناك المختنون من الرجال، وهناك الرجل من النساء، إلا أن الذي أعنيه بالنازلة ما ترتب على التشبه من أمور، وصلت إلى حد إجراء ما يسمى بعملية تحويل الجنس حسب رغبة الشخص.

## • أهمية الموضوع :

تكمن أهمية الموضوع في أنه يناقش مسألة مهمة، وهي مسألة اضطراب الهوية الجنسية، وما ترتب عليها من آثار، لم تقتصر على مجرد التخث، والشذوذ الجنسي عند بعض هؤلاء، والمطالبة العلنية بإثبات الحقوق الكاملة لهذه الفئة، ومن ذلك حقهم في ممارسة محرفهم عن الفطرة - كما يزعمون-، بل تعدى الأمر إلى ما هو أبعد من ذلك، فقد شاع في العالم الغربي عمليات ما يسمى تحويل الجنس، وانتشر انتشاراً واسعاً، وقام بعض الأطباء بتنفيذ هذه الرغبات، وجعلوا الرغبة النفسية في الجنس المطلوب، من أهم العوامل لتحويل جنس الشخص، بغض النظر عن بنيته الجسدية، ونوعه الذي خلقه الله عليه، وبدأ الأمر يفد إلى بلاد المسلمين، وتمت مثل هذه العمليات في بعض البلاد الإسلامية<sup>(1)</sup>.

## • خطة البحث :

يتألف البحث من مقدمة، وفصلين، وخاتمة، ثم الفهارس، أما المقدمة ففيها أهمية الموضوع، وخطة البحث، ومنهجه. وأما الفصل الأول، ففيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف اضطراب الهوية الجنسية ومظاهره وأسبابه.  
وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : تعريف اضطراب الهوية الجنسية.
  - المطلب الثاني : مظاهر اضطراب الهوية الجنسية.
  - المطلب الثالث : أسباب اضطراب الهوية الجنسية.
- المبحث الثاني : الفرق بين مضطرب الهوية الجنسية والخثي.
- المبحث الثالث : الآثار المترتبة على اضطراب الهوية الجنسية.
- المبحث الرابع : الفرق بين تحويل الجنس وتصحيح الجنس.

وأما الفصل الثاني، فهو عن النظرة الشرعية لاضطراب الهوية الجنسية والآثار المترتبة عليه، ويقع في مبحثين :

المبحث الأول : مدى اعتبار رغبة الشخص ومشاعره النفسية نحو الانتماء إلى الذكورة والأنوثة.

المبحث الثاني : الحكم الشرعي لآثار اضطراب الهوية الجنسية.

ويقع في ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : حكم التخث.
- المطلب الثاني : حكم الشذوذ الجنسي.

(1) ينظر: «لوثة تحويل الجنس»، د.محمد علي البار، مقال منشور على الإنترنت :

<http://www.khayma.com/maalbar/sexdiseases.htm> تاريخ المشاهدة : 1429/6/2هـ، كما ينظر: «تغيير الجنس بين الحظر والإباحة»، د.أحمد محمود

- المطلب الثالث : حكم تحويل الجنس (الانقلاب الجنسي).  
وأما الخاتمة ففيها ذكر بعض النتائج والتوصيات.

#### • منهج البحث :

- اعتمدت الرجوع إلى كلام الفقهاء والأطباء على حد سواء؛ لمقارنة كلامهم في ما أحتاج إليه من مسائل البحث.
- اعتمدت على المراجع العلمية، وكلام الأطباء وعلماء النفس حول تفسير اضطراب الهوية الجنسية.
- عند الرجوع لكلام الفقهاء، فإني أحاول استعراض كلام فقهاء المذاهب الأربعة ما وسعني ذلك.
- أثبت الآيات القرآنية مضبوطة بالشكل، مع ذكر السورة، ورقم الآية في المتن.
- خرجت الأحاديث النبوية من مصادرها المعتمدة، فإن كان الحديث في الصحيحين، أو أحدهما اكتفيت بذلك، وإلا خرجته من سائر كتب الحديث الأخرى باختصار.
- التزمت عزو النصوص الواردة في البحث إلى مراجعها المعتمدة، فإن كنت نقلت النص حرفياً وضعته بين قوسين، وأشرت في الحاشية إلى المرجع، ورقم الجزء، والصفحة، وإن كنت استفدت الفكرة أو المعلومة، أو تصرفت في العبارة، فإني أشير في الحاشية بقولي: «ينظر» ثم أذكر المصدر.
- عندما أشير إلى مذهب فقهي، فإني ألتزم توثيق رأي المذهب من كتبه المعتمدة، وأشير إلى ذلك في الحاشية.
- رجعت إلى معجم اللغة والغريب في التعريفات اللغوية.
- شرحت المصطلحات العلمية، والكلمات الغريبة.
- التزمت بعلامات الترقيم، والقواعد الإملائية، وضبط ما يحتاج إلى ضبط حسب القدرة.

#### الفصل الأول : اضطراب الهوية الجنسية وآثاره :

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف اضطراب الهوية الجنسية ومظاهره وأسبابه.

وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : تعريف اضطراب الهوية الجنسية.
- المطلب الثاني : مظاهر اضطراب الهوية الجنسية.
- المطلب الثالث : أسباب اضطراب الهوية الجنسية.

المبحث الثاني : الفرق بين مضطرب الهوية الجنسية والخنثى.

المبحث الثالث : الآثار المترتبة على اضطراب الهوية الجنسية.

المبحث الرابع : الفرق بين تحويل الجنس وتصحيح الجنس.

المبحث الأول: تعريف اضطراب الهوية الجنسية ومظاهره وأسبابه.

المطلب الأول: تعريف اضطراب الهوية الجنسية:

الاضطراب: في لغة العرب هو التحرك على غير انتظام، واضطرب الشيء: تحرك وماج، والاضطراب في أمور الرجل: يعني ترده، ومجيئه وذهابه في أمور معاشه، ويقال: اضطرب الحبل بين القوم، إذا اختلفت كلمتهم، واضطرب أمره: اختلف، والموج يضطرب: أي يضرب بعضه بعضاً<sup>(1)</sup>.

والهوية: بضم الهاء، وكسر الواو، وتشديد الياء، مشتقة من الضمير هو، ويراد بها حقيقة الشيء التي تميزه عن غيره، والهوية حقيقة مطلقة في الأشياء، والأحياء، مشتملة على الحقائق والصفات الجوهرية، فهوية الإنسان: حقيقته المطلقة، وصفاته الجوهرية التي تميزه عن غيره<sup>(2)</sup>.

وفي حديث أم المؤمنين صفية بنت حيي بن أخطب-رضي الله عنها- قالت: «سمعت عمي أبا ياسر يقول لأبي: أهو هو؟ قال: نعم والله، قال: تعرفه بعينه وصفته، فقال: نعم والله، قال: فماذا في نفسك منه؟ قال: عداوته والله ما بقيت»<sup>(3)</sup>.

وقال ابن حزم-رحمه الله-: «وحد الهوية: هو أن كل ما لم يكن غير الشيء فهو هو بعينه، إذ ليس بين الهوية والغيرية وسيطة يعقلها أحد البتة، فما خرج عن أحدهما دخل في الآخر»<sup>(4)</sup>.

وللمتكلمين بحث في الماهية، والهوية، والحقيقة، والمعنى، والمفهوم. خلاصته: أن الصورة في العقل من حيث أنها تقصد باللفظ تسمى معنى، ومن حيث أنها تحصل من اللفظ تسمى مفهوماً، ومن حيث أنه مقول في جواب ما هو، تسمى ماهية، ومن حيث ثبوته في الخارج؛ تسمى حقيقة، ومن حيث امتيازه عن الأغيار تسمى هوية، فالذات واحدة، واختلاف العبارات باختلاف الاعتبارات<sup>(5)</sup>.

إذن فمفهوم الهوية يشير إلى ما يكون به الشيء هو هو، أي من حيث تشخصه، وتحققه في ذاته، وتميزه عن غيره.

وبهذا الاعتبار يطلق على البطاقة التي يثبت فيها اسم الشخص، وتاريخ ومكان مولده، وجنسيته: الهوية، وتسمى البطاقة الشخصية أيضاً<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: «مقاييس اللغة»، أحمد بن فارس بن زكريا (228/5)، مادة (م و ج): «المغرب في ترتيب المعرب»، ناصر الدين بن عبد السيد المطرزي: (6/2)، مادة (ض ر ب): «لسان العرب»، محمد بن مكرم بن منظور: (543/1)، مادة (ض ر ب): «تاج العروس من جواهر القاموس» محمد بن محمد المرتضى الزبيدي: (241/3، 248)، مادة (ض ر ب).

(2) ينظر: «المعجم الوسيط»، إبراهيم مصطفى وآخرون: (898/2)؛ «الرائد»، جبران مسعود: (847).

(3) «دلائل النبوة»، أحمد بن الحسين البيهقي: (533/2).

(4) «الفصل في الملل والأهواء والنحل»، علي بن أحمد بن حزم: (107/2).

(5) ينظر «التعريفات»، علي بن محمد بن علي الجرجاني: (250/1، 281)؛ «حاشية العبادي على تحفة المحتاج» أحمد بن قاسم العبادي: (34/1).

(6) ينظر: «معجم اللغة العربية المعاصرة»، أحمد مختار عبد الحميد عمر: (2372/3).

والجنسية : نسبة إلى الجنس، وهو كل ضرب من الشيء، والناس، والطير، قال ابن فارس -رحمه الله-: «جنس: الجيم، والنون، والسين، أصل واحدٌ وهو الضرب من الشيء، قال الخليل : كل ضرب جنس، وهو من الناس، والطير، والأشياء جملة، والجمع أجناس»<sup>(1)</sup>.

والجنس في علم الأحياء : أحد شطري الأحياء، مميّزاً بالذكورة، أو الأنوثة، فهناك جنس الرجال، وجنس النساء<sup>(2)</sup>.

وقد ظهر مصطلح «الهوية الجنسية» في منتصف الستينيات من القرن الماضي مواكباً لتأسيس مجموعة من الباحثين في جامعة كاليفورنيا، تكونت بهدف دراسة الهوية الجنسية، وعرفت هذه المجموعة الهوية الجنسية بأنها : «نسق مركب من المعتقدات عن الذات، وإحساس بالذكورة أو بالأنوثة لدى الشخص، ولا ترتبط مطلقاً بجذور هذا الإحساس»<sup>(3)</sup>؛ أي إذا ما كان الشخص ذكراً أو أنثى، ومن ثم فإن لها مضامين نفسية فقط، والمراد الحالة الذاتية التي يشعر بها الشخص عن نفسه هل هو ذكر أم أنثى<sup>(4)</sup>؟

وبهذا يظهر أن المعنى المباشر لاضطراب الهوية الجنسية: التردد بشأن تحديد جنس الشخص الفعلي هل هو ذكر أم أنثى؟

والمقصود بـ«اضطراب الهوية الجنسية» في هذا البحث، هو ما يطلق عليه (Gender identity disorder)، ويعرف اختصاراً بـ(Gid) وهو : اضطراب نفسي يبدأ في الظهور في مرحلة الطفولة المبكرة، قبل البلوغ بمدة طويلة، وهو عبارة عن نفور شديد بشأن جنس الطفل الفعلي، مع رغبته وإصراره على أنه من الجنس الآخر، أو رغبته الملحة في أن يصبح من الجنس الآخر، من خلال رفضه التام للتركيب التشريحي لأعضائه التناسلية، وانشغاله بأنشطة الجنس الآخر<sup>(5)</sup>.

### المطلب الثاني : مظاهر اضطراب الهوية الجنسية :

تقدم في المطلب الأول أن اضطراب الهوية الجنسية، اضطراب نفسي يبدأ في الظهور في مرحلة الطفولة المبكرة، وقبل البلوغ بمدة طويلة، وتختلف مظاهر هذا الاضطراب حسب جنس الطفل، ذكراً أو أنثى، فمن مظاهره عند الأطفال الإناث، أنهن يبدين اهتماماً شديداً بالرياضة، واللعب العنيف، واقتناء ألعاب الذكور كالمسدسات والسيوف، ورفض الاهتمام بالعرائس، وفقد الاهتمام بتمثيل دور الأمومة، أو لعبة البيت، وإعداد الطعام<sup>(6)</sup>، ورفض التبول في وضع

(1) «مقاييس اللغة»، أحمد بن فارس بن زكريا : (432/1).

(2) ينظر: «المعجم الوسيط»، إبراهيم مصطفى آخرون: (140/1)؛ «معجم اللغة العربية المعاصرة»، أحمد مختار عبد الحميد عمر: (405/1).

(3) «اضطراب الهوية الجنسية لدى الإناث: الأسباب والحلول»، د.أحمد محمد عبد الخالق، بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية، الصادرة عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، المجلد 40، العدد 4، 2012م.

(4) المرجع السابق.

(5) ينظر: «اضطراب الهوية الجنسية عند الأطفال»، د.عبدالله بن سلطان السبيعي، مقال منشور على الإنترنت :

(http://www.alnafsy.com/article/97) تاريخ المشاهدة 2014/10/18م، «اضطراب الهوية الجنسية وعلاقته ببعض المتغيرات النفسية»، د.سعاد عبدالله

البشر، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر الإقليمي لعلم النفس، رابطة الأخصائيين النفسيين المصرية، (465-464).

(6) ينظر: «الاضطرابات الجنسية»، د.محمد حسن غانم : (89).

الجلوس، والحرص على اتخاذ رفاق من الذكور، ولبس ملابس الذكور، والإصرار على قص الشعر بطريقة قصه عند الذكور، وبعضهن قد تدعي أو تتخيل أنه سيظهر لها عضو ذكري، وأنه لن ينمو لها أثناء مثل البنات<sup>(1)</sup>.

أما عند الأطفال الذكور فتكون مظاهر هذا الاضطراب واضحة من خلال حرصهم على ارتداء الفساتين، واقتناء لعب البنات كالعرائس، ورفض الابتعاد عن ذلك مهما حاول الأبوان، مع الرفض الشديد للعب مع الأولاد، واعتبار ذلك خشونة لا يحتملونها؛ كما أنهم يبدون اهتماماً خاصاً بما يلبس أخواتهم من ملابس داخلية أو خارجية، وأدوات الزينة، ومستحضرات التجميل، كما أنهم يحرصون على اتخاذ رفيقات من البنات، ويتخيل بعضهم أنه سيصبح امرأة عندما يكبر، وأن عضوه الذكري المقزز سيختفي، ويظهر بدلاً منه عضو أنثوي، وأنه سيصبح قادراً على الحمل والإنجاب<sup>(2)</sup>.

وحيثما يكبر هؤلاء الأطفال وقد صاحبهم هذا الاضطراب؛ فإنه يسبب ألماً نفسياً شديداً لهم، كما أنه يسبب العديد من المشاكل الأسرية، والاجتماعية، والتعليمية، ويصبح الواحد منهم يحن نفسياً إلى أن ينتمي إلى الجنس المقابل، ولذا يظل جسده غريباً عنه، ونفسه غريبة عن جسدها، ففي حين أن لديه جسد رجل، إلا أنه يشعر في داخله أنه امرأة، أو العكس بأن تكون أنثى لديها جسد امرأة، لكنها تشعر أنها رجل<sup>(3)</sup>.

ومن الطبيعي أن كل صنف من هؤلاء عندما يكبر يزداد حرصه واهتمامه بأنشطة الجنس الآخر الذي يحن إلى أن ينتمي إليه، ويرفض جنسه ونوعه الذي يجده له جسده، ويعترف فقط بجنسه الذي حددته له أحاسيسه، ومشاعره، وانفعالاته الداخلية، فالمرأة التي ترى نفسياً أنها رجل، لا يقدر أي رجل على استئثارها جنسياً، ولا تشعر بميل نحو، وكيف تشعر بميل نحو من تعده من نفس نوعها، ولذا نجدها تلبس ملابس للرجال، وتمشي مشيتهم وتتحدث كما يتحدثون، وتجد راحتها النفسية عندما تكون معهم، ومثل ذلك ينطبق على الرجل الذي يرى نفسياً أنه امرأة<sup>(4)</sup>.

ويتولد عند بعض هؤلاء رغبة قوية في تغيير جنسهم، فإذا رفضت الأسرة ذلك، فقد يهددون بالانتحار، أو ينخرطون في ممارسة العديد من السلوكيات العنيفة التي تجبر أسرهم على الانصياع لما يريدون، ولسان حالهم كما عبر أحدهم بقوله: «أمتلك جسد رجل، ولكني لا أريد أن أكون رجلاً؛ لأن بداخلي أنثى تنمو كل لحظة، فكيف أوصل سجنني في جسد لا أريده ولا أحترمه، ولا أشعر بأدنى انتماء له، إن كنتم تحبونني فأنقذوني من هذه الآلام التي تعتصرنني، أنا كاره لهذا الجسد، وأريد إجراء عملية بسيطة حتى تستقيم الأمور، وتنطبق نفسيتي على جسدي ويقبل كل منهما الآخر»<sup>(5)</sup>.

والحقيقة أن مثل هؤلاء الأفراد لا يعانون من هذه الأزمة فقط، بل من أزمات متعددة، وأن الرغبة في التحول إلى الجنس المقابل تخفي وراءها كماً هائلاً من الصراعات والأزمات النفسية والاضطرابات الشخصية الحادة<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: «اضطرابات الهوية الجنسية عند الأطفال»، د. عبدالله بن سلطان السبيعي، مقال منشور على الإنترنت (<http://www.alnafsy.com/article/97>) تاريخ المشاهدة 2014/10/18م: «اضطراب الهوية الجنسية وعلاقتها ببعض المتغيرات النفسية»، د.سعاد عبدالله البشر، (464).  
(2) المرجع نفسه (464).

(3) ينظر: «الاضطرابات الجنسية»، د.محمد حسن غانم: (85، 87)؛ «تغيير الجنس بين الحظر والإباحة»، د.أحمد محمود سعد: (183).

(4) ينظر: «الاضطرابات الجنسية»، د.محمد حسن غانم: (87).

(5) «الاضطرابات الجنسية»، د.محمد حسن غانم: (89)؛ وينظر أيضاً: «تغيير الجنس بين الحظر والإباحة»، د.أحمد محمود سعد: (185).

(6) ينظر: «الاضطرابات الجنسية»، د.محمد حسن غانم: (90).

## المطلب الثالث : أسباب اضطراب الهوية الجنسية :

ليس من الواضح تماماً ما هي الأسباب المؤدية لاضطراب الهوية الجنسية من الناحية التشريحية، ففي حين يرى بعض الأطباء أن هذه الاضطرابات تنشأ مبكراً لدى الفرد، بسبب تعرض مخ الجنين في رحم الأم لمعدلات غير ملائمة من هرمون الأدرينالين، أو غيره من الهرمونات الموجودة في جسد الأم<sup>(1)</sup>، فإن هذا الرأي ليس قاطعاً في تفسير هذا الاضطراب، والذي يظهر أن الأمر يتعلق بمجموعة من العوامل المهيئة أو المساعدة إبان فترة الطفولة المبكرة، ومن هذه العوامل<sup>(2)</sup> :

1- غياب المثلّ الجيد لمظاهر الرجولة أو الأنوثة، الذي يُمكن الطفل من تعلم ما يفعله ويشعر به الذكور أو الإناث، في شتى المواقف والأحوال، ويغرس فيه المشاعر المرتبطة بجنسه.

2- تشجيع الوالدين، أو صمتهم، أو عدم اكتراثهم بسلوكيات الطفل في صغره، التي تميل للجنس الآخر، مما قد يوصل رسالة للطفل بمباركة الوالدين لهذا الدور، ورضاهم عنه، حتى يتمكن ويتأصل فيه شعور الانتماء للجنس الآخر.

3- تذهب بعض النظريات إلى أن توحد الطفل مع والده من الجنس الآخر، قد يؤثر في ميوله، وتكوين هويته، فالولد اللصيق بأمه بشكل كبير، قد ينمو ليصبح أنثوي الهوية أو الميول، والعكس بالنسبة للأنثى.

4- الأذى الجسدي أو الجنسي الذي يقع على الطفل في سن مبكرة، قد يجعله يحلم باختفاء هذا الأذى، وزواله لو تحول للجنس الآخر، مما يؤثر على تطور هويته الجنسية.

5- وجود ملامح أنثوية لدى الأطفال الذكور، قد يجلب لهم التعليقات والتحرشات التي قد تؤدي إلى الخراف هويتهم الجنسية، ومثل ذلك يقال بالنسبة لمظاهر الحشونة عند الإناث<sup>(3)</sup>.

## المبحث الثاني : الفرق بين مضطرب الهوية الجنسية والخنثى :

ذكرت فيما سبق أن مضطرب الهوية الجنسية، إما ذكرٌ كملت أعضائه ذكورته، أو أنثى كملت أعضائه أنوثتها، لكنه يشعر نفسياً أنه من الجنس الآخر، ولا يشعر بأي انتماء للجنس الذي تمثله أعضاؤه الجنسية، وبقية محددات هويته الجنسية، كالتركيبية الكروموسومية ( XY في الذكور، XX في الإناث)<sup>(4)</sup>، والغدد الصماء (الخصيتان في الذكور، والمبيضان والرحم في الإناث).

وربما عبر الذكر من هؤلاء بقوله : أنا أنثى محبوسة في جسد رجل. والأنثى تقول : أنا رجل محبوس في جسد أنثى<sup>(5)</sup>.

وقد يتبادر للذهن هنا أن الأمر يتعلق بالشذوذ الجنسي، أو ما يُعرف باسم المثلية الجنسية، وهذا ليس دقيقاً، بل الكلام يتعلق بمصابين بمرض لم يختاروا ما هم فيه، أي لم يختاروا هويتهم الجنسية القلقة التي هم عليها.

(1) ينظر: «الاضطرابات الجنسية»، د.محمد حسن غانم : (88).

(2) ينظر: «اضطراب الهوية الجنسية عند الأطفال»، د.عبدالله بن سلطان السبيعي، مقال منشور على الإنترنت (<http://www.alnafsy.com/article/97>) تاريخ

المشاهدة 2014/10/18م، «اضطراب الهوية الجنسية وعلاقته ببعض المتغيرات النفسية»، د.سعاد عبدالله البشر، (468-470).

(3) المرجع نفسه.

(4) ينظر: «الاضطرابات الجنسية»، د.محمد حسن غانم : (89)؛ «تغيير الجنس بين الحظر والإباحة»، د.أحمد محمود سعد : (189، 190).

(5) المرجع نفسه.

وإذا توقف الأمر عند حد الشعور النفسي فقط، فهؤلاء مرضى يجب النظر إليهم بعين الرحمة والإشفاق، والسعي في طلب علاجهم المشروع، لا أن يُنظر لهم بعين التأفف والازدراء أو التهكم والسخرية.

وقد ذكر الفقهاء -رحمهم الله- أن المخنث : هو المؤنث من الرجال، وإن لم تُعرف منه الفاحشة، فإن كان ذلك منه خِلقة فلا لوم عليه، وعليه أن يتكلف إزالة ذلك، وإن كان بقصد منه فهو المذموم<sup>(1)</sup>.

وسأتي مزيد كلام حول ذلك في معرض الحديث عن حكم التخنث في الفصل القادم.  
أما الخنثى فيختلف تماماً عن مضطرب الهوية الجنسية.

فلخنثى في اللغة: مأخوذ من الانخناث، وهو التكسر والتثني، قال ابن فارس -رحمه الله-: ((الخناء والنون والثاء، أصل واحد يدل على تكسر وتثن، والخنث : المسترخي المتكسر))<sup>(2)</sup>، وسمي الخنثى بذلك لاشتراك الشبهين فيه، وإلفه للتأنيث، فهو ممنوعٌ من الصِّرف، وجمعه خُنْثَى، كالحُبَالَى، وخُنْثَاتٌ، والضُمائر العائدة إليه يؤتى بها مُدَكَّرَةً، وإن اتضحت أنوثته؛ لأن مدلوله : شخص صفته كذا<sup>(3)</sup>.

وفي حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اختنات الأُسْقِيَةِ» متفق عليه<sup>(4)</sup>، يقال : خنَّتَ السقاء واختنَّته، إذا كسرتَ فمه، وثنَّيته إلى الخارج، فَشَرِبْتَ منه<sup>(5)</sup>.

ومن ذلك أخذ اسم الخنثى؛ لأن شأن الخنثى التثني في كلامه، والتكسر فيه، بأن يلينه، بحيث يشبه كلام النساء، وفي أفعاله بأن يهز عطفه إذا مشى<sup>(6)</sup>.

أو مأخوذ من قولهم : خنث الطعام إذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه المقصود منه، وشارك طعم غيره، ومن ذلك سمي الخنثى لاشتراك الشبهين فيه، من حيث إنه يشبه الذكر بآلة، والأنثى بآلة<sup>(7)</sup>.

وأما في اصطلاح الفقهاء فقد جاء في «بدائع الصنائع» : «أن الخنثى : من له آلة الرجال والنساء، والشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى حقيقة، فإما أن يكون ذكراً، وإما أن يكون أنثى»<sup>(8)</sup>، وفي «تبيين الحقائق» : «هو من له فرج المرأة، وذكر الرجل، ويُلْحَقُ به مَنْ عَرِيَ عن الآلتين جميعاً»<sup>(9)</sup>.

(1) ينظر: «المنتقى»، سليمان بن خلف الباجي: (182/6)؛ «إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري»، أحمد بن محمد القسطلاني: (460/8).

(2) «مقاييس اللغة»: (180/2).

(3) ينظر: «شرح مختصر خليل للخرشي»، محمد بن عبد الله الخرشبي: (225/8).

(4) «صحيح البخاري»، محمد بن إسماعيل البخاري: (2132/5)، كتاب الأشربة، باب اختنات الأُسْقِيَةِ، رقم: (5302)؛ «صحيح مسلم»، مسلم بن الحجاج :

(1600/3)، كتاب الأشربة، باب آداب الطعام والشراب وأحكامهما، رقم: (2023).

(5) ينظر: «حاشية الدسوقي»، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي: (488/4).

(6) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب»، ناصر بن عبد السيد المطرزي: (154/1).

(7) المرجع نفسه.

(8) (327/7).

(9) (214/6).



وذكر الإمام السرخسي - رحمه الله - أن الاشتباه قد يقع عند الولادة من وجهين: «أحدهما: بالمعارضة، بأن يوجد في المولود الألتان جميعاً، فيقع الاشتباه... الثاني: أن تنعدم آلة التمييز أصلاً، بأن لا يكون للمولود آلة الرجال، ولا آلة النساء، وهذا أبلغ جهات الاشتباه»<sup>(1)</sup>.

وقال الإمام الطرطوشي - رحمه الله - : «الخنثى هو الذي له ذَكَرٌ وفرج أو لا يكونان، وله ثقب يخرج منه البول»<sup>(2)</sup>.

وجاء في «حاشية العدوي» أن الخنثى المشكل: «هو الذي يكون له فرجا الذكر والأنثى على صفتيهما غير ناقصتين عنهما، فلو كان له فرج المرأة، وذَكَرٌ من غير خصيتين، أو خصيتان بلا ذَكَرٍ فامرأة بلا إشكال، وكذا لو كان له ذَكَرٌ وخصيتان، وله ثقب في موضع الفرج ناقصة عن صورة فرج المرأة، سواء كانت نافذة أم لا، فرجل، وإنما المشكل من له الفرجان الكاملان، أو لا فرج له، وإنما له ثقبه يبول منها»<sup>(3)</sup>.

وجاء في «مغني المحتاج» أن الخنثى على ضربين: «أحدهما: أن لا يكون له فرج رجل، ولا فرج امرأة، بل يكون له ثقب يخرج منها البول، ولا يشبه فرج واحدٍ منهما، الثاني وهو أشهرهما: ما له آلة الرجال والنساء»<sup>(4)</sup>.

وقال ابن قدامة - رحمه الله - : «الخنثى هو الذي له ذكر وفرج امرأة، أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول، وينقسم إلى مشكل وغير مشكل، فالذي يتبين فيه علامات الذكورية، أو الأنثوية، فيعلم أنه رجل أو امرأة، فليس بمشكل، وإنما هو رجل فيه خِلْقَةٌ زائدة، أو امرأة فيها خِلْقَةٌ زائدة»<sup>(5)</sup>.

وذكر - رحمه الله - أنه يُلْحَقُ بالخنثى المشكل مَنْ لَا ذَكَرَ له، ولا فرج له، ولا فيه علامات الذكورية أو الأنثوية، قال: «وقد وجد من ليس في قُبْلِهِ مَخْرَجٌ، لا ذكر ولا فرج، بل لحمة ناتئة كالرَبْوَةِ، يرشح البول منها رشحاً على الدوام، وآخر ليس له إلا مخرج واحد فيما بين المخرجين، منه يتغوط ومنه يبول، ومن ليس له مخرج أصلاً، لا قُبْلَ ولا دُبْرَ، وإنما يتقيأ ما يأكله وما يشربه، فهذا وما أشبهه في معنى الخنثى، إلا أنه لا يمكن اعتباره بِمَبَالِغِهِ، فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل، ينبغي أن يثبت له حكم الخنثى المشكل»<sup>(6)</sup>.

والخلاصة أن الفقهاء يقسمون الخنثى إلى قسمين: مشكل وغير مشكل، فالمشكل هو الذي له في قُبْلِهِ ذكر رجل وفرج امرأة، ولم يتبين فيه علامة لذكورية أو أنثوية، ويلحق بالمشكل من عري عن الألتين جميعاً، أو ليس له إلا مخرج واحد، أو لا مخرج له أصلاً، وليس فيه علامات الذكورية أو الأنثوية.

وأما غير المشكل فهو الذي في قُبْلِهِ ذَكَرٌ رجل، وفرج امرأة، لكن يتبين فيه علامات الذكورية أو الأنثوية الأخرى فليس بمشكل، فَيُلْحَقُ بِجَنْسِهِ، ويكون الفرج الآخر خِلْقَةً زائدة.

(1) «المبسوط»، محد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: (91/30).

(2) «حاشية الدسوقي»، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي: (488/4).

(3) «حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي»، علي بن أحمد الصعدي العدوي: (225/8).

(4) (51/4).

(5) «المغني»، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة: (336/6).

(6) المرجع نفسه: (340-339/6).

والخنثى يعتبر بمباليه في قول الفقهاء، قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن الخنثى يورث من حيث يبول، إن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل، وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة»<sup>(1)</sup> وهذا في حق من له الألتان، أما من ليس له آلة أصلاً ونحوه؛ فإنه لا يمكن اعتباره بمباليه؛ فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل تثبت له أحكام الخنثى المشكل<sup>(2)</sup>.

#### - الخنثى عند الأطباء :

يعرف الخنثى عند الأطباء بأنه الشخص الذي تكون أعضاؤه الجنسية الظاهرة غامضة ولتحديد جنس الخنثى؛ فإن الطبيب يفحص الغدد التناسلية نسيجياً؛ فإن كانت الغدة خصية، والأعضاء التناسلية الخارجية تشبه تلك الموجودة لدى الأنثى فهو خنثى ذكر كاذب، وإن كانت الغدة مبيضة، والأعضاء الظاهرة شبيهة بأعضاء الذكورة، فهو خنثى أنثى كاذبة<sup>(3)</sup>.

وإن كان للشخص مبيض وخصية، أو هما معاً ملتحمان، فهو خنثى حقيقية، ولا عبرة آنذاك بالأعضاء الظاهرة، التي قد تشبه أعضاء الذكر أو الأنثى أو كليهما معاً، وهذه نادرة الوجود، رغم أنها ثابتة في السجلات الطبية<sup>(4)</sup>.

ومما تقدم يظهر أن تعريف الطب للخنثى يختلف عن تعريف الفقهاء في أمور منها<sup>(5)</sup> :

1- أن تعريف الفقهاء يعتمد على وجود الأعضاء التناسلية الظاهرة للذكر والأنثى جميعاً في الشخص نفسه، فالخنثى عند الفقهاء هو الذي له ذكر رجل وفرج امرأة، بينما يعرف الأطباء الخنثى بوجود أعضاء جنسية ظاهرة غامضة.

2- يعتمد تقسيم الفقهاء للخنثى إلى مشكل وغير مشكل على وجود علامات الذكورة أو علامات الأنوثة، وهذه لا تظهر إلا عند البلوغ، بينما يعتمد تقسيم الأطباء على نوعية الغدد التناسلية، فقد يكون خنثى ذكر كاذبة، أو خنثى أنثى كاذبة، أما إذا كان لدى الشخص الغدتان معاً (خصية ومبيض) فهو الخنثى الحقيقية.

3- يعتمد الفقهاء في معرفة نوع الخنثى على مباله، فإن بال من عضو الذكورة فهو ذكر، وإن بال من عضو الأنوثة فهو أنثى، وإن بال منهما فهو مشكل.

(1) «المغني»، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامه: (336/6).

(2) المرجع نفسه: (340/6).

(3) ينظر: «مشكلة الخنثى بين الطب والفقه»، د.محمد علي البار، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - السنة الرابعة - العدد السادس: (351-352).

(4) المرجع نفسه: (352). وقد ذكر الدكتور محمد علي البار أن مجلة "ميديسن دايجست" قد نشرت عام (1980م) حالة خنثى حقيقية في الولايات المتحدة، ولديها مبيض واحد وخصية واحدة، ولهذه المرأة رحم وبظر كبير، استعملته كقضيبي في علاقاتها الجنسية مع النساء فترة من الزمن، وفي سن 32 كفت عن تمثيل دور الذكر وتحولت إلى تمثيل دور الأنثى، وعندما بلغت 34 عاماً حملت ووضع طفلًا ميتاً، وقد رفضت أي تدخل جراحي، وقالت إنها سعيدة بكونها خنثى.

وأرى أن مثل هذه الحالة التي أوردها الدكتور، قد زال إشكالها وتبين أمرها، ما دام أنها حملت ووضع، فتكون أنثى، والخصية التي بها حلقة زائدة، نعم يرد الإشكال الكبير، لو كان قد ولد لها ولد من صلها إبان تمثيلها دور الذكر، ومن عجيب ما وقفت عليه هنا ما ذكره الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير في معرض كلامه عن الخنثى من أنه قد وَقَعَ مَنْ وُلِدَ لَهُ مِنْ ظَهْرِهِ وَمِنْ بَطْنِهِ، وفي هذا الكلام نظر لا يخفى، والله أعلم، ينظر: «حاشية الدسوقي»: (488/4).

(5) ينظر: «مشكلة الخنثى بين الطب والفقه»، د.محمد علي البار: (353-354)؛ «تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية»، د.شوقي إبراهيم عبدالكريم علام (101-102).

4- يلحق الفقهاء بالخنثى المشكل مَنْ لم يكن له في قُبْلِهِ مَخْرَجٌ ذَكَرَ ولا فرج امرأة، ولكن لحمة ناتئة يرشح منها البول رشحاً على الدوام، وَمَنْ ليس له إلا مخرج واحد بين المخرجين، منه يتبول، ومنه يتغوط، وَمَنْ ليس له مخرج أصلاً لا قُبْلَ ولا دُبْرَ، ويتقيأ ما يأكله، وكل هؤلاء لا يدخلون في تعريف الأطباء للخنثى، بل هي عيوب خَلْقِيَّةٌ في تكوين الجهاز التناسلي الإخراجي<sup>(1)</sup>.

المبحث الثالث : الآثار المترتبة على اضطراب الهوية الجنسية :

يذكر الأطباء أن اضطراب الهوية الجنسية يبدأ قبل سن الرابعة غالباً، ويزداد قبل الثامنة عشرة، وحينما يكبر هؤلاء الأطفال وقد صاحبهم هذا الاضطراب؛ فإنه قد يتحول إلى نوع من الانحرافات الجنسية ويمكن تصنيف هؤلاء إلى ثلاثة أصناف<sup>(2)</sup> :

أ- فئة المتخنثين (Transvestite) : والمتخنث هو: من يتشبه بالجنس الآخر، ويلبس ملابس الجنس الآخر، ولو سراً، ويستتار جنسياً عند فعل ذلك، وقد يمارس العادة السرية حينها<sup>(3)</sup>.

ب- فئة الشاذين جنسياً (Homo Sexuels) : والشاذ جنسياً هو: من يمارس الجنس في دور الجنس الآخر<sup>(4)</sup>، والاصطلاح الشرعي لهؤلاء أن يطلق عليهم : أصحاب فاحشة قوم لوط، والسحاقيات.

ج- فئة طالبي الانقلاب الجنسي (Trans sexuals) : وهذه الفئة لا ترضى بغير تغيير الجنس، وتسعى جاهلة لذلك من خلال العيادات المتخصصة في الغدد، واستخدام الهرمونات، أو من خلال عيادات الجراحة لإزالة الأعضاء التناسلية على أمل تغيير الجنس<sup>(5)</sup>.

وقد انتشر هذا الأمر انتشاراً كبيراً في بلاد الغرب، ووفد إلى بعض بلاد المسلمين، وتمت مثل هذه العمليات في بعض البلاد الإسلامية. حيث يقوم بعض الأطباء بتنفيذ تلك الرغبات الشاذة، ووضعوا أطراً لذلك، وجعلوا الرغبة النفسية في الجنس المطلوب من أهم العوامل لتحقيق جنس الشخص، دون الالتفات لجنس الشخص الفعلي الذي خلقه الله عليه.

فبالنسبة للذكر كامل الذكورة، يقوم الأطباء بإزالة القضيب والخصيتين، وإيجاد فرج صناعي صغير ببقايا كيس الصفن، وزراعة أثناء صناعية، وإعطائه هرمونات أنثوية بكميات كبيرة، فينعم صوته، ويتغير توزيع الدهون في جسمه على هيئة الأنثى، ورغم أن الشكل الخارجي لمثل هذا الشخص قد يخدع مَنْ لا يعلم بحقيقة أمره؛ فيظنه أنثى، إلا أن التركيب الداخلي له لا يزال ذكراً، وإن كان ممسوخاً تماماً، ومن البدهي أنه لا يوجد له مبيض ولا رحم، ولذلك لا يمكن أن يجيض، ولا أن يحمل قطعاً.

أما بالنسبة للمرأة كاملة الأنوثة، فيقوم الأطباء باستئصال الرحم والمبيضين والثديين، ويقفل المهبل، ويصنع لها قضيباً اصطناعياً، يمكن أن ينتصب بواسطة تيار كهربائي من بطارية مزروعة في الفخذ عند الحاجة، وتُعطى هذه المرأة هرمونات الذكورة بكميات كبيرة تجعل الصوت أجشاً، وينمو لها شعر الشارب والذقن بصورة قريبة من الرجل،

(1) المرجع السابق.

(2) ينظر: «اضطراب الهوية الجنسية عند الأطفال»، د. عبدالله بن سلطان السبيعي، مقال منشور على الإنترنت :

(<http://www.alnafsy.com/article/97>) تاريخ المشاهدة 2014/10/18م.

(3) المرجع نفسه، وينظر: «تغيير الجنس بين الحظر والإباحة» د. أحمد محمود سعد : (188).

(4) المرجع نفسه.

(5) المرجع نفسه.

وتزداد العضلات قوة بتأثير الهرمونات مع بعض التمرينات الرياضية، وبذلك تتحول المرأة كاملة الأنوثة إلى ما يشبه الرجل في شكله الخارجي، وإن كانت ممسوخة تماماً، ومن البدهي أنها لا يمكن أن تقذف مني الرجال، ولا يمكن أن يكون لها ولد من صلبها<sup>(1)</sup>.

ويقرر أطباء النفس أنه قد لا يمكن عمل الكثير بالنسبة لحالات اضطراب الهوية الجنسية في حال تجاوز مرحلة الطفولة، لذلك فإن الوقاية خير من العلاج، والوقاية تكون بأمور منها<sup>(2)</sup>:

- 1- ممارسة الوالدين لدورهما الحقيقي في التوجيه والتصحيح، وتوفير القدوة الجيدة للطفل في السلوك الاجتماعي المناسب بشكل عام، والممارسات المتعلقة بجنس الطفل بشكل خاص، ولا بد للوالدين من الاهتمام بما يقوله الطفل إزاء هويته، وما يعلق به الأقارب تجاه أطفالهم.
  - 2- العمل على غرس النمط السلوكي المقبول اجتماعياً، وتشجيع السلوك المطابق لجنس الطفل، وذلك بالممارسة الفعلية، من خلال الاشتراك بالناشط المناسبة للأطفال جمعياً، أو مع الأب أو الأم.
  - 3- إظهار الرفض لأي مظهر يمكن أن يكون من مظاهر الانحراف في هذا الجانب، للعمل على كبحه في سن مبكرة، قبل أن يتأصل ويصعب التخلص منه.
  - 4- زيارة الطبيب النفسي في مثل هذه الحالات، وخاصة في السن المبكرة جداً، قد يفيد في اكتشاف بعض الاختلالات الهرمونية، أو الخلقية، التي قد يكون في إصلاحها إنقاذ للطفل من مشكلة هائلة قد تواجهه في المستقبل.
  - 5- وقبل ذلك كله وبعده، لا بد من الاهتمام بتنمية الوازع الديني لدى الأطفال، وزرع مفهوم مراقبة الله في السر والعلن، منذ نعومة أظفارهم، لا تخويفاً وترهيباً، بل ترغيباً وتحبيباً فيما عند الله تعالى<sup>(3)</sup>.
- أما في حال تجاوز مرحلة الطفولة دون علاج هذا الاضطراب؛ فإن أطباء النفس يذكرون أنه لا يوجد في الوقت الحالي علاجات دوائية أو نفسية يصفها الطبيب لحالات اضطراب الهوية الجنسية، فتشفى وتكف عن طلب التحول، ولكن العلاج يكمن في أن تساعد الشخص في مواجهة مشكلاته النفسية، والاجتماعية، وأن يحاول التكيف مع ظروفه، ويمارس نشاطات حياته بصورة شبه طبيعية، حتى يشغل ذهنه ووقته، ولا يظل أسيراً لكراهية جنسه، ولرغبته الملحة في التحول<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: «لوثة تحويل الجنس»، د.محمد علي البار، مقال منشور على الإنترنت :

(2) ينظر: «اضطراب الهوية الجنسية عند الأطفال»، د. عبدالله بن سلطان السبيعي، مقال منشور على الإنترنت : <http://www.khayma.com/maalbar/sexdiseases.htm> تاريخ المشاهدة: 1429/6/2هـ، كما ينظر: «تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والإباحة»،

د.شوقي إبراهيم عبدالكريم علام: (155).

(3) ينظر: «اضطراب الهوية الجنسية عند الأطفال»، د. عبدالله بن سلطان السبيعي، مقال منشور على الإنترنت :

(4) ينظر: «اضطراب الهوية الجنسية عند الأطفال»، د.محمد المهدي، مقال منشور على الإنترنت : <http://www.alnafsy.com/article/97> تاريخ المشاهدة 2014/10/18م.

(5) المرجع نفسه.

(6) ينظر: «التحول الجنسي بين الطب والدين»، د.محمد المهدي، مقال منشور على الإنترنت :

(7) ينظر: «التحول الجنسي بين الطب والدين»، د.محمد المهدي، مقال منشور على الإنترنت : [http://www.elazayem.com/b\(96\).htm](http://www.elazayem.com/b(96).htm) تاريخ المشاهدة: 2015/3/17م

## المبحث الرابع : الفرق بين تحويل الجنس وتصحيح الجنس :

يحصل اللبس كثيراً بين مسألتين مختلفتين تماماً، وهما تحويل الجنس، وتصحيح الجنس، فأما تحويل الجنس فهو ما سبقت الإشارة إليه، حيث يكون الجسد مكتمل الذكورة أو الأنوثة من الناحية التركيبية، ولكن المشاعر والأحاسيس تنتمي إلى الجنس المقابل، وقد يلجأ الواحد من هؤلاء إلى إجراء ما يسمى بعملية تحويل الجنس، والحقيقة أنه لا ينتج عن مثل هذه العمليات تحويل حقيقي للجنس، ولا يملك البشر ذلك، وليس بمقدورهم تغيير خلق الله، فيحولون الرجل إلى امرأة، أو المرأة إلى رجل؛ ليتطابق الشعور النفسي مع التركيب العضوي؛ ولكن الذي ينتج عند ذلك كائن مسخ ليس بذكر ولا أنثى.

أما عمليات تصحيح الجنس (ويسمى البعض استرجاع الجنس) فإنها تجري لتثبيت الشخص في جنسه الحقيقي والصحيح، وليس التغيير، وهناك بعض الحالات ينظر فيها لأي الجنسين أقرب من الناحية التركيبية والوظيفية، حتى يثبت في الجنس الأقرب، لما يمتلكه من صفات أنوثة أو ذكورة.

وهذا التصحيح له ركائز ومحددات أساسية : هي الصبغيات (الكروموسومات) والغدد الجنسية، فالشخص عند الأطباء يكون ذكراً إذا كان حاملاً لكروموسومات (XY) ولديه خصيتان، بينما الأنثى تحمل كروموسومات (XX) ولديها مبيضان.

أما إذا حدث خلل في الكروموسومات، أو الغدد الجنسية، كوجود أنسجة مبيض وخصية في الشخص نفسه، فعندها يلجأ الأطباء إلى المحددات والركائز الثانوية، وتشمل الأجهزة التناسلية الخارجية والداخلية، والقدرة على ممارسة العلاقة الحميمة، ومستقبل الإنجاب، ورغبة الشخص ومشاعره نحو الذكورة والأنوثة، ورغبة الوالدين في حالة الأطفال، وعمر الشخص عند تشخيص الحالة، فتتم دراسة هذه الأمور بشكل دقيق، ثم يتخذ قرار تحديد الجنس إلى الجنس الأقرب له ذكراً أو أنثى<sup>(1)</sup>.

ولا ريب أن الأجهزة التناسلية الخارجية هي أوضح وسائل تحديد الجنس بالنسبة للعامة، ومن أقوى المؤشرات بالنسبة للأطباء، لكن قد يكون الجهاز التناسلي وسطاً بين الذكورة والأنوثة، وهو ما يعرف بالجهاز التناسلي الغامض، ولذلك فإن هذه الحالات تستوجب إجراء فحوصات كاملة للوصول إلى جنس المولود الصحيح، فإذا وجد أي تناقض بين أحد هذه المؤشرات، فإن هذا ما يعرف بتداخل الجنس أو الخنثى، وهو كما مر سابقاً ينقسم عند الأطباء إلى ثلاثة أنواع، هي<sup>(2)</sup> :

**1- الخنثى الكاذب الذكري :** وفي هذه الحالة تكون الأجهزة التناسلية الخارجية شاذة في طفل ذكر، وتبدو أقرب إلى الجهاز الأنثوي، إلا أنه يملك خصيتين غير ظاهرتين وكروموسومات (XY)، وفي هذه الحالة يُصنّفُ الطفل كولدٍ ذكّرٍ، وتجرى له عملية تصحيح لأجهزته التناسلية الخارجية.

(1) ينظر: «نعم لتصحيح الجنس لا لتغييره»، د.ياسر صالح جمال، مقال في الإنترنت بموقع إسلام أونلاين.نت :

[http://www.hiedge.org/arabic/science/health/topic\\_07/2006/09/01.shtml](http://www.hiedge.org/arabic/science/health/topic_07/2006/09/01.shtml) تاريخ المشاهدة 1429/6/4هـ

(2) ينظر: ص (14-15).

2- الخنثى الكاذب الأنثوي : وفي هذه الحالة تكون الأنثى بجهاز تناسلي خارجي شاذ، إذ يظهر لها جهاز أشبه بجهاز الذكور (يكون البظر متضخماً فيظن أنه ذكر) ولكنها تملك مبايض ورحماً وقنوات، وفي هذه الحالة يصنف الطفل كأنثى، وتصحح أجهزته التناسلية الخارجية لتصبح كجهاز الأنثى.

3- الخنثى الحقيقي : وفي هذه الحالة يملك الشخص جهازاً خارجياً شاذاً، إلا أن لديه مبيضاً وخصية في نفس الوقت (قد تكون مختفية) وهنا يصحح جنس الشخص بعد النظر في باقي مستويات تحديد الجنس، ويصنف في الجنس الأقرب إلى واقع باقي المستويات، وتصحح أجهزته التناسلية طبقاً لذلك. وبهذا يظهر الفارق جلياً بين عمليات تصحيح الجنس، وهي حالات علاجية مشروعة، وعمليات تغيير الجنس، وهي الحالات السليمة التي تطلب تغيير الجنس والأجهزة التناسلية بما يخالف البنية الجسدية<sup>(1)</sup>.

### الفصل الثاني : النظرة الشرعية لاضطراب الهوية الجنسية والآثار المترتبة عليه :

المبحث الأول : مدى اعتبار رغبة الشخص ومشاعره النفسية نحو الانتماء إلى الذكورة أو الأنوثة.

المبحث الثاني : الحكم الشرعي لآثار اضطراب الهوية الجنسية.

- المطلب الأول : حكم التخث.
  - المطلب الثاني : حكم الشذوذ الجنسي.
  - المطلب الثالث : حكم الانقلاب الجنسي (تحويل الجنس).
- المبحث الأول : مدى اعتبار رغبة الشخص ومشاعره النفسية نحو الانتماء إلى الذكورة أو الأنوثة :

ذكرت فيما سبق من البحث أن مضطرب الهوية الجنسية يشعر نفسياً أنه ينتمي إلى الجنس المقابل لما تمثله أعضاؤه التناسلية، وبقية محددات هويته الجنسية، فهل هذا الإحساس النفسي معتبر؟ أم أنه ملغى ولا اعتبار له؟ وهل هناك حالات أخرى يكون لشعور المرء وإحساسه أنه ذكر أو أنثى اعتبار، ويرجع في ذلك لقوله وإخباره عن نفسه؟

الذي يجب أن أقره هنا أن الذكر الذي كملت أعضاء ذكوره، والأنثى التي كملت أعضاء أنوثتها لا يصح بحال اعتبار مشاعر أحدهما النفسية في انتمائه للجنس المقابل، ولا قيمة لهذا الشعور، بل هذا مرض نفسي، وعلى من ابتلي به أن يجتهد في طلب العلاج المشروع، وليس العلاج بأن يُغير خلقه ظاهرياً، ويعارض حكمة الله في إيجاد جنس الذكر أو الأنثى.

أما مَنْ اجتمع في أعضائه علامات الذكورة والأنوثة ولم يمكن التمييز، أو لم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء، فهذا يسمى الخنثى المشكل؛ وقد ذكر بعض الفقهاء -رحمهم الله- أنه يرجع في ذلك إلى قوله.

قال الماوردي -رحمه الله- بعد أن ذكر جملةً من العلامات التي يتبين بها حال الخنثى المشكل : «وإذا كان كذلك، لم يبق ما يُعتبر من أحواله غير سؤاله عن طباعه الجاذبة له إلى أحد الجنسين، سئل عنها للضرورة الداعية إليها، كما تُسأل المرأة عن حيضها فيرجع فيه إلى قولها، فإن قال أرى طبعي يجذبني إلى طبع النساء، وينفر من طبع الرجال، عمل على ما أخبر

(1) ينظر: «نعم لتصحيح الجنس لا لتغييره»، د.ياسر صالح جمال، مقال في الإنترنت بموقع إسلام أونلاين.نت :

[http://www.hiedge.org/arabic/science/health/topic\\_07/2006/09/01.shtml](http://www.hiedge.org/arabic/science/health/topic_07/2006/09/01.shtml) تاريخ المشاهدة 1429/6/4هـ.

به من طبعه في أصل الخلقة؛ لا على ما يظهر من تأنيث كلامه وتذكيره؛ لأن الرجل قد يكون مؤنثاً يتكلم بكلام النساء، والمرأة قد تكون مذكرة تتكلم بكلام الرجال... وإذا كان كذلك قيل له: أخبرنا عن طبعك، فإذا قال: يجذبني إلى طباع النساء، قبل قوله بغير يمين؛ لأنه ليس فيه حق لغيره فيحلف عليه، ولأنه لو رجع لم يقبل منه، وحكم بأنه امرأة وَزُوجَ رجلاً... ولو كان قد قال هذا الخنثى حين سُئِلَ عما يجذبه طبعه إليه، أرى طبعي يجذبني إلى طبع الرجال، حكم بأنه رجل»<sup>(1)</sup>.

وقد ذكر ابن قدامة -رحمه الله- أنه يرجع إلى الخنثى المشكل في التزويج، على قول الخرقى، واختاره القاضي في الروايتين، قال: «فإن ذَكَرَ أنه رجل، وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء فله نكاحهن، وإن ذَكَرَ أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال زُوجَ رجلاً؛ لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهته، وليس فيه إيجاب حق على غيره، فقبل قوله فيه، كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها. وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له، فإن الله تعالى أجرى العادة في الحيوانات بميل الذكر إلى الأنثى، وميلها إليه، وهذا الميل أمر في النفس والشهوة، لا يطلع عليه غيره، وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة، فرجع فيه إلى الأمور الباطنة، فيما يختص هو بحكمه»<sup>(2)</sup>.

وجاء في «الشرح الكبير» للرددير -رحمه الله-: «... وقال بعضهم ينظر إلى شهوته، فإن مال إلى النساء فذكر، وإن مال إلى الرجال فأنثى».

قال الدسوقي -رحمه الله- شارحاً لذلك: «قوله: ينظر إلى شهوته، أي عند إشكاله بنبات اللحية والثدي معاً، وبدعم نباتهما، وبتساوي المخرَجَيْنِ في البول منهما، فالشهوة والميل من جملة العلامات التي يزول بها إشكاله، وهذا القول نقل عن مالك، والشافعي<sup>(3)</sup>، وأبي حنيفة<sup>(4)</sup>، قال: وَيُصَلِّقُ في ذلك؛ لأنه أمر لا يعلم إلا من جهته، فلا ينظر للتهمة»<sup>(5)</sup>.

وظاهرٌ مما تقدم أن الرجوع إلى الميل وجذب الطبع، إنما هو في حق الخنثى المشكل الذي لم يمكن زوال إشكاله بأي علامة أخرى من العلامات الكثيرة التي حددها الفقهاء لتمييز نوع الخنثى، ولذلك نص الفقهاء -رحمهم الله- على عدم اعتبار ميل الطبع إذا وجد شيءٌ من العلامات الأخرى؛ لأن تلك العلامات محسوسة معلومة الوجود، وقيام الميل غير معلوم ولا مقطوع به<sup>(6)</sup>.

(1) «الحاوي»، علي بن محمد بن حبيب الماوردي: (521/11)؛ وينظر: «البيان»، يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني: (77/9)؛ «أسنى المطالب»، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري: (60/1)؛ «مغني المحتاج»، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني: (51/4) وهو المذهب عند الشافعية.

(2) «المغني»، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة: (207/7)، والمذهب أنه لا يحل نكاح خنثى مشكل حتى يتبين أمره؛ لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبح له، كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة، وكما لو لم يقل إني رجل ولا امرأة؛ ولأن قوله لا يرجع إليه في شيء من أحكامه من الميراث والدية وغيرهما، فكذلك في نكاحه، ولأنه لا يعرف نفسه كما لا يعرفه غيره؛ ولأنه قد اشتبه المباح بالمحظور في حقه. ينظر: «الفروع»، محمد بن مفلح ابن محمد المقدسي: (210/5)؛ «الإنصاف»، علي بن سليمان بن أحمد المرادوي: (152/8)؛ «كشاف القناع»، منصور بن يونس الهوتي: (90/5).

(3) سبقت الإشارة إلى مراجع الشافعية في الصفحة السابقة.

(4) مذهب الحنفية أن الخنثى إن قال أنا رجل أو امرأة لم يقبل قوله إن كان مشكلاً. ينظر: «المبسوط»، محمد بن أحمد بن سهل السرخسي: (110/30)؛ «تبيين الحقائق»، عثمان بن علي الزيلعي: (216/6)؛ «رد المحتار»، محمد أمين بن عمر بن عابدين: (729/6).

(5) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي: (496/4)، والمذهب عند المالكية أن الخنثى المشكل لا يصح نكاحه. ينظر: «مواهب الجليل»، محمد بن محمد بن عبدالرحمن الحطاب: (429/6)؛ «منح الجليل»، محمد بن أحمد بن محمد عليش: (717/9).

(6) ينظر: «أسنى المطالب»، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري: (60/1).

فبالخلاصة أن بعض أهل العلم يعتبر الميل النفسي سبيلاً لإزالة الإشكال في حق الخنثى المشكل، أما غيره فلا يرد ذلك في حقه مجال.

### المبحث الثاني: الحكم الشرعي لآثار اضطراب الهوية الجنسية:

بيّنتُ في المبحث الثالث من الفصل السابق، أن الأطفال المصابون باضطراب الهوية الجنسية، حينما يكبرون وقد صاحبهم هذا الاضطراب؛ فإنه قد يتحول إلى نوع من الانحرافات الجنسية، ويمكن تصنيفهم حسب ما ذكر الأطباء إلى ثلاثة أصناف، هي فئة المتخنثين (Transvestite)، وفئة الشاذين جنسياً (Homo Sexuals)، وفئة طالبي الانقلاب الجنسي (Tran Sexuals).

وفي هذا المبحث سأعرض لبيان الحكم الشرعي لتلك الآثار لاضطراب الهوية الجنسية.

### المطلب الأول: حكم التخنث:

تعريف المخنث: المخنث لغةً، بكسر النون وفتحها، والكسر أفصح، والفتح أشهر، مأخوذ من الانخناث وهو التثني والتكسر، وورد في الحديث النهي عن اختناث الأسقية<sup>(1)</sup>، يقال: خنث السقاء، واختنثته، إذا كسرت فمه، وثنيته إلى خارج فشربت منه، قال في «المغرب»<sup>(2)</sup>: «وتركيب الخنث يدل على لين وتكسر، ومنه المخنث»؛ وقال في «طلبية الطلبة»<sup>(3)</sup>: «والانخناث: التثني والتكسر، وتخنيث الكلام تليينه، واشتقاق المخنث منه»، وقال في «المصباح»<sup>(4)</sup>: «خَنَثَ خَنَثًا فهو خَنِثٌ من باب تعب: إذا كان فيه لين وتكسر، ويعدى بالتضعيف، فيقال: خَنَثَهُ غيره إذا جعله كذلك، واسم الفاعل مُخَنِثٌ بالكسر، واسم المفعول بالفتح، وفيه انخِنَاثٌ وخِنَاثَةٌ بالكسر والضم، قال بعض الأئمة: خَنَثَ الرجل كلامه - بالتثقيل - إذا شبهه بكلام النساء لينا ورخامةً، فالرجل مُخَنِثٌ بالكسر.

وأما المخنث اصطلاحاً: فقد ذكر بعض الحنفية أن المخنث، بكسر النون وفتحها، فإن كان الأول فهو بمعنى المتكسر في أعضائه، المتلين في كلامه تشبهاً بالنساء، وإن كان الثاني فهو الذي يعمل به عمل قوم لوط<sup>(5)</sup>.

وجاء في «تبيين الحقائق»<sup>(6)</sup> قوله: «المخنث: هو الذي في كلامه لين وتكسر...» وفي عُرف الناس هو الذي يباشر الرديء من الأفعال، أو يُليّن كلامه عمداً، وأما إذا كان في كلامه لين، وفي أعضائه تكسرٌ خِلَقَةً، ولم يشتهر بشيءٍ من الأفعال الرديئة، فهو عدل مقبول الشهادة.

(1) سبق تخريج الحديث في ص (12).

(2) (154/1).

(3) (171/1).

(4) (183/1).

(5) هكذا ذكره صاحب «البحر الرائق»، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم: (85/7) ونسبه إلى أبواب الإمامة من «فتح القدير» ولم أقف عليه في «فتح القدير»، ونقله عن البحر صاحب «مجمع الأئمة»، عبدالرحمن بن محمد شيخي زاده: (197/2).

وذكر ابن عابدين: أن المخنث بالكسر مرادف للوطي، ونسبه للنهر، ثم قال: «وقيل: المخنث: من يؤتى كالمرأة، وعليه اقتصر في الدر المنثور، ونقل بعض المحشين عن الإشارات، أن كسر النون أفصح، والفتح أشهر، وهو من خلقه خلق النساء، في حركاته، وسكناته، وهيئاته، وكلامه، فإن كان خِلَقَةً فلا دم فيه، ومن يتكلفه فهو المذموم»: «رد المحتار»، محمد أمين بن عمر بن عابدين: (69/4).

(6) (220/4).



وقال ابن حبيب المالكي - رحمه الله - : «المخنث : هو المؤنث من الرجال، وإن لم تعرف فيه الفاحشة، وهو مأخوذ من تثني الشيء وتكسره»<sup>(1)</sup>.

وقال ابن عبد البر - رحمه الله - : «ليس المخنث الذي تُعرف فيه الفاحشة خاصة، وإنما التخنيث شدة التأنيث في الخلقة، حتى يشبه المرأة في اللين والكلام، والنظر والنعمة، والعقل»<sup>(2)</sup>.

وقال الإمام النووي - رحمه الله - : «والمخنث، بكسر النون وفتحها، والكسر أفصح، والفتح أشهر، وهو الذي خلقه كخلق النساء، في حركاته، وهيئته، وكلامه، ونحو ذلك، وتارة يكون ذلك خلقة له، فلا يأثم به، وتارة يتصنعه، فهو مأثوم مذموم ملعون»<sup>(3)</sup>.

وقال ابن حجر - رحمه الله - : «المخنث : رويناه بكسر النون وفتحها، فالأول المراد به من فيه تكسر وتثن، وتشبه بالنساء، والثاني : المراد به من يُؤْتَى»<sup>(4)</sup>.

وقال أيضاً : «المخنث بكسر النون وفتحها، من يشبه خلقه النساء، في حركاته، وكلامه وغير ذلك، ويطلق عليه اسم مخنث، سواء فعل الفاحشة أو لم يفعل»<sup>(5)</sup>.

وفي «حاشية الجمل»<sup>(6)</sup> : «المخنيثون بكسر النون أي المتشبهون بالنساء، ويفتحها أي المشبهون بهن».

#### - حكم التخنث شرعاً :

من خلال عرض كلام الفقهاء في تعريف المخنث، يتحصل أن المخنث هو المؤنث من الرجال، أي من يشبه خلقه النساء، في حركاته، وكلامه، وغير ذلك، وإن لم تُعرف منه الفاحشة، فإن كان ذلك فيه خلقة، فلا لوم عليه، وعليه أن يتكلف إزالة ذلك، وإن كان بقصد منه، فهو المذموم<sup>(7)</sup>، فقد أخرج البخاري في صحيحه من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : «لعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال»<sup>(8)</sup>، وفي لفظ : «لعن النبي ﷺ المخنثين من الرجال، والمترجلات من النساء، وقال : «أخرجوهم من بيوتكم»<sup>(9)</sup>، قال فأخرج النبي ﷺ فلاناً، وأخرج عمر فلاناً.

قال ابن حجر - رحمه الله - : «ذم التشبه، والكلام مختص بمن تعمد ذلك، وأما من كان ذلك من أصل خلقته، فإنما يؤمر بتكليف تركه، والإدمان على ذلك، بالتدرج فإن لم يفعل، وتمادى دخله الدم، ولاسيما إن بدا منه ما يدل على الرضا به، وأخذ هذا واضح من لفظة "المتشبهين"، وأما إطلاق من أطلق كالنوعي، وأن المخنث الخلقي لا يتجه عليه

(1) «المنتقى»، سليمان بن خلف الباجي : (182/6).

(2) «المغني»، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة : (104/7).

(3) «المجموع شرح المهذب»، يحيى بن شرف النووي : (552/11).

(4) «فتح الباري شرح صحيح البخاري»، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني : (190/2).

(5) المرجع نفسه : (334/9).

(6) (47/4).

(7) ينظر : «فتح الباري»، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني : (334/9).

(8) «صحيح البخاري»، محمد بن إسماعيل البخاري، كتاب اللباس، باب المتشبهون بالنساء والمتشبهات بالرجال، رقم : (5546)، (2207/5).

(9) المرجع نفسه، رقم (5547)، (2207/5).

اللوم، فمحمولٌ على ما إذا لم يقدر على ترك الثني والتكسر في المشي والكلام، بعد تعاطيه المعالجة لترك ذلك، وإلا متى كان ترك ذلك ممكناً ولو بالتدرج، فتركه بغير عذر لحقه اللوم<sup>(1)</sup>.

ولا شك أن المراد باللعن في الأحاديث المتقدمة، مختص بمن تشبه من الرجال بالنساء أو من النساء بالرجال في الزي، أما من انتهى في التشبه بالنساء من الرجال إلى أن يؤتى في دبره، وبالرجال من النساء إلى أن تتعاطى السحاق؛ فإن لهذين الصنفين من الدم والعقوبة ما هو أشد ممن لم يصل إلى ذلك<sup>(2)</sup>، وهذا ما سأتناوله في المطلب القادم.

### المطلب الثاني : حكم الشذوذ الجنسي :

الشذوذ في لغة العرب : الانفراد عن الجماعة، يقال : شدَّ، يَشِدُّ وَيَشُدُّ شذوذاً، إذا انفرد عن غيره، وشدَّ : نفر فهو شاذ<sup>(3)</sup>.

وقد سبق تعريف الجنس في المطلب الأول من البحث الأول في الفصل السابق، والمراد بالشذوذ الجنسي في الجملة : أي خروجٌ بالغريزة الجنسية عن الفطرة السوية التي فطر الله الخلقَ عليها، وهذا المصطلح شائع في الأوساط الطبية، ويعنونُ به الميل الجنسي لنفس النوع، أي ميل الذكر للذكر، والأنثى للأنثى، وهذا الميل قد يكون شعوراً نفسياً فقط، وقد يصل إلى حد ممارسة العملية الجنسية مع نفس النوع، وشاع أخيراً تسميتها بالجنسية المثلية عند علماء النفس لتمييزها عن الجنسية الغيرية<sup>(4)</sup>، والاصطلاح الشرعي للشذوذ الجنسي أن يسمى : فاحشة عمل قوم لوط، وفاحشة السحاق.

### أولاً : فاحشة عمل قوم لوط :

يطلق عليها الفقهاء لفظ : اللواط، وأصلها من اللوط بمعنى اللصوق، يقال : لاط الرجل الحوضَ بالطين لوطاً : طينهُ، والكلمة واوية ويائية، فمن الأول ما جاء في حديث النخ في الصور وفيه: «وأول من يسمعه رجل يلوط حوض إبله»<sup>(5)</sup> ومن الثاني ما جاء في لفظ : «ولتقومن الساعة وهو يليط حوضه»<sup>(6)</sup>، ويقال : الولدُ ألوط، أي ألصق بالقلب، بالقلب، ولاث الرجل لواطاً، ولاوط: أي عمِلَ عمَل قوم لوط<sup>(7)</sup>.

(1) «فتح الباري» أحمد بن علي بن حجر العسقلاني : (332/10).

(2) المرجع نفسه : (333/10).

(3) ينظر : «المغرب في ترتيب المعرب»؛ ناصر الدين بن عبد السيد المطرزي : (246/1)؛ «المصباح المنير»، أحمد ابن محمد بن علي الفيومي : (307/1).

(4) الجنسية الغيرية : المراد بها الانجذاب الجنسي نحو الأفراد من الجنس الآخر. ينظر: «اضطراب الهوية الجنسية وعلاقته ببعض المتغيرات النفسية»، د.سعاد بنت عبدالله البشر، بحث منشور ضمن أبحاث المؤتمر الإقليمي لعلم النفس، 2007م : (469).

(5) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه : (2285/4)، كتاب الفتن وأشراط الساعة، باب في خروج الدجال، رقم: (2940) من حديث عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما.

(6) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه : (2386/5)، كتاب الرقاق، باب طلوع الشمس من مغربها، رقم: (6141)، واللفظ له من حديث أبي هريرة رضي الله عنه؛ وأخرجه

الإمام مسلم في صحيحه : (3270/4)، رقم: (2954) بلفظ : «...والرجل يلط في حوضه» قال الإمام النووي : «هكذا هو في معظم النسخ بفتح الياء وكسر اللام وتخفيف الطاء، وفي بعضها : يليط، بزيادة ياء، وفي بعضها يلوط، ومعنى الجميع واحد، وهو أنه يطينه ويصلحه» : «شرح صحيح مسلم»، يحيى بن شرف النووي : (91/18).

(7) ينظر: «لسان العرب»، محمد بن مكرم بن منظور : (394/7)؛ «القاموس المحيط»، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي : (582/2)؛ «تاج العروس»، محمد بن محمد المرتضى الزبيدي : (84/20).

ويعرفها الفقهاء بأنها: «إيلاج الحشفة أو قدرها في دبر ذكر»<sup>(1)</sup>، وهذه الفاحشة من أعظم المحرمات التي حرّمها الله جل وعلا، ومن الأدلة على ذلك:

1- قول الله تعالى عن نبيه لوط عليه السلام: (وَلَوْ طَأَّ آتَيْنَاهُ حُكْمًا وَعِلْمًا وَنَجَّيْنَاهُ مِنَ الْقَرِيَةِ الَّتِي كَانَتْ تَعْمَلُ الْخَبَائِثَ إِنَّهُمْ كَانُوا قَوْمَ سَوْءٍ فَاسِقِينَ) [الأنبياء: 74]، فحكم عليهم بأنهم قوم سوء، ووصفهم بالفسق، وسمى عملهم بالخباث.

2- قول الله تعالى: (فَلَمَّا جَاءَ أَمْرُنَا جَعَلْنَا عَالِيَهَا سَافِلَهَا وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهَا حِجَارَةً مِّن سِجِّيلٍ مَّنضُودٍ (82) مُسَوِّمَةً عِنْدَ رَبِّكَ وَمَا هِيَ مِنَ الظَّالِمِينَ بَعِيدٍ) [هود: 82-83]، وهذا عذاب أليم لم يعذب به أحد من العالمين، وفي قوله تعالى: (وَمَا هِيَ مِنَ الظَّالِمِينَ بَعِيدٍ) وعيد لمن فعل فعلهم، فليس بمأمن أن يقع له ما وقع لهم.

3- قول النبي ﷺ: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط، فاقتلوا الفاعل والمفعول به»<sup>(2)</sup>.

وهذه الفاحشة متى وقع فيها الإنسان، فإنها تفسد عليه دينه ودنياه، بل تفسد فطرته ومشاعره، فيتحول من ذكر يشتهي النساء، إلى ذكر يشتهي الذكور، سواءً كان فاعلاً أو مفعولاً به، نسأل الله العافية من البلاء، ومضطرب الهوية الجنسية، إذا قاده هذا الاضطراب إلى أن يعمل به عمل قوم لوط، إرضاءً لمشاعره المضطربة التي يشعر معها أنه أنثى، مع اكتمال ذكوره؛ فإنه يكون قد تحول من مريض نفسي يستحق التعاطف معه، والسعي لعلاجه، إلى مرتكب لفاحشة من أشنع الفواحش عند الله وفي عُرْفِ الخَلْقِ.

وقد أجمع أهل العلم على تحريم هذا العمل بلا خلاف، وأما حده؛ فقد ذهب بعض أهل العلم إلى أن حده الرجم بكرةً كان أو ثيباً<sup>(3)</sup>، وقال بعضهم: إن حده حد الزنى<sup>(4)</sup>، وقال بعضهم: إنه يحرق بالنار<sup>(5)</sup>، وقال بعضهم: إنه يرمى من أعلى بناء في البلد منكساً<sup>(6)</sup>، ثم يتبع بالحجارة<sup>(6)</sup>، وقال بعضهم: إنه يعزر تعزيراً بليغاً ولو بالقتل<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: «الشرح الكبير»، أحمد الدردير العدوي، ومعه حاشية الدسوقي: (314/4)؛ «حاشية البجيرمي على الخطيب»، سليمان بن محمد البجيرمي: (176/4).  
(2) أخرجه الإمام أحمد في مسنده: (300/1)؛ وأبو داود في سننه: (269/4)؛ والترمذي في جامعه: (57/4)؛ وابن ماجه في سننه: (594/3)؛ وقال ابن حجر: «رجاله موثقون إلا أن فيه اختلافاً»: «بلوغ المرام»: (374/1)، والحديث صححه الألباني: «صحيح ابن ماجه»: (83/2).  
(3) وهو مذهب المالكية. ينظر: «مواهب الجليل»، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب: (296/6)؛ «الفواكه الدواني»، أحمد بن غنيم النفراوي: (209/2).  
(4) وهو مذهب الشافعية والحنابلة، إلا أن الشافعية لا يرون رجم المفعول به ولو كان محصناً، بل يجلد ويُغَرَّب. ينظر: «نهاية المحتاج»، محمد بن أحمد الرملي: (422/7)؛ «الإنصاف»، علي بن سليمان المرادوي: (176/10).  
(5) وهو مروى عن أبي بكر، وعلي، وعبدالله بن الزبير، وخالد بن الوليد، ﷺ. ينظر: «المغني» موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة: (60/9).  
(6) وهو مروى عن ابن عباس -رضي الله عنهما-. ينظر: «المحلى»، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: (390/12).  
(7) وهو مذهب الحنفية، ينظر: «تبيين الحقائق»، عثمان بن علي الزليعي: (180/3-181)؛ «رد المحتار»، محمد أمين بن عمر بن عابدين: (27/4).

## ثانياً: فاحشة السحاق :

قال ابن فارس -رحمه الله- في مادة (س ح ق) : «السين والحاء والقاف، أصلان : أحدهما البعد، والآخر إنهاك الشيء حتى يبلغ به حد اليلى»<sup>(1)</sup>.

ومساحقة النساء لفظ مولد<sup>(2)</sup>، والمراد بالسحاق والمساحقة لغةً واصطلاحاً : أن تفعل المرأة بالمرأة مثل صورة ما يفعل بها الرجل<sup>(3)</sup>، ويطلق عليها أيضاً المدالكة<sup>(4)</sup>، وهي من الفواحش الملحقة باللواط، وقد بدأت أيضاً في قوم لوط عليه عليه السلام، قال الألوسي -رحمه الله- بعد ما تحدث عن فاحشة عمل قوم لوط وخبثها : «وألحق بها بعضهم السحاق، وبدأ أيضاً في قوم لوط عليه السلام، فكانت المرأة تأتي المرأة، فعن حذيفة رضي الله عنه : إنما حق القول على قوم لوط عليه السلام حين استغنى النساء بالنساء، والرجال بالرجال، وعن أبي حمزة -رحمه الله تعالى- قال : قلت لمحمد بن علي : عذب الله تعالى نساء قوم لوط بعمل رجالهن؟ ، فقال : الله تعالى أعدل من ذلك، استغنى الرجال بالرجال، والنساء بالنساء»<sup>(5)</sup>.

وقال ابن قدامة -رحمه الله- : «وإن تداكت امرأتان فهما زانيتان ملعونتان، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : «إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان»<sup>(6)</sup>.

ولذلك فإن العلماء يعدون السحاق من كبائر الذنوب التي تستوجب اللعن والطرده من رحمة الله تعالى، قال ابن حجر الهيتمي في تعديده لكبائر الذنوب : «الكبيرة الثانية والستون بعد الثلاث مئة: مساحقة النساء»<sup>(7)</sup>.

ويجب في المساحقة التعزير دون الحد في رأي المذاهب الأربعة<sup>(8)</sup>. ومضطربة الهوية الجنسية إذا انتهى بها الأمر إلى أن تشتهي النساء، مع اكتمال أنوثتها، وتمارس معهن السحاق، فإنها تكون مأثومة مذمومة ملعونة مرتكبة لكبيرة من الكبائر.

(1) «مقاييس اللغة»، أحمد بن فارس بن زكريا : (139/3).

(2) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب»، ناصر الدين بن عبد السيد المطرزي : (220-219/1)؛ «لسان العرب»، محمد بن مكرم بن منظور : (152/10).

(3) ينظر: «الزواجر عن اقتراف الكبائر»، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي : (235/2)؛ «كشاف القناع»، منصور بن يونس الجهوتي : (143/1)؛ «الموسوعة الفقهية» : (251-24).

(4) ينظر: «المغني»، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة : (61/9).

(5) «روح المعاني»، شهاب الدين محمود بن عبدالله الألوسي : (410/4).

(6) «المغني»، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة : (61/9)، والحديث ضعيف ضعفه البيهقي، وابن حجر، والألباني، ينظر: «السنن الكبرى»، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي : (233/8)؛ «التلخيص الحبير»، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني : (102/4)؛ «الجامع الصغير وزيادته»، محمد ناصر الدين الألباني : (130/1).

(7) «الزواجر عن اقتراف الكبائر»، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي : (235/2).

(8) ينظر: «فتح القدير»، كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن الهمام : (262/5)؛ «التاج والإكليل»، محمد بن يوسف المواق : (392/8)؛ «تحفة المحتاج»، أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي : (204/9)؛ «الإنصاف»، علي بن سليمان المرادوي : (181/10)، وقال ابن شهاب : «سمعت رجلاً من أهل العلم يقولون : يجلدان مئة» : «المنتقى»، سليمان بن خلف الباجي : (142/7)؛ وينظر: «المحلى»، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم : (403/12)، وقال أصبغ : «يجلدان خمسين خمسين ونحوهما» : «المنتقى»، سليمان بن خلف الباجي : (142/7).

### المطلب الثالث : حكم الانقلاب الجنسي (تحويل الجنس) :

الانقلاب الجنسي (تحويل الجنس) (Trans Sexuels)، هو غاية ما يريده فئة من المصابين باضطراب الهوية الجنسية، وهذه الفئة لا ترضى بغير تغيير الجنس، وتسعى لذلك من خلال عيادات الجراحة؛ لإزالة الأعضاء التناسلية المكتملة. وهذه المسألة من النوازل المعاصرة، فلم تكن معروفة من قبل، ولا شك أن التقدم الكبير في مجال الطب والجراحة، أفرز التفكير في مثل هذه العمليات.

وبدايةً فإني أقرر هنا أن الأشخاص الذين لديهم اضطراب الهوية الجنسية، يعانون معاناةً شديدة من حالة الانشقاق هذه بين شعورهم النفسي وتركيبهم الجسدي، ولقد وقفت أثناء إعداد هذا البحث على حالات من هذا النوع تقطع نياط القلب من شدة ما يعانون.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا قبل الكلام عن الحكم الشرعي لعملية تحويل الجنس : هل إجراء هذه العملية يُنهى المشكلة؟ أم أنه بداية لسلسلة من المشاكل التي قد تنتهي بالانتحار؟

لقد ثبت بشهادة الأطباء أن إجراء عمليات التحويل لا ينهي المشكلة؛ بل يظل الشخص في دوامةٍ من المتاعب النفسية والاجتماعية، حتى في المجتمعات التي تقبل إجراء مثل هذه العمليات، فضلاً عن التشويه الجراحي البالغ في الأجهزة التناسلية، وفي الجسد عمومًا، والذي يجعل الشخص غير قادر على الحياة الطبيعية التي يتمناها؛ ولهذا تكثر نسب الاضطرابات النفسية، والانتحار في الأشخاص الذين أجريت لهم عمليات التحويل الجنسي؛ لأنهم لم يستطيعوا ممارسة الدور الجنسي والاجتماعي الذي يحلمون به، ولم يعد بالإمكان عودتهم إلى ما كانوا عليه<sup>(1)</sup>، ذلك أن عملية التحويل الجنسي مثلاً من أنثى إلى ذكر تتطلب إزالة الرحم والمهبل، وإزالة الثديين، وتركيب ما يشبه العضو الذكري الصناعي، وتناول هرمونات ذكورية لتغيير شكل الجسم والعضلات، ولتغيير نغمة الصوت، وكثيراً من هذه الأمور تغييرات جذرية في تركيب الجسد لا يمكن استدراكها، أو استعادتها بعد ذلك<sup>(2)</sup>.

ومثل ذلك يقال عن عملية التحويل الجنسي من ذكر إلى أنثى، حيث يتم جَبُّ القضيب والخصيتين، وإيجاد فرج صناعي صغير بقايا كيس الصفن، وزرع أئداء صناعية، وإعطاء هذا الشخص هرمونات الأنوثة بكميات كبيرة، فينعم الصوت، ويتغير توزيع الدهن في الجسم، على هيئة الأنثى<sup>(3)</sup>.

إن هذه العمليات لا تعدو أن تكون تغييراً صورياً ظاهرياً، لا تنقل من أجريت له حقيقةً إلى الجنس الآخر، فهي لا تستطيع أن تمنح الشخص المتحول أجهزة تناسلية تعطيه الفرصة في الحياة الطبيعية، فالفتاة المتحولة إلى ذكر لن تستطيع ممارسة الجماع بشكل طبيعي، ولن يكون لها ماء، وبالتالي فلن يكون لها ولد من صلبها.

والفتى المتحول لأنثى، لن يكون له رحم لكي يحمل ويولد، ولا مبيضان لتوليد البويضات، وبالتالي فلن يحيض أبداً، ولن ينجب هو الآخر.

(1) ينظر: «التحول الجنسي بين الطب والدين»، د.محمد المهدي، مقال منشور في الإنترنت :

[http://www.elazayem.com/b\(96\).htm](http://www.elazayem.com/b(96).htm) تاريخ المشاهدة : 2015/3/17م.

(2) المرجع نفسه، وينظر: «لؤثة تحويل الجنس»، د.محمد علي البار، مقال منشور على الإنترنت :

<http://www.khayma.com/maalbar/sexdiseases.htm> تاريخ المشاهدة : 1429/6/2هـ.

(3) المرجع نفسه.

كما أن العلاج بالهرمونات له مخاطره من حيث زيادة نسبة حدوث الجلطات، وزيادة نسبة الدهون في الدم، وارتفاع احتمالات الإصابة بالسرطان، كل هذا علاوة على احتمالات الفشل في تقبل المجتمع للدور الجديد لأمثال هؤلاء، حتى في المجتمعات التي تجيز أنظمتها إجراء مثل هذا النوع من العمليات<sup>(1)</sup>.

ولا يرتاب عاقل ذو فطرة سليمة -فضلاً عن مؤمن يخشى الله ويتقنه- بعد ما تقدم في حرمة مثل هذا النوع من العمليات من الناحية الشرعية، ومن الأدلة على ذلك :

1- قوله تعالى: (وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ) [النساء: 119].

وجه الدلالة: ذكر الله تعالى أن من أنواع إضلال الشيطان للخلق؛ أمرهم بتغيير خلق الله، وعملية تحويل الذكر المكتمل الذكورة إلى أنثى، أو العكس هو نوع من العبث، والتغيير لخلق الله، واستجابة لأمر الشيطان فهو حرام.

2- ما رواه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: «لعن الله الواشمات والمستوشمات، والمتنمصات، والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله تعالى، مالي لا ألعن من لعن النبي صلى الله عليه وسلم، وهو في كتاب الله تعالى: (وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا)»<sup>(2)</sup> [الحشر: 7].

وجه الدلالة: إذا كان هذا التغيير في الخلقة من الوشم، أو النمص، أو التفلج، استوجب اللعن من رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ فإن عملية تحويل الجنس أولى باللعن لما فيها من التغيير العظيم لخلق الله تعالى.

3- ما رواه ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال»<sup>(3)</sup>.

وجه الدلالة: إذا كان مجرد التشبه الظاهري من أحد الجنسين بالآخر، قد ورد فيه هذا الوعيد الشديد، بلعن صاحبه، واللعن لا يكون إلا على كبيرة، فمن باب أولى أن يجري مثل هذا الوعيد على إجراء عمليات تحويل الجنس، التي ينتج عنها تشبه مبالغ فيه بالجنس الآخر.

4- أنه قد ثبت بشهادة المختصين من الأطباء الثقات، أن هذا النوع من الجراحة لا تتوفر فيه أي دوافع معتبرة من الناحية الطبية، وأنه لا يعدو أن يكون رغبة نفسية للشخص المريض<sup>(4)</sup>.

5- أن هذه العمليات ليست تحولاً حقيقياً؛ فهي لا تمنح الشخص الذي يجريها صفات الجنس الذي يريد أن يتحول إليه؛ فهي لا تعدو أن تكون عملية تحول وهمية في الظاهر، وتشويهاً جراحياً بليغاً في الباطن؛ لينتج عن ذلك مسخ جديد ليس بذكر ولا أنثى<sup>(5)</sup>.

(1) المرجع نفسه.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه: (2216/5)، كتاب اللباس، باب المتفلجات للحسن، رقم: (5587)؛ وأخرجه مسلم في صحيحه: (1678/3)، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة، رقم: (2125).

(3) أخرجه البخاري في صحيحه: (2207/5)، كتاب اللباس، باب المتشبهون بالنساء والمتشبهات بالرجال، رقم: (5546).

(4) ينظر: «أحكام الجراحة الطبية»، د.محمد بن محمد المختار الشنقيطي: (202).

(5) ينظر: «لوثة تحويل الجنس»، د.محمد علي البار، مقال منشور على الإنترنت:

<http://www.khayma.com/maalbar/sexdiseases.htm> تاريخ المشاهدة: 1429/6/2 هـ.

«مشكلة الخنثى بين الطب والفقه»، د.محمد علي البار، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - السنة الرابعة - العدد السادس: (351-352).

6- أن عملية تحويل الجنس نوعٌ من المثلة المنهي عنها، وإذا كان جدد الأنف وقطع الأذن من المثلة، فكيف بقطع الثديين، واستئصال الرحم والمبيضين، وجب الذكر والأنثيين<sup>(1)</sup>.

7- أن عملية تحويل الجنس تفضي إلى اللواط أو السحاق؛ لأن الرجل الذي يتحول إلى أنثى، هو في الحقيقة رجل، ولا يتغير بتغير الظاهر، وحينئذٍ إذا تزوج فإن استمتاع الزوج بهذا الرجل المبدل جنسه من قبيل اللواط المستحق للعنة والمقت والسخط، ومثل ذلك يرد بشأن المرأة المتحولة إلى رجل، فإنها تظل امرأة، وإذا تزوجت أخرى، فإنما تلتقي بها سحاقاً<sup>(2)</sup>.

8- أن تغيير الجنس -لو قدرنا إمكان حدوثه- يترتب عليه اضطراب أمور شرعية كثيرة من المحرمية، والنسب، وأحكام الولاية، والشهادات، والزواج، والطلاق، والعدد، والميراث، وغير ذلك من الأحكام التي رتبها الشارع الحكيم على جنس الشخص ذكراً أو أنثى.

9- أن تغيير الجنس هدم لمقاصد الشريعة؛ فإن من مقاصد الشرع المطهر حفظ النسل، عن طريق زواج الذكر بالأنثى، وأي قطع للنسل أكبر من مثل هذه العمليات التي تنتج مسوخاً آدمية، لا هي بذكرا ولا إناث، ولا تستطيع أن تتناسل ولا أن تنجب<sup>(3)</sup>.

ولذلك كله جاء قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بتحريم وتجريم هذا النوع من العمليات، كما في القرار رقم (6) للدورة الحادية عشرة<sup>(4)</sup>، وبمثل ذلك أفتى أعضاء مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في القرار رقم (176)<sup>(5)</sup>، وبمثله صدرت فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية<sup>(6)</sup>.

#### الخاتمة :

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه كما يحب ربنا ويرضى، وأصلي وأسلم على عبده ورسوله نبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.. وبعد..

ففي خاتمة هذا البحث يمكنني وفي ضوء ما سبق بيانه أن أسجل النتائج والتوصيات التالية :

#### • النتائج :

1- أثبت البحث أن الفقهاء المسلمين من السلف والخلف -رحمهم الله تعالى- سبقوا الأطباء وعلماء النفس والاجتماع المعاصرين في حديثهم عن اضطراب الهوية الجنسية بتفصيلها وجزئياتها التي مضى الحديث عنها، سواءً في الجانب الخُلقي أو النفسي أو الاجتماعي.

(1) ينظر: «تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية»، عمر بن عبدالله بن حسن الشهابي، بحث منشور على الإنترنت: (<http://almoslim.net/node/82457>) تاريخ المشاهدة: 1434/12/22هـ.

(2) المرجع نفسه.

(3) المرجع نفسه.

(4) ينظر الملحق الأول، ص: (35).

(5) ينظر الملحق الثاني، ص: (36).

(6) ينظر الملحق الثالث، ص: (37).

2- أكد البحث أن الشريعة الإسلامية قادرة على مواجهة النوازل المستجدة، الطبية وغيرها، في كل زمان ومكان، وذلك في ضوء ما قررته من أحكام شرعية في جانب العلاج، والتداوي والوقاية، بما يحفظ كرامة الإنسان، ويصونه عن تلاعب العابثين، الذين جعلوه محلاً لعملياتهم التي تمسح الفطرة والجسد، وفي هذا بيان أن شريعتنا الإسلامية الخالدة تتفوق على القوانين الوضعية البشرية؛ لأنها شريعة منزلة من لدن عليم خبير.

3- أن مجرد الميول الأنثوية عند رجل كامل الأجهزة المحددة لنوعه، هي أعراض نفسية لا تنقله إلى حقيقة الأنثى، وكذا الميول الذكرية عند امرأة اكتملت أجهزة أنوثتها لا تنقلها إلى أن تصبح رجلاً.

4- إذا كانت الميول السابقة اختيارية مصطنعة عن طريق التشبه؛ فإنها تقع في دائرة المحذور بالنصوص الشرعية الواردة في لعن المتشبه من أحد الجنسين بالآخر.

5- أما إذا كانت الميول السابقة اضطرارية، لا يد للمبتلى بها في وجودها فإن صاحبها لا يلحقه الذم، بل هو مريض يجب عليه التداوي منها بما يمكن من العلاج المشروع، وقد يفلح العلاج وقد يفشل، وهو مرهون بإرادة الله سبحانه.

6- أن للوالدين دور كبير في التنشئة السليمة، والتربية القويمة لأولادهم، وهما السياج الواقى بإذن الله تعالى، الذي يقي الأبناء من كثير من الانحرافات التي قد تؤدي بهم إلى مثل هذه الشذوذات النفسية أو السلوكية.

7- أن بعض الأطباء المعاصرين ممن حُرِّموا هداية الإسلام، عندما ينظرون إلى حالة اضطراب الهوية الجنسية، ويجيزون إجراء العمليات الجراحية لتحويل الإناث إلى ذكور أو الذكور إلى إناث في الظاهر، لا تهمهم الآثار السلبية الصحية، أو النفسية، أو الاجتماعية الخطيرة المترتبة على تلك العمليات؛ لأن المبدأ الذي ينطلقون منه في إجازة مثل تلك العمليات يقوم بحسب زعمهم على احترام حرية الفرد، وحقه في أن يفعل ما يشاء بلا قيود أخلاقية، أو ضوابط سلوكية، وذلك خلافاً لشريعتنا الإسلامية الغراء، التي ما أبلحت شيئاً إلا وفيه المنافع والمصالح للأفراد والمجتمعات، ولا حرمت شيئاً إلا وفيه المفسد المهلكة للأفراد والمجتمعات.

#### • التوصيات :

1- أوصي الكليات الشرعية والطبية، وأقسام علم النفس وعلم الاجتماع في جامعاتنا الإسلامية أن تولي هذا النوع من النوازل مزيداً من الاهتمام والعناية، وأن يتم توجيه بعض طلاب الدراسات العليا فيها لدراسة مثل هذه النازلة وغيرها مما يماثلها؛ لوضع الحلول الناجعة لها، وذلك في ضوء أحكام شريعتنا الخالدة، مستفيدين من البحوث والدراسات النفسية والاجتماعية الجادة.

2- أوصي ببناء مراكز متخصصة لعلاج المصابين بحالة اضطراب الهوية الجنسية، سلوكياً ونفسياً أسوةً بالمراكز المتخصصة الأخرى التي تهتم بعلاج المدمنين على المخدرات، أو المحتاجين للتأهيل النفسي والاجتماعي، وأن ينظر لهؤلاء المرضى بعين الرحمة والإشفاق، والسعي في طلب علاجهم المشروع، ما دام أن الأمر متوقف عند حد الشعور النفسي فقط.

3- أوصي الباحثين في الجامعات الإسلامية في أقسام علم النفس والاجتماع بدراسة حالة اضطراب الهوية الجنسية دراسة ميدانية تطبيقية، للوقوف على نسبة المصابين بها، والاستفادة من البيانات المتوفرة في وزارة الصحة أو في مراكز الرعاية النفسية والاجتماعية، وفي ضوء نتائج تلك البحوث الميدانية، يمكن اتخاذ الإجراءات الكفيلة للتصدي لهذه المشكلة، ووضع سبل الوقاية والعلاج المناسبة.



4- العلاج بكل حال لحالات اضطراب الهوية الجنسية نفسي فقط، ولا حديث مطلقاً عن تدخل جراحي، فإن نجح العلاج فذاك، وإن لم ينجح فقد يكون مجالاً للنظر والتأمل: التفكير بتزويج مثل هذه الحالات لبعضها البعض، فالمرأة التي لديها ميول ذكورية، إذا زوجت برجل لديه ميول أنثوية، أشبع كل واحدٍ منهما ميوله النفسية مع شريكه دون اللجوء إلى جراحة تغيير خلق الله.  
والله أعلم، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم،

• ملاحق البحث :

-الملحق الأول : قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بتحريم هذا النوع من العمليات القرار السادس : بشأن تحويل الذكر إلى أنثى وبالعكس.

-الملحق الثاني : فتوى أعضاء مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بتحريم تحويل الذكر إلى أنثى والأنثى إلى ذكر.

-الملحق الثالث : فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية بتحريم تحويل الذكر إلى أنثى والأنثى إلى ذكر.

❖ الملحق الأول : قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بتحريم هذا النوع من العمليات القرار السادس<sup>(1)</sup> بشأن تحويل الذكر إلى أنثى وبالعكس :  
الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم.  
أما بعد :

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، برابطة العالم الإسلامي، في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من يوم الأحد 13 رجب 1409هـ الموافق 19 فبراير 1989م إلى يوم الأحد 20 رجب 1409هـ الموافق 26 فبراير 1989م قد نظر في موضوع تحويل الذكر إلى أنثى، وبالعكس. وبعد البحث والمناقشة بين أعضائه قرر ما يلي :

أولاً : الذكر الذي كملت أعضائه ذكورته، والأنثى التي كملت أعضائه أنوثتها، لا يحل تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة لأنه تغيير لخلق الله، وقد حرم سبحانه هذا التغيير، بقوله تعالى، خبراً عن قول الشيطان : (وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَغْيِرْنَّ خَلْقَ اللَّهِ) [النساء: 119] فقد جاء في صحيح مسلم، عن ابن مسعود أنه قال : (لعن الله الواشحات والمستوشحات، والنامصات والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله عز وجل، ثم قال: ألا لعن من لعن رسول الله ﷺ، وهو في كتاب الله -عز وجل- يعني قوله : (وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُم عَنْهُ فَانْتَهُوا) [الحشر: 17].

ثانياً : أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيياً بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة، جاز علاجه طبيياً بما يزيل الاشتباه في

(1) موقع المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي.

(<http://www.themwl.org/bodies/Decisions/default.aspx?d=1&did=142&l=AR>)

أنوثته، سواءً أكان العلاج بالجراحة، أم بالهرمونات؛ لأن هذا مرض، والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغييراً لخلق الله عز وجل.

وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً، والحمد لله رب العالمين.

❖ الملحق الثاني : فتوى أعضاء مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بتحريم تحويل الذكر إلى أنثى والأنثى إلى ذكر :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير الخلق أجمعين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين أما بعد :

فإن مجلس هيئة كبار العلماء في دورته التاسعة والثلاثين المنعقدة في مدينة الطائف في الفترة من 1413/2/24هـ إلى 1413/3/18هـ. اطلع على الاستفتاء الوارد من استشاري طب الأطفال/ د. إبراهيم سليمان الحفظي المؤرخ في 1412/11/25هـ. المتعلق بطفلة أنثى اتضح بالفحص الطبي عليها أنها تحمل بعض خصائص الذكورة، ودرس المجلس موضوع تحويل الذكر إلى أنثى والأنثى إلى ذكر، واطلع على البحوث المعدّة في ذلك كما اطلع على قرار الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي الذي أصدره في دورته الحادية عشرة في الموضوع، وبعد البحث والمناقشة والدراسة قرر المجلس ما يلي :

أولاً : لا يجوز تحويل الذكر الذي اكتملت أعضائه ذكورته، والأنثى التي كملت أعضائه أنوثتها إلى النوع الآخر، وأي محاولة لهذا التحويل تعتبر جريمة يستحق فاعلها العقوبة؛ لأنه تغيير لخلق الله، وقد حرم الله سبحانه هذا التغيير بقوله تعالى مخبراً عن قول الشيطان: (وَلَا مَرْتَهُمْ فَلْيَغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ) وقد جاء في صحيح مسلم، عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «لعن الله الواثقات والمستوثقات، والنامصات والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله عز وجل»، ثم قال : ألا لعن الله من لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو في كتاب الله -عز وجل-: (وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا)».

ثانياً : أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه علامات الذكورة جاز علاجه طبيياً بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة، جاز علاجه طبيياً بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواءً كان العلاج بالجراحة، أم بالهرمونات؛ لما في ذلك من المصلحة العظيمة ودرء المفاسد.

ثالثاً : يجب على الأطباء بيان النتيجة المتضحّة من الفحوصات الطبية لأولياء الطفل ذكراً كان أو أنثى حتى يكونوا على بينة من الواقع، وبالله التوفيق.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه. [قرار رقم (176) وتاريخ 1413/3/17هـ] <sup>(1)</sup>.

❖ الملحق الثالث : فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالملكة العربية السعودية بتحريم تحويل الذكر إلى أنثى والأنثى إلى ذكر :

ووجه إلى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالملكة العربية السعودية السؤال التالي : نشاهد ونقرأ في بعض الصحف العربية عن عمليات يقوم بها بعض الأطباء في أوروبا يتحول بها الذكر إلى أنثى والأنثى إلى ذكر، فهل ذلك صحيح، ألا يعتبر تدخلاً في شؤون الخالق الذي انفرد بالخلق والتصوير وما رأي الإسلام في ذلك؟

وجاءت إجابة اللجنة عن هذا السؤال كما يلي :

«لا يقدر أحد من المخلوقين أن يحول الذكر إلى أنثى، ولا الأنثى إلى ذكر، وليس ذلك من شؤونهم ولا في حدود طاقاتهم مهما بلغوا من العلم بالمادة ومعرفة خواصها، إنما ذلك إلى الله وحده، قال تعالى: (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (49) أَوْ يَزُوجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاءً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ) [الشورى: ٤٩ - ٥٠].»

فأخبر سبحانه في صدر الآية أنه وحده هو الذي يملك ذلك ويختص به، وختم الآية ببيان أصل ذلك الاختصاص، وهو كمال علمه وقدرته.

ولكن قد يشتبه أمر المولود فلا يُدرى أذكر هو أم أنثى، وقد يظهر في بادئ الأمر أنثى وهو في الحقيقة ذكر أو بالعكس، ويزول الإشكال في الغالب وتبدو الحقيقة واضحة عند البلوغ فيعمل له الأطباء عملية جراحية تتناسب مع واقعه من ذكورة أو أنوثة وقد لا يحتاج إلى شق ولا جراحة.

فما يقوم به الأطباء في هذه الأحوال إنما هو كشف عن واقع حال المولود بما يجرونه من عمليات جراحية لا تحويل الذكر إلى أنثى ولا الأنثى إلى ذكر، وبهذا يُعرف بأنهم لم يتدخلوا فيما هو من شأن الله؛ إنما كشفوا للناس عما هو من خلق الله، والله أعلم<sup>(1)</sup>.

(1) موقع الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء (<http://alifta.net>).

✓ فهرس المصادر :

- القرآن الكريم :

ت	اسم الكتاب	المؤلف	تاريخ الوفاة	معلومات النشر
-	أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها.	د.محمد بن محمد المختار الشنقيطي.	---	ط2 - 1415هـ - جدة - مكتبة الصحابة.
-	إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري.	أحمد بن محمد القسطلاني.	923هـ	ط7 - 1323هـ - مصر - المطبعة الكبرى الأميرية.
-	أسنى المطالب.	زكريا بن محمد الأنصاري.	911هـ	دط - دت - دار الكتاب الإسلامي.
-	الاضطرابات الجنسية.	د.محمد حسن غانم.	---	ط1 - 2008م - القاهرة - مكتبة الأنجلو المصرية.
-	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف.	علاء الدين علي بن سليمان المرادوي.	885هـ	ط2 - دت - دار إحياء التراث العربي.
-	اضطراب الهوية الجنسية لدى الإناث الأسباب والحلول.	أحمد محمد عبدالحالق.	---	مجلة العلوم الاجتماعية - مجلد 40 - العدد 4 - 2012م - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت.
-	اضطراب الهوية الجنسية وعلاقته ببعض المتغيرات النفسية.	د.سعاد عبد الله البشر.	---	المؤتمر الإقليمي لعلم النفس - (18-20 نوفمبر 2007م) - رابطة الأخصائيين النفسيين المصرية.
-	البحر الرائق شرح كنز الدقائق.	زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهر بابتون نجيم.	970هـ	ط2 - دت - دار الكتاب الإسلامي.
-	بلوغ المرام من أدلة الأحكام.	أحمد بن علي بن حجر العسقلاني.	852هـ	ط7 - 1424هـ - الرياض - دار الفلق - تحقيق: سمير بن أمين الزهري.
-	البيان.	يحيى بن أبي الخير بن سالم بن عبد الله العمراني.	558هـ	ط1 - 1421هـ - 2000م - دار المنهاج.
-	تاج العروس من جواهر القاموس.	محمد مرتضى الحسيني الزبيدي.	1205هـ	دط - دت - دار الهداية تحقيق مجموعة من المحققين.

ت	اسم الكتاب	المؤلف	تاريخ الوفاة	معلومات النشر
-	التاج والإكليل لمختصر خليل.	محمد بن يوسف العبدري المشهور بالمواق.	897هـ	ط1 - 1416هـ - 1494م - دار الكتب العلمية.
-	تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية.	عمر بن عبدالله بن حسن الشهابي.	---	بحث منشور على الإنترنت - موقع المسلم: <a href="http://almoslim.net/nod/e/82457">http://almoslim.net/nod e/82457</a>
-	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق.	عثمان بن علي الزيلعي.	743هـ	ط2 - دت - دار الكتاب الإسلامي.
-	تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية.	أ.د. شوقي إبراهيم عبدالكريم علام.	---	ط1 - 2014م - الاسكندرية - مكتبة الوفاء القانونية.
-	تحفة المحتاج.	أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي.	974هـ	دط - دت - دار إحياء التراث العربي.
-	التعريفات.	علي بن محمد بن علي الجرجاني.	816هـ	ط1 - 1405هـ - بيروت - دار الكتاب العربي - تحقيق: إبراهيم الأبياري.
-	تغيير الجنس بين الحظر والإباحة.	د. أحمد محمود سعد.	---	ط1 - 1413هـ - 1993م - القاهرة - دار النهضة العربية.
-	التخليص الحبير.	أحمد بن علي بن حجر العسقلاني.	852هـ	دط - دت - مؤسسة قرطبة.
-	جامع الترمذي.	محمد بن عيسى الترمذي.	279هـ	دط - دت - بيروت - دار إحياء التراث العربي - تحقيق: أحمد محمد شاکر وآخرون.
-	«صحيح وضعيف الجامع الصغير».	محمد ناصر الدين الألباني.	1420هـ	دط - دت - المكتب الإسلامي.
-	الجامع الصغير وزيادته.	محمد ناصر الدين الألباني.	1420هـ	دط - دت - المكتب الإسلامي.
-	حاشية البجيرمي على الخطيب.	سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي.	1221هـ	ط1 - 1417هـ - بيروت - دار الكتب العلمية.
-	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.	محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي.	1230هـ	دط - القاهرة - دار إحياء الكتب العربية.

ت	اسم الكتاب	المؤلف	تاريخ الوفاة	معلومات النشر
-	حاشية العبادي على تحفة المحتاج.	أحمد بن قاسم العبادي.	992هـ	ط1- 1418هـ- بيروت- دار الفكر.
-	حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي.	علي بن أحمد الصعيدي العدوي.	1112هـ	دط- دت- دار الفكر.
-	الحاوي الكبير.	علي بن محمد الماوردي.	450هـ	دط- 1424هـ- 2003م- دار الفكر.
-	دلائل النبوة.	أحمد بن الحسين بن علي البيهقي.	458هـ	ط1- 1408هـ- 1988م- دار الكتب العلمية ودار الريان للتراث- وثق أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. عبدالمعطي قلعجي.
-	الرائد.	جبران مسعود.	---	ط7- 1992م- بيروت- دار العلم للملايين.
-	رد المختار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار.	محمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين.	1252هـ	ط1- 1415هـ- بيروت- دار الكتب العلمية- تحقيق: علي معوض وعادل عبدالموجود.
-	روح المعاني.	محمود بن عبدالله الألوسي.	1270هـ	دط- 1415هـ- بيروت- دار الكتب العربية- تحقيق: علي عبدالباري عطية.
-	الزواجر عن اقتراف الكبائر.	أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي.	974هـ	ط1- 1407هـ- 1987م- دار الفكر.
-	السنن الكبرى.	أحمد بن الحسين بن علي البيهقي.	458هـ	ط1- 1344هـ- مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدرآباد.
-	سنن ابن ماجه.	محمد بن يزيد القزويني.	273هـ	دط- دت- مكتبة أبي المعاطي- كتب حواشيه: محمود خليل.
-	سنن أبي داود.	سليمان الأشعث السجستاني.	275هـ	دط- دت- بيروت- دار الكتاب العربي.

ت	اسم الكتاب	المؤلف	تاريخ الوفاة	معلومات النشر
-	صحيح ابن ماجه.	محمد ناصر الدين الألباني.	1420هـ	---
-	صحيح البخاري.	محمد بن إسماعيل البخاري.	256هـ	ط3- 1407هـ - 1987م- بيروت- دار ابن كثير، اليمامة- تعليق: د.مصطفى ديب البغا.
-	صحيح مسلم.	مسلم بن الحجاج النيسابوري.	261هـ	دط- دت- بيروت- دار إحياء التراث العربي- تعليق: محمد فؤاد عبدالباقي.
-	شرح صحيح مسلم.	يحيى بن شرف النووي.	676هـ	---
-	الشرح الكبير.	أحمد بن محمد الدردير.	1201هـ	دط- القاهرة- دار إحياء الكتب العربية.
-	شرح مختصر خليل للخرشي.	محمد بن عبدالله الخرشى.	1101هـ	دط- بيروت- دار الفكر.
-	فتح الباري بشرح صحيح البخاري.	أحمد بن علي بن حجر العسقلاني.	852هـ	دط- 1379هـ- بيروت- دار المعرفة.
-	فتح القدير (شرح الهداية).	كمال الدين محمد ابن عبدالواحد المعروف بابن الهمام.	861هـ	ط2- بيروت- دار الفكر.
-	الفروع.	محمد بن مفلح المقدسي.	763هـ	ط3- 1402هـ- بيروت- دار عالم الكتب- تحقيق: عبداللطيف السبكي.
-	الفصل في الملل والأهواء والنحل.	علي بن أحمد بن سعيد بن حزم.	456هـ	دط- دت- القاهرة- مكتبة الخانجي.
-	الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني.	أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي.	1125هـ	دط- بيروت- دار الفكر.
-	القاموس المحيط.	محمد بن يعقوب بن محمد الفيروزآبادي الشيرازي.	817هـ	ط1- 1405هـ - 1995م- بيروت- دار الكتب العلمية.

ت	اسم الكتاب	المؤلف	تاريخ الوفاة	معلومات النشر
—	كشاف القناع عن متن الإقناع.	منصور بن يونس بن إدريس البهوتي.	1051هـ	ط1 - 1418هـ - بيروت - دار الكتب العلمية - تحقيق: محمد حسن محمد.
—	لسان العرب.	محمد بن مكرم بن منظور.	711هـ	ط1 - دت - بيروت - دار صادر.
—	المبسوط.	محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي.	483هـ	دط - 1406هـ - بيروت - دار المعرفة.
—	مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر.	عبدالرحمن بن محمد بن سليمان شيخي زاده.	1078هـ	دط - دت - دار إحياء التراث العربي.
—	المجموع شرح المذهب.	يحيى بن شرف النووي.	676هـ	دط - دت - مكتبة الإرشاد ومكتبة المطيعي.
—	المحلى.	علي بن أحمد بن سعيد بن حزم.	456هـ	دط - دت - بيروت - دار الكتب العلمية.
—	مسند الإمام أحمد.	أحمد بن حنبل الشيباني.	241هـ	دط - دت - القاهرة - مؤسسة قرطبة - الأحاديث مذيبة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها.
—	مشكلة الخنثى بين الطب والفقه.	د.محمد علي البار.	---	بحث منشور بمجلة اجمع الفقهي الإسلامي - السنة الرابعة - العدد السادس.
—	المصباح المنير في غريب الشرح الكبير.	أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي.	770هـ	دط - دت - دار الفكر.
—	معجم اللغة العربية المعاصرة.	د.أحمد عبدالحميد عمر.	1424هـ	ط1 - 1429هـ - 2008هـ - عالم الكتب.
—	المعجم الوسيط.	إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبدالقادر، محمد علي النجار.	1962م 1968م 1966م 1965م	دط - دت - دار الدعوة بإشراف مجمع اللغة العربية.



ت	اسم الكتاب	المؤلف	تاريخ الوفاة	معلومات النشر
—	المغرب في ترتيب المغرب.	ناصر الدين بن عبد السيد المطرزي.	610هـ	د.ط - حلب - مكتبة أسامة بن زيد - تحقيق محمد فاحوري وعبد الحميد مختار.
—	المغني.	عبد الله بن أحمد بن قدامة.	620هـ	د.ط - 1388هـ - 1968م - مكتبة القاهرة.
—	مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج.	محمد بن أحمد الشربيني.	977هـ	د.ط - 1415هـ - بيروت - دار الفكر.
—	مقاييس اللغة.	أحمد بن فارس بن زكريا.	395هـ	د.ط - 1423هـ - 2002م - نشر اتحاد الكتاب العربي - تحقيق: عبد السلام محمد هارون.
—	المنتقى شرح الموطأ.	سليمان بن خلف الباجي.	474هـ	ط1 - 1331هـ - بيروت - دار الكتاب العربي.
—	منح الجليل شرح مختصر خليل.	محمد بن أحمد المعروف بالشيخ عليش.	1299هـ	د.ط - 1409هـ - بيروت - دار الفكر.
—	مواهب الجليل شرح مختصر خليل.	محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالحطاب.	954هـ	ط2 - 1398هـ - بيروت - دار الفكر.
—	الموسوعة الفقهية.	جماعة من العلماء.	---	ط5 - 1425هـ - 2004م - الكويت - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
—	نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج.	أحمد بن حمزة الرملي.	1004هـ	د.ط - 1414هـ - دار الكتب العلمية - الناشر مكتبة دار ابن الباز - مكة المكرمة.

• فهرس الفتاوى والمقالات :

- «اضطراب الهوية الجنسية عند الأطفال» ؛ "د.عبدالله بن سلطان السبيعي"  
( <http://www.alnafsy.com/article/97> )
- «التحول الجنسي بين الطب والدين» ؛ "د.محمد المهدي"  
([http://www.elazayem.com/b\(96\).htm](http://www.elazayem.com/b(96).htm))
- فتوى أعضاء مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بتحريم تحويل الذكر إلى أنثى والأنثى إلى ذكر.  
(<http://alifta.net>)
- فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية بتحريم تحويل الذكر إلى أنثى والأنثى إلى ذكر  
( <http://alifta.net> )
- قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بتحريم وتجريم تحويل الذكر إلى أنثى وبالعكس  
( <http://www.themwl.org/bodies/Decisions/default.aspx?d=1&did=142&l=AR> )
- «لوثة تحويل الجنس» ؛ "د.محمد علي البار"  
( <http://www.khayma.com/maalbar/sexdiseases.htm> )
- «نعم لتصحيح الجنس لا لتغييره» "إسلام أونلاين.نت"  
( [http://www.hiedge.org/arabic/science/health/topic\\_07/2006/09/01.shtml](http://www.hiedge.org/arabic/science/health/topic_07/2006/09/01.shtml) )

## نجلي مقصد العدل في المعاملات المالية



فوزي غلاب ، دكتوراه في العلوم الإسلامية  
في أصول الفقه ، جامعة الزيتونة بتونس

تمهيد :

من مقاصد الشريعة الإسلامية الخاصة بالتصرفات المالية العدل فيها، ولعلّ أوّل من اعتنى بهذا الجانب من المقاصد الخاصة العلامة محمد الطاهر ابن عاشور<sup>(1)</sup> في كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية، فقد خصّص له مبحثاً بعنوان «مقاصد التصرفات المالية»<sup>(2)</sup> قال فيه: «والمقصد الشرعي في الأموال كلها خمسة أمور، رواجها ووضوحها وحفظها وثباتها والعدل فيها»<sup>(3)</sup> ثمّ أورد شروحا وأدلة متعلقة بهذه المقاصد الخمسة. وقد حذا كثير من الباحثين المعاصرين حذو ابن عاشور عند تناولهم لمقاصد الشريعة في المعاملات المالية، فأيدوا ما ذكره سماحته<sup>(4)</sup>، فيما كان للبعض الآخر من الدارسين نظر في إعادة ترتيب تلك المقاصد وصياغتها<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - هو محمد الطاهر ابن عاشور، رئيس المفتين المالكيين بتونس، وشيخ جامع الزيتونة وفروعه، عين عام 1932 شيخاً للإسلام مالكيًا له مؤلفات تدلّ على علو مكانته في الفقه والأصول واللغة والتفسير منها التحرير والتنوير، ومقاصد الشريعة الإسلامية وأصول النظام الاجتماعي في الإسلام (ت 1393 هـ). انظر الزركلي، خير الدين، الأعلام: 174/6. (دار العلم للملايين، بيروت، لبنان ط15، أيار-مايو 2002 م).

<sup>2</sup> - مقاصد الشريعة الإسلامية، (مبحث مقاصد التصرفات المالية): 167-183 (الشركة التونسية للتوزيع، ط1، 1978 م)

<sup>3</sup> - م . ن : 175.

<sup>4</sup> - لقد استعرض عبد الله بن بيّة في كتابه مقاصد المعاملات ومراسد الواقعات (طبع مؤسسة الفرقان والتراث الإسلامي بلندن، ط1، 2010م) المقاصد الخمسة التي حدّدها ابن عاشور، فأيدها وبيّنها وأعاد صياغتها حيث جعل المقصد الأوّل الكسب وإيجاد المال، والثاني مقصد حفظ المال وضمنه جاء مقصد العدل، والثالث مقصد الوضوح، والرابع مقصد التبادل أو التداول.

<sup>5</sup> - لقد نحا يوسف القرضاوي منعى تفصيليا جديدا في استقصاء المقاصد الشرعية في المعاملات المالية في بحثه "مقاصد الشريعة المتعلقة بالمال" (بحث مقدم للدورة الثامنة عشر للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، دبلن- رجب 1429 هـ / جويلية 2008م) فصنّفها إلى سبع وعشرين مقصدا موزعة على ستة أنواع: منها ما يتعلق بقيمة المال ومنزله، ومنها ما يتعلق بربطه بالإيمان والأخلاق، ومنها ما يتعلق بإنتاجه، ومنها ما يتعلق باستهلاكه، ومنها ما يتعلق بتداوله، ومنها ما يتعلق بتوزيعه. وضمن هذا النوع الأخير يورد مقصد العدل في توزيع المال بين الفئات والأفراد.

والعدل في التصرفات المالية يكون بحصولها على وجه لا ظلم فيه، وذلك بأن تحصل، إمّا بعمل مكتسبها، أو بعوض مع مالكها، أو بتبرّعه بها أو بإرث<sup>(1)</sup>، وبوضعها في موضعها الذي خلقت من أجله، وأمر الشارع الحكيم بالتزامه، وذلك بتأدية ما عليها من الحقوق والواجبات الدائمة والطارئة، وإتباع أرشد السبيل في إنفاقها وتنميتها، ومن مراعاة العدل حفظ المصالح العامّة، ودفع الضرر عنها، وذلك فيما يكون من الأموال تتعلق به حاجات جمهور من الناس لإقامة حياتهم<sup>(2)</sup>. ولما كانت نفوس الخلق مجبولة على حبّ المال وما أورثها هذا الحبّ من سوء تمييز بين ما لها وما عليها، وبين حقّها وغيرها مما تولد عن ذلك انحراف لقاعدة العدل والإحسان، التي أمر الله بها، وقاعدة التعاون على البرّ والتقوى التي حث الله المؤمنين عليها، عمدت الشريعة إلى تعيين أصحاب الحقوق وبيان أولويّة بعض الناس ببعض الأشياء، أو بيان كيفية تشاركتهم في الانتفاع بما يقبل التشارك على طريق فطري عادل، لا تجد النفوس فيه نفرة، ولا تحسّ في حكمه بهزيمة، فهي لم تعتمد في هذا على المصادفة ولا على الإرغام، ولكنها توخت نظر العدل والإقناع حتى لا يجد المنصف حرجاً ثمّ لما أحكمت سداها وركزت مداها أمرت الأمة بامتثاله وحدّدته تقريباً لنواله<sup>(3)</sup>.

والعدل في الأموال يكون بتيسير تحصيلها بحال يُورث الثقة بين المتعاملين، أي بالطرق الصّحيحة المعتمدة، فلا يترتب عليها غبن ولا يقع بسببها ظلم، فشيوع القسط والعدل بين الناس مقصد شرعي، والله تعالى يقول: (لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ)<sup>(4)</sup>.

ومراعاة العدل في الأموال يكون بنقلها بما يرضي المتعاقدين، إمّا بالمعاوضة، وإمّا بمبادلة مال بعمل، كما في عقود التوظيف وإجارة العمّال للخدمة، وإمّا بمبادلة مال بمال كسائر عقود البيع، ويمكن أن تنقل كذلك بأيّ صورة من صور عقود التبرّعات، كالهبة والصدقة والهديّة، وكذلك بالإرث، وهو من أقوى صور التمليك، وأنقأها.

ومن سبيل العدل في المعاملات المالية سلامتها من العيوب المفسدة لها كالغش والكذب والتدليس وغيرها من التصرفات التي تلحق ضرراً بالمشتريين، ويترتب عليها فقدان الثقة بين المتعاملين في الأسواق. ويقتضي العدل في الأموال كذلك أن تكون تعاملات الناس في الأسواق على وجه الوضوح والضبط في المبادلة ونقل الممتلكات، بحيث تجري تصرفات المتعاملين بها في إطار التحلي بالأداب الفاضلة والأخلاق العالية التي حثت عليها الشريعة الإسلامية<sup>(5)</sup>، بعيداً عن الكذب القولي والعملي، وعن الغشّ بكلّ صوره وألوانه.

وكان من هدي الرسول صلى الله عليه وسلّم أن يطوف في الأسواق ليبيّن طرق العدل في المعاملات، وليحول دون وقوع الغشّ والغرر والتدليس، وقد حدث أن مرّ عليه الصلاة والسلام على صبرة طعام<sup>(6)</sup> فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللاً، فقال: «ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السملة يا رسول الله، قال: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟ من غشّ فليس منّي»<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - انظر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية: 182.

<sup>2</sup> - ابن زغيبه عز الدين، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية: 299 (مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، دبي، ط1، 1422 هـ-2001 م).

<sup>3</sup> - ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية: 150.

<sup>4</sup> - الحديد: 25.

<sup>5</sup> - لفت الباحث النظر إليها. راجع ص 28-29. من هذه الدّراسة.

<sup>6</sup> - الكومة أو المجموعة من الطعام.

<sup>7</sup> - مسلم، الصحيح (كتاب الايمان، باب قل النبي صلى الله تعالى وسلم من غشنا فليس منا): 99/1، حديث رقم 102. تحقيق أحمد فؤاد عبد الباقي (دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، توزيع دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1412 هـ-1991 م).

إنّ الشريعة التي جاءت عدل كلها، ورحمة كلها، لا يمكن مجال أن تكون أحكامها مؤسّسة على غير العدل والمساواة وتوازن الحقوق والواجبات، فما من أصل من أصولها إلا والعدل مرجعه، وما من فرع من فروعها إلا وهو آخذ منه بطرف، والعدل أم مقاصدها ومصدر تفردها وتميّزها، فلا يعطى بها حق لغير مستحقه، ولا يؤخذ من يد صاحبه<sup>(1)</sup>. وقد اقتفى الفقهاء على مختلف مذاهبهم الفقهية أثر الشريعة في رعاية مقصد العدل في كلياتها وجزئياتها، فجعلوه مستندا لأحكامهم الفقهية في المعاملات المالية، وأخذوا به في فتاويهم، والمتأمل في كتبهم يدرك بوضوح ما نصّوا عليه من بيوع فاسدة حرّمتها الشريعة درئا لما قد ينجر عنها من ضرر أو ظلم بأحد المتعاملين، بما يؤكد رعاية فقهاءنا لمقصد العدل في هذا الخصوص. وسأتولّى في هذا البحث إمطة اللثام عن أهمّ وسائل تحقيق مقصد العدل في المعاملات المالية من خلال المطالب التالية:

#### المطلب الأول: وقوع المعاملات المالية بوجه غير ظالم:

حرصت الشريعة الإسلامية على أن تكون المعاملات المالية بين الناس جارية على أساس من العدل والإنصاف بعيدا عن الجور والإجحاف، وتحقيقا لهذه الغاية المنشودة حرمت الشريعة كلّ أنواع الظلم في التعامل من شأنها أن تؤدّي إلى ضياع حقوق الأطراف المتعاملة وإلحاق الضرر بهم سواء أكانوا باعة أو مشتريين، كبيع النجش وبيع التصرية، والحلف الكاذب في البيوع، وإخفاء العيوب في السلع، والتطيف في الكيل والميزان وغيرها. وفيما يلي عرض لصور من المعاملات المالية المنهي عنها والتي حرص فيها أصحابها على ترويح بضائعهم على خلاف العدل والقسط.

#### الأمر الأول: تحريم بيع النجش:

النَّجْشُ أو النَّجْشُ - بفتح الجيم وسكونها - في اللغة يعني الإثارة، أو هو تنفير الطائر والصيّد من مكانه ليصاد<sup>(2)</sup>، وأصل النجش الاستتار لأنّ الناجش يستر قصده، ومن ثمّ يقال للصائد ناجش لاستتاره<sup>(3)</sup>، أمّا في الاصطلاح فقد تقاربت تعاريف الفقهاء له، وهي تدور حول معنى واحد هو أن يزيد الرجل من ثمن السلعة المعروضة للبيع لا لرغبة في شرائها، بل ليخدع غيره فيشتريها<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن زغيبه عز الدين، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية: 310.

<sup>2</sup> - انظر ابن منظور، لسان العرب (مادة نجش): 351/6. (دار صادر، بيروت ط 1410 هـ - 1990 م).

<sup>3</sup> - انظر الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (مادة نجش): 594 (تحقيق د. عبد الحليم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، ط 2، د- ت).

<sup>4</sup> - انظر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى: 144/5 (تحقيق نعيم أشرف نور أحمد، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط 1، 1417 هـ). وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: 167/2، (دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 5، 1401 هـ - 1981 م). وابن قدامة، المغني: 304/6 (تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط 3، 1417 هـ - 1997 م). وابن حزم، المحلى: 448/8، (ادارة الطباعة المنيرية، مصر، 1351 هـ).

وواضح من هذا التعريف أن النجش هو الشخص الذي يتعمد الزيادة في الثمن ولا يريد الشراء، ليرغب غيره، أو أن يمدح المبيع بما ليس فيه ليروجه، ومن ثم فإن النجش ليس بيعاً في حد ذاته، بقدر ما هو أسلوب خادع يلجأ إليه بعض ضعاف الإيمان من الباعة لترويج سلعهم وربّما بأثمان مرتفعة أحياناً، وهذا الفعل محظور في نظر جماهير أهل العلم، قال الشافعي<sup>(1)</sup>: «النجش خديعة، وليس من أخلاق أهل الدين»<sup>(2)</sup>.

وللنجش صور عديدة<sup>(3)</sup> أشهرها أن يتواطىء البائع والنجش على الترفيع في ثمن المبيع لترويجه، وهي أكثر صور النجش انتشاراً، وهو محرّم عند جمهور الفقهاء، وإذا وقع بمواطأة البائع، واغترّ السائم بالنجش فابتاع ثم علم بالخديعة فقد اختلف الفقهاء في حكمه؛ فقال الحنفية والشافعية بأنّ البيع صحيح مع الإثم، لأنّ النجش أمر خارج عن البيع فلا يفسده، وحينها لا خيار للمشتري في فسخه ولأنّ التفريط جاء من قبله حيث لم يتأمّل، ولم يراجع أهل الخبرة، وزاد في الثمن باختياره<sup>(4)</sup>. أمّا الظاهرية من أهل الحديث، وبعض الحنابلة، وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد<sup>(5)</sup>، فقالوا إنّ البيع في هذه الحالة باطل واجب الفسخ، بناء على أنّ النهي يقتضي الفساد في المسألة الأصولية الشهيرة<sup>(6)</sup>.

ويرى المالكية في المشهور والحنابلة وابن حزم<sup>(7)</sup> من الظاهرية، والشافعية في وجه أنّ البيع صحيح لكنّه غير لازم، لأنّ ذلك تدليس من جهة البائع، وهو شبيه بالتصرية، وللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء<sup>(8)</sup>. وهذا الرأى هو الذي أميل إليه وأرجحه درئاً للظلم الذي قد يلحق بالمشتري عندما ينخدع بفعل كذب النجش، فيدفع ثمن المبيع

<sup>1</sup> - أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي الهاشمي القرشي المطلبّي، ثالث الأئمة الأربعة عند أهل السنة والجماعة وصاحب المذهب الشافعي في الفقه الإسلامي، ومؤسس علم أصول الفقه، وهو أيضاً إمام في علم التفسير وعلم الحديث، من مؤلفاته: الأئمّ في الفقه، والرسالة في أصول الفقه (ت204هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 26/6.

<sup>2</sup> - المزني، إسماعيل بن يحيى المصري، مختصر المزني في فروع الشافعية: 124 (تحقيق محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ - 1998 م).

<sup>3</sup> - من صور النجش وقوعه بدون علم البائع، فيكون الإثم مختصاً به، وقد يكون بفعل البائع نفسه، حيث لا يعلم السائم أنه مالك السلعة، وعند ذلك يختص الإثم به، وقد يحصل بفعل النجش بمواطأة البائع، فيشتركان في الإثم، وهي أكثر صور النجش انتشاراً.

<sup>4</sup> - انظر ابن نجيم، البحر الرائق: 163/6، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ - 1997 م).

<sup>5</sup> - هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني الذهلي، فقيه ومحدّث، ورابع الأئمة الأربعة عند أهل السنة والجماعة وصاحب المذهب الحنبلي في الفقه الإسلامي. وُلد سنة 164هـ ببغداد، انقطع إلى العلم بصفة عامة وللحديث بصفة خاصة، فرحل العراق والحجاز وتهامة واليمن، وأخذ عن كثير من العلماء والمحدثين. من مؤلفاته المسند والأسامي والكتي، والعلل ومعرفة الرجال. (ت241هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 203/4.

<sup>6</sup> - انظر ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: 167/2، وابن قدامة، المغني: 305/6، وابن حزم، المحلى: 449/8.

<sup>7</sup> - هو علي بن أحمد بن سعد بن حزم الأندلسي القرطبي، أبو محمد، إمام في الفقه والأصول ومحدّث وأديب وسياسي. إليه ينسب مذهب الظاهرية في الأندلس. كان شديد النقد لمخالفيه، من أهم كتبه: المحلى بالأنار، والاحكام في أصول الأحكام، والفصل في الملل. (ت456هـ). انظر ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب: 239/5-242 تحقيق عبد القادر الأرنؤوط، ومحمود الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 1406هـ - 1986 م) والزركلي، الأعلام: 254/4.

<sup>8</sup> - انظر ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة: 365 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1412هـ - 1992 م)، وابن قدامة، المغني: 305/6، وابن حزم، المحلى: 448/8.

أكثر مما يستحق، والنَّجش حرام، فقد روي عن ابن عمر<sup>(1)</sup> رضي الله عنه: « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النجش»<sup>(2)</sup>.

ومن صور النجش المعاصر، ما نراه اليوم من وسائل الإشهار والدعاية لترويج البضائع والمنتجات، وبعض هذه الوسائل مقروء في الصحف، وبعضها مسموع في الإذاعات، وبعضها مشاهد على الشاشات، وهي تذكر أوصافا للسلعة المعلن عنها على خلاف الحقيقة، وذلك لإثارة الرغبة في الشراء. وكل ذلك حرام لأنه وصف للسلع بما ليس فيها، وقد تضاف إليها صور خليعة محرمة تضاعف من المعصية وتزيد في الحرمة.

### الأمر الثاني: تحريم بيع التصرية:

قد تكون الناقه أو الشاة قليلة اللبن في عاداتها، فيعمد البائع إلى ربط أخلافها- أئدائها- و ترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيكثر، فيظن المشتري أن ذلك من عاداتها، وهذا البيع هو ما يعرف في الفقه ببيع التصرية. ويعد هذا الأسلوب في البيع من صور الغش والخداع والكذب في البيوع، بل هو خروج عن العدل والقسط وظلم صارخ يؤدي إلى الإضرار بالمشتري.

إن هذا البيع محرّم بإجماع الفقهاء لما فيه من كذب وغش وتدليس، أمّا إذا وقع البيع فقد اختلف الفقهاء في حكمه بناء على تأويلهم لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسك وإن شاء ردّها وصاع تمر»<sup>(3)</sup>؛ فقد قال الجمهور بأنّ البيع صحيح و يثبت الخيار للمشتري للمشتري ويردّ الشاة ومعها صاع من تمر، سواء أكان اللبن كثيرا أو قليلا، لأنّ الحديث غير مقيد، وقد عمل الجمهور بظاهر حديث التصرية وأخذوا به<sup>(4)</sup>. أمّا أبو حنيفة<sup>(5)</sup> ومحمد بن الحسن<sup>(6)</sup> فقالا: إنه لا يردّ البيع بعيب التصرية، فالبيع في نظرهما صحيح ويجب الأرش<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - هو عبد الله بن عمر بن الخطاب العدويّ، أبو عبد الرحمن، محدث وفقه وصحابي من صغار الصحابة، كان جريئا جهوريا، ومن المكثرين في رواية الحديث النبوي، كما كان من أكثر الناس اقتداءً بسيرة النبي صلى الله عليه وسلم وأكثرهم تتبعا لأثاره. (ت 73هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 4/108.

<sup>2</sup> - البخاري، الصحيح (كتاب البيوع، باب النجش) ومن قال لا يجوز ذلك البيع: 2/100، حديث رقم 2142 (تحقيق محب الدين الخطيب، ومحمد فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ط 1، 1403هـ).

<sup>3</sup> - البخاري، الصحيح (كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل للإبل والبقر): 2/102، حديث رقم 2148.

<sup>4</sup> - ذهب الأئمة مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف إلى أن تصرية الحيوان عيب يثبت الخيار للمشتري. ويستوي في ذلك الأنعام وغيرها مما يقصد إلى لبنه، ذلك لما فيه من الغش والتغريب الفعلي. انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: 12/74. (طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط 2، 1408هـ-1988م).

<sup>5</sup> - هو الإمام النعمان بن ثابت، أبو حنيفة، إمام الحنفية، الفقيه المجتهد المحقق، أحد الأئمة الأربعة الكبار في الفقه عند أهل السنة والجماعة. ولد بالكوفة سنة 80هـ اشتهر بعلمه الغزير وبالورع وكثرة العبادة والوقار والإخلاص وقوة الحجة. وعندما دعاه أبو جعفر المنصور ليتولى القضاء امتنع، فطلب منه أن يكون قاضي القضاء فامتنع، فحبسه إلى أن توفي، وقد جمع عنه تلاميذه اجتهاداته. من تصانيفه المسند، والفقه الأكبر (ت 150هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 8/36.

<sup>6</sup> - هو محمد بن الحسن الشيباني الكوفي، فقيه حنفي ومحدث ولغوي، صاحب الإمام أبي حنيفة، وناشر مذهبه وفقه العراق، ولد سنة 131هـ، ونشأ بالكوفة، وأخذ عن أبي حنيفة بعض الفقه، وتممه على يد القاضي أبي يوسف، كما أخذ عن سفيان الثوري والأوزاعي، ورحل إلى مالك في المدينة. انتهت إليه رئاسة الفقه بالعراق بعد أبي يوسف. سميت مؤلفاته بكتب ظاهر الرواية. (ت 189هـ). انظر الذهبي، سير أعلام النبلاء: 9/134-136 (تحقيق د. بشار عواد معروف، ود. محيي هلال السرحان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 11، 1417هـ - 1996م).

<sup>7</sup> - ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يردّ الحيوان بالتصرية، ولا يثبت الخيار بها، لأنّ التصرية ليست بعيب، بدليل أنه لو لم تكن مصراة فوجدها أقلّ لبنا من أمثالها لم يملك ردّها، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار. ولا يردّ معها صاعا من تمر لأنّ ضمان العدوان بالمثل أو القيمة، والتمر ليس مثلا ولا قيمة، بل يرجع المشتري بأرش النقصان على البائع. وينحصر الأرش غالباً عند الفقهاء على الضمان المالي بسبب جنائية على ما دون النفس إذا أدت إلى قطع عضو، أو طرف، أو إبطال منفعة. وهو هنا أن يدفع البائع للمشتري عوضا عن نقصان ثمن الشاة إذا تبين أنها مصراة. انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: 12/74-75.

## الأمر الثالث: تحريم الحلف الكاذب في البيوع:

وذلك أن يحلف البائع كذبا لترويج بضاعته فيصدق المشتري، وتسمى هذه اليمين باليمين الكاذبة أو الفاجرة أو الغموس<sup>(1)</sup>. وهذه اليمين محرمة عند الجمهور، ويعدّ صاحبها آثما، ويجب عليه التوبة والاستغفار، ولا كفارة عليه بالمال. واستدلوا بقوله عليه السلام: «من حلف على يمين هو فيها فاجر، ليقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو غضبان»<sup>(2)</sup>. أما الشافعية فقالوا إنه تجب الكفارة في اليمين الغموس، لكونها من الأيمان المنعقدة، وتعلق الإثم في هذه اليمين لا يمنع الكفارة<sup>(3)</sup>.

وغالبا ما يظهر البيع القائم على اليمين الغموس في حالات البيع بالصفة، أي البيوع التي تصحّ برؤية جزء من المبيع، أو كما يحصل اليوم في الأشياء التي تباع على مقتضى الأنموذج، وهذه البيوع أجازها فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر. غير أنه إذا لم يكن المبيع بعد رؤيته موافقا للصفة، فإنه يثبت للمشتري خيار الوصف<sup>(4)</sup>؛ فمن حلف وكذب بصفة معينة في المبيع ثم تبين خلاف ذلك، فإنّ الشارع أثبت للمشتري الخيار، إن شاء أنفذ البيع وإلا ردّ. فالشارع لم يكتف بالتوعد، وإنما حمى المشتري من الغش وجعل له الخيار حتى لا يظلم ويضيع حقه.

إنّ اليمين الكاذبة لترويج البضائع محق للبركة من البيع لقوله صلى الله عليه وسلم: «الحلف منفقة للسلع ممحقة للبركة»<sup>(5)</sup>. والمنفق سلعته بالحلف الكاذب ظالم ومجانب للعدل يحرم من رحمة الله يوم القيامة، لقوله صلى الله عليه وسلم: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة، ولا يزيكهم، ولهم عذاب أليم. قيل: من هم يا رسول الله؟ قال: المسبل والمنان والمنفق سلعته بالحلف الكاذب»<sup>(6)</sup>.

## الأمر الرابع: تحريم إخفاء العيوب في السلع:

قد يلجأ بعض التجار إلى إخفاء العيوب في السلع المعيبة وغير المرغوب فيها بقصد بيعها، وهذا تلاعب محرّم في الإسلام لما فيه من مضرّة بالشاري، قال تعالى: (وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ)<sup>(7)</sup>، يقول ابن عاشور في معرض تفسيره لهذه الآية: «والعدل في ذلك أن لا يكون في القول شيء من الاعتداء على الحقوق بإبطالها أو إخفائها، مثل كتمان عيوب المبيع، وادعاء العيوب في الأشياء السليمة، والكذب في الأثمان، كأن يقول التاجر أعطيت في هذه السلعة كذا لثمن لم يعطه، أو أنّ هذه السلعة قامت عليّ بكذا»<sup>(8)</sup>.

<sup>1</sup> - وهي اليمين التي تغمس صاحبها في الإثم في الدنيا وفي النار في الآخرة.

<sup>2</sup> - البخاري، الصحيح (كتاب الشهادات، باب سؤال الحاكم المدعى هل لك بينة قبل اليمين): 2/258، حديث رقم 2666 و 2667.

<sup>3</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: 4/41-42 (تحقيق علي محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود) دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1424هـ-2003م). وابن رشد، بداية المجتهد: 1/410 وابن قدامة، المغني: 13/448.

<sup>4</sup> - وهو أن يشتري شيئاً له وصف محدّد لا يعرفه إلا بالتجربة فإذا وجد الوصف المرغوب فيه قبل، وإن لم يجده كان بالخيار، إن شاء قبله، وإن شاء رده، كأن يشتري آلة إلكترونية أصلية - أمريكية مثلاً - فيكتشف أنها صينية الصنع.

<sup>5</sup> - البخاري، م. ن (كتاب البيوع، باب يحق الله الربا ويمعي الصدقات): 2/84-85، حديث رقم 2087.

<sup>6</sup> - مسلم، الصحيح (كتاب الإيمان، باب بيان غلظ تحريم اسبال الإزار): 1/102، حديث رقم 106.

<sup>7</sup> - الأنعام: 152.

<sup>8</sup> - التحرير والتنوير: 8/166-167 (الدار التونسية للنشر، 1984م).



كما نصَّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم على تحريم إخفاء العيوب في السَّلَع حين قال: «المسلم أخو المسلم، ولا يجلُّ لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له»<sup>(1)</sup>. وإخفاء العيب بعد علم البائع به هو من قبيل الكذب العملي وتصرفٍ مخادع يحاول فيه إظهار ما هو مخالف للحقيقة والواقع حسب اعتقاده، فهو كذب محض، ومن ثم فإنَّ الكسب المبنى عليه هو في عرف الشارع سحت وحرام.

وعقد البيع الذي يخفي فيه البائع عيوب سلعته للمشتري غير لازم، لأنَّ سلامة البديلين شرط للزوم العقد وهي لم تتحقق، ومن ثمَّ فقد تثبت خيار العيب للمشتري<sup>(2)</sup>. وقد وضع الفقهاء شروطاً للعيب الذي يوجب الخيار للمشتري، للمشتري، وفصلوا فيه في كتب الفقه حماية للعاقدين، فلا يدعي المشتري الذي يريد إلغاء البيع كذباً أن فيه عيباً موجبا للفسخ، كما يحمي المشتري من تلاعب البائع بالكذب لإخفاء عيب في السلعة لا يرغب فيه الشاري<sup>(3)</sup>.

الأمر الخامس: تحريم التطفيف في الكيل والميزان:

بدافع من أنانيتهم المفرطة وللزيادة في أرباحهم يعمد بعض ضعاف الإيمان من التجار إلى التطفيف في الكيل والوزن فيزيد في الكيل أو الوزن إذا باع، وينقصها إذا اشترى، فيدفع المشتري أقلَّ مما يجب ويأخذ البائع أكثر مما يجب. والتطفيف في التبادل التجاري طريقة في التعامل ينعدم بسببها العدل بين العوضين المتبادلين.

وقد حرّم الإسلام هذا النوع من التعامل بنصّ القرآن الكريم، وقد توعدَّ الله المطففين بالويل والثبور، والعذاب المهين في الآخرة بقوله تعالى: (وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ أَلَا يَظُنُّ أُولَئِكَ أَنَّهُمْ مَبْعُوثُونَ لِيَوْمٍ عَظِيمٍ يَوْمَ يَقُومُ النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ)<sup>(4)</sup>.

وقد قصَّ علينا القرآن الكريم في مواضع مختلفة عن أهل مدين، كيف استحقوا غضب الله وعذابه، لما اشتهروا به من كفرهم، وإخلافهم بقواعد التعامل المالي المشروع، بعد أن شاع لديهم التطفيف في الكيل والميزان. قال تعالى: (وَأَلَى مَدْيَنَ أَخَاهُمْ شُعَيْبًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُمْ مِنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ قَدْ جَاءَتْكُمْ بَيِّنَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ)<sup>(5)</sup>.

ويرى الشيخ ابن عاشور أنَّ إيفاء الكيل والميزان يرجع إلى حفظ حقوق المشتريين، لأنَّ الكائل أو الوزان هو البائع، وهو الذي يحمل حَبَّ الإستفضال على تطفيف الكيل أو الوزن، ليكون باع الشيء الناقص بثمن الشيء الوافي كما يحسبه المشتري. وأما النهي عن بخس الناس أشياءهم فيرجع إلى حفظ حقوق البائع لأنَّ المشتري هو الذي يبخرس شيء البائع ليهيئه لقبول الغبن في ثمن شيء، وكلا هذين الأمرين حيلة وخداع لتحصيل ربح من المال<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن ماجة، السنن (أبواب التجارات، باب من باع عيباً فليبينه): 355/3، حديث رقم 2246 (تحقيق شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وسعيد اللخام، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط1، 1430 هـ - 2009 م).

<sup>2</sup> - هو أن يكون لأحد المتعاقدين الحق في منع العقد أو إمضائه إذا وجد عيباً في أحد البديلين

<sup>3</sup> - انظر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: 305/7-315، وابن رشد، بداية المجتهد: 184-185.

<sup>4</sup> - المطففين: 6-1.

<sup>5</sup> - الأعراف: 85.

<sup>6</sup> - انظر التحرير والتنوير: 243-244/8.

وكان من بين الأعمال التي قام بها رسول الله صلى الله عليه وسلم في إطار توطيد أركان الدولة الإسلامية توحيد الأوزان والمكاييل ليقوم الناس في تجارتهم بالقسط، فأرجع عليه السلام كل مكاييل الأمصار إلى مكيال المدينة وكل أوزان الأمصار إلى وزن مكة حيث قال: «المكيال على مكيال أهل المدينة والوزن على وزن أهل مكة»<sup>(1)</sup>.

وحتى تقع المعاوضات على وجه العدل والقسط جاء تحذير بعض الصحابة والتابعين من التطفيف في الكيل والميزان، فقد قال ابن عباس<sup>(2)</sup>: «يا معشر الموالي إنكم وليتم أمرين بهما هلك الناس قبلكم هذا المكيال وهذا الميزان»<sup>(3)</sup>، وكان ابن عمر رضي الله عنهما إذا مرَّ بالبائع قال له: اتق الله وأوف الكيل والوزن بالقسط<sup>(4)</sup>، وقال قتادة<sup>(5)</sup>: «اعدل يا بني آدم كما تحب أن يعدل عليك، وأوف كما تحب أن يوفى لك، فإن العدل صلاح الناس»<sup>(6)</sup>.

وبناء على هذا جعل الأئمة عمدة نظر المحتسب المنع من التطفيف والبخس في المكاييل والموازين لوعيد الله تعالى عليه عند نهيه عنه وليكن عليه الأدب أظهر، والمعاقبة فيه أكثر، ويجوز له إذا استراب بموازين السوقة ومكاييلهم أن يختبرها وبعايرها، ولو كان له على ما عايره طابع معروف من العامة لا يتعاملون إلا به كان أحوط وأسلم<sup>(7)</sup>. ونقل عن مالك<sup>(8)</sup> فيمن غش في السوق في مكيال أو ميزان أنه يخرج من السوق، فذلك أشد عليه من الضرب<sup>(9)</sup>.

وقد حفلت كتب الحسبة بتفصيل القول في الموازين والمكاييل، ففي كتاب نهاية الرتبة في طلب الحسبة للإمام الشيزري<sup>(10)</sup> باب عنوانه «الباب الرابع في معرفة الموازين والمكاييل وعيار الأبطال والمثاقيل» بين فيه أصح الموازين ووضعا، وهو ما استوى جانباه واعتدلت كفتاه، وذكر أن من واجب المحتسب أن يأمر الباعة بمسح الموازين وتنظيفها، وأن على البائع أن يسكن الميزان ويضع فيه البضاعة برفق، وألا يهز حافة الكفة بإبهامه، وذكر رحمه الله طرقهم في

<sup>1</sup> - أبو داود، سنن أبي داود (كتاب البيوع، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم المكيال مكيال المدينة): 227/5، حديث رقم 3340 (تحقيق شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، دمشق، طبعة خاصة، 1430هـ-2009م).

<sup>2</sup> - هو عبد الله بن العباس بن عبد المطلب ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، أمه أم الفضل لبابة بنت الحارث الهلالية، ولد قبل الهجرة بثلاث سنوات، وتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وعمره 13 سنة. دعا له النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل» فصار حبر هذه الأمة وترجمان القرآن (ت68هـ). انظر العسقلاني ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة: 141/4 (تحقيق علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط1، 1992م) والزركلي، الأعلام: 95/4.

<sup>3</sup> - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم: 74/5 (تحقيق سامي محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، 1420هـ-1999م).

<sup>4</sup> - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: 134/22 (تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي (مؤسسة الرسالة، ط1، 1427هـ-2006م).

<sup>5</sup> - قتادة بن دعامة بن عزيز السدوسي، أبو الخطاب. تابعي وعالم في العربية واللغة وأيام العرب والنسب، العلامة المحدث المفسر والحافظ، وقد قيل عنه أنه أحفظ أهل البصرة، وكان ضريفاً أكمه. (ت118هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 189/5.

<sup>6</sup> - القرطبي، م. ن: 118/20.

<sup>7</sup> - انظر الماوردي، الأحكام السلطانية: 232-233 (تحقيق أحمد مبارك البغدادي، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، ط1 1409هـ-1989م). وابن المناصف محمد بن عيسى، تنبيه الحكام على ما أخذ الأحكام: 348-349 (أعدده للنشر عبد الحفيظ منصور، دار التركي للنشر، تونس، 1408هـ-1988م).

<sup>8</sup> - هو أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي الحميري المدني، وثاني الأئمة الأربعة عند أهل السنة والجماعة، وصاحب المذهب المالكي في الفقه الإسلامي. ولد بالمدينة المنورة سنة 93هـ، ونشأ في بيت كان مشتغلاً بعلم الحديث واستطلاع الآثار وأخبار الصحابة وفتاويهم، اشتهر بعلمه الغزير وقوة حفظه للحديث النبوي. من أشهر مؤلفاته: الموطأ. (ت179هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 257/5-258.

<sup>9</sup> - ابن المناصف، تنبيه الحكام: 348-349.

<sup>10</sup> - هو عبد الرحمن بن نصر بن عبد الله، أبو النجيب، جلال الدين العدوي الشيزري (نسبته إلى قلعة شيزر قرب المعرة) فقيه شافعي، كان قاضياً على طبريا له كتب منها: النهج المسلول في سياسة الملوك ألفه للملك الناصر صلاح الدين الأيوبي، ونهاية الرتبة في طلب الحسبة (ت590هـ). انظر، الزركلي، الأعلام: 340/3.

بَخْسِ الوزن، وبيّن كيف يعرفها المحتسب ليمنعها من الأسواق، وكذلك الأمر في المكاييل، حيث بيّن أصحابها وأصطلحها، وشرح أساليب بعض الباعة في البخس فيها، وبيّن للمحتسب كيف يعرف غشهم وتدليسهم<sup>(1)</sup>. وما أكثر التطفيف في واقعنا المعاصر وما أكثر صورته! فبعض التجار يلجئون إلى خلط السمن الرديء بالسمن الجيد، وقد ينسبون إلى بعض السلع المعلبة وجود مواد ليست فيها حقيقة، ومع ذلك فهم يعدون كسبهم فيها حالاً، ويسابقون الناس على الصفوف الأولى في المساجد. ويشرح الإمام الغزالي<sup>(2)</sup> رحمه الله بعض صور التطفيف في الكيل الكيل والميزان بقوله: «كلّ من خلط بالطعام تراباً أو غيره ثم كاله فهو من المطففين في الكيل، وكلّ قصاب وزن مع اللحم عظماً لم تجر العادة بمثله فهو من المطففين في الوزن، وقس على أساس هذه التقديرات»<sup>(3)</sup>. وهكذا نرى أنّ ضابط التطفيف في التعامل إنما هو فقدان العدالة بين العوضين المتبادلين، فكلّ عمل يؤدّي إلى ضياع هذه العدالة إنما هو من قبيل التطفيف المحرم الذي توعدّ الله فاعله بأشدّ العقوبات في الدنيا والآخرة.

الأمر السادس: تحريم تلقي الجلب والركبان<sup>(4)</sup>:

إنّ من أشكال الظلم في المعاملات الماليّة والمخلّ بالمنافسة العادلة تلقي التجار للجلب والركبان. وقد نهى الإسلام عن هذا الأسلوب في التعامل، حيث كان النبي صلى الله عليه وسلم يمنع المسلمين من أن يتلقوا قوافل التجار القادمة على أطراف البلد حتى لا يمنعوا عنهم حقيقة الأسعار، فيظلمونهم و يشتروا منهم بأقلّ من سعر السوق<sup>(5)</sup>. وبناء عليه فإنّ بيع المتلقى هو بيع محرّم عند جمهور الفقهاء، مكروه تحريماً عند الحنفية لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار»<sup>(6)</sup>، أي أنّ صاحب التجارة إذا أتى السوق السوق بعد أن باع ما جلبه، فوجد السعر مخالفاً لما باع به لمن تلقاه، فله الخيار في استرداد السلعة من المشتري أو تركها له، وبذلك يسود سعر واحد فقط للسلعة. وقال صلى الله عليه وسلم: «لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد»<sup>(7)</sup> ويعتبر هذا البيع عند جمهور الفقهاء صحيحاً إذا وقع لأن النهى وارد على أمر خارج العقد، ولكنه غير لازم بل هو محرّم لقيامه على الظلم، ويثبت به الخيار للبايع.

<sup>1</sup> - انظر، الشيزري، نهاية الرتبة في طلب الحسبة: 220-222-الباب الرابع-(تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، وأحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د-ت).

<sup>2</sup> - هو أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي النيسابوري، حجة الإسلام، أحد أعلام عصره وأحد أشهر علماء المسلمين في القرن الخامس الهجري، ولد سنة 450هـ. كان فقيهاً وأصولياً وفيلسوفاً، صوفي الطريقة، شافعي الفقه، سني المذهب على طريقة الأشاعرة في العقيدة، وقد عُرف كأحد مؤسسي المدرسة الأشعرية السنيّة في علم الكلام. ألّف نحو مائتي مصنف في مختلف صنوف العلم منها: إحياء علوم الدين، المنقذ من الضلال، المستصفي في علم أصول الفقه. (ت505هـ). انظر الأسنوي طبقات الشافعية: 111/2 (تحقيق كمال الحوت، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1407 هـ-1987م) وابن خلكان، وفيات الأعيان: 586/1 (تحقيق د. إحسان عباس، دار صادر بيروت 1972م).

<sup>3</sup> - الغزالي، إحياء علوم الدين (آداب الكسب والمعاش، الباب الثالث في بيان العدل واجتناب الظلم في المعاملة): 100/3 (تحقيق د. عبد المعطي أمين قلعي، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، 2010م).

<sup>4</sup> - وهو الرزق الذي يجلبه البادي لبيعه في البلد.

<sup>5</sup> - عناية غازي، ضوابط تنظيم الاقتصاد في السوق الإسلامي: 41 (دار النفائس، الأردن، ط1، 1992م).

<sup>6</sup> - مسلم، الصحيح (كتاب البيوع، باب تحريم تلقي الجلب): 1157/3، حديث رقم 1519.

<sup>7</sup> - البخاري، الصحيح (كتاب البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر وهل يعينه أو ينصحه): 104/2، حديث رقم 2158 وسأورد نصّه كاملاً عند الحديث عن الأمر الأمر اللاحق المتعلق بتحريم بيع الحاضر للبادي.

الأمر السابع: تحريم بيع الحاضر<sup>(1)</sup> للبادي<sup>(2)</sup>:

إنَّ بيع الحاضر للبادي هو من البيوع المنهى عنها، وحكمه مثل حكم المتلقى، وصورته أن يأتي غريب البلد بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت في الحال، فيأتيه الحاضر فيقول له: ضعه عندي لأبيعه لك بسعر أعلى، فذلك حرام وظلم، ومعارض لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «إذا استنصح أحدكم أخاه فلينصح له»<sup>(3)</sup>، وهو بيع منهي عنه بنص الحديث لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تلقوا الركبان ولا بيع حاضر لباد» فسئل ابن عباس رضى الله عنه: ما قوله لا بيع حاضر لباد؟ قال: لا يكون له سمساراً<sup>(4)</sup>.

فقواعد المنافسة في النشاط التسويقي الإسلامي تستوجب عدم السمسرة التي تؤدي إلى رفع الأسعار، أو منع السلم عن المستهلكين، لأنَّ الوسيط هنا دوره طفيلي يحول به دون مواجهة صاحب السلعة للمستهلك مباشرة، لا لشيء إلا ليربح الوسيط على أساس إقحام نفسه بينهما. والإسلام لا يرحب بمثل هذه الوساطة، لأنها وساطة متكلفة فلا هدف لها إلا الربح دون مقابل<sup>(5)</sup>. أمَّا الوسطاء الشرفاء الذين يوصلون السلم إلى المستهلكين في الأسواق بمواصفاتها المطلوبة وبأسعارها المقبولة وبأقل التكاليف، فإنَّ النهي لا يشملهم، بل إنَّ عملهم مبارك، ينالون عليه الأجر والثواب من الله تعالى، وما التاجر نفسه إلا أحد الوسطاء بين المنتجين والمستهلكين، أو بين الأسواق البعيدة داخل البلد أو خارجه.

وهكذا يتبين لنا أنَّ الإسلام يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض، ويحرص دائما على تحقيق المصلحة لكل الناس، ودفع الضرر عنهم، ومن المصلحة العامة في مجال التعامل أن تكون أسعار السلم معلومة وواضحة لكل من البائع والمشتري، مع عدم تحميلها نفقات زائدة لا ضرورة لها.

والتصرف الحكيم والعاقل يدعو إلى عرض السلم في سوقها، وترك صاحبها حتى يصل إلى السوق فيعرضها ويعرف سعرها بهدف تقليل الوساطة غير الضرورية، وعدم تحميل السلم نفقات زائدة، خاصة عندما تكون السلم من قبيل الضروريات للناس، لأجل ذلك حرمت

بيوع التلقى وبيوع الحاضر للبادي، لما فيها من تغرير محرم بأحد أطراف التبادل.

ونظرا لكثرة شيوخ أمثال هذه البيوع في عصرنا اليوم، لم يعد يرى الناس فيها أي غضاضة، بل إنهم يرونها ضرورة من ضرورات التعامل للحصول على أرباح مجزية، وتغاضوا عن آراء جماهير الفقهاء وفي كل المذاهب القاضية بتحريمها.

<sup>1</sup> - وهو المقيم في المدن والقرى.

<sup>2</sup> - وهو المقيم في البادية.

<sup>3</sup> - البخاري، الصحيح (كتاب البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر وهل يعينه أو ينصحه): 104/2، حديث رقم 2156.

<sup>4</sup> - سبق تخريجه، انظر الهامش رقم 1 من هذه الصفحة.

<sup>5</sup> - عناية غازي، ضوابط تنظيم الاقتصاد في السوق الإسلامي: 41 وما بعدها، وانظر الصدر محمد باقر، اقتصادنا: 606 (دار المعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان،

## الأمر الثامن: تحريم بيع المكره:

ومن صور هذا الظلم إكراه الناس على البيع أو الشراء بالقوة، وهو ما يعرف في الفقه ببيع المكره بغير حق. والإكراه لغة هو حمل الإنسان على شيء قهرا عنه<sup>(1)</sup>، وشرعا فيعني حمل الغير على أن يفعل ما لا برضاه، ولا يختار مباشرته لو خُلّي ونفسه<sup>(2)</sup>. والإكراه نوعان: تام وملجئ<sup>(3)</sup>، أو ناقص غير ملجئ<sup>(4)</sup>.

وقد أجمع الفقهاء على نوعي الإكراه في العقود وإن اختلفت الأسماء، والمهم أنهم اتفقوا على أن هناك إكراها قويا وإكراها ضعيفا، وأن الإكراه القوي يعدّ مفسدا للرّضا ومفسدا للاختيار، والإكراه الضعيف يفقد الرّضا ولكنه لا يفسد الاختيار، أي أن الإكراه عموما في كلّ أقسامه مذهب للرّضا في الفعل فيفعله قهرا.

وبيع المكره بيع وقع بالإكراه، وهو بالتالي يفتقد لأهمّ شروط البيع وهو الرّضا والاختيار ويعدّ من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، وهو بيع محرّم بنصّ الكتاب والسنة، قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)<sup>(5)</sup>، وقال صلى الله عليه وسلم: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب طيب نفس»<sup>(6)</sup>. والمكره على البيع إكراها بغير حقّ شرعي لم تطب نفسه بالبيع يكون بيعه محرّما، كما أن بيع الإنسان الإنسان ماله بالإكراه بغير حقّ شرعيّ يعدّ ظلما، والظلم محرّم بالإجماع.

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع إذا وقع على أقوال؛ فأبو حنيفة يرى أن الإكراه يفسد العقد فقط ولا يبطله، والعقد الفاسد عند الحنفيّة هو منعقد وغير باطل، لكنه مستحقّ الفسخ، ولو أجازته المستكره بعد زوال الإكراه يصبح ملزما، لأنّ الفساد إنّما كان لحقه الخاصّ لا لحقّ الشرع<sup>(7)</sup>.

وذهب المالكية أيضا إلى أن العقد بالإكراه غير ملزم، وللمستكره الخيار في إبطاله أو إجازته. أمّا الشافعية والحنابلة فقد أخذوا بنظرية البطلان وقرروا أنّ العقود تبطل مع الإكراه لأنّ الرّضا شرط انعقاد، والاختيار والرّضا مفهومان متلازمان لا وجود لأحدهما دون الآخر<sup>(8)</sup>.

وقد استدللّ القائلون بصحّة البيع المكره مع حقّ الخيار بأنّ البيع استوفى أركانه، ولكن امتنع نفوذه لانعدام تمام الرّضا، فهو فاسد وبإجازته يزول المعنى المفسد له. أمّا القائلون ببطلان البيع فقد استدللوا بأدلة تحريم أكل المال

<sup>1</sup> - الفيومي، المصباح المنير: 521.

<sup>2</sup> - التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح: 414/2. (تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416 هـ - 1996 م).

<sup>3</sup> - وهو الذي يقع على نفس المكره، ولا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار، كأن يهدّد الإنسان بقتله أو بقطع عضو من أعضائه كيدته أو رجله، أو بضرب شديد يفضي إلى هلاكه أو بإتلاف جميع ماله.

<sup>4</sup> - وهو التهديد أو الوعيد بما دون تلف النفس أو العضو، كالتخويف بالضرب أو القيد أو الحبس أو إتلاف بعض المال، وهذا النوع يفسد الرضا، ولكنه لا يفسد الاختيار.

<sup>5</sup> - النساء: 29.

<sup>6</sup> - البيهقي، السنن الكبرى (كتاب الغصب، باب لا يملك أحد بالجنابة شيئا جنى عليه إلا أن يشاء هو والمالك): 160/6، حديث رقم 11524 (تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424 هـ - 2003 م).

<sup>7</sup> - انظر الكاساني، بدائع الصنائع: 117/10.

<sup>8</sup> - انظر م. ص. ن. والدسوقي، حاشية الدسوقي: 6/3 (طبع بدار احياء الكتب العربيّة، عيسى البابي الحلبي وشركاه، د.ت).

بالباطل من القرآن والسنة، كما استدلوا بقوله عليه السلام: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»<sup>(1)</sup>، وما روى عن رسول الله أيضا أنه نهى عن بيع المضطر<sup>(2)</sup>. والنهي يقضى الفساد. وحيث أن العدل واحترام حقوق الغير هما جوهر التشريع الإسلامي فقد حرم الإكراه، لأن فيه سلبا للحقوق، وتعديا عليها، ولا يخفى أن المسلمين إخوة أمام الله تعالى، لقوله صلى الله عليه وسلم: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة»<sup>(3)</sup>.

**المطلب الثاني: حفظ المصلحة العامة ودرء الضرر عن الأمة:**

في إطار الحرص على رعاية مصلحة عموم الأمة وتقديمها على مصلحة الأفراد يمكن لولي الأمر أن يتخذ من التدابير ما يكفل له تحقيق هذه الغاية وبما يضمن درء المفسد والأضرار المحتملة على الرعية، وقد تقرر في الشريعة أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة عند التعارض.

ويرى الفقهاء أن وظيفة ولي الأمر في المال العام وظيفته النائب، وهي فرع من وظيفته العامة على شؤون المسلمين المتمثلة في جلب المنافع ودفع المضار<sup>(4)</sup>، قال ابن تيمية<sup>(5)</sup>: «وليس لولاة الأمور أن يقسموها<sup>(6)</sup> بحسب أهوائهم كما يقسم المالك ملكه، وإنما هم أمناء ونواب ووكلاء ليسوا ملاكا»<sup>(7)</sup> وقال ابن رجب<sup>(8)</sup>: «والإمام هو النائب لهم، والمجتهد والمجتهد في تعيين مصالحهم»<sup>(9)</sup> وقد اعتبره بعض أهل العلم وكيلا عن المسلمين أو وصيا عنهم. وسواء سمي ولي الأمر نائبا عن الأمة أو وكيلا أو وصيا، فإنه لا يتصرف في المال العام بالأصالة، وإنما بالنيابة أو الوكالة. والواجب يفرض عليه أن يتحرى العدل والمصلحة في إنفاقه ما أمكنه إلى ذلك سبيلا عملا بقاعدة «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»<sup>(10)</sup>.

- <sup>1</sup> - ابن ماجه، السنن (أبواب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي): 201/3، حديث رقم 2045، والصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام: 479/3، حديث رقم 1014 (تعليق المحدث محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1427هـ - 2006م).
- <sup>2</sup> - أبو داود، سنن أبي داود (كتاب البيوع، باب في بيع المضطر): 263/5-264، رقم الحديث 3382.
- <sup>3</sup> - البخاري، الصحيح (كتاب المظالم والغصب، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه): 190/2، رقم الحديث 2442 ومسلم، الصحيح (كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم): 1996/4، رقم الحديث 2580.
- <sup>4</sup> - انظر ابن العربي، أحكام القرآن: 458/2 (تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3. 2003م 1424هـ).
- <sup>5</sup> - هو تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي ابن تيمية أحد علماء المذهب الحنبلي، لقب شيخ الإسلام، ولد سنة 661هـ - 1263م، اشتهر في مجالات عدة أهمها الفقه والحديث والعقيدة وأصول الفقه والفلسفة والمنطق والفلك، من مؤلفاته السياسة الشرعية، الفتاوى، مجموع الفتاوى، الرد على المنطقيين، منهاج السنة النبوية، العقيدة الواسطية، الاستقامة، وغيرها كثير (ت 728هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 1/144. وابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب: 6/142-150.
- <sup>6</sup> - أي أموال بيت المال.
- <sup>7</sup> - ابن تيمية، مجموع الفتاوى: 267/28 (جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وابنه محمد) (طبع مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1425هـ - 2004م) والسياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: 44 (تحقيق علي بن محمد العمران (دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، جدة، 1429هـ).
- <sup>8</sup> - هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلمي، أبو الفرج، زين الدين، من العلماء، حافظ للحديث. ولد ببغداد ونشأ بها، وتوفي في دمشق. من كتبه: جامع العلوم والحكم، وفتح الباري شرح صحيح البخاري لم يكمله. (ت 795هـ). انظر الأعلام: 3/295.
- <sup>9</sup> - الاستخراج لأحكام الخراج: 145-146 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ - 1985م).
- <sup>10</sup> - انظر السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: 121 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ - 1983م) ومجلة الأحكام العدلية: 29، المادة 58 (المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ).

ولا شك أنّ هذه القاعدة تضبط الحدود التي يتصرف في نطاقها كلّ من وليّ شيئاً من أمور العامّة؛ من إمام، أو وال، أو أمير، أو قاض، أو موظف، وتفيد أنّ أعمال هؤلاء وتصرفاتهم وأفعالهم لا بدّ أن تكون مبنية على مصلحة الجماعة، لأنّ الولاية والأمراء والقضاة وغيرهم ليسوا عمالاً لأنفسهم إنّما هم وكلاء على الأمّة في القيام بشؤونها، فعليهم مراعاة كل ما يقيم العدل ويزيل الظلم ويحقّ الحقّ ويصون الأخلاق، والحرص على أموال العامّة ورعايتها وإنفاقها فيما يعود على الأمّة بالخير، كما لا يجوز لهم محابة أحد دون أحد لجاهٍ أو لسلطان.

وفضلاً عن هذه المسؤولية الكبرى المتمثلة في رعاية مال الأمّة وإنفاقه بوجه عادل، فيجوز لوليّ الأمر أن يعتمد على نزع الملكية الخاصة تحقيقاً للمصلحة العامّة، ويمنع الاحتكار مع إمكانية لجوئه إلى التسعير حتى يدرأ الأضرار على عامّة الناس.

#### الأمر الأول: جواز نزع الملكية تحقيقاً للمصلحة العامة :

يجوز لوليّ الأمر نزع الملكية الخاصة لكلّ ما يحقق نفعاً عاماً للناس واقتضته الضرورة، ولم أقف في الحقيقة على خلاف يؤثر بين الفقهاء في جواز نزع وليّ الأمر أو نائبه أيّ ملك فرديّ أو مشترك لتحقيق مصلحة تعود على المسلمين بالنفع وتدرأ عنهم المفسدة وترفع عنهم الحرج والضيق، كانتزاع الأرض المجاورة للمسجد من أصحابها قصد توسعته إذا ضاق بالمصلين ودفع قيمة الأرض لأصحابها رضوا أم أبوا<sup>(1)</sup>.

وقد ثبت أنّ أمير المؤمنين عمر بن الخطاب<sup>(2)</sup> رضي الله عنه أمر بشراء الدّور المحيطة بالكعبة، ولما أبى بعض أصحابها بيعها أخذها رضي الله عنه جبراً عنهم ووضع قيمتها بجزانة الكعبة ليأخذها أصحاب الدّور وقال لهم: «إنما نزلتم على الكعبة وهذا فناؤها ولم تنزل الكعبة عليكم»<sup>(3)</sup>.

وتبعاً لذلك قال ابن نجيم<sup>(4)</sup>: «إذا ضاق المسجد على الناس، وبجنبه أرض لرجل، تؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً»<sup>(5)</sup>، ويرى كرهاً<sup>(5)</sup>، ويرى ابن القيم<sup>(6)</sup> جواز إخراج الشيء عن ملك صاحبه قهراً بثمنه للمصلحة الراجحة<sup>(7)</sup> عملاً بقوله صليّ الله عليه وسلم: «من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم العبد عليه قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد»<sup>(8)</sup> وقال الحطاب<sup>(9)</sup>: «يجبر ذو أرض تلاصق طريق هدمها نهر لا يمرّ للناس إلاّ فيها على بيع طريق فيها بثمن يدفعه الإمام من بيت المال»<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - الزرقا، المدخل الفقهي العام:1/248. (مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ط9، 1968م).

<sup>2</sup> - هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى القرشي العدوي، ثاني الخلفاء الراشدين وأول من لقب بأمر المؤمنين، الصّحابي الجليل، الشجاع والحازم في الحق، يضرب بعدله المثل (ت23هـ). انظر الزركلي، الأعلام:5/45-46.

<sup>3</sup> - النهان محمد فاروق، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي:219 (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1970م).

<sup>4</sup> - هو زين الدين بن محمد، فقيه حنفي أصولي، محقق. من مصنفاته: الأشباه والنظائر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ت970هـ). انظر شذرات الذهب:8/358.

<sup>5</sup> - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق:5/428.

<sup>6</sup> - هو محمد بن أبي بكر بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله شمس الدين، فقيه حنبلي أصولي محدث، ولد بدمشق سنة 691هـ. تتلمذ على شيخه ابن تيمية حتى كان لا يخرج عن شيء من أقواله، له مؤلفات كثيرة منها: إعلام الموقعين، والطرق الحكمية في السياسة الشرعية، وزاد المعاد، ومدارج السالكين. (ت751هـ). انظر الزركلي، الأعلام:6/56، وابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب:6/287-291.

<sup>7</sup> - ابن القيم، الطرق الحكيمية:2/671 (تحقيق نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، (د-ت).

<sup>8</sup> - البخاري، الصحيح (كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين):2/214، حديث رقم 2522.

<sup>9</sup> - هو محمد بن محمد بن عبد الرّحمن الرعيّني أبو عبد الله المعروف بالحطاب فقيه مالكي، أصله من المغرب. ولد واشتهر بمكة ومات في طرابلس الغرب من كتبه: قرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين في الأصول، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل في ست مجلدات في فقه

وعليه فإن المالك الذي يقع ملكه في دائرة ما يراد نزعته لتحقيق مصلحة عامة ينبغي أن يبيع ذلك الملك عن رضى واختيار تحقيقاً للمصلحة العامة وإذا لم يرضَ وامتنع، يجبره وليّ الأمر أو نائبه بذلك وينزع منه ملكه للمصلحة العامة لقاء تعويض عادل، لتحقيق مصلحة عموم الخلق. يقول مصطفى الزرقا: «وقانون الاستملاك للنفع العام لدينا يسوغ نزع الملكية الجبري عن كلّ عقار تقرّر السّلطة الإدارية العليا وجود النفع العام في استملاكه لمصلحة من المصالح العامة كمدرسة أو مستشفى أو حديقة وذلك بقيمته التي تقدرها له لجنة خبراء»<sup>(2)</sup>، ويقول ابن عاشور: «ومن مراعاة العدل حفظ المصالح العامة ودفع الأضرار وذلك فيما يكون من الأموال تتعلق به حاجة طوائف من الأمة لإقامة حياتها...فتلك الأموال وإن كانت خاصة بأصحابها إلا أنّ تصرفهم فيها لا يكون مطلق الحرية كالتصرف في غيرها»<sup>(3)</sup>.

وفي الجملة فإن انتزاع الملكية رغماً عن إرادة المالك أمر غير جائز أبداً اللهم إلا في حالة واحدة، وهي ما إذا تأكد وليّ الأمر من ضرورة تحقيق النفع العام لعموم الأمة ودرء ما قد يلحق بهم من حرج وضيق مع وجوب تعويض عادل يجبر الضّر للمالك.

#### الأمر الثاني: منع الاحتكار:

إنّ من شروط المنافسة العادلة في الأسواق حرية المستهلكين والمشتريين عموماً في اختيار السلع المناسبة لاحتياجاتهم والأسعار المناسبة، ولكن جشم التجار قد يمنع ذلك عندما يلجئون إلى حبس السلع بهدف التحكم في أسعارها وزيادة أرباحهم، وهو ما يعرف بالاحتكار. ومعناه عند الفقهاء وفي سائر المذاهب حبس ما يحتاج إليه الناس بقصد ارتفاع سعره، وتحقيق أقصى قدر من الأرباح<sup>(4)</sup>. وعندما ينفرد شخص أو هيئة بتملك هذه السلعة فسوف يتمكن من التحكم في سعرها، بغضّ النظر عن حاجة الناس إليها وضرورتها لاستمرار حياتهم، ذلك لأنّ هدف الاقتصاد الوضعي عموماً هو زيادة المنفعة المادية الناتجة عن النشاط الاقتصادي، فالاحتكار وسيلة مناسبة لزيادة الأرباح عند التجار إذا لم تقيدهم المبادئ الإنسانية.

ويعتبر جمهور الفقهاء أنّ الاحتكار حرام والكسب به خبيث لا يحلّ لصاحبه، سواء منه ما تعلق بأنواع الطعام أو ما كان من ضروريات الحياة كالأدوية مما لا بدّ منه لقيام حياة الناس واستمرار صحتهم وقوتهم المعنوية والمادية، كما يشمل منافع وخبرات العمال وأهل المهن والحرف والصناعات. واستدلوا على تحريمه بأحاديث نبوية كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلّم: «من احتكر فهو خاطئ»<sup>(5)</sup>، وقوله: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»<sup>(6)</sup>، وقوله عليه السلام

المالكية. (ت 954هـ). انظر مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: 270، ترجمة رقم 998. (المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، 1349هـ) والزركلي، الأعلام: 286/7.

<sup>1</sup> - الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: 48/6 (تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ - 1995م).

<sup>2</sup> - المدخل الفقهي العام: 248/1. ويقصد الزرقا بلجنة خبراء أن تتم عملية نزع الملكيات الفردية من أجل تحقيق مصلحة عامة بطريقة سليمة ورسمية، وذلك من خلال جهات مختصة ومكلفة من قبل وليّ الأمر.

<sup>3</sup> - مقاصد الشريعة الإسلامية: 182.

<sup>4</sup> - قاسم يوسف، التعامل التجاري في ميزان الشريعة: 53 (دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1399هـ - 1979م).

<sup>5</sup> - مسلم، الصحيح (كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات): 1227/3، حديث رقم 1605، وأبو داود، سنن أبي داود (كتاب البيوع، باب النهي عن الحكرة): 318/5، حديث رقم 3447.

<sup>6</sup> - ابن ماجة، السنن (أبواب التجارات، باب الحكرة والجلب): 283-281/3، حديث رقم 2153.



أيضاً: «من احتكر على المسلمين طعاماً ضربه الله بالجذام والإفلاس»<sup>(1)</sup>، وقوله كذلك: «من احتكر طعاماً أربعين يوماً فقد برئ من الله تبارك وتعالى وبرئ الله تعالى منه»<sup>(2)</sup>.

لقد أفاد العلماء من هذه الأحاديث أن علة تحريم الاحتكار هو دفع الضرر عن المسلمين عامة يقول الكاساني<sup>(3)</sup>: «ولأن الاحتكار من باب الظلم، لأن ما يبيع في المصر فقد تعلق له حق العامة، فإذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجاتهم إليه، فقد منعهم حقهم، ومنع الحق عن المستحق ظلم، وأنه حرام»<sup>(4)</sup>، وهذا نظر ثاقب منه في قيام التحريم على معنى الظلم، ومعلوم أنه لا منشأة للظلم في الاحتكار إلا أثره من خلال الإضرار بالاجتماع إجماعاً بسبب التصرف بحرية مطلقة في حق الملك.

ويرى الإمام الباجي<sup>(5)</sup> ضرورة منع احتكار الطعام الذي تدعو حاجة الناس إليه خشية إلحاق الضرر بهم<sup>(6)</sup>. ويقول بهم<sup>(6)</sup>. ويقول الزيلعي<sup>(7)</sup>: «ويكره»<sup>(8)</sup> الاحتكار في الأقوات إذا كان يضر بأهل البلد... ولأنه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم، فيكره إذا كان يضر بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة، بخلاف ما إذا لم يضر، بأن كان المصر كبيراً، لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره»<sup>(9)</sup>.

والفقهاء متفقون على إجبار محتكر السلعة على بيعها، خاصة إذا كانت طعاماً، يقول أبو الوليد الباجي: «وإن احتكر شيئاً من ذلك ممن لا يجوز له احتكاره... يتوب ويخرجه إلى السوق ويبيعه من أهل الحاجة إليه بمثل ما اشتراه به لا يزداد فيه شيئاً ووجه ذلك أن المنع قد تعلق بشرائه لحق الناس وأهل الحاجة، فإذا صرفه إليهم بمثل ما كانوا يأخذونه أو لحين ابتياعه إياه، فقد رجع عن فعله الممنوع منه فإن لم يعلم فبسعره يوم احتكاره، ووجه ذلك أنه لما كان هذا الواجب عليه فلم يفعل أجبر عليه وصرف الحق إلى مستحقه»<sup>(10)</sup>. ونقل ابن حجر الهيتمي<sup>(1)</sup> ذلك فقال: «أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر إليه الناس يجبر على بيعه دفعا للضرر عنهم»<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - م. ن: 283/3، حديث رقم 2155.

<sup>2</sup> - ابن حنبل، أحمد، المسند (مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب): 113/3، حديث رقم 4990 (تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1429هـ - 2008م).

<sup>3</sup> - هو أبو بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي، ملك العلماء، علاء الدين، فقيه حنفي وأصولي محقق، توفي بحلب. من مؤلفاته بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، شرح فيه التحفة للسمرقندي، وهو من أهم مراجع الحنفية. (ت 587هـ). انظر كحالة، معجم المؤلفين: 76/3 (مؤسسة الرسالة، ط1، 1414هـ - 1993م). والزركلي، الاعلام: 70/2.

<sup>4</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع: 516/6.

<sup>5</sup> - هو سليمان بن خلف بن سعد القرطبي، أبو الوليد الباجي، مولده في باجة بالأندلس، فقيه مالكي كبير، من رجال الحديث رحل الى الحجاز، وأقام ببغداد والموصل، ثم عاد الى الأندلس وتولى فيها القضاء. من كتبه: المنتقى، وشرح المدونة، (ت 474هـ). انظر الاعلام: 125/3، ومخلوف، شجرة النور الزكية: 121، ترجمة رقم 342.

<sup>6</sup> - الباجي، المنتقى شرح الموطأ: 15-16/5 (دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، ط2، د- ت).

<sup>7</sup> - هو عثمان بن علي بن محجن الباري، فخر الدين الزيلعي: فقيه حنفي (شاح الكنز). قدم القاهرة سنة 705 هـ فأفتى ودرس، ونشر الفقه، وانتفع به الناس، وتوفي فيها ودفن بالقرافة. له: تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق في الفقه، وتركه الكلام على أحاديث الأحكام، وشرح الجامع الكبير، وهو غير جمال الدين الزيلعي «عبد الله» صاحب نصب الراية. (ت 743هـ). انظر الاعلام: 210/4.

<sup>8</sup> - الكراهة عند الحنفية تعني الكراهية التحريمية، ويقابلها عند الجمهور الحرام.

<sup>9</sup> - الزيلعي، تبين الحقائق: 27/6 (مطبعة بولاق، مصر، ط1، 1315هـ).

<sup>10</sup> - الباجي، المنتقى شرح الموطأ: 17/5.

ومنعا من تفضي ظاهرة الاحتكار يرى أبو زهرة<sup>(3)</sup> ضرورة بيع السلعة المحتكرة جبرا عن صاحبها بالثمن المعقول، أو بفرض عقوبة تعزيرية صارمة على المحتكر تحمله على أن يبيع بكسب معقول لا استغلال فيه لحاجة الناس<sup>(4)</sup>، فإن استطاع المحتكر الإفلات من العقوبة في الدنيا فلن يفلت من عذاب الله في الآخرة، لأنه أخلّ بأحكام خلافته على المال الذي استخلفه الله عليه فلم يوظفه فيما أراد الله وتسبب في ظلم الناس وأوصلهم إلى حال لا يمكن أن يجبرها لنفسه، وعرض إيمانه للنقصان، وصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما يقول: «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه»<sup>(5)</sup>.

ومع الأسف الشديد يسير الكثير من المسلمين في عصرنا في ركب الاقتصاد الغربي الذي أصبح بمجمله اقتصادا احتكاريًا، يخضع السعر فيه لرغبة المحتكر وليس لقانون العرض والطلب، مما أدخل العالم في مجاعات متكررة بالرغم من تغيي الشعوب المدعية للحضارة والرقي بالمبادئ الإنسانية وحقوق الإنسان. ومما تقدم يتبين لنا أن علة منع استعمال حق الملكية في ظرف من الظروف هو تحقيق الضرر بالغير، ولا شك أن الحاق الضرر بالغير ظلم جاءت الشريعة بمنعه، وكل ما ألحق الضرر بالناس سقطت مشروعيتها. وبذلك يعدّ المحتكر الذي يعمد إلى شراء ما يحتاجه الناس ليحبسه عنهم بالظالم لعموم الناس، والواجب يقتضي رده ومنعه بل وإجباره على بيع المثل، درئا للظلم والإجحاف، وحرصا على إشاعة العدل والانصاف.

**الأمر الثالث: جواز التسعير:**

ذكر الفقهاء للتسعير تعريفات عدة متقاربة مبنية ومعنى لعل أفضلها ما ذكره الشوكاني<sup>(6)</sup> وهو: «أن يأمر السلطان أو نائبه أو كل من ولي من أمور المسلمين أمرا أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنع من الزيادة عليه أو النقصان إلا لمصلحة»<sup>(7)</sup>.

ويبدو من خلال هذا التعريف أن الحكمة في منع البائع من البيع بثمن أقل من السعر المحدد هي عدم إلحاق الضرر بغيره من البائعين الذين يتعاملون في هذه السلعة ولا يرغبون في بيعها بثمن أقل من السعر المحدد لها، أما الحكمة في منعه من البيع بثمن أكثر من الثمن المحدد فذلك لأن الزيادة ظلم وإضرار بالمشتريين.

<sup>1</sup> - هو أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي الأنصاري الشافعي، فقيه باحث مصري تلقى العلم بالأزهر ومات بمكة، من تصانيفه: الجوهر المنظوم، وتحفة المحتاج لشرح المنهاج، والفتاوى الهيتمية، والإيعاب في شرح العباب. (ت 973هـ، وقيل 974هـ). انظر ابن عماد الحنبلي، شذرات الذهب: 541-543، والزركلي، الأعلام: 234/1.

<sup>2</sup> - الهيتمي أحمد بن محمد بن حجر، الزواج عن اقرار الكباثر: 316/1 (مكتبة نزار الباز، الرياض، ط1، 1417هـ).

<sup>3</sup> - هو محمد أحمد مصطفى أحمد المعروف بأبي زهرة، عالم ومفكر وباحث وكاتب مصري من كبار علماء الشريعة الإسلامية والقانون في القرن العشرين. اشتهر بالفكر الحر في عرض قضايا الإسلام. سافر إلى كثير من بلاد العالم الإسلامي محاضرا ومشاركا في المؤتمرات. وقد ألف أكثر من ثلاثين كتابا منها: التكافل الاجتماعي في الإسلام، والعقوبة في الفقه الإسلامي. انظر موقع [https://ar.wikipedia.org/wiki/محمد\\_أبو\\_زهرة](https://ar.wikipedia.org/wiki/محمد_أبو_زهرة).

<sup>4</sup> - انظر أبو زهرة محمد، التكافل الاجتماعي في الإسلام: 57 (دار الفكر العربي، القاهرة، د - ت).

<sup>5</sup> - البخاري، الصحيح (كتاب الإيمان، باب من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه): 21/1، حديث رقم 13، ومسلم، الصحيح (كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من خصال الإيمان أن يحب لأخيه المسلم ما يحب لنفسه من الخير): 67، حديث رقم 45.

<sup>6</sup> - هو محمد بن علي الشوكاني، مجتهد محدث أصولي، ولد بهجرة شوكان باليمن سنة 1172هـ، وكان يرى تحريم التقليد، من مؤلفاته: نيل الأوطار، وفتح القدير، وإرشاد الفحول (ت 1255هـ). انظر المراغي، عبد الله، الفتح المبين في طبقات الأصوليين: 144-145/3 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1974م)، والزركلي، الأعلام: 298/6.

<sup>7</sup> - نيل الأوطار: 1025 (قدم له واعتنى به رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004م).

وقد روي أنّ السعر قد غلا في المدينة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس يا رسول الله، غلا السعر فسعر لنا! فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إنّ الله هو المسعر القابض الباسط الرّازق، وإنّي لأرجو أن ألقى الله، وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال»<sup>(1)</sup>. وغالب الظنّ أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم امتنع امتنع عن التسعير حتى لا يطالبه أحد بمظلمة في دم أو مال والظلم حرام، فعلمنا أنّ العلة هي الظلم وانتفاء العدل. ولقد ذهب الحنفية والشافعية في الصحيح عندهم والحنابلة ومالك في رواية عنه إلى عدم جواز التسعير في كلّ وقت عملاً بالحديث المتقدم. وذهب مالك في رواية أخرى، وفي وجه للشافعية، وفقهاء المدينة السبعة<sup>(2)</sup> ومتأخرو الحنابلة إلى جوازه، بل حتى إلى وجوبه إذا اقتضى الأمر ذلك<sup>(3)</sup>.

ولست أهدف في هذا المقام إلى عرض أدلة المانع للتسعير وأدلة المجيزين له ومناقشتها فذلك ما نهضت به العديد من البحوث والدراسات المعمّقة، بحيث يمكن لمن أراد التوسّع العودة إليها<sup>(4)</sup>، بقدر ما أهدف إلى بيان علة المانع والمجيزين والتي لا تعدو أن تكون تحقيق العدل ومنع الظلم.

ولقد تبين لي بعد الاطلاع على آراء الفقهاء في هذا الخصوص أنّ من التسعير ما هو ظلم محرّم ومنه ما هو عدل جائز، فإباحته مطلقاً لا تجوز ومنعه مطلقاً لا يجوز أيضاً؛ فإذا تضمنّ ظلم الناس وإكراههم بغير حقّ على البيع بثمن لا يرضونه، كالتسعير الجبري المعروف في أيامنا هذه فهو حرام. وإذا تضمنّ العدل بين الناس بإلزام الباعة على البيع بثمن المثل عند الجشع والاحتكار فهو واجب، لأنه إلزام بالعدل الذي أمر الله تعالى به ودفع للضرر الذي نهى الله عنه وفي هذا المعنى يقول ابن القيم: «وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرّم، ومنه ما هو عدل جائز فإذا تضمنّ ظلم الناس وإكراههم بغير حقّ على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم ممّا أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمنّ العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز، بل واجب»<sup>(5)</sup>.

لقد لاحظ ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ملحظ العدل في التسعير تماماً، واعتبراه أصل اجتهادهما في المسألة، وعدّاه جائزاً بل واجباً إذا أدّى إلى العدل ومنع الظلم والإضرار بالناس، كما اعتبره حراماً إذا أدّى إلى غير ذلك. وابن تيمية يرى أنه إذا تضمنّ التسعير العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل

<sup>1</sup> - أبو داود، سنن أبي داود (كتاب البيوع، باب في التسعير): 322/5، حديث رقم 3451، والترمذي، الجامع الصحيح (كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير): 596/3-597، حديث رقم 1314.

<sup>2</sup> - فقهاء المدينة السبعة عبارة يطلقها الفقهاء على سبعة من فقهاء مدينة النبي صلى الله عليه وسلم اجتمعوا في زمان واحد معا هو زمان التابعين وهم: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، وعبيد الله بن عتبة بن مسعود، وخارجة بن زيد بن ثابت، وسليمان بن يسار. واختلف في السابع فقيل هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، وهو قول الأكثر، وقيل هو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب، وقيل هو أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام المخزومي.

<sup>3</sup> - انظر ابن تيمية، الحسبة: 22-23، و32-36 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د- ت) وابن القيم، الطرق الحكمية: 2/638-639، والشوكاني، نيل الأوطار: 1024-1025، والكاساني، بدائع الصنائع: 6/517، الباجي، المنتقى: 5/17 وابن قدامة، المغني: 6/311-312.

<sup>4</sup> - كتبت في هذا الموضوع الكثير من الأبحاث المتخصصة نذكر منها: أحكام التسعير في الفقه الإسلامي لليعقوبي، والتسعير دراسة فقهية مقارنة لأحمد عرفة أحمد، أحمد، والتسعير في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية لناصر إسماعيل بورورو، والتسعير في الإسلام لسامي عز الدين كساب، والتسعير في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي السوري لربي سهيل إسماعيل، والتسعير شروطه وحكمه لماهر حامد حمد الحولي، وغيرها....

<sup>5</sup> - الطرق الحكمية: 2/639.

ومنعهم مما يجرم عليهم من أخذ زيادة على عوض المثل، فهو جائز بل واجب<sup>(1)</sup>. يقول ابن القيم: «وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سعر عليهم، تسعير عدل لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه، لم يفعل»<sup>(2)</sup>.

وبهذا يربط ابن القيم بين مصلحة الناس وبين العدل، فالتسعير في نظره مرتبط بدفع الحاجة دون استغلال العامة، مع وجوب ملاحظة إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، وهكذا يصبح مبدأ الإكراه على الواجب من مبادئ العدل وقواعده لأن الواجب عدل، والإكراه على العدل عدل، وذلك مثل بيع المال لقضاء الدين الواجب والنفقة الواجبة.

وإذا كان الإلزام بالعدل والمنع من الظلم، يدخلان في مفهوم المصلحة التي هي أساس التسعير ومنع الاحتكار منعاً باتاً لاستغلال حاجة العموم ولا سيما في الأزمات، كما هو في اجتهاد المحققين علمنا أنهم يتصورون العدل كل ما يمثل المصلحة الراجحة. والمصلحة العامة مقدمة على مصلحة الفرد عند التعارض، كيف إذا لم يكن هناك تعارض في الحقيقة، لأنه يحقق مصلحته بالبيع بثمن المثل ولا يضرّ غيره وهذا هو العدل، فثبت أن مناط العدل هو المصلحة العامة المرعية في كل مصلحة خاصة.

وقد ذكر الصنعاني<sup>(3)</sup> عن بعض أهل العلم أن الأئمة المتأخرين استحسنا تسعير ما عدا القوتين - كاللحم والسمن - رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم<sup>(4)</sup>. ويرجع ابن العربي<sup>(5)</sup> جواز التسعير بل وجوبه وضبط الأمر الأمر على قانون لا تكون فيه مظلمة على أحد، ويعلل امتناع النبي عليه السلام عنه بأنه حقّ وحكمة، ولكن على قوم صفت نياتهم وحسن دينهم واستسلموا لربهم، وأما قوم قصدوا أكل أموال الناس والتضييق عليهم فباب الله أوسع وحكمه أمضى<sup>(6)</sup>.

والخلاصة أن التسعير العادل عند وجود ما يقتضيه من علة الإضرار بالناس جائز بل هو واجب على ولي الأمر إلزاماً للناس بالعدل ورفعاً للظلم عنهم، تسعير عدل لا وكس ولا شطط، فإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل، وتفريعاً على المبدأ الثابت القائم على رعاية الحقيين الفردي والاجتماعي والتوفيق بينهما ما أمكن إقامة للتوازن الذي هو من صميم مفهوم العدل في كل مجالاته، ولاسيما في المعاملات المالية.

<sup>1</sup> - انظر ابن تيمية، الحسبة: 32-36

<sup>2</sup> - الطرق الحكمية: 2/639.

<sup>3</sup> - هو الأمير محمد بن إسماعيل الصنعاني، مؤرخ وشاعر ومصنف من أهل صنعاء. هو أحد أئمة اليمن المتأخرين، ومن المجتهدين القلائل المتحررين المتبعين للدليل من الكتاب والسنة. من مصنفاته: سبل السلام، شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني؛ توضيح الأفكار شرح تنقيح الأنظار؛ اليواقيت في المواقيت؛ شرح الجامع الصغير للسيوطي؛ إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد؛ الروض النضير. (ت 1182هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 6/38.

<sup>4</sup> - الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام: 3/53.

<sup>5</sup> - هو محمد بن عبد الله بن محمد المعافري، أبو بكر ابن العربي. إمام من أئمة المالكية، وهو فقيه محدث مفسر أصولي أديب ومتمكّم. كان أقرب إلى الاجتهاد منه إلى التقليد، له مؤلفات كثيرة منها: كتاب الخلافات؛ كتاب الإنصاف؛ المحصول في أصول الفقه؛ عارضة الأخوذي في شرح الترمذي. (ت 543هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 6/230.

<sup>6</sup> - ابن العربي أبو بكر، عارضة الأخوذي بشرح صحيح الترمذي: 6/43-44، تحقيق جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418هـ-1997م.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أنّ ما يقع من وجوه الفساد في المعاملات المختلفة مرجعه أو نتيجته الخروج عن حال العدل إلى حال الجور والظلم، ولا يمكن أن يوجد فساد كان العدل علة وقوعه، قال الماوردي<sup>(1)</sup>: «إنك لن تجد صلاحاً كان الجور علة وجوده، ولا فساداً كان العدل علة ظهوره، وإنما تجذب العلة إلى الأصول نظائرها»<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: إنفاق المال على الوجه المحمود:

وهو من أهم وسائل تحقيق مقصد العدل في المال، إذ من واجب المسلم أن يحسن التصرف فيما تفضل الله به عليه، وإذا عرف المسلم كيف يكتسب هذا المال بالطرق المشروعة فإنه وإكمالاً لتحقيق الشكر لله أن يعرف كيف ينفقه في وجوه الخير بعيداً عن الإسراف والبخل والتقتير والتبذير.

إنّ الاعتدال في الإنفاق وترشيد الاستهلاك واجتناب الإسراف والتقتير، من مظاهر العدل في المال. قال تعالى في وصف عباد الرحمن: (وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا)<sup>(3)</sup> والإسراف في الآية يعني تجاوز الحد الذي يقتضيه الإنفاق بحسب حال المنفق وحال المنفق عليه، أمّا الإقتار فعكسه ونقيضه تماماً، إنه يعني الإجحاف والنقص مما تسعه الثروة ويقتضيه حال المنفق عليه، أمّا القوام فيعني «...العدل بين الشئيين لاستقامة الطرفين واعتدالهما»<sup>(4)</sup>، وهو الصواب الذي لا عوج فيه على حدّ تعبير الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور<sup>(5)</sup>.

ويبين المولى مقصد العدل في الإنفاق فيقول: (وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا)<sup>(6)</sup> قال الرازي<sup>(7)</sup> في أعقاب تفسيره لهذه الآية: «وحاصل الكلام أنّ الحكماء ذكروا في كتب الأخلاق أنّ لكل خلق طرفين إفراط وتفريط وهما مذمومان، فالبخل إفراط في الإمساك، والتبذير إفراط في الإنفاق وهما مذمومان، والخلق الفاضل هو العدل والوسط»<sup>(8)</sup>.

وقال الشيخ ابن عاشور: «وقد أتت هذه الآية تعليماً بمعرفة حقيقة من الحقائق الدقيقة فكانت من الحكمة وجاءت نَظْمها على سبيل التمثيل فصيغت الحكمة في قالب البلاغة؛ فأما الحكمة فإذ بينت أنّ الحمود في العطاء هو الوسط الواقع بين طرفين الإفراط والتفريط، وهذه الأوساط هي حدود المحامد بين المذام من كلّ حقيقة لها طرفان. وقد تقرّر في حكمة الأخلاق أنّ لكل خلق طرفين ووسط، فالطرفان إفراط وتفريط، وكلاهما مقرر مفسد للمصدر والمورد، وأنّ الوسط هو العدل»<sup>(9)</sup>.

<sup>1</sup> - هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي. من فقهاء الشافعية وأقضى قضاة عصره وإمام في الفقه والأصول والتفسير، من أشهر أدب الدنيا والدين، وتسهيل النظر وتعجيل الظفر: الأحكام السلطانية الذي يُعد من أشهر كتب الماوردي وأعظمها أثراً. (ت 450هـ). انظر انظر الأسنوي، طبقات الشافعية: 206-207، والزركلي، الأعلام: 4/327.

<sup>2</sup> - الماوردي علي بن محمد، تسهيل النظر وتعجيل الظفر في أخلاق الملك وسياسة الملك: 189 (تحقيق محي هلال السرحان، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1401هـ-1981م).

<sup>3</sup> - الفرقان: 67.

<sup>4</sup> - الزمخشري، الكشاف: 4/370. (تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض (مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1418هـ-1998م).

<sup>5</sup> - التحرير والتنوير: 19/72.

<sup>6</sup> - الإسراء: 29.

<sup>7</sup> - هو أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين. ولد في الري بطبرستان، أخذ العلم عن كبار علماء عصره، ومنهم والده، كان الرازي عالماً في التفسير وعلم الكلام والفلك والفلسفة وعلم الأصول وفي غيرها. ترك مؤلفات كثيرة تدل على غزارة علمه وسعة اطلاعه أبرزها تفسيره الكبير المعروف بمفاتيح الغيب. (ت 606هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 6/313.

<sup>8</sup> - مفاتيح الغيب: 20/196: (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1401هـ - 1981م).

<sup>9</sup> - التحرير والتنوير: 15/84.

ومن الآيات الناهية أيضا عن الإسراف والتبذير نذكر قوله تعالى: (وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ)<sup>(1)</sup>، ومعنى الآية كما قال الطبري<sup>(2)</sup>: «إن الله لا يحب المتعدين حده في حلال أو حرام الغالين فيما أحل الله الله أو حرم، بإحلال الحرام وبتحريم الحلال ولكنه يجب أن يحلل ما أحل ويحرم ما حرم، وذلك العدل الذي أمر به»<sup>(3)</sup>.

وعن التبذير يقول سبحانه: (وَأْتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تَبْذِرْ تَبْذِيرًا إِنَّ الْمُبْذِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا)<sup>(4)</sup>. والمبذر هو من استعمل نعمة الله في المال فيما لا يرضي الله. وقد فرّق العلماء بين الإسراف والتبذير؛ فالإسراف في نظرهم تجاوز في الكمية وهو جهل بمقادير الحقوق، أما التبذير فهو تجاوز في موقع الحق وهو جهل بالكيفية وبمواقعها وكلاهما مذموم<sup>(5)</sup>. ويدخل في التبذير أيضا كل إنفاق في المحرمات ولو كان درهما واحدا، وقد نقل القرطبي<sup>(6)</sup> عن الشافعي قوله: «التبذير إنفاق المال في غير حقه، ولا تبذير في عمل الخير»<sup>(7)</sup>.

كما وردت أحاديث توجه وتنبيه إلى ضرورة رعاية الاعتدال في المأكل والمشرب والملبس وغيرها من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «كلوا واشربوا وتصدقوا في غير اسراف ولا مخيلة»<sup>(8)</sup>. وواضح أن هذا الحديث قد وضع قيدين على الإنفاق في الأكل والشرب والملبس؛ الأول مادي وهو الإسراف، أي التجاوز في الحد والكم. والثاني معنوي وهو المخيلة، أي الاختيال والفخر والزهو، وهو من آفات الأنفس وأمراض القلوب<sup>(9)</sup>.

إن التشريع الإسلامي يحرص شديد الحرص على أن يكون الإنفاق - باعتباره استهلاكاً<sup>(10)</sup> - في دائرة الاعتدال والتوسط بحيث لا يزيد إلى درجة الإسراف أو التبذير، كما لا ينقص إلى درجة البخل والتقتير، وهو أمر مطلوب من الفرد والأسرة والمجتمع والدولة.

وكما يطلب من الفرد أن يراعي مقصد العدل في نفقاته واستهلاكه، فإن الدولة مطلوب منها أيضا أن تراعي هذا المقصد في نفقاتها وتقدم الأهم على المهم، بحيث تهتمّ بحاجات الجماهير ومطالبهم اليومية، وضرورياتهم المعيشية، وتقدمها على الأمور الكمالية والتحسينية التي يمكن الاستغناء عنها.

<sup>1</sup> - الأعراف: 31.

<sup>2</sup> - هو محمد بن جرير بن يزيد بن كثير الأملي الطبري، أبو جعفر الإمام الحافظ المفسر، أحد الأعلام ذوي التصنيفات الكثيرة المفيدة منها: تفسيره جامع البيان، وتاريخه تاريخ الأمم والملوك، وله تهذيب الآثار وغيرها. (ت 310 هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 6/69.

<sup>3</sup> - جامع البيان: 12/395. (تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، د-ت).

<sup>4</sup> - الإسراء: 26-27.

<sup>5</sup> - انظر الخفاجي أحمد بن محمد بن عمر (المعروف بشهاب الدين)، حاشية الشهاب على تفسير البيضاوي المسماة عناية القاضي وكفاية الرازي: 6/26 (دار صادر، صادر، بيروت، د-ت).

<sup>6</sup> - هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، إمام فقيه مالكي، مفسر ومحدث، صاحب تفسير الجامع لأحكام القرآن، وله كتاب التذكرة في أحوال الأخرى. (ت 671 هـ). انظر شجرة النور الزكية: 197.

<sup>7</sup> - الجامع لأحكام القرآن: 13/64 (تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1427 هـ - 2006 م).

<sup>8</sup> - البخاري، الصحيح (كتاب اللباس، باب قوله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده): 4/53.

<sup>9</sup> - القرطبي يوسف، مقاصد الشريعة المتعلقة بالمال (بحث).

<sup>10</sup> - الإنفاق قد يكون من باب الاستهلاك إذا كان على النفس والأهل ومن يعوله المرء، وقد يكون من باب التوزيع إذا كان إنفاق في سبل الخير وعلى الفقراء والمساكين ونحو ذلك، ومنه إيتاء الزكاة والصدقات.

إنّ مراعاة مقصد العدل في إنفاق المال العام من قبل الدولة لا يعني قيام وليّ الأمر بالتسوية بين الرعيّة في مقدار المال الذي يصل إلى أيديهم، وإنما العدل هو التسوية في دفع ضروراتهم وحاجاتهم بقدر الإمكان، لأنّ دفع الضّرورات والحاجات هو المقصود الأعظم في النفقات وغيرها من أموال المصالح<sup>(1)</sup>؛ بحيث يقدّم ذوي الضرورات على ذوي الحاجات، كما يقدّم ذوي الحاجات الماسّة على دونهم من الحاجات غير المتأكدة. وقد اشتدّ نكير أهل العلم على من ظنّ أنّ لوليّ الأمر أن يتصرّف في مال المسلمين العام بحسب هواه، اعتقاداً منهم أنه ملكه يتصرف فيه بما شاء، قال البلاطسي<sup>(2)</sup>: «واعتقد الجهال أن للسلطان أن يعطي من بيت المال ما شاء لمن شاء، ويقف ما شاء على من يشاء، ويرزق ما يشاء لمن يشاء من غير تمييز بين مستحق وغيره، ولا نظر في مصلحة بل بحسب الهوى والتشهي، وهو خطأ صريح وجهل قبيح، فإنّ أموال بيت المال لا تباح بالإباحة»<sup>(3)</sup>.

وبالجمله على وليّ الأمر أن يراعى في تقسيم المال العام جميع مصالح الدولة على قدر أهميّتها وأولويّتها، وعليه في هذا الخصوص أن يوازن بين المصالح مقدّمًا الرّاجح منها على المرجوح، بحيث لا يكون نصيب المهمّ منها أوفر وأكثر من نصيب الأهمّ، ولا تقدّم حاجة على ضرورة، وعليه أن ينفق في كل مصلحة بقدر ما تستحق من غير إسراف فيها ولا تقليل عمّا يلزمها.

ولا يفوتني في ختام هذا المبحث من الإشارة إلى أنّ مقصد العدل لا يمكن أن يجد صداه في المعاملات المالية إلا إذا تحلى المتعاملون بجملة من الآداب والأخلاق الفاضلة أبرزها:

أولاً- الالتزام بالحلال؛ فالكلّ مطالب بالترام الطرق والأساليب المشروعة، والابتعاد عن الشبهات فضلاً عن الحرام فالله سبحانه وتعالى يقول: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلالًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُواتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ)<sup>(4)</sup>، والرّسول صلى الله عليه وسلّم يقول: «إنّ الحلال بين وإنّ الحرام بين، وبينهما مشبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام»<sup>(5)</sup>.

ثانياً- التيسير على المعسر؛ فإنّ من جوانب العظمة ومظاهر الرّحمة والإنسانية في التشريع الإسلامي، التيسير على المعسر والرّأفة به، وتأجيل ما عليه من دين حتى يغنيه الله من فضله.

وقد رغب القرآن الكريم في ذلك فقال سبحانه: (وَإِنْ كَانَ دُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ)<sup>(6)</sup> والرّسول صلى الله عليه وسلّم يقول: «ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»<sup>(7)</sup>.

ثالثاً- التحلي بالصدّق والسّماحة؛ حيث يجب على كل مسلم أن يكون في كلّ تعاملاته صادقاً متساحاً، فكلّ معاملة تقوم على الصدّق والسّماحة يباركها الله تعالى ويترتب عليها الخير الكثير لكلّ من البائع والمشتري. وعليه في المقابل

<sup>1</sup> - بن زغبة، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية: 315.

<sup>2</sup> - هو أبو بكر بن محمد بن محمد بن عبد الله، تقي الدين البلاطسي ثمّ الدمشقي، الشافعي ولد سنة 851هـ وكان قد رحل إلى دمشق، ودرس على علماءها المذكورين ثم استوطنها، ودرّس بها. (ت 936هـ) وابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب: 10/297-299، والزركلي، الأعلام: 11/5.

<sup>3</sup> - البلاطسي، تقي الدين أبي بكر محمد بن محمد، تحرير المقال فيما يحل ويحرم من بيت المال: 148 (تحقيق ودراسة فتح الله محمد غازي الصباغ، دار الوفاء للطباعة والنشر، ط 1، 1409هـ - 1989م).

<sup>4</sup> - البقرة: 168.

<sup>5</sup> - مسلم، الصحيح (كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات): 3/1219-1220، حديث رقم 1599.

<sup>6</sup> - البقرة: 280.

<sup>7</sup> - مسلم، الصحيح (كتاب الذكر والدعاء، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر): 4/2074، حديث رقم 2699.

أن يحذر الكذب، لأنّ الكذب مخلّ بالإيمان لقوله تعالى: (إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَذِبَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْكَاذِبُونَ)<sup>(1)</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم: «وإياكم والكذب فإن الكذب يهدي إلى الفجور<sup>(2)</sup>، والفجور يهدي إلى النار، وما يزال العبد يكذب ويتحرى الكذب حتى يكتب عند الله كذاباً»<sup>(3)</sup>.

رابعاً- أداء الحقوق والوفاء بالدين؛ فأداء الحقوق لأصحابها واجب على المسلم فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»<sup>(4)</sup>. وقد بين صلى الله عليه وسلم أنّ من الناس الذين يبغضهم الله تعالى: «رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره»<sup>(5)</sup>. كما أنّ من آداب وأخلاقيات المعاملات التي يجب التحلي بها بين الناس الوفاء بالدين، وفي الحديث الصحيح يقول صلى الله عليه وسلم: «من أخذ أموال الناس يرى يري أداءها أدى الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله»<sup>(6)</sup>.

خامساً- المحافظة على المال، فالعقلاء من الناس هم الذين يستخدمون المال في المعاملات التي أحلها الله تعالى ويجتهدون في تنميته بكل صورة تقرّها شريعة الإسلام، فالله عز وجل يقول: (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا)<sup>(7)</sup>. ومن يتأمل هذه الآية الكريمة يتضح له أن واجب المسلم أن يستخدم أمواله دون إسراف أو تقتير فيما أحله الله، ومن خلال المعاملات التي تعود عليه وعلى الآخرين بالخير، وأن يعمل على تنمية أمواله في التجارة والزراعة والصناعة، وفي كل ما يعود على الأمة بالرخاء والتقدم، وأن يجعل منها للفقراء وأصحاب الحاجات نصيباً معلوماً من الزكاة.

سادساً- توثيق المعاملات المالية؛ وذلك بكتابتها والإشهاد عليها واتخاذ كل الوسائل المشروعة لصيانتها ضماناً لحقوق جميع المتعاملين، قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ)<sup>(8)</sup> قال ابن العربي في شرح هذه الآية: «فاكتبوه إشارة ظاهرة إلى أن يكتبه بجميع صفاته المبيّنة له والمعرّبة عنه المعرفة للحاكم بما يحكم عند ارتفاعها إليه»<sup>(9)</sup>، فالكتابة دليل واضح على صحة وقوع المعاملة، وثبوت الدين في الذمّة، وبها يرتفع الخصام والنزاع بين أي متعاقدين.

سابعاً- السعي في طلب الرزق؛ فلا يحقّ للإنسان أن يقعد عن العمل ويكفّ عن الكفاح استناداً إلى ما معه من أموال، فشريعة الإسلام أمرت أتباعها بالسعي في طلب الرزق بجدّ ونشاط وعزيمة. قال تعالى: (هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ دَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ)<sup>(10)</sup>.

إنّ غياب البعد الأخلاقي في المعاملات الماليّة بين الناس أدى إلى ظهور العديد من الممارسات الضارة بالاقتصاد، مثل الفساد وغسل الأموال وتلوّث البيئة وتدميرها، والغش والتدليس والخداع والتضليل والممارسات غير الأخلاقية

<sup>1</sup> - النحل:105.

<sup>2</sup> - الفجور اسم جامع لكل شروميل إلى الفساد.

<sup>3</sup> - مسلم، م . ن . (كتاب البر والصلة والآداب، باب قبح الكذب وحسن الصدق وفضله):2013/4، حديث رقم 2607.

<sup>4</sup> - ابن ماجة، السنن(كتاب الرهون، باب أجر الأجراء):3/510-511، حديث رقم 2443.

<sup>5</sup> - البخاري، الصحيح(كتاب البيوع، باب إثم من باع حرّاً):2/120-121، حديث رقم 2227.

<sup>6</sup> - م . ن . (كتاب الاستقراض ، باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها أو إتلافها):171/2، حديث رقم 2387.

<sup>7</sup> - النساء:5.

<sup>8</sup> - البقرة:282.

<sup>9</sup> - أحكام القرآن:1/328.

<sup>10</sup> - الملك:15.



والضارة بالمنافسة، وغير ذلك من المشكلات والأزمات التي جعلت السوق ساحة حرب لا مكان ارتزاق، وحولت الناس ما بين فقير يعاني البؤس والحرمان، وغني لديه وفرة في الموارد ويعيش في مجبوحة لكنها خالية من البهجة، وهذا ما جعل العالم كله وعلى الأخص الاقتصاديين والباحثين والمنظمات الدولية والمحلية ينادي بضرورة حماية المعاملات المالية والأنشطة الاقتصادية بالأخلاق. وعندما تطرح الأخلاق كأداة حماية تتجه الأنظار تلقائياً إلى الشريعة الإسلامية حيث تحمل كل وسائل الضبط الأخلاقي لكل صور المعاملات بين الناس.

✓ المصادر والمراجع :

- 1- القرآن الكريم.
- 2- الأسنوي عبد الرحيم بن الحسن، جمال الدين، طبقات الشافعية: تحقيق كمال الحوت(دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1407 هـ-1987م).
- 3- الباجي سليمان بن خلف بن سعد، أبو الوليد، شرح موطأ إمام دار الهجرة : (دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، ط2، د-ت).
- 4- البخاري، محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح: تحقيق محب الدين الخطيب، ومحمد فؤاد عبد الباقي،(المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ط1، 1403هـ).
- 5- البلاطنسي، تقي الدين أبي بكر محمد بن محمد، تحرير المقال فيما يحل ويحرم من بيت المال: تحقيق ودراسة فتح الله محمد غازي الصباغ(دار الوفاء للطباعة والنشر، ط1، 1409 هـ - 1989م)
- 6- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى: تحقيق محمد عبد القادر عطا(دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424 هـ - 2003م).
- 7- التفتازاني، بن مسعود بن عمر، سعد الدين، شرح التلويح على التوضيح: تحقيق زكريا عميرات(دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416 هـ - 1996م).
- 8- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، تقي الدين، مجموع الفتاوى: جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وابنه محمد(طبع مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1425 هـ - 2004م).
- 9- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، تقي الدين، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: تحقيق علي بن محمد العمران(دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، جدة، 1429 هـ).
- 10- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، تقي الدين، الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية:(دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د-ت).
- 11- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، الإصابة في تمييز الصحابة: تحقيق علي محمد البجاوي(دار الجليل، بيروت، ط1، 1992م).
- 12- ابن حزم علي بن أحمد المحلى: (ادارة الطباعة المنيرية، مصر، 1351هـ).
- 13- الخطاب محمد بن محمد المغربي، المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: تحقيق زكريا عميرات(دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416 هـ - 1995م).
- 14- ابن حنبل، أحمد بن أحمد الشيباني، المسند: تحقيق محمد عبد القادر عطا(دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1429 هـ - 2008م).
- 15- الخفاجي أحمد بن محمد بن عمر، المعروف بشهاب الدين (المعروف بشهاب الدين)، حاشية الشهاب على تفسير البيضاوي المسماة عناية القاضي وكفاية الراضي:(دار صادر، بيروت، د-ت).

- 16- ابن خلكان، أحمد بن محمد، شمس الدين أبو العباس، وفيات الأعيان: تحقيق د. إحسان عباس (دار صادر بيروت 1972م).
- 17- أبو داود سليمان بن أشعث، سنن أبي داود: تحقيق شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره بللي (دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، طبعة خاصة، 1430هـ، 2009م).
- 18- الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: (طبع بدار احياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، د.ت)
- 19- الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، شمس الدين، سير أعلام النبلاء: تحقيق د. بشار عواد معروف، ود. محيي هلال السرحان، (مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 11، 1417هـ - 1996م).
- 20- الرازي، محمد بن عمر، فخر الدين، مفاتيح الغيب: (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، 1401هـ - 1981م).
- 21- ابن رجب عبد الرحمن بن أحمد زين الدين، الاستخراج لأحكام الخراج: (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1405هـ-1985م).
- 22- ابن رشد (الحفيد)، محمد بن أحمد، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: (دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 5، 1401هـ - 1981م)
- 23- الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، أو الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد: (مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ط 9، 1968م).
- 24- الزركلي، خير الدين، الأعلام: (دار العلم للملايين، بيروت، لبنان ط 15، أيار-مايو 2002 م).
- 25- ابن زغيب، عز الدين، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية: (مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، دبي، ط 1، 1422هـ - 2001م).
- 26- الزمخشري محمود بن عمر، جار الله: الكشف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل: تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض (مكتبة العبيكان، الرياض، ط 1، 1418هـ-1998م).
- 27- أبو زهرة محمد، التكافل الاجتماعي في الإسلام: (دار الفكر العربي، القاهرة، د - ت)،
- 28- الزيلعي عثمان بن علي، فخر الدين، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (مطبعة بولاق، مصر، ط 1، 1315هـ).
- 29- السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1403هـ - 1983م)
- 30- الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار: قدم له واعتنى به رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004م).
- 31- الشيزري، عبد الرحمن بن عبد الله بن نصر، نهاية الرتبة في طلب الحسبة: تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، وأحمد فريد المزيدي، (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د- ت).
- 32- الصدر محمد باقر، اقتصادنا: (دار المعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، ط 28، 1986م)
- 33- الصنعاني محمد بن اسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام: تعليق المحدث محمد ناصر الدين الألباني (مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط 1، 1427هـ - 2006م).
- 34- الطبري محمد بن جرير، أبو جعفر جامع البيان عن تأويل آي القرآن: تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر (دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والاعلان، د- ت).
- 35- ابن عاشور، محمد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية ( الشركة التونسية للتوزيع، ط 1، 1978 م ).

- التحرير والتنوير: (الدار التونسية للنشر، 1984م).
- 36- ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير والتنوير: (تفسير القرآن الكريم)، الدار التونسية للنشر، 1984م.
- 37- ابن عبد البر بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة: (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1412هـ-1992م).
- 38- ابن العربي، محمد بن عبد الله، أبو بكر، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي: تحقيق جمال مرعشلي (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1997م).
- 39- ابن العربي، محمد بن عبد الله، أبو بكر، أحكام القرآن: تحقيق محمد عبد القادر عطا (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3\_2003م 1424هـ).
- 40- ابن العماد الحنبلي، عبد الحي بن أحمد بن، أبو الفلاح: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق عبد القادر الأرنؤوط، ومحمود الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 1406هـ - 1986م).
- 41- عناية غازي، ضوابط تنظيم الاقتصاد في السوق الإسلامي: (دار النفائس، الأردن، ط1، 1992م).
- 42- الغزالي محمد بن محمد أبو حامد، إحياء علوم الدين: تحقيق د. عبد المعطي أمين قلعجي (دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، 2010م).
- 43- الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق د. عبدالحليم الشناوي (دار المعارف القاهرة، ط2، د- ت).
- 44- قاسم يوسف، التعامل التجاري في ميزان الشريعة: (دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1399هـ-1979م).
- 45- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، موفق الدين، المغني: تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو (دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط3، 1417هـ-1997م).
- 46- القرضاوي، يوسف، مقاصد الشريعة المتعلقة بالمال (بحث مقدم للدورة الثامنة عشر للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، دبلن - رجب 1429هـ / جويلية 2008م).
- 47- القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري، أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن: تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي (مؤسسة الرسالة، ط1، 1427هـ - 2006م).
- 48- ابن قيم الجوزية، شمس الدين، أبو عبد الله، الطرق الحكيمة: تحقيق نايف بن أحمد الحمد (دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي بمكة، د- ت).
- 49- الكاساني، أبو بكر بن مسعود، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1424هـ - 2003م).
- 50- ابن كثير، اسماعيل بن عمر عماد الدين، تفسير القرآن العظيم: تحقيق سامي محمد سلامة (دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، 1420هـ-1999م).
- 51- كحالة، عمر رضا، معجم المؤلفين: (مؤسسة الرسالة، ط1، 1414هـ - 1993م).
- 52- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية: مجلة الأحكام العدلية: (المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ).
- 53- ابن ملحة، محمد بن يزيد القزويني، أبو عبد الله، السنن: تحقيق شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وسعيد اللحام (دار الرسالة العالمية، دمشق، ط1، 1430هـ - 2009م).
- 54- الماوردي علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن، الأحكام السلطانية: تحقيق أحمد مبارك البغدادي (مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، ط1 1409هـ - 1989م).

- 55- الماوردى على بن محمد بن حبيب أبو الحسن، تسهيل النظر وتعجيل الظفر في أخلاق الملك وسياسة الملك: تحقيق محيي هلال السرحان(دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1401هـ-1981م).
- 56- مخلوف محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: (المطبعة السلفية ومكنتها، القاهرة، 1349هـ)
- 57- المراغي، عبد الله مصطفى، عبد الله، الفتح المبين في طبقات الأصوليين: (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1974م)
- 58- المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المصري، مختصر المزني في فروع الشافعية: تحقيق محمد عبد القادر شاهين (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ - 1998 م).
- 59- ابن المانصف، محمد بن عيسى بن محمد بن أصبغ، تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام: أعده للنشر عبد الحفيظ منصور (دار التركي للنشر، تونس، 1408هـ-1988م).
- 60- ابن منظور، محمد بن مكرم، جمال الدين أبو الفضل، محمد بن مكرم، جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب (دار صادر، بيروت ط1 1410 هـ - 1990م).
- 61- المرغيناني علي بن أبي بكر، برهان الدين، برهان الدين الهداية شرح بداية المبتدى: تحقيق نعيم أشرف نور أحمد (إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط1، 1417هـ)
- 62- النبهان محمد فاروق، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي: (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1970م).
- 63- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، البحر الرائق: (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ - 1997م).
- 64- النيسابوري، مسلم بن الحجاج القشيري، الصحيح، تحقيق أحمد فؤاد عبد الباقي: (دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، توزيع دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1412هـ-1991م)
- 65- الهيتمي أحمد بن محمد بن حجر، الزواجر عن اقتراف الكبائر: (مكتبة نزار الباز، الرياض، ط1، 1417هـ).
- 66- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت: الموسوعة الفقهية الكويتية: (طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، 1408هـ-1988م).

## الميراث في ظل نازع القوانين



مقال من إعداد : الدكتور شكري الدربالي

حاصل على الدكتوراه في العلوم الإسلامية

جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية

مقدمة :

تتنوع نشاطات الإنسان في علاقته مع غيره، وفي السابق كانت الدول لا تقبل تطبيق القوانين الأجنبية على هذه العلاقات باعتبار أن ذلك يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة، إلا أن هذه المسائل تغيرت بعد تحسن وضعيّة الأجنبي في المجتمعات الحديثة<sup>1</sup>، ذلك أن المجتمعات القديمة لم تكن تعترف للأجنبي بالشخصية القانونية، فقد كان مجرداً من الحقوق الضرورية كحق الزواج، والتملك، والإرث، فالوضع تغير بتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي فتحت المجال لبروز واقع جديد يكون فيه للأجنبي مركزاً قانونياً يقر له بجملة من الحقوق باعتباره أساس العلاقة الخارجية، إلى أن وصل الأمر إلى اعتباره من أشخاص القانون في الدولة<sup>2</sup>، فتم الاعتراف له بنفس الحقوق التي يتمتع بها الوطني، ومنها الحق في الزواج والطلاق، والحق في الإرث، كما أصبح للأجنبي حق التقاضي أمام المحاكم الوطنية<sup>3</sup>.

هذا الانفتاح والتعايش بين المجتمعات ترتب عليه نوع جديد من العلاقات القانونية لتضمّنه عنصراً أجنبياً، وبناءً عليه تحوّلت القواعد القانونية من قواعد محكمة بالقانون الوطني الداخلي، إلى علاقات قانونية قائمة بين أكثر من قانون وأكثر من نظام قضائي.

<sup>1</sup> (نورية) شيبورو: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق السياسية، 2010-2011 م ، ص1.

<sup>2</sup> م.ن ، ص1.

<sup>3</sup> (المغربي) محمود محمود: إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1 2007 م ، ص 34-40.

وبالعودة إلى مسألة الميراث التي يكون فيها عنصر أجنبي، فإنها والحالة تلك تكون خارج نطاق القانون الداخلي لتندرج في إطار القانون الدولي الخاص<sup>1</sup>، لوجود هذا العنصر الأجنبي، وارتباط المسألة بأكثر من نظام قانوني، وهنا تثار مسألة تنازع القوانين في مجال الميراث.

والصعوبة الأساسية في موضوع تنازع القوانين كإحدى موضوعات القانون الدولي الخاص هي كيفية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة، ذلك أنّ العلاقات القانونية التي تندرج في مجال القانون الدولي الخاص ترتبط بأكثر من دولة وقانون، ويحتاج الأمر إلى تحديد قانون من بين هذه القوانين.

هذا الإشكال القانوني يطرح في مجال الإرث عند توفر الشروط لقيام التنازع القانوني، أي عندما تتضمن المسألة محلّ النزاع، عنصراً أجنبياً، بسبب اختلاف جنسية أطرافها، أو مكان انعقادها، أو مكان تنفيذها أو مكان وجود المال<sup>2</sup>.

وهنا يتصور أن يتنازع أكثر من قانون تبعاً لانتماء العلاقة القانونية لأكثر من دولة، والآلية المتبعة لحلّ هذا النزاع هي قواعد الإسناد في تشريع الدولة التي ينتمي إليها القاضي الذي ينظر في النزاع، إلا أنه لا يمكن الوصول إلى تعيين قاعدة الإسناد ما لم يكيّف موضوع النزاع بالوصف القانوني الصحيح. لذلك سيتم التعرّض إلى مسألة التكييف كمرحلة لتحديد الوصف القانوني الصحيح وهي مرحلة أولية ضرورية لتحديد القانون المختص (المبحث الأول) بعد ذلك تأتي مرحلة الإسناد لتحديد القانون المختص (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> القانون الدولي الخاص هو مجموع المواد التي يكون موضوعها دراسة مكانة الفرد وحقوقه في العلاقات الخاصة الدولية، انظر محمد الشرفي وعلي المزغني: مدخل لدراسة القانون، ص 329.

<sup>2</sup> (نورية) شيبورو: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 8.

## المبحث الأول : التكييف: تحديد الوصف القانوني :

## المطلب الأول : التكييف : الماهية والأسس :

يعتبر التكييف من المسائل الضرورية التي ينبغي عليها تسمية القواعد المعنية لكل فرع من القانون، فعلى سبيل المثال في إطار القانون الجنائي يتم تكييف العلاقة بإدراجها في فئة تجرّيمية معينة، كالقتل والسرقة والزنا... أما في إطار تنازع القوانين، فإنّ التكييف يكون بإدخال العلاقة القانونية في فئة معينة خاصة، كالأحوال الشخصية أو العينية، وذلك تمهيدا إلى إسنادها للنظام القانوني المختص<sup>1</sup>.

والتكييف هو أول عمل يقوم به القاضي عندما تعرض عليه مسألة مشوبة بعنصر أجنبي، ويعرف بكونه " العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي لتحديد الطبيعة القانونية للمسألة الحقوقية المحتوية على عنصر أجنبي، بهدف إدراجها ضمن واحدة من الطوائف القانونية المعروفة لديه بغية التوصل إلى قاعدة الإسناد وتطبيقها عليها، بحثا عن القانون الواجب التطبيق"<sup>2</sup>، أو هو " تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع تمهيدا لإسناده لقانون معين"<sup>3</sup>، ومن أشهر القضايا التي تعرّضت لمسألة التكييف والتي تتعلق بالتركات، نجد قضية ما يعرف بميراث المالطي، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنّ زوجين مالطين تزوجا في مالطا، ثم انتقلا للعيش في الجزائر (حينما كانت مستعمرة فرنسية)، ثم مات الزوج عن ثروة ضخمة من بينها عقارات في الجزائر، فطالبت الزوجة أمام القضاء الفرنسي بنصيبها من زوجها وفقا لما يعرف بـ " نصيب الزوج المحتاج"، وهو نظام يعرفه القانون المالطي ولا يعرفه القانون الفرنسي، فطبقت المحكمة الفرنسية قانونها وليس القانون المالطي، حيث كيّفت الموضوع بأنه ميراث، ومن ثمّ يخضع للقانون الفرنسي<sup>4</sup>.

وقد أكّدت هذه القضية على أهمية التكييف كخطوة عملية أولية لتحديد القانون المنطبق.

يتّضح من خلال ما تقدّم، أنّ التكييف يعدّ مرحلة أولية ضرورية يخطوها القاضي، الهدف منها إسناد المسألة للنظام القانوني المختص، وقد يختلف التكييف من دولة إلى أخرى، وبالتالي من قانون إلى آخر وهو ما يعرف بتنازع التكييفات<sup>5</sup>.

وقد اختلفت النظريات في القانون الذي بموجبه يتم تكييف موضوع النزاع، وإسناده إلى إحدى الفئات، وقد طرحت نظريتان في هذا الشأن.

- النظرية الأولى : التكييف يكون بالرجوع إلى القانون المقارن، وقد قال بهذه النظرية الفقيه الفرنسي " رابل"، وبمقتضاها يتم الرجوع في التكييف إلى القانون المقارن، إذ أنّ قواعد الإسناد إنّما تهدف إلى سد حاجة المعاملات

<sup>1</sup>(منصور) سامي بديع: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم، العربية للطباعة والنشر، لبنان، ط 1، 1994م، ص 174.

<sup>2</sup>(المصري) محمد وليد: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط 1، 2009 م، ص 75.

<sup>3</sup>(محمد عبد العال) عكاشة: تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2002 م، ص 79.

<sup>4</sup>حكم محكمة استئناف الجزائر بتاريخ 1889/12/24 نقلًا عن جابر جاد عبد الرحمان: القانون الدولي الخاص، مطبعة النفيض بغداد ط 3، 1947-1948 ج 2

ص 522.

<sup>5</sup>(نورية) شيبورو: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 14.

الدولية، ومن ثم فإنّ ما تنظّمه هذه القواعد يجب أن يعطى معنى عالميا من دون الاعتماد على المقصود منه وفقا لقانون دولة معيّنة.<sup>1</sup>

إلا أنّ هذه النظرية لاقت العديد من الصعوبات، من ذلك أنّها تصطدم بصعوبات عملية، فليس هناك آليات محدّدة يعتمدها القاضي عند الرجوع إلى القانون المقارن خاصة مع وجود نظم قانونية مختلفة يصعب معها الترجيح.<sup>2</sup>

- النظرية الثانية: يكون التكييف بالرجوع إلى قانون القاضي، وذلك بالعودة إلى المفاهيم والأفكار القانونية في قانون القاضي، لأجل تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع وردّه إلى إحدى الطوائف القانونية التي خصّص المشرّع لكلّ منها في دولة القاضي قاعدة إسناد مستقلة، ومن أهمّ من أرسى دعائم هذه النظرية الفقيه الفرنسي " بارتان"، وقد استند واضعو هذه النظرية على أنّ مبدأ وحدة التكييف في دولة القاضي يستلزم إجراؤه وفقا لقانون القاضي، فلا يمكن أن نتصور مثلا في مسألة استحقاق الدولة للميراث في التركات التي لا وارث لها أن يتم تكييفها تارة وفقا لقانون القاضي في نزاع وطني، وتارة وفقا لقانون أجنبي في نزاع مشوب بعنصر أجنبي، فالتكييف لا بد أن يكون واحدا في الدولة نفسها.<sup>3</sup>

وتعدّ نظرية التكييف وفقا لقانون القاضي النظرية الأرجح، وقد تمّ تبنيها من طرف غالبية التشريعات<sup>4</sup>، إلا أنّ هناك بعض الحالات تُستثنى من هذه القاعدة، وهذا ما قال به الفقيه " بارتان"، حيث لم يسلم بما تضمّنته هذه النظرية في جميع الفروض، بل استثنى من التكييف وفقا لقانون القاضي ما يتعلّق بالأموال (سواء عقارا أو منقولا) حيث يقضي به حسب موقع المال لا قانون القاضي<sup>5</sup>، ومن القوانين التي نصّت عليه، نجد القانون المدني الجزائري في المادة 17 التي ورد فيها أنّه " يخضع تكييف المال سواء عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها"، كما نصّت المادة 17-2 من القانون المدني العراقي على ما يلي " ومع ذلك، فإنّ القانون الذي يحدّد ما إذا كان الشيء عقارا أو منقولا هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء".

وفيما يتعلّق بالتركات فهي إحدى المواد المثيرة للجدل في مسألة تكييفها.

### المطلب الثاني: التكييف القانوني للتركة:

تعتبر التركات من الأمور المثيرة للجدل، فهي تقع على الحد الفاصل بين الحالة الشخصية، والحالة العينية، فباعتبارها انتقال الذمة المالية للشخص بسبب الموت، فإنّها تتعلّق بالحالة الشخصية، وهذا الانتقال من جهة أخرى يتعلّق بالأموال،

<sup>1</sup>(الهداوي) حسن: تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2001 م، ص 54-55.

<sup>2</sup>(محمد عبد العال) عكاشة: تنازع القوانين، ص 117-118.

<sup>3</sup>(عبد الرحمان) جابر جاد: القانون الدولي الخاص، مطبعة التفيض، ط 2 (د.ت)، ص 529-530.

<sup>4</sup>انظر:- المادة 3 من القانون المدني المصري.

- المادة 11 من القانون المدني السوري.

- الفصل 27 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

- المادة 10 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي لعام 1986.

- المادة 1/17 من القانون المدني العراقي لسنة 1951.

- المادة 9 من القانون المدني الجزائري.

<sup>5</sup>(الهداوي) حسن: تنازع القوانين، ص 62.



فهي بذلك ترتبط بالحالة العينية<sup>1</sup>، وتحديد التركة في إطار أحد هذين الصنفين له عظيم الأثر في تعيين القانون الذي سيحكم العلاقة القانونية.

### الفقرة الأولى : تكييف التركة في إطار الأحوال الشخصية :

لقد اعتبرت معظم التشريعات، أنّ التركات تعدّ من مسائل الأحوال الشخصية، وهذا الاتجاه القاضي بإدراج التركات ضمن مجال الأحوال الشخصية، يستند على اتّصالها بواقعة حياة الشخص، وبواقعة وفاته، وارتكازها على روابط القرابة والنسب<sup>2</sup>، ولعلّ الهدف من وراء هذا التكييف هو إخضاع الشخص إلى القانون الأكثر ملائمة في النزاع الدولي، وهو القانون الشخصي.

وقد أخذ المشرّع التونسي بالاتجاه الذي يعتبر التركات تندرج في إطار الأحوال الشخصية، فتمّ إدراج أحكام الميراث ضمن مجلة الأحوال الشخصية في الكتاب التاسع، كذلك المشرّع العراقي أدرج أحكام الميراث في قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، وبالمثل فعل القانون الجزائري<sup>3</sup> والقانون الليبي<sup>4</sup>.

والملاحظ أنّ القانون المصري خصّ أحكام الميراث بقانون خاص وهو القانون رقم 77 لسنة 1943، إلّا أنّ هذا لا يعني عدم إدراج هذه الأحكام ضمن الأحوال الشخصية، بل تبقى أحكام الميراث مندرجة في إطار الأحوال الشخصية.

هذا الاتجاه الذي سلكته معظم التشريعات يتوافق مع ما جاءت به اتفاقية لاهي سنة 1926 التي اعتبرت الموارث من مواد الأحوال الشخصية لكونها مرتبطة بالعائلة<sup>5</sup>.

### الفقرة الثانية : تكييف التركة في إطار الأحوال العينية :

يعتبر أنصار هذا الاتجاه أنّ الميراث يندرج في إطار الحقوق العينية، فموضوع الانتقال هو المال، وبحسب هذا الرأي لا بدّ أن تندرج في إطار النظام القانوني الذي يخضع له المال أي مجال الحقوق العينية<sup>6</sup>.

يتّضح من خلال ما تقدّم أنّ عملية التكييف هي عملية أولية ضرورية يتمّ من خلالها تعيين قاعدة الإسناد التي تعين القانون المختص لفض النزاع.

<sup>1</sup> (نورية) شيبورو: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 24.

<sup>2</sup> م.ن، ص 26.

<sup>3</sup> أدرج القانون الجزائري أحكام الميراث ضمن قانون الأسرة

<sup>4</sup> حددت المادة 160 من قانون نظام القضاء الجديد رقم 51 لعام 1976 المسائل المنضوية تحت الأحوال الشخصية من ضمنها المسائل المتعلقة بالموارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

<sup>5</sup> (نورية) شيبورو: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 27.

<sup>6</sup> (فهي) محمد كمال: أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006 م، ص 599.

## المبحث الثاني: قاعدة الإسناد: تحديد القانون المختص

بعد عملية تكييف الميراث وإدماجه في إطار نظام قانوني معين، تأتي مرحلة الإسناد لتحدد القانون المختص عند تنازع القوانين، هذا الأمر يقتضي مّا تحديد مفهوم قاعدة الإسناد وأهميتها، يلي ذلك التطرق إلى ضوابط الإسناد لحل النزاع.

المطلب الأول: تعريف قاعدة الإسناد وأهميتها:

الفقرة الأولى: تعريف قاعدة الإسناد:

تضطلع قاعدة الإسناد بالدور الأساسي لتحديد القانون الملائم والجدير بحكم العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي والتي تتزاحم على حكمها أكثر من قانون<sup>1</sup>، وقد عرف فقهاء القانون الدولي الخاص قاعدة الإسناد بعدة تعريفات نذكر منها ما يلي.

عرفها إبراهيم أحمد إبراهيم بما يلي " القواعد التي تكون وظيفتها الأساسية هي الإشارة أو الإسناد إلى قانون يتولى حلّ النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي"<sup>2</sup>.

كما عرفها عوض الله شيبه الحمد السيّد بأنّها " القواعد التي تقوم بتحديد القانون الأنسب والأجدر بحكم العلاقة ذات الطابع الدولي التي يتزاحم على حكمها أكثر من قانون"<sup>3</sup>.

و عرفها أيضا ماجد الحلواني بأنّها " قواعد وطنية مجتة يضعها المشرع في دولة معينة بما له من سلطة التشريع للتعريف بواسطتها على الأحكام الموضوعية التي ستنتقل من حيث النهاية على القضية ذات العنصر الأجنبي"<sup>4</sup>.

يتّضح من خلال هذه التعريفات أنّ قاعدة الإسناد هي القاعدة التي بمقتضاها يتمّ تحديد القانون المختص عند تنازع القوانين في مجال القانون الدولي الخاص.

وفي كل دولة نجد أنّ قواعد الإسناد تكون مضمّنة في القوانين المدنية أو غيرها من القوانين ذات الصلة<sup>5</sup>. أو قد تصدر في شكل قانون مستقل<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>(شبي) كريم مزعل: مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث، العدد 13، كانون الأول 2005 م، ص 1.

<sup>2</sup>(إبراهيم) إبراهيم أحمد: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية 2002 م، ص 153.

<sup>3</sup>(السيّد) عوض الله شيبه الحمد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية 1977 م، ص 333.

<sup>4</sup>(الحلواني) ماجد: القانون الدولي الخاص وأحكام في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1974 م، ص 191.

<sup>5</sup>انظر مثلا:- القانون المدني السوري لسنة 1949.

- القانون المدني الأردني لسنة 1979.

- القانون المدني المصري لسنة 1948.

<sup>6</sup>انظر مثلا:- القانون الدولي الخاص التونسي.

- القانون الدولي الخاص السويسري 1979.

- القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979.

لمزيد التفصيل انظر، الوجيز في القانون الدولي الخاص لعوض الله شيبه الحمد السيّد، ص 333 وما بعدها

وقواعد الإسناد متنوعة بتنوع العلاقات القانونية، فمنها ما يتعلق بالزواج والطلاق، ومنها ما يتعلق بالميراث والوصية وغير ذلك من العلاقات القانونية<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: أهمية قواعد الإسناد:

تحتل قواعد الإسناد أهمية بالغة، فقد ارتبطت بقواعد تنازع القوانين ارتباطا وثيقا، ذلك أن فقهاء القانون الدولي الخاص يستعملون اصطلاح تنازع القوانين للدلالة على قواعد الإسناد، والحاجة إلى هذه القواعد تبررها الطبيعة الخاصة للمنازعات في علاقات القانون الدولي الخاص وتعلقها بأكثر من دولة مما يتطلب البحث عن القانون الأنسب من بين جملة القوانين المتزاحمة<sup>2</sup>.

وبالنظر إلى قواعد الإسناد نجد أن لها العديد من المزايا يمكن تلخيصها في النقاط التالية:

✓ توطين النزاعات ذات الطابع الدولي في بلد معين تخضع لقانونه، وهذا يمثل الدور الرئيسي الذي تقوم به قواعد الإسناد<sup>3</sup>.

✓ تكمن أهميتها (قواعد الإسناد) في مجال العلاقات المستحدثة في مجال القانون الدولي الخاص، فمتساكني العالم اليوم يتواصلون من خلال "الأنترنت"، مما يجعل إمكانية نشوء المنازعات بين المتعاملين في هذا العالم الافتراضي، فأغلب العمليات والعقود التي تتم من خلال شبكة الأنترنت هي بالضرورة ذات طابع دولي، حيث يتدخل فيها أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة، هذه العلاقات التي أفرزتها تقنية "الأنترنت" تتعارض مع منهج تنازع القوانين التقليدي، مما يتحتم البحث عن قواعد موضوعية تحكم هذه العلاقات المستحدثة وإيجاد قواعد إسناد أكثر تطورا إلى جانب قواعد الإسناد التقليدية<sup>4</sup>.

يتضح من خلال ما تقدم أن قاعدة الإسناد هي قاعدة مرشدة تشير إلى القانون الواجب التطبيق، فهي لا تتكفل بحسم المسألة المطروحة، بل ينحصر دورها في الإرشاد إلى القانون، وهي بالإضافة إلى ذلك قاعدة محايدة، أي أنها تشير إلى أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة المشوبة بعنصر أجنبي بغض النظر عن مضمون هذا القانون، أي سواء كان هذا القانون هو القانون الوطني أم قانون آخر أجنبي<sup>5</sup>.

### المطلب الثاني: ضوابط الإسناد لحل نزاع إرثي مشوب بعنصر أجنبي:

رأينا أن التشريعات قد اختلفت في تكييف الميراث، هذا الاختلاف أدى إلى بروز ثلاثة ضوابط مختلفة لحل النزاع المشوب بعنصر أجنبي، وتتمثل هذه الضوابط، في ضابط القانون الشخصي، وضابط قانون موقع المال، وأخيرا ضابط التفرقة بين المنقول والعقار.

<sup>1</sup>(شبي) كريم مزعل: مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، ص 22.

<sup>2</sup>(إبراهيم) أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 153.

<sup>3</sup>(السيد) عوض الله شعبة الحمد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، ص 333.

<sup>4</sup>(شبي) كريم مزعل: مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث، العدد 13، كانون الأول 2005 م، ص 3.

<sup>5</sup>(عبد العال) عكاشة محمد: تنازع القوانين، ص 15.

## الفقرة الأولى : ضابط القانون الشخصي: الجنسية أم الوطن؟

بحسب هذا الضابط يتم تطبيق القانون الشخصي للمورث، فمثلا إذا حصل نزاع في مسألة إرثية لشخص أجنبي توفي في تونس، فيطبق القانون الشخصي للمورث، إلا أن الإشكال القانوني الذي يثار هنا، هو المعيار الذي يتحدد به القانون الشخصي، أهو معيار الجنسية أم معيار الوطن الذي يقيم فيه؟

اختلفت اتجاهات فقهاء القانون الدولي الخاص بين اتجاه يقول بقانون الجنسية، وبين آخر يقول بالأخذ بقانون الوطن.

### 1. الاتجاه الأخذ بقانون الجنسية :

يؤكد هذا الاتجاه أن الجنسية هي التي يتم بموجبها تحديد القانون الشخصي للمورث، فهي التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيره، فالفرد يرتبط بالدولة قانونيا وسياسيا برابطة الجنسية<sup>1</sup>.

وقد أخذت معظم القوانين الوضعيّة العربيّة بهذا الاتجاه ومن بينها القانون التونسي، حيث نصّ الفصل 54 من قانون الدولي الخاص أنه " يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته"، وبالمثل أخذ القانون المدني الأردني لسنة 1976 حيث نصّت المادة 18 على أنه " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث والموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته"، كما أقرّ القانون المدني العراقي هذا الأمر صلب المادة 22 التي نصّت على أن " قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته".

بالإضافة إلى هذه القوانين نجد القانون المدني المصري، أقرّ أيضا الاتجاه الأخذ بقانون الجنسية، وذلك صلب الفقرة الأولى من المادة 17، وغير هذه التشريعات كثيرة<sup>2</sup>.

وقد خالف القانون المدني اليمني ما سارت عليه القوانين الوضعيّة العربيّة، حيث أقرّ أن القضايا المتعلقة بالإرث والتي يكون فيها عنصر أجنبي، تخضع للقانون المدني، وهو ما نصّت عليه المادة 28، ويبدو أن المشرع اليمني من خلال هذا الإقرار، أراد توسيع مجال تطبيق القانون الوطني على حساب القانون الأجنبي.

هذا الاتجاه القائل بتطبيق قانون جنسية المورث من شأنه أن يحقق وحدة القانون المطبق على التركة، فيجنب تعدد القوانين في معالجة أحكام التركات إذا كانت الأموال موزعة في عدة دول<sup>3</sup>.

هذه الإيجابيات لهذا الاتجاه القائل بتطبيق قانون الجنسية لا تحجب عنا الصعوبات التي يثيرها من الناحية العمليّة، وأولى هذه الصعوبات ما يتعلق بتعدد الجنسية، فقد يحدث أن يجمع الشخص الواحد أكثر من جنسية وهو ما يطلق على تسميته بالتنازع الإيجابي، هذا الإشكال يطرح صعوبات هامة بالنسبة للقوانين التي تقرّ بأنّ قانون الجنسية هو القانون الشخصي الذي تسند إليه المسائل الإرثية، ويتعيّن اختيار قانون جنسية واحدة لتعدد الجنسية، وذلك

<sup>1</sup>(الداودي) غالب: القانون الدولي الخاص، مطابع جامعة الموصل، 1982 م ، ص 12.

<sup>2</sup>انظر مثلا:- المادة 16 من القانون المدني الجزائري

- المادة 18 فقرة أولى من القانون المدني السوري

<sup>3</sup>(نورية) شيبورو: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص ، ص 36.

لاستحالة تطبيق قوانين الجنسيات التي ينتمي إليها المورث<sup>1</sup>. ولحلّ هذا الإشكال العملي تمّ النظر إليه من خلال حالتين:

تتمثّل الحالة الأولى في تعدّد الجنسيات مع عدم وجود جنسية دولة القاضي من بينها، في هذه الحالة فإنّ الاتجاه الغالب ذهب إلى حسم النزاع بين الجنسيات الأجنبية باللجوء إلى نظرية الجنسية الفعلية<sup>2</sup>، والمقصود بالجنسية الفعلية هي التي يكون فيها الشخص أكثر ارتباطاً بها من غيرها، والقاضي في هذا الإطار يستعين بعناصر موضوعية كموطن الشخص أو محلّ إقامته<sup>3</sup>، وقد اعتمد المشرع التونسي على الجنسية الفعلية لحسم النزاع بين الجنسيات، فقد نصّ الفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه " تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي، وإذا كان المعني بالأمر حاملاً لعدّة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية ..."، وقد سار القانون الجزائري على نفس هذا النهج، فقد نصّت المادة 22 من القانون المدني على أنه " في حالة تعدّد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية ".

وقد أخذت بعض القوانين الغربية بمعيار الجنسية الفعلية، من ذلك قانون الجنسية البرتغالي الصادر في 03 أكتوبر 1981 في المادة 28، والقانون الدولي الخاص المجري لعام 1959 في المادة 11<sup>4</sup>.

ويقابل هذا الاتجاه تجاهاً آخر، ذهبت فيه بعض القوانين إلى منح القاضي صلاحية تحديد القانون الواجب تطبيقه في حال تعدّد الجنسيات الأجنبية، ومن بين هذه القوانين، نجد القانون المدني المصري في المادة 25 التي نصّت على أنه " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه ... أو الذين لهم جنسيات متعددة في وقت واحد ".

أمّا الحالة الثانية التي ينظر من خلالها لتحديد قانون جنسية واحدة لتعدّد الجنسية، فتمثّل في تعدّد الجنسيات مع وجود جنسية القاضي الناظر في النزاع من بينها، فقد استقرّ الرأى الرّاجح في القانون الدولي الخاص أنّ الجنسية الوطنية في هذه الحالة هي التي يؤخذ بها، ويتمّ تطبيق قانون القاضي على المسألة المتنازع فيها، بقطع النظر عن قوانين الجنسيات الأخرى التي يتمتع بها، وقد تبنى القانون التونسي<sup>5</sup>، والقانون المصري<sup>6</sup>، والقانون الإماراتي<sup>7</sup>، والقانون المدني الأردني<sup>8</sup>، كما قامت العديد من القوانين الغربية بتبني هذا الحلّ كالقانون السويسري (المادة 23 من القانون الدولي الخاص) القانون البرتغالي (المادة 31 من القانون المدني) القانون الإسباني (المادة 29 من القانون المدني)<sup>9</sup>.

بالإضافة إلى الإشكال القانوني الذي يثيره تعدد جنسيات المورث، فقد يطرح إشكال آخر يتمثّل في انعدام الجنسية، التي هي وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أية دولة على الإطلاق<sup>10</sup>، فانعدام الجنسية يجعل الشخص

<sup>1</sup> (الأخصر) العقون: النزاع الإيجابي والسليبي بين الجنسيات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1975 م، ص 63.

<sup>2</sup> (نورية) شبورو: م. س، ص 39.

<sup>3</sup> (نورية) شبورو: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 39.

<sup>4</sup> م.ن، ص 39.

<sup>5</sup> انظر المادة 39 من مجلة القانون الدولي الخاص.

<sup>6</sup> انظر المادة 25 من القانون المدني المصري.

<sup>7</sup> انظر المادة 24 من قانون المعاملات المدنية الإماراتية رقم 5 لعام 1985.

<sup>8</sup> انظر المادة 26 من القانون المدني الأردني.

<sup>9</sup> (نورية) شبورو: الميراث والتصرفات النافذة بعد وفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 42.

<sup>10</sup> (سلامة) أحمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية مصر ط 1 (د.ت)، ص 120

من غير المواطنين، فهذا يعني أنه أصبح أجنبي لا فقط في مواجهة دولة بعينها وإنما في مواجهة سائر الدول بلا استثناء؟، ولإيجاد مخرج لهذا الإشكال، فقد وقع اعتماد حلّ شبيه بالجنسية الفعلية التي رأيناها عند تعرضنا إلى تعدّد الجنسيات مع عدم وجود جنسية دولة القاضي من بينها، ومقتضى الحلّ المعمول به هنا هو اعتبار عديم الجنسية، أنه ينتمي إلى الدولة التي يتصل بها من الناحية العملية أكثر من سواها وهي عادة الدولة التي يوجد بها موطن عديم الجنسية أو محلّ إقامته<sup>1</sup>.

هذا الحل أخذت به الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية جنيف لسنة 1931 و1951 فيما يتعلق بالحالة الدولية للاجئين السياسيين<sup>2</sup>. وأيضاً اتفاقية نيويورك بتاريخ 1954/09/28 بشأن الحالة الدولية لعديمي الجنسية<sup>3</sup>.

وقد انتهجت بعض القوانين الوضعيّة العربيّة طريقاً آخر للوصول إلى القانون الواجب التطبيق في حال انعدام الجنسية، حيث أوكلت مهمّة تحديد ذلك إلى القاضي، وقد أخذ المشرّع المصري بهذا المنحى حيث نصّت المادة 1/25 من القانون المدني على أنه " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية".

يتّضح ممّا تقدّم، أنه يتمّ تحديد القانون الشّخصي للمورث بقانون جنسيته، أي قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها، مع ما يثيره هذا المعيار من إشكاليات قانونيّة في حالة تعدّد الجنسيات للمورث، وفي حال انعدامها (أي الجنسية)، إلا أنّ هناك اتجاه آخر يعتمد على معيار الموطن أو محلّ الإقامة.

## II. الاتجاه الآخذ بقانون الموطن :

الموطن هو المكان الذي يستقرّ فيه الشّخص ويتّخذ مركز مصالحه، أو هو رابطة قانونيّة بين الفرد ومكان معيّن<sup>4</sup>.

وللموطن عنصرين أساسيين، أولهما العنصر المادي، ويقصد به إقامة الشّخص إقامة فعليّة في إقليم دولة معيّنة على سبيل الاستقرار، وثانيهما العنصر المعنوي الذي يتمثّل في نية اتّخاذ إقليم دولة معيّنة مقراً دائماً له، أي نية الإقامة لمدة غير محدودة<sup>5</sup>.

ولمعيار الموطن دور وأهميّة في تنازع القوانين، حيث يبرز كقاعدة من قواعد الإسناد تعتدّ به بعض التشريعات في تعيين القانون المختص بمواد الأحوال الشّخصيّة.

يتّضح ممّا تقدّم، أنّ توزيع الأفراد دولياً يتمّ، إمّا عن طريق ارتباط الفرد بدولته (أي الجنسية)، أو بارتباط الفرد بإقليم دولة (الموطن)، وكلاهما يعدّ من الضوابط لتقديم الحلول في حال تنازع القوانين، فقانون الجنسية وقانون

<sup>1</sup> (عبد العال) عكاشة محمد: الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر 1996 م، ص 194.

<sup>2</sup> نصت المادة 12 من هذه الاتفاقية على أنّ: "الحالة الشّخصية لكل لاجئ سياسي يحكمها قانون بلد موطنه، فإذا تخلّف الموطن، فيكون قانون البلد إقامته"

<sup>3</sup> نصت المادة 1/12 من هذه الاتفاقية أنّ "الحالة الشّخصية للشّخص عديم الجنسية يحكمها قانون بلد موطنه، وإذا تخلّف الموطن، فيكون بلد إقامته"

<sup>4</sup> (مسلم) أحمد: القانون الدولي الخاص، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة 1956 م، ص 278.

<sup>5</sup> (الزاوي) جابر إبراهيم: مبادئ القانون الدولي الخاص، مطبعة المعارف، بغداد 1972 م، ص 67.

المواطن لكلّ منهما أهمية بالغة، وقد تباينت القوانين في الأخذ بقانون الجنسية أو بقانون الوطن، ويبدو لي أنّ قانون الجنسية أجمع، من جهة أنّ تطبيقه يتّسم بالثبات والدوام في الأغلب، بالإضافة إلى أنّ قانون الجنسية هو انعكاساً للقيم السائدة في الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته.

وبالإضافة إلى ضابط القانون الشخصي الذي يعتمد عليه في حل نزاع فيه عنصر أجنبي، فإنّ هناك ضابط آخر يتعلّق بموقع المال.

#### الفقرة الثانية: ضابط موقع المال :

إنّ التشريعات التي صنّفت الموارث في إطار الأحوال العينية، حدّدت القانون المنطبق بناء على القاعدة العامة للأموال في القانون العيني، التي تعتبر أنّ القانون الواجب التطبيق، هو قانون موقع المال دون تفرقة بين ما إذا كان منقولاً أو عقاراً.<sup>1</sup>

وقد تمّ التأكيد على هذا الضابط في اتفاقية "مونتفيدو" لائتلاف جنوب أمريكا عام 1889، كما أخذت به دول أمريكا اللاتينية.<sup>2</sup>

#### الفقرة الثالثة: ضابط التمييز بين المنقول والعقار :

يُميّز هذا الضابط في إسناد القانون المختص بين المنقول والعقار، فيتمّ إخضاع النزاعات المتعلقة بالعقار إلى قانون موقعه، في حين تسند النزاعات المتعلقة بالمنقول للقانون الشخصي بحسب تحديده بقانون الجنسية أو معيار المواطن.

هذا الضابط لقي العديد من الانتقادات، ومضمونها أنّه يؤدي إلى تشتيت وحدة الذمّة الماليّة، فالتركة نفسها تكون خاضعة لعدّة قوانين مختلفة في حال انقسامها إلى منقولات وعقارات، وبناء على مبدأ التمييز بين المنقول والعقار، فإنّنا قد نجد المنزل خاضعاً لقانون، وأثاثه خاضعاً لقانون آخر، وقد حدث هذا التقسيم في قضية تعرف بقضية حفيدة "جورج صائد" التي أوصلت بمنزلها الموجود بفرنسا وما يوجد به من أثاث إلى الأكاديمية الفرنسيّة، وتوفّيت في إيطاليا، ممّا أدى إلى خضوع الوصيّة لقانونين مختلفين، وهما القانون الفرنسي بالنسبة للمنزل، والقانون الإيطالي بالنسبة للأثاث<sup>3</sup>، هذا التقسيم يتعارض مع ما تصبوا إليه القوانين والنظم الحديثة إلى إخضاع التركة لقانون وحيد دون تمييز بين العقار والمنقول.

<sup>1</sup> (الطيب) زيروتي: القانون الدولي الخاص، مطبعة الكاهنة، 2000 م، ج 1، ص 184.

<sup>2</sup> (نورية) شبورو: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 30.

<sup>3</sup> نقلاً عن شبورو نورية: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 30.

## الخاتمة :

يتضح من خلال ما تقدم أن :

- حل النزاعات الإرثية المشوبة بعنصر أجنبي، يعتمد على قواعد القانون الدولي الخاص، التي لها دور كبير في حل الإشكاليات التي يسببها العنصر الأجنبي.
- موضوع تنازع القوانين من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، والتنازع يتم بين قانونين أو أكثر في إطار علاقة مشوبة بعنصر أجنبي.
- يعتبر التكييف من المسائل الضرورية التي ينبني عليها تسمية القواعد المعنوية لكل فرع من القانون.
- تعتبر التركات من الأمور المثيرة للجدل، فهي تقع على الحد الفاصل بين الحالة الشخصية والحالة العينية.
- قواعد الإسناد، هي من القواعد التي تبرزها الطبيعة الخاصة للمنازعات الإرثية في علاقات القانون الدولي الخاص، وتعلقها بأكثر من دولة مما يتطلب البحث عن القانون الأنسب من بين جملة القوانين المتزاحمة.
- قاعدة الإسناد هي قاعدة مرشدة تشير إلى القانون الواجب التطبيق في النزاعات الإرثية، فهي لا تتكفل بحسم المسألة المطروحة بل ينحصر دورها في الإرشاد إلى القانون.
- اختلفت التشريعات في تكييف الميراث، هذا الاختلاف أدى إلى بروز ثلاثة ضوابط مختلفة لحل النزاع المشوب بعنصر أجنبي، وتتمثل هذه الضوابط، في ضابط القانون الشخصي، وضابط قانون موقع المال، وأخيراً ضابط التفرقة بين المنقول والعقار.

## ✓ قائمة المصادر والمراجع :

- إبراهيم إبراهيم أحمد : القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية 2002 م.
- الأخصر العقون : التنازع الإيجابي والسلبي بين الجنسيات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1975 م.
- الحلواني ماجد : القانون الدولي الخاص وأحكام في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1974 م.
- راوي جابر إبراهيم : مبادئ القانون الدولي الخاص، مطبعة المعارف، بغداد 1972 م.
- شي كريم مزعل : مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث، العدد 13، كانون الأول 2005 م.
- الطيب زيروتي : القانون الدولي الخاص، مطبعة الكاهنة، 2000 م.
- عبد الرحمان جابر جاد: القانون الدولي الخاص، مطبعة التفيض، ط 2 (د.ت).
- عبد العال عكاشة محمد: الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر 1996 م.
- فهمي محمد كمال : أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006 م.
- محمد عبد العال عكاشة : تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2002 م.
- المصري محمد وليد : الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط 1، 2009 م.
- المغربي محمود محمود : إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 1 2007 م.
- منصور سامي بديع : الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم، العربية للطباعة والنشر، لبنان، ط 1، 1994 م.
- نورية شبرو : الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق السياسية، 2010-2011 م.
- الهداوي حسن : تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2001 م.



## إشكالية التفويض على ضوء القانون التنظيمي رقم 113.14 المنعلق بالجماعات



عادل فرتاح : باحث في مجال المالية العمومية

دبلوم الدراسات المعمقة في العلوم الاقتصادية

كلية الحقوق ، جامعة القاضي عياض- مراكش

تمهيد :

في مجال القانون الإداري لا تعتبر السلطة حقا وامتيازًا للموظف أو المسؤول لكن توصف على أنها مسؤولية لا يمكن لهذا الأخير التخلي أو التقاعس عن ممارستها. ومن الناحية العملية لا يمكن، في كثير من الأحيان، أن يمارس المسؤول جميع المهام الموكولة إليه، مما يطرح إشكالية مدى إمكانية تفويض ممارسة بعض المهام إلى المرؤوسين أو المساعدين. في هذا الإطار، فقد ميز الفقه<sup>1</sup> بين نوعين من التفويض : من جهة هناك تفويض في المهام يتخلى بموجبه

<sup>1</sup> - Conseil d'État français 2 décembre 1892 *Mogambury*: Recueil Lebon p. 838.

أنظر أيضا التعاريف التي جاء بها كل من :

- LEFOULON A, La notion de compétence des agents administratifs en droit français, Th. Rennes, 1970, P. 259-263 ;

MAILS H, Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public, Th. Paris II, 1972, pp. v, 115 ;

LE BOS LE-POURHIER A.-M, Les substitutions de compétence en droit public français, Th. Paris I, 1985, p. 32 ;

GUIHEUX G, La notion de délégation en droit public, Th. Rennes I, 1996, p. 274).

والتي أشير إليها في :

TUSSEAU G, Le juge administratif et la délégation du pouvoir de suspension d'un fonctionnaire : A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 22

novembre 2004 *Ministre de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche c/ M. A., req. n 244515. Revue française de droit administratif,*

Dalloz, 2005, pp.1-13.

متاح على الرابط : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01020641/document>

تاريخ الاطلاع يوم الأحد 11 يونيو 2017 على الساعة 11:10

المفوض الأصلي على جزء من اختصاصاته بمعنى له تأثير تجريدي<sup>1</sup> للسلطة المفوضة ومن جهة أخرى هناك تفويض في الإمضاء الذي يعد تفويضاً لمؤوس من أجل ممارسة مشتركة لنفس المهام ويعدّ تفويضاً تمثيلاً.

إذا فما هي أهداف المتوخاة من ممارسة التفويض؟ وما هي أوجه الاختلاف بين النوعين المشار إليهما من التفويض؟ ما هي أركان قرار التفويض؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة عن ممارسته؟ وكيف يمكن وضع حد له؟ ثم كيف تطورت ممارسة التفويض عبر مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية المنظمة له؟

للإجابة عن هذه الأسئلة قسم هذا البحث وفق الهيكلية التالية :

المبحث الأول : أهداف التفويض وغاياته.

المبحث الثاني : أنواع التفويض، آثاره القانونية و انقضاؤه.

المبحث الثالث : القواعد العامة التي تحكم التفويض.

المبحث الرابع : أركان قرار التفويض.

المبحث الخامس : كرونولوجيا التفويض منذ الميثاق الجماعي لسنة 1976.

المبحث السادس : السند القانوني للتفويض بالجماعات الترابية.

المبحث الأول : أهداف التفويض وغاياته :

من أهم الغايات المنشودة من اعتماد التفويض كطريقة لتسيير المرافق الجماعية نجد تحقيق النتائج المسطرة عن طريق تفويض بعض الصلاحيات والسلطات لنواب رئيس المجلس ومروؤوسيه لتحفيزهم بهدف تنفيذ الأعمال التي هي من صميم مسؤوليات المفوض بالمستوى المطلوب.

فللتفويض مزايا عدة فإلى جانب أنه يخفف العبء عن الرئيس صاحب الاختصاص الأصلي عبر قيامه بنقل جزء من اختصاصه في مسألة معينة إلى أحد مروؤوسيه أو مساعديه، فهو يؤدي من جانب آخر إلى تحقيق السرعة والمرونة في أداء الأعمال مما يسهل على الأفراد قضاء مصالحهم ويدرب المرؤوسين على القيام بأعمال الرؤساء، فينمي فيهم الثقة والقدرة على القيادة.

لقد توخى المشرع من جواز التفويض عدة أهداف وغايات نبرز بعضها فيما يلي:

#### 1- إشراك أعضاء المكتب وفئة من الموظفين في تسيير الشؤون المحلية :

إن فلسفة التفويض تعتمد في أساسها على إشراك نواب الرئيس وفئة خاصة من الموظفين في تحمل مسؤولية تسيير الشؤون المحلية الشيء الذي يمكن من ضمان مردودية أحسن وفعالية أكثر لسير مختلف المرافق الجماعية.

فلا شك أن احتكار المسؤولية من لدن الرئيس يترتب عليه لا محالة اضطراب سير هذه المصالح وبطئها وعدم فعاليتها خاصة وأن الرئيس غير متفرغ، ثم إن نوابه لا يملكون من الناحية القانونية أي مهام أو اختصاصات خاصة بهم فمؤسسة الرئيس هي المؤهلة وحدها لتسيير الجماعة.

<sup>1</sup> - Conseil d'État français 5 mai 1950 *Buisson*: Recueil Lebon p. 258

## 2- احتواء النزاعات داخل المكتب :

إن إشراك رئيس المجلس لمساعديه في تحمل المسؤولية يشكل إحدى الآليات القانونية التي تمكن من احتواء أو على الأقل التخفيف من التوترات والنزاعات التي قد يعرفها المجلس. ولا شك أن إشراك الرئيس لمساعديه في تدبير شؤون الجماعة يسهل مأموريته في تدبير الشأن المحلي ويجنبه عواقب الخلافات التي قد يثيرها مساعدوه في حالة احتكاره للسلطة.

## 3- عدم تركيز السلطة :

إن تركيز السلطة بيد رئيس المجلس يؤدي حتما إلى إغراقه في التفاصيل والجزئيات وزيادة مسؤولياته وأعبائه، لذا فإن آلية التفويض تسمح بتوزيع السلطة داخل المكتب، الشيء الذي يساعده في حسن سير العمل ويرفع من مردوديته، كما يؤدي إلى تخفيف الأعباء والمسؤوليات التي يتحملها رئيس المجلس.

## 4- تدريب أعضاء المكتب على تحمل المسؤولية :

ويسمح التفويض بالتدرب على القيام ببعض الاختصاصات المخولة للرئيس مما يؤدي إلى زيادة قدراتهم وكفاءتهم وتأهيلهم في ممارسة الشأن المحلي.

## 5- ضمان استمرارية المرافق الجماعية :

يعتبر التفويض إحدى الآليات التي تسمح بضمان سير المرفق العام الجماعي وتفادي ما يمكن أن يترتب عن ذلك من نتائج وخيمة على مصالح الجماعة والمواطنين على حد سواء في حالة ما إذا تغيب الرئيس أو عاقه عائق لأي سبب من الأسباب.

## المبحث الثاني: أنواع التفويض، آثاره القانونية و انقضاؤه :

يجب التمييز بين نوعين من أشكال التفويض؛ تفويض في المهام أو الاختصاص وتفويض في الإمضاء.

### المطلب الأول: أنواع التفويض :

#### 1- تفويض الاختصاص (أو المهام) :

يتحقق هذا النوع من التفويض<sup>1</sup> حينما يتم نقل جزء من السلطة أو الاختصاص من المفوض إلى المفوض إليه ، وهكذا يتجرد<sup>2</sup> صاحب الاختصاص الأصلي بناء على رغبته وسلطته التقديرية من بعض صلاحياته ليمارسها الشخص الذي تم اختياره في الحدود التي رسمها القانون ليمارس الاختصاصات أو الصلاحيات المفوضة له.

وعليه، فإن تفويض الاختصاص يرتبط بالمنصب بصرف النظر عن صاحبه ويعمل به حتى في حالات الحلول محل المعني بالتفويض المعين، وبهذا يكتسي تفويض الاختصاص صيغة مستمرة<sup>3</sup> ويبقى معمولاً به ما لم يقع سحبه مع العلم أن المفوض لا يجوز له خلال مجموع هذه المدة ممارسة الاختصاصات المفوضة<sup>4</sup>، أما الأعمال التي يقوم بها المفوض له في دائرة التفويض فتبقى مرتبطة به وتحتل في تدرج الأعمال مكانة تطابق مكانة المفوض له.

#### 2- تفويض الإمضاء :

يتحقق هذا النوع من التفويض عندما يقوم المفوض بناء على رغبته وسلطته التقديرية بتفويض بعض مهامه إلى شخص آخر للقيام بالإمضاء نيابة عنه على بعض التصرفات أو الوثائق الإدارية. ويتم هذا التوقيع دائماً باسم ولحساب وتحت مسؤولية المفوض<sup>5</sup>. وعليه، فتفويض الإمضاء لا يعدو أن يكون طريقة من طرق التنظيم الداخلي لمصالح الجماعة الترابية بينما يتبنى تفويض الاختصاص إجراء هيكلية جدية لتوزيع الاختصاصات بين المسؤولين بالجماعة الترابية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - DELVIGNE J.P et Coll, La délégation de pouvoirs, MEDEF, Décembre 2004, P. 5

متاح على الرابط:

[http://www.ssa974.com/IMG/pdf/la\\_delegation\\_de\\_pouvoir\\_vademecum.pdf](http://www.ssa974.com/IMG/pdf/la_delegation_de_pouvoir_vademecum.pdf)

تاريخ الاطلاع: يوم الثلاثاء 13 يونيو 2017 على الساعة 16:00.

أنظر أيضا المقال المعنون : Délégation de pouvoir en droit administratif متاح على الرابط :

[http://fr.jurispedia.org/index.php/D%C3%A9l%C3%A9gation\\_de\\_pouvoir\\_en\\_droit\\_administratif\\_\(f\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/D%C3%A9l%C3%A9gation_de_pouvoir_en_droit_administratif_(f))

تاريخ الاطلاع : يوم الاثنين 12 يونيو 2017 على الساعة 16:00.

<sup>2</sup> - TUSSEAU G, Le juge administratif et la délégation du pouvoir de suspension d'un fonctionnaire, Op Cit, P.6.

أنظر أيضا قرارات مجلس الدولة الفرنسي التالية المشار إليها في المرجع السابق:

- C.E. 19 juin 1946 Syndicat des industries des corps gras alimentaires et dérivés et Société Toy-Riont, p.170.

- C.E. Sect. 5 mai 1950, Sieur Buisson, p. 258.

- C.E. Sect. 20 mai 1966, Centre national du commerce extérieur, p. 341, R.D.P. 1966, p. 765 note M. Waline.

- Bernard A, concl. sur C.E. 30 juin 1961, Procureur général de la Cour des Comptes c/ sieur Mazer, R.D.P. 1961, p. 845, spéc. pp. 860-86.

<sup>3</sup> - ROUSSET .M et ROUSSET .O, Droit administratif I : l'action administrative, 2ème éd, Presses Universitaires de Grenoble, 2004, P 147.

<sup>4</sup> - مازن ليوراضي، الوجيز في القانون الإداري، 2008، ص 19.

متاح على الرابط :

[http://www.bibliotdroit.com/2015/12/blog-post\\_66.html](http://www.bibliotdroit.com/2015/12/blog-post_66.html)

تاريخ الاطلاع الاثنين 12 يونيو 2017 على الساعة 17:00.

<sup>5</sup> - Délégation de pouvoir en droit administratif, Op Cit.

<sup>6</sup> - أنظر المرجعين التاليين :

- Bernard A, Op Cit, P.6 و

- ROUSSET .M et ROUSSET .O, Op Cit P. 147.

إذن تفويض الإمضاء أو التوقيع لا يغير توزيع الاختصاصات، ويقتصر دوره على مجرد توقيع المفوض إليه أو إمضاءه على بعض القرارات الداخلة في اختصاص الأصيل، ولحسابه وتحت رقابته، فهو مجرد عمل مادي حيث يوقع المفوض إليه على وثيقة يفترض أنه سبق إعدادها المختص الأصيل<sup>1</sup>.

ويتميز تفويض التوقيع بالخصائص التالية<sup>2</sup> :

- ❖ يجب أن ينطلق من قاعدة قانونية.
  - ❖ لا يسمح للسلطة المفوض لها التوقيع على القرارات المسندة إليها إلا بحكم التفويض.
  - ❖ وبما أن هذا التفويض مستمد من شخص فإن العمل به ينتهي تلقائياً متى تغير شخص المفوض أو المفوض له<sup>3</sup>.
  - ❖ وأخيراً يعتبر تفويض الإمضاء محدوداً في مداه حيث أنه يجوز للسلطة أن تفوض إمضاءها بالنسبة لجميع القرارات المتعلقة بالمصالح الراجعة لاختصاصها باستثناء المراسيم والقرارات التنظيمية.
- وتجدر الإشارة أن الاختصاص يعتبر من الشروط الجوهرية لصحة القرارات وإذا تخالف هذا الشرط يعتبر القرار باطلاً.

وفي جميع الأحوال فإن عيب عدم الاختصاص يعتبر من العيوب المتعلقة بالنظام العام لكل ما يترتب على هذا التعلق من نتائج،

وبخاصة من حيث جواز الدفع به في أية مرحلة كانت عليه الدعوى، أو من حيث جواز إثارته تلقائياً من طرف المحكمة.

**المطلب الثاني : الآثار القانونية للتفويض الاختصاص :**

**أولاً : الآثار القانونية للتفويض الاختصاص :**

يترتب على هذا النوع من التفويض عدة آثار قانونية يمكن إجمالها فيما يلي:

- نقل الاختصاص من المفوض إلى المفوض إليه بحيث يمنع على صاحب الاختصاص الأصيل ممارسة الاختصاصات التي تم تفويضها، فلا يمكنه مطلقاً مباشرة هذا الاختصاص إلا بعد إلغاء قرار التفويض<sup>4</sup>. وقد حرصت بعض التشريعات على النص على ذلك صراحة مثل القانون الكويتي حيث تم النص على ما يلي : "يصدر التفويض

<sup>1</sup> -ROUSSET .M et ROUSSET .O, Op Cit P. 147.

<sup>2</sup> -Ibid P.147.

<sup>3</sup> - TIFINE Pierre, Droit administratif français, 2 Ed, Septembre 2015, quatrième partie, chapitre 1

نسخة رقمية لهذا المرجع متوفرة على الرابط :

<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2013/09/11/droit-administratif-francais>

تاريخ الاطلاع يوم الأحد 11 يونيو 2017 على الساعة 17:30.

4 - SANGAY. G et TOUTAIN. A, La délégation de pouvoir et de signature dans les SDIS.

مقال متوفر على الرابط التالي :

<http://pnrs.ensosp.fr/Plateformes/PNJ/Fiches-Pratiques/Droit-administratif-general/La-delegation-de-pouvoir-et-de-signature-dans-les-SDIS/>

ويلغى بقرار كتابي من الجهة المفوضة ويبلغ إلى الجهة المفوض إليها . ولا يجوز للجهة التي عهدت ببعض اختصاصاتها إلى جهة أخرى وفقا للمواد السابقة مباشرة هذه الاختصاصات أثناء سريان التفويض.<sup>1</sup>

- لا تكون القرارات الصادرة بموجب التفويض في الاختصاص في ذات مرتبة القرارات الصادرة من المفوض إليه، ومعنى ذلك أن القرارات الصادرة بموجب التفويض في الاختصاص تأخذ مرتبة القرارات الصادرة عن المفوض إليه وليس المفوض<sup>1</sup>.

- لا يقوم التفويض في الاختصاص على أساس العلاقة الشخصية ذلك أنه يتسم بصفة الموضوعية، وعلى هذا الأساس فإن هذا النوع من التفويض يظل مستمرا وقائما ولا يتغير بتغيير الأشخاص مادام هذا التفويض ساري المفعول<sup>2</sup>. لذا فإن المنطق يقتضي عدم الإشارة في قرارات التفويض إلى الأسماء الشخصية والعائلية لطرفي التفويض<sup>3</sup>.

وقد عملت مصالح وزارة الداخلية على احترام هذه المبادئ في قرارات التفويض الصادرة بالجريدة الرسمية عدد 5099 بتاريخ 14-4-2003 المتعلقة بتفويض الاختصاص في مجال الوصاية إلى السادة الولاة والعمال .

#### ثانيا: الآثار القانونية لتفويض التوقيع أو الإمضاء<sup>4</sup>

تترتب على هذا النوع من التفويض آثار مختلفة عن تلك المترتبة عن تفويض الاختصاص أو السلط ، وهكذا:

- لا يؤدي التفويض في التوقيع إلى نقل في الاختصاص إلى المفوض إليه ذلك أن هذا الأخير يباشر الاختصاصات المفوضة باسم ولحساب المفوض ومعنى ذلك أن المفوض يستطيع مباشرة الاختصاص في المهام المفوضة.

- إن تفويض التوقيع يقوم على الاعتبار الشخصي وليس الموضوعي ذلك أن كل تغيير في شخص المفوض إليه أو المفوض يؤدي حتما إلى إيقاف العمل بهذا التفويض.

يلاحظ في الممارسة العملية فيما يخص العمل الجماعي عدم احترام هذه القاعدة، ذلك أن المفوض إليهم يستمرون في مواصلة مهامهم رغم شغور منصب الرئاسة لأي سبب من الأسباب كالوفاة أو الاستقالة أو إلغاء الانتخاب أو العزل... إلخ.

- إن العمل الصادر من المفوض إليه يعتبر صادرا من الأصيل نفسه، والقرارات الصادرة بموجبه تتخذ مرتبة القرارات الصادرة من الأصيل. وهذا المبدأ كرسه الاجتهاد القضائي المغربي في حكم مشهور للغرفة الإدارية في قضية مزرعة عبد العزيز حيث جاء منطوق هذا الحكم كالتالي :

<sup>1</sup> - Conseil d'État français 28 juin 1957 *Société X*: *Revue de droit public* 1957 p. 1072 ;

Règle : la décision prise par un préfet en vertu d'une délégation de pouvoir d'un Ministre est un arrêté préfectoral.

أنظر أيضا :

- TIFINE Pierre, Op Cit. 4<sup>ème</sup> partie, Chap 1.

<sup>2</sup> - Ibid.

<sup>3</sup> - ROUSSET .M et ROUSSET .O, Op Cit P. 147.

<sup>4</sup> - أنظر على سبيل المثال :

- RICCI .J. C, Droit Administratif, 4<sup>e</sup> Ed,2004, P 63-64.

"وحيث إن المقررات الممضاة من المناب لديه بناء على مجرد تفويض للإمضاء أو بأمر من المنيب طبقا للقانون تعد صادرة من السلطة المنببة نفسها وحيث إن المرسوم الملكي المطلوب إلغاؤه والصادر بناء على المرسوم الملكي بإعلان حالة الاستثناء ، والمضى من طرف الوزير الأول السابق الدكتور محمد بن هيمة بأمر من جلالة الملك ، يعد صادرا عن جلالته".

- إن ممارسة المهام من قبل المفوض إليه تتم تحت مراقبة ومسؤولية المفوض وأي تقصير في هذا الصدد يتحمل تبعاته حيث يمكن لسلطة الوصاية أن تتخذ إجراء تأديبا في حق رئيس المجلس في حالة ثبوت تقصيره. ومن التطبيقات العملية لهذا المبدأ قرار توقيف رئيس مجلس بلدية يعقوب المنصور بولاية الرباط المنشور بالجريدة الرسمية عدد 48010 بتاريخ 6 يوليو 2000 (الصفحة 1970) حيث جاء في حيثياته ما يلي:

"وزير الداخلية

بناء على مقتضيات الظهير الشريف رقم 1.76.583 المؤرخ في 5 شوال 1396 (30 سبتمبر 1976) المعتبر بمثابة قانون يتعلق بالتنظيم الجماعي وخاصة الفصل الثامن منه ؛

وبعد الاطلاع على تقرير السلطة الإقليمية بخصوص سوء استغلال بعض المستشارين للتفويضات المسندة لهم من قبل رئيس المجلس للقيام بأعمال مخالفة للقانون ؛

وحيث إن رئيس المجلس رغم إشعاره بالأفعال المنسوبة إلى المفوض إليهم فإنه لم يتحمل مسؤوليته في إلغاء هذا التفويض في الوقت المناسب ؛

وحيث إن التفويض في ميدان التوقيع لا يجرر المفوض من مسؤولية الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها المفوض إليهم ؛ ونظرا للإيضاحات غير المقنعة التي أدلى بها رئيس المجلس بعد استفساره طبقا للقانون ،

قرر ما يلي :

المادة الأولى :

يوقف السيد الحسين الكرومي رئيس مجلس جماعة يعقوب المنصور عن مزاولة مهامه لمدة شهر .

المادة الثانية :

يسند إلى السيد والي جهة الرباط -سلا - زمور - زعير وعامل عمالة الرباط تنفيذ هذا القرار الذي يسري مفعوله ابتداء من تاريخ تبليغه إلى المعني بالأمر "

المطلب الثالث : إنهاء التفويض :

ينتهي التفويض بطريقتين إما بإرادة المفوض أو بحكم القانون.

أولاً: إنهاء التفويض بإرادة المفوض<sup>1</sup>:

يمكن أن ينتهي التفويض بناء على إرادة المفوض، ويتم ذلك باتخاذ قرارا يتم بموجبه إلغاء هذا التفويض ابتداء من التاريخ المحدد. فالمفوض بناء على سلطته التقديرية، قد يرى أن الشخص المفوض إليه غير مؤهل للقيام بالمسؤوليات المفوضة إليه، أو أن الأسباب التي حدثت به إلى هذا التفويض قد تغيرت أو تبين أن هذا التفويض هو أجدر بشخص آخر تتوفر فيه مواصفات الكفاءة والخبرة والمهنية أو لأي سبب آخر. وأي طعن قضائي في قرار سحب التفويض لن يكون مجدياً وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي والمغربي.

ومن أمثلة ذلك نورد حكماً للمحكمة الإدارية بنيس بتاريخ 25 فبراير 1977:

( Considérant qu'il résulte des dispositions ci-dessus reproduites qu'il appartient au maire, dont la responsabilité personnelle se trouve engagée par les actes de ses adjoints ou conseillers délégués, et sous réserve qu'il respecte le droit de priorité des adjoints sur les conseillers, de retirer à tout moment, et sans avoir à motiver sa décision, les délégations de fonctions qu'il a pu précédemment accorder; que, dès lors, le tribunal ne saurait exercer, sur ces décisions de retrait de délégation, qu'un contrôle restreint excluant tant l'appréciation de l'opportunité desdites décisions que la qualification juridique des faits les ayant motivées; Considérant que, quels qu'aient pu être les mobiles qui ont inspiré la décision du maire de Nice de retirer ses délégations au sieur Tonietti, il ne ressort pas des pièces versées au dossier que cette décision serait entachée d'une erreur de droit ou de fait, d'un détournement de pouvoir ou d'une erreur manifeste d'appréciation ).J

( Trib. adm. Nice, 25 février 1977, Tonietti c. Maire de Nice.. )<sup>2</sup>

ثانياً: إنهاء التفويض بحكم القانون :

يمكن أن ينتهي التفويض أيضاً بحكم القانون وذلك عندما يتعلق الأمر بتفويض التوقيع. فإذا فقد رئيس المجلس هذه الصفة لأي سبب من الأسباب كالاستقالة أو الإقالة أو العزل أو الإلغاء النهائي للانتخاب فإن قرار التفويض يصبح لاغياً بحكم القانون ويتعين على المفوض إليه التوقف فوراً عن ممارسة المهام المفوضة له تحت طائلة بطلان التصرفات القانونية الصادرة عنه.

ومعلوم أن التفويض في الاختصاص يظل قائماً وساري المفعول رغم انتهاء صفة الأصيل إلى أن يلغى عند الاقتضاء من المسؤول الجديد.

<sup>1</sup> - BECET J.M, Chronique de jurisprudence des collectivités locales, Revue Juridiques de l'Ouest, 1988, Vol 1, Num 4, P. 722.

<sup>2</sup> - تمت الإشارة إلى هذا الحكم في المرجع السابق الصفحة 722.



## المبحث الثالث : القواعد العامة التي تحكم التفويض :

إن التفويض لا ينتج آثاره القانونية إلا إذا توفرت الشروط الجوهرية التالية<sup>1</sup> :

-أولا : أن يستند إلى نص قانوني يميزه سواء تعلق الأمر بتفويض الاختصاص أو الإمضاء لأن المشرع قد يميز نوعا معينا من التفويض وقد يسمح بهما معا تاركا بذلك سلطة تقديرية لصاحب الاختصاص لكي يختار بين تفويض الإمضاء أو تفويض الاختصاص، علما أن الآثار القانونية تختلف حسب نوع التفويض كما سيتم شرحه لاحقا. ومعنى ذلك أنه لا تفويض إلا بنص لأن الأصل العام أن الاختصاص شخصي يباشر من قبل صاحبه بنفسه ولا يمكن التصرف بقواعد الاختصاص إلا إذا أجازها القانون، بمعنى أنه لا يمكن افتراض التفويض. وطبقا لهذا المبدأ فإن القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات قد نص (في المواد 102 و 103 و 236) على مقتضيات صريحة تسمح لرئيس المجلس أن يفوض بعض مهامه إلى نوابه أو إلى فئة معينة من الموظفين أو إلى رؤساء المقاطعات وفي المقابل فإنه لم ينص على أية مقتضيات تجيز لرئيس المجلس أن يفوض بعض مهامه إلى المجلس. كما أن المجلس الجماعي لا يمكنه أن يفوض أيضا بعض اختصاصاته إلى رئيس المجلس الجماعي.

تجدر الإشارة في هذا الإطار أن تداول المجلس في مسألة يختص بها الرئيس يعتبر خرقا لقواعد الاختصاص ويترتب عليه بطلان المقرر المتخذ، ومن الأمثلة العملية على ذلك نورد المقرر التالي: " قرر المجلس القروي لجماعة أولاد ميمون (بعمالة زواغة مولاي يعقوب) المجتمع في إطار دورته العادية لشهر فبراير 1999 المنعقدة بتاريخ 9 مارس من نفس السنة الموافقة بالإجماع على تفويض مهام ضابط الحالة المدنية وتصحيح الإمضاء والنسخ المطابقة للأصل للسيد التهامي عزفار و محمد التابي."

-ثانيا : يجب أن يكون التفويض جزئيا بحيث لا يشمل كل الاختصاصات المسندة للأصيل<sup>2</sup>، وعليه فإن التفويض الشامل الذي يستغرق اختصاصات الرئيس جميعها غير جائز لأنه بمثابة تنازل عن الاختصاص وتخلي عن المسؤوليات المنوطة بالرئيس بمقتضى القانون ومس بإرادة الأغلبية التي انتخبته.

-ثالثا : أن يصدر قرار التفويض قبل البدء في ممارسة الاختصاصات المفوضة وإلا تطبق على المخالف مقتضيات المادة 64 من القانون التنظيمي الجديد المتعلق بالجماعات.

-رابعا : يجب أن يكون التفويض مكتوبا، ذلك أنه لا يعتد بالتفويض الشفوي وإلا اعتبرت التصرفات الصادرة عن المفوض إليه غير مشروعة. والغاية من النص على أن يكون قرار التفويض مكتوبا هو تحديد المسؤولية في حالة المنازعة حول الصلاحيات التي تم تفويضها، ففي هذه الحالة يمكن للإدارة الوصية أو للقضاء الإداري أو الزجري أن يتأكد بسهولة من وجود أو عدم وجود قرار التفويض.

<sup>1</sup> - مازن ليوراضي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 19.  
أنظر أيضا :

- Tusseau G, Le juge administratif et la délégation du pouvoir de suspension d'un fonctionnaire, Op Cit, P.5 ;

- TIFINE Pierre, Op Cit. 4<sup>ème</sup> partie, chap 1.

-Conseil d'État français 30 juin 1961 *Procureur général de la Cour des comptes* op cit.

<sup>2</sup> - Conseil d'État français 13 mai 1949 *Couvrat*: Dalloz 1950 p. 77.

- خامسا : يجب أن يتضمن قرار التفويض المهام المفوضة أي تحديد مجال التفويض بأكبر ما يمكن من الدقة وذلك لتحديد المسؤوليات ولاحترام قواعد الاختصاص.

- سادسا : يجب أن يكون التفويض شخصا عندما يتعلق الأمر بتفويض التوقيع أي أن يحدد في صلب قرار التفويض الاسم الشخصي والعائلي للمفوض إليه وصفته بالجلس وبهذه الوسيلة يمكن معرفة بسهولة ما إذا كان رئيس المجلس قد احترم قاعدة حصر التفويض على من لهم الحق فيه.

- سابعا : لا يجوز التفويض إلا لمن سمح لهم المشرع بذلك فمن المقتضيات التي جاء بها القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات (كما كان منصوصا عليه في الميثاق الجماعي السابق) حصر مجال التفويض على نواب الرئيس فقط بحيث يمنع منعاً كلياً على عضو المجلس أن يعهد إليه بالتفويض اعتباراً للسلبات التي أفرزتها الممارسة في هذا الصدد حيث ثبت في بعض الحالات أن التفويض يكون موضوع مساومات تضر بالمصلحة العامة.

ويملك رئيس المجلس سلطة تقديرية في اختيار من يراه مؤهلاً لممارسة المهام المفوضة دون أن يكون ملزماً باحترام مسألة ترتيب النواب والذين يتراوح عددهم بين ثلاثة 3 و عشرة (10) حسب ما تنص عليه مقتضيات المادة السادسة عشر (16) من القانون التنظيمي الجديد المتعلق بالجماعات.

ثامنا : لا يسمح بالتفويض إلا في الموضوعات التي يسمح بتفويضها<sup>1</sup> فالأصل أن يترك المشرع سلطة تقديرية واسعة لرئيس المجلس في أن يفوض في أي مجال يختص به، غير أنه يمكن من الناحية النظرية أن يمنع تفويض اختصاص معين لاعتبارات تقتضيها المصلحة العامة.

تاسعا : لا يجوز تفويض السلطات المفوضة (ce qui a été délégué ne peut l'être)<sup>2</sup> : فمن المبادئ المستقرة في القانون الإداري عدم جواز التفويض في السلطات المفوضة، لأن المفوض إليه عندما يفوض الصلاحيات المفوضة له يخرق قاعدة الاختصاص التي يترتب عليها البطلان المطلق.

عاشرا: يجب نشر قرار التفويض<sup>3</sup> وهي عملية مادية ملحقة بإصداره وإجراء يمكن العلنية والإشهار لكل من يهمه الأمر. ويتحقق ذلك بتعليق قرار التفويض بمقر الجماعة وبجميع المكاتب الملحقة بها أو نشره أو تبليغه إلى العموم بجميع الوسائل الملائمة.

<sup>1</sup> PELLETIER Gaston, La délégation d'une fonction ou d'un pouvoir administratif, P.6

متاح على الرابط : <http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/bl/a0/ladelegationdunefonctionoudunpouvoiradministratif.pdf>

تاريخ الاطلاع يوم الأحد 11 يونيو 2017 على الساعة 13:00.

<sup>2</sup> - PELLETIER Gaston, op cit, P. 3.

<sup>3</sup> - Conseil d'État français 27 avril 1987 Société Mercure-Paris Étoile : Actualité juridique de droit administratif 1987 p. 527.

## المبحث الرابع : أركان قرار التفويض<sup>1</sup> :

باعتباره قرارا إداريا<sup>2</sup> فلقيام قرار التفويض وصحته من الضروري على الأقل توفر خمسة أركان أو عناصر متصلة بالاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية، حيث يعتبر عنصر الاختصاص والشكل من الأركان الخارجية، أي المتصلة بالجانب الخارجي للقرار، فيما يعد كل من السبب والمحل والغاية من الأركان الداخلية المرتبطة بجوهر قرار التفويض.

### المطلب الأول : الأركان الخارجية لضمان شرعية قرار التفويض :

يعتبر الشكل والاختصاص الذي يتم وفقه التعبير عن إرادة المفوض من العناصر الأساسية المتعلقة بأركان القرار الخارجية، وفيهما يتم ترجمة مشروعية القرار الخارجية.

### أولا : الاختصاص *La compétence* :

تقوم فكرة الاختصاص على أساس صدور قرار التفويض من الشخص المختص قانونيا بإصداره لا من أي شخص آخر، وذلك طبقا لمبدأ التخصص. وعلى ذلك فإن القانون يعترض باختصاصات معينة لرؤساء المجالس الجماعية، داخل دائرة ترابية معينة ولفترة محددة وهذا التحديد في صالح الجماعة الترابية، وهو أيضا لخير الأفراد، فاضطلاع رئيس المجلس الجماعي بعدة اختصاصات محددة بشكل دقيق يزيد من أهمية العمل الذي يقوم كما يضع على عاتقه عدة مسؤوليات يتوجب عليه توفير كافة الإمكانيات (بشرية ومادية) للقيام بها على أحسن وجه. ويمكن تحديد فكرة الاختصاص بالعناصر التالية :

أ- عنصر شخصي يتعلق بتحديد الشخص (أو الأشخاص) الذي يختص بإصدار قرار التفويض.

ب- عنصر زمني يتعلق بزمان إصدار قرار التفويض وزمان سريانه.

ج- عنصر مكاني يتعلق بالنطاق الإقليمي الذي تنطبق فيه قرار التفويض.

### أ- العنصر الشخصي في تحديد الاختصاص :

القاعدة أن يتم تحديد الاختصاص بقانون أو بناء على قانون، وعلى المسؤول المنوط به إصدار القرار الإداري أن يلتزم حدود الاختصاص المرسوم له، والغالب أن ينص القانون صراحة على المسؤول الجماعي الذي يملك ممارسة الاختصاص. وإذا كان من الواجب على كل سلطة إدارية أن تمارس الاختصاص للمسند إليها فإن هذا المبدأ ينبغي مع ذلك أن يترك المجال أمام الضروريات العملية التي تسمح لبعض السلطات بالتخلي عن جزء من المهام الموكول إليها أمر الاضطلاع بها وذلك عن طريق التفويض مع العلم أن التفويض باعتباره استثناء من مبدأ الممارسة

<sup>1</sup> - ROUSSET .M et ROUSSET .O, Op Cit P. 144-155.

- RICCI .J.C, Op Cit, P. 59-65.

وأبضا

- مازن ليوراضي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 51.

<sup>2</sup> - يعرف الفقه القرار الإداري على أنه "عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة"

أنظر: محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2012، ص 525.

الشخصية للاختصاص يجب أن يكون مقرا. والتفويض نوعان تفويض الاختصاص وتفويض الإمضاء كما تمت الإشارة إلى ذلك سالفًا.

#### ب- العنصر الزمني في تحديد الاختصاص :

مبدئيًا لا يمكن للسلطة الإدارية أن تتخذ قرار إلا خلال المدة التي تزاوّل فيها عملها الشيء الذي يمنع معه على سبيل المثال اتخاذ قرارات سابقة لأوانها أو قرارات ذات أثر رجعي أو خلال انتهاء مدة مهامها، لكنه في بعض المجالات يعتبر انقضاء المدة القانونية غير مؤدي لزوال الاختصاص بصفة نهائية.

#### ج- العنصر المكاني في تحديد الاختصاص :

يعتبر مفهوم هذا الاختصاص واضحًا للغاية حيث أن السلطات الإدارية تمارس اختصاصاتها في إطار جهوي أو ترابي معين، وهكذا نجد أن السلطات الحكومية تتمتع باختصاص على الصعيد الوطني بينما نجد أخرى كالعمال ورؤساء المصالح الخارجية ورؤساء الجماعات تمارس اختصاصها في دائرة محددة.

ويترتب عن تجاوز السلطة الإدارية، الرقعة الترابية المحددة لها بحكم القانون لممارسة اختصاصاتها بطلان قراراتها.

وفي هذا الإطار قضى المجلس الأعلى بإلغاء عدة قرارات لكونها صادرة عن جهة غير مختصة مكانيا ومن ذلك مثلا : قرار محمد بن عبد السلام الحاج الصديق ضد نائب الوزير الأول حيث قضى بإلغاء قرار عامل إقليم تازة لأنه لا يوجد أي نص يخول له اتخاذ قرار الأداء لمحصل بلدي.

وتبعا لكل ما سبق يمكن تعريف الاختصاص بأنه "السلطة أو الصلاحية التي يتمتع بها مصدر القرار في إصدار قراره في الحدود الموضوعية والمكانية والزمانية التي بينها القانون."

ومخالفة قاعدة الاختصاص في إصدار القرار الإداري تشكل عيبا مستقلا وقائما بذاته. يحق بمقتضاه للسلطة القضائية المختصة إثارته والبت فيه من تلقاء نفسها ولو لم يثره الخصوم لأن عيب الاختصاص هو العيب الوحيد المتصل بالنظام العام.

#### ثانيا : الشكل La Forme :

إذا كان القرار الإداري هو تعبير عن إرادة الإدارة الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني معين. فإن ذلك يجب أن يتم بالشكل الذي يتطلبه القانون. وتحدد الشكليات بالنصوص التشريعية والتنظيمية ويساهم القضاء بدوره في وضعها مستلزما للمبادئ العامة للقانون.

وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اختيار الشكل المناسب لقراراتها الإدارية فتكون مكتوبة أو شفوية. ماعدا في الحالات التي ينص فيها القانون على ضرورة إصدار بعض أنواع القرارات بشكل معين. كوجوب تعليل القرارات مثلا : قرارات توقيف أو حل مجالس الجماعات المحلية أو استشارة هيئة معينة قبل اتخاذ القرار، كما هو الشأن بالنسبة لبعض العقوبات الإدارية في حق الموظفين والتي لا يمكن اتخاذها إلا بعد استشارة اللجنة التأديبية. وفي مثل هذه الأحوال فإن إغفال الشكل الذي يتطلبه القانون يؤدي إلى وسم القرار بعيب الشكل وإمكان الطعن فيه وإبطاله بدعوى الشطط في استعمال السلطة وقد طبقت الغرفة الإدارية هذا المبدأ بمناسبة فصلها في مجموعة من القضايا التي

تهم تأديب الموظفين العموميين، وقد قرر القانون بنصوص صريحة حماية الأفراد افتراض صدور قرار من الإدارة بالرغم من طلب منها المواطنين شيئاً وامتنعت عن الرد مدة معينة (60 يوم كقاعدة) وعلى العكس فقد يعتبر القانون سكوت الإدارة بمثابة قبول وموافقة لما وجه إليها ومن هذا القبيل حالات المصادقة على بعض القرارات الجماعية.

### المطلب الثاني: الأركان الداخلية لضمان شرعية القرار الإداري :

تتمثل الأركان الداخلية للقرار الإداري في السبب والحل والغاية، وهي عناصر تظهر فيها السلطة التقديرية على خلاف الأركان الخارجية التي تكون في الغالب مقيدة ولا مجال للتقدير فيها.

#### أولاً: السبب **Le Motif** :

يعرف الدكتور سليمان محمد الطماوي السبب بأنه: "حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الإدارة ومستقلة عن إدارته، تتم فتوحى له بأنه يستطيع أن يتدخل وأن يتخذ قراراً ما. هذه الحالة الواقعية هي التي تجبر الإدارة عن اتخاذ قرارها والسبب يأخذ أحد المظهرين التاليين :

- إما أن يكون عملاً مادياً، مثلاً فيضان أو زلزال مهدد للنظام العام مما يستوجب تدخل الإدارة متخذة الإجراءات الضرورية لمنع انتشار الأمراض المعدية في حالة الكوارث الطبيعية وطبقاً للسلطة التقديرية الواسعة الإدارة، فإنها حرة في اعتمادها الطريقة التي تراها مناسبة وملائمة لمواجهة العمل المادي.

- وإما أن يكون عملاً قانونياً مثل تأديب موظف عمومي تأسيساً على سلطة الإدارة التقديرية الواسعة في تحديد ما إذا كان الفصل الصادر عن الموظف اختلالاً بالقواعد الوظيفية من عدمه بالاستناد مثلاً على مقتضيات القانونية لظهير 24 فبراير 1958 الخاص بالوظيفة العمومية.

واشترط السبب لكل عمل إداري قاعدة منطقية. وتمثل قيماً مهماً على الإدارة وضمانة مهمة لحماية الأفراد من تعسفات الإدارة، ذلك أنه إذا عملت الإدارة على إصدار قرار إداري غير مؤسس على سبب قانوني أو مادي. كان تصرفها خاطئاً في تطبيق القانون على الوقائع بعيد السبب وهو عمل غير مشروع يمكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بفاس والتي أكدت من خلاله على أن السبب الذي تعتمد عليه في تعليلها لقرارها يجب أن يكون سبباً صحيحاً ومعقولاً.

إن وقائع هذا الحكم تتلخص في كون التلميذة جلييلة المرابط قد تقدمت بدعوى أمام المحكمة بفاس تلتزم فيها إلغاء القرار الإداري القاضي بمنع إعادة تسجيلها بثانوية محمد القري بالبهليل بفاس، حيث ارتكز موقف الإدارة المعنية على أن اتخاذها للقرار المطعون فيه قد كانت وراءه أسباب أملت اعتبارات الأخلاق العامة السائدة داخل المؤسسات التي يتواجد فيها خاصة، الأطفال المراهقون... علاوة على اعتراض زوج التلميذة للحيلولة دون هذا التسجيل، وقد كان موقف المحكمة من هذه الأسباب موقفاً مغايراً، حيث صرحت بأن زوج التلميذة ليس من شأنه أن يسقط حقها في الانتفاع من خدمات مرفق التعليم الثانوي، كما أن تواجد هذا المرفق لا ينطوي على أي تأثير سلبي في الأخلاق العامة التي تضررت بها الإدارة. مما يجعل رفض إعادة تسجيل الطاعنة فيه مساساً بمبدأ المساواة في التعليم وغير مرتكز على سبب حقيقي صحيح ويتسم بالشطط في استعمال السلطة بمقتضى إلغاءه.

**ثانيا : المحل L'Objet :**

محل القرار الإداري هو موضوع القرار وهو الأثر القانوني الذي يترتب عليه حالا ومباشرة ويكون ذلك بالتغيير في المركز القانوني، سواء بالإلغاء أو بالتعديل أو الإلغاء.

- الإنشاء : كصدور قرار إداري يقضي بتعيين موظف في وظيفة معينة، فمحل ذلك القرار هو وضع ذلك الموظف في الجهة التي تم تعيينه فيها أو تخويله ممارسة مجموعة معينة من الاختصاصات يحددها القانون.

- بالتعديل : كصدور قرار إداري يقضي بترقية موظف في وظيفة معينة، فمحل ذلك القرار هو نقل ذلك الموظف من وظيفة معينة على درجة معينة إلى وظيفة أخرى على درجة أقل.

- بالإلغاء : كصدور قرار يقضي بفصل موظف من وظيفة معينة، فمحل ذلك القرار هو إلغاء العلاقة القانونية القائمة بين ذلك الموظف وبين جهة الإدارة، وكصدور قرار إداري يقضي بإغلاق أحد المحلات التجارية المقلقة للراحة العامة، فمحل ذلك القرار هو توقف نشاط ذلك المحل سواء بصفة دائمة أو مؤقتة حسب ما ينص عليه القرار.

وهكذا فمحل القرار هو جوهره بل أن الأركان الأخرى تعد فقط أركاناً مساعدة أو معونة لكي يخرج المحل إلى حيز الوجود في صورته القانونية السليمة.

ويشترط في المحل أن يكون متعينا أي يكون المحل قابلاً للتعيين مادام قد تضمن كافة العناصر اللازمة لتحديده كما يشترط أن يكون المحل ممكناً حيث ينبغي أن يكون تحقيق المحل في مقدور الإدارة، كما يشترط أن يكون الأثر القانوني للقرار الإداري جائزاً وقانونياً بحيث أن يحترم التدرج العام للقواعد القانونية من حيث سموها الواحدة تلو الأخرى فإذا صدر قرار إداري لا يراعي تلك القواعد اعتبر باطلاً أي أن المحل لا يقابله شرط على أن غير مخالفة القانون في القرار الإداري لا يترتب عليه في غالب الأحيان انعدام القرار بل عدم مشروعيته كما لو اشترط القانون شروط معينة في العامل لم تكن متوفرة في من صدر القرار بتعيينه : ففي هذه الحالة يكون القرار معيباً في محله ولكنه لا يكون منعماً، فمشروعية المحل شرط من شروط صحة القرار أما وجود المحل فهو ركن من أركان القرار.

**ثالثا : الغاية Le But :**

ويقصد بالغاية الهدف النهائي الذي يستهدف مصدر القرار الإداري تحقيقه من إصدار القرار. وعليه وعلى سبيل المثال تكون غاية القرار الإداري التي تتخذها السلطات المشرفة على المرافق العامة إشباع الحاجيات، وتقديم خدمات تحقيقاً للمصلحة العامة، فإذا استهدفت تحقيق ذاتي، أو مصلحة خاصة يصبح عملها اعتداءً مادياً قابلاً للإلغاء أمام القضاء الإداري.

ومفهوم المصلحة العامة لما كان غير محدد فإن المشرع يتدخل ليحدد للعاملين بالمرافق العامة الغاية التي عليهم تحقيقها بذاتها، فالبحث عن غيرها يؤدي إلى بطلان قراراتهم بموجب إساءة استعمال السلطة بمقتضى ما يسمى بمبدأ تخصيص الأهداف والغايات، والأصل أن تتمتع الأعمال الإدارية بحجة المشروعية والصحة إذ يفترض فيها جميعها السعي وراء تحقيق المصلحة العامة فكل عمل إداري يهدف إلى تحقيق غاية معينة والقرار الإداري ما هو إلا وسيلة لتحقيق هذه الغاية التي تكون دائماً مصلحة عامة أو منفعة عامة.

وخلاصة القول فإن توافر القرار الإداري على كل الأركان السابق ذكرها تضيء عليها صبغة الشرعية وتجعله قابلاً للنفذ ومحصناً من كل أشكال الطعن الإداري أو القضائي.

### المبحث الخامس: كرونولوجيا التفويض منذ الميثاق الجماعي لسنة 1976:

تتعدد الاختصاصات المخولة لرؤساء المجالس الجماعية وتتشعب الوظيفة الجماعية بين الإشراف على مصالح متنوعة، تقنية وإدارية، اجتماعية واقتصادية، على اعتبار أن رئيس المجلس الجماعي هو المسؤول الأول عن تنفيذ مقررات المجلس الجماعي وتسيير المصالح الجماعية، وممارسة الاختصاصات الذاتية التي خولها له القانون.

وقد خول القانون إمكانية تفويض بعض اختصاصاته لنوابه وفئة خاصة من الموظفين، من جهة على سبيل إشراكهم في تحمل مسؤولية تسيير الشؤون المحلية، ومن جهة أخرى حتى يتفرغ هو أكثر للمهام الإستراتيجية المتعلقة بالتنمية المحلية، الشيء الذي يمكن من ضمان مردودية أحسن وفعالية أكبر لسير مختلف المرافق الجماعية.

فبخلاف الميثاق الجماعي لسنة 1976 الذي خول رئيس المجلس الجماعي إمكانية تفويض اختصاصاته لمساعديه، وكذا للمستشارين الجماعيين، ونتيجة لما ترتب عنه من تداخل بين الجهاز التداولي والجهاز التنفيذي بسبب تدخل المستشارين الجماعيين في التسيير الإداري للمصالح الجماعية، حصر القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات وكذا القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي الصادر في 3 أكتوبر 2002 إمكانية التفويض من طرف رئيس المجلس الجماعي في مساعديه من النواب وفي بعض أصناف الموظفين الجماعيين وفي الكاتب العام دون باقي المنتخبين، وذلك لجعل الرئيس في منأى عن كل ضغط، كما منع على كل عضو أن يزاول، خارج دوره التداولي داخل المجلس أو اللجان التابعة له، المهام الإدارية الجماعية أو أن يوقع على الوثائق الإدارية أو يدير أو يتدخل في تدبير المصالح الجماعية، وذلك باستثناء الرئيس والنواب. ورتبت المادة 66 من القانون التنظيمي سالف الذكر (وتقابلها المادة 23 من الميثاق الجماعي السابق) على عدم احترام ذلك جزاء المتابعة القضائية والعزل على خلفية مزاوله مهام منظمة بدون صفة قانونية، إذ لا يعقل أن يصبح التفويض وسيلة لترضية طموحات شخصية لبعض الأعضاء أو لكسب الأصوات عند عملية تجديد مكتب المجلس الجماعي على حساب المصلحة العامة، كما لا يعقل أن يصبح التفويض وسيلة تعطي الحق لعضو خارج المكتب لتدبير المصالح الجماعية، وكأن الجماعة لا تتوفر على موظفين جماعيين ربما لهم من الكفاءة والدراية ما لا يتوفر عليه بعض المستشارين الجماعيين، خاصة عندما يتعلق الأمر بالكاتب العام للجماعة ورؤساء الأقسام والمصالح.

وبعدما لوحظ أن التفويضات التي تمت في إطار قانون 78.00 قد شابهها كذلك العديد من الاختلالات الشكلية والجوهرية - إذ كان رئيس المجلس الجماعي إما ينفرد بجميع الاختصاصات دون أن يفوض بعضها إلى نوابه أو يفوض جزءاً كبيراً منها إلى نائب واحد دون إشراك باقي النواب، مما ينعكس سلباً على تدبير الشأن المحلي ويضر بمصالح المواطنين، خصوصاً في الحالة التي يتغيب فيها الرئيس أو النائب المفوض إليه بشكل متوال - صدر القانون رقم 17.08 بتاريخ 18 فبراير 2009 وعمل على تحديد دقيق لمجالات التفويض في المهام والتفويض في التوقيع، حيث نصت المادة 55 منه على أنه يجوز لرئيس المجلس الجماعي أن يفوض، بقرار، بعض مهامه إلى نوابه شريطة أن ينحصر التفويض في قطاع محدد لكل نائب باستثناء التفويض المتعلق بالتسيير الإداري؛ كما يجوز له، تحت مسؤوليته ومراقبته، أن يفوض إمضاءه، بقرار، إلى الكاتب العام للجماعة في مجال التسيير الإداري، وكذا إلى رؤساء الأقسام والمصالح

الجماعية، وأن قرارات التفويض المتخذة خرقاً لهذه المادة تعتبر باطلة ويصدر الإبطال بشأنها بقرار معلل من الوالي. وسلك المشرع نفس المنحى في القانون التنظيمي رقم 113.14، خاصة المادة 103 مع تغيير جذري في مجال التفويض في الإمضاء.

فالمؤخذ على القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات والميثاق الجماعي السابق المغير والمتمم بموجب القانون رقم 17.08 هو احتفاظهما بصيغة عدم إلزامية التفويض (بنوعيه) باستعماله للفظي "يجوز" و"يمكن" في المواد 102، 103 و236 من القانون التنظيمي والمواد 51 و55 و106 من الميثاق الجماعي التي تطرقت لمسألة التفويض.

يلاحظ كذلك أن المشرع احتفظ في القانون التنظيمي الجديد (المادة 109) وكذا بالميثاق الجماعي السابق (المادة 56) بالفصل 52 من الميثاق الجماعي لسنة 1976 والذي ينص، بعدما أدخلت عليه بعض التعديلات، على أنه إذا تغيب الرئيس أو عاقه عائق لمدة طويلة من شأنها أن تلحق ضرراً بسير الجماعة أو بمصلحتها، فإنه يخلفه مؤقتاً في جميع مهامه أحد النواب حسب الترتيب في التعيين؛ وفي حالة عدم وجود نائب، يخلف الرئيس مستشاراً جماعياً يختاره المجلس حسب ترتيب محدد.

فما المقصود بعبارة غياب رئيس المجلس الجماعي، وما هي المعايير التي يمكن اعتمادها في تحديد حالة الغياب؟ وما هي الجهة المؤهلة لتقدير ذلك؟

والجدير بالذكر أن القانون التنظيمي الجديد قد حدد مدة الغياب عندما ربطها بمدة زمنية محددة (تفوق شهراً) وذلك بعد أن كان الميثاق الجماعي يستعمل مصطلحاً فضفاضاً - مدة طويلة - كان يصعب معه في الواقع تطبيق النص لصعوبة تحديد مدة الغياب الطويلة وكذا صعوبة تقييم الضرر الحاصل للجماعة جراء هذا الغياب. ورغم تحديد مدة الغياب تبقى الصعوبة في تحديد مفهوم الغياب، هل يقصد به الغياب العضوي أم الوظيفي.

أما فيما يتعلق بمسألة الحلول في الاختصاص وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 109 من القانون التنظيمي الجديد، التي نصت على أنه "إذا تغيب الرئيس أو عاقه عائق لمدة تفوق شهراً، خلفه مؤقتاً، بحكم القانون، في جميع صلاحياته أحد نوابه حسب الترتيب، أو في حالة عدم وجود نائب، عضو من المجلس يختار حسب الترتيب التالي: 1. أقدم تاريخ للانتخاب؛ 2. كبر السن عند التساوي في الأقدمية"، نجد أن هذا الحل لا يتعلق فقط بتفويض بعض المسائل التديرية إلى المستشار الجماعي، بل إن هذا الأخير تصبح له إمكانية خلافة الرئيس في مهامه الأصلية المستمدة من النصوص القانونية، وممارسة اختصاصاته سواء تعلق الأمر بالمهام التنفيذية أو تمثيل الجماعة في جميع أعمال الحياة المدنية والإدارية والقضائية أو تلك المتعلقة بالشرطة الإدارية، وفي جميع مجالاتها، سواء كانت أعمالاً قانونية أو مادية، مع الإشارة إلى أن الحل لا يعني إطلاقاً حق النائب في ممارسة كل أعمال الرئيس، بل من المفترض أن يتولى ممارسة المهام المستعجلة التي لا تحمل التأخير والتي ليست محل تفويض، لما قد يترتب عن ذلك من إضرار بمصالح المواطنين.

وهناك أيضاً حالة تدعو إلى التساؤل وهي التي يمنح فيها حق الحلول محل رئيس المجلس الجماعي لمستشار جماعي من غير النواب (عند عدم وجودهم). فكيف سيقوم هذا المستشار بمهمة خلافة رئيس الجماعة على أحسن وجه والقانون لم يخوله إمكانية اكتساب التجربة في هذا المجال بعدما تم حصر التفويض في النواب والموظفين الجماعيين، بمعنى كيف سينجح في مهمة خلافة رئيس الجماعة وهو لم يكتسب التجربة عن طريق التفويض بعدما تم استثناءه منه بسبب المشاكل التي أثارها في ظل الميثاق الجماعي لسنة 1976؟



## المبحث السادس : السند القانوني للتفويض بالجماعات الترابية :

إن ممارسة التفويض لا يمكن أن يتم إلا بناء على وجود نص يجيزه<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن المغرب لا تتوفر على نص قانوني شامل ينظم أحكام التفويض بكل أنواعه<sup>2</sup> وضوابطه وآثاره القانونية بكيفية دقيقة على خلاف بعض التشريعات المقارنة خاصة في الدول العربية، ولعل الحكمة في ذلك أن القواعد التي تحكم التفويض تعتبر من المبادئ العامة للقانون الإداري، وحتى لو تم وضع نص خاص به فإنه لا يمكن إلا أن يكرس هذه المبادئ العامة.

وتبقى القوانين التنظيمية<sup>3</sup> للجهات والعمالات والأقاليم والجماعات النصوص الوحيدة، التي تنص بعض موادها على القواعد العامة التي تقن وتضبط التفويض حيث سعى المشرع من خلال ذلك تجاوز الإشكاليات التي كان يطرحها التضارب بين المهام التداولية والمهام التنفيذية، وعليه فقد تم بموجب هذه المستجدات حصر التفويض في المهام على مساعدي (نواب) الرئيس دون باقي المستشارين مع فتح إمكانية التفويض للكاتب العام للجماعة ورؤساء الأقسام والمصالح في مجال الإشهاد على صحة الإمضاء ومطابقة نسخ الوثائق لأصولها وفي مجال أعمال التدبير الإداري الداخلي.

سوف تقتصر هذه الدراسة على مقتضيات القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات. وعليه، لوحظ، من خلال تفحص مواد هذا القانون التنظيمي، أن المشرع أطر التفويض في مجموعة من المواد نوردها كما يلي :

### أولا : المادة 102 التي نصت على ما يلي :

"يعتبر رئيس مجلس الجماعة ضابطا للحالة المدنية. ويمكنه تفويض هذه المهمة إلى النواب كما يمكنه تفويضها أيضا للموظفين الجماعيين طبقا لأحكام القانون المتعلق بالحالة المدنية.

يقوم، طبق الشروط المنصوص عليها في القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، بالإشهاد على صحة الإمضاء ومطابقة نسخ الوثائق لأصولها. ويمكنه تفويض هذه المهام إلى النواب وإلى المدير العام أو المدير، حسب الحالة، ورؤساء الأقسام والمصالح بإدارة الجماعة " وهي نفس الصيغة التي كانت معتمدة تقريبا في المادة 51 من القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي السابق كما تم تغييره وتتميمه، حيث كانت تنص على ما يلي :

"يعتبر رئيس المجلس الجماعي ضابطا للحالة المدنية. ويمكنه تفويض هذه المهمة إلى النواب كما يمكنه تفويضها أيضا للموظفين الجماعيين طبقا لأحكام القانون المتعلق بالحالة المدنية.

<sup>1</sup> - Conseil d'État français 30 juin 1961 *Procureur général de la Cour des comptes: Revue de droit public* 1961, p. 845.

<sup>2</sup> يمكن الإشارة إلى أنه، على صعيد الحكومة، تم إصدار العديد من المراسيم التي تنظم تفويض إمضاء الوزراء وعلى سبيل المثال المرسوم رقم 2-05-768 صادر في 30 من شوال 1429 (30 أكتوبر 2008) في شأن تفويض إمضاء الوزراء وكتاب الدولة ونواب كتاب الدولة (ج. ر. عدد 5688 بتاريخ 5 ذو الحجة 1429 - 4 ديسمبر 2008).

<sup>3</sup> القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات والقانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم والقانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

يقوم، طبق الشروط المنصوص عليها في القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، بالإشهاد على صحة الإمضاء ومطابقة نسخ الوثائق لأصولها. ويمكنه تفويض هذه المهام الأخيرة إلى النواب وإلى الكاتب العام للجماعة ورؤساء الأقسام والمصالح بالجماعة المعينين طبقاً للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل» أما صيغة ظهير سنة 1976 فكانت تحصر التفويض في مجال الحالة المدنية لكون اختصاص الإشهاد على صحة الإمضاء ومطابقة نسخ الوثائق لأصولها كان أصلاً غير محول لرئيس الجماعة<sup>1</sup>.

**ثانياً: المادة 103 التي أطر التفويض في الإمضاء والتفويض في المهام، حيث نصت على ما يلي :**

"يجوز لرئيس المجلس تحت مسؤوليته ومراقبته أن يفوض إمضاءه بقرار إلى نوابه باستثناء التسيير الإداري والأمر بالصرف. ويجوز له أيضاً أن يفوض لنوابه بقرار بعض صلاحياته شريطة أن ينحصر التفويض في قطاع محدد لكل نائب، وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون التنظيمي."

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 55 من الميثاق الجماعي التي كانت تقابل المادة 103 نجدها كانت تنص على ما يلي :  
"يجوز لرئيس المجلس الجماعي أن يفوض بقرار بعض مهامه إلى نوابه شريطة أن ينحصر التفويض في قطاع محدد لكل نائب باستثناء التفويض المتعلق بالتسيير الإداري المنصوص عليه في الفقرة الموالية. يجوز له تحت مسؤوليته ومراقبته، أن يفوض إمضاءه بقرار إلى الكاتب العام للجماعة في مجال التسيير الإداري وكذا إلى رؤساء الأقسام والمصالح الجماعية المعينين طبقاً للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل. تعلق هذه القرارات بمقر الجماعة وبجميع المكاتب الملحقة بها، وتنشر أو تبلغ إلى العموم بجميع الوسائل الملائمة".

وتجدر الإشارة أن المادة 55 سألغة الذكر عرفت، كما تمت الإشارة إلى ذلك سابقاً، تعديلاً سنة 2009 بموجب القانون رقم 17.08، حيث إن الصيغة السابقة كانت تنص على ما يلي: "يجوز لرئيس المجلس أن يفوض بقرار بعض مهامه إلى واحد أو أكثر من النواب. يجوز له، تحت مسؤوليته ومراقبته، أن يفوض إمضاءه بقرار إلى الكاتب العام للجماعة في مجال التسيير الإداري وكذا إلى رؤساء الأقسام والمصالح الجماعية المعينين طبقاً للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل. تعلق هذه القرارات بمقر الجماعة وبجميع المكاتب الملحقة بها، وتنشر أو تبلغ إلى العموم بجميع الوسائل الملائمة."

1- صيغة الفصل 45 من الظهير الشريف رقم 1.76.583 بتاريخ 5 شوال 1396 (30 سبتمبر 1976) المعترف بمثابة قانون يتعلق بالتنظيم الجماعي

"يعهد بمهام ضابط الحالة المدنية إلى رؤساء المجالس الجماعية وإذا تغيبوا أو عاقهم عائق بموجب أمر خاص إلى مساعديهم. ويجوز لهؤلاء الرؤساء أن يفوضوا بموجب قرارات إلى الموظفين العاملين بالمصالح الجماعية في المهام التي يزاوونها بصفة ضباط للحالة المدنية طبقاً للشروط والكيفيات المحددة بالفصل 3 من الظهير الشريف الصادر في 18 جمادى الأولى 1369 (8 مارس 1950) بتمديد نظام الحالة المدنية المحدث بالظهير الشريف المؤرخ في 24 شوال 1333 (4 شتنبر 1915).

## ثالثا: المادة 236 :

جاء في هذه المادة ما يلي :

"ينفذ رئيس مجلس المقاطعة مقررات مجلس المقاطعة ويتخذ التدابير اللازمة لهذا الغرض ويسهر على مراقبة تنفيذها. ويمارس رئيس مجلس المقاطعة الصلاحيات المفوضة له من طرف رئيس مجلس الجماعة تحت مسؤولية هذا الأخير ولا يمكنه تفويضها لأعضاء مكتب مجلس المقاطعة. يمارس رئيس مجلس المقاطعة كذلك صلاحيات في مجال التدابير الفردية المتعلقة بالشرطة الإدارية داخل حدود المقاطعة في المجالات التالية: تلقي التصاريح المتعلقة بمزاولة الأنشطة التجارية والحرفية غير المنظمة؛ تلقي التصاريح المتعلقة بفتح المؤسسات المضرة أو المزعجة أو الخطيرة المرتبة طبقا للتشريع الجاري به العمل في الصنف الثالث.

ويمكن لرئيس مجلس الجماعة أن يفوض لرئيس مجلس المقاطعة بعض صلاحياته في مجال التدابير الفردية للشرطة الإدارية، غير أنه، وعندما يمنح تفويض لرئيس مجلس المقاطعة، يخول، بحكم القانون، نفس التفويض إلى باقي رؤساء مجالس المقاطعات بطلب منهم. في الحالات التي يتم فيها، لأي سبب من الأسباب، سحب التفويض المذكور يجب أن يكون قرار السحب معللا."

وكانت تقابل المادة 236 سالفه الذكر المادة 106 من الميثاق الجماعي السابق التي كانت تنص على أنه : "يمكن لرئيس المجلس الجماعي أن يفوض إلى رئيس مجلس المقاطعة، داخل الدائرة الترابية للمقاطعة، الاختصاصات المخولة لرؤساء المجالس الجماعية في مادة الانتخابات بمقتضى القانون المتعلق بمدونة الانتخابات. يمكن كذلك للرئيس أن يفوض إلى رئيس مجلس المقاطعة بعضا من اختصاصاته المتعلقة بالتدابير الفردية المتعلقة بالشرطة الإدارية. عندما يمنح تفويض لرئيس المقاطعة، يخول، بحكم القانون، نفس التفويض إلى باقي رؤساء المقاطعات بطلب منهم."

## رابعا: المادة 66 :

وقد جاءت هذه المادة لتؤكد على الفصل بين المهام التداولية والمهام التنفيذية كما تمت الإشارة إلى ذلك سابقا حيث ألزمت المستشارين الجماعيين غير المنتمين إلى المكتب بعدم ممارسة المهام الإدارية والتدخل في تدبير المصالح الجماعية وذلك باستثناء دورهم التداولي داخل المجلس واللجان التابعة له.

وفي حالة الإخلال يتم تطبيق مقتضيات المادة 64 التي تنص على أنه " إذا ارتكب عضو من أعضاء مجلس الجماعة غير رئيسها، أفعالا مخالفة للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل تضر بأخلاقيات المرفق العمومي ومصالح الجماعة قام عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه عن طريق رئيس المجلس بمراسلة المعني بالأمر للإدلاء بإيضاحات كتابية حول الأفعال المنسوبة إليه داخل أجل لا يتعدى (10) أيام ابتداء من تاريخ التوصل. يجوز للعامل أو من ينوب عنه، بعد التوصل بالإيضاحات الكتابية المشار إليها في .....، أو عند عدم الإدلاء بها بعد انصرام الأجل المحدد، إحالة الأمر إلى المحكمة الإدارية وذلك لطلب عزل عضو المجلس المعني بالأمر من مجلس الجماعة أو عزل الرئيس أو نوابه من عضوية المكتب أو المجلس. وتبت المحكمة في الطلب داخل أجل لا يتعدى شهرا من تاريخ توصلها بالإحالة. وفي حالة الاستعجال، يمكن إحالة الأمر إلى القضاء الاستعجالي بالمحكمة الإدارية الذي يبت فيه داخل أجل 48 ساعة من تاريخ توصله بالطلب. يترتب على إحالة الأمر إلى المحكمة الإدارية توقيف المعني بالأمر عن ممارسة مهامه إلى حين البت في طلب العزل.

ويقابل المادة 66 في الميثاق الجماعي السابق المادة 23 التي كانت تنص على أنه «يمنع منعاً كلياً على كل عضو من المجلس الجماعي باستثناء الرئيس والنواب، أن يزاول خارج دوره التداولي داخل المجلس أو اللجان التابعة له، المهام الإدارية للجماعة أو أن يوقع على الوثائق الإدارية، أو يدير أو يتدخل في تدبير المصالح الجماعية، وذلك تحت طائلة العزل الذي يتم الإعلان عنه وفق الشكليات المنصوص عليها بالمادة 21 أعلاه دون الإخلال بالتابعة القضائية بسبب مزاولته مهام منظمة بدون صفة قانونية».

وبالرجوع إلى المادة 21 نجد أنها كانت تنص على أن "كل عضو من المجلس الجماعي تثبت مسؤوليته في ارتكاب أعمال أو أفعال مخالفة للقانون ولأخلاقيات المرفق العام، يمكن بعد استدعائه للإدلاء ببيضاحات كتابية حول الأعمال المنسوبة إليه توقيفه لمدة لا تتجاوز شهراً واحداً بقرار معلل لوزير الداخلية، أو عزله بمرسوم معلل، يتم نشره بالجريدة الرسمية."

#### خامساً: المواد 20 و 21 و 76 و 109 :

هذه المواد جاءت لتنظم حالات الانقطاع عن مزاولته المهام والامتناع عن القيام بالمهام والتغيب.

● فالمادة 20 حصرت الحالات التي يعتبر فيها رئيس المجلس الجماعي ونوابه في حالة انقطاع عن مزاولته المهام في ثمان (8) حالات وهي: 1- الوفاة؛ 2- الاستقالة الاختيارية؛ 3- الإقالة الحكومية؛ 4- العزل بما فيه حالة التجريد؛ 5- الإلغاء النهائي للانتخاب؛ 6- الاعتقال لمدة تفوق ستة (6) أشهر؛ 7- الانقطاع بدون مبرر أو الامتناع عن مزاولته المهام لمدة شهرين؛ 8- الإدانة بحكم نهائي نتج عنه عدم الأهلية الانتخابية.

● أما المادة 21 فأطرت المساطر الواجب اتباعها في حالة الانقطاع عن مزاولته المهام. ففي حالة الانقطاع الناتج عن الأسباب من البند الأول (1) إلى البند السادس (6) و البند الثامن (8) من المادة 20 يحل المكتب بحكم القانون. ويستدعى المجلس لانتخاب رئيس جديد وباقي أعضاء المكتب وفق الشروط والكيفيات المنصوص عليها في القانون التنظيمي داخل أجل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ معاينة الانقطاع بقرار من عامل العمالة أو الإقليم.

أما في حالة الانقطاع عن مزاولته المهام بدون مبرر أو الامتناع عن مزاولته المهام لمدة شهرين المنصوص عليها في البند السابع (7) يقوم عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه بإصدار المعنى بالأمر (رئيس المجلس أو النائب) لاستئناف مهامه داخل أجل سبعة أيام بواسطة كتاب مع إشعار بالتسلم. وإذا تخلف الرئيس أو رفض ذلك بعد انقضاء هذا الأجل، أحال عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه الأمر إلى القضاء الاستعجالي بالحكمة الإدارية للبت في وجود حالة الانقطاع أو الامتناع داخل أجل 48 ساعة من إحالة القضية إليه. ويتم البت المشار إليه في الفقرة السابقة بواسطة حكم قضائي نهائي وعند الاقتضاء بدون استدعاء الأطراف. في حالة ما إذا أقر القضاء الاستعجالي وجود حالة الانقطاع أو الامتناع، يحل المكتب ويستدعى المجلس داخل أجل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ الحكم القضائي لانتخاب رئيس جديد وباقي أعضاء المكتب وفق الشروط والكيفيات المنصوص عليها في القانون التنظيمي.

أما في حالة امتناع رئيس المجلس الجماعي عن القيام بالأعمال المنوطة به بمقتضى أحكام القانون التنظيمي وترتب على ذلك إخلال بالسير العادي لمصالح الجماعة فقد نصت المادة 76 على قيام عامل العمالة أو الإقليم بمطالبتة

بمزاولة المهام المنوطة به. وبعد انصرام أجل سبعة (7) أيام من تاريخ توجيه الطلب دون استجابة الرئيس، يحيل عامل العمالة أو الإقليم الأمر إلى القضاء الاستعجالي بالمحكمة الإدارية من أجل البت في وجود حالة الامتناع. ويبت القضاء الاستعجالي داخل أجل 48 ساعة من تاريخ تسجيل طلب الإحالة بكتابة الضبط بهذه المحكمة وذلك بواسطة حكم قضائي نهائي وعند الاقتضاء بدون استدعاء الأطراف. وفي حالة ما إذا أقر الحكم القضائي حالة الامتناع، جاز للعامل للحلول محل الرئيس في القيام بالأعمال التي امتنع هذا الأخير عن القيام بها. والملاحظ أن المشرع أنط بالقاضي الإداري صلاحية البت في حالة الامتناع وبالتالي عدم إمكانية ممارسة السلطة الإدارية لسلطة الحلول إلى بعد إثبات حالة الامتناع من طرف القضاء الاستعجالي.

وفيما يخص حالة تغيب رئيس المجلس الجماعي فقد نظمت هذه الحالة المادة 109 من القانون التنظيمي كما تمت الإشارة إلى ذلك سابقاً<sup>1</sup>.

#### سادسا : المادتين 138 و 145 :

بموجب هاتين المادتين تطبق على مؤسسات التعاون ومجموعة الجماعات الترابية نفس القواعد سالفة الذكر<sup>2</sup>.

#### سابعا : بعض الدوريات المنظمة :

بالإضافة إلى مواد القانون التنظيمي رقم 113.14، ورغم عدم ارتقائها لدرجة نص تشريعي أو تنظيمي، تبقى دورية وزير الداخلية رقم D 5229 ف.م.م بتاريخ 16 يوليو 2009 حول الإجراءات الخاصة بتفويض مهام رئيس المجلس الجماعي إلى نوابه النص الوحيد الذي حاولت من خلاله السلطة الوصية توضيح المستجدات التي جاء بها القانون رقم 17.08 المعدل للميثاق الجماعي السابق خاصة تلك التي همت المادة 55 منه.

وبالرجوع إلى الدورية المشار إليها أعلاه، نجد أنها فصلت في عدة نقط مهمة، حيث تناولت كلا من :

- مسطرة التفويض ومجال هذا الأخير بالتطرق إلى التفويض في المهام والتفويض في الإمضاء؛
- وتحديد المسؤولية في مجال التفويض بالنسبة لكل من الرئيس و النائب المفوض له.

#### خاتمة :

يلاحظ أن المادة 103 المشار إليها أعلاه وضعت شرطين لتفويض الرئيس مهامه.

الشرط الأول يتمثل في تفويض قطاع محدد لكل نائب، أما الشرط الثاني فيتعلق باستثناء التسيير الإداري والأمر بالصرف من تفويض الرئيس إمضاءه لنوابه وقصره هذه الإمكانية في هذين المجالين على للمدير العام أو المدير ورؤساء الأقسام والمصالح. وقد خلق الشرط الأول مشكل عدم كفاية النواب لتفويض الرئيس مهامه لهم، خاصة في

<sup>1</sup> - أنظر الصفحة 2

<sup>2</sup> - تجدر الإشارة في هذا الإطار أن مؤسسات التعاون هي شخصيات اعتبارية تتمتع بالاستقلال المالي يتم تأسيسها بين الجماعات فقط، بالإضافة إلى فقد نص المشرع بالقانون التنظيمي الجديد (المادة 133) على ضرورة وجود اتصال ترابي فيما بين هذه الجماعات. أما مجموعة الجماعات الترابية فهي مؤسسة يتم إنشاؤها بين جماعة أو أكثر مع جهة أو عمالة أو إقليم أو أكثر بمعنى أن النطاق الترابي لمجموعة الجماعات يعد أكبر وأوسع. وإذا كان المشرع دقيقا في تحديد مهام مؤسسة التعاون حيث أسند لها 11 مهمة (المادة 134 من القانون التنظيمي الجديد) يمكن أن تمارس إحداها أو بعضها أو جميعها، فإنه ترك المجال مفتوحا أمام مجموعة الجماعات الترابية لتحديد هدفها، حيث نصت المادة 141 من القانون التنظيمي الجديد على أن إحداث مجموعة الجماعات الترابية يكون بهدف إنجاز عمل مشترك أو تدبير مرفق ذي فائدة عامة للمجموعة.

المدن الكبرى التي تتشعب فيها المشاكل والقطاعات علما أن التفويض يقتصر فقط على النواب. أما الشرط الثاني فيطرح مشكل تحديد الغرض من التسيير الإداري، فهل هو فقط التسيير المتعلق بالموظفين فقط أم تسيير المصلحة ككل. كما أن المشكل في التفويض يطرح أيضا في الجماعات التي تتوفر على مقاطعات وهي للتذكير: الدار البيضاء الرباط، سلا، فاس، مراكش و طنجة.

فمثلا المادة 236 تشير إلى ممارسة رئيس المجلس المقاطعة الصلاحيات المفوضة له من طرف رئيس مجلس الجماعة تحت مسؤولية هذا الأخير ولا يمكنه تفويض هذه الصلاحيات إلى أعضاء مكتب مجلس المقاطعة. ونصت نفس المادة على إمكانية تفويض رئيس مجلس الجماعة لرئيس مجلس المقاطعة بعض صلاحياته في مجال التدابير الفردية للشرطة الإدارية دون الإشارة إلى إمكانية هذا الأخير تفويضها إلى نوابه مما يضطر معها رئيس المقاطعة ممارستها بنفسه ولا يمكنه تفويضها عملا بقواعد مبادئ القانون الإداري "لا يمكن تفويض الاختصاصات المفوضة". إن هذه المقتضيات تطرح إشكالا في المقاطعات الكبرى التي تتعدى مساحتها وكثافتها مساحة وكثافة ساكنة الكثير من المدن المغربية. كما تطرح هذه المقتضيات إشكالا في تسيير المقاطعة عند غياب رئيس مجلسها.

✓ فهرس المراجع والمصادر :

المراجع بالعربية :

- رفعت عبد الوهاب، محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2012، ص 711.

- مازن ليو راضي، الوجيز في القانون الإداري، 2008.

متاح على الرابط :

[http://www.bibliotdroit.com/2015/12/blog-post\\_66.html](http://www.bibliotdroit.com/2015/12/blog-post_66.html)

- المراجع بالفرنسية :

- **BECET J.M**, Chronique de jurisprudence des collectivités locales, Revue Juridiques de l'Ouest, 1988, Vol 1, Num 4, P. 722.

- **DELVIGNE J.P et Coll**, La délégation de pouvoirs, MEDEF, Décembre 2004, P. 5

متاح على الرابط :

[http://www.ssa974.com/IMG/pdf/la\\_delegation\\_de\\_pouvoir\\_vademecum.pdf](http://www.ssa974.com/IMG/pdf/la_delegation_de_pouvoir_vademecum.pdf)

- **GUIHEUX .G**, La notion de délégation en droit public, Th. Rennes I, 1996, P. 274.

- **LE BOS LE-POURHIER A.M**, Les substitutions de compétence en droit

public français, Th. Paris I, 1985, p. 32 ;

- **LEFOULON .A**, La notion de compétence des agents administratifs en droit français, Th. Rennes, 1970 ;

- **MAILS .H**, Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public, Th. Paris II, 1972, P. 115;

- **PELLETIER .G**, La délégation d'une fonction ou d'un pouvoir administratif ;

متاح على الرابط :

<http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/bl/a0/ladelegationdunefonctionoudunpouvoirdministratif.pdf>

- **ROUSSET .M et ROUSSET .O**, Droit administratif I : l'action

administrative, 2ème éd, Presses Universitaires de Grenoble, 2004, P ;

- **SANGAY. G et TOUTAIN. A**, La délégation de pouvoir et de signature dans les SDIS

متاح على الرابط:

<http://pnrs.ensosp.fr/Plateformes/PNJ/Fiches-Pratiques/Droit-administratif-general/La-delegation-de-pouvoir-et-de-signature-dans-les-SDIS/>

- **TIFINE .P**, Droit administratif français, 2 Ed, Septembre 2015 ;

نسخة رقمية لهذا المرجع متوفرة على الرابط :

<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2013/09/11/droit-administratif-francais>

- **TUSSEAU .G**, Le juge administratif et la délégation du pouvoir de suspension

d'un fonctionnaire : A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 novembre

2004 Ministre de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche c/

M. A., req. n 244515. Revue française de droit administratif, Dalloz, 2005,

P.1-1 3.

متاح على الرابط :

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01020641/document>

- المصادر :

✓ بالعربية :

- القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 85-15-1 بتاريخ 20 رمضان 1436 الموافق 7 يوليو 2015.
- القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 297-02-1 بتاريخ 25 رجب 1423 الموافق 3 أكتوبر 2002 كما تم تميمه وتغييره بالقانون رقم 03-01 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 82-03-1 بتاريخ 20 محرم 1424 الموافق 24 مارس 2003 والقانون رقم 08-17 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 153-08-1 الصادر في 22 صفر 1430 الموافق 18 فبراير 2009.
- الظهير الشريف رقم 583-76-1 بتاريخ 5 شوال 1396 الموافق 30 شتنبر 1976 بمثابة قانون يتعلق بالتنظيم الجماعي.
- المرسوم رقم 2-05-768 صادر في 30 من شوال 1429 (30 أكتوبر 2008) في شأن تفويض إمضاء الوزراء وكتاب الدولة ونواب كتاب الدولة (ج. ر. عدد 5688 بتاريخ 5 ذو الحجة 1429 - 4 ديسمبر 2008).

✓ بالفرنسية :

- Conseil d'État français 2 décembre 1892 *Mogambury* : Recueil Lebon p. 838
- Conseil d'État français 5 mai 1950 *Buisson* : Recueil Lebon p. 258
- Conseil d'État français 28 juin 1957 *Société X* : *Revue de droit public* 1957 p. 1072.
- Conseil d'État français 30 juin 1961 *Procureur général de la Cour des comptes* : *Revue de droit public* 1961, p. 845.
- Conseil d'État français 13 mai 1949 *Couvrat* : Dalloz 1950 p. 77.
- Conseil d'État français 27 avril 1987 Société Mercure-Paris Étoile : *Actualité juridique de droit administratif* 1987 p. 527.



## الإجهاض بين النظر الفقهي و الناطير التشريعي



إعداد محمد الغالي حاصل على الماجستير

في التوثيق والمنازعات المدنية من كلية

العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا

مقدمة :

إن من أهم الحقوق التي تضمنتها كل من الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي هي الحق في الحياة ، حيث نص دستور المملكة المغربية الجديد في الفصل 20 على أن الحق في الحياة هو أول الحقوق لكل إنسان ، ويحمي القانون هذا الحق.

هذه الحماية مقرة حتى للجنين في بطن أمه ، حيث يعتبر هذا الأخير إنسان مثل باقي الناس ، ويتمتع بكثير من الحقوق لا سيما الحق في الحياة وحقه في الإرث وأن يوهب له ، و يستحق كل ذلك بمجرد ولادته حيا ، لهذا يمكن القول أن الاعتداء على الجنين في بطن أمه يشكل جريمة يعاقب عليها القانون.

و تعتبر جريمة الإجهاض من الجرائم المرتكبة ضد نظام الأسرة والتي حرمها الإسلام على اعتبار أن الجنين به روح ، وقتل النفس لا يكون إلا بالحق مصداقا لقوله تعالى: (ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقكم وإياهم).

إن الإجهاض أمر قد شاع وانتشر في كثير من بقاع العالم في العصر الحديث نتيجة انتشار الزنا ، واضطراب القيم والبحث عن المتعة والترف واللهو والمجون ، وزاد من انتشار هذه الظاهرة التطور الاقتصادي والاجتماعي والطبي ، بحيث أصبحت تتم بطرق طبية حديثة جدا من طرف اختصاصيين ، وإذا رجعنا لأسباب هذه الجريمة فهي متعددة ومن أهمها الحمل غير الشرعي الذي انتشر بسبب العلاقات الجنسية خارج إطار مؤسسة الزواج، والجهل والفقر وغيرها من الأسباب.

وقد ذكرت مجلة Medicine Digest أن التقديرات الطبية تدل على أن 13,8 مليون حالة إجهاض جنائي تتم سنويا في البلاد<sup>1</sup>، و تعتبر روسيا أول دولة في العالم أبحاث الإجهاض بمجرد طلب الحامل حتى مع عدم وجود أي سبب طبي<sup>2</sup>.

أما اليابان فتعتبر أول دولة آسيوية تبيح الإجهاض حسب الطلب - وتبلغ حالات الإجهاض هناك 3 ملايين حالة سنويا<sup>3</sup>.

وجدير بالذكر أن المشرع الجنائي المغربي قد تعرض لجرمة الإجهاض وأفرد لها نصوص قانونية، خاصة المواد من 449 إلى 458 من القانون الجنائي، أما قبل صدور القانون الجنائي الحالي المطبق ابتداء من 17 يونيو 1963 فلم تكن ثمة نصوص تجرم الإجهاض صراحة، إلا أن نية المشرع على ما يبدو كانت تسير في هذا الاتجاه وذلك بعد إصداره ظهير 10 يوليو 1939 الذي يعاقب على الدعاية والتحريض على التقليل من الإنجاب والتناسل. وقد كان السبب الوحيد الذي سمح معه القانون بالإجهاض هو الذي تضمنته المادة 453 والذي قرر الإعفاء من العقاب إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى قام به طبيب أو جراح علانية وبعد إخطار السلطة الإدارية، ثم صدر بتاريخ فاتح يوليو 1967 مرسوم بتغيير المادتين 453 و 455 من القانون الجنائي وإلغاء ظهير 10 - 7 - 1939، وبموجبه أصبح نص المادة 453 كما يلي: "لا عقاب على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة الحفاظ على صحة الأم متى قام به طبيب أو جراح بإذن من الزوج ولا يطالب بهذا الإذن إذا ارتأى أن حياة الأم في خطر غير أنه يجب عليه أن يشعر بذلك الطبيب الرئيسي للعمالمة أو الإقليم..."

إلا أن الأمر لم يتوقف عند ذلك، بحيث تم إعلان نقاش واسع بتدخل من المؤسسة الملكية ومختلف الفاعلين من أطباء وقانونيين ومجالس علمية وهيئات وجمعيات حقوقية، بحيث تم إحداث حالات جديدة تبيح الإجهاض.

على هذا الأساس يثار إشكال مفاده:

إلى أي حد استطاع المشرع من خلال مقتضيات القانون الجنائي الحد من الإجهاض السري و استيعاب بعض حالاته وتزكية الإطار القانوني لجرمة الإجهاض؟

الأمر الذي يقتضي معه التطرق لماهية الإجهاض كمبحث أول، على أن نتطرق لبعض حالات الإجهاض وظروف التشديد والعقاب في المطلب الثاني.

<sup>1</sup> ذكرت مجلة التايم الأمريكية في 2 أغسطس 1984 أن عدد حالات الاجهاض فب العالم تزيد عن 50 مليوناً أكثر من نصفها في البلاد النامية.

<sup>2</sup> سنة 1920 بعد قيام الثورة البلشفية الت قادها لينين الامر الذي أدى إلى انتشار الاجهاض بدرجة كبيرة جعلت السلطات الروسية تتراجع عن قرارها عام 1932 عندما أصدرت قانونا يحدد الإجهاض بالأسباب الطبية.

<sup>3</sup> محمد على البار، مشكلة الاجهاض -دراسة طبية فقهية -، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، سنة 1985، ص:7.

## المبحث الأول: ماهية الإجهاض:

يقتضي التطرق لماهية الإجهاض كجريمة معاقب عليها بمقتضى القانون الجنائي، بسط مفهومها ونظر الشرع فيها (المطلب الأول)، وكذلك بسط الأركان المحددة لها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم الإجهاض ونظر الشرع فيه:

إذا كان المشرع الجنائي المغربي يرمي من خلال تجريم مجموعة من الأفعال الضارة بحماية المكون الأسري لا سيما الأطفال، فإن حماية القانون الجنائي تمتد حتى للجنين، باعتباره ثمرة العلاقة الزوجية في إطار الأسرة وذلك من خلال تجريم الإجهاض، على هذا الأساس سنبين مفهوم الإجهاض في الفقرة الأولى، على أن نتطرق لنظر الشرع فيه كفقرة ثانية.

### الفقرة الأولى: مفهوم الإجهاض:

الإجهاض في اللغة: مصدر الفعل اللازم جهض، ويعني إسقاط جنين قبل أوانه، وإلقاءه لغير تمام، ويقال للحامل التي أسقطت حملها مجهض، ويطلق الإجهاض غالبا على إسقاط الولد ناقص الخلقة، أو الذي لم يستبن خلقه، لكنه قد تطلق على ما تم خلقه بعد نفخ الروح.<sup>1</sup>

أما الإجهاض في الفقه: هو إلقاء الحمل مطلقا، سواء كان ناقص الخلقة أو ناقص المدة، مستبين الخلقة أم لا، نفخت فيه الروح أو لم تنتفخ، قصدا أم بغير قصد أو تلقائيا.

أو إسقاط المرأة جنينها بفعلها أو بفعل غيرها، وبأي وسيلة كانت، لكن إذا أردنا تعريف جريمة الإجهاض بمعناها الخاص، فهي إنهاء حالة الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة، عمدا وبلا ضرورة، بأي وسيلة كانت، وفي غير الحالات التي أجازها الشرع الحنيف.

أما الإجهاض في علم الطب هو خروج متحصل الحمل في أي وقت من مدة الحمل، وقبل تكامل الأشهر الرحمية، ودون أن يعيش.

لكن علماء الطب على خلاف في تحديد هذه المدة، فقديما كان يقال إلى ما قبل ثمانية أشهر ونصف، ثم قيل إلى ستة أشهر وخمسة...، ومع تقدم الوسائل الطبية وطرق العناية المكثفة أصبح من الممكن أن يعيش الجنين إذا ولد لعشرين أسبوعا، فالأشهر الرحمية تستمر إلى الشهر الخامس أو السادس عند آخرين، فإذا أسقط الجنين قبل ذلك سمي الفعل إجهاض.<sup>2</sup>

فالإجهاض هو إسقاط الجنين قبل أوانه الطبيعي، أي إنهاء حياة إنسان مازال لم تكتمل بعد خلوقته بسبب وجوده في بطن أمه، الأمر الذي ينتج عنه من الناحية الاجتماعية ضررا مؤكدا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، الجزء 7، ص: 131 و132.

<sup>2</sup> مأمون الرفاعي، جريمة الإجهاض في التشريع الإسلامي: أركانها وعقوبتها، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، مجلد 25، عدد 5، سنة 2011، ص: 1403.

<sup>3</sup> أحمد الخليلي، القانون الجنائي الخاص (الجزء الثاني)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرباط، 1986، ص: 171.

## الفقرة الثانية : حكم الإجهاض في الفقه الإسلامي :

المتأمل في النصوص الشرعية يجد أنه ليس هناك نص مباشر في دلالاته من القرآن أو السنة على حكم الإجهاض ، وإنما ورد في كتاب الله عز وجل تحريم قتل النفس بغير حق ، ومن ذلك قوله تعالى: "ومن قتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما"<sup>1</sup>.

وورد في القرآن و السنة آيات وأحاديث تشير إلى مراحل وأطوار خلق الإنسان ، وتحديد هذه المراحل ورد في السنة في حديث ابن مسعود أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الصادق المصدوق: أن أحدهم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما ، ثم يكون علقه مثل ذلك ، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله إليه ملكا بأربع كلمات ، فيكتب عمله وأجله ورزقه وشقي وسعيد ، ثم ينفخ فيه الروح..."<sup>2</sup>

ويلاحظ أنه ليس فيها حكم مباشر للإجهاض ، وإن كان يدخل في عمومات الأدلة في هذه المسألة ، واختلف الفقهاء في هذه المسألة اختلافا كبيرا، وسبب اختلافهم أمرين :

- الأمر الأول : عدم وجود نص صريح في هذه المسألة ، ففهم كل منهم من النص ما فهم ، وبنى الحكم في المسألة على ذلك.

- الأمر الثاني : الاختلاف في المدة التي يتخلق فيها الجنين<sup>2</sup>:

حيث يختلف حكم الإجهاض عند الفقهاء باختلاف المرحلة التي وصل إليها الجنين في بطن أمه ، وهي عند الفقهاء مرحلتان :

## 1- حكم الإجهاض قبل نفخ الروح :

- حيث اختلفت آراء المذاهب في هذه المرحلة من الحمل وسنذكر بإيجاز بعض هذه الآراء كالتالي :
- أولا : المذهب الحنفي : ذهب أغلب الحنفية إلى إباحة الإجهاض قبل أن يبدأ الجنين في التخلق ، وذهب ابن نجيم إلى إباحة الإجهاض في الأربعين يوما الأولى من التلقيح ، حيث قال : " والسقط إن ظهر بعض خلقه ولد " ثم أضاف : " يباح لها أن تعالج في استنزال الدم مادام الحمل مضغة أو علقه ، ولم يخلق له عضو ، وقدرها هذه المدة بمائة يوم لأنه ليس بأدمي ، ولا مانع أنه بعد هذه المدة تخلق أعضاؤه وتنفخ فيه الروح.
  - ثانيا : المذهب المالكي : يجرم الإجهاض منذ اللحظة الأولى التي يصل فيها ماء الرجل إلى رحم المرأة ، حيث يقول ابن جزري : " وإذا قبض الرحم المني لم يجز التعرض له ولو قبل الأربعين يوما وهذا المعتمد".
  - ثالثا : المذهب الشافعي : لفقهاء الشافعية أقوال مختلفة في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح ، فمنهم من قال بحرمة منذ اللحظة الأولى للعلوق في الرحم ، ومنهم من قال بإباحة الإجهاض قبل الأربعين يوما ، ومنهم من قال بجوازه قبل نفخ الروح مطلقا.

حيث قال الإمام الغزالي : " وليس هذا - أي العزل - كالإجهاض والوآد لأن ذلك جنائية على موجود حاصل ، وله أيضا مراتب ، وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة، وإنشاء ذلك

<sup>1</sup>- الآية 93 من سورة النساء.

<sup>2</sup>- ابراهيم رحيم ، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي ، سلسلة إصدارات الحكمة ، مجلة المحكمة ، الطبعة الأولى ، ص:264.

جناية، فإن صارت مضغة وعلقة صارت الجناية أفحش، وإن نفخت الروح واستوت الخلقة ازدادت تفاحشا، ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال حيا.

- رابعا: المذهب الحنبلي: اختلف الحنابلة في حكم إسقاط الجنين قبل نفخ الروح فكانوا على قولين، أحدهما يجرم الإجهاض إذا صار الولد علقه والسبب في ذلك كون الولد قد انعقد، أما الإتجاه الثاني فيقول بجواز الإجهاض قبل نفخ الروح، بحيث قال الإمام المرداوي: "يجوز شرب دواء لإسقاط نطفة"<sup>1</sup>.

## 2- حكم الإجهاض بعد نفخ الروح:

إذا كان الفقهاء قد اختلفوا في حكم الإجهاض في مرحلة النطفة والعلقة، فإنهم أجمعوا في مسألة إسقاط الجنين بعد نفخ الروح على التحريم، أي بعد أربعة أشهر رحمية، وقدرت بمائة وعشرين يوما من بداية التلقيح أو قبل ذلك حسب ما ترجح عند بعض الفقهاء وعلماء الاختصاص كما أخبر الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث جمع الخلق الصحيح، لأنه بنفخ الروح يصير الجنين نفسا آدمية، وبذلك لا يصح قتله بغير سبب شرعي<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني: أركان جريمة الإجهاض:

لقيام جريمة الإجهاض أركان يجب تحققها كي تنتج كافة آثارها، وسنوضحها باقتضاب كالتالي:

### الفقرة الأولى: الركن القانوني في جريمة الإجهاض:

لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وعليه فالركن القانوني للجريمة هو من الأركان الأساسية لتجريم الفعل، أي إعطائه صفة الجرم بغية إنزال العقوبة.

بما أن الإجهاض هو إنهاء حياة جنين مازال على قيد الحياة في أحشاء أمه، وبما أن إنهاء حياة جنين هو بمثابة إزهاق روح، فإن المشرع اعتبرها جريمة يقتضي معها معاقبة فاعليها ومحرضيها والمشاركين والمتدخلين فيها، الأمر الذي دفع بالمشرع لشمول هذا النوع من الجرائم بالتقنين وسطر لها فصول في القانون الجنائي للحد منها<sup>3</sup>، من الفصل 449 إلى الفصل 458.

كما جرمت أغلب التشريعات الإجهاض كالمشرع العراقي مثلا، حيث خص جريمة إجهاض المرأة الحامل برضاها المادة 417، وخص جريمة إجهاض المرأة الحامل عمدا بدون رضاها المادة 418، وخص الاعتداء المفضي إلى الإجهاض المادة 419.

<sup>1</sup> يوسف القسطاسي، حفظ النسل في الإسلام - رعايته وتنظيمه - مطبعة قرطبة، الطبعة الأولى، سنة 2012، ص: من 116 إلى 121.

<sup>2</sup> عائشة أحمد سالم حسن، الاحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان - الطبعة الأولى، سنة 2008، ص: 324.

<sup>3</sup> إيلي قهوجي، الجرائم الأخلاقية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص: 128.

## الفقرة الثانية : الركن المادي والمعنوي في جريمة الإجهاض :

### 1- الركن المادي في جريمة الإجهاض :

يتحقق الركن المادي بتوافر ثلاث عناصر أساسية ، وهي النشاط الجرمي وتحقق نتيجة ضارة عن هذا النشاط ووجود علاقة سببية بين النشاط والنتيجة.

كما أنه لا يقع الإجهاض إلا على امرأة حامل ، لأن القانون لا يعاقب على منع الحمل قبل حدوثه بأي وسيلة من وسائل منع الحمل ، حتى ولو كانت عملية جراحية إذا دعت الضرورة ذلك ، كاستئصال المبايض التي بها أورام يخشى منها ولا علاج إلا باستئصالها .

كما أن القانون لا يفرق بين الحمل الحاصل عن علاقة شرعية أو عن علاقة غير شرعية ، ولو كانت برضاها أو بغير رضاها ، فلا فرق بين امرأة حملت من زوجها وبين امرأة حملت سفاحا ولو كانت ضحية التغيرير أو الخداع أو الاغتصاب ، فلا بد من استمرار الحمل والحفاظة عليه لكي تستمر دورته الطبيعية، مالم تحدث ضرورة ملجئة للإجهاض.<sup>1</sup>

هذا هو الركن الخاص أو كما يسميه البعض بالركن المفترض ، حيث تفترض جريمة الاجهاض أن تكون المرأة التي ينالها الفعل الإجرامي حاملا ، في أي وقت من أوقات الحمل إلى أن تتم الولادة الطبيعية ، وعليه فإذا انتفى الحمل انتفت الجريمة ولو كان الجاني يعتقد أنه يباشر نشاطه الإجرامي على امرأة حامل ، أما إذا ثبت حمل المرأة ولم تنجح عملية الإجهاض فالشروع هنا يكون متحققا و يعاقب عليه وفقا للقاعدة العامة في الشروع .

ونص المشرع المغربي في الفصل 449 من القانون الجنائي على أنه : " كل من اجهض أو حاول إجهاض امرأة حبلى أو يظن أنها كذلك ، برضاها أو بدونه سواء كان ذلك بواسطة طعام أو شراب أو عقاقير أو تحايل أو عنف أو أية وسيلة أخرى يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 200 إلى 500 درهم. وإذا نتج عن ذلك موتها فعقوبته السجن من 10 إلى 20 سنة".

وقد عمم القانون الفعل المادي المكون لجريمة الإجهاض ، فلم يفرق بين سلوك وآخر ، أو وسيلة وأخرى ، فالوسائل ليست بذات الأهمية في نظر القانون كقاعدة عامة ، إذ يتوفر النشاط بكل فعل يؤدي إلى القضاء على حياة الجنين.<sup>2</sup> ويتمثل الركن المادي باستخدام أية وسيلة تؤدي إلى إنزال الحمل قبل أوان ولادته الطبيعية ، كاستخدام أدوية طبية في صورة شراب أو مع طعام أو عن طريق الحقن ، وقد يلجأ الجاني إلى العنف كالضرب على الظهر أو البطن ، والقانون لا يتطلب وسيلة بعينها وبالتالي يمكن ارتكاب جريمة الاجهاض بأية وسيلة مادامت صالحة لأن تؤدي إلى تلك النتيجة.<sup>3</sup>

وجدير بالذكر أن المشرع المغربي لم يعدد كل صور النشاط المكونة للركن المادي في جريمة الإجهاض وإنما سرد بعض الأمثلة لهذا النشاط وأردف قائلا: " وبأية وسيلة أخرى" ، أي أن هذا التعداد لم يقصد منه الحصر، وهذا الإطلاق

<sup>1</sup> - محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، دار الجوهري للطباعة والنشر، القاهرة، سنة 1951ص:281و282.

<sup>2</sup> - سعاد حميدي ، الوجيز في شرح القانون الجنائي الخاص، مطبعة سليكي أخوين ، الطبعة الثانية ، سنة 2015. ص:131.

<sup>3</sup> - نشأت أحمد نصيف، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2010 ، ص:99.

بالنسبة للوسائل المستعملة أنها تصلح نشاطا إجراميا مكونا للركن المادي حتى ولو كانت وسائل في ظاهرها عادية و مشروعة، كالمرأة التي تجهض نفسها بحمل الأثقال الزائدة عن الحد بهدف إسقاط الجنين.<sup>1</sup>

كما أن المشرع لم يعتد بمدة معينة للحمل أو عمر الجنين، ذلك أن الشرط الوحيد هو أن يكون هناك جنين ابتداءً تكونه بتلقيح بويضة الانثى بالحيوان المنوي المذكور ولم يحن بعد أو ان وضعه.

ومجرد إثبات الفعل المادي للإجهاض تقوم به الجريمة التامة إذا تحققت النتيجة، أما إذا لم تتحقق النتيجة فإننا نكون بصدد محاولة مادامت هذه الأخيرة معاقبة بصريح النص، وإن كان المشرع قد ركز على المحاولة في صور الجريمة المستحيلة كما يظهر من الفصل 449 من القانون الجنائي الذي عاقب فيه كل من قام: "بإجهاض امرأة حبلى أو يظن أنه كذلك"، ومن الفصل 455 الذي يعاقب على المساعدة على الإجهاض "حتى ولو كانت الأدوية والمواد أو الأجهزة أو الأشياء المقترحة كوسائل فعالة للإجهاض غير قادرة على تحقيقه"، ذلك أن المشرع مادام يعاقب على المساعدة بهذه الوسائل من طرف الموزعين أو الباعة فيكون حريا أن يطبق نفس الحكم على من يستعمل هذه الوسائل من أجل القيام بالإجهاض، سواء كانت المرأة حبلى أو من يمارس الإجهاض عليها بإرادتها أو رغما عنها.<sup>2</sup>

كما تتخذ النتيجة الإجرامية في الإجهاض إحدى صورتين: إما موت الجنين في الرحم، أو خروج الجنين من رحم أمه قبل الموعد الطبيعي لولادته.<sup>3</sup>

ولكي يعد الفعل المادي جريمة إجهاض، فإنه يجب أن يخرج الجنين ميتا أو غير قابل للحياة على الأقل، أما إذا خرج حيا أو قابل للحياة، فإن الفعل لا يكون إجهاضا، لأن العنصر المميز للإجهاض هو وضع عقبة في سبيل حياة الجنين.

## 2- الركن المعنوي في جريمة الإجهاض:

الاجهاض عملية عمدية، تتمثل في إرادة الجاني إلى الفعل مع علمه بأن المرأة حامل وأن الوسيلة التي يعول عليها صالحة للإجهاض.

ويعاقب الفاعل حتى ولو كان الإجهاض مستحيلا ابتداء كما في حالة غياب الحمل لدى المرأة، وبناء على ما سبق فإن القصد الجنائي يتخلق وبالتالي لا يمكن مسائلة الفاعل عن هذه الجريمة إذا كان قد أعطى للحامل عقارا مثلا يتسبب في القضاء على الجنين وهو يجهل تماما أن المرأة حبلى، أو قام بعملية قيصرية لحامل في شهرها السابع لكونها مصابة بمرض السكر المتقدم، ففي هاتين الحالتين وأمثالهما لا يعاقب الفاعل عن الإجهاض لتخلف القصد الجنائي لديه، لكنه قد يسأل عن جريمة غير عمدية، ونحو ذلك أن يرتكب إهمالا أو خطأ كان هو السبب في إجهاض المرأة الحبلية حيث يجوز متابعتها عن الإصابة أو القتل الخطأ طبقا للفصلين 432 أو 433 من ق ج حسب الأحوال.

كذلك بناء على المادة 453 من ق ج المعدلة بمرسوم 1 يوليو 1967 فإن المشرع لا يعاقب على الإجهاض إذا تطلبت له إما ضرورة الحفاظ على صحة الأم، كأن تكون هذه الأخيرة مصابة باضطرابات هرمونية يصعب معه إيقاف النزيف بعد الولادة أو كانت مصابة بسرطان في عنق الرحم إلى غير ذلك من الأسباب التي تستوجب الإجهاض محافظة على صحة الحامل، وإما بالأحرى لضرورة إنقاذ حياتها التي تستدعي إسقاط الجنين فورا وإلا أدى الأمر إلى وفاتها، ففي هاتين الحالتين يسمح بالإجهاض بالاعتماد على المادة 453. وإذا كان المشرع قد رخص الإجهاض ومنع المعاقبة عليه

<sup>1</sup> - عبد الواحد العلي، شرح القانون الجنائي المغربي، القسم الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة السادسة، 2013، ص: 297.

<sup>2</sup> - نفس المرجع.

<sup>3</sup> - إيلي قهوجي، الجرائم الأخلاقية، مرجع سابق، ص: 129.

بسبب وجود خطر على الأم الحامل فإن ذلك مشروط بأن يقوم بالعملية طبيب أو جراح وبكيفية علانية، أما إن قام بذلك غيرهما كالممرض أو القابلة فإنهما يعاقبان في هذه الحالة على جريمة الإجهاض حتى ولو اقتضت الظروف الصحية إجهاض المرأة الحبلية وذلك كله حرصاً من المشرع على ضمان سلامة المرأة الحامل التي تقتضي حالتها إجهاضها، لأن عملية الإجهاض محفوفة بالمخاطر يقتضي إجراؤها من طرف أطباء متخصصين. أما إذا انتفت الخطورة على صحة الأم الحامل أو حياتها فلا يسمح للطبيب نفسه أو الجراح إجراء عملية الإجهاض تحت طائلة العقاب على هذه الجريمة<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني: حالات الإجهاض وظروف التشديد والعقاب فيها:

سنتطرق في هذا المبحث لحالات الإجهاض التي ظلت محط نقاش واسع بين مختلف المتدخلين في هذا المجال (المطلب الأول)، على أن نحدد ونسطر بإيجاز أهم ظروف التخفيف والعقاب لجريمة الإجهاض (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: حالات الإجهاض في التشريع المغربي:

عرف موضوع الإجهاض بالمغرب تطور كبير نظراً للأرقام الموهولة الصادرة بهذا الشأن، رغم أنه لا يزال عدد النساء اللواتي يقدمن على الإجهاض بطريقة غير قانونية في المغرب غير معروف، وذلك بسبب عدم وجود أية دراسات حتى الآن حول هذا الموضوع. ولكن مع ذلك توجد تقديرات تستند إلى عينات وتخمينات مبنية على تجارب منظمة الصحة العالمية WHO: وتفيد هذه التقديرات بأن هناك ما لا يقل عن مائتي ألف عملية إجهاض غير قانونية يتم إجراؤها سنوياً في المغرب.

وبما أن عمليات الإجهاض غير القانونية لدى الأطباء باهظة الثمن فإن نحو عشرين في المائة من النساء المعنيات يلجأن بسبب عدم توفر المال إلى الإجهاض بطرق غير آمنة، وكثيراً ما تكون لها عواقب وخيمة. ونتيجة لذلك يموت في كل عام نحو سبعة آلاف امرأة مغربية بسبب العواقب المباشرة أو غير المباشرة لعمليات الإجهاض التي يتم إجراؤها بطرق غير مهنية.

ويذكر أن آخر تعديل يخص الإجهاض قد تم سنة 1967، وهو التعديل الذي أورد الاستثناء بخصوص تجريم الإجهاض من خلال المرسوم الملكي المؤرخ في 1 يوليو 1967 الذي تم به تغيير الفصل 453 من القانون الجنائي.

<sup>1</sup> - موقع <http://ffesj.forumaroc.net> ، تاريخ آخر زيارة 2016-06-5 على الساعة 15:15.



وينص كحالة للإعفاء من العقاب وجود ضرورة للمحافظة على صحة الأم متى قام به علانية طبيب أو جراح بإذن من الزوج، كما يمكن للطبيب أن لا يطالب بإذن الزوج إذا ارتأى أن حياة الأم في خطر غير أنه يجب أن يشعر بذلك الطبيب الرئيسي للعمالة أو الإقليم.<sup>1</sup>

إلا أن هذا الفصل عرف نقاشا حادا بين مختلف المتدخلين والجهات، بحيث تعددت المطالب بين مطالب للتعديل وبين مطالب لفتح الإجهاض وبين من ينادي بإضافة حالات جديدة له.

بحيث يرى المحافظون ضرورة تحريم الإجهاض ومنعه باعتباره "جريمة" ويذهب "المتساحون" إلى إجازته في ظروف محدودة تكون فيها صحة وحياة الأم والطفل في خطر أو احتمال أن يعاني الطفل من تشوهات. أما الحقوقيون والعلمانيون فيرون أنه يجب السماح بإجراء الإجهاض من أجل التقليل من وفيات النساء في ظل انتشار الإجهاض السري كما يعتبرونه داخلا في إطار حرية المرأة الجسدية.

وتقول بعض الإحصاءات أن المغرب يسجل من 600 إلى 700 عملية إجهاض سرية في اليوم في ظروف غير صحية وعيادات لا تتوفر بها التجهيزات الملائمة وإن 13 في المائة من وفيات النساء تتم في حالات الإجهاض السري.

على هذا الأساس أصدر الملك محمد السادس تعليماته لرئيس المجلس الوطني لحقوق الإنسان لإجراء سلسلة من المشاورات الرامية إلى التفكير الجماعي والتعدي حول سبل إصلاح المقتضيات القانونية الحالية المتعلقة بالإجهاض السري.

وقال وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية أحمد التوفيق في نفس الإطار أن القانون الجديد المنظم للإجهاض يتمحور حول الاجتهاد ويحث على التوصل لصيغة تحفظ قيم المغاربة ودينهم وحياة المغاربة والمغربيات.

واعتبر ائتلاف "ربيع الكرامة" الذي يضم عدة جمعيات تدافع عن حقوق المرأة أن الدستور المغربي المعدل في 2011 لا يلائم القانون الجنائي المغربي بل ويمثل إخلالا بالتزامات المغرب تجاه الاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بالمساواة ومناهضة التمييز إذ أصبح متجاوزا ولا يستجيب لمتطلبات تمتيع المرأة بحقوقها الصحية والإنجابية على نحو كامل من خلال معالجته اللاحقوية واللاواقعية للإجهاض وتجريمه بصفة شبه مطلقة.

ونظمت وزارة الصحة لقاء اعتبر الأول من نوعه حول الإجهاض شارك فيه أطباء ونشطاء مجتمع مدني وعلماء دين.

<sup>1</sup> - الفصل 453 من القانون الجنائي :

"لا عقاب على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة المحافظة على صحة الأم متى قام به علانية طبيب أو جراح بإذن من الزوج.

ولا يطالب بهذا الإذن إذا ارتأى الطبيب أن حياة الأم في خطر غير أنه يجب عليه أن يشعر بذلك الطبيب الرئيسي للعمالة أو الإقليم.

وعند عدم وجود الزوج أو إذا امتنع الزوج من إعطاء موافقته أو عاقبه عن ذلك عائق فإنه لا يسوغ للطبيب أو الجراح أن يقوم بالعملية الجراحية أو يستعمل علاجاً يمكن أن يترتب عنه الإجهاض إلا بعد شهادة مكتوبة من الطبيب الرئيس للعمالة أو الإقليم يصرح فيها بأن صحة الأم لا تمكن المحافظة عليها إلا باستعمال مثل هذا العلاج".

وقال أحمد الخمليشي مدير دار الحديث الحسنية أن موضوع الإجهاض "ليس مشكلا قانونيا فحسب بل هو مشكل اجتماعي يتطور بتطور ملابسات الحياة الاجتماعية"<sup>1</sup>.

ومنذ الخامس عشر من شهر ماي 2015 تم عرض مسوطة مشروع إصلاح قانون الإجهاض، وقد أوصى مستشارو الملك بأن تكون عمليات الإجهاض مسموحة في المستقبل ليس فقط في حال وجود خطر على حياة الأم، بل كذلك في حال وجود خطر على صحة الأم، وفي حال وجود تشوه خلقي كبير أو مرض مستعصٍ لدى الجنين، وأيضاً في حالات الاغتصاب أو زنا المحارم.

### المطلب الثاني: ظروف التشديد والعقاب في جريمة الإجهاض :

سنبين بإيجاز ما ورد في التشريع المغربي من ظروف مشددة (الفقرة الأولى)، وكذا ما ورد في التشريع الليبي (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: ظروف التشديد والعقاب في القانون المغربي :

شدد المشرع المغربي عقوبة جريمة الإجهاض إذا اقترنت بظرفين اثنين أساسيين هما :

- موت المرأة الحامل و اعتياد الجاني على الإجهاض- كما يتضح هذا الموقف المتشدد في نطاق أعمال المساعدة و التحريض على الإجهاض.

### أولاً : حالة موت المرأة الحامل :

إذا ترتب عن الإجهاض موت المرأة الحامل فإن العقوبة بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 449 ق . ج تكون هي السجن من عشر إلى عشرين سنة . سواء تم الإجهاض بموافقة المرأة الحامل المحني عليها أو بدون موافقتها، فالعقوبة المشددة تطبق في كلا الحالتين . ويطبق هذا الظرف المشدد أيضا على المحرضين<sup>2</sup> والمساعدين<sup>3</sup> . وعاقب المشرع على المساعدة على الإجهاض بالعقوبات المقررة في الفصلين 449 و 450 من المجموعة، وبحسب الأحوال، الأطباء والجراحين وملاحظي الصحة، وأطباء الأسنان أو الصيدلة، وعمال الصيدليات، والعشابون والمضمدون وبائعوا الأدوات الجراحية والمرضون، والمدلكون والمعالجون بالتسبب والقبالات العرفية إذا هم أرشدوا إلى وسائل تحدث الإجهاض أو نصحوا باستعمالها أو باشرها بالفعل<sup>4</sup> .

كما يحكم على من قام بالمساعدة طبقا للفصل السابق علاوة على تلك العقوبة، الحرمان من مزاولة المهنة إما بصفة نهائية وإما لمدة محدودة<sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - موقع <http://www.hibapress.com> ، تاريخ آخر زيارة 2016-06-05 ، على الساعة 16:15.

<sup>2</sup> - الفصل 455 من القانون الجنائي.

<sup>3</sup> - الفصل 451 من القانون الجنائي .

<sup>4</sup> - الفصل 451 من القانون الجنائي .

<sup>5</sup> - الفصل 87 من القانون الجنائي.

وبمقتضى الفقرة الثانية من المادة 455 المعدل عاقب المشرع بالحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة أو بإحدى العقوبتين فقط طائفة من المساعدين على الإجهاض وهم باعة الأدوية أو المواد أو الأجهزة أو الأشياء السابقة أو العاملين على بيعها على موزعيها أو العاملين على توزيعها بأي وسيلة كانت، شريطة أن يكونوا عاملين بأنها معدة للإجهاض حتى ولو كانت هذه الأدوية أو الأجهزة أو الأشياء المقترحة كوسائل على أنها فعالة في الإجهاض غير قادرة عمليا على تحقيقه.

وبمقتضى الفقرة الثالثة من ذات المادة (455) نص المشرع على أنه إذا تحققت جريمة الإجهاض على إثر العمليات والأعمال المشار إليها في الفقرة الثانية، فإن الفاعلين يعاقبون بالعقوبات المقررة في المادة 449 من ق. ج، ومعنى ذلك أنهم يتعرضون للعقاب المشدد لجريمة الإجهاض إذا حدث وفاة المرأة المجهضة، أو كان هؤلاء البائعون أو المعارضون أو الموزعون للأدوية أو المواد أو الأجهزة أو الأشياء يمارسون العرض أو التوزيع أو البيع بكيفية معتادة. أما المحرضون على الإجهاض فقد عاقبهم المشرع في المادة 1/455 بالحبس شهرين إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وهذه العقوبة واجبة كيفما كانت طريقة التحريض. وبغض النظر عن النتيجة التي أدت إليها أي سواء وقع الإجهاض فعلا أو لم يقع.

ويتضح من المادتين 451 و 455 ق. ج لم يلتزم فيهما بأحكام المشاركة المقررة في المادة 129 من ق. ج، وذلك لأن صور المساعدة أو التحريض فيهما أوسع نطاقا من تلك التي أتى بها في الفصل 129 من جهة، ومن جهة أخرى فالمؤكد هو أن المساعدة على الإجهاض بالتحريض أو الإرشاد أو بيع الأدوية أو الأدوات أو غيرها من الأشياء التي يكون معلوما أنها ستستعمل في الإجهاض معاقبة بغض النظر عن ارتكاب الفاعل الأصلي للإجهاض - أو محاولته - بالفعل من عدله.

وكما هو واضح أيضا فإن القانون تحوط لأمثال هؤلاء المجرمين الذين يرتكبون جرائم الإجهاض فاعتبر أن الحكم بالمؤاخنة في حق هؤلاء ينتج عنه وبحكم القانون الحرمان من مزاولة أية وظيفة أو القيام بأي عمل وبأية صفة كانت في مصحة أو دار للولادة أو في أي مؤسسة عامة أو خاصة تستقبل عادة - سواء بمقابل أو بغير مقابل - نساء في حالة حمل حقيقي أو ظاهر أو مفترض أيا كان عددهن، ونبه المشرع إلى أن الحرمان يطال المحكوم عليه من أجل محاولة الجريمة أو المشاركة فيها<sup>1</sup> كما أن كل خرق أو مخالفة للحرمان من المهنة السابقة، زجره المشرع بعقوبة حبسية ومالية، أو بإحداهن فقط<sup>2</sup>.

وزيادة في الاحتياط ومحاربة هذه الجرائم، أمام كثرة الأطر الطبية الأجنبية التي يعود إليها في الغالب التخصص في مجال أمراض النساء والتوليد والعاملين قرر المشرع حرمان الشخص من ممارسة المهن الطبية بالمغرب حتى ولو كان قد صدر الحكم عليه من طرف قضاء أجنبي بالمؤاخنة عن جريمة تدخل طبقا للقانون المغربي تحت مقتضيات الجرائم المعاقب عليها بالفصول 449 إلى 458 من القانون الجنائي، فحول محكمة الجرح التأديبية التي يقيم بدائرتها المحكوم عليه - بناء على طلب النيابة العامة - وبعد استدعاء قانوني موجه لصاحب الشأن أن تصرح مجتمعمة في غرفة المشورة بانطباق الحرمان المقرر في الفصل 456 ق. ج. وهي الحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وغرامة مالية من 200 إلى 1000 درهم أو بإحدى العقوبتين فقط.

<sup>1</sup> - الفصل 456 من القانون الجنائي .

<sup>2</sup> - الفصل 458 من القانون الجنائي .

## ثانيا : حالة اعتياد الجاني على الإجهاض :

نص المشرع على هذه الحالة في الفصل 450 الذي جاء فيه : " إذا ثبت أن مرتكب الجريمة يمارس الأفعال المشار إليها في المادة السابقة بصفة معتادة، ترفع عقوبة الحبس إلى الضعف في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل 449 ، وتكون العقوبة هي السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل 449.

وفي الحالة التي تطبق فيها عقوبة جنحية فقط حسب هذا الفصل أو الفصل 449 ، فإنه يجوز علاوة على ذلك أن يحكم عليه بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40<sup>1</sup> ق . ج . وبالمنع من الإقامة من خمس سنوات إلى عشر "

وقد قصد المشرع من هذا التشديد، الضرب على أيدي الجناة الذين يتجاسرون على تكرار القيام بإجهاض الحوامل والاعتياد على ذلك . هذا ولم يحدد المشرع عدد المرات التي يتحقق بها الاعتياد، وأقل درجة من الاعتياد مرتين، ويبقى الأمر متروكا لتقدير القضاء الذي يتحقق من قيام عنصر الاعتياد بالنسبة لكل متهم حسب ظروف وملازمات كل قضية على حدة .

و الجدير بالذكر والتنبيه أن هذا الظرف لا يسري إلا في حق الجاني من الغير، أما إذا أجهضت الأم نفسها عدة مرات فلا يتوافر في حقها هذا الظرف المشدد، لأن هذا النص يستهدف بالأساس مواجهة أولئك الذين يحترفون الإجهاض ويشجعون عليه.

وتختلف العقوبة المقررة في هذه الحالة بحسب موت الأم الحامل أو عدم موتها، فإن ماتت، فالعقوبة هي السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة، أما إذا لم تمت فإن عقوبة الحبس - المنصوص عليها في الفقرة 1 من ف : 449 - تضاعف لتصل إلى عشر سنوات فضلا عن غرامة يصل حدها الأقصى إلى ألف درهم.

ومعنى ذلك أن العقوبة تشدد إلى الضعف وقد تصل بالسجن إلى ثلاثين سنة إذا ماتت الأم عندما يكون الجاني معتادا على أفعال الإجهاض ولكن كيف يكون الشخص معتادا على الإجهاض؟

وكما يعبر النص إذا ثبت أن مرتكب الجريمة يمارس هذه الأفعال بصفة معتادة فالاعتياد هو الاحتراف، والاحتراف يعني أن الشخص يعول في معاشه على هذا العمل ولكن هذا المعنى يتجاوز حدود النص لأن المشرع يقصد من ورائه الضرب على أيدي هؤلاء الذين يعملون على تكرار هذه الأفعال والاعتياد عليها سواء عول في معاشه على هذه الأفعال أو لم يعول عليها.

<sup>1</sup> - الفصل 40 من القانون الجنائي :

"يجوز للمحاكم، في الحالات التي يحددها القانون، إذا حكمت بعقوبة جنحية أن تحرم المحكوم عليه، لمدة تتراوح بين سنة وعشر سنوات، من ممارسة حق أو عدة حقوق من الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية المنصوص عليها في الفصل 26..."

فقد يعول في معاشه على أعمال أخرى إلى جانب أفعال الإجهاض ولكنه مع ذلك يعد معتادا أو يسأل عن الظرف المشدد.

وهذا الظرف لا يسري إلا في حق الجاني من الغير أما إذا أجهضت الأم نفسها عدة مرات فلا يتوفر في حقها هذا الظرف المشدد، لأن هذا النص يستهدف مواجهة أولئك الذين يحتفون ويشجعون بخبراتهم على إجهاض الحوامل، كما سبقت الإشارة إليه.

ويلاحظ أن المشرع لم يتساهل مع المرأة التي تجهض نفسها حتى وإن كان برضاها أو قبلت بذلك إلا أنه لأقر لها عقوبة مخففة.

وما تتمتع به من عذر ما هو إلا دليل على رافة المشرع بها إثر الضغوطات الاجتماعية والنفسية التي تعثرها وتدفعها لارتكاب الفعل الجرمي.<sup>1</sup>

### الفقرة الثانية: ظروف التشديد والعقاب في القانون الليبي:

اعتبر المشرع الليبي الإجهاض جنائية إذ وقع بغير رضا الحامل، أو إذا وقع برضاها وأدى إلى وفاتها أو نتج عنه أذى شخصي جسيم أو خطير، أما إذا وقع الإجهاض برضا الحامل ولمن لم يؤد إلى وفاتها أو إيدائها، فإنه يعد جنحة ويعاقب عليه عقوبة الجنحة.

ونص المشرع الليبي على ظرفين للتشديد، أولهما متعلق بنتيجة الإجهاض وثانيهما مرتبط بصفة الجاني.

### أولا: نتيجة الإجهاض:

فإذا أدى الإجهاض إلى موت الحامل تكون العقوبة هي السجن لمدة عشر سنوات، أما إذا كانت نتيجة الإجهاض أذى شخصي خطير فإنه يعاقب طبقا للمادة 381 من ا قانون العقوبات.

أما الأذى الجسيم فلم ير المشرع فيه ما يستدعي تشديد العقاب، ويستوي لقيام هذا الظرف المشدد أن تحدث الوفاة والإجهاض معا، أو تحدث الوفاة عقب الإجهاض مباشرة، فيجوز أن تحدث الوفاة بعد مدة من الإجهاض، على أن يكون السبب في حدوث الوفاة هو الإجهاض لا سبب آخر.

### ثانيا: صفة الجاني:

نص المشرع الليبي على تشديد العقوبة على الجاني كلما كان الشخص يزاول مهنة طبية واردة في الفصل 395 من قانون العقوبات، وتشمل الطبيب والصيدلي والجراح والقابلة والحكيمة والممرضة، ولا يشترط أن يكون الجاني قد قيد اسمه في سجل النقابة أو حصل على ترخيص بمزاولة المهنة - بل مجرد حصوله على الشهادة العلمية التي تخوله العمل بالمهنة الطبية كاف لتشديد العقوبة عليه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - سعاد حميدي، الوجيز في شرح القانون الجنائي الخاص، مرجع سابق، ص: 135.

<sup>2</sup> - عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 440 و 441.

خاتمة :

من خلال ما سبق نلاحظ أن جريمة الإجهاض تحظى باهتمام الفقه والقانون من خلال المقتضيات المسطرة لها، إلا أن هذا النوع من الجرائم يحظى بأهمية كبرى لما يتداخل فيها من معطيات قانونية واجتماعية وكذا الأثر الذي ينتج عنها. وينبغي على المشرع أخذ الحيطة والحذر في إطار تقنين هذا النوع من الجرائم لارتباطه الوثيق بالشرعية السمحة، والثواب التي تقوم عليها المملكة، وعدم الانجراف لأي مطالبة بتجاوز ما تنص عليه المصادر الأصلية للشرعية الإسلامية، كذلك يجب مراعاة الاجتهاد البناء والاعتماد على مقاربة تشاركية دون إقصاء.

ونسجل تجاوب المؤسسة الملكية وباقي المؤسسات من خلال التعديل الأخير الذي حسم النقاش وسيجيه بإطار قانوني قاطعا الطريق أمام بعض المطالبات الشاذة.

✓ لائحة المراجع :

• الكتب :

- أحمد الخليلي، القانون الجنائي الخاص (الجزء الثاني)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرباط، 1986.
- يوسف القسطاسي، حفظ النسل في الإسلام - رعايته وتنظيمه - مطبعة قرطبة، الطبعة الأولى، سنة 2012.
- عائشة أحمد سالم حسن، الاحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان - الطبعة الأولى، سنة 2008.
- إيلي قهوجي، الجرائم الأخلاقية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى.
- محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، دار الجوهري للطباعة والنشر، القاهرة، سنة 1951.
- سعاد حميدي، الوجيز في شرح القانون الجنائي الخاص، مطبعة سليكي أخوين، الطبعة الثانية، سنة 2015.
- نشأت أحمد نصيف، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2010.

• المجلات :

- مأمون الرفاعي، جريمة الإجهاض في التشريع الإسلامي : أركانها وعقوبتها، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، مجلد 25، عدد 5، سنة 2011.

- ابراهيم رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، سلسلة إصدارات الحكمة، مجلة الحكمة، الطبعة الأولى.

• المعاجم :

- ابن منظور، لسان العرب، الجزء 7

• المواقع الإلكترونية :

- <http://ffesj.forumaroc.net>

- <http://www.hibapress.com>

## قراءة نعيمية في القانون رقم 81.12 المنعلق بالساحل



من إعداد : الرابي محمد ، باحث في الدراسات  
العقارية والتعمير ، إطار بوزارة العدل والحريات  
مشرف على قسم الجرائم المالية و الاقتصادية  
بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء - المغرب

يلعب الساحل دورا محوريا سواء من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية او من الناحية البيئية، في مختلف بلدان المعمور، وهو ما دفع بالعديد منها الى وضع ترسانة قانونية تحمي هذه الرقعة الجغرافية من كل عبث او تهوور يمكن ان يفقدها قيمتها، والمغرب كغيره من الدول المخروط اصدر في السنوات الاجيرة مجموعة من القوانين ذات البعد البيئي والحماي للمجالات الطبيعية والايكولوجية وكذا المساهمة في المحافظة على توازن الأنظمة البيئية ، وعلى التنوع البيولوجي، وحماية الموروث الطبيعي والثقافي، والمواقع التاريخية، والأركيولوجية، والايكولوجية، والمناظر الطبيعية بالمناطق الساحلية، خاصة في ظل وجود قانون خاص ينظمه باستثناء بعض النصوص المتناثرة هنا وهناك في التشريع المغربي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر مقتضيات الفصل 517 من القانون الجنائي كما وقع تغيير وتتميمه بالمادة الفريدة من القانون رقم 10.11 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.152 بتاريخ 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 6 شوال 1432 (5 سبتمبر 2011)، ص 4396. والذي ينص على انه ".....تطبق نفس العقوبة على سرقة الأخشاب من أماكن قطعها والأحجار من محاجرها والرمال من الشواطئ أو من الكثبان الرملية الساحلية أو من الأودية أو من أماكنها الطبيعية والأسماك من بركة أو حوض أو ترعة خاصة. غير أنه إذا تعلق الأمر بجنحة سرقة الرمال من الأماكن المنصوص عليها في الفقرة السابقة وتم تحديد الكمية المسروقة منها، فإن الغرامة تكون خمسمائة درهم عن كل متر مكعب على أن لا تقل عن ألف ومائتي درهم. ويعتبر كل جزء من متر مكعب بمثابة متر مكعب. تأمر المحكمة، علاوة على ذلك، بأن يصادر لفائدة الدولة، مع حفظ حقوق الغير حسني النية، الآلات والأدوات والأشياء ووسائل النقل التي استعملت في ارتكاب الجريمة أو كانت ستستعمل في ارتكابها أو التي تحصلت منها وكذلك المنح وغيرها من الفوائد التي كوفئ بها مرتكب الجريمة أو كانت معدة لمكافأته".

ويلاحظ ان السواحل اكثر المجالات تدهورا بفعل ضغط الساكنة وسوء التدبير والناتج عن العجز الحاصل في مجال محاربة التلوث الناتج عن الأنشطة الصناعية وعن تصريف النفايات والمياه المستعملة من طرف التجمعات السكانية<sup>1</sup>، بالإضافة الى تناثر البنايات العشوائية على طول السواحل الوطنية، كل هذا نتيجة التحولات المتسارعة التي شهدتها الأوساط، خاصة الحضرية القريبة منها على وجه الخصوص بفعل ارتفاع وتيرة النزوح القروي نحو المدن وتفشي مظاهر التهميش الحضري وبروز حركة صناعية منظمة مما ساهم في ازدياد الطلب على السكن<sup>2</sup>.

وأمام هذه الوضعية كان لابد من مبادرة الدولة لوضع حلول قانونية لتدارك هذا الوضع المتدهور، والحد من تفاقم اثاره السلبية. وهذا ما عمل عليه المشرع من خلال إقراره لمجموعة من الآليات القانونية والمؤسسية، من بينها اخراج القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل<sup>3</sup> الى حيز الوجود، هذا الاخير تضمن مجموعة من المقتضيات المرتبطة بقانون التعمير<sup>4</sup>.

ولا يختلف اثنان على ان التعمير اصبح محط اهتمام مختلف الفاعلين نظرا لما نتج عنه من مشاكل وتعقيدات يستوجب حلها ضرورة التدخل عن طريق اجراءات فعالة<sup>5</sup>، حيث إن المجال اليوم باعتباره كيانا جغرافيا اقتصاديا واجتماعيا أصبح يمارس آثارا مختلفة المستويات بما فيها الساحلية بصورة مباشرة.

وانطلاقا من كل ما سبقت الاشارة اليه، فالسؤال الذي نعتبر طرحه والاجابة عنه باقتضاب مسألة اساسية لتناول هذا الموضوع هو كالتالي: ما مدى تلائم المقتضيات التعميرية الواردة في القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل مع باقي القوانين الصلة بمجال التعمير بالمغرب؟.

الإجابة عن هذا السؤال، تقتضي منا الوقوف على مستجدات القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل في ميدان التعمير بين الفعالية والمحدودية في مبحث اول ثم في مبحث ثان، على مراقبة وزجر مخالفات التعمير في ضوء هذا القانون، حتى اذا لم نظفر بالجواب كان لنا شرف الاقتراب منه

### المبحث الأول : مستجدات القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل في ميدان التعمير بين الفعالية والمحدودية.

يعتبر تنظيم المجال الترابي، بحكم عملية النمو الديمغرافي من الاكراهات التي فرضت نفسها على المجتمعات الحديثة، حيث ان العمارة لم تعد رمزا للسمو الحضاري او تعبيراً عن فن جمالي بقدر ما اصبحت وسيلة فعالة لخلق فضاء جغرافي متجانس، يجمع بين هاجس الجمالية واتقاء الفوضى والعشوائية بهدف تحقيق نمو ترابي ذي ابعاد اقتصادية واجتماعية وبيئية<sup>6</sup>، اذ انه من غير الممكن لأي مجتمع بشري ان ينهض ويتطور ويستمر الا بوجود نظام عام

<sup>1</sup> - الهادي مقداد، "قانون البيئة"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2012، ص 123.

<sup>2</sup> - أحمد مالكي، "التدخل العمومي في ميدان التعمير بالمغرب"، أطروحة لنيل الدكتوراه جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2007-2008، ص 211.

<sup>3</sup> - ظهير شريف رقم 1.15.87 صادر في 29 من رمضان 1436 (16 يوليو 2015) بتنفيذ القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل الجريدة الرسمية عدد 6384 بتاريخ 20 شوال 1436 (6 أغسطس 2015)، ص 6892.

<sup>4</sup> - ظهير شريف رقم 1.92.31 صادر في 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992) بتنفيذ القانون رقم 012.90 المتعلق بالتعمير الجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 (15 يوليو 1992)، ص 887. كما تم تعديله: بالقانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.124 بتاريخ 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)؛ الجريدة الرسمية 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016)، ص 6630.

<sup>5</sup> - أحمد بويحيوي، "توجه محاكم الاستئناف الإدارية في بعض المنازعات المرتبطة بميدان التعمير"، مقال منشور بمجلة الرقيب العدد الأول أكتوبر 2011، ص 20.

<sup>6</sup> - عبد العزيز يعكوبي "قانون التعمير ومسألة التعويض قراءة في بعض الاشكالات" مقال منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 149 ص 227.



يحقق شروط الامن والسلامة الصحية والطمأنينة<sup>1</sup>، وهذا ما حاول القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل تحقيقه على مستوى السواحل الوطنية وذلك عن طريق اقراره لمجموعة من الاليات الجديدة لضبط هذا المجال (مطلب اول) التي قد تطرح طبيعة العلاقة التي تربط بين الساحل والتعمير (مطلب ثان).

### المطلب الأول: الاليات الجديدة لضبط المجال في قانون الساحل.

اصبح الحديث عن البيئة<sup>2</sup> من الامور الاساسية في الوقت الحاضر، والتي اصبحت مشكلة تزداد تعقيدا وتشابكا، مما فرض ضرورة التدخل الفوري لتشخيص الوضع خاصة على مستوى السواحل التي تعرف غياب اطار قانوني لمواجهة الاخطار المحدقة بها، حيث جاء القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل بمجموعة من المبادئ والقواعد الاساسية من اجل تدبير مندمج ومستدام للساحل، وكذا حمايته واستصلاحه والحفاظ عليه، وهي المخطط الوطني للساحل (فقرة اولى) والتصاميم الجهوية للساحل (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: المخطط الوطني للساحل.

من خلال الاضطلاع على مقتضيات القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل يتضح ان المشرع المغربي نص على ضرورة وضع المخطط الوطني للساحل، لمدة عشرين (20) سنة على الأكثر، كألية لتدبير مندمج لهذا المجال اعتمادا على المعطيات العلمية والسوسيواقتصادية، وباعتماد مقاربة تدبير مندمج تراعي النظام البيئي الساحلي والتغيرات المناخية.

حيث حددت المادة 4 من هذا القانون النتائج المرجوة من خلال وضع هذا المخطط، والمتمثلة في :

- تحديد التوجهات والأهداف العامة المراد بلوغها في مجال حماية الساحل واستصلاحه والحفاظة عليه، مع مراعاة السياسة الوطنية المتبعة في إعداد التراب وأهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية ومقتضيات هذا القانون.
- إدماج بُعد حماية الساحل في السياسات القطاعية، خاصة في مجالات الصناعة والسياحة والإسكان وأشغال البنيات التحتية.
- تحديد المؤشرات المناسبة الواجب مراعاتها قصد ضمان التناسق بين برامج الاستثمار وتحديد الوسائل الكفيلة بتحقيق الانسجام بين مختلف مشاريع التنمية المزمع إنجازها في الساحل.
- التنصيص على التدابير الواجب القيام بها بغية وقاية الساحل من التلوث ومحاربة هذا التلوث والتقليص منه.

ضمان الانسجام والتكامل بين التصاميم الجهوية للساحل.

وإذا كانت هذه بصفة عامة اهم الاهداف التي المخطط الوطني للساحل الى تحقيقها، فانه يمكن ان نبدي مجموعة من الملاحظات، اهمها اقرار المقاربة القطاعية في مجال حماية الساحل والتي سوف تكون لها نتائج وخيمة، نظرا لكون

<sup>1</sup> - لمزيد من المعلومات حول علاقة التعمير بالنظام العام ينظر عبد المجيد السملالي "دور التعمير في المحافظة على النظام العام" المجلة المغربية للانظمة القانونية والسياسية العدد السادس دجنبر 2005

<sup>2</sup> - خاصة بعد تنظيم المغرب لمؤتمر من مؤتمر الأطراف (COP22) بمدينة مراكش خلال الفترة ما بين 7 و18 نوفمبر 2016 بمشاركة ما يزيد عن 196.

هذه المقاربة غالبا ما تكون ضيقة ومقتصرة على عناصر محددة بذاتها تاركة عناصر اخرى خارج دائرة الاهتمام، مما يعني المعالجة الجزئية.

### الفقرة الثانية : التصميم الجهوي للساحل.

على خلاف المخطط الوطني للساحل، حاول المشرع من خلال القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل الى التخفيف من طغيان الطابع المركزي للآليات الجديدة المنظمة للساحل، وذلك بمنحه لمجلس الجهة او المجالس الجهوية المعنية امكانية اعداد هذا الصنف من التصاميم كما نصت على ذلك المادة 6 من القانون السالف الذكر.

ويجب ان يعد هذا التصميم وفقا لأهداف وتوجهات المخطط الوطني للساحل في حالة وجوده، اما في حاله عدم وجوده فانه يجب على التصميم الجهوي ان يأخذ بعين الاعتبار تدابير تهيئة الساحل وحمائته واستصلاحه والحفاظة عليه المعمول بها<sup>1</sup>، خاصة تلك المتعلقة بوثائق التعمير واعداد التراب الوطني المحدثه وفقا للتشريع الجاري به العمل، وكذا التدابير المتعلقة بالمناطق المحمية الساحلية وخصوصيات المنطقة التي سيتم تنزيل المخطط عليها، ومن وجهة نظرنا فان هذا المعطى يعتبر من بين اكثر الايجابيات التي حملها هذا القانون، اذ سيساهم في خلق الانسجام بين المخططات المتعلقة بالساحل وباقي المخططات الوطنية والجهوية والمحلية الاخرى، وما يعنيه ذلك من عقلنة الحماية وحسن تدبير ومحاربة مختلف اشكال التلوث البحري، وحماية الملك العام البحري والاستغلال العقلاني للموارد الساحلية وتجنب الاضرار السلبية المحتملة<sup>2</sup>.

ويتضح من خلال قراءة المادة 22 من هذا القانون التي تنص على انه "يجب أن يتم كل إحداث تجمعات عمرانية أو توسيع تجمعات عمرانية قائمة في اتجاه المجالات الأكثر بعدا عن الساحل. يجب أن يُبرر، في وثائق التعمير، كل إحداث أو توسيع مرتقب لتجمع عمراني في اتجاه المجالات القريبة من الساحل بمعايير تتعلق بطبيعة الأماكن المعنية أو بضرورة إحداث مناطق أنشطة اقتصادية تتطلب، بحكم طبيعتها، القرب من البحر.

ويجب أن تنص هذه الوثائق على الحفاظ على المجالات الطبيعية وتأهيلها للفصل بين هذه التجمعات."

حيث ان هذا المقتضى ينسجم والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية العميقة التي اوضحت تعرفها المراكز الحضرية القريبة من الساحل والتي اصبحت عاجزة عن استيعاب النمو الديمغرافي المرتفع وبالتالي تلبية الحاجيات الضرورية والجديدة للوافدين عيها، خاصة تلك المتعلقة بالسكن حيث تمت استباحة السواحل من طرف مافيا العقار قصد البناء فوقها.

واذا كان هذا عن المشرع المغربي فان المشرع الجزائري كان أكثر دقة من نظيره المغربي عندما فرض على الدولة والجماعات الاقليمية أثناء إعداد وثائق التهيئة والتعمير أن :

- أن تسهر على توجيه توسع المراكز الحضرية القائمة نحو مناطق بعيدة عن الساحل والشاطئ البحري.

<sup>1</sup>- المادة 7 من القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل.

<sup>2</sup>- عبد المجيد السملالي مرجع سابق ص 110.

- تصنيف المواقع التي يطابعها الايكولوجي او الطبيعي او الثقافي او السياحي في وثائق تهيئة الساحل كمساحات مصنفة خاضعة لارتفاعات منع البناء عليها<sup>1</sup>.

وتجب الاشارة الى ان المادة 8<sup>2</sup> من القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل حددت مضمون التصميم الجهوي، في حين نصت المادة 9 من نفس القانون على ضرورة عرض مشروع التصميم الجهوي على لجننتين:

- الأولى اللجنة الجهوية للتشاور: وذلك قصد ابداء الرأي فيه وهي متألّفة من من والي الجهة أو ممثله ومن رئيس الجهة أو من يمثله ومن ممثلي الإدارات ومجالس الجماعات الترابية المعنية والمؤسسات العمومية ومعاهد وهيئات البحث والهيئات المهنية المعنية وكذا الجمعيات التي تنشط في مجال حماية الساحل.

- الثانية اللجنة الوطنية للتدبير المندمج للساحل.

إلا أن الملاحظة التي يمكن ابدائها بخصوص مراحل اعداد هذا المخطط هو غياب مبدأ مشاركة المواطنين وابداء ملاحظاتهم حوله، وفي هذا الاطار يمكننا الاستعانة ببعض المبادئ الواردة في قانون التعمير كالمادة 25 من هذا الاخير التي تنص على ضرورة اجراء بحث يهدف الى اطلاع العموم على المشروع وتمكينه من ابداء ملاحظاتهم حوله، او

<sup>1</sup> بل ان المشرع الجزائري ذهب اكثر من ذلك عندما نص في المادة 22 من القانون رقم 02-02 المتعلق بحماية الساحل وتثمينه على ضرورة توفر التجمعات السكانية الواقعة في منطقة ساحلية والتي يفوق عدد سكانها مائة الف (100000) نسمة على محطة لتصفية المياه العادمة. اما التي يقل عدد سكانها على هذا العدد أي تلك التي يقل عدد سكانها عن مائة الف (100000) فانه يجب ان تتوفر على اساليب وانظمة لتصفية المياه العادمة.

في حين ان وثائق العمير في التشريع المغربي - المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية نموذجاً- لا تشير الى ضرورة ان تتضمن هذه الوثائق لمبادئ الصرف الصحي والاماكن الرئيسية التي تصب فيها المياه المستعملة وكذا الاماكن التي توضع فيها النفايات المنزلية ....

<sup>2</sup>-والتي تنص على انه " يحدد التصميم الجهوي للساحل على الخصوص:

- الغرض المخصصة له المنطقة أو المناطق المعنية بالتصميم، بناء على تشخيص الحالة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية العامة لكل منطقة من هذه المناطق؛

- الفضاءات الساحلية من الجزء البري المراد تهيئتها أو إعادة تأهيلها أو استصلاحها وكذا المناطق التي تستوجب اتخاذ تدابير ترمي إلى تسوية وضعيتها العقارية قصد مطابقتها مع مقتضيات هذا القانون؛

- التدابير الواجب اتخاذها بغية إعادة تأهيل المناطق المتدهورة بفعل إحداث جحور أو مغارات أو تهيئات مشابهة على طول شط البحر وكذا تدابير معالجة الآثار السلبية المترتبة عنها؛

- حدود المنطقة التي يمنع فيها البناء طبقا لمقتضيات المادة 15 أدناه؛

- حدود المنطقة التي يمنع فيها إنجاز البنيات التحتية المتعلقة بالنقل طبقا لمقتضيات المادة 17 أدناه؛

- تدابير إدماج الموانئ الترفيهية في المواقع الطبيعية والتجمعات العمرانية؛

- الأماكن التي لا يجوز فيها صب المقذوفات السائلة المشار إليها في المادة 37 أدناه، وعند الاقتضاء، الأماكن الملائمة لإقامة محطات تصفية هذه المقذوفات أو معالجتها؛

- الفضاءات المخصصة لإقامة المخيمات ومركبات التخييم، بما في ذلك أماكن إحداث المرافق الصحية وخدمات السلامة وكذا القواعد والتعليمات الواجب احترامها قصد استغلال هذه الفضاءات؛

- المجالات البحرية المخصصة لاستعمال المركبات المائية والجوية ذات المحرك والآليات الترفيهية المائية والجوية وكذا قواعد استعمال هذه المركبات والآليات؛

- المناطق التي تمنع فيها ممارسة بعض الأنشطة أو تخضع فيها لشروط أو متطلبات خاصة. ولا يطبق هذا المقتضى على نشاط الصيد البحري؛

- أماكن إحداث مسالك وممرات ولوج العموم إلى شط البحر؛

- العلو المطبق على المنشآت والبنائيات والتجهيزات المراد إنجازها داخل المنطقة المنصوص عليها في المادة 15 أدناه؛

- المناطق التي تتطلب اتخاذ التدابير الخاصة طبقا لمقتضيات المادة 27 أدناه؛

التدابير التكميلية اللازمة قصد ضمان المحافظة المتلى على الساحل، بما فيها تدابير التوعية والتربية البيئية ."

اخضاعه للبحث العمومي والبحث البيئي الاستراتيجي طبقا للمادة 27 من القانون الاطار رقم 99-12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة<sup>1</sup>، حيث يهدف هذا النظام إلى تقييم مدى مطابقة السياسات والاستراتيجيات والبرامج ومخططات التنمية مع مستلزمات حماية البيئة والتنمية المستدامة المنصوص عليها في هذا القانون- الإطار.

وانطلاقا من كل ما سبقت الاشارة اليه سواء تعلق الامر بالمخطط الوطني او المخططات الجهوية للساحل يمكن أن نبدي مجموعة من الملاحظات يمكن صياغتها على الشكل التالي :

- غياب الخيط الناظم بين هذا القانون وباقي النصوص القانونية الاخرى أهمها تلك المؤطرة للبيئة بصفة عامة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر القانون المتعلق بحماية واستصلاح البيئة<sup>2</sup>، القانون المتعلق بدراسات التأثير على البيئة<sup>3</sup>، القانون المتعلق بمكافحة تلوث الهواء<sup>4</sup>، وكذلك القانون المتعلق بالماء<sup>5</sup>. هذه القوانين وغيرها من القوانين التي يجب على المخططات الوطنية او الجهوية للساحل ان تأخذها بعين الاعتبار خاصة في ظل تزايد انواع التلوث التي تتعرض لها السواحل.

- غياب الانسجام بين المخططات المنظمة للساحل وبين المخططات القطاعية التي تبناها المغرب في السنوات الاخيرة خاصة المتعلقة بالساحل كالاستراتيجية الطاقات المتجددة واستراتيجية التسريع الصناعي والاستراتيجية الوطنية للماء الى جانب سياسة محاربة السكن غير اللائق والمخططات الوطنية لإعداد التراب.

- محدودية دور الجهات والجماعات المحلية حيث اعطى القانون التنظيمي للجماعات<sup>6</sup> تدبير الساحل الواقع في النفوذ الترابي للجماعة طبقا للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل كذا تهيئة الشواطئ والمرات الساحلية والبحيرات ووضف الأنهار الموجود داخل تراب الجماعة لهذه الاخيرة في المادة 87 كأحد الاختصاصات المشتركة للجماعة مع الدولة والتي تتم بشكل تعاقدي، إما بمبادرة من الدولة أو بطلب من الجماعة المعنية.

### المطلب الثاني : العلاقة الجدلية بين الساحل والتعمير.

إذا كان المشرع المغربي من خلال القانون الجديد المنظم للساحل قد جاء بمجموعة من الاليات الجديدة لحماية الساحل، في ظل عدم اهتمام قوانين التعمير بهذا الموضوع رغم التداخل الحاصل بينهما، حيث ان وثائق التعمير تغطي مجموعة من المناطق الساحلية، بل الاكثر من ذلك ان هذه المناطق يتم التعامل معها كباقي المناطق الاخرى رغم ما تتميز به من خصوصية تحتم ضرورة اخذها بعين الاعتبار.

<sup>1</sup> - ظهير شريف رقم 1.14.09 صادر في 4 جمادى الأولى 1435 (6 مارس 2014) بتنفيذ القانون الإطار رقم 99.12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة. الجريدة الرسمية عدد 6240 الصادرة بتاريخ 18 جمادى الأولى 1435 (20 مارس 2014)

<sup>2</sup> - ظهير شريف رقم 1.03.59 صادر في 10 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003) بتنفيذ القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة الجريدة الرسمية عدد 5118 بتاريخ 18 ربيع الآخر 1424 (19 يونيو 2003)، ص 1900.

<sup>3</sup> - ظهير شريف رقم 1.03.60 صادر في 10 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003) بتنفيذ القانون رقم 12.03 المتعلق بدراسات التأثير على البيئة الجريدة الرسمية عدد 5118 بتاريخ 18 ربيع الآخر 1424 (19 يونيو 2003)، ص 1909.

<sup>4</sup> - ظهير شريف رقم 1.03.61 صادر في 10 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003) بتنفيذ القانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء الجريدة الرسمية عدد 5118 بتاريخ 18 ربيع الآخر 1424 (19 يونيو 2003)، ص 1912.

<sup>5</sup> - القانون رقم القانون رقم 10-95 المتعلق بالماء والذي كان ساري المفعول اثناء وضع القانون المتعلق بالساحل قبل ان يتم نسخه وتعويضه بالقانون رقم 36.15 الصادر بتاريخ 10 غشت 2016 المتعلق بالماء.

<sup>6</sup> - ظهير شريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات الجريدة الرسمية عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، ص 6660.

ولا تخفى أهمية الساحل إيكولوجية واقتصادية. باعتبار هيشكل مصدرا لكسب قوتعيش فئة كبيرة من السكان المتواجدة به، على الرغم من ان هذا المعطى فان هذا الاخير تحول في نفس الوقت الى مصدر قلق نظرا لما يعانیه مناخاتللات مجالية وتدهور، بالإضافة الى عدم اهتمام المتدخلين في ميدان التعمير بهرغم تزايد عدد سكانه<sup>1</sup>.

هذا من جهة اما من جهة اخرى فان علاقة التعمير بصفة خاصة واعداد التراب بصفة عامة بالساحل هي علاقة ترابط ولا تقبل الفصل بينهما، حيث ان وثائق التعمير أهم وسيلة تستعملها الدولة في إنتاج وهيكله المجال الحضري وذلك بفتح مناطق جديدة للتعمير وتزويدها بمختلف التجهيزات والمرافق الضرورية منها المناطق الساحلية خاصة :

- مخطط توجيه التهيئة العمرانية : الذي يعتبر اداة لتحديد اختيارات التهيئة، التي يتطلبها تحقيق تنمية متناسقة على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي للرقعة الأرضية التي يشملها، وكذا تحديد المناطق العمرانية الجديدة وتواريخ السماح بالقيام بعمليات عمرانية فيها، مع الحفاظ بوجه خاص، على الأراضي الزراعية والمناطق الغابوية التي تتولى السلطة التنظيمية تحديدها بالإضافة الى تحديد والاغراض العامة المخصصة لها الاراضي، تحديد القطاعات التي يجب القيام بإعادة هيكلتها أو تجديدها.... كما جاء في المادة 4 من قانون التعمير كل هذا لمدة لا يمكن أن تجاوز 25 سنة<sup>2</sup>.

وفي هذا الاطار فانه يوجد المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية الساحلية: ويهدف الى تغطية عملية التهيئة بالمجالات الحضرية الساحلية<sup>3</sup>.

- تصميم التهيئة : الذي يضطلع به دور جوهري في مجال برمجة التنمية الاقتصادية والاجتماعية والعمرانية، إذ بواسطته يتم التحكم في المجال وضبطه، كما أنه أداة لترجمة توجهات المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية عن طريق مبادئ قانونية يمكن الاحتجاج بها عند الاقتضاء أمام الإدارة أو المجالس الجماعية، كما انه يعتبر أداة ووسيلة للتخطيط الحضري يهدف إلى التحكم في استعمال ومراقبة المجال وضبطه خاصة الساحلي<sup>4</sup>.

إلا أنه بالرغم من الدور الذي يلعبه هذا التصميم من دور في المناطق الساحلية فقد تعترضه بعد العراقيل التي تجعل تعصف بأهدافه، ونذكر في هذا الاطار، مثالايتعلق بتصميم تهيئة الشريط الساحلي لإقليم سطات المصادق عليه سنة 2001، الذي فتح في وجه التعمير عقارا محبسا تحببسا معقبا يمتد على مساحة 501 هكتار بجماعة سيدي رحال الشاطئ على الرسم العقاري عدد 13990 س، علما أن هذا النوع من العقارات تستعصي تعبئته وهو ما رهن المنطقة التي تعرف تجزئات مرخصة على هامش الشرعية علاوة على حي غير منظم استوجب التدخل لإعادة الهيكلة من طرف الجهات المختصة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- ياسين بنجدية "التعمير وتنظيم الساحل بالمغرب" رسالة لنيل دبلوم الماستر في الدراسات العقارية والتعمير كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الاول بسطات السنة الجامعية 2015-2016 ص 118.

<sup>2</sup>- المادة 2 من قانون التعمير.

<sup>3</sup>- عبد الحق الذهبي "منازعات قانون التعمير: اشكالات انهاء اثار تصاميم التهيئة من خلال مواقف القضاء الاداري المغربي" مداخلة بمناسبة انعقاد ندوة "دور القضاء الاداري في حماية الحقوق والحريات الاساسية" بكلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية يوم 14 فبراير 2009.

<sup>4</sup>- نور الدين الشكوطي "تصميم التهيئة بين متطلبات التنمية العمرانية وإكراهات الواقع" رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار كلية العلوم الاجتماعية والاقتصادية القانونية جامعة محمد الاول وجدة السنة الجامعية : 2007 - 2008، ص 9.

<sup>5</sup>- أحمد مالكي، مرجع سابق ص 285.

- تصميم التطبيق: عبارة عن وثيقة تعميمية تمكن الإدارة والجماعات المحلية من اتخاذ التدابير التحفظية اللازمة لإعداد تصميم التهيئة والحفاظ على توجيهات مخطط توجيه التهيئة العمرانية<sup>1</sup>، لمدة لا تتجاوز سنتين.

وبصفة عامة فإن جل هذه التصاميم لا يسري فقط في العالم الحضري فقط بل فهي تسري حتى في العالم القروي بما في ذلك المناطق الساحلية، بالإضافة الى التصاميم الخاصة بتوسيع نطاق العقارات القروية، وهو ما يعني اتساع الرقعة الجغرافية المغطاة بوثائق التعمير بالنسبة للمناطق الساحلية.

- التصاميم الخاصة بتوسيع نطاق العقارات القروية<sup>2</sup>: والتي تهدف الى تحديد المناطق المخصصة لسكنى الفلاحين وتشديد مرافق خاصة بالاستغلال الفلاحي؛ والمناطق المخصصة للسكنى من نوع غير فلاحي وللتجارة والصناعة التقليدية والعصرية؛ والمناطق التي يمنع فيها كل بناء؛ وتخطيط الطرق الرئيسية للسير؛ الأمكنة المخصصة للمساحات العمومية والمساحات العارية والغراسية؛ والأمكنة المخصصة للبنىات والمصالح العمومية وكذا للمنشآت الخاصة بالحياة الاجتماعية ولاسيما بالسوق وبملاحقاته<sup>3</sup>.

وتقوم هذه التصاميم بتحديد وتوطين المراكز القروية بما فيها الواقعة بالسواحل، فهي تحدد الرتبة التي يجب ان تضطلع بها على المدى القصير<sup>4</sup>، وبالتالي نوعية الوظائف التي يجب توفيرها والتي من شأنها ان تدعم دور هذه المراكز ومكانتها<sup>5</sup>.

هذا دون ان ننسى التجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات<sup>6</sup>، الذي يعتبر ترجمة لهذه الوثائق. الوثائق.

### المبحث الثاني: أنواع مخالفات التعمير في ضوء القانون المتعلق بالساحل والسلطات المكلفة بضبطها.

تتعدد مخالفات التعمير المرتكبة بالساحل وتتنوع الأسباب والعوامل الكامنة وراء ارتكابها، منها القانونية والإدارية كتعدد النصوص القانونية المؤطرة للمجال في بعض الاحيان وعدم انسجامها في احيان اخرى، بالإضافة الى تعقد إجراءات ومساطر منح التراخيص، وعدم لرغبة المالك.

فما هي إذن أنواع المخالفات التعميرية المرتكبة في مجال التعمير بالسواحل المنصوص عليها في القانون الجديد المنظم للساحل؟ ثم ما هي السلطات المكلفة بضبطها ومراقبتها؟ هذه الاسئلة سوف نحاول الاجابة عليها من خلال ما يلي.

<sup>1</sup>- المادة 13 من قانون التعمير.

<sup>2</sup>- ظهير شريف رقم 1.60.063 بشأن توسيع نطاق العمارات القروية الجديدة الرسمية عدد 2489 بتاريخ 13 محرم 1380 (8 يوليو 1960)، ص 2098. كما تم تعديله بالقانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.124 بتاريخ 21 ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016)، ص 6647.

<sup>3</sup>- المادة 2 من القانون المتعلق بشأن توسيع نطاق العمارات القروية.

<sup>4</sup>- حدد المشرع مفعول التصاميم الخاصة بتوسيع نطاق العمارات القروية في الفصل 4 لمدة عشر سنوات ويجوز تمديده لمدة مماثلة بعد بحث يدوم شهرا.

<sup>5</sup>- عثمان هناك "التهيئة الريفية بالمغرب قراءة في مخططات وتصاميم تأهيل المراكز القروية بسوس" المجلة الاقتصادية للجنوب العدد 1 سنة 2005-2006 ص 31.

<sup>6</sup>- ظهير شريف رقم 1.92.7 صادر في 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992) بتنفيذ القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات الجديدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 (15 يوليو 1992)، ص 880. كما تم تعديله: بالقانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.124 بتاريخ 21 ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016)، ص 6630.

## المطلب الأول: أنواع مخالفات التعمير في ضوء القانون المتعلق بالساحل.

اصبح التعمير اليوم الشغل الشاغل للسلطات الادارية المركزية وغير المركزية، الاقليمية والمحلية باعتباره المرآة الحقيقية التي تعكس مدى تقدم الشعوب وتطورها، باعتباره ذو مغزى اجتماعي يهدف الى الحفاظ على سلامة المواطنين وضمان تنقلاتهم وتخصيص اماكن التجهيزات العمومية الاساسية، وهذا ما حاول القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل تحقيقه من خلال تعديده للمخالفات التعميرية المرتكبة على السواحل، وان كانت الى حد كبير لا تختلف عن تلك الواردة في كل من قانون التعمير، والقانون المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، اللهم بعد الخصوصيات التي تميز المناطق الساحلية وبصفة عامة فهي لا تخرج عن التصنيف التالي:

### الفقرة الأولى: تشييد بناية أو منشأة أو رخص بتشييدها في المنطقة التي مُنع فيها البناء.

يعتبر عدم الحصول على التراخيص الادارية احد اكثر المخالفات المرتكبة في ميدان التعمير، خاصة في المناطق الساحلية، رغم تنصيص المادة 40 من القانون 12-90 المتعلق بالتعمير على الزامية الحصول عليها على طول حدود الملك العام البحري الى غاية عمق يبلغ خمسة كيلومترات، حتى لو لم تكن مغطاة بوثائق التعمير، اما في حالة كانت مغطاة بوثائق التعمير فان هذه الرخصة يجب ان تمنح وفق مضمون هذه التصاميم<sup>1</sup>، والتي ينضاف اليها تصميم اخر وهو التصميم الجهوي للساحل الذي سبق وان تطرقنا اليه.

حيث ان المادة 50 من القانون المنظم للساحل اعتبرت تشييد بناية أو منشأة أو رخص بتشييدها في المنطقة التي مُنع فيها البناء، في المنطقة المحدثة المخاضية للساحل، والتي يبلغ عرضها مائة متر (100 م) تحتسب انطلاقا من الحدود البرية للساحل<sup>2</sup>، الا انه يمكن تمديد عرض هذه المنطقة الى اكثر من المسافة المذكورة في التصميم الجهوي للساحل عندما تبرر ذلك التضاريس أو تعرية السواحل أو طبيعة التربة أو المحافظة على المناظر الطبيعية أو حماية النباتات والحيوانات المتوحشة والأصناف المهاجرة. في حال غياب هذا التصميم، تقوم الإدارة بهذا التمديد طبقا للمادة 12 من نفس القانون. وان كان المشرع الجزائري حدد هذه المسافة في ثلاثمائة (300) متر.

<sup>1</sup>- لمزيد من المعلومات حول رخصة البناء ينظر:

- الشريف البقالي "رخصة البناء بالوسط القروي ونطاق الزاميتها وشروط منحها" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد المزدوج 105-106 يونيو- اكتوبر 2012.

- الشريف البقالي "رقابة القاضي الاداري على مشروعية القرارات الصادرة في مجال التعمير" دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2012 ص من 81 الى 149.

<sup>2</sup>- لا يسري هذا المنع كما نصت على ذلك المادة 15 من نفس القانون على المنشآت الخفيفة وغير القارة الضرورية لأنشطة الإنتاج الفلاحي والبنائيات أو التجهيزات الضرورية للمرفق العمومي أو للأنشطة التي تتطلب، بحكم طبيعتها، القرب من البحر.

والمشرع المغربي اعتبر بذلك البناء بدون الحصول على التراخيص اللازمة<sup>1</sup>، بمثابة مخالفة معاقب عليها بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة يتراوح مبلغها بين عشرين ألف (20.000) وخمسمائة ألف (500.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وبهدم البناية أو المنشأة وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه على نفقة مرتكب المخالفة.

إلا أن ما يلاحظ على هذا القانون انه غيب عملية التجزيء بدون الحصول على الترخيص ضمن ذلك، حيث ان عملية البناء تختلف عن عملية التجزيء، فاذا كانت الاولى تهتم انشاء بناية معينة كيفما كان نوعها كجدار او سياج او منزل او عمارة... اذ ان مصطلح البناء في مفهومه الواسع يعني عملية البناء لأول مرة او عملية اصلاح لبناية سابقة الوجود<sup>2</sup>، فان الثانية هي عملية سابقة تهدف الى تقسيم عقار من العقارات عن طريق البيع أو الايجار أو القسمة الى بقعتين أو أكثر لتشييد مبان للسكنى أو لغرض صناعي أو سيليحي أو تجاري أو حرفي مهما كانت مساحة البقع التي يتكون منها العقار المراد تجزئته<sup>3</sup>.

ومن كل ما سبق يتضح ان عملية التجزيء سابقة على عملية البناء، ولم يتم ادراجها ضمن المخالفات المعاقب بأحكام هذا القانون.

**الفقرة الثانية: انجاز او منح ترخيص لانجاز طريق مبلطة فوق الكثبان الساحلية او الاجزاء العليا للشواطئ و الامتناع أو عرقلة إحداث ارتفاع المرور ومسالك الولوج.**

بالإضافة الى منع البناء او الترخيص للقيام بذلك في المنطقة المحاذية التي حددها هذا القانون فان المشرع اعتبر كذلك الاعمال التالية بمثابة مخالفة:

- إحداث طرق مبلطة على الكثبان الساحلية أو على الشرائط الكثبانة الساحلية أو على الأجزاء العليا للشواطئ

<sup>1</sup> - الا انه في حالة وجود نص خاص يقضي بعدم الحصول على رخصة البناء فانه لا مجال لأعمال هذا المقتضى كالحالة المنصوص عليها في ظهير 2 أكتوبر 1984 المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة الشعائر الدين الاسلامي فيما والذي ينص في الفصل الثامن منه على انه " لا تطبق أحكام الفصل الأول وما يليه إلى الفصل الخامس من ظهيرنا الشريف هذا المعتبر بمثابة قانون على الأبنية المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي بها إذا كانت الدولة هي القائمة بتشيدتها." وينص الفصل الاول من هذا الظهير على انه " يفرض في جميع أنحاء مملكتنا الشريفة الحصول على رخصة البناء المنصوص عليها في الفصل 14 من الظهير الشريف الصادر في 7 ذي القعدة 1371 (30 يوليو 1952) والمتعلق بالتعمير، قبل القيام ببناء أو توسيع مساجد أو غيرها من الأماكن المخصصة، لإقامة شعائر الدين الإسلامي بها".

وبصفة عامة فانه لا تخضع للتراخيص حسب ما جاء في المادة 19 من القانون المتعلق بالساحل المنشآت والبنائات وتهيئات الطرق الجديدة والأعمال الضرورية للسلامة البحرية أو الجوية أو الدفاع الوطني أو السلامة المدنية وتلك الضرورية لسير الموانئ الجوية.

<sup>2</sup> - وهذا ما يستنتج من منطوق المادة 40 من القانون 12-90 المتعلق بالتعمير وتجدر الإشارة في هذا الاطار الى ان المشرع لا يميز بين عملية البناء بمفهومها الواسع الذي يشمل عملية الاصلاح والترميم والهدم من اجل ذلك وعملية البناء بمفهومها الضيق الذي يشمل اقامة بناية جديدة لأول مرة. لمزيد من المعلومات ينظر: محمد جواد "ضبط مخالفات التعمير بالغرب - ازمة قانون ام اكرهات واقع" - مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي العدد 3-2013 ص 142 و137.

<sup>3</sup> - هذا التعريف ورد في المادة الاولى من قانون التعمير في حين عرفت المادة 58 من نفس القانون التقسيم بأنه " - كل بيع أو قسمة يكون هدفها أو يترتب عليها تقسيم عقار إلى بقعتين أو أكثر غير معدة لإقامة بناء عليها.

- بيع عقار لعدة اشخاص على ان يكون شائعاً بينهم اذا كان من شأن ذلك أن يحصل أحد المشتريين على الاقل على نصيب شائع تكون المساحة المطابقة له دون المساحة التي يجب ألا تقل عنها مساحة البقع الارضية بمقتضى وثيقة من وثائق التعمير أو دون 2.500 متر مربع إذا لم ينص على مساحة من هذا القبيل."



- إحداث فضاءات مخصصة للمخيمات أو لعربات التخيم أو فضاءات استقبال المركبات داخل المنطقة التي يمنع فيها البناء، التي يبلغ عرضها في 100 متر انطلاقاً من الحدود البرية مع قابليتها لتمديد كما سبقت الإشارة إلى ذلك<sup>1</sup>.

- الامتناع أو عرقل إحداث مسالك الولوج وارتفاع المرور عرضه ثلاثة (3) أمتار على الممتلكات الحاذية للساحل يحتسب انطلاقاً من الحدود البرية للملك العمومي<sup>2</sup>.

وقد حدد المشرع لهذه المخالفات غرامة يتراوح مبلغها بين خمسة آلاف (5.000) ومائة ألف (100.000) درهم، مع الأمر بإزالة الأشغال المنجزة وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه على نفقة المخالف بالنسبة لإحداث فضاءات مخصصة للمخيمات أو لعربات التخيم أو فضاءات استقبال المركبات داخل المنطقة التي يمنع فيها البناء، والمحدد عرضها في 100 متر.

ومن خلال جرد مختلف أنواع هذه المخالفات يظهر أن المشرع اعتبر مرتكب المخالفة والموظف الذي يمنح الرخصة خلافاً للمقتضيات الواردة في هذا القانون يعاقبان بنفس العقوبة، وهو ما يمثل ضماناً قانونية في مواجهة الجهة المألحة للترخيص خاصة في ظل غياب مقتضى مشابه له في قوانين التعمير.

إلا أنه يلاحظ أن المشرع أغفل الإشارة إلى الجهة المختصة باتخاذ قرار إحداث ارتفاع المرور وكيفية تحديده، حيث كان بالإمكان الإحالة في هذا الإطار على مقتضيات الباب الرابع من قانون التعمير الذي ينظم قرارات تخطيط حدود الطرق العامة وقرارات تخطيط حدود الطرق العامة المعينة فيها الأراضي المراد نزع ملكيتها لما تستوجبه العملية بالنسبة التي للمناطق التي يسري عليها قانون التعمير.

وإذا كان هذا عن مختلف المخالفات التعميرية الواردة بالقانون المنظم للساحل فماذا عن الجهة المختصة بمراقبتها خاصة في ظل تعدد الأجهزة المخول لها ذلك في التشريع المغربي؟ هذا ما سوف نحاول الإجابة عنه في المطلب الموالي.

#### المطلب الثاني: السلطات المكلفة بضبط ومراقبة مخالفات التعمير في ضوء القانون المتعلق بالساحل.

خصص المشرع الباب الثامن من القانون المتعلق بالساحل للبحث عن المخالفات ومعاينتها في المواد من المادة 46 إلى المادة 49، وما يهمنا في هذا الإطار هو مراقبة المخالفات المتعلقة بالتعمير. إذ تنص المادة 46 على أنه "يكلف بالبحث والتحري عن المخالفات لمقتضيات هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه ومعاينتها ضباط الشرطة القضائية والأعوان المحلفون طبقاً للتشريع الجاري به العمل والمنتدبون لهذا الغرض من طرف الإدارة أو الجماعات الترابية."

<sup>1</sup>- ينظر المادتين 20 و 51 من القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل.

<sup>2</sup>- ينظر المواد 30 و 31 و 51 من القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل.

وانطلاقاً من هذه المادة يتضح انها جاءت متطابقة الى حد كبير مع المقتضيات الواردة في قوانين التعمير، قبل ان يتم تعديله وتتميمه بموجب القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، فيما يتعلق بالجهة المخول لها قانوناً مراقبة المخالفات المرتكبة في ميدان التعمير، حيث اسندت المادة 65<sup>1</sup> من قانون التعمير اختصاص المراقبة الى كل منضباط الشرطة القضائية؛ ومراقبو التعمير التابعون للوالي أو للعامل أو للإدارة، المخولة لهم صفة ضباط الشرطة القضائية.

حيث يلاحظ ان التعديل الذي ادخل على قانون التعمير سحب الاختصاص في مراقبة مخالفات التعمير من موظفو الجماعات المكلفون بمراقبة المباني أو المفوض لهم بذلك من طرف رؤساء الجماعات المحلية.

اما بخصوص منح الاختصاص الى ضباط الشرطة القضائية<sup>2</sup>، فالمرشح كان حكيماً عندما منح هذا الاختصاص الى هذه الفئة، نظراً لما لها من تخصص في التثبت من الجرائم وجمع الأدلة عنها والبحث عن مرتكبيها وايقافهم، وقدرتهم على التأقلم مع تنوع المهام باختلاف طبيعة الجرائم وطريقة البحث والتحري بما فيها الجرائم المرتكبة في ميدان التعمير والمنصوص عليها في قانون الساحل<sup>3</sup>.

وإذا كانت المادة 24<sup>4</sup> من قانون المسطرة الجنائية قد حددت البيانات التي يجب ان يتضمنها المحضر المحرر للمخالفة، فان المادة 47 من القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل قد حدد مجموعة من البيانات الأخرى التي يجب ان يتضمنها المحضر في اطار هذا القانون وهي كالتالي :

يجب أن يكون محضر المخالفة مؤرخاً وموقعاً من طرف الشخص الذي حرره مع بيان صفته.

في حالة حجز مركبات أو آليات أو أدوات استعملت في ارتكاب المخالفة أو في حالة حجز أشياء ناتجة عن المخالفة أو في حالة أخذ عينات، وجب، على الفور، تحرير محضر الحجز يلحق بمحضر المخالفة.

<sup>1</sup>- كانت هذه المادة في صيغتها القديمة تنص على انه " يقوم بمعاينة المخالفات لأحكام هذا القانون وضوابط البناء والتعمير العامة أو الجماعية:

- ضباط الشرطة القضائية ؛

- موظفو الجماعات المكلفون بمراقبة المباني أو المفوض لهم بذلك من طرف رؤساء الجماعات المحلية وفقاً لضوابط ظهور 30 سبتمبر 1976 المنظم للميثاق الجماعي؛

- الموظفون التابعون لإدارة التعمير والمكلفون بهذه المهمة؛

موظفو الدولة الذين يعتمدهم الوزير المكلف بالتعمير للقيام بهذه الأمور، أو كل خبير أو مهندس معماري، كلف بهذه المهمة بصفة استثنائية من طرف رئيس مجلس الجماعة المعنية أو إدارة التعمير."

<sup>2</sup>- لمزيد من المعلومات حول الشرطة القضائية ينظر:

- شرح قانون المسطرة الجنائية الجزء الأول الدعوى العمومية، السلطات المختصة بالتحري عن الجرائم منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة المعلومة للجميع العدد 6 ابريل 2007.

- احمد الخليلي "شرح قانون المسطرة الجنائية" الجزء الأول الطبعة الخامسة 1999.

<sup>3</sup>- احمد قيلش ومحمد زنون "الشرطة القضائية" الكتاب الأول سلسلة المعارف العلمية في الشرح العلي للمنظومة الجنائية مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2013، ص 55.

<sup>4</sup>- عرفت هذه المادة المحضرة بالوثيقة المكتوبة التي يحضرها ضابط الشرطة القضائية أثناء ممارسة مهامه ويضمها ما عينه أو ما تلقاه من تصريحات أو ما قام به من عمليات ترجع لاختصاصه، كما حددت البيانات التي يجب ان يتضمنها هذا الأخير دون الإخلال بالبيانات المشار إليها في مواد أخرى من قانون المسطرة الجنائية أو في نصوص خاصة أخرى ومن بينها القانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل.

يجب أن يحدد كل محضر حجز أو أخذ العينات أو محضر استماع للمخالف هوية الشخص الذي حرره وهوية مرتكب المخالفة وموضوع الحجز أو العينات المأخوذة وأن يتضمن، على الخصوص، مكان الحجز أو أخذ العينات وكذا تدابير المحافظة المتخذة.

يعتد بالمحاضر إلى أن يثبت ما يخالف ما تضمنته من بيانات ووقائع.

تحرر المحاضر في أصل واحد وعدد كاف من النسخ، تسلم نسخة واحدة منها في الحين إلى المخالف.

وعلى الرغم من الإشارة إلى هذه البيانات فإن الفقرة الأخيرة من نفس المادة المشار إليها أعلاه أحالت على نص تنظيمي بخصوص كيفية تحرير المحاضر وأخذ العينات. وهو ما لم نأخذ له أي تفسير.

وبعد تحرير هذا المحضر وفق للشكليات القانونية المطلوبة فقد أحسن المشرع صنعا في المادة 49 منه على توجيه أصل محضر المخالفة وأصل المحاضر الملحق به، عند الاقتضاء، المحررة طبقا لمقتضيات المادة 47 المشار إليها أعلاه إلى النيابة العامة المختصة داخل أجل عشرة (10) أيام من أيام العمل الموالية لتاريخ تحريرها<sup>1</sup>. وان كان المشرع استعمل مصطلح عند الاقتضاء وما يعنيه ذلك من غياب الإلزامية بالنسبة لمخالفات التعمير، حيث يجب على محرر المحضر في هذه الحالة توجيه أصله إلى وكيل الملك في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ معاينة المخالفة مرفقا بنسختين منه، مشهود بمطابقتها للأصل وكذا بجميع الوثائق والمستندات المتعلقة بالمخالفة.

وهذا المقتضى من الإيجابيات التي حملها التعديل الأخير لقانون التعمير، والذي تبناه قبل ذلك قانون الساحل، حيث إن إحالة المحضر بجميع مرفقاته على النيابة العامة مباشرة تعني تحريك المتابعة دون الحاجة إلى تقديم شكاية من رئيس المجلس الجماعي، وما كان يطرحه ذلك من إشكالات قانونية ومسطرية من الناحية العملية، إذ أصبح يتوصل بالمحضر على سبيل الأخبار ليس إلا<sup>2</sup>.

وانطلاقا من هذه الملاحظات وغيرها من المقتضيات القانونية الأخرى بخصوص مخالفات التعمير المرتكبة بالسواحل غياب الخيط الناظم بين مقتضيات قوانين التعمير، وقانون الساحل في كثيرة من المقتضيات سواء تعلق الأمر بالمسطرة أو الأجل أو الآثار، وهو ما يطرح أكثر من علامة استفهام حول العلاقة التي تربط بين مختلف المتدخلين في هذا المجال، حيث نجد أن كل من قانوني الساحل والتعمير منح الاختصاص مثلا إلى الشرطة القضائية لتحرير المحاضر المتعلقة بمخالفة قانوني التعمير والساحل إلا أن هناك مجموعة من المتدخلين الآخرين الذين لم تتم الإشارة إليهم وهم الشرطة البيئية كتجربة جديدة انخرط فيها المغرب في السنوات، وكذا وجود الشرطة المينائية..... وغيرهما وهو ما يدل على وجود ارتجالية تشريعية في وضع النصوص القانونية مما يؤدي إلى سمنة تشريعية، من نتائجها زعزعة الأمن القانوني والقضائي.

هذا من جهة أما من جهة أخرى فإلى جانب غياب الانسجام بين القوانين المتعلقة بميدان التعمير في الساحل، يلاحظ كذلك صعوبة التنسيق بين مختلف المتدخلين في هذا الحيز الترابي، إذا يلاحظ وجود نوع من التداخل

<sup>1</sup> - ونصت الفقرة الأخيرة من المادة 49 على توجه نسخة من المحاضر المذكورة إلى السلطة الحكومية المكلفة بالبيئة داخل نفس الأجل، وان كان على المشرع الإشارة إلى ضرورة توجيه نسخة منه إلى السلطة الحكومية المكلفة بالتعمير بخصوص المخالفات المتعلقة بالبناء.

<sup>2</sup> - سعيد الوردى "مراقبة وزجر مخالفات في مجال التعمير والبناء دراسة في ضوء أحكام القانون رقم 66-12 الصادر بتاريخ 25 غشت 2016 " منشورات انفوبرانت فاس الطبعة الأولى 2017 ص 57 و 58.

والتقاطع بين اختصاص كل منهم، فضلا عن غياب التنسيق والتعاون بينهم، وهو يؤدي الى عدم انسجام فيما بينهم وما لذلك من اثار سلبية.

#### ✓ قائمة المراجع :

##### • الكتب :

- احمد الخمليشي "شرح قانون المسطرة الجنائية " الجزء الاول الطبعة الخامسة 1999.
- شرح قانون المسطرة الجنائية الجزء الاول الدعوى العمومية، السلطات المختصة بالتحري عن الجرائم منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة المعلومة للجميع العدد 6 ابريل 2007.
- الهادي مقداد، "قانون البيئة"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2012.
- احمد قيلش ومحمد زنون "الشرطة القضائية" الكتاب الاول سلسلة المعارف العلمية في الشرح العلمي للمنظومة الجنائية مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الاولى 2013.
- سعيد الوردي "مراقبة وزجر مخالقات في مجال التعمير والبناء دراسة في ضوء احكام القانون رقم 66-12 الصادر بتاريخ 25 غشت 2016 " منشورات انفو برانت فاس الطبعة الاولى 2017.

##### • الاطروحات والرسائل :

- أحمد مالكي، "التدخل العمومي في ميدان التعمير بالمغرب"، أطروحة لنيل الدكتوراه جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2007-2008، ص 211.
- نور الدين الشكوطي " تصميم التهيئة بين متطلبات التنمية العمرانية وإكراهات الواقع " رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار كلية العلوم الاجتماعية والاقتصادية القانونية جامعة محمد الاول وجدة السنة الجامعية : 2007 - 2008
- ياسين بنجدية " التعمير وتنظيم الساحل بالمغرب " رسالة لنيل دبلوم الماستر في الدراسات العقارية والتعمير كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الاول بسطات السنة الجامعية 2015-2016.

##### • المقالات :

- أحمد بويجاوي، "توجه محاكم الاستئناف الإدارية في بعض المنازعات المرتبطة بميدان التعمير"، مقال منشور بمجلة الرقيب العدد الأول أكتوبر 2011.
- عبد العزيز يعكوبي "قانون التعمير ومسألة التعويض قراءة في بعض الاشكالات " مقال منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 149.
- عبد المجيد السملالي "دور التعمير في المحافظة على النظام العام" المجلة المغربية للانظمة القانونية والسياسية العدد السادس دجنبر 2005.
- عثمان هناكا "التهيئة الريفية بالمغرب قراءة في مخططات وتصاميم تأهيل المراكز القروية بسوس" المجلة الاقتصادية للجنوب العدد 1 سنة 2005-2006.
- محمد جواد "ضبط مخالقات التعمير بالغرب -ازمة قانون ام اكراهات واقع-" مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي العدد 3-2013.

##### • الندوات :

- ندوة "دور القضاء الاداري في حماية الحقوق والحريات الاساسية" المنعقدة بكلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية يوم 14 فبراير 2009.

## ✓ نَقَارِير :

## أشغال ورشة المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بمكناس حول مشروع النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية<sup>1</sup>



نظم نادي قضاة المغرب يوم الجمعة 21 أبريل 2017 ورشة علمية بمدينة مكناس خصصت لدراسة موضوع: "تصورات حول مشروع النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية"، استهلّت أشغال الورشة بكلمة السيد رئيس نادي قضاة المغرب الدكتور عبد اللطيف الشنتوف تناول فيها السياق العام لتنظيم أشغال الورشة، والتي تتزامن مع حدث تنصيب المجلس الأعلى للسلطة القضائية وما واكب ذلك من استحقاقات أهمها دخول القوانين التنظيمية المتعلقة بالقضاء حيز التطبيق، وانطلاق عداد الأجل الدستوري المرصود لوضع النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، واعتبرت القاضية نازك بقال عضو المكتب التنفيذي أن نادي قضاة المغرب وانطلاقاً من مسؤولياته التاريخية مدعو للمساهمة في إعطاء تصورات له للنظام الداخلي الذي سيتولى تنظيم عمل هذه المؤسسة الدستورية، تفعيلاً لدور الجمعيات المهنية للقضاة باعتبارها قوة اقتراحية مساهمة في بناء لبنات التشريع.

وأكد المستشار نبيل رحيل أمين عام المجلس الوطني لنادي قضاة المغرب على الخطوط العريضة و المحددات العامة التي ينبغي ان تراعيها بنود النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية ضماناً لنجاحة عمل هذا الجهاز ومن أهمها

<sup>1</sup> - تقرير تركيبي حول أشغال ورشة المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بمكناس حول مشروع النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية بتاريخ 21

أبريل 2017، من إعداد: الأستاذ أنس سعدون، عضو نادي قضاة المغرب.

الشفافية والتشاركية، وذلك لتجاوز السلبيات والشوائب التي كانت تعترى عمل المجلس الأعلى في الحقب السابقة، والتي ساعدت مقتضيات النظام الداخلي السابق في وجودها.

أشغال الورشة تضمنت دراسة وافية ومعمقة همت بالخصوص المجالات التي أحال عليها القانون التنظيمي رقم **100.13** المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، والقانون التنظيمي رقم **106.13** المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة والتي تعلق بالنظام الداخلي.

وفيما يلي جرد بأهم الملاحظات التي سجلها المشاركون في هذه الورشة.

• بخصوص المادة **49** من القانون التنظيمي **100.03** التي تنص على ما يلي :

" يضع المجلس نظامه الداخلي، ويحيله قبل الشروع في تطبيقه إلى المحكمة الدستورية للبت في مطابقتها لأحكام الدستور وأحكام هذا القانون التنظيمي، وكذا أحكام القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة. ينشر النظام الداخلي للمجلس بالجريدة الرسمية.

يخضع كل تعديل للنظام الداخلي لنفس الإجراء المتبع في وضعه".

خلص المشاركون الى عدم تقييد اقتراح تعديل النظام الداخلي بأي نصاب معين، تكريسا لحق كل عضو في تقديم المقترح بتعديل النظام الداخلي، الذي يخضع للمداولة، حيث يتخذ المجلس قراراته بأغلبية أعضائه، أو اعتماد نصاب غير معرقل، يسمح باشتراك أعضاء المجلس.

• بخصوص المادة **50** من القانون التنظيمي **100.03** التي تنص على ما يلي :

" يتوفر المجلس على أمانة عامة تتكون من قضاة وموظفين يوضعون رهن إشارته أو يلحقون به من الإدارات العمومية والمؤسسات العامة ومن إداريين وتقنيين معينين وفق النظام الأساسي لموظفي المجلس يحدد بنص تنظيمي.

يتولى الأمانة العامة للمجلس أمين عام يعين بظهير من بين ثلاثة قضاة من الدرجة الاستثنائية باقتراح من الرئيس المنتدب للمجلس بعد استشارة أعضاء المجلس، لمدة ست (6) سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، ويعتبر هذا التعيين قابلا للتراجع عنه قبل انقضاء المدة المشار إليها.

يعمل الأمين العام للمجلس تحت سلطة الرئيس المنتدب للمجلس.

يحدد النظام الداخلي للمجلس الهياكل الإدارية والمالية للمجلس وعددها واختصاصاتها وتنظيمها وكيفية تسييرها.

يمكن للمجلس، إذا دعت الحاجة إلى ذلك، التعاقد مع مستشارين وخبراء خارجيين للقيام بمهام محددة".

اقترح المشاركون تحديد هذه الهياكل استنادا إلى مبادئ الحكامة والشفافية بما يساهم في الرفع من نجاعة هذه المؤسسة، ويضمن انفتاحها على الرأي العام والمواطنين، مع تطوير سبل التواصل مع القضاة بالمحاكم، وضمان الولوج إلى المعلومة، وأن تستوعب هذه الهياكل مجمل الوظائف والمهام الجديدة للمجلس الأعلى للسلطة القضائية على ضوء الدستور والقوانين التنظيمية.

• بخصوص كيفية تنظيم وسير اللجان وعدد أعضائها :

بالإضافة إلى لجنة تدبير الوضعية الفردية للقضاة، ولجنة الاخلاقيات، ولجنة الدراسات والتقارير، أوصى المشاركون بإحداث لجتين: الأولى لتلقي شكايات وتظلمات المواطنين، والثانية تكون مكلفة بالتواصل والإعلام.

وبالنسبة لتشكيل هذه اللجان اقترح المشاركون أن تضم هذه اللجان كل مكونات المجلس، أعضاء منتخبين، وأعضاء معينين بحكم المنصب، وأعضاء من المعنيين من طرف الملك، مراعاة للتركيبة المختلطة للمجلس الأعلى للسلطة ق، على ألا يقل عدد أعضاء كل لجنة عن ثلاثة أعضاء وألا يتجاوز خمسة.

• وبخصوص كيفية اختيار أعضاء كل لجنة على حدة و طريقة عملها :  
أكد المشاركون على اعتماد الآلية الديمقراطية عند تشكيل اللجان ، وتقديم نتائج أشغالها في شكل تصورات واقتراحات للمجلس قصد دراستها واتخاذ القرار بشأنها.  
• بخصوص المادة 60 التي تنص على ما يلي :  
" ينشر المجلس النتائج النهائية لأشغال كل دورة وفق الكيفية المحددة في نظامها الداخلي. لا تنشر أسماء القضاة المعنيين بالعقوبات من الدرجتين الأولى والثانية المنصوص عليها في القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة".  
تثبت المشاركون بضرورة بأن يشمل النشر جميع مجالات اشتغال المجلس بدء من مقترح جدول الأعمال المعد من طرف الرئيس المنتدب للمجلس طبقا للمادة 56 من قانون المجلس الاعلى للسلطة القضائية، ومشروع الميزانية السنوية للمجلس ، ولائحة مهام المسؤولية الشاغرة، والشروط الواجب توفرها، ولائحة أسماء المرشحين لمنصب المسؤولية، ولائحة الأهلية للترقية، وحاجيات المحاكم عند البت في طلبات الانتقال ولائحة القضاة الذين انتدبهم، أو تم إلحاقهم أو وضعهم في حالة استيداع أو رهن الإشارة ، وطلبات تمديد حد سن التقاعد ، وترتيب القضاة المتدربين خلال امتحان نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاة، وكذا جميع نتائج دورات المجلس فور المصادقة عليها ، باستثناء تعيين القضاة المتدربين وكذا المسؤولين القضائيين ، فبعد مصادقة صاحب الجلالة عليها طبقا لمقتضيات الدستور والقانون التنظيمي.  
واقترح المشاركون انشاء موقع الكتروني رسمي للمجلس، مع ضمان ولوج القضاة لهذا الموقع ، قصد تتبع وضعياتهم الإدارية والمالية .

• وبخصوص القرارات التأديبية ، اقترح المشاركون نشر جميع حيثيات وتعليقات هذه القرارات ، لترسيخ قواعد سلوك أعضاء السلطة القضائية ، بالإضافة إلى نشر جميع التقارير والدراسات الصادرة عن المجلس والتقارير السنوية التي يصدرها في إطار المواد 108 و 109، 110، 112 من القانون التنظيمي التعلق بالمجلس ع س ق.  
كما أوصوا بإعداد نشرة دورية تتضمن كل أنشطة المجلس، و توزع على جميع المحاكم وباقي المؤسسات و الهيئات الدستورية.

• بخصوص المادة 74 التي تنص على ما يلي :  
" يهيئ المجلس لائحة الأهلية للترقية برسم السنة الجارية.  
لا يسجل بلائحة الأهلية للترقية لمدة يحددها النظام الداخلي للمجلس ، القضاة الذين صدرت في حقهم عقوبة الإقصاء المؤقت عن العمل".  
اقترح المشاركون بأن تكون مدة الحرمان من التسجيل بلائحة الأهلية للترقية محددة في سنة واحدة فقط ، و ان لا تكون عقوبة الاقصاء المؤقت عن العمل موجبة للحرمان من التسجيل في لائحة الترقية إلا اذا بلغت حدها الأقصى المحدد في ستة أشهر.

• بخصوص المادة 77 التي تنص على ما يلي :  
"يراعي المجلس عند النظر في انتقال القضاة:  
-حاجيات المحاكم ؛  
-رغبات القضاة المبينة في طلباتهم؛  
-القرب الجغرافي؛  
-الوضعية الاجتماعية للقاضي.

يراعي المجلس، علاوة على ذلك، الشروط التي يحددها النظام الداخلي للمجلس للانتقال من محكمة إلى أخرى".  
قدم المشاركون عدة توصيات بخصوص مضمون هذه المادة، أهمها:



- 1- اعتماد مؤشرات رقمية تراعي الأقدمية العامة للقاضي، والأقدمية داخل المحكمة، والوضعية الاجتماعية .
  - 2- تقييد المجلس بالاختيارات المحددة في الطلب من طرف القاضي المعنى بالأمر إلا إذا سمح هذا الأخير بتجاوز الرغبات المعبر عنها في الطلب ، مع مراعاة مبادئ النجاعة القضائية ، والتخصص عند البت في الطلبات وكذا المؤهلات العلمية للقضاة.
  - 3- اعتماد معايير واضحة للقرب الجغرافي تفاديا لأي تأويل يفرغ قد يفرغ باقي المعايير من مضمونها .
  - 4- اعتماد التمييز الإيجابي للقضايا عند وضع المؤشرات الرقمية الخاصة بالوضعية الاجتماعية .
- بخصوص المادة 86 التي تنص على ما يلي :

" يتلقى الرئيس المنتدب للمجلس ما قد ينسب إلى القاضي من إخلال يمكن أن يكون محل متابعة تأديبية. يحدد النظام الداخلي للمجلس كيفية تدبير ومعالجة التظلمات والشكايات".

اقترح المشاركون في هذه الورشة تشكيل لجنة لتدبير ومعالجة التظلمات والشكايات المرفوعة ضد القضاة بما لا يتنافى مع استقلال القضاء ، و تنظيم عمل اللجنة بالضوابط التالية :

- 1- تتأكد اللجنة في اطار معالجتها للتظلمات من توفر مجموعة من الشروط أهمها :
  - أن تكون الشكاية اسمية موقعة .
  - ألا يكون مضمونها متعلقا بملف ما يزال راجعا أمام القضاء.
  - ألا يتعدى أجل وضع الشكاية سنة واحدة من تاريخ صدور الحكم النهائي في الموضوع.
  - أن تتوفر الشكاية على وقائع وقرائن واثبات.
- 2- تقوم اللجنة مباشرة بالأبحاث الضرورية ومن بينها الاستماع الى المشتكي.
- 3- بعد الأبحاث التي تبشرها اللجنة ، تقرر اما حفظ الشكاية أو التظلم ، أو احواله على المفتشية العامة، أو على المجلس. وخلص المشاركون بخصوص دراسة مضمون هذه المادة الى ضرورة تنويع قنوات الاحالة فيما يتعلق بالاخلالات المنسوبة للقضاة كضمانة للمواطنين، وذلك من خلال لجنة تدبير ومعالجة الشكايات داخل المجلس، والتي تعمل الى جانب المفتشية العامة.

• أما بخصوص ما أحال عليه القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، فقد همت الاحالة مادة وحيدة، وهي المادة 56.

تنص المادة 56 من النظام الاساسي للقضاة في فقرتها الاولى على ما يلي :

" يحق للقاضي طبقا لمسطرة يحددها النظام الداخلي للمجلس، الاطلاع على آخر تقرير تقييم الأداء الخاص به، وذلك قبل متم شهر يونيو من السنة الموالية لإنجاز التقرير".

بخصوص مضمون هذه المادة أكد المشاركون على ضرورة اقرار حق القاضي في الاطلاع الفوري والآلي (وفق وسائل الاتصال الحديثة)، على ملفه الاداري وعلى جميع تقارير الأداء الخاصة به، بشكل يحفظ السرية وسهولة الولوج الشخصي للمعلومة عن بعد، على أن يشمل الحق في الاطلاع الحق في أخذ النسخ أيضا.

مجلة الفقه والقانون  
[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

**ردمد** : 2336-0615