

# مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 59 : شتنبر 2017

✓ مع مواضيع العدد 59 : شتنبر 2017 :

- أهمية المسائل المتعلقة بالمستفتي وبيان أحكامها .
- أحكام فقه التصديق بالدم شرعا وواقعا ومعيقاته .
- الرضا وأثره في إعفاء الطبيب من المسؤولية المدنية .
- الالتزام بضمان الضرر الناتج عن عيوب المنتوجات .
- الشرعية الدولية والإرهاب وفق القانون الدولي .
- التقويم التربوي في الدرس الفقهي بالجامعة .
- وضعية المرأة المغربية على ضوء منهاج عمل بيجين .

Rechercher dans ce site

## مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

صفحة رئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الإتصال والبرقيات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استغلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30) ... <a href="#">المزيد</a>	كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21) ... <a href="#">المزيد</a>	إعفاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والفقه المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... <a href="#">المزيد</a>	قراءة في النظام الفكري المصواتي ( ققون 02/15 ) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خصيات (2012/10/14) ... <a href="#">المزيد</a>
---	---	--	---

المصفاة الرئيسية

- اللجنة الاستشارية
- أهداف المجلة
- أخبار المجلة
- اتصلوا بنا
- المدير المسؤول
- شروط النشر
- مقالات فقهية
- مقالات قانونية
- مقالات مقارنة
- مقالات بلقسية
- حوارات علمية
- تقارير خاصة
- المساهمون بالمجلة
- إعداد المجلة
- توزيع المجلة

## العدد التاسع والخمسون : شتنبر 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 مشتركا أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (مايقارب 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 الميلودبوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبى أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

## بسم الله الرحمن الرحيم

### العدد التاسع والخمسون : لشهر شتنبر 2017

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 59 لشهر شتنبر 2017 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....04

#### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. المستفتي - أحكامه وآدابه : الأستاذ الدكتور أحمد بن محمد عزب ، أستاذ الفقه وأصوله بقسم الشريعة والدراسات

الإسلامية ، كلية الآداب والعلوم الإنسانية - جامعة الملك عبد العزيز بجدة - المملكة العربية السعودية.....07

3. فقه صدقة الدم شرعاً وواقعاً : الأستاذ الدكتور محمد الحراق ، عضو المجلس العلمي المحلي للعرائش، أستاذ زائر

بالكلية المتعددة التخصصات بالعرائش ، المملكة المغربية.....31

4. الرضا وأثره في إعفاء الطبيب من المسؤولية المدنية عن التدخل العلاجي - دراسة في ظل القانون الاتحادي لدولة

الإمارات العربية المتحدة رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية الجديد : الدكتور ياسر عبد الحميد محمد

الافتاحات ، أستاذ مساعد (متفرغ) في كلية القانون ، جامعة الغرير، دولة الإمارات العربية المتحدة.....49

5. الالتزام بضمان الضرر الناتج عن عيوب المنتوجات (الجزء الأول) : الدكتور حساني علي ، جامعة ابن خلدون

تيارت - الجزائر.....72

6. الشرعية الدولية والإرهاب وفق القانون الدولي : الدكتور نبهان سالم مرزق أبو جاموس ، أستاذ بالجامعة

الإسلامية بغزة - فلسطين.....87

7. تجلي مقصد العدل في نظرية التعسف في استعمال الحق : فوزي غلاب ، دكتوراه في العلوم الإسلامية في أصول

الفقه ، جامعة الزيتونة - تونس.....114

8. التقويم التربوي في الدرس الفقهي بالجامعة المغربية : المصطفى فرحان باحث في الدراسات الإسلامية

بصف الدكتوراه ، وحدة التراث والتهيئة المجالية ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كلية الآداب سايس فاس

المملكة المغربية.....132

9. أي دور لدراسة شخصية الحدث في تفريد التدابير الاصلاحية ؟ (قراءة في مقتضيات المادة 474 من قانون المسطرة الجنائية المغربي) : محمد بوشعالة باحث بصف الدكتوراه ، مختبر الدراسات في الطفل والأسرة والتوثيق ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس - المملكة المغربية.....160

### ✓ تقارير :

10. تقرير عن أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق في موضوع : وضعية المرأة المغربية على ضوء منهاج عمل بيجين ، تقدم بها الطالب الباحث أنس سعدون : من إعداد الطالب إبراهيم شويعر باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بطنجة - المملكة المغربية .....182

### ترتيب المقالات يخضع لاعبارائه فنية

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

## كلمة العدد التاسع والخمسين لشهر شتنبر 2017



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكداك

الحمد لله الذي أبرز الحقائق بجواهر اللّمات ، 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 الأضحى المبارك نتقدم إليكم إدارة مجلة الفقه والقانون الدولية بأخلص التهاني والتبريكات وأصدق الأماني 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 سيلاحظ بأنه لازال هناك بعض الفرق والتشتت بين صفوفنا وهو ما يزيد من ضعفنا ونحن خير أمة أخرجت للناس !!! في الوقت الذي أصبح فيه العصر يفرض ضرورة التآكل و التعاون من أجل بعث الحضارة الإسلامية من جديد ، والقيام بمهمة الخلافة في الأرض وعمارتها على أكمل وجه بل ما ينفع البشرية ويفرّجها من خالفها ويوصلها إلى بر النجاة ، ولن يتأتى ذلك إلا باتباع طريق البحث العلمي فهو اللقبيل بتوحيد الصفوف وجمعها وتحقيق ما عجزت عنه الحكومات العربية المسلمة .

إنني وأنا أنصفح وأتواصل مع زوار ورواد و مساهمي مجلة الفقه والقانون المباركة اكنشفت 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 مختلف أنحاء العالم.

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

جعلنا العلي القدير أمم واحدة ننبت أسباب الفرقة والشناك ، منما سلك مثل الجسد الواحد إذا اشتكى منها عضو نداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى ، مثل البنبان اطرصوص بشد بعضه بعضا ، نشجع 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 قدير ، وأثر كلام نئصفحون العدد التاسع والخمسين لشهر شئنبر 2017 من مجلة الفقه والقانون وكل عام والأمة الإسلامية بألف خير.

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

# دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

## المستفتي : أحكامه وآدابه



**الأستاذ الدكتور : أحمد بن محمد عزب**  
**أستاذ الفقه وأصوله - بقسم الشريعة**  
**والدراسات الإسلامية كلية الآداب والعلوم**  
**الإنسانية جامعة الملك عبد العزيز - جدة**

المستخلص : يستطلع هذا البحث جملة من المسائل والأحكام المتعلقة بالمستفتي، وتظهر أهميته في أمور، أولها: بيان الخلاف في بعض المسائل المتعلقة بالمستفتي والتي يحتاج إليها المستفتي. وثانيها: بيان ما يتعلق باختيار المفتين وما هو الواجب في حق المكلف. وثالثها: بيان خطأ تتبع الرخص بين المذاهب.

وقد اشتملت هذه الدراسة على مقدمة، وتمهيد، ومبحث يندرج تحته جملة من المسائل المتعلقة بالمستفتي، ثم الخاتمة، والفهرس لمصادر ومراجع الدراسة.

تحدثت في التمهيد باختصار عن تعريف المستفتي لغة واصطلاحاً.

وتحدثت في خاتمة البحث عن أهم وأبرز النتائج التي توصلت إليها، ووضعت فهرساً خاصاً لمصادر ومراجع البحث.

الحمد لله رب العالمين، شرف العلم وأهله، ورفع من قدرهم ومكاثتهم، وأصلي وأسلم على من بعثه الله رحمة للعالمين، ليخرج الله به العباد من الظلمات إلى النور، ويعلمهم الكتاب والحكم ويزكيهم، صلى الله وسلم عليه وعلى آله وصحبه أجمعين. أما بعد :

فإن من المسائل المهمة المتعلقة بعلم أصول الفقه مسألة "المستفتي"، حيث تحدّث علماء الأصول -رحمهم الله تعالى- عنها وبيّنوا ما يتعلق بها من ضوابط وأحكام متعددة.

وفي هذا البحث أردت بيان أهمية موضوع المستفتي وجملة من الأحكام والآداب المتعلقة به، وذلك نظراً لأهمية الموضوع، ووجود الخلاف في جملة من المسائل المتعلقة بالمستفتين وما هو الواجب في حق المكلف في مسألة اختيار المفتين وما الذي يفعله عند اختلافهم وخصوصاً مع وجود الخلاف الفقهي في جملة من المسائل التي يكثر السؤال عنها في وقتنا الحاضر.

وهذا العمل جهد بشري، بذلت فيه المستطاع، فما كان فيه من صواب فمن الله وحده فله عز وجل الحمد والشكر، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان، والله وحده أسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن يكون عملاً متقبلاً نافعاً.

والله الحمد من قبل ومن بعد على توفيقه وامتنانه على ما يسّر وأعان، فمنه الفضل والمنة وله عز وجل الحمد والشكر، هو أهل الحمد والثناء لا أحصي ثناءً عليه هو كما أثنى على نفسه، وصلى الله وسلم على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

#### • أهمية الموضوع :

تظهر أهمية الموضوع من خلال النقاط التالية :

1- أهمية المسائل المتعلقة بالمستفتي وضرورة بيان أحكامها.

2- بيان بعض الضوابط المتعلقة ببعض المسائل الخلافية المتعلقة بالمستفتي.

3- بيان خطأ تتبع الرخص بين المذاهب.

#### • المنهج المتبع في البحث :

1- تحدثت عن أهم وأبرز المسائل المتعلقة بالمستفتي، ونظراً لتشعب الموضوع وتعدد المسائل المتعلقة به فقد تحدثت عمّا رأيته في وجهة نظري ذا أهمية كبيرة في وقتنا، وإلا فللموضوع واسع ومتشعب.

2- أذكر المسألة ثم أذكر آراء العلماء -رحمهم الله تعالى- واختلافهم في المسألة مع ذكر أبرز أدلتهم باختصار مع محاولة الوصول إلى الحكم الراجح من خلال الأدلة.

3- عزو الآيات الواردة في البحث وذلك بذكر السورة ورقم الآية.

4- عزو الأحاديث الواردة في البحث وذلك بذكر المصدر والكتاب والباب والرقم والجزء والصفحة إذا وجد ذلك، فإذا كان الحديث في صحيح البخاري أو صحيح مسلم اكتفيت بذلك، فإذا لم أجده أبحث في السنن الأربعة فإذا



وجدته اكتفيت بذلك، وإن لم أعثر عليه بحث في المصادر الحديثية الأخرى، مع ذكر حكم العلماء على الحديث في حال وجود ذلك.

6- الترجمة المختصرة للأعلام الذين يرد ذكرهم في البحث، وذلك بذكر اسم العلم وتاريخ الولادة والوفاة وبعض مصنفاته وذلك في الموضوع الأول الذي يأتي ذكره فيه، مع الإحالة للمراجع للتوسع، أما الخلفاء الأربعة -رضي الله عنهم- والأئمة الأربعة -رحمهم الله- فقد تركت الترجمة لهم وذلك نظراً لشهرتهم.

#### • خطة البحث :

تشتمل الخطة على مقدمة وتمهيد ومبحث ثم الخاتمة :

- المقدمة ، وتشمل (أهمية الموضوع ،منهج البحث ، خطة البحث).

- التمهيد، ويشمل :

- تعريف المستفتي لغة واصطلاحاً.

-المبحث : أحكام متعلقة بالمستفتي :

المسألة الأولى : حكم الاستفتاء في حق المستفتي.

المسألة الثانية : اختيار المفتين.

المسألة الثالثة : اختلاف المفتين.

المسألة الرابعة : إذا لم يجد مفتياً.

المسألة الخامسة : التزام المستفتي بمذهب.

المسألة السادسة : المستفتي وتتبع الرخص.

المسألة السابعة : متى تلزم الفتيا المستفتي.

- الخاتمة.

- قائمة المصادر.

## التمهيد :

## - تعريف المستفتي :

المستفتي : اسم فاعل من " استفتى "، أي طلب الفتيا وسألها، فهو من وقعت له واقعة فأستفتى العالم عن حكمها، أو أراد معرفة حكم معين ليتفقه في الدين. فالسؤال إما أن يقع من عالم "مجتهد" أو غير عالم "مقلد"، وعلى كلا التقديرين إما أن يكون المسؤول عالماً أو غير عالم فهذه أربعة أقسام :

- 1- سؤال العالم لمثله لا لتقليده إذ هو مجتهد، ولكن لتحقيق ما حصل، أو رفع إشكال عن له، أو تذكر ما خشي عليه النسيان، أو تنبيه المسؤول على خطأ يورده مورد الاستفادة، أو تحصيل ما عسى أن يكون فاته من العلم.
- 2- سؤال المتعلم لمثله، كما مذاكرته بما سمع، أو طلبه منه ما لم يسمع، أو تمرنه معه في المسائل قبل لقاء العالم، أو الاستهداء بعقله إلى فهم ما ألقاه العالم.
- 3- سؤال العالم للمتعلم، وذلك لتنبيهه على موضع إشكال يطلب رفعه، أو اختبار عقله أين بلغ، أو تنبيهه على ما علم ليستدل به على ما لم يعلم.
- 4- سؤال المتعلم للعالم، وهو يرجع إلى طلب علم ما لم يعلم<sup>(1)</sup>.

والقسم الرابع هو المستفتي، وسؤاله هو الاستفتاء، وقد عرف المستفتي بأنه : من ليس معه آلة الاجتهاد<sup>(2)</sup>. أو أنه من لم يبلغ درجة الاجتهاد، سواء أكان عامياً، أو عالماً بطرف صالح من علوم الاجتهاد<sup>(3)</sup>.

## ❖ المسألة الأولى - حكم الاستفتاء في حق المستفتي :

المقصود هنا هو بيان الحكم الشرعي في مشروعية الاستفتاء وليس المقصود بيان حكم الاستفتاء من حيث المشروعية، فمشروعية الاستفتاء لا تعني جوازه لكل أحد وعلى جميع الأحوال بل هناك أحوال متعددة يتفاوت الحكم الشرعي في مشروعية الاستفتاء لها، وتفصيل ذلك كالتالي :

## ❖ الوجوب :

يكون الاستفتاء واجباً في حق بعض المكلفين بشرطين :

- الشرط الأول : ألا يصل إلى درجة الاجتهاد وهو يشمل صنفين من المكلفين :

أ- العامي الصرف : وهذا على رأي الجمهور ، لأنه ليس أهلاً لمعرفة الحكم بطلب دليله واستنباطه منه بل طريقه لمعرفة ذلك سؤال أهل الذكر واستفتاء أهل العلم.

وقد حكى ابن عبد البر رحمه الله<sup>(4)</sup> الإجماع على ذلك، ولأن العامي لو كلف البحث عن الدليل والنظر في

(1)الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي (656/4).

(2)انظر: المسودة لآل تيمية (517)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (1082/2).

(3)انظر: الإحكام للأمدى (234/4)؛ شرح العضد على ابن الحاجب (306/2)؛ التقرير والتحرير (460/3).

(4)هو يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر، أبو عمر القرطبي، أحد أعلام الأندلس، كان متبحراً في الفقه والعربية والحديث والتاريخ، من مصنفاته: التمهيد، الاستذكار، الاستيعاب، وغيرها، توفي سنة 463هـ وقيل غير ذلك. [انظر: "وفيات الأعيان" 64/6؛ "الديباج المذهب" 367/2؛ "شذرات الذهب" 314/4].

المسائل لأفضى إلى تعطل المعاش والصنائع وخراب الدنيا ... الخ.<sup>(1)</sup>

وهذا لا ينبغي أن يخالف فيه أحد، إلا أنه قد جاء عن بعض معتزلة بغداد أنه يجب على العامي معرفة الحكم بطريقة وعلته وأن رجوعه إلى العالم إنما هو تبيينه على أصولها وعن الجبائي أنه يجوز له الاستفتاء في المسائل الاجتهادية دون القطعية، ومع هذا فقد قال أبو الحسين البصري المعتزلي بعد ذكره لهذين القولين (والصحيح جواز تقليده فيهما - أي في المسائل الاجتهادية وغيرها من الفروع - والدليل إجماع الأمة قبل حدوث المخالف)<sup>(2)</sup>.

ب- العالم الذي حصل بعض العلوم المعتمدة دون أن يصل إلى حد الاجتهاد، فحكمه حكم العامي الصرف وهذا اختيار جمع من أهل العلم رحمهم الله تعالى<sup>(3)</sup>.

وقال قوم: لا يجوز له التقليد، بل يعرف الحكم بطريقة لأن له صلاحية ذلك بخلاف العامي<sup>(4)</sup>. وأجيب عنهم: بأن المدار على الصلاحية الكاملة لا في الجملة<sup>(5)</sup>.

ويجئ هنا خلاف المعتزلة السابق أيضاً<sup>(6)</sup>.

- الشرط الثاني لوجوب الاستفتاء على من ذكر: أن تكون المسألة مما لزمه معرفة حكمه والعمل به، كالقادر الذي أراد الحج وجب عليه الاستفتاء لمعرفة كيفيته، وكالمالك للنصاب في المال الذي حال عليه الحول وجب عليه معرفة كيفية إخراج الزكاة ومقدارها، ومن باشر التجارة وجب عليه معرفة أحكام البيع والشراء ما يتصل منها بتجارته، وهكذا.

أما ما زاد على قدر الواجب عليه معرفته فهو فرض كفاية، موصل إلى طلب العلم الذي حض عليه الشرع.

#### ❖ التحريم:

يحرم الاستفتاء على المجتهد الذي أداه اجتهاده إلى حكم معين في مسألة ما، وهذا لأن الواجب في حقه معرفة الحكم بطريقة والمصير إلى ما يؤدي إليه ظنه لا ظن غيره وهذا الحكم فيما إذا اجتهد في الواقعة بلا خلاف<sup>(7)</sup>. وأما استفتاؤه قبل اجتهاده فسيأتي بيانه.

#### ❖ - الإباحة:

ويباح الاستفتاء (أي الجواز مطلقاً من غير تحريم ولا إيجاب) في الحالات الآتية:

أ- غير المجتهد فيما لا يلزمه معرفته ولا تعين عليه العمل به من أحكام الشرع، كالفقير لا يجد مالاً يسأل عن أحكام

(1)المحصول للرازي (83/6)؛ الإحكام للآمدي (228/4)؛ الموافقات للشاطبي (611/4)؛ نهاية السؤل للإسنوي (587/4)؛ الإبهاج للسبكي (269/3)؛ البحر المحيط للزركشي (332/8)، المستصفي للغزالي (627/2).

(2)المعتمد لأبي الحسين البصري (932/2).

(3)انظر: الإحكام للآمدي (234/4)، شرح المعضد (306/2)، الإبهاج للسبكي (269/3).

(4)انظر: جمع الجوامع للسبكي (393/2) بشرح المحلي، البحر المحيط للزركشي (332/8).

(5)انظر: حاشية البناني على جمع الجوامع (393/2).

(6)انظر: البحر المحيط للزركشي (332/8).

(7)انظر: المحصول للرازي (83/6)؛ الإحكام للآمدي (210/4)؛ بيان المختصر للأصبهاني (328/3)؛ نهاية السؤل للإسنوي (587/4)؛ التقرير والتحرير لابن أمير الحاج

(439/3).

التجارة والشركات ونحوها من باب طلب العلم، كما قال ابن حمدان<sup>(1)</sup>: (إن كان غرض السائل معرفة الحكم لاحتمال أن يقع له أو لمن سأل عنه فلا بأس، وكذا إن كان ممن ينفعه في ذلك، ويقدر وقوع ذلك ويفرع عليه).<sup>(2)</sup>

ب- المجتهد يسأل مجتهداً آخر، لا لمعرفة الحكم وتقليده فيه، بل لتحقيق ما حصل أو رفع إشكال عن له أو تذكر ما خشي عليه النسيان<sup>(3)</sup>.

والخلاصة في حكم الاستفتاء:

أن المستفتي أحد ثلاثة من المكلفين:

أ- العامي الصرف: فهذا يجب عليه الاستفتاء ويتعين عليه إن كانت الحادثة التي يريد معرفة حكمها مما لزمه العمل به، ليقوم بها على الوجه المشروع، وهذا الذي فرضه الله عليه بقوله سبحانه: ((فسئلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون)).<sup>(4)</sup>

أما إن لم يجب عليه معرفة حكم الحادثة، فلا يجب عليه الاستفتاء فيها، بل غاية ما فيها إباحتها.

ب- العالم الذي حصل طرفاً من العلوم المعتبرة، لكنه دون حد الاجتهاد، فالراجع فيه - على ما تقدم أن حكمه حكم العامي الصرف فيما يجب عليه الاستفتاء فيه وما يستحب أو يباح له.

ولم يخالف في هذين الصنفين إلا معتزلة بغداد والجبائي وحجوا بأنهم مسبقون بالإجماع وبدلائل أخرى.

ج- المجتهد: فإن اجتهد في الواقعة حرم عليه استفتاء غيره فيها بالاتفاق إلا إن كان سؤاله لمجتهد آخر، مذاكرة أو رفعاً لما أشكل عليه، ونحو هذا، وتقدم أن تسميته استفتاء والحال هذه تسمية لغوية فحسب.

#### ❖ المسألة الثانية - اختيار المفتي:

تقدم أن العامي يجب في حقه سؤال أهل العلم فيما لم يعلم حكم الله عز وجل فيه من المسائل، وإذا وجب عليه ذلك فعليه أن يتوجه بالسؤال إلى من يثق بدينه وأمانته. وقد قال ابن سيرين - رحمه الله -<sup>(5)</sup>: ((إن هذا العلم دين، فانظر عمن تأخذ دينك)).<sup>(6)</sup>

وصح مثله عن الإمام مالك رحمه الله.<sup>(7)</sup>

(1) هو أحمد بن حمدان بن شبيب الحراني الحنبلي، أبو عبدالله، الفقيه الأصولي الأديب، من مصنفاته: المقنع في أصول الفقه، نهاية المبتدئين في أصول الدين، صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، وغيرها، توفي رحمه الله سنة 695 هـ [انظر: ذيل طبقات الحنابلة 331/2؛ شذرات الذهب 428/5].

(2) صفة الفتوى لابن حمدان (30).

(3) انظر: الموافقات للشاطبي (656/4).

(4) سورة النحل من الآية رقم (43)؛ وسورة الأنبياء من الآية رقم الأنبياء (7).

(5) هو محمد بن سيرين الأنصاري، الإمام في التفسير والحديث والفقه، كان عالماً بالقضاء، توفي رحمه الله سنة 110 هـ [انظر: "تذكرة الحفاظ" 77/1؛ "شذرات الذهب" 138/1].

(6) الفقيه والمتفقه (191/2).

(7) المصدر السابق (195/2).

وقال يزيد بن هارون<sup>(1)</sup> رحمه الله: (إن العالم حجتك بينك وبين الله تعالى، فانظر من تجعل حجتك بين يدي الله عز وجل).<sup>(2)</sup>

فإذا علم المستفتي حال المفتي من كونه عالماً عادلاً استفتاه وأخذ الحكم عنه، أما إذا أراد أن يستفتي من لم يعرفه فقد ذهب الجمهور في هذه المسألة إلى أنه يكفيه غلبة ظنه أن من يفتيه من أهل الاجتهاد والورع وذلك إذا رآه منتصباً للفتوى بمشهد الخلق ويرى اجتماع المسلمين على سؤاله. وما يراه من سمات الدين والستر عليه وليس بمجرد اشتغاله بالعلوم أو ظهور سمات الدين عليه فقط.<sup>(3)</sup>

وذهب بعض أهل العلم إلى اشتراط معرفة علم من يفتيه وعدالته، ولكن حدث الخلاف في الطريق إلى معرفة ذلك إلى عدة أقوال:

أ- تواتر الخبر بعلم المفتي وعدالته وأهليته للإفتاء وهو قول الاسفراييني، ورد بأن التواتر إنما يفيد العلم في المحسوسات وهذا ليس منها.<sup>(4)</sup>

ب- أنه يكفيه استفاضة الخبر بين الناس باجتهاد المفتي وأهليته للفتوى وهو الذي رجحه النووي<sup>(5)</sup> ونقله عن الشافعية<sup>(6)</sup>. ورد بأن الشهرة بين العامة لا ثقة بها وقد يكون أصلها التلبيس.<sup>(7)</sup>

ج- يكفيه خبر عدلين بأنه مفت<sup>(8)</sup>، وهو منقول عن القاضي الباقلاني<sup>(9)</sup>.

د- يكفيه خبر الواحد العدل بفقته المفتي وأمانته، لأن هذا طريقه الإخبار، وهو قول الشيرازي<sup>(10)</sup> والموفق ابن قدامة<sup>(11)</sup>، وذكره معناه ابن عقيل.<sup>(12)</sup>

قال النووي: وهو محمول على من عنده معرفة يميز بها الملتبس من غيره ولا يعتمد على أخبار العامة لكثرة تطرق التلبيس إليهم في ذلك.<sup>(13)</sup>

(1) هو يزيد بن هارون الواسطي السلمي، أحد الأئمة، كان حافظاً متقناً، توفي رحمه الله سنة 206 هـ [انظر: "تذكرة الحفاظ" 317/1؛ "شذرات الذهب" 16/2].  
(2) الفقيه والمتفقه (195/2).

(3) انظر: التقرير والتحبير (461/3)؛ أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح (158).

(4) انظر: التقرير والتحبير (461/3)؛ أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح (158).

(5) هو يحيى بن شرف بن مري النووي، شيخ الإسلام أبو زكريا، من مصنفاته: "رياض الصالحين: شرح صحيح مسلم: الأذكار" وغيرها الكثير، توفي رحمه الله سنة 676 هـ [انظر: "طبقات الشافعية للسبكي" 395/8؛ "شذرات الذهب" 354/5؛ "الفتح المبين" 81/2].

(6) انظر: المجموع للنووي (87/1)؛ التقرير والتحبير (461/3).

(7) انظر: البرهان للجويني (877/2)؛ أدب المفتي والمستفتي (158).

(8) انظر: البرهاني للجويني (877/2)؛ التقرير والتحبير (461/3)؛ شرح الكوكب لابن النجار (542/4).

(9) هو محمد بن الطيب بن محمد، القاضي أبو بكر الباقلاني، الأصولي المتكلم، صاحب المصنفات الكثيرة، توفي رحمه الله سنة 403. انظر: "الديباج المذهب" 228/2؛ "وفيات الأعيان" 400/3.

(10) انظر: شرح اللمع للشيرازي (1037/2).

(11) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، أحد الأئمة الأعلام، وله مصنفات عديدة منها: "المغني؛ الكافي؛ المقنع" وغيرها. انظر: "ذيل طبقات الحنابلة" 133/2؛ "شذرات الذهب" 88/5.

(12) انظر: شرح الكوكب لابن النجار (542/4).

(13) انظر: أدب المفتي والمستفتي (159)؛ المجموع للنووي (87/1).

هـ- يشترط امتحان المفتي بتفليق مسائل متفرقة ومراجعته فيها، فان أصاب غلب على ظنه أنه من أهل الاجتهاد وإلا تركه، ونسب إلى القاضي الباقلاني في تقريبه.<sup>(1)</sup>

ورد بأنه لا وجه له، والأعراب كانوا يستفتون الصحابة وما كانوا مختبرين لهم، ثم إنه من أين للعلمي معرفة كونه مصيباً في جوابه، على أنه لو كان خطأ عند مجتهد لا يلزم نفي كونه مجتهداً فاشترطه بعيداً.<sup>(2)</sup>

و- يقول لمفتيه: اجتهد أنت فأقلدك فان أجابه قلده، وهو قول ابن برهان<sup>(3)</sup> في الوجيز قال: هذا أصح المذاهب.<sup>(4)</sup>

ز- يكفيه قول المجتهد: أنا مفت أو مجتهد، ويتبعه ويستفتيه، وهو قول ابن فورك<sup>(5)</sup> والغزالي في المنحول<sup>(6)</sup>، زاد الجويني: إذا كان عدلاً، واختاره في البرهان<sup>(7)</sup> قال ابن أمير الحاج<sup>(8)</sup>: ((ولعل الأقرب انه إذا اعتبر قوله أنه مجتهد إنما يعتبر إذا علمت عدالته، ولم ينف معاصروه من العلماء الذين لا مانع من قبول شهادتهم عليه ذلك)).<sup>(9)</sup>

والظاهر من هذه الأقوال -والله أعلم- التقارب فيما بينها، لأنها تؤدي إلى أن المستفتي متى ما غلب على ظنه أن من يستفتيه من المجتهدين المعروفين بالدين والعدالة والعلم سواء أعرف ذلك من خلال اجتماع المسلمين حوله وسؤاله، أو إشارة أهل العلم إليه، أو سماعه ذلك من الناس، أو أخبره عدل بذلك، أو أخبره هو عن نفسه، فإنه في هذه الأحوال يكفيه ذلك، ولا يلزم شرط معين حتى يختار من يفتيه.

- هذا اذا كان المفتي المجتهد واحداً، فمتى علم اجتهاده وأهليته للإفتاء استفتاه إما إذا تعدد المجتهدون وصلح جميعهم للإفتاء، فمن يستفتي منهم، هذه مسألة أخرى، اختلف فيها أهل العلم.

فإن سألهم واتفقت فتاويهم على قول واحد عمل به، لكن إن اختلفت عليه الفتاوى أو كان لم يسألهم بعد، فما الذي يلزمه؟

هل يتخير فيأخذ بما شاء أو يجتهد ويعمل بالأرجح لديه؟ هما قولان لأهل العلم، وبسطهما والكلام فيهما في المسألة الآتية.

وهناك مسألة أخرى وهي تعدد المفتين أمام المستفتي وهو لم يسأل بعد، وكان كل واحد منهم أهلاً للإفتاء، اختلف أهل العلم في المسألة:

(1) انظر: البرهان للجويني (877/2)؛ التقرير والتحبير (462/3).

(2) انظر: "المصادر السابقة".

(3) هو أحمد بن علي بن محمد، المعروف بابن برهان، الفقيه الشافعي الأصولي المحدث، يضرب به المثل في تبحره في الأصول والفروع، من مصنفاته: "البيسط؛ الوسيط؛ الوجيز" وغيرها، توفي رحمه الله سنة 518هـ. انظر: "طبقات الشافعية للسبكي" 30/6؛ "وفيات الأعيان" 82/1.

(4) انظر: البحر المحيط للزركشي (362/8).

(5) انظر: البرهان للجويني (877/2).

(6) انظر: البحر المحيط للزركشي (362/8).

(7) انظر: البرهان للجويني (877/2).

(8) هو محمد بن محمد بن علي بن سليمان الحنفي، المعروف بابن أمير الحاج، كان فاضلاً ديناً قوي النفس، من مصنفاته: "شرح تحرير ابن الهمام" وغيرها، توفي رحمه الله سنة 879هـ. انظر: "معجم المؤلفين" 274/1؛ "شذرات الذهب" 328/7.

(9) التقرير والتحبير له (462/3).

القول الأول: عليه أن يجتهد في معرفة الأعلام منهم والأوثق ويخصه بالاستفتاء وهذا غير شاق عليه لأنه يتوصل إليه بالسماع من الثقات.<sup>(1)</sup>

القول الثاني: أنه لا يجب عليه التحري، بل يتخير ويسأل من شاء منهم، كما لا يلزمه الاجتهاد في طلب الدليل لأن المستفتي في زمن الصحابة كان يسأل فاضلهم ومفضولهم ولم ينكر الصحابة ذلك فكان إجماعاً منهم على ذلك<sup>(2)</sup>. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله تعالى<sup>(3)</sup>. وهذا هو الراجح في هذه المسألة -والله أعلم-.

فأما إن استفتاهم واختلف عليه فتاواهم فهذه مسألة أخرى محلها في المسألة التالية.

#### ❖ المسألة الثالثة - اختلاف المفتين :

الواجب في حق المستفتي هو سؤال أهل العلم والتوجه إليهم لمعرفة حكم الله عز وجل في المسألة الواقعة، وقد سبق الحديث عن مسألة اختيار المفتين، وكذلك الحديث في حال تعدد المفتين ولم يسأل أحدهم بعد فهو مخير في سؤال أحدهم، والمسألة المراد بحثها هنا هي في حال اختلاف المفتين في الحكم في المسألة الواحدة للمستفتي، أي اختلافهم مثلاً بين من يقول بالخطأ أو الإباحة، أو الوجوب والتحريم، وغير ذلك.

اختلف أهل العلم في هذه المسألة، فمنهم من يرى أن الواجب على المستفتي في هذه الحالة أن يجتهد في أعيان المفتين ويتحرى إتباع الأوثق والأعلم منهم، ومنهم من ذهب إلى أن المستفتي مخير بين آرائهم فيتبع منهم ما يشاء وبذلك تبرأ ذمته، وتفصيل هذه الأقوال على النحو الآتي :

- القول الأول : ذهب فريق من العلماء إلى أن المستفتي ملتزم بأن يجتهد في معرفة من هو أوثقهم وأفقههم، فيقوم بالترجيح بين أعيان المفتين ومن ثم يأخذ بقول من ترجح منهم لديه، مع تفاوت بينهم فيما يحصل به الترجيح على النحو الآتي :

1- أن يأخذ بقول الأعلام والأوثق والأرجح في نظره والأفضل، لان ذلك طريقة قوة ظنه وهو ممكن للمستفتي غير متعذر له، ويعرف هذا بالإخبار وإذعان المفضول للفاضل وتقديمه على نفسه ونحو ذلك وهذا الذي اختاره أبو الحسين البصري<sup>(4)</sup>، والموفق ابن قدامه<sup>(5)</sup> وابن الصلاح<sup>(6)</sup> والشاطبي<sup>(7)</sup> والرازي<sup>(8)</sup> وغيرهم.

وعللوا ذلك بان كلاً من المجتهدين مستند إلى دليل، فإتباع أحدهما بلا مرجح إتباع للهوى، إذ صاروا في حق المستفتي كالدليلين المتعارضين في حق المجتهد، فكما وجب على المجتهد الترجيح، وجب كذلك على المستفتي الترجيح بينهم. فلا ينبغي مخالفة الظن الحاصل للمستفتي بواسطة الترجيح بينهم بمجرد التشهي، وهو الذي رجحه ابن

(1) انظر: أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح (160)؛ البحر المحيط للزركشي (365/8)؛ شرح اللمع (1038/2).

(2) انظر: البرهان للجويني (878/2)؛ أدب المفتي والمستفتي (160)؛ العدة للقاضي أبي يعلى (1226/4).

(3) انظر: العدة للقاضي أبي يعلى (1226/4)؛ التمهيد لأبي الخطاب (404/4)

(4) انظر: المعتمد لأبي الحسين (939/2).

(5) انظر: روضة الناظر لابن قدامة (453/2).

(6) انظر: أدب المفتي والمستفتي له (165).

(7) انظر: الموافقات للشاطبي (500/4).

(8) انظر: المحصول للرازي (83/6).

القيم<sup>(1)</sup> أيضاً وابن بدران<sup>(2)</sup>. وعارضهم النووي في ذلك بأن العامي ليس من أهل الاجتهاد وإنما فرضه أن يقلد علماً أهلاً لذلك، ويحصل ذلك بإتباعه أيّاً منهم دون ترجيح<sup>(3)</sup>.

وترجيح أحد المفتين على الآخر له صور وهي :

أ- أن يتساوا في الدين، ويتفاضلوا في العلم: فمنهم من خيره، والأقرب أخذه بقول الأعم لمزيتته<sup>(4)</sup>.

ب- أن يتساوا في العلم ويتفاضلوا في الدين: قيل هم سواء، وقيل يقدم الأدين لأن الثقة به أقوى وجزم به الإسنيوي<sup>(5)</sup>.

ج- أن يكون أحدهما أعلم والآخر أدين: قيل هما سواء<sup>(6)</sup>، وقيل يؤخذ بقول الأدين<sup>(7)</sup>، وقيل بقول الأعم لأنه أقرب للصواب إذ العلم مستفاد من علمه لا من ديانتته<sup>(8)</sup>.

د- أن يتساوا في العلم والدين. فهذا على افتراض وقوعه، فقيل :

- يسقط عنه التكليف لأننا جعلنا له أن يفعل ما يشاء<sup>(9)</sup>.

- وقيل يأخذ بأشد القولين أو الأقوال، كأن يأخذ بلحظر دون الاباحة، وقال به العز بن عبد السلام<sup>(10)</sup> لأنه أحوط<sup>(11)</sup> وينسب إلى الظاهرية<sup>(12)</sup>، وإلى القاضي عبد الجبار<sup>(13)</sup> محتجين بأن الحق ثقيل، كما قال ابن مسعود رضي الله عنه: ((الحق ثقيل مري، والباطل خفيف، ورب شهوة تورث حزناً طويلاً))<sup>(14)</sup>.

- وقيل بل يأخذ بأيسر القولين أو الأقوال، لقوله تعالى: (( يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ))<sup>(15)</sup>. ولقوله صلى الله عليه وسلم: (( إن الدين يسر ولن يشاد الدين إلا غلبه ))<sup>(16)</sup>.

(1) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم (264/4).

(2) انظر: المدخل لابن بدران (205).

(3) انظر: المجموع للنووي (87/1).

(4) انظر: المحصول للرازي (82/6)؛ نهاية السؤل للإسنيوي (612/4)؛ نفائس الأصول للقرافي (3949/9).

(5) انظر: التمهيد لأبي الخطاب (405/4)؛ نهاية السؤل للإسنيوي (612/4).

(6) انظر: التمهيد لأبي الخطاب (405/4).

(7) انظر: المحصول للرازي (82/6)؛ نهاية السؤل للإسنيوي (612/4).

(8) انظر: لمحصل للرازي (82/6)؛ نهاية السؤل للإسنيوي (612/4)؛ التمهيد لأبي الخطاب (405/4)؛ البرهان للجويني (879/2).

(9) انظر: المحصول للرازي (81/6).

(10) هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم، الملقب بسلطان العلماء، شيخ الإسلام وأحد الأئمة الأعلام، من مصنفاته: "القواعد الكبرى؛ "مجاز القرآن" وغيرها، توفي رحمه الله سنة 660هـ [انظر: "فوات الوفيات" 594/1؛ "شذرات الذهب" 301/5].

(11) انظر: فتاوى العز بن عبد السلام (170).

(12) انظر: البحر المحيط للزركشي (367/8).

(13) انظر: التمهيد لأبي الخطاب (405/4).

(14) الفقيه والمتفقه للخطيب (428/2).

(15) سورة البقرة من الآية رقم (185).

(16) رواه البخاري: كتاب الإيمان، "حديث رقم 39".



- وقيل : إن كان حقاً لله أخذ فيه بالأيسر، وإن كان حقاً للعباد أخذ فيه بالأثقل.<sup>(1)</sup>

- وقيل بل يكون خيراً فيعمل بما شاء من الأقوال لان إتباع احدها ليس بأولى من إتباع الآخر.<sup>(2)</sup>

2- القول الثاني لمن قال بلجتهاد المستفتي عند تعارض الفتاوى أماله :

أن يسأل المفتين عن الأدلة إن اتسع عقله لذاك، ويأخذ بما ترجح له، وإن لم يتسع عقله أخذ بقول المعتر عند، حكاة الخطيب عن أبي عبد الله الزبيري.<sup>(3)</sup>

3- أن يسأل مفتياً آخر ، فمن وافق منهم أو منهما عمل به ، ويعتبر هذا ترجيحاً من المرجحات<sup>(4)</sup> ولم يرتض هذا إمام الحرمين في البرهان<sup>(5)</sup>.

ب- القول الثاني في مسألة اختلاف المفتين، وهو التخيير مطلقاً أي أن المستفتي يعمل بما شاء من الأقوال دون إلزام له بترجيح، لأنه ليس من أهل الاجتهاد والواجب عليه تقليد عالم ثقة وقد حصل ذلك بإتباعه أياً منهم، ولأنه خير قبل الفتيا في سؤال من شاء منهم فيبقى الحال على التخيير بعد الاستفتاء فكذلك بعدها، وهذا هو قول الجمهور: اختاره الشيرازي<sup>(6)</sup> وابن الصباغ<sup>(7)</sup> والقاضي أبو يعلى<sup>(8)</sup> وأبو الخطاب<sup>(9)</sup> والخطيب البغدادي<sup>(10)</sup> والآمدي<sup>(11)</sup> والنووي<sup>(12)</sup>.

قال ابن الهمام رحمه الله : (( وعلى هذا فإذا استفتى فقيهين أعني مجتهدين فاختلفا عليه، الأولى أن يأخذ بما يميل إليه قلبه منهما، وعندني أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جاز لأن ميله وعدمه سواء، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل، أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ ))<sup>(13)</sup>.

ويندرج تحت هذا القول ما سبق ذكره من آراء في مسألة الأخذ بالأشد أو الأخف أو الأيسر.

وخلاصة القول في المسألة أن العلماء ذهبوا إلى رأيين فيها :

- الرأي الأول : أن المستفتي يلزمه أن يجتهد ويتحرى في أعيان المفتين، وعليه أن يتبع من يترجح لديه، على الخلاف في المرجحات التي ترجع إلى الدين والعلم والورع أو تقوية فتواه بمفت آخر أو انتشاره وذيع صيته.

(1) انظر: البحر المحيط للزركشي (367/8)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (452).

(2) انظر: التمهيد لأبي الخطاب (405/4).

(3) انظر: الفقيه والمتفقه للخطيب (432/2).

(4) انظر: أدب المفتي والمستفتي (165) : المجموع للنووي (56).

(5) انظر: البرهان للجويني (884/2).

(6) انظر: شرح اللمع للشيرازي (1038).

(7) انظر: أدب المفتي والمستفتي (165).

(8) انظر: لعدة للقاضي أبي يعلى (1227/4).

(9) انظر: لتمام لأبي الخطاب (405/4).

(10) انظر: الفقيه والمتفقه للخطيب (432/2).

(11) انظر: الإحكام للآمدي (242/4).

(12) انظر: المجموع للنووي (56) : روضة الطالبين (105/11).

(13) فتح القدير لأبن الهمام (238/7).

- الرأي الثاني: أن المستفتي مخير في إتباع من شاء من المفتين، فيعمل بما يشاء من أقوالهم دون حاجة إلى النظر والاجتهاد لأنه ليس أهلاً للاجتهاد، ولأن حق المستفتي هو التقليد وقد حصل له ذلك بإتباع فتيا من شاء من المفتين.

والراجع في هذه المسألة -والله أعلم- هو القول بالتحري والاجتهاد بين أعيان المفتين، وإتباع الأوثق منهم، وهو حاصل بسماعه لأفضلية أحدهم وانتشار ذكره وتقدير العلماء له وثنائهم على أقواله وترجيحاته، أو غير ذلك من القرائن التي تدل على أفضليته على غيره.

#### ❖ المسألة الرابعة- إذا لم يجد المستفتي مفتياً :

الحديث في هذه المسألة عمّا إذا وقعت للمستفتي مسألة وأراد معرفة الحكم الشرعي لها فلم يجد المستفتي من يفتيه في محله أو بلده فقد قال العلماء يجب عليه الرحيل إلى حيث يجد المفتي، قال ابن حزم رحمه الله<sup>(1)</sup>: ((فإن لم يجدوا في مجلسهم من يفقههم في ذلك كله ففرض عليهم الرحيل إلى حيث يجدون العلماء المجتهدين في صنوف العلم، وإن بعدت ديارهم وإن كانوا بالصين)).<sup>(2)</sup>

وقد روى البخاري عن عقبة بن الحارث أنه تزوج ابنة لأبي إهاب بن عزيز فأتته امرأة فقالت إني قد أرضعت عقبة والتي تزوج، فقال لها عقبة: ما أعلم أنك أرضعتني ولا أخبرتني، فركب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: كيف وقد قيل؟ ففارقها عقبة ونكحت زوجاً غيره.<sup>(3)</sup>

- أما إن عدم مفتياً في بلده أو بقره، وعجز عن السفر إلى مفت في موضع بعيد، فهذا للعلماء فيه قولان :

- القول الأول: أنه يخرج على الخلاف في مسألة تعارض الأدلة عند المجتهد، هل يعمل بالأخف أو الأشد أو يتخير؟<sup>(4)</sup>

- القول الثاني: أن له حكم ما قبل الشرع من إباحة وحظر ووقف على خلاف فيه.<sup>(5)</sup> وهذا القول رجحه واختاره وجزم به كل من: ابن الصلاح<sup>(6)</sup> وابن حمدان<sup>(7)</sup> وابن مفلح<sup>(8)</sup> والنووي<sup>(9)</sup> والشاطبي<sup>(10)</sup>.

واستدلوا لهذا القول بما يلي :

1- كما أن المجتهد يسقط عنه التكليف عند تعارض الأدلة - على الراجح - فالقلد عند فقد العلم بالعمل رأساً أحق وأولى.

(1) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، أبو محمد الأموي الظاهري، كان حافظاً عالماً بعلوم الحديث وفقهه، من مصنفاته: "المحلى: الإحكام لأصول الأحكام: الفصل في المثل والنحل" وغيرها، توفي رحمه الله سنة 456 هـ [انظر: "تذكرة الحفاظ" 3/1146؛ "الفتح المبين" 1/23].

(2) الإحكام لأبن حزم (122/5).

(3) أخرجه البخاري، كتاب العلم، باب الرحلة في المسألة النازلة وتعليم أهله، رقم "88"، 45/1.

(4) انظر: إعلام الموقعين (219/4).

(5) انظر: إعلام الموقعين (219/4): المسودة لآل تيمية (550): شرح الكوكب لابن النجار (553/4).

(6) انظر: أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح (105).

(7) انظر: صفة الفتوى لابن حمدان (27).

(8) انظر: شرح الكوكب لابن النجار (553/4).

(9) انظر: المجموع للنووي (91/1).

(10) انظر: الموافقات للشاطبي (637/4).

2- أن هذه المسألة راجعة إلى العمل قبل تعلق الخطاب، والأصل في الأعمال قبل ورود الشرائع سقوط التكليف، إذ شرط التكليف العلم بالمكلف به وهذا غير عالم به.

3- أنه لو كان مكلفاً لكان تكليفاً بما لا يطاق، إذ هو - حينئذ - تكليف بما لا يعلمه ولا سبيل له إلى الوصول إليه<sup>(1)</sup>.

وسواء في هذا الحكم (سقوط التكليف) من جهل الحكم الشرعي أصلاً فهو كمن لم يرد عليه تكليف البتة، أم جهل صفة الحكم الشرعي دون أصله كالعالم بالطهارة أو الصلاة أو الزكاة على الجملة، لكنه لا يعلم كثيراً من تفاصيلها وأحكامها<sup>(2)</sup>. ويشهد لهذا القول حديث حذيفة ابن اليمان رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (( يدرس الإسلام كما يدرس وشي الثوب حتى لا يدري ما صيام ولا صلاة ولا نسك ولا صدقة، ويسرى على كتاب الله تعالى في ليلة فلا يبقى في الأرض منه آية، وتبقى طوائف من الناس الشيخ الكبير والعجوز الكبيرة يقولون: أدركنا آباءنا على هذه الكلمة: لا إله إلا الله فنحن نقولها )) فقال صلة بن زفر لحذيفة: فما تغني عنهم لا إله إلا الله وهم لا يدرون ما صلاة ولا صيام ولا نسك لا صدقة؟ فأعرض عنه حذيفة، فردها عليه ثلاثاً، كل ذلك يعرض عنه حذيفة، ثم أقبل عليه في الثالثة فقال: يا صلة تنجيهم من النار، تنجهم من النار<sup>(3)</sup>.

أما ابن القيم فقد مال إلى ترجيح قول آخر، ونصه: ((والصواب أنه يجب عليه أن يتقي الله ما استطاع ويتحرى الحق بجهده ومعرفة مثله، وقد نصب الله تعالى على الحق أمارات كثيرة، ولم يسو الله سبحانه بين ما يحبه وبين ما يسخطه من كل وجه بحيث لا يتميز هذا من هذا، ولا بد أن تكون الفطر السليمة مائلة إلى الحق مؤثرة له، ولا بد أن يقوم لها عليه بعض الأمارات المرجحة ولو بمنام أو إلهام، فإن قدر ارتفاع ذلك كله وهدمت في حقه جميع الأمارات فهنا يسقط التكليف عنه في حكم هذه النازلة ويصير بالنسبة إليها كمن لم تبلغه الدعوة، وإن كان مكلفاً بالنسبة إلى غيره فأحكام التكليف تتفاوت بحسب التمكن من العلم والقدرة<sup>(4)</sup>)).

وقد يقول البعض إن مثل هذا لا يتصور وخصوصاً في عصرنا الحاضر وقد تيسرت سبل الاتصال بالمفتين وتنوعت وتعددت فيسهل الاستفتاء ومعرفة الحكم، ولكن - والله أعلم - أن مثل هذا قد يتصور وخصوصاً في بعض البلاد التي بها أقليات مسلمة لا تستطيع التواصل مع العلماء وليس عندهم من يفتيهم ويعلمهم ويبين لهم الحكم الشرعي في أمور كثيرة، وهنا يأتي الدور على العلماء وطلبة العلم في محاولة السعي إلى نشر وتوعية المسلمين بأمور دينهم في بلاد تفتقد العلماء، وكذلك الحرص على التركيز على فئة منهم ليتولوا هم المهمة بعد ذلك في نشر العلم والإفتاء لمن حولهم.

#### ❖ المسألة الخامسة - التزام المستفتي بمذهب :

أصل هذه المسألة هو هل للعامي مذهب أم لا؟ وسبب الخلاف فيها هل يجب على العامي أن يلتزم بمذهب معين يستفتي به ويأخذ برخصه وعزائمه، أم يجوز له الانتقال إلى مذهب آخر في آحاد المسائل؟ وقد اختلف العلماء في مسألة هل للعامي مذهب أم لا على قولين :

(1) انظر: الموافقات للشاطبي (637/4).

(2) المصدر السابق.

(3) أخرجه ابن ماجه، باب ذهاب القرآن والعلم، رقم "4049"، 2/1344؛ والحاكم في المستدرک، كتاب الفتن والملاحم، رقم "8460"، 4/1520.

(4) إعلام الموقعين لابن القيم (168/4).

- القول الأول: أن للعامي مذهب لأنه يعتقد أن المذهب الذي انتسب إليه هو الحق فعليه الوفاء به فإن كان شافعيًا أو مالكيًا - مثلاً - لم يجز له أن يستفتي حنبليًا وهكذا.

وقد رد هذا القول ابن القيم - رحمه الله - إذ يقول: ((إن القائل أنه شافعي أو مالكي أو حنفي يزعم أنه متبع لذلك الإمام سالك طريقه، وهذا إنما يصح له إذا سلك سبيله في العلم والمعرفة والاستدلال، فأما مع جهله وبعده جداً عن سيرة الإمام وعلمه وطريقه فكيف يصح له الانتساب إليه إلا بالدعوى المجردة والقول الفارغ من كل معنى)).<sup>(1)</sup>

- القول الثاني: أنه لا مذهب للعامي، بل مذهبه مذهب مفتيه، وهذا اختيار الأمدي<sup>(2)</sup> وابن الحاجب<sup>(3)</sup> وابن تيمية<sup>(4)</sup> وابن القيم<sup>(5)</sup> وابن الهمام<sup>(6)</sup>.

فإذا نزلت بالمسلم نازلة استفتى من اعتقد أنه يفتيه بشرع الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم من أي مذهب كان، ولا يجب على أحد تقليد شخص معين ولا التزام مذهب عالم بعينه غير الرسول صلى الله عليه وسلم في كل ما يوجبه ويحبر به.<sup>(7)</sup>

بل ولا يصح منه التمذهب لأن المذاهب إنما تكون لمن يعرف الأدلة ويكون له نوع نظر واستدلال، وقد أجمع الصحابة على ذلك في تسويغهم للعامي الاستفتاء لكل عالم في كل مسألة ولم ينقل عن أحدهم الحجر على العامة في ذلك، ولأن كل مسألة لها حكم نفسها فكما لم يتعين الإتيان في المسألة الأولى إلا بعد سؤاله فكذلك في المسألة الأخرى.<sup>(8)</sup>

أما إتيان شخص لمذهب شخص بعينه لعجزه عن معرفة الشرع من غير جهته إنما هو مما يسوغ له، وليس مما يجب على كل أحد إذا أمكنه معرفة الشرع بغير ذلك الطريق، بل كل أحد عليه أن يتقي الله ما استطاع ويطلب علم ما أمر الله تعالى به ورسوله صلى الله عليه وسلم فيفعل المأمور ويترك المحذور.<sup>(9)</sup>

وقد انطوت القرون الفاضلة على عدم القول بالتمذهب، بل هي بدعة قبيحة حدثت في الأمة، ولم يقل بها أحد من أئمة الإسلام وهم أعلى رتبة وأجلّ قدراً وأعلم بالله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم من أن يلزموا الناس بذلك، وأبعد منه قول من قال يلزمه أن يتمذهب بأحد المذاهب الأربعة، فالواجب الذي أوجبه الله ورسوله على الصحابة والتابعين وتابعيهم هو الذي أوجبه على من بعدهم إلى يوم القيامة لا يختلف الواجب ولا يتبدل وإن

(1) إعلام الموقعين (202/4).

(2) انظر: الإحكام له (242/4).

(3) انظر: شرح العضد على ابن الحاجب (309/2).

(4) انظر: مجموع الفتاوى (208/20).

(5) انظر: إعلام الموقعين (262/4).

(6) انظر: التقرير والتحبير شرح التحرير (468/3).

(7) التقرير والتحبير 468/3 : فتاوى شيخ الإسلام (208/20).

(8) انظر: الإحكام للأمدي (242/4).

(9) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (208/20).

اختلفت كفيته أو قدره باختلاف القدرة والعجز والزمان والمكان.<sup>(1)</sup>

وبناء على ذلك فإن العامي يستفتي من يشاء من أتباع الأئمة الأربعة وغيرهم - رحمهم الله تعالى - وهو الراجح في المسألة - والله أعلم -.

والمسألة الأخرى هنا إذا حصل أن التزم العامي مذهباً وهو خلاف الراجح هل يجوز له الانتقال إلى غيره في آحاد المسائل، على ثلاثة أقوال :

- القول الأول : لا يجوز له الانتقال إلى غير مذهبه، ويلزمه الأخذ برخصه وعزائمه، وهذا القول يتأكد على قول من ألزمه التمذهب.

قالوا : لئلا يفضي به ذلك إلى تتبع الرخص من المذاهب، أما ما ذكر من إجماع الصحابة على عدم إنكارهم على العامة عدم التمذهب فراجع إلى أن المذاهب لم تمهد بعد ولا تقررت، بخلاف عصر الأئمة الأربعة فمن بعدهم ولذا لزم التمذهب.<sup>(2)</sup> ولأن التزام العامي بهذا المذهب أو ذاك ملزم له، كما لو التزم به في حادثة معينة لم يجزله تركه إلى غيره.<sup>(3)</sup>

- القول الثاني : يجوز له الانتقال إلى غير مذهبه، ولا يلزمه الأخذ برخص مذهبه وعزائمه وهذا مذهب النافين للالتزام بمذهب بعينه فنفههم هنا من باب أولى، خاصة وإن التزم العامي بمذهب غير ملزم له، بل ولا يصح، وقد تقدم استدلالهم. واحترافاً منهم عن الإفضاء إلى تتبع الرخص فقد اشترطوا لهذا الجواز عدم تتبع الرخص مطلقاً<sup>(4)</sup>، قال العلائي : ((والذي صرح به الفقهاء في مشهور كتبهم جواز الانتقال في آحاد المسائل والعمل فيها بخلاف مذهب إمامه الذي يقلد مذهبه إذا لم يكن ذلك على وجه تتبع الرخص)).<sup>(5)</sup>

- القول الثالث : التفصيل وهذا القول ذهب إليه بعض القائلين بالجواز، لا على الإطلاق، لكن بشروط وقيود وضعوها، وهذا بيانها مع قائلها :

أ- العز بن عبد السلام : يرى جواز الانتقال في آحاد المسائل واستدل بالإجماع على أن من أسلم لا يجب عليه إتباع إمام معين بل هو مخير، فمتى قلد إماماً معيناً وجب بقاء ذلك التخيير المجمع عليه حتى يحصل دليل على رفعه والإجماع لا يرفع إلا بمثله في القوة،<sup>(6)</sup> قال : ((حيث قلنا بجواز التقليد والانتقال في المذاهب فإنما نقول به فيما لا ينقض فيه قضاء القاضي وهو أحد أربعة: ما خالف الإجماع أو القواعد أو النص الذي لا يحتمل التأويل أو القياس الجلي)).<sup>(7)</sup> قال القرافي : وبهذا الضابط يخرج كثير من فروع المذاهب فلا يجوز أن يتبع فيها قائلها إلا أهل مذهبه.<sup>(8)</sup>

(1) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم (262/4).

(2) انظر: صفة الفتوى لابن حمدان (71)، شرح العضد على ابن الحاجب (309/2)، التقرير والتحبير (468/3).

(3) انظر: نفائس الأصول شرح المحصول للقرافي (3963/9).

(4) انظر: المسودة لآل تيمية (518).

(5) التقرير والتحبير (468/3).

(6) انظر: فتاوى العز بن عبد السلام (122)؛ نفائس الأصول للقرافي (3963/9).

(7) نفائس الأصول للقرافي (3964/9)؛ التقرير والتحبير (470/3)؛ إرشاد الفحول (452).

(8) نفائس الأصول للقرافي (3964/09).

ب- القرافي: قيد الجواز بأن لا يترتب على الانتقال ما يمنعه كل من صاحب المذهب الأول وصاحب المذهب المنتقل إليه، كمن قلد الشافعي رحمه الله في عدم الدلك في الوضوء، ومالك رحمه الله في عدم النقض باللمس بلا شهوة ثم صلى بطلت صلاته.<sup>(1)</sup>

وتعقب بأن الجمع المذكور ليس بضائر فان مالكاً رحمه الله مثلاً لم يقل إن من قلد الشافعي في عدم الصداق أن نكاحه باطل، ولم يقل الشافعي أن من قلد مالكاً في عدم الشهود أن نكاحه باطل، قال ابن أمير الحاج: لكن في هذا التوجيه نظر غير خاف.<sup>(2)</sup>

ج- الروياني<sup>(3)</sup>: قيد الجواز بثلاثة شروط:

1- أن لا يجمع بينها على صورة تخالف الإجماع كمن تزوج بغير صداق ولا ولي ولا شهود.

2- أن يعتقد الفضل فيمن ينتقل إلى تقليده بوصول أخباره إليه.

3- ألا يتبع رخص المذاهب.<sup>(4)</sup>

د- القدوري الحنفي<sup>(5)</sup>: أجازها إذا غلب على ظنه أن مذهب غير إمامه أقوى في تلك المسألة من مذهب إمامه، وإلا لم يجز.<sup>(6)</sup>

هـ- ابن دقيق العيد<sup>(7)</sup>: قيد الجواز بثلاثة شروط:

1- عدم الجمع بينها في صورة تخالف الإجماع.

2- أن لا يكون ما قلد فيه مما ينقض فيه الحكم لو وقع.

3- أن ينشرح صدره لذلك ولا يعتقد كونه متلاعباً بالدين متساهلاً فيه.<sup>(8)</sup>

و- الأمدى: أن كل مسألة من مذهب الأول اتصل عمله بها فليس له تقليد غيره فيها، وما لم يتصل عمله بها فلا مانع.<sup>(9)</sup>

(1) انظر: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي (233).

(2) التقرير والتحبير (470/3).

(3) هو عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد الروياني، أحد أئمة المذهب الشافعي، له مصنفات في الأصول وغيره، من مصنفاته: "البحر؛ الحلية؛ الكافي" وغيرها، توفي رحمه الله سنة 502هـ. [انظر: "طبقات الشافعية الكبرى" 197/7؛ "وفيات الأعيان" 369/2].

(4) انظر: التقرير والتحبير (470/3).

(5) هو أبو الحسن أحمد بن محمد القدوري، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، [انظر: الطبقات السننية للتميمي" 19/2].

(6) انظر: المسودة لآل تيمية (513)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (452).

(7) هو محمد بن علي بن وهب، تقي الدين القشيري، كان عالماً زاهداً عارفاً بالمذهب المالكي والشافعي، من مصنفاته الكثيرة: "الإمام؛ شرح العمدة" وغيرها، توفي رحمه الله سنة 702هـ. [انظر: "شذرات الذهب" 5/6؛ "الدرر الكامنة" 210/4].

(8) انظر: التقرير والتحبير (470/3)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (452).

(9) انظر: الإحكام للأمدى (243/4).

قال ابن الهمام: وهو الغالب على الظن لعدم ما يوجب إتباعه فيما لم يعمل به شرعاً<sup>(1)</sup>.

وحاصل هذه الأقوال يرجع إلى وجوب التحرز من الوقوع في تتبع الرخص والتلفيق بين المذاهب وسيأتي بيانه في المسألة القادمة - بإذن الله -.

#### ❖ المسألة السادسة - المستفتي وتتبع الرخص :

هذه المسألة مبنية على المسألة السابقة، فإذا التزم العامي مذهباً معيناً فهل يجوز له مخالفة مذهبه في بعض المسائل، ومن هنا ينشأ الخلاف في حكم تتبعه للرخص، وبيان الحكم في تتبع الرخص على النحو الآتي :

- القول الأول : جواز ذلك، إذ لا مانع شرعي أن يسلك الإنسان الأخف عليه إذا كان له إليه سبيل بأن لم يظهر من الشرع منع وتحريم، وهذا شرط مبنى على القول بجواز الانتقال عن المذهب في بعض المسائل بشرط عدم العمل بها وفق المذهب ولو مرة، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجب ما خفف على أمته، وهو القائل : (( بعثت بالحنيفية السمحة السهلة ))<sup>(2)</sup>.

ومن أخذ بهذا القول ونصره : ابن الهمام<sup>(3)</sup>، وردّ دعوى ابن عبد البر الإجماع على خلافه، بالمنع، إذ في تفسيره متبوع الرخص عن أحمد روايتان، وحمل القاضي أبو يعلى الرواية المفسقة على غير متأول ولا مقلد<sup>(4)</sup>.

وقال القرافي رحمه الله : (( قال بعض العلماء لا يجوز إتباع رخص المذاهب، بل يجوز الانتقال إلى مذهب بكماله، فإن أراد ما هو على خلاف تلك الأمور الأربعة التي ينقض فيها قضاء القاضي فمسلم (أراد النص والإجماع والقواعد والقياس الجلي)<sup>(5)</sup>، وإن أراد ما فيه توسعة على المكلف وإن لم يكن على خلاف ذلك فلم قال إنه ممنوع، بل قوله عليه الصلاة والسلام " بعثت بالحنيفية السمحة السهلة " يقتضي جواز ذلك، لأنه نوع من اللطف، والشرعية لم ترد لمقصد إلزام العباد المشاق بل بتحصيل المصالح الخاصة أو الراجحة وإن شقت عليهم ))<sup>(6)</sup>.

- القول الثاني : المنع منه مطلقاً، وإليه ذهب الجمهور<sup>(7)</sup>.

روى عبد الله بن أحمد عن أبيه قال سمعت يحيى القطان يقول : لو أن رجلاً عمل بكل رخصة : بقول أهل المدينة في السماع يعني الغناء وبقول أهل الكوفة في النيذ وبقول أهل مكة في المتعة لكان فاسقاً، وقال معمر: لو أن رجلاً أخذ بقول أهل المدينة في السماع وإتيان النساء في أدبارهن ، وبقول أهل مكة في المتعة والصرف ، وبقول أهل الكوفة في المسكر كان شر عباد الله عز وجل وقال سليمان التيمي : لو أخذت برخصة كل عالم أو قال بزلة كل

(1) التقرير والتحبير (468/3).

(2) أخرجه أحمد، رقم "22345" [266/5]؛ وحسنه الحافظ ابن حجر (فتح الباري 117/1).

(3) انظر: التقرير والتحبير (469/3)؛ فتح القدير (237/7).

(4) انظر: "المصادر السابقة".

(5) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، للقرافي (135).

(6) نفائس الأصول شرح المحصول للقرافي (3965/9).

(7) انظر في ذلك: المسودة لآل تيمية (518)؛ فتاوى النووي (235)؛ الموافقات للشاطبي (510/4)؛ شرح المحلى على جمع الجوامع (400/2)؛ شرح الكوكب المنير

(577/4)؛ البحر المحيط للزركشي (381/8)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (452)، فتاوى العز ابن عبد السلام (122).

عالم اجتمع فيك الشر كله.<sup>(1)</sup>

قال القاضي بعد ذكره كلام الإمام أحمد رحمه الله: هذا محمول على أحد وجهين: إما أن يكون من أهل الاجتهاد ولم يؤده اجتهاده إلى الرخص فهذا فاسق لأنه ترك ما هو الحكم عنده واتبع الباطل، أو يكون عامياً فأقدم على الرخص من غير تقليد فهذا أيضاً فاسق لأنه أقل بفرضه وهو التقليد، فأما إن كان عامياً فقلد في ذلك لم يفسق لأنه قلد من يسوغ اجتهاده.<sup>(2)</sup>

وعلى المنع من ذلك بأنه لا يقول بإباحة جميع الرخص أحد من المسلمين فإن الذي يقول بالرخصة في هذا المذهب لا يقول بالرخصة الأخرى التي في غيره،<sup>(3)</sup> ولأن تتبع ذلك يؤدي إلى الانحلال من ربة التكليف.<sup>(4)</sup>

وأما الوقائع التي أجاز فيها السلف وأفتوا بتتبع الرخص، فأجابوا عنها بأنها نواذر وأما الآن فقد ساءت القصد والظنون وكثر الفجور، فليس إلا إلجام العوام عن الإقدام على الرخص البتة.<sup>(5)</sup>

وفاعله يفسق بذلك<sup>(6)</sup>، كما نقل عن أبي إسحاق المروزي ورواية عن أحمد وتأويل القاضي أبو يعلى لها بمحملها على غير متأول أو مقلد قال ابن مفلح<sup>(7)</sup>: فيه نظر.<sup>(8)</sup>

وروي عدم فسقه عن أحمد في رواية، وعن أبي هريرة<sup>(9)</sup>. قال البناي: وعدم الفسق لا يستلزم الجواز.<sup>(10)</sup> وعن العز: إن كان الفعل الذي فعله مما اشتهر تحريمه شرعاً ثم وإلا فلا.<sup>(11)</sup>

وقد ردّ الشاطبي رحمه الله كلام القرافي رحمه الله السابق ذكره في الجيزين بقوله: (( إن الحنيفية السمحة، إنما أتت فيها السماح مقيداً بما هو جار على أصولها وليس تتبع الرخص ولا اختيار الأقوال بالتشهي بثابت من أصولها ثم تتبع الرخص ميل مع الأهواء والشرع جاء بالنهي عنه)).<sup>(12)</sup>

ثم عدد - رحمه الله - من مفسد تتبع الرخص منها:

1- الانسلاخ من الدين بترك إتباع الدليل إلى إتباع الخلاف.

2- الاستهانة بالدين إذ يصير بهذا الاعتبار شيئاً لا ينضبط.

(1) انظر: المسودة لآل تيمية (518).

(2) انظر: المصدر السابق.

(3) انظر: شرح الكوكب المنير (577/4).

(4) انظر: المجموع للنووي (55).

(5) انظر: البحر المحيط للزركشي (381/8).

(6) انظر: شرح الكوكب لابن النجار (578/4)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (452).

(7) هو محمد بن مفلح بن محمد المقدسي الحنبلي، أحد الأئمة الأعلام، صاحب مصنفات نافعة كثيرة، ومنها: "الفروع: الآداب الشرعية: شرح المقنع" وغيرها، توفي رحمه الله سنة 763 هـ [انظر: "الدرر الكامنة" 30/5؛ "شذرات الذهب" 199/6].

(8) انظر: شرح الكوكب لابن النجار (579/4).

(9) انظر: شرح الكوكب لابن النجار (579/4)؛ وجمع الجوامع للسبكي (400/2)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (452).

(10) في حاشيته على شرح المحلي لجمع الجوامع (401/2).

(11) انظر: إرشاد الفحول للشوكاني (453).

(12) الموافقات للشاطبي (510/4).



3- انخراط قانون السياسة الشرعية بترك الانضباط إلى أمر معروف .

4- إفضاؤه إلى القول بتلفيق المذاهب على وجه يخرق إجماعهم.<sup>(1)</sup>

والراجع في المسألة -والله أعلم- ما ذهب إليه الجمهور من عدم جواز تتبع الرخص لأنه يؤدي إلى التلفيق بين المذاهب، وإلى الميل مع الأهواء والشهوات.

#### ❖ المسألة السابعة - متى تلزم الفتيا المستفتي :

من الفروق بين الفتيا والحكم كما ذكر ذلك أهل العلم أن الفتيا إخبار محض بالحكم لا إلزام به، أما حكم القاضي فهو ملزم للمكلف، والحديث في هذه المسألة فيما إذا استفتى العامي في مسألة متى تصير هذه الفتيا لازمة في حقه، ويأثم بخالفها وترك العمل بها؟. اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال :

- القول الأول : تلزم الفتيا المستفتي بمجرد الإفتاء، ولم ينسب هذا القول لأحد بعينه<sup>(2)</sup> وهو بعيد، وإلا انتفى الفرق بينها وبين الحكم.

- القول الثاني : تلزمه إذا وقع في نفس المستفتي صحتها، وهو اختيار أبي المظفر السمعاني<sup>(3)</sup>، قال ابن الصلاح: ولم أجد هذا لغيره.<sup>(4)</sup>

وقال شارح التحرير : (( وما ذكره السمعاني موافق لما في شرح الزاهدي على مختصر القدوري : وعن أحمد العياضي العبرة بما يعتقد المستفتي ، فكل ما اعتقده من مذهب حل له الأخذ به ديانة ولم يحل له خلافه)).<sup>(5)</sup>

- القول الثالث : تلزم إن شرع بالعمل فيها، كالكفارات، وهو يقوى عند من يقول: إن الشرع فيما يلزم ملزم. وحكى الأمدى وابن الحاجب الإجماع على ذلك وأنه متى شرع العامي في العمل بالفتيا لزمته وليس له الرجوع عنها.<sup>(6)</sup>

- القول الرابع : لا تلزم الفتيا المستفتي إلا بالتزامه، كالنذر<sup>(7)</sup>، قال ابن مفلح: هذا الأشهر.<sup>(8)</sup>

- القول الخامس : لا تلزمه إلا بالتزامه وظن أنه حق، فلا بد من هذين الأمرين معاً وهذا اختاره ابن حمدان في

(1) انظر: الموافقات للشاطبي (513/4).

(2) انظر: البحر المحيط للزركشي (373/8) ؛ جمع الجوامع للسبكي (400/2).

(3) هو منصور بن محمد بن عبد الجبار، الشهير بابن السمعاني، الفقيه الأصولي، كان إماماً جليلاً عالماً ورعاً، من مصنفاة: "القواطع؛ البرهان؛ المختصر" وغيرها، توفي رحمه الله سنة 489هـ [انظر: "طبقات الشافعية" 335/5؛ "شذرات الذهب" 393/3].

(4) أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح (116)؛ المسودة لآل تيمية (524)؛ جمع الجوامع للسبكي (4000/2).

(5) التقرير والتحبير (471/3).

(6) انظر: الإحكام للأمدى (242/4) ؛ بيان المختصر للأصبهاني (365/3).

(7) انظر: صفة الفتوى لابن حمدان (81)؛ أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح (116) ؛ المسودة لآل تيمية (524) ؛ جمع الجوامع للسبكي (400/2) ؛ البحر المحيط للزركشي (372/8).

(8) انظر: التقرير والتحبير (471/3) ؛ شرح الكوكب لابن النجار (580/4).

الرعاية الكبرى<sup>(1)</sup>.

- القول السادس: التفصيل، فإن لم يوجد مفت آخر لزمه الأخذ بفتياه، التزمه أم لم يلتزمه عمل به أو لم يعمل به، وسواء وقع في نفسه صحته أم لا، لأن فرضه التقليد وتقوى الله ما استطاع وهذا هو المستطاع في حقه وهو غاية ما يقدر عليه. وإن وجد مفتياً آخر فمتى اتفقا أو ترجح أحدهما عنده أو حكم به حاكم لزمه العمل به، وإن اختلفا ولم يستتب له رجحان أحدهما رجع إلى المسألة الخلافية المتقدمة وهي مسألة اختلاف المفتين. وهذا القول اختاره ابن الصلاح قال: وهو الذي تقتضيه القواعد<sup>(2)</sup>.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث أسأل المولى العلي القدير أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجه الكريم وأن يتقبله في العمل الصالح.

ولعل من أهم النتائج التي توصلت إليها في ختام هذا البحث ما يلي:

- 1- على المستفتي أن يتوجه بالسؤال إلى من يثق بعلمه ودينه وأمانته.
- 2- عند اختلاف المفتين ينبغي على المستفتي أن يتحرى ويجتهد بين أعيان المفتين وإتباع الأوثق منهم.
- 3- ينبغي على المستفتي أن يجتهد في البحث عن يفتيه إذا وقعت له مسألة لم يعرف الحكم الشرعي لها.
- 4- الحذر من تتبع الرخص لأنه قد يؤدي إلى التلفيق بين المذاهب وإلى الميل مع الأهواء والشهوات.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين...

(1) انظر: المسودة لآل تيمية (524): شرح الكوكب المنير لابن النجار (580/4).

(2) أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح (166).

✓ قائمة المصادر والمراجع :

- الإحكام في أصول الأحكام، الأمدي، علي بن محمد، تحقيق: سيد الجميلي، بيروت: دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، 1406هـ.
- أدب المفتي والمستفتي، ابن الصلاح، أبو عمرو عثمان بن عبدالرحمن (ت643هـ)، تحقيق: موفق بن عبدالله بن عبدالقادر، بيروت: عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1407هـ.
- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (ت1250هـ)، تحقيق: محمد سعيد البدر، بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الرابعة، 1414هـ.
- الاستيعاب في أسماء الأصحاب، ابن عبدالبر، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد (ت463هـ)، القاهرة، مطبعة السعادة، 1328هـ.
- الأشباه والنظائر، السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن (ت911هـ)، تحقيق: علاء السعيد، مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز.
- الإصابة في تمييز الصحابة، العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر (ت852هـ)، القاهرة: مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، 1328هـ.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر (ت751هـ)، ترتيب: محمد عبدالسلام إبراهيم، بيروت: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1414هـ.
- البحر المحيط، الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله (ت794هـ)، تحقيق: لجنة من علماء الأزهر، دار الكتبي، الطبعة الأولى، 1414هـ.
- بدائع الفوائد، ابن قيم الجوزية، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت751هـ)، تحقيق: بشير محمد عيون، دمشق: دار البيان، الطبعة الأولى، 1415هـ.
- تاج العروس من جواهر القاموس، الزبيدي، محمد بن مرتضى، بيروت: دار مكتبة الحياة.
- تذكرة الحفاظ، الذهبي، أبو عبدالله شمس الدين محمد بن أحمد (ت748هـ)، دار إحياء التراث العربي.
- التعريفات، الجرجاني، علي بن محمد بن علي (ت816هـ)، تحقيق: إبراهيم الأبياري، بيروت: دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، 1413هـ.
- التقرير والتحرير شرح تحرير ابن الهمام، ابن أمير الحاج (ت879هـ)، بيروت: دار الفكر، الطبعة الأولى، 1417هـ.
- تيسير التحرير شرح تحرير ابن الهمام، أمير بادشاه، محمد أمين، بيروت: دار الفكر.

- جامع بيان العلم وفضله، ابن عبدالبر، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد، (ت463هـ)، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، السعودية، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 1414هـ.
- الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1408هـ.
- الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، أحمد موافي، السعودية: دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية، 1416هـ.
- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، الأصبهاني، أبو نعيم أحمد بن عبدالله (ت430هـ)، مصر: مطبعة السعادة، 1351هـ.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي (ت799هـ)، تحقيق: محمد الأحمد أبو النور، القاهرة: دار التراث، 1394هـ.
- ذيل طبقات الحنابلة، ابن رجب، زين الدين أبو الفرج عبدالرحمن بن أحمد (ت795هـ)، تصحيح: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، 1372هـ.
- رسالة في أصول الفقه، العكبري، أبو علي الحسن بن شهاب الحسن (ت428هـ)، تحقيق: موفق بن عبدالله بن عبدالقادر، بيروت: دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، 1418هـ.
- الرسالة، الشافعي، محمد بن إدريس (ت150هـ)، تحقيق: أحمد شاكر، بيروت: دار الكتب العلمية.
- سنن ابن ماجة، ابن ماجة، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (ت275هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، بيروت: دار الفكر.
- سنن أبي داود، أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت275هـ)، تحقيق: محمد محي الدين عبدالحميد، دار الفكر.
- سنن الترمذي، الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي (ت279هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، بيروت: دار إحياء التراث.
- سنن الدارمي، الدارمي، أبو محمد عبدالله بن عبدالرحمن (ت255هـ)، تحقيق: فواز أحمد زمرلي-خالد السبع العلمي، بيروت: دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1407هـ.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبدالحلي ابن العماد الحنبلي (ت1089هـ)، القاهرة: مطبعة القدسي، 1350هـ.
- شرح العضد على ابن الحاجب، للقاضي عضد الملة والدين الإيجي (ت756هـ)، مراجعة وتصحيح: شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، 1403هـ.

- شرح اللمع، الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت476هـ)، تحقيق: عبدالمجيد تركي، بيروت: دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1408هـ.
- الصحاح، الجوهري، إسماعيل بن حماد، تحقيق: أحمد عبدالغفور عطار، بيروت: دار العالم للملايين، الطبعة الثانية، 1399هـ.
- صحيح البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل الجعفي (ت256هـ)، تحقيق: مصطفى ديب البغا، بيروت: دار ابن كثير اليمامة، الطبعة الثالثة، 1407هـ.
- صحيح مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، بيروت: دار إحياء التراث.
- صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، ابن حمدان، أبو عبدالله أحمد الحراني (ت695هـ)، تعليق وتخریج: الشيخ ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1397هـ.
- طبقات الشافعية الكبرى، السبكي، تاج الدين عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي (ت771هـ)، تحقيق: عبدالفتاح الحلو-محمود الطناحي، القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1383هـ.
- الفروق، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن (ت684هـ)، بيروت: عالم الكتب.
- الفقيه والمتفقه، البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت (ت462هـ)، تحقيق: عادل بن يوسف العزازي، السعودية، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 1417هـ.
- القاموس المحيط، الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب (ت817هـ)، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ.
- لسان العرب، ابن منظور، بيروت: دار صادر، الطبعة الأولى، 1410هـ.
- المستدرک علی الصحیحین، الحاكم، أبو عبدالله محمد بن عبدالله النيسابوري (ت405هـ)، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1411هـ.
- المستصفي، للغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (ت505هـ)، تقديم وتعليق: إبراهيم محمد رمضان، بيروت: دار الأرقم.
- مسند الإمام أحمد، أبو عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني (ت241هـ)، القاهرة: مؤسسة قرطبة.
- المسودة في أصول الفقه، آل تيمية، تحقيق: محمد محي الدين عبدالحميد، بيروت: دار الكتاب العربي.
- الموافقات في أصول الشريعة، الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي (ت790هـ)، شرح وتخریج: عبدالله دراز-محمد عبدالله دراز، بيروت: دار الكتب العلمية.

- نزهة الفضلاء تهذيب سير أعلام النبلاء، الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان (ت748هـ)، ترتيب: محمد حسن عقيل موسى، جدة: دار الأندلس، الطبعة الأولى، 1411هـ.
- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، البورنو، محمد صدقي بن أحمد، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، 1416هـ.
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، ابن خلكان، أبو العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، القاهرة: مطبعة السعادة، 1367هـ.

## فقه صدقة الدم شرعاً وواقعاً



الأستاذ الدكتور محمد الحراق

عضو المجلس العلمي المحلي للعرانش

أستاذ زائر بالكلية المتعددة التخصصات بالعرانش

Email : [abouyasser06@gmail.com](mailto:abouyasser06@gmail.com)

مقدمة :

الحمد لله ذي الفواضل الجليلة، والصلاة والسلام على خير البرية، وعلى آله وأصحابه أولي المنازل العلية، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد :

فمع الإيمان المطلق بوفاء الإسلام بمقتضيات الحياة في كل عصر وداخل كل مصر، إلا أنه لا يمكن إثبات ذلك إلا بوضع كل القضايا تحت مجهر الشرع، بالسعي الحثيث إلى صياغة مؤلفات بصيغ جديدة تسير نمط العصر في دقة قضاياها وتشعبها وشمولها وسرعة تطورها، وهي صياغة لا يمكن أن ينبري لها المشاغبون أو اللابسون أثواب زور العلم، بل الباحثون المتخصصون في العلوم الملية؛ المدركون للنظرة الشمولية لأحكام الشريعة، فينطلقون للتأصيل والتفصيل، لتأصيل الواقع على وفق تشريعاته، وتفصيل النظريات العامة للإسلام ووكلياته لتأخذ مكانها موضع التنزيل والتطبيق.

وهذا العمل معواناً على اجتثاث جذور الأزورار عن الدين، ورميه بضيق العطن وانغلاق الأفق، والتهافت على مغريات الشر ومثبطات الخير، وساداً لمنافذ الاختراق المتجلية في الانبهار بالتيارات المادية المشوشة، التي سقط كثير من الشباب المسلم في وهدة مطارداتها العقدية والفكرية ظاناً أن لهذه التيارات من عوامل القوة ومقومات النهوض ما يؤهلها للتفوق على الشريعة، وريح الرهان في حلبة السباق الفكري، ولحمليتها من المعرفة ما يجعلهم يزيحون تأثير الفقهاء والعلماء من المجتمع.

بيد أن مما في أيدي العلماء من كنوز المعرفة وجيل العلوم ما يجعلهم يكسرون شوكة الباطل، ولديهم من الفهم الثاقب ما يؤهلهم للنظر في القضايا المستجدة والنوازل المعاصرة، وأدوارهم في قيادة الأمة رائدة، وليسوا بمعزل عنها منزوين في المساجد والحاربي، فهموم الناس وتطلعاتهم، ونوازل أفضيتهم حاضرة عندهم، إذ هم أول حاملي هم الأمة، وأمنتها وصمّام أمنها، وفي حديث أبي بردة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم رفع رأسه إلى السماء، وكان كثيراً ما يرفع رأسه إلى السماء، فقال: "التُّجُومُ أُمَّتٌ لِلسَّمَاءِ، فَإِذَا ذَهَبَتِ التُّجُومُ أَتَى السَّمَاءَ مَا تُوعَدُ، وَأَنَا أُمَّتٌ لِأَصْحَابِي، فَإِذَا ذَهَبَتْ أَتَى أَصْحَابِي مَا يُوعَدُونَ، وَأَصْحَابِي أُمَّتٌ لِأُمَّتِي، فَإِذَا ذَهَبَ أَصْحَابِي أَتَى أُمَّتِي مَا يُوعَدُونَ" (1).

وهذا من شأنه أن يحدث معادلة دقيقة مفادها أنهم متى ما تأخروا تقدم غيرهم ممن ليس أهلاً لسدّ مكانهم، ولا بدّ للناس من قادة يرشدونهم ويوجهونهم، وفي الحديث عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: "إِنَّ اللَّهَ لَا يَقْبِضُ الْعِلْمَ انْتِزَاعًا يَنْتَزِعُهُ مِنَ الْعِبَادِ، وَلَكِنْ يَقْبِضُ الْعِلْمَ بِقَبْضِ الْعُلَمَاءِ، حَتَّى إِذَا لَمْ يَبْقَ عَالِمًا، اتَّخَذَ النَّاسُ رُءُوسًا جُهَالًا، فَسُئِلُوا فَأَفْتَوْا بِغَيْرِ عِلْمٍ، فَضَلُّوا وَأَضَلُّوا" (2).

وما من شك في أن عمل الخير الذي نحن بصدد الحديث عنه يعدُّ بحق مشتركا إنسانيا، ذلكم أن مفهوم الخير أصوله معروفة عند كل البشر، وتطبيقاته مشاعة في كل الحضارات الإنسانية البائدة والسائدة، وصنائع المعروف مألوفة في كل تجارب الأمم قديمها وحديثها.

ولا أشتط إن قلت إن عمل الخير نُسجت حوله في كل الأمم كثير من القيم النبيلة؛ كالشهادة والنبل والإيثار والكرم والبذل والعطاء والجود والصدقة وغيرها من أنواع المبرّات والمكرمات.

ولئن كان هذا الموروث الإنساني يتفق في كلياته بين بني البشر باعتبار أن "الإنسان" هو محوره الأساس في المبادرة نحوه، والتمثل به والدعوة إليه، والاستفادة منه مادياً ومعنوياً، غير أن مقاصد هذا المعروف وتفصيل عمل هذا الخير تختلف بحسب كل حضارة.

والحق أن للإسلام فلسفته التي تميز نظرتة نحو عمل الخير، ومن أبين شواهد ذلك؛ قوة الحوافز الدافعة نحو فعله، والبواعث المغرية بالتلبس به؛ دعوة إليه، واستمرارا فيه، وتسابقا نحو تحقيقه، وإنجاز متطلباته؛ منها ابتغاء مرضاة الله تعالى وإرادة وجهه الكريم، ومدحة المحسنين والثناء على المنفقين، والوعد بتحصيل البركة والإخلاف في الدنيا، ونيل ثواب الأخرى.

وهذه القوى الخفزة تتساق مع طبيعة النفس البشرية، وتتناسق مع عادة الذات الإنسانية، في كونها بحاجة إلى من يحفز مكان الخير والصلاح فيها، ويستحث دوافع التحصيل بها، وبقدر ما يجد الإنسان من يحثه على الخير ومقتضياته، ويستثير همته نحو سبله ومسبباته، يكون إقباله على فعل الخيرات وعمل الصالحات، وهي حقيقة أكد عليها الوحي الإلهي العظيم، وحث عليها الخطاب النبوي الكريم.

(1) مسلم، كتاب فضائل الصحابة، باب بيان أن بقاء النبي صلى الله عليه وسلم أمان لأصحابه، وبقاء أصحابه أمان للأمة، برقم: 2531.

(2) البخاري، كتاب العلم، باب: كيف يقبض العلم، برقم: 100، ومسلم، كتاب العلم، باب رفع العلم وقبضه وظهور الجهل والفتن في آخر الزمان، برقم: 2673.



• أهمية البحث :

لعل مما لا يخفى على باحث أن مسألة صدقة الدم كصورة من صور العمل التطوعي، وعمل من أعمال الخير، قد كتب فيها المتخصصون ، ورمى فيها كل بقوسه، تحت مسمى التبرع بالدم، غير أن ثمة أسئلة لا تزال قائمة، وإشكالات علمية وعملية تحتاج إلى إجابات وافية من لدن الدارسين تأصيلاً وتنزيلاً.

ومهما يكن من أمر فإن موضوع العمل التطوعي عموماً؛ دراسة وبحث، وعملاً وتنزيلاً مما تلج إليه الدعوى، بحيث أصبح مطلباً ملحاً من متطلبات الحياة المعاصرة، والمساهمة في بناء لبناته وتشديد صرحه هي أيادٍ بيضاء يمكن أن تسهم بقوة في العمل على ترسيخ ثقافة العلم الخيري وتنمية الوعي بالعمل التطوعي في أوساط المجتمع.

ولعل مما ينبغي أن تتجه له جهود العاملين في هذا الميدان تجاوز الجانب النظري العلمي والانطلاق نحو الجانب التطبيقي العملي، لأن الأول قد أشبع بحثاً، وهذا ليس تقليلاً من الجهود العلمية المبذولة من قبل ومن بعد، غير أن المعاناة الحقيقية اليوم في الأعمال التطوعية هي في جانب التطبيق، ومن ثم ينبغي التوجه نحو الجانب العملي وإعطاء حقه، باقتراح أفكار مناسبة وبيان تصورات نافعة.

وهذا البحث وإن كانت الميزة العلمية حاضرة فيه بقوة، إلا أنه القارئ سيلمس من خلاله بيان الصورة الحقيقية لواقع صدقة الدم في أوساط المسلمين عموماً والمغاربة خصوصاً، ومحاولة اقتراح جملة من الأفكار من شأنها أن تعود بفوائد وترجع بعوائد على العملية.

وقد يتساءل البعض عن سر عنوانه البحث بصدقة الدم، واختيار لفظ التصديق بدل التبرع، والجواب من وجوه :

أحدها : لربط هذه العملية بالمفاهيم الشرعية، وفي هذا من المزايا ما لا يخفى؛ من ذلك تحريض الناس على هذا الفعل، وحظهم عليه لقوة الحوافز الشرعية الداعية نحو عمل الخير؛ لأن الدين قوة دافعة نحو المكرمات كما ألعنا إليه.

ثانيها : لربطها بالثبوتات الدنيوية والأخروية، والعوائد المادية والمعنوية، وهو متفرع عن الأول؛ لأننا حين نؤطرها من خلال المنظومة الشرعية، فإننا تلقائياً نربطها بالأجر، لقيام الأوامر الشرعية عليه.

ثالثها : لتوجيه الناس إلى تصفية القصد من كل شائبة، حتى تصير هبته لدمه لا شية فيها من رياء أو غيره، بل يوجه هذا القصد إلى عمل الخير، ونفع الناس، وإغاثتهم.

رابعها : لإعادة النظر في سعة مفهوم الصدقة، وأنها ليست محصورة في الإنفاق بالمال، أو مقصورة على صنف معين أو لون مخصوص لا تتعداه، بل هي من الشمول الذي يستوعب أنواعاً يعسر عدداً ويصعب حصرها.

هذا، وقد أحسنت إحدى الجمعيات الوطنية المشتغلة في هذا المضمار حين استحضرت هذا المعطى وركزت على لفظ "الهبة" فاختارت اسم : "الجمعية المغربية لواهي الدم".

• دواعي البحث :

هذا البحث نتاج مجموعة من اللقاءات العلمية والملتقيات الوطنية التي دعيت إليها، وشاركت فيها بأفكار نافعة، فعملت على جمع ذلك، وربما -إن أسعفتني الأيام- سأضيف إليه مباحث أخرى ليخرج في هيئة أخرى.

وهذا الجمع كان له داع قوي يتمثل في حجم الخصائص الحاصل في هذا الموضوع، إذ لم يفرد -حسب علمي- ببحث مستقل عدا فتاوى متفرقة، وما هو مبعوث في بطون كتب الفقه، ولذلك سيجد الباحث أنني حاولت أن أجمع شعثه، من مصادر متنوعة ومراجع مختلفة، لأضعه بين يديه لينتفع به، ويصلح خطأه، وبضم إليه ما تجود به بنات أفكاره.

• فرضيات البحث :

أسئلة هذا الموضوع كثيرة، وفرضياته متعددة، منها :

على المستوى الشرعي، وفي ظل ما يعيشه الخطاب الديني من تجاذبات تتعلق بتجديده وإعادة النظر في آلياته، كيف يمكننا تجديد الحديث عن التصدق بالدم، وإعادة بناء أدلة أفضلية بناءً يحصل به الإقناع؟.

ثم ما هي الأحكام الشرعية المتعلقة بالدم والتي تكثر حولها الاستفسارات من مثل: إعطائه لغير المسلم، وبيعه، ومدى إمكانية نشره للمحرمة؟.

وعلى المستوى الواقعي، ما معوقات عملية التصدق بالدم؟، وما هي الأزمات التي تحول دون الانتفاع بالجهود المبذولة في هذا المجال؟.

وكيف يمكننا ابتداءً تبيين ملامح ترسيخ ثقافة التصدق بالدم، والسبل الكفيلة بذلك؟، وانتهاءً الترقى بعملية التصدق بالدم من العشوائية والارتجال إلى التنظيم والإحكام؟.

المبحث الأول : صدقة الدم في الشريعة تأصيلاً :

المطلب الأول : أدلة فضيلة صدقة الدم :

الناظر في نصوص الوحيين، والمستنطق لدلالاتهما، يدرك بجلاء أن أدلة فضيلة صدقة الدم من الكثرة والوفرة بالدرجة التي يتعذر معها الإحاطة والإيعاء، لكنني سأجتزئ منها بعض ما ينهض للدلالة على المراد مما لم يشر إليه أكثر الباحثين في هذا الموضوع.

أولاً : صدقة الدم سبب في حفظ كلية النفس من جانبي الوجود والعدم :

ونقصد بحفظها من جانب الوجود تحقيق ما يضمن هذا الوجود، بقاءً واستمراراً، وهذا الحفظ من المتيقن شرعاً أنه من المقاصد الضرورية للشريعة الإسلامية، يدلنا على ذلك ما شرعته من الأحكام، وسنته من التشريعات التي تعني بها، وتحثني بكل عمل من شأنه أن يجلب لها المصالح، وما وضعته من مبادئ تحكم المحافظة عليها.

فمن ذلك الترخيصُ في المخطورات بشرائط معلومةٍ عند أهل العلم، وإباحةُ التصرفات الموجبة للانتفاع بكل المنافع التي من شأنها أن تُقيم النفس وتحافظ عليها كالمأكل، والمشارب، والملابس، والمناكح<sup>(1)</sup>.  
ومنها حمايتها من كل الغوائل، وقد عبّر القرآن عن هذه الحماية بلفظ "الإحياء"، قال تعالى: (وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا) [المائدة:32]، أي: استنقذَ النفسَ مِنَ الْهَلَكَةِ، وَحَفِظَهَا مِنْ هَلَاكِ أَشْرَفَتْ عَلَيْهِ، وَقَدْ أُلْمِعَ إِلَى هَذَا الْمَعْنَى الْإِمَامُ أَبُو حَيَانَ حِينَ قَالَ: (لَأَنَّ الْإِحْيَاءَ حَقِيقَةٌ هُوَ اللَّهُ تَعَالَى، وَإِنَّمَا الْمَعْنَى: وَمَنْ اسْتَسْقَاهَا وَلَمْ يُتْلِفْهَا، وَمِثْلَ هَذَا الْمَجَازِ قَوْلُ مُحَاجِّ إِبْرَاهِيمَ: أَنَا أَحْيَى، سُمِّيَ التَّرِكُ إِحْيَاءً)<sup>(2)</sup>، وأجمل الشوكاني ذلك، فقال: (الإحياء هنا عبارة عن الترك والإنقاذ من هلكة فهو مجاز، إذ المعنى الحقيقي مختص بالله عز وجل. والمراد بهذا التشبيه في جانب القتل تهويل أمر القتل وتعظيم أمره في النفوس حتى ينزجر عنه أهل الجرأة والجسارة، وفي جانب الإحياء الترغيب إلى العفو عن الجناة واستنقاذ المتورطين في الهلكات)<sup>(3)</sup>.

أما من جانب العدم فنعني به حماية الذات الإنسانية -كلاً وجزءاً- من الهلاك؛ بإتلاف البدن وإزهاق الروح، وكما عدت الشريعة إحياء النفس من أعظم القربات، اعتبرت قتلها بغير حق من أشنع المنكرات، فهي جريمة كبيرة تُعرض مُرتكبها إلى غَضَبِ اللَّهِ وَسَخَطِهِ، وَجَرِيمَةٌ خَطِيرَةٌ لَيْسَتْ فَقَطْ فِي حَقِّ مَنْ أَزْهَقَتْ نَفْسَهُ وَذَوِيهِ، بَلْ مَفْسَدَةٌ مَوْجَهَةٌ لِلْإِنْسَانِيَّةِ كُلِّهَا، يَشْهَدُ لِذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى فِي قِصَّةِ ابْنِي آدَمَ وَقَدْ قَتَلَ أَحَدَهُمَا أَخَاهُ بِغَيْرِ حَقِّ: (مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا) [المائدة: 32].  
وإذا كان إحياء النفس الواحدة بهذه المنزلة، فإن صدقة الدم من أظهر مصاديق الإحياء؛ لأن موضوعها سبب الحياة، وجزء من الإنسان، والإنسان أعلى من المال، فكأن المتصدق بالدم يجود بجزء منه لغيره بصدق محبة وجيل إثارة.

### ثانيا: صدقة الدم من النفع المتعدي:

جرى العلماء قديما وحديثا على تقسيم العمل الصالح إلى قسمين شهيرين: أولهما: العمل القاصر، وهو ما كان نفعه مقصورا على صاحبه، وثانيهما: العمل المتعدي، وهو ما كان نفعه لصاحبه ويتعداه لغيره، وعلى وفق ذلك صاغ الفقهاء قاعدةً فقهيةً مفادها: (الخير المتعدي أفضل من الخير القاصر)<sup>(4)</sup>، قال ابن الحاج: (ولا خلاف بين الأئمة في أن الخير المتعدي أفضل من الخير القاصر على المرء نفسه)<sup>(5)</sup>.  
وهذا مبني على أن من فقه الأولويات في ترجيح العمل أن يكون أكثر نفعاً من غيره<sup>(6)</sup>، وعلى قدر تعدي نفعه يعظم أجره وتُجزلُ ثوابته؛ لأن الثواب يتناسب مع شيوخ الخير وانتشاره وكثرة المستفيدين منه.  
ومن أمثلة ذلك اعتبار طلب العلم أفضل من صلاة النَّافِلَةِ<sup>(7)</sup>؛ لأنَّ طلب العلم يتعدى نفعه إلى كثير من النَّاسِ، وصلاة النَّافِلَةِ لا يتعدى نفعها صاحبها، وبناءً عليه قرر الفقهاء أنه لا يعطى المتفرغ للعبادة من الزكاة، لأن المصلحة في عبادته قاصرة عليه، ولأن العبادة لا تحتاج إلى تفرغ، كما أنه مأمور بالعمل والمشي في مناكب الأرض، بخلاف المتفرغ للعلم فإن نفعه متعد ولأن التفرغ للعلم مأمور به.

(1) قواعد الأحكام، العزبن عبد السلام، 80/2.

(2) البحر المحيط، أبو حيان، 238/4.

(3) فتح القدير، الشوكاني، 40/2.

(4) الذخيرة، القرافي، 190/4.

(5) المدخل، ابن الحاج، 89/1.

(6) في فقه الأولويات، القرضاوي، ص: 104.

(7) المنتور في القواعد الفقهية، الزركشي، 421/2، والقواعد الفقهية، محمد مصطفى الزحيلي، 769/2.

ومنها: فرض الكفاية له مزية على فرض العين؛ لأن القائم بفرض الكفاية أسقط الحرج عن الأمة<sup>(1)</sup>. ومن حكم تقديم العتق أو الإطعام أو الكسوة في كفارة اليمين على الصيام أن تلك الثلاثة يتعدى أثرها المكفر إلى غيره، والصيام مختص به، ولذلك كان فعل أحدها واجباً عند القدرة عليه، والصيام لا يجوز إلا عند العجز عن أحد الثلاثة.

ووفق هذا النظر السديد قدم الإمام مالك في الكفارات النفع المتعدي على القاصر، فقدم الإطعام ثم العتق ثم الصيام.

وما من شك في أن صدقة الدم عمل متعد ونفع لا يقتصر على صاحبه فقط، بل يستفيد منه المتصدق عليه ابتداءً، فيكون بذلك عظيم الثواب. فإنه يجب ديانة.

### ثالثاً: التصدق بالدم تصدق بما لا يمكن تعويضه :

ما هو يقيني عند المشتغلين بالطب أن الدم لا يعوضه في وقته إلا الدم، وهو عند المحتاج إليه أعز من كل عزيز، فمهما أعطي المريض حال احتياجه للدم من العطايا والهبات، فإن أنفعها عنده هذا السائل الموهوب.

والمريض وهو في هذه الحال - حال الاحتياج إليه - ليسعى إليه بحرص شديد، قد يستغيث من أجله؛ لأنه مَفْجُوعٌ فيه، وقد مدح الله تعالى الذين يغيثون اللهافي، وينقذون المَفْجُوعين، وجعل ذلك من أبواب الخير التي ينبغي أن يتنافس فيها المكلفون، فقال صلى الله عليه وسلم: (لَيْسَ مِنْ نَفْسِ ابْنِ آدَمَ إِلَّا عَلَيْهِمَا صَدَقَةٌ فِي كُلِّ يَوْمٍ طَلَعَتْ فِيهِ الشَّمْسُ، قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمِنْ أَيْنَ لَنَا صَدَقَةٌ نَتَصَدَّقُ بِهَا؟، فَقَالَ: إِنَّ أَبْوَابَ الْخَيْرِ لَكَثِيرَةٌ: التَّسْبِيحُ، وَالتَّحْمِيدُ، وَالتَّكْبِيرُ، وَالتَّهْلِيلُ، وَالْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيُ عَنِ الْمُنْكَرِ، وَتَمِيْتُ الْأَذَى عَنِ الطَّرِيقِ، وَتَسْمَعُ الْأَصْمَ، وَتَهْدِي الْأَعْمَى، وَتَدِلُّ الْمُسْتَدِلَّ عَلَى حَاجَتِهِ، وَتَسْعَى بِشِدَّةٍ سَاقِيكَ مَعَ اللَّهْفَانِ الْمُسْتَغِيثِ، وَتَحْمِلُ بِشِدَّةٍ ذِرَاعَيْكَ مَعَ الضَّعِيفِ، فَهَذَا كُلُّهُ صَدَقَةٌ مِنْكَ عَلَى نَفْسِكَ)<sup>(2)</sup>.

ويمكن أن نؤصل له بقياس الأولى أيضاً، ذلكم أنه إذا كانت عيادة المريض والسؤال عنه حق من حقوقه، وسنة من سنن الإسلام التي قال عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم: (مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَعُودُ مُسْلِمًا غُدْوَةً، إِلَّا صَلَّى عَلَيْهِ سَبْعُونَ أَلْفَ مَلَكٍ، حَتَّى يُمْسِيَ، وَإِنْ عَادَهُ عَشِيَّةً، إِلَّا صَلَّى عَلَيْهِ سَبْعُونَ أَلْفَ مَلَكٍ، حَتَّى يُصْبِحَ، وَكَانَ لَهُ خَرِيفٌ فِي الْجَنَّةِ)<sup>(3)</sup>، فمن باب أولى المسارعة إلى إنقاذ حياته، والتعجيل بإسعافه، ولا شيء يفني بذلك إلا الوفاء بصدقة الدم لحاجته إليها.

ولا ريب في أن أصحاب المروءة لا يتخلفون عن إعانة ذوي الحاجات؛ فيتطوعون بإنجاز وقضاء حوائجهم طلباً للأجور والمثوبات، ولا مثوبة أعظم من أن يغاث يوم اللقاء الأعظم، يقول صلى الله عليه وسلم: (مَنْ فَرَّجَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً، فَرَّجَ اللَّهُ عَنْهُ بِهَا كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ)<sup>(4)</sup>، فهو عطاء يقابله عطاء، وفي الحديث الآخر قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ)<sup>(5)</sup>.

(1) موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي البورنو، 470/9.

(2) صحيح ابن حبان، كتاب الزكاة، باب في صدقة التطوع، فصل ذكر الخصال التي تقوم لمعدم المال مقام الصدقة لبازائها، برقم: 3377.

(3) سنن الترمذي، أبواب الجنائز، باب ما جاء في عيادة المريض، برقم: 969، وقال: حديث حسن غريب.

(4) مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، برقم: 2580.

(5) مسلم، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، برقم: 2699.

## رابعاً: صدقة الدم تعاون على البر :

صدقة الدم تدخل في عموم النصوص الشرعية الحاثّة على التعاون على البر، الذي يُعدُّ غاية سامية في الدين، وقيمة إنسانية عظيمة، ندب إليها الله تعالى في جملة وافرة من الآيات الكريمة، على رأسها تصريحاً قوله تعالى : (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى) [المائدة: 2]، وهي آية تفيد عموم بذل المعروف وعمل الخير للناس كافة المسلم منهم وغير المسلم.

وإذا كان التعاون على البر باب عظيم يدخل فيه ما لا يحصى من الأعمال، فلا شك إذن في أن صدقة الدم جزء لا يتجزأ منه، إذ إن من تمثلاتها حصول الاجتماع بالتعاطف بين أفراد المجتمع الواحد، وهو ما يحققه التواد والترحم المنشود من خلال البيان النبوي في قوله صلى الله عليه وسلم : (مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادِّهِمْ، وَتَرَاحُمِهِمْ، وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهْرِ وَالْحُمَى) (1).

ومما يعين على تمثل هذا المعنى الإنساني العظيم حسن إدراك أن الإحسان يقابله الإحسان؛ فمن أحسن إلى إنسي أحسن الله إليه، والجزاء من جنس العمل، وكما تفعل يفعل بك، وفي حديث بن ثابت رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (وَاللَّهُ فِي حَاجَةِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي حَاجَةِ أَخِيهِ) (2).

وإلى جانب كونه واجبا دينيا، يعد التعاون على الخير ضرورة اجتماعية؛ لأن بقاء الإنسان وحفظ نوعه وكمال وجوده لا يكون إلا بهذا النوع من التعاون، إذ به يشعر الفرد بالقوة وينزع شعور العجز عن نفسه؛ ليوافقه الأخطار المحدقة من حوله، وذلك لوجود أصل المعاونة في الفطرة التي فطر عليها الإنسان، وتعذر وجود أصل الاستقلال بالنفس، ومن ثم لا تستقيم له حياة، ولا يدوم بقاء إلا بمعاونته لغيره، ومعاونة غيره له.

## خامساً: صدقة الدم زكاة عن البدن :

إن الحقيقة الناصعة هي أن الإنسان صنعة الله تعالى، فبذنه نعمة من ربه الذي أوجده وأعدّه وأمدّه، فالتصدق بالدم تصدق بنعمة يشترك فيها البشر كلهم؛ لأنها سر الحياة، ومحرك الأبدان؛ لأجل ذلك عدت صدقة الدم بمثابة زكاة عن نعمة عافية البدن ، وقد أبان النبي صلى الله عليه وسلم عن هذا المعنى في حديث أبي موسى رضي الله عنه ، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ صَدَقَةٌ، فَقَالُوا : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ؟ قَالَ : يَعْمَلُ بِيَدِهِ، فَيَنْفَعُ نَفْسَهُ وَيَتَصَدَّقُ، قَالُوا : فَإِنْ لَمْ يَجِدْ؟ قَالَ : يُعِينُ ذَا الْحَاجَةِ الْمَلْهُوفَ، قَالُوا : فَإِنْ لَمْ يَجِدْ؟ قَالَ : فَلْيَعْمَلْ بِالْمَعْرُوفِ، وَلْيُمْسِكِ عَنِ الشَّرِّ، فَإِنَّهَا لَهُ صَدَقَةٌ) (3).

يقول ابن تيمية : (ففي هذا الحديث أنه أوجب الصدقة على كل مسلم، وجعلها خمس مراتب على البذل : الأولى الصدقة بماله، فإن لم يجد اكتسب المال فنفق وتصدق. وفيه دليل وجوب الكسب ؛ فإن لم يستطع فَيُعِينُ الخُتَابَ ببدنه، فإن لم يستطع فَيَلْسَانَهُ، فإن لم يفعل، فَيَكْفُ عَنِ الشَّرِّ. فالأوليان تقع بمال إما بوجود أو بمكسوب والأخريان تقع ببدن إما بيد وإما بلسان) (4).

(1) البخاري، كتاب الأدب، باب رحمة الناس واليهائم، برقم: 6011، ومسلم، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، برقم: 2699، واللفظ له.

(2) الطبراني في الأوسط، برقم: 187، (63/1).

(3) البخاري، كتاب الزكاة، باب: على كل مسلم صدقة، فمن لم يجد فليعمل بالمعروف، برقم: 1445، ومسلم، كتاب الزكاة، باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف، برقم: 1008.

(4) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 373/18.

## سادسا : صدقة الدم تضحية وإيثار :

فهي من باب الإيثار الذي هو تقديم الخلق على النفس رغبة في الحظوظ الدنيئة دون أن يعود ذلك بضرر عليها، مما لا يخرم عليها دينها، ولا يقطع عليها طريقها، ولا يفسد عليها وقتا<sup>(1)</sup>. وهو ما أمر به القرآن : (وَيُؤْتِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَن يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ) الحشر: 9.

فالناظر في حال المتصدق يجد أن إيثاره بالدم هو تقديم للغير على النفس رجاء نيل الحظ الأخرى بما لا يرجع على النفس بالإضرار؛ لأن الدم المتصدق به دائم التجدد والتغير، بل إن وصاية الأطباء في هذا المجال بضرورة تجديد الدم مرة بعد مرة آكلة.

## سابعا : صدقة الدم صدقة سر :

ذلكم أن المتصدق به يقوم بإعطاء شيء ثمين إلى شخص قد لا يعرفه، فيعين بذلك على إنقاذ حياة أناس ممن لا تربطه بهم صلة رحم أو قرابة أو دين أو لغة وأي شيء، ومن غير أن ينتظر منهم جزاء ولا شكورا، فلا شك إذن - والحالة هذه - أن تكون صدقته هذه صدقة سر أجراها عند الله تعالى بغير حساب، وفي الحديث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (مَنْ تَصَدَّقَ بِعَدَلٍ تَمَرَةً مِنْ كَسْبٍ طَيِّبٍ، وَلَا يَقْبَلُ اللَّهُ إِلَّا الطَّيِّبَ، وَإِنَّ اللَّهَ يَتَقَبَّلُهَا بِيَمِينِهِ، ثُمَّ يُرَبِّيهَا لِصَاحِبِهَا، كَمَا يُرَبِّي أَحَدَكُمْ فَلُوَّهُ، حَتَّىٰ تَكُونَ مِثْلَ الْجَبَلِ)<sup>(2)</sup>.

وهي بمثابة حصن حصين من غضب الرب ومصارع السوء، فقد قال رسول الله عليه وسلم: (إِنَّ صَدَقَةَ السَّرِّ تُطْفِئُ غَضَبَ الرَّبِّ، وَإِنَّ صَنَائِعَ الْمَعْرُوفِ تَقِي مَصَارِعَ السُّوءِ)<sup>(3)</sup>.

## ثامنا : صدقة الدم صدقة بالمتيسر :

خلق الله تعالى الأناسي، ورفع بعضهم فوق بعض درجات، وقسم بينهم الأرزاق، ومايز بينهم في العطاء، فمنهم الموهوب من الخيرات والموسع عليه في الطيبات، ومنهم المضيق عليه، وهذا التفاوت في الرزق يحصل به التسخير الذي تقوم به دورة الحياة، قال الله تعالى : (وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا) [الزخرف : 32]

ومن ثم فليس الناس كلهم من ذوي الغنى واليسار حتى يتوجهوا بها إلى الصدقات والأعطيات، وليس كل من منح منهم أهدم العطاء، فقد يخلون بأموالهم لما لهم من تعلق بها؛ لأنها عصب حياتهم وأساس معاشهم، وقد ذكر القرآن مدى شح الإنسان بماله، فقال: (وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ) [العاديات : 8].

بيد إنهم كلهم يملكون هذا النوع من العطاء؛ لاشتراكهم في هذه النعمة التي لا تقوم حياة إنسان إلا بها؛ لأجل ذلك كان التصدق بالدم تصدق بأمر متيسر، لم تجر فطرهم على التعلق به، خاصة إذا أيقنا بأن الدم عضو متجدد لا ينضب من الإنسان إلا بمرض نادر أو موت قاهر.

(1) مدارج السالكين، ابن القيم، 283/2.

(2) البخاري، كتاب الزكاة، باب الصدقة من كسب طيب لقوله: (وَيُرَبِّي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ...)، برقم: 1410.

(3) الطبراني في الأوسط، برقم: 993، (289/1).

## المطلب الثاني: مسائل فقهية متعلقة بصدقة الدم:

## 1- صدقة الدم على غير المسلم:

أولى الدين الإسلامي النفس الإنسانية عناية بالغة، ووضع حقها المقدس في الحياة في سلم أولوياته، فلا غرو إذن أن نجد في نصوصه ما يدعونا إلى برِّ الناس، وجميل معاملتهم، والإحسان إليهم على اختلاف معتقداتهم ودياناتهم، من ذلك قوله تعالى: (لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ) [المتحنة: 8].

وهي آية تدل بمنطوقها على مشروعية مبرة الكفار غير المحاربين، وصلة من لم يجاهر منهم بقتال المؤمنين، وإخراجهم من ديارهم<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن يستدل في هذا المقام بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (فِي كُلِّ كَبِدٍ رَطْبَةٌ أَجْرٌ)<sup>(2)</sup>.

وهذا الاستدلال من جانبين:

أ- أنه عموم لم يُخصَّ منه أحد دون أحد، وشاهد العموم لفظ "كل" الذي هو من ألفاظه، والقاعدة المقررة أصوليا عند أهل الصنعة؛ أن النصَّ الشرعيَّ إذا ورد فيه لفظ عام، ولم يَقم دليلٌ على تخصيصه، وجب حملُه على عمومته وإثبات الحكم لجميع أفرادهِ قطعاً، وفي الحديث الآخر ما يعضد معنى العموم، وهو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ الْإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ)<sup>(3)</sup>.

ب- قياس الأولى، وهذا بالنظر إلى سبب وروده، حيث يروي أبو هريرة رضي الله عنه: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: (بَيْنَا رَجُلٌ يَمْشِي، فَاشْتَدَّ عَلَيْهِ الْعَطَشُ، فَنَزَلَ بِئْرًا، فَشَرِبَ مِنْهَا، ثُمَّ خَرَجَ فَإِذَا هُوَ بِكَلْبٍ يَلْهَثُ يَأْكُلُ الثَّرَى مِنَ الْعَطَشِ، فَقَالَ: لَقَدْ بَلَغَ هَذَا مِثْلُ الَّذِي بَلَغَ بِي، فَمَلَأَ خَفَّهُ، ثُمَّ أَمْسَكَهُ بِيَمِينِهِ، ثُمَّ رَقِيَ، فَسَقَى الْكَلْبَ، فَشَكَرَ اللَّهُ لَهُ، فَغَفَرَ لَهُ، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَإِنَّ لَنَا فِي الْبَهَائِمِ أَجْرًا؟ قَالَ: فِي كُلِّ كَبِدٍ رَطْبَةٌ أَجْرٌ).

ولا يختلف اثنان في أن الإنسان خير من الحيوان، ومكرم ومفضل عليه نقلا وعقلا، وفي ذلك يقول الله تعالى: (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا) [الإسراء: 70]، فالتكريم بأن جعله كريما، أي نفيسا غير مبذول ولا ذليل في صورته ولا في حركة مشيه وفي بشرته، والتفضيل بتمكينه من التسلط على جميع المخلوقات الأرضية برأيه وحيلته، وكفى بذلك تفضيلا على البقية<sup>(4)</sup>.

فإذا كان الإحسان إلى الحيوان متوجبا؛ إنقاذاً لحياته، ورفعاً للحرص عنه، فمن باب أولى جنس الإنسان.

ففي ضوء هذا الذي سقناه لا مانع من أن يتصدق المسلم على غير المسلم بقطرات من دمه علاجا لمرضه ودفعاً لسقمه.

وإذا كان الأصل المقرر عند علماء الشريعة قاطبة أنه لا يجوز التصدق على الكافر المحارب بأي نوع من أنواع الصدقة، بيد أنه يفترض بنا أن نفهم أن البر الممنوع في حق غير الحربيين، قد تخصص منه حالات تقدر بقدرها وينظر فيها إلى مآلاتها؛ لأن من الحربيين من يستحسن التصدق عليهم لاعتبارات معينة؛ إما رجاء إسلامهم وتأليفا لقلوبهم،

(1) الكشاف، الزمخشري، 516/4.

(2) البخاري، كتاب المساقاة، باب فضل سقي الماء، برقم: 2363، ومسلم، كتاب السلام، باب فضل ساقى الهائم المحترمة وإطعامها، برقم: 2244.

(3) مسلم، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة، برقم: 1955.

(4) التحرير والتنوير، الطاهر بن عاشور، 166-165/15.

أو أسارى حرب تراعى حالة أسرهم، أو لإغاثة من يماثلهم من أسارى المسلمين، أو لتجويد صورة المسلمين عندهم، أو غير ذلك من المآلات المعتبرة شرعا، وهذا باب واسع يصعب عده ويَعَسُرُ حصر حالاته.

2- صدقة الدم ونشر المحرمة :

مما يشكل على كثير من الذين يتعاطون هذا النوع من البر، أن يقال هل للتصدق بالدم أثر في نشر المحرمة بين الجنسين؟  
والذي نجزم به ولا نتردد في ذلك أن صدقة الدم لا تنشر المحرمة بين الجنسين، والدليل على ذلك منه المنقول و منه المعقول.

أما المنقول؛ فلأن الشرع حصر الموجب لنشر المحرمة في الرضاع داخل الحولين نصًّا، على اختلاف بين المذاهب في قدره، ونقل الدم من شخص لآخر لا يُسمى رضاعا لغة ولا شرعا ولا عرفا.  
وأما المعقول؛ فلأن الدم ليس غذاءً كاللبن بل هو دواء، لذلك فإن الرضاع المحرم هو ما كان داخل الحولين، فلو رضع زوجٌ من ثدي زوجته لبنا لم تحرم عليه بهذا الاعتبار، وقد علل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله: (لَا يُحَرِّمُ مِنَ الرُّضَاعَةِ إِلَّا مَا فَتَقَ الْأُمْعَاءُ فِي الثَّدْيِ، وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ) <sup>(1)</sup>، وفي حديث أخرجه منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إِنَّمَا الرُّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ) <sup>(2)</sup>، قال الحافظ ابن حجر: (فيه تعليل الباعث على إمعان النَّظَرِ وَالْفِكْرِ؛ لأن الرُّضَاعَةَ تُثَبِّتُ النَّسَبَ، وتجعل الرضيع محرما، وقوله (من المجاعة) أي: الرضاعة التي تثبت بها الحُرْمَةُ، وتَجَلُّ بها الخُلُوة هي حيث يكون الرضيع طفلا لسد اللبن جوعته؛ لأن معدته ضعيفة يكفيها اللبن، وينبت بذلك لحمه، فيصير كجزء من المرضعة، فيشترك في الحرمة مع أولادها) <sup>(3)</sup>.

ولا شك في أن مكونات الدم ليست هي مكونات اللبن من الناحية الطبية، وقياسُ من قاس الدم على اللبن في إنشاء الحُرْمَةِ بين الجنسين قياس فاسد لا يصلح، مبني على أن الاتحاد في الأصل يوجب الاتحاد في الفرع، لكون أصل اللبن من الدم فيأخذ حكمه، وهذا مرده إلى إغفال الفروق بينهما، فاللبن وإن كان أصله من الدم، غير أنه تحول إلى مادة أخرى، فصارا مادتين مختلفتين لكل منهما عناصرها وخصوصياتها، فتغيرتا في الحكم، ومثل هذا الماء الذي يشربه الإنسان يكون طاهرا، فإذا دخل جسم الإنسان وتغير بالاستحالة صار بولا نجسا، فاختلف حكمهما طهارة ونجاسة لما اختلفت عناصرهما.

ومن براهن اختلافهما تنوع مخارجهما، فإذا كان الدم يخرج من العروق في أي مكان من الجسم، فإن اللبن يخرج لا يخرج إلا من المخرج المعد له وهو الثدي.

3- بيع الدم :

أجمع العلماء على منع بيع الدم، وحرمة أخذ العوض عليه، وهذه مسألة لم يخالف فيها أحد من أهل العلم، قال ابن عبد البر: (وجميع العلماء على تحريم بيع الدم) <sup>(4)</sup>، وقال القرطبي: (اجمع المسلمون على تحريم بيع الخمر والدم) <sup>(5)</sup>.

(1) سنن الترمذي، أبواب الرضاع، باب ما جاء أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغردون الحولين، برقم:1152، وقال: حديث حسن صحيح.

(2) البخاري، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب، والرضاع المستفيض، والموت القديم، برقم:2647، ومسلم، كتاب الرضاع، باب إنما الرضاعة من المجاعة، برقم:1455.

(3) فتح الباري، ابن حجر، 148/9.

(4) التمهيد، ابن عبد البر، 144/4.

(5) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 289/6.



وقد ذكرها جمع من العلماء الذين جمعوا إجماعات علماء الأمة، وأحصوا مواطن اتفاقهم، منهم ابن المنذر في "الإقناع"، وابن القطان الفاسي في "الإقناع في مسائل الإجماع" (1).

وأول ما يُعتَلُّ به في هذا المقام الآيات الدالة على حرمة الدم عموماً، كقول الله تعالى: (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ) [المائدة: 3]، وهذه الآية ونظائرها بصيغ مختلفة يُستفادُ منها التَّحْرِيمُ الصَّرِيحُ.

إذا ثبتت حرمة، مُنع ثمنه؛ لأن كل ما حرم نفعاً، فأولى أن يحرم عوضاً؛ وتفسير ذلك أن الله تعالى حَرَّمَ على المسلم أن يملك بعض الأشياء لذاتها، وتبعاً لذلك حرم عليه أن يملك ثمنها، ودليل ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا أَجْمَلُوهُ، ثُمَّ بَاعُوهُ فَأَكَلُوا ثَمَنَهُ) (2)، وصيغة "قاتل الله" دعاء باللعن والإبعاد من رحمة الله على وجه الخصوص، وبه جزم ابن عباس رضي الله عنهما قال: (كل شي في القرآن قُتِلَ فَهُوَ لُعِنٌ) (3)، والتَّهْدِيدُ بالعقاب صيغة مفيدة للتَّحْرِيمِ عند الأصوليين.

وأصرح منه قوله صلى الله عليه وسلم: (إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ أَكَلَ شَيْءٌ حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَهُ) (4)، قال ابن رجب: (وهذه كلمة عامة جامعة تطرد في كل ما كان المقصود من الانتفاع به) (5).

ويستدل أيضاً بالسنة المشرفة، من ذلك ما رواه أبو جحيفة قال: (إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الدَّمِ) (6)، وقد قيل في بيانه أنه على ظاهره، والمراد تحريم بيع الدم كما حرم بيع الميتة والخنزير (7).

ومن جانب المعقول، فلأنه من النجاسات، وبيع النجاسات لا يجوز؛ لأنها ليست محلاً للانتفاع بها، ولأن المالية غير معتبرة فيها، وذلك لأن المال ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة، وبنجاسته علل كثير من العلماء حرمة، يقول البغوي: (بيع الدم لا يجوز؛ لأنه نجس) (8).

والدم المتصدق به دم مسفوح، ولا خلاف في نجاسته (9)، حيث أجمع العلماء على أن الدم المسفوح حرام نجس لا يؤكل ولا ينتفع به، وقد حُمل المطلق في قوله تعالى: (إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالِدَمَّ) [البقرة: 173]، على المقيد في قوله تعالى: (أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا) [الأنعام: 145]، يقول اللخمي: (والدم على ضربين: نجس، ومختلف فيه، هل هو نجس أو طاهر، فالأول دم الإنسان، ودم ما لا يجوز أكله، ودم ما يجوز أكله إذا كان خروجه في حال الحياة أو في حال الذبح؛ لأنه مسفوح) (10).

وإذا كان الأمر كذلك صار ثمنه نجساً، ومن شروط جواز الثمن أن يكون طاهراً، قال ابن جزري: (وأما الثمن والمثمن فيشترط في كل واحد منهما أربعة شروط وهي أن يكون طاهراً منتفعا به معلوماً مقدوراً على تسليمه فقولنا طاهراً تحرزاً من النجس فإنه لا يجوز بيعه) (11).

(1) الإقناع، ابن المنذر، 247/1، والإقناع في مسائل الإجماع، ابن القطان، 228/2.

(2) البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، برقم: 2236، ومسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام، برقم: 1581.

(3) الجامع لحكام القرآن، القرطبي، 286/19.

(4) أبو داود، كتاب الإجارة، باب في ثمن الخمر والميتة، برقم: 3488.

(5) جامع العلوم والحكم، ابن رجب، 448/2.

(6) البخاري، كتاب اللباس، باب الواشمة، برقم: 5945.

(7) فتح الباري، ابن حجر، 427/4.

(8) شرح السنة، البغوي، 25/8.

(9) البحر المحیط، أبو حيان، 113/2.

(10) التبصرة، اللخمي، 110/1.

(11) القوانين الفقهية، ابن جزري، ص: 163.

ومن لطيف ما يستدل به أيضا أن الدم جزء من الإنسان، فالإنسان كلُّ، والدم جزءٌ منه، فإذا حرم الكل دخل الجزء في التحريم، برهان ذلك قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (قَالَ اللهُ تَعَالَى: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ)<sup>(1)</sup>، فقد حرم الله تعالى بيع الحر، فاقضى ذلك تحريم بيع أي جزء منه؛ لأن القاعدة عند الأصوليين أن النهي إذا أطلق عمَّ جميع أفرادها. ناهيك عن أن الدم لا يدخل تحت ملكية العاقد؛ لأنه لم يوجد، وهو من مقومات حياته، فلو جاز له بيعه لأدى إلى فعل ذلك من قبل كثيرين ممن لا يفكر بالعواقب<sup>(2)</sup>.

وبيان ذلك أن دم الإنسان حق خالص لله تعالى لا خيرة للمكلف فيه بحال، والدليل عليه أن الله تعالى لم يجعل ذلك إلى اختيارهم ولا من كسبهم وتسببهم<sup>(3)</sup>، ومن ثم لم يجر له التصرف فيه إلا بإذن شرعي، فإذا كان الإنسان لا يجوز لغيره أن يتصرف فيما يملك من حقوقه إلا بإذن خاص منه، فكذلك حقوق الله تعالى لا يجوز التصرف فيها إلا بإذن شرعي.

### المبحث الثاني: صدقة الدم في الواقع تنزيلا:

الذي ينظر إلى واقع عمليات "التصدق بالدم" يلحظ عزوفا ظاهرا نحو التصدق بالدم، لأجل ذلك نجد المركز الوطني لتحاقن الدم دائما ما يبدي تخوفه من أن تفشل الحملات التي يطلقها، مما يجعل التساؤل عن أسباب هذا العزوف وبواعثه من الأهمية بمكان، ولا نستطيع أن نقترح حلولا ممكنة للتقوي بهذه العملية إلا بعد الكشف عما يعطلها، ومن ثم سأجعل هذا المبحث في مطلبين، الأول لسرد أزمات التصدق بالدم، والثاني، لذكر جملة من المقترحات المناسبة.

#### المطلب الأول: أزمات التصدق بالدم:

لا مناص من القول أن واقع التصدق بالدم يعيش أزمة شديدة، يشهد لها النتائج والإحصائيات المسجلة بمراكز الدم والمستشفيات، وهذه الأزمة -حسب ما ظهر لي- ناتجة عن جملة من المعايير يمكن إجمالها في أربعة:

#### 1- خلل في التدين:

إن أسمى ما دعت إليه الملة الخاتمة صياغة إنسان يحقق مراد الله تعالى من وراء خلافته في الأرض؛ ليقوم الدين الصحيح ويُجَلِّي أثره المتمثل في إصلاح القوم الذين خوطبوا به، وانتشالهم من حضيض الانحطاط إلى أوج السمو إن خاصا فخاص وإن عاما فعام على نحو مراد الله من الدين ومن الأمة المخاطبة به على حسب حكمته تعالى<sup>(4)</sup>.

ومن أبلغ ما يحقق هذا المراد تكوين العطاء في شخصية هذا الإنسان؛ لذلك نجد القرآن يذم صفات من مثل الكنود، والبخل، والقترة، والأنانية، وحب الذات، والأثرة؛ لأنها صفات تحول دون تحصيل هذا التميز في الشخصية الإنسانية.

فلا شك إذن في أن عمل الخير عند المسلمين تحكمه هذه الخلفية الدينية، وهي خلفية لا تقف عند حد التنويه بعمل الخير والدعوة إليه دعوة حثيثة، بقدر ما ترقى به لتجعله عملا خالصا، ينبغي أن يكون لله وحده، دون إشراك أحد فيه معه، وبعيدا عن الرياء المحبط للعمل المذهب للأجر.

(1) البخاري، كتاب البيوع، باب إثم من باع حرا، برقم: 2227.

(2) المسائل الطبية المستجدة، محمد النشأة، 388/2.

(3) الموافقات، الشاطبي، 102/3.

(4) أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الطاهر بن عاشور، ص: 9.

ومن ثم فإن حجم التطوع في المجتمع المسلم رهين باستيعاب الدين وتمثله؛ وإدراك معاني الأخلاق والقيم والفضائل والتحقق بها؛ لأن التوازي بين النظر والعمل، وبين الاعتقاد والسلوك في الدين واجب، ولأن الأخلاق علم عملي وليس علما نظريا، ومن ثم كان لوم أولئك الذين ( يَقُولُونَ مَا لَا يَفْعَلُونَ ) في الكتاب الكريم ظاهر. فلا غرو إذن في أن أي خلل يحصل في هذين النظيرين قد يحدث قصورا في المجتمع تجاه أي قضية من القضايا، وإذا اعتمدنا ما سبق لاح لنا أن التدين باعث قوي على الانطلاق نحو القيام بالأعمال الخيرية.

بيد أنه مع هذا الذي ذكرنا يجب أن نُلَمِّع إلى أن النسب عاليةٌ لعمليات التطوع ببلاد الغرب، بل نرى منهم يبذل الجهد في تنمية المجتمعات الفقيرة ويسعى إلى تقديم العون والمساعدة، وهذا قد يُشكِّل على ما ذكرناه، ويوجهنا نحو التساؤل عن علاقة العمل الخيري بالتدين؟ وربط ذلك بالإقبال الكبير للغربيين على العمل الخيري.

في البداية يجب التوكيد على أن مجرد الإقرار بكون الغرب أكثر إقبالا على العمل الخيري من المجتمعات العربية والمسلمة أمر غير مُسَلِّم، بل يحتاج إلى دراسات علمية دقيقة وإحصاءات منتظمة، بيد أن النظر الأولي يكشف عن هذه الصورة التي تُفهم من خلال التبصر بالدوافع التي تسوق الغرب إلى العمل الخيري، والمتمثلة في دافعين قويين؛ أولها: الأمل في تحصيل منفعة، والثاني: الخشية من الوقوع تحت طائلة القانون، وليس وراء هذين الدافعين دافع ثالث.

ومعناه أن المنبري لهذا العمل من غير المسلمين لا يسوقه إلا تحقيق لذة وامتعة من وراء ذلك، قد تكون مادية كالأشطة الخيرية التي يقوم بها القساوسة وغيرهم، وقد تكون معنوية كالأنس والراحة النفسية التي يجدها عند مباشرته له.

بينما يعتبر أساس الإيمان بالحياة الآخرة في الاتجاه الإسلامي للأخلاق من أهم الأسس التي يشيد عليها البناء الأخلاقي وفي عملية الالتزام به، فبدونه تفقد الأخلاق قدسيته وتأثيرها القوي في الإنسان، وليس هذا أساساً للسلوك الأخلاقي فقط، بل إنه أساس للحياة إذ لا معنى للحياة - في الحقيقة - دون وجود هذا الأساس ودون الاعتماد عليه<sup>(1)</sup>.

## 2- انعدام الثقة :

وهي أزمة تكشف عن حجم كبير من التخوف لدى الواهبين لدمائهم مبني على قناعتهم بمتاجرة الجهات المشرفة على العمليات بها، وجهلهم بمصيرها؛ لأن ضمانات كون هذا الدم المتصدق به سيستفيد منه المرضى دون أن يتلاعب به ضئيلة، ولذا فإن كثيرا من الممتنعين عن التصدق بالدم يزعمون بأن كميات الدم المحصل عليها تتم المتاجرة بها، وهذا يؤدي بهم إلى عدم استئمان عليها أحدا.

وهذا لا شك في أنه ادعاء خاطئ بُني على سوء ظن، ذلكم أن أكياس الدم المحصل عليها أثناء حملات التصدق بالدم هي من أجل توفير مخزون من الفصائل التي يحتاجها المرضى طول السنة، أما المقابل الذي يدفعه المحتاجون لأكياس الدم فإنه لا يعكس الاتجار بها، بقدر ما أنه تغطية تكاليف الفحوصات التي يمر بها هذا الدم قبل أن يعطى للمحتاجين إليه.

(1) الاتجاه الأخلاقي في الإسلام، مقداد يالجن، ص:121.

## 3- عجز عن الإقناع :

من أهم معيقات تطور عملية التصدق بالدم عجز المشرفين عليها عن الإقناع، حيث نجد خللا ظاهرا في التواصل مع المواطنين، ولا أخال إلا أن الإقناع مركزي في عمل الخير؛ لأن قوة الإقناع من شأنها أن تحل الأزمة السالفة، وهي أزمة الثقة؛ ذلكم أن من لديه مهارة الإقناع بإمكانه أن يكسب ثقة الآخرين ما يجعلهم يقبلون وجهة نظره، فينقلب الإحجام إقداما، وتتغير القناعات، وتُجودُ نسبَ النجاح المتوقعة، فلا قيمة لأي فكر مهما كان راقيا إن لم نستطع الإقناع به.

وحسب نظري فإن هذا العجز مرده إلى سببين :

أولهما : اعتماد الخطاب التخبيوي في التحسيس :

إذ نُلقي أن غالب من انتصبوا للترويج للحملات التصدق بالدم يقعون في وهدة هذا الخطأ، فيخاطبون الناس خطابا أعلى من مدركاتهم، والحال أنهم مطالبون بتحديثهم بما يفهمون، ومخاطبتهم على قدر عقولهم، ما يتحقق به الإدراك والاستيعاب، ليكون منطلقهم نحو العمل والتطبيق.

وثانيهما : قصور في وسائل الإقناع :

حيث إنها لا تكفي لتحصيل الإقناع الموجب لتمثل العمل، فالإقتصار على وسائل محدودة من مثل الملصقات أو الإعلانات ليس كافيا في هذا المقام، والدعاية له بين فئات من المجتمع وطبقات مخصوصة من شأنه أن يقلل من فرص نجاحه.

## 4- ضعف الوعي :

وجود وعي كاف من لوازم نجاح نشر ثقافة التصدق بالدم، وللإنصاف فهي أزمة من جانبيين :

من جانب المشرفين :

تتمثل في عدم القدرة -لحد الآن- على بناء تصور سليم واستراتيجية محكمة تُحسّن وتيرة العملية، وترفع من نسب المتصدقين، وتقلل من فرص حصول نقص حاد في أرصدة الدم في المستشفيات.

فالذي ينظر إلى واقع العمليات المنظمة للتصدق بالدم يجد أنها مجرد حملات تحسيسية مؤقتة تُجمع فيها الأكياس، ولم ترتق بعد إلى درجة حملات دقيقة منتظمة تضع أولويات، وتسطر أهدافا تعمل على تحقيقها، وهذا ما انعكس سلبا على المواطنين، إذ صاروا مجرد واهبين بشكل عشوائي أو عن طريق الصدفة، ولم تصنع الحملات المنظمة إنسانا متبرعا متشعبا بثقافة التصدق يخصص لنفسه مواعيد سنوية لذلك.

من جانب المواطنين :

وهي أزمة ناتجة عن انخفاض نسبة التحضر وضعف الثقافة الصحية، مما ينتج عنه إحجام الكثيرين عن التصدق بدمائهم بدافع الخوف، من ذلك الخوف من النتائج السلبية على الصحة المترتبة على إعطاء الدم ؛ كنقل

مرض معد، نظرا لكون الأطباء المباشرين للعملية قليلي الخبرة، ويستعملون أدوات غير معقمة، وهذا وهمٌ سائد لا سند له في الواقع؛ لأن الأدوات المستخدمة أثناء العملية لا يتعدى استعمالها مرة واحدة فقط.

وهناك الخوف من تأثيره على قوى الإنسان بعد فقدانه لكمية من الدم قد يصير معها غير قادر على العيش بشكل طبيعي، وهذا خطأ علمي لأن إخراج الدم من شأنه تنشيط خلايا النخاع العظمي وتحفيزها على تكوين كميات جديدة من الدم مما يحسن قدرة الدماغ والقلب والنخاع.

أضف إلى ذلك أن وجود ثقافة في المجتمع لا تلقي بالا للعمل الخيري عموما، وتقلل من قيمة التصديق بالدم على وجه الخصوص من أهم موانع زيادة نسب المتصدقين؛ بسبب أن مفهوم العمل الخيري يرتبط في أذهان الكثيرين بكونه عملا غير ملزم، ومجهودا بلا قيمة؛ لأنه بلا فائدة مرجوة منه، فهو بلا مقابل أو أجر مادي.

### المطلب الثاني : حلول مقترحة للترقي بالتصدق بالدم :

لا شك في أن من أهم مباحث الدراسات العلمية ما يوجد به ذهن الكاتب بسوق جملة من الأفكار والمقترحات التي من شأنها أن تساعد على بناء جديد للقضية المتناولة.

وهذا المطلب يأتي في هذا السياق كَلَيْنة قصدت منها المساهمة في الترقى بعملية التصديق بالدم خصوصا والعمل التطوعي عموما، وأجمل ذلك في الآتي :

○ تصفية القصد، والتركيز على كونها أمانة ملقاة على عاتق الكل، والبعد عن توجيه الاتهامات بالتقصير لهذه الجهة أو تلك، والنظر في القضية على أنها مشكلة مجتمعية يتحمل الكل مسؤوليتها، ويستطيع الكل المساهمة في حلها، وأن التشارك فيها من شأنه أن يجلها أو يقلل من مضاعفاتها، ومن ثم نضمن وضع العمل التطوعي كأزمة في صلب اهتمامنا، وتصبح داخل دائرة النقاش لا خارجه، وبذلك نتجه أولى خطوات السليمة نحو تمكينه في حياتنا العامة.

○ جمع الأفكار والمقترحات في هذا الباب، ومحاولة بلورتها، وإضافة رؤى جديدة إليها، مما ينتج عنه إنضاج المفاهيم، وتطوير العمل، وإحداث تصورات جديدة، وخطط مبتكرة تحل محل ما كان سائدا، وهذا قد يكون عاملا مساعدا يُعين على تغيير نظرة المجتمع إلى العمل التطوعي.

○ عمل كافة المتدخلين في التنشئة الاجتماعية والمؤثرين فيها على التأسيس للتربية السليمة التي يراعى فيها غرس قيم التضحية والإيثار وروح العمل الجماعي في نفوس الناشئة منذ مراحل الطفولة المبكرة، وأن يُضمَّن هذا التوجه في البرامج الدراسية للمؤسسات التعليمية المختلفة بتركيز بعض المقررات الدراسية على مفاهيم العمل الاجتماعي التطوعي وأهميته ودوره التنموي؛ لأن مفهوم العمل التطوعي يظل بحاجة إلى مزيد من الدعم من بيئات مختلفة: بيئة المجتمع العامة، والبيئة الأسرية، والبيئة التعليمية، والبيئة الدينية، والبيئة الإعلامية وغيرها، ولهذا أثر في إزالة شوائب الأنماط الثقافية السائدة في المجتمع والمقللة من أهمية هذا العمل.

○ اقتران التوجه النظري الحاث على العمل التطوعي بالبرامج التطبيقية؛ ودفع الناشئة إلى المشاركة الجماعية في أي مجال من مجالات العمل التطوعي وميادينه المختلفة؛ بتأطير برامج للتدريب تؤهلهم وتدرّبهم قبل قيامهم بالأعمال التطوعية، مما يثبت هذه القيم في نفوس الناشئة، ويحصل التشبع بها، وترتقي من مجرد سلوكيات

- منفصلة إلى اهتمامات، ونمط حياة وجزء لا يتجزأ من برنامجهم، وربما ينافحون عنها، تماماً كما ينافحون عن أعرافهم وعاداتهم.
- ضرورة استحضار المشرفين على هذا العمل حجم التحديات، ومدى استيعابهم بهذا المجال لها، مما يستدعي إعادة النظر في كثير من المكلفين بهذه العملية، وتبني الجمعيات المهتمة بهذا الشأن مبدأ وضع الشخص المناسب في المكان المناسب.
  - تكثيف البرامج المتعلقة بالتصدق بالدم وتشجيعها ودعمها والمساهمة في نشرها بكل الوسائل لتمس أكبر شريحة ممكنة من المجتمع، مع العمل على تنويع الأنشطة واللجوء إلى أنماط جديدة منها كالدورات التكوينية والحصص التدريبية وأوراش العمل والزيارات الميدانية واللقاءات المفتوحة.
  - مد جسور التواصل بين الجهات المشرفة على العملية سواء منها المراكز الوطنية وجمعيات المجتمع المدني والمؤسسات الحكومية وبين المواطنين لزرع الثقة، وتحقيق القرب الفعلي من مختلف مكونات المجتمع.
- خاتمة :

وأخيراً وبعد تحليل عناصر الموضوع، والتنقل بين مباحثه فإنني ألخص مسائله كالآتي :

- استيعاب الشريعة لكل متطلبات الحياة بحيث لا يمكن أن يفوتها شيء إلا وله فيها أصل، ولها فيه حكم.
- للتصدق بالدم أدلة كثيرة تُبين أفضليته، وهي أدلة مستمدة من أصول الشريعة وروحها ومقاصدها، وهي كفيلة بأن يحصل بها الإقناع.
- صدقة الدم على غير المسلم مشروعة، وقد تصير من قبيل المستحب.
- صدقة الدم لا تنشر المحرمية، ولا أثر لها البتة في تحريم أحد الجنسين على الآخر كما هو حال الرضاع.
- بيع الدم لا يجوز لأدلة مضمنة في البحث.
- معيقات عملية التصدق بالدم كثيرة جماعها أربعة :

1. خلل في التدين.

2. انعدام الثقة.

3. عجز عن الإقناع.

4. ضعف الوعي.

من السبل الكفيلة التي نتبين بها ملامح ترسيخ ثقافة التصدق بالدم :

1. الإحساس بحجم المسؤولية.

2. اشتراك سائر المتدخلين في التنشئة الاجتماعية (الأسرة-المدرسة-الإعلام).

3. المزج بين النظري والتطبيقي في العمل التطوعي.

4. اختيار الأشخاص المناسبين للقيام بهذه المهام.

5. تكثيف البرامج وتنويعها ونشرها.

6. مد جسور التواصل بين الجهات المشرفة والمواطنين.

• مسرد المصادر والمراجع :

- الإتجاه الأخلاقي في الإسلام دراسة مقارنة، مقداد يلجن، نشر مكتبة الخالجي، ط1، 1392هـ - 1973م.
- الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، أبو حاتم البستي (ت354هـ)، ترتيب: علي بن بلبان (ت739هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، نشر مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408هـ - 1988م.
- أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الطاهر بن عاشور (ت1393هـ)، نشر الشركة الوطنية للتوزيع، تونس، ط1، 1984م.
- الإقناع في مسائل الإجماع، أبو الحسن ابن القطان الفاسي (ت628هـ)، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، نشر الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ط1، 1424هـ - 2004م.
- الإقناع، أبو بكر ابن المنذر (ت319هـ)، تحقيق: عبد الله الجبرين، نشر مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 1414هـ.
- البحر المحيظ في التفسير، أبو حيان الأندلسي (ت745هـ)، تحقيق: صدقي محمد جميل، نشر دار الفكر، بيروت، ط1، 1420هـ.
- التبصرة، أبو الحسن باللخمي (ت478هـ)، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1432هـ - 2011م.
- تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، الطاهر بن عاشور (ت1393هـ)، نشر الدار التونسية للنشر، تونس، ط1، 1984هـ.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر ابن عبد البر القرطبي (ت463هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط1، 1387هـ.
- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، زين الدين ابن رجب الحنبلي (ت795هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس، نشر مؤسسة الرسالة، بيروت، ط7، 1422هـ - 2001م.
- الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله القرطبي (ت671هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، نشر دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ - 1964م.
- الذخيرة، شهاب الدين القرافي (ت684هـ)، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
- سنن أبي داود، أبو داود السجستاني (ت275هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره بللي، نشر دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ - 2009م.
- سنن الترمذي (الجامع الكبير)، المؤلف: محمد بن عيسى الترمذي (ت279هـ)، تحقيق: بشار عواد معروف، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1998م.
- شرح السنة، الحسين بن مسعود البغوي (ت516هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش، نشر المكتب الإسلامي، دمشق، وبيروت، ط2، 1403هـ - 1983م.
- صحيح مسلم (المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم)، مسلم بن الحجاج القشيري (ت261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ت).

- صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه)، محمد بن إسماعيل البخاري (256هـ)، تحقيق: محمد زهير الناصر، نشر دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ-ط1، 1408 هـ (د.ن).
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تصحيح: محب الدين الخطيب، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
- فتح القدير، محمد بن علي الشوكاني (ت 1250هـ)، نشر دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط1، 1414 هـ.
- في فقه الأولويات، يوسف القرضاوي، نشر مكتبة وهبة، ط2، 1416هـ/1996م.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام (ت660هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، نشر مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1414 هـ - 1991 م.
- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، محمد بن جزي الغرناطي، تحقيق: ماجد الحموي، نشر دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1434هـ - 2013م.
- الكشف عن حقائق غوامض التنزيل، أبو القاسم محمود الزمخشري (ت538هـ)، نشر دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1407 هـ.
- مجموع الفتاوى، أبو العباس ابن تيمية (ت728هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، نشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، ط1، 1416هـ/1995م.
- مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، ابن قيم الجوزية (ت751هـ)، تحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي، نشر دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1416 هـ - 1996م.
- المدخل إلى تنمية الأعمال بتحسين النيات والتنبيه على بعض البدع والعوائد، محمد ابن الحاج (ت737هـ)، نشر دار التراث، (د.ت).
- المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، محمد حجازي التنشة، نشر مجلة الحكمة الصادرة في بريطانيا، ط1، 1422هـ/2001م.
- المعجم الأوسط، سليمان بن أحمد الطبراني (ت360هـ)، تحقيق: طارق بن عوض الله، وعبد المحسن الحسيني، نشر دار الحرمين، القاهرة. (د.ت).
- المنشور في القواعد الفقهية، بدر الدين الزركشي (ت794هـ)، نشر وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405 هـ - 1985م.
- الموافقات، إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت790هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، نشر دار ابن عفان، ط1، 1417هـ/1997م.
- موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي البورنو نشر مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424 هـ/2003م.



## الرضا وأثره في إعفاء الطبيب من المسؤولية المدنية عن التدخل العلاجي دراسة في ظل القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية الجديد



د. ياسر عبد الحميد محمد الافتيحات

أستاذ مساعد (متفرغ) في كلية القانون

جامعة الغرير، دولة الإمارات العربية المتحدة

Email : [dryassir.aliftaihat@gmail.com](mailto:dryassir.aliftaihat@gmail.com)

اقترن عمل الطبيب منذ القدم بنظرة غلب عليها الطابع الأخلاقي أكثر من الطابع القانوني، وظلت النظرة إلى الطبيب على أنه شخص كرس وقته لعلاج المرضى والتخفيف من آلامهم. هذه النظرة بقيت في أذهان غالبية طبقات المجتمع إلى وقتنا الحاضر هي الصورة الغالبة على ممارسي هذه المهنة، وإن لم يخل الأمر من وجود نصوص قانونية قديمة تعاقب الطبيب الجاهل، والمتجاوز لحدود عمله<sup>1</sup>.

إلا أن تنوع فروع الطب، فرض على الطبيب وفريقه الطبي، القيام بعمليات لا حصر لها، منها ما لا علاقة له بالعلاج، كعمليات التجميل غير الضرورية وتغيير الجنس، ومع تنوع فروع الطب فإن الحديث عن المسؤولية المدنية للطبيب تجاه مرضاه أصبح أمراً ليس غريباً، على الرغم من سمو هذه المهنة ونظرة المجتمع لمن يمارسها بنوع من الإجلال، إلا أن ذلك لم يمنع القضاء الاتحادي في دولة الإمارات من النظر في شكوى يقدمها مريض أو من ينوب عنه، يتهم فيها طبيبه الذي منحه الثقة يوماً ما، ليطالبه بالمثل أمام القضاء. ويمكن أن نفهم شعور الطبيب والألم الذي

1 انظر المادة 215 والتي تلتها من قانون حمورابي 1793 - 1750 قبل الميلاد.

يصيبه والذي لم يكن يتصور يوماً ما أن يترك عيادته أو عمله في المستشفى، ليتوجه إلى القضاء ليدافع عن نفسه، بسبب هذه الشكوى، وهو الذي كان يسعى لتخفيف آلام المريض المشتكى، بل ويسعى لشفائه.

وأمام هذا الواقع لا يمكننا منح ممارسي مهنة الطب الحصانة المطلقة في عدم السماح بالشكوى ضدهم، كما لا يمكن أن نضعهم في وضع غامض، لأنّ أصعب شعور يراود ممارسي هذه المهنة أن يكون من يسعون إلى علاجه سبباً في جعلهم موضع الريبة والشك المؤدي لثولهم أمام القضاء، مما سينعكس سلباً على أدائهم المهني، فلا بد أن تُحدد لهم المعايير التي يلزمهم تحقيقها لتجنب مساءلتهم، ما داموا يمارسون عملهم في نطاق ما سمح به القانون الذي يعد مصدر شرعيتهم في ممارسه هذه المهنة، وباعتبار أن التطبيب مهنة كفلها الدستور لضمان الصحة العامة، وبذلك تتحقق القاعدة الفقهية (الواجب لا يتقيد بشرطة السلامة)<sup>1</sup>.

لقد أفرز التطور الحديث في مجال التقنيات الطبية المستخدمة في علاج المرضى مفاهيم جديدة للعلاج والرعاية الطبية، وهي مفاهيم لم تكن موجودة من قبل، فلم يكن في الماضي القريب أحد يفكر في اللجوء إلى مستشفى خاص أو عام، لاجراء عملية تجميل، لتغيير أنف أو شد وجه أو تأجير رحم فتاة لتحمل ببويضة مخصبة بدلاً من زوجته..... الخ من العمليات التي أصبحت رائجة في عالم الطب واختص بها أطباء أصبحوا ينافسون مشاهير هوليوود على النجومية<sup>2</sup>.

فالتحديات تنصب جلها بتحديد المعيار المعتمد لمشروعيتها، فقد عكست مدى تقبلها تبعاً لثقافة المجتمع ومدى ارتباطه بالجانب الديني والأخلاقي، وبسبب غياب رأي واضح لفقهاء الدين أو حتى بلورة رأي واضح لمفاهيم المجتمع المرتبطة بالأخلاق وعدم تقنين قواعد قانونية تعالج هذه المسائل بصورة معمقة، كل ذلك أبرز فجوة كبيرة بين التطور الطبي المتسارع في ممارسة هذه الأعمال واقعيًا وبين الرأي الديني والأخلاقي، وهو ما أدى إلى خلق معايير - تملأ هذه الفجوة - مختلفة في نفس المجتمع تعتمد فئاته المختلفة بكافة مشاربها، حيث نجد فئات المجتمع المتدينة والتي اعتبرت العمليات غير العلاجية في غالبها محرمة كعمليات التجميل، لأنها صورة من صور تغيير لخلق الله فحرمتها على نفسها دون أن تعرف ما يبيحه الشرع وما يحرمه، أما فئات المجتمع الأقرب للعلمانية فقد اعتبرت ممارسة العمليات غير العلاجية حقاً مشروعاً إن أتى الرضا من الشخص الذي يرغب بإجرائها، فما دام هذا الرجل قادراً على دفع نفقات العملية، فلماذا لا تجرى له؟! الأمر الذي عكس صورة للطب التجاري غير الصورة المعهودة في أذهان البشر عموماً والتي نظرت إلى الطبيب على أنه المنقذ في لحظة عصبية لشخص تعرض لحادث أو أصيب بمرض فتاك، فإذا بأنامل الطبيب تغير المعادلة وترجع مريضاً كان قاب قوسين أو أدنى من الموت؛ ولأن هذه الصورة هي التي بنت عليها دساتير الدول مفهوم (الحق بالصحة) الذي تلزم الدولة بكفالاته لمواطنيها، وذلك لأنّ معيارها هو معيار موضوعي متمثل بإعادة الانسان للحالة التي كان عليها او التخفيف منها لكي يستطيع ممارسة نشاطاته الحيوية مرة أخرى، لكن الصورة المستحدثة للأعمال الطبية غلب عليها الطابع الشخصي، فهذه الممارسات الطبية لم تكن مطلقاً في ذهن

1 عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي، مقارنة بالقانون الوضعي، ج 1، دارالكتاب العربي، بيروت - لبنان، ص: 471-472.

2 ينظر مقال منشور بعنوان: العلاج ..تجارة رائجة بين أطماع الداخل وإغراءات الخارج بصحيفة البيان بتاريخ 30 مايو 2015. هذا المقال يعكس واقعاً مريباً في مهنة الطب في دول عدة مثل الأردن ومصر والعراق، ويبين مدى التقصير الموجود لدى مؤسسات الصحة في العالم العربي على العموم.

التشريعات الدستورية وهي تقنن مواد خاصة بكفالة الصحة العامة وضمانها للجميع، فصورة الممارسات الطبية ذات المعيار الشخصي أبرزت فجوة دستورية في وجوب إعادة النظر بالضوابط المعتمدة لكفالة الدولة للأعمال الطبية المستحدثة مثل عمليات التجميل بكافة أنواعها وان تتكفل بزراعة الأعضاء لكل من يحتاجها أو تتكفل بإيجاد امرأة تؤجر رحمها لأبوين حرماً الابوة وتتكفل بالنفقات<sup>1</sup>.

فالإشكالية، التي تبرز بشكل أساسي محوراً أساسياً أن صدور قانون بشأن المسؤولية المدنية للطبيب في 2016، والذي ألغى قانون المسؤولية الطبية لسنة 2008، توقع الكثير من الباحثين أن يكون أكثر صرامة تجاه الطبيب، لا سيما أن حجم الممارسات الطبية في إمارتي دبي والشارقة<sup>2</sup> ارتفع وأصبح القليل منها هي الأعمال الطبية العلاجية، ليزر باطراد ممارسة الأعمال الطبية المستحدثة: مثل عمليات التجميل غير الضرورية والإخصاب وزراعة الأعضاء، لكنها لم تحط بقواعد قانونية خاصة بل كانت كلها تمارس ضمن ضوابط ومفاهيم الممارسة الكلاسيكية النمطية التي تتمثل بوجود علاقة عقدية بين الطبيب والمريض<sup>3</sup>. وسنحاول إلقاء الضوء على مفهوم رضا المريض في القانون والقضاء الفرنسي أنموذجاً، لعكس مدى الزامية مواكبة التشريع للواقع وغير ذلك سيؤدي لكبر الفجوة بين الواقع والقانون؛ والمتبع للقانون الاتحادي الجديد والمسمى (بالقانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية) يجد أنه يعول على رضا المريض بصورة أساسية لإضفاء المشروعية على العمل الطبي، فعلى أي شيء ارتكز في ذلك؟ ومن هم الأشخاص المخولين بإعطاء الرضا؟ هذا ما سنحاول بيانه تباعاً في :

1 تطورت عمليات التجميل في كثير من الدول كالعراق ومصر ولبنان على سبيل المثال بالشكل الذي جعلها مهنة بلا قيود، فقد بين مختصين بالصحة وجود 450 مركزاً للتجميل في العراق، المرخصة منها 25 مركزاً فقط، والأغلبية لا تعدو كونها شركات "نصب" لاستنزاف الأموال، داعين الى ضرورة سن قانون لمنعها، الى جانب نشر الوعي بخطورتها. للمزيد حول ذلك :

دريد سلمان، الصحة تحذر من عشوائية مراكز التجميل .. وطبيب يعلق: شركات نصب استباحت المهنة، مقالة منشورة في السومرية نيوز بالعدد الرابع 17 مي 2015.

2 مواطنون ومقيمون أقبلوا على شفط دهون وتجميل الأنف وتقشير الجلد 15 ألف رجل طلبوا عمليات تجميل العام الماضي، الامارات اليوم، 31 سبتمبر 2013

موقع الكتروني الزيارة بتاريخ 2017/08/18

<http://www.emaratalyoum.com/local-section/health/2013-09-21-1.608409>

3 مفهوم العقد في مجتمع ما يعبر عن ظروف هذا المجتمع وأحواله وأهدافه؛ وهذه الظروف في تطور مستمر تحت تأثير العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية بل والتيارات الفكرية. وانطلاقاً من ذلك فان العقد يصور حالة المجتمع في مرحلة معينة، ويتطور بتطوره، بل ويساهم مساهمة فعالة في ازدهاره وتقدمه. ويعد العقد أحد الأنشطة الاجتماعية التي تتناول نشاط الإنسان باعتباره عضواً بالمجتمع إلى جانب علم الاجتماع وعلم السياسة والاقتصاد. لكن يختلف العقد عن هذه العلوم في كونه يعتمد عليها في استخلاص ما ينشره من حقائق تكون اساساً للقواعد القانونية، التي يجري العمل على مقتضاها حيث إن هذه العلوم تهتم بتسجيل الظواهر الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والتعرف على أسبابها في حين أن العقد يهتم بتنظيم العلاقات بين الأفراد على هدى هذه الظواهر فهي في نظرة ليست سوى وقائع اجتماعية تثير له الطريق فيما يتكفل به من تنظيم، ولهذا فإن العقد يعد أهم صور الالتزامات في العصر الحاضر للمزيد حول فلسفة العقد أنظر:

Larribau-Terneyre V., Le domaine de l'action résolutoire. Recherches sur le contrat synallagmatique, thèse de doctorat, Droit privé, Pau, 1988.

## المطلب الأول : الرضا حجر الأساس لنشوء العقد الطبي :

اعتبر قانون المسؤولية الطبية الاتحادي الجديد، الرضا حجر الأساس لصحة العلاقة ما بين المريض والطبيب، فهو الذي يسمح بإضفاء الشرعية على العمل الطبي، فيمكن اعتباره حقا شخصيا يسمح به صاحبه بالتدخل على جسده<sup>1</sup>، لكن، أيكون المريض دوماً على قدر واعٍ بأبعاد العمل الطبي الذي سيجري على جسده؟ فطبيعة العمل الطبي وحالة المريض العضوية والنفسية لها تأثير على الرضا (الفرع الأول)، الذي لو فهم الغاية من العمل الطبي وأثره على جسده، فإنه يلزم أن يعبر عن رضاه بصورة واعية للفعل والنتيجة على السواء (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : تأثير العقد الطبي على ماهية الرضا.

للرضا وضع خاص في عقد العمل الطبي، وهو وضع مختلف عن الرضا في بقية العقود، وذلك لأن القليل من الأشخاص الذين يخضعون للعلاج الطبي يحتمل أن يعطوا رضاهم عن دراية بالسبب، فمن الصعوبة الجزم بأن المريض على الخصوص؛ عندما يشخص له الطبيب حالته الصحية، يكون قد قدم رضا حقيقياً متوافراً للشروط، وبالأخص عندما ندرك صعوبة وتعقد المعلومات التقنية والطبية التي تقدم نظرياً للمريض والتي من الممكن ألا يدرك ابعادها إلا طبيب مختص<sup>2</sup>.

لكن ذلك لا يعني عدم ضرورة وجود الرضا، وهو الذي بيّنه الأستاذ Nouchi ، بأنه يجب أن يكون شخصياً، وملزماً، وحرًا، وواضحًا، ومعبرًا ومعطى بواسطة الكتابة<sup>3</sup>.

والقانون الاتحادي الجديد لم يغفل عن ذكر الرضا للترخيص بالعمل الطبي العلاجي إذ بيّن في المادة 5 منه : بانه يحظر على الطبيب ما يأتي :

1 في العقد الطبي يكون الشخص في الوقت نفسه موضوع امام حقيقته الشخصية وأمام حقيقته الاجتماعية.انظر للتفصيل في هذا المفهوم حسن سعد سند ، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2004، ص: 31 وما بعدها.

2 الزم قانون 4 اذار 2002 الصادر في فرنسا، الطبيب بإعلام المريض بوجوب اخذ رضاه، فجعل ذلك إلزاما بعد أن كان يعالج ذلك ضمن قانون اخلاقيات الطبيب.

3Nouchi F., Le Monde, mercredi 30 mars 1989, p. 18.

وقد أكد القضاء الفرنسي على هذا الأمر مراراً ومُن قرن تقريباً، ففي قرار لمحكمة (Seine) قضت، بتاريخ 16 اذار 1935، بان الرضا يجب ان يكون واضحاً وحرًا.

Tribunal.Civ .Seine.16 mai 1935, DP.1936, 2.9. Sur l'absence de consentement : Paris, 11 mai 1937, D.H, 1937 , 340.

وانظر أيضا من القرارات الحديثه :

CE,Ass ,26 octobre .2001, Revue française de droit administratif 2002, p.146 ; Tribunal Administratif Lille, ord. réf., 25 août 2002, n° 184853 ; Garay A., Consentement aux actes médicaux et droits du patient, Gaz. Pal., n° 1, 1er janvier 1999

1-..... معالجة المريض دون رضاه فيما عدا الحالات التي تتطلب تدخلا طبيا طارئا يتعذر فيها الحصول على الموافقة..... . فمن أهم ما يمكننا بيانه في هذه المادة هي خصائص الرضا وطرق التعبير عنها. وبذلك يشتمل الرضا على ثلاثة أمور يجب أن تتوافر للقول بوجوده وهي :

### أولاً : حرية الرضا :

فالمادة 5 من قانون المسؤولية الطبية الاتحادي الجديد، اعتبرت أخذ رضا المريض مطلباً أساسياً من أجل ممارسة العمل الطبي، فهذه المادة تبين الرضا أكان بقصد العلاج أم بقصد إجراء عمليات تجميل غير ضرورية، حيث اعتبرت الرضا هو أساس مشروعية العملية الجراحية التجميلية وشتان بين الأمرين<sup>1</sup>.

فإن كان الرضا في العمل الطبي العلاجي يجب أن يكون حراً لا تشوبه أي شائبة من شبهة إكراه مادي أو معنوي<sup>2</sup>، فإنه في عمليات التجميل غير الضرورية لا يكفي هذا الرضا اذا لم يسبقه تفصيل بكل المعلومات الأساسية حول طبيعة العملية وآثارها، فرضا الشخص لا قيمة قانونية له، اذا وقع ضحية غش أو خداع أو غلط أو تدليس<sup>3</sup>. فمفهوم الحرية لا يمكن أن ينفصل عن الرضا، وبالتأكيد سيكون له ذلك، بعد الحصول على المعلومات الأساسية المسبقة حول حالته، فهو يتصرف وبجربة يقظة بناءً على خبرته الشخصية، ومشاعره، وتقييمه لوضعه بالنظر للنتائج المتوقعة للعمل الطبي الذي سوف يخضع له، فيجب أن تكون له القدرة على التوفيق والملائمة في اتخاذ القرار المناسب مع وضعه، ولا سيما بعد أن يوازن النتائج المترتبة، ليقرر القبول او الرفض، فحق تقرير المصير أصبح شرطاً مطلقاً في المشاركة بجميع الأعمال الطبية، ولا شك أن القول بجربة الشخص معناه أن لا يوجد أي نوع من أنواع الإكراه المعيب لإرادته<sup>4</sup>.

لكن بعض المرضى يتنازلون عن الرضا على أساس المبدأ القائم بالثقة التامة - بطبيب العائلة - حيث يفوضونه في أن يقرر بدلاً عنهم الوضع الأفضل لصحتهم، معتمدين على كفاءته في مهنة الطب، وأن واجبه الذي يحتم عليه أن يبحث دوماً على فائدتهم؛ هو الباعث على هذا التفويض<sup>5</sup>. وهنا تكمن خطورة الامر في تحديد قيمة رضا المريض بتنفيذ العمل الطبي<sup>6</sup>.

1أكدت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار في 11 تشرين الاول من عام 1988 على ان الطبيب لا يمكن ان يمارس أي تدخل جراحي بدون رضا واضح وحر من المريض، والذي لا يكون مفترضا لضرورة واضحة او خطورة حالة. انظر القرار.

C.Cass.Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 October .1988, D.1989.somm 317, obs. Penneau J.; J.C.P.1989.II.21358, Note.Dorsner-Dolivet A.

2 بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، مطبعة الحرية، الخرطوم 2000، ص: 312.

3-Claude E., Les nouvelles responsabilités médicales depuis la loi du 4 mars 2002, Revue générale de droit médicale, n°10, 2003., p.16.

4-Benkimoun P. et Blanchard S., La loi sur les droits des malades, encore imparfaitement appliquée, Le monde, 5 mars 2003, p. 10.

5-Guylène N., Les interactions entre le droit constitutionnel et l'éthique dans le domaine de la recherche biomédicale, In Jeux de normes dans la recherche biomédicale, publications de la sorbonne, 2002, p. 129-130.

6-Evin C., Les droits des usagers du système de santé, Berger-levrault, Paris, 2002, p. 385 et s

فالأصل أن الطبيب؛ يجب وبصورة دائمة أن يستند على مفهوم الفائدة المأمولة، ليضع عدد من المساءلات التي تنصب جميعا في مصلحة المريض وهي: هل العلاج الموجود لا يكفي حقا في شفاء المريض؟ وهل القيام بعلاج بديل- العملية الجراحية- سيكون أفضل له؟ وهل ستتحقق الفائدة من أن يأخذ المريض العلاج الجديد أم أنه منطوي على مخاطر بسبب النتائج المشؤومة؟

وهكذا يتوجب على الطبيب قبل إجراء العملية، أن يقدر حالة المريض ومخاطر مرضه وأن يتدخل بصورة أمينة؛ وذلك بأن يكون شاغله الأول تهيئة وضع ممتاز للمريض<sup>1</sup>. وقد يكون الوضع الضعيف الذي يحيط بالمريض بسبب المرض وخشيته من أن تهدم العلاقة المبنية على الثقة مع الطبيب بسبب رفضه؛ أمراً يؤكد على أنهما لا يكونان في وضع متساو من حيث العلاقة الطبيه<sup>2</sup>. فالقلق من المرض يفرض حالة التبعية<sup>3</sup>. ولا يمكن أن يحمى عندها المرضى إلا بمراقبة مجلس مختص بحماية الأشخاص على رضاهم، للتأكد بأن أي ضغط مادي أو معنوي غير موجود<sup>4</sup>.

1 تنفيذ العمل الطبي المعقد دون رضا المريض يعد خيانة للثقة المعطاة للطبيب من قبل المجتمع لعلاج المرضى، فالتدخل العلاجي الجديد له هدفان هما شفاء المريض ومحاولة الوصول لصحة الفرضية، فان تضارب المصالح لا يسوغ بأن يكون الهدف الاخير على حساب الهدف الاول. ولا عذران العلاج المتبع غير كاف لتبرير الانتقال لنوع آخر من العلاج دون رضا المريض، والذي يجب أن لا يترك تقديره للطبيب المعالج لوحده. والصعوبة التي تظهر احيانا في ان المريض، الذي تحت سلطة الطبيب او المهنيين في مجال الطب، يكون عاجزا على اتخاذ القرار المناسب بكل حرية. وقد تنبه المشرع الفرنسي للأمر بين حالة التبعية؛ من خلال المادة 909 من القانون المدني الفرنسي. والمتعلقة بعدم جواز إجراء أي تصرف من المريض تجاه المعالجين له. فهذه المادة جاءت لمنع الأطباء من الحصول على أي فائدة متحققة من مرضاهم. هذا وقد يكون العامل الاقتصادي ذا أثر كبير في الضغط على المريض، مما يجعل الرضا معيبا، فغلاء العلاج العادي، قد يكون له اثر في قبول المريض لتدخلات طبية جديدة غير مقتنعة بها، وهنا يشير الاستاذ سهير منتصر الى ما يجري في مصر وخصوصا في المستشفيات الجامعية الحكومية وما يجري على يد الأطباء، وعلى ايدي طلبة الطب، من دراسات دون أي رقابة، خصوصا على مرضى ازمناوا البقاء في المستشفيات الجامعية لحساب طلاب الطب في سنوات امتحانهم النهائية. انظر: سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، 1998، ص: 35 وما بعدها.

2Comité consultatif national d'éthique, Avis sur l'éthique de la recherche dans les sciences du comportement humain, n°38 - 14 octobre 1993, p. 1 et 4.

سهير منتصر، مصدر سابق، ص: 35 وما بعدها.

3من جانب شخص ملئ بالصحة وهو الطبيب وشخص مريض؛ ومن جانب الانسان العالم بالعلوم الطبية، ومن جانب، الجاهل بالمعرفة والعلوم الطبية وبأصول وماهية الدواء؛ ومن جانب الشخص الحر في الحركة والشخص المريض التزير بالمستشفى؛ والذي ليس في حالته الاعتيادية بسبب المرض فالمرضى في وضع الخضوع للطبيب الذي يرمي لشفائه او على الأقل أن يخفف من الامه.

Daubech L., Approche critique de la loi du 4 mars 2002, Revue générale de droit médicale, N° 12, 2004, p. 266 et s

4 بالنسبة للمريض- في بعض الأعمال الطبية المعقدة- نجده يعطي رضاً مضاعفاً: الاول متعلق بعلاجه الطبي والثاني متعلق بتنفيذ تدخلات غير مؤكدة النتائج، حيث ان المقتضيات لا تكون نفسها. وعندها فان الرضا يكون اكثر تشدداً في الحالة الثانية بسبب، ان طبيعة العمل في هذه الحالة يعتمد على الصدفة بصورة اكبر من العمل الطبي بالرغم من إندماجهما، انظر حول هذا الموضوع.

Deguergue M., Le juge, la liberté du malade et l'éthique du médecin, Actualité Juridique Droit Administratif, 16 septembre 2002., p. 717.

## ثانيا : وضوح الرضا :

إنّ مبدأ احترام كرامة الانسان يفرض على الطبيب أن يحترم إرادة المريض؛ بأن يكون له الحق في إعطاء رضاه التام وبوضوح في قبول العلاج أو رفضه<sup>1</sup>.

وبالتأكيد فإن الرضا الواضح يصدر بناءً على المعلومات التي تسلم للمريض؛ فإذا كان التبصير واضحاً فإن الرضا سيصدر واضحاً أيضاً<sup>2</sup>، فالطبيب يجب أن يضع أمام المريض كل المعلومات المتعلقة بالعمل الطبي، وقانون المسؤولية الطبية الاتحادي ربط الأمر بدرجة تعقد التدخل الطبي، فإذا كان التدخل الجراحي ضروري ومناسب لعلاج المريض، فإنّ ذلك يلزم موافقة المريض كتابياً، بعد تبصيره بالآثار والمضاعفات الطبية المحتملة التي قد تترتب على الجراحة<sup>3</sup>، أما عن كيفية أخذ الرضا كتابة لإعفاء الطبيب نفسه من المسؤولية، فإنه ملزم بالبحث بالوسائل الممكنة لتبصير المريض بالصورة التي تجعل صدور الرضا من المريض يأتي بصورة يقظة. وهذه المعلومات تبين ما يتعلق بتشخيص حالته المرضية والهدف من التدخل الجراحي، والمنهجية، والمدة، والفائدة المأمولة، والمخاطر المتوقعة<sup>4</sup>.

ومع ذلك فإن المعلومات التي تعطى للمريض ستبقى محدودة، بسبب طبيعة العمل الطبي والنتائج غير المتوقعة ويكون مستحيلاً وضع معيار ثابت ومطلق لهذه المعلومات، لاختلاف تأثيرات العمل الطبي على الإنسان، وعندها يمكن القول بأنّ الرضا المعطى قد يكون غير ملائم أو بالأحرى غير متوافق مع المعلومات المعطاة<sup>5</sup>.

لهذا فإن المعطيات المقدمة يجب ان تتناسب مع المعرفة العلمية المتحققة في مجال الطب من أجل الحصول على رضا واضح أي بعبارة اخرى ان يقدم الطبيب المعلومات الطبية حسب آخر ما وصل اليه العلم في هذا المجال من أجل أن يكون رضا المريض واضحاً<sup>6</sup>. والمعلومات المقدمة لا يكفي فيها الجانب الطبي، بل يتبعه الجانب الفني والمالي، لأنّ المريض قد يتفاجأ بالكلفة العالية فيمتنع عن إكمال العلاج وبالتأكيد أن هذا سيكون من ضمن مسؤولية الطبيب الذي يفترض به تبصيره بكافة هذه الجوانب<sup>7</sup>.

1Claude E., op. cit., p.16.

2 في مفهوم مقارب انظر:

Guettier C., L'obligation d'information du patient par le médecin (panorama de la jurisprudence administrative), Responsabilité civile et assurances. 2002 Chr. n° 12.

انظر المادة 8 من القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2016.

انظر المادة 4 من القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2016.

5-Edelman B., Expérimentation sur l'homme : une loi sacrificielle, la recherche, n° 235, Septembre 1991, p. 1064

6-Poirier-Litre M-F., Consentement éclairé du malade en psychiatrie : conséquences sur les recherches biomédicales, Ethique et neuroscience, journée annuelles d'éthique, caen , 2 décembre 1989, p.19.

7 الحديث عن رضا المريض بالتدخل الجراحي، يتبعه ضرورة بيان أن مهمه الطبيب تبدأ بالتبصير بكافة جوانب التدخل الايجابية والسلبية، التي يلزم الطبيب أن لا يغفل ذكرها، فقد يرضى المريض بالاكتفاء باخذ علاج محدد مدى الحياة أفضل من تدخل جراحي قد لا يأتي ثماره .

### ثالثاً : تعيين الرضا :

إذا كان الرضا مطلوباً بصورة مجملّة، فهل يكون له قيمة لو أخفى الطبيب عنه بعض الحالات الصعبة وهل الأمر يترك لاجتهاد الطبيب أم يجب ان يبين في تقريره عن المريض الأمر ويطلع مجلس طبي مختص في المؤسسة الصحية عن ذلك؟ طبقاً لهذا الوضع يمكننا مناقشة؛ هل يكون من الأفضل أحياناً أن يخفى الطبيب عن المريض ومن يرافقه وفي الحالات الصعبة والذي يعرض عليه علاجاً طبيياً؛ بعض التفاصيل أم يلزم أن تعطى له؟

في الحقيقة على الرغم من أن المشرع الإماراتي لم يفترضه بالواقع<sup>1</sup>، فإن الأمر السابق ممكن أن يحصل. لأنّ فائدة المريض حين تكون بأن لا يكشف له تشخيص مرضه<sup>2</sup>، فإنّ الطبيب يستطيع بناءً على الثقة الممنوحة له، بأن يحتفظ بعدة معلومات مرتبطة بالتشخيص<sup>3</sup>. لكن نكرر القول، بأن القانون الاتحادي الجديد لم يذكر هذه الحالة مما يمكننا معه القول أن الطبيب وحتى المؤسسة الصحية ستكون مسؤولة تجاه المريض وذويه عن إخفاء أي معلومة ولو أثبتوا أن كتمانها كان في مصلحة المريض.

### الفرع الثاني : الطريقة اللازمة للتعبير عن الرضا :

لأجل أن تكتمل خصائص الرضا، فإنه يلزم أن يتم التعبير بصور صحيحة عنه، والأمر يتم إما شفاهة أو كتابة، فهل تطلب قانون المسؤولية الطبية الجديد التعبير عن الرضا بالكتابة؟ ويتبع ذلك تحديد وقت إبداء الرضا، فهل يتم بعض عملية التبصير مباشرة أم قبل التدخل العلاجي؟ وهل يلزم أخذ الرضا بصورة متتابعة عن كل تكرار للتدخل أم استكمالاً له أم أن رضا واحداً يكفي قبل مباشر التدخل<sup>4</sup>؟

1 يختلف الأمر حول هذه المسألة في نطاق الدول الانكلوسكسونية حيث تستوجب القوانين فيها تبصير المريض ولو كانت حالته خطرة جداً ويجب ان يؤخذ بعدها الرضا الواضح، فالمرضى يكونون عالمين بهذه الظروف، ولو كانت خطيرة جداً.

Daubech L., Le malade à l'hôpital, Droit, Garanties et obligations, Action Santé érèr, 2000, p. 266-267.

2 هذا الأمر بدا يطرح بشكل واسع في فرنسا عن طريق الإعلام؛ وقد بدا تأثير الرأي العام بالإعلام حول هذه المسألة، فلقد بدا واضحاً بان الأشخاص المرضى يميلون لمعرفة حالتهم تفصيلاً. وقد أصبح هذا الأمر مقبولاً من قبل الرأي العام الفرنسي؛ الذي لم يعد يجد هناك أي مسوغ يجعل الطبيب يخفي عن مريضه حالته ولو بدأت خطيرة وبما سيحصل. فمثلاً في نطاق مرض الايدز، فإن ميل هؤلاء المرضى باستمرار بأن يعلموا تفصيلاً عن حالتهم، وما يتوصل اليه الطب في علاج حالتهم، فرض على الأطباء أن يأخذوا بحسابهم هذا الوضع الجديد.

3 الجدير بالذكر أن الأمر مختلف تماماً في نطاق العمل الطبي، وذلك بعد صدور القانون الفرنسي في 4 اذار 2002 . المتعلق بحقوق المرضى حيث بين في المادة L-1111-2 من قانون الصحة بوجوب اعلام المريض حتى بالمخاطر الاستثنائية، لكن اضافت المادة نفسها بان من حق الشخص ان يطلب عدم إخباره بنتائج التشخيص، إلا اذا كان اخفاء ذلك يسبب نقل العدوى لشخص ثالث. فبحسب هذه المادة أصبح الأصل أن يخبر في مجال الأعمال الطبية بجميع المسائل المتعلقة بالمرض والعلاجات وطرق الوقاية بل وحتى المخاطر الاستثنائية المتوقعة.

Daubech L., op.cit., p. 32 et s.

4 لا يشابه العقد الطبي عقد التوريد الذي لا يلزم أخذ رضا متتابع بل رضا عند إبرام عقد توريد البضاعة أو الخدمة ويتم التوريد بصورة مستمرة تبعاً، لكن في العمل الطبي، قد يتطلب رضا عن كل تدخل فمطلوب رضا للمباشرة ورضا عند طلب تحليل الدم ورضا عند طلب الطبيب البقاء في المستشفى وهكذا.



## أولا : الأصل: التعبير عن الرضا كتابة :

التعبير عن الرضا، يمكن أن يتم حسب القواعد العامة بوسائل متعددة، فيمكن أن يتم بصورة شفوية أو تحريرية، وذلك تبعاً لأهمية التصرف القانوني.

ولخطورة بعض الأعمال الطبية، نجد أن أغلب القوانين تستوجب أن يكون الرضا مكتوباً، حيث انه سيمثل ضماناً جوهرية للمريض؛ فضلاً عن إتاحة الفرصة لمعرفة حقيقة العمل الطبي، فإن إعطاء البيانات كتابة، سيمنح الشخص وقتاً كافياً للتدبر والتأمل قبل تنفيذ العمل الطبي<sup>1</sup>، والمتبع في المستشفيات في دولة الإمارات العربية المتحدة، نجد أنها تأخذ توقيع المريض لكن القانون الاتحادي الجديد لم يبين وجوب أن يكون الرضا مكتوباً إلا في حالة إجراء العمليات الجراحية<sup>2</sup> لكن لا يمكننا الجزم بامتداد ذلك للتدخلات العلاجية دون العمليات الجراحية وبالتأكيد إن إلزام المريض بأن يقدم رضاه بصورة مكتوبة بالقبول، يعني أن العقد أصبح شكلياً.

## ثانياً : وقت إعطاء الرضا :

لا شك أن لحظة الرضا مرتبطة بالتبصير الصحيح، فلا بد من التبصير قبل الرضا؛ لكن هل يكون ذلك مباشرة؟ ويطرح السؤال بصورة أخرى هل يعد التبصير إيجاباً من قبل الطبيب يجب أن يرتبط به القبول الصادر من الشخص المريض لكي ينشأ العقد الطبي<sup>3</sup> ؟

في الحقيقيه لم يبين القانون الاتحادي الجديد اللحظة التي يلزم فيها أخذ الرضا من المريض ، وليس ذلك في الغالب نقص في التنظيم؛ فالمرشع الإماراتي ارتأى أمر تحديدها للطبيب الذي سيختار اللحظة المناسبة، لأنها مسألة مرتبطة بأمور فنيه. فالرضا الحر والواضح يفترض وقتاً للتأمل والتفكير لإعطاء القبول برضا مليء بالمعرفة بالأسباب، فمثلاً، من الممكن أن تحدد مدة أسبوع ما بين المعلومات المعطاة للشخص المعروض عليه المشاركة، وإعطاء الرضا المكتوب.

1 خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية، الالتزام بالتبصير- الضوابط القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص: 168، ص: 72.

انظر الفقرة 1 (ج) من المادة 8 من القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2016.

3Delebecque P. et Jérôme pansier F., droit des obligations, 2e édition, litec, paris, 38-39.

والحقيقية، يجب أن لا يلتفت إلى الاعتراض الذي يصدر<sup>1</sup>، بكثرة من قبل الأطباء، بان يؤخذ الرضا حالاً، لكي يتصرفوا بسرعة ولأجل عدم التأخر بالبدء في تنفيذ العمل الطبي، إذ لا يكون ذلك متوافقاً مع حماية المرضى<sup>2</sup>.

وخصوصية بعض الأعمال الطبية قد تتطلب أن يكون الرضا، بصورة مجملة عما يتضمنه تنفيذه، فيتم تبصير المريض بشكل كامل ومفصل، عن كافة الفحوصات التي ستتم.

لكن أخذ الرضا عن المعلومات المعطاة لا يعني أنه لا رضا جديد عن المعطيات الجديدة التي تستجد، حيث ان المعلومات الجديدة قد تأتي لتشوش المعطيات السابقة<sup>3</sup>، ولهذا يجب أن يلتزم الطبيب، بعد أن يعلم المريض بالتعديلات الجوهرية، بأن يأخذ رضا جديد عنها؛ بصورة مكتوبة<sup>4</sup> ولا يمكن للطبيب الاحتجاج بأنه أخذ رضا المشارك عن التعديلات الجوهرية قد تزعزع ثقة المريض وتجعله ينسحب، قبل انتهاء المدة المأمولة لإنهاء العلاج<sup>5</sup>.

فالحاصل أن تحديد خصائص الرضا وطرق التعبير عنه لا تكفي لحماية المريض بشكل مؤكد، بل لا بد من الأخذ بالاعتبار أهلية المريض في الاختيار ما بين القبول والرفض بعد إعلامه بحقيقة العمل الطبي، فالرضا يقيم بناءً على القدرة العقلية للمريض وفي حالة عدم قدرته على ذلك فإن ( الممثل القانوني) يحل محله، فهو أي الترخيص يكون عبارة عن توالي مجموعة من العمليات العقلية: الوعي بالرسالة، وتقييم الاقتراح بواسطة الذاكرة والقدرة على الحكم والتحدث والتحليل والتردد، والإرادة بعدها إما أن تقبل أو ترفض<sup>6</sup>. وأمام ذلك بدى من الضروري بيان ممن يصدر الرضا؟

لورجعنا الى عقد العلاج الطبي لوجدنا الأصل فيه ان لكل مرحلة من مراحل الفحص او العلاج تتطلب ترخيصاً مسبقاً بصدها من جانب المريض، بل ان عقد العلاج الطبي بين: الطبيب والمريض يلزم في ذاته ان يكون لكل عمل طبي داخل بالعقد ترخيص واذن مسبق من المريض او ممثله، وذلك حتى يكون حراً في تغيير رأيه بالنسبة لمتابعة العلاج فلا يمكن للطبيب افتراض رضا عاما من المريض يغطي جميع اشكال الفحوصات والعلاجات المختلفة وإن كان من الممكن تصور مثل هذا الرضا العام المفترض وجوده في حالة قبول المريض نظاماً معيناً في سبيل الوصول الى تشخيص المرض او قبوله فحوصات واختبارات من نوعية معينة، مثل اجراء تحليل للدم واخذ الاشعة فمثل هذه الامور تدخل في تشخيص المرض، ومن ثم فإن قبول المريض للفحص من جانب طبيبه لتشخيص مرضه يمكن أن يفترض انه قبل جميع مراحل الفحص اللازمة للوصول الى تشخيص هذا المرض، لكن رضاه في التشخيص لا يعني أنه قبل أن تجري عملية جراحية بعد ذلك فالأمر يحتاج لرضا جديد منه.

Melenec L., et Memeteau G., Le contrat médicale ,la responsabilité civile du medecine ,in traité de droit médicale ,sous la direction deL. Melenec, Maloine ,1982.

2Comité consultatif national d'éthique, Consentements en faveur d'un tiers, n°70 -13 décembre 2001, p.1-2.

3Comité consultatif national d'éthique , Avis sur l'information à donner aux patients à propos de la possibilité de transmission de l'agent de la maladie de Creutzfeldt-Jakob par des composants du sang , n°55 - 1 octobre 1997, p. 2-3.

4 مسألة الكتاب وتوقيع المريض على العقد الطبي، ما زالت برأيي محل جدل فما ينفع التوقيع لشخص أمي لا يقرأ أو لمن لا علم له بلغة الطبيب أو لغة العقد، الا يتطلب استخدام وسائل اخرى لإثبات رضا المريض ؟

5 أمام خطورة كل ما نطرحه، نجد أن هناك الكثير الذي يطرح عن الرضا أكان من المريض أو مراقبيه، وهل فهموا التبصير حقاً.

6Lechevalier B., Le consentement éclairé du du malade en neurologie, éthique et neurosciences, journées annuelles d'éthique, caen , 2 décembre 1989, p. 25 .

## المطلب الثاني : الأشخاص المخولين بإعطاء الرضا لنشوء العقد الطبي :

من خلال ما تقدم يمكن القول : أنه لا قيمة للرضا، إذا لم يصدر من المريض أو من ممثله الشرعي. والرضا الصادر من المرضى ليس واحد بل مختلف من مريض لآخر؛ ولا إشكال في حالة كونهم كاملي الأهلية، فرضاهم هو المعتد به؛ أما إن كان المريض المراد إجراء التدخل الطبي عليه قاصراً أو بالغاً تحت الحماية، فإن رضا الممثل القانوني هو المطلوب في هذه الحالة. لكن رغم سهوله ما تقدم من حيث الظاهر فإن أحوال أخرى تظهر مثيرة للكثير من الجدل الذي لا بد من حسمه من قبل المشرع.

فمثلاً الأشخاص الذين في الأصل يكونون كاملي الأهلية؛ إلا أنهم مصابون بأمراض نفسية قد تنقص إرادتهم، ويتبع ذلك التساؤل حول قدرة من يمثلهم قانوناً على إعطاء رضاه للسماح بتنفيذ العمل الطبي، فهل يمكن أن يكون رضا الممثل القانوني كافياً للسماح بمثل هذه الأعمال الطبية؟

ثم ما مدى إمكانية الاعتداد برضا الشخص الممثل قانوناً في القبول أو الرفض أي بعبارة أخرى هل يجب أن نأخذ بالاعتبار أهلية المريض رغم وجود ممثله القانوني؟.

من ذلك نجد أن التدخل العلاجي يتم على مختلف الأشخاص، والرضا الصادر منهم لا يكون موحداً بل نجده متنوعاً بحسب أهلية الشخص المريض حيث أن عدة معطيات يجب أن تؤخذ بالاعتبار<sup>1</sup>.

وعليه فإننا سنبيّن أوضاع المرضى كالآتي :

### الفرع الأول : رضا الأشخاص المتمتعين بالأهلية القانونية :

الأصل: عندما يكون الشخص قادراً على إعطاء الرضا، لتوافر الأهلية الكاملة فيه<sup>2</sup>، فإنه وحده الذي يقرر وبحرية تنفيذ العمل الطبي أو عدم تنفيذه مهما كانت درجة خطورته، ومع ذلك ففي أحوال معينة، فإن هذا الرضا قد تعثره ظروف تثير الشك في عدم تحقق حماية حقيقية للمريض ان قدم رضاه بنفسه<sup>3</sup>.

فهذا المبدأ؛ لا يمكن أن يطبق بصورة بديهية على عدد من الأوضاع، التي بموجبها، يكون الشخص بالأصل كامل الأهلية، لكنه بوضع يصعب عليه ممارسة حقه في قبول أو رفض التدخل الطبي بحرية مطلقة.

1Demichel A., Le secret médical, les etudes hospitalières, 2001,81 ; Louste J., Le consentement dans le contrat medical , thèse de droit privé, Nice , 1988, p. 25 et s.

2 لقد بينت المادة 488 من القانون المدني الفرنسي، بأن البلوغ يتحقق بإتمام 18 من العمر، والذي يعطيه الحق بالقيام بجميع أعماله المدنية وتقابها المادة 85 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والتي نصت على أن سن الرشد هو بإتمام إحدى وعشرين سنة قمرية، لكن قانون المسؤولية الطبية الجديد أعتبر سن البلوغ بالنسبة للأعمال الطبية هو من أتم الثامنة عشر ما لم يكن عديم الأهلية. انظر فقرة ج من المادة 8 من هذا القانون.

3 الأشخاص الذين يكونون قادرين على إظهار إرادتهم هم البالغين إذ انهم وبعد ان يتلقوا المعلومات الكافية المتعلقة بالعمل الطبي ، فإنهم سيكونون مالكين للقدرة على قبول او رفض تنفيذه. وهذا المبدأ يعد اساسياً لا يجوز المساس به، وقد اكدت على ذلك المادة 16- 3 في الفقرة 2 ؛ من القانون المدني الفرنسي؛ إذ اعتبرت ان رضا صاحب العلاقة يجب ان يؤخذ بالبدء قبل العلاج، باستثناء حالة الضرورة أي عندما يحتاج الشخص الى تدخل سريع لا يحتمل التأخير. فدون ذلك يبقى الأصل بوجوب إعطاء الشخص لرضاه إلى أن يصل إلى حالة عدم القدرة على إعطائه، وبعد ذلك من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه .

الاستثناء : وأهم مثال على هؤلاء من يكون مقيماً في مؤسسات صحية أو اجتماعية، فهؤلاء غالباً لا يدركون حجم العمل الطبي الذي سينفذ وتبعاته على صحتهم، وبذلك فإن حريتهم بالاختيار مشبوّه، لأن وضعهم يلزم عليهم أن يكونوا تحت توجيه الإدارة والمراقبة من فريق طبي يتدخل في علاجهم، وحينئذ لا يكونون دوماً قادرين على الاختيار<sup>1</sup>. فمن الناحية العملية، فإن العديد من الأطباء يكرهون طلب الرضا من الأشخاص الذي يكونون تحت رعايتهم لمدة طويلة، إذ قد يطلب هؤلاء الأطباء من الأشخاص الذين يكونوا تحت مسؤوليتهم الخضوع للعلاج أو حتى تغيير العلاج دون طلب رضا المرضى من جديد والذي قد يتسبب لهم بمضايقات ولو قليلة وتجلب لهم المشاكل لا سيما الكبار منهم<sup>2</sup>. ولا شك ان هذا يعد اكرها معنوياً، يدخل في مضمون المادة 176 والتي تليها من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، التي تبين ان الإكراه يتحقق، عندما تكون طبيعة التأثير على الشخص الواعي، بشكل يوحى له بوجود خطورة على شخصه او ماله وبصورة آنية<sup>3</sup>.

فضلا عن الحالات السابقة؛ نجد أن قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة قد نظر إلى الحالات الطارئة التي تستلزم التدخل الجراحي الفوري اللازم لإنقاذ حياة المريض أو الجنين ولتجنب المضاعفات الجسيمة لهما، فالمريض يكون فيها، بالأساس كامل الأهلية، لكنه وبسبب نوع المرض الذي ألمّ به فإنه قد أصبح بحالة لا تسمح له، بأن يتم تبصيره، وبالتالي غير قادر على أن يعطي رضاه بصورة وقتية أي يصبح (ناقص الأهلية بصورة وقتية) والذين لا يكون بوضع طارئ<sup>4</sup>.

لكن قانون الصحة الفرنسي كان أكثر دقة إذ بين أنه في حالة الشخص المسن، فحيث انه بالأصل يعد كامل الأهلية وفي حالة الوعي، إلا أنه من الناحية العملية يعد غير قادر على ان يعطي الرضا الواضح لعدم قدرته على فهم ما يجري حوله؛ إذ إن هؤلاء المسنين من الممكن ان يصبحوا في لحظة معينة مسلوبى القدرة والوعي<sup>5</sup>. فيجب أن تتم حمايتهم في هذه الحالة، وهذا ما لم يبيّنه قانون المسؤولية الجديد كما لم يشير إلى أن يكون كل زوج تجاه الآخر<sup>6</sup>، في حين أن القانون الفرنسي بين بأنه في حالة فقدان الشخص قدرته على التمييز، مما يستحيل معه اعطاء رضاه الواضح، فإنه يتم أخذ رضاه من خلال ممثله (الزوج الآخر) والذي يمكنه ان يرخص من خلال القاضي أو الوكالة في القيام بأعمال خاصة او الرضا بدل الزوجه إن كانت غير قادره عن التعبير عن إرادتها، فيتخذ القرار المناسب لحمايتها<sup>7</sup>، ونفس

1 Louste J., op. cit., p. 35et s.

2 Lechevalier B., op. cit., p. 25.

3 وتقابلها 1112 من القانون المدني الفرنسي

266-267. Daubech L., op. cit., p.

4 انظر الفقرة 1(ج) من المادة 8 من القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2016.

5 Poirier-Littre M-F., op. cit., p. 19.

6 أشارت المادة الفقرة ج من المادة 8 بأنه تؤخذ موافقة كتابية من المريض كامل الأهلية أو من أحد الزوجين أو أحد اقارب المريض حتى الدرجة الرابعة.

7 انظر المادة 215 الى المادة 220. من القانون المدني الفرنسي.

الأمر يقاس على تمثيل المريض من قبل أحد الأصول أو الفروع. والحالات الأخرى، التي يكون فيها الشخص غير قادر على التعبير تتحقق كذلك، بالنسبة للمصاب بمرض عقلي أو عصبي؛ وكذلك في حالة الأمراض النفسية، فالطبيب يواجه أوضاعاً متنوعة من الأمراض التي لا نهاية لها، وبذلك فإن حالات الرضا تتنوع حسب نوع المرض.

ومن هذه الأمراض : المصابين بحالات الشيزوفرينيا، أو انحطاط القوى الخطير أو التخلف العقلي أو تلف خلايا الدماغ والخرف إلى غيرها من الحالات المرضية، فرضاهم يمكن ان يختلف من لحظة لأخرى فهم يتجاوزون حالة العته الى حالة اختلاط العقل وهم بذلك ليسوا مثل الواعي. فمثلا المريض بمرض الخرف، قد يكون فقدان الذاكرة لديه بصورة كاملة او جزئية، حيث إن هذا المريض يفقد ليس فقط حقيقية دلالة الكلمات والجمل والإصغاء، لكن كذلك المفهوم العلمي للتصور<sup>1</sup>.

وفي اعتقادي؛ أن تعدد هذه الأمراض واختلاف قدرة المريض فيها على إعطاء الرضا يتطلب بالضرورة تحديدها لمعرفة كيفية صدور الرضا من الأشخاص المصابين بها وهل يستدعي حقاً مثل عنهم؟

ولكن على العموم يمكن الاعتماد على ظواهر معينة مثل ملاحظة مشاكل التعبير، ودرجة التيقظ، والانتباه، والذاكرة، والعقل، والألم، والتي قد تعيق إعطاء الرضا الواضح والحر. وبذلك نجد هؤلاء المرضى، يفقدون مؤقتاً الاتصال مع الحقائق، وفي هذا الوضع يستحيل ان يقرروا برضا صحيح تنفيذ عمل طبي معقد، فهؤلاء الأشخاص يعتبرون قانوناً قادرين لكن ليسوا أكفاء لاتخاذ القرار<sup>2</sup>.

فالمريض في الحالات السابقة لا يملك القدرة على فهم المعلومات التي تقترح عليه؛ والتي برضاها تجعله قابلاً للمخاطر، ولهذا تتم حمايته، بتحديد شخص ثالث، يملك القدرة على معرفة الحالة المرضية للمريض ويمكنه أن يعرف اللحظة الملائمة لطلب رضا الشخص وتحديد هذه اللحظة بوضوح. ويكون محتماً، في هذا الوضع الاستثنائي، الحصول على رأي طبيب آخر، والذي يلزم أن يقوم بتوضيح أهداف العمل الطبي المقترح عليه، وانه أفضل من البقاء على علاج دوائي محدد. وبالتأكيد يجب أن يكون الرضا من قبل شخص مستقل عن الطبيب وترتبط بالحالات السابقة حالة الشخص بالوضع الطارئ.

1Louste J., op.cit., p. 28.

2 لقد بين المجلس الوطني للأخلاق في فرنسا بان التعسف وعدم وضوح الرضا يمكن ان يلاحظ سواء في اسلوب القبول السهل جدا اما بسبب عدم الاكتراث بما سيجري أو ان يكون الشخص بوضع نفسي يجعله عنيفا تجاه نفسه والذي يدفعه للقبول، او في اسلوب الرفض غير المعقول، ( التفكير الهادي، وحالة الاكتئاب) وقد بين هذا المجلس ضرورة ان تكون المعلومات قد فهمها المريض بصورة تامة؛ ففي حالة عدم قدرته على الفهم؛ فمعنى ذلك أن إعطاءه المعلومات أو عدم إعطائه إياها سيان.

Comité consultatif national d'éthique, Avis sur les greffes de cellules nerveuses dans le traitement de la maladie de Parkinson, n°16 - 16 octobre 1989, p. 5-7.

فالأصل : أن الوضع الطارئ لا يسوغ تنفيذ عمل طبي للشخص إلا اذا كان الشخص قد أصيب بحادث او مرض مفاجئ؛ ويستدعي علاجه بصورة لا تحتمل التأخير، ويتم تقدير ذلك وفق معيار شخصي مرتبط بكل حالة على حدة، فلا يمكن أن نعتبر أن الوضع طارئ، لتنفيذ عمل طبي يغلب الظن برفضه إن كان واعياً<sup>1</sup>.

هذا الاستثناء في عدم أخذ الرضا جاء لمصلحة المريض والفائدة المتوخاة من تنفيذ العمل الطبي هي المسوغ في التدخل من دون الحصول على رضا الشخص ذي العلاقة او من ذوية إن لم يكونوا حاضرين، وبالتأكيد إن الاعتماد على ما نصت عليه القواعد العامة لا يمكن من خلالها تحقيق العمل الطبي، لأن الرضا لم يتحقق<sup>2</sup>.

ويثار التساؤل حول ما إذا رفض القريب قبول اجراء عملية جراحية يراها الطبيب أمراً ضرورياً والمريض بحالة لا يمكن استشارته لانه بوضع خطر فلن يكون القرار النهائي ، فهل يجب الامتناع عن تنفيذ العملية، أم يتم تنفيذ التدخل العلاجي دون الأخذ بنظر الاعتبار رفض الأقارب؟

هذا ما غاب عن ذكره القانون الاتحادي الجديد<sup>3</sup> رغم أن هذه الحالة ليست نادرة وأن كثير من المقيمين في دولة الإمارات بلا أقارب فمن يقرر بدلاً عنهم؟، فمن الضروري الاعتماد على شخص ثقة<sup>4</sup> ، ونفس الأمر للشخص النزول في مؤسسة صحية، فإنه من الأفضل أن يقترح عليه أن يعين شخصاً ثقة في نفس الشروط السابقة<sup>5</sup>؛ وتكون هذه التسمية نافذة خلال مدة بقاء المريض في المستشفى إلا اذا ارتأى المريض غير ذلك. ويمكن لنا بموجب الفقرة د من المادة 8 من القانون الاتحادي الجديد، أن نستخلص رأياً، بأنه في كل الأحوال السابقة كما في حالة تعذر الحصول على موافقة المريض أو زوجه أو أي من أقاربه حتى الدرجة الرابعة يكتفي بتقرير من الطبيب المعالج وطبيب آخر من

1Mistretta P., La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, Relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé , réflexions critiques sur un droit en pleine mutation, JCP éd.G.2002,I,141, p. 1079.

2Louste J., op.cit., p. 29.

3 ما زال العمل بقرار مجلس الوزراء رقم 33 لسنة 2009، باللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية ساري المفعول. ( كما ذكرت ذلك المادة 42 من قانون المسؤولية الطبية الجديد)، ونجد في الفقرة 2 من المادة 5 من هذه التعليمات بإلزامية حضور شخص ثالث عندما يتعلق الأمر بكشف الطبيب على مريض من غير جنسه، فيمكن الاستفادة من هذه المادة في القياس على وجوب حضور شخص ثالث بخصوص من لا أقارب له في الدولة.

4 لم يتكلم المشرع الفرنسي عن قبول تعيين المريض للشخص الثقة، ومدى اعتبار إعلامه كافياً للقول بتعيينه. اذا استخدم في المادة 6-1111 من قانون الصحة العامة مصطلح تعيين ( Désignation )، بدون أي تحديد فهو واسع فهل يكون قبوله ضرورياً ؟

يبدو أنه لا يمكن ان يتم تعيينه بشكل إحدادي دون قبول المريض إن أمكن فهو الذي يعينه ولا يجوز تعيين شخص رغماً عنه لان ذلك يتعارض مع حرته في القبول او الرفض وعند عدم قدرته على التعيين قد يتطلب تدخل القاضي للقيام بتعيين شخص ويقاس الأمر على المادة 397 من القانون المدني الفرنسي في تعيين الوصي إلا أن تسمية الشخص الثقة لا تعني أن له سلطة الوصي.

5 حسب المادة 6-1111 L. والتي بينت بأن كل شخص بالغ يمكن أن يسمي شخصاً ثقة ، فيمكن أن يكون الأب او قريب او الطبيب المعالج، والذي ستم استشارته في حالة عدم قدرته على التعبير، اذ ان هذا الشخص يمكن ان يستوفي، بدلا عنه المعلومات الضرورية، ويجب ان يتم هذا التعيين بشكل مكتوب ويمكن ان يفسخ في أي لحظة اذا اراد المريض ذلك، والشخص الثقة يرافقه ويقدم له المساعدة في مباشرة الأعمال العلاجية ومساعدته في اتخاذ القرار.

ذات المنشأة الصحية، وفي رأي يعدّ حلاً لكن لن يخلو من احتمالية رفض المريض للتدخل الجراحي حال وعيه<sup>1</sup>. فهل يبقى لرضا الأشخاص ناقصي الأهلية القانونية محل اعتبار؟

### الفرع الثاني: رضا الأشخاص ناقصي الأهلية القانونية :

لقد بين القانون الجديد وضع الأشخاص غير القادرين من الناحية القانونية، والذين إما أن يكونوا عديمي أو ناقصي الأهلية. فلأنهم يصعب إدراكهم لمخاطر التدخل الطبي.

ونتيجة لذلك، يجب أن يكونوا من المحميين بصورة مشددة، إلا أنّ حمايتهم لا تعني منعهم من تنفيذ عمل طبي يكون مفيداً لهم خصوصاً إن صعب إجراؤه بعد مرور عمر معين فالأمر مقترن بوجود رضا صحيح لتنفيذ العمل الطبي؛ والذي يتم أخذه من خلال الممثل القانوني لهم.

وبالرغم من توكيده على وجوب أخذ رضا الممثل القانوني، إلا أنه لم يهمل رضا الشخص نفسه إذا أمكن ذلك أي أنه قد افترض أن يتم وبمحدود الممكن موافقة هؤلاء الأشخاص.

### أولاً: الرضا المعطى بواسطة الممثل القانوني :

ويكونون على التحديد الأشخاص الذين مهمتهم الأساسية تحقيق حماية حقيقية لمن يمثلونه<sup>2</sup>، وذلك لعدم قدرة الأخير على التصرف بشؤونه الخاصة، بسبب ضعف قدرته العقلية، وهؤلاء بالأصل يمثلون ناقصي أو عديمي الأهلية

1Fresnel F., Réflexions hospitalières : la personne de confiance et l'incapable, Revue hospitalière de france, 2002, n° 488, p. 65 .

2ويبدو من الملائم ان نوضح بشكل متكامل صورة الممثل القانوني الذي يتم تبصيره والذي سوف يعطي الرضا لتدخل جراحي خطير. لأن توضيح هذا المفهوم سيساعد في القدرة على مواجهة الاوضاع غير المنظمة قانوناً، وذلك عندما يكون الشخص كامل الاهلية قانوناً، ولكن لا يكون كذلك بالواقع. فلقد كان للقضاء كلمته في مجال الأعمال الطبية، فقد اعتبرت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، في قرار في 8 تشرين الثاني من عام 1955، بأنه في حالة نقص الأهلية، فان المعلومات يجب أن تعطى لوالدي المريض، في حين ان المجلس الوطني للأخلاق، قد تبني مفهوماً أوسع اذ اعتبر بأن المريض، الذي لا يمكنه ان يستوفي المعلومات، وغير القادر على ان يعطي رضا حر وواضح، فان كل تشخيص طبي لا يمكن ان يبشر عليه الا بعد إعلام متكامل وموضوعي للأقارب.

ولا يختلف التدخل الجراحي الخطير عن العمل الطبي العادي حيث من الضروري ان يتم تفسير واسع لمفهوم الأقارب وبذلك يدخل عدد من الممثلين. حيث انه من الناحية الواقعية نجد ان عدة أشخاص (اقارب) لا يقدرّون منفعة المريض الذي تحت رعايتهم ويعتبرون عبء على المريض وقد اشارت الاستاذة Labrusse- Riou لذلك مبينة ان افراد العائلة لا يمكن ان يكونوا على الدوام متفانيين في حماية المريض، فقد لا يقوموا بالتزامهم تجاه من هو تحت رعايتهم وفي تقدير مصلحته. وهذا القول متوافق مع قرار لمحكمة Douai في 24 كانون الثاني من عام 1933، ولتي بينت بانه في عدة حالات، قد يكون الشخص الغريب متعاطفاً مع المريض ومكرساً وقته له ومدركاً لمنفعته اكثر من الاقارب.

فهذا القرار استبعد المفهوم التقليدي للاقارب الشرعيين أخذاً في تحديده بمعيار الفائدة المتحققة للمريض والذي لا يكون الا بوضع استثنائي. ولم يغيب عن المشرع الفرنسي، بيان ذلك، فقد بينت المادة 2-1122-L من قانون الصحة العامة: بان الرضا يجب ان يعطى من قبل من يملك السلطة الابوية في حالة القاصر، وفي حالة البالغ عديم الاهليه والبالغ او القاصر تحت الوصايا، فإن الرضا يعطى بواسطة ممثل قانوني، وفي حالات معينة يجب ان يكون مرخص له من قبل مجلس العائلة او قاضي الأحداث وبالتأكيد هذا الشخص هو الذي سوف يبصر قبل اعطاء الرضا. أما المشرع الاتحادي وتحديده في قانون المسؤولية الطبية الجديد، فقد كان أكثر تمسكاً بالمفهوم التقليدي للأقارب فذكر مفهوم الاقارب حتى الدرجة الرابعة وعددهم كما جاء في الفقرة ب من المادة 7 من اللائحة التنفيذية للقرار رقم 33 لسنة 2009 وعادت المادة 8 من قانون المسؤولية الطبية لسنة 2016 على ذكرها في الفقرة ج والفقرة د. للمزيد انظر:

C.Cass.Civ.1ère,8 nov.1955, D.1956.3 ; Labrusse-Riou C., Légitimité, légalité et responsabilité dans la recherche biomédicale, Revue hospitalière de France, n°3, 1990, p. 255 ; Douai 24 janv.1933.D.H.1934, Somm.3.

في التصرفات المالية، لكن الأمر يمتد الى نطاق العمل الطبي؛ فيكون الممثل القانوني؛ الشخص الذي يقرر بدلا عمّن يمثله اجراء عملية جراحية او عدم المشاركة<sup>1</sup>.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو إلى أي حد يبلغ هذا التمثيل؟

هل يرتبط بحالة الضرورة ووجود فائدة شخصية للشخص ناقص او عديم الاهلية، وهل يمكن أن يكون له الحق بإعطاء الأذن بحمل الأذى على جسد من يمثله؟ لاسيما وأن الاصل عدم جواز حمل الأذى على الجسد لأنه مساس بكرامة الإنسان وحرمة.

والاستثناء على هذا الأصل قد حدد بمحدود معينه؛ فهل يدخل هذا الاستثناء في سلطة الممثل القانوني؟ ولتوضيح أكثر يمكن من خلاله الإجابة عن هذه التساؤلات لا بد من بيان الاصل والاستثناء عليه.

ففي الأصل، أنه لا يمكن قبول النيابة القانونية الا في حالة الضرورة مثل حاجة الممثل قانوناً الى العلاج، لكن لا يعتد بقبوله لادخال من يمثله غرفة العمليات لإجراء عملية تجميلية، فالشخص الذي يعطي رضاه المعبر والشخصي لا يمكن ان يعطيه الا بواسطة نفسه، وعند الاقتضاء، بواسطة من ينوب عنه والذي يملك الاهلية القانونية لإبداء الرضا بدلا عمّن ينوب عنه. فالممثل هدفه حماية الشخص الذي ينوب عنه. وليس من واجبه ادخاله في مخاطر لا تكون محمودة العواقب، وبذلك فان التمثيل القانوني لا يكون الا للأعمال التي تؤدي بالفائدة الشخصية الضرورية وبالتأكيد ان هذا ما بينه القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup>.

والمسألة قد تكون بصورة منعكسة، وهي مدى حق الممثل القانوني برفض تنفيذ عمل طبي يمكن ان تكون له نتائج ايجابية على الشخص الذي يمثله؛ فيما اذا قرر الطبيب المشرف على علاج الممثل قانونا، فائدتها لحالة المريض؟

فهل يملك الأبوان مثلا الحق برفض إدخال طفلهم في عملية جراحية بحجة الخوف من المخاطر المجهولة وبذلك يجرمون طفلهم من فرصة الشفاء او البقاء على قيد الحياة<sup>3</sup>؟

لا شك أن مثل هذه الأوضاع تحتم تدخل المشرع من أجل أن يضع القيود على سلطة الممثل القانوني، على ان يبقى الاساس هو تحقيق فائدة المريض لذا يجب أن يكون الممثل القانوني أكثر موضوعية وان يتخلص من ثقافته وعواطفه<sup>4</sup>

1D'abbadie D'arrast A-M., L'accompagnement de la personne, Revue générale de droit médical, n° 29, 2008, 152- 153.

2انظر المواد 389 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي. وانظر:

Duprat J-P., Le consentement anticipé aux soins pour maladie grave, JCP éd G, 2001, I, 369, p. 2293 .

3 لا يكون بالضرورة القول ان فائدة الطفل تتحقق من خلال رأي الأبوين بالامر، فقد يرفضان التدخل العلاجي المؤكده فائدته على طفلهم، ليس رغبة بالإضرار به بل الخوف عليه:

Rubellin-Devichi J., Le principe de intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, JCP., 1994, I, 3739, p. 87.

4 يمكن ان نذكر على ذلك حالة الأشخاص الذين يعتنقون مذهب شهود يهوه اذ انهم يرفضون نقل الدم منهم والهيم، ففي حالة وجود خطر على طفل احدثهم يجب ان يتم تجاهل هذا المعتقد من اجل انقاذ حياة الصغير.



ويأخذ بالحساب مصلحة الصغير ولو تطلب الأمر استشارة الطبيب الذي يمكن أن يوضح وجهة نظر الطب حول العملية الجراحية ومدى فائدته لحالة المريض قادراً على إعطاء الرضا؛ فإنهم يستطيعون أن يأخذوا رأيه بالمشاركة<sup>1</sup>.

وفي حالة اختلاف الأبوين في إعطاء آراء غير متوافقة مع أن حالة القاصر في خطر فلم يبين لنا قانون المسؤولية الاتحادي الجديد رأيه في ذلك، فقد يكون من الضروري حينها تدخل عاجل من قاضي الأمور المستعجلة أو المساعدين الاجتماعيين لحل الخلاف. فضلاً عن أنه من اللازم إعطاء القاضي المختص بالأطفال صلاحية التدخل في اختيار العلاج الطبي. وبالتأكيد إن هذه القواعد التي تتعلق بالعمل العلاجي تكون في كافة أنواعه ومخاطره، عندما تتوافر نفس العلة أي المسوغ وهو حاجة القاصر لهذا التدخل.

ثانياً: الأشخاص الذين يتم تمثيلهم وحدود الاعتداد برضاهم :

وبالتأكيد أن الأشخاص الذين يتم تمثيلهم، ليسوا على شاكلة واحدة، فالجديد في قانون المسؤولية الطبية أنه لم يهمل رضا ناقصي الأهلية كما بين ذلك في الفقرة 1 من المادة 5 بل نص على الاعتداد برضا المريض ناقص الأهلية بالنسبة للفحص والتشخيص وإعطاء الجرعة الأولى من العلاج. .... ولكن الرضا يتطلب قدرة على فهم مضمون الرضا فوجوب الإعلام يتطلب إفهام تام لمضمونه .

1- الأشخاص الذين يتم تمثيلهم :

نستنبط مما تقدم أن حماية الأشخاص غير القادرين، تتحقق من خلال عدم السماح بتنفيذ عمل طبي إلا بموافقة الممثل الشرعي، ويتطلب الأمر تحديد الأشخاص الذين يدخلون في مفهوم غير القادرين.

ففي الأصل نجد أن القانون الجديد كان قد تبنى مفهوماً ضيقاً للأشخاص المحميين حيث أنه لم يُشر إلا إلى ناقصي الأهلية دون على سبيل المثال البالغ الموضوع تحت الوصايا. ورغم كل ما تقدم يمكن أن نؤكد على أن القانون الجديد لم يجب على كل التساؤلات التي يمكن أن تحصل في الواقع، ذلك أنه من الممكن أن تتحقق في واقع الحال فرضيات؛

<sup>1</sup>Autret L., La lettre du pharmacologue, volume 5, n°5 mai 1991, p.194.

منها على سبيل المثال، حالة النزاع ما بين الأبوين وحالة انفصالهما وحالة غياب أحدهما لسبب قاهر أو لسفر، في تدخل علاجي عاجل يستوجب ترخيص الأبوين فمن الضروري أن نرجع عندها للقواعد العامة<sup>1</sup>.

أما الحالة الثانية: المتمثلة بعدم وجود من يمثل القاصر بسبب وفاة ابوية أو ليس لهما القدرة على إعطاء رضاهم، فإن التدخل العلاجي حيثها سيعود إلى قبول الوصي<sup>2</sup>. أما بالنسبة للبالغين المحميين بالقانون، فيكون ضروريا تدخل القاضي أو النص على تشكيل مجلس مختص برعاية شؤون هؤلاء الأشخاص<sup>3</sup>، وتطرح حالة القاصر أو البالغ المحمي

1 يمكن القول أن القانون الفرنسي كان أكثر دقة في الإجابة عن مثل هذه التساؤلات فيمكن من خلال المادة 6-2-373 من القانون المدني والمواد التي تلتها ان نصل إلى الحل السليم: فعندما لا ينجح الأبوان في الوصول إلى اتفاق حول وجود فائدة للصغير، يمكن عندها متابعة الاحوال المماثلة السابقة التي اتخذ فيها قرار. فان لم توجد مثل هذه الحالة أو التنازع حول وجودها أو شرعيتها، فان الأصل الأكثر اهتماما يمكنه ان يطلب من قاضي الشؤون العائلية في المكان المقيم به، ان يحكم بالأمر والذي سيعاود سيحاول الاصلاح ما بين الابوين. فيمكن ان يحل النزاع ما بين الأبوين حول التدخل العلاجي. كما يمكن للأبوين أن يطلبوا من قاضي الشؤون العائلية التدخل ان لم يصلوا إلى اتخاذ قرار موحد.

كما بينت المادة 3-373، بأنه في حالة انفصال الابوين، فان ذلك لا يشكل عائقا في الاعتماد على ما جاء بالمادة 1-373 التي تتعلق بحالة وفاة أحد الابوين فإن الأصل الباقي على قيد الحياة هو الذي يمارس السلطة الابوية.

وقد كان للقضاء الفرنسي كلمته بهذا الامر في حالة العلاج الطبي العام، اذ بينت محكمة (Nancy)، في 3 كانون الاول من عام 1973 بان القاضي يبدي راية حول الفائدة للاطفال دون ان يتدخل في تقييم العلاج الطبي.

CA Nancy, 3 décembre 1982, JCP 1983, II, n° 20081, Obs. Raymond G.; Gaz pal, 1984, I, 132, note Dorsne-Dolivet A.; De Touzalin H., Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort, JCP 1974, I, n° 2672.

2 من الجدير بالذكر أنه قد صدر القرار ذو الرقم 2006-1620 في 18 كانون الأول عام 2006، والمتعلق بكيفية اعلام واخذ رضا الشخص الذي أتمسن ال 16-25 من عمره. للتبرع بأعضائه بعد وفاته. حيث ان المشرع الفرنسي أتى راغبا في تحسين الوضع الصحي للمرضى وضمن نطاق قانون 6 أب 2004. المتعلق باخلاقيات العلوم الطبية.

فبين في هذا القرار ضرورة تشجيع الأشخاص في المرحلة العمرية السابقة للتبرع بأعضائهم ويعهد الأمر للطبيب المعالج لإعلامهم. كما ثبت هذا القرار الشروط التي يلتزم بها الطبيب المعالج لتبصير هذا الشخص بصورة سليمة. ويمكن للطبيب أن يستعين في إعطاء التبصير الواضح للشباب بأطباء ممارسين في المدارس أو الجامعات.

كما يلزم من الطبيب أن يعلم الشاب المريض بمصدر المعلومات حول كيفية التبرع وأنها صادرة عن وكالة الطب الحيوي وموقعها الإلكتروني. كما يدعو للاطلاع على هذا الموقع بنفسه والاطلاع بشكل مفصل عن جميع المعلومات التي يحتويها هذا الموقع ومساعدته في إكمال جميع المعلومات المفصلة حول التبرع. وعندها يمكن ان نثير التساؤل في امكانية امتداد الامر للقاصر لا سيما للذي اتم 16 من اجل الترخيص له بالموافقة على اجراء تدخل جراحي خطير قد يأتي له بنفع يذكر، دون ضرورة الرجوع لمثله القانوني. وأن في اعتقادي ان هذا الامر لا يمكن ان يكون محل اجتهاد او محل تفسير للنص السابق فهو محدد بالتبرع بالأعضاء انظر القرار في

Décret n° 2006-1620 du 18 décembre 2006, par la rédaction de Net Iris, juriste.

3 لقد بينت المادة 490 والمادة 491 من القانون المدني الفرنسي، ان البالغ الموضوع تحت حماية القضاء هو الشخص المحتاج لان يكون محميا في حياته المدنية. ومحميا عند ممارسة حقوقه. وبينت المادة 508 مفهوم البالغ تحت القوامة الذي ورغم انه لا يعتبر في حالة عدم قدرة على التصرف الا انه يحتاج للاستشارة او الرقابة في الأعمال المتعلقة بحياته الخاصة. فنظام الحماية يطبق على البالغين المصابين مؤقتا بخلل عقلي او بدني يحفظ لهم حقوقهم ويسوغ ابطال العقود التي ابرموها او الغائها لعللة الغبن في حالة الضرر او التخفيف من الالتزام اذا كان منطويا على غبن فاحش. وبالرغم من أن ما تقدم لم يشر الا إلى الأعمال المدنية، فاننا نتفق على تبني مفهوم واسع لنظام الحماية للأشخاص.

بالوضع الملحّ، عندما لا يكون الممثل القانوني حاضراً، ويتطلب الأمر ضرورة التصرف بسرعة في حالات لا تحتل بالتحير، فهذه الحالة ستكون الصلاحية بموجب المادة 8 فإنه يتم الاكتفاء برأي الطبيب المعالج وطبيب آخر في نفس المنشأة الصحية.

## 2- الأخذ بالاعتبار رضا ناقصي الأهلية :

في بعض الأحيان نجد أن استبعاد رضا هؤلاء الأشخاص من البحث الطبي بحجة أنهم غير قادرين على أن يعطوا رضاهم امر غير عادل، فنثار مسألة مدى إمكانية أخذ رضا المشارك بالاعتبار، والسؤال الذي يطرح هنا هل يمكن أن يكون عديم الأهلية قادراً على أن يعطي رضا صحيحاً معتداً به في تدخل علاجي خطير؟ وهل يمكن أن يقاس ذلك على قواعد الأهلية في القانون المدني؟ وكيف يتم ذلك؟

لقد أعطت القوانين للقاصر على الخصوص الحق بأن يملك بعض مظاهر الأهلية العامة، كما في حالة الإذن بالتجارة أو الزواج. فقد افترض وجود درجة من التمييز الذي ينبئ عن قدرته على تحمل المسؤولية، غير أن ما سبق يدخل في نطاق التصرفات المالية وليس له أي علاقة بما نريد بيانه وهو مدى قدرة عديم أو ناقص الأهلية على التصرف في نطاق تدخل علاجي ربما لا يكون ضرورياً بما يؤدي بالمساس بجرمة جسده البشري، فالخطورة لا تتعلق بما قد يخسره هذا الشخص بل تتعلق بجسده؛ فلا بد من الاعتماد على معايير مختلفة.

فما يجدر ذكره ابتداءً أن رضا ناقص الأهلية أو عديمها في حالة التدخل العلاجي ليس تصرفاً قانونياً، بل هو مسلك إرادي له فاعليته القانونية، ولا تطبق عليه القواعد المتعلقة بأهلية الأداء في القانون المدني<sup>1</sup>.

وحيث أن عديم الأهلية لا يمكن أن يكون له أي رضا، فلا قيمة قانونية لقبوله أو رفضه لأنه لا يملك القدرة على كشف وتمييز طبيعة الأفعال التي يرضى بها، إلا أنه مع ذلك نجد أن بعض التشريعات بدأت في نطاق العمل الطبي، بعدم إهمال إرادة هذا الشخص كغيره من عديمي الأهلية وناقصيها. فالرضا هنا هو مظهر لحق الحرية، ومباشرة لنشاط مشروع يكفي فيه الإدراك وإرادة الشخص، أي بعبارة أخرى الأهلية الطبيعية لا الأهلية القانونية، ولذا يصح قبول القاصر في هذا الشأن<sup>2</sup>. لذا فإن القانون الجديد لم يهمل رضاهم لكنه حصرها في مسائل مثل الفحص والتشخيص وإعطاء الجرعة الأولى من العلاج، لكن وجوب أن يأخذ رأي الأقارب أو مرافقيه بخطة العلاج هذه<sup>3</sup>. مع أن الأمر يبدو فيه صعوبة متحققة في حالة ومستوى التطور الجسدي والعقلي ومستوى الثقافة ونضوج ناقص الأهلية وربما يكون

<sup>1</sup> للمزيد من حول الحقوق المتعلقة بالطفل وضرورة احترام الأبوين لها انظر :

Debuire N., La mesure d'assistance éducative incidence sur le droit des père et mère, Mémoire du DEA de droit privé, Université de Toulouse , 2000-2001.

<sup>2</sup>وهذا ما بينته المادة 42 من قانون اخلاقيات الطبيب الفرنسي، في الفقرة الثالثة اذ ذكرت بأنه إن كان رأي الشخص صاحب العلاقة ممكن أن يعطى، فإن الطبيب يجب أن يأخذه بالاعتبار بالقدر الممكن.

Terrier E., Déontologie médicale et droit, thèse de droit privé, les études hospitalières, 2002, p. 330 et s.

<sup>3</sup>انظر الفقرة 1 من المادة 5 من قانون المسؤولية الطبية الجديد.

رأي الطبيب الذي يعالجه هو الفاصل؛ بأن يقترح التدخل العلاجي أم لا، من خلال خبرته التي تجعله محل ثقة من الأبوين<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للبالغ تحت الوصايا، فإن رأيهم حول التدخل العلاجي يتحقق بالقياس إلى درجة وعيهم. ففي عدة حالات، يمكن أن يملكوا وضوحاً تاماً لأجل القبول أو الرفض. فلا يمكن تجاوز رضاهم بالإضافة لاعتراضهم والمشكلة في معرفة كيف يتم توضيح الأمر للمريض الذي يكون على سبيل المثال بوضع نفسي غير عادي.

#### الخلاصة :

تبين لنا مما تقدم أن الرضا وحده يكفي لإعفاء الطبيب من المسؤولية الطبية عن عمل علاجي، بموجب قانون المسؤولية الطبية الاتحادي، بشرط تحقق حالة الرضا من تبصير سليم ورضاه من المريض أو أقاربه حتى الدرجة الرابعة. لكن الأمر بعد مناقشته بالمقارنة مع القانون الفرنسي نجد غير متكامل، فكيف يضمن الرضا المشروعية على تدخل جراحي خطير؟

فالملاحظ أن قانون المسؤولية الطبية ما زال يعالج العمل الطبي بصورة إجمالية لا يفرق بين عمل طبي بسيط وآخر معقد وخطير، وبالتأكيد الأمر بحاجة للكثير من الدراسات والفرضيات التي يلزم طرحها بناءً على قرارات المحاكم الاتحادية لكي تكتمل الصورة لدى المشرع عن الواقع، والمتمثل بأن عمليات التجميل والتبرع بالأعضاء والتدخلات الجراحية الخطيرة لا يكفي فيها الرضا بل لا بد من مناقشة مشروعيتها أولاً ضمن ضوابط أخلاقية ودينية وعلمية، ثم بيان السماح لمن يقدم رضاه بممارستها. وفي اعتقادي لا يكون لزاماً على المشرع تعديل جذري للقانون بل تعديل وإضافة نصوص قانونية جديدة ضمن القانون لكي تتواءم مع الواقع، الذي يحمل الكثير مما غاب عن مناقشته ضمن أطر قانونية.

#### ✓ لائحة المراجع :

- اللغة العربية :
- الكتب :
- بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، مطبعة الحرية، الخرطوم 2000.
- حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2004.
- خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية، الالتزام بالتبصير - الضوابط القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة .

1 والمشرع الفرنسي أخذ برأي الممثل قانوناً في المادة 388-1 من القانون المدني، التي جاءت في القانون ذو الرقم 93-22 في 8 كانون الثاني من عام 1993، والتي بينت بأنه في جميع الإجراءات المتعلقة بالقاصر القادر على التمييز يمكن وبدون الإخلال بما نص عليه من أحكام تتعلق بحمايته أن لا يهمل تدخله أو رضاه، ويسمع من قبل القاضي أو من قبل الشخص المعين من القاضي، ويكون أمراً جوهرياً بالنسبة إلى المحمي أن يقوم بإظهار خشيته، ورغباته الموضوعية قبل أن يباشر رأي عمل طبي على جسده.

- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي، ج 1، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان.
- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، 1998.

● المقالات :

- دريد سلمان، الصحة تحذر من عشوائية مراكز التجميل .. وطبيب يعلق: شركات نصب استباحت المهنة، مقالة منشورة في السومرية نيوز بالعدد الاربعاء 17 مي 2015.
  - مواطنون ومقيمون أقبلوا على شفت دهنون وتجميل الأنف وتقشير الجلد 15 ألف رجل طلبوا عمليات تجميل العام الماضي، الامارات اليوم، 31 سبتمبر 2013، موقع الالكتروني.
- تمت الزيارة بتاريخ 2017/08/18

<http://www.emaratalyoun.com/local-section/health/2013-09-21-1.608409>

- العلاج . تجارة رائجة بين أطماع الداخل وإغراءات الخارج، بصحيفة البيان بتاريخ 30 مايو 2015.
- <http://www.albayan.ae/one-world/correspondents-suitcase/2015-05-30-1.2385151>

● القوانين :

- القانون المدني الفرنسي
  - مرسوم بقانون اتحادي رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية
  - قرار مجلس الوزراء 33 لسنة 2009 باللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 في شان المسؤولية الطبية.
- اللغة الفرنسية :

● **Ouvrages :**

- Autret L., *La lettre du pharmacologue*, volume 5, n°5 mai 1991.
- Daubech L., *Le malade à l'hôpital*, Droit, Garanties et obligations, Action Santé érèr, 2000.
- Demichel A., *Le secret médical*, les etudes hospitalières, 2001,81
- Delebecque P. et Jérôme pansier F., *droit des obligations*, 2<sup>e</sup> édition, litec, paris, 38-39.
- Evin C., *Les droits des usagers du système de santé*, Berger-levrault, Paris, 2002.

● **Thèses :**

- Debuire N., *La mesure d'assistance educative incidence sur le droit des père et mère*, Mémoire du DEA de droit privé, Université de Toulouse , 2000-2001 .
- Larribau-Terneyre V., *Le domaine de l'action résolutoire. Recherches sur le contrat synallagmatique*, thèse de doctorat, Droit privé, Pau, 1988.
- Louste J., *Le consentement dans le contrat medical* , thèse de droit privé, Nice , 1988 .
- Terrier E., *Déontologie médicale et droit*, thèse de droit privé, les études hospitalières, 2002.

• **Rapports et documents officiels :**

- Comité consultatif national d'éthique, Avis sur l'éthique de la recherche dans les sciences du comportement humain, n°38 - 14 octobre 1993. Comité consultatif national d'éthique , Avis sur l'information à donner aux patients à propos de la possibilité de transmission de l'agent de la maladie de Creutzfeldt-Jakob par des composants du sang , n°55 - 1 octobre 1997.
- Comité consultatif national d'éthique, Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche, n°58 - 12 juin 1998.
- Comité consultatif national d'éthique, Avis sur les greffes de cellules nerveuses dans le traitement de la maladie de Parkinson, n°16 - 16 octobre 1989.
- Comité consultatif national d'éthique, Consentements en faveur d'un tiers, n°70 -13 décembre 2001.
- Débats Sénat, séance du 19 février 2002, [www.senat.fr](http://www.senat.fr)
- Décret n° 2006-1620 du 18 décembre 2006, par la rédaction de Net Iris, juriste. Buffelan-Lanore Y., Droit civil, Armand Colin, 9<sup>e</sup> édition 2004.
- Melennec L., et Memeteau G., *Le contrat médicale ,la responsabilité civile du medecine* ,in traité de droit médicale ,sous la direction deL. Melennec, Maloine ,1982.
- Nouchi F., Le Monde, mercredi 30 mars 1989.
- Poirier-Littre M-F., *Consentement éclairé du malade en psychiatrie : conséquences sur les recherches biomédicales, Ethique et neuroscience*, journée annuelles d'éthique, caen , 2 décembre 1989.

• **Articles, Chroniques :**

- Benkimoun P. et Blanchard S., *La loi sur les droits des malades*, encore imparfaitement appliquée, Le monde, 5 mars 2003, p. 10.
- Claude E., *Les nouvelles responsabilités médicales depuis la loi du 4 mars 2002*, Revue générale de droit médicale, n°10, 2003.
- D'abbadie D'arrast A-M., *L'accompagnement de la personne*, Revue générale de droit médical, n° 29, 2008.
- Daubech L., Approche critique de la loi du 4 mars 2002, Revue générale de droit médicale, N° 12, 2004.
- De Touzalin H., Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort, JCP 1974, I, n° 2672.
- Deguegue M., *Le juge, la liberté du malade et l'éthique du medecin*, Actualité Juridique Droit Administratif, 16 septembre 2002.

- Duprat J-P., *Le consentement anticipé aux soins pour maladie grave*, JCP éd G, 2001,I, 369.
- Edelman B., *Expérimentation sur l'homme : une loi sacrificielle*, la recherche, n° 235, Septembre 1991.
- Fresnel F., *Réflexions hospitalières : la personne de confiance et l'incapable*, Revue hospitalière de France, 2002, n° 488.
- Garay A., *Consentement aux actes médicaux et droits du patient*, Gaz. Pal., n° 1, 1er janvier 1999
- Guylène N., *Les interactions entre le droit constitutionnel et l'éthique dans le domaine de la recherche biomédicale*, In *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, publications de la sorbonne, 2002.
- Guettier C., *L'obligation d'information du patient par le médecin* (panorama de la jurisprudence administrative), *Responsabilité civile et assurances*. 2002 Chr. n° 12.
- Labrusse-Riou C., *Légitimité, légalité et responsabilité dans la recherche biomédicale*, Revue hospitalière de France, n°3, 1990.
- Lechevalier B., *Le consentement éclairé du du malade en neurologie, éthique et neurosciences*, journées annuelles d'éthique, caen , 2 décembre 1989.
- Mistretta P., *La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, Relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé , réflexions critiques sur un droit en pleine mutation*, JCP éd.G.2002,I,141.
- Rubellin-Devichi J., *Le principe de intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française*, JCP., 1994, I, 3739.

## الالتزام بضمان الضرر الناتج عن عيوب المنتوجات (الجزء الأول)



مقال من إعداد : الدكتور حساني علي

جامعة ابن خلدون ، تيارت - الجزائر

ملخص :

لاشك أن المستهلك في العصر الحالي يُعتبر شخصية فعالة ومحور الارتكاز لكل عملية استهلاكية أو إنتاجية، حيث يظهر هنا بمظهر الطرف السهل والعنصر المنقاد. فيتعرض أحيانا للتحايل والغش وأحيانا أخرى للخداع والدعاية الكاذبة. فغالبا ما يجد نفسه طرفاً في عقد لم يكن له فيه الدور الفاعل والإرادة الحرة المعبرة لتحديد كلفة العقد أو شروطه وبنوده الأساسية.

وبالنظر إلى الاعتبارات القانونية والاقتصادية والاجتماعية التي تؤيد حماية المستهلك عن طريق وسائل الضمان المختلفة والالتزام بها نراهن على أن هذه الأخيرة لا تكفي دون أن يكون هنالك مسؤولية تترتب عن الإخلال بهذه الالتزامات. والحماية هنا تحمل معنى واسع غير محصور فقط في الحقوق المخولة قانوناً للمستهلك كواجب الإعلام والسلامة والأمن وغيرها، بل يتعدى ذلك إلى تحمل الأضرار التي سببتها هذه المنتجات للمستهلك، سواء من خلال استعمالها أو ما تحتويه من عيوب كامنة فيها، لاسيما ما نشهده الآن من تطور مثير في أساليب الدعاية والإعلانات الخادعة.

وعليه يتطلب توفير حماية أكبر للمستهلك بتطبيق أحكام الالتزام بالضمان في المنتوجات والمسؤولية الخاصة بالإخلال بهذه الالتزامات التي يتحملها أساساً المحترف من جهة وأيضاً بتحمل تبعة الأضرار التي سببتها هذه المنتجات من جهة ثانية، حتى نستطيع أن نحقق حماية فعالة للمستهلك قبل حدوث الضرر وبعده إن كان هناك ضرر لحق به من جراء استعماله العادي للمنتوج أو الخدمة المقدمة له.



يُظن الكثير أن متطلبات الحماية التي يحتاجها المستهلك تكون أقل في وجود نظام اقتصادي حر، نظراً لما يفرضه هذا النظام من حرية أكبر في المعاملات وتزايد فرص التجارة أمام الجميع لكن الصواب هو العكس. فالمؤكد أن المستهلك يحتاج للحماية بصفة خاصة في هذا النظام الذي يعتمد على القطاع الخاص، المبني على حرية التجارة والمنافسة الحرة، والدليل يكمن في أربع أمور:

أولها: اتساع مجال المعاملات وكبر حجم السوق بما فيه من بيع وشراء وتوزيع إنتاج تسويق وغيرها، وما تحمله هذه السلع من تنوع وتكنولوجيا معقدة، يصعب فهم استعمالاتها ومعرفة مكنوناتها لدى الكثير من المقتنين لهذه السلع.

ثانياً: تفاقم الأضرار الناشئة عن عيوب هذه المنتجات سواء من جراء استعمالها أو الخطورة الكامنة فيها أصلاً، وما تحدثه من أذى وخطر على المستهلك. وهذا ما نشهده في عصرنا الحالي حيث أصبح العالم تحت رحمة العولة الاقتصادية التي تعتمد أساساً على القطاع الخاص، بينما كانت هذه الخطورة أقل في ما مضى حيث الاقتصاد الموجه والنظام الرأسمالي.

ثالثاً: تطور أساليب الدعاية والإعلانات المضللة والتحايل على المستهلك بشتى الوسائل المتطورة وبالقدر الذي تطورت به هذه السلع والمنتجات.

رابعاً: الطبيعة البشرية الجشعة للكثير من المنتجين والبائعين التي سبيلها الوحيد في الحصول على المال استعمال كل الطرق والوسائل من أجل الحصول على الربح الوفير، واعتماد نظرية "الغاية تبرر الوسيلة" كمنهج للتعامل.

إن التطور المعاصر لحماية المستهلكين يستلزم التوسع في فهم الالتزام بالضمان في المنتج من خلال تضمين قواعد القانون المدني وقانون الاستهلاك من خلال الإجراءات والوسائل اللازمة التي تقدم أكبر قدر ممكن من الضمانات لفائدة المستهلكين. ولا مانع من الاعتراف بأن هذه القواعد تشهد قصوراً حاداً في منح حماية شاملة وفعالة للمستهلك، بسبب ظهور عوامل عدة، منها على الخصوص التطور الهائل لتصنيع السلع المنتجة بكيفية معقدة وبتقنية عالية، ومسيرة هذا التطور من طرف المنتجين باستعمال كل الأساليب الممكنة للبيع والتوزيع والتسويق وغيرها.

الإلتزام بضمان الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات من الإلتزامات المتصلة بعقود البيع عامة، إذ لا يقع التزام البائع على ضمان التعرض والاستحقاق الذي يجعل المشتري يستفيد من المبيع بحيازته هادئة لا ينازعه فيها أحد، بل يتعدى ذلك إلى ضمان استغلال هذا المبيع بما يلزم من حيازته والمنفعة المطلوبة من وراء وضع اليد عليه. لذلك كان ضمان عيب المنتج من الإلتزامات الأساسية الملقاة على عاتق الخترف عامة، ووسيلة جد مفيدة بالنسبة للمستهلك. ومؤدى ذلك تسليم مبيع خال من العيوب، حيث لا يعرقل استغلال هذا المبيع على الوجه المطلوب ويجعله غير صالح للانتفاع به على النحو المتفق عليه من وراء التعاقد. وليس هذا فقط، فقد تؤدي عيوب المنتجات إلى الإضرار بالأشخاص والأموال، وهو أساس دراستنا لهذه النقطة بالذات.

على هذا الأساس نجد أنه من الضروري أن تقتصر الدراسة في هذا الجزء الأول على نظرة التشريع الحديث لموضوع العيب في قانون الاستهلاك، حيث أصبح لايشكل هذا الأخير الحماية الكافية للمستهلك في تعرضه للأخطار المحدقة به من جراء وجود عيوب في المنتج. وعليه سيتم دراسة أحكام الالتزام بضمان العيب في المنتجات من جهة، وماهو مدلول الضرر الموجب للضمان وشروطه، على أن يتم معرفة القصور الذي يشوب قواعد ضمان العيب المسبب للضرر، وتطويع هذه القواعد لخدمة المستهلك المتضرر في الجزء الثاني .

### المطلب الأول : الالتزام بضمان العيب الناتج عن المنتجات :

إن العيب الذي يضمنه المنتج أثناء عملية البيع هو ذلك العيب الخفي الكامن في المنتج، أما إذا كان العيب ظاهراً يستطيع المتضرر اكتشافه، فلا يكون حينئذ المنتج مسؤولاً عن الضرر ومُلتزماً بالضمان أو التعويض، لأن البائع لا يضمن العيوب الظاهرة إلا في حالتين فقط :

أولها : إذا ما صرح بخلو المبيع من العيوب أو أكد ضمان صفة معينة فيه، وثانيها: إذا أخفى العيب غشاً منه<sup>(1)</sup>.

لقد منح القانون للمشتري الحق في الضمان، سواء القانوني منه أو الاتفاقي، وألزم المنتج بالتعويض إذا ما سببت منتجاته المعيبة والخطرة ضرراً بالمشتري. ورغم ذلك لم تلب أحكام الضمان وقواعده القسط الأوفر من الحماية للمستهلك المضروب، لذا بحث التشريع والقضاء والفقه عن أساليب جديدة تقدم حماية فعالة للمستهلك من خلال جعل المنتج يحقق الأمن والسلامة المطلوبين وهذا ما سعى إليه قانون التوجيه الأوروبي حينما نص في مادته السادسة على ما يلي : " تعتبر السلعة معيبة حينما لا توفر السلامة المتوقعة منها قانوناً " <sup>(2)</sup>.

وبالتالي فإن الأحكام العامة لضمان العيب في المنتج لا تحقق الحماية المطلوبة للمستهلك (المتضرر)، فيأخذ قصور هذه القواعد بسبب التطور الصناعي الذي شهدته المنتجات مآدى إلى ظهور منتجات تصنف بأنها خطيرة بالنظر إلى ما تلحقه من أضرار بمستعملها. ضف إلى ذلك شروط الضمان المجحفة في حق المضروب، من عيب الإثبات والمدة القصيرة للحصول على التعويض وعدم التفرقة بين صفة المتعاقدين.

هذا ما دفعنا في البداية إلى تبيان النظام القانوني للالتزام بضمان الضرر الموجب للضمان وشروطه، في ظل قانون الاستهلاك، وما يقدمه ضمان العيوب الخفية من خدمة للمستهلك (الفرع الأول والثاني) لتتابع بالبحث والدراسة من خلال الجزء الثاني تبيان القصور الوارد في قواعد هذا الضمان وجدواها في خدمة المستهلك، وكيف يمكن تدارك هذا القصور لتطويع هذه القواعد لتخدم المستهلك من خلال (المطلب الثاني والثالث).

### الفرع الأول : الضرر الموجب للضمان :

ضمان العيب الخفي من الالتزامات المستقلة عن غيرها من الالتزامات الأخرى كضمان التعرض والاستحقاق، والتي جعلها القانون على كاهل البائع، لذا فالتضرر له الحق في إقامة دعوى ضد المنتج أو غيره من جراء منتجاته

(1) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، بند 367، ص ص 632 - 635.

(2) "Un produits est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre".

الصناعية المعيبة، سواء أكان هناك عقد بين الطرفين أو لم يكن كما ينتقل هذا الحق في الضمان من المشتري المتضرر إلى خلفه العام والخاص<sup>(1)</sup>.

لكن نجد أن مفهوم العيب الخفي الذي تناولناه في الباب الأول يختلف عن ذلك العيب الموجود في المنتج، والذي يسبب أضراراً تلحق بالشخص في صحته وسلامته وبمصلحه المادية والمعنوية. لذا يتطلب التعريف بمدلول العيب المسبب لهذا الضرر (أولاً) وصور المنتجات الخطرة (ثانياً) والشروط الواجب توفرها في العيب في ظل النظام القانوني الخاص بالإستهلاك (ثالثاً).

أولاً: مدلول العيب المسبب للضرر في المنتوجات :

سبق معالجة مفهوم العيب الخفي والتعريفات الواردة عليه من قبل التشريع والقضاء والفقه لكنه نجد أن من متطلبات دراستنا في هذا المضمار تعتمد خصيصاً على البحث عن تعريف حقيقي لعيوب المنتوجات وأنواعها والعلاقات فيما بينها باعتبارها سبباً لوجود الأضرار التي تلحق المستهلك وتسبب له الضرر.

العيب في المنتج يمكن أن يعرف تعريفاً مادياً بأنه العيب الذي يتلف الشيء أو يلحق به الهلاك. ويمكن أن يعرف تعريفاً وظيفياً، بأنه العيب الذي يصيب الشيء في أوصافه أو في خصائصه، بحيث يجعله غير صالح للاستعمال المحدد له<sup>(2)</sup> فهو تقريباً لا يختلف في التعريف عن العيب في الشيء.

قد يجد العيب في المنتج مصدره عند تصميمه وتكوينه، وقد يجد مصدره في عملية تصنيعه يتمثل ذلك في إغفال أو عدم مراعاة الأصول الفنية اللازمة عند صناعة المنتج<sup>(3)</sup>. وقد يكون العيب في المنتج أيضاً إذا لم تراعى في تصميمه أو تركيبه أو إعداده للإستهلاك أو حفظه، أو تعبئته أو طريقة عرضه أو طريقة استعماله الحيطه الكافية لمنع وقوع الضرر أو للتنبه إلى احتمال وقوعه<sup>(4)</sup>.

وقد ربط مشرعنا المنتج المعيب بثلاث شروط أساسية حتى يحقق الضمان المطلوب، وهي عدم توفر السلامة المطلوبة، واحتواء المنتج على أي عيب أو نقص فيه، ووجود خطورة يشكلها هذا المنتج تسبب الضرر والأذى للمستهلك.

فالمنتج السليم هو الذي يخلو من أي نقص أو عيب خفي يضمن عدم الأضرار بصحة وسلامة المستهلك أو بمصلحة المادية والمعنوية، وهذا ما يسمى بالمنتج المضمون الذي لا يشكل خطراً أو أخطاراً محدودة في أدنى مستوى تتناسب مع استعمال المنتج وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص. هذه الأخطار التي تجعل المنتج غير مضمون في اقتنائه واستعماله وبالتالي يلتزم كل متدخل بالضمان القانوني وفق ما هو مقرر في القواعد العامة وبالضمان الاتفاقي طبقاً للنصوص التشريعية الخاصة بالإستهلاك<sup>(5)</sup>.

(1) د.عبد الرزاق السهوي، المرجع السابق، ص730.

(2) GHESTIN(J), Conformité...Op.Cit, p1.

(3) COLLART(V),DUTILLEUL(F)et DELEBEQUE (P), Op. Cit. p210.

(4) نفس التعريف الذي جاء به المشرع المصري بالقانون رقم 17 لسنة 1999 الخاص بالتجارة (ج.ر 19 مكرر لسنة 1999).

(5) طالع: ق.ا.ج 03-09 النافذ (م.3، فقرات 10، 11، 12، 13 و15) المشار إليه سابقاً.

ذهبت المادة السادسة من التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 25 جويليه 1985 إلى أن: "المنتج يكون معيباً عندما لا يتضمن الأمان الذي يتوقع منه بشكل مشروع"<sup>(1)</sup>. ويختلف هذا نوعاً على ملجاء به المشرع الفرنسي حينما أقر بأن العيب في المنتج لا يحدد فقط بما يحتويه هذا الأخير من نقص في جوهره أو بسبب فساد، بل يتعدى المفهوم إلى المنتج الذي يكون سليماً في جوهره ولكن يتم تقديمه إلى المستهلك بطريقة لا تحقق الأمان الذي يمكن توقعه على نحو مشروع<sup>(2)</sup>.

وبالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري وفق إلى حد كبير في إعطاء مفهوم موسع للمنتج المعيب حينما جمع كل العناصر التي تجعل المنتج سليم وغير معيب. فوجود نقص أو عيب خفي وعدم توفر السلامة يجعل هذا المنتج غير مضمون ويشكل أخطاراً وأضراراً وشيكة على صحة وأمن الأشخاص وبمصلحهم المادية والمعنوية أيضاً<sup>(3)</sup>.

ومهما يكن من تعريفات مختلفة للعيب في المنتج، فيمكن أن نستخلص تعريفاً شاملاً بأن المنتج المعيب هو ذلك الذي لا يتوفر على الضمان الكافي في تجنب الأضرار بصحة وسلامة المستهلك وبمصلحه المادية والمعنوية فهو المنتج الغير سليم والغير قابل للتسويق ولا يتوفر على مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص.

وهذا التعريف يأتي متفقاً مع ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 من خلال المادة الثالثة منه.

نشير أيضاً أن هناك أنواع للعيوب التي تصيب المنتج أو تسبب أضراراً لمستعمليه، فمنها ما يتعلق بالخواص الذاتية، كعيوب التصميم *Défaut de conception* وعيوب التصنيع *Défaut de fabrication*<sup>(4)</sup>. ومنها ما يتعلق بعوامل خارجية كفقدها للتعليمات والتحذيرات المطلوبة كتجهيز المنتج أو تسويقه، أو تسليمه معيباً دون الإدلاء بالبيانات اللازمة لذلك<sup>(5)</sup>. وهو التزام سابق على التعاقد يقع على عاتق المنتج، يتم بتحذير الطرف الآخر من أي خطر أو ضرر قد يلحق به عند التعامل مع المنتج أو أثناء استعماله للغرض المخصص له<sup>(6)</sup>.

نتيجة لما سبق، فإنه يمكن وصف المنتج بأنه "معيب"، كما يمكن وصفه بأنه "خطير"، رغم أن الخطورة هي نتيجة من نتائج وجود المنتج معيباً. فالمادة الثالثة من القانون حماية المستهلك<sup>(7)</sup> تحدثت عن المنتج السليم بأنه هو

(1) Directive du conseil du 25.07.1985 relative au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administrative des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (J.O de la C.E.E 7-8-85, N°.1.210).

(2) CALAIS AULOY(J), Op.cit., ne mélangeons... p275.

(3) من الأمثلة على ذلك: سيارة تم تصنيعها وتصميمها وفق مقاييس فنية سليمة، إلا أنها أثناء استعمالها تبين أنها ضعيفة المقاومة فتفقد توازنها في المنعرجات الخطيرة. - طلاء البناء يظهر أثناء اقتنائه من قبل المستهلك ذو جودة عالية ومصنوع بمواصفات دقيقة، لكنه بعد استعماله اكتشف بأنه منتج معيب لعدم تحمله لعوامل التغيرات الجوية أثناء استعماله على المساحات والسطوح المحاذية للبحر الموجود فيها الرطوبة بنسب كبيرة، وأيضاً على المساحات الجافة في المناطق الصحراوية. (طالع: مؤلفنا "ضمان حماية المستهلك، نحو نظرية عامة في التشريع الجزائري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2017).

(4) من الأمثلة على ذلك: تصميم عازل زيت *joint* محرك سيارة بصورة سيئة، لم تُحترم فيها المقاييس اللازمة لذلك، رغم أنها تظهر من ناحية الشكل أنها صُنعت بإتقان، أو وجود عيب في التصنيع، كأن تكون اسطوانة *Roulement* عجلة مركبة سليمة من الناحية التقنية لكن المادة الأولية المصنوعة منها رديئة أو مُسترجعة (التدوير) *Recycler* بحيث لا تقاوم الحرارة والاحتكاك الشديد أثناء السير.

(5) في هذا المعنى: د. محسن شفيق، مسؤولية المنتج، دراسة في قانون التجارة الدولية، مذكرات لطلبة القانون الخاص، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1976-1977، ص 129.

(6) عبد الله بن سليمان بن صالح الميمني، مذكرة، المرجع السابق، ص 179.

(7) ق 03-09 المشار إليه سابقاً.

الذي يخلو من أي نقص أو عيب خفي. والمنتج الخطير هو كل منتج لا يستجيب لمفهوم المنتج المضمون الذي يشكل أي خطر أو أخطاراً محدودة في أدنى مستوى تناسب مع استعمال المنتج، وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص .

وحتى تتمكن من معرفة المنتج الخطير لابد أن نفرق بين نوعين من العيوب. فهناك العيب الظاهر الذي يكون في إمكان المشتري أن يكتشفه لو أنه فحص المنتج المبيع بعناية الرجل المعتاد وبما يتفق مع طبيعته. فإذا ما تحقق الخطر الكامن في هذا المنتج وأصيب المشتري بضرر فلا يستطيع هذا الأخير أن يستند في رجوعه على المنتج إلا على أساس ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، لأن المنتج لا يضمن العيوب الظاهرة على الرغم من قابلية أعمال مسؤولية المنتج إذا أثبت المتضرر وجود خطأ تسبب فيه المنتج<sup>(1)</sup>.

أما النوع الثاني فهو ذلك العيب الخفي الذي لا يظهر وغير معلوم للمشتري والذي بالإمكان اكتشافه عن طريق فحص المبيع بعناية الرجل العادي. وبالتالي يكون المنتج ملتزماً بالضمان في وجود هذا العيب الخفي دون أن يقدم المشتري الدليل على وجود الخطأ<sup>(2)</sup>.

النتيجة أن العيب يؤدي بالضرورة إلى وقوع الخطر الذي يسبب ضرراً. ومعنى ذلك أن المنتج يوصف بأنه معيباً إذا وجد بأنه قد يسبب خطراً للأشخاص في صحتهم أو بمصالحهم المادية والمعنوية. أما الضرر فهو قد لا يكون مفترضاً بل سبباً أساسياً في وجود المنتج معيباً وخطراً في آن واحد.

#### ثانياً: صور المنتجات الخطرة :

تصنف المنتجات الخطيرة إلى فئتين أساسيتين والتي ترتب مسؤولية على منتجيها بسبب الأضرار التي تسببت فيها. الفئة الأولى هي منتجات خطيرة في ذاتها، وهذه المنتجات إما أن تكون منتجات يكمن الخطر في طبيعتها ذاتها على الرغم من حسن تصنيعها، بحيث لا يمكن أن تنتج إلا كذلك حتى تفي بالغرض المقصود منها، كمنتجات السموم والمبيدات والمواد سريعة الاشتعال مثلاً.

وإما أن تكون منتجات ليست خطيرة في ذاتها، وإنما تحمل في طياتها أو من بين عناصرها مسببات الخطر التي ما تلبث أن تلازمها بعد خروجها من تحت يد صانعها إذا ما اقترنت ببعض ظروف ومؤثرات خارجية تؤثر مباشرة على خواصها وتتفاعل مع عناصرها. ومثالها المعلبات الغذائية التي تتخمر بفعل تعرضها لعوامل الحرارة فتتحول إلى مواد فاسدة لا تصلح للاستخدام من طرف الإنسان وكالمشروبات الغازية القابلة للتخمر إذا ما تعرضت لدرجة حرارة مرتفعة فتحولها إلى مواد قابلة للانفجار<sup>(3)</sup>.

أما الفئة الثانية من المنتجات الخطرة فهي تلك التي يشوبها عيب فني فيها، فهي منتجات ليست خطيرة في حد ذاتها، وإنما تبدو كذلك بسبب ما يشوب تصنيعها أو تصميمها من عيوب فنية تجعل من ذاتها مصدر تهديد مستمر بالخطورة وإحداث الضرر بمقتنيها أو حتى أنها تصيب الغير<sup>(4)</sup> كالطائرة مثلاً التي لا يمكن اعتبارها منتجاً خطراً،

(1) د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج، المرجع السابق، ص 43، 44.

(2) د. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع، المرجع السابق، ص 398 وما يليها.

(3) أنظر: د. محمد شكري سرور، المرجع أعلاه، ص 7، 8.

(4) OVERSTAKE(J), Op.Cit, p 487.

لكن قد يشوبها عيب كامن فيها يؤدي بها أن لا تقوم بدورها كما ينبغي فتُسبب ضرراً وخطراً لمستعملها من مسافرين وعمال وقد تنفجر فتسقط على مبنى فتؤدي إلى حدوث أضرار مادية وجسمانية لساكنيه. أو كالبطارية المستعملة في المركبات التي قد لا نعتبرها منتوجاً خطراً لتوفرها على شروط السلامة والأمان، لكن أثناء استعمالها وبسبب عدم صيانتها أو بسبب وجود خلل في النظام الكهربائي للمركبة قد يؤدي ذلك بمستعملها إلى خطر انفجارها المفاجئ نظراً لوجود عيب فيها وليس بسبب إهمال صاحب المركبة.

هذه المنتجات الخطرة التي تسبب ضرراً لمقتنيها ومستعملها، ترتب مسؤولية صانعها، بسبب الضرر الذي تسببت فيه. ووجودها هكذا لا يمنع من المنتج أن يتحاشى هذه المسؤولية عن طريق توفير كل المعلومات اللازمة والكاشفة للوضع المادي للمنتوج<sup>(1)</sup> والحرص على اتخاذ الاحتياطات المادية عند تجهيز السلعة لتسويقها وتسليمها كالتعبئة والتغليف وعمليات تخزينها وتسليمها على الوجه الأكمل ووفق ما تتطلبه النصوص القانونية المعمول بها في هذا الشأن<sup>(2)</sup>.

هذا إذا كانت هذه المنتجات خطيرة في ذاتها أي "بطبيعتها"، أما إذا كانت هذه المنتجات خطيرة بسبب ما تنطوي عليه من عيوب، فإنه من واجب المنتج أن يراعي تفادي الأضرار التي تسببها هذه المنتجات عن طريق الالتزام ب معايير الجودة المتمثلة في مجموعة من الصفات والخصائص والمواصفات المطلوبة في المنتج<sup>(3)</sup>، والالتزام بالسلامة والأمن المطلوبين لتحقيق الرغبة المشروعة للمستهلك<sup>(4)</sup>.

#### الفرع الثاني: شروط العيب الموجب للضمان في المنتجات :

يشترط في قبول دعوى ضمان العيب الخفي توافر شروط معينة معروفة في القواعد العامة، لكن ما يهمنا في هذا السياق معالجة هذه الشروط من وجهة ثانية وذلك بالنظر إلى مدى تطبيقاتها بالنسبة للمنتجات الصناعية ووفق ما تتطلبه الحماية القانونية اللازمة للمستهلك وهي أربعة شروط :

(1) هناك من يفضل استعمال مصطلح الالتزام بالإعلام بدل من توفير المعلومات والبيانات، ولا يرى الفقه الفرنسي أن هناك فرق بينها، لأن كليهما يلتقيان في الأصل والمضمون والمحتوى والغاية والهدف، إلا أن لفظ الإعلام قد يكون أوسع وأشمل في الدلالة وفي المعنى أيضاً من لفظ المعلومات. طالع أكثر تفصيلاً في الفقه الفرنسي:

MURIEL.FABRE -MAGNAN (M): Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, thèse, paris I, 1991.p221.

PANHALEUX (L), Le devoir d'information juridique, Revue Juridique de l'ouest 1990, n°2. p125.

(2) في هذا المعنى طالع: م 367 ق.م.ج.

(3) د.محمود محمد سلامة، جودة الإنتاج، القاهرة، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، 1967، ص85.

(4) للتوضيح أكثر، طالع الباب الأول المتعلق بالالتزام بضمان السلامة لمؤلفنا: ضمان حماية المستهلك، نحو نظرية عامة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص164-223.

أولاً : قدم العيب :

يقصد بشرط القدم أن يكون العيب موجوداً في المبيع وهو عند البائع، لذلك فإن العيب حتى يكون موجِباً للضمان يجب أن يحدث عند البيع أو بعده قبل التسليم<sup>1</sup>

يلتزم المحترف بضمان العيب في المنتج إذا كان هذا العيب موجوداً فيه قبل أن تتم عملية التسليم للمشتري (المستهلك). وعليه فإذا لم يكن هذا العيب موجوداً قبل ذلك وحدث بعد استلام المشتري للمبيع، فلا يكون المحترف مسؤولاً عن ما يحدثه هذا المبيع من أضرار. اللهم إلا إذا كان العيب الذي طرأ على المنتج بعد التسليم يرجع إلى إهمال البائع في اتخاذ احتياطات معينة أو عدم تقديم البيانات والمعلومات عن طريقة الاستعمال. فهنا يكون أمام المستهلك الخيار في أن يعود على المنتج بالمسؤولية العقدية أو بدعوى المسؤولية التقصيرية.

كما لا يكون وجود هذا العيب وقدمه بسبب تهاون المشتري في القيام بأي عمل بعد التسليم من شأنه أن يجعل المنتج معيباً<sup>(2)</sup>.

تنص المادة 379 مدني جزائري<sup>(3)</sup> "..إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته...".

وبالنسبة لانصراف عبارة وقت التسليم لحالة تخلف الصفة فقط، فإن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى المادة 1/447 مدني مصري عندما ذكرت عبارة وقت التسليم، تكون قد قصدت إلى انصرافها إلى تخلف الصفة والعيب بمعنى الآفة معاً<sup>(4)</sup>.

فقد يكون العيب هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للشيء فتؤدي إلى الانتقاص من قيمة الشيء المبيع أو من نفعه، هذا ما يعكس عدم صلاحية المبيع للاستعمال المعد له. أو يكون العيب يتمثل في تخلف الصفة المتفق عليها في العقد. أما ما يتعلق بالمنتجات فهنا ولاشك أن هذه الأخيرة تتطلب مواصفات معينة تحكمها قواعد الفن الصناعي حتى لا تكون خطيرة وتسبب ضرراً للمستهلك. لذا تدخل المشرع الفرنسي عن طريق القانون الصادر في 21 جويلية 1983 الخاص بسلامة المستهلكين وحميتهم الذي نص على أن: "المنتج الخطير هو الذي لايف بمقتضيات سلامة وأمان المستهلكين". وحذا حذوه التوجيه الأوروبي 85-374 الصادر سنة 1985<sup>(5)</sup>.

هذا ما يوضح جلياً ضرورة خلو المنتج من العيوب التي تجعله خطيراً ويسبب أضراراً بأمن وسلامة المستهلك.

(1) د. رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، مطبعة الأمانة، القاهرة، مصر، ط1، 1988، ص223. طالع أيضاً: د.محمد وفا، بيوع

التغير والتدليس، بيع المعيب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري، دار الطباعة المحمدية الأزهر، القاهرة، مصر 1987، ص67.

(2) طالع في هذا المعنى: د. بودالي محمد، حماية المستهلك، حماية المستهلك في القانون المقارن...، المرجع السابق، ص352.

(3) تقابلها م 1/447 م.م.

(4) نقض مدني مصري 1967.01.26 - 18 - 264. مجموعة أحكام النقض. طالع أيضاً: د.عمر محمد عبدالباقى، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة، منشأة

المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص550.

(5) La directive du conseil des communautés européennes relative au rapprochement des dispositions réglementaires et administratives des états membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

## ثانيا : خفاء العيب :

المقصود بالخفاء عدم ظهور العيب حيث لا يستطيع أن يراه المستهلك أو يكتشفه لو أنه فحص المنتج بعناية الشخص العادي. أما إن تم تأكيد خلو المبيع من العيب من طرف المنتج أمام المستهلك وكان هناك تعمد من طرفه لإخفاء هذا العيب غشاً منه، فإن المسؤولية الكاملة تقع على المنتج سواء تم فحص المنتج من طرف المستهلك أم لا.

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا تعمد البائع إخفاء العيب غشاً منه بجانب التزامه بالضمان ولو كان من الممكن الكشف عن العيب بعناية الرجل العادي، فإن مدة سقوط دعوى الضمان لا تكون سنة بل خمسة عشرة سنة"<sup>(1)</sup>.

قد ينطبق هذا الأمر بسهولة على المبيع غير المنتج الصناعي، لأن المستهلك يستطيع أن يفحص الشيء المبيع إذا كان بمقدوره ذلك. لكن بالنسبة للمنتج الصناعي فالأمر يبدو مستحيلاً لخصوصية هذا المنتج، فقد يفحص جهاز تلفزيون قبل التسليم ويتأكد بأنه لا يوجد عيب خفي فيه، لكنه لا يستطيع أن يفحص دواء له آثار جانبية لا يمكن اكتشافها بسهولة، لاسيما إذا علمنا أن هناك أدوية تظهر مضارها بعد عدة سنوات من استهلاكها. كما لا يستطيع أن يكشف العيب الموجود في آلة بالغة التعقيد تمتاز بتكنولوجيا عالية كالكاميرات والهواتف النقالة وغيرها، خاصة إذا وجدنا أن هناك عيوب في التصنيع الأولي وفي التصميم وغيرها<sup>(2)</sup>.

وعلى إثر ذلك لا يكون بوسع المستهلك تحقيق ذلك إلا بالاعتماد على خبير فني في الميدان للقيام بفحص المنتج وهذا لا يتحقق لأي شخص يرغب في اقتناء هذه السلع والمواد.

وإذا كان من اللازم القول أن مسؤولية المنتج تقوم على العيب ولو كان ظاهرياً إذا أثبت المتضرر خطأ في التصنيع اقترفه المنتج. وهو ما ذهب إليه الفقيه مازو من أن فكرة العيب الظاهري لا تمنع من إعمال مسؤولية المنتج<sup>(3)</sup>.

لذا من الضروري أن نعامل المنتج بأنه ذلك الشخص المتخصص الذي يعلم جيداً ما يمكن انتاجه أو بيعه للمستهلكين. ويفترض أنه ارتكب خطأ جسيماً بانتاجه شيئاً معيباً، وهذا لا يعفيه من المسؤولية.

## ثالثاً : الجهل بالعيب وعدم العلم به :

جهل المستهلك بالعيب الموجود في المنتج وعدم العلم به يجعله في موقع الطرف الضعيف لأنه لو علم بالعيب لما أقدم على الشراء، وإن تم ذلك فيعد هذا موافقة على وجود هذا العيب وقبوله هكذا دون اعتراض. هذا

(1) نقض مدني مصري 1970.04.23.

(2) هناك سيارات صُنعت في كوريا الجنوبية صنف "هونداي-سوناتا" بيعت إلى مختلف دول العالم، حيث ظهرت في البداية أنها ذات جودة عالية لكنها سُحبت من السوق الأمريكية بعد مدة زمنية قصيرة من تصديرها، نظراً لاكتشاف عيب فيها على مستوى المقود، الأمر الذي هدد صحة وسلامة المواطنين ومستعملي هذه السيارات، وهناك أيضاً هواتف محمولة تحمل كل المواصفات العالمية العالية في مظهرها الخارجي والجمالي لكن بعد استعمالها أُكتشفت أنها مزيفة ولا تصلح أن تمنح لها علامة الجودة العالية .

(3) MAZEAUD(H), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, Tome II, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, 1970, p504.

طالع أيضاً: دزاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، ص84.



إن قلنا أن المستهلك متخصص فنياً ويستطيع أن يبين ما في المنتج من عيوب، لكن هذا لا ينطبق على جميع المستهلكين، كما أن الأمر لا ينطبق أيضاً على جميع المنتوجات. فإن هناك منتوجات يصعب اكتشاف ما فيها من عيب كالمستحضرات الصيدلانية وتسبب عيوبها أخطاراً جسيمة على حياة المستهلك وبالتالي لا يمكن تصديق قبول العيوب من قبل هذا الأخير. وهناك منتجات يتم اقتناءها من طرف المستهلك دون محاولة منه لمعرفة ما بها من عيوب، نظراً لاقتناعه مسبقاً بأنه ليس باستطاعته ذلك حتى ولو حاول، كالسيارات الجديدة التي لا يعرف بعض عيوبها إلا بعد فحصها جيداً عند المختص أو باستعمالها المتكرر، وبعض المنتوجات المعروضة في الأسواق للتجربة ومعرفة مدى نجاعتها من قبل المنتج الأصلي كالأدوية مثلاً<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: كون العيب مؤثراً :

العيب المؤثر في المنتج هو الذي ينتج عنه خطورة أكبر، نظراً لجسامة هذا العيب وتأثيره على المنتج بشكل بائن، فيجعله ينقص من قيمته أو منفعته المادية بحسب الغاية المقصودة منه وهذا ما أكدته القواعد العامة لمفهوم العيب المؤثر<sup>(2)</sup>. وبالتالي فإن جسامة العيب في المنتج تجعله خطراً على خلاف طبيعته التي تتطلب تحقيق السلامة والأمان للمستهلك. وتكمن الخطورة في المنتج بوجود عيب في التصنيع أو التصميم، مثلاً يصبح الدواء منتجاً خطيراً إذا كان به عيباً جسيماً يكمن في مركباته وجزئياته يؤدي ذلك إلى إصابة المريض بداء آخر أخطر مما استعمل من أجله هذا الدواء. أو وجود سيارة معينة خزان بنزين لم يكن مزود بعازل متين ما يجعل السيارة والركاب وأيضاً الغير في خطر من جراء حصول حالة انفجار أو حادث معين. وبالتالي يُسأل المنتج عن الأضرار التي نجمت عن منتجاته المعيبة باعتبارها أضراراً صناعية لاحتوائها على عيوب خفية يصعب اكتشافها ولها تأثير كبير على المنتج تجعله يتصف بالخطورة.

لقد اشترطت المادة 1/379 مدني جزائري في وجود العيب: " أن ينقص من قيمة الشيء المبيع أو من الانتفاع به، بحسب الغاية المقصودة منه، حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله".

إذا فالمقصود هنا بالنقصان هو البحث عن طريقة تتمكن بها من تقديره حتى نحكم على الشيء المبيع بأنه معيب، فلا بد أن يكون له معيار معين يحدده، ولا يكفي أن تكون قيمة الشيء ناقصة، ولا تؤدي إلى الانتفاع به على الوجه المطلوب.

هناك من يرى بأنه لا بد أن يكون العيب يحتوي على درجة كافية من الجسامة، حتى ينقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به، تقاس وفقاً لمعيار موضوعي أو مادي، يقوم على أساس وقوع العيب على مادة الشيء. فيكون من شأن العيب المؤثر أن ينقص من قيمة الشيء أو منفعته المادية مع ما بين القيمة والمنفعة من تمايز. ويستدل على نقصان قيمة أو منفعة الشيء بعناصر مادية ثلاثة حددتها المادة السابقة الذكر وهي: بما هو مذكور في العقد وبما يظهر من طبيعة الشيء وبالاستعمال العادي للشيء<sup>(3)</sup>.

(1) "يغطي الضمان على الخصوص نقائص التصنيع والعيوب الظاهرة و/أو الخفية وكذا استبدال قطع الغيار واللوازم غير الصالحة للاستعمال" م 2/30 من م ت 390-07 في 2007/12/12 يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة المعدل (ج 78 لسنة 2007).

(2) م 1/379 م.ج، 1/447 م.م، 1641 م.ف، 4421 من م ت م ع اللبناني.

(3) د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، منشأة المعارف، الاسكندرية مصر، 2007 ص 68. د.بودالي محمد، حماية المستهلك... المرجع السابق، ص 377-378.

لكن لو تصفحنا المادة السالفة الذكر لوجدناها جاءت عامة وشاملة، فيما يخص وجود العيب في الشيء المبيع. فكل ما ينقص من قيمة هذا الأخير أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور في العقد، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، يكون البائع ملزماً بالضمان. فتحديد العيب هنا لا يقاس بالجسامة أو الضالة في التأثير، لأن ذلك يرجع إلى طبيعة الشيء ونوعيته. فقد يكون العيب مؤثراً في بعض الأشياء المبيعة حتى ولو كان غير جسيم وقد لا يؤثر بتاتاً إلا إذا بلغ حداً معيناً من الجسامة في البعض الآخر. وهذا ما يتطلب وجود معايير معينة تحدد لنا مدى تأثير العيب على الشيء المبيع، ودرجة الجسامة المطلوبة في ذلك مقارنة مع طبيعة المبيع. وهذا ما لاحظناه من خلال المادة أعلاه حينما حصرت النقص في المبيع والانتفاع به ليس فقط وفق ما تفق عليه بعقد البيع ولكن أيضاً حسبما يظهر من طبيعة أو استعمال الشيء المبيع.

يقع الالتزام بالضمان على البائع في وجود المبيع معيماً، لكن على المشتري أيضاً واجب التحقق من حالة المبيع عن طريق فحصه ومعاينته إما بنفسه أو عن طريق خبير، إذا رغب في الاستفادة من الضمان، فإذا اكتشف العيب وجب عليه أن يخطر البائع بذلك في أجل مقبول حتى لا يعد راضياً بما في المبيع من عيوب<sup>(1)</sup>.

ولم يحدد المشرع شكلاً أو وسيلة معينة للإخطار، فيصح أن يكون شفاهة أو كتابة، ويقع على المشتري عبء إثبات قيامه بهذا الإخطار بجميع طرق الإثبات بوصفه واقعة مادية<sup>(2)</sup>.

هذا الإخطار يخول للمشتري الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي، وقيد المشرع استعمال هذه الدعوى بكون العيب جسيماً أو غير جسيم:

- فإذا كان العيب جسيماً بحيث لو علم به المشتري وقت البيع لما أقدم على الشراء فيكون نخيراً بين رد المبيع المعيب وما استفاد منه إلى البائع، مضافاً إليها المبالغ التي كان سيطلب بها في حالة الاستحقاق الكلي، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب.

- أما إذا لم يكن العيب جسيماً بحيث حتى لو علم المشتري بوجوده، لأقدم على الشراء رغم ذلك ولكن بثمن أقل، فإنه في هذه الحالة لا يكون للمشتري إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا العيب<sup>(3)</sup>.

أما المشرع الفرنسي فقد أقر للمشتري إذا توافرت شروط ضمان العيب الخيار بين إقامة دعوى رد المبيع واسترداد الثمن *Action réhibitoire* وبين استبقاء المبيع واسترداد جزء من الثمن، أي تخفيض الثمن *Action estimatoire* والذي يقوم بتحديد الخبير<sup>(4)</sup>، وللقاضي في كل هذا السلطة التقديرية للفصل في هذه الدعوى.

(1) م 1/380 من ق م ج.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ص 737-د. دياب اسعد، المرجع السابق، ص 125.

(3) وفي ذلك نجد المذكرة الإيضاحية للقانون المصري تؤكد على مايلي: "لم يرم مشروع التقنين الجديد داعياً لتعدد الأحكام في ضمان الإستحقاق وفي ضمان العيب، فإن كلا الضمانين مردّهما إلى أصول واحدة في القواعد العامة، فالواجب إذن في ضمان العيب تطبيق ماتقرر في ضمان الإستحقاق ومقتضى هذا التطبيق أن في وجود العيب الجسيم يكون المشتري مخيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقاً لما تقتضيه القواعد العامة، فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب هذا العيب، وإن لم يكن العيب جسيماً فيكون للمشتري إلا التعويض، ويزيد التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سيء النية، أي عالماً بالعيب، أو حسن النية أي لا يعلم به"، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج4، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، ص 124-123.

(4) م 1644 م ف.

كما أجاز التقنين الفرنسي فضلاً عن استرداد الثمن أو تخفيضه المطالبة بالتعويض لجبر الضرر بشرط أن يكون البائع علماً بالعيب الكامن في الشيء-البائع سيء النية<sup>(1)</sup>.

نصت المادة 383 مدني جزائري على وجوب رفع دعوى الضمان في خلال سنة من وقت تسليم للمبيع، وهذا مخالف للتقادم الموجود بالنسبة لدعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو دعوى الفسخ لعدم التنفيذ ولعل السبب في اختلاف ذلك يكمن في تحقيق الاستقرار في التعامل، وتوازن المصالح بين المشتري والبائعين.

الأصل أن هذه المدة القصيرة تعتبر ثابتة لا يجوز تعديلها، لكن القانون أجاز للبائع الالتزام بمدة أطول (أكثر من سنة)، إذا قام المشتري بإثبات أن البائع تعمد بإخفاء العيب غشاً منه، فتكون مدة التقادم خمسة عشرة سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم<sup>(2)</sup>.

لم يحدد المشرع الفرنسي<sup>(3)</sup> مدة معينة لرفع دعوى الضمان المنصوص عليها في القانون المدني، لكن وجب رفعها في وقت قصير *un bref délai* وترك أمرها للقضاء وفقاً لطبيعة العيب وعرف المحيط التجاري الذي وقع فيه البيع<sup>(4)</sup>.

خاتمة :

يُعد موضوع "حماية المستهلك" في عصرنا الحالي موضوعاً حديثاً، مقارنة بما كان يُنظر إليه في السابق، وترجع حداثة العهد به إلى أن هذه الحماية أضحت اهتمام الجميع، أشخاصاً عامة وخاصة مما اقتضى أن توليها كل التشريعات دون تخصيص قانون بعينه. بل ما زالت هذه الحماية تكفلها تشريعات متنوعة ومتفرقة تنتمي إلى فروع القانون المختلفة التي تختلف في طبيعتها وموضوعها والمقاصد التي تسعى إلى تحقيقها. ولعل هذا ما يفسر قيام الدول الأوروبية باستجماع هذه النصوص والقوانين الخاصة بحماية المستهلك لتنظم في إطار واحد موحد يسهل تناوله، حتى يتم التنسيق فيما بينها والنظر في مدى كفاية هذه النصوص، وتدعيمها إذا ما كشف البحث عن قصورها.

الواقع يفرض الحيطة والحذر مما ينجر عن اقتناء المنتجات واستعمالها من مخاطر على صحة وسلامة المستهلك، والظاهر أن كل هذه الترسنة القانونية التي سعت الدول لمحاولة تطبيقها بشتى الوسائل لم تكن كافية، ولم ترقى إلى مستوى طموحات المستهلكين والحكومات أيضاً.

ولاشك أنه منذ ظهور بوادق قانون حماية المستهلك في الولايات المتحدة الأمريكية، أو قبل ذلك والجهود متواصلة في التفكير في معالجة أمر المخاطر التي تحيط بالمستهلك لاسيما في عصرنا الحالي، والبحث عن توفير الوسائل القانونية اللازمة لمعالجة أمر اقتناء السلع من قبل المستهلك.

وبالرغم من الإدراك الكامل والوعي الشامل بهذه المخاطر، فإن ذلك لم يقلل من إقبال المستهلك على المنتجات بمختلف أصنافها وأنواعها، وإذا كانت حماية المستهلكين من الأضرار التي تحدثها المنتجات الصناعية قد

(1) م 1645 من القانون أعلاه.

(2) م 1/383 نفس القانون.

(3) م 1648 م ف.

(4) MALAURIE (Ph) et AYNES (L), Droit civil, les contrats spéciaux, éd. Cujas; 1994-1995, p241. CAS (G) et FERRIER (D), Traité de droit de la consommation, P.U.F; 1996, p 447.

نالت هذا الاهتمام المتزايد من الدول الصناعية في أوروبا وأمريكا فأولى بدولة الجزائر أو تولي هذه المشكلة العناية التي تستحقها.

قانون الاستهلاك الصادر سنة 2009 لم يقدم الجديد من الناحية الموضوعية، وبالتالي لم يضيف للمستهلك ما يضمن له الحماية الكافية المترتبة عن عيوب المنتجات والأضرار الناتجة عنها إلا ما يتعلق بالجانب الجزائي الذي هو أيضا يحتاج إلى آليات لتطبيقه على كل مخالف لأحكام هذا القانون.

ومن النتائج الأساسية المتفق عليها أننا نجد عدم كفاية أحكام ضمان العيوب الحقة في بناء صرح نظام الحماية للمستهلك وفي تغطية مسؤولية المنتج، في ظل هذا التطور التكنولوجي والتقني الذي نتج عن ظهور منتجات خطيرة ومعيبة لدرجة أنها تسبب الأذى والضرر للمقتمني.

في هذا السياق نتطلع إلى محاولة الدراسة والتوسع في مجال الضمان بالإحاطة بموضوع الضمانات الاتفاقية التي تحمل تعديلا مهماً للنظام القانوني للضمان، والذي يحتل مخرجين أساسيين. فقد يكون بزيادة الضمان أو بتحديدته، وقد يصل الأمر إلى إعفاء المنتج (البائع) منه، حيث حاول الفقه والقضاء أن يضع لهذه الاتفاقات إطارها القانوني حتى لا يكون المستهلك ضحية لتعسف المنتج، بسبب القوة الاقتصادية التي يتمتع بها المحترفين، لذلك كانت القاعدة التي تقضي بافتراض علم البائع المحترف بعيوب المنتج هي المعيار الذي يحدد التوازن العقدي في بطلان شروط إنقاص الضمان أو إسقاطه.

من جانب آخر تُبرز حماية المستهلك في أن وجود الضمان الاتفاقي لا يلغي بقوة القانون وجود الضمان القانوني المقرر بمقتضى المادة 14 من قانون 09-03، إن توافرت شروطه كما يمتد هذا الضمان أيضا إلى أداء الخدمات. وسيكون في الجزء الثاني من هذه الدراسة ما هو أهم بالنسبة للمستهلك في تبيان قصور قواعد ضمان العيب والالتزام بذلك، وكذا تطويع هذه القواعد لتخدم مصلحة المستهلك المتضرر.

✓ المصادر والمراجع المعتمدة :

أولا : المراجع باللغة العربية :

- القانون المدني الجزائري .
- قانون حماية المستهلك الجزائري 09-03 النافذ .
- قانون حماية المستهلك الجزائري الملغى 02/89
- القانون المصري رقم 17 لسنة 1999 الخاص بالتجارة (ج.ر 19 مكرر لسنة 1999).
- القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999.
- القانون المدني الفرنسي.
- القانون المدني اللبناني.
- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج4، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المصري
- مرسوم تنفيذي 07-390 المؤرخ في 2007/12/12 يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة المعدل.

- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، م 1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2000.
- د.محسن شفيق، مسؤولية المنتج، دراسة في قانون التجارة الدولية، مذكرات لطلبة القانون الخاص جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1976-1977،
- عبد الله بن سليمان بن صالح الميمني، التنظيم القانوني للمسؤولية عن أضرار المنتجات، مذكرة، جامعة طنطا، القاهرة، مصر، 2000.
- د.محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الاردن، 2006.
- د. رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الاسلامي، مطبعة الأمانة، القاهرة، مصر ط1، 1988.
- د.محمد وفا، بيوع التغير والتدليس، بيع المعيب في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي المصري، دار الطباعة الحمديّة الأزهر، القاهرة، مصر، 1987.
- د. بودالي محمد، حماية المستهلك، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006.
- د.محمود محمد سلامة، جودة الإنتاج، القاهرة، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، 1967
- د.عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر 2008 .
- د. زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، 2009.
- د. دياب اسعد، ضمان عيوب المبيع الخفية، ط1، دار اقرا، بيروت، لبنان، 1981.
- د.محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1983.
- د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، منشأة المعارف، الاسكندرية مصر، 2007.
- د. حساني علي، ضمان حماية المستهلك، نحو نظرية عامة في التشريع الجزائري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2017.
- نقض مدني مصري 1970.04.23.
- نقض مدني مصري 1967.01.26 - 18 - 264. مجموعة أحكام النقض.
- ثانيا: المراجع باللغة الاجنبية.

GHESTIN(J), Conformité et garanties dans la vente (produits mobilières), R.I.D.C, 1983.

COLLART(V),DUTILLEUL(F)et DELEBEQUE (P),contrats civiles et commerciaux, 6eme édition, DALLOZ, 2002.

CALAIS AULOY (J), " Ne mélangeons plus conformité et sécurité", D.1993.

OVERSTAKE (J.F), La responsabilité du fabricant de produits dangereux R.T.D.C, 1972.

MURIEL.FABRE -MAGNAN (M): Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, thèse, paris I, 1991.

PANHALEUX (L), Le devoir d'information juridique, Revue Juridique de l'ouest 1990, n°2.

MAZEAUD(H), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, Tome II, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, 1970.

MALAURIE (Ph) et AYNES (L), Droit civil, les contrats spéciaux, éd.Cujas; 1994-1995.

CAS (G) et FERRIER (D), Traité de droit de la consommation, P.U.F 1996

Directive du conseil du 25.07.1985 relative au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administrative des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (J.O de la C.E.E 7-8-85, N°.I.210).

Directive du conseil du 25.07.1985 relative au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administrative des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

## الشرعية الدولية والإرهاب وفق القانون الدولي



**الدكتور : نبهان سالم مرزق أبو جاموس**

**أستاذ بالجامعة الإسلامية - غزة فلسطين**

Email : nabhan20091@hotmail.com

مقدمة :

يتردد كثيراً على ألسنة الساسة، وفي وسائل الإعلام مصطلح "الشرعية الدولية"، وهو من أكثر المصطلحات انتشاراً على الساحة الدولية مما يشير حوله الغموض، مما يجدونا للتعرف على هذا المصطلح ومصادره، ما هي المرجعية التي يمكن الاستناد عليها لمعرفة مدى اتفاق تصرف دولي ما مع الشرعية الدولية، ومن ثم التعرف على مصطلح الإرهاب الذي هو من أكثر المصطلحات تداولاً في الحقل السياسي والإعلامي، ومع ذلك فإنه أكثرها غموضاً، وقد ساهم في تداول هذا المصطلح، وجعله قضية العصر، ما تعرضت له الولايات المتحدة من أحداث الحادي عشر من سبتمبر، وبما تملكه الولايات المتحدة من تفرد في النفوذ السياسي والاقتصادي والتفوق العسكري، فقد جعلت قضيتها قضية العالم بأسره.

• مشكله البحث :

فتتمثل في الإجابة عن السؤال الآتي :

ما مفهوم الشرعية الدولية، وما موقفها من الإرهاب، وما ترتب عليها من نتائج، وما حكم القانون الدولي من الإرهاب؟ ما موقف الشرعية الدولية من حركات التحرر الوطني؟

• أهمية البحث :

- 1- الشرعية الدولية من أكثر المصطلحات انتشاراً على الساحة الدولية مما يثير حوله الغموض، برغم أنه مصطلح علمي ثابت ومحدد المعنى في العلوم السياسية والقانون الدولي.
- 2- تثير ظاهرة الإرهاب اهتماماً وقلقاً دوليين، بسبب انتشارها في معظم أنحاء العالم، ولما أصبحت تحدثه من تهديد للأمن والسلام العالميين.
- 3- الاهتمام المتزايد بظاهرة الإرهاب على الصعيد الدولي، لاسيما بعد أحداث 11 سبتمبر 2001 وما خلفته من تداعيات خطيرة على مستوى العلاقات الدولية، التي أصبحت تتسم بالفوضى والغموض.
- 4- الرغبة في كشف مختلف جوانب الإرهاب، وإبراز محاولات الخلط المتعمد، وإلصاق تهمة الإرهاب بحركات التحرر والمقاومة المشروعة.

• أهداف البحث :

يهدف هذا البحث إلى دراسة مفهوم الشرعية الدولية ومصادرها، والمركز القانوني للإرهاب وفقاً لقواعد القانون الدولي، معرفة مفهوم الإرهاب وخاصة في المواثيق الدولية والإقليمية، وتوضيح موقف الشرعية الدولية منه، وسبل اتقائه، والتفرقة بين الإرهاب وأعمال الحركات التحرر الوطني.

• فروض البحث :

- 1- ماذا نقصد بالإرهاب؟ ما تعريفه؟ ما هي أسباب الاختلاف الدولي حول تعريفه؟
- 2- ما هي محددات الإرهاب الدولي، وأساليب مكافحته على المستوى الدولي؟
- 3- كيف عالجت المواثيق الدولية ظاهرة الإرهاب؟ وما موقفها من الأعمال الإرهابية؟
- 4- ما الفرق بين الإرهاب وأعمال الحركات التحرر الوطني.

• منهجية البحث :

يعتمد الباحث على المنهج التحليلي والمنهج المقارن.

• خطه البحث :

المبحث الأول : الشرعية الدولية.

المبحث الثاني : التعريف بالإرهاب في القانون الدولي.

المبحث الثالث : التفرقة بين الإرهاب وأعمال المقاومة الشعبية.



## المبحث الأول: الشرعية الدولية :

يتردد كثيراً على ألسنة الساسة وفي وسائل الإعلام مصطلح الشرعية الدولية، وهو من أكثر المصطلحات انتشاراً على الساحة الدولية مما يثير حوله الغموض، برغم أنه مصطلح علمي ثابت ومحدد المعنى في العلوم السياسية والقانون الدولي، يتفق المختصون في عناصره الرئيسية، وإن اختلفوا في التفاصيل، فما المقصود من هذا المصطلح؟ وما مصادره؟

### المطلب الأول: ماهية الشرعية الدولية :

أُحيط مصطلح الشرعية الدولية بالغموض والتزييف، وبت من أكثر المصطلحات على الصعيد الدولي تردداً فالكل بات يتحدث عن الشرعية الدولية، ويزعم كافة السياسيين في كل أرجاء المعمورة أن أقوالهم وأفعالهم مطابقة للشرعية الدولية وفي نطاقها وتستظل بظلها.<sup>1</sup>

ورغم أن تعبير الشرعية الدولية نفسه مصطلح علمي، محدد المعنى في العلوم السياسية وعلم القانون الدولي، قد يختلف العلماء والمختصون حول بعض التفاصيل في تحديده، ولكنهم يتفقون في عناصره الأساسية التي تجعل هذه الكلمة قابلة للاستخدام كمصطلح منهجي -علمي- وليس كمصطلح سياسي، يفسره كل سياسي طبقاً لمصلحه وهواه، فمصطلح الشرعية الدولية وضع ليسرى على جميع الأجيال وأحقاب زمنية متوالية، وأوضاع متشابهة ومختلفة دون أن يفقد مغزاه ولا تتبدل معلمه.<sup>2</sup>

ولكن يبقى السؤال ما هي الشرعية الدولية؟ وهل هو مجرد قرارات صادرة عن مجلس الأمن؟ أم هي مجمل البنية التشريعية والقانونية التي تقوم عليها الأمم المتحدة؟ ثم ما هي المرجعية التي يمكن الاستناد عليها لمعرفة مدى اتفاق تصرف دولي ما مع الشرعية الدولية؟

وهذا بطبيعة الحال سيجرنا إلى التفريق بين مفهوم الشرعية **legitimacy** الذي يدور حول الأسس التي يتقبل فيها أفراد المجتمع النظام السياسي ويخضعون له طواعية، ومفهوم المشروعية **legality** بمعنى خضوع نشاط السلطات ونشاط الأشخاص للقانون، وبالتالي فقد تكون السلطة مشروعة أي مطابقة لأحكام القوانين ولكنها غير شرعية برفض الجماعة لها بسبب عدم تلاؤمها مع قيمهم وتوقعاته، فالشرعية فكرة أو معتقد تتعلق بأساس السلطة وكيفية ممارستها بالتالي فهي مفهوم مصدره الدين أو الكاريزما أو التقاليد بينما المشروعية مصدرها القانون.<sup>3</sup>

1 نبيل شبيب، الشرعية الدولية والقضية الفلسطينية، فلسطين للحوار، المنتدى المحور <http://paldf.net/forum/showthread.php?p=9372> تاريخ الدخول 2011/4/2.

2- المرجع السابق.

3 د. أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (24)-العدد الثاني، 2008، ص 357-360.

يقصد بمصطلح (الشرعية) في علم القانون سيادة حكم القانون، ومفهوم ذلك في القانون الداخلي الوطني خضوع السلطات العامة في الدولة والمواطنين للقانون، بمعنى أن تكون جميع تصرفات السلطات العامة والأفراد متفقة مع القواعد القانونية السارية.<sup>1</sup>

ومفهوم مصطلح (الشرعية) على المستوى الدولي لا يبعد كثيراً عن مفهومه على المستوى الداخلي، وهو ثابت عند الفقهاء في القانون الدولي والعلاقات الدولية والعلوم السياسية، ومعروف لدى القوى الدولية إذا يقصد بها "وجوب تطبيق قواعد القانون الدولي العام على سائر التصرفات التي تصدر عن الأشخاص المخاطبين بهذا القانون وهم أساساً الدول والمنظمات الدولية"<sup>2</sup> ومنهم من عرفها بأنها "أحكام القانون الدولي المعاصر التي يمثلها ميثاق الأمم المتحدة والنظام الذي يحكم العلاقات الدولية عقب الحرب العالمية الثانية"<sup>3</sup>. أو هي - الشرعية الدولية - "هي نتاج توافق إرادات الدول في نهاية المطاف، تلك الإرادات التي أنشأت هيئة الأمم المتحدة كإطار دولي معاصر ينظم العلاقات بين كافة أشخاص القانون الدولي - دول، منظمات - ، وعلى هذا الأساس فإن الشرعية الدولية لا تتجاوز مقاصد هيئة الأمم، ولا آلية عمل هيئاتها وأجهزتها المختصة كما حددها ميثاقها بالنص الصريح، ولا مبادئ وقواعد القانون الدولي المعاصر، كما أنها بعيدة عن أي عمل منافي للضمير الإنساني ومبادئ العدالة"<sup>4</sup> إن هذا المعنى التوافقي قد تجسد في القرار 1483، وهذا ما أكده أغلب أعضاء مجلس الأمن الذين أصدروا القرار المذكور في محضر جلسة المجلس رقم 4761، كالسيد بلوغر ممثل ألمانيا، والسيد أرياس ممثل إسبانيا، والسيد أغيلار سنسر ممثل المكسيك، والسيد لافروف ممثل الإتحاد الروسي.<sup>5</sup>

لذلك يجب حصر استعمال كلمة الشرعية الدولية للدلالة على المفاهيم الثابتة في القانون الدولي والعرف الدولي الناشئ عن ممارسات تواترت وحظيت بالقبول من أشخاص وآليات المجتمع الدولي.<sup>6</sup>

عرف د.مصطفى أحمد أبو الخير الشرعية الدولية بأنها "إسقاط قواعد ومبادئ وأحكام القانون الدولي بفروعه المختلفة ومصادره المتعددة، وكافة المعاهدات والاتفاقيات والعهود الدولية المتعددة الأطراف والجماعية وما يستجد من قواعد ومبادئ يتعارف عليها ويتواتر على تطبيقها المجتمع الدولي بأشخاصه وآلياته".

مما سبق من تعريفات للشرعية الدولية يمكن استخلاص الخصائص العامة لها فيما يأتي :

## 1- إن الشرعية الدولية تعلق ولا يعلو عليها في المجتمع الدولي.

1 خالد أحمد عثمان، مفهوم الشرعية الدولية ومصادرها، صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، 24 نيسان ابريل، 2010، عدد(6039)،

2http://www.aleqt.com/2010/04/24/article\_383515.html

2 المرجع السابق.

3 السفير، طاهر شاش، دفاعاً عن الشرعية الدولية، جريدة الأهرام القاهرة، 2003/7/4.

4 محمد عنوز، الشرعية الدولية بين المفهوم الحقيقي والسلوك الفعلي، الحوار المتمدن - العدد: 773 - 2004 / 3 / 14

http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=15816

5 المرجع السابق.

6 جورج قرن، الشرعية الدولية، جريدة النهار، 2005/12/28. متاح من خلال : [www.Georges.corm.com](http://www.Georges.corm.com).

- 2- إن الشرعية الدولية تستند على القانون الدولي، وليس على تصرفات دول معينة أو مجموعة دول مهما كانت وكانوا، فالشرعية الدولية تحكم على تصرفات الدول وليس العكس.
  - 3- لا يمكن لأي شخص من أشخاص القانون الدولي أو آلية من آلياته أن تحدد أو تتحكم في الشرعية الدولية بقرار أو قرارات أو بتصرف أو بعدة تصرفات.
  - 4- الشرعية الدولية ثابتة لا تتغير ولكنها تتسع في المضمون أي في المبنى وليس في المعنى، وفقاً على العرف الدولي، وما قد يستحدثه من قواعد ومبادئ لاقت قبولاً وتأييداً وتطبيقاً من المجتمع الدولي.<sup>1</sup>
- بناء على هذا الفهم الحقيقي السابق للشرعية الدولية فإنه يتناقض مع الفهم الفعلي للشرعية الدولية أي من الناحية العملية يختلف اختلاف كلي، لأن المفهوم الفعلي للشرعية الدولية لا صلة لها بقواعد القانون الدولي وميثاق هيئة الأمم المتحدة، حيث نجد في سلوك الكثير من الدول، وعلى وجه الخصوص الدول العظمى ذات النفوذ والتي تضع مصالحها الضيقة فوق القانون الدولي الضامن لحقوق ومصالح الدول من دون تمييز، فالتجارب والأحداث التاريخية من وجهة نظر قانونية وليس انفعالية عاطفية في حرب الخليج لما قامت العراق بغزو الكويت عام 1990 يعد خرقاً للشرعية الدولية، تشير بكل وضوح إلى الخروقات والتجاوزات إلى حد التهديد والقيام بالعدوان أمر الذي يجعل السلم والأمن الدوليين في خطر بشكل دائم.<sup>2</sup>

فمصطلح الشرعية الدولية لا يتبدل مقصودة بكثرة استخدامه في غير موضعه فقد وضع ليسرى على مر الدهور وكر العصور وأوضاع متشابهة ومتعددة ومختلفة، وأحداث وتطورات جارية، دون أن يفقد معناه ومغزاه، ولا تضيع معالمه وحدوده. فالشرعية الدولية لا يمكن تفصيلها كما تفصل الملابس لتناسب لقطعة زمنية معينة أو عصر معين.<sup>3</sup>

#### المطلب الثاني: مصادر الشرعية الدولية:

بعد أن انتهينا من تحديد ماهية ومضمون الشرعية الدولية، سنشرع في تبيان المصادر التي تستند عليها وإليها الشرعية الدولية، فمصادر الشرعية الدولية هي مصادر القانون الدولي نفسها التي حددتها المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والتي نصت على:

1- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا:

أ. الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب. العرف الدولي المقبول بمثابة قانون كما دل عليه تواتر الاستعمال.

ج. مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدينة .

د. أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم كمصدر احتياطي لقواعد القانون، وذلك مع مراعاة المادة (59) التي تنص على "أنه لا يكون للحكم قوة الالتزام إلا بالنسبة لمن صدر بينهم، وفي

1 د. مصطفى أحمد أبو الخير، الشرعية الدولية ومعتقل جوانتانامو، نشرت في مركز المنشاوي للدراسات والبحوث، <http://minshawi.com/node/434>

2 محمد عنوز، الشرعية الدولية بين المفهوم الحقيقي والسلوك الفعلي، مرجع سابق.

3 نبيل شبيب، الشرعية الدولية والقضية الفلسطينية، شبكة فلسطين للحوار، المحور الثقافي والتاريخي،

خصوص النزاع الذي فصل فيه"، ولا يترتب على نص المادة (38) سالفه الذكر أي إخلال بما لمحكمة العدل الدولية من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك.<sup>1</sup>

ويلاحظ مما تقدم أن قرارات المنظمات الدولية لم ترد كمصدر من مصادر القانون الدولي في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، ويرجع بعض فقهاء القانون الدولي سبب ذلك إلى أن الذين صاغوا ذلك النظام في عام 1946م، لم يتوقعوا إمكانية أن تكون قرارات المنظمات الدولية مصدراً من المصادر الرسمية للقانون الدولي، ولكن التطور فرض نفسه فيما بعد فأصبحت قرارات المنظمات الدولية مصدراً رسمياً مكتوباً من مصادر القانون الدولي، ولكن لا يكون قرار المنظمة الدولية صحيحاً وملزماً إلا إذا صدر طبقاً لأحكام المعاهدة المنشئة للمنظمة الدولية وأنظمتها المعتمدة،<sup>2</sup> فمثلاً يكاد يجمع فقهاء القانون الدولي على أن ميثاق الأمم المتحدة يتمتع بطبيعة دستورية تجعله يعلو ويسمو على جميع الأعمال القانونية الصادرة من أجهزة هيئة الأمم المتحدة والمنظمات الدولية التابعة لها، وكذلك تجاه التصرفات التي تأتيها الدول الأعضاء على مستوى العلاقات الدولية، وأن أي قرار تصدره الجمعية العامة للأمم المتحدة أو مجلس الأمن الدولي ينبغي أن يكون من حيث الشكل والموضوع متفقاً مع أحكام الميثاق وإلا كان باطلاً.<sup>3</sup>

فعليه فالشرعية الدولية شاملة لمجموعة المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، سواء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 أو العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام 1966، واتفاقية إزالة كافة أشكال التمييز العنصري عام 1965، والإعلان الخاص بإزالة التمييز ضد المرأة عام 1967، واتفاقية تحريم وعقاب جريمة إبادة البشر عام 1948، واتفاقية تحريم التعذيب وغيره من ضروب المعاملة اللانسانية أو المهينة عام 1984، وغيرها من الاتفاقات والإعلانات الدولية الخاصة بحقوق الطفل واللاجئين والعمال.

وهي التي تشمل اتفاقات جنيف الأربع لعام 1949، الأولى الخاصة بتحسين حالة الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان والثانية الخاصة بتحسين حال الجرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، والثالثة المتعلقة بمعاملة أسرى الحرب، والرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب،<sup>4</sup> كما تشمل البروتوكولين الإضافيين إلي هذه الاتفاقات عام 1977، الأول الخاص بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة ومنها حرب التحرير ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية والثاني المتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية،<sup>5</sup> ومنها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عام 1998، والذي يعرف بنظام روما، الذي أنشأ المحكمة الجنائية الدولية التي تختص بمحاكمة مرتكبي جريمة إبادة البشر والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجريمة

1 - Louis Cavare: Droit international Public Positif, Tome 1, 1961, Droit Public euro peen

2 د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، النهضة العربية، 1984 م، ص 90-91، Process- verbaux of the Proceedings of the committee، د. مصطفى احمد فؤاد، القانون الدولي العام، القاعدة القانونية، دار النهضة، 2000 ص 223/231 July- 1920, P, 320، د. مصطفى احمد فؤاد، القانون الدولي العام، القاعدة القانونية، دار النهضة، 2000 ص 223/231

3 خالد أحمد عثمان، مفهوم الشرعية الدولية ومصادرها، صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، 24 نيسان ابريل، 2010، عدد (6039)، [http://www.aleqt.com/2010/04/24/article\\_383515.htm](http://www.aleqt.com/2010/04/24/article_383515.htm)

4 أ.د. جورج أبي مصعب، اتفاقيات جنيف 1949 بين الأمم والغد، دراسات في القانون الدولي الإنساني، القاهرة، دار المستقبل العربي، 411.

5 اللحقان البروتوكولان، بالإضافة إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب 1949، جنيف، 1977، ط3، 1984، ص11.

العدوان،<sup>1</sup> وتشمل كذلك الاتفاقات الدولية التي تحظر استخدام أنواع معينة من الأسلحة، ومنها اتفاقية عام 1981 والبروتوكولات الأربعة الخاصة بالأسلحة الانشطارية والحارقة، والمخادعة وأسلحة الليزر، واتفاقية الألغام عام 1997، والاتفاقات الخاصة بالأسلحة الكيميائية والبيولوجية، وغيرها.<sup>2</sup>

الشرعية الدولية إذن بناء متكامل، حاولت البشرية به أن تقيم العلاقات بين الدول علي أسس سليمة لتحقيق السلام والتعاون فيما بينها بعد أن اكتوت بنار حربين عالميتين خلال جيل واحد. وهذا البناء المتكامل يقوم علي أسس من مبادئ القانون الدولي، منها ما يملية العرف ومنها ما تتضمنه الاتفاقات الدولية، فالشرعية الدولية ليست مجرد شعار بل أنها مجموعة مبادئ ثابتة.<sup>3</sup>

فلا يمكن لدولة ما أو مجموعة من الدول، أن تكون مرجعا للشرعية الدولية مفهوماً وحدوداً، فالشرعية الدولية هي المرجعية للحكم على تصرفات سائر أشخاص وآليات النظام الدولي على مر الدهور وكر العصور، وهي بناء متكامل ثابت الحدود والأركان والمعالم.

### المبحث الثاني: التعريف بالإرهاب في القانون الدولي :

ذهب الجانب الغالب من فقهاء القانون الدولي إلى تجنب تعريف الإرهاب على اعتبار أن البحث عن تعريف لهذه الظاهرة مضيعة للوقت والجهد، ومن الواجب التركيز على الإجراءات الفعالة لمكافحة،<sup>4</sup> وهو ما أكدته الأمم المتحدة في 1985/12/29 عندما أدانت الجمعية العامة جميع أشكال الإرهاب وأغفلت تعريفه وهو ما فعله البروتوكولان المضافات لمعاهدة جنيف سنة 1949، 1977 والمؤتمر الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المسجونين المنعقد في هافانا 1990 وكذلك مؤتمر الأمم المتحدة التاسع المنعقد في القاهرة سنة 1995.

غير أن هناك اتجاه آخر من الفقهاء يذهب إلى ضرورة تعريف ظاهرة الإرهاب على اعتبار أن هذا الأمر يتعلق بالشرعية الجنائية التي تطلب تحديداً للأفعال موضوع التجريم.<sup>5</sup>

اختلف الباحثين في تعريف الإرهاب، ومنهم من أهمل مسألة التعريف تلافياً لصعوبته، مكتفياً ببحث ظاهرة الإرهاب وصورها، بينما سعى البعض إلى وضع تعريف محدد وجامع، فظهرت كثير من التعاريف تحوي بعض عناصر الإرهاب من خلالها يمكن تحدد مفهوم الإرهاب.<sup>6</sup>

1 المادة رقم (5) نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق.

2. مصطفى أحمد أبو الخير، إستراتيجية فرض العولمة الآليات ووسائل الحماية، الناشر إيتراك للنشر والتوزيع، ط1، 2008، ص4

3 السفير/ طاهر شاش. دفاعاً عن الشرعية الدولية، جريدة الأهرام، 4 / 7 / 2003.

4 د. مازن ليلو راضي، الإرهاب والمقاومة في القانون والشرعية الإسلامية، كلية القانون جامعة القادسية، ص17.

5 ميشال ليان، الإرهاب والمقاومة في القانون الدولي – [www.moqawama.org/arabic/rt\\_resis/doc2002/qanoun.htm](http://www.moqawama.org/arabic/rt_resis/doc2002/qanoun.htm)

6 د. هيثم عبد السلام محمد، مفهوم الإرهاب في الشرعية، دار الكتب العلمية، ط1، 2005، بيروت، لبنان، ص20-21

## المطلب الأول: تعريف الإرهاب:

يأتي الإرهاب في اللغة العربية من الفعل رهب، يرهب، رهبةً أي خاف، ورهبه أي خافه والرهبة هي الخوف والفرع، وهو راهب من الله أي خائف من عقابه،<sup>1</sup> أما في اللغات الأخرى فإن الإرهاب يأتي بمعنى رعب terror وتعني خوفاً أو قلقاً متناهياً أو تهديد غير مألوف وغير متوقع، وقد أصبح هذا المصطلح يأخذ معنى جديد في الثلاثين عاماً الأخيرة، ويعني استخدام العنف وإلقاء الرعب بين الناس.<sup>2</sup>

والإرهابي هو "من يلجأ إلى العنف غير القانوني أو التهديد به لتحقيق أهداف سياسية سواء من الحكومة أو الأفراد والجماعات الثورية المعارضة"<sup>3</sup>

لا يوجد اتفاق دولي على تعريف الإرهاب، وهذا أدى إلى وجود خلاف كبير في تعريفه وتحديد معناه، مما دفع الدول إلى إقامة المؤتمرات والندوات لتحديد مفهومه وعناصره ومسبباته، مما أدى إلى ظهور اتجاهان في تعريفه هما:

### أولاً: الاتجاه المادي في تعريف الإرهاب:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأساس في تعريف الإرهاب ينظر له من خلال وصف الأفعال المادية أي على السلوك المكون للجريمة أو الأفعال المكونة لها، دون النظر إلى مرتكبيها ودوافعهم التي قد تكون مشروعة.<sup>4</sup>

فالإرهاب عند أصحاب هذا الاتجاه الاكتفاء بتعداد الأعمال أو الأفعال التي تعد إرهابية كالقتل، والاختطاف، والخطف الطائرات والارتهان الأشخاص وأعمال القرصنة... الخ، فهذه الأفعال إرهابية ومن يرتكبها يوصف بأنه إرهابي بغض النظر عن الدوافع لارتكاب مثل هذه الأفعال.<sup>5</sup>

بناء على هذا الاتجاه يعرف الإرهاب بأنه "عمل أو مجموعة من الأفعال المعينة التي تهدف إلى تحقيق هدف معين"<sup>6</sup> وقد قاد هذا المفهوم إلى تعريف الإرهاب بالاستناد إلى تعداد الجرائم التي تعد إرهابية دون البحث في الغرض أو الهدف من العمل الإرهابي.

وفي هذا الاتجاه يذهب (بروس بلر) إلى أن الإرهاب قابل للتعريف فيما إذا كانت الأعمال التي يضمها معناه، يجري تعدادها وتعريفها بصورة دقيقة وبطريقة موضوعية دون تمييز فيما يتعلق بالفاعل مثل الأفراد وأعضاء الجماعات السياسية وعملاء دوله من الدول.<sup>7</sup>

1 محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط2، 1987، مادة رهب، ص118. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، مادة رهب، 436/1.

2 حسن سعيد الكرمي، المغني الأكبر إنجليزي - عربي، مكتبة لبنان، 1987 م، ص 1448، سهيل إدريس، قاموس المنهل (فرنسي - عربي)، ط13، دار الآداب، بيروت، 1994 م، ص 1015.

3 د. إمام حاسنين عطا الله - الإرهاب البناني القانوني للجريمة - دار المطبوعات الجامعية 2004-ص97

4 العقيد الركن. عبد الرحيم عبد الجبار، نشوء الإرهاب وتطوره والأساليب الملائمة لمعالجته، جامعة البكر للدراسات العسكرية العليا، 1989 م، ص 37

5 د. هيثم عبد السلام محمد، مفهوم الإرهاب في الشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص 24.

6 بريان جنكيز - اشار اليه د- أحمد جلال عز الدين - الارهاب والعنف السياسي - كتاب الحرية رقم 10 مارس 1986 - ص 26

7 د. وداد جابر غازي - الإرهاب وأثره على العرب، مجلة العرب والمستقبل، تصدرها الجامعة المستنصرية، السنة الثانية أيار 2004 - ص 55.

فقد ذهب وفد الولايات المتحدة في الدورة الثامنة والعشرين للجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلق بالإرهاب وطرق معالجته إلى اقتراح تعريف ظاهرة الإرهاب على " أن الإرهاب فعل منسوب إلى كل شخص يقتل شخصاً آخر في ظروف مخالفة للقانون أو يسبب له ضرراً جسدياً بالغاً أو يخطفه أو يحاول القيام بفعل كهذا أو يشارك شخصاً قام أو حاول القيام بفعل كهذا"<sup>1</sup>

وعلى وفق هذه النظرية في تعريف الإرهاب فإنها تهدف إلى أن أساليب العمليات الإرهابية في تطور مستمر بحيث لا يمكن التنبؤ بجميع الأفعال، لذا فإن تحديدها في التعريف في غاية الصعوبة، وكذلك أنها أغفلت أمراً مهماً الهدف من الإرهاب، الذي يهدف لتحقيق أغراض سياسية الذي يعتبر المحتوى الأساسي للإرهاب حتى نستطيع التفرقة بينها وبين الجرائم العادية الأخرى كالقتل والسطو.<sup>2</sup>

وهذا الاتجاه ينسجم مع توجه الدول الكبرى التي تهيمن على العالم الثالث، إذ تعتبر الكفاح المسلح من أجل تقرير المصير عمل إرهابي<sup>3</sup>، فلا يخفى ما يكتنف هذا التحديد من قصور من حيث أنه تجاوز عن أهم عنصر من عناصر الجريمة الإرهابية، وهو الغرض أو الهدف السياسي، كما إن التحديد الحصري لجرائم معينة على أنها إرهابية يؤدي إلى خروج الكثير من الجرائم من دائرة الإرهاب، لا لشيء سوى إنها لم تذكر في ضمن هذا النوع من الجرائم متجاوزين عما قد يجلبه التطور العلمي والتكنولوجي من صور جديدة للجرائم الإرهابية.

#### ثانياً: الاتجاه المعنوي - الموضوعي - في تعريف الإرهاب :

يركز هذا الاتجاه على الموضوعية والدراسة العلمية التي يقوم بها الباحثون المخصصون بهذا الشأن من أجل الوصول إلى ما تصبو إليه الإنسانية المعذبة التي تروم التخلص من هذا الوباء، مع الأخذ بعين الاعتبار أهدافه ودوافعه التي يسعى إليها الإرهابي من خلال عمله، بغض النظر عن الأساليب والأشكال.<sup>4</sup>

فالركن المعنوي في الجريمة الإرهابية يتجلى في غاية الإرهاب ذاته، وهو توظيف الرعب والفرع الشديد لتحقيق مآرب سياسية أياً كان نوعها، سنذكر عدة تعريفات على النحو التالي :

- عرفه مؤتمر فرسافيا لتوحيد القانون الجزائي المنعقد عام 1930م الجريمة الإرهابية "بأنها الاستعمال العمدي لكل وسيلة قادرة على إحداث خطر جماعي، ويعتبر الرعب عنصراً أساسياً في تكوين هذه الجريمة"<sup>5</sup>
- عرفه المؤتمر الدولي الذي عقدت تحت إشراف عصبة الأمم المتحدة عام 1937م من أجل عقد اتفاقية دولية لقمع ومنع الإرهاب "بأنها الأفعال الجنائية الموجهة ضد دولة ويكون الغرض منها أو يكون من طبيعتها إثارة الفرع والرعب لدى شخصيات معينة أو جماعات من الناس أو لدى الجمهور"<sup>6</sup>

1 العقيد الركن. عبد الرحيم عبد الجبار، نشوء الإرهاب وتطوره والأساليب الملائمة لمعالجته، مرجع سابق، ص 39.

2 د.هيثم عبد السلام محمد، مفهوم الإرهاب في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 25.

3 حق تقرير المصير تعني أن لكل أمة الحق في أن تكون مستقلة، وأن تحدد لنفسها نظام حكمها، انظر: د. محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، دار المعارف، الإسكندرية، 1981، ص 235.

4 انظر: نشوء الإرهاب وتطوره، مرجع سابق، ص 37.

5 انظر: العميد. صبحي سلوم، الإرهاب: أسبابه ودوافعه، المؤتمر العربي الأول للمسئولين على مكافحة الإرهاب، جامعة الدول العربية، تونس 1419 هـ-1998م، ص 3.

6 د. حميد السعدي، مقدمة في دراسة القانون الدولي الجنائي، مطبعة المعارف، بغداد، ط 1، 1971، ص 138.

- عرفت الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب والجريمة الإرهابية بأنها "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيا كان بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة، أو اختلالها أو الاستيلاء عليها، أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر"<sup>1</sup>
  - عرفته دائرة المعارف الحديثة بالقول: "الإرهاب من الوسائل التي يستخدمها الحكم الاستبدادي لإرغام الجماهير على الخضوع والاستسلام لها، وذلك بنشر الدرع والفرع بينها"<sup>2</sup>.
  - وعرفه د.صباح كرم شعبان الإرهاب: "بأنه العمليات العنيفة المنسقة المادية والمعنوية التي تحوي نوعاً من القهر بغية تحقيق غاية معينة"<sup>3</sup>
  - عرفه د.أدونيس العكرة بأنه: "منهج نزاع عنيف يرمي الفاعل بمقتضاها وبواسطة الرهبة الناجمة عن العنف إلى تغليب رأيه السياسي أو إلى فرض سيطرته على المجتمع أو الدولة من أجل المحافظة على علاقات اجتماعية عامة، أو من أجل تغييرها أو تدميرها"<sup>4</sup>.
  - عرفه اللواء د.أحمد جلال عز الدين بأنه "إستراتيجية عنف منظم ومتصل من خلال جملة من أعمال القتل والاعتقال وخطف الطائرات واحتجاز الرهائن وزرع المتفجرات، وما شابه ذلك من أفعال أو التهديد بها تهدف إلى خلق حالة من الرعب العام، وذلك بقصد تحقيق أهداف سياسية"<sup>5</sup>.
  - تعريف واتسون "أنه إستراتيجية أو طريقة تحاول عن طريقها جماعة منظمة أو حزب من أجل جلب الانتباه لأهدافه أو فرض التنازلات لأغراضه من خلال الاستعمال المنظم للعنف"<sup>6</sup>.
  - تعريف جونزبرج: "هو الاستعمال العملي للوسائل القادرة على إحداث خطر عام يهدد الحياة أو السلامة الجسدية أو الصحية أو الأموال العامة"<sup>7</sup>.
  - تعريف الوازي: "كل فعل يرمي إلى قلب الأوضاع القانونية أو الاقتصادية التي تقوم على أسسها الدولة"<sup>8</sup>.
  - عرفت دول عدم الانحياز عام 1984م الإرهاب بأنه "نوع من العنف تقوم به قوى استعمارية، عنصرية، أو نظام ضد الشعوب المناضلة من أجل الحرية"<sup>9</sup>.
- وبعد هذه الجولة من التعريفات وهي طويلة حتى يتبين للقارئ الاختلاف الكبير والتشديد في تعريف الإرهاب، ويرى الدكتور إمام حسنين عطا الله "إننا نشاع الرأي الذي يرى إن الإرهاب هو طريقة أو أسلوب فهو

1 العميد صبحي سلوم، الإرهاب: أسبابه ودوافعه، مرجع سابق، ص 4.

2 أحمد عطية الله، دائرة المعارف الحديثة، مكتبة الإنجلو الأمريكية، ط 2، 1، 67/1975.

3 العميد صبحي سلوم، الإرهاب: أسبابه ودوافعه، مرجع سابق، ص 4.

4 أدونيس العكرة، ظاهرة الإرهاب السياسي بحث في أصول الظاهرة، دار الطليعة، بيروت، 1983، ص 93.

5 د.أحمد عز الدين، مكافحة الإرهاب، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1987، ص 6.

6 هيفاء أحمد محمد يونس، ظاهرة العنف السياسي في الوطن العربي، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية، جامعة بغداد، 1419هـ-1998، ص 8.

7 عبد الناصر حريز، الإرهاب السياسي دراسة تحليلية، مكتبة مدبولي، ط 1، 1996، ص 26-27.

8 المرجع السابق.

9 مقالة د.كميل حبيب، إسرائيل دولة الإرهاب، مجلة الفكر العربي، بيروت، 1999، ص 5.



سلوك خاص، وليس طريقة للتفكير أو وسيلة للوصول إلى هدف معين ويؤيد ذلك إن المقطع الأخير من كلمة **Terrorisme** بالفرنسية **Isme** تعني النظام أو الأسلوب فالإرهاب على ذلك هو الأسلوب أو الطريقة المستخدمة والتي من طبيعتها إثارة الرعب والفرع بقصد الوصول إلى الهدف النهائي".<sup>(1)</sup>

على أنه من المهم التأكيد على أن تكون أعمال العنف تلك، أعمالاً غير مشروعة لتمييز الفعل الإرهابي عن أعمال العنف المشروعة كأعمال المقاومة والكفاح المسلح.

ومن ثم يمكن تحديد عناصر تعريف الجريمة الإرهابية فيما يلي<sup>2</sup> :

- 1- العنف غير المشروع.
- 2- التنسيق والتنظيم.
- 3- أن يؤدي العنف إلى خلق حالة الرعب والفرع.
- 4- أن يهدف العمل إلى تحقيق أهداف سياسية أو دينية أو عقائدية أو عنصرية بعيدة عن الغايات الفردية، ويستوي أخيراً أن يمارس هذا العنف المنسق وغير المشروع من الأفراد أو المؤسسات أو الدولة مادامت قد اجتمعت فيه العناصر المذكورة الأخرى.

وهكذا فإننا نخلص من عرضنا السابق لمفهوم الإرهاب إلى أن الإرهاب ظاهرة عالمية، عرفها الإنسان منذ القدم، وقد فشل القانون الدولي حتى الآن في إيجاد تعريف موضوعي لمفهوم الإرهاب، وذلك نظراً لتضارب مصالح الدول المؤثرة في العالم وازدواجية المعايير،<sup>3</sup> إلا أنه يوجد إجماع دولي حول بعض الأفعال التي تشكل إرهاباً، وقد اتفق على شجبتها ومكافحتها.

#### المطلب الثاني : أشكال الإرهاب ومقوماته :

منذ أواخر الستينيات وأوائل السبعينات من القرن الماضي، كثر تداول مصطلحات "الإرهاب"، "الإرهاب الداخلي"، "الإرهاب الدولي"، "إرهاب الدولة"، "الإرهاب المضاد" في وسائل الإعلام المحلية والعالمية،<sup>4</sup> كما تسابقت الصحف إلى الأخبار عن الحوادث المروعة والمفجعة، كخطف الطائرات، وتفجير السيارات المملوغة، وتخريب السفارات والإغارة على البعثات الحكومية وغير الحكومية، وإرسال الطرود المحشوة بالمواد الكيماوية، وأعمال الإثارة والاستفزاز، لقتل وإرهاب المزيد من الضحايا.<sup>5</sup>

فالإرهاب قد يقوم به فرد، أو مجموعة، أو مجموعات منظمة من الأفراد، وقد تقوم به حكومة أو دولة ضد شعب، أو دولة أو دول أخرى.

1- د. امام حسنين عطا الله ، مرجع سابق، ص123، د- محمد مؤنس محب الدين، الإرهاب والعنف السياسي ، مجلة الأمن العام عدد 94 السنة 24 يوليو 1981، ص274.

2- د- فكري عطا الله عبد المهدي، الإرهاب الدولي - المتفجرات، دار الكتب الحديثة، 2000، ص14

3 فتح الرحمن عبد الله الشيخ، قضايا عربية في القانون الدولي المعاصر، القاهرة، 1996، ط1، ص162.

4 أحمد محمد رفعت، صالح بكر الطيار، الإرهاب الدولي، مرجع مركز الدراسات العربي الأوروبي، باريس، ط1، ص158

5.أيموش سفيان، تحت اشراف د.بوقوق أمحمد، جهود منظمة الأمم المتحدة في مكافحة الإرهاب الدولي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، 2004/2003، ص37.

فإذا كان الأفراد أو المجموعات، تلجأ للإرهاب وسيلة يائسة لجلب الاهتمام لقضيتهم، فإن الحكومات تلجأ إليه لردع خصومها علماً بأنه يتوافر لديها وسائل أخرى عوضاً عن ذلك أهمها الحلول السياسية.<sup>1</sup>

## الفرع الأول: أشكال الإرهاب:

1- أشكال الإرهاب وفقاً لنطاقه: وعلى أساس معيار نطاق النشاط الإرهابي، يمكن أن نميز بين الإرهاب الدولي والمحلي:

أ- الإرهاب المحلي: ويقصد به ممارسة العنف داخل نطاق الدولة الواحدة، قصد الإخلال بالنظام العام الداخلي، أي بالركائز الأساسية التي يقوم عليها المجتمع ومقوماته من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، والآداب العامة، تعريض أمن وسلامة المجتمع للخطر.<sup>2</sup>

ومميزات الإرهاب المحلي من خلال الخصائص التالية:

- أن تنحصر نتائج الفعل الإرهابي داخل حدود نفس الدولة.

- أن يتم الإعداد والتخطيط للعمل الإرهابي في نطاق السيادة القانونية والإقليمية لتلك الدولة.

- أن يكون تواجد المشاركين في الفعل الإرهابي داخل حدود ذات الدولة.

- ألا يكون هناك أي دعم مادي أو معنوي لذلك النشاط الإرهابي من الخارج.<sup>3</sup>

ويتم معالجة الإرهاب المحلي من خلال معالجة الأسباب الداخلية للإرهاب، وإصدار قوانين ونصوص عقابية على القتل والأذى والتخريب، فيمكن عقاب مقترفيه، لكن الحال أصعب بالنسبة للإرهاب الدولي.<sup>4</sup>

ب. الإرهاب الدولي: وهو الإرهاب الذي يأخذ بعداً أو طابعاً دولياً من خلال خلق حالة من الاضطرابات في العلاقات الدولية، وهذا البعد الدولي يتجسد من خلال:

- اختلاف جنسيات المشاركين في الفعل الإرهابي.

- تباين جنسية الضحية عن جنسية مرتكب الفعل الإرهابي.

- ميدان حدوث الفعل الإرهابي يخضع لسيادة دولة، ليست الدولة التي ينتمي إليها مرتكبوا الفعل الإرهابي، وهذا الميدان قد يكون جزءاً من إقليم الدولة، أو سفارة تابعة لتلك الدولة.

- وقوع الفعل الإرهابي ضد وسائل نقل دولية كالطائرات أو السفن أو مال يقع تحت الحماية الدولية.

1 إبراهيم محمد شعبان، الانتفاضة الفلسطينية في عامها الأول دراسة في ضوء أحكام، القانون الدولي العام، القدس سنة 1989. ص 105.

2 د. عبد الناصر حريز، مرجع سابق، ص 177.

3 مرجع سابق.

4 مرجع سابق

-تجاوز الأثر المترتب على العمل الإرهابي نطاق الدولة الواحدة، كأن يكون متجها نحو دولة أخرى أو منظمة أو تجمع دولي معين.

-تباين مكان الإعداد والتجهيز والتخطيط للعمل الإرهابي عن مكان التنفيذ، كأن يتم التخطيط في دولة ما، على حين يقع الفعل الإرهابي في إقليم دولة أخرى.

-تلقي المجموعة الإرهابية دعم أو مساعدة مادية أو معنوية خارجية.

-وقوع الفعل الإرهابي بتحريض دولة ثالثة، أو يشن بواسطتها.

-فرار مرتكبي الفعل الإرهابي ولجوئهم إلى دولة أخرى، بعد تنفيذ عملياتهم الإرهابية<sup>1</sup>.

هذا، وقد قررت لجنة الخبراء المنبثقة عن الإتحاد الدولي لتوحيد القانون الجنائي، أن الإرهاب يكون دولياً في الأحوال التالية :

1- في حالة إثارة اضطراب في العلاقات الدولية.

2- أن يكون الفاعلون لاجئون في الخارج.

3- أن يتم التجهيز للجريمة في بلد آخر خلاف الدولة المعنية بارتكاب الجريمة، أو أن يحدث الارتكاب للجريمة في غير الدولة المعنية.

وما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أن مثل هذا النمط من الإرهاب لا يخضع للاختصاص العقابي للدولة المعنية فحسب، بل تحكمه وتحدد العقوبات الرادعة له، مبادئ القانون الدولي العام المنبثقة عن المعاهدات والاتفاقيات الدولية في هذا الشأن.<sup>2</sup>

إن إطلاق صفة الدولي على الإرهاب في هذه الحالة، فيه خلاف بين الباحثين، لأن صفة الدولي " لا تصلح أن تطلق إلا على الاتفاقيات والعهود والصكوك والمعاهدات التي توقع عليها أغلب دول العالم وما في حكمها، وعليه، فوصف الإرهاب بـ "الدولي" يعني أن هناك دولاً كثيرة قد اتفقت على ممارسة الإرهاب، دون دول أخرى، وهذا ما يعطي انطباعاً بأن هناك مجتمعات خالية من الإرهاب، ويعطي فرصة لإلصاق تهمة الإرهاب بدول أخرى، ويفتح المجال للتلاعبات السياسية على الساحة الدولية<sup>3</sup>.

1 د.عبد الناصر حريز، مرجع سابق، ص178.

2 د.عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، مرجع سابق، ص10

3 د.محمد عبد العزيز أبو اسخيلة، الفوارق القانونية والسياسية بين مفهومي حق الشعوب في الكفاح المسلح من أجل تقرير المصير والإرهاب الدولي، مؤتمر اتحاد المحامين العرب السادس عشر المنعقد في الكويت سنة 1987م كتاب أبحاث المؤتمر، الجزء الثاني ص606-607

## 2- معيار الفاعلين :

وعلى أساس هذا المعيار، يمكن التمييز بين إرهاب الأفراد وإرهاب الدولة إن معيار الفاعل، والأكثر تناولاً لدى الباحثين والفقهاء القانونيين في تصنيف أشكال الإرهاب الحديث، وقد يحدث تدخل بين هذين النوعين، فالدولة ترتكب الإرهاب بنفسها أو بواسطة دعمها لبعض الأفراد أو الجماعات لتضعف بعض الدول الأخرى المنافسة، أم أن الجماعة الإرهابية إذا نجحت وسيطرت على مقاليد السلطة قد تستمر في استخدام<sup>1</sup>.

## أ. إرهاب الدولة :

قد تلجأ الدولة من خلال أجهزتها القمعية، لانتهاكات بليغة لحقوق الإنسان، من خلال التعذيب والقتل والقمع المسلح والحطف القسري، وإهدار حقوق الإنسان المنصوص عليها في الإعلان العالمي والمعاهدات الدولية، كما قد تقوم بالتحريض على العصيان، أو دعم الأشخاص والجماعات للقيام بتفجيرات ضد أهداف معينة، أو التدخل في شؤون دولة أخرى، وهنا تعتبر الدولة فاعلاً رئيسياً قائماً بإرهاب الدولة أو الإرهاب الرسمي المنظم.

ذلك الإرهاب الذي تقوده الدولة من خلال مجموعة " ويعرف إرهاب الدولة، على أنه الأعمال والسياسات الحكومية التي تستهدف نشر الرعب بين المواطنين -في الداخل- وصولاً إلى تأمين خضوعهم لرغبات الحكومة، أو في الخارج بهدف تحقيق بعض الأهداف التي لا تستطيع الدولة ولا تتمكن من تحقيقها بالوسائل والأساليب المشروعة"<sup>2</sup>

هو ما يطلق عليه الإرهاب الرسمي، ويعرفه د. إسماعيل غزال بـ "أن إرهاب الدولة تخويف المعارضة وإجبارها على طاعة الحكومة، أو إرهاب تقوم به دولة ضد نظام أو شعب"<sup>3</sup>، يسعى للتحرر والتخلص من الاستغلال والسيطرة الخارجية ويطلق البعض على هذا النمط من الإرهاب اصطلاحاً الإرهاب من أعلى من أخطر أشكال الإرهاب الدولي لأنه أداة، وهو حسب إبراهيم أبراش<sup>4</sup> " لسياحة الدولة والعدوان والبطش والسيطرة والتدخل في الشؤون الداخلية للدول وهو تعبير دعي إليه لينين عام 1917 كما نجد اصطلاح الإرهاب الأحمر لتمارسه الثورة السوفيتية قصد حمايتها من الثورة المضادة"<sup>5</sup>.

## ب. إرهاب الأفراد والجماعات :

إنه ووفقاً لمعيار الفاعلين، يميز أدونيس العكرة في إحدى مقالاته بين إرهاب الضعفاء وإرهاب الأقوياء، ويؤكد أن<sup>6</sup> المثير في الواقع السياسي الدولي هو أن أصابع الاتهام والتجريم تدل دائماً على إرهاب الضعفاء، أي المقهورين ومهضومي الحقوق، ولكن الإرهاب النووي يحتجز اليوم كرهائن جميع سكان العالم لدى مالكي هذا السلاح فهل

1. د. إمام حسانين خليل، الإرهاب بين التجريم والمشروعية، 2001، ص 53.

2. د. عبد الناصر حريز، الإرهاب السياسي، ص 174.

3. د. إسماعيل الغزال، الإرهاب والقانون الدولي. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1990، ص 19.

4. د. إبراهيم أبراش " : العنف السياسي بين الإرهاب والكفاح المسلح . " مجلة الوحدة ، السنة 6 ، العدد 67 ، المركز القومي للثقافة العربية، الرباط، 1990 ، ص 84 .

5. د. عبد الناصر حريز، مرجع سابق، ص 174.

6. أدونيس العكرة في: مجلة دراسات المتوسط. مركز دراسات البحر المتوسط. العدد 1، سبتمبر 1991، ص 48

يعني أن سارق الحقل بطل، وسارق الرغيف مجرم؟ ويضيف أن إرهاب المقهورين يولد من إرهاب القاهرين، وفي هذا يرجع الإرهاب الصادر عن الأفراد والجماعات إلى الإرهاب المنظم الذي تقوم به الدولة.

يقصد بالإرهاب الفردي أو الجماعي "ذلك الإرهاب الذي يرتكبه عادة أشخاص، سواء بشكل فردي أو تنظيم جماعي، وعادة ما يوجه ضد نظام دولة أو حتى ضد فكرة الدولة عموماً"<sup>1</sup> وهو إرهاب منتشر ومستمر ومتنوع في أهدافه ووسائله.

فمن خلال هذا التعريف يمكن القول أن إرهاب الأفراد هو أفعال عنف الترهيب المرتكبة من قبل فرد أو مجموعة أفراد أو منظمة مهيكلية، والذي يضيفي صفة الإرهاب على الفعل هو أن يكون الهدف من وراء ارتكابه سياسياً.

ويطلق البعض على هذا النمط من الإرهاب مصطلح : الإرهاب الأبيض<sup>2</sup> وآخرون يسمونه الإرهاب من أسفل،<sup>3</sup> كما يطلق عليه الإرهاب غير الرسمي.

إن الإرهاب الذي يمارسه الأفراد، يشكل خطراً كبيراً على المستوى الداخلي الوطني أو على المستوى الدولي، خاصة في العالم المعاصر، أن الهدف السياسي وراء هذا الإرهاب هو أكثر الأهداف شيوعاً، والتي يراد تحقيقها من ممارسته.

فعلى المستوى الداخلي، يمكن أن يستهدف الإرهاب الفردي زعزعة واستقرار نظام الحكم داخل الدولة، بقصد تغيير سياساتها التي لا تتوافق مع أهداف الفئة التي ينتمي إليها الإرهاب، كما أنه قد يمتد ليشمل بعض الأهداف الخارجية-خارج إقليم دولة الإرهابي- عبر استهداف شخصيات هامة أو مراكز حيوية، فيعرض العلاقات الدولية للخطر من خلال إمكانية لجوء الدول إلى قطع علاقاتها الخارجية مع الدولة المتهمة بالنشاط الإرهابي، أو قيام عمليات الثأر والحروب،<sup>4</sup> ويرجع إلى أن العاطفة الدينية تلعب دوراً مهماً لدى الأجيال الناشئة والمراهقين، لذا يمكن استغلال هذه العواطف لديهم، فيقدم المراهق على عمله بدافع ديني محض، غير مبالي بالنتيجة التي يدفع حياته ثمناً لها.<sup>5</sup>

## الفرع الثاني : مقومات الإرهاب :

للعمليات الإرهابية مقومات رئيسية تستند إليها، وأساليب معينة يعتمدها الأفراد أو الجماعات أو الدول في تحقيق أهدافهم والوصول إلى مبتغاهم، يمكن إيجازها على النحو التالي :

1 Noemi gal Op.Cit . p 1

2 Leonard. B. Weinberg and Paul B. Davis, Op.Cit. p- 12

3 إبراهيم أبراش ، مرجع سابق، ص84.

4 عبد الرحيم صدقي، الإرهاب السياسي والقانون الجنائي -دار النهضة العربية، القاهرة ، 1985 ، ص86

5 د.سليم قرحالي، مرجع سابق، ص 50 نقلا عن : مصطفى غالب، في سبيل موسوعة نفسية، دار الهلال، بيروت1993، ص153

أ. العنف : يستخدم كوسيلة لتحقيق الهدف المرجو والهدف يكون سياسياً بالأساس، فالإرهاب فعل يستعمل العنف أو يهدد باستعماله والعنف في الإرهاب هو عنف منظم تعد وسائله تجهز، وبقدر ما ينظم بدقة، بقدر ما تكون النتائج التي يحققها مطابقة لما كان منتظراً ومتوقفاً لها أن تكون، فيمكن القول أن العنف لغة الإرهابيين.<sup>1</sup>

ب. الرعب : وهو يعني الخشية والاضطراب العنيف للنفس والفرع البالغ ويختلف الرعب عن الخوف والفرع والمفاجأة، واللذان يؤديان إلى اضطراب محدود لا يفقد معه الإنسان إرادته على المدى الطويل، أما الرعب فهو الذي يؤدي إلى فقدان الإنسان لإرادته أو سيطرته الفعلية على الأمور، الأمر الذي يؤدي إلى إحداث نوع من السيطرة والتحكم في البيئة المحيطة بالعمليات الإرهابية.<sup>2</sup>

ج. النتائج المحققة : فعندما ينجح الإرهاب في عملياته، هذا يعني بديهياً أنه قد حقق نتيجة حسية معينة، وفي بعض الأحيان يمكن أن تكون هذه النتيجة متعددة الأبعاد والاتجاهات لأنها تقاس بالنظر إلى طبيعة العملية وإلى الضحية ومكانتها، وأخيراً بالنظر إلى الهدف المقصود.

أما إذا فشلت العملية الإرهابية، فإن ظل الرعب يبقى مخيماً، كما تستمر حالة الإرهاب في أعماق النفوس التي تبقى في انتظار عمليات أخرى ربما تكون ناجحة، فحالة الرعب هي نتيجة ملموسة، يكون قد حققها الإرهاب فعلياً بالرغم من فشله عملياً.<sup>3</sup>

**المطلب الثاني : المواثيق والاتفاقيات الإقليمية والدولية المعنية بمكافحة الإرهاب :**

**أولاً : الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب :**

تأخر الجهد العربي في مكافحة الإرهاب حتى عام 1994<sup>4</sup> عندما دعى مجلس وزراء العرب إلى ضرورة وضع إستراتيجية أمنية عربية لمكافحة الإرهاب وصياغة اتفاقية عربية مشتركة لمكافحة التطرف وتم تأجيل مناقشة المشروع إلى الاجتماع في 1995/11/11 الذي اصدر قراراً يقضي بتعميم مشروع الاتفاقية على الدول الأعضاء لدراسته وإبداء الآراء والمقترحات لعرضها في الاجتماع في الثاني عشر من نوفمبر 1996 وفي ابريل 1998 أبرمت الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب والتي تتكون من ديباجة وأربعة أبواب وتحتوي 42 مادة .

وفي المادة الأولى من الاتفاقية عرف الإرهاب بأنه "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيا كانت بواعثه أو أغراضه ، يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي ، وبهدف إلقاء الرعب بين الناس ، أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم وأمنهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة، أو احتلالها أو الاستيلاء عليها ، أو تعريض احد الموارد الوطنية للخطر " .<sup>5</sup>

1- أدونيس العكره، مرجع سابق، ص 73.

2- محمد غالب بكزادة، الأمن وإدارة أمن المؤتمرات، دار النجم للنشر والتوزيع، القاهرة، ط2، 2000، ص 296 ، 297.

3- أدونيس العكره، مرجع سابق، ص 74.

4- انظر نعمه علي حسين ، مشكله الإرهاب الدولي ، مركز البحوث والمعلومات ، بغداد 1984 ص 70

5- العميد صبحي سلوم، الإرهاب: أسبابه ودوافعه، مرجع سابق، ص 4.

كما أوضحت المادة الأولى في الفقرة الثانية منها بان الجريمة الإرهابية هي الجريمة أو الشروع فيها التي ترتكب لغرض إرهابي في أي من الدول المتعاقدة أو على رعاياها أو ممتلكاتها أو مصالحها، وعلى أن تعد من الجرائم الإرهابية الجرائم المنصوص عليها في المعاهدات الدولية عدا ما استثنته منها تشريعات الدول المتعاقدة أو التي لم تصادق عليها.

وقد قررت الاتفاقية العربية نزع الصفة السياسية عن بعض الجرائم حتى لو ارتكبت بدافع سياسي<sup>1</sup> غير أنها أكدت في المادة الثانية على أنه " لا تعد جريمة إرهابية، حالات الكفاح بمختلف الوسائل بما في ذلك الكفاح المسلح ضد الاحتلال الأجنبي والعدوان من أجل التحرير وتقرير المصير، وفقاً لمبادئ القانون الدولي ولا يعتبر من هذه الحالات كل عمل يمس بالوحدة الترابية لأي من الدول العربية".

### ثانياً: الاتفاقيات الدولية لمكافحة الإرهاب:

أعد المجتمع الدولي الكثير من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالإرهاب منها ما تم إبرمه في عهد عصبة الأمم، ولعل الاتفاقية جنيف لمنع ومقاومة الإرهاب عام 1973 كانت أول محاولة على المستوى الدولي، وقد دعت إلى إنشاء محكمة جنائية دولية تنظر في قضايا الإرهاب وعرفت الأعمال الإرهابية بأنها الوقائع الإجرامية الموجهة ضد دولة وهدفها أو طبيعتها هو إثارة الرعب لدى شخصيات محددة في مجموعات أوفى الجمهور وعلى أي حال فإن هذه الاتفاقية لم تصبح نافذة المفعول لعدم تصديقها إلا من دوله واحدة،<sup>2</sup> وقد أعقبت هذه الاتفاقية العديد من المعاهدات الدولية الخاصة بأشكال محددة من الإرهاب منها اتفاقية طوكيو الخاصة بالجرائم والأفعال التي ترتكب على متن الطائرة والموقعة بتاريخ 1963/9/14<sup>3</sup> واتفاقية لاهي بشأن مكافحة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات والموقعة بتاريخ 1970/12/26<sup>4</sup> واتفاقية مونتريال الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة والموجهة ضد سلامة الطيران المدني الموقعة في 1971/9/23 والبرتوكول الملحق بها الموقع في مونتريال في 1984/5/10<sup>5</sup> واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار 1982 فيما يتعلق بالقرصنة البحرية واتفاقية مكافحة العمليات الإرهابية بواسطة المتفجرات بتاريخ 1997/12/15 التي نصت على أنه " يرتكب جريمة كل شخص يقوم عمداً وبصورة غير مشروعة على تسليم أو وضع أو تفجير قذيفة قاتلة في مكان عام أو إدارة رسمية، منشآت عامة، وسيلة نقل أو بنية تحتية بقصد التسبب بوفاة أشخاص أو أضرار مادية بالغة الخطورة لإيقاع التخريب وإلحاق خسائر اقتصادية جسيمة والارتكاب أو محاولة الارتكاب أو الاشتراك أو التدخل"، كما جاء في اتفاقية منع تمويل الإرهاب التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1999/12/9 "يشكل جرماً قيام أي شخص بأنه وسيلة وبصورة غير مشروعة و قصداً بجميع الأموال بهدف استعمالها مع العلم لارتكاب جرم من جرائم الإرهاب وكل عمل يرمي إلى قتل أو جرح مدني وشخص لا يشترك في أعمال حربية".<sup>6</sup>

1 المادة الثانية من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب والجريمة الإرهابية.

2 د. محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1991، ص101

3 د. آمال حماد، الإرهاب والمقاومة في ضوء القانون الدولي العام، بيروت، 2003، ص41.

4 المرجع السابق، ص47

5 المرجع السابق، ص51.

6 ميشيل ليان، الإرهاب والمقاومة في القانون الدولي، [www.Htm.Moqawama.org/arabic/rt\\_resis/doc2002/qanoun](http://www.Htm.Moqawama.org/arabic/rt_resis/doc2002/qanoun).

غير انه وبالرغم من كثرة وتشعب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالإرهاب بقيت مهمة تحديد المقصود بالإرهاب في القانون الدولي محل الاختلاف الآراء بين القانونيين إلا أن المتفق عليه هو ضرورة اتخاذ الخطوات الجادة في سبيل مكافحة الإرهاب وفي هذا السبيل أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1996 لجنة خاصة بالإرهاب مهمتها إعداد اتفاقية دولية ملزمة لمكافحة الإرهاب.<sup>1</sup>

### ثالثاً: القرارات الدولية :

صدرت العديد من القرارات الدولية عن الجمعية العامة للأمم المتحدة تتضمن إدانة أعمال الإرهاب أو أشكال معينة منه لاسيما مجال خطف الطائرات 1971 وخطف الدبلوماسيين 1973، كما دعت الجمعية العمومية للأمم المتحدة في قرارها المرقم 60/49 في 1994/12/9 جميع الدول ومجلس الأمن ومحكمة العدل الدولية والوكالات المتخصصة لتطبيق إعلانها المتعلق بإجراءات إزالة الإرهاب الدولي الملحق بقرارها ذاته، وقد تضمن هذا الإعلان إدانة كاملة لأعمال الإرهاب بكل أشكاله ومظاهره بما في ذلك الأعمال التي تكون الدولة متورطة فيها بشكل مباشر أو غير مباشر.<sup>3</sup>

ووجوب إحالة القائمين بالأعمال الإرهابية إلى العدالة من أجل وضع حد نهائي لها سواء كان مرتكبها أفراد عاديين أو موظفين رسميين أو سياسيين وقد أكد الإعلان على ضرورة التعاون بين جميع الدول من اجل تعزيز مبادئ الأمم المتحدة وأهدافها وتوفير السلام والأمن الدوليين وتعديل واستحداث القوانين الداخلية للدول بما يتلاءم مع هذه الاتفاقيات.<sup>4</sup>

إذا نظرنا إلى الإرهاب بصورة عامة يوجد موقفان منه<sup>5</sup> "الموقف الأول الرافض للإرهاب بغض النظر عن الدوافع، بما أن العمليات "الإرهابية" تستهدف غالباً مصالح أو أفراد ينتمون للولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل وللدول الأوروبية، فإن هذه الدول تبذل قصارى جهدها لإسقاط أي صفة شرعية عن هذه العمليات، فتضع في سلة واحدة كل العمليات الإرهابية سواء منها العمليات الإرهابية الدموية التي تمارسها جماعات لا تمثل إلا نفسها أو قطاع صغير من الشعب والعمليات التي تمارسها دول متطرفة في مواقفها السياسية ومنبوذة دولياً، أو العمليات التي تُمارس من قبل حركات تحرر معترف بها دولياً وتُمارس كفاحها المسلح كحق من الحقوق التي منحها المنتظم الدولي وتطبيقاً لحق تقرير المصير.

فأنصار هذا التيار المعارض كلياً للإرهاب السياسي يكرس كل وسائله الإعلامية لمحاربة هذه الظاهرة والتنديد بمن يقف وراءها دون البحث في أهدافها والدوافع الكامنة وراء ممارسة هذا الضرب من العنف السياسي، وقد

1 قامت هذه اللجنة بإعداد مشروع اتفقيه دوليه لقمع الإرهاب النووي (الوثيقة a/c6/3/4) وهي مازالت قيد التشاور وهذه الاتفاقية تحصر الإرهاب بالإفراد وحدهم وتستثني الدول كما أعدت مشروع اتفقيه شامله بشأن الإرهاب الدولي تقدمت بها الهند بالوثيقة c.6/55/6 المعدلة بالوثيقة المقدمة في 2000/8/28 وهي مازالت قيد التشاور .

2 من ذلك اعلان الأمم المتحدة الشهير عام 1970 في دورتها الخامسة والعشرين وقرارها الصادر في الدورة 24 في 1979/ 12/12 وفي الدورة 25 في 1980 /11 /25 وقرار مجلس الأمن عام 1970

3 الجمعية العمومية للأمم المتحدة، قرارها رقم 60/49 في 1994 /12/9.

4-د. محمد عزيز شكري، لإرهاب الدولي، مرجع سابق، ص 27.

5 د. إبراهيم أبراش، الجهاد: شرعية المبدأ والتباس الممارسة، منشورات ألوان مغربية، مكناس (المغرب) 2003، ص:31.



تحفظت هذه الدول ودول أخرى تدور في فلكها بشأن شرعية نضال حركات التحرير الوطنية، وهذا ما ظهر جليا من خلال الاجتماعات المتكررة للجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس الأمن لبحث هذه الظاهرة، وكما يظهر من خلال التعريف الذي تعطيه هذه الدول للإرهاب الدولي. عرّفت الولايات المتحدة الإرهاب الدولي بأنه: " التهديد باستخدام العنف لأغراض سياسية بواسطة أفراد أو جماعات سواء يعملون مع / أو معارضون لسلطة حكومية ثابتة، سواء قصد بأعمالهم صدم أو إكراه جماعة مستهدفة أوسع قدرا من الضحايا المباشرين"<sup>1</sup>.

أما الموقف الثاني فإنه يبحث عن الدوافع قبل الإدانة من دعة هذا الموقف مجموعة من دول العالم الثالث بما فيها الدول العربية، ويتلخص موقفها في أن معالجة (الإرهاب الدولي) لا تتم بمجرد إدانته أو تجريم مرتكبيه، لأن هذا لا يشكل إلا نصف القضية ولن يحل المشكلة، إن محاربة الإرهاب الدولي تكمن في البحث في جذور الظاهرة، وبواعثها، وأهداف القائمين بها، فالغاية قد تبرر الوسيلة أحيانا<sup>2</sup>.

وفي عام 1973 أخذت الجمعية العامة للأمم المتحدة بوجهة نظر التيار الثاني في تحديد موقفها من " الإرهاب الدولي" فجاء في توصيات الجمعية العامة حول الموضوع: " على الرغم من الحاجة إلى مكافحة الإرهاب الدولي وغيره من وسائل العنف التي تهدد أرواح الأبرياء أو تحرم الأفراد من حرياتهم الأساسية إلا أن الأمر يتطلب دراسة الأسباب التي تكمن وراء ممارسة الإرهاب، والتي تجد جذورها في الإحساس باليأس والإحباط والظلم، والذي يدفع بعض الناس إلى التضحية بالأرواح الإنسانية، بما في ذلك أرواحهم هم أنفسهم وذلك من أجل أحداث تغييرات راديكالية في معالم هذه الصورة القائمة"<sup>3</sup>.

### المبحث الثالث: التفرقة بين الإرهاب وأعمال المقاومة الشعبية المسلحة:

لعل من أصعب وأدق المشاكل القانونية التي واجهت الدارسين لمشكلة الإرهاب الدولي هي مسألة التفرقة بين أعمال الإرهاب، وتلك الأعمال التي تقوم بها حركات التحرر الوطني وصولا لحقها في تقرير المصير.

إذا كانت الأمم المتحدة وجمعيتها العامة تحديداً ممثلة بلجنتها السادسة قد درست موضوع الإرهاب بناء على طلب الأمين العام للأمم المتحدة في أعقاب حادث ميونيخ سنة 1972م، حيث أدرجت مشكلة الإرهاب في حينه على جدول أعمال الدورة السابعة والعشرين، فقد كانت أساليب الإرهاب التي تمارس خلال الصراع من أجل التحرر الوطني من أكثر الأمور التي بحثت صعوبة ودقة، ولذلك فقد انقسمت الوفود المشاركة في حينه إلى فريقين، فذهب الفريق الأول إلى القول باستحالة إدانة الإرهاب الذي يمارس بهدف الوصول إلى الحق في تقرير المصير، في حين ذهب الفريق الثاني إلى القول بأن التسليم بشرعية المقاومة الشعبية المسلحة من أجل تقرير المصير، لا يعني مجال التسليم للمقاومة الشعبية بممارسة أساليب الإرهاب<sup>4</sup>.

1 كما عرفة المركز القومي للتقييم التابع لوكالة المخابرات المركزية الأمريكية وأوردته مجلة "أوريس" 1984.

2 إبراهيم أبراش، الجهاد: شرعية المبدأ والتباس الممارسة، مرجع سابق، ص 15.

3 توصيات الدورة السابعة عشرة للجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1973.

4 صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي، ص 492.

وقد جاءت التوصية رقم 3034 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بناء على اقتراح اللجنة السادسة انتصار للرأي الأول.

فقد أكدت على الحق في تقرير المصير وأقرت شرعية نضال الشعوب الخاضعة للاستعمار، كما أدانت أعمال الإرهاب التي تمارسها الأنظمة الاستعمارية ضد حقوق الشعوب في تقرير مصيرها.<sup>1</sup>

### المطلب الأول: التعريف بحق تقرير المصير:

ليس هناك تعريف محدد لحق تقرير المصير ولا لكيفية تحقيقه، مما دفع البعض إلى إنكار القيمة القانونية الملزمة له باعتبار أنه مبدأ يحيطه الغموض، وقد انعكس ذلك على التعريفات العديدة التي قيلت حوله،<sup>2</sup> غير أنه عندما أثير موضوع تقرير المصير خلال الحرب العالمية الأولى، كان الرئيس الأمريكي ويلسون قد أعطى تأييده للمبدأ قبل دخول دولته الحرب.<sup>3</sup>

وفي عهد عصبة الأمم لم يتم النص على مبدأ تقرير المصير ضمن العهد الخاص بالعصبة، وإن كان قد طبق معناه في النصوص المتعلقة بحماية الأقليات، وعن طريق وضع نظام الانتداب،<sup>4</sup> غير أنه عندما تم وضع ميثاق الأمم المتحدة في أعقاب الحرب العالمية الثانية تم النص صراحة على تقرير المصير في المادتين الأولى والخامسة والخمسين منه.<sup>5</sup>

ورغم اختلاف الفقهاء في تعريف تقرير المصير وتحديد طبيعته، إلا أنه يمكن القول بأن تقرير المصير يعني "أن يكون لكل شعب الحق في تكوين دولة مستقلة وأن يختار نظامه السياسي بحريته"<sup>6</sup> ونظراً لأن تقرير المصير من الحقوق الجماعية وليست الفردية، فإنه لم يتم النص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948م، وهو الذي عني أساساً بالحقوق الفردية إلا أنه مع ذلك أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته الأولى، وهو مبدأ المساواة الذي اشتق منه حق تقرير المصير.<sup>7</sup>

وحتى نكون بصدده حالة إنكار لتقرير المصير لا بد من توافر ثلاثة شروط هي:

### 1. وجود مجموعات من السكان ذات وجود مشترك في إقليمها.

1 أحمد محمد رفعت، والطيار صالح بكر، الإرهاب الدولي، ص 146.

2 عباس موسى النقيب عدنان، تغيير السيادة الإقليمية وأثارها في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1989م، ص 189 – 192.

3 علي جعفر عبد السلام، معاهدة السلام المصرية الإسرائيلية دراسة تأصيلية وتحليلية على ضوء أحكام القانون الدولية سنة 1980، دار نهضة مصر للطباعة والنشر، ص 219 – 220.

4 The Right of self Determination of the Palestinian people, prepared for, and under guidance of the committee on the Exercise of the Inalienable Right of the Palestinian People United nations, New york, 1979, Document No. ST/SG/SER./F/3, sales No., E. 78.1.22

5 لقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من الفصل الأول على أن من أهداف ومبادئ الأمم المتحدة "إنماء العلاقات الودية بين الأمم على أساس احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب، وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها وكذلك اتخاذ التدابير الأخرى الملائمة لتقرير السلم العام. أما المادة (55) من الفصل التاسع الخاص بالتعاون الدولي الاقتصادي والاجتماعي فقد نصت على أنه "رغبة في تهيئة دواعي الاستقرار والرفاهية الضرورية لقيام علاقات سلمية ودية بين الأمم مؤسسة على احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية بين الشعوب وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها تعمل الأمم المتحدة على ...".

6 محسن علي جاد، معاهدات السلام في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1987م، ص 688

7 The Right of Self Determination of the Palestinian people (prepared for, and under guidance of the Committee on the Exercise of Inalienable Right of the Palestine People) U.N, New York 1979, op. Cit, P5.

2. خضوع هذه المجموعات السكانية لسيطرة قوة غريبة عنها، سواء أكانت مجرد قوة عسكرية تابعة لدولة أخرى أم قوة أجنبية استيطانية تقيم على نفس الإقليم.

3. أن يتم حرمان هذه المجموعات السكانية صاحبة الإقليم من حقها في ممارسة سيادتها عليه.<sup>1</sup>

ومما تجدر الإشارة إليه أن جانباً من الفقه الاستعماري الغربي يحاول أن يحيط الوضع الدولي لحركات التحرر الوطني بالشك، وذلك من خلال قولهم بأن تقرير المصير لا يزال مجرد مبدأ ولم يتحول بعد إلى حق، ولذلك يرون أن نضال هذه الحركات يعد إرهاباً يجب استنكاره. وقد اتخذت الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأوروبية - تحت ستار قانوني - موقفاً مناهضاً لمنظمة التحرير الفلسطينية ومؤيدين لإسرائيل.<sup>2</sup>

ويمكن القول أن الخلاف حول تقرير المصير كان محتدماً قبل وضع ميثاق الأمم المتحدة، ولكن بعد صدور ميثاق الأمم المتحدة ونصه على تقرير المصير في المادتين 2/1 و 55 منه، اتجه جانب كبير من الفقه إلى اعتباره حقاً قانونياً وليس مجرد مبدأ سياسي،<sup>3</sup> ولذلك ذهب البعض إلى القول بأن "مبدأ تقرير المصير للشعوب قد تحول من مبدأ سياسي إلى مبدأ قانوني، وعلى الأرجح فقد تحول أيضاً من مبدأ قانوني إلى حق قانوني"<sup>4</sup>

وقد أكدت الأمم المتحدة ذلك بالعديد من القرارات التي أصدرتها ومنها القرار رقم 637 بتاريخ 1970/12/16، الذي اعتبرت فيه حق الشعوب في تقرير مصيرها شرطاً أساسياً للتمتع بسائر الحقوق والحريات الأخرى، وقد جاءت الاتفاقيتان الدوليتان (الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية الثقافية) لتدعما هذا الموقف.<sup>5</sup>

وقد أجاز الفقه الدولي استخدام القوة لاستخلاص هذا الحق في حال الاعتداء عليه.<sup>6</sup>

### المطلب الثاني: الفرق بين الإرهاب وأعمال حركات التحرر الوطني:

لعبت هيئة الأمم المتحدة دوراً بارزاً في محاربة الاستعمار، وأكدت في كثير من قراراتها على حق الشعوب الخاضعة له بالتحرر منه بكافة الوسائل، ونصت على ذلك في كثير من قراراتها، ومنها على سبيل المثال: القرار رقم 3101 الصادر في 1972/12/12 في الدورة الثامنة والعشرين، وقد أعطت الجمعية العامة لهذه الشعوب - لأول

1 تيسير شوكت النابلسي، الاحتلال الإسرائيلي للأراضي العربية، دراسة لواقع الاحتلال الإسرائيلي في ضوء القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس سنة 1975م، ص 254.

2 عبد الله الأشعل، المركز القانوني الدولي لمنظمة التحرير الفلسطينية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية سنة 1988، ص 106.

3 تيسير شوكت النابلسي، الاحتلال الإسرائيلي للأراضي العربية، مرجع سابق، ص 256 - 257.

4 Bin Talal, Hassan. (Crown Prince of Jordan). Palestinian self Determination, A Study of the West Bank and Gaza Strip. London, Quarted Book, 1981, P92

5 عبد العزيز محمد سرحان،، مقدمة لدراسة الدولة الفلسطينية، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1989، ص 91.

6 د. جعفر عبد السلام علي، معاهدة السلام المصرية الإسرائيلية دراسة تأصيلية وتحليلية على ضوء أحكام القانون الدولية سنة 1980، دار نهضة مصر للطباعة والنشر، ص 219 - 220.

مرة - في عام 1970، الحق في استخدام الكفاح المسلح وصولاً لحق في استخدام الكفاح المسلح وصولاً لحق تقرير المصير، وقد أعادت التأكيد على هذا الحق في كثير من القرارات التي صدرت فيما بعد.<sup>1</sup>

وفي الوقت ذاته عملت الأمم المتحدة على تدعيم المركز القانوني لحركات التحرر الوطني في العالم، عبر كثير من القرارات الهامة التي أصدرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في الفترة الواقعة بين عام 1970 وعام 1985، حيث أبرزت الشخصية القانونية الدولية لهذه الحركات إلى جانب الدول كاملة السيادة أعضاء المجتمع الدولي، فمنحت منظمة التحرير الفلسطينية في عام 1974م صفة المراقب الدائم في مختلف أجهزة الأمم المتحدة، مما سمح لها أن تشارك في أجهزة هيئة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، وكذلك الاشتراك في مناقشة مشاريع الاتفاقيات التي تعدها لجنة القانون الدولي بصفة مراقب أيضاً.<sup>2</sup>

كذلك فقد ساهمت قواعد القانون الدولي الإنساني في تدعيم المركز القانوني لحركات التحرر الوطني، وإصباح صفة المشروعية على أعمالها المسلحة وصولاً لحق تقرير المصير، وذلك من خلال الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي لاتفاقيات جنيف لسنة 1949م الصادر عام 1977م، وبشكل خاص المادة الأولى / فقرة (4) التي نصت صراحة على أن:

"تتضمن الأوضاع المشار إليها في الفقرة السابقة، المنازعات المسلحة التي تناضل بها الشعوب ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية، وذلك في ممارستها لحق الشعوب في تقرير المصير، كما كرسه ميثاق الأمم المتحدة والإعلان المتعلق بمبادئ القانون الدولي الخاص بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول، طبقاً لميثاق الأمم المتحدة".<sup>3</sup>

ولا تعتبر أعمال العنف التي تصدر عن حركات التحرر الوطني أعمالاً إرهابية، لأن هناك فرقاً بين الحركات الإرهابية وحركات التحرر الوطني، ففي حركات التحرر الوطني نجد أن هناك رغبة عارمة لدى أفراد الشعب بمختلف طبقاته واتجاهاته للانضمام إليها، من أجل ممارسة المقاومة الشعبية ضد المعتدي، في حين أن المنخرطين في الجماعات الإرهابية، هم قلة من أفراد المجتمع الناقمون على الأوضاع السائدة فيه، ولا يمثلون مجالاً من الأحوال قطاعاً عريضاً من الشعب.<sup>4</sup>

ورغم ما تتميز به أعمال المقاومة الشعبية عن الجماعات الإرهابية، فإنه من الممكن أن تحدث أعمال إرهابية في إطار حركات التحرر الوطني، تماماً مثلما ترتكب بعض الدول أعمالاً إرهابية أثناء الحروب النظامية.

إن ارتكاب الدول لهذه الأعمال الإرهابية، لا يعني التبرير لحركات التحرر الوطني باستخدام هذه الوسائل، بل يتعين عليها أن تعلم بان لها حقوقاً، وعليها التزامات، أهمها مراعاة القواعد العامة في القانون الدولي الإنساني زمن المنازعات المسلحة وبخاصة عدم ضرب المدنيين،<sup>5</sup> لأن الإمعان في ارتكاب هذه الأعمال وتكرارها قد يتسبب في إضفاء

1 هيثم الكيلاني، إرهاب يؤسس دولة (نموذج إسرائيل)، دار الشروق، القاهرة، ط1، سنة 1997 - ص 21-22

2 Heather A Wilson, International Law and the Use of Force by National Liberation Movements, OP, Cit, P119

3 اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الملحقان "البروتوكولان" الإضافيان إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب، أغسطس 1949م، جنيف 1977م ص11،

4 أحمد يوسف التل، الإرهاب في العالمين العربي والغربي، (بلا دار النشر)، طبعة أولى عمان، الأردن، ص33.

5 Chadwick, Elizabeth, Self Determination, Terrorism and the International Hummanitarian Law of Armed Conflict , OP. Cit, P42.

صفة الإرهاب عليها، كذلك يتعين عليها أن تقوم بأعمالها المسلحة داخل إقليمها وليس خارجه<sup>1</sup>، ويجدر بنا في الختام أن نشير إلى أن الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب قد وضعت حداً فاصلاً، بين أعمال الكفاح المشروع ضد الاحتلال الأجنبي من أجل التحرير وتقرير المصير، والأعمال الإرهابية، حيث جاء في الفقرة (أ) من المادة الثانية من الاتفاقية: "إن حالات الكفاح المشروع ضد الاحتلال الأجنبي من أجل التحرير وتقرير المصير لا يعد من الجرائم الإرهابية وفقاً لمبادئ القانون الدولي".

#### • الاستنتاجات :

في سياق البحث والتحليل المعمق للأحكام ذات العلاقة بالشرعية الدولية والإرهاب توصلنا إلى الاستنتاجات التالية :

- إننا نعتقد أن الإرهاب مفهوم قانوني ذو بعد سياسي، ورغم كل الاتفاقيات التي وضعت الإقليمية والدولية والقرارات التي اتخذت في الأمم المتحدة بشأن ذلك، فإن هذا يعكس حقيقة الوضع السياسي العالمي إضافة إلى المكاسب التي استطاعت الدول الصغيرة أن تحققها في ظل نظام تعدد الأقطاب.

- هناك فرق واضح بين الأعمال الإرهابية وأعمال المقاومة الشعبية المسلحة وصولاً لحق تقرير المصير. فبينما توصف الأولى بعدم المشروعية، فإن الثانية تحظى بمباركة المجتمع الدولي والأمم المتحدة والمنظمات الدولية العالمية والإقليمية الأخرى.

- أن ممارسة الإرهاب لا تقتصر على الأفراد وإنما تشمل كذلك الدول بل أن إرهاب الدولة أشد إيذاء وأكثر إيلاًماً. التوصيات.

1- أن تقوم الجماعة الدولية بتعريف الإرهاب الدولي تعريفاً قانونياً واضحاً، يميزه عن الأعمال العنيفة المشروعة، للشعوب ومنظمتها.

2- أن تتم مكافحة الإرهاب الدولي ضمن إطار مجلس الأمن وباقي فروع هيئة الأمم المتحدة، لا على يد دولة أو عدة دول، وذلك لكي تحظى هذه المقاومة بالمشروعية الدولية، وبموافقة كافة الدول.

3- أن تقوم الأمم المتحدة، بدور فعال في وضع خطط متوسطة وطويلة الأمد، للقضاء على أسباب هذه الأعمال الإرهابية وجذورها، وذلك بمساهمة اقتصادية فاعلة من قبل الدول الكبرى والغنية بشكل خاص.

4- مع تسليمنا بأن مكافحة الإرهاب يتعين أن تتم من خلال هيئة الأمم المتحدة، إلا أننا نرى في هذه المرحلة بالذات، بأن لا تتوقف جهود الولايات المتحدة الأمريكية ومن تحالف معها بعد أحداث 11/أيلول/2001م في نيويورك وواشنطن، في مقاومة الإرهاب الدولي، على محاربة أسامة بن لادن، أو الهجوم على أفغانستان فقط، ولا حتى قمع بعض المنظمات الإرهابية المعادية للولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل وفقاً لللائحة التي أعدتها الولايات المتحدة الأمريكية عن تلك المنظمات، وإنما تطبيق معايير مكافحة الإرهاب بدقة، يقتضي محاربة الدول التي تمارس

1 د.هيثم الكيلاني، الإرهاب يؤسس دولة (نموذج إسرائيل)، مرجع سابق، ص 23.

الإرهاب أيضاً، ومنها إسرائيل، لممارستها العدوان المنظم على الدول المجاورة، وعلى الشعب الفلسطيني في الأراضي الفلسطينية المحتلة.

5- من هي الجهة أو المرجعية التي لها الحق في تقييم شرعية أو عدم شرعية العمل الإرهابي؟

• المراجع :

أولا : باللغة العربية :

- فتح الرحمن عبد الله الشيخ، قضايا عربية في القانون الدولي المعاصر، القاهرة، 1996، ط1، ص162
- أحمد محمد رفعت، صالح بكر الطيار، الإرهاب الدولي، مرجع مركز الدراسات العربي الأوربي، باريس، ط1، ص158
- يموش سفيان، تحت إشراف د. بوقوق أحمد، جهود منظمة الأمم المتحدة في مكافحة الإرهاب الدولي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، 2003/2004، ص37.
- إبراهيم محمد شعبان، الانتفاضة الفلسطينية في عامها الأول دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي العام، القدس سنة 1989. ص105.
- صلاح عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام مع إشارة خاصة إلى أسس الشرعية الدولية للمقاومة الفلسطينية، دار الفكر العربي القاهرة، (بلا.ت).
- عباس موسى النقيب عدنان، تغيير السيادة الإقليمية وآثارها في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1989م.
- علي جعفر عبد السلام، معاهدة السلام المصرية الإسرائيلية دراسة تأصيلية وتحليلية على ضوء أحكام القانون الدولية سنة 1980، دار نهضة مصر للطباعة والنشر.
- محسن علي جاد، معاهدات السلام في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1987م.
- تيسير شوكت النابلسي، الاحتلال الإسرائيلي للأراضي العربية، دراسة لواقع الاحتلال الإسرائيلي في ضوء القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس سنة 1975م.
- عبد الله الأشعل، المركز القانوني الدولي لمنظمة التحرير الفلسطينية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية سنة 1988.
- عبد العزيز محمد سرحان، مقدمة لدراسة الدولة الفلسطينية، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1989.
- هيثم الكيلاني، الإرهاب يؤسس دولة (نموذج إسرائيل)، دار الشروق، القاهرة، ط1، سنة 1997.
- أحمد يوسف التل، الإرهاب في العالمين العربي والغربي، (بلا دار النشر)، طبعة أولى عمان، الأردن.
- محمد عبد العزيز أبو اسخيلة، الفوارق القانونية والسياسية بين مفهومي حق الشعوب في الكفاح المسلح من أجل تقرير المصير والإرهاب الدولي، مؤتمر اتحاد المحامين العرب السادس عشر المنعقد في الكويت سنة 1987م كتاب أبحاث المؤتمر، الجزء الثاني ص606-607.
- د. أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (24) - العدد الثاني، 2008.
- د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، النهضة العربية، 1984.

- د.مصطفى احمد فؤاد، القانون الدولي العام، القاعدة القانونية، دار النهضة، 2000 .
- د.جورج أبي مصعب، اتفاقيات جنيف 1949 بين الأمم والغد، دراسات في القانون الدولي الإنساني، القاهرة، دار المستقبل العربي.
- اللحقان البرتوكولان، الإضافيان إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب 1949، جنيف، 1977، ط3، 1984.
- مصطفى أحمد أبو الخير، إستراتيجية فرض العولمة الآليات ووسائل الحماية، الناشر إيتراك للنشر والتوزيع، ط1، 2008.
- هشام عبد السلام محمد، مفهوم الإرهاب في الشرعية، دار الكتب العلمية، ط1، 2005، بيروت، لبنان.
- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط2، 1987، مادة رهب، ص118، ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، مادة رهب، 436/1.
- حسن سعيد الكرمي، المغني الأكبر إنجليزي - عربي، مكتبة لبنان، 1987 م، ص 1448، سهيل إدريس، قاموس المنهل (فرنسي - عربي)، ط13، دار الآداب، بيروت، 1994 م.
- د. إمام حاسنين عطا الله - الإرهاب البناني القانوني للجريمة - دار المطبوعات الجامعية 2004
- العقيد الركن. عبد الرحيم عبد الجبار، نشوء الإرهاب وتطوره والأساليب الملائمة لمعالجته، جامعة البكر للدراسات العسكرية العليا، 1989م، ص37
- . وداد جابر غازي - الإرهاب وأثره على العرب، مجلة العرب والمستقبل، تصدرها الجامعة المستنصرية، السنة الثانية أيار 2004 .
- حق تقرير المصير تعني أن لكل أمة الحق في أن تكون مستقلة، وأن تحدد لنفسها نظام حكمها، انظر: د. محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، دار المعارف، الإسكندرية، 1981.
- بريان جنكيز - أشار إليه د- أحمد جلال عز الدين - الإرهاب والعنف السياسي - كتاب الحرية رقم 10 مارس 1986 .
- انظر: العميد. صحي سلوم، الإرهاب: أسبابه ودوافعه، المؤتمر العربي الأول للمسؤولين على مكافحة الإرهاب، جامعة الدول العربية، تونس 1419هـ-1998م.
- د. حميد السعدي، مقدمة في دراسة القانون الدولي الجنائي، مطبعة المعارف، بغداد، ط1، 1971.
- أحمد عطية الله، القاموس السياسي، دائرة المعارف الحديثة، مكتبة الإنجلو الأمريكية، ط2، 1975.
- أدونيس العكرة، ظاهرة الإرهاب السياسي بحث في أصول الظاهرة، دار الطليعة، بيروت، 1983.
- د.أحمد عز الدين، مكافحة الإرهاب، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1987.
- هيفاء أحمد محمد يونس، ظاهرة العنف السياسي في الوطن العربي، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية، جامعة بغداد، 1419هـ-1998، ص8
- عبد الناصر حريز، الإرهاب السياسي دراسة تحليلية، مكتبة مدبولي، ط1، 1996.
- مقالة د.كميل حبيب، إسرائيل دولة الإرهاب، مجلة الفكر العربي، بيروت، 1999.
- ، د- محمد مؤنس محب الدين، الإرهاب والعنف السياسي، مجلة الأمن العام عدد 94 السنة 24 يوليو 1981.
- د- فكري عطا الله عبد المهدي، الإرهاب الدولي - المتفجرات، دار الكتب الحديثة، 2000 .

- د.إمام حسنين خليل، الإرهاب بين التجريم والمشروعية، 2001.
  - د. إسماعيل الغزال، الإرهاب والقانون الدولي المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1990.
  - د.إبراهيم أبراش، العنف السياسي بين الإرهاب والكفاح المسلح، مجلة الوحدة، السنة6، العدد67، المركز القومي للثقافة العربية، الرباط، 1990
  - أدونيس العكرة :في : مجلة دراسات المتوسط .مركز دراسات البحر المتوسط .العدد1 ، سبتمبر 1991 .
  - عبد الرحيم صدقي، الإرهاب السياسي والقانون الجنائي -دار النهضة العربية، القاهرة ، 1985 .
  - د.سليم قرحالي، مرجع سابق، ص50 نقلا عن :مصطفى غالب، في سبيل موسوعة نفسية دار الهلال، بيروت، 1993 .
  - د.محمد غالب بكزادة، الأمن وإدارة أمن المؤتمرات، دار النجم للنشر والتوزيع، القاهرة، ط2، 2000.
  - انظر نعمه علي حسين، مشكله الإرهاب الدولي، مركز البحوث والمعلومات، بغداد1984.
  - د. محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1991 .
  - د. آمال حماد، الإرهاب والمقاومة في ضوء القانون الدولي العام، بيروت، 2003.
  - المادة الثانية من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب والجريمة الإرهابية.
  - قامت هذه اللجنة بإعداد مشروع اتفاقية دولية لقمع الإرهاب النووي (الوثيقة a/c6/3/4) وهي مازالت قيد التشاور وهذه الاتفاقية تحصر الإرهاب بالافراد وحدهم وتستثني الدول كما أعدت مشروع اتفاقية شامله بشأن الإرهاب الدولي تقدمت بها الهند بالوثيقة c.6/55/6/المعدلة بالوثيقة المقدمة في 2000/8/28 وهي مازالت قيد التشاور .
  - د.إبراهيم أبراش، الجهاد: شرعية المبدأ والتباسب الممارسة، منشورات ألوان مغربية، مكناس (المغرب) 2003 .
  - كما عرفة المركز القومي للتقييم التابع لوكالة المخابرات المركزية الأمريكية وأوردته مجلة "أوريس" 1984.
  - الجمعية العمومية للأمم المتحدة، قرارها رقم 60/49 في 1994/12/9.
  - من ذلك اعلان الأمم المتحدة الشهرير عام 1970 في دورتها الخامسة والعشرين وقرارها الصادر في الدورة 24 في 1979/ 12/12 وفي الدورة 25 في 1980/ 11/ 25 وقرار مجلس الأمن عام 1970
- ثانيا : مراجع أجنبية :
- Louis Cavare: Droit international Public Positif, Tome 1, 1961, Droit Public européen
  - Process- verbaux of the Proceedings of the committee July- 1920, ،
  - Leonard. B. Weinberg and Paul B. Davis, Op.Cit.
  - Chadwick, Elizabeth, Self Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict , OP. Cit,
  - Heather A Wilson, International Law and the Use of Force by National Liberation Movements, OP, Cit
  - Bin Talal, Hassan. (Crown Prince of Jordan). Palestinian self Determination, A Study of the West Bank and Gaza Strip. London, Quarted Book, 1981



- The Right of Self Determination of the Palestinian people (prepared for, and under guidance of the Committee on the Exercise of Inalienable Right of the Palestine People) U.N, New York 1979, op. Cit, P5.
- The Right of self Determination of the Palestinian people, prepared for, and under guidance of the committee on the Exercise of the Inalienable Right of the Palestinian People United nations, New york, 1979, Document No. ST/SG/SER./F/3, sales No., E. 78.1.22

### ثالثا: الانترنت :

- خالد أحمد عثمان، مفهوم الشرعية الدولية ومصادرها، صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، 24 نيسان ابريل، 2010، عدد(6039)، [http://www.aleqt.com/2010/04/24/article\\_383515.html](http://www.aleqt.com/2010/04/24/article_383515.html)
- السفير، طاهر شاش، دفاعاً عن الشرعية الدولية، جريدة الأهرام القاهرة، 2003/7/4.
- محمد عنوز، الشرعية الدولية بين المفهوم الحقيقي والسلوك الفعلي، الحوار المتمدن - العدد: 773 - 2004 <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=1581614/3/>
- دخالد أحمد عثمان، مفهوم الشرعية الدولية ومصادرها، صحيفة الاقتصادية الإلكترونية، 24 نيسان ابريل، 2010، عدد(6039)، [http://www.aleqt.com/2010/04/24/article\\_383515.htm](http://www.aleqt.com/2010/04/24/article_383515.htm).
- جورج قرن، الشرعية الدولية، جريدة النهار، 2005/12/28. متاح من خلال : [www.Georges.corm.com](http://www.Georges.corm.com)
- د.مصطفى أحمد أبو الخير، الشرعية الدولية ومعتقل جوانتانامو، نشرت في مركز المنشاوي للدراسات والبحوث، <http://minshawi.com/node/434>
- نبيل شبيب، الشرعية الدولية والقضية الفلسطينية، شبكة فلسطين للحوار، المحور الثقافي والتاريخي، <http://www.paldf.net/forum/showthread.php?p=9377>
- ميشال ليان، الإرهاب والمقاومة في القانون الدولي :
- [www.moqawama.org/arabic/rt\\_resis/doc2002/qanoun.htm](http://www.moqawama.org/arabic/rt_resis/doc2002/qanoun.htm)
- السفير/ طاهر شاش. دفاعاً عن الشرعية الدولية، جريدة الأهرام، 2003 /7/ 4.

## تجلي مقصد العدل في نظرية التعسف في استعمال الحق<sup>(1)</sup>



فوزي غلاب ، دكتوراه في العلوم الإسلامية

في أصول الفقه ، جامعة الزيتونة بتونس

• تمهيد في التعريف بالنظرية الفقهية، والحدوى منها :

يعرّف الدكتور فتحي الدريني<sup>(2)</sup> -رحمه الله- النظرية الفقهية بأنها «مفهوم كلي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً عاماً معيناً ملزماً، قوامه أركان وشرائط وأحكام معينة، تشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه»<sup>(3)</sup>. وغير بعيد عن هذا التعريف يعتبرها وهبة الزحيلي<sup>(4)</sup> «المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة على أبواب الفقه المختلفة»<sup>(5)</sup>.

1- حضي موضوع التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي بعناية فائقة من قبل رجال الشريعة والقانون وكتبت فيه كتابات معمّقة يمكن العودة إليها والاستئناس بها من بينها: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي للدكتور فتحي الدريني، وكتاب التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون لسعيد أمجد الزهاوي، وكتاب صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي لمصطفى أحمد الزرقا، وغيرها من الأبحاث المنشورة في هذا الخصوص.

2- هو العلامة الفقيه الأصولي الدكتور فتحي الدريني عميد كلية الشريعة السابق بدمشق وعميد العلماء الباحثين، من أصول فلسطينية، ولد بالناصرية سنة 1923، حاصل على الدكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله. من كتبه: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، والحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. (ت 2013) (الباحث)

3- النظريات الفقهية: 140 (منشورات جامعة دمشق، ط 4، 1417هـ- 1997م).

4- هو فقيه سوري معاصر، ولد سنة 1932، حاصل على الدكتوراه في الحقوق اختصاص شريعة إسلامية عام 1963، درس بجامعة دمشق فترة، ثم أدير للتدريس في عدة دول عربية، وهو عضو مجلس الإفتاء الأعلى بسورية. من مؤلفاته أصول الفقه الإسلامي، القرآن وعلومه. (ت 2015م).

انظر [http://ar.wikipedia.org/wiki/وهبة\\_الزحيلي](http://ar.wikipedia.org/wiki/وهبة_الزحيلي)

5- الفقه الإسلامي وأدلته: 7/4 (دار الفكر، دمشق، ط 3، 1409هـ - 1989م).

وبحسب هذين التعريفين فإن النظرية الفقهية أشبه ما تكون بالدراسة التي تتناول موضوعاً معيناً وتبين حقيقة هذا الموضوع بتعريفه وبيان أركانه وشروطه، وجمع المسائل المتعلقة به والمنتشرة في ثنايا الكتب الفقهية. واستخلاص النظرية الفقهية لا يتحقق إلا بالنظر الشمولي في الفقه الإسلامي عامة، دون الاكتفاء بمذهب فقهي واحد بعينه. والأمثلة على النظريات الفقهية كثيرة جداً، كنظرية العقد، ونظرية الملكية والالتزام، ونظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة، والضمان، وغيرها من النظريات التي يقوم على أساسها صرح الفقه الإسلامي العظيم.

والجدير بالذكر أن الفقهاء القدامى لم يعنوا ببحث النظريات الفقهية العامة - على النحو الموجود في القوانين الوضعية المعاصرة - بل كانوا يبحثون كل مسألة فقهية على حدة. ولعل السبب الذي جعل الفقهاء القدامى لا يعبؤون بأمر النظريات الفقهية أن الشريعة تجمعها أصول وقواعد واحدة هي أصول الفقه، ومصادر واحدة هي القرآن والسنة، وما تبعها من مصادر أخرى اجتهادية تنطبق على جميع نظريات وقواعد وأصول الشريعة، مما يجعلها جميعاً تعود إلى أصول عامة واحدة هي أصول الفقه الإسلامي.

والنظريات الفقهية أعمّ جداً من النظريات الحديثة، بل إن التشريعات الوضعية لتفتقر إلى أصول تجمع شتاتها، وتوحد بين جزئياتها، بل لو أردت أن تجمع بين النظريات والقواعد والفروع لعاد بعضها على بعض بالنقص والتعارض الحقيقي الذي لا يمكن إزالته، وصدق المولى جلّ في علاه القائل: (وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا)<sup>(1)</sup>. ومع ذلك فإن علماءنا قد ألقوا في القواعد والمفاهيم العامة الكلية ومقاصد الشريعة التي تعدّ مباني للعدل المطلق وموجهاته في كل عصر.

ومن عظمة الشريعة وكمالاتها أن ينتظم تلك الفروع معان واحدة متفقة غير مفترقة، تسير على وِزَان واحد، تمدّ الفقهاء في كل وقت بتلك النظريات المختلفة، لوحدة الأصول والكليات التي توجه الفروع في شتى شؤون الفقه استخلاصاً من اجتهاد القدماء، سواء ما كان جارياً على سنن القياس أو مستثنى منه<sup>(2)</sup>.

والفقه الإسلامي أقدر التشريعات على ذلك الإمداد بالنظريات، بل لقد سبق الفقه الإسلامي غيره في عملية التنظير حتى أن بعضاً من رجال القانون الغربي يعترفون بأنّ الفقه الإسلامي يعدّ في طليعة المصادر الصالحة لسدّ حاجات التشريع الحديث وفيه من النظريات ما لم تصل إليه أكبر النظريات الحديثة<sup>(3)</sup>.

وسأتولّى إن شاء الله تعالى في هذا البحث إمطة اللثام عن مدى تجلّي مقصد العدل في نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وبيان مدى تفوّق الشريعة الإسلامية وتمييزها عن غيرها من النظريات الوضعية في ترسيخ مقصد العدل والتصدي للظلم والجور والإجحاف، من خلال خمسة مباحث أعرض في الأول منها لمفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وأبين في المبحث الثاني لموقع النظرية في التشريع الإسلامي، أما في المبحث الثالث فسأعرض فيه بعض أدلة النظرية من القرآن والسنة، وأورد في المبحث الرابع معايير التعسف في استعمال الحق، وأتطرّق في المبحث الأخير لجزء التعسف في استعمال الحق.

1- النساء: 82.

2- انظر الدريني، فتحي، النظريات الفقهية: 144.

3- انظر الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام (أو الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد): 229/1، الفقرة 94 (مطابع ألف باء الأدب، دمشق، ط 9، 1968م)، ووصفي

مصطفى كمال، كفاية الشريعة الإسلامية في تثبيت التعامل واستقراره (بحث في مجلة التوجيه التشريعي/ من بحوث مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، سنة 1972م، 2/167).

## المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي :

التعسف من المفاهيم المخالفة للعدل وهو يعني الظلم والجور، ونتيجته إلحاق الضرر بالغير، أما لدى الفقهاء فيعني استعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع، أو هو على حدّ تعبير الدّرّيني «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل»<sup>(1)</sup> وذلك بأن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعيّ ثبت له بعوض أو بغير عوض، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا على وجه يلحق بغيره الضرر.

ولا بدّ من الإشارة هنا إلى أنه لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء المسلمين كلمة تعسف في استعمال الحق، فهذه العبارة وافدة إلينا من رجال الغرب المحدثين<sup>(2)</sup> غير أنّ هذا لا يمنع من القول أنه قد وردت في بعض كتب الأصول عبارات تشير بمفهومها إلى التعسف في استعمال الحق أو الإساءة فيه كعبارة «الاستعمال المذموم» التي ذكرها الشاطبي<sup>(3)</sup> في موافقاته للتعبير عن التعسف في استعمال المباح<sup>(4)</sup>.

ومثال التعسف بالمعنى المتقدم ما إذا بنى رجل في أرضه وضمن حدود ملكه حائطا عاليا فسدّ على جاره منافذ الضوء والهواء حتى أصبح من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد أو بعبارة أخرى تعطلت بذلك المنافع المقصودة من الملك، وهو ما يسمّى بالضرر الفاحش، فهذا المالك يعتبر متعسفاً في استعمال ملكه، لأنّه وإن كان تصرفه في الأصل مشروعاً لاستناده لسلطات الملكية بالتصرف المادي والمعنوي والاستعمال، إلاّ أن تصرفه من إلحاق الضرر بغيره هو ما جعله متعسفاً في استعمال حقه، فالتعسف كما يفهم من كلام الأصوليين عبارة عن تحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لأجله<sup>(5)</sup>.

ومن خلال ما سبق يمكن القول بأنّ التعسف في استعمال الحق، إنّما يكون على وجه يناقض مقصد الشارع من تشريعه وصوره عديدة منها :

أولاً- استعمال الحق - سلباً أو إيجاباً- مجرد قصد الإضرار بالغير، إذ الحق لم يشرع وسيلة لذلك بل شرع لمصلحة معتبرة شرعا، وهنا تكون المناقضة واضحة.

ثانياً- استعمال الحق لمصلحة تافهة لا تتناسب مطلقاً مع الضرر الناشئ عنه، والمناقضة هنا ظاهرة أيضاً، إذ ما غلب ضرره على نفعه لا يكون مشروعاً.

ثالثاً- استعمال الحق ولو على وجه معتاد إذا ترتّب عليه ضرر فاحش بالغير، ولو على وجه غير مقصود، لأنّ هذا يتناقض مع قواعد الشريعة القاضية بدفع الضرر قبل وقوعه، وبإزالته بعد الوقوع، بل يتناقض مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة وهو جلب المصالح ودرء المفاسد.

1- انظر الدّرّيني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي: 54 (مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 4، 1408 هـ - 1988 م).

2- انظر م. ن: 45

3- هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، الشهير بالشاطبي، من أئمة المالكية، فقيه أصولي مفسر محدث، له استنباطات جليّة، وفوائد لطيفة وأبحاث شريفة، وقواعد محررة. من مصنفاته: الموافقات في أصول الشريعة، الاعتصام، الإفادات والإنشاءات (ت 795 هـ). انظر مخلوف محمد بن محمد، شجرة النور الزكية: 231، ترجمة رقم 828 (المطبعة السلفية ومكتبها، القاهرة، 1349 هـ)، والزركلي، خير الدين، الأعلام: 75/1 (دار العلم للملايين، بيروت، لبنان ط 15، أيار- مايو 2002 م)، والمرآغي عبد الله، الفتح المبين في طبقات الأصوليين: 212/2 (دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1974 م).

4- يقول الشاطبي: «فلم يزل أصل المباح وإن كان مغموراً تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم» انظر الموافقات في أصول الشريعة، بشرح الشيخ عبد الله دراز: 218-219/3 (دار المعرفة، بيروت، لبنان، د- ت).

5- انظر الشاطبي، الموافقات: 382/2.

رابعاً- اتّخاذ الحق ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة احتيالا على قواعد الشرع، وتخلصا من أحكامه تحت ستار الحق، كهبة المال- وهو تصرف مشروع- قبل نهاية الحول لإسقاط الزكاة. وقد ميّز الفقهاء بين سوء استعمال الحق والتعسف فيه وبين تجاوز حدوده الشرعية؛ فإذا تجاوز صاحب الحق حدود حقه اعتبر معتدياً<sup>(1)</sup> ولا يخفى على عاقل أنّ الاعتداء ظلم بين نهى الله عنه، قال تعالى: ( وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ )<sup>(2)</sup>، أمّا وقد تصرف المرء أحيانا في حدود حقه المشروع ظاهرا، ولكن قد يقصد من خلال ذلك الإضرار بالغير، كمن يحفر بئرا في أرضه، ويقصد أن يقع فيه أحد الناس، فيعتبر عندئذ مسيئا في استعمال حقه، وقد يتصرف ضمن حقه فيترتب على استعمال حقه دون قصد ضرر بالغ بالغير، كمن بني في أرضه جدارا عاليا فسد على جاره منافذ الهواء والضوء حتى أصبح من المتعذر عليه الانتفاع بما له على الوجه المعتاد، فهذا يعتبر تعسفا في استعمال الحق.

ومن هنا نجد فرقا كبيرا بين من يتعدى ويتجاوز في حدود حقه، وبين من يسيء ويتعسف في استعمال حقه، إذ المتعدّي لا يستعمل حقا مشروعاً له، أمّا المسيء أو المتعسف فيستعمل حقا مشروعاً ظاهرا خوّله إياه الشارع ولكنه ألحق بغيره ضررا فاحشا.

### المبحث الثاني: موقع النظرية في التشريع الإسلامي:

إنّ نظرية التعسف في استعمال الحق كغيرها من العديد من النظريات تعتبر من صميم الفقه الإسلامي وأصوله التشريعية، وفروع وأحكام تلك النظريات كانت مبثوثة في كتب الفقه، ولا تحتاج أية نظرية فقهية صحيحة إلا إلى صياغة ونظم. ونظرية التعسف في استعمال الحق إسلامية المنشأ وهي ملازمة للتشريع نفسه منذ نزوله، وليس أثرا للتطور الاقتصادي والاجتماعي كما هو الشأن في التشريعات الوضعية<sup>(3)</sup>.

والشريعة الإسلامية تعتبر بحق هي المصدر الأساس لتفسير أحكام التعسف في القوانين الغربية المدنية. بل ولا نبالغ إذا قلنا إن المعايير التي طبقت في القوانين الوضعية قد اقتبست بمجموعها من الشريعة الإسلامية<sup>(4)</sup>؛ فالتعسف ظلم، والظلم حرام شرعا وقطعا. ولهذا فهي تتصل بالنظام العام لا يجوز مخالفته، كما لا يجوز الاتفاق على خلافه<sup>(5)</sup>.

لقد كانت نظرية منع التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ولا تزال شديدة الارتباط بالأخلاق الإسلامية والقيم النبيلة الفاضلة، إذ أنّ الشريعة الإسلامية لا تفصل بين الدين والخلق في أيّ شأن من أحكامها. وهذه النظرية تعدّ الرابط بين القانون والأخلاق، لما للأخلاق من أثر كبير في استعمال الحقوق؛ ذلك أنّه على صاحب الحق أن يراعي الأخلاق عند استعمال حقه، فلا يضرّ بالغير، لأنّ الإضرار بالغير لا يتفق مع المروءة والأخلاق، فلا يجوز أن يكون همّ صاحب الحق أن يصل إلى حقه مهما كانت الآثار المترتبة على ذلك الاستعمال فللمروءة وحبّ الخير والتعاون والتكافل والإحسان والبرّ من القواعد الأخلاقية الإسلامية التي تنهى عن التعسف وتمنعه<sup>(6)</sup>.

ومن جهة ثانية فإنّ النية وقصد الإضرار وما يترتب على ذلك من محاسبة أخروية، أو جزاء دنيوي ما يؤكد مدى صلة نظرية التعسف بالأخلاق، ومع ذلك فالنظرية ليست أخلاقية محضة تنحصر في معيار القصد والباعث، بل وترتبط

1- انظر الزهاوي، سعيد أحمد، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون: 120-121 (دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، ط1، 1975م). والخفيف علي، الضمان في الفقه الإسلامي: 92-93 (دار الفكر العربي القاهرة، 2000م).

2- الطلاق: 1

3- انظر المذكوري، محمد شعبي، المدخل إلى فلسفة القانون: 68 (مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1413 هـ - 1992م).

4- انظر الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية: 228.

5- انظر الدبري، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم: 200 (مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1402 هـ - 1982م) والمذكوري، م. ص. ن.

6- انظر الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية: 116-117.

بفهوم الحق نفسه وغاياته في الشريعة، باعتبار أنّ الحقوق وسيلة لا غاية، فيكون من الطبيعي وجوب التزام استعمال صاحب الحق حقه في ضوء غايته، وأنّ أيّ حق لا يستعمل في ضوء غايته لا يعدّ مشروعاً. ولهذا اتسعت تطبيقات النظرية في الفقه الإسلامي ولم تنحصر في صورة تعمد الإضرار بالغير كما كان سائداً في القانون الروماني، بل لقد اتسعت لتشمل صوراً أخرى، كتخلف المصلحة عند صاحب الحق، وكالضرر العام والفاحش الذي ينجم عن استعمال الحق.

وتعتبر نظرية منع التعسف من تطبيقات ارتباط العدل بالإحسان في الشريعة الإسلامية، لأنّ من الإحسان ما هو واجب، ومنه ما هو مندوب، فإذا ترتب على استعمال الحق نتائج غير مقصودة للشارع، ومنافية للبرّ والإحسان الذي أمر به الله وجوباً أو ندباً، بأن أدى إلى نتائج ضرورية بالمسلم نتيجة لاستعمال صاحب الحق حقه، فعند ذلك يتدخل الإحسان في وجوب ترجيح القاعدة التي تتفق مع طبيعة الشريعة وصفتها السابقة حتى يتحقق العدل.

إنّ الإنسان في التشريع الإسلامي لا يستعمل حقه كيفما شاء، بل هو مقيّد برسوم الشريعة وحدودها، بحيث يجب عليه أن يستعمل حقه بالطريقة التي لا يترتب عليها ضرر بالغير كما يقول الشاطبي: «حق الغير محافظ عليه شرعاً»<sup>(1)</sup>، وحق الغير يشمل الأفراد أو الجماعة. علماً أنّ الحق الفرديّ في الشريعة الإسلامية ذو طبيعة مزدوجة، فإذا حصل تعارض بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، فإنّ المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة كما هو مقرّر شرعاً.

والتعسف في استعمال الحق بما يضرّ بالغير فرداً كان أو جماعة مفسدة، ودرء المفسدة أولى من جلب المصلحة، يقول العز بن عبد السلام<sup>(2)</sup>: «فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة، ولا نبالي بفوت المصلحة»<sup>(3)</sup>، ذلك أنّ وجود مصلحة مع ترتيب مفسدة توازيها أو تكون أكبر منها، أمر لا تقرّه فطرة العقلاء، يقول الشاطبي: «ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد»<sup>(4)</sup>، أي لا يعتدّ بها ولا تعتبر مصلحة.

والإضرار بالغير نتيجة لتصرف المرء في حقه وتعسّفه فيه أمر محرّم، مأخوذ من استقراء الشريعة؛ إذ لا يجوز شرعاً استعمال الحق للإضرار بالغير قصداً، أو من غير قصد، لأنّ الإضرار بالمسلم من حيث هو إضرار حرام قطعاً، يقول الشاطبي: «إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبّب، قصد المتسبّب أو لا»<sup>(5)</sup> فالقصد ليس دائماً هو علة المنع، ومن ثمّ فإنّ النظر في نتيجة الفعل ومآله معتبر أيضاً. ويصرّح الحافظ ابن رجب<sup>(6)</sup> بهذا فيقول: «التفاسخ في العقود الجائزة متى

1- الموافقات: 2/322.

2- هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلي الدمشقي، عز الدين الملقب بسلطان العلماء، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد، ولد سنة 577هـ بدمشق وبها نشأ، من مصنفاته: الفوائد والغاية في اختصار النهاية وقواعد الأحكام في إصلاح الأنام وغيرها (ت 660 هـ). انظر الأسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، جمال الدين، طبقات الشافعية: 2/84، تحقيق كمال الحوت (دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط 1، 1407هـ-1987م) والزركلي، الأعلام: 4/21.

3- القواعد الكبرى، الموسوم قواعد الأحكام في إصلاح الأنام: 1/136 (تحقيق نزيه كمال حماد، ود. عثمان جمعة ضميرية (دار القلم، دمشق، ط 1، 1421 هـ - 2000م).

4- الموافقات: 4/196.

5- م. ن. 1/211.

6- 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 795 هـ). انظر الأعلام: 3/295.

تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد، لم يجوز ولم ينفذ، إلا أنه يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه، فيجوز على ذلك الوجه<sup>(1)</sup>.

المبحث الثالث: أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:

تظهر مشروعية النظرية من خلال الأدلة التي تحرم قصد الإضرار بالغير فرداً كان أو جماعة، وكذلك الأدلة التي تحرم استعمال الحق بقصد مصلحة غير مشروعة، أو في غير المصلحة التي شرعت لها، ولو كانت تلك المصلحة مشروعة في الأصل، وكذلك الأدلة التي تحرم الإضرار مطلقاً تسبباً أو مباشرة، قصداً أو عن غير قصد. ومن الأدلة التي يستفاد منها منع التعسف:

أولاً- قوله تعالى: (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَأَذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)<sup>(2)</sup>.

وموضع الاستشهاد في هذه الآية قوله تعالى: (وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا)، وإمسك المطلقة ضراراً واعتداء، يكون بقيام الزوج بمراجعتها ليس بقصد استئناف الحياة الزوجية معها، وإنما لإطالة العدة عليها بالمراجعة فحسب، وذلك بأن يراجعها متى قارب انقضاء عدتها ثم يطلقها ثانية لتستأنف عدة جديدة<sup>(3)</sup>.

وواضح من الآية أن الشارع الحكيم ينهى الزوج أن يستعمل حق المراجعة لا لغرض سوى الإضرار بزوجته المطلقة، فالفعل المشروع لا يحل مباشرة إذا قصد به قصد فاسد، فإذا كانت المراجعة حقاً قد وضعه الله سبحانه في يد الزوج - بمقتضى عقد الزواج - ليعيد به زوجته إلى عصمته بعد الطلاق الرجعي وبقصد استئناف حياة زوجته جديدة كريمة يقيمان فيها حدود الله، فاتخاذ هذا الحق وسيلة لإلحاق الضرر بالزوجة بتطويل العدة عليها، أو بالتجائها إلى الافتداء تخلصاً من الإضرار أمر لا يبيحه الشرع باعتباره تعسف أو استعمال للحق في غير ما شرع له، يعرض صاحبه للإثم<sup>(4)</sup>.

ثانياً- قوله تعالى: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ)<sup>(5)</sup>، ويستفاد من هذه الآية أمران: الأول، وهو وجوب إنظار المدين إذا ظهر إعساره كما قال ابن رجب: «من عليه دين لا يطالب به مع إعساره بل ينظر إلى حال إيساره»<sup>(6)</sup>، أما الأمر الثاني الندب إلى التنازل عن الحق وإبراء المدين أو التصديق عليه بالدين.

1- القواعد في الفقه الإسلامي: 110/القاعدة 60 (مطبعة الصدق الخيرية، مصر، ط1، 1352هـ-1933م).

2- البقرة: 231.

3- انظر الجصاص أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن: 99/2، تحقيق محمد صادق قمحاوي (دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1412 هـ - 1992م).

4- انظر ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد زين الدين، جامع العلوم والحكم: 213/2، تحقيق شعيب الأرنؤوط، وابراهيم باجس (دار الملك عبد العزيز، ط10، 1421هـ-2010م)، والدريبي، نظرية التعسف: 103-104.

5- البقرة: 280.

6- جامع العلوم والحكم: 225/2.

غير أن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لِي<sup>(1)</sup> الْوَاجِدُ<sup>(2)</sup> يَجَلَّ عَرَضُهُ وَعَقُوبَتُهُ»<sup>(3)</sup> صريح في جواز مطالبة الدائن معاقبة مدينه الظالم له إذا كان موسرا، بسبب المماطلة وعدم الوفاء، والظالم بدون شك مستحق للعقوبة وهي الحبس، غير أن حبسه حال عسره ومطالبته بالوفاء هو من باب التعسف، لأن الحبس وسيلة للإكراه على سداد الدين حتى إذا لم تحقق مقصودها بطلت<sup>(4)</sup>، يقول الإمام العز بن عبد السلام: «كلّ تصرف تقاعد على تحصيل مقصوده فهو باطل»<sup>(5)</sup>، والواجب يقتضي عدم مطالبة المدين العاجز على سداد دينه إلى حين القدرة، وتكليف المرء بما لا يستطيع مرفوع في الشريعة، لأنه تكليف بما لا يطاق قال تعالى: (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا)<sup>(6)</sup>.

والعدل في الشريعة - كما أسلفنا - مرتبط بالخلق والإحسان، وليس من الخلق في شيء أن ترهق المعسر فوق عسره، وأن تخذله في لحظة هو بحاجة إلى الصدقة والإحسان، وانظر هنا كيف صار الإحسان واجبا، وهو من صميم مفهوم العدل في الشريعة.

والآية الكريمة كما رأينا تكشف عن روح الشريعة فيما يتعلق باقتضاء الحق واستعماله، لتتأى به عن التعسف وتدعو المدين إلى إمهال المعسر إلى وقت الميسرة، ولتحث في الوقت على التسامح والإبراء من الدين ليكون جزاء الدائن أجزل من الإنظار.

على أن أهم ما يمكن استخلاصه من الآية الكريمة مما يتصل بنظريته التعسف أن الوسيلة تسقط بسقوط مقصدها، إذ لم تشرع الوسائل لعينها، لأن استعمال الوسيلة - الحق - مع العلم أو في الغالب على الظن، أنها لا تثمر وتفضي إلى المقصود من شرعها، لا يخلو من أمرين: إما مجرد قصد الإضرار وهو ممنوع، إذ لا ضرر ولا ضرار، وإما مجرد العبث، والعبث لا يشرع لمنافاته لأصل المصالح، وكل من هذين الأمرين تعسف في استعمال الحق، وانحراف بالحق عن غايته<sup>(7)</sup>.

ثالثا - قوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ)<sup>(8)</sup> فهذه الآية صريحة في نهي الأب عن مضارة الأم بإساءة استعماله لحقه في ولايته على ابنه، فلا يجوز للأب انتزاع ولدها منها إذا رضيت بإرضاعه مجانا، أو بما رضي به غيرها، أي من أجرة المثل<sup>(9)</sup>، كما تنهى الأم عن التعسف في استعمال حق ارضاع ابنها إضرارا بأبيه من خلال طلب الأجر على الرضاع إذا كان غيرها يرضعه

1- الليّ يعني المطل أو المماطلة.

2- أي الغني أو الموسر.

3- البخاري، الصحيح (كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس - باب لصاحب الحق مقال): 175/2، حديث رقم 2400، تحقيق محب الدين الخطيب، ومحمد فؤاد عبد الباقي (المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ط1، 1403هـ)، وانظر ابن حجر العسقلاني، تلخيص التجبير: 3/89-90، حديث رقم 1248، تحقيق حسن بن عباس بن قطب (مؤسسة قرطبة، ط1، 1416هـ - 1995م).

4- انظر الدريني: نظرية التعسف: 98.

5- قواعد الأحكام في إصلاح الأنام: 249/2.

6- البقرة: 286

7- انظر الدريني، نظريته التعسف: 101.

8- البقرة: 233

9- انظر القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن: 4/120، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي (مؤسسة الرسالة، ط1، 1427هـ - 2006م).



مجانا، أو بأقل مما تطلب منعها للإضرار بأبيه، لأنها في هذه الحالة تقصد المضارة<sup>(1)</sup>.

رابعاً - قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(2)</sup>. وهذا الحديث وإن كان ظنياً باعتبار سنده، إلا أنه يرقى إلى مرتبة القطعي، باستقراء الأحكام الواردة في القرآن والسنة النبوية المشهورة. وقد أفاض الحافظ ابن رجب فيه بما يدل على أنه نص في نظرية منع التعسف، إذ أن إلحاق الضرر بغير حق على نوعين<sup>(3)</sup>:

النوع الأول، أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، وهذا لا ريب في قبحه وتحريمه. وقد ورد النهي عن المضارة في القرآن والسنة في مواضع كثيرة منها المضارة في الوصية، قال تعالى: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ)<sup>(4)</sup>، فلو أوصى بما هو فوق الثلث ونيته المضارة فهو مضار، ذلك أن الزيادة عن الثلث لغير الوارث ممنوعة أصلاً لأنها تنقص حقوق الورثة فضلاً عن مخالفتها لقوله صلى الله عليه وسلم: «الثلث، والثلث كثير»<sup>(5)</sup>، وهذا ليس تعسفاً ولكنه تجاوز للحد. أما الإضرار بما دون الثلث، فكذلك فمحرم أيضاً لحديث: «الإضرار في الوصية من الكبائر»<sup>(6)</sup> وهو عام يشمل كل إضرار بغض النظر عن القصد أو عدمه وعن حجمه، قال الشوكاني<sup>(7)</sup>: «فما أحق وصية الضرار بالإبطال من غير فرق بين الثلث، وما دونه وما فوقه»<sup>(8)</sup>،

1- انظر القرطبي، م. ن. 4/116

2- روي هذا الحديث النبوي بعدة طرق: فقد ذكره البيهقي في سننه الكبرى (كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار): 114/6 حديث رقم 11384 عن أبي سعيد الخدري، وحديث رقم 11385 عن عمرو بن يحيى، وحديث رقم 11386 عن أبي صرمة، كما ذكره في (كتاب إحياء الموات، باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد): 258/6 حديث رقم 11878 عن عمرو بن يحيى المازني. انظر، البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى (تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ-2003م). كما أخرجه ابن ماجه في سننه (كتاب الأحكام، باب من بني في حقّه ما يضرّ بجاره): 784/2 حديث رقم 2341 عن ابن عباس، انظر، ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار احياء الكتب العربيّة، د-ت). ورواه الامام أحمد في مسنده (مسند بني هاشم) 2/ 216 حديث رقم 2921 عن ابن عباس بلفظ «لا ضرر ولا إضرار»، انظر، ابن حنبل، أحمد بن أحمد الشيباني، المسند (تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1429هـ-2008م). ورواه كذلك الترمذي في سننه (كتاب البرّ والصلة، باب ما جاء في الخيانة والغش): 443-442/4 حديث رقم 1940 عن أبي صرمة بلفظ «من ضاره ضرّه الله». انظر الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي (تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، د1، د-ت) وذكره أيضاً الدارقطني في سننه (كتاب البيوع، باب الجعالة): 51/4 حديث رقم 3079، وفي (كتاب الأفضية والأحكام، باب الشفعة): 408/5 حديث رقم 4541 بلفظ «لا ضرر ولا إضرار». انظر الدارقطني، علي بن عمر، السنن (تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ-2004 م).

3- انظر جامع العلوم و الحكم: 2/212.

4- النساء: 12

5- هذا الحديث طويل ونصه «عن عامر بن سعد عن أبيه قال عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع من وجع أشفيت منه على الموت فقلت يا رسول الله بلغني ما ترى من الوجع وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة أفأ تصدق بثلثي مالي قال لا قال قلت أفأ تصدق بشطره قال لا الثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدرهم عالية يتكفون الناس...». انظر النيسابوري مسلم بن الحجاج القشيري، الصحيح، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث): 1250/3-1251، حديث رقم 1628. تحقيق أحمد فؤاد عبد الباقي (دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، توزيع دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1412هـ-1991م).

6- رواه سعيد بن منصور موقوفا بإسناد صحيح عن ابن عباس ورجاله ثقات. انظر الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، كتاب الوصايا: 1135. قدم له واعتنى به رائد بن صبري بن أبي علفة (بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004م).

7- 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 الفتح المبين: 3/144-145، والأعلام: 6/298.

8- انظر الشوكاني، نيل الأوطار (كتاب الوصايا): 1136.

واستند إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إنَّ الرَّجُلَ ليعمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت فيضارَّان في الوصية، فيجب لهما النار»<sup>(1)</sup>. وبهذا فإنَّ الوصية بقصد الإضرار تندرج في معايير التعسف بالمعيار القصدى، والقصد كما يثبت بالإقرار يثبت بالقرائن الدالة عليه<sup>(2)</sup>، وإلا فلن يثبت تعسف قط، لأنَّ القاصد عادة لا يقرّ بسهولة.

**النوع الثاني**، أن يكون له غرض آخر صحيح مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له غير أنه يتعدى ذلك إلى ضرر غيره، وقد فرّق العلماء بين ما كان على الوجه المعتاد وبين ما كان على غير الوجه المعتاد؛ فإن كان من الأوّل فإنه يمنع، وإن كان من الثاني فللعلماء فيه قولان مشهوران: أحدهما بعدم المنع، قال به الشافعي وأبو حنيفة، والثاني بالمنع، قال به مالك وأحمد<sup>(3)</sup>، إلا أنَّ المتأخرين من الحنفية قالوا بالمنع لفساد الزمان، ولكثرة الاعتداء على حقوق الجوار، وامتناع أكثر الناس وعدم استجابتهم للإحسان المرغّب فيه ولا سيما في حقوق الجوار، ويعلّل ذلك في الفتاوى البزازية بأنَّ الزمان الأوّل كان زمان إصلاح، وهذا الزمان زمان فساد<sup>(4)</sup>، وقيدوا بالضرر الفاحش وقالوا به استحساناً<sup>(5)</sup>.

والرأي المشهور عن الشافعية أنه لا يمنع، ولكن عند التحقيق لمذهبهم نجد أن ذلك هو قول المتقدمين، أمّا المتأخرين فقد اختلفوا على قولين، الثاني منهما يقضي بمنع كلّ تصرف مؤذ لم يعتدّ، وهو ما اختاره جمع من الشافعية، فقد قيدوا التصرف المؤذي بالضرر الفاحش<sup>(6)</sup>، وقولهم هذا قريب من قول الحنفية المتأخرين، يقول النووي<sup>(7)</sup>: «ويتصرّف كلّ واحد في ملكه على العادة، فإن تعدّى ضمن»<sup>(8)</sup>. ويقول الرملي<sup>(9)</sup> في شرحه للمنهاج: «والأصح أنه يجوز للشخص أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حمّاما وطاحونة ومدبغة وفرنا واصطبلًا... إذا احتاط وأحكم الجدران إحكاما لا ثقا بمقصده لتصرّفه في خالص ملكه، ولما في منعه من إضراره»<sup>(10)</sup>.

والنتيجة أنّ للشافعية في المسألة قولين، والذي اختاره النووي وغيره منع التصرف الذي يؤدّي إلى ضرر غير معتاد، وهو الضرر الفاحش.

1- أبو داود، سليمان بن أشعث، سنن أبي داود (كتاب الوصايا، باب في كراهية الاضرار في الوصية): 4/490. حديث رقم 2867، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره بللي (دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، طبعة خاصة، 1430هـ، 2009م). وانظر الشوكاني، نيل الأوطار (كتاب الوصايا): 1136.

2- انظر الزهاوي، التعسف: 37.

3- انظر ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المغني: 8/181-182، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلوة (دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط3، 1417هـ-1997م)، وابن رجب، جامع العلوم والحكم: 2/217، والقواعد: 143، وابن فرحون، ابراهيم بن علي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: 2/256، تحقيق الشيخ جمال مرعشلي (دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة بموافقة دار الكتب العلمية، 1423هـ - 2003م). والسرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط: 15/21، (دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ-1989م، مصورا عن مطبعة دار السعادة بمصر 1331هـ).

4- انظر البزازي، محمد بن شهاب الكردي، الفتاوى البزازية (على هامش الفتاوى العالمية المعروفة بالفتاوى الهندية): 6/416، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق، ط2، 1310هـ).

5- انظر باز اللبناني، سليم رستم، شرح مجلة الأحكام: 1/656، المواد 1197 وما بعدها. (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، د.ت).

6- انظر الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: 5/337-338 (دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ-1984م)، والزهاوي، التعسف: 385-386.

7- هو يحيى بن شرف الدين الجزامي النووي، أبو زكريا، محرر المذهب الشافعي، ولد بنوى من قرى حوران بسوريا سنة 631هـ، كان جادا في طلب العلم مقبلا عليه. من كتبه: المجموع، والمنهاج في شرح مسلم بن الحجاج، وروضة الطالبين (ت 676هـ). انظر الأسنوي، طبقات الشافعية: 2/266.

8- منهاج الطالبين وعمدة المفتين (كتاب احياء الموات): 315، تحقيق محمّد محمدّ طاهر شعيبان (دار المنهاج للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1426هـ-2005م).

9- هو محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين الرملي، فقيه الديار المصرية في عصره، ينسب للرملة من قرى مصر، له تصانيف منها: عمدة الرابح، وغاية المرام، ونهاية المحتاج (ت 1004هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 6/8.

10- انظر الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج: 5/337.

خامسا- حديث سمرة بن جندب<sup>(1)</sup>، فقد روى أنه «كان له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله. فكان سمرة يدخل إلى نخله، فيتأذى به ويشقّ عليه، فطلب إليه أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يناقله فأبى، قال فهبه له ولك كذا وكذا، أمرا رغبة فيه فأبى، فقال: أنت مضارّ، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم للأنصاري: أذهب فاقلع نخله»<sup>(2)</sup>. وهذا الحديث نصّ في حكم النبي صلى الله عليه وسلم وقضائه التعسّف في استعمال الحق. ووجه الدلالة أنّ في الحديث تصريحاً بعنصر المضارّة من طرف سمرة رضي الله عنه الذي تحقق فيه، وإذا علمنا أنّ سمرة لم يقصد الإضرار ابتداءً، علمنا أنّ عنصر الإضرار بذاته ممنوع شرعاً، قصد ذلك المتصرف في حقه أم لا. كذلك فإنّ عنصر المضارّة يتحقق متى كانت منفعة صاحب الحق تافهة يسيرة بجانب الضرر الذي يصيب غيره في مصالح حيوية له، ولا سيما بعد عرض الشراء عليه أو المناقلة.

ويظهر التعسّف من طرف سمرة في استطرار بستان الأنصاري ليصل إلى نخلته، وتأذى الأنصاري بهذا الاستطرار لأنّ أهل الأنصاري في البستان، ويخشى الأنصاري من وقوع بصر سمرة عليهم. والنتيجة أنّ التعسّف لا بدّ من درئه بما يدفع الضرر عن المضرور، مع عدم الإضرار بصاحب الحق وذلك بالتعويض أو المناقلة وما شابه يقول ابن رجب: «ففي هذا الحديث إجباره على المعاوضة حيث كان على شريكه أو جاره ضرر في تركه»<sup>(3)</sup>.

والأدلة حول منع التعسّف في التشريع الإسلامي كثيرة لا يتسع المقام بإيرادها كلّها، وهي تدلّ على أنّ الضرر في الإسلام مدفوع ومرفوع، مقصودا كان أو غير مقصود، ذلك أنّ الشارع قصد من الأحكام مقاصد على المكلف أن يتغيّرها قصداً، وإذا ابتغى من التكاليف غير ذلك فقد ناقض الشريعة، والمناقضة باطلة كما يقول الشاطبي: «كلّ من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرّعت له فقد ناقض الشريعة، وكلّ من ناقضها فعمله باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرّع له فعمله باطل»<sup>(4)</sup>.

المبحث الرابع: معايير التعسّف في استعمال الحق و تطبيقاته في الفقه الإسلامي<sup>(5)</sup>:

عند تتبّع المسائل الخاصّة بالتعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والتي تعرّض لها الفقهاء أثناء علاجهم لجزيئات الفقه المختلفة، أمكن وضع معايير خمسة يتوصّل عن طريقها إلى الكشف عن وجود التعسّف ومعرفته، وهذه المعايير يمكن أن تستوعب جميع حالات وصور التعسّف في استعمال الحق، وستطرّق إليها في الأمور التالية:

الأمر الأول: استعمال الحق في غير ما شرّع من أجله أو مناقضة قصد الشارع:

لقد شرّعت الحقوق في الإسلام لتحقيق مصالح جليّة وغايات سامية، ولم تُشرّع لمجرد التلهّي أو العبث، أو لاستغلالها فيما لا يُفيد، بحيث إذا استعمل الإنسان حقه في غير الغرض الذي شرّع له، والغاية التي منح من أجلها، كان مناقضاً لقصد الشارع، ومسيئاً في استعمال حقه، والأصل في المكلف أن يوافق الشارع الحكيم فيما قصد من

1- هو الصحابي الجليل سمرة بن جندب ابن هلال الفزاري، يكنى أبا سليمان، ولم يدرك الجاهلية ولاقي النبي وهو طفل. كان من الحفاظ الكثيرين من علماء الصحابة نزل البصرة وسكن بها، كان عظيم الأمانة، صدوقاً، وكان شديداً على الخوارج. (ت 58 أو 59هـ). انظر ابن الأثير، علي بن محمد الجزري، أسد الغابة في معرفة الصحابة: 513-514. تحقيق خيرى سعيد (المكتبة التوفيقية، مصر، د- ت)

2- أبو داود، سنن أبي داود (كتاب الأطعمة): 479/5، حديث رقم 3636، ورواه غيره بطرق مختلفة، وانظر ابن رجب، جامع العلوم والحكم: 218/2.

3- جامع العلوم والحكم: 219/2.

4- الموافقات: 333/2.

5- انظر في تعداد معايير التعسّف في استعمال الحق وعرضها: فضيلة الدكتور أحمد فهد أبو سنّة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، والدكتور فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ونظرية التعسّف في استعمال الحق، والدكتور سعيد أمجد الزهاوي، التعسّف في استعمال حق الملكية.

مصالح، إذ أن مخالفة الشارع فيما قصد مناقضة باطله كما تقدّم لنا في كلام الشاطبي. وهذا في الحقيقة تحايل على الشريعة واستهزاء بها، وإهمال لما اعتبرته، واعتبار لما أهملته من المصالح. ولا خلاف في الفقه الإسلامي في وجوب منع وإبطال التحيل على الشريعة، وإنما الخلاف في الوسيلة التي يهتدى بها إلى كشف ذلك القصد أو الباعث<sup>(1)</sup>. وهذا المبدأ لا يُنزع في صحته أي أحد من الفقهاء، وإنما هو محلّ اتّفاق بينهم جميعاً، وإذا كان هناك خلاف في بعض مسأله، فإنما هو خلاف في التطبيق، وليس خلافاً في نفس المبدأ.

ومن أمثلة ذلك النكاح بنية التحليل، والواهب ماله قرب حولان حول هروبا من الزكاة<sup>(2)</sup>؛ فالخلل لا يقصد من ذلك ما قصد الشارع من الزواج بل يقصد التحليل، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ألا أخبركم بالتيّس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو الخلل، لعن الله الخلل والخلل له»<sup>(3)</sup>، أمّا الواهب فيقصد الهروب من الزكاة، ولا يخفى أنّ في الهروب من الزكاة إبطال لحق الفقراء، وهو حق الله تبارك وتعالى. فالوسيلة في ظاهرها مجردة عن النية والباعث والنتيجة مشروعة، ولكن إذا ربطتها بغاياتها ونيتها علمت بطلانها، لأنّ الشريعة لا تنظر إلى الفعل مجرداً عن النية قط، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: «إنما الأعمال بالنيّات وإنما لكل امرئ ما نوى»<sup>(4)</sup> أي صحّة وفسادا، وحلاّ وحرمة. والأدلة على مناقضة قصد الشارع باعتماد الحيل الممنوعة كثيرة جداً<sup>(5)</sup>.

والمقصود من المثالين تأكيد لهذا المعيار، فللمكلّف أن يتصرّف في حقه كيفما شاء محققا المصلحة المشروعة من ذلك التصرف، أمّا أن يقصد غير ما شرع الله فقد تعسّف. فلو استعمل الوليّ ولايته لتحقيق مصلحته الشخصية على حساب مصلحة المولى عليه يعدّ متعسّفاً، لأنّ المقصد من الولاية أصلاً تحقيق مصلحة المولى عليه، حتى إذا قصد غير ذلك من نفع شخصي فقد تعسّف<sup>(6)</sup>. ويلحق بذلك التعسّف في استعمال السّلطة أو الوظيفة لتحقيق مصالح شخصية، لأنّ تصرف الامام على الرعيّة منوط بالمصلحة<sup>(7)</sup>.

ويعتبر هذا المعيار أشمل معايير التعسّف وأجمعها، فهو الأصل العام الذي ينتظم معايير التعسّف، وتندرج تحته جميع المعايير القصديّة، وبمقتضى هذا المعيار يقع الانحراف عن حكمة الشارع المتمثلة في تحقيق العدل والمصلحة، دون أن يترتب عليها أيّ ضرر يمكن أن يلحق بالغير فردا كان أو جماعة<sup>(8)</sup>.

1- انظر الدريني، نظرية التعسّف: 252، والزهاوي، التعسّف: 181.

2- انظر الشاطبي، الموافقات: 2/388، و 201/4.

3- ابن ماجة، السنن (أبواب النكاح، باب المحلل والمحلل له): 117/3-118، والدارقطني، سنن الدارقطني (كتاب النكاح): 4/369، حديث رقم 3618.

4- البخاري، الصحيح (كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم): 1/13 حديث رقم 1، ومسلم، الصحيح (كتاب الامارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم انما الأعمال بالنية..): 3/1515، حديث رقم 1907.

5- انظر الشاطبي، م. ن. 2: 380-387.

6- انظر الزهاوي، م. ن. 171:

7- انظر مجلة الأحكام العدلية: 29، المادة 58 (المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ).

8- انظر الدريني، نظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي: 281.

الأمر الثاني: تمحُّص قصد الإضرار<sup>(1)</sup>:

وهو من أقدم معايير التعسّف بدليل وجوده في الشرائع القديمة، وقد نصّ عليه صراحة فقهاء الحنابلة، حيث بيّنوا عند شرح حديث: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(2)</sup> أنّ المراد إلحاق الضرر بالغير بغير حق، ولا ريب في قبّحه وتحريمه بل هو أقبح المعايير لمخالفة الأخلاق والفضائل الظاهرة، يقول الإمام الشاطبي: «فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»<sup>(3)</sup>، ويقول أبو يوسف<sup>(4)</sup>: «ولا يحلّ لمسلم أن يتعمّد الإضرار لجاره، ولا القصد لتغريق أرضه، ولا لتحريق زرعه بشيء يُحدثه في أرض نفسه»<sup>(5)</sup>، فهذا المعيار يوضح الشكل البسيط للنظرية.

ومن المتفق عليه بين الفقهاء جميعاً أنّ قصد الإضرار بالغير محرّم، حيث نهى عنه الشارع في أكثر من مناسبة؛ فقد ورد في القرآن الكريم والسنة المطهّرة النهي عن المضارّة في الوصيّة والرّضاع وغيرها، وقد تقدم لنا عرض لبعض لتلك الأدلة من الكتاب والسنة<sup>(6)</sup>.

إنّ هذا المعيار يرجع إلى المعيار القصدى الأساسى الأوّل المتقدم ذكره وهو استعمال الحق في غير ما شرع له، ولكنه يعتبر معياراً قصدياً مستقلاً، وقد أشار ابن رجب إلى قبّح المعيار بقوله: «ألاً يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبّحه وتحريمه»<sup>(7)</sup>. وقد فصل الإمام الشاطبي الكلام في بيان هذا المعيار فذكر من أنواعه ما إذا اجتمع في العمل قصد نفع النفس وقصد الإضرار بالغير، كالمرخّص في سلعة طلباً للمعاش، مع قصد الإضرار بالغير، وبيّن أنّ هذه المسألة ممّا يتصور فيه الخلاف على الجملة، ثم بيّن أنه إن كان قادراً على الانتقال إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة أو درء تلك المفسدة، فلا إشكال في منعه، وإلا فحق الجالب مقدّم، ولكنه يمنع من قصد الإضرار<sup>(8)</sup>.

ولما كان قصد الإضرار من الأمور الخفية التي يصعب تبينها أو إثباتها، فيمكن الاستدلال على هذا المعيار بالقرائن، ومن ذلك خلوّ الفعل من المصلحة، حيث يُعتبر قرينة على تمحُّص قصد الإضرار بالغير، إذ الأصل أنّ أفعال العقلاء لا تخلو عن مصلحة، فإذا جاء الفعل خالياً عن ذلك، كان هذا قرينة في القضاء على قصد الإضرار بالغير.

ومن تطبيقات هذا المعيار عند الفقهاء أنّه إذا أراد رجل أن يحرق حصائد أرضه، فأوقد النار في حصائده، فذهبت النار إلى أرض جاره، فأحرق زرعه لا يضمن، إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره لأنه إذا

1- راجع في هذا الخصوص نفس المرجع: 242، والزهراوي، التعسف: 190، وابن رجب، جامع العلوم والحكم: 212/2 وما بعدها، وسرور محمد شكري، النظرية العامة للحق: 260-261 (دار الفكر العربي، ط1، 1979م)

2- سبق تخريجه، انظر ص 10 من هذه البحث.

3- الموافقات: 349/2

4- هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الكوفي البغدادي، أبو يوسف، صاحب أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، ولد بالكوفة سنة 113 هـ، ولي القضاء ببغداد في العصر العباسي زمن المهدي والهادي والرشيد، وهو أول من ولي منصب قاضي القضاة، له العديد من المصنفات، منها كتابه: الخراج. ومات في خلافة الرشيد (ت 182 هـ). انظر الأعلام: 252/9.

5- انظر أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، الخراج: 104 (دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1399 هـ- 1979 م)

6- راجع ص 7-13 من هذه البحث.

7- م . ص . ن .

8- انظر الموافقات: 348/2.

علم، كان قاصداً إحراق زرع الغير، وكذلك رجل له قطن في أرضه، وأرض جاره لاصقة بأرضه، فأوقد النار من طرف أرضه إلى جانب القطن، فأحرقت ذلك القطن، كان ضمان القطن على الذي أوقد النار، لأنه إذا علم أن ناره تتعدى إلى القطن كان قاصداً إحراق القطن<sup>(1)</sup>.

الأمر الثالث : عدم التناسب بين المصالح المتعارضة<sup>(2)</sup> :

وفي هذا المعيار يكون لصاحب الحق مصلحة عند استعماله لحقه، وفي نفس الوقت يترتب على هذا الاستعمال ضرر بالغير يفوق في حجمه المصلحة التي يجنيها صاحب الحق. ونظراً لهذا التفاوت بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يُصيب الغير، اقتضى منطق العدل ومبدأ عدم جواز إلحاق الضرر بالغير الذي هو قاعدة من قواعد الإسلام منع صاحب الحق من استعماله لحقه، إذا لم يكن هناك تناسب بين مصلحته والضرر الذي يجلُّ بالغير. فالعدل المطلق في الفقه الإسلامي يقوم على أساس التوازن بين المصالح المرجوة عند استخدام صاحب الحق لحقه، وبين الأضرار التي قد تلحق بالغير بسبب ذلك الاستخدام، ولا مصلحة حقيقة ترتجى إذا ترتب على الفعل مفسدة أكبر بالنفس أو بالغير، فذلك مما ترفضه العقول السليمة والأخلاق الفاضلة.

فاختلال التوازن بين المصالح يجعل التفاوت بين مصلحة صاحب الحق والمفسدة المترتبة عليها شاسعا، ومن ثم يصبح الفعل غير مشروع، ولو كان في الأصل مشروعاً، ذلك لأنَّ الحقوق لم تشرع أصلاً لتكون سبباً لجلب الأضرار والمفاسد على الغير فرداً كان أو جماعة. وهذا التوازن يقدره القضاء بحسب الظروف والملاسات الخاصة بكلِّ حالة، ويظهر هذا التناسب من قدرة صاحب الحق على تبرير استعمال حقه حتى تربو على الضرر العائد على الغير<sup>(3)</sup>.

ويعتبر هذا المعيار من أهمِّ المعايير في الشريعة الإسلامية التي تقوم أصلاً على رعاية جميع الحقوق مع إقامة التوازن بينها حرصاً على إقامة العدل، كما تعمل أيضاً على إزالة التعارض أو التعسف بتحقيق ذلك التوازن. وينطوي هذا المعيار على الضوابط التالية<sup>(4)</sup> :

الأول - الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين، بحيث لا يكون ثمة تناسب بينهما إطلاقاً.

الثاني - الضرر الفاحش اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره.

الثالث - الضرر العام اللاحق بالمجتمع الإسلامي من جراء استعمال الحق الفردي.

وقد مرَّ بنا حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه الذي أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلع نخلته لتعسّفه، يقول ابن القيم تعليقا على الحديث: «وإن كان الذي عليه - أي سمرة - في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإنَّ الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه»<sup>(5)</sup>.

1- انظر البغدادي غانم بن محمد، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان (فصل فيما يضمن بالنار وما لا يضمن): 372/1، مسألة رقم 1484، تحقيق محمد أحمد سراج، وعلي جمعة محمد (دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1420هـ-1999م).

2- انظر الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق: 264.

3- انظر كيرة، حسن، المدخل الى القانون: 775 (منشأة المعارف، الاسكندرية، ط5، 1993م).

4- انظر الدريني، نظرية التعسف: 264.

5- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: 682/2-683، تحقيق نايف بن أحمد الحمد (دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي بجدة، د-ت).

وهذا المعيار أغفله كثير من رجال القانون مع أنه ظاهر في الفقه الإسلامي، وهو معيار موضوعي لا شخصي لا يتعلق بمقاصد صاحب الحق أو طريقة استعماله، وإنما ينظر إلى المآل والنتيجة، ومن أمثلة ذلك النهي عن تلقي الركبان<sup>(1)</sup> لما فيه من إضرار بالعامّة، فيمنع ولو كانت نيته صالحة<sup>(2)</sup>.

على أن إزالة التعارض لا يكون برفع الضرر عن الغير لإيقاعه على صاحب الحق، بل بحفظ صاحب الحق حقّ غيره خلال التعويض ما أمكن، وفي مجلة الأحكام قاعدة تنص على هذا: «الاضطرار لا يبطل حق الغير»<sup>(3)</sup>، فلو اضطر إنسان لأكل طعام الغير لسدّ رمقه فأكل منه يضمن قيمته<sup>(4)</sup>.

#### الأمر الرابع: الضّرر الفاحش:

يُعتبر الإنسان مسيئاً في استعمال حقه إذا استعمله بطريقة يترتب عليها ضرر فاحش بالغير، مهما كانت قيمة المصلحة أو الفائدة التي يحصل عليها صاحب الحق نتيجة لهذا الاستعمال، وحينئذ يمتنع صاحب الحق من استعماله لحقه بهذه الصورة، لأنه من المقرّر شرعاً أنّ درء المفسد مقدّم على جلب المصالح، أمّا الاستعمال الذي يترتب عليه ضرر عادي ومألوف، فليس من التعسف، ولا يُعتبر صاحبه مسيئاً فيه. وبناءً عليه فلا يُمنع صاحب الحقّ منه وإلا لأدّى ذلك إلى تعطيل الانتفاع بالحقوق، حيث لا يخلو استعمالها من بعض المضارّ التي يمكن تحملها عادة<sup>(5)</sup>، مثل رائحة الدخان التي تأتي من بيت الجار نتيجة طبخه أو خبزه على العادة، وكصوت المذياع الذي يُمكن تحمّله عادة، ونحو ذلك<sup>(6)</sup>.

والضّرر الفاحش معيار موضوعي محض، لا ينظر فيه إلى قصد صاحب الحق، وإنما إلى الآثار المترتبة على استعماله، وبغضّ النظر عن كيفية الاستعمال، وقد عرفته مجلة الأحكام بأنه: «كلّ ما يمتنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضرّ البناء بأن يجلب عليه وهنا، يكون سبب انهدامه»<sup>(7)</sup>. ومن أمثلة ذلك حجب الضوء عن الجار بالكلية، ورؤية المحلّ الذي هو مقرّ النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر، وهذا يدلّ على أنّ الضّرر الفاحش يشمل الضّرر الماديّ والمعنويّ، فالماديّ كحجب الضوء، والمعنويّ كروية النساء، وحديث سمرة المتقدم من أمثلة ذلك<sup>(8)</sup>.

<sup>1</sup> نهي الإسلام عن هذا الأسلوب في التعامل، حيث كان النبي صلى الله عليه وسلّم يمنع المسلمين من أن يتلقوا قوافل التجار القادمة على أطراف البلد حتى لا يمنعوا عنهم حقيقة الأسعار، فيظلمونهم ويشترّوا منهم بأقلّ من سعر السوق. انظر لمزيد الاستفادة العدد 57 من مجلة الفقه والقانون ص 91.

<sup>2</sup> انظر الزهاوي، التعسف: 209، والخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي: 98.

<sup>3</sup> مجلة الأحكام العدلية: 28 (المادة 33).

<sup>4</sup> انظر باز اللبناني، شرح المجلة: 44/1.

<sup>5</sup> انظر اليهودي، كشاف القناع عن متن الاقناع: 340/3 (عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403 هـ-1983 م).

<sup>6</sup> والواقع أن تحديد الضرر الفاحش من الأمور التي تختلف باختلاف الأشخاص والأماكن والأزمان، فما يُعتبر ضرراً فاحشاً بالنسبة لشخص مُعيّن أو في بعض الأمكنة والأزمنة، قد لا يُعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر أو في أمكنة وأزمنة أخرى؛ فالأصوات التي تنتج عن الآلات والمصانع تعتبر ضرراً فاحشاً بالنسبة لأشخاص تقتضي طبيعة عملهم الهدوء وعدم الضوضاء، ولا تعتبر كذلك بالنسبة لأشخاص آخرين لا تقتضي طبيعة عملهم مثل ذلك، كذلك فإن مثل هذه الأصوات تعتبر ضرراً فاحشاً بالنسبة لمنطقة مخصّصة للسكن أو في الأوقات المتأخرة من الليل، ولا تعتبر كذلك بالنسبة لمنطقة صناعية أو في وقت النهار.

<sup>7</sup> مجلة الأحكام العدلية: 170 (المادة 1199).

<sup>8</sup> انظر م. ن (المادتان 1201 و 1202): 170-171، وانظر الدريني، نظرية التعسف: 278-279.

الأمر الخامس : استعمال الحقّ على وجه غير مُعتاد، أو دون مراعاة الحيطة والحذر:

ويتحقّق التعسّف في استعمال الحق وفقّ هذا المعيار إذا استعمل الإنسان حقه بأسلوب غير معتاد، وغير مُتعارف عليه بين الناس أو دون مُراعاة لما يقتضيه واجب الاستعمال العادي من مراعاة للحيطة والحذر، فإذا ترتّب على استعمال الإنسان لحقه بهذه الصّورة ضرر بالغير كان متعمّداً وعليه ضمان هذا الضرر باتّفاق الفقهاء.

وقد نصّ على هذا المعيار ابن رجب حيث يقول : «فأمّا التصرّف في ملكه بما يتعدّى ضرره إلى غيره، فإن كان على غير الوجه المعتاد مثل أن يؤجّج في أرضه ناراً في يوم عاصف فيحترق ما يليه، فإنه مُتعدّدٌ بذلك وعليه الضمان»<sup>(1)</sup> فهبوب الرّيح في مثل هذا اليوم العاصف يقتضي من الإنسان العادي الامتناع عن تأجيج النّار في أرضه؛ لأنّ من شأن الرّيح أن تنقل النار إلى ما جاورها من أشياء قابلة للاحتراق، فمن أوقد النّار في أرضه في مثل هذا اليوم، فترتّب على ذلك مضارّ لحقت بجاره ضمن؛ وذلك باتّفاق الفقهاء، نظراً لاستعماله لحقه استعمالاً غير مشروع؛ حيث استعمله على وجه غير معتاد، ولم يراعِ الحيطة والحذر عند استعماله.

المبحث الخامس : جزاء التعسّف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي :

حرصاً منها على رعاية العدل، وتمكين أصحاب الحقوق من حقوقهم، وقطعاً لدابر التعسّف تقرّر الشريعة الإسلاميّة أربعة أنواع من الجزاء على التعسّف في استعمال الحق وهي : الجزاء العيني، والجزاء التعويضي، والجزاء التعزيري، والجزاء الأخروي.

الأمر الأوّل : الجزاء العيني :

فقد يبطل التعسّف لمنع ترتّب آثاره، إمّا بمنع المتعسّف منه إن كان مصراً على استعمال الحق، وإمّا بإجبار منعه عليه إن كان ممتنعاً، ومن ذلك إجبار الحاكم محتكر الطعام على بيعه بثمن المثل<sup>(2)</sup>، وسلب الحاكم الولاية من الولي إذا عضل المولى عليها ومنعها من الزّواج، دفعاً للضرر عن النساء<sup>(3)</sup>، وقيام الحاكم أيضاً مجرمان السّفية من التصرّف في ماله خشية إتلافه وإفساده.

ويمكن إزالة الضرر بإزالة سببه، كما لو أقام شخص جداراً ليحجب النّور والهواء عن جاره، فالحاكم يتولّى إجبار المتعسّف على الكفّ عن ضرره المتعدّي لجاره، ويأمره بإزالة جداره عنوة.

الأمر الثاني : الجزاء التعويضي (الضمان) :

إذا وقع الضرر فعلاً بسبب تعسّف في استعمال الحق، كان على المتسبّب فيه تداركه بالإزالة بقدر الإمكان، أو بتعويض مالي عادل يقرّره الحاكم جرّاء ما أصاب غيره من ضرر.

الأمر الثالث : الجزاء التعزيري :

يجوز لوليّ الأمر أن يعزّر كلّ متعسّف في استعمال حقه بحسب المصلحة والعدل، فيقرّر عقوبة تعزيريّة ملائمة لإيلاها وامتهاناً له، وردعاً لأمثاله ممن قد يتعسّف فيضرب بغيره.

1- جامع العلوم والحكم:217/2.

2- انظر الكاساني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:5/129، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1424هـ - 2003م). وابن القيم، الطرق الحكمية:2/636، قلت: وقد تناولت مسألة منع الاحتكار في بحث تجلّي مقصد العدل في المعاملات المالية، في العدد 57 من مجلة الفقه والقانون ص 96-98.

3- انظر ابن كثير، اسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم:1/631، في تفسير قوله تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ﴾ (البقرة 232). تحقيق سامي محمد سلامة (دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، 1420هـ - 1999م).



## الأمر الرابع : الجزء الأخروي :

تتمتاز الشريعة الإسلامية بترتيب جزاء أخرويّ على البواعث والنيّات غير المشروعة، فهي شريعة ربّانية المصدر تقوم على الايمان بالله واليوم الآخر والحساب والعقاب والثواب يوم الدين. وقصد الاضرار بالغير والتحايل على شرع الله يترتب على صاحبة الإثم، والجزاء الأخرويّ أبقى وأعظم من الجزاء الدنيوي، بل هو أشدّ أثراً في نفس المكلف وتوجيهه إلى ضرورة اتباع أوامر الله واجتناب نواهيه. وإذا كانت نظرية التعسّف تقوم على معايير البواعث والقصود دلّ ذلك على أهميّة هذا الجزاء لضمان درء التعسّف، وإصلاح النوايا وإبطال التحايل على دين الله عزّ وجلّ<sup>(1)</sup>.

## ✓ المصادر والمراجع :

- 1- ابن الأثير علي بن محمد الجزري، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق خيرى سعيد(المكتبة التوفيقية، مصر، د- ت)
- 2- الأسنوي عبد الرحيم بن الحسن، جمال الدين، طبقات الشافعية، تحقيق كمال الحوت(دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1407هـ-1987م).
- 3- باز اللبناني سليم رستم، شرح مجلة الأحكام (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، د.ت).
- 4- البخاري محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح، تحقيق محبّ الدين الخطيب، ومحمد فؤاد عبد الباقي(المطبعة السلفيّة ومكبتها، القاهرة، ط1، 1403هـ).
- 5- البزازي محمد بن شهاب الكردي، الفتاوى البزازية، على هامش الفتاوى العلكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية (المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق، ط2، 1310هـ).
- 6- البغدادي غانم بن محمد، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، تحقيق محمد أحمد سراج، وعلي جمعة محمد(دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1420هـ-1999م).
- 7- البهوتي منصور بن يونس بن ادريس، كشف القناع عن متن الاقناع(عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403هـ-1983م).
- 8- البيهقي أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى(تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ-2003م).
- 9- الترمذي محمد بن عيسى، سنن الترمذي(تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، د1، د-ت).
- 10- الجصاص أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق قمحاوي(دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1412هـ-1992م).
- 11- ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، تلخيص التجبير، تحقيق حسن بن عباس بن قطب(مؤسسة قرطبة، ط1، 1416هـ-1995م).
- 12- ابن حنبل أحمد بن أحمد الشيباني، المسند، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1429هـ-2008م).
- 13- الخفيف علي، الضمان في الفقه الإسلامي(دار الفكر العربي القاهرة، 2000م).

1- انظر الدريني، نظرية التعسّف في استعمال الحق: 391.

- 14- الدارقطني علي بن عمر، السنن (تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ - 2004 م).
- 15- أبو داود سليمان بن أشعث، سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره بللي (دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، طبعة خاصة، 1430هـ، 2009م).
- 16- الدريني محمد فتحي، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم (مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1402هـ - 1982م).
- 17- الدريني محمد فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط4، 1408هـ - 1988م).
- 18- الدريني محمد فتحي، النظريات الفقهية (منشورات جامعة دمشق، ط4، 1417هـ - 1997م).
- 19- ابن رجب عبد الرحمن بن أحمد، جامع العلوم والحكم، تحقيق شعيب الأرنؤوط، وإبراهيم باجس (دار الملك عبد العزيز، ط10، 1421هـ - 2010م).
- 20- ابن رجب عبد الرحمن بن أحمد، القواعد في الفقه الإسلامي (مطبعة الصدق الخيرية، مصر، ط1، 1352هـ - 1933م).
- 21- الرملي محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ - 1984م).
- 22- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته (دار الفكر، دمشق، ط3، 1409هـ - 1989م).
- 23- الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام (أو الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) (مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ط9، 1968م).
- 24- الزركلي خير الدين، الأعلام (دار العلم للملايين، بيروت، لبنان ط15، أيار - مايو 2002م).
- 25- الزهاوي سعيد أحمد، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون (دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، ط1، 1975م).
- 26- السرخسي محمد بن أحمد، المبسوط، (دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ - 1989م، مصورا عن مطبعة دار السعادة بمصر 1331هـ).
- 27- سرور محمد شكري، النظرية العامة للحق (دار الفكر العربي، ط1، 1979م).
- 28- الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي، أبو اسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، بشرح الشيخ عبد الله دراز (دار المعرفة، بيروت، لبنان، د - ت).
- 29- الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، قدم له واعتنى به رائد بن صبري بن أبي علفة (بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004م).
- 30- ابن عبد السلام عبد العزيز، عز الدين، القواعد الكبرى، الموسوم قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق نزيه كمال حماد، ود. عثمان جمعة ضميرية (دار القلم، دمشق، ط1، 1421هـ - 2000م).
- 31- ابن فرحون إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: 256/2، تحقيق الشيخ جمال مرعشلي (دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة بموافقة دار الكتب العلمية، 1423هـ - 2003م).
- 32- ابن قدامة عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو (دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط3، 1417هـ - 1997م).

- 33- القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي (مؤسسة الرسالة، ط1، 1427هـ - 2006م).
- 34- ابن قيم الجوزية شمس الدين، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد (دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، د-ت).
- 35- الكاساني أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1424هـ - 2003م).
- 36- ابن كثير اسماعيل بن عمر عماد الدين، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي محمد سلامة (دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، 1420هـ - 1999م).
- 37- كيرة، حسن، المدخل الى القانون (منشأة المعارف، الاسكندرية، ط5، 1993م).
- 38- ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار احياء الكتب العربيّة، د-ت).
- 39- مجلة الأحكام العدلية، (المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ).
- 40- مخلوف محمد بن محمد، شجرة النور الزكية (المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، 1349هـ).
- 41- المذكوري محمد شعبي، المدخل إلى فلسفة القانون (مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1413هـ - 1992م).
- 42- المراغي عبد الله، الفتح المبين في طبقات الأصوليين (دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1974م).
- 43- النووي يحيى بن شرف محيي الدين، أبو زكريا، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق محمد محمد طاهر شعبان (دار المنهاج للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1426هـ - 2005م).
- 44- 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).
- 45- وصفي مصطفى كمال، كفاية الشريعة الإسلامية في تثبيت التعامل واستقراره (بحث في مجلة التوجيه التشريعي/ من بحوث مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، سنة 1972م، 167/2).
- 46- أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم الأنصاري، الخراج (دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1399هـ - 1979م).

## التقويم التربوي في الدرس الفقهي بالجامعة المغربية



المصطفى فرحان باحث في الدراسات الإسلامية

بصف الدكتوراه ، وحدة التراث والتهيئة المجالية

جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كلية الآداب سايس فاس

ملخص الدراسة :

لقد جاء الإصلاح الجامعي الجديد برؤية تفسح المجال أمام الأساتذة باعتماد نظام المراقبة المستمرة، عبر اختيار أساليب ملائمة لتقويم تعلمات الطلبة؛ وهكذا فإن الممارسة التقويمية في الجامعات تعرف تحديا حقيقيا، من خلال الإشارات التي جاء بها دفتر الضوابط البيداغوجية في مسألة (تقييم التعلّيمات)، وتركه هامشا كبيرا من الحرية لمنسّقي الشعب والأساتذة؛ لوضع نظام خاص للتقويم التربوي يصادق عليه مجلس الجامعة، ويتم إطلاع الطلبة عليه. ويسعى هذا البحث إلى مقارنة موضوع (تقويم التعلّيمات الفقهية) بالتعليم الجامعي؛ من أجل رصد مدى تحقق الأهداف المتوخاة من تدريس الفقه، وتحديد مكان القوة ومكان الضعف في هذه الممارسة، ومرّ ذلك عن طريق الكشف عن (واقع التقويم التربوي في الدرس الفقهي) الجامعي خاصة، باعتماد أدوات بحثية علمية تساعد على تعميق الدراسة والتحليل، واقتراح الحلول والبدائل الممكنة من أجل تطوير التقويم الفقهي الجامعي، مع اعتبار الفقه مادة من مواد العلوم الشرعية التي تُدرّس داخل شعب الدراسات الإسلامية وكليات الشريعة بالمغرب.

مدخل منهجي:

أولا : أهداف البحث :

تروم هذه الدراسة تشخيص واقع التقويم التربوي في (الدرس الفقهي) بالجامعة المغربية؛ ولأجل ذلك يتعين تحقيق الأهداف العلمية الآتية:

1- إبراز المعايير التي يستند إليها التقويم التربوي، من خلال الوثائق الرسمية المؤطرة لهذا الفعل داخل الجامعات المغربية.

- 2- الكشف عن المهارات والمجالات، التي يستهدفها (التقويم الإجمالي) في الدرس الفقهي الجامعي.  
3- استثمار محصلات هذه الدراسة؛ في تطوير الممارسة التقييمية في الدرس الفقهي الجامعي.  
ثانيا : مشكلة البحث :

انطلق البحث من السؤال العام الآتي: كيف يُبنى التقويم في الدرس الفقهي، وما هي آلياته وأدواته في الواقع الجامعي المعاصر؟ وتفرّعت عنه المشكلات الآتية :

- 1- كيف حددت الوثائق الرسمية التقويم التربوي في الدرس الفقهي الجامعي؟
  - 2- ماهي المهارات التي يستهدفها التقويم التربوي لدى طالب الفقه داخل الجامعات ؟
  - 3- هل يستهدف (التقويم التربوي) في الدرس الفقهي الجامعي قياس الأهداف المهارية والمنهجية؛ أم أنه يقتصر على قياس الجوانب المعرفية؟
- ثالثا : فرضيات البحث :

بناء على طبيعة الموضوع ومشكلاته وأهدافه؛ فإن دراسته اقتضت التحقق من الفرضيات الآتية:

- 1- يحترم التقويم التربوي في الدرس الفقهي ما نص عليه دفتر الضوابط البيداغوجية الوطني، وما جاءت به الملفات الوصفية في هذا المجال.
- 2- يستهدف التقويم التربوي في الدرس الفقهي الجامعي قياس الأهداف المعرفية، دون الجوانب المهارية والمنهجية والتطبيقية .

رابعا : منهج الدراسة :

نظرا إلى طبيعة البحث المنصب أساسا على دراسة وتحليل واقع الممارسة التقييمية في الدرس الفقهي؛ فإن المنهج المُعتمد أساساً هو (المنهج التحليلي)، الذي يقوم على التفكير والتركيب والتقويم؛ إلا أنه تم التوسل ببعض تقنيات (المنهج الوصفي) بشكل مساعد في عرض ما ورد من نصوص، أثناء تشخيص واقع التقويم والكشف عن أدواته وآلياته. ولهذا اعتمدَ البحث أداتيَّ تحليل المضمون والاستمارة، باعتبارهما نمطين أساسيين من أنماط المنهج الوصفي، ثمّ تعزيزهما بأداة المقابلة العلمية؛ لاستكمال التحليل والاستنتاج.

خامسا : حدود البحث :

البحث مقيّد من جهة الموضوع ومن ناحية المجال: فالموضوع هو (التقويم التربوي في الدرس الفقهي) باعتباره أحد مكونات المنهج الدراسي، ثم حُدّد أكثر في تقويم (تعلّمات طالب الفقه) عبر (التقويم الإجمالي) المتمثّل في (اختبارات نهاية الفصل). والمجال هو التعليم الجامعي العمومي بسلك الإجازة بالمؤسسات الآتية : جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، جامعة مولاي إسماعيل بمكناس ودار الحديث الحسنية بالرباط.

سادسا : مصطلحات الدراسة :

التقويم : مجموع الإنجازات و الأنشطة التي تمكن من الحكم على أثر ما اكتسبه المتعلمون في موضوع ما، من معارف ومهارت وقيم، وفق أهداف محددة.

التقويم التربوي : العملية التي يتم من خلالها رصد مدى تحقق الأهداف المتوخاة من عملية التدريس، وهو مكون من مكونات المنهج الدراسي.

التقويم الإجمالي: إجراء يتحقق في نهاية الدراسة، يتعلق بتقدير التحصيل الدراسي النهائي للمتعلّم في مسار تراكمي للتعلّمات، ويرتبط أساسا باتخاذ قرارات نهائية حول النجاح والرسوب.

الدرس الفقهي : أعني به : الكيفية التي تقدم بها المادة الفقهية، أي: منهاجها من أهداف ومحتوى وطرائق ووسائل تعليمية وتقويم تربوي.

اختبارات نهاية الفصل : نوع من (التقويم الإجمالي)، جاءت في ظل الإصلاح الجامعي الجديد، وتقوم على تقدير التحصيل الفقهي للطالب نهاية كل فصل، ويرتبط باتخاذ قرارات.

أولا : الشق النظري للدراسة :

الفصل الأول : الجوانب المستهدفة بالتقويم التربوي في الدرس الفقهي تدريسا وتقويما :

المبحث الأول : التقويم التربوي بين المفهوم البؤرة والمفاهيم المجاورة :

إن التقويم الذي هدفت إليه الدراسة، هو التقويم التربوي بمفهومه الخاص<sup>1</sup>، أي (تقويم التعلم) عن طريق العملية التشخيصية العلاجية التي تستهدف الكشف عن مواطن القوة والضعف في عملية تدريس الفقه؛ بقصد تجويد عمليتي التعليم والتعلم وتطويرهما بما يحقق أهداف تدريس هذه المادة.

القياس والاختبار والتقويم :

القياس "هو نشاط يرتبط بجمع النتائج أو المؤشرات التي تسمح بالوصف الكمي لمعارف وقدرات أو مهارات تلميذ ما"<sup>2</sup>. وإذن، تنتهي عملية القياس بإعطاء الدرجة، عبر تحويل الصفات المقيسة إلى كم، بواسطة أدوات قياسية مناسبة. مثل الاختبار<sup>3</sup>، وعليه فإن الاختبار أداة من أدوات القياس.

التقييم والتقويم :

الأصل في المعاجم العربية التراثية هو (التقويم)؛ أما (التقييم) فلا أصل له في اللغة العربية؛ لذلك لا نجد له أصلا إلا في المعاجم التربوية المعاصرة. والتقييم: "هو إصدار حكم على نتائج القياس بعد معالجتها وتأويلها."<sup>4</sup>؛ نخلص إلى أن : التقويم يمر عبر مراحل ثلاث:

القياس (إعطاء الدرجة)، ثم التقييم (معالجة هذه الدرجة وتأويلها وإصدار حكم عليها)؛ ثم التقويم (الإصلاح والتعديل والتصحيح).

المبحث الثاني : انسجام التقويم التربوي مع أهداف تدريس الفقه :

لكي يحقق الدرس الفقهي الغاية المرجوة منه، يتعين أن تكون أهداف تدريسه خاضعة لأربعة محددات<sup>5</sup>، تتحكم في تسطيرها وصياغتها، وهي على الشكل الآتي :

<sup>1</sup> والتقويم بمعناه العام: "عمل تربوي نسقي، فهو ليس مجرد إضفاء حكم قيمي على المتعلمين وأعمالهم بل هو عمل ديداكتيكي كامل ومتكامل، يحيط بكل جوانب التكوين، وذلك حينما ينطلق من الأهداف ومدى درجة تحققها إلى إجراء يدرس ويحلل ويقوم شروط الإنجاز وظروفه، باحثا عن مواطن القصور في كل العوامل المكونة للفعل التعليمي؛ من وسائل وطرائق ومعايير إتقان وشروط عمل"، انظر "الوسائل التعليمية، التقويم التربوي"، خالد المير وآخرون، سلسلة التكوين التربوي العدد 5، ط1/1996م، ص 76.

<sup>2</sup> "تخطيط الدرس لتنمية الكفايات"، ببيد ديشي، ترجمة عبد الكريم غريب، منشورات عالم التربية مطبعة النجاح الجديدة-البيضاء، ط2/2003م، ص: 245. مثال القياس: كأن يمتحن الطالب في مدى تحصيله للأحكام المتعلقة بباب الزكاة، فإذا استحضرت عشرة أحكام من بين عشرين حكما سبق له أن تعرف عليها؛ فإن نتيجة القياس هي: أن تحصيله متوسط.

<sup>3</sup> الاختبار: "هو أهم أداة قياس تستخدم في المجال التربوي، وهو في الغالب مجموعة من الأسئلة والمثيرات التي يمكن من خلالها أن تتم عملية القياس" انظر: "التقويم في المنظومة التربوية"، المصطفى البرجاوي، مجلة علوم التربية، ع. 63/2015م، ص 64.

<sup>4</sup> "تقويم التعلم"، درجاء محمود أبوعلام، دار المسيرة للنشر، عمان، ط 1/2005م، ص: 60.

<sup>5</sup> تم استخلاص هذه المحددات خلال حضوري لسلسلة محاضرات مع الدكتور محمد الحاجي الدرسي" في وحدة "ضوابط تدريس الفقه" بـ"بماستر" تدريس العلوم الشرعية" بالمدرسة العليا للأساتذة بفاس، الفصل الثالث، الموسم الجامعي 2015/2016م.

1- أن تكون مشتقة من أهداف العلم نفسه؛ حتى يمكن الأخذ بعين الاعتبار الخصائص المعرفية والمنهجية للفقه وضمان حضورها تدريسا وتقويما. ويمكن إجمال أهداف علم الفقه والغاية من وضعه في ثلاثة أهداف رئيسية، وهي: أولا: تعريف المكلف بأحكام الدين. ثانيا: ضبط منهج هذا التعريف. ثالثا: ضمان مسابرة الأحكام الشرعية للواقع المجتمعي.

2- أن يتم توزيع الفئة المستهدفة بحسب نوعيتها وبحسب المخرجات المراد تحقيقها.

3- استحضار الغلاف الزمني؛ أي الأخذ بعين الاعتبار (زمن التعلم) و (زمن التعليم)<sup>1</sup>.

4- استحضار الحاجة من تدريس الفقه؛ التي قد ترتبط بذات المتعلم (خصائصه السيكلوجية وقدراته العقلية)، أو ترتبط بالواقع الاجتماعي (حاجة المجتمع إلى الفقه).

إن أهداف تدريس الفقه لن يبلغها الطالب عبر الشحن المعرفي القائم على حفظ الفروع<sup>2</sup> والأحكام الشرعية؛ ولكن لابد لها من بناء وتدرج في التفقه، وعليه؛ يتعين أن تتنوع هذه الأهداف إلى:

- أهداف معرفية: لها علاقة بالجانب النظري للفقه، وتكون مرتبطة بالأساس المعرفي/ الاستمولوجي؛ هذا النوع يتم تقويمه بما ينسجم وذلك الأساس، كما وضحت في السابق.

- أهداف منهجية: مرتبطة باكتساب المنهج الفقهي الموصل إلى المعرفة، هذا النوع يجب أن يرتبط بالأساس المنهجي، ويتم تقويمه بانسجام مع خصائص المناهج الأربعة التي حكمت المنطق الداخلي لعلم الفقه، وقد بينت ذلك في موضعه.

- أهداف مهارية: مرتبطة بالتطبيق الفقهي، وهو الثمرة المرجوة من وراء تدريس هذا العلم، ويتم تقويم هذا النوع عبر دراسة نوازل فقهية أو إنتاج بحوث علمية تبحث في إحدى جزئيات الفقه أو غيرها.

والتقويم عامة، يكون بناء على الأهداف التي وُضعت ابتداءً؛ لأنه يروم التأكد من مدى تحققها لدى الطالب. وباستحضارنا للعلاقة البنوية التي تجمع عناصر المنهاج؛ فإن التقويم في (الدرس الفقهي) يجب أن يقيس مدى تحقق الأهداف الآنف الذكر بشكل متكامل دون إغفال لأحد مستوياتها لحساب الآخر.

المبحث الثالث: المهارات المستهدفة تدريسا وتقويما في الدرس الفقهي:

الفقه بطبيعته يأبى أن يكون مجرد معرفة جاهزة يمكن تنظيمها في قوالب ثابتة؛ لئتم تمريرها للطالب خلال حصص الدرس، فحقيقة الفقه ملكة يُقْتَدَر بها على الفهم، والتحليل والاستنباط والاجتهاد.

وإن مهارات من قبيل: الفهم والتحليل، التطبيق والاستنباط، والمقارنة والترجيح؛ هي التي تعبر عن طبيعة الفقه وماهيته؛ لذلك يتوجب على منهج تدريس الفقه أن يستهدفها بشكل متدرج خلال سني الطلب؛ لأن هذه المهارات ليست على الدرجة نفسها، بل يرتقي الطالب في اكتسابها من مرحلة إلى أخرى.

إلا أن التداخل بين المهارات المستهدفة باعتبارها عمليات عقلية مرتبة وفق منازل يُخدم بعضها بعضا، وتتكامل فيما بينها من أجل تحقيق فعل التعلم لدى الإنسان بصفة عامة؛ يعطي إمكانية الجمع بينها في مستويات معرفية متقاربة؛ بحيث يكون كل مستوى منها متضمنا لمجموعة من المهارات المتلازمة، ويكون اجتماعها وتحقيقها لدى الطالب معيارا

<sup>1</sup> زمن التعليم: هو الزمن المحدد خلال الحصص الدراسية لكل مجزوءة، أو وحدة أو درس ما دون مراعاة الفروق الفردية بين المتعلمين.؛ انظر: "علاقة المتعلم بالأستاذ" د، سعيد حليم، مطبعة أنفو- برانت فاس، ط2/2009، ص73. أما زمن التعلم فهو: "الإيقاع الحقيقي للتعلم الخاص بكل متعلم" انظر، "الخطاب الديدكتيكي بالمدرسة الأساسية بين التصور والممارسة" د، محمد لمباشري، دار الثقافة البيضاء، ط1/2002م، ص25.

<sup>2</sup> تجدر الإشارة إلى أن البيداغوجيا الحديثة لا تنفي ضرورة الحفظ وأهميته؛ ولكن دون أن يكون على حساب الجوانب الأخرى من شخصية المتعلم، والمهارات العليا التي يتعين استهدافها والوصول إليها.

لارتقائه إلى المستوى الموالي. وقد حُدِّتْ هذه المستويات في ثلاثة كما يلي: مستوى (الحفظ والفهم)، (الاستقراء والتطبيق) و(الاستنباط والترجيح).  
1- مستوى الحفظ والفهم<sup>1</sup> :

مادام (علم الفقه) علما شرعيا، يستمد قوته وأصالته من النصوص الشرعية (قرآنا وسنة)؛ فلا بد من قدر من الحفظ الذي لا غنى عنه، ولن يستقيم تدريس مسائله دونه. لكن المطلوب هو ألا يكون الحفظ مقصودا لذاته، وأن يتزامن مع تنمية الفهم وأدواته.

لقد عقد الحافظ ابن عبد البر (ت 463هـ) بابا في كتابه "جامع بيان العلم وفضله"، عنوانه بـ "منازل العلم"، وأخرج فيه بسنده عن ابن المبارك (ت 181هـ) قال: "أول العلم النية، ثم الاستماع، ثم الفهم، ثم الحفظ، ثم العمل ثم النشر"<sup>2</sup>. ويؤكد هذه المراتب حديث النبي صلى الله عليه وسلم في ما رواه زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "نضر الله امرأ سمع منا حديثا فحفظه حتى يبلغه عنا كما سمعه، فرب مبلغ أوعى من سامع"<sup>3</sup>؛ فإنه يشمل مرتبة السمع، ثم الحفظ، ثم التبليغ، وأشار صلى الله عليه وسلم كذلك إلى مرتبة الوعي التي يفهم من منطوق الحديث أنها ينبغي أن تسبق الحفظ؛ حتى يكون التبليغ عن وعي وفهم، لا عن حفظ فقط.

إن التركيز على الحفظ العاري عن الفهم غالبا ما يؤدي إلى الفتور، وإلى الاستعداد على استئصال للتقويم. يقول ابن عاشور: "ليس للناس فائدة في امتلاء حافظة التلميذ بألفاظ المسائل مدة الامتحان، ثم إذا نفصَّ يده من غبار الامتحان وراجعته بعد أشهر فحاضرتة في شيء منها لم تجد بذهنه إلا أطلاالا بالية... فمن الواجب أن يعتمد التلامذة على جادة العلم واستحضار معاني ما أتقنوا حفظه من المتون المعتمدة"<sup>4</sup>.

## 2- مستوى الاستقراء والتطبيق :

هذا المستوى متضمنٌ لمهارات أخرى من قبيل: الاستقصاء، والفهم، والتحليل والتركيب. والمفروض في طالب الفقه أن يكون في المستوى السابق، قد أدرك مفردات الفقه ومعطياته إدراكا واعيا ودقيقا، وأن هذه المعرفة قد استقرت في عقله بحيث يتذكرها ويستحضرها متى شاء.

إن هذا المستوى ينتقل بطالب الفقه إلى توظيف مكتسباته في سياقات جديدة، ويستهدف تقويمه القدرة على استثمار وتطبيق مكتسباته على وضعيات عامة ومرتبطة بواقعه المعيش.

ثم إن تقويم مهارات هذا المستوى لا يمكن أن يتحقق عبر أسئلة مباشرة، أو باستهداف الجانب المعرفي، الذي من المفروض أن يُقاس خلال المستوى السابق؛ لذلك يتحتم تنويع الأسئلة بين أسئلة مركبة وأخرى مقالية، وأن تكون اختيارية بحيث تترك الحرية للطالب في الجواب عنها حسب ما تحصل لديه من المعرفة الفقهية؛ لأن الهدف في هذا المستوى هو تقويم كيفية استثمار المعرفة وليس تقويم المعرفة في حد ذاتها.

## 3- مستوى الاستنباط والترجيح :

إن المهارات المستهدفة في هذه المرحلة متضمنة لجميع ما يتأسس عليه المستويين السابقين؛ كما أن تمكن الطالب من القدرة على الاستنباط والترجيح ينبغي أن يكون معياراً للتفوق، وألا تعطى هذه الدرجة لمن لم يُثبت تلك القدرة،

<sup>1</sup> الفهم: "تصور المعنى من لفظ المتكلم أو عبارة الكتاب"، معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعي، دار النفائس للطباعة والنشر، لبنان، ط2/ 1998م، ص:263؛ منزلة الفهم: "الإدراك لمفردات الفقه ومعطياته، ومنزلة الحفظ: استقرار المفاهيمات في عقل الطالب، فتصير ذاكرة يستحضرها متى شاء." انظر: "منهاج تدريس الفقه" د.مصطفى صادق، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط 1/ 2012م، ص 212.

<sup>2</sup> "جامع بيان العلم وفضله"، لابن عبد البر، تحقيق: مسعد بن عبد الحميد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3/ 2010م، ص 162.

<sup>3</sup> أخرجه الترمذي في سننه، كتاب العلم، باب الحث على تبليغ السماع، تحقيق كمال يوسف الحوت، دار الكتب العلمية بيروت، 1988م، ج 5/ ص 33.

<sup>4</sup> "أليس الصبح بقريب"، محمد الطاهر بن عاشور، دار السلام للطباعة والنشر، ط 3/ 2010م، ص 212.



يقول الشيخ الخضري: "... وألا تُمنح درجة الفقيه إلا لمن كتب في مسألتين أو ثلاث شارحاً خلاف الفقهاء فيها وأسباب اختلافهم والقواعد الأصولية التي بنى كل قائل قوله عليها."<sup>1</sup>

ومما يقوي مهارات الاستنباط والمقارنة والترجيح، هو الممارسة والتطبيق لعملية الاجتهاد<sup>2</sup> والتدرب عليه شيئاً فشيئاً، ولو في بعض جوانبه، عن طريق ممارسة مسائل علم الفقه، وإكساب الطلبة المعرفة الفقهية ومنهج الوصول إليها في الوقت نفسه. فلاستنباط مهارة أرقى من الفهم والوعي، ومن التحليل والتطبيق؛ لأن تمكن الطالب منها يعتبر معياراً مهماً للحكم عليه باكتساب الملكة التي لا يصلها المبتدئ.

### المبحث الرابع: مجالات التقويم الفقهي:

وحتى يحقق التقويم الفقهي الغاية المرجوة منه، وأن يكون وسيلة لتصحيح التعلّمات الفقهية والرفع من جودتها، وأن يتم من خلاله تصحيح مكامن الخلل في جميع عناصر المنهاج؛ لا بد أن يشمل تقويم طالب الفقه المجالات الثلاثة الآتية: (الجانب المعرفي)، (الجانب المنهجي) و(الجانب التطبيقي).

#### 1- تقويم الجانب المعرفي:

يرتبط هذا الجانب بالأهداف المعرفية التي جاء الدرس الفقهي لتحقيقها، وينصب على مدى تمكن الطالب من قدر من المعلومات الفقهية التي تلقاها أثناء حصص الدرس؛ وبذلك يتوجب أن يستهدف مهارات المستوى المعرفي الأول بشكل أساس، وأن يلامس باقي المهارات في مستوياتها الدنيا؛ حتى نضمن تكامل الاشتغال العقلي؛ فيتوجه التقويم الفقهي إلى قياس قدرة الطالب على (الحفظ والفهم) خاصة، وإلى قياس قدرته المنهجية في توظيف ما فهمه بشكل أعم، وتكون ملامح الاقتدار المنهجي عند الطالب هي معيار التميز في هذا الجانب، وليس القدرة على الاسترجاع.

#### 2- تقويم الجانب المنهجي:

يتجه التقويم الفقهي في هذا المجال إلى قياس مدى تحقق الأهداف المنهجية المسطرة لتدريس الفقه لدى الطالب، وعلى المستوى المهاري يتوجب على الطالب التمكن من مهارات المستوى المعرفي الثاني وعلى قسط مهم من مهارات المستوى الثالث؛ لأن التقويم سيتجاوز مستوى الحفظ والفهم، إلى التركيز على المهارات العليا مثل التحليل، والتطبيق، والتركيب والاستنباط. وإذا كان الجانب المعرفي يشكل اللبنة الأولى في تكوين طالب الفقه، وأنه ليس مقصوداً لذاته؛ فحري به أن ينتقل إلى اللبنة الثانية من تكوينه الفقهي، التي تمكنه من أهم آليات المنهج الفقهي القويم؛ عبر الاستثمار الوظيفي للمعرفة في سياقات جديدة، مرتبطة بذات الطالب وبواقعه الاجتماعي.

ويمكن تقويم طالب الفقه في الجانب المنهجي، عبر وضعه أمام نوازل فقهية جديدة ومرتبطة بالواقع المجتمعي، أو اختباره انطلاقاً من نصوص فكرية لها علاقة بالتشريع الإسلامي؛ ومطالبته بتحديد مراحل وخطوات دراسة النازلة (أو النص)، والتأكد من سلكه المنهج الصحيح في المعالجة، ويكون ذلك هو معيار النجاح، وليس ما يحشده الطالب من معارف فقهية ذات الصلة بموضوع النازلة (أو النص).

#### 3- تقويم الجانب التطبيقي:

يعتبر الفقه أقرب العلوم الشرعية إلى حياة المكلف، وهو بمثابة الثمرة في تدريس هذه العلوم، وما يميزه عنها في هذا المستوى، هو الجانب العملي التطبيقي، إذ إن "الفقه عمل وأداء وتطبيق، وليس مجرد قضايا نظرية أو فكرية أو

<sup>1</sup> "تاريخ التشريع الإسلامي"، محمد الخضري بك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3/2008م، ص 254.

<sup>2</sup> الاجتهاد المقصود هنا ليس العملية المباشرة التي يمارسها الفقيه من خلال دراسته للنازلة أو للنص، وإنما هو: "قدرة عقلية تتراكم شيئاً فشيئاً تجعل الشخص قادراً على الفهم والتحليل وإدراك العلاقات واستصدار الحكم". انظر: "منهاج تدريس الفقه"، مرجع سابق، ص 26.

فلسفية، فالمعرفة إذا ليست هدفا في حد ذاتها، وإنما هي وسيلة لهدف أهم منها هو العمل.<sup>1</sup> لذلك تتجلى أهمية هذا الجانب تدريسا وتقويما، في ربط المعرفة الفقهية والانتفاع بنتائجها في الواقع المعيش، عبر تحقيق الدرس الفقهي لوظائفه بشكل كامل. ويمكن أن يتوجه تقويم الجانب التطبيقي للدرس الفقهي الجامعي إلى:

- تقويم القدرة على إنجاز البحوث الفقهية الميدانية التي تعتمد على أدوات البحث العلمي المختلفة.
- أن يركز تقويم الجانب العملي للفقه على التطبيق بشكل أساس.
- تقويم الطالب في قدرته على التعامل المباشر مع النصوص الشرعية.
- قياس قدرته على الاحتكاك المباشر مع المصادر والمراجع والدواوين؛ قصد ضبط عمليات التوثيق والتفسير والاستنباط.

- تقويمه عبر إنجاز العروض وتلخيص الكتب التي لها علاقة بالمحتوى الفقهي المدرّس.

**الفصل الثاني: التقويم التربوي من خلال الوثائق الرسمية: قراءة وتحليل.**

### المبحث الأول: دفتر الضوابط البيداغوجية الوطنية:

يعتبر دفتر الضوابط البيداغوجية، بمثابة إطار نظري ترجع إليه جميع الشعب والمسالك أثناء إعدادها واقتراحها للملفات الوصفية الخاصة بكل شعبة على حدة؛ لذلك فهو موحد على الصعيد الوطني، ولا يصح الخروج عن ضوابطه أو مقاصده العامة. هذه الوثيقة لا تهتم بالتفصيلات الجزئية، والأهداف الخاصة بكل وحدة أو كل مادة؛ إذ إن هذه التفريعات هي من المهام التي تنتهض بها الملفات الوصفية.

التقويم التربوي في هذه الوثيقة:

جاء الحديث عن التقويم التربوي في هذه الوثيقة، في العنصر المخصص للضوابط الخاصة بنظام الدراسات والتقييم، فجاء في (ن.د)4<sup>2</sup> ما يلي: "تقييم المعارف: تتم عملية تقييم المعارف والمؤهلات والكفايات بالنسبة لكل وحدة عن طريق اختبار كتابي في نهاية الفصل؛ غير أنه بالإضافة إلى ذلك، يمكن إجراء مراقبات مستمرة طيلة الفصل وقد تأخذ طابع روائز، أو اختبار شفوي، أو فروض، أو عروض أو تقارير تدريب أو أي طريقة أخرى للمراقبة والحددة في الملف الوصفي للوحدة، ويتم تكييف طرق ونوعية تقييم المعارف مع طبيعة الوحدات والفصول وخصوصيات المسالك."

إن أول ما ينبغي الإلماع إليه في هذا النص، هو استعماله مصطلح (تقييم)، مع العلم أن هذا المصطلح لا يصل إلى درجة (التقويم)، فوظيفته تقف فقط عند حدود إصدار الأحكام على نتائج القياس.

**ثاني ملحظ،** يتعلق بربط التقييم بالمعارف، وهذا يدل على أن المعرفة هي المقصودة بالأساس، أو أن المعرفة يقصد بها المعنى العام الذي يتضمن المعلومات والمهارات والمنهج، وهذا سيؤكد منه خلال النزول للميدان والوقوف على التقويم الفقهي الجامعي بشكل خاص، وما يستهدفه بأدواته المعتمدة.

**الملاحظة الثالثة،** متعلقة بأسلوب التقويم (الاختبار الكتابي) نهاية الفصل، وهذا فيه ما فيه من تنميط لفعل التقويم، واعتماده الطريقة التقليدية المتمثلة خاصة في الامتحان الكتابي أو الشفهي.

**الملاحظة الرابعة،** أن هذا الإطار البيداغوجي الذي جاء في ظل الإصلاح الجامعي الجديد، أفسح المجال أمام الأساتذة، باعتماده نظام المراقبة المستمرة، فهل فعل الأساتذة هذا النظام؟ أم أنهم يقتصرون فقط على (التقويم الإجمالي) في صيغة (اختبارات كتابية) خلال نهاية الفصل؟

<sup>1</sup> "المرجع في تدريس علوم الشريعة"، د.عبد الرحمن صالح، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط2 / 2005م، ص 131.

<sup>2</sup> (ن.د) = الضوابط الخاصة بنظام الدراسات والتقييم. انظر: "دفتر الضوابط البيداغوجية الوطنية للإجازة في الدراسات الأساسية والإجازة المهنية"، 2014م.

ملاحظة أخيرة وغاية في الأهمية أشار إليها النص، وهي تكييف طرق ونوعية تقييم المعارف مع طبيعة الوحدات وخصوصيات المسالك، وهذه المسألة يجب أن تدفع المقومين إلى مراعاة الخصائص المعرفية والمنهجية للفقه في الممارسة التقويمية لهذا العلم، وأن يكون التقويم منسجما مع طبيعة الوحدة من حيث كونها نظرية أو تطبيقية، ومنسجما مع طبيعة المهارات التي تستهدفها الوحدة المدرّسة.

جاء في (ن 5): "تضع كل مؤسسة جامعية نظاما لتقييم المعارف والمؤهلات والكفايات يصادق عليه من لدن مجلس الجامعة، ويتم إطلاع الطلبة عليه." فهل فعلا تضع كل مؤسسة جامعية نظاما خاصا للتقويم، بالشروط المعلن عنها في هذا الوثيقة؟

**المبحث الثاني: الملفات الوصفية المعتمدة في الشعب الممثلة لمجتمع الدراسة:**

الملف الوصفي يرتبط بشعبة واحدة؛ إذ إن كل شعبة تضع ملفا وصفيا خاصا بها، ولا بد له ألا يخرج عن الإطار العام للضوابط البيداغوجية الوطنية، وأن ينسجم مع وحدات ومضامين الجذوع المشتركة بالنسبة للإجازة في الدراسات الأساسية.

1- الملف الوصفي لسلك الإجازة، شعبة الدراسات الإسلامية، ظهر المهرارز فاس:

1-1- زمن التعليم: بالنسبة للغلاف الزمني، فقد جاء الملف الوصفي مؤكدا لما سطره دفتر الضوابط البيداغوجية في هذا الصدد، فقسم الغلاف الزمني إلى: دروس نظرية (33 ساعة) بنسبة 70%، أعمال توجيهية (10 ساعات) بنسبة 20% وتقييم المعارف (5 ساعات) بنسبة 10%.

ويتعين أن تكون مضامين الدروس مطابقة لمحتوى الجذوع الوطنية المشتركة<sup>1</sup>، أما الأشغال التطبيقية فقد تم ربط وجودها وتفعيلها بطبيعة الوحدة التي تستلزمها. وانطلاقا من هذه الوثيقة، يمكن حساب نسب الغلاف الزمني المخصص للفقه عبر الفصول الستة، والجدول الآتي يبين ذلك:

(الجدول-1-)

المجموع	الفصل 6	الفصل 5	الفصل 4	الفصل 3	الفصل 2	الفصل 1	
الغلاف الزمني لوحدة الفقه	480 س	192 س	144 س	48 س	00 س	48 س	48 س
مجموع الغلاف الزمني للفصل	1920 س	288 س	288 س	336 س	336 س	336 س	336 س
النسبة المئوية التي يشكلها مكون الفقه : (%)	25 %	66.66 %	50 %	14.28 %	00 %	14.28 %	14.28 %

**تعليق:**

- لا تتجاوز النسبة التي يغطيها الفقه من الغلاف الزمني المخصص للفصول الأربعة الأولى، 10.71%، بحكم تواجد مادة واحدة من مواد الفقه في الفصول (1 و 2 و 4)، في حين سُجل غياب الفقه الإسلامي عن الفصل الثالث من التكوين. فهل يصح أن يدرّس الطالب ثلاث مواد فقهية (تاريخ التشريع - فقه العبادات - فقه الموارث) فقط؛ ليتأهل للتخصص الفقهي في الفصلين الخامس والسادس؟

- ارتفعت النسبة التي تغطيها وحدات الفقه في الفصلين 5 و 6 إلى 50% في الفصل الخامس و 66.66% في الفصل السادس، فيستفيد الطالب من 336 ساعة فقهية خلال السنة الأخيرة، وهو زمن غير كافٍ بطبيعة الحال؛ لتخريج

<sup>1</sup> انظر "الملف الوصفي لوحدة الجذع المشترك لمسلك الدراسات الإسلامية" وفق دفتر الضوابط البيداغوجية، سلك الإجازة، 2014، كلية الآداب ظهر المهرارز - فاس- شعبة الدراسات الإسلامية؛ ص: 43.

طالب متمكن من الحد الأدنى من ملكات التفقه. فهل يمكن أن تخرِّج جامعاتنا فقيها درّس الفقه في 480 ساعة؟؟ يقول د.الحسين آيت سعيد: "إن مادة الفقه في النظام الجديد قياسا بالنظام القديم، قليلة جدا، وأنه لا يمكن أبدا أن تخرج فقيها متمكنا ولا عالما مبرزاً"<sup>1</sup>.

## 1-2- التقويم التربوي :

نسجل أن الملف الوصفي جعل التقويم التربوي مقتصرًا على (تقييم المعارف)، وهذا فيه ما فيه من الوقوف فقط عند حدود إصدار الأحكام في بعدها الجزائي، وكذا تركيزه بشكل واضح على (المعارف)، كما حدد أدوات التقويم الفقهي بشكل أساس في (الاختبار الكتابي نهاية الفصل)، وهو ما يسمى: (التقويم الإجمالي) في ظل بيداغوجيا الكفايات. ثم أضاف (التقييم المستمر) عند الاقتضاء على شكل: اختبار شفوي أو فروض أو عروض أو تقارير... ونظام المراقبة المستمرة هذا؛ جاء مع الإصلاح الجامعي الجديد؛ إلا أن الملاحظ أنه لم يُفعل من قبل الأساتذة، كما سيُتضح من خلال تحليل الملف الوصفي لكلية الشريعة، ومن خلال نتائج الدراسة الميدانية؛ ولعل ذلك يرجع إلى الإشارة التي أضافتها الوثيقتين للتقييم المستمر، وهي: (عند الاقتضاء)؛ فإن منطوق هذه العبارة لا يُلزم المدرّس بإجراء المراقبة المستمرة.

## 2- الملف الوصفي لسلك الإجازة، كلية الشريعة، فاس :

يمكن مقارنة الملفين من حيث تمايزهما في عنصر التقويم التربوي؛ فقد حسم الملف الوصفي لكلية الشريعة مسألة تقييم المعارف، وحصرها في "امتحان نهاية الفصل: بعد استيفاء الحصص الدراسية، ويحتسب امتحان نهاية الفصل بنسبة 100% وتكون نقطة الوحدة على 20".<sup>2</sup>

وبهذا الحسم؛ فإن نظام المراقبة المستمرة الذي جاء به الإصلاح الجديد، لا وجود له في واقع التقويم داخل كلية الشريعة، وينسحب هذا على باقي الشعب المعتملة في مجتمع الدراسة.

ثم إن أداة التقويم تم تنميطها بشكل إلزامي في (اختبار كتابي)، فقد جاء في الملف الوصفي: "يتم تقييم معارف الطالب بامتحان كتابي بعد استيفاء الحصص الدراسية"<sup>3</sup>.

إن منطوق النص يدل على أن الغاية من التقويم التربوي هي منح نقطة عددية ذات بعد جزائي، يتم بعدها إصدار الحكم على الطالب باستيفاء الوحدة، أو الحكم عليه باجتياز الاختبار الاستدراكي<sup>4</sup>.

## ثانيا: الشق الميداني للدراسة :

قبل عرض نتائج الدراسة، لابد من تعريف الأدوات البحثية ومجتمع الدراسة والعينة المُستهدفة :

## 1- مفهوم تحليل المضمون :

أعطى الأستاذ عبد الكريم غريب تعريفاً لتقنية "تحليل المضمون" قائلاً: "إن الغاية التي تسعى إليها تقنية تحليل المضمون تتجسد أساساً، في البحث خلف سطور الخطاب المكتوب أو الشفوي؛ حيث إن المعنى الواضح لأي نص من

<sup>1</sup> "واقع الفقه الإسلامي في الجامعات"، الحسين آيت سعيد، مجلة الواضحة، ع 5/ 2009م، ص 245؛ وقال الدكتور في المقال نفسه، بعد أن أجرى مقارنة شاملة بين مقررات الفقه في الجامعات المغربية في نظامها القديم وفي ظل الإصلاح الجديد: "لقد اطلعتُ على عامة المسالك المقدمة في المملكة فوجدتُ مادة الفقه خاضعة لمزاج واضعي تلك المسالك، الساعين وراء موضة المصطلحات الجديدة، والعناوين البراقة التي لا تنطلي على شيء كثير، ورأيتُ أن مادة الفقه فيها شحيحة جداً".

<sup>2</sup> "الملف الوصفي لكلية الشريعة، فاس، سلك الإجازة"، 2014م، ص 46.

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص: 46

<sup>4</sup> انظر إجراءات استيفاء الوحدة، المرجع السابق، ص 28.

النصوص لا يأتي من القراءة الأولى والمباشرة له؛ وإنما لابد من تنظيم جديد للمادة المقروءة بكيفية تسمح بالوصول إلى المعنى المقصود<sup>1</sup>

ثم إن تحليل المضمون لا يتم إلا وفق شبكة للقراءة، تسمح بتحويل المضمون إلى أرقام أو مؤشرات يكون بمقدور الباحث إعادة تجميعها وتحليلها، أو مقارنتها وتقويمها. ويعتبر بناء (شبكة القراءة) العمل الأصعب في هذه الأداة. وعليه؛ فإن تحليل المضمون في هذه الدراسة سينصب على تحليل امتحانات نهاية الفصل في مكونات الفقه بسلك الإجازة، داخل الكليات المعتمدة في مجتمع الدراسة.

### 1-1- المجتمع الأصلي لموضوع تحليل المضمون :

تمثل في : امتحانات نهاية الفصل لمادة الفقه الإسلامي لسلك الإجازة، للدورة العادية والاستدراكية للشعب والكليات الخمس المعتمدة، خلال الأربع سنوات الأخيرة.

### 1-2- العينة لموضوع تحليل المضمون :

تشكلت عينة البحث عشوائياً من خلال الامتحانات التي تم الحصول عليها، واختير منها (53 امتحاناً)، بعد أن تم استبعاد 9 متعلقة بمكون (الإرث) الذي تقتضي طبيعته في الغالب أنشطة تطبيقية؛ حتى لا تشوش على النتائج المتوصل إليها. وقد توزعت العينة على الشعب المعتمدة، كما شملت سنوات جامعية مختلفة (2013-2014 -2015-2016).

### 2- مفهوم المقابلة الفردية :

الأداة الثانية التي اعتمدها البحث، هي تقنية المقابلة الفردية، وهي التي "يجريها الباحث مع فرد واحد، وتتميز بإفراح المجال أمام المفحوص للتعبير عن إجاباته بكيفية تلقائية ومستقلة... مما يساعد على الحصول على المعلومات والمعطيات في صورتها الموضوعية والصادقة."<sup>2</sup>

وتم اللجوء لهذه الأداة للحصول على المعطيات التي يتعذر الوصول إليها من خلال الأدوات الأخرى.

### 2-1- المجتمع الأصلي للمستهدفين بالمقابلة :

يتمثل في أساتذة العلوم الشرعية عامة، وعلم الفقه خاصة، بالجامعات المعتمدة في مجتمع البحث.

### 2-2- العينة القصديّة المستهدفة بالمقابلة :

مجموعة من أساتذة الفقه في سلك الإجازة للشعب المعتمدة في مجتمع البحث؛ إضافة إلى خبير في منهج تدريس الفقه؛ فتمثلت العينة في : أربعة أفراد.

### 3- مفهوم الاستمارة :

تمثلت الأداة الثالثة للبحث في تقنية (الاستمارة)، باعتبارها وسيلة للحصول على المعطيات الضرورية من فئة الطلبة (المقومين). والاستمارة "هي لائحة من الأسئلة المحضرة تحضيرا يراعي مجموعة من القواعد المنهجية، تدون على أوراق، وتوزع على المستجوبين للإجابة عنها كتابياً، أو تلقى عليهم شفويًا، وذلك حسب الظروف وأهداف البحث..."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> "منهج البحث العلمي في علوم التربية والعلوم الإنسانية"، ذ.عبد الكريم غريب، مطبعة النجاح، البيضاء، ط1/2012م، ص 228.

<sup>2</sup> المرجع السابق؛ ص:210.

<sup>3</sup> "مناهج البحث التربوي"، خالد المير وإدريس قاسمي، مطبعة النجاح، البيضاء، ط1/العدد 16/2001م، ص 46.

**3-1 - المجتمع المستهدف بالاستمارة :**

طلبة الفقه بالفصلين الخامس والسادس، بالجامعات المعتمدة في مجتمع البحث، خلال الموسم الجامعي (2015-2016م).

**3-2 - العينة المستهدفة بالاستمارة :**

استهدف البحث عشوائيا (314 طالبا)، موزعين بشكل ممثل على جميع الشعب المعتمدة في مجتمع البحث، يدرسون وحدات الفقه الإسلامي في الفصلين الخامس والسادس.

**الفصل الأول : نتائج الدراسة الميدانية :****المبحث الاول : أداة تحليل المضمون : عرض وتحليل النتائج :****1- محاور ومعايير شبكة التحليل : تكونت الشبكة من ثلاثة محاور جاءت مرتبة على الشكل الآتي :**

- المحور الأول : تناول بعض المعايير العامة المرتبطة بتقويم ورقة الامتحان، من حيث شكلها وحسن تنظيمها، وجودة الخطوط ومقروئيتها، وتضمنها لسلم التنقيط.

- المحور الثاني : خاص بأدوات التقويم التي يعبر عنها الامتحان، من حيث تضمُّنه لأسئلة مباشرة أو مركبة، إلزامية أو اختيارية، أو من حيث كونه عبارة عن نص مذيّل بأسئلة، أو نازلة فقهية أو غيرها، وكذلك من حيث مستوى معيار التغطية، والتركيب والتعقيد، ومناسبة الأداة.

- المحور الثالث : تقويم أسئلة الامتحان، من حيث تناولها للمستويات المهارية التي يستهدفها الدرس الفقهي، إضافة إلى معايير مرتبطة بالسلامة من الأخطاء، ووضوح العبارة ودقة المطلوب.

**2- نتائج تحليل المضمون :** سيتم عرض نتائج تحليل مضمون عينة الامتحانات وفق محاور شبكة التحليل، وسيكون العرض من خلال جداول، مصحوبة بتعليق وتحليل؛ حتى تتضح النتائج بشكل أكبر.

**2-1 - توزيع العينة على مجتمع البحث :**

(الجدول-2-)

مجموع المتغيرات	كلية الشريعة فاس	شعبة الدراسات الإس. ظهر المهراز فاس	شعبة الدراسات الإس. سايس فاس	شعبة الدراسات الإس. مولاي إسماعيل مكناس	دار الحديث الحسنية الرباط	المجموع
عدد الامتحانات	11	16	10	09	07	53
النسبة: %	20.75%	30.19%	18.87%	16.98%	13.21%	100%

**تعليق:**

يتضح من الجدول-2- أن العينة وُزعت بنسب متفاوتة على مجتمع البحث، ويرجع الاختلاف في هذه النسب إلى قرب المؤسسة الجامعية أو بعدها من الباحث، وإلى شبكة العلاقات مع الطلبة الدارسين فيها؛ إلا أن هذه النسب مُعبّرة إلى حد كبير عن مجتمع الدراسة المُعتمد.

## 2-2- المعايير العامة :

## (الجدول-3 -)

المعايير	حسن إعداد الصفحة	جودة الخطوط ومقروئيتها	حضور سلم التنقيط
عدد الامتحانات التي التزمت بالمعيار	46	50	08
النسبة: %	86.79%	94.34%	15.09%

## تعليق وتحليل :

فيما يخص معياري حسن إعداد الصفحة، وجودة الخطوط ومقروئيتها، يلاحظ أن أغلب الامتحانات تميزت بإعداد جيد للصفحة، من حيث رقتها بالحاسوب، وتحديد المعلومات الأساسية المتعلقة بالمادة، واسم الأستاذ، وزمن الإنجاز، واسم الجامعة والكلية، وطبيعة الدورة (عادية أم استدرائية)؛ حيث بلغت نسبة تحقق هذين المعيارين **86.79%** بالنسبة لحسن إعداد الصفحة، و **94.34%** بالنسبة لجودة الخطوط ومقروئيتها؛ في حين بلغ عدد الامتحانات التي لم تحترم المؤشر الأول سبعة.

أما بالنسبة لمعيار حضور سلم التنقيط، فقد حضر في **8** امتحانات فقط؛ فكان غيابه يشكل نسبة كبيرة بلغت **84.91%**، مما يضع مسألة تصحيح هذه الامتحانات موضع تساؤل.

## (الجدول-4 -)

## 2-3- أدوات التقويم :

امتحان كتابي					أداة التقويم	المعايير
أسئلة اختيارية	أسئلة مباشرة	نص شرعي	نص فكري	نازلة		
09	40	04	6	03	نعم	
44	13	49	47	50	لا	
نسبة الامتحانات التي التزمت بالمعيار			عدد الامتحانات التي التزمت بالمعيار		المعايير	
20.75%			11		التغطية	
24.52%			13		التركيب (التعقيد)	
22.64%			12		مناسبة الأداة لطبيعة الوحدة الفقهية	

## تعليق وتحليل :

كان الهدف من هذا المحور هو الكشف عن طبيعة الأدوات المعتملة في (التقويم الإجمالي) في الدرس الفقهي الجامعي، انطلاقاً مما تضمنته الملفات الوصفية. وتمثلت الأداة الوحيدة في (امتحان كتابي) كما هو مبين في الجدول - 4؛ لذلك توجه التحليل إلى هذه الامتحانات للوقوف على طريقة بنائها من حيث مستوى التغطية والتعقيد ومناسبة الأداة لطبيعة الوحدة الفقهية وطبيعة الأسئلة أو الوضعيات المقترحة.

## أ- طبيعة الوضعيات والأسئلة :

بعد تتبع الامتحانات المعتملة في العينة موضوع تحليل المضمون، تبين أن أغلبها يُقدّم للطلبة على شكل أسئلة مباشرة لا يتعدى عددها خمسة أسئلة، وقد بلغ عدد الامتحانات التي جاءت على هذا الشكل **40** امتحاناً، أي ما يمثل نسبة **75.48%** من مجموع الامتحانات المعتملة. في حين اعتمدت الامتحانات المتبقية (**13** امتحاناً) منحى آخر، فجاءت في شكل نصوص مذيلة بأسئلة، واختلفت هذه النصوص في طبيعتها بين نصوص فكرية أو شرعية أو نوازل فقهية، فمثل هذا النوع من التقويم نسبة لم تتجاوز **24.52%**، وهذا ما يفسر توجه التقويم مباشرة نحو المعارف كما جاء في الوثائق الرسمية.

## ب- التغطية والتركيب ومناسبة الأداة :

هذه المعايير الثلاثة لم يتجاوز حضورها نسبة %24.52، حيث إنها حضرت في أقل من 13 امتحانا فقط، في حين غابت في 40 امتحانا، أي بنسبة %75.48.

وإذا تحدثنا مثلا عن معيار التغطية الذي حضر فقط في 11 امتحانا؛ فيمكن إرجاع ذلك إلى طغيان الأسئلة المباشرة الإلزامية، التي لا تفسح المجال للطالب لاختيار الوضعية أو السؤال الذي يُحتمل أنه يمتلك القدر الكافي من المعارف التي تؤهله لتوظيفها في الجواب أو الحل؛ لأن الأسئلة المباشرة الإلزامية يصعب معها تحقيق التغطية الشاملة للمقرر. أما الوضعية التي تنطلق من نص أو نازلة، فيتعين على الطالب استحضار مجموعة كبيرة من المعارف والموارد التي تلقاها في جميع حصص الدرس، ثم الدمج بينها وتوظيفها من أجل حل النازلة أو تحليل النص. أما معيار التركييب والتعقيد فقد حضر في %24.52 من عينة الامتحانات، على شكل سؤال واحد مركب، أو نصوص مذيبة بأسئلة. وفيما يخص معيار مناسبة الأداة؛ فقد تحقق في 12 امتحانا فقط، أي بنسبة %22.64 من عينة الامتحانات، وقد تحقق هذا المعيار خاصة في مكونات (النوازل الفقهية- والقواعد الفقهية- وفقه التوثيق)، وغاب في باقي الوحدات، وهذا يعكس عدم الانسجام بين التقويم الفقهي وطبيعة المادة الفقهية.

## 2-4- تقويم الأسئلة والمهام المطلوبة : (الجدول-5-)

المعايير الأسئلة	السلامة من الأخطاء	وضوح العبارة ودقة المطلوب	الارتباط بالنص أو النازلة	ربط الحكم بالدليل
عدد الأسئلة المحترمة للمعيار	206	198	26	83
نسبة الأسئلة المحترمة للمعيار	97.17%	93.39%	66.67%	39.15%
مجموع الأسئلة المرتبطة بالمعيار	212	212	39	212

## تعليق وتحليل:

يتبين أن أغلب الامتحانات احترمت معايير (السلامة من الأخطاء، ووضوح العبارة ودقة المطلوب)؛ حيث لم تتجاوز نسبة الأسئلة التي لم تحترم هذه المعايير %6 من مجموع الأسئلة الذي بلغ 212 سؤالا المرصودة في عينة الامتحانات؛ في حين بلغت نسبة احترام معيار ربط الحكم الشرعي بالدليل فقط %39.15؛ لأن الأسئلة غالبا ما تكون مباشرة تستهدف فقط الاسترجاع.

أما بالنسبة للامتحانات التي جاءت على شكل نصوص أو نوازل مذيبة بأسئلة والتي بلغ عددها 13 امتحانا، كما هو مبين في الجدول رقم -4-، وعدد أسئلتها 39 سؤالا؛ فإن %33.33 من هذه الأسئلة لم ترتبط بالنص أو النازلة، وإنما كانت أسئلة منفصلة عن سياق النص أو النازلة؛ في حين بلغ عدد الأسئلة المرتبطة بسياقها 26 سؤالا بنسبة بلغت %66.67.



## 5-2- المهارات التي استهدفتها أسئلة الامتحانات : (الجدول -6-)

المجموع	الترجيح (التقويم م)	المقارنة	الاستنباط	التركيب ب والتطبيقات	التحليل	الفهم	الحفظ	المهارات المتغيرات
212	00	03	04	10	22	78	95	عدد الأسئلة المستهدفة للمهارة
100%	00%	1.41%	1.89%	4.72%	10.38%	36.79%	44.81%	نسبة الأسئلة المستهدفة للمهارة

تعليق وتحليل :

أ- مستوى الحفظ والفهم : انطلاقا من الجدول -6- يتبين أن عدد الأسئلة التي استهدفت هذا المستوى بلغت **173** سؤالاً، بنسبة **81.6%**؛ وهي نسبة جد مرتفعة، في مقابل المهارات العليا المتبقية التي تم استهدافها فقط، من خلال **39** سؤالاً.

إلا أن مهارة الحفظ استأثرت بنسبة **44.81%**، مقابل **36.79%** لمهارة الفهم، وهو الأمر الذي يفسر التركيز الكبير على الاسترجاع الآلي للمعرفة الفقهية من خلال التعاريف والأسئلة المباشرة.

ب- مستوى التحليل والتطبيق : بلغ عدد الأسئلة التي استهدفت هذا المستوى **32** سؤالاً فقط، من أصل **212** سؤالاً، بنسبة بلغت **15.1%**، منها **10.38%** خاصة بمهارة التحليل، و **4.72%** خاصة بباقي مهارات هذا المستوى (الاستقراء، والتركيب والتطبيق).

وجاءت الأسئلة التي استهدفت التحليل (**22** سؤالاً)، كلها مرتبطة إما بتحليل فكرة مركبة، أو نص فكري أو شرعي، أو قولة لأحد العلماء أو الأئمة؛ فيأتي السؤال بشكل تقليدي على هذه الشاكلة: حلل وناقش؟ أو حلل هذه القولة؟ وهي أسئلة غالباً ما لا يتجاوز معها الطلبة؛ لأنها لا تأخذهم بشكل متدرج، وتفصل مهارة التحليل عن باقي المهارات العقلية المرتبطة بها كالفهم، والاستقراء والتركيب والتطبيق.

أما مهارة التطبيق المرتبطة كثيراً بعلم الفقه باعتباره علماً عملياً، فلم يتجاوز عدد الأسئلة التي استهدفتها **3** أسئلة، في شكل نوازل كما رأينا في الجدول رقم -5-، أي بنسبة لم تتجاوز **1.41%**.

ويمكن إرجاع النقص الحاصل في تقويم هذا المستوى، إلى التركيز الكبير على المستوى الأول طيلة سنوات الإجازة، الشيء الذي يفسر حصول مجموعة من خريجي هذا السلك على معدلات جد مرتفعة، إلا أن النقص يعترتهم على مستوى تحليل النصوص<sup>1</sup>، وتوظيف المعرفة الفقهية في سياقات جديدة، فلا يقدرّون على إبداع تركيب جديد، أو تطبيق منهجي أو استنباط علمي.

ج- مستوى الاستنباط والترجيح : هذا المستوى استهدفت بعض مهاراته في مستوياتها الدنيا من خلال **7** أسئلة، ما شكل نسبة لم تتجاوز **3.3%**، توزعت بين مهارة الاستنباط **1.89%**، ومهارة المقارنة **1.41%**، وهي نسب تكاد تنعدم؛ أما مهارة الترجيح (التقويم) فلم تُستهدف في جميع الأسئلة.

<sup>1</sup> لاحظنا هذا النقص عندما التحقنا بـ"ماستر" تدريس العلوم الشرعية"، وكان جل الطلبة قد حصلوا على الإجازة بمعدلات مرتفعة، إلا أن الأساتذة سجلوا الخلل الحاصل على المستوى المنهجي، عندما انتقلوا بنا من تقويم المعرفة إلى تقويم كيفية توظيف هذه المعرفة؛ بل وحصل بعضنا على معدلات متدنية مقارنة مع ما حصلنا عليه في سلك الإجازة.

ويمكن إرجاع الضعف الشديد في قياس قدرات الطلبة في هذا المستوى؛ إلى كون المهارات التي تندرج تحته لها علاقة بالنازل العقلية العليا، وتستلزم أن يكون الطالب قد تمكن من جميع مهارات المستويين السابقين. وقد اتضح أن أغلب الأسئلة استهدفت مهارتي الحفظ والفهم، ودل ذلك على أن الطلبة لم يتمكنوا بعد من القدرة على التحليل، والاستقراء والتركيب والتطبيق؛ فلا يصح أن تقاس قدرتهم على الاستنباط والترجيح، وهي مهارات أعلى من سابقتها.

المبحث الثاني: أداة المقابلة : عرض وتحليل النتائج :

1- أفراد عينة المقابلات : تم الاتصال بأفراد العينة بشكل مباشر، وأجريت المقابلات مع السادة :

1- د.محمد المهدي رمح : أستاذ الفقه الإسلامي بكلية الشريعة، بفاس .

2- د.ناجية أقجوج : أستاذة الفقه، بشعبة الدراسات الإسلامية، كلية الآداب ظهرالمهراز، بفاس.

3- د.محمد السايح : أستاذ فقه الحديث، بشعبة الدراسات الإسلامية، كلية الآداب سايس، بفاس.

4- د.مصطفى صادقي: أستاذ الفقه بالمركز الجهوي لمهن التربية بالجهة الشرقية، بوجدة. وهو صاحب كتاب "منهاج تدريس الفقه" الذي نال به درجة الدكتوراه، وطبعه المعهد العالمي للفكر الإسلامي. وذلك للإفادة من تخصصه البيداغوجي في تدريس وتقويم الفقه؛ قصد تعميق التفسير والتحليل.

2- أسئلة المقابلة وشبكة التفريغ :

تم إعداد لائحة الأسئلة (انظر الملحقات) التي ستوجه لأفراد للعينة؛ تكونت صياغتها النهائية في 14 سؤالاً، تدور كلها حول محور التقويم التربوي الجامعي عامة، وفي الدرس الفقهي خاصة.

وبعد هذه الخطوة، تم بناء شبكة لتفريغ نتائج المقابلات الأربع، حتى تسهل القراءة والتحليل، ويمكن الجمع بين المحصلات العامة بشكل نسقي. وتضمنت محاور الشبكة أهم عناصر المقابلة مع أفراد العينة.

3- تفريغ عناصر المقابلات : (الجدول -7-)

المقابلة 4	المقابلة 3	المقابلة 2	المقابلة 1	المقابلات	
				الأسئلة	الأسئلة
				تشخيصي	أشكال التقويم
				تكويني	
X	X	X	X	إجمالي	
X	X	X	X	جزائي	غايات التقويم
				قيمي	
X	X	X	X	الحفظ	
X	X	X	X	الفهم	المهارات المستهدفة بالتقويم
	X		X	التحليل	
			X	التركيب	
				التطبيق	
				الاستنباط	
				الترجيح	

X	X	X	X	أسئلة مباشرة		أساليب وأدوات التقويم
		X	X	نص مذيّل بأسئلة		
				نازلة فقهية		
			X	سؤال مركب		
				اختبار شفهي		تحقق الأهداف لدى الطالب الجاز
				جيد		
			X	متوسط		
X	X	X	X	ضعيف		انسجام التقويم مع طريقة التدريس
X	X	X	X	نعم		
				لا		مدى استهداف مجالات التدريس والتقويم المتضمنة في الوثائق الرسمية
X	X	X	X	نعم	70% من الدروس	
				لا		
				نعم	20% أعمال توجيهية	
X	X	X	X	لا		
					أعمال تطبيقية	
X	X	X	X	نعم		
				لا		
					نشاط تطبيقي	
X	X	X	X	نعم		
				لا		
X	X	X	X	نعم	10% تقييم المعارف	امتلاك الأساتذة لرؤية بيداغوجية لفعل التقويم
				لا		
					نعم	حاجة الأساتذة للتكوين في التقويم التربوي
					لا	
X					نعم	امتلاك الكلية لنظام التقويم التربوي
	X	X	X		لا	

## تعليق وتحليل :

أ- الأسئلة المتعلقة بأشكال التقويم، وغاياته، وأدواته ومدى انسجامه مع طريقة التدريس:

من خلال تفرغ نتائج المقابلات الأربع، تبين أن (التقويم الإجمالي) في شكل اختبارات كتابية نهاية كل فصل، هو المعتمد باعتباره النوع الوحيد الممارس داخل الجامعات، وغايته الوحيدة تتمثل في البعد الجزائي الصرف، أي تحديد هل استوفى الطالب المجزوءة أم يحتاج إعادة الامتحان فيها. باستثناء دار الحديث الحسنية التي تعتمد مراقبة مستمرة في شكل فروض تحتسب بنسبة %25.

ولوحظ أن الأدوات المستعملة في (التقويم الإجمالي) تم تنميطها في أداة واحدة ووحيدة، وهي: (الاختبار الكتابي)؛ وأنه يُبنى في الغالب الأعم بطريقة تقليدية تعتمد أسئلة مباشرة، غير مترابطة نصف ذاتية (أي تتضمن جوابا محمدا في مضمونه، وغير محدد في شكله)؛ وبدرجة أقل، وبنسبة ضئيلة يتم اعتماد نصوص مذيّلة بأسئلة؛ ثم السؤال المقالي. وذكر السادة الأساتذة جميعهم، أن طريقة التقويم منسجمة مع طريقة التدريس التي يغلب عليها أسلوب المحاضرة والإلقاء.

ب- الأسئلة المتعلقة بالمهارات والمجالات المستهدفة من التقويم في الدرس الفقهي الجامعي :

أجمعت نتائج المقابلات، على أن ما يُستهدف من عملية التقويم لا يكاد يتجاوز مهارتي الحفظ والفهم، من خلال قياس قدرة الطلبة على حفظ الأحكام الفقهية واسترجاعها، وضبط التعاريف اللغوية والاصطلاحية، ونسبة الأقوال لقائلها، ومعرفة المظان الفقهية والتعريف بالأعلام. وتُستهدف هذه المهارات بالضبط؛ لأن ذلك هو ما يغلب على إنجاز الدرس الفقهي.

أما بالنسبة لبقية المهارات (التحليل، والتركيب، والتطبيق، والاستنباط والترجيح)؛ فلا حضور لها في الغالب الأعم؛ باستثناء (مهارة التحليل) التي تحضر في بعض الامتحانات بشكل ضئيل. وقد عبر نصف أفراد العينة على هذا الحضور الضعيف، وعلى الغياب التام لباقي المهارات العليا تدريسا وتقويما.

وفيما يتعلق بالمجالات المستهدفة بالتقويم، كما هو منصوص عليه في الوثائق الرسمية؛ فقد ذكر جميع أفراد العينة أن هذه المجالات لا يتم احترامها؛ لأن الغالب أن ذلك التوزيع غير محترم في حصص التدريس، وهو أبعد ما يكون أن يحترم في التقويم؛ بالتالي يقوم الطلبة -غالبا- في الدروس النظرية.

ج- الأسئلة المتعلقة بتحقيق الأهداف لدى الطالب، وتحقيق الإنصاف البيداغوجي :

ذكر جميع أفراد العينة (انطلاقا من انطباعاتهم) أن طلبة الفقه الحاصلون على الإجازة لا يمتلكون الحد الأدنى من الملكة الفقهية؛ ولكن مما يظهر أنهم يحققون حدا أدنى من المعرفة الفقهية التي لا ترقى إلى نسق معرفي يؤهل لاشتغال منصب بجهج قويم أو منتج لعقلية فقهية رصينة.

أما مدى تحقيق الامتحانات في صيغتها الحالية للإنصاف البيداغوجي، فقد استنتج من محصلات المقابلات، أن هذا الشكل من التقويم يصنف الطلبة حسب تمكنهم من أمرين، الأول: مدى قدرتهم على الحفظ والاسترجاع. والثاني: مدى تمكنهم من القدرة اللغوية؛ فمن كان منهم أقدر على الحفظ، وامتكنا من الجانب اللغوي تميز وتفوق؛ وإن لم يدل ذلك على اقتدار فقهي، كالقدرة على التحليل والتطبيق، والاستنباط والترجيح.

د- الأسئلة المتعلقة بالتكوين البيداغوجي للمدرسين:

اتفق جميع عناصر العينة على أن غالب أساتذة الجامعات يفتقدون الحد الأدنى من المعرفة البيداغوجية، ويظهر ذلك جليا في التقويم، حيث يُمارس عموما دون أساس تربوي صحيح. وهو أمر طبيعي مادام نظام التدريس بالجامعات لا يوفر التكوين البيداغوجي، ولا يهتم به في مساطر انتقاء الأساتذة أو ترسيمهم أو ترقيةهم. وعبر جل أفراد العينة

كذلك عن حاجة الأساتذة إلى تكوين بيداغوجي عموما، وفي مجال التقويم بصفة أخص؛ وعن حاجة الكليات لنظام تقويم متوافق عليه.

المبحث الثالث : أداة الاستمارة: عرض وتحليل :

بعد تحليل أداة التقويم (الامتحانات) والمقابلات مع المقومين، كان لزاما التعرف على آراء الفئة المستهدفة بالتقويم (الطلبة)؛ حتى تكتمل الصورة، ويكشف عن كيفية ممارسة (التقويم الفقهي) داخل الجامعة المغربية، وتُمهّد الطريق للتصحيح والتطوير واقتراح البدائل.

1- توزيع العينة المستهدفة بالاستمارة على مجتمع البحث :

(الجدول -8 -)

المجموع	دار الحديث الحسنية: الرباط	جامعة مولاي إسماعيل، مكناس: شعبة الدراسات الإس	جامعة سيدي محمد بن عبد الله - فاس			الجامعات المتغيرات
			كلية الشريعة	شعبة الدراسات الإسلامية: سايس	شعبة الدراسات الإس: ظهر المهراز	
314	36	56	70	72	80	عدد الطلبة
100%	11.47%	17.83%	22.29%	22.93%	25.48%	النسبة %

للإشارة؛ فإن جل أفراد العينة هم من طلبة الفصلين الخامس والسادس من سلك الإجازة، وتم استهداف هذه الفئة بالضبط؛ اعتبارا لتجربتهم في اجتياز عدد مهم من امتحانات نهاية الفصل.

2- نتائج الاستمارة :

1- ما طبيعة أساليب التقويم التي يعتمد عليها أستاذ الفقه؟ 2- وما شكل التقويم الذي تحب أن يتبعه معك الأستاذ؟

(الجدول -9 -)

ما اختاره الطلبة		ما يعتمد عليه الأستاذ		الأسئلة الجواب
النسبة	التكرار	النسبة	التكرار	
6.37%	20	11.47%	36	مراقبة مستمرة (فروض)
100%	314	100%	314	امتحانات نهاية الفصل
8.28%	26	00%	00	عروض وتكليفات
18.15%	57	00%	00	الحضور للمحاضرات
15.29%	48	00%	00	المشاركة والانضباط

### تعليق وتحليل:

فيما يخص الأساليب التقويمية التي يعتمدها أستاذ الفقه، أفرزت النتائج أن امتحانات نهاية الفصل تعتمد نسبة **100%**، وأن (التقويم الإجمالي) هو النوع المتبع أساسا في جميع شعب الدراسات الإسلامية وفي كلية الشريعة، كما جاء ذلك في الوثائق الرسمية.

وأكد **36** طالبا من أفراد العينة، وهم من طلبة دار الحديث الحسنية، أنه يتم تقويمهم عبر (مراقبة مستمرة) في شكل فروض يتم احتسابها بنسبة **25%** وتخصص **75%** لامتحانات نهاية الفصل. كما أكدت النتائج عدم التجاء الأستاذ إلى أساليب أخرى لتقويم تعلماتهم، من قبيل: العروض والتكليفات...

أما اختيارات الطلبة لطريقة تقويمهم، فقد جاءت في شقها الأول متوافقة مع المُعتمَد، حيث أجمعوا على ضرورة اجتيازهم لامتحانات نهاية الفصل؛ ولكنهم أبدوا استعدادهم لتقويم أدائهم عبر الوسائل الأخرى بنسب متفاوتة. وهذا أمر مهم يتماشى مع ضرورة التنوع في أساليب التقويم والابتعاد عن تنميطها في شكل واحد؛ حتى يتحقق الإنصاف، ويستجيب التقويم التربوي لانتظارات وتطلعات الجميع؛ وهكذا فإن عددا مهما من أفراد العينة، قارب النصف بنسبة **48.09%**، اختاروا أن يتم تقويمهم من خلال وسائل أخرى متنوعة إلى جانب التقويم الإجمالي. وعند سؤالهم عن نوع التقويم الإجمالي الذي يفضلونه (3- هل امتحان كتابي أم شفهي؟)، اختاروا بنسبة كبيرة جدا، بلغت **94.9%** اجتياز امتحان كتابي. وأرجع مجموعة من الطلبة - أثناء محاورتهم - رفضهم للامتحان الشفهي إلى ما يسود هذا النوع من التقويم من تدخل للذاتية، نظرا لعدم خضوعه لمعايير وضوابط علمية؛ مما يؤدي إلى المزاجية والعفوية وعدم النزاهة في إصدار الأحكام.

#### 4- في نظرك ما هي الأسئلة التي تراها مناسبة أثناء التقويم؟ (الجدول-10-)

الجواب	التكرار	النسبة	الجواب	التكرار	النسبة
الحفظ	20	6.37%	التطبيق	00	00%
الفهم	42	13.38%	الفهم والتطبيق	23	7.32%
الحفظ والفهم	175	55.73%	كلها	54	17.2%

#### 5- هل تحب أن يتم تقويمك في الدرس الفقهي من خلال؟ (الجدول-11-)

الجواب	التكرار	النسبة
سؤال مباشر	164	52.23%
نازلة فقهية	15	4.78%
سؤال مركب	38	12.1%
أسئلة اختيار من متعدد	97	30.9%

## تعليق وتحليل :

نلاحظ من خلال الجدولين -10 و-11 أن أكثر من نصف أفراد العينة، يرون أن الأسئلة المرتبطة بالحفظ والفهم هي المناسبة أثناء التقويم الفقهي، وأكثر من نصف العينة كذلك، اختارت أن يكون هذا التقويم عبر سؤال مباشر. في حين فضلت نسبة قليلة بلغت %7.32 من أفراد العينة أن يتم تقويمهم بواسطة أسئلة تستهدف الفهم والتطبيق، واختار 54 طالبا من مجموع أفراد العينة، أن يتم تقويمهم بشكل متكامل يجمع بين الحفظ والفهم والتطبيق. وأثبتت النتائج من خلال الجدول -11 أن ما يقارب ثلث العينة فضلت أن يتم التقويم الفقهي بواسطة اختبار موضوعي يتضمن أسئلة اختيار من متعدد؛ في حين تفهقت نسب الطلبة الذين فضلوا أن يتم تقويمهم عبر نازلة فقهية، أو نص (فكري/ شرعي) مذيّل بأسئلة، أو سؤال مركب. ويظهر من خلال النتائج أن الطلبة يتهيئون قياس قدراتهم في التحليل والتطبيق والتركيب؛ ويفضلون بالمقابل الأسئلة المباشرة التي تستهدف الحفظ والفهم؛ كما أثبت النتائج أن غالبية الطلبة يفضلون أن تكون أسئلة الاختبار اختيارية، حيث اختار 217 طالبا (%69.2) ألا يكون السؤال إلزاميا؛ حتى يتحقق الإنصاف بين الطلبة عبر تحقيق معيار التغطية الذي تُتيحهُ الأسئلة الاختيارية.

## 6- رتب الأسئلة من 1 إلى 5 حسب أهميتها بالنسبة إليك؟ (الجدول -12)

الأسئلة	سؤال مباشر		س.التذكر والفهم		س.التحليل والاستلال		س.التركيب والاستنتاج		س.الاستنباط والترجيح	
	النسبة	التكرار	النسبة	التكرار	النسبة	التكرار	النسبة	التكرار	النسبة	التكرار
رقم 1	51.27%	161	%	126	6.37%	20	2.23%	07	00%	00
رقم 2	38.85%	122	%	136	%	46	3.19%	10	00%	00
رقم 3	1.59%	5	2.23%	7	%	252	12.74%	40	3.19%	10
رقم 4	00%	00	00%	00	4.78%	15	64.65%	203	30.57%	96
رقم 5	00%	00	00%	00	1.91%	00	16.56%	52	81.53%	256

## تعليق وتحليل :

أكدت نتائج هذا السؤال ما جاء في الجدولين -10 و-11؛ حيث إن أكثر من %90 من أفراد العينة اعتبروا أن السؤال المباشر، والسؤال المرتبط بالحفظ والفهم، مهماً بالنسبة إليهم؛ إذ رُتب هذين السؤالين في المرتبة الأولى أو الثانية عند 287 طالبا من أصل 314 طالبا في المجموع. في حين احتلت الأسئلة المرتبطة بالمهارات العليا رُتبا متأخرة في اهتمامات الطلبة، فجاءت مهارة التحليل والاستدلال ثالثة في الاهتمام، يليها التركيب والاستنتاج، ثم الاستنباط والترجيح.

وبدل هذا بشكل واضح على تهيّب الطلبة من الأسئلة المرتبطة بالمهارات العليا التي تتطلب منهم قدرا من الاشتغال الذاتي والمشاركة في بناء التعلّمات خلال حصص الدرس، وهذا أمر يكاد يكون غائبا، في ظل هيمنة الإلقاء

والخاضرة خلال التدريس؛ بالتالي فإن الطالب يحس بنوع من النقص والقصور إذا جاء السؤال مُستهدفا لتلك المهارات التي لم يتدرب عليها خلال حصص الدرس.

7- هل يتم تقويمك من خلال المنهجية التي تدرسون بها؟ (الجدول - 13 -)

النسبة	التكرار	الجواب
92.36%	290	نعم
00%	00	لا
7.64%	24	أحيانا

تعليق وتحليل :

أفرزت النتائج من خلال هذا السؤال، أن غالبية الطلبة يعترفون أن طريقة تقويمهم تابعة لطريقة تدريسهم، فمن خلال الجدول -13- أكدت نسبة 92.36% من أفراد العينة هذه الحقيقة؛ ذلك أن سيطرت الأسئلة المباشرة، والمرتبطة بالحفظ والفهم على الاختبارات؛ إنما هو نتاج لطريقة التدريس التي تعتمد الإلقاء بشكل أساس. وهذا أمر طبيعي جدا؛ لأن التقويم يجب أن يكون تابعا للتدريس ومنسجما معه.

الفصل الثاني: تركيب النتائج واقتراح الحلول :

المبحث الأول : خلاصة تركيبية لنتائج الدراسة الميدانية :

1 - التقويم التربوي في الوثائق الرسمية :

بعد استقراء النتائج، تبين أن التقويم التربوي بالجامعة المغربية يأخذ مرجعيته من النصوص المؤطرة لهذا الفعل، والتي تضمنها دفتر الضوابط البيداغوجية وأعيدت صياغتها على مستوى الملفات الوصفية للشعب، وهي نصوص عامة في الوثيقة الأولى، ولم يستطع القائمون على وضع الملفات الوصفية، تنزيلها بشكل عملي خاضع لأسس علمية ومنهجية وتربوية في صيغة نظام للتقويم التربوي داخل كل شعبة، كما نص على ذلك دفتر الضوابط البيداغوجية. فقد أكد أساتذة الفقه العاملون بالشعب المعتمدة في مجتمع الدراسة، والذين أُجريت معهم المقابلات، أن مؤسساتهم تفتقر إلى نظام للتقويم يتفق عليه جميع الأساتذة، وهذا يفتح المجال للعفوية والانطباعية في التقويم بعيدا عن الضبط والعلمية والموضوعية.

2- غايات التقويم الفقهي الجامعي، ومجالاته :

كشفت نتائج الدراسة الميدانية أن الخلل في التقويم الفقهي لم يقف فقط عند أنواعه؛ بل شمل أيضا غاياته ومجالاته؛ ذلك أن الغاية منه تقف عند البعد الجزائي الصرف الذي لا يتعدى إصدار الحكم على الطالب باستيفاء الوحدة الفقهية أو إعادة استدراكها. وقد تأكد هذا المعطى من خلال تحليل الوثائق الرسمية التي فصلت القول في مسألة استيفاء الوحدات والفصول، وحددت عتبات النقط وميزات الانتقال؛ في حين أغفلت فلسفة التقويم وماهيته وخصائصه. والشيء نفسه أكده الأساتذة من خلال المقابلة معهم، حيث ذكروا أن التقويم لا يتجاوز البعد الجزائي الذي يعطي الطالب نقطة عددية فقط. وقد عبر الطلبة من خلال أجوبتهم عن الاستمارة، وعقب محاورات معهم عن رفضهم لهذه الغاية من التقويم التي تختزل جهوداتهم طيلة شهور في نقطة يمنحها الأستاذ، وهي التي تحدد مصيرهم العلمي ومستقبلهم المرتبط بالتحاقهم بسوق الشغل.

أما الجوانب المستهدفة بالتقويم الفقهي؛ فإن استقراء النتائج المرتبطة بالأدوات الثلاث، أثبت الاهتمام الكبير بالجانب المعرفي وإغفال الجوانب الأخرى المهارية والمنهجية والقيمية. إذ أفرزت نتائج تحليل المضمون استهداف المجال المعرفي بنسبة 81.6%، والشيء نفسه تأكد من خلال المقابلات التي أكد فيها الأساتذة استهدافهم لمهاترتي الحفظ



والفهم بشكل أساس؛ لأن هذا المستوى هو الذي يتيسر لهم الاشتغال عليه ضمن الغلاف الزمني المخصص لحصص  
الدرس الفقهي، فيتعذر بذلك استهداف المهارات العليا بالتقويم لعدم تدريب الطلبة على اكتسابها خلال التدريس.  
كما عكست نتائج الاستمارة المحصلات ذاتها.

### 3- بناء أدوات القياس :

بما أن أداة القياس الوحيدة المعتمدة في الجامعات هي (الاختبار الكتابي)؛ فإن الدراسة الميدانية هدفت إلى الكشف  
عن كيفية بناء هذه الاختبارات؛ فتأكد من خلال استقراء النتائج أن أغلب الوضعيات والأسئلة الموجهة للطلبة تكون  
(مباشرة) وتستهدف في الغالب الأعم مهارتي (الحفظ والفهم) المرتبطين بالمستوى المعرفي الأول. حيث بلغ عدد  
الامتحانات المعتمدة في عينة تحليل المضمون، التي جاءت على شكل أسئلة مباشرة، 40 امتحانا، بنسبة بلغت  
%75.47، وتوزعت نسبة %24.53 على 13 امتحانا جاءت كلها على شكل نصوص مذيبة بأسئلة.

وأكد الأساتذة أنهم يقصدون استهداف المهارات الدنيا عبر أسئلة غالبا ما تكون مباشرة، ويُعزى ذلك إلى ضيق  
زمن التعليم، وإلى افتقارهم لتكوين بيداغوجي في مجال بناء أدوات القياس بشكل علمي ومنهجي، وإلى ضعف  
مستوى الطلبة في الجانبين المنهجي والتطبيقي. وهو الشيء الذي تأكد من خلال نتائج الاستمارة، حيث فضل  
الطلبة بنسبة %52.23 أن يتم تقويمهم بواسطة أسئلة مباشرة تستهدف الحفظ والفهم على أبعاد تقدير، وأبدوا  
تخوفهم وتهميمهم من الأسئلة المركبة والوضعيات التقويمية؛ إذ إنهم جعلوا تقويم أدائهم باستهداف المهارات العليا  
مثل: التركيب والاستنباط والترجيح في آخر اهتماماتهم.

كما أثبت استقراء النتائج المتوصل إليها إلى استمرار العفوية والانطباعية في التقويم التربوي الجامعي بدل الضبط  
والموضوعية والعلمية؛ ذلك أن الأستاذ هو الذي يبني الأداة، وهو الذي يصحح الاختبارات، وهو الذي يضع النقطة  
ويصدر الحكم. وإذا استحضرننا نقص التكوين البيداغوجي للسادة الأساتذة الجامعيين، كما أكدوه خلال مقابلتهم؛  
فإن التقويم في العلوم الشرعية عامة وفي علم الفقه خاصة، يبقى رهينة لاجتهادات شخصية تختلف من أستاذ لآخر؛  
إلا أنها لا تخرج عن الطرق التقليدية المعروفة، والمتمثلة في الاختبارات الكتابية أو الشفهية.

### المبحث الثاني : تمحيص الفرضيات :

الفرضية الأولى : يحترم التقويم التربوي في الدرس الفقهي ما نص عليه دفتر الضوابط البيداغوجية الوطني، وما  
جاءت به الملفات الوصفية في هذا المجال.

لقد تبين أن دفتر الضوابط البيداغوجية دعا إلى ضرورة انسجام التقويم مع طبيعة الوحدة وطبيعة المسلك، وهذا  
أمر مهم؛ بيد أن الوقوف بالعملية عند مستوى التقييم وربطه بالمعارف، لم يكن منسجما مع فلسفة التقويم وروحه  
التي تستلزم تجاوز البعد الجزائي الصرف، إلى استثمار نتائج القياس وأحكام التقييم من أجل التصحيح والتعديل  
واستشراف المستقبل.

أما الملفات الوصفية المرتبطة بكل شعبة على حدة، والتي وُكل إليها تنزيل الرؤية التي جاء بها دفتر الضوابط  
البيداغوجية؛ فإنها أخفقت في المهمة؛ حيث أثبتت نتائج تحليل هذه الملفات، والمقابلات مع السادة الأساتذة عدم قدرة  
الساخرين على إخراج هذه الوثيقة، على بلورة نظام للتقويم التربوي يبني على أسس علمية ومنهجية وتربوية،  
يستحضر طبيعة الوحدات والمسالك والشعب، يتفق عليه الجميع ويتم إطلاع الطلبة على بنوده. وعليه، تتضح صحة  
هذه الفرضية بشكل كبير في شقها الأول المرتبط بدفتر الضوابط البيداغوجية، وعدم صحتها في الشق الثاني المتعلق  
بالملفات الوصفية.

**الفرضية الثانية:** يستهدف التقييم التربوي في الدرس الفقهي الجامعي قياس الأهداف المعرفية دون الجوانب المهارية والمنهجية والتطبيقية.

تواترت نتائج الدراسة الميدانية في إقرار صحة هذه الفرضية، وثبت أن التقييم الفقهي يستهدف بشكل كبير الاسترجاع المعرفي بدل استهداف الجوانب المنهجية والمهارية والتطبيقية التي يقوم عليها الفقه وينبني عليها منطقة الداخلي، وتدعو إليها البيداغوجيات الحديثة وحاجات الطلبة ومتطلبات المجتمع.

فقد ركزت (الوثائق الرسمية) المؤطرة للتعليم العالي على (تقييم المعارف) بدل (تقويم التعلمات)، وأفرزت نتائج (تحليل المضمون) اعتماد الاختبارات على الأسئلة المباشرة، بنسبة (75.48%)، التي تستهدف مستوى الحفظ والفهم بنسبة (81.6%)، وهي أرقام مرتفعة، في مقابل إهمال المهارات العليا المتبقية، وأجمعت نتائج (المقابلات) على الشيء نفسه، من كون التقييم الفقهي لا يكاد يتجاوز مهارة الفهم على أبعد تقدير؛ وأن المجالات المستهدفة بالتقويم لا يتم احترامها. ثم أثبتت نتائج (الاستمارة) الموجهة للطلبة أن امتحانات نهاية الفصل تعتمد خلال التقويم الفقهي بنسبة (100%). كما أكد غالبية الطلبة تفضيلهم للتقويم الذي يستهدف المهارات الدنيا حفظا وفهما؛ حيث عبر أكثر من نصف العينة عن تفضيلهم للسؤال المباشر الذي يستهدف مستوى الحفظ والفهم؛ وأبدوا تهيئهم من استهداف التقويم للجوانب المنهجية والتطبيقية. مما سبق يمكن تقرير صحة الفرضية الثانية بشكل كبير، وتأكيد استهداف التقييم الفقهي الجامعي للأهداف المعرفية وإهماله للجوانب المنهجية والمهارية والتطبيقية.

#### المبحث الثالث: الأسس المقترحة لتطوير التقييم الفقهي الجامعي:

لقد ذكر الدكتور "مصطفى صادقي" خلال مقابله أن تطوير الممارسة التقييمية لا يتم إلا ضمن تعديل بنيوي لمنهاج التدريس عامة؛ بيد أن البحث تناول مكونا واحدا من مكونات المنهاج، ألا وهو: التقويم التربوي؛ لذلك فإن الخلاصات والبدائل المتوصل إليها مرتبطة بهذا المكون أساسا، وسيتم تفصيل القول في أسس تطوير العناصر المتدخلة في الممارسة التقييمية التي تناوها البحث بالتحليل والدراسة، في إطاره النظري وخلال شقه الميداني، والمتمثلة في (المقوم) و (المقوم) و (أداة التقييم).

#### 1- الأسس المرتبطة بالمقوم:

يعتبر أستاذ الفقه بالجامعة العنصر المقوم، فقد ثبت من خلال محصلات هذه الدراسة، أنه يبني أداة القياس ويتوجه بها للطلبة ثم يجمع النتائج ويصدر الأحكام؛ لذلك لا بد لهذا العنصر أن يلتزم بمجموعة من الأسس العلمية والمنهجية والتربوية؛ حتى يتسم تقويمه بالجودة والفعالية، وهي كما يلي:

- أن يتميز المقوم بالأمانة والصدق، والثقة والعدل. ويُمكن التأسي في هذا الجانب بأعلام الفقه السابقين الذين جمعوا بين العلم والعمل، وبين المعرفة العلمية والتقوى والصالح.

- التمكن من التخصص الفقهي، مع القدرة على الإضافة والابتكار والتمكن من الفهم والإفهام والإفادة؛ لذلك لا بد لمدرس الفقه أن يداوم المراجعة والتطوير، سواء في دروسه ومحاضراته اليومية، أو في أبحاثه العلمية، عبر الاطلاع على الجديد في مجال المعرفة والمنهج وطرق التدريس.

- إن أساتذة العلوم الشرعية عامة، وعلم الفقه خاصة، مؤهلون علميا وسلوكيا للتدريس؛ لكنهم يفتقدون الكفايات البيداغوجية المطلوبة من كل من يتصدى للتربية والتعليم؛ لذلك يتعين على المدرس/ المقوم أن يمتلك الحد الأدنى من هذه الكفايات؛ لأن الخبرة وحدها لا تكفي في مجال التدريس.

- أن يركز أستاذ الفقه في تقويمه على مدى تحقق مقاصد العلم، وأن يكون ذلك هو معيار النجاح.

- إجراء التقييم الفقهي في سيرورته التربوية تشخيصا وتقويما وختاما، وعدم اختزاله في معنى القياس أو إصدار الحكم النهائي.

- لا بد لمدرس الفقه من الحضور المتواصل في الواقع وتتبع أحواله وتلقي نوازله؛ حتى يتمكن من تجديد أمثلته الفقهية، وتقويم طلبته بما يتلاءم مع واقعهم ويستجيب لحاجاتهم الذاتية والاجتماعية.

**2- الأسس المرتبطة بالمقوم :**

لا يمكن للممارسة التقييمية أن تغفل العنصر المقوم (الطلبة)، وإلا كيف سيُقبل برغبة على تنفيذ التقييم إذا اعتبره عملية مفروضة عليه؟ أو وسيلة سلطوية في يد الأستاذ يتحكم من خلالها في مستقبله العلمي والمهني؟ إن تجاوز هذا العائق الكبير يمر عبر إشراك الطالب وإطاعه على نظام التقييم، كما نص على ذلك دفتر الضوابط البيداغوجية؛ حتى يعلم موضوعية التقييم وكونه مجرد محطة للوقوف على درجة تمكنه من التعلّات المُستهدفة من الدرس الفقهي، وللتأكد من مدى تحقق أهداف التدريس، وعليه، يمكن تحديد الأسس المرتبطة بالمقوم كما يلي:

- أن يتحمل الطالب مسؤوليته في عملية التعلم كما يتحمل المدرس مسؤوليته في عملية التدريس؛ لكي يُعنى التقييم الفقهي بالكشف عن مدى إلمام الطالب بقواعد علم الفقه وامتلاكه لمهاراته، وتمكنه من الكفايات العلمية والمنهجية للتعامل مع التراث الفقهي، وربطه بالواقع المعيش تأصيلا وفهما وتنزيلا.

- أن يتم إعادة النظر في طبيعة الاستقطاب الخاص بتدريس العلوم الشرعية عامة؛ حتى يمكن للتقويم أن يتوجه إلى مساءلة النوعية والتحكم في المخرجات بشكل دقيق؛ أما إذا شمل الخلل المدخلات ابتداء؛ فإن الخلل يلحق جودة المخرجات كذلك؛ إذ إن جودة مخرجات التكوين تابعة لجودة مدخلاته وعملياته.

- أن يسهم الطالب في إنجاح عمليتي التدريس والتقويم عبر مشاركته في بناء التعلّات الفقهية حضورا ومناقشة وتحضيرا، وأن يكون قابلا لتطوير أدائه باستمرار بالإكثار من تلاوة الكتب وتلخيصها، وإجراء العروض والمشاركة في الندوات وغيرها؛ فيصّل إلى محطة التقييم وقد تمكن من ضبط المعارف الفقهية، واكتسب المهارات المرتبطة بها وأعمل قواعد البحث الفقهي والمنهج العلمي القويم.

### 3- الأسس المرتبطة بأدوات التقييم الفقهي :

أثبتت نتائج هذه الدراسة أن التقييم الفقهي الجامعي يعتمد على الأدوات التقليدية المتمثلة في الامتحانات الكتابية نهاية كل فصل، وهي أدوات لا تعبر حقيقة عن مدى تحقق أهداف التدريس، باعتبارها أساليب لا تعكس جميع الجهود التي يبذلها كل من الطالب والمدرس؛ كما أنها لا تستند إلى أسس علمية ومنهجية وتربوية تهدف إلى تطويرها وتكييفها لتنسجم مع روح العصر الذي نعيشه، ومع تطلعات الطلبة وحاجاتهم. ومن الأسس التي يمكن أن ترتبط بأدوات التقييم، يمكن أن نذكر ما يلي:

- أن تتنوع أدوات التقييم الفقهي بتنوع الجوانب المعرفية والمنهجية والتطبيقية لتدريس الفقه، وأن تهدف التحقق من درجة بلوغ الأهداف التعليمية وأن ترتبط بها.

- محاولة تجاوز الارتجالية والمزاجية في تصميم أدوات القياس والاختبار، وإخضاعها لضوابط تربوية واضحة، ولمسطرة مضبوطة في الإنجاز والتتبع، من ذلك مثلا: - إن أمكن - الانتقال من الاختبار الذي يضعه أستاذ واحد إلى اختبار تُصمّمه هيئة تدريس (لجنة التقييم).

- إن (التقويم الإجمالي) أمر لا بد منه ولا بديل عنه؛ لكن تطور العصر وظهور وسائل وأدوات جديدة، تُمكن من قياس دقيق لدرجة تمكن الطلبة من المعارف والمهارات، وقدرتهم على التطبيق والتوظيف الجيد لهذه التعلّات؛

يستدعي إعادة النظر في أدوات القياس المعتمدة وفي طريقة بنائها وصياغتها، واختيار البدائل المتاحة، ومسيرة ما هو معمول به في الأنظمة التربوية المتقدمة.

• التوصيات :

- 1- البحث الدقيق في طبيعة علم الفقه المعرفية ومنطقه الداخلي، وكيف استطاع الفقهاء على مر العصور، تخريج مجموعة كبيرة من الطلبة المتمكنين من ناصية الملكة الفقهية في زمانهم.
- 2- ربط التقويم الفقهي بتقويم باقي العلوم الشرعية؛ لأن الفقه مظنة التكامل المعرفي بين هذه العلوم.
- 3- إن تطوير تقويم الدرس الفقهي، لن يتحقق إلا في ظل إصلاح بنيوي يشمل مناهج تدريس الفقه، وإصلاح المنظومة التربوية المتعلقة بالعلوم الشرعية عامة بالتعليم العالي؛ لذلك لا بد للإصلاح أن يشمل:
  - الأستاذ الجامعي الذي نريده، الطالب الذي يُقبل على العلوم الشرعية والوثائق الرسمية المؤطرة لفعل التدريس والتقويم الخاصة بالعلوم الشرعية عامة، وبكل علم على حدة.
- 4- تخصيص وعله زمني كاف لمادة الفقه بالجامعة، وتفعيل ما جاء به دفتر الضوابط البيداغوجية من إعطاء نسبة مهمة من هذا الزمن للدروس والأنشطة التطبيقية والأعمال التوجيهية.
- 5- وضع مقترح لنظام تقويمي في العلوم الشرعية بالجامعة، قائم على أسس علمية ومنهجية وتربوية، يكون موحدًا على الصعيد الوطني، أو على الأقل على مستوى الجامعة الواحدة.

◀ الملحقات :

أولا : شبكة تحليل المضمون :

المحور الأول : معايير عامة :

المعيار	نعم	لا
1 حسن إعداد الصفحة		
2 جودة الخطوط ومقروئيتها		
3 سلم تنقيط مفصل في ورقة الامتحان		

المحور الثاني: أدوات التقويم :

أداة التقويم	المتغيرات	حضور الأداة		معيار التغطية		معيار التركيب		مناسبة الأداة	
		نعم	لا	جيد	ضعيف	جيد	ضعيف	جيد	ضعيف
نص مذيّل بأسئلة	نازلة								
	نص فكري								
	نص شرعي								
أسئلة مباشرة									
أسئلة إلزامية									

## المحور الثالث : تقويم الأسئلة والمهام المطلوب :

الوضعية التقويمية للمجال النظري										الأسئلة المعايير
10	9	8	7	6	5	4	3	2	1	
										السلامة من الأخطاء اللغوية
										وضوح العبارة
										دقة المطلوب
										معيار الارتباط بالنص أو النازلة
										ربط الحكم بالدليل
										استهداف مهارة الحفظ
										استهداف مهارة الفهم
										استهداف مهارة الاستقراء والتحليل
										استهداف مهارة التركيب والتطبيق
										استهداف مهارة الاستنباط
										استهداف مهارة المقارنة والترجيح

## ثانيا : أسئلة المقابلات العلمية :

- 1- من خلال تجربتكم، ما أشكال التقويم المعتمدة في الدرس الفقهي الجامعي؟
- 2- ماهي الغايات التي يستهدفها التقويم الإجمالي في نهاية الفصل الدراسي؟ إن لم يفصل الأستاذ أدق السؤال: هل يستهدف البعد الجزائي فقط أم يتعداه إلى البعد التقويمي؟ أي تقويم طريقة التدريس وشكل التقويم؟
- 3- ما طبيعة المهارات والقدرات التي تركز عليها امتحانات الفقه غالبا؟
- 4- لماذا تستهدف هذه المهارات بالضبط؟
- 5- ما هي الوسائل والأدوات المعتمدة غالبا لقياس مدى تحقق هذه المهارات؟ (أسئلة مباشرة، أم نصوص مذيلة بأسئلة؟ أم غير ذلك)
- 6- ما طبيعة الأسئلة التي توجهونها للطلبة؟
- 7- في رأيكم، إلى أي حد يحقق الطلبة الحاصلون على الإجازة الحد الأدنى من الأهداف المرسومة لتدريس وحدة الفقه؟
- 8- إلى أي حد يمكن لنتائج التقويم الحالي أن تعبر عن مدى تمكن الطلبة من الملكة الفقهية؟
- 9- هل تستطيع الامتحانات في صيغتها الحالية أن تحقق الإنصاف البيداغوجي وأن تميز بين مستويات الطلبة على مستوى الفهم والتحليل والتعليل والتركيب؟ (أم أن معيار الاسترجاع عبر الحفظ أو غير ذلك كفيلا بتحقيق التميز).
- 10- تتضمن الملفات الوصفية للوحدات أن حصص التدريس تشمل 70% من الدروس و30% من الأعمال التوجيهية و 10% من الأعمال التطبيقية، إلى أي حد تستهدف هاته المجالات الثلاث في التقويم؟

11- هل تعتبرون أن أغلب السادة الأساتذة الجامعيين يمتلكون رؤية بيداغوجية واضحة لفعل التقويم؟

12- هل ترون بأن هناك حاجة لتكوين السادة الأساتذة في مجال التقويم؟

13- هل تمتلك الكلية التي تشتغلون بها نظاما للتقويم كما نص على ذلك دفتر الضوابط البيداغوجية؟

14- ما هي اقتراحاتكم لتطوير الممارسة التقويمية بالتعليم الجامعي؟

ثالثا: أسئلة الاستمارة الموجهة للطلبة :

- معلومات عامة :

الجنس : ذكر  أنثى   
 المستوى الجامعي : سلك الإجازة  الإجازة المهنية  الماستر   
 المؤسسة الجامعية : .....  
 المحور المستهدف : أدوات وأساليب التقويم في الدرس الفقهي الجامعي :

1- ما طبيعة أساليب التقويم التي يعتمدونها أستاذ الفقه ؟ :

مراقبة مستمرة (فروض)  امتحانات نهاية الفصل  عروض وتكليفات  الحضور للمحاضرات  
 المشاركة والانضباط  وسائل أخرى: .....

2- ما هو شكل التقويم الذي تحب أن يتبعه معك أستاذك أثناء تقويمك من بين الأشكال السابقة؟

3- ما هو شكل امتحان نهاية الفصل الذي تحب اجتيازه ؟ :

امتحان كتابي  امتحان شفهي

4- في نظرك ما هي الأسئلة التي تراها مناسبة أثناء التقويم ؟ :

هل هي أسئلة: الحفظ  الفهم  التطبيق  أم كلها

5- هل تحب أن يتم تقويمك في الدرس الفقهي من خلال؟:

سؤال مباشر  نازلة فقهية  سؤال مركب  سؤال اختياري  أسئلة اختيار من متعدد

6- رتب الأسئلة من 1 إلى 5 حسب أهميتها بالنسبة إليك؟ :

سؤال مباشر \_\_\_\_\_ - سؤال مرتبط بالتركيب والتطبيق

سؤال يحتاج التذكر والفهم \_\_\_\_\_ - سؤال مرتبط بالاستنباط والترجيح

سؤال مرتبط بالتحليل والاستدلال

7- هل يتم تقويمك من خلال المنهجية التي تدرس بها؟

نعم  لا  أحيانا

8- ما هي اقتراحاتكم من أجل تطوير الممارسة التقويمية في الفقه ؟ :

## • فهرس المصادر والمراجع :

- 1- " أليس الصبح بقريب "، محمد الطاهر بن عاشور، دار السلام للطباعة والنشر، ط 3/2010م.
- 2- "تخطيط الدرس لتنمية الكفايات"، بيير ديشي، ترجمة عبد الكريم غريب، طبعة النجاح الجديدة-البيضاء، ط2/2003م
- 3- " تاريخ التشريع الإسلامي"، محمد الخضري بك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3/2008م.
- 4- "تقويم التعلم"، درجاء محمود أبو علام، دار المسيرة للنشر، عمان، ط 1/2005م.
- 5- "التقويم في المنظومة التربوية"، المصطفى البرجاوي، مجلة علوم التربية، ع. 63/2015م،
- 6- "جامع بيان العلم وفضله"، لابن عبد البر، تحقيق: مسعد بن عبد الحميد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3/2010م
- 7- "الخطاب الديدانكي بالمدرسة الأساسية بين التصور و الممارسة" دمحمد لمباشري، دار الثقافة البيضاء، ط1/2002م،
- 8- "دفتر الضوابط البيداغوجية الوطنية للإجازة في الدراسات الأساسية والإجازة المهنية"، 2014م.
- 9- "سنن الترمذي"، تحقيق كمال يوسف الحوت، دار كتاب العلمية بيروت، 1988م، ج5
- 10- "علاقة المتعلم بالأستاذ" د، سعيد حليم، مطبعة أنفو- برانت فاس، ط2/2009،
- 11- "مجلة علوم التربية"، العدد: 63 لسنة 2015م.
- 12- "مجلة الواضحة"، إصدار دار الحديث الحسنية، الرباط، ع 5/2009م.
- 13- "المرجع في تدريس علوم الشريعة"، د.عبد الرحمن صالح، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط 2/2005م.
- 14- "معجم لغة الفقهاء"، محمد رواس قلعجي، دار النفائس للطباعة والنشر، لبنان، ط2/1998م،
- 15- "الملف الوصفي لكلية الشريعة، فاس، سلك الإجازة"، 2014م
- 16- "الملف الوصفي لوحداث الجذع المشترك لمسلك الدراسات الإسلامية" سلك الإجازة، 2014، كلية الآداب ظهر المهراز - فاس.
- 17- "مناهج البحث التربوي"، خالد المير وإدريس قاسمي، مطبعة النجاح، البيضاء، ط1/العدد 16/2001م
- 18- "منهج البحث العلمي في علوم التربية والعلوم الإنسانية"، ذ.عبد الكريم غريب، مطبعة النجاح، البيضاء، ط1/2012م
- 19- "منهاج تدريس الفقه"، د.مصطفى صادقي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط 1/2012م.
- 20- "الوسائل التعليمية، التقويم التربوي، خالد المير وآخرون، سلسلة التكوين التربوي العدد 5، ط1/1996م،

## أي دور لدراسة شخصية الحدث في تفريد التدابير الإصلاحية؟ (قراءة في مقتضيات المادة 474 من قانون المسطرة الجنائية المغربي)



**محمد بوشعالة باحث بصف الدكتوراه**

**مختبر الدراسات في الطفل والأسرة والتوثيق**

**كلية (العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية) بفاس**

كثيرا ما يرتكب الحدث الجانح جرائم قد لا تتحكم فيها إرادته وإدراكه بحكم صغر سنه، فتكون لديه قوى التمييز بين الخير والشر والصلاح والطلح منعدمة أو تكون ناقصة، فنظرته إلى الأمور تتسم بالنقص، ومداركه العقلية والنفسية لا تزال طرية ولا يستطيع معها تحمل تبعه فعله الإجرامي<sup>1</sup>. وعادة ما يرتكب الجريمة نتيجة لإضطراب يحيطه الأسري، والاجتماعي الذي يعيش فيه.

ومن ناحية أخرى أكثر تعقيدا، تؤكد بعض الأبحاث الاجتماعية والنفسية أن شخصية الحدث ومكوناتها قد تكون وراء سلوكه الانحرافي. وبالرجوع إلى التشريع المغربي وخصوصا الإجراءات الخاصة بالأحداث، نجد المشرع راعى شخصية الحدث الجانح، ونص على بعض الآليات التي يمكن الاعتماد عليها في فحص شخصية الحدث، ومنح للقاضي - في إطار سلطته التقديرية - اختيار أي منهما تبعا لفهمه الخاص<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- إناس إدريسي خمليشي، الخبرة الطبية مجهر قضاء الأحداث، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث قضاء الأحداث، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- فاس،- السنة الجامعية 2007-2008، ص 88.

<sup>2</sup>- المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، ظاهرة جنوح الأحداث: أي حماية، كلية الحقوق مراكش، عدد خاص، 2008، ص 118.



وفي هذا الإطار يفترض في قاضي الأحداث أن يكون مؤمنا بمجموعة من المبادئ الأساسية في تعامله مع الحدث الجانح، إذ عليه أن يغلب المعيار الشخصي على المعيار الموضوعي عن طريق فحص شخصية المتهم الحدث<sup>1</sup>.

إن الإشكالية التي يتمركز حولها هذا المقال هي عبارة عن سؤال محوري يتجلى في معرفة العلاقة بين دراسة شخصية الحدث أو فحصها (المادة 474) وعلاقتها بتفريد التدابير الإصلاحية المنصوص عليها في المادة (481 من ق م ج م).

هاته الإشكالية الرئيسية تنبثق عنها مجموعة من التساؤلات الفرعية نذكرها كالآتي :

\_ هل قاضي الأحداث تعطى له كل الوسائل الضرورية قانونا، لتفريد التدابير الإصلاحية؟

\_ ما مدى تأثير دراسة شخصية الحدث على طريقة تفريد التدابير المناسبة؟

\_ هل قاضي الأحداث ملزم ببحث شخصية الحدث ودراستها، وتقدير التدابير المناسبة لها؟

وبناء على ما سبق فإن معالجة هذا الموضوع ستتم وفق التصميم التالي :

المبحث الأول : البحث الاجتماعي كآلية لتفريد التدابير الإصلاحية.

المطلب الأول : الأجهزة المكلفة بالبحث الاجتماعي.

الفقرة الأولى : قاضي الأحداث.

الفقرة الثانية : الأخصائيين الاجتماعيين.

المطلب الثاني : مجالات القيام بالبحث الاجتماعي.

الفقرة الأولى : الوسط الطبيعي للحدث الجانح.

الفقرة الثانية : فرع الملاحظة.

المبحث الثاني : الفحص الداخلي لشخصية الحدث كوسيلة لتفريد التدابير الإصلاحية.

المطلب الأول : دور الفحوصات الداخلية للحدث الجانح في تفريد التدابير الإصلاحية.

الفقرة الأولى : الفحص الطبي للحدث .

الفقرة الثانية : الفحص العقلي والنفسي للحدث.

المطلب الثاني : الحجية القانونية لبحث شخصية الحدث.

<sup>1</sup> - محمد إبراهيمي، تصورات حول إصلاح عدالة الأحداث، المجلة المغربية للطفل والأسرة، العدد 1، يناير 2010، ص 97.

الفقرة الأولى: المرحلة المناسبة لإجراء بحث حول شخصية الحدث الجانح.

الفقرة الثانية: الجزء القانوني المترتب على عدم بحث شخصية الحدث.

المبحث الأول: البحث الاجتماعي كآلية لتفريد التدابير الإصلاحية.

لقد قام المشرع بتنويع تدابير الحماية والتهذيب<sup>1</sup> وهو ما من شأنه أن يساعد قاضي الأحداث في تفريد التدبير وأن يكثف من الحلول القضائية، ولا شك أن قاضي الأحداث اليقظ يستطيع أن يقوم بمهمة تفريد التدبير عن طريق استقصاء بعض المعلومات حول ظروف الحدث بصفة مباشرة أو غير مباشرة من خلال استنطاقاته له، لكن هذه المعلومات تظل بالضرورة جزئية وقاصرة<sup>2</sup>، ولذلك فإن المشرع قد أحسن صنعا عندما أوجب على قاضي الأحداث أن يقوم ببحث اجتماعي مستقل عن الاستنطاقات والمقابلات حول شخصية الحدث وظروفه المادية والعائلية والاجتماعية<sup>3</sup>. وكل المعلومات التي من شأنها أن تنير له الطريق، وبالتالي اتخاذ القرار المناسب في شأنه، إذن وبناء على ما سبق نتساءل عن الأجهزة المكلفة بانجاز هذا البحث (المطلب الأول) ومجالات عملها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأجهزة المكلفة بالبحث الاجتماعي.

لقد حددت المادة 474 منق.م.ج.م الأجهزة التي يمكنها إجراء تقصي وبحث حول شخصية الحدث (البحث الاجتماعي) بغية تحديد التدبير المناسب لشخصيته، وظروفه وحالته العائلية، وعليه فإن مقتضيات المادة السالفة الذكر حولت لقاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث إجراء هذا البحث بنفسه (الفقرة الأولى) أو يمكنه أن يسند أمر إجرائه لأخصائيين اجتماعيين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قاضي الأحداث.

لم تخول بعض تشريعات الأحداث العربية صلاحية إجراء بحث اجتماعي خاص بالأحداث إلى الأجهزة القضائية<sup>4</sup>، وإنما اقتصرت فقط على إسناد مهمة البحث الاجتماعي إلى أطر اجتماعية متخصصة، تكون على اتصال مباشر مع القضاة، وتقتصر مهمة القضاء على الإشراف والمراقبة وتتبع مهمة البحث الاجتماعي، وتسلم التقارير النهائية التي تساعد الجهاز على اختيار التدبير المناسب للحدث. لكن بالرجوع إلى مقتضيات المسطرة الجنائية المغربية وخصوصا المادتان 474 و486<sup>5</sup>، نجد أنها قد أسندت مهمة القيام بالبحث الاجتماعي لفائدة الأحداث الجانحين إلى قاضي

<sup>1</sup> - المادة 481 منق.م.ج.م.

<sup>2</sup> - مراد دودوش، حماية الطفل في التشريع الجنائي المغربي: جانحا وضحية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة البحث والتكوين الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2002-2003، ص 86

<sup>3</sup> - المادة 474 منق.م.ج.م.

<sup>4</sup> - أوجبت المادة 34 من قانون الأحداث اللبناني الجديد رقم 422 لسنة 2002 على النيابة أو الضابطة العدلية عند إحضار الحدث أمامها في الجرم المشهود، دعوة المندوب الاجتماعي لحضور التحقيق الذي تجريه وأمره بمباشرة التحقيق الاجتماعي، وجاء أيضا في المادة 41 من القانون المذكور أنه: "وإذا لم يكن قد وضع ملف اجتماعي للحدث في إطار الإجراءات السابقة على محكمة الأحداث أن تستحصل، قبل صدور الحكم، على تحقيق اجتماعي يقوم به المندوب الاجتماعي.

<sup>5</sup> - المادة 486 منق.م.ج.م. نصت: "إذا كانت الأفعال المنسوبة تكتسي طابعا جنائيا، فإن المستشار المكلف بالأحداث، بعد قيامه بالبحث المنصوص عليه في المادة 474 أعلاه يجري تحقيقا في القضية..."

الأحداث سواء بصفته قاضي التحقيق أو قاضي الحكم. فقد نصت المادة 474، " إذا كانت الأفعال تكون جنحة، فإن قاضي الأحداث يجري بنفسه... لتحديد التدابير الواجب اتخاذها لضمان حماية الحدث وإنقاذه..."، والمشرع المغربي هنا سار في نفس الاتجاه الذي ذهب فيه المشرع الفرنسي في المادة 8 من أوامر 2 فبراير 1945 الفرنسية للأحداث الجالحين التي نصت أنه " في حالة الاستعجال يمكن لقاضي الأحداث سماع الحدث عن أحواله العائلية وظروفه الشخصية..."<sup>1</sup> لكن بالرغم من ذلك، فإننا نجد هذا الأخير قد أتاح لقاضي الأحداث هذه الإمكانية كاستثناء فقط وفي حدود ضيقة جدا وهي حالة الاستعجال وما دامت هذه الأخيرة تكون مقرونة دائما بوضعية الحدث التي تتطلب الاستعجال، فإن ذلك يعني أن قاضي الأحداث الفرنسي لا يجري هذا البحث بنفسه إلا من أجل اتخاذ تدبير وقتي مستعجل لحمايته، وحتى في هذه الإمكانية الضيقة فإن قاضي الأحداث غالبا ما يعتمد على أبحاث مصالح شرطة الأحداث أو الدرك التي تتوفر على كفاءات متخصصة في علم الاجتماع وعلم النفس، وبالتالي فهو لم يجهض هذا الإجراء ولم يفرغه من محتواه ولو تعلق الأمر بحالة الاستعجال<sup>2</sup>.

فبالرجوع إلى مقتضيات المادة 474 منق.م.ج والتي نصت " على أن قاضي الأحداث يجري بنفسه... بحث لتحديد التدابير الواجب اتخاذها لضمان حماية الحدث وإنقاذه...". نتساءل هنا هل صلاحية قاضي الأحداث للقيام بإجراء بحث اجتماعي خاصة بالحدث يكون فقط في حالة الاستعجال؟ أم هو إجراء معمول به في جميع الأحوال؟

عموما، فإن الحدث أثناء المحاكمة يكون في حاجة إلى من يعرف ظروفه الاجتماعية والبحث فيها، ومعرفة الأسباب والعوامل التي دفعته إلى الجنوح و اختيار التدبير المناسب له حماية لمصلحته الفضلى، سواء تعلق الأمر بالحالة الأولى أو الثانية.

وبالتالي فإن إسناد مهمة القيام بهذا البحث لقاضي الأحداث تقتضي إيجاد قضاء متخصص حتى يتمكن من القيام بعملية إجراء بحث اجتماعي، يستجيب بشكل ايجابي للسماح الخاصة للأحداث ومشكلاتهم، ويجب أن تكون مهمة إجراء بحث اجتماعي خاصة بالحدث سواء أثناء التحقيق أو المحاكمة موكولة إلى قضاة مؤهلين تأهيلا علميا خاصا، والعمل بالقانون المتعمق والمعرفة الواسعة، والثقافة الرفيعة ذات تكوين علمي خاص قوامه التأهيل والممارسة والتجربة<sup>3</sup>.

وفي ظل الحديث عن المصلحة الفضلى للحدث الجانح أثناء القيام ببحث اجتماعي حوله، وفي علاقتها بالتخصص الفعلي لقاضي الأحداث كان على المشرع المغربي على الأقل إلزام قاضي الأحداث بإنجاز هذا التدابير بواسطة أهل الاختصاص، كما فعل نظيره المصري<sup>4</sup> حتى يكون العمل متكاملًا في إطار عمل فريق هدفه الرئيسي تشخيص حالة الحدث الاجتماعية، وتقدير التدبير المناسب وفق معيار شخصي.

<sup>1</sup>- Armelle, Tarbary, l'enquête dans le cadre judiciaire, le travail sociale, 1<sup>er</sup> édition, l'harmattan, 2005, p35.

<sup>2</sup>- عدنان الأرمي الحسني، البحث الاجتماعي كمؤسسة قانونية لازمة لقاضي الأحداث، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين قضاء الأحداث، كلية الحقوق فاس، السنة الجامعية 2007-2008، ص 33

<sup>3</sup>- سعاد التياي، دور القضاء في حماية الأحداث (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - فاس، السنة الجامعية، 2006-2007، ص 234.

<sup>4</sup>- سعاد التياي، المرجع السابق، ص 235.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن الفقرة 3 من المادة 474 نصت على أنه " يمكن لقاضي الأحداث رعيًا لمصلحة الحدث، ألا يأمر بأي تدبير من التدابير المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه أو ألا يتخذ سوى تدبير واحد منها" إن التساؤل المطروح هنا هو أين تتجلى مصلحة الحدث الفضلى في ظل عدم إجراء بحث اجتماعي حول ظروفه الاجتماعية؟

إننا نرى من الضروري القيام ببحث اجتماعي حول الحدث، لأنه هو الوسيلة القانونية التي تمكن القاضي من معرفة ظروف الحدث الأسرية والاقتصادية وعلاقته بمحيطه الاجتماعي، وتكوين قناعة وجمع معلومات كافية عن الحدث، حتى يتمكن من اختيار التدبير المناسب لإصلاحه وإدماجه في المجتمع من جديد، وفي ظل غياب هذا الإجراء سيتضرر الحدث خاصة إذا كانت الوضعية الاجتماعية تستدعي البحث فيها.

إلا أن الواقع العملي<sup>1</sup> يكشف أن هذا الإجراء لا يحظى بالعناية والاهتمام اللازمين من قبل قاضي التحقيق الخاص بالأحداث، ليبقى مجرد إجراء صوري يؤثث ملف القضية، ذلك لعدم مراعاة المعايير والشروط لطريقة إنجاز هذا البحث<sup>2</sup>، كما أن انشغال قاضي الأحداث بالجريمة ووسائل الإثبات تجعله غير مهتم بشكل كبير بهذا التدبير (البحث الاجتماعي) مما يعني أنه لا بد من إسناد مهمة القيام بهذا التدبير إلى أخصائيين اجتماعيين مؤهلين لهاته الغاية.

#### الفقرة الثانية: الأخصائيين الاجتماعيين.

بموجب نص المادة 474 من ق.م.ج يعهد بإجراء البحث الاجتماعي من حيث المبدأ إلى الإدارة المكلفة بالشؤون الاجتماعية أو إلى الجمعيات أو الأشخاص أو المساعدات الاجتماعية المؤهلين لهذه الغاية. ويجب أن يتم تنفيذ البحث الاجتماعي بإشراف قاضي الأحداث الذي أمر به، وعلى المكلفين بإجرائه تقديم تقارير بالدراسات التي قاموا بها وبالنتائج التي توصلوا إليها مشفوعة بمقترحاتهم. ويتطلب هذا البحث أن يرتكب الحدث جريمة يعاقب عليها القانون وفق مضمون المادة السالفة الذكر، إذا كانت الأفعال تكون جنحة...

وباعتبار بحثًا متخصصًا لا بد أن يقوم به من هو أهل له، فيسند بحسب الأصل إلى الخبراء الاجتماعيين<sup>3</sup>. وقد نظم القانون فئة الخبراء الذين يجوز الرجوع إليهم (الفقرة الأخيرة من المادة 474 ق.م.ج) وفي نفس السياق نجد القانون الفرنسي نص على أن القيام بالبحث الاجتماعي للحدث يعهد به إلى الموظفين الاجتماعيين المعيّنين لدى محكمة الأحداث، أو إلى المساعدين الاجتماعيين<sup>4</sup>، بمرکز فحص الشخصية وأنه يجوز أن يعهد بهذا البحث إلى باحثين يختارون من بين المساعدين الحائزين على دبلوم مدرسة الخدمة الاجتماعية<sup>5</sup>، وفي نفس الشأن كذلك نصت المادة 44

<sup>1</sup>- ملف جنائي رقم 03|2012 حكم عدد : 04 بتاريخ: 19|06|2012 غير منشور، متعلق بجناية السرقة الموصوفة، صادر عن غرفة الجنايات الابتدائية للأحداث بمحكمة الاستئناف بتارة، قضى بتسليم الحدث لوالده، لكن القرار الصادر عن المحكمة لم يستند على بحث اجتماعي من أجل اتخاذ التدبير السالف الذكر. (انظر الملحق).

<sup>2</sup>- منشورات جمعية عدالة، مجلة الأمن القضائي وجودة الأحكام، ص 105.

<sup>3</sup>- أحمد فتحي سرور، الاختبار القضائي، مرجع سابق، ص 188.

<sup>4</sup>- المادتين 8-9، من القانون الفرنسي، القرار الصادر في 10 نونبر سنة 1945 وتعديلاته.

<sup>5</sup>- أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 189.

من قانون الأحداث السوري<sup>1</sup> أنه "يعهد بإجراء التحقيق الاجتماعي إلى مكتب الخدمة الاجتماعية المؤازر لمحكمة الأحداث، أو إلى مراقب السلوك...".

ومما لا شك فيه أن إسناد مهمة إجراء البحث الاجتماعي إلى أشخاص مختصين يقدم فوائد لما لديهم من الخبرة والممارسة للقيام بهذه المهمة. وعموما فإن مهمة القيام بالبحث الاجتماعي حسب مضمون المادة 474 ق.م.ج، تسند إما للمساعدة الاجتماعية (الباحثة الاجتماعية) أو إلى الجمعيات أو الأشخاص المؤهلين لهذه الغاية.

فالمساعدة الاجتماعية التي حدتها المادة السالفة الذكر، تتوفر على مكتب مستقل بالمندوبية الجهوية لكتابة الدولة في الشبيبة والرياضة، حيث تحمل اسم الباحثة العائلية<sup>2</sup>، التي يمكن لقاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث أن يكلفها بإنجاز بحث حول الوضعية الاجتماعية والأسرية والمادية والصحية للحدث، وفق ما تؤكد المذكرة الإدارية عدد 81 الصادرة في 10 يونيو 1972، التي تنظم عمل الباحثات العائليات حيث جاء في هذه المذكرة: تقوم الباحثة العائلية بإنجاز الأبحاث العائلية في الأوساط العائلية بطلب من مديري المؤسسات أو المندوبين الدائمين للحرية المحروسة، وكذلك بناء على طلب السادة قضاة الأحداث<sup>3</sup>.

فكيفما كانت الجهة الأمرة بإجراء البحث الاجتماعي، فإن الباحثة الاجتماعية تحاول جمع المعلومات عن الحدث وعن عائلته، من حيث تركيبها وماضيها ووضعيتها الاقتصادية والمستوى التربوي للعائلة والجو السائد داخلها، ثم رأي الأبوين فيما ينسب إلى ابنهما ورغبتهما، وما هو اقتراحهما لحل المشكلة، ثم جمع المعلومات عن الحدث تتضمن شغله قبل ارتكاب الجريمة وسلوكه قبلها ورأي الجيران فيه، وحالته الصحية، ثم معلومات عن الجريمة تتضمن سوابقه القضائية وظروف الجريمة وصددها وموقف الأبوين ورأيهما إزاءها، ثم تختتم الباحثة هذا البحث بالاستنتاجات حول مظاهر انحراف الحدث وما هو الإجراء المقترح على قاضي الأحداث لإصلاح الحدث، هل الرجوع إلى العائلة أو الإيداع بالمركز<sup>4</sup>، ويجب أن تبين علة اقتراحها وما هي الأسباب التي تدعو إلى ذلك لتختتم البحث بملاحظاتها النهائية<sup>5</sup>.

وقد تسند مهمة إجراء البحث الاجتماعي الخاص بالحدث كذلك إلى مندوب الحرية المحروسة، الذي يمكن أن يكون إما مندوبا دائما أو متطوعا للحرية المحروسة (المادة 499 من ق.م.ج)، فرغم أن مهمته تتمثل بالأساس في الإشراف والتتبع التربوي للأحداث الجاري عليهم نظام الحرية المحروسة وفق المادة 496 من ق.م.ج إلا أنه عندما يتخذ في حق الحدث تدبير مؤقت للحرية المحروسة في الوسط الطبيعي، فإن المندوب يقوم بالموازاة مع عمله التربوي بإنجاز هذا

<sup>1</sup>- المادة 44 من قانون الأحداث السوري رقم 18، سنة 1974 وتعديلاته.

<sup>2</sup>- الباحثة الاجتماعية الموجودة حاليا بتاريخ 2014/11/24 بمقر المندوبية الجهوية لوزارة الشباب والرياضة، فاس، هي إلهام القادري.

<sup>3</sup>- مولود السفناج، العاملون في مجال رعاية الحدث الجانح بقضاء وزارة الشبيبة والرياضة، يوم دراسي حول حقوق الطفل إلى أين؟ نظم بتعاون بين المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان والمرصد الوطني لحقوق الطفل، 20 نونبر 1988 في مركز الاستقبال والندوات التابع لوزارة الأشغال العمومية، الرباط- مقال غير منشور.

<sup>4</sup>- مقابلة مع الباحثة العائلية، إلهام القادري، بمقر المندوبية الجهوية للشبيبة والرياضة بفاس، بتاريخ، 15/11/2014.

<sup>5</sup>- البحث الاجتماعي المنجز من طرف السيدة إلهام القادري، باحثة اجتماعية (انظر الملحق).

البحث الذي يستند عليه في تقريره الذي يرفعه لقاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث<sup>1</sup>، حيث يجمع المندوب المعلومات المضمنة في تقريره، انطلاقاً من الزيارات التي يقوم بها إلى الوسط الذي يعيش فيه الحدث، مع استفسار كل من له علاقة به، سواء تعلق الأمر بالأسرة أو المدرسة التي كان يدرس فيها<sup>2</sup>.

وقد يسند كذلك القاضي المكلف بالأحداث مهمة البحث والتقصي عن سلوك الحدث وجمع المعلومات الخاصة به وبمحيطه إلى أحد الجمعيات وذلك تماشياً مع فلسفة المشرع عند ما نص في الفقرة الأخيرة من المادة 474 على أن يسند أمر البحث الاجتماعي إلى.... الجمعيات.... المؤهلين لهذه الغاية، لأن الاعتماد على المجتمع المدني في إدارة العدالة الجنائية للأحداث أصبح توجهها محورياً في السياسة الجنائية الخاصة بالأحداث.

وتجدر الملاحظة، أن البحث السالف الذكر تتولى إنجازه إحدى الهيأة أو المؤسسات المنصوص عليها في المادة 474، وواضح أن المشرع يهدف من وراء ذلك إلى إسناد مهمة القيام بالبحث المذكور إلى أخصائين اجتماعيين مهنيين، لديهم من الخبرة والعلم ما يؤهلهم للقيام بهذه المهمة.

### المطلب الثاني : مجالات القيام بالبحث الاجتماعي.

إن البحث الاجتماعي يعتبر آلية ضرورية لقاضي الأحداث لاختيار التدبير المناسب لشخصية الحدث، وبالتالي فيما أن يتم إنجازه في الوسط الطبيعي للحدث الجانح (الفقرة الأولى) أو يتم في إطار فرع الملاحظة بمركز حماية الطفولة، حيث يعتمد على البحث الاجتماعي بالإضافة إلى المحاورة التي أجريت مع الحدث عند استقباله لأول مرة (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى : الوسط الطبيعي للحدث الجانح.

للحصول على معلومات دقيقة وموضوعية عن سلوك الحدث لابد من الاستعانة بالمستندات والوثائق الموجودة في ملف الدعوى، بالإضافة إلى الاتصال بمصادرها، وتشمل هذه المصادر الأسرة (أولاً) ثم الوسط الاجتماعي بما فيه المدرسة<sup>3</sup> (ثانياً).

### أولاً : الأسرة.

إن معظم حالات الانحراف ترجع إلى الوسط الذي نشأ فيه الحدث، وتعتبر الأسرة هي الخلية الأولى المسؤولة عما يصيب الحدث من انحراف لأنه عن طريقها يتلقى القيم والعادات والنظر إلى الحياة والمجتمع، فهي الصلة التي تربطه بالمجتمع الكبير فيما بعد. وبالتالي لا يمكن تجاهل أسرة الحدث الجانح فهي المصدر الأساسي والمهم للبحث

<sup>1</sup> - المادة 497 نصت "يوضع الحدث الخاضع لنظام الحرية المحروسة المشار إليه في البند رقم 2 من المادة 481، تحت إشراف والتنسيق التربوي لمندوب تكون مهمته العمل على تجنب الحدث كل عود إلى الجريمة واقتراح كل تدبير مفيد لإعادة تربيته.

<sup>2</sup> - مقابلة مع السيد محمد كريم اطريشل، مندوب دائم للحرية المحروسة، بمقر المندوبية الجهوية للشبيبة والرياضة بفاس، بتاريخ 24/11/214.

<sup>3</sup> - عبد العزيز فتح الباب، دور الاختصاصي الاجتماعي في معالجة الأحداث المنحرفين، سلسلة الدفاع الاجتماعي، العدد 3، سنة 1981، ص 52.

الاجتماعي، من خلالها يستطيع القائم بالبحث الحصول على كل المعلومات المفيدة عن حالتها الاجتماعية والاقتصادية وكيف يقضي أفرادها أوقات فراغهم وعن وضع الحدث الجانح فيها وسلوكه<sup>1</sup>.

ويمكن للباحث في شأن الحدث إما الذهاب لزيارة الأسرة في محل إقامتها، أو دعوة أفرادها إلى مكتبه، وإن كان من الأفضل القيام بزيارتها في مكان سكنها، لأن ذلك يتيح له إمكانية الاستماع إلى أفراد آخرين من أقارب الحدث وجيرانه<sup>2</sup>.

وينبغي على الباحث أو الباحثة الاجتماعية أن تشرح للحدث الجانح وأسرتة الغاية من عمله، المتمثلة في معرفة الأسباب الحقيقية التي دفعت للحدث للانحراف أو الوقوع في هاوية الجريمة، وإقناعها بأن عليها أن تساعد ابنها عن طريق إبراز كل الجوانب الاجتماعية المرتبطة به - ولو كانت سيئة - بكل صدق وأمانة حتى يستطيع القاضي الأخذ بها، واختيار التدبير المناسب له، الذي يمكن أن يكون التسليم للأسرة، فأسلوب الإقناع هو الذي يساعد الباحث على كسب ثقة الحدث وأسرتة، وتجاوز كل ما من شأنه أن يؤثر في عدم إعطاء كل المعلومات المتوفرة لديهم والتي تفيد في الكشف عن الدوافع والأسباب الحقيقية وراء انحراف الحدث<sup>3</sup>.

وفي هذا الصدد ينبغي على الشخص المكلف بالبحث الاجتماعي الخاص بالحدث معرفة الحالة المدنية للأسرة، كغياب أحد الوالدين عنها أو كلاهما لأي سبب من الأسباب ولاشك أن غياب الوالدين أو احدهما له تأثير على تربية الحدث وتوجيهه، والكشف كذلك عن مدى وجود تصدع معنوي للأسرة كالخلل والاضطراب الذي يسود العلاقات بين أفراد الأسرة، وسوء التفاهم الحاصل بين الوالدين، وجهل الوالدين بأساليب التربية السليمة<sup>4</sup>.

ولا بد كذلك من تشخيص الوضع الاقتصادي للأسرة، مثل نوع السكنى، أجرة الأب والأم، إلى غير ذلك....

وتلعب المعلومات التي يجمعها الشخص القائم بالبحث الاجتماعي حول الأسرة دورا حاسما في الاختيار بين التدبير في الوسط الطبيعي أو الإيداع بمركز حماية الطفولة، بحيث إذا أثبتت الأبحاث المنجزة عن الحدث، أن الأسرة تعاني من التصدع المادي أو المعنوي أو لا تستطيع تحمل المصاريف اللازمة لتربية الحدث فإنه غالبا ما يتخذ قاضي الأحداث أخذ تدابير الإيداع بمركز حماية الطفولة<sup>5</sup>.

ثانيا : المدرسة .

تعتبر المدرسة البيئة الثانية التي يتعرف عليها الحدث وتتميز بكونها غير محددة كالأسرة ولا يستطيع التهرب منها، وفي ظل هذه البيئة يتعرف الحدث على رفاق آخرين. إذ في هذا الإطار يجد الشخص القائم بالبحث الاجتماعي من المفيد

<sup>1</sup> - مقابلة مع الباحثة العائلية، مرجع سابق، إلهام الفادري 2014/11/15.

<sup>2</sup> - مقابلة مع السيد محمد كريم اطريشل، مرجع سابق، ص 2014/11/24.

<sup>3</sup> - مقابلة مع السيد حميد قبيبي، مدير نادي العمل الاجتماعي بالبطحاء- فاس، بتاريخ 2014/11/20 / ملف جنائي رقم 12|218، بتاريخ 13|09|12. صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، غير منشور، قضى بتسليم الحدث (ح.ف) لأبويه...وحيث إنه رعيا لظروف الحدث الاجتماعية وانعدام سوابقه ارتأت المحكمة الافتصار على تسليمه لأبويه وإخضاعه لنظام الحرية المحروسة لما في هذا التدبير من مصلحة للحدث (انظر الملحق).

<sup>4</sup> - عبد العزيز فتح الباب، مرجع سابق، ص 53.

<sup>5</sup> - مقابلة مع السيد م.ك. إ.ط.، مرجع سابق، بتاريخ 2014/11/24.

التعرف على علاقات الحدث بزملائه في المدرسة، وذلك لمعرفة المسار الدراسي للحدث وسلوكه العام مع الأطر التعليمية إذ يتم توجيه أسئلة بطرق مختلفة إلى كل الأطر التي كانت تعرف الحدث وخصوصا إذا كان الحدث لا يزال يتابع دراسته فتحاول الباحثة تقييم مستواه الدراسي، هل هو مستقر أم متدنٍ من حيث المردود، وتحاول ربطه بالأحداث العائلية التي يمر منها الحدث وخصوصا إذا كانت الحالة الاقتصادية للعائلة متذبذبة، فإن هذا يجعل الباحثة العائلية تسجل في استنتاجاتها، بأنه من الأفضل إيداع الحدث بنادي العمل الاجتماعي<sup>1</sup>.

وبذلك يكون الشخص القائم بالبحث الاجتماعي قد شخص صورة الحدث الأسرية والاقتصادية. انطلاقا من وسطه الطبيعي، ويتم تسليم تقرير مفصل للقاضي المكلف بالأحداث حتى يتمكن من اختيار التدبير المناسب له.

### الفقرة الثانية: فرع الملاحظة.

تعتبر الملاحظة فترة من الفترات المهمة التي يخضع فيها الحدث لدراسة اجتماعية وصحية متكاملة يقوم بها أخصائون بغية اكتشاف السبب الحقيقي وراء سلوك الحدث (أولا) ويضعون نتيجة لذلك توصية خاصة بخطة علاجه في بحث اجتماعي، وفق إجراءات تقنية خاصة (ثانيا).

### أولا: دراسة شخصية الحدث .

يستقبل فرع الملاحظة<sup>2</sup> الأحداث الذين اتخذت في حقهم تدابير الإيداع المؤقت بمقتضى أوامر صادرة عن سلطات قضائية خاصة بالأحداث حيث يتم وضعهم رهن البحث والدراسة قبل الحكم عليهم، وتدموم فترة الملاحظة ما بين ثلاثة أسابيع وثلاثة أشهر حسب الحالة وقابلة للتמיד، حيث يخضع في إطاره الحدث لدراسة اجتماعية وصحية ونفسية متكاملة، يقوم بها أخصائون بغية اكتشاف السبب الحقيقي وراء سلوكه الانحرافي، وينتهي بإجراء جلسة تحليلية لكل المتدخلين في عملية الملاحظة بهدف اختيار التدبير اللازم لحماية الحدث وإصلاحه، وذلك إما بإرجاعه إلى العائلة، أو إحالته على إحدى مراكز وفروع إعادة التربية الإقليمية أو الوطنية<sup>2</sup>، أو إخضاعه لنظام الحرية المحروسة أو نادي العمل الاجتماعي، ويودع به الأحداث بصفة مؤقتة<sup>3</sup>.

وفي فرنسا نظم مراكز الملاحظة (centre d'observation) قانون صادر في 20 يوليوز 1950 وحددت المادة الثانية عمل هذه المراكز على النحو التالي:

\_\_استقبال الحدث والعناية به حتى يؤخذ قرار بشأنه .

\_\_جمع المعلومات المتعلقة بالحدث وعن أسباب انحرافه ووضع الاجتماعى والعائلى.

<sup>1</sup> - البحث الاجتماعي المنجز من طرف السيدة الباحثة الاجتماعية (انظر الملحق).

<sup>2</sup> - المادة 471 منق.م.ج نصت: " يمكن للقاضي في قضايا الجنب أن يصدر أمر يخضع بمقتضاه الحدث لواحد أو أكثر من تدابير نظام الحراسة المؤقتة وذلك بتسليمه... إلى فرع الملاحظة.

<sup>2</sup> - ملف جنائي 12|810 بتاريخ 12|08|30، صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، غير منشور، قضى بإداع الحدث (أ.م) بمركز حماية الطفولة عبد العزيز بن ادريس لمدة ثلاثة أشهر... وحيث رعا لظروف الحدث الاجتماعية... ارتأت المحكمة ايداعه بمركز حماية الطفولة (انظر الملحق).

<sup>3</sup> - النشرة السنوية لمؤسسات حماية الطفولة، مسارف في خدمة الطفولة، منشورات وزارة الشباب والرياضة، مصلحة حماية الطفولة 2010، ص 6



\_ دراسة حالة الحدث الصحية والعقلية والنفسية، ومدى قابليته للتعلم وإمكانياته المهنية.

\_ تقديم الاقتراحات التي من شأنها أن تسهم في تربيته ودخجه في المجتمع<sup>1</sup>.

أما في مصر، فتختص دور الملاحظة بججز الأطفال الذين لم يبلغ سنهم خمس عشرة سنة وترى النيابة العامة أو القضاء إيداعهم فيها مؤقتا بقصد التحفظ عليهم وملاحظتهم لحين الفصل في أمرهم<sup>2</sup>.

وقد اعتبر قانون الطفل المصري أن هذا الحجز يعادل بالنسبة للبالغين إجراء الحبس الاحتياطي، وذلك حماية لهذه الفئة من الأطفال من الاختلاط بالمتهمين البالغين، وقد حرص المشرع المصري على تقرير هذه الحماية في المادة 119 من قانون الطفل المصري<sup>3</sup>.

ثانيا: الإجراءات التقنية الخاصة بالحدث .

يتحدد العمل التقني بفرع الملاحظة وفق مذكرة صادرة عن وزارة الشبيبة والرياضة سنة 1978 حيث ينقسم إلى ثلاث مراحل وهي استقبال الحدث من طرف المدير الذي يعرفه على نظام المؤسسة ويحاول استئناسه بجوها. ثم بعد ذلك خلال الأسبوع الأول تجرى معه مذاكرة بهدف التعرف على وسطه العائلي وميولاته ويجرى له فحص طبي، للتأكد من سلامته الصحية وخلال الأسبوع الثالث يجرى له تحليل أولي حيث يجتمع كل المرين الذين كان لهم اتصال معه ويعتمدون في هذا التحليل على مذاكرة الاستقبال والتقرير الأولي حول سلوك الحدث والمعلومات الأولية والبحث الاجتماعي والتقرير الرياضي والملف الطبي والتقرير المدرسي أو المهني<sup>4</sup>.

بعد ذلك يتم القيام بتقرير من طرف الطاقم التربوي بالمركز يشمل تشخيصا لحالة الحدث واقتراح أحد التدابير المنصوص عليها في الفصل 481 من ق.م.ج على قاضي الأحداث وأهمها: إرجاع الحدث لعائلته ويستدعي اقتراح هذا التدبير عدم خطورة الجنحة المرتكبة من طرف الحدث، عدم وجود تفكك عائلي، قدرة الأسرة على تلبية الحاجيات الأساسية للحدث، اهتمام الأسرة بالحدث. أو إحالة الحدث على نظام الحرية المحروسة ويستدعي اقتراح هذا التدبير رغبة الحدث في الرجوع لأسرته أو رغبة الأسرة في إرجاع ابنها.

وإما إلحاقه بمراكز حماية الطفولة (فرع التربية) ويتم اقتراح هذا التدبير في الحالة خطورة الجنحة المرتكبة من لدن الحدث ووجود وسط عائلي متفكك مع غياب الأسلوب التربوي الضروري، غياب اهتمام الأسرة بابنها أو عجزها على تلبية حاجياته الأساسية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- علي محمد جعفر، حماية الأحداث المخالفين للقانون والمعرضين لخطر الانحراف- دراسة مقارنة- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى بيروت لبنان، 2004، ص 310

<sup>2</sup>- فوزية عبد الستار، المعاملة الجنائية للأطفال (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 148.

<sup>3</sup>- نصت المادة 119 من قانون الطفل المصري لسنة 1996: "لا يحبس احتياطيا الطفل الذي لم يبلغ خمس عشرة سنة، ويجوز للنيابة العامة إيداعه إحدى دور الملاحظة مدة لا تزيد على أسبوع وتقديمه عند كل طلب إذا كانت ظروف الدعوى تستدعي التحفظ عليه على ألا تزيد مدة الإيداع على أسبوع ما لم تأمر المحكمة بمدها وفقا لقواعد الحبس الاحتياطي المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية.

<sup>4</sup>- عدنان الأزمي الحسني، مرجع سابق، ص 41

<sup>5</sup>- النشرة السنوية لمؤسسات حماية الطفولة، مرجع سابق، ص 7.

إن هاته الإجراءات المتخذة في حق الحدث، هي في الأصل نتاج لبحث اجتماعي متكامل ومتناسق، يمكن لقاضي الأحداث من خلاله اختيار التدبير المناسب لحالته<sup>1</sup>. لكن ما يجب التنبيه إليه، هو أن سلطتها تقتصر فقط على جمع المعلومات المتعلقة بالحدث انطلاقا من محيطه الخارجي عن طريق بحث اجتماعي، لكن المشرع أعطاه صلاحيات واسعة - في إطار سلطته التقديرية - من أجل معرفة شخصية الحدث، وبالتالي إلى جانب البحث الاجتماعي يمكنه أن يأمر بإجراء فحوصات داخلية للحدث، تتمثل على الخصوص في الفحص الطبي والعقلي والنفسي.

### المبحث الثاني: الفحص الداخلي لشخصية الحدث كوسيلة لتفريد التدابير الإصلاحية.

لقد أصبح من الواجب في سبيل الوصول إلى عدالة خاصة بالأحداث، تمكين القاضي من مختص في القضايا الجنائية لفحص حالة الحدث الجانح شخصيا، في سبيل التوصل إلى التدبير المناسب الذي يحقق الغاية المتمثلة في الإصلاح والتهديب<sup>2</sup>.

ويجري البحث في علم طبائع الجانح بدراسة أشخاص الجانحين توصلا إلى معرفة أسباب إجرامهم، ودراسة شخص المنحرف تكون بفحص حالته الجسمية وحالته النفسانية. ذلك أن شخصية كل إنسان هي الوحدة الجامعة بين جسده ونفسه، وهي دائما ثمرة التفاعل بين العوامل الجسدية والعوامل النفسية، أو ما يسمى بالعوامل الداخلية للإنسان، ومن الخطأ إنكار ما للجسم من اثر على النفس، ومن الثابت علما أنه كثيرا ما يتوقف النشاط الفكري للإنسان من حيث نوعه وكميته على بنية جسمه وحالته الجثمانية بصفة عامة<sup>3</sup>.

لذا فالمشرع المغربي في علاقته بالحدث الجانح منح لقاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث إمكانية الأمر بإجراء فحوصات طبية أو عقلية أو نفسية للحدث الجانح (المطلب الأول) وأمام هاته الإمكانيات يكون من الواجب معرفة القيمة القانونية لهذه الفحوصات (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: دور الفحوصات الداخلية للحدث الجانح في تفريد التدابير الإصلاحية.

إن الحدث الجانح عموما، تنطوي نفسه على شخصية ضعيفة وهزيلة تجعله أداة سهلة لتنفيذ رغباته الدفينة تنفيذا صريحا، ورغبة في تحقيق ذاته من جراء النقص الذي يعانيه<sup>4</sup>، وبالتالي فإن دور الفحوصات الداخلية للحدث تكمن في الوقوف على العوامل التي دفعته إلى الانحراف، من أجل تشخيصها واختيار الأسلوب المناسب لشخصيته من طرف الجهة المختصة لأن الفحص الطبي للحدث فن غايته المزج بين ما هو علمي وتقني وما هو قانوني ومسطري، وعليه فإن العوامل الداخلية التي قد تكون سببا في انحراف الحدث تتعد، قد ترجع إلى التكوين العضوي (الفقرة الأولى) أو تتصل بتكوينه العقلي أو النفسي (الفقرة الثانية).

<sup>1</sup> - البحث الاجتماعي المنجز من طرف السيد محمد كريم اطريشل، مندوب الحرية المحروسة. (انظر الملحق).

<sup>2</sup> - عبد السلام بنحدو، الأسس النفسية للسلوك الإجرامي، مجلة المحامي، عدد 19 سنة 1981، ص 31.

<sup>3</sup> - رمسيس بهنام، المجرم تكوينا وتقويما، الأساليب العلمية في الكشف عن مصدر الإجرام، منشأة المعارف الإسكندرية، القاهرة، طبعة جديدة 1998، ص 74.

<sup>4</sup> - علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص 68.

## الفقرة الأولى : الفحص الطبي للحدث .

تكمن الغاية الأساسية من الفحص الطبي العادي في معرفة سلامة الحدث جسديا وفيزيولوجيا في وضعه الراهن والمستقبلي<sup>1</sup>، فإجراء هذا الفحص مفيد جدا، لأنه الوسيلة الناجعة في اكتشاف المرض أو الأمراض الجسدية التي يعاني منها الحدث التي لا تسمح بوضعه خارج المؤسسات الصحية<sup>2</sup>.

وفي هذا الصدد نصت المادة 474 من ق.م.ج " إذا كانت الأفعال تكون جنحة فإن قاضي الأحداث... يأمر كذلك إن اقتضى الحال بإجراء فحص طبي..."<sup>3</sup> والمشرع المغربي هنا سار في نفس الاتجاه الذي ذهب فيه المشرع الفرنسي، إذ جاء أيضا في المادة (5/8) من قانون الأحداث الفرنسي لسنة 1945 وتعديلاته أنه : " لقاضي الأحداث الأمر بإجراء الفحص الطبي... إذا استدعى الحال ذلك، وعند الاقتضاء يمكنه وضع الحدث في مركز للاستقبال أو الملاحظة" ومن بين التشريعات العربية التي ذهبت في نفس الاتجاه<sup>4</sup>، المشرع المصري إذ نصت المادة 128 من قانون الطفل المصري رقم 12 سنة 1996 على أنه :

" إذا رأت المحكمة أن حالة الطفل البدنية... تستلزم فحصه قبل الفصل في الدعوى قررت وضعه تحت الملاحظة في أحد الأماكن المناسبة التي تلزم ذلك، ويوقف السير في الدعوى إلى أن يتم ذلك الفحص.

وبالتالي إن الغاية التي توخها المشرع المغربي في الفقرة الثانية من المادة 474 من ق.م.ج على غرار باقي التشريعات السالفة الذكر، تكمن في تشخيص الحالة الصحية للحدث، إذ في غالب الأحيان قد يكون السلوك الانحرافي ناتجا عن بعض الأمراض البدنية التي تصيب الحدث، كما قد يكون نتيجة لنقص في تكوينه العضوي أي إصابته باعتلال الجسد ومن صوره : الاختلالات الغريزية (كالعيوب والقصور في الإفرازات في وظائف الغدد الداخلية<sup>5</sup>.

وقد ذهب الدكتور رمسيس بهنام إلى أدق من ذلك، بحيث اعتبر أن أعضاء جسم المجرم الداخلية بما فيها: الجهاز الدموي والجهاز التنفسي، وجهاز الهضمي والجهاز البولي والجهاز العصبي، كثيرا ما تكشف عن أمراض أو عيوب إن لم تكن السبب المباشر في النزعة الإجرامية فإنها على الأقل، عوامل موقظة منبهة لهذه النزعة، تخرجها من الحالة الكامنة إلى حيز التنفيذ<sup>6</sup>.

وبالتالي يجب على الطبيب المختص الذي يأمره قاضي الأحداث، أن يكتشف إن كانت هناك أمراض عضوية التي قد تساعد على إيضاح الجوانب الشخصية للحدث، ولكي تتحقق هذه الغاية يجب على الطبيب أن يكون خبيرا في

<sup>1</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المعاملة الجنائية والاجتماعية للأطفال، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، بدون طبعة، بدون سنة، ص 73.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 75.

<sup>3</sup> - أنظر النموذج المدرج ضمن ملحق هذا البحث.

<sup>4</sup> - نصت كذلك المادة 44/أ-2، من قانون الأحداث السوري رقم 18 سنة 1974 وتعديلاته " أن تأمر محكمة الأحداث بفحص الحدث جسديا... من قبل طبيب مختص إذا اقتضى الحال ذلك".

<sup>5</sup> - عبد السلام بنحدو، الأسس النفسية للسلوك الإجرامي، مجلة المحامي، عدد 19، سنة 1981، ص 31.

<sup>6</sup> - رمسيس بهنام، المجرم تكوينا وتقويما، المرجع السابق، ص 80.

ميدانه العملي لكي يساعد قاضي الأحداث على فهم شخصية الحدث واختيار التدبير المناسب لحالته الصحية وخصوصا إذا كان الأمر يتطلب إيداعه بمؤسسة صحية.

### الفقرة الثانية: الفحص العقلي والنفسي للحدث.

قد يأمر قاضي الأحداث بإجراء بعض الفحوصات عندما يتبين له أن حالة الحدث تستدعي ذلك، ويقوم بها عادة طبيب مختص، فهذه الفحوصات قد تكون عقلية (أولا) أو نفسية (ثانيا).

#### أولا: الفحص العقلي للحدث.

لقد نصت المادة 474 من ق.م.ج: " إذا كانت الأفعال تكون جنحة فإن قاضي الأحداث... يأمر كذلك إن اقتضى الحال بإجراء... فحص عقلي...". والغاية التي يطمح إليها المشرع هنا، هي تشخيص الحالة العقلية للحدث والوقوف على العامل المؤثر الذي قد يكون سببا في ارتكاب الحدث للسلوك المنحرف، لأن من المسلم به لدى علماء النفس والأطباء العقليين أن الصحة العقلية هي الأساس الأول للشخصية السوية، فإذا ما اختلت الصحة العقلية فإن من شأن ذلك أن يؤدي إلى اضطراب في الشخصية مما قد ينجم عنه إقدام المريض على ارتكاب السلوك المنحرف<sup>1</sup>.

وعموما فالأمراض العقلية التي قد تصيب الحدث وتستحوذ على شخصيته عديدة، وتتشابك أحيانا مع غيرها من الأمراض العضوية والنفسية<sup>2</sup>.

ومن أهم الأمراض العقلية التي تصيب الأحداث وتكون لها علاقة وطيدة بالسلوك المنحرف نجد انفصام الشخصية، ثم مرض البارانونيا...

وعلى هذا الأساس يكون من المفروض على الطبيب المختص الذي يأمره قاضي الأحداث، أن يكتشف، ما إذا كان الحدث الجانح يعاني من إحدى هاته الأمراض السالفة الذكر، التي كانت السببا في جنوحه أو تشكل خطرا ويتعين إيداعه في مصحة للرعاية الصحية<sup>3</sup>.

#### ثانيا: الفحص النفسي للحدث.

إن الفحص النفسي<sup>4</sup>، يرمي إلى الكشف عن جوانب شخصية الحدث، وذلك لمعرفة سلوكه، وتحديد درجة الذكاء والقدرة الذهنية عنده، وذلك بتزويد قاضي الأحداث بالمعطيات المفيدة، لفهم بواعث انحراف الحدث وأسبابه، وتقرير العلاج المناسب لحالته.

وفقا لما جاء في المادة 474 من ق.م.ج " إذا كانت الأفعال تكون جنحة فإن قاضي الأحداث... يأمر كذلك إن اقتضى الحال بإجراء... فحص نفسي... " والمشرع المغربي نص على هاته الإمكانية شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي وبعض

<sup>1</sup>- محمد علي جعفر، المرجع السابق، ص 43.

<sup>2</sup>- إناس إدريسي خمليشين المرجع السابق، ص 94.

<sup>3</sup>- فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص

<sup>4</sup>- أنظر النموذج المدرج ضمن ملحق هذا البحث.

التشريعات العربية الخاصة بالأحداث<sup>1</sup>، وأعطى صلاحية لقاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث على تفعيل هذا المقتضى إذا تبين له أن حالة الحدث تستدعي ذلك، وإعمال سلطته التقديرية في تعيين مختص في الأمراض النفسية من أجل تشخيص حالة الحدث، والأمراض النفسية التي تصيب الأحداث عديدة ولا يمكن حصرها لكن قد تقتصر مهمة الخبير على اكتشاف أهمها ومن بينها: أعراض القلق والوسواس، الهستيريا، السيكوباتية....

ونظرا لما لهذا الفحص من دور هام في اقتراح التدابير التي يتخذها قاضي الأحداث، فيجب على الخبير أو الطبيب النفسي أن يبين في تقريره ما إذا كانت تظهر على الحدث أعراض يمكن أن يكون لها تأثير على سلوكه، كما يجب أن يبين ما إذا كان هذا الاضطراب أو العجز يقتضي أن تطبق بشأنه تدابير الحماية والتهذيب أو تدابير العلاج، وهذه الاقتراحات تساعد القاضي على اتخاذ التدبير المناسب للحدث الواردة في المادة 481، ومن بينها، الإيداع بمؤسسة صحية أو طبية.

إلا أن حالات التطبيق القضائي لهذا التدبير تبقى نادرة بالمقارنة مع تدابير التسليم والإيداع بمؤسسة للتربية، وهذا ما يلاحظ من خلال الإحصائيات الصادرة عن محكمة الاستئناف بفاس<sup>2</sup> سنة 2013.

### المطلب الثاني : الحجية القانونية لبحث شخصية الحدث.

انطلاقا مما تقدم فإن بحث شخصية الحدث بصفة عامة، يكون عن طريق البحث الاجتماعي والبحث الطبي النفسي، الذي يعطي نبذة عن حياة الحدث الجانح الداخلية والخارجية، ولا بد لمن يوكل إليه أمر البحث في شخصية، أن يراعي بعض القواعد التي تساعد على تحقيق الهدف المقصود منها، واقتراح السبل الكفيلة بحمايته، وأمام هذا يكون من الواجب الإطلاع على المرحلة المناسبة لإجرائه (الفقرة الأولى) وذلك قبل الوقوف على الجزاء القانوني المترتب على عدم القيام بهذا البحث (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى : المرحلة المناسبة لإجراء بحث حول شخصية الحدث الجانح :

لقد أخذ المشرع المغربي نظام قاضي الأحداث عن القانون الفرنسي الصادر في 2 فبراير سنة 1945، فهذا القاضي يجمع بين وظيفة التحقيق ووظيفة الحكم<sup>3</sup>، وبالتالي فإن الوقت المناسب لبحث شخصية الحدث وفحصها هو مرحلة التحقيق، وذلك عكس النظام الأنجلوساكسوني، الذي يذهب إلى وجوب الانتظار حتى يتم إسناد الفعل للجاني أي أثناء مرحلة ما بعد الإدانة وذلك لعدة مبررات: فالتعرض لشؤونه الخاصة وأسراره وأسرار المتصلين به لا يبرر أخلاقيا واجتماعيا إلا بعد أن تثبت إدانته فعلا، كما أن القاضي قد يتأثر في نسبة الفعل إلى المتهم الحدث إذا أطلع

<sup>1</sup> - لقد نصت المادة 41 من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين لخطر الانحراف اللبناني رقم 422 لسنة 2002 على أنه " للمحكمة أن تامر عند الاقتضاء بأي معاناة طبية سواء كانت جسدية أو نفسية أو عقلية، للمحكمة أن تضع الحدث في دار الملاحظة..." ونصت المادة 128 من قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 على أنه " إذا رأت المحكمة أن حالة الطفل ... النفسية والعقلية تستلزم فحصه قبل الفصل في الدعوى قررت وضعه تحت الملاحظة في أحد الأماكن المناسبة..."

<sup>2</sup> - حصيلة النشاط القضائي للنيابة العامة، محكمة الاستئناف بفاس، شعبة الإعلاميات والإحصائيات، سنة 2013، ص 11.

<sup>3</sup> - محمد محمود مصطفى، الجوانب الإجرائية للتفريد القضائي، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد العاشر، يوليو 1980، ص 17.

على ماضيه وظروف حياته الخاصة. واعتبر أن فحص الشخصية يكون دائما من أجل التجريم، فلا يجوز أن يتخذ مع من لم تثبت إدانته ومفترض فيه البراءة، حتى انتهاء المحاكمة وصدور الحكم ضده<sup>1</sup>.

وهكذا فقد نصت المادة 87 من ق.م.ج، بأن قاضي التحقيق يقوم بإجراء بحث حول شخصية المتهم وحالته العائلية والاجتماعية، كما يقوم بإجراء بحث حول التدابير الكفيلة بتسهيل إعادة إدماج المتهم في المجتمع، وله أن يكلف بذلك إما ضباط الشرطة القضائية، وإما أي شخص أو مؤسسة مؤهلة للقيام بهذا البحث، حيث يترتب عن هذا البحث تكوين ملف خاص يضاف إلى المسطرة ويمكن لقاضي التحقيق أن يأمر في أي وقت باتخاذ جميع التدابير المفيدة وأن يقرر إجراء فحص طبي أو يكلف طبيبا بالقيام بفحص طبي نفساني. وإذا طلب المتهم أو محاميه إجراء فحوص عليه (المتهم) أو إخضاعه للعلاج، فلا يمكن رفض الطلب إلا بأمر معلل<sup>2</sup>.

وللإشارة فإن القواعد الخاصة بالتحقيق الإعدادي هي أحكام عامة، تطبق على الرشداء والأحداث، بشرط مراعاة ضمانات المحاكمة العادلة الخاصة بالأحداث، في هذه المرحلة.

فإذا كانت مرحلة التحقيق هي الوقت المناسب لبحث شخصية الحدث، فإن قاضي التحقيق يمكن أن يقوم بهذه المهمة بنفسه كما يمكنه أن يكلف أحد ضباط الشرطة القضائية في إطار الإنابة القضائية<sup>3</sup> به وخصوصا عندما يتعلق الأمر فقط بالبحث الخارجي حول شخصية الحدث - البحث الاجتماعي -، عكس التشخيص الداخلي لشخصية الحدث الذي لا يمكن أن يقوم به، إلا الخبراء المتخصصون، بأمر من القاضي نفسه (الفحص الطبي أو عقلي أو النفسي)، وكذلك عندما نصت المادة 474 على " إذا كانت الأفعال تكون جنحة، فإن قاضي الأحداث يجري بنفسه... " فعبارة بنفسه الواردة في هذه المادة تعني يمكن أن يقوم به بنفسه أو في إطار الإنابة القضائية (البحث الاجتماعي).

فرغم تخويل المشرع المغربي مهمة بحث شخصية الحدث الجانح لقاضي التحقيق الخاص بالأحداث، فإن هذا لا يعني عدم منح هذا الحق لقاضي الحكم، وخصوصا إذا رأى أن جهة التحقيق لم تقم بهذا البحث أو الفحص أو أنها أجرته بصورة ناقصة<sup>4</sup>، لكن التساؤل الذي يثار هنا هو في حالة عدم القيام بهذا الإجراء (بحث شخصية الحدث) من طرف الأجهزة القضائية (قاض التحقيق الخاص بالأحداث أو قاضي الحكم) أو ممن يكلفون بهذه المهمة، هل يترتب جزاء قانوني على هذا الإجراء؟

<sup>1</sup>- بحث شخصية المتهم في ضوء مفهوم الدفاع الاجتماعي، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي العدد الواحد والعشرون، 1986، ص 61

<sup>2</sup>- المادة 88 منق.م.ج.م.

<sup>3</sup>- المواد من 189 إلى 193 من ق.م.ج.م.

<sup>4</sup>- نور الدين هندراوي، المرجع السابق، ص 49.

## الفقرة الثانية: الجزاء القانوني المترتب على عدم بحث شخصية الحدث.

حول المشرع لقاضي الأحداث إصدار أمره بإجراء بحث حول شخصية الحدث من أجل معرفة حالته النفسية والعقلية والاجتماعية وسيرته وعن الظروف التي عاش وتربى فيها<sup>1</sup>.

نصت المادة 474: "إذا كانت الأفعال تكون جنحة، فإن قاضي الأحداث يجري بنفسه أو يأمر ..... ويتلقى بواسطة بحث اجتماعي..... يأمر كذلك إن اقتضى الحال بإجراء فحص طبي أو فحص عقلي أو فحص نفساني..... يمكن لقاضي الأحداث، رعيًا لمصلحة الحدث، ألا يأمر بأي تدبير من التدابير المنصوص عليها.....".

في حين تنص المادة 486: "إذا كانت الأفعال المنسوبة تكتسي طابعًا جنائيًا، فإن المستشار المكلف بالأحداث بعد قيامه بالبحث المنصوص عليه في المادة 474.....".

إن القراءة الأولية لهاتين المادتين يتضح أن البحث الاجتماعي إلزامي في الجنايات وجوازي في الجنح المرتكبة من طرف الأحداث، إلا أن الفحص الداخلي لشخصية الحدث (الطبي - العقلي - النفسي) يعتبر غير إلزامي كيفما كانت جسامة الجريمة (جناية أو جنحة) وهذا ما يلاحظ كذلك حتى بالنسبة 88 من ق.م.ج.م<sup>2</sup> الخاصة بالتحقيق الإعدادي.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي وخاصة أوامر 2 فبراير 1945<sup>3</sup>، فقد ألزم قاضي التحقيق القيام بالبحث الاجتماعي في الجنايات، وترك الأمر لتقديره في الجنح، وفي نفس الوقت جعل البحث الطبي والنفسي اختياريًا له في جميع الجرائم وفقًا لما تقتضيه مصلحة الدعوى وظروف الحدث المتهم<sup>4</sup>.

كما يتضح أن المشرع الفرنسي قد جعل البحث الاجتماعي إلزاميًا في الجنايات، إلا أنه قد ترك للقاضي المرونة الكافية للتعامل مع كل حالة على حدة، حينما يتعلق الأمر بالجنح، وكذلك الأمر بالنسبة للفحص الطبي والنفسي.

وبالنسبة لقانون الأحداث المصري رقم 12 لسنة 1996، قد جعل البحث الاجتماعي إلزاميًا في الجنايات، والجنح وفق المادة 127 من نفس القانون<sup>5</sup>، وبالتالي فقد اعتبره إجراءً جوهريًا يبطل الحكم بدونه سواء بالنسبة للجنايات أو الجنح.

<sup>1</sup>- يعقوبي حنان، الحماية الجنائية للأحداث، مجلة المحامي، العدد 52، يوليو 2008، ص 116.

<sup>2</sup>- نصت المادة 88 منق.م.ج.: "يمكن لقاضي التحقيق أن يأمر في أي وقت باتخاذ جميع التدابير المفيدة وأن يقرر إجراء فحص طبي أو يكلف طبيبًا بالقيام بفحص طبي نفساني.....".

<sup>3</sup>- المواد 5-8 من قانون الأحداث الفرنسي، أوامر 2 فبراير 1945.

<sup>4</sup>- بحث شخصية المتهم في ضوء مفهوم الدفاع الاجتماعي، مرجع سابق، ص 64.

<sup>5</sup>- المادة 127: "يجب على المحكمة في حالات التعرض للانحراف وفي مواد الجنايات والجنح وقبل الفصل في أمر الطفل أن تستمع إلى أقوال المراقب الاجتماعي بعد تقديمه تقريرًا حول حالته يوضح العوامل التي دفعت الطفل إلى الانحراف أو التعرض له ومقترحات إصلاحهما يجوز للمحكمة الاستعانة في ذلك بأهل الخبرة".

أما عندما يتعلق الأمر بالفحص الطبي أو النفسي أو العقلي، فقد جعله المشرع المصري جوازيًا في الجنايات والجناح<sup>1</sup>.

إلا أنه عندما نأتي من الناحية العملية لتحديد الجزاء القانوني على عدم بحث شخصية الحدث سواء في الجنايات أو في الجناح، فإن المشرع ظل صامتا في هذا الصدد خصوصا عندما يتعلق الأمر بالبحث الاجتماعي، لكن لتجنب الجدال القانوني حول هذا التدبير فإن قاضي الأحداث في أغلب الأحيان يلجأ إلى إجراءاته بنفسه داخل الجلسة أو أثناء التحقيق، لتكميل الإجراءات المسطرية فقط<sup>2</sup>. وبرجوعنا إلى المادة 210 منق.م.ج، فإننا نجد أنها لم تحدد ضمن حالات البطلان القانونية لإجراءات التحقيق عدم إجراء البحث الاجتماعي. لكننا لا يمكن اعتبار عدم إنجازها يعد إخلالا جوهريا بحقوق الدفاع<sup>3</sup>.

إن هذه النصوص من القواعد العامة، وبالتالي فبرجوعنا إلى نص المادتين 474 و486 من ق.م.ج.م، هل يمكن القول بأن البحث الاجتماعي يكون إلزاميا في الجنايات فقط ولا يلزم قاضي الأحداث عند عدم إجرائه بتعليل قراره؟

إن الملاحظ هنا أن المشرع نص في الفقرة الثالثة من المادة 474 من ق.م.ج.م بإمكانية استبعاده إذا استدعت مصلحة الحدث ذلك-البحث الاجتماعي- والسؤال المطروح هنا: أين تتجلى مصلحة الحدث في ظل هذا المقتضى، والذي بإمكانه أن يتعرف القاضي على الظروف الاجتماعية والاقتصادية للحدث وحالته العائلية حتى يتمكن من اختيار التدبير المناسب، وخصوصا إذا كانت حالة الحدث تستدعي رجوعه إلى وسطه الطبيعي، أو العكس.

أما فيما يخص الفحص الداخلي لشخصية الحدث الجناح، فإن المشرع المغربي جعله اختياريا في جميع الجرائم المرتكبة من طرف الأحداث وفقا لما تقتضيه ظروف الحدث العقلية والنفسية، المواد 88-474 من ق.م.ج.م وبالتالي لم يترتب أي جزاء على عدم الأمر به.

وفي هذا الصدد لا مناص من القول بأن البحث الطبي والعقلي والنفسي لا يقل أهمية عن البحث الاجتماعي. لذا كان ضروريا على المشرع المغربي، النص عليه بصيغة الإلزام، لأنه لا يمكن فهم شخصية الحدث وتكوينه، انطلاقا من التشخيص الخارجي لحالته، ومن الثابت علميا أن كل سلوك مخالف للضوابط والقيم الاجتماعية فهو نتاج لخلل داخلي قد يكون سببا في إتيان السلوك المنحرف.

وبناء على كل ما تقدم، ينبغي الاهتمام أكثر بهذه الآليات القانونية لما لها من دور محوري في توضيح وإبراز حقيقة شخصية الحدث، و مساعدة قاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث في اختيار التدبير المناسب للحدث المائل أمامه، إذ أن قاضي الأحداث لا يمكنه أن يقوم بأي تدبير متدابير الحماية والتهذيب، إلا باعتماد على بحث حول ظروف الحدث الخارجية، ومكونات شخصيته الداخلية، الذي يتضمن تقارير عن سلوك الحدث وجوانبه الصحية والنفسية. لذا ينبغي على قاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث النظر في أمره لا بوصفه مجرما، وإنما بوصفه ضحية مجموعة من الظروف الخاصة التي حجبت عنه الرعاية والحماية.

<sup>1</sup> نصت المادة 128 من قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 على أنه: "إذا رأت المحكمة أن حالة الطفل البدنية أو العقلية أو النفسية تستلزم فحصه..."

<sup>2</sup> مقابلة أجريتها مع السيد عزيز المسطفى قاضي الأحداث بالمحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 2014/11/16.

<sup>3</sup> المادة 212 منق.م.ج.م.



ونؤكد من خلال دراستنا لآليات تفريد التدابير الإصلاحية للأحداث الجانحين، أن الوسائل المعتمدة في المادة 474 من ق.م.ج.م (البحث الاجتماعي - الفحص الطبي - العقلي - النفسي) مفيدة جدا، لكنها تحتاج إلى تطوير وتفعيل على صعيد التطبيق العملي وذلك بما يتلاءم وظروف الحدث الجانح واحتياجاته، وبناء على مقتضيات المادة السالفة الذكر نقترح من أجل استكمال الرعاية القضائية للأحداث الجانحين وتحسينها في مجال تفريد التدابير الإصلاحية ما يلي :

- ضرورة التخصص الفعلي لقضاة الأحداث حتى يكونوا قادرين على فهم شخصية الحدث والحكم بالتدبير المناسب والفعال في حقه.

- تكوين وتأهيل مساعدي قضاة الأحداث وخصوصا الأخصائيين الاجتماعيين، حيث أن البحث في شخصية الحدث يركز أساسا على معرفة جيدة من الأطر التربوية بأصول علم النفس وعلم الاجتماع.

- تفعيل دور جمعيات المجتمع المدني المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من مقتضيات المادة 474 من ق.م.ج.م في مسألة إنجاز بحوث اجتماعية خاصة بالحدث الجانح .

- لا بد من إسناد مهمة البحث الاجتماعي إلى أخصائيين اجتماعيين دون غيرهم وعدم تحويل القيام بهذه المهمة إلى قاضي الأحداث، لأن المعلومات التي يحصل عليها لا تكفي لسبر أغوار شخصية الحدث الجانح، وتبقى مجرد إجراء شكلي يؤثر لإجراءات مسطرية لم يحترم فيه الشروط والمعايير المحددة قانونا.

- كما يجب أن يخضع الأخصائيين الاجتماعيين لدورات تكوينية، يكون الهدف منها إحاطتهم بشتى مناهج البحث في شخصية الحدث، وتحسيسهم بمدى أهمية البحوث التي ينجزونها بالنسبة للقاضي، وبالنسبة للحدث مما يستوجب البحث الدقيق والمتزن.

- يجب على الهيئة المكلفة تحسيس الآباء بأهمية البحث الجاري حول شخصية أبنائهم، وبالتالي فجميع المعلومات التي يدلون بها يجب أن تكون صحيحة وصادقة، وبمعنى آخر يجب أن يكون هناك تعاون مشترك بين الأخصائيين الاجتماعيين والآباء حتى نصل بالبحث إلى الغاية المرجوة منه - معرفة حالة الحدث واختيار التدبير المناسب له - .

- ينبغي النص بصيغة الإلزام على الفحص الطبي والعقلي والنفسي للحدث الجانح، لأنه لا يمكن فهم سلوك الحدث دون هذا الإجراء الذي من شأنه أن يشخص الحالة العقلية والنفسية للحدث، وكما هو معلوم قد تكون هناك عوامل داخلية لها علاقة مباشرة بالسلوك المنحرف، ذلك حتى يتمكن القاضي من اختيار التدبير المناسب لشخصية الحدث ومن بينها الإيداع بمؤسسة صحية، الاعتماد على تقارير أخصائيين نفسانيين، وأطباء مختصين في الأمراض العقلية.

• لائحة المراجع :

- أحمد فتحي سرور، الاختبار القضائي (دراسة في الدفاع الاجتماعي) الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
- عبد السلام بنحدو، مبادئ علم الإجرام، دراسة في الشخصية الإجرامية، الطبعة الثانية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 1999.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، المعاملة الجنائية والاجتماعية للأطفال، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، بدون طبعة، بدون سنة.
- علي محمد جعفر، حماية الأحداث المخالفين للقانون والمعرضين لخطر الانحراف - دراسة مقارنة - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى بيروت لبنان، 2004.
- فوزية عبد الستار، المعاملة الجنائية للأطفال (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 18- منير العصرة، انحراف الأحداث ومشكلة العوامل، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية 1974
- إناس إدريسي خمليشي، الخبرة الطبية مجهر قضاء الأحداث، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص وحلة التكوين والبحث قضاء الأحداث، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - فاس -، السنة الجامعية 2007-2008.
- سعاد التيالي، دور القضاء في حماية الأحداث (دراسة مقارنة)، اطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - فاس -، السنة الجامعية، 2006-2007
- عدنان الأزمي الحسني، البحث الاجتماعي كمؤسسة قانونية لازمة لقاضي الأحداث، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاصة، وحدة البحث والتكوين قضاء الأحداث، كلية الحقوق فاس، السنة الجامعية 2007-2008.
- مراد دودوش، حماية الطفل في التشريع الجنائي المغربي: جانحا وضحية، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة البحث والتكوين الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2002-2003.
- المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، تصدرها المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة، العدد الواحد والعشرون، سنة 1986،
- المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، ظاهرة جنوح الأحداث: أي حماية، كلية الحقوق مراكش، عدد خاص، 2008.
- اليعقوبي حنان، الحماية الجنائية للأحداث، مجلة المحامي، العدد 52، يوليوز 2008.

- بحث شخصية المتهم في ضوء مفهوم الدفاع الاجتماعي، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي العدد الواحد والعشرون، 1986.

- عبد العزيز فتح الباب، دور الاختصاصي الاجتماعي في معالجة الأحداث المنحرفين، سلسلة الدفاع الاجتماعي، العدد 3، سنة 1981.

- محمد الإبراهيمي، تصورات حول إصلاح عدالة الأحداث، المجلة المغربية للطفل والأسرة، العدد 1، يناير 2010.

- النشرة السنوية لمؤسسات حماية الطفولة، مسار في خدمة الطفولة، منشورات وزارة الشباب والرياضة، مصلحة حماية الطفولة 2010.

- حصيلة النشاط القضائي للنيابة العامة، محكمة الاستئناف بفاس، شعبة الإعلاميات والإحصائيات، سنة 2013.

- مولود السفناج، العاملون في مجال رعاية الحدث الجانح بقضاء وزارة الشبيبة والرياضة، يوم دراسي حول حقوق الطفل إلى أين؟ نظم بتعاون بين المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان والمرصد الوطني لحقوق الطفل، 20 نونبر 1988 في مركز الاستقبال والندوات التابع لوزارة الأشغال العمومية، الرباط - مقال غير منشور.

- منشورات جمعية عدالة، مجلة الأمن القضائي وجودة الأحكام، سنة 2008.

#### • نصوص قانونية :

- ظهير شريف رقم 20.1.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 01.22 المتعلق بقانون المسطرة الجنائية الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1424 (3 يناير 2003).

- ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، الجريمة الرسمية عدد 2640 بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963) وتم تعديله بقانون 03-24 الصادر بتاريخ (11 نونبر 2003).

- قانون الأحداث اللبناني الجديد رقم 422 لسنة 2002.

- قانون الأحداث المصري رقم 12 لسنة 1996 .

- قانون الأحداث السوري رقم 18، لسنة 1974 وتعديلاته.

القانون الفرنسي، أوامر 2 فبراير 1945، المعدل بقانون 10 شتنبر 2002

#### • القرارات القضائية :

- ملف جنائي رقم 2012|03|04 حكم عدد: 04 بتاريخ: 2012|6|19 غير منشور، متعلق بجناية السرقة الموصوفة، صادر عن غرفة الجنايات الابتدائية للأحداث بمحكمة الاستئناف بتارة، غير منشور.

- ملف جنائي 12|810 بتاريخ 12|08|30، صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، غير منشور .

- حلف جنائي رقم 12|218، بتاريخ 12|09|13، صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، غير منشور .

• المقابلات :

- مقابلة مع الباحثة العائلية، الهام القادري، بمقر المندوبية الجهوية للشبيبة والرياضة بفاس، 15/11/2014.
- مقابلة مع السيد محمد كريم اطريشل، مندوب دائم للحرية المحروسة، بمقر المندوبية الجهوية للشبيبة والرياضة بفاس، بتاريخ 24/11/2014.
- مقابلة مع السيد حميد قبيبي، مدير نادي العمل الاجتماعي بالبطحاء - فاس، بتاريخ 20/11/2014.

• **La bibliographie en français :**

- Armelle, Tarbary, l'enquête dans le cadre judiciaire, le travail social, 1<sup>er</sup> édition, l'harmattan, 2005, p35.
- Blatier, Catheriene, la délinquance des mineurs : l'enfant le psychologue, le droit, Grenoble, presses universitaires de Grenoble, 1999.
- Ismail Rammouz, : l'approche psychologique et sociologique des mineurs : justice des mineurs, cours : personnalités pathologiques, 2007.

## ✓ نقارير :

## تقرير عن أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق في موضوع: وضعية المرأة المغربية على ضوء منهاج عمل بيجين تقدم بها الطالب الباحث أنس سعدون<sup>1</sup>



بتاريخ 2017/07/28 أسدل الستار على السنة الجامعية بكلية الحقوق بطنجة بمناقشة أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص تقدم بها الطالب الباحث أنس سعدون .

مشروع الأطروحة التي استغرقت مدة إعدادها ما يناهز عشر سنوات من البحث الجاد تمحورت حول موضوع "وضعية المرأة المغربية على ضوء منهاج عمل بيجين"، تحت إشراف نائب عميد كلية الحقوق بطنجة الدكتور عبد الخالق أحمدون، وقد ضمت لجنة المناقشة أيضا كلا من الدكتور محمد الكشور أستاذ التعليم العالي بجامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء وأحد أقطاب قانون الأسرة والقانون المدني بالمغرب، فضلا عن الدكتورة وداد العيدوني أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة، وعضوة في المجلس الأعلى لمؤسسة محمد السادس للعلماء الأفارقة، إلى جانب عضوية كل من الدكتور عبد الله أشركي أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة، والدكتور أحمد الجباري الأستاذ المؤهل بنفس الكلية .

<sup>1</sup>- تقرير من اعداد: الطالب إبراهيم شويعر، باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بطنجة.

أطوار المناقشة التي استمرت إلى وقت متأخر من الليل شهدت حضور مسؤولين قضائيين وقيادات بارزة في نادي قضاة المغرب وعدد كبير من القضاة والمحامين والباحثين وفاعلين من المجتمع المدني والاعلام، وقد قررت اللجنة العلمية بعد المداولة، قبول الأطروحة شكلا، وفي الموضوع منح الباحث أنس سعدون لقب دكتور في الحقوق، مع تنويه خاص بالأطروحة.

وفيما يلي تقرير بأهم ما جاء في العرض الذي قدمه الباحث أمام اللجنة العلمية.

### • أهمية الموضوع :

يعتبر الحديث عن الوضع الحقوقي للمرأة المغربية من المواضيع شديدة الحساسية التي تحظى باهتمام كبير ومتزايد من طرف جميع المهتمين بمجالات حقوق الانسان عامة، وقضايا المرأة والنوع الاجتماعي والتنمية على وجه الخصوص، ومرد هذا الاهتمام الدور الذي تلعبه المرأة في الأسرة التي تبقى النواة الأولى في تكوين المجتمعات، وفي الحياة العامة باعتبارها شريكا أساسيا في التنمية المطلوبة.

والاهتمام بقضية المرأة ليس وليد اللحظة الراهنة على المستوى الوطني، بل يعتبر قضية ذات أبعاد دولية إذ لا يمكن إغفال الأدوار التي قامت بها منظمة الأمم المتحدة في وقت مبكر من أجل تسليط الضوء على معاناة النساء، وهي معاناة تمثلت في سيادة الفقر والتهميش والهشاشة والتمييز والاستغلال والعنف وغيرها من المعوقات التي تلقي بثقلها بالأساس على الفئة بشكل يؤدي لتأنيث هذه المظاهر السلبية، التي تحد من مشاركة النساء لأسباب متعددة يختلط فيها البعد التاريخي للموضوع بأبعاد اجتماعية وثقافية وسياسية واقتصادية وأخرى بنيوية معقدة.

وقد شكلت قضية المرأة محورا لاهتمام منظمة الأمم المتحدة من خلال عدد من الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها ، وعلى رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعروفة اختصارا بالسيداو، وكذا من خلال عدد من المؤتمرات الدولية وفي مقدمتها المؤتمر الدولي الرابع للمرأة الذي انعقد ببجين والذي اعتبر مناسبة هامة من أجل رصد الاستراتيجيات وتحديد مجالات الاهتمام ذات الأولوية الكفيلة بتمكين المرأة والنهوض بأوضاعها ، وتشخيص المعوقات التي تواجه الجهود المبذولة في هذا المجال.

وبالمغرب فإن قضية المرأة مثلت إحدى القضايا الهامة التي طرحت وبإلحاح سواء خلال فترة الحماية أو بعد حصول المغرب على استقلاله، على غرار باقي البلدان العربية والإسلامية حيث يثار موضوع تمكين المرأة في علاقته مع المعايير الدولية، إذ أن وجود عدة مؤشرات مقلقة تخص وضع النساء يطرح سؤال ضرورة ادماجهن في التنمية ، الشيء الذي يثير إشكال نموذج التنمية الكفيل بالنهوض بأوضاع المرأة وما اذا كان رهينا بالحفاظ على المعطى الوطني القائم على أساس الخصوصيات المحلية، أو يتطلب أيضا الانفتاح على المعطى الدولي، وذلك بالاستفادة من توصيات المؤتمرات والاتفاقيات الدولية وما تمخضت عنه من معايير كونية.

## • أهداف اختيار الموضوع :

إن اختيار موضوع «وضعية المرأة المغربية على ضوء منهاج عمل بيجين»، لم يكن اختيارا عشوائيا، بل هو نابع من الاهتمام الكبير الذي أصبحت توليه برامج التنمية في كل دول العالم لدور المرأة، ولإشراكها في كل مشروع تنموي باعتبارها تمثل نصف المجتمعات. فالمطالبة بدمج المرأة في عملية التنمية، والنهوض بأوضاعها في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، لا تعني جعل وضعية المرأة في إطارها الحقيقي فقط، وإنما تعني جعل المجتمع ككل في وضعه العادي والطبيعي.

كما أن التركيز على المؤتمر الدولي الرابع المنعقد بيجين، يجد تبريره في كونه يعتبر محطة بارزة في تطور حقوق المرأة، إذ يعكس الإهتمام الدولي بضرورة الالتفات إلى مشاكل النساء في العالم، وهو ما يظهر من خلال منهاج العمل الذي تبناه المؤتمر، وصادقت عليه معظم الدول، كما أنه أصبح اليوم الإطار المرجعي الذي ينظم حركة حقوق المرأة، بفضل الآليات الهامة التي قام بوضعها لضمان تنفيذ التوصيات التي خرج بها خاصة على مستوى الربط بينه وبين اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من جهة وأهداف الألفية للتنمية من جهة أخرى.

ومن الدوافع الخاصة التي كانت وراء اختيار هذا الموضوع أيضا :

– الإيمان الراسخ بقضية المرأة باعتبارها قضية إنسانية؛ لا ترتبط بنوع اجتماعي محدد بقدر ما ترتبط بقضية مبدأ واعتقاد راسخ بأن المرأة شقيقة الرجل. وبالتالي محاولة الخروج من الصورة النمطية السائدة داخل مجال الجامعة والتي دأبت على حصر مجال الاهتمام بالبحث في قضايا تمكين المرأة على الباحثات الإناث بشكل كاد يؤدي إلى تأنيث مجال البحث في هذا الموضوع.

– الرغبة في تسليط الضوء على المشاكل التي تواجه النساء، وخاصة في المغرب، وهو نموذج لبلد إسلامي، منفتح على قيم الحداثة والتطور، ومتشبث بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا؛ فحالة المغرب تبقى حالة نموذجية للدول والثقافات التي يطرح فيها بالحاح سؤال الملاءمة بين المعايير الدولية في بعدها الكوني، والخصوصيات الوطنية في بعدها المحلي.

– التعريف بالتطور الذي عرفته حقوق المرأة، في الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية؛ وآفاق تنزيل المعايير الدولية على الصعيد الداخلي و دراسة إمكانية التوفيق بين حقوق المرأة الواردة في المواثيق الدولية، وأحكام الشريعة الإسلامية؛

– الوقوف على مدى نجاعة الإستراتيجيات الوطنية المرصودة للنهوض بأوضاع المرأة المغربية.



## • الصعوبات التي واجهت البحث :

وقد واجهت هذا البحث العديد من الصعوبات، يمكن إجمالها فيما يلي :

اتساع مجال البحث، وكثرة المواضيع والإشكالات المتعددة والمختلفة التي يطرحها.

- صعوبة حصر وتحديد نطاق البحث، خاصة وأن المؤتمرات والاتفاقيات الدولية تعتبر إحدى أهم مواضيع القانون الدولي العام، بينما تندرج أغلب القوانين المنظمة لمركز المرأة ضمن إطار القانون الخاص لا سيما تلك التي تشكل إحدى المواضيع التي تهتم بها وحدة التكوين والبحث التي تم في إطارها إعداد هذه الدراسة؛

- قلة الكتابات التي تتصف بالموضوعية، والتي تناولت موضوع مؤتمرات الأمم المتحدة حول المرأة، وبالأخص مؤتمر بيجين، إذ أن جانبا كبيرا منها يخضع لتأثيرات سياسية وإيديولوجية متنوعة، أو يكتفي بالإشارة إلى هذا المؤتمر إما سلبا أو إيجابا، دون محاولة تحليل إعلان ومنهاج العمل الذي تبناه، أو إخضاعه للدراسة العلمية الدقيقة المجردة عن أي خلفيات أو أفكار جاهزة مسبقة.

- حساسية هذا الموضوع، إذ كثيرا ما ينظر إلى المساعي الهادفة إلى التعريف بقضايا المرأة، والدفاع عن حقوقها، والنهوض بأوضاعها في المجتمع وفي القانون، على أنها محاولات للنيل من حقوق الرجال التي اكتسبت شرعيتها عبر التاريخ، كما ينظر إلى الكتابات التي تناهت بتحقيق المساواة بين الجنسين، وملائمة التشريعات الوطنية مع المعايير الدولية، على أنها نوع من التقليد الأعمى للغرب.

## • المناهج المعتمدة في البحث :

كان لا بد من الاستعانة بمناهج علمية متعددة، تكفل تناول الموضوع بشكل أكاديمي وعلمي دقيق، ومحاولة الإحاطة بكل جوانبه، وقد كان أبرزها المنهج المقارن والمنهج التحليلي.

فلمنهج المقارن يسمح بقراءة أهم المقتضيات التي جاءت بها وثيقة بيجين، على ضوء الإتفاقيات الدولية السابقة، وبيان موقف الشريعة الإسلامية منها، أما المنهج التحليلي فيساعد على تحليل عناصر هذه الوثيقة، وتحليل السياسات الوطنية والدولية المنبثقة عنها، والقيام بتقييمها، والوقوف على أهم سلبياتها وإيجابياتها.

كما أن الإستعانة بالمنهجين معا تمكن من تسليط الضوء على الجهود التي يبذلها المغرب للنهوض بأوضاع المرأة، وتمكينها من كل الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وتبنتها المواثيق الدولية.

## • إشكالية الموضوع :

أما الإشكالية التي يطرحها هذا الموضوع فتتمثل في مظاهر وحدود إمكانية ملاءمة التشريعات وبرامج واستراتيجيات التنمية الوطنية مع المواثيق الدولية، وبالأخص منهاج عمل مؤتمر بيجين، كنموذج لتمكين المرأة، تسهر منظمة الأمم المتحدة على محاولة نشره وتعميمه في جميع أنحاء العالم، من خلال الإستعانة بآليات متعددة. فإذا كان المغرب على غرار معظم الدول العربية والإسلامية، والدول النامية يبذل جهودا كبيرة لملاءمة منظومته القانونية

مع المعايير الدولية، فإن تطور هذه المواثيق وتبنيها لمجموعة من الأفكار والقيم المتنافية مع المقومات الدينية والحضارية -أحيانا- للمجتمعات المسلمة يطرح أيضا إشكالية حقوق المرأة بين المعايير والمبادئ الكونية والخصوصيات الوطنية.

ان اعلان بيجين ومنهاج عمله يعد في جوهره التزاما سياسيا رفيع المستوى بشأن التعاون في مجال تمكين المرأة والنهوض بأوضاعها، وتقع على الدول مسؤولية سياسية تتمثل في ضرورة العمل على النجاح سبل تنفيذه، ووسيلتها في ذلك الاستراتيجيات التي ترصدها لتحقيق الأهداف الموضوعية، مع الاستفادة من الدعم في إطار التعاون الدولي الذي يكفل اعمال ودعم السياسات الاقتصادية والاجتماعية المحلية السليمة، في اطار عمليات للتقييم والمراقبة. أما الاتفاقيات الدولية فهي الأداة القانونية التي تضمن تنفيذ النتائج التقنية التي وصلت إليها أبحاث الهيئات المتخصصة من أجل تحسين التشريعات الوطنية.

وفي هذا السياق تركز جهود الحكومات على ملاءمة تشريعاتها وسياساتها العمومية مع المعايير الدولية وهو ما يطرح السؤال التالي : ماذا نعني بالملاءمة ؟ ما هي مستلزماتها ؟ ما هي حصيلة الجهود المبذولة من أجل تفعيلها ؟ كيف يمكن التأصيل للإشكالات والمعوقات التي تحول دون تحقيقها ؟ ألا تحتاج الملاءمة باعتبارها تقنية إلى مقتربات شمولية لرصد وضمان الثقافة الحقوقية بالمغرب ؟ وما هي آليات ومرتكزات وضمانات الممارسة العملية لملاءمة وضع المرأة المغربية مع الاتفاقيات الدولية خاصة تلك المرتبطة بتطبيق منهاج عمل بيجين بوصفه خطة عمل عام وشمولي للارتقاء بوضعية النساء بالمغرب ؟ ما هي الآليات الوطنية المرصودة لتحقيق الملاءمة وأي دور للسلطة القضائية باعتبارها الضامن لحقوق وحرية المواطنين في تحقيق الملاءمة ولا سيما على مستوى اقرار احدى أهم مقوماتها من خلال مبدأ المساواة وحظر التمييز ؟ ما هي المكانة القانونية للاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان عموما -وحقوق المرأة على وجه الخصوص- في ضوء علاقتها بالقانون الداخلي ؟ وما هي توجهات الاجتهادات الفقهية والقضائية المعاصرة في الدفع بملاءمة الاتفاقيات الدولية مع التشريع الداخلي ؟ ما هي الآفاق الجديدة التي فتحتها دستور 2011 للسياسات والبرامج الهادفة إلى ملاءمة التشريعات والإجراءات الكفيلة بتمكين المرأة المغربية والنهوض بأوضاعها ؟ هل يمكن الحديث عن حصيلة حققتها المملكة المغربية في مجال ملاءمة الوضع الحقوقي لنساء المغرب مع المعايير الدولية؟ وماذا عن الاكراهات التي لا تزال تواجهها في هذا الصدد؟

#### • خطة البحث :

وعلى ضوء ما سبق تم تناول هذا الموضوع وفق المنهجية التالية :

الباب الأول : حصيلة الملاءمة مع منهاج عمل بيجين ؛

الباب الثاني : حدود وآفاق الملاءمة مع منهاج عمل بيجين.

خلاصات البحث.

إن قضية تمكين المرأة ما تزال تحتل موقعا متقدما بين أولويات المجتمع الدولي، وتعتبر في الوقت الراهن من القضايا التي لا تزال تثير الكثير من الجدل بين الثقافات المختلفة، بل وحتى داخل التيارات الثقافية المتباينة في المجتمع الواحد، ولعل السبب يكمن في تزايد الاهتمام بالديمقراطية وحقوق الإنسان وموجات التحرر الفكري

والسياسي التي يشهدها العالم في ظل تنامي تيار العولمة وما صاحب ذلك من تحولات هيكلية في السياسات الاجتماعية والاقتصادية أسهمت في خلق فرص وتحديات جديدة أمام المرأة.

ولقد تم إعادة طرح قضية المرأة من جديد مع نسيمات الربيع العربي التي هبت على عدد من بلدان المنطقة والتي كان يفترض أن تحمل تغييرا ايجابيا من شأنه أن يساهم في تعزيز مبدأ المساواة بين الجنسين وإذكاء الجوانب الحمائية للنساء ومناهضة كل أشكال التمييز والعنف الذي تستهدفهن، إلا أن هذا الربيع الموعود حل بنتائج معكوسة إذ تحول إلى خريف كاد يعصف بكل المكتسبات التي حققتها المرأة في عدد من بلدان المنطقة العربية لاسيما مع تنامي موجة التطرف والعنف وغياب الاستقرار الأمني وتنامي أزمة اللاجئين.

وإذا كان المغرب قد استطاع أن ينأى بنفسه عن الاضطرابات التي عرفتها المنطقة بفضل تضافر جهود كل قوى الإصلاح والفاعلين الأساسيين في حماية المكتسبات الديمقراطية التي تحققت، مما مهد لانتقال آمن نحو مزيد من تكريس قيم الديمقراطية وحقوق الإنسان فإن المرأة المغربية لم تشكل استثناء بين مثيلاتها من نساء العالم، فالتحديات التي تواجهها في ظل الفترة الراهنة تعد جزءا من التحديات التي تواجه المرأة على المستوى الدولي، وإن كانت لها خصوصياتها النابعة من تراثها الثقافي والحضاري وخصائص الواقع المغربي. ويبقى أهم مكتسب حققته المرأة المغربية هو التراكم الحقوقي الذي تم تكوينه على مدى عقود بفضل مساهمة المجتمع المدني والفعاليات الحقوقية والفكرية من جهة وكذا الحكومة المغربية. فحصولها كفاح المرأة المغربية من أجل إقرار مبدأ المساواة بينها وبين زميلها الرجل، وتعزيز النصوص الحمائية لها، وتمكينها.. هي حصيلة جهود سنوات من العمل الشاق والمضني الذي لم يستهدف فقط التشريعات أو السياسات العمومية وإنما حاول ان يستهدف بالتغيير بعض العادات والمواقف والصور النمطية السلبية المناهضة لمبدأ المساواة ولحق المرأة المغربية في ادماجها في التنمية.

وكان من أبرز النتائج التي حققتها المرأة المغربية تغيير الموقف الرسمي والشعبي من المعايير الدولية التي ظلت وإلى وقت قريب ينظر إليها كنتاج غربي وغريب عن بنية المجتمع المغربي، خاصة إذا تعلق الأمر بمعايير تهتم قضية المرأة كملف شائك، يخلط فيه البعد الوطني بالبعد الدولي، وهكذا تم الانتقال للاشتغال على ملف ملاءمة الوضع الحقوقي للمرأة المغربية من مرحلة التنظير إلى الممارسة، فلم يعد الاهتمام بهذا الموضوع محصورا في الجامعات والمعاهد ومراكز الدراسات المهتمة بالمرأة أو بحقوق الإنسان، وإنما أضحت الأمر يتعلق بسياسة دولة وحكومة تحدد الأهداف وتضع الاستراتيجيات الكفيلة بملاءمة التشريعات الداخلية مع المعايير الدولية وذلك بتنسيق مع المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية. وهكذا اشتغل المغرب بشكل جاد ومسؤول على ملف المرأة من خلال الحضور في كل المؤتمرات الدولية المهتمة بالموضوع وعلى رأسها المؤتمر الدولي الرابع المنعقد ببيجين كما استكمل ورش المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية وعلى رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والبروتوكول الملحق بها، بل وانخرط في سحب التحفظات التي سبق وأن سجلها على بعض بنود الاتفاقية، ودأب على رفع التقارير الأولية وكذا الدورية بخصوص أعمال المعايير الكونية مما يؤكد وجود إرادة سياسية قوية وواضحة، ووجود حصيلة هامة في مجال أعمال ورش ملاءمة الوضع الحقوقي للمرأة المغربية مع المعايير الدولية. وهي حصيلة تمثلت بالأساس في التغييرات المتلاحقة التي همت عدد من التشريعات والتي توجت بالتعديل الدستوري الأخير، فدستور 2011 فتح آفاقا جديدة لورش ملاءمة القوانين الداخلية مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان خاصة بعدما حسم الجدل في إشكالية لطالما أرقّت فكر الفقه والقضاء، وهي المتعلقة بمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على القانون

الداخلي، كما أن نفس الدستور أسهم في اعطاء دفعة قوية للجهود الرامية إلى دعم المناصفة ومحاربة التمييز بين الجنسين من خلال تنصيبه على إحداث آليات مؤسساتية تعنى بهذا الجانب، ويبقى الرهان خلال المرحلة القادمة منصبا على تنزيل مقتضيات الدستورية الجديدة في شكل قوانين ضامنة لمبدأ المساواة بين الجنسين الذي ينبغي أن يتحول من مجرد شعار مرفوع من قبل الدولة ومختلف القوى الحية المطالبة بالإصلاح، إلى واقع وممارسة تجسده الآليات المؤسساتية والإستراتيجية والتشريعات والممارسات بل والعقليات الموكول اليها القيام بمهمة إدارة الشؤون العامة، فتمكين المرأة والنهوض بواقع المساواة ينبغي أن يتحول إلى ثقافة مجتمعية ينخرط فيها الجميع لأن ثمار ذلك سيعم الجميع.

وإذا كان المغرب قطع أشواطا كبيرة في مجال النهوض بوضعية المرأة، وأضحى يشكل نموذجا يحتذى به على مستوى بلدان المنطقة، نموذج بلد حاول التوفيق بين خصوصياته الحضارية والثقافية وبين نماذج التنمية المعتمدة من طرف المنظمات الدولية، فإن ذلك لا يعني أبدا إمكانية الركون إلى النتائج المحققة فقط وإنما لا بد من العمل على تطويرها. فرغم ما تم تحقيقه على مستوى تعزيز موقع المرأة المغربية من السياسات العمومية ووجود نوع من التقدم الكمي في بناء قدرات المرأة المغربية من خلال تضاعف معدلات معرفة النساء بالقراءة والكتابة، وارتفاع معدلات التحاق الفتيات بصفوف التمدرس، وتراجع معدلات وفيات الأمهات والأطفال عند الإنجاب، فإن ذلك لم يسهم بشكل كبير أو ملموس في تعديل المواقف والمعايير الاجتماعية المنجزة ضد المرأة والتي تشدد على نحو حصري على الدور الإنجابي وتعمق من فرص اللامساواة بينها وبين الرجل في شتى نواحي الحياة. فالصور النمطية والأفكار المسبقة ذات الصلة بالنوع الاجتماعي تبقى أهم الآليات التي تستغل لإضفاء الشرعية على مختلف أشكال التمييز والعنف الذي يستهدف المرأة، لكونها امرأة، لذا يتعين على الدولة الاستمرار في الاشتغال على هذا الجانب باتخاذ كافة التدابير الجزرية والتحفيزية والإجراءات الكفيلة بتغيير هذه الصور النمطية وغيرها من ممارسات قائمة على فكرة دونية المرأة أو وجود أدوار نمطية ثابتة وجامدة للنساء والرجال.

وبالرغم أيضا من أهمية الإصلاحات التشريعية التي دشنها المغرب مند انعقاد مؤتمر بيجين والتي توجت بإصدار تشريعات حملت تغييرات جريئة (صدر مدونة الأسرة، ومدونة الشغل، تعديل قانون الجنسية، والقانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية...)، فإن ذلك لا يمكن التعويل عليه فقط وإنما لا بد من تدعيم ورش الإصلاح التشريعي باستهداف موقع المرأة من السياسات العمومية أيضا لا سيما في القطاعات التي تحظى بالأولوية والتي اعتبرها منهاج عمل بيجين بمثابة مجالات الاهتمام الحاسمة، فلا تمكين للمرأة المغربية ولا إدماج يمكن تصوره لها في التنمية في ظل استمرار تفشي ظاهرة الأمية والتسرب المدرسي للفتيات وتأنيث الفقر واستمرار الهوة بين الجنسين من جهة، وبين العالين القروي والحضري في الاستفادة من البنيات التحتية، كما أنه لا يمكن الوصول إلى نتائج مرضية في سبيل النهوض بأوضاع المرأة إذا لم يتم الاهتمام أيضا بدور الإعلام كفاعل أساسي ورئيسي في تحقيق التغيير المنشود، والاشتغال على ضرورة تجاوز الصور النمطية والمشوهة التي تنشرها وسائل الاعلام المختلفة التي لا ترى في المرأة إلا صورة ربة البيت، الكائن الجميل الذي خلق لإسعاد الرجل، والجسد الوسيط الذي يستغل أداة للترويج للسلع والمنتجات والخدمات في ظل نظام رأسمالي قائم على استهداف الربح بغض النظر عن الوسائل المعتمدة. فالنهوض بالمجتمع وتحقيق التنمية المطلوبة يبقى أمرا رهينا بمدى الاعتراف بالإنسانية الكاملة للمرأة وأهليتها للتمتع بكل الحقوق، على قدم المساواة مع زميلها الرجل.

وعموما وبالرغم من أنه من الصعوبة بمكان إعطاء خلاصات ونتائج نهائية لسياسات حقوقية لا زالت في طور التبلور والتشكيل والبناء والتفاعل كما هو الحال بالنسبة لقضية المرأة لا سيما إذا استحضرننا كون السياسات العمومية لا تتبلور إلا على المدى المتوسط، إلا أن ذلك لا يمنع من محاولة الخروج ببعض الملاحظات الختامية القائمة على محاولة رصد المنجزات وما تخللها من إكراهات ومعوقات حالت دون تحقيق الملاءمة المطلوبة، والآفاق الممكنة لتجاوزها، كل ذلك على ضوء انتظارات وسلوكات الفاعلين في المجال .

ان النهوض بأوضاع المرأة المغربية لن يتحقق بمجرد اقرار مساواة ميكانيكية بينها وبين الرجل، فتحويل المرأة من كائن تابع مستلب لمنظومة فكرية ومؤسسة ذكورية تحصره قيم مزدوجة المعايير إلى إنسان حر مستقل لن يتم دون إعادة النظر في المفاهيم السائدة، والوقوف عند العراقيل الأيديولوجية والمنهجية التي تحول دون الاعتراف بدور المرأة ليس فقط داخل المجتمع المغربي بل داخل المجتمعات العربية والإسلامية.

و النهوض بأوضاع المرأة يتطلب الانتقال من مجرد الاكتفاء بتحديد الأهداف إلى وضع الوسائل الكفيلة بتمكين المرأة وتنمية قدراتها وبالأساس الاشتغال على نفس الوسائل التي لطالما استغلت لترسيخ دونية المرأة واستلابها وعلى رأسها النظام التعليمي الذي لا يزال ورغم كل الجهود المبذولة يسهم في إنتاج نفس القيم والأنماط السلوكية المنتقدة، بل ويؤدي إلى ذات الظواهر السلبية التي لطالما أسهمت في دونية المرأة وعلى رأسها استفحال ظاهرة العنف القائم على النوع الاجتماعي وتزويج القاصرات.

في نفس السياق لا بد من التركيز على استهداف المجال الإعلامي بالإصلاح العميق والشامل من أجل إعادة إنتاج صورة المرأة في وسائل الإعلام المختلفة وتجاوز الصورة النمطية المنتشرة عنها، والتي تحصرها في كونها مجرد وسيط تجاري أو أداة إعلانية.

وينبغي من جهة أخرى تكريس الدور الفاعل للمرأة في مؤسسات المجتمع المدني خاصة الجمعيات والنقابات والأحزاب باعتبارها قوى فاعلة بإمكانها إحداث التغيير الممكن.

وإقرار حقوق المرأة وتمكينها والنهوض بوضعيتها يتطلب بالإضافة إلى مراجعة النظم وتحيين التشريعات ورصد السياسات العمومية إنشاء بنى أساسية وطنية تعنى بملف الملاءمة وكذا بتحقيق المناصفة، وهنا تبدو الحاجة ملحة للتعجيل بإحداث هيئة المناصفة ومحاربة كل أشكال التمييز.

كما ينبغي مواصلة ورش الإصلاح التشريعي بدعم التطبيق الأمثل للقوانين التي لها علاقة مباشرة بالمرأة وفي مقدمتها قانون الأسرة. ومن المقترحات التي يمكن تقديمها في هذا الصدد :

- دعم تجربة قضاء الأسرة : بإنشاء محكمة الأسرة مستقلة عوض الاكتفاء بأقسام تابعة للمحكمة الابتدائية من أجل تمكين الأسر المغربية من الضمانات التي يخولها القضاء المتخصص، مع الاهتمام بالبنيات التحتية وتأهيل الموارد البشرية وتوفيرها بشكل يجعلها تتلاءم مع متطلبات القضايا المعروضة وتفادي البطء، ودعم التكوين المستمر للقضاة وكافة المتدخلين في المجال، وتوفير برامج إلزامية في مجال حقوق الإنسان والنوع الاجتماعي.

- تقوية آلية مؤسسة الصلح وإدماج الوساطة : من خلال تعميم الصلح على المستوى العملي ليشمل كل النزاعات المتعلقة بتطبيق مدونة الأسرة، ومأسسة آلية الوساطة واعتبارها مرحلة غير قضائية الزامية قبل اللجوء إلى المرحلة القضائية عملاً بأفضل التجارب الدولية في هذا المجال.
- تقوية دور النيابة العامة في قضايا الأسرة : وتحويل الأدوار المنوطة بها على مستوى القانون إلى إجراءات تمارس على أرض الواقع من خلال ضمان تأهيل الموارد البشرية بها من قضاة وموظفي كتابة الضبط ، وضمان التخصص والتكوين المستمر لأعضائها.
- احداث مكاتب الإرشاد والتوجيه داخل محاكم الأسرة ومراكز للإرشاد القانوني والقضائي خارج فضلاء المحاكم: ويستحسن أن تكون هذه المبادرة بشراكة بين القضاء والمجتمع المدني والسلطة الحكومية المكلفة بالعدل والجامعة، من أجل توفير المعلومة القانونية للمتقاضين ودعم ولوجهم اليسير للعدالة .
- مراجعة قانون الأسرة وإدخال تعديلات تستهدف تقوية القواعد الحماية للمرأة والطفل من أهمها وذلك من خلال :
  - الغاء المادة 21 من مدونة الأسرة المتعلقة بزواج القاصرات التي تحولت الى نافذة لشرعنة تزويج الطفلات ؛
  - الغاء المادة 16 من مدونة الأسرة لأنها تفتح الباب للتحويل على القانون.
  - تعميم المادة 156 المتعلقة بنسب الأطفال المزدادين خلال فترة الخطبة لتشمل أيضا حالات أخرى من بينها الأطفال الناتجين عن حالات اغتصاب، أو تغرير بقاصر، أو وعد بالزواج.
  - إلزام الأب البيولوجي بتحمل مسؤولية سلوكه الجنسي من خلال تحمل واجبات نفقة ابنه المولود نتيجة علاقة غير شرعية سواء كانت فسادا أو اغتصابا، إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني، وفي هذا الإطار ينبغي تقنين الاجتهاد القضائي الحديث الصادر عن محكمتي طنجة وزاكورة في سنة 2017 والذي اعترف لأول مرة بحق الطفل الطبيعي في الهوية ومعرفة أبيه البيولوجي من خلال دعوى بنوة.
  - اعادة النظر في المادة 49 من المدونة بخصوص توزيع الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية ووضع الأسس لتقدير وتقييم عمل ربات البيوت كعنصر مساهم في تنمية ثروة الأسرة.
- على مستوى القانون الجنائي لا بد من التعجيل بإصدار قانون جنائي جديد يستجيب للتحويلات التي طرأت على المجتمع المغربي والتي همت وضع المرأة والأسرة على حد سواء والتعجيل بإصدار قانون إطار لمناهضة العنف ضد المرأة .
- على مستوى قانون الشغل تبدو الحاجة ملحة لإصدار المراسيم التطبيقية لقانون العمال المنزليين الذي نشر مؤخرا في الجريدة الرسمية مع الغاء الاستثناء الذي يسمح بتشغيل الأطفال كعمال منزليين خلال فترة انتقالية.
- أما على مستوى قانون الصحافة فينبغي مراعاة النوع الاجتماعي في إصلاح قانون الصحافة وعلى الخصوص حرصه على تحسين وضعيات النساء في المؤسسات الإعلامية وتوفير إمكانيات تعزيز قدرات النساء الصحافيات بما يضمن وصولهن إلى مراكز القرار داخل فضاء الإعلام ، ومحاربة الصورة النمطية السلبية للمرأة في المشهد الإعلامي.

## اللجنة العلمية وتتكون من الدكتور عبد الخالق أحمدون رئيسا

وعضوية كل من د. محمد الكشور، دة وداد العيدوني، د. أحمد الجباري، ود. عبد الله أشركي



مجلة الفقه والقانون  
[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

ردمد : 2336-0615