

# 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 دكداك / 65 : مارس 2018

❖ من مواضيع العدد 65 : مارس 2018 :

- العقوبات الشرعية المترتبة على جناية المعتل نفسيا .
- الفروق في نظام المرافعات الشرعية السعودي .
- إثبات الجنسية المغربية من خلال وقائع الحالة المدنية .
- حقيقة المسائل الفقهية التي تسأل عنها البخاري .
- زواج القاصر بين المقاربة القانونية و السوسيو ثقافية .
- زواج التونسية المسلمة بغير المسلم – شرعا وقانونا .
- حق إبداء الرأي للصغير في ضوء السنة النبوية .

Rechercher dans ce site

## مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والبرقيات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محروني أستاذ القانون 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>	إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المغربي : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... <a href="#">المزيد</a>	قراءة في النظام القريفي للمواضع (قانون 02/15) : الأمانة السعيد الطيب بن لمقدم محام ببنية الرباط خمسات (2012/10/14) ... <a href="#">المزيد</a>
--	--	--	--

الصفحة الرئيسية | اللجنة الاستشارية | أهداف المجلة | أخبار المجلة | اتصلوا بنا | المدير المسؤول | شروط النشر | مقالات فقهية | مقالات قانونية | مقالات مقارنة | مقالات بلغوية | حوارات علمية | تقارير جامعية | المساهمون بالمجلة | أعداد المجلة | نشر المجلة

## العدد الخامس والستون : مارس 2018

### ❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي 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 (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

### ❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 0615-2336

## بسم الله الرحمن الرحيم

### العدد الخامس والستون : لشهر مارس 2018

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 65 لشهر مارس 2018 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك.....03

#### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. العقوبات الشرعية المترتبة على جناية المعتل نفسياً : الدكتور ضيف الله بن عامر بن سعيد الشهري ، رئيس قسم المواد العامة ، مستشار سابق بوزارة التعليم العالي ، وأستاذ الفقه المساعد بجامعة الملك عبدالعزيز جدة - المملكة العربية السعودية.....06

3. الفُرُوقُ فِي نِظَامِ المُرَافَعَاتِ الشَّرْعِيَّةِ السُّعُودِي - دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام : الدكتور عبد الرحمن بن نافع السلمي ، أستاذ الدراسات القضائية بجامعة الملك عبد العزيز بجدة - المملكة العربية السعودية.....36

4. إثبات الجنسية المغربية من خلال وقائع الحالة المدنية : مصطفى سدني ، باحث في سلك الدكتوراه ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسية ، الرباط - المملكة المغربية.....85

5. حقيقة المسائل الفقهية التي تساءل عنها البخاري في صحيحه في أبواب الطهارة - (جمع ودراسة) : الدكتور عبد الرحمن بن صالح الحمدان ، أستاذ مساعد ، وكيل كلية الشريعة والقانون بجامعة حائل - المملكة العربية السعودية.....97

6. زواج القاصر بين المقاربة القانونية والمقاربة السوسيوثقافية : الدكتورة مليكة نيت لشقر ، دكتوراه في الدراسات الإسلامية ، جامعة مولاي إسماعيل ، مكناس - المملكة المغربية.....115

7. زواج التونسية المسلمة بغير المسلم - رؤية شرعية وقانونية : الدكتور شكري الدربالي ، حاصل على الدكتوراه في العلوم الإسلامية ، جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية.....123

8. حق إبداء الرأي للصغير في ضوء السنة النبوية وسيرة الصحابة والتابعين : أستاذ مساعد دكتور : پرتين عبد الرحمن الجمور ، كلية التربية للبنات قسم الشريعة - الجامعة العراقية - بغداد.....131

#### ✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

9. L'arbitrage international et les personnes publiques au Maroc : EL HAJI Hamid : Docteur Chercheur en Sciences juridiques et politiques - royaume du maroc.....142

#### ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

## كلمة العدد الخامس والستين لشهر مارس 2018



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكداك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الخامس والستين لشهر مارس 2018 من مجلة الفقه والقانون الدولي ، وقد سعدنا بالتواصل فيه مع أشقائنا في المملكة العربية السعودية والعراق وتونس ، ومع عدة جامعات ومراكز علمية عربية ، ونخص بالذكر جامعة امك عبد العزيز بجدة بالمملكة العربية السعودية ، و جامعة حائل بالمملكة العربية السعودية ، و كلية الزبيبة للبنات قسم الشريعة - الجامعة العراقية - بغداد ، و جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية ، و كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسبي الرباط بالمملكة المغربية ، ثم كلية الآداب جامعة مولاي إسماعيل ، مكناس - المملكة المغربية.

وقد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث القيمة لثمة من الباحثين  
بالوطن العربي من بينها :

- العفوبات الشرعية المطرّبة على جنازة المعلن نفسياً .
  - الفُرُوقُ فِي نِظَامِ امُطْرَافَعَاتِ الشَّرْعِيَّةِ السُّعُودِيَّةِ - دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام .
  - إثبات الجنسية المغربية من خلال وقائع الحالة المطرّبة .
  - حقيقتا المسائل الفقهية التي نساءل عنها البخاري في صحيحه في أبواب الطهارة .
  - زواج الفاصر بين المقاربة القانونية والمقاربة السوسيو ثقافية .
  - زواج التونسية المسلمة بغير المسلم - رؤية شرعية و قانونية .
  - حق إبداء الرأي للصغير في ضوء السنة النبوية وسيرة الصحابة والتابعين .
- هذا فضلا عن دراسات و أبحاث أخرى باللغة الفرنسية .
- لن نطيل عليكم ونتمنى لكم تصفحا ممتعا لفقرات هذا العدد الجديد ، والسلام عليكم  
ورحمته الله تعالى وبركاته .

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

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

# دراسات وأبحاث بالعربية ✓

## العقوبات الشرعية المترتبة على جناية المعتل نفسياً



د. <sup>1</sup>ضيف الله بن عامر بن سعيد الشهري  
رئيس قسم المواد العامة وأستاذ الفقه المساعد  
بجامعة الملك عبدالعزيز جدة - المملكة العربية السعودية

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم على سيد الأولين والآخرين نبينا محمد بن عبد الله وعلى آله وأصحابه أجمعين . أما بعد :

فهذا بحث بعنوان : (العقوبات الشرعية المترتبة على جناية المعتل نفسياً) ، أوضحت فيه ما يترتب على جناية المصابين بعلل نفسية من عقوبات شرعية ؛ كالدية والكفارة وغير ذلك.

ولم أقف على من بحث هذا الموضوع تحديداً ، فأثرت أن أبين ما حكاه فقهاء الإسلام حول هذه العقوبات، ومن ثم يأتي تخريج هذه الفئة -المصابين بعلل نفسية- على ما رجحه العلماء في هذا الشأن.

والله أسأل أن يرزقنا الفقه في الدين ، واتباع هدي سيد المرسلين ، ويجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم ، إنه سميع مجيب.

### • خطة البحث :

يتألف هذا البحث من مقدمة، وثلاثة مباحث، ثم الخاتمة، مع التذييل بفهرس الموضوعات.

المبحث الأول : (عقوبة المعتل نفسياً في حال جنائته على النفس) ؛ وفيه مطلبان :

<sup>1</sup> - مستشار سابق بوزارة التعليم العالي .

- المطلب الأول: عقوبته إذا قتل نفسه (انتحاره) ؛ وفيه فرعان:
  - الفرع الأول : دية المعتل النفسي القاتل نفسه.
  - الفرع الثاني : كفارة انتحار المعتل نفسياً.
- المطلب الثاني : عقوبته في حال جنائته على غيره بالقتل.
  - الفرع الأول : عقوبته حالة كون علته غير مؤثرة في إدراكه.
  - الفرع الثاني : عقوبته حالة كون علته مؤثرة في إدراكه.
- المبحث الثاني : (عقوبة المعتل نفسياً إذا كانت جنائته على ما دون النفس)؛ وفيه مطلبان :
  - المطلب الأول : عقوبته في حال جنائته على نفسه فيما دون النفس.
  - المطلب الثاني : عقوبته في حال جنائته على غيره فيما دون النفس.
- المبحث الثالث : (عقوبة المعتل نفسياً إذا كانت جنائته على نفس غير مكتملة "الجنين").
  - المطلب الأول : عقوبته في حال خروج الجنين ميتاً.
  - المطلب الثاني : عقوبته في حال خروج الجنين حياً ثم يموت من الجنائية.

#### • منهج البحث :

التزمت في بحثي هذا بالمنهج الآتي :

- عزوت الآيات القرآنية إلى سورها مع ذكر أرقام الآيات.
- خرجت الأحاديث النبوية؛ فإن ورد الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بتخرجه منهما ، فإن كان في غيرهما ذكرت من خرج به من المحدثين مع بيان حكم المحدثين متى توصلت لهم إلى حكم.
- عرفت باختصار المصطلحات الفقهية أو الطبية، وأحلت إلى المصادر المعتمدة في كل فن.
- ترجمت باختصار للأعلام المذكورين.
- وثقت أقوال الفقهاء من مصادرها المعتمدة في كل مذهب.
- أوردت الخلاف الفقهي في المسائل المختلف فيها مع بيان استدلال كل فريق من المنقول والمعقول، وإيراد الاعتراضات والجواب عنها إن وجدت، ثم التزمت بذكر الراجح ختام المسائل.
- أثناء الاقتباس أضع النص بين حاصرتين، وأحيل للمصدر في الحاشية، فإن كان منقولاً بتصرف أشرت إلى ذلك.
- اخترت طريقة التوثيق المختصر عند ذكر المصادر في حاشية الصفحات، ثم الوصف التفصيلي للمصدر في قائمة المصادر والمراجع.



المبحث الأول : (عقوبة المعتل نفسياً في حال جنائته على النفس) ؛ وفيه مطلبان :

المطلب الأول : عقوبته إذا قتل نفسه (انتحاره) (1) :

توطئة :

تشير كثير من الإحصائيات إلى أن معظم حالات الانتحار التي حصلت مردها إلى مشاكل نفسية<sup>(2)</sup>؛ ومن هذه المشاكل: الاكتئاب الحاد، والهوس، والفصام وغيرها من الأمراض التي قد يلجأ المصاب بها إلى قتل نفسه استجابة منهلهلأوسه السمعية والبصرية ، فقد يعمد إلى شقن نفسه، أو يتعاطى دواء، أو سُمًّا، أو يتردى من شاهق، أو يمتنع عن الطعام والشراب ظناً أنه بذلك يتخلص من معاناة المرض، وأنه بفعله ذلك تنتهي آخر مآسيه.

ونظراً لما تقدم هل يبيح المرض النفسي للإنسان أن ينتحر؟!

والجواب: عموم أدلة الشريعة الإسلامية تحرم على الإنسان قتل نفسه مهما كانت الأسباب، حتى وإن كان المرض النفسي قد وصل بصاحبه إلى حد زوال الإدراك الذي يكون المصاب به حينها مشابهاً للمجانين، فإن هذه الأوصاف لا تحل القتل مطلقاً؛ وإن كان أثرها يرفع عقوبة القصاص كما أوضحناه في بحثنا: جناية المريض نفسياً وأثر مرضه على المسؤولية الجنائية، وسيأتي لاحقاً باختصار.

ومن الأدلة الشرعية التي تحرم الانتحار :

أ ) قول الله تعالى : (وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)<sup>(3)</sup>.

ب ) وقوله تعالى : (وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ)<sup>(4)</sup>.

ج ) وفي الحديث المتفق عليه عن أبي هريرة<sup>(5)</sup> رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : «من قتل نفسه بحديدة فحديده في يده يجأ بها في بطنه في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً، ومن قتل نفسه بسُم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً، ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو مترد في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً»<sup>(6)</sup>.

(1)الانتحار: إزهاق الشخص نفسه عمداً بإتيان فعل منهي عنه كأكل سم أو إلقاء نفسه من شاهق ونحو ذلك. ينظر: «الموسوعة الكويتية» (281/6). «توضيح الأحكام» (137/3).

(2) ينظر المواقع الإلكترونية التالية :

<https://www.webtab.com/articles/17317>

<https://ar.wikipedia.org/wiki/انتحار>

(3) سورة النساء، آية (29).

(4) سورة البقرة، آية (195).

(5) أبو هريرة: هو عبدالرحمن بن صخر الدوسي، صاحب رسول الله ﷺ، وأكثر الصحابة روايةً للحديث على الإطلاق، أسلم عام خيبر وشهدها وما بعدها من غزوات حتى توفي سنة 57هـ ينظر: «الاستيعاب» (1768/4)، «الإصابة» (348/7).

(6) أخرجه البخاري في كتاب الطب، باب شرب السم والدواء به، ح (5778)، وأخرجه مسلم في الإيمان، باب بيان غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه، ح (109).



د) وحديث جندب البجلي<sup>(1)</sup> رضي الله عنه في الصحيحين قال: قال رسول الله ﷺ: «كان برجل جراح فقتل نفسه، فقال الله: بدرني عبدي بنفسه، حرمت عليه الجنة»<sup>(2)</sup>.

ولأن الانتحار قتل بغير حق، فقد نقل ابن قدامة<sup>(3)</sup> الإجماع على تحريم القتل بغير حق، ولا خلاف بين العلماء في حرمة تعريض النفس لخطر الهلاك؛ لأنه اعتداء بغير حق، ونفس الإنسان ليست ملكاً له، بل هي ملك لخالقها وموجدتها، وحفظ النفس من أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية بعد حفظ الدين<sup>(4)</sup>.

فالأدلة السابقة أفادت قطعاً تحريم قتل الإنسان نفسه مهما كانت الأسباب الداعية للإقدام على الانتحار، والمهم في هذا المقام أن نوضح ما يتعلق بعقوبته، ولا يتصور بعد انتحاره إيقاع أي عقوبة بدنية عليه؛ لفقدان محلها حينها وسقوطها بموته<sup>(5)</sup>؛ وإذا سقطت العقوبة البدنية فهل تسقط الدية والكفارة أم أنهما تجبان عليه؟

**الفرع الأول: (دية المعتل النفسي القاتل نفسه):**

تُخرَّجُ هذه المسألة على مسألة حكم الدية على من قتل نفسه؛ وهي محل خلاف بين علماء الإسلام، إذ لهم فيها قولان مشهوران:

• **القول الأول:** من قتل نفسه عمداً أو خطأ فلا دية له، وجنائته هدرٌ، فلا يجب له دية من ماله، ولا على عاقلته، ولم يفرق أصحاب هذا القول بين عاقل وغيره؛ وهذا مذهب جماهير العلماء<sup>(6)</sup>. واحتج الجمهور لمذهبهم بالحديث المتفق عليه من رواية سلمة بن الأكوع<sup>(7)</sup> رضي الله عنه، «أن عامر بن الأكوع<sup>(8)</sup> في غزوة خيبر أراد أن يجهز على يهودي فيضربه بسيفه، ولكن سيف عامر كان قصيراً، فرجع سيفه على نفسه فمات منه»<sup>(9)</sup>.

فلم يثبت في هذا الحديث أن النبي ﷺ قضى فيه بدية أو غيرها، والمقام مقام حاجة، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، فلو وجبت دية أو غيرها لبينها النبي ﷺ؛ والشارع الحكيم لما أوجب الدية على العاقلة إنما أوجبها مواساةً

(1) جندب البجلي: هو جندب بن عبدالله بن سفيان البجلي، يُكنى بأبي عبدالله، له صحبة وليست قديمة، روى عدة أحاديث عن النبي عليه الصلاة والسلام، وعاش إلى قرابة سنة 70 هـ. ينظر «الاستيعاب» (256/1)، «أسد الغابة» (566/1)، «سير أعلام النبلاء» (174/3).

(2) أخرجه البخاري في كتاب الجنائز، باب ما جاء في قاتل النفس، ح (1364)، وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب بيان تحريم قتل الإنسان نفسه، ح (113).

(3) ابن قدامة: هو عبدالله بن أحمد بن محمد، موفق الدين ابن قدامة المقدسي، كان بحراً من بحور العلم، وانتهت إليه رئاسة مذهب الحنابلة بعصره. صنف مصنفات جليلة، وانتفع بها الناس، منها (المغني في الخلاف العالي، وروضة الناظر في الأصول، وغيرها). توفي سنة 620 هـ، ينظر: «سير أعلام النبلاء» (165/22)، «المقصد الأرشد» (15/2).

(4) ينظر: «المغني» (259/8)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (280/25)، «الموسوعة الكويتية» (268/18).

(5) ينظر: «التشريع الجنائي» (447/1).

(6) ينظر: «الحاوي الكبير» (327/12)، «البيان» للعمري (590/11)، «المغني» (387/8)، «المجموع» (149/19)، «بدائع الصنائع» (276/7)، «البحر الرائق» (313/8)، «مواهب الجليل» (265/6)، «التاج والإكليل» (352/8)، «أسنى المطالب» (83/4)، «مغني المحتاج» (357/5)، «كشاف القناع» (13/6)، «شرح المنتهى» (296/3).

(7) سلمة بن الأكوع: هو سلمة بن عمرو بن سنان الأسلمي، يُكنى بأبي إياس وقيل غيره، وهو صحابي جليل شهد بيعة الرضوان، كان شجاعاً مقداماً رامياً، توفي بالمدينة سنة 74 هـ. ينظر: «الاستيعاب» (639/2)، «أسد الغابة» (517/2).

(8) عامر بن الأكوع: هو عامر بن سنان بن عبدالله الأسلمي، المعروف بابن الأكوع، وهو عم سلمة بن الأكوع، وأحد شعراء الصحابة وشجعانهم، قتل بخيبر حين رجع سيفه عليه، وقد زكاه رسول الله ﷺ حين ذمه بعض الناس. ينظر: «أسد الغابة» (121/3)، «الإصابة» (471/3).

(9) أخرجه البخاري في المغازي، باب غزوة خيبر، ح (4196)، ومسلم في الجهاد والسير، باب غزوة خيبر، ح (1802).

للجاني وتخفيفاً عنه، وليس على الجاني هنا ما يستحق الإعانة والمواساة فلا وجه لإيجابها إذاً؛ ولأن أرش العمد في مال الجاني، والإنسان لا يثبت له مال على نفسه<sup>(1)</sup>.

● **القول الثاني:** من قتل نفسه خطأ غير متعمد فالدية على عاقلته وتسلم لورثته، وهذا القول مروى عن عمر بن الخطاب<sup>(2)</sup> رضي الله عنه ، وبه قال الأوزاعي<sup>(3)</sup>، وإسحاق<sup>(4)</sup>، وهو رواية في مذهب الحنابلة استظهرها بعضهم، ولكنها في مقابل المعتمد من مذهبهم<sup>(5)</sup>. ويستدل لهذا المذهب بحديث موقوف على أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رجلاً كان يسوق حمراً، وكان راكباً عليه، فضربه بعصا معه، فطارت منها شظية، فأصابت عينه فقأتها، فرفع ذلك إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فقال: «هي يد من أيدي المسلمين لم يصبها اعتداء على أحد، فجعل دية عينه على عاقلته»<sup>(6)</sup>، وهذا قول صحابي لم يعرف له مخالف في عصره فكان حجة<sup>(7)</sup>.

ونوقش هذا الدليل: أن الأثر الوارد عن عمر لا يحتاج به لضعف إسناده<sup>(8)</sup>.

فإن قيل: يشهد له ما روي من طرق أخرى وهي لا بأس بها<sup>(9)</sup>.

فجوابه: إن سلمنا صحة الأثر فهو قول واحد من الصحابة والقياس بخلافه فكان أولى منه؛ ثم إنه معارض بالنص الوارد في حديث عامر بن الأكوع يوم خيبر، حينما رجع عليه سيفه فقتله، فلم يقض النبي ﷺ في ذلك بالدية، والمقام مقام حاجة، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة<sup>(10)</sup>.

واستدل موجبو الدية بالقياس فقالوا: إنها جناية خطأ أشبهت الجناية على الغير، فكانت الدية على العاقلة<sup>(11)</sup>.

(1) ينظر: «شرح ابن بطلال» (520/8)، «الاستذكار» (128/8)، «المغني» (387/8)، «المجموع» (149/19)، «فتح الباري» (218/12)، «عمدة القاري» (51/24).

(2) هو عمر بن الخطاب بن نفيل العدوي، أبو حفص القرشي، الفاروق، صاحب رسول الله ﷺ، وثاني الخلفاء الراشدين، طعنه أبو لؤلؤة المجوسي وهو يصلي بالناس فمات على إثرها، وذلك سنة 23هـ ينظر: «أسد الغابة» (137/4)، «الإصابة» (484/4).

(3) الأوزاعي: هو عبدالرحمن بن عمرو الأوزاعي؛ نسبة إلى أوزاع قرية في دمشق، أحد الأئمة الحفاظ، والفقهاء الكبار، سكن دمشق، ثم تحول لبيروت، ومات بها سنة 157هـ ينظر: «مشاهير علماء الأمصار» ص (285)، «تاريخ دمشق» (147/35).

(4) هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي، الشهير بابن راهويه، أحد أئمة المسلمين، وعلم من أعلام الدين، عرف بالحديث والفقه، والصدق والورع، كان زاهداً تقياً، جاب البلاد طولاً وعرضاً للعلم والتعليم حتى استقر بنيسابور إلى أن توفي بها سنة 238هـ ينظر: «تاريخ بغداد» (362/7)، «طبقات الفقهاء» ص (94).

(5) ينظر: «شرح ابن بطلال» (520/8)، «الاستذكار» (129/8)، «الحاوي الكبير» (357/12)، «البيان» للعمري (590/11)، «المغني» (387/8)، «المجموع» (149/19)، «فتح الباري» (218/12).

(6) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (430/5) ح (27704) من رواية عبدالله بن عمرو بن العاص. وينظر: «كنز العمال» (117/15)، والحديث لا تقوم به حجة؛ لأن فيه ليث بن أبي سليم وهو لا يُحتج به. ينظر: «التحجيل» للطريفي ص (496).

(7) ينظر: «الإرشاد» لابن أبي موسى ص (451)، «المغني» (387/8)، «المجموع» (149/19)، «المنح الشافيات» (702/2).

(8) لأنه من رواية ليث بن أبي سليم وهو ضعيف الحديث. ينظر «الجرح والتعديل» للرازي (177/7)، «تهذيب التهذيب» (465/8).

(9) فقد رواه عبدالرزاق مختصراً في مصنفه (412/9، 415) من طريق آخر.

(10) ينظر: «شرح ابن بطلال» (520/8)، «الحاوي» (358/12)، «المغني» (387/8)، «المجموع» (149/19)، «عمدة القاري» (51/24)، «فتح الباري» (218/12).

(11) ينظر: «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين» (289/2)، «المنح الشافيات» (702/2)، «المغني» (387/8)، «المتع للتونخي» (104/4).

واعترض بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الجناية على الغير لو لم تحمل العاقلة فيها الدية لأجحف ذلك بالجاني لكثرتها، بخلاف مسألة جنائته على نفسه إذ ليس في جنائته على نفسه ما يجحف به فيحتاج حينها إلى تخفيف، إذ إن الإنسان لا يثبت له مال على نفسه<sup>(1)</sup>.

### ✓ الترجيح :

والراجح والعلم عند الله هو قول جمهور الفقهاء الذين ذهبوا الى أن جناية الإنسان على نفسه عمداً أو خطأ هدرًا لا دية فيها لما بيناه، وما استدل به المخالفون تم الجواب عنه في موضعه.

وبناء على هذا الترجيح فإنه يقال : إن المريض النفسي متى قتل نفسه فجنائته على نفسه هدرًا لا يضمنها أحد من حيث دفع الدية، والله أعلم بالصواب.

### الفرع الثاني : (كفارة انتحار المعتل نفسياً) :

تُخَرَّجُ هذه المسألة على مسألة حكم الكفارة على من قتل نفسه، والعلماء فيها على قولين :

- القول الأول : عدم وجوب الكفارة على قاتل نفسه، وإن عمدته وخطأه في ذلك سواء، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، ووجه عند الشافعية، ورواية في مذهب الحنابلة<sup>(2)</sup>.  
واستدلوا لمذهبهم بأدلة منها :

أ) قال الله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً)<sup>(3)</sup>، فهذا النص دليل على إخراج قاتل نفسه من عموم هذه الآية فيما يخص الكفارة، وغاية ما في الآية أنه إذا قتل غيره فكفارته تحرير رقبة مؤمنة، ألا ترى أنه أتبع ذلك بقوله (وَدِيَّةٌ مَسْلُومَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ)<sup>(4)</sup>، ومعلوم أن قاتل نفسه لا تجب له دية<sup>(5)</sup>.

ب) قوله تعالى : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ)<sup>(6)</sup>، وهذا القيد في آية كفارة القتل الخطأ أخرج قاتل نفسه لامتناع حصول هذا الجزء من الكفارة في حقه؛ لزهوق روحه بقتله نفسه، فيبطل خطابه إذاً، وإذا بطل جزء الكفارة بطل الكل<sup>(7)</sup>.

فإن اعترضوا بأن الصوم ليس جزءاً من الكفارة بل هو نوع من أنواعها.

فالجواب : المراد بالكفارة هنا والتي يكون الصوم جزءاً منها الكفارة التي تعلق الوجوب بها وهي ما ذكر في الآية<sup>(8)</sup>.

(1) ينظر: «عيون المسائل» للقاضي عبدالوهاب ص (448)، «الاستذكار» (129/8)، «المغني» (387/8)، «المبدع» (275/7)، «عمدة القاري» (51/24)، «المنح الشافيات» (703/2).

(2) ينظر: «بدائع الصنائع» (521/7 - 252)، «الهداية» (442/4)، «شرح الخرشي» (49/8)، «الشرح الكبير» للدردير (287/4)، «نهاية المطلب» (91/17)، «نهاية المحتاج» (386/7)، «الفروع» (14/10)، «الإنصاف» (135/10).

(3) سورة النساء، آية (92).

(4) سورة النساء، آية (92).

(5) ينظر: «المغني» (515/8)، «شرح الزركشي على الخرقي» (207/6)، «شرح الخرشي» (50/8)، «منح الجليل» (154/9)، «الموسوعة الكويتية» (293/6).

(6) سورة النساء، آية (92).

(7) ينظر: «منح الجليل» (154/9)، «شفاء الغليل للمكناسي» (1092/2)، «المختصر الفقهي لابن عرفة» (134/10).

(8) ينظر: «منح الجليل» (154/9).

ج ) واستدلوا أيضاً بحديث عامر بن الأكوع في غزوة خيبر حين بارز اليهودي فرجع سيفه على نفسه فمات به، فلم يأمر النبي ﷺ في شأنه بكفارة<sup>(1)</sup>.

واعترض بأن حديث عامر هنا واقعة عين؛ فيحتمل أن الحكم كان مقرراً عندهم، ومعروفاً لديهم ولذلك لم ينقلوه لاشتهاره، وغاية ما في الحديث أنه لم ينقل إلينا ذلك، وعدم النقل لا يقتضي العدم<sup>(2)</sup>.

ورُدَّ هذا الاعتراض بأنه مقام حاجة، ولو كانت الكفارة واجبة لبينها النبي ﷺ، والقاعدة أن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز<sup>(3)</sup>، والكفارة من المقادير الشرعية فتعينها لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى؛ لأن قتل النفس جرمٌ عظيم لا يندفع ببذل الكفارة<sup>(4)</sup>.

• القول الثاني : وجوب الكفارة على قاتل نفسه عمداً أو خطأ، وتُخرَجُ الكفارة من ماله؛ وهذا المعتمد من مذهب الشافعية والحنابلة<sup>(5)</sup>.

وحجتهم لما ذهبوا إليه، قول الله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)<sup>(6)</sup>، فإن الآية تشمل كل مقتول حتى قاتل نفسه، فكما وجبت الكفارة في حق من قتل غيره كان وجوبها في حق قاتل نفسه من باب أولى<sup>(7)</sup>.

ونوقش هذا الاستدلال بأن المراد بالقتل في الآية المذكورة هو قتل الإنسان غيره، لا قتل الإنسان نفسه، ويشهد للمعنى هذا إيراد بعد ذلك في الآية قوله (وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ)<sup>(8)</sup>، وقاتل نفسه لا تجب له دية بدليل حديث عامر بن الأكوع حين قتل نفسه، ولم يأمر النبي ﷺ فيه بالدية<sup>(9)</sup>.

قالوا : الكفارة حق من حقوق الله تعالى فكانت واجبة كما لو قتل السيد عبد نفسه<sup>(10)</sup>.

واعترض عليه: بأن الكفارة وإن كانت حقاً لله تعالى فإنها لم تجب لعظم جرم قاتل النفس، والشرع إنما عينها لدفع الذنب الأدنى، وهذا لا يقتضي دفع الذنب الأعلى، ألا ترى أن الله تعالى قال : (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ)<sup>(11)</sup>، فكان جزاء الشرط كافياً في الترتب على قتل العمد، ولم يرتب عليه كفارة<sup>(12)</sup>.

(1) ينظر: «المغني» (515/8)، «الشرح الكبير على المقنع» (669/9)، «شرح الزركشي» (207/6)، «الموسوعة الكويتية» (293/6). وهذا الحديث سبق تخريجه وهو في الصحيحين.

(2) ينظر: «شرح الزركشي على الخري» (207/6 – 208).

(3) ينظر: «المغني» (387/8)، «عمدة القاري» (51/24)، «فتح الباري» (218/12).

(4) ينظر: «الذخيرة» (417/12)، «بدائع الصنائع» (251/7)، «الهداية» (442/4).

(5) ينظر: «نهاية المطلب» (91/17)، «نهاية المحتاج» (386/7)، «كشاف القناع» (56/6)، «شرح المنتهى» (328/3).

(6) سورة النساء، آية (92).

(7) ينظر: «الحاوي الكبير» (62/13)، «المغني» (515/8)، «المجموع» (187/19)، «تحفة المحتاج» (46/9)، «نهاية المحتاج» (386/7)، «الشرح الكبير على المقنع» (669/9).

(8) سورة النساء، آية (92).

(9) ينظر: «المغني» (515/8)، «الشرح الكبير على المقنع» (670/9).

(10) ينظر: «نهاية المطلب» (91/17)، «أسنى المطالب» (95/4)، «نهاية المحتاج» (386/7).

(11) سورة النساء، آية (93).

(12) ينظر: «الذخيرة» (417/12 – 419)، «بدائع الصنائع» (251/7)، «المغني» (516)، «الهداية» (442/4).

## ✓ الترجيح :

والراجح والله أعلم القول الأول، وهو عدم وجوب الكفارة على قاتل نفسه، وسواء في ذلك أن يتعمد قتل نفسه، أو أن يتسبب في قتل نفسه خطأ.

وبناء عليه فحكم المريض النفسي المنتحر يُخَرَّجُ على ما حكم به الجمهور، فلا تجب عليه كفارة مطلقاً سواء أدى مرضه لزوال إدراكه، أو جنى على نفسه حال سلامة إدراكه، والله تعالى أعلم.

## • المطلب الثاني : عقوبته في حال جنائته على غيره بالقتل.

أشارت الدراسات في علم النفس الجنائي إلى أن المرضى النفسيين نادراً ما يقع منهم جرائم القتل والاعتداء، ولا وجود لدراسات ميدانية تثبت ارتباط الجريمة بالاضطرابات النفسية دائماً؛ لكن ندرة وقوع الجريمة منهم لا تقتضي استحالة إجرامهم؛ أثبت الطب النفسي المعاصر وجود جرائم قتل واعتداء على الغير، وقد كان الدافع وراء وقوع هذه الجرائم معاناة هؤلاء الجناة من اضطرابات نفسية وعقلية<sup>(1)</sup>.

والسؤال هنا : ما حكم الشرع في عقوبة القاتل إذا كان مصاباً بعلّة نفسية؟!

والجواب : أنه بعد تثبت الجهات القضائية من كون المرض النفسي هو الدافع لوقوع جريمة القتل فحينها لا يخلو الأمر من حالين :

- الحال الأول : كون المرض النفسي غير مؤثر على إدراك وإرادة الشخص.
- الحال الثاني : كون المرض النفسي مؤثراً على إدراك وإرادة الشخص.

الفرع الأول : عقوبته حالة كون علتها غير مؤثرة في إدراكه وإرادته.

وذلك مثل الاضطرابات العصبية كالقلق والاكتئاب والرهاب ونحوها مما لا يُفقدُ المريضَ النفسيَ عقله ولا يزيل إدراكه فهذا وأمثاله مسؤولون عن تبعة أفعالهم فمتى تعمدوا القتل وكانوا بالغين كانت عقوبتهم القصاص؛ لأنهم توفرت فيهم شروط المسؤولية الجنائية وهي الإدراك والاختيار<sup>(2)</sup>.

وما ذكرته هنا من إيقاع عقوبة القصاص على المريض النفسي القاتل إذا كان مرضه لا يفقده عقله ولا يزيل اختياره وإرادته هو تخريج على اتفاق جمهور علماء الإسلام في أن شرط وجوب القصاص التكليف، يقول ابن رشد<sup>(3)</sup>: «إنهم اتفقوا على أن القاتل الذي يُقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلاً بالغاً مختاراً للقتل»<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: «علم النفس الجنائي» ص (400، 401، 411).

(2) ينظر: «التشريع الجنائي الإسلامي» (402/1)، «الجريمة لأبوزهرة» ص (302).

(3) ابن رشد: هو محمد بن أحمد بن محمد أبو الوليد ابن رشد الحفيد، أحد أعلام المالكية، اشتهر بالفلسفة وعلم الكلام، من أشهر كتبه بداية المجتهد، ونهاية المقتصد، توفي سنة 595هـ. ينظر: «شجرة النور الزكية» (213/1)، «الأعلام للزركلي» (318/5).

(4) «بداية المجتهد» (178/4)، وينظر: «الحاوي الكبير» (33/12)، «الاستذكار» (50/8)، «المغني» (284/8)، «بدائع الصنائع» (234/7)، «حاشية ابن عابدين» (532/6)، «الشرح الكبير للدردير» (237/4)، «منح الجليل» (5/9)، «نهاية المحتاج» (267/7)، «الإقناع للشريبي» (497/2)، «كشاف القناع» (520/5)، «شرح المنتهى» (265/3).

المسألة الأولى : حكم الكفارة في حق المعتل النفسي الذي لم يزل إدراكه :

إذا جنى المعتل النفسي الذي لم يزل إدراكه، ونفذت فيه عقوبة القصاص فهل تلزمه الكفارة؟!  
تُخَرَّجُ هذه المسألة على حكم الكفارة في القتل العمد؛ وفيها قولان للعلماء :

• **القول الأول** : لا تجب الكفارة في القتل العمد. وهو مذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة<sup>(1)</sup>، وبه قال الثوري<sup>(2)</sup>، وأبو ثور<sup>(3)</sup>، وابن المنذر<sup>(4)</sup>.

واحتج الجمهور لما ذهبوا إليه بأن الحق تعالى لما ذكر الكفارة في كتابه العظيم قصرها على القتل الخطأ، وذلك في قوله تعالى: (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)<sup>(5)</sup>، ثم أتبع ذلك في الآية التي تليها بذكر القتل العمد فقال: (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ)<sup>(6)</sup>، فكان جزاء الشرط كافياً في الترتب على فعل العمد، ولم يرتب عليه أي كفارة، فلو وجبت لبينها<sup>(7)</sup>.

واعترض استدلال الجمهور بالآية بأنه إنما نص الشارع على وجوب الكفارة في قتل الخطأ لينبه بذلك على وجوبها في العمد؛ لأن الخطأ أخف حالاً من قتل العمد إذ لا قود ولا إثم في الخطأ، والدية فيه مخففة، ومع ذلك وجبت فيه الكفارة، فكان وجوبها في العمد من باب أولى؛ لأنه أعظم إثمًا، وأكبر جرماً، فكانت حاجته لتكفير ذنبه أعظم وأولى<sup>(8)</sup>.

وتُعقَّبُ القياس هنا بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الفرق بين كفارة العمد وكفارة الخطأ ظاهر، فالكفارة من المقادير الشرعية وهي حينما أوجبها الشرع في حال الخطأ لحو إثم؛ لأن الخطأ لا يخلو من تفريط فكانت الكفارة في حقه واجبة لإمكان دفع إثمه الحاصل بتفريطه، وهذا لا يستلزم إيجابها في موضع عظم فيه الجرْم والإثم وهو القتل العمد؛ لأن الكفارة لا ترفع إثمه، وبذلك ينتقض قياسهم<sup>(9)</sup>.

(1) ينظر: «البحر الرائق» (331/8)، «الهداية» (442/4)، «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (286/4)، «الفواكه الدواني» (199/2)، «منح الجليل» (154/9)، وهو مقتضى مذهب الحنابلة حيث إنهم أوجبوا الكفارة في شبه العمد والخطأ ولم يذكروها في العمد. ينظر: «الإنصاف» (135/10)، «كشاف القناع» (512/5)، «شرح المنتهى» (258/3).

(2) ينظر: «الإشراف لابن المنذر» (23/8)، «المغني» (512/8)، «البيان للعمري» (622/11)، والثوري: هو سفيان بن سعيد بن مسروق أبو عبد الله الثوري، أمير المؤمنين في الحديث، وإمام أهل زمانه في التقى والعلم والزهد، توفي سنة 161 هـ ينظر: «الطبقات الكبرى» (350/6)، «الأعلام للزركلي» (104/3).

(3) ينظر: «الإشراف لابن المنذر» (23/8)، «المغني» (515/8)، وأبو ثور هو إبراهيم بن خالد الكلبي، الإمام الفقيه، وأحد الثقات المأمونين، ومن الأئمة الأعلام في الدين، توفي سنة 240 هـ ينظر: «تاريخ بغداد» (576/6)، «تاريخ الإسلام» (772/5).

(4) ينظر: «الإشراف لابن المنذر» (23/8)، «المغني» (515/8)، وابن المنذر: هو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري العلامة الفقيه صاحب التصانيف ومنها: الإجماع والإشراف، توفي سنة 318 هـ ينظر: «تاريخ الإسلام» (344/7)، «الوافي بالوفيات» (250/1).

(5) سورة النساء، آية (92).

(6) سورة النساء، آية (93).

(7) ينظر: «الإشراف لابن المنذر» (23/8)، «التجريد للقدوري» (5807/11)، «المبسوط» (85/27)، «الذخيرة» (418/12)، «المغني» (516/8)، «الجوهرة النيرة» (120/2).

(8) ينظر: «الحاوي الكبير» (67/13)، «البيان للعمري» (622/11)، «نهاية المطلب» (86/17)، «العزير شرح الوجيز» (534/10).

(9) ينظر: «الذخيرة للقرافي» (419/12)، «بدائع الصنائع» (251/7)، «الهداية» (442/4)، «المبسوط» (67/26)، «المغني» (516/8).

• **القول الثاني:** وجوب الكفارة في القتل العمد، وبه قال الزُّهْرِيُّ<sup>(1)</sup>، وهو المذهب عند الشافعية<sup>(2)</sup>، ورواية في مذهب الحنابلة<sup>(3)</sup>، قالوا: وتُخْرَجُ الكفارة من ماله.

واستدل القائلون بهذا المذهب بحديث واثلة<sup>(4)</sup> رضي الله عنه قال: أتينا رسول الله ﷺ في صاحبٍ لنا قد استوجب النار بالقتل، فقال عليه الصلاة والسلام: «أعتقوا عنه رقبة، يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار»<sup>(5)</sup>، قالوا: وهو لا يستوجب النار إلا في القتل العمد<sup>(6)</sup>.

وتُعْتَبَرُ استدلال الشافعية ومن وافقهم في هذه المسألة بأن حديث واثلة - على فرض صحته - لا يُسَلِّمُ استدلالكم به على وجوب الكفارة في القتل العمد؛ لأنه يحتمل أن يكون في القتل شبه العمد، ويحتمل أن يكون في القتل الخطأ، ويحتمل أن يكون قد أمرهم النبي ﷺ بذلك تبرعاً، وما تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال<sup>(7)</sup>، وما ذكره من كونه لا يستوجب النار إلا بالقتل العمد مردود بما ذكره بعض شراح الحديث وأن المراد بقولهم: (استوجب النار) أي استحقتها لولا الغفران، وتأولوا الحديث بأنه لعل المقتول كان من المعاهدِين، وقد قتله خطأ، وظنوا أن الخطأ موجبٌ للنار لما فيه من نوع تقصير وتفريط، ولذلك قالوا: استوجب النار بالقتل<sup>(8)</sup>.

وأما قياسهم الأولوي للقتل العمد على الخطأ في وجوب الكفارة فقياس مع الفارق؛ لأن الشرع لما أسقط القصاص في القتل الخطأ أو شبه العمد كان بذلك قد سلَّمَهُ نفسه، وأوجب عليه أن يقيم نفساً مقام نفسه وذلك بالإعتاق شكراً لله تعالى على ما تفضل به عليه من إسقاط القصاص، فإن عجز عن الإعتاق انتقل لصيام شهرين متتابعين، وليس هذا المعنى في القتل العمد، ثم إن الشرع لما أوجب الكفارة في حال الخطأ - وشبه العمد في معناه - إنما أوجبه لقلّة الإثم فكانت الكفارة كافية في رفع الإثم الحاصل بتفريطه، وهذا المعنى لا يستلزم إيجاب الكفارة في موضع تعاضم فيه الإثم والجُرْمُ؛ لأن الذنب أعظم من أن ترفعه الكفارة، ولذا أوجب في حقه القصاص<sup>(9)</sup>.

(1) ينظر: «البيان للعمري» (622/11)، «المغني» (515/8)، والزُّهْرِيُّ: هو محمد بن سليم بن عبيد الله أبوبكر الزُّهْرِيُّ، أحد أعلام وعلماء التابعين من أهل المدينة، وأحد الثقات، ومن رجال البخاري ومسلم، توفي سنة 124 هـ ينظر: «الطبقات الكبرى» (348/5)، «وفيات الأعيان» (177/4).

(2) ينظر: «مختصر المزني مع الأم» (361/8)، «المهذب للشيرازي» (248/3)، «مغني المحتاج» (374/5).

(3) ينظر: «المغني» (515/8)، «الكافي لابن قدامة» (52/4)، «المبدع» (352/7).

(4) هو واثلة بن الأسقع أبو شداد الليثي، أسلم والنبي ﷺ يتجهز لغزوة تبوك، قيل إنه خدم النبي ﷺ ثلاث سنين، وكان أحد أصحاب الصُّفَّة، توفي سنة 83 هـ، ينظر: «أسد الغابة» (399/5)، «الإصابة» (462/6).

(5) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب العتق، باب في ثواب العتق، ح (3964)، والنسائي في الكبرى، كتاب العتق، باب ذكر اسم هذا المولى، ح (4870)، وأحمد في المسند (393/25)، وابن حبان في صحيحه (145/10) ح (4307)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (204/2)، والحاكم في المستدرک (230/2) ح (2843)، والطبراني في الأوسط (289/3)، والبيهقي في الكبرى (228/8) ح (16480)، والبخاري في شرح السنة (352/9)، والحديث مختلف في صحته فقد صححه جمع من المحدثين بالتتابعات، ينظر كلام محقق المسند (393/25)، وقد ضعفه الإمام الألباني في الضعيفة (307/2)، لأمرين: نكارة إسناده، واضطراب متنه.

(6) ينظر: «الحاوي الكبير» (67/13)، «البيان للعمري» (622/11)، «أسنى المطالب» (95/4)، «الإقناع للشريبي» (518/2).

(7) ينظر: «المغني» (516/8)، «المبدع» (353/7)، «التجريد للقُدوري» (5809/11).

(8) ينظر: «مرقاة المفاتيح» (2217/6)، «عون المعبود» (361/10).

(9) ينظر: «المبسوط» (84/27 - 87)، «الذخيرة للقرافي» (419/12)، «المغني» (516/8)، «المبدع» (353/7)، «العدة شرح العمدة» ص (577)، «التجريد للقُدوري» (5810/11).



## ✓ الترجيح :

والراجح والعلم عند الله القول الأول؛ وهو عدم وجوب الكفارة في القتل العمد، والكفارة وإن كانت حقاً لله تعالى فإنما امتنع وجوبها هنا لعِظَمِ الجُرْمِ الذي قام به القاتل، والشرع إنما عينها دفعاً للذنب الأدنى في القتل الخطأ وشبه العمد، وهذا لا يستلزم دفعها للذنب الأعلى<sup>(1)</sup>.

والمعتل النفسي الذي لم يؤثر مرضه على إدراكه إذا قتل شخصاً فعقوبته القصاص، ولا كفارة عليه تخريجاً على ما ذكرنا والله تعالى أعلم بالصواب.

## المسألة الثانية : حكم إيقاع العقوبة على المعتل النفسي إذا قتل ثم طرأ عليه الجنون :

إذا جنى المعتل النفسي الذي لم يزل إدراكه، ثم طرأ عليه الجنون، أو ازداد عليه المرض حتى أفقده الإدراك فهل يعاقب؟ اختلف علماء الإسلام في إيقاع العقوبة على مرتكب الجريمة أثناء رشده ثم يُجنُّ بعدها أو يزول إدراكه لأي سبب كان على عدة أقوال :

- **القول الأول :** من جنى فقتل نفساً معصومة وهو عاقل، ثم طرأ عليه الجنون بعد القتل فإن الجنون الطارئ لا يرفع عقوبته الثابتة عليه أثناء إدراكه وعقله، فلا يسقط عنه القصاص بالجنون الطارئ؛ لأن الاعتبار في العقوبات مجال الجنيات سواءً كان هذا الجنون قبل أن يحكم القاضي على الجاني، أو بعد الحكم، إذ العبرة باستيفاء شرط التكليف وقيام القصد الصحيح وقت حدوث الجريمة، وليس وقت الحكم، أو وقت تنفيذ العقوبة، فلما تحقق سبب العقوبة، وزال المانع علم أن العوارض لا تبطله؛ وهذا مذهب الشافعية والحنابلة<sup>(2)</sup>.
- **القول الثاني :** لا قصاص على من قتل وهو عاقل ثم جنَّ بعد القتل؛ لانعدام أهليته وقت تنفيذ العقوبة وهي شرط في تنفيذها، والقياس يقتضي إيقاع عقوبة القصاص على القاتل في هذه الحال لاستيفاء شرط القصاص بتكليفه وقت الجريمة، ولكن ترك القياس استحساناً، فيسقط القصاص ويجب بدله وهو الدية؛ وأساس الاستحسان هنا وجوب تكليف الجاني أثناء الحكم وبعده حتى يستوفي العقاب بدنه، فلما أمكن أن يستوفي العقاب من ماله كان جمعاً بين حقوق العباد، وما يجب أن يكون عليه الشخص من تكليف وقت قيام العقوبة البدنية، وهذا قول الحنفية<sup>(3)</sup>، ويشاركهم فيه بعض فقهاء المالكية حيث إنهم أسقطوا عقوبة القصاص عن المجنون الميؤوس من إفاقته إذا قتل في حال إفاقته، قالوا: وتحل محلها الدية في ماله<sup>(4)</sup>.
- **القول الثالث :** إذا قتل عاقل، ثم جنَّ، وحصل اليأس من إفاقته؛ فإنه يُسَلَّمُ لأولياء الدم ليققتصوا منه، أو يقبلوا الدية؛ وهذا قول لبعض فقهاء المالكية<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: «الذخيرة للقرافي» (417/12)، «بدائع الصنائع» (251/7)، «الهداية» (442/4)، «المغني» (516/8).

(2) ينظر: «أسنى المطالب» (12/4)، «الغرر الهية» (44/5)، «العزیز شرح الوجيز» (158/10)، «الشرح الكبير على المقنع» (350/9)، «كشاف القناع» (521/5)، «مطالب أولي النهى» (15/6)، «التشريع الجنائي» (596/1)، «الجريمة لأبوزهرة» ص (333).

(3) ينظر: «الدر المختار» ص (698)، «حاشية ابن عابدين» (532/6)، «التشريع الجنائي» (598/1)، «الجريمة لأبوزهرة» ص (334).

(4) ينظر: «التبصرة للخي» (6426/13)، «التوضيح لمختصر ابن الحاجب» (73/8)، «الشامل في فقه مالك» (885/2)، «مواهب الجليل» (232/6)، «شرح الزرقاني على خليل» (98/4)، «شرح الخرشي» (3/8)، «شرح ابن ناجي على الرسالة» (308/2)، «الفواكه الدواني» (193/2)، «الشرح الكبير للدردير» (237/4).

(5) ينظر المصادر السابقة.

## ✓ الترجيح :

والراجح من الأقوال السابقة هو القول الأول الذي ذهب إلى عدم ارتفاع عقوبة الجاني أثناء عقله بسبب الجنون اللاحق لجريمته؛ لأن العبرة في عقوبته بوقت الجناية وهو حينها مكلف، وله قصد صحيح، فترتبت على ذلك آثار جنائته، والعقوبة إنما شرعت للتأديب والردع والزجر، فإذا تعطل جانب التأديب لعدم تصوره في حال جنونه لعدم شعوره به؛ فلا يلزم من ذلك تعطل جانب الزجر والردع؛ لأن مصلحة الجماعة ظاهرة في تنفيذ العقوبة لزجر الغير هذا من جانب، ومن جانبٍ آخر فإن هذه المسألة لها نظائر فقهية منها :

أ) جنون الشهود لا يبطل الشهادة، فكذلك جنون المجرم لا يزيل أثر إجرامه.

ب) وقوع الطلاق المعلق في حال كمال العقل، فإذا وقع المعلق عليه حال الجنون فلا يلغي التعليق.

ج) وقوع طلاق المرأة المفوضة من قبل الزوج أثناء عقله، وإن لم توقع الطلاق إلا في حال جنونه<sup>(1)</sup>.

وبناءً على ما مضى فالمعتل النفسي إذا كان مرضه لا يؤثر في إدراكه فإن قتل ثم جن بعد ذلك، أو ازداد المرض عليه فأفقد إدراكه فإن التخريج على الراجح من أقوال العلماء أن عقوبته ثابتة، ولا يلتفت للجنون الطارئ بعد وقوع الجناية، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني : عقوبته حالة كون علته مؤثرة في إدراكه وإرادته.

وذلك كالأمراض الدُهَانِيَّة الحادة كالفصام، والصَّرَع، والهوس ونحوها، فإذا حدث القتل من المصاب بمثل هذه العلل فلا قصاص عليه لفقد شرط وجوب القصاص وهو التكليف، إذ إن زوال إدراكه، واضطراب قدرته العقلية مسقط لعقوبته البدنية "القصاص"؛ وهذا تخريج على إجماع الفقهاء على أن الجنون وما في معناه موانع لإيقاع عقوبة القصاص<sup>(2)</sup>.

ومستند هذا الإجماع ما رواه علي بن أبي طالب<sup>(3)</sup> رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»<sup>(4)</sup>، ووجه الدلالة من الحديث أن المجنون والمعته ومن في معناهما لا يؤاخذون بأفعالهم، فلا قصاص عليهم إذا ارتكبوا جنائية القتل؛ لعدم صحة

(1) ينظر: «التجريد» للقدوري (5453/11)، «التشريع الجنائي» (596/1 - 598)، «الجريمة لأبوزهرة» ص (333).

(2) ينظر: «بداية المجتهد» (178/4)، «الحاوي الكبير» (33/12)، «الاستذكار» (50/8)، «المغني» (284/8)، «بدائع الصنائع» (234/7)، «حاشية ابن عابدين» (532/6)، «الشرح الكبير للدردير» (237/4)، «منح الجليل» (5/9)، «نهاية المحتاج» (267/7)، «الإقناع للشربيني» (497/2)، «كشاف القناع» (520/5)، «شرح المنتهى» (265/3).

(3) هو علي بن أبي طالب بن عبدالمطلب الهاشمي، أبو الحسن والحسين سبطا رسول الله ﷺ، رابع الخلفاء الراشدين، وهو ابن عمر رسول الله ﷺ، وزوج ابنته فاطمة، قُتل سنة 40هـ. ينظر: «الاستيعاب» (1089/3)، «أسد الغابة» (87/4).

(4) أخرجه أبو داود في الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، ح(4403)، وابن خزيمة في صحيحه (102/2) ح(1003). والحاكم في مستدركه (389/1) ح(949)، والدارقطني في سننه ح(4398)، والدارمي في السنن (1477/3) ح(2342)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (151/10)، والحاكم في المستدرک (67/2) ح(2350)، والبيهقي في الكبرى (338/6) ح(12156)، وروي من طرق أخرى، والحديث في الجملة صحيح يُحتج به، وبعض طرقه وإن كان فيها مقال إلا أنها تقوى بعضها ببعض كما أورده الحافظ ابن حجر في الفتح (121/12)، وينظر: «البدرد المنير» (226/3)، «إرواء الغليل» (4/2).

القصد منهم، والقصاص عقوبة مغلظة، وهم ليسوا من أهل العقوبة، أشبهوا فعل القاتل خطأ، والمريض النفسي الذي زال إدراكه يخرج عليهم<sup>(1)</sup>.

المسألة الأولى : حكم الدية في حق المعتل النفسي الذي زال إدراكه :

إذا سقطت عقوبة القصاص عن المعتل النفسي الذي كان مرضه سبباً في زوال إدراكه، وفقد استبصاره، فهل تجب عليه الدية؟!

تُخَرَّجُ هذه المسألة على اتفاق الفقهاء بأن جرائم القتل الواقعة من المجنون لا تذهب هَدَرًا، بل تلزم العقوبة المالية؛ لأن حقوق العباد مبنية على المشاحة فلا تقبل السقوط، ولا سبيل لمؤاخنة المجنون بالعقوبة البدنية، فتعيّنت في حقه العقوبة المالية<sup>(2)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في تكييف جرائم المجنون على قولين :

• القول الأول : عمد المجنون خطأ؛ وبناءً عليه فالدية على عاقلته؛ وهذا قول جمهور العلماء الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وقولٌ عند الشافعية<sup>(3)</sup>.

واستدل الجمهور بأن المجنون ليس له قصد صحيح معتبر، فلم يتحقق منه العمد لذلك؛ ولأنه قَتْلٌ لا يوجب القصاص لأجل زوال التكليف بالمجنون فأشبهه قتل الخطأ، إذ المجنون وإن قصد الفعل فقصد غير سليم؛ لأن أوامره تحمله على تصورات باطلة تجاه المجني عليهم، فكانت جريمته بذلك كالعاقل المخطئ الذي يقصد شخصاً بالقتل يحسبه عدواً، فيتبين أنه معصوم الدم<sup>(4)</sup>.

• القول الثاني : عمد المجنون عمدٌ يجوز تأديبه عليه، أشبه البالغ العاقل إذا قتل عمداً، وبناءً عليه فالدية في ماله، وتكون مغلظة؛ وهذا القول هو أحد قولي الشافعي في المسألة، وصححه بعض الشافعية<sup>(5)</sup>.

✓ الترجيح :

والراجح والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور بأن المجنون عمده خطأ، فتحمل عاقلته الدية؛ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصداً صحيحاً، وإذا لم يكن فعله مقصوداً فهو ليس عمداً بل هو خطأ.

(1) ينظر: «الاستدكار» (50/8)، «المغني» (284/8)، «المجموع» (350/18)، «التشريع الجنائي» (593/1)، «الجريمة لأبوزهرة» ص (330)، «الموسوعة الكويتية» (115/16).

(2) ينظر: «الاستدكار» (50/8)، «بداية المجتهد» (192/4)، «بدائع الصنائع» (236/7)، «حاشية ابن عابدين» (586/6 – 587)، «مواهب الجليل» (232/6)، «شرح ابن ناجي على الرسالة» (308/2)، «كشاف القناع» (514/5)، «شرح المنتهى» (259/3)، «التشريع الجنائي» (593/1 – 594)، «الجريمة لأبوزهرة» ص (330 – 331).

(3) ينظر: «الإشراف لابن المنذر» (444/7)، «الاستدكار» (50/8)، «الأصل للشيباني» (494/4)، «المبسوط» (86/26)، «بدائع الصنائع» (236/7)، «البنية للعيني» (215/13)، «تبيين الحقائق» (139/6)، «منح الجليل» (5/9)، «الشرح الكبير للدردير» (237/4)، «مواهب الجليل» (232/6)، «المهذب للشيرازي» (211/3)، «البيان للعمري» (329/11)، «كشاف القناع» (514/5)، «شرح المنتهى» (259/3)، «مطالب أولي النهى» (14/6).

(4) ينظر: «المبسوط» (86/26)، «المغني» (383/8)، «التشريع الجنائي» (594/1)، «الجريمة لأبوزهرة» ص (331).

(5) ينظر: «المهذب للشيرازي» (211/3)، «العزیز شرح الوجيز» (495/10)، «التهذيب للبغوي» (177/7)، «المجموع» (41/19)، «أسنى المطالب» (87/4)، «تحفة المحتاج» (390/8)، «نهاية المحتاج» (259/7).

والمريض النفسي زائل الإدراك إذا قتل كان قتله من قبيل الخطأ تخريبياً على قتل المجنون، فكان حكمه كحكمه في الدية على العاقلة.

**المسألة الثانية : حكم الكفارة في حق المعتل النفسي الذي زال إدراكه :**

الكفارة من العقوبات المقررة في جرائم القتل، وهي عقوبة أصلية مشروعة بنص كتاب الله تعالى في سورة النساء في الآية (92)، وفي هذه المسألة إذا قتل المريض النفسي الذي أثر مرضه في إدراكه فهل تلزمه الكفارة؟!

تخرج على مسألة حكم الكفارة على المجنون القاتل، والعلماء مختلفون فيها على قولين :

• **القول الأول :** وجوب الكفارة على المجنون إذا قتل نفساً معصومة وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة<sup>(1)</sup>.

واحتج الجمهور لمذهبهم بقوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ)<sup>(2)</sup>، وهذه الآية عامة في كل قاتل المجنون منهم وإن لم يتوجه إليه الخطاب مباشرة، لكن توجه إليه خطاب الالتزام، والكفارة خطاب التزام كالدية<sup>(3)</sup>.

ونوقش استدلال الجمهور بالآية بأن الحق تعالى ابتداء الآية بالنهي عن القتل، والمجنون لا يتناوله النهي؛ لانعدام أهليته، وعدم تصور تكليفه لكونه لا يفهم الخطاب، ولا إثم عليه، فوجب إخراج المجنون من عموم هذه الآية؛ ولأن الكفارة حق لله تعالى، وليست حقاً مالياً محضاً، لقول النبي ﷺ : «رفع القلم عن ثلاثة...»<sup>(4)</sup>، والمجنون ممن رفع عنه التكليف، والكفارة مما رفع عنه أشبهت الصلاة والصيام وهي لا تجب عليه<sup>(5)</sup>.

وأجيب اعتراضهم بأن رفع القلم عن المجنون ونحوه لا يمنع وجوب حكم القتل في أموالهم، كما أنه لم يمنع وجوب الدية، والقياس على الصلاة والصيام منتقض بوجوب الغرم وجزاء الصيد، ثم إن الصلاة والصيام عبادتان بدنيتان بخلاف الكفارة فهي حق مالي فافتراقا<sup>(6)</sup>.

وردد ذلك بأن الكفارة شرعت لتغطية الإثم، والمجنون لا ذنب له، فلا تجب الكفارة في حقه؛ ولا يلزم المخطئ على ذلك؛ لأن الفرق ظاهر بينهما فالمخطئ مُفْرَطٌ، بخلاف المجنون لعدم القصد منه، فلم تصح منه الكفارة أشبهت كفارة اليمين والظهار ولا يصحان منه<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: «الشرح الكبير للدردير» (286/4)، «عقد الجواهر الثمينة» (1129)، «شرح الزرقاني على خليل» (82/8)، «نهاية المطلب» (86/17)، «مغني المحتاج» (375/5)، «نهاية المحتاج» (384/7)، «المبدع» (351/7)، «كشاف القناع» (66/6)، «شرح منتهى الإرادات» (328/3).

(2) سورة النساء، آية (92).

(3) ينظر: «الحاوي الكبير» (64/13).

(4) حديث صحيح سبق تخريجه.

(5) ينظر: «التجريد للقدوري» (5815/11)، «بدائع الصنائع» (252/7)، «الحاوي الكبير» (63/13)، «المغني» (513/8)، «الشرح الممتع» (184/14).

(6) ينظر: «الحاوي الكبير» (64/13)، «المغني» (514/8).

(7) ينظر: «التجريد للقدوري» (5812/11 – 5813).

وأجاب القائلون بوجوب الكفارة بأن كفارة اليمين والظهار لم تجب على المجنون لتعلقها بقوله، ولا اعتبار بقوله؛ وهذا بخلاف كفارة القتل لتعلقها بفعله وهو متحقق، فأوجب الضمان عليه، ويتعلق بالفعل ما لا يتعلق بالقول، ثم إنه حق مالي تعلق بالقتل فتعلقت به الكفارة قياساً على الدية<sup>(1)</sup>.

واعترض المانعون من وجوب الكفارة بأن الكفارة حق لله تعالى، وهي عبادة، ولا تصح العبادات من المجنون، ثم إن الدية لا يتحملها المجنون وإنما تتحملها العاقلة عنه فامتنع القياس عليها، ولما كان أحد البدلين في كفارة القتل الخطأ هو صوم شهرين متتابعين ولا يتصور بحال تكليفه به وهو جزء الكفارة، فإذا بطل تكليفه بأصل الخطاب لأحد البدلين بطل خطابه بالآخر لتساويهما، إذ سقوط أحدهما مستلزم سقوط الآخر<sup>(2)</sup>.

• القول الثاني : عدم وجوب الكفارة على المجنون إذا قتل نفساً معصومة، وهذا مذهب الحنفية، ووجه عند الحنابلة<sup>(3)</sup>.

واحتجوا لمذهبهم بحديث: «رفع القلم عن ثلاثة»<sup>(4)</sup>، وذكر منهم المجنون فلا تلزمه الكفارة؛ لأنه غير مخاطب بشرائع العبادات لامتناع تكليفه<sup>(5)</sup>.

ورد الجمهور استدلال الحنفية ومن وافقهم بأن الحديث اختص برفع الإثم عن المجنون، وهو لا يمنع وجوب حكم القتل في أموالهم كما لم يمنع وجوب الدية<sup>(6)</sup>.

وأجاب المانعون بأن إيجاب الكفارة في مال المجنون إيجاب لها في ذمته؛ لأن محل الكفارات الذمة، وهو غير مخاطب بنص الشرع فلم يصح إيجابها عليه، ثم إن الكفارة إنما شرعت لحو الإثم، وليس على المجنون إثم، فلم تجب الكفارة في حقه<sup>(7)</sup>.

## ✓ الترجيح :

والحق أن كلا القولين له حظ من النظر والتأمل، والأدلة قوية للمذهبيين، ولعل قول الحنفية ومن وافقهم في عدم وجوب الكفارة على المجنون القاتل هو أقرب للصواب من قول الموجبين، وقد وجدت بعض أهل العلم من المعاصرين استظهروا مذهب المانعين من وجوب الكفارة على المجنون، وجعلوا هذا المذهب أحرى في النظر، وأقوى في الحجة، قالوا : ومذهب الموجبين من الناحية الفقهية يحتاج إلى نظر، والموجبون للكفارة على المجنون لما علموا أن من خصال الكفارة صيام شهرين متتابعين وأنه لا يمكن أن يخاطب بها مجنون بحال انتقلوا إلى إيجاب المال؛ ويُعدُّ فدية من

(1) ينظر: «الحاوي الكبير» (64/13)، «المغني» (514/8).

(2) ينظر: «التجريد للقدوري» (5814/11)، «بدائع الصنائع» (252/7)، «شرح الزركشي على الخرقي» (207/6)، «التشريع الجنائي» (680/1)، «الجريمة لأبوزهرة» ص (332).

(3) ينظر: «بدائع الصنائع» (252/7)، «تبيين الحقائق» (139/6)، «العناية» (299/10)، «البحر الرائق» (388/8)، «حاشية ابن عابدين» (586/6)، وأما الوجه الذي أورده الحنابلة فهو لأبي الخطاب الكلوزاني في الانتصار، حكاه المرادوي في إنصافه (136/10)، وينظر: «الفروع» (14/10)، في باب كفارة القتل ذكر تخريجاً من الانتصار في إخراج الكفارة عن واجب الحج إذا تركه المحرم أنه لا يلزم المجنون؛ فكذا في كفارة القتل.

(4) حديث صحيح سبق تخريجه.

(5) ينظر: «التجريد للقدوري» (5812/11)، «بدائع الصنائع» (252/7).

(6) ينظر: «الحاوي الكبير» (64/13).

(7) ينظر: «التجريد للقدوري» (5812/11).

الصوم، وهو إطعام ستين مسكيناً، والبذل لا يجب إلا إذا وجب المبدل منه، والبذل هنا الإطعام، والمبدل منه الصوم، والصوم لا يمكن أن يخاطب به مجنون حال جنونه، فلما بطل المبدل منه، بطل البذل<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا فالمرضى النفسي زائل الإدراك إذا قتل فلا يجب عليه كفارة تخريجاً على قول المانعين من وجوب الكفارة على المجنون القاتل وهو ما تم ترجيحه كما سلف، والله تعالى أعلم.

**المسألة الثالثة : حكم إيقاع العقوبة في حق المعتل النفسي الذي زال إدراكه إذا قتل ثم أفاق:**  
إذا جنى المعتل النفسي زائل الإدراك ثم أفاق فما حكم عقوبته؟

تُخَرَّجُ هذه المسألة على اتفاق العلماء بأن المجنون إذا قتل معصوم الدم ثم أفاق بعد القتل فإنه لا يقتص منه، وإنما يقع عليه العقاب المالي وهو بذل الدية؛ فالعبرة بحاله حين وقوع الجريمة وهو إذ ذاك فاقد للقصد الصحيح، ولذا فهو غير مكلف التكليف الشرعي الذي هو أصل في خطابه، فارتفعت عنه المسؤولية الجنائية، ووجبت الدية وتحملها عاقلته، وقد أطبقت كلمة الفقهاء على أن من شروط القصاص العقل، والمجنون ليس من أهل العقوبة، فسقط عنه القصاص<sup>(2)</sup>.

ومستند اتفاقهم قوله عليه الصلاة والسلام: «رفع القلم عن ثلاثة؛ عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»<sup>(3)</sup>.

وبناءً على ما ذكر فالمرضى النفسي زائل الإدراك إذا قتل حال زوال إدراكه، ثم أفاق أو شفي من مرضه فأدرك بعدها، فلا قصاص عليه، بل تلزمه الدية وتحملها عاقلته.

**المبحث الثاني : (عقوبة المعتل نفسياً إذا كانت جنائته على ما دون النفس)؛ وفيه مطلبان :**

#### • المطلب الأول: عقوبته في حال جنائته على نفسه فيما دون النفس

لا يحل لشخص الاعتداء على جسده أو الإضرار بطرف من أطرافه بأي وسيلة كانت، ولأي سبب كان؛ لأن النفس الإنسانية ملك لخالقها، فلا يحل التصرف في هذه النفس إلا بما أذن الله به<sup>(4)</sup>. فإذا اعتدى المريض النفسي على شيء من أطرافه بإتلافٍ ونحوه أو جرح نفسه فلا يخلو من حالين :

– الحال الأول : كون المرض النفسي مؤثراً في إدراك الجاني على طرفه، أو جرح نفسه.

– والحال الثاني : ألا يؤثر المرض النفسي على إدراك من جنى على طرفه، أو آذى نفسه بجرح ونحوه.

وقد سبق تخريج الحال الأول على تصرفات المجنون أثناء الحديث عن جنائية المريض النفسي الذي زال إدراكه إذا جنى على نفسه فانتحر.

(1) ينظر: «الجريمة لأبوزهرة» ص (332)، «الشرح الممتع» لابن عثيمين (184/14).

(2) ينظر: «بداية المجتهد» (178/4)، «البيان للعمري» (303/11)، «المغني» (284/8)، «المجموع» (353/18)، «بدائع الصنائع» (234/7)، «تبيين الحقائق مع حاشية

الشلي» (139/6)، «البحر الرائق» (388/8)، «الذخيرة للقرافي» (273/12)، «مواهب الجليل» (232/6)، «التوضيح على ابن الحاجب» (72/8)، «أسنى المطالب»

(12/4)، «نهاية المحتاج» (267/7)، «الشرح الكبير على المقنع» (350/9)، «كشاف القناع» (521/5)، «شرح المنتهى» (265/3)، «الموسوعة الكويتية» (115/16).

(3) حديث صحيح سبق تخريجه.

(4) ينظر: «التشريع الجنائي» (447/1).

وأما الحال الثاني الذي لم يؤثر المرض فيها على إدراكه فهو كالصحيح، وقد قررنا هناك قول أكثر أهل العلم بأن الجاني على نفسه تكون جانيته هَدْرًا سواءً كان الجاني عامداً، أو مخطئاً، فكذلك يقال هنا بأنه إن جنى على أطرافه فجانيته هَدْرٌ؛ لأن الإنسان لا يثبت له مال على نفسه، وهو قول عامة أهل العلم حتى في الجناية على ما دون النفس<sup>(1)</sup>.

والفرق بين مسألة عقوبة المريض النفسي المنتحر، والمريض النفسي الجاني على أطرافه ظاهر؛ ففي مسألة الانتحار لا يتصور عقوبته لزهوق روحه، والأموات لا يخاطبون، أما في مسألة جانيته على الأطراف فعقوبته ممكنة، ولما لم يرد من الشارع الحكيم لها عقوبة مقدرة انتقلنا لتعزيره وهذا محل وفاق بين الفقهاء<sup>(2)</sup>.

والتعزير موكول إلى القاضي في تقديره، وهو مختصٌ بمسألة المريض النفسي الذي لم يتأثر إدراكه إذا جنى على أطرافه ونحوها.

أما المعتل النفسي الذي زال إدراكه إذا جنى على أطرافه فإنه يؤدب بضربٍ ونحوه استصلاحاً له، وزجراً عن إتيان مثل ذلك، ويكون هذا التأديب من وليه أبيه أو أمه؛ وهذا تخريج على تأديب الأبوين للصبي والمجنون لجرهم عن سيء الأخلاق واستصلاحاً لهم<sup>(3)</sup>.

يقول ابن تيمية<sup>(4)</sup> رحمه الله: «وكذلك المجنون يُضرب على ما فعله لينزجر؛ لكن العقوبة التي فيها قتل أو قطع هي التي تسقط عن غير المكلف»<sup>(5)</sup>.

وقد استثنى بعض العلماء الصبي الذي لا يعقل، والمجنون، فأسقطوا عنهم التعزير والتأديب؛ لأنهما ليسا من أهل العقوبة، ولا من أهل التأديب<sup>(6)</sup>.

والذي يجب أن يؤخذ بالاعتبار في هذه المسألة سواءً قلنا بتعزيره أو لم نقل به، أن أمثال هؤلاء المرضى يجب أن يخضعوا للعلاج الطبي والسلوكي، وإذا لمسنا منهم خطورة وإيذاءً لأنفسهم أو لغيرهم فالواجب منعهم، والأخذ على أيديهم، بل وحجرهم كفاً لأذاهم، وصيانة لهم ولغيرهم.

(1) ينظر: «المغني» (387/8)، «المجموع» (149/19)، «البيان للعمرائي» (590/11)، «الحاوي الكبير» (357/12)، «بدائع الصنائع» (276/7)، «البحر الرائق» (313/8)، «مواهب الجليل» (265/6)، «التاج والإكليل» (352/8)، «مغني المحتاج» (357/5)، «أسنى المطالب» (83/4)، «كشاف القناع» (13/6)، «شرح المنتهى» (296/3).

(2) ينظر: «العناية» (344/5)، «البحر الرائق» (46/5)، «تبيين الحقائق» (207/3)، «التاج والإكليل» (436/8)، «شرح الخرشبي» (110/8)، «منح الجليل» (355/9)، «المهذب» (373/3)، «أسنى المطالب» (161/4)، «نهاية المحتاج» (19/8)، «المبدع» (423/7)، «كشاف القناع» (121/6)، «شرح المنتهى» (364/3)، «التشريع الجنائي» (447/1)، «الموسوعة الكويتية» (256/12).

(3) وهذا قد قرره الفقهاء في تعزير الصغير، والمجنون في حكمه بل وأولى منه، لامتناع تكليفهما. ينظر: «البحر الرائق» (53/5)، «حاشية ابن عابدين» (78/4)، «النهر الفائق» (173/3)، قالوا: «والصغر لا يمنع وجوب التعزير»، وينظر: «الشرح الكبير للدردير» (354/4)، «التاج والإكليل» (436/8)، «شرح الزرقاني مع حاشية البناني» (200/8)، «أسنى المطالب» (162/4)، «مغني المحتاج» (525/5)، «إعانة الطالبين» (190/4)، «كشاف القناع» (122/6)، «مطالب أولي النهى» (221/6). (4) ابن تيمية: هو أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام أبو العباس تقي الدين ابن تيمية الحراني، العالم الجليل صاحب التصانيف، من أشهرها (درء تعارض العقل والنقل، ومنهاج السنة النبوية، والفتاوى، وغيرها) من بيت علمٍ ودين، مات معتقلاً بدمشق سنة 728 هـ. ينظر: «المقصد الأرشد» (132/1)، «الدرر الكامنة» (168/1).

(5) «منهاج السنة النبوية» (50/6)، وحكاها عن ابن تيمية في «الفروع» (107/10)، «والمبدع» (425/7)، «وإلنصاف» (241/10)، وغيرهم.

(6) ينظر: «بدائع الصنائع» (64/7).



وما ذكر في مسألة عقوبة المعتل النفسي الجاني على نفسه بالقتل من حيث وجوب الدية والكفارة يقال عنه هنا في مسألتنا هذه وهي عقوبته حال جنائته على نفسه فيما دون النفس، وقد أسلفنا أن الجماهير لم يوجبوا الدية والكفارة على قاتل نفسه؛ فكذا هنا لا دية ولا كفارة على من جنى على نفسه فيما دون النفس، والله تعالى أعلم وأحكم.

#### • المطلب الثاني : عقوبته في حال جنائته على غيره فيما دون النفس.

إذا أحدث المعتل النفسي جنائية على الغير بقطع طرف، أو إحداث جرح، أو تعطيل منافع الأعضاء، فلا يخلو ذلك من حالين :

– الحال الأول : كون المرض النفسي غير مؤثر على إدراك المريض وذلك مثل الأمراض العُصَابِيَّة كالقلق، والوسواس القهري، والاكتئاب ونحوها، فإذا جنح هؤلاء إلى ارتكاب جريمة اعتداء على الغير فكانت سبباً في قطع طرف من أطرافهم، أو جرحهم، أو تفويت منافع بعض الأعضاء، فهؤلاء المرضى الجناة مسؤولون عن جنائتهم؛ لأنهم في حكم الأسوياء وعقوبتهم القصاص فيفعل بهم كما فعلوه بغيرهم إذا تعمدوا العدوان، وتحققت المماثلة بين محل الجنائية ومحل القصاص، فإن لم تتحقق المماثلة انتقل إلى الدية، أو الأرش على ما قرره علماء الشريعة في شروط القصاص فيما دون النفس<sup>(1)</sup>.

– الحال الثاني : أن يكون المرض النفسي مؤثراً على إدراك المصاب به؛ كالمصابين بالذُّهَان، ومنه الفُصَام، والهوس الحاد، والصرع، ونحوها، فقد أوضحنا أن أمثال هؤلاء يخرجون على المجنون لاشتراكهم في زوال الإدراك، فإن جنوا على غيرهم فيما دون النفس فلا قصاص عليهم؛ لامتناع تكليفهم لفقدهم لشرطه وهو العقل بإجماع العلماء<sup>(2)</sup>؛ ومستند إجماعهم حديث علي رضي الله عنه المتقدم<sup>(3)</sup>، فإذا سقط القصاص تعينت الدية؛ وهي مما تحمله العاقلة كما مضى في مسألة القتل، وأن مذهب جماهير العلماء أن عمد المجنون خطأ؛ لأنه لا يتصور أن تقع منه الجنائية وهو يقصدها قصداً صحيحاً، ولذا اعتبر جمهور العلماء عمله من قبيل الخطأ. والله تعالى أعلم.

#### المبحث الثالث : (عقوبة المعتل نفسياً إذا كانت جنائته على نفس غير مكتملة "الجنين") :

إذا اعتدى المريض نفسياً على امرأة حامل بضرب ونحوه، أو أخافها فأجهضت، أو تعاطت المريضة النفسية دواء فأجهضت جنينها فلا يخلو ذلك من حالين :

– الحال الأول : خروج الجنين ميتاً.

– الحال الثاني : خروج الجنين حياً، ثم يموت بسبب الجنائية.

(1) ينظر: «بداية المجتهد» (190/4)، «المغني» (321/8)، «بدائع الصنائع» (297/7)، «الهداية» (449/4)، «الشرح الصغير للدردير» (347/4 – 351)، «التلقين» (186/2 – 187)، «أسنى المطالب» (22/4 – 23)، «نهاية المحتاج» (281/7 – 284)، «روضة الطالبين» (178/9 – 188)، «كشاف القناع» (548/5)، «شرح المنتهى» (282/3)، «الموسوعة الكويتية» (64/16 – 68)، «الفقه الإسلامي للزحيلي» (5738/7 – 5742).

(2) ينظر: «بداية المجتهد» (188/4)، «الحاوي الكبير» (33/12)، وقد ذكر الفقهاء سقوط القصاص عن المجنون في النفس، فسقوطه فيما دون النفس من باب أولى. ينظر: «بدائع الصنائع» (297/7)، «حاشية ابن عابدين» (532/6)، «الشرح الكبير للدردير» (237/4)، «منح الجليل» (5/9)، «نهاية المحتاج» (267/7)، «الإقناع للشريبي» (497/2)، «كشاف القناع» (520/5)، «شرح المنتهى» (265/3).

(3) وهو حديث: «رفع القلم عن ثلاثة...» الحديث، وهو حديث صحيح كما مضى.

## المطلب الأول : عقوبته في حال خروج الجنين ميتا :

أجمع العلماء على أن عقوبة إسقاط الجنين الدية؛ ودية الجنين ذكرا كان أو أنثى غُرَّة وهي: عبدٌ أو أمة ثمنها نصف عشر الدية الكاملة<sup>(1)</sup>.

وحجتهم في ذلك عدة أحاديث منها: الحديث المتفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : «اقتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بجرح فقتلتها وما في بطنها، فاخصموا إلى النبي ﷺ فقضى أن دية جنينها غُرَّة؛ عبدٌ أو وليدة، وقضى أن دية المرأة على عاقلتها»<sup>(2)</sup>.

وجمهور العلماء رحمهم الله تعالى مع اتفاقهم في وجوب الغُرَّة دية عن الجنين، إلا أنهم اختلفوا في من تجب عليه الغُرَّة على عدة أقوال :

■ القول الأول : تجب الغُرَّة على عاقلة الجاني؛ لأن الجناية على الجنين لا يتصور فيها العمد، ويستوي في ذلك كون الجناية على الحامل عمداً أو شبهه، أو خطأ؛ وهذا مذهب الحنفية وصحيح مذهب الشافعية<sup>(3)</sup>.

■ القول الثاني : تجب الغُرَّة في مال الجاني في حال العمد والخطأ إلا إذا بلغت في حال كانت الجناية خطأ ثلث الدية فأكثر فحينها تحملها العاقلة؛ ومثال ذلك: لو جنى مجوسي على امرأة فأسقط جنينها فالغُرَّة الواجبة هنا أكثر من ثلث دية الجاني؛ لأن دية المجوسي ستة وستون ديناراً وثلث الدينار، وثلث ديته اثنان وعشرون وسدس، وثلث السدس، والأم ديتها خمس مائة دينار، وعشرها خمسون ديناراً فكانت أكثر من ثلث دية الجاني؛ وهذا مذهب المالكية<sup>(4)</sup>، وقول في مذهب الشافعية وهو مقابل المعتمد في مذهبهم<sup>(5)</sup>.

■ القول الثالث : تجب الغُرَّة على العاقلة في حال كانت الجناية على الحامل خطأ، أو شبه عمد، ومات الجنين مع أمه، وأما إن تعمد قتل الحامل فماتت، أو انفصل جنينها ميتاً فالغُرَّة في مال الجاني نفسه، ولا تحمله عاقلته؛ وهذا مذهب الحنابلة<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: «المطلع» ص (444)، «المصباح المنير» (444/2)، «التعريفات للجرجاني» ص (161)، «شرح حدود ابن عرفة» ص (482)، «القاموس الفقهي» ص (273).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب جنين المرأة، ح(6910)، ومسلم في كتاب القسامة، باب دية الجنين، ح(1681)، وينظر اتفاق العلماء على مسألة وجوب الغُرَّة ديةً للجنين في «الإشراف لابن المنذر» (15/8)، «بداية المجتهد» (198/4)، «المغني» (404/8)، «تبيين الحقائق» (139/6)، «حاشية ابن عابدين» (587/6)، «الشرح الكبير للدردير» (268/4)، «منح الجليل» (98/9)، «أسنى المطالب» (89/4)، «تحفة المحتاج» (39/9)، «كشاف القناع» (23/6)، «شرح المنتهى» (304/3).

(3) ينظر: «حاشية ابن عابدين» (588/6)، «تبيين الحقائق» (139/6)، «نهاية المحتاج» (383/7)، «مغني المحتاج» (372/5).

(4) ينظر: «الشرح الكبير للدردير» (268/4)، «شرح الخرخشي» (33/8).

(5) ينظر: «نهاية المحتاج» (383/7)، «مغني المحتاج» (372/5).

(6) ينظر: «كشاف القناع» (62/6)، «شرح المنتهى» (327/3).

وما ذكره أنصار القول الأول قوي من حيث الدليل حيث استدلوا بحديث المغيرة بن شعبة<sup>(1)</sup> رضي الله عنه: «أن امرأتين ضربت إحداهما بعمود فأسقطت، فرغ ذلك للنبي ﷺ ففضى فيه بغرة، وجعله على أولياء المرأة»<sup>(2)</sup>.

وهذا الحديث بهذه الرواية أفاد أن الغرة على عاقلة الجاني، ولم يذكر فيها موت أم الجنين، ولا ذكر ديتها كما ورد في روايات أخرى، فكان حجة على من جعل دية الجنين على العاقلة إذا مات مع أمه من الضربة، والله تعالى أعلم.

**مسألة: هل تجب الكفارة على الجاني بالضرب حال خروج الجنين ميتاً؟**  
فيها قولان للعلماء:

■ **القول الأول:** استحباب الكفارة في حق الجاني إذا تسبب في إسقاط الجنين، ومات بفعله؛ وهذا مذهب الحنفية والمالكية<sup>(3)</sup>.

واحتجوا لمذهبهم بأن النبي ﷺ قضى فيها بالغرة، ولم يذكر كفارة، فلو كانت واجبة لبينها، والكفارة فيها معنى العقوبة؛ لأنها شرعت للزجر، وفيها معنى العبادة لاشتمالها على الصوم فوجبت في النفوس المطلقة فلا يتعداها لغيرها؛ لأن الكفارات مقدرات شرعية ولا قياس فيها.

ونوقش هذا الاستدلال بأن ترك ذكر الكفارة لا يمنع وجوبها؛ ودليل ذلك قول النبي ﷺ: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل»<sup>(4)</sup>، وذكر الدية في مواضع، ولم يذكر الكفارة، مع العلم بوجوبها، فكذلك في هذه المسألة، فالآية نصت على ذكر الكفارة، فاستغني عن إيرادها في موضع آخر اكتفاءً بها<sup>(5)</sup>.

■ **القول الثاني:** وجوب الكفارة على من تسبب في إسقاط الجنين وخروجه ميتاً؛ وهو مذهب الشافعية والحنابلة وجمع من العلماء<sup>(6)</sup>.

(1) المغيرة: هو أبو عبد الله المغيرة بن شعبة بن أبي عامر الثقفي، صاحب رسول الله ﷺ، وأحد دهاة العرب وقادتهم. أسلم عام الخندق، وتوفي سنة 50 هـ ينظر: «الاستيعاب» (1445/4)، «معرفة الصحابة لأبي نعيم» (2582/5).

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة، باب دية الجنين، ح (1682)، قال ابن الملقن: «وفي رواية لأبي داود والنسائي "وجعله على عاقلة المرأة"، وفي رواية الترمذي "على عصابة المرأة"». «البدر المنير» (477/8).

(3) ينظر: «تبيين الحقائق» (141/6)، «فتح القدير» (306/10)، «عقد الجواهر الثمينة» (1129/3)، «التاج والإكليل» (352/8).

(4) هذا الحديث قطعة من حديث عمرو بن حزم رضي الله عنه في الديات، وهو عند الأكثر "في النفس مائة من الإبل" دون تقييد النفس بالإيمان، والحديث رواه مالك في الموطأ (849/2)، والدارمي في السنن (1530/3) ح (2410)، والمروزي في السنة ص (66)، وفيه زيادة "المؤمنة"، وأخرجه النسائي في الكبرى (373/6) ح (7029)، وفي المجتبى (57/8)، ح (4853)، وابن حبان في صحيحه (501/14) ح (6559)، والحاكم في المستدرک (552/1)، ح (1447)، والبيهقي في الكبرى (149/4) ح (7255)، وبزيادة "المؤمنة" (174/8)، وفي الصغرى (246/3) ح (3070)، ومدار الحديث على سليمان بن داود الخولاني، وقد ضعفه بعض الحفاظ، ووثقه آخرون؛ وممن وثقه ابن حبان، وابن أبي حاتم، وأبو زرعة، والدارقطني، والحاكم، والدارمي.

وبعد أن ساق البيهقي الحديث روى بإسناده عن أحمد بن حنبل أنه سأله عن الحديث فقال: أرجو أن يكون صحيحاً، وقال ابن عبد البر: «كتاب عمرو بن حزم مشهور معروف ما فيه عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد؛ لأنه أشبه التواتر في مجيئه لتلقي الناس له بالقبول». «الاستذكار» (37/8)، «التمهيد» (338/17)، وينظر: «البدر المنير» (377/8)، «التلخيص الحبير» (56/4). وصححه الألباني في الإرواء (158/1، 305/7).

(5) ينظر: «المغني» (417/8).

(6) ينظر: «الإشراف لابن المنذر» (24/8)، «المغني» (417/8)، «البيان للعمري» (624/11).

ودليل أصحاب هذا القول الآية في قوله تعالى : ( وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ <sup>(1)</sup> ) ، وقال تعالى : ( وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ <sup>(2)</sup> ) .

والجنين إن كان من أبوين مؤمنين أو أحدهما مؤمناً فمحكوماً بإيمانه تبعاً، وإن كان ذمياً فهو من قوم بيننا وبينهم ميثاق فدخل في عموم الآية، ثم إن الجنين إذا أسقط ومات نفسه مضمونة بالدية فوجبت الكفارة قياساً على الكبير <sup>(3)</sup> .

#### ✓ الترجيح :

والراجح والعلم عند الله القول الثاني الذي يوجب الكفارة في حق الجناني على الجنين.

وبناءً على ما تقدم من ترجيح فالمعتل النفسي إذا جنى على امرأة حامل فأسقط حملها، ومات الجنين فيجب عليه الغرة وتحملها عاقلته، ويلزمه كفارة القتل؛ وهذا في حال كان مرضه غير مؤثر على إدراكه.

أما إذا كان المرض مؤثراً على إدراكه فالدية على عاقلته ولا كفارة عليه؛ تخريجاً على الراجح من أقوال العلماء في أن المجنون لا تلزمه كفارة القتل.

#### المطلب الثاني : عقوبته في حال خروج الجنين حياً ثم يموت من الجنائية :

فجماهير العلماء على أن فيه الدية كاملة، وقيدة المالكية بوجوب الدية كاملة مع القسامة <sup>(4)</sup> من أولياء الدم أن موته بفعل الجناني <sup>(5)</sup>، والدية على العاقلة بلا خلاف، ويلزمه الكفارة؛ لأنه جنى على نفس معصومة.

وعلى هذا فالمعتل النفسي الذي لم يزل إدراكه إذا ضرب بطن امرأة حامل فسقط الجنين حياً بأن استهل صارخاً، أو نحو ذلك ثم بقي لحظة فمات بعدها بفعل الضربة فيلزمه الدية وتحملها العاقلة، وتلزمه كفارة القتل؛ لأن الجنين صار من جملة الأحياء.

أما المعتل النفسي زائل الإدراك فتلزمه الدية وهي على عاقلته، ولا يلزمه كفارة بناء على ما سبق في أن المجنون إذا قتل نفساً معصومة فلا يلزم التكفير، والله تعالى أعلم بالصواب.

(1) سورة النساء، آية (92).

(2) سورة النساء، آية (92).

(3) ينظر: «البيان للعمري» (625/11)، «المغني» (417/8).

(4) القسامة: حلف خمسين يمينا لإثبات الدم. ينظر: «القوانين الفقهية» ص (572)، «معجم لغة الفقهاء» ص (362).

(5) ينظر: «الإشراف لابن المنذر» (19/8)، «الاستدكار» (76/8)، «المغني» (413/8)، «حاشية ابن عابدين» (588/6)، «تبيين الحقائق» (140/6)، «الشرح الكبير

للدردير» (269/4)، «شرح الزرقاني» (56/8)، «أسنى المطالب» (89/4)، «تحفة المحتاج» (39/9 - 40)، «كشاف القناع» (25/4)، «شرح المنتهى» (306/3).

وبخلاصة ما تم عرضه من مسائل في شأن العقوبات الجنائية للمعتل نفسياً ما يأتي :

- معظم حالات الانتحار ناشئة عن اضطرابات نفسية.
- الشريعة الإسلامية تحرم الانتحار مطلقاً.
- الجاني على نفسه بالقتل جنايته هدر سواء تعمد القتل أو أخطأ فيه، وليس عليه ولا على عاقلته ضمان الدية ، ولا كفارة في هذا القتل.
- المعتل النفسي الذي لم يؤثر مرضه في إدراكه إذا قتل معصوماً فعقوبته القصاص ، ولا كفارة عليه لعظم الجرم الذي أقدم عليه.
- إذا جنى المعتل النفسي الذي لم يزل إدراكه ثم طرأ عليه الجنون لم ترتفع عقوبته بل يقتصر منه ؛ لأن الاعتبار في العقوبات بحال الجنايات وهو حين جنايته مكلف مختار.
- المعتل النفسي الذي أثر المرض على إدراكه إذا قتل معصوماً فلا قصاص عليه ؛ لفقده شرط وجوب القصاص وهو التكليف.
- امتناع التكليف مسقط للعقوبة البدنية ؛ ولكنه غير مسقط للعقوبة المالية ، فتجب الدية على عاقلة المعتل النفسي زائل الإدراك إذا قتل معصوماً ؛ لأن عمده خطأً تخريباً على رأي جمهور العلماء في أن عمد المجنون خطأً.
- لا تجب الكفارة في حق المعتل النفسي زائل الإدراك إذا قتل نفساً معصومة لامتناع تكليفه نصاً.
- إذا جنى المعتل النفسي زائل الإدراك فقتل معصوماً ثم أفاق بعدها لم يلزمه أكثر من العقوبة المالية وهو بذل الدية وهي على عاقلته كما سلف ، ويمتنع إقامة عقوبة القصاص عليه ؛ لأن المعول عليه وقت جنايته وهو إذ ذاك لا إدراك له فأسقط ذلك عقوبته البدنية.
- لا يحل لإنسان الإضرار بأطرافه ولا التصرف في بدنه إلا بما أذن الله به.
- المعتل النفسي الذي لم يزل إدراكه إذا جنى على أطرافه فجنايته هدر ولا دية ولا كفارة في هذه الجناية .
- المعتل النفسي الذي زال إدراكه إذا أذى نفسه بقطع طرف من أطرافه ونحوه يؤديب استصلاحاً وزجراً، ويكون تأديبه من وليه ، تخريباً على تأديب الأبوين للصبي والمجنون.
- لا يتصور عقوبة المنتحر لزهوق روحه ، بخلاف الجاني على أطرافه فعقوبته ممكنة ، ولما لم يحددها الشرع كانت عقوبته التعزير على فعله ذلك ؛ لأن النفس ملك الخالقها ، وتقدير عقوبته موكول للقضاء الشرعي.
- لا تجب الدية ولا الكفارة في حق المعتل نفسياً الزائل الإدراك إذا قطع طرفاً من أطرافه أو أذهب منفعة عضو من أعضائه.
- أصحاب العلل النفسية يجب أن يخضعوا للعلاج النفسي والسلوكي كفاً لأذاهم وصيانة لهم ولغيرهم.
- المعتل النفسي الذي لم يزل إدراكه إذا جنى على الغير بقطع طرف أو فوت منفعة بعض الأعضاء فعقوبته القصاص إذا تحققت المماثلة ، وإلا انتقلنا للدية أو الأرش.
- المعتل النفسي الذي زال إدراكه إذا جنى على أطراف الآخرين ونحو ذلك يسقط عنه القصاص وتتعين الدية وتحملها العاقلة.
- عقوبة إسقاط الجنين إذا خرج ميتاً غرةً وهي: عبد أو أمة ثمنها نصف عشر الدية الكاملة وتحملها العاقلة، سواء كانت الجناية من معتل نفسي زال إدراكه أو كان مدركا.

- تلزم كفارة القتل المعتل النفسي الذي لم يزل إدراكه إذا جنى على الجنين ومات ، ولا تلزم المعتل النفسي الزائل الإدراك تخريجا على القول بأن المجنون لا تلزمه كفارة القتل.
  - عقوبة إسقاط الجنين إذا خرج حيا ثم مات بسبب الجناية دفع الدية كاملة وتحملها العاقلة سواء وقعت الجناية من المعتل النفسي سليم الإدراك أو من زال إدراكه.
  - تلزم كفارة القتل المعتل النفسي الذي لم يزل إدراكه ؛ لأن الجنين صار من جملة الأحياء ، ولا تلزم المعتل النفسي الذي زال إدراكه تخريجا على عدم لزوم الكفارة للمجنون.
- وختاما أحمد الله الذي وفقني في ابتدائه وأعانني على انتهائه ، فله الحمد كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه ، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا وحبيبنا محمد وعلى آله وصحابه والتابعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين

#### ✓ قائمة المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم.
- الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان: محمد بن حبان أبو حاتم البستي. ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي. تحقيق: شعيب الأرنؤوط. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: الأولى - 1408 هـ.
- الإرشاد إلى سبيل الرشاد: محمد بن أحمد بن أبي موسى الهاشمي البغدادي. تحقيق: د. عبد الله التركي. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: الأولى، 1419 هـ.
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: محمد ناصر الدين الألباني. تحقيق: زهير الشاويش. المكتب الإسلامي. بيروت. ط: الثانية - 1405 هـ.
- الاستذكار: يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي. تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى - 1421 هـ.
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب: يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي. تحقيق: علي البجاوي. دار الجيل، بيروت. ط: الأولى - 1412 هـ .
- أسد الغابة في معرفة الصحابة: عز الدين ابن الأثير الجزري. تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى - 1415 هـ.
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري. دارالكتاب الإسلامي. القاهرة.
- الإشراف على مذاهب العلماء: لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري. تحقيق: صغير أحمد الأنصاري. مكتبة مكة الثقافية. رأس الخيمة. ط: الأولى - 1425 هـ.
- الإصابة في تمييز الصحابة: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني. تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض. دار الكتب العلمية . بيروت. ط: الأولى - 1415 هـ.
- الأصل المعروف بالمبسوط: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني. تحقيق: أبو الوفا الأفغاني. إدارة القرآن والعلوم الإسلامية. كراتشي.
- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: لأبي بكر المشهور بالبكري بن محمد شطا الدمياطي. دار الفكر. بيروت. ط: الأولى - 1418 هـ.
- الأعلام: خير الدين الزركلي. دار العلم للملايين. بيروت. ط: الخامسة عشرة. مايو 2002م.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي. دار الفكر. بيروت.

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي. دار إحياء التراث العربي. بيروت. ط: الثانية.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين ابن نجيم الحنفي. ومعه: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين. دار الكتاب الإسلامي. القاهرة. ط: الثانية.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر الكاساني الحنفي. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الثانية- 1406هـ.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد. دار الحديث. القاهرة. 1425هـ .
- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير: سراج الدين ابن الملتن. تحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرين. دار الهجرة. الرياض. ط: الأولى- 1425هـ.
- البناية شرح الهداية: بدر الدين العيني. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى- 1420هـ.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين العمراني اليميني الشافعي. تحقيق: قاسم محمد النوري. دار المنهاج. جدة. ط: الأولى، 1421 هـ.
- التاج والإكليل لمختصر خليل : لأبي عبد الله المواق. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى- 1416هـ.
- تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام : شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي. تحقيق: د. بشار معروف. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ط: الأولى - 2003 م.
- تاريخ بغداد: أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي. تحقيق: د. بشار معروف. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ط: الأولى- 1422هـ.
- تاريخ دمشق: علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر. تحقيق: عمرو بن غرامة العمروي. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت. 1415 هـ.
- التبصرة: علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي. دراسة وتحقيق: د. أحمد عبد الكريم نجيب. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. قطر. ط: الأولى- 1432 هـ.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي: فخر الدين الزيلعي الحنفي. المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق. القاهرة. ط: الأولى- 1313 هـ.
- التجريد: أحمد بن محمد أبو الحسين القدوري الحنفي. تحقيق: أ. د محمد سراج ، أ. د علي جمعة. دار السلام. القاهرة. ط: الثانية- 1427 هـ.
- التحجيل في تخريج ما لم يخرج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل: عبد العزيز بن مرزوق الطريفي. مكتبة الرشد. الرياض. ط: الأولى، 1422 هـ.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج : لابن حجر الهيتمي. المكتبة التجارية الكبرى بمصر. 1357هـ.
- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي: عبد القادر عودة. دار الكاتب العربي. بيروت.
- التعريفات: علي بن محمد الشريف الجرجاني. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى- 1403هـ .
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى- 1419هـ.



- التلقين في الفقه المالكي: للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي. تحقيق: محمد بو خبزة. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى - 1425هـ.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي. تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري. وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية. المغرب. 1387 هـ.
- تهذيب التهذيب: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني. مطبعة دائرة المعارف النظامية. الهند. ط: الأولى - 1326هـ.
- التهذيب في فقه الإمام الشافعي: الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي. تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى - 1418 هـ.
- توضيح الأحكام من بلوغ المرام: عبد الله البسام. مكتبة الاسدي. مكة المكرمة. ط: الخامسة - 1423هـ.
- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري . تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب. مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث. ط: الأولى - 1429هـ .
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري. محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي. تحقيق: محمد زهير الناصر. دار طوق النجاة. بيروت. (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي). ط: الأولى - 1422هـ.
- الجرح والتعديل: ابن أبي حاتم الرازي. دار إحياء التراث العربي. بيروت. ط: الأولى - 1271 هـ.
- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي "الجريمة": محمد أبو زهرة. دار الفكر العربي. القاهرة. 1998م.
- الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري: لأبي بكر الزبيدي. المطبعة الخيرية. ط: الأولى - 1322هـ.
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني: لأبي الحسن الماوردي. تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى - 1419 هـ.
- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: ابن حجر العسقلاني. تحقيق: محمد عبد المعيد. مجلس دائرة المعارف العثمانية. حيدر آباد. ط: الثانية - 1392هـ.
- الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: علاء الدين الحصكفي الحنفي. تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى - 1423هـ.
- الذخيرة: شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي. تحقيق: محمد حجي وآخرين. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ط: الأولى - 1994م.
- رد المختار على الدر المختار شرح تنوير البصار: محمد أمين الشهير بابن عابدين الحنفي. دار الفكر. بيروت. ط: الثانية - 1412هـ.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين: محيي الدين يحيى بن شرف النووي. تحقيق: زهير الشاويش. المكتب الإسلامي. بيروت. ط: الثالثة - 1412هـ.
- سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة: محمد ناصر الدين الألباني. دار المعارف. الرياض. ط: الأولى - 1412 هـ.

- السنة: محمد بن نصر بن الحجاج المروزي. تحقيق: سالم أحمد السلفي. مؤسسة الكتب الثقافية. بيروت. ط: الأولى - 1408هـ.
- سنن أبي داود: لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني. تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد. المكتبة العصرية. بيروت.
- سنن الدارقطني: لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: الأولى 1424هـ.
- سنن الدارمي ، وهو مسند الدارمي: عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، التميمي السمرقندي. تحقيق: حسين سليم أسد. دار المغني. الرياض. ط: الأولى - 1412 هـ.
- السنن الصغير: أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي. تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي. جامعة الدراسات الإسلامية. كراتشي. ط: الأولى - 1410هـ.
- السنن الكبرى: أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي. تحقيق: محمد عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الثالثة - 1424 هـ.
- السنن الكبرى: أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي. حققه: حسن عبد المنعم شلبي. أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: الأولى - 1421 هـ.
- سنن النسائي (المجتبى): أحمد بن شعيب النسائي. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. مكتب المطبوعات الإسلامية. حلب. ط: الثانية - 1406هـ.
- سير أعلام النبلاء: شمس الدين الذهبي. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: الثالثة - 1405 هـ.
- الشامل في فقه الإمام مالك: بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدميريّ الدمياطيّ المالكي. ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب. مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث. ط: الأولى - 1429هـ.
- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: محمد مخلوف. علق عليه: عبد المجيد خيالي. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى - 1424هـ.
- شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني: قاسم بن عيسى التنوخي القيرواني. اعتنى به: أحمد فريد المزيدي. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى، 1428 هـ.
- شرح الزرقاني على مختصر خليل: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري. تحقيق: عبد السلام محمد أمين. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى - 1422 هـ.
- شرح الزركشي على مختصر الخرقي: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي. تحقيق: د. عبد الله بن جبرين. دار العبيكان. الرياض. ط: الأولى - 1413هـ.
- شرح السنة: الحسين بن مسعود بن محمد البغوي الشافعي. تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش. المكتب الإسلامي. بيروت. ط: الثانية - 1403هـ.
- شرح صحيح البخاري: علي بن خلف بن عبد الملك ابن بطلال المالكي. تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم. مكتبة الرشد. الرياض. ط: الثانية، 1423هـ.

- الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: الشرح الصغير لأحمد الدردير العدوي، والحاشية لأحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي. دار المعارف. مصر.
- الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي. دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع. القاهرة. أشرف على طباعته محمد رشيد رضا.
- الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الشرح الكبير للعلامة أحمد الدردير العدوي ، والحاشية لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي. دار الفكر. بيروت.
- شرح حدود ابن عرفة: محمد بن قاسم الرصاع. المكتبة العلمية. ط: الأولى-1350هـ.
- شرح مختصر خليل للخرشي: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي. دار الفكر للطباعة. بيروت.
- شرح مشكل الآثار: لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي. تحقيق: شعيب الأرنؤوط. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: الأولى - 1415 هـ.
- الشرح المتمتع على زاد المستقنع: محمد بن صالح العثيمين. دار ابن الجوزي. الرياض. ط: الأولى - 1422 - 1428 هـ.
- شرح منتهى الإرادات: منصور بن يونس البهوتي. عالم الكتب القاهرة. ط: الأولى-1414هـ.
- شفاء الغليل في حل مقفل خليل: لأبي عبد الله محمد بن أحمد المكناسي. تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب. مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث. القاهرة. ط: الأولى - 1429 هـ.
- صحيح ابن خزيمة: محمد بن إسحاق بن خزيمة النيسابوري. تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي. المكتب الإسلامي. بيروت.
- طبقات الفقهاء : لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي. وهذبه محمد بن مكرم ابن منظور، تحقيق: إحسان عباس. دار الرائد العربي. بيروت. ط: الأولى - 1970م.
- الطبقات الكبرى : محمد بن سعد البغدادي المعروف بابن سعد. تحقيق: محمد عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى - 1410 هـ.
- العدة شرح العمدة: عبد الرحمن بن إبراهيم بهاء الدين المقدسي. دار الحديث. القاهرة. 1424هـ.
- العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير: عبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي الشافعي. تحقيق: علي عوض وعادل عبد الموجود. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى - 1417 هـ.
- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس المالكي. تحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحر. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ط: الأولى - 1423 هـ.
- علم النفس الجنائي: د. محمد شحاتة ربيع وآخرين. دار غريب للطباعة. القاهرة.
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري: بدر الدين العيني الحنفي. دار إحياء التراث العربي. بيروت.
- العناية شرح الهداية: أكمل الدين البابر تي الحنفي. دار الفكر. بيروت.
- عون المعبود شرح سنن أبي داود ومعه حاشية ابن القيم تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته: محمد أشرف العظيم آبادي. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الثانية - 1415 هـ.
- عيون المسائل: للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي. تحقيق: علي بورويبة. دار ابن حزم بيروت. ط: الأولى - 1430 هـ.
- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: زكريا بن محمد الأنصاري. المطبعة الميمنية. القاهرة.

- فتح الباري شرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي. رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي ، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب ، دار المعرفة . بيروت. 1379هـ.
- فتح القدير شرح الهداية: كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام. دار الفكر. بيروت.
- الفروع ومعه تصحيح الفروع: الفروع لمحمد بن مفلح شمس الدين المقدسي الصلحي الحنبلي ، والتصحيح لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي. تحقيق: عبد الله التركي. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: الأولى - 1424 هـ.
- الفقه الإسلامي وأدلته: أ.د/ وهبة الزحيلي. دار الفكر. دمشق. ط: الرابعة.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي. دار الفكر. بيروت. 1415هـ.
- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً: الدكتور سعدي أبو حبيب. دار الفكر. دمشق. ط: الثانية - 1408 هـ .
- القوانين الفقهية: محمد بن أحمد الشهرير بابن جزيّ الغرناطي. تحقيق: ملجد الحموي. دار ابن حزم. بيروت. ط: الأولى - 1434هـ.
- الكافي في فقه الإمام أحمد: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى - 1414 هـ.
- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لأبي بكر ابن أبي شيبة. تحقيق: كمال يوسف الحوت. مكتبة الرشد. الرياض. ط: الأولى - 1409هـ.
- كشف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس البهوتي. دار الكتب العلمية. بيروت.
- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: علاء الدين الشهرير بلتقي الهندي. تحقيق: بكري حيانو صفوة السقا. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: الخامسة - 1401هـ.
- المبدع في شرح المقنع: برهان الدين ابن مفلح. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى - 1418هـ.
- المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي الحنفي. دار المعرفة. بيروت. 1414هـ.
- المجموع شرح المهذب ، مع تكملة السبكي والمطيعي: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، وأكملة السبكي والمطيعي. دار الفكر. بيروت.
- مجموع فتاوى ابن تيمية: تقي الدين ابن تيمية الحراني. تحقيق: عبد الرحمن بن قاسم. طباعة مجمع الملك فهد. المدينة المنورة. 1416هـ.
- المختصر الفقهي: محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي. تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير. مؤسسة خلف أحمد الحبثور للأعمال الخيرية. دبي. ط: الأولى - 1435 هـ.
- مختصر المزني (مطبوع ملحقاً بالأمر للشافعي): إسماعيل بن يحيى أبو إبراهيم المزني. دار المعرفة. بيروت. 1410هـ.
- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: علي بن سلطان محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري. دار الفكر. بيروت. ط: الأولى - 1422هـ.
- المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين: للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بابن الفراء. تحقيق: د. عبد الكريم اللاحم. مكتبة المعارف. الرياض. ط: الأولى - 1405هـ.

- المستدرک علی الصحیحین: لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري. تحقيق: مصطفى عطا. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى-1411هـ.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل: أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: الأولى- 1421 هـ.
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم = صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- مشاهير علماء الأمصار وأعلام فقهاء الأقطار: محمد بن حبان البستي. تحقيق: مرزوق عليابراهيم. دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع. المنصورة. ط: الأولى 1411 هـ.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد الفيومي. المكتبة العلمية. بيروت.
- المصنف: عبد الرزاق بن همام الصنعاني. تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. المكتب الإسلامي. بيروت. ط: الثانية- 1403هـ.
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد الرحباني. المكتب الإسلامي. بيروت. ط: الثانية- 1415هـ.
- المطلع على ألفاظ المقنع: محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلبي. تحقيق: محمود الأرنؤوط وباسين محمود الخطيب. مكتبة السوادي. جدة. ط: الأولى- 1423هـ.
- المعجم الأوسط: سليمان بن أحمد أبو القاسم الطبراني. تحقيق: طارق بن عوض الله ، عبد الحسن بن إبراهيم الحسيني. دار الحرمين. القاهرة.
- معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي وآخرين. دار النفائس. بيروت. ط: الثانية- 1408هـ.
- معرفة الصحابة: لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني. تحقيق: عادل بن يوسف العزازي. دار الوطن للنشر. الرياض. ط: الأولى- 1419 هـ.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للخطيب الشربيني. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى- 1415هـ.
- المغني: موفق الدين ابن قدامة المقدسي. مكتبة القاهرة. مصر. 1388هـ.
- المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد: برهان الدين ابن مفلح. تحقيق: د. عبد الرحمن العثيمين. مكتبة الرشد. الرياض. ط: الأولى-1410هـ.
- الممتع في شرح المقنع: زين الدين ابن المنجي التنوخي الحنبلي. تحقيق: عبد الملك بن دهيش. ط: الثالثة- 1424 هـ.
- منح الجليل شرح مختصر خليل: محمد بن أحمد بن محمد عlish المالكي. دار الفكر. بيروت. 1409هـ.
- المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي. تحقيق: أ. د. عبد الله بن محمد المطلق. دار كنوز إشبيليا. الرياض. ط: الأولى- 1427 هـ.
- منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية الحراني. تحقيق: محمد رشاد سالم. جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. الرياض. ط: الأولى- 1406 هـ.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي: لأبي إسحاق إبراهيم بن الشيرازي. دار الكتب العلمية. بيروت.

- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: شمس الدين الخطاب الرعيني المالكي. دار الفكر. بيروت. ط: الثالثة-1412هـ.
- الموسوعة الفقهية الكويتية: صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت. ط: (1404-1427هـ).
- موطأ الإمام مالك: مالك بن أنس الأصبحي المدني. علق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي. بيروت. 1406 هـ.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبي العباس شهاب الدين الرملي. دار الفكر. بيروت. ط: أخيرة -1404هـ.
- نهاية المطلب في دراية المذهب: لأبي المعالي الجويني. تحقيق: أ.د/ عبد العظيم الديب. دار المنهاج. جدة. ط: الأولى-1428هـ.
- النهر الفائق شرح كنز الدقائق: سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي. تحقيق: أحمد عزو عناية. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى -1422هـ.
- الهداية في شرح بداية المبتدي: برهان الدينعلي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق: طلال يوسف. دار إحياء التراث العربي. بيروت.
- الوافي بالوفيات: صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي. تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى. دار إحياء التراث. بيروت. 1420هـ.
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: شمس الدين ابن خلكان. تحقيق: إحسان عباس. دار صادر. بيروت.
- المواقع الإلكترونية الآتية :

- <https://www.webtab.com/articles/17317>

- <https://ar.wikipedia.org/wiki/انتحار>

## الفُروقُ في نظام المرافعات الشرعية السُّعُوديَّة

### (دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام)



أ.د. عبدالرحمن بن نافع السلمي

أستاذ الدراسات القضائية بجامعة الملك

عبدالعزیز بجدة- المملكة العربية السعودية

مستخلص البحث :

يستطلع هذا البحث الفروق بين المصطلحات المتشابهة صورة، والمختلفة حكماً في نظام المرافعات الشرعية السُّعُوديَّة، وتنبع أهمية هذا البحث من أهمية البحث في علم الفروق الذي يعد من أعظم العلوم نفعاً وأجلها قدراً، وأدقها نظراً وفكراً، والبحث فيه يبني ملكة علمية تقوي الفهم، وتشحذ الذهن، وتساعد على التمييز بين المسائل المتشابهة. وقد اشتمل هذا البحث على مقدمة وعشرة مباحث وخاتمة وقائمة بالمصادر والمراجع، ففي المبحث الأول ذكرت الفرق بين الطلب والدفع في الدعوى، وفي المبحث الثاني وضحت الفرق بين الدعوى الكيدية والصورية، وفي المبحث الثالث تعرضت للفرق بين الطلب الأصلي والطلب العارض، وفي المبحث الرابع بينت الفرق بين الدعوى والخصومة، وفي المبحث الخامس ناقشت الفرق بين ترك الدعوى وترك الخصومة، وفي المبحث السادس درست الفرق بين وقف الخصومة وانقطاعها، وفي المبحث السابع بحثت الفرق بين منع القاضي من نظر الدعوى وبين رده عن نظرها، وفي المبحث الثامن وضحت الفرق بين الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي، وفي المبحث التاسع بينت الفرق بين الورقة الرسمية والعادية، وفي المبحث العاشر ناقشت الفرق بين تمييز الأحكام (الاستئناف) والتماس إعادة النظر، ثم ختمت البحث بخاتمة ذكرت فيها أهم نتائج البحث، ثم وضعت قائمة بمصادر ومراجع البحث.

## المقدمة :

إن الحمد لله ، نحمده ، ونستعينه ، ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾. "سورة آل عمران آية 102".

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾. "سورة النساء آية 1".

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا \* يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾. "سورة الأحزاب آية 70-71".

أما بعد :

فإن علم الفروق من أعظم العلوم نفعاً، وأجلها قدراً، وأدقها نظراً وفكراً؛ حيث يدرك بالفروق وجوه الاتفاق والاختلاف بين المسائل، فيلحق كل فرع بأصله، ويعطى النظر حكم نظيره، فيجمع بين مؤلفها، ويفرق بين مختلفها؛ مما يبني ملكة علمية تقوي الفهم، وتشحذ الذهن، وتساعد على التمييز بين المسائل المتشابهة.

قال ابن القيم -رحمه الله-: " إن أرباب البصائر هم أصحاب الفرقان، فأعظم الناس فرقاً بين المتشابهات أعظم الناس بصيرة"<sup>(1)</sup>.

وقد احتوت الأنظمة العدلية السعودية على العديد من المصطلحات المتشابهة صورة، والمختلفة حكماً؛ ومن تلك الأنظمة نظام المرافعات الشرعية<sup>(2)</sup>، الذي اشتمل على مصطلحات مهمة، بينها تشابه وافتراق؛ تحتاج إلى بيان وتوضيح، لذلك رأيت أن أجمع أهم هذه المصطلحات، وأقوم بشرحها؛ ليزول الإشكال في فهمها وتطبيقها، ولأشجع غيري من الباحثين على جمع ودراسة مسائل الفروق في غيره من الأنظمة العدلية.

### ● الدراسات السابقة :

- الفروق أو خلاصة القانون أصولاً وفروقا تأليف مراد فرج، مطبعة الرغائب بمصر في 27 إبريل 1917هـ. وقد قسم المؤلف كتابه إلى خمسة أقسام: مدني، ومرافعات، وتجاري، وجنائي، ثم قسم عام، وفرق بين هذه الأقسام بشكل عام موضحاً كل قسم على حدة، وقد تطرق المؤلف إلى أصول المسائل القانونية وأقسامها،

(1) الروح ص 260.

(2) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/21) وتاريخ 1421/5/20هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (4569) وتاريخ 1423/6/4هـ مع التعديلات المنصوص عليها بقرار معالي الوزير رقم 3285 وتاريخ 1428/3/15هـ، وقد نشر هذا البحث بمجلة كلية الآداب بجامعة حلوان في العدد (32) يوليو 2012م (1433هـ).

ونظراً لصدور نظام المرافعات الشرعية الجديد بالمرسوم الملكي رقم (م/1) في 1435/1/2هـ، ولوائحه التنفيذية بقرار معالي وزير العدل رقم (39933) في 1435/5/19هـ، أثناء إعدادي هذا البحث للطباعة لذا فإنني قمت بمقارنته به في الحاشية مواكبة للجديد، وتتميماً للفائدة.



وبين الفروق والمزايا وأوجه الشبه بينها وبين بعضها ووصف كتابه بأنه كتاب موجز مقرب للبعيد جامع للشتات مفرق بين المتشابهات مميز بين المتنوعات.

• دراسات أخرى :

سجلت 4 رسائل دكتوراه<sup>(1)</sup> في الفروق المتعلقة بالأنظمة العدلية السعودية في مسار الدراسات القضائية بقسم الشريعة والدارسات الإسلامية بجامعة الملك عبدالعزيز بجدة وهي :

1. الفروق في الأنظمة العدلية السعودية دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام إعداد الطالب: إبراهيم بن سليمان الغامدي، نوقشت في شعبان 1436هـ-2015م.
2. الفروق بين القديم والجديد في الأنظمة العدلية السعودية دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام إعداد الطالب: إبراهيم بن منيع النحياي، نوقشت في رمضان 1437هـ-2016م.
3. الفروق في أنظمة الجرائم التعزيرية في السعودية دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام إعداد الطالب: عبد اللطيف بن عبد الله بن محمد الغامدي 1435هـ - 2014م
4. الفروق في الأنظمة السعودية المتعلقة بالجرائم الاقتصادية دراسة مقارنة في الفقه والنظام إعداد الطالب: صالح حسن ربيع النفيعي 1435 - 2014م

خطة البحث :

المقدمة :

المبحث الأول : الفرق بين الطلب والدفع في الدعوى .

المطلب الأول : تعريف الطلب في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : تعريف الدفع في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الطلب والدفع.

المبحث الثاني : الفرق بين الدعوى الكيدية والصورية.

المطلب الأول : تعريف الدعوى في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : تعريف الدعوى الكيدية في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث : تعريف الدعوى الصورية في اللغة والاصطلاح.

المطلب الرابع : تعريف الدعوى الكيدية والصورية في نظام المرافعات.

المطلب الخامس : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الدعوى الكيدية والصورية.

(1) سجلت هذه الرسائل بعد نشر هذا البحث وتحكيمه، فأحببت وأنا أعد بحثي هذا للطباعة أن أفيد الباحثين بهذه الرسائل العلمية، وكنت أهدف من كتابتي لهذا البحث حث طلبة الدراسات العليا المتخصصين على تسجيل موضوعات موسعة عن الفروق في الأنظمة العدلية السعودية، فحصل المقصود والله الحمد.

المبحث الثالث : الفرق بين الطلب الأصلي والطلب العارض.

المطلب الأول : تعريف الطلب الأصلي في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : تعريف الطلب العارض في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الطلب الأصلي والعارض.

المبحث الرابع : الفرق بين الدعوى والخصومة .

المطلب الأول : تعريف الدعوى والخصومة في اللغة والاصطلاح الفقهي.

المطلب الثاني : الخصومة في نظام المرافعات الشرعية السعودي.

المطلب الثالث : الخصومة عند شرّاح نظام المرافعات الشرعية السعودي.

المطلب الرابع : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الدعوى والخصومة.

المبحث الخامس : الفرق بين ترك الدعوى وترك الخصومة .

المطلب الأول : تعريف ترك الدعوى في اللغة والاصطلاح .

المطلب الثاني : تعريف ترك الخصومة في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث : مواطن الاتفاق والاختلاف بين ترك الدعوى وترك الخصومة.

المبحث السادس : الفرق بين وقف الخصومة وانقطاعها .

المطلب الأول : تعريف وقف الخصومة في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : أقسام وقف الخصومة.

المطلب الثالث : تعريف انقطاع الخصومة في اللغة والاصطلاح.

المطلب الرابع : مواطن الاتفاق والاختلاف بين وقف الخصومة وانقطاعها.

المبحث السابع : الفرق بين منع القاضي من نظر الدعوى وبين رده عن نظرها.

المطلب الأول : تعريف منع القاضي في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : أحوال منع القاضي من نظر الدعوى.

المطلب الثالث : رد القاضي عن نظر الدعوى في اللغة والاصطلاح.

المطلب الرابع : أسباب رد القاضي.

المطلب الخامس : مواطن الاتفاق والاختلاف بين منع القاضي وبين رده.

المبحث الثامن : الفرق بين الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي.

المطلب الأول : تعريف الإقرار القضائي في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : شروط الإقرار القضائي.

المطلب الثالث : حجية الإقرار القضائي.

المطلب الرابع : تعريف الإقرار غير القضائي.

المطلب الخامس : حجية الإقرار غير القضائي.

المطلب السادس : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الإقرار القضائي وغير القضائي.

المبحث التاسع : الفرق بين الورقة الرسمية والعادية .

المطلب الأول: تعريف الورقة الرسمية في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث : حجية الورقة الرسمية.

المطلب الرابع : تعريف الورقة العادية في اللغة والاصطلاح.

المطلب الخامس : حجية الورقة العادية .

المطلب السادس : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الورقة الرسمية والعادية.

المبحث العاشر: الفرق بين تمييز الأحكام (الاستثناء) والتماس إعادة النظر.

المطلب الأول : تمييز الأحكام في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : مدة الاعتراض بطلب التمييز.

المطلب الثالث : الأحكام التي تكون قابلة للتمييز.

المطلب الرابع : طريقة تقديم طلب التمييز.

المطلب الخامس : طلب الخصوم الاطلاع على مذكرة الاعتراض.

المطلب السادس : حضور الخصوم في إجراءات تمييز الحكم.

المطلب السابع : خضوع حكم القاضي بعد التعديل للتمييز.

المطلب الثامن : التماس إعادة النظر في اللغة والاصطلاح.

المطلب التاسع : الأحكام التي تكون قابلة لالتماس إعادة النظر.

المطلب العاشر : مدة الاعتراض بطلب التماس إعادة النظر.

المطلب الحادي عشر: إجراءات طلب التماس إعادة النظر.

المطلب الثاني عشر : خضوع الحكم الصادر بعد التماس إعادة النظر للتمييز.

المطلب الثالث عشر : مواطن الاتفاق والاختلاف بين التمييز والالتماس.

- الخاتمة وتتضمن أهم النتائج.

- قائمة المصادر والمراجع.

• منهج البحث :

وقد سرت في هذا البحث وفق منهج البحث العلمي المتبع، وأهم الأمور التي التزمت بها في هذا البحث ما يأتي :

1. الالتزام عند كتابة آيات القرآن الكريم بذكر السورة ورقم الآية.

2. توثيق النصوص والمذاهب والآراء من مصادرها المعتمدة.

3. توضيح المصطلحات والعبارات الغامضة من مصادرها المعتمدة.

4. ترتيب مباحث الفروق حسب ورود الفرق في نظام المرافعات الشرعية السعودي.

5. الاقتصار على ذكر أهم الفروق الواردة في النظام حسب تقديري واجتهادي.

6. ذكر أهم مواطن الاتفاق والاختلاف بين المصطلحين المراد التفريق بينهما.

وفي ختام هذه المقدمة أحمد الله تعالى على تيسيره وتوفيقه، فله الحمد في الأولى والآخرة، اللهم لا أحصي ثناءً عليك أنت كما أثنيت على نفسك.

سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلامٌ على المرسلين ، والحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول : الفرق بين الطلب والدفع في الدعوى :

المطلب الأول : تعريف الطلب في اللغة والاصطلاح :

الطلبُ في اللغة : محاولةٌ وجدان الشيء وأخذه . والطلبُةُ : ما كان لك عند آخر من حقّ تطالبه به . والمُطالِبَةُ : أن تُطالب إنساناً بحق لك عنده ، ولا تزال تطالبه وتتقاضاه بذلك<sup>(1)</sup>.

والطلب في الدعوى في الاصطلاح : " يقصد به الوسيلة الإجرائية التي بواسطتها يتم طرح ادعاء أمام القضاء"<sup>(2)</sup>.

(1) انظر تهذيب اللغة للأزهري 237/13.

(2) التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية ص 19/1.

وقيل هو : "قول يحدد به الطالب مبتغاه في الدعوى مدعياً أم مدعى عليه أم متداخلاً"<sup>(1)(2)</sup>.

وهو بهذا يشمل الطلب الأصلي أو ما يعرف بالمطالبة القضائية التي يتقدم بها الشخص بصفة مبتدأة في صورة صحيفة افتتاح الدعوى، كما يشمل الطلبات العارضة التي يتقدم بها المدعي أو المدعى عليه أو الداخل أثناء نظر الدعوى ولها ارتباط بها كما سنبين إن شاء الله<sup>(3)</sup>.

**المطلب الثاني : تعريف الدفع في اللغة والاصطلاح :**

**الدفع في اللغة:** من دفعت الشيء أدفعه دفعاً، والِدال والفاء والعين أصل واحد مشهور يدل على تنحية الشيء، والدفع الإزالة بقوة<sup>(4)</sup>.

**ودفع الدعوى في الاصطلاح هو :** "قول يأتي به المدعى عليه لمواجهة دعوى المدعي"<sup>(5)</sup>.

وعرّف أيضاً بأنه : "قول يقرره المدعى عليه للرد على دعوى المدعي في موضوعها"<sup>(6)</sup>.

وقيل هو : "كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي كلياً أو جزئياً"<sup>(7)</sup>.

فهو دفع للدعوى في موضوعها بالإنكار أو الإبراء أو السداد ونحو ذلك، وهو الدفع الموضوعي المتعلق بأصل النزاع<sup>(8)</sup>.

(1) الكاشف في شرح نظام المرافعات 30/1.

(2) تنقسم الطلبات من جهة موضوع الطلب إلى ثلاثة أقسام: 1- طلب موضوعي: وهو طلب إنشاء حق، أو تعديله، أو إلغائه، أو إعادته من خصمه، مثل طلب ثبوت الملكية، أو طلب فسخ عقد، أو طلب المؤجر للمستأجر بدفع الأجرة 2- طلب مؤقت(وقتي): وهو الطلب الطارئ الذي يعالج أمراً بصفة مؤقتة حتى الحكم في أصل النزاع، مثل طلب نفقة مؤقتة، أو طلب إثبات حالة، أو طلب سماع شاهد، ومنه القضاء المستعجل الوارد في الباب الثالث عشر من نظام المرافعات السعودي. 3- طلب إجرائي: وهو الطلب الذي يحتوي على مسألة إجرائية تتعلق بسير الدعوى، كإبلاغ الخصوم بموعد الجلسة، وطلب تأجيلها.(انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات 31/1؛ الوسيط في شرح نظام المرافعات ص20).

(3) انظر: الوسيط في شرح نظام المرافعات ص239.

(4) انظر: معجم مقاييس اللغة 288/2؛ لسان العرب 87/8.

(5) الكاشف في شرح نظام المرافعات 33/1.

(6) المصدر نفسه 353/1.

(7) التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية ص21/1.

(8) انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات 353/1؛ الوسيط في شرح نظام المرافعات ص241. والدفع ثلاثه أنواع: 1- دفع الدعوى وهو ما يستعمل بالدفع الموضوعي كما بيّنّا 2- دفع الخصومة وهو ما يستعمل بعدم قبول الدعوى، وهو قول يأتي به المدعى عليه رداً على الدعوى ليدفع به الخصومة بما يردّها عنه دون التعرض لموضوع الدعوى بتصديق أو كذب، وهو نوعان: الأول: دفع يمنع سماع الدعوى مطلقاً كأن يدفع المدعى عليه بأنه سبق الفصل في الدعوى بحكم أو أن الدعوى حيلة لا حقيقة لها، الثاني: دفع يمنع سماع الدعوى مؤقتاً كالدفع بعدم تحرير الدعوى، أو عدم الاختصاص 3- دفع إجرائي، ويستعمل بالدفع الشكلي، والمراد به قول يقرره المدعى عليه يطعن به في أمر من إجراءات الدعوى يتوصل به إلى بطلان الإجراء أو وجوب إعادته على الوجه الصحيح، كالطعن في شهادة شاهد؛ لأنها سُمعت بغير حضور المدعى عليه.(انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات 354-355؛ الوسيط في شرح نظام المرافعات ص241).

مثاله : أن يدعي شخص على آخر أنه أقرضه مئة ألف ريال، فيقر المدعى عليه بذلك؛ لكنه يدفع بأنه سدها للمدعي أو أنه أبرأه منها<sup>(1)</sup>.

والدفع الموضوعي يوجه إلى ذات الحق المدعي به؛ حيث يدعي فيه صاحبه أن الحق المدعى به إما لم يوجد قط، أو وجد ولكنه بني على سبب باطل، أو وجد صحيحاً ولكنه انقضى<sup>(2)</sup>.

وقد جاءت الإشارة إلى الطلب والدفع في نظام المرافعات الشرعية السعودي في المادة الرابعة<sup>(3)</sup>؛ حيث جاء فيها: "لا يُقبل أيُّ طلب أو دفع لا تكون لصالحه فيه مصلحة قائمة مشروعة...".

**المطلب الثالث : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الطلب والدفع :**

**أولاً : مواطن الاتفاق بين الطلب والدفع :**

1. أن الطلب والدفع كلاهما وسيلة إجرائية صممها المنظم الإجرائي لاستعمال حق الادعاء أمام القضاء.

2. يشترط في الطلب والدفع توفر المصلحة القائمة والمشروعة فيه.

3. يجب أن تتوفر كافة عناصر الادعاء في الطلب والدفع من حيث الأطراف والموضوع والسبب.

**ثانياً : مواطن الاختلاف بين الطلب والدفع :**

1. الطلب يتضمن طرح ادعاء أمام القضاء، أما الدفع فهو يتضمن مناقشة صحة هذا الادعاء.

2. الطلب أخص من الدعوى، وقد يطلق أحدهما على الآخر، وإذا اجتمعا لفظاً افترقا معنى، وإذا افترقا لفظاً اجتمعا معنى، بخلاف الدفع فهو جواب ومناقشة للدعوى والطلب.

3. الطلب يكون من المدعي وهو ما يسمّى بالطلب الأصلي، ويكون أيضاً من المدعى عليه، والداخل في الدعوى، وهو ما يسمّى بالطلب العارض، أما الدفع فلا يكون إلا من المدعى عليه.

**المبحث الثاني : الفرق بين الدعوى الكيدية والصورية :**

**المطلب الأول : تعريف الدعوى في اللغة والاصطلاح :**

**الدعوى في اللغة :** من دعا يدعو دعوة ودعوى، والجمع دعاوي ودعاوى بكسر الواو وفتحها<sup>(4)</sup>، وتطلق في اللغة على عدة معانٍ منها :

• **الطلب :** يقال ادعيت الأمر إذا طلبته لنفسي<sup>(5)</sup>.

(1) انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات/1/353.

(2) انظر: التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية ص/21.

(3) انظر: المادة الثالثة من نظام المرافعات الجديد(1435هـ).

(4) انظر: المصباح المنير/1/195-196.

(5) انظر: المصدر نفسه.

- التمني : تقول ادعيت الشيء إذا تمنيته<sup>(1)</sup>.
- الإخبار : يقال فلان يدعي بكرم فعاله أي يخبر بذلك عن نفسه<sup>(2)</sup>.
- الزعم : تقول ادعيت الشيء، أي زعمته لي حقاً كان أو باطلاً<sup>(3)</sup>.
- الدعاء : تقول اللهم أشركنا في صالح دعاء المسلمين أو دعوى المسلمين<sup>(4)</sup>.

### الدعوى في الاصطلاح :

عرّف الفقهاء الدعوى بتعريفات متعددة ومتباينة، وسأقتصر فيما يأتي على ذكر تعريف واحد من كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة، وأبين ما يرد عليها من اعتراضات، ثم ذكر التعريف الراجح من وجهة نظري:

#### – من المذهب الحنفي :

عرّفها البابرّي وغيره بأنها : " مطالبة حق في مجلس عند من له الخلاص عند ثبوته "<sup>(5)</sup>.

اعترض على هذا التعريف بأنه لم يشمل دعوى دفع التعرض<sup>(6)</sup> وهي دعوى صحيحة عند الحنفية<sup>(7)</sup>.

وأجيب : بأن المراد بالحق في التعريف الأمر الوجودي والعدمي؛ لذا فهو شامل لدعوى دفع التعرض<sup>(8)</sup>.

#### – من المذهب المالكي :

عرّفها القرافي بقوله : " طلب معين ، أو ما في ذمة معين ، أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعاً لا تكذيبها العادة "<sup>(9)</sup>.

ويمكن أن يعترض عليه: بأنه لم يذكر من لم يسمع الدعوى، ولم يذكر مكان سماعها<sup>(10)</sup>.

(1) انظر: المصدر نفسه.

(2) انظر: المصدر نفسه.

(3) انظر: لسان العرب 161/14.

(4) انظر: لسان العرب 257/14؛ التعريفات للجرجاني 139/1.

(5) العناية على الهداية 253/11؛ وانظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر 343/3؛ حاشية ابن عابدين 198/7.

(6) دعوى دفع التعرض -وتسمى دعوى المعارضة- هي: "أن يدعي شخص على آخر أنه يعارضه في ملكه، وأنه يحصل له بذلك ضرر في بدنه بملازمته له، أو في ملكه بمنعه من التصرف فيه، أو في جاهه بشياع ذلك". (الأشباه والنظائر للسيوطي 507/1)، وهي دعوى صحيحة عند جمهور الفقهاء. (انظر: البحر الرائق 194/7؛ الأشباه والنظائر للسيوطي 508-507/1؛ المغني لابن قدامة 123/10).

(7) الدر المختار 541/5.

(8) المصدر نفسه.

(9) الفروق 153/4.

(10) انظر: الدعوى القضائية د. الدقيلان ص 65؛ الإدعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام د. غوث ص 36.

وقد يجاب عن ذلك بأنه قوله:(معتبر شرعاً) وصف مجمل للدعوى فيدخل فيه جميع الأوصاف التي تكون بها الدعوى معتبرة شرعاً كسماع القاضي ومكان التقاضي<sup>(1)</sup>.

– من المذهب الشافعي :

عرفها الأنصاري بقوله: "إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم"<sup>(2)</sup>.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه أغفل ذكر دعوى دفع التعرض<sup>(3)</sup>، وهي دعوى صحيحة عند الشافعية<sup>(4)</sup>.

– من المذهب الحنبلي :

جاء تعريف الدعوى في الإنصاف بأنها : "إخبار خصم باستحقاق شيء معين، أو مجهول، كوصية أو إقرار عليه، أو عنده له، أو لموكله أو توكليه، أو لله حسبة، يطلبه منه عند حاكم"<sup>(5)</sup>.

وهذا التعريف أغفل دعوى دفع التعرض، وهو شامل للدعوى في حقوق العباد، وفي حقوق الله، وفيه طول وذكر للأمثلة، وهذا معيب في التعريفات<sup>(6)</sup>.

التعريف المختار للدعوى في الاصطلاح :

بعد التأمل في التعريفات التي ذكرها الفقهاء للدعوى، وما أورد عليها من اعتراضات، يتبين لي أن التعريف المختار للدعوى هو: "مطالبة مقبولة بحق لشخص أو حمايته في مجلس القضاء"<sup>(7)</sup>.

شرح التعريف<sup>(8)</sup>:

قوله: (مطالبة) يشمل المطالبة القولية أو ما يقوم مقامها من الكتابة أو الإشارة، كما أنها تشمل صاحب الحق أو وكيله، وتخرج بها الشهادة والإقرار فليس فيهما مطالبة.

وقوله : (مقبولة) يخرج الدعوى الفاسدة وهي التي لم تستكمل شروط الدعوى الصحيحة.

(1) انظر: المصدر نفسه.

(2) أسنى المطالب شرح روض الطالب/4/386.

(3) انظر: الإدعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام د.غوث ص36.

(4) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي/1/507-508.

(5) ذكره المرادوي في الإنصاف 369/11 نقلاً عن الرعاية لابن حمدان.

(6) انظر: الإدعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام د.غوث ص36.

(7) المصدر نفسه ص 41.

(8) انظر: الإدعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام د.غوث ص41: الدعوى القضائية د. الدقيلان ص70.



وقوله : (بحق لشخص) يخرج الدعوى في حقوق الله؛ حيث إن مفهوم الدعوى عند الفقهاء يتناول حقوق العباد فحسب، عدا ابن حمدان من الحنابلة فقد أدخل حقوق الله في الدعوى.

وقوله: (أو حمايته) ليدخل فيه دعوى دفع التعرض.

وقوله : (في مجلس القضاء) ليخرج المطالبة خارج مكان التقاضي؛ لأنه لا يعتد بها، ولا تعتبر دعوى ولو توفرت فيها الشروط السابقة.

**المطلب الثاني : تعريف الدعوى الكيدية في اللغة والاصطلاح :**

الكيدية في اللغة : نسبة إلى الكيد، والكاف والياء والذال أصل صحيح يدل على معالجة لشيء بشدة ثم يتسع الباب وكله راجع إلى هذا الأصل، والكيد المكر والخبث، ويطلق على الحرب يقال خرجوا ولم يلقوا كيداً أي حرباً<sup>(1)</sup>.

والدعوى الكيدية في الاصطلاح: "مطالبة المدعي غيره بأمر لا حق له فيه في مجلس القضاء ، للإضرار به أو الإساءة إليه"<sup>(2)</sup>.

مثال الدعوى الكيدية : أن يمتنع زيد من بيع أرض لعمره، مع بذله له ما يزيد عن ثمنها، فيقوم عمرو برفع دعوى يطالب فيها زيداً برد غنمه التي سرقها عندما كانت ترعى في أرضه، ويريد عمرو من هذه الدعوى الانتقام من زيد أو دفعه إلى الموافقة على بيع الأرض.

**المطلب الثالث : تعريف الدعوى الصورية في اللغة والاصطلاح :**

الدعوى الصورية في اللغة : نسبة إلى الصورة، والصورة الشكل والهيئة؛ ومعنى قولنا هذه دعوى شكلية أو صورية أي ليست حقيقية<sup>(3)</sup>.

الدعوى الصورية في الاصطلاح : "ما كان ظاهرها الخصومة القضائية وحقيقتها الحيلة للتوصل إلى أمر غير مشروع"<sup>(4)</sup>.

**مثال الدعوى الصورية :**

قصة القاضي أبي حازم -التي ذكرها ابن القيم رحمه الله- مع شيخ ادعى على غلام حدث-والده تاجر- بدين يبلغ ألف دينار، فاعترف الغلام بذلك دون تردد، وطلب المدعي حبس الغلام، فارتاب القاضي منهما، فأرجأ

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة 150/5؛ تاج العروس 122/9.

(2) انظر: الكاشف شرح نظام المرافعات 53/1؛ الدعوى الكيدية د.الوذياني ص190-191.

(3) انظر: لسان العرب 473/4؛ تاج العروس 357/12.

(4) انظر: الكاشف شرح نظام المرافعات 51/1؛ الدعوى الكيدية د.الوذياني ص191.

الحكم في القضية إلى مجلس آخر حتى ينكشف له منهما موضع ارتياحه، فبينما هو كذلك قدم والد الغلام وأخبر القاضي بأن الدعوى حيلة من ابنه ليأخذ منه بعض المال، ثم أخذ الرجل ابنه وانصرفاً<sup>(1)</sup>.

المطلب الرابع : تعريف الدعوى الكيدية والصورية في نظام المرافعات<sup>(2)</sup> :

لم يتطرق نظام المرافعات ولائحته التنفيذية إلى تعريف الدعوى الكيدية والصورية، أو التفريق بينهما؛ لكنه أشار إليهما في أكثر من موضع، وذلك على النحو الآتي :

جاء في المادة الرابعة من نظام المرافعات الشرعية: " ... إذا ظهر للقاضي أن الدعوى صورية كان عليه رفضها، وله الحكم على المدعي بنكال".

وجاء في اللائحة التنفيذية (4/ 5) : " إذا ثبت لناظر القضية أن دعوى المدعي كيدية، حكم برد الدعوى، وله الحكم بتعزير المدعي ما يردعه"

وفي اللائحة التنفيذية (4/ 6) : " إذا ثبت لناظر القضية أن الدعوى صورية، حكم برد الدعوى، وله الحكم بالتعزير".

وقد بيّنت اللائحة التنفيذية (4/ 7) أن الحكم برد الدعوى والتعزير - في القضايا الكيدية والصورية - يكون في ضبط القضية نفسها، ويخضع لتعليمات التمييز.

ووضحت اللائحة التنفيذية (4/ 8) أن الذي يقرر التعزير في القضايا الكيدية والصورية هو حاكم القضية أو خلفه بعد الحكم برد الدعوى، واكتسابه القطعية.

المطلب الخامس : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الدعوى الكيدية والصورية :

أولاً : مواطن الاتفاق بين الدعوى الكيدية والصورية<sup>(3)</sup> :

يتضح مما سبق أن الدعوى الكيدية والصورية تتفقان فيما يأتي :

1- أن كلاً منهما ادعاء بالباطل يراد منه الوصول إلى أمر غير مشروع.

2- في الأثر المترتب عليهما، فمتى تحققت الكيدية والصورية فيهما، وجب على القاضي ردهما، وعدم سماعهما، و له تعزير المدعي فيهما.

(1) انظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية 38-39.

(2) جاء في المادّة الثالثة من نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد (1435هـ) ما يأتي: "... إن ظهر للمحكمة أن الدعوى صورية أو كيدية وجب عليها رفضها، ولها الحكم على من يثبت عليه ذلك بتعزير". وجاء في لائحته التنفيذية : "... 4/3 للدائرة تعزير كل من ثبت تواطؤه في الدعوى الصورية أو الكيدية، كالشاهد والخبير ونحوهما. 5/3 للمتضرر في الدعاوى الصورية أو الدعاوى الكيدية المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر بطلب عارض، أو بدعوى مستقلة لدى الدائرة نفسها، ويخضع الحكم لطرق الاعتراض. 6/3 يكون الحكم بالتعزير لكيدية الدعوى أو صوريتهما مع الحكم برفض الدعوى - إن أمكن- ويخضع لطرق الاعتراض".

(3) انظر: الدعوى الكيدية ص 191.

3- أن الحكم برد الدعوى والتعزيز في القضايا الكيدية والصورية يكون في ضبط القضية نفسها، ويخضع لتعليمات التمييز.

4- أن الذي يقرر التعزيز في القضايا الكيدية والصورية هو حاكم القضية أو خلفه بعد الحكم برد الدعوى، واكتسابه القطعية.

ثانياً: مواطن الاختلاف بين الدعوى الكيدية والصورية<sup>(1)</sup> :

تفارق الدعوى الكيدية الدعوى الصورية في أمرين :

1- أن الدعوى الكيدية، يراد منها الإساءة وإلحاق الضرر بالمدعى عليه، بخلاف الدعوى الصورية، فهي حيلة تتضمن اتفاقاً بين المدعي والمدعى عليه لإلحاق ضرر بطرف آخر.

2- أن التأديب في الدعوى الكيدية يقع على المدعي فقط، وفي الدعوى الصورية يشمل المدعى عليه.

المبحث الثالث : الفرق بين الطلب الأصلي والطلب العارض :

المطلب الأول : تعريف الطلب الأصلي في اللغة والاصطلاح :

الطلبُ في اللغة سبق بيانه، والأصلي في اللغة : ما كان أصلاً في معناه، و يقابل بالفرعي أو الزائد أو الاحتياطي أو المقلد، وأصل الشيء أساسه الذي يقوم عليه، و منشؤه الذي ينبت منه<sup>(2)</sup>.

والطلب الأصلي في الاصطلاح هو : " ما ينص عليه المدعي في صحيفة دعواه"<sup>(3)</sup>.

وعرّف أيضاً بأنه : " هو الذي يبدأ به المدعي في دعواه"<sup>(4)</sup>.

وقيل هو : " المطالبة القضائية التي يتقدم بها الشخص بصفة مبتدأة في صورة صحيفة افتتاح الدعوى"<sup>(5)</sup>.

وعرفت الطلبات الأصلية بأنها : " تلك الطلبات التي يحدد بها المدعي مبتغاه منذ بدايتها"<sup>(6)</sup>.

المطلب الثاني : تعريف الطلب العارض في اللغة والاصطلاح :

الطلب سبق تعريفه، والعارض في اللغة: من اعترض الشيء أي صار عارضاً كالخشبة المعترضة في النهر، ويقال اعترض الشيء دون الشيء أي حال دونه، و اعترض فلان فلاناً أي وقع فيه، والعارض السحاب يعترض في الأفق

(1) انظر: المصدر نفسه.

(2) المعجم الوسيط 20/1.

(3) اللائحة التنفيذية (1/79)؛ وفي اللائحة الجديدة (1/83).

(4) الكاشف شرح نظام المرافعات 30/1.

(5) التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية ص 19/1.

(6) المصدر نفسه 159/1.

ومنه قوله تعالى : ﴿ هذا عارض ممطرنا ﴾ "سورة الأحقاف آية 24" .وعلى هذا فالطلب العارض هو الطلب الذي يعترض الطلب الأصلي.  
والطلب العارض في الاصطلاح : "هو الذي يتقدم به المدعي أو المدعى عليه أو الداخل أثناء نظر الدعوى وله ارتباط بها"<sup>(1)</sup>.

وعرّفَت الطلبات العارضة أيضاً بأنها : "الطلبات التي تطرأ بعد نظر الدعوى أو السير فيها وقبل الحكم فيها من زيادة أو نقص أو إضافة سببٍ أو حذفه أو دخول خصمٍ سواء قدّمت من المدعي أو المدعى عليه أو المتدخل في الدعوى"<sup>(2)</sup>.

وعرّفَت أيضاً بأنها : "الطلبات التي تطرأ للمدعي أو المدعى عليه بعد قيام الدعوى والسير فيها-مما لم يرد في الطلبات التي افتتحت بها الدعوى أو صحيفتها-وقبل قفل باب المرافعة من زيادة في الطلب أو نقص أو تغيير سبب أو إضافته أو دخول طرفٍ في الخصومة ونحو هذه من الطلبات"<sup>(3)</sup>.

وإذا تقدم المدعي بالطلبات العارضة سميت بالطلبات الإضافية؛ لأنه يضيف بها إلى طلبه الأصلي طلبات جديدة، وإذا قدمت من قبل المدعى عليه سميت بالطلبات المقابلة؛ لأنه يقابل بها طلبات المدعي، أما إذا كانت الطلبات مقدمة من شخص من الغير من تلقاء نفسه فيسمى تدخلاً، وإذا كان بناء على طلب أحد الخصوم، أو بناء على أمر من المحكمة، فهذا ما يسمى بالإدخال<sup>(4)</sup>.

### المطلب الثالث : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الطلب الأصلي والعارض :

يتفق الطلب الأصلي والطلب العارض في كونهما نوعان من أنواع المطالبة القضائية يحدد فيهما الطالب مبتغاه، ويفترقان فيما يأتي :

1. الطلب الأصلي مرتبط بالمدعي فقط فلا يكون من المدعى عليه أو الداخل فيها.
2. الطلب الأصلي يكون في بداية الدعوى أما الطلب العارض فيكون في أثنائها، ولا يقبل الطلب العارض بعد قفل باب المرافعة<sup>(5)</sup>.
3. يشترط في الطلب الأصلي أن يكون مكتوباً في صحيفة الدعوى، أما الطلب العارض فيجوز أن يكون مكتوباً في صحيفة أو يقدم شفاهاً في الجلسة؛ لكن يشترط أن يكون له ارتباط بالدعوى الأصلية.

(1) المصدر نفسه ص30/1: وانظر: الطلبات العارضة في نظام المرافعات الشرعية ص38.

(2) المصدر نفسه ص159/1.

(3) المصدر نفسه ص400/1.

(4) انظر: التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية ص19/1-20: الكاشف في شرح نظام المرافعات ص379/1.

(5) "يقصد بقفل باب المرافعة تهيؤ الدعوى للحكم فيها؛ وذلك بعد إبداء الخصوم أقوالهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة...". اللائحة التنفيذية (1/66): اللائحة الجديدة (1/69).

جاء في المادة (78): " تقدم الطلبات العارضة في صحيفة أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في الجلسة"<sup>(1)</sup>.

المبحث الرابع : الفرق بين الدعوى والخصومة :

المطلب الأول : تعريف الدعوى والخصومة في اللغة والاصطلاح الفقهي :

سبق تعريف الدعوى في اللغة والاصطلاح، وتبين لنا أن التعريف المختار للدعوى هو: "مطالبة مقبولة بحق لشخص أو حمايته في مجلس القضاء"<sup>(2)</sup>.

الخصومة في اللغة : النزاع والجدل، وهي اسم من التخاصم و الاختصام، يقال: خاصمه خصاماً و مخاصمة فخصمه يخصمه خصماً: غلبه بالحجة<sup>(3)</sup>.

الخصومة عند الفقهاء :

يمكن تقسيم تعريفات الفقهاء للخصومة إلى ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول : تعريف الخصومة بمعنى الدعوى.

عرفها التمرتاشي بأنها : "الدعوى الصحيحة من خصم شرعي على خصم شرعي حاضر أو نائبه، حقيقة كالوكيل، أو شرعاً كالوصي"<sup>(4)</sup>.

الاتجاه الثاني : تعريف الخصومة بمعنى الدعوى وما يتبعها من إجراءات.

جاء في شرح مجلة الأحكام : "الخصومة هي: المرافعة والمدافعة عنه في دعوى أقيمت عليه أو أقامها على غيره"<sup>(5)</sup>.

وجاء في حاشية ابن عابدين : "الخصومة هي: الدعوى الصحيحة أو الجواب الصريح بنعم أو لا"<sup>(6)</sup>.

(1) وجاء في المادّة الثّانِيّة والثّمانِيْن من نظام المرافعات الجديِد(1435هـ):"تقدم الطلبات العارضة من المدعي أو المدعى عليه بصحيفة تبلغ للخصوم قبل يوم الجلسة وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، أو بطلب يقدم شفهيًا في الجلسة في حضور الخصم، ويثبت في محضرها، ولا تقبل الطلبات العارضة بعد إقفال باب المرافعة".

(2) انظر: الإدعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام د.غوث ص41

(3) انظر: لسان العرب 187/12؛ معجم مقاييس اللغة 187/2.

(4) انظر: مسعفة الحكام للتمرتاشي 332/1.

(5) درر الحكام شرح مجلة الأحكام 54/1.

(6) حاشية ابن عابدين 361/7.

وجاء في معني المحتاج وغيره من كتب الشافعية أن مدار الخصومة على خمسة أشياء: الدعوى والجواب واليمين والنكول والبينة، ففي جانب المدعي اثنان منها وهما الدعوى والبينة، وفي جانب المدعى عليه ثلاثة الجواب واليمين والنكول<sup>(1)</sup>.

وعرّفت أيضاً بأنها: "مدافعة بين اثنين بتنازع حق لدى قاض"<sup>(2)</sup>.

الاتجاه الثالث: تعريف الخصومة بمعناها العام.

عرّفها صاحب المبسوط بأنها: "اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاحة"<sup>(3)</sup>.

الترجيح:

يظهر لي رجحان الاتجاه الثاني وذلك؛ لأن الخصومة مأخوذة من المنازعة والمجادلة وهذا يقتضي وجود أكثر من طرف فيها؛ بخلاف الادعاء فإنه يكون من طرف واحد ثم يتبعه الجواب والخصام من الأطراف الأخرى.

المطلب الثاني: الخصومة في نظام المرافعات الشرعية السعودي:

استُخدمَ لفظ الخصومة والدعوى في نظام المرافعات الشرعية كمرادفين؛ حيث استعمل المنظم لفظ الخصومة في عنوان الباب السابع من النظام وفي الفصل الأول منه؛ ثم استخدم لفظ الدعوى بدل الخصومة في أول مادة في هذا الفصل.

جاء في نظام المرافعات: "الباب السابع: وقف الخصومة وانقطاعها وتركها، الفصل الأول: وقف الخصومة: المادة الثانية والثمانون"<sup>(4)</sup>: يجوز وقف الدعوى بناءً على اتفاق الخصوم على عدم السير "...".

وكذلك الحال في الفصل الثالث من هذا الباب "ترك الخصومة" في المادة التاسعة والثمانين<sup>(5)</sup> جاء استخدام لفظ الدعوى بدل الخصومة في اللائحة التنفيذية (2/89) حيث جاء فيها: "لا يترتب على ترك الدعوى إلغاء ما دون في الضبط من أدلة، وعلى ناظر القضية الرجوع إليها عند الاقتضاء"<sup>(6)</sup>.

المطلب الثالث: الخصومة عند شرّاح نظام المرافعات الشرعية السعودي:

شرّاح نظام المرافعات يفرّقون بين الدعوى والخصومة في تعريفاتهم، جاء في الوجيز في شرح نظام المرافعات: "الدعوى حق، أما الخصومة فهي الشكل العام الذي يصدر فيه الحكم القضائي، فهي مجموعة من الإجراءات

(1) انظر: معني المحتاج 4/461؛ حاشية الجمل على شرح المنهج 5/407.

(2) الوكالة على الخصومة وأحكامها المهنية، عبدالله آل خنين ص 39.

(3) المبسوط للسرخسي 5/19.

(4) وهي المادة السادسة والثمانون في النظام الجديد (1435هـ).

(5) وهي المادة الثالثة والتسعون في النظام الجديد (1435هـ).

(6) انظر اللائحة الجديدة 2/93.

القضائية التي يقوم ببعضها الخصوم، وبعضها الآخر القاضي وأعوانه، وتبدأ بالمطالبة، وتنتهي بالحكم الصادر في موضوعها"<sup>(1)</sup>.

وجاء تعريف الخصومة في أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي بأنها: "مجموعة الأعمال الإجرائية التي يطرح بها الادعاء على القضاء ويتم تحقيقه والفصل فيه"<sup>(2)</sup>.

كما فرّق بعض الشراح بين الدعوى والخصومة من خلال التفريق بين مصطلح الترك في الدعوى والخصومة.

جاء في التعليق على نصوص نظام المرافعات: "ترك الخصومة ... يعني تخلي المدعي عن خصومته التي بدأت برفع الدعوى مع بقاء حق الدعوى قائماً... فهو يختلف عن التنازل عن الحق الموضوعي المدعى به، وهذا ما يعرف بترك الدعوى، ورغم الفارق الكبير بين مصطلح ترك الخصومة بهذا المعنى وترك الدعوى، إلا أن الأنظمة ومن ورائها الفقه والقضاء كثيراً ما تخلط بينهما، وهذا يعدّ في نظرنا من أخطر مظاهر ما أسميناه بأزمة المصطلح في قانون المرافعات"<sup>(3)</sup>.

#### المطلب الرابع : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الدعوى والخصومة :

تتفق الدعوى والخصومة -عند من يرى التفريق بينهما- في كونهما في مجلس القضاء، ويختلفان فيما يأتي :

1. الخصومة أشمل من الدعوى؛ فهي تشمل الدعوى وما يتبعها من إجراءات قضائية.
  2. الخصومة يشارك فيها المدعي والمدعى عليه والقاضي وأعوانه، وأما الدعوى فلا تكون إلا من المدعي.
- المبحث الخامس : الفرق بين ترك الدعوى وترك الخصومة :

#### المطلب الأول : تعريف ترك الدعوى في اللغة والاصطلاح :

سبق تعريف الدعوى في اللغة، أما الترك في اللغة فهو: ودعك الشيء ، يقال ترك الشيء تركاً و تركاناً طرحه وخلاه"<sup>(4)</sup>.

وترك الدعوى في الاصطلاح هو : " التنازل عن الحق الموضوعي المدعى به"<sup>(5)</sup>.

وقيل هو : " تخلف المدعي عن مواصلة الدعوى بعد رفعها لغياب ونحوه، وجزاؤه الشطب"<sup>(6)</sup>.

(1) ص 7.

(2) ص 122.

(3) ص 308-309؛ وانظر: الوسيط في شرح نظام المرافعات ص 554؛ الكاشف في شرح نظام المرافعات 1/469.

(4) انظر: لسان العرب 10/405؛ المعجم الوسيط 1/84.

(5) التعليق على نظام المرافعات الشرعية 1/308.

(6) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية 1/469.

وشطب الدعوى هو : " رفع قيد الدعوى من الجلسات وعدم عرضها في الجلسات المقبلة سواء أكان ذلك قبل ضبطها أم بعده، بسبب تخلف المدعي عن الحضور في أي جلسة من الجلسات، أو عدم تحريكها بعد وقفها"<sup>(1)</sup>.

جاء في المادة الثالثة والخمسين<sup>(2)</sup> من نظام المرافعات : " إذا غاب المدعي عن جلسة من جلسات المحاكمة، ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب الدعوى وله بعد ذلك أن يطلب استمرار النظر فيها حسب الأحوال، وفي هذه الحالة تحدد المحكمة جلسة لنظرها وتبلغ بذلك المدعى عليه، فإذا غاب المدعي ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب الدعوى ولا تسمع بعد ذلك إلا بقرار من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة".

وفي اللائحة التنفيذية (5/53)<sup>(3)</sup> : " إذا صدر قرار من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة بسماع الدعوى المشطوبة للمرة الثانية ثم شطبت بعد ذلك فلا تسمع بعد شطبها إلا بقرار من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة، وبعد أخذ تعهد على المدعي من قبل ناظر القضية بعدم تكرار ما حصل منه".

وجاء في المادة الثانية والثمانين<sup>(4)</sup> : " يجوز وقف الدعوى بناءً على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة اتفاقهم، ولا يكون لهذا الوقف أثر في أي ميعاد حتمي قد حدده النظام لإجراء ما. وإذا لم يعاود الخصوم السير في الدعوى في العشرة الأيام التالية لنهاية الأجل عد المدعي تاركاً دعواه".  
ويترتب على ترك الدعوى شطبها.

### المطلب الثاني : تعريف ترك الخصومة في اللغة والاصطلاح :

سبق تعريف الترك والخصومة في اللغة، أما ترك الخصومة في الاصطلاح فهو : "تنازل المدعي عن دعواه القائمة أمام المحكمة بعد إشعار المحكمة وإبلاغ المدعى عليه، مع احتفاظه بالحق المدعى به بحيث يجوز له تجديد المطالبة به في أي وقت"<sup>(5)</sup>.

(1) المصدر نفسه؛ وانظر: التعليق على نظام المرافعات/1/320.

(2) جاء في المادة الخامسة والخمسين من نظام المرافعات الجديد(1435هـ) ما نصه:"إذا غاب المدعي عن جلسة من جلسات الدعوى ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة فتشطب الدعوى، وله بعد ذلك أن يطلب استمرار النظر فيها بحسب الأحوال، وعند ذلك تحدد المحكمة جلسة لنظرها وتبلغ بذلك المدعى عليه، فإن غاب المدعي كذلك ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة فتشطب الدعوى ولا تسمع بعد ذلك إلا بقرار من المحكمة العليا".

(3) وجاء في اللائحة الجديدة: "4/55 للمدعي طلب استمرار النظر في الدعوى بعد شطبها للمرة الأولى بمذكرة يقدمها لإدارة المحكمة، أو بتقرير منه في ضبط القضية.5/55 يكون الرفع للمحكمة العليا بعد الشطب للمرة الثانية وما بعدها بناءً على طلب من المدعي، بكتاب مرفق به صورة ضبط القضية، وللمحكمة العليا إذا قررت سماع الدعوى أن تحدد أجلاً لا تسمع الدعوى قبله".

(4) جاء في المادة السادسة والثمانين من نظام المرافعات الجديد(1435هـ) ما يأتي: "يجوز وقف الدعوى بناءً على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة اتفاقهم، ولا يكون لهذا الوقف أثر في أي موعد حتمي قد حدده النظام لإجراء ما. وإن طلب أحد الخصوم السير في الدعوى قبل انتهاء المدة المتفق عليها، فله ذلك بموافقة خصمه. وإذا لم يعاود الخصوم السير في الدعوى في الأيام العشرة التالية لنهاية الأجل عد المدعي تاركاً دعواه".

(5) انظر: اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات 1/88 ؛ 2/88. وجاء تعريف ترك الخصومة في اللائحة الجديدة 1/92 أنه: "تنازل المدعي عن دعواه القائمة أمام المحكمة مع احتفاظه بالحق المدعى به بحيث يجوز له تجديد المطالبة به في أي وقت".



وقيل هو : " تخلي المدعي عن خصومته التي بدأت برفع الدعوى مع بقاء حق الدعوى قائماً" (1).

وعرّف أيضاً بأنه : " تنازل المدعي عن الدعوى القائم نظرها أمام المحكمة دون إسقاط الحق" (2).

وجاء في المادة الثامنة والثمانين<sup>(3)</sup> من نظام المرافعات: "يجوز للمدعي ترك الخصومة بتبليغ يوجهه لخصمه ، أو تقرير منه لدى الكاتب المختص بالمحكمة ، أو بيان صريح في مذكرة موقع عليها منه ، أو من وكيله ، مع اطلاع خصمه عليها ، أو بإبداء الطلب شفويّاً في الجلسة وإثباته في ضبطها ، ولا يتم التّرك بعد إبداء المدعى عليه دفعه إلا بموافقة المحكمة".

### المطلب الثالث : مواطن الاتفاق والاختلاف بين ترك الدعوى وترك الخصومة :

يتفق ترك الدعوى مع ترك الخصومة في الاعتداد بما دون في ضبط القضية متى أعيد السير فيها، ويختلف ترك الدعوى عن الخصومة فيما يأتي :

1. ترك الدعوى هو تنازل من المدعي عن دعواه القائمة أمام المحكمة، وعن الحق المدعى به. أما ترك الخصومة فهو تنازل فقط عن الدعوى القائم نظرها أمام المحكمة دون إسقاط الحق المدعى به.

2. في ترك الدعوى يتغيّب المدعي عن حضور جلسات الدعوى من غير إشعار للمحكمة أو إبلاغ للمدعى عليه. لكن ترك الخصومة لا يتم إلا بعد إشعار المحكمة وإبلاغ المدعى عليه.

3. في ترك الدعوى تشطب الدعوى إذا غاب المدعي عن الجلسة للمرة الأولى، وله أن يطلب الاستمرار في الدعوى وتحدد له جلسة أخرى، فإذا غاب مرة أخرى ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب الدعوى للمرة الثانية ولا تسمع إلا بعد قرار من مجلس القضاء الأعلى، وإذا صدر قرار من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة بسماع الدعوى المشطوبة للمرة الثانية ثم شطبت بعد ذلك فلا تسمع بعد شطبها إلا بقرار من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة، وبعد أخذ تعهد على المدعي من قبل ناظر القضية بعدم تكرار ما حصل منه. أما في ترك الخصومة فللمدعي تجديد المطالبة بالحق المدعى به في أي وقت، ومن غير حاجة إلى قرار أو تعهد.

4. في ترك الدعوى لا يؤثر شطب القضية على إجراءاتها السابقة؛ لكن ترك الخصومة يترتب عليها إلغاء جميع إجراءات الخصومة؛ ولكن لا يمس الحق المدعى به.

المبحث السادس : الفرق بين وقف الخصومة وانقطاعها :

### المطلب الأول : تعريف وقف الخصومة في اللغة والاصطلاح :

الوقف في اللغة : الحبس والمنع والسكون. والواو والقاف والفاء : أصل واحد يدل على تمكّث في شيء ثمّ

(1) التعليق على نظام المرافعات 320/1.

(2) الكاشف في شرح نظام المرافعات 469/1.

(3) انظر: المادة 92 من نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

يقاس عليه منه<sup>(1)</sup>، أما الخصومة فقد سبق تعريفها في اللغة.

ووقف الخصومة في الاصطلاح: "هو تأجيل السير في الدعوى بناء على طلب الخصوم أو بقرار من المحكمة إلى أمد أو بدونه لسبب يقتضي ذلك؛ ومتى زال السبب الموجب استؤنف السير فيها وبني على إجراءاتها السابقة"<sup>(2)</sup>.

وعرف أيضاً بأنه: "تعطيل السير فيها مؤقتاً بشكل مباشر أو غير مباشر، إما بقوة القانون، أو بناء على أمر القاضي، أو بناء على اتفاق الخصوم، وذلك لأجل معين، أو حتى حدوث واقعة معينة"<sup>(3)</sup>.

المطلب الثاني: أقسام وقف الخصومة:

1. الوقف الاتفاقي (بإرادة الخصوم):

والمراد به: "وقف سير الخصومة إلى أمد باتفاق الخصوم، وإقرار المحكمة لهم"<sup>(4)</sup>.

جاء في المادة الثانية والثمانين<sup>(5)</sup>: "يجوز وقف الدعوى بناءً على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة اتفاقهم، ولا يكون لهذا الوقف أثر في أي ميعاد حتمي<sup>(6)</sup> قد حدده النظام لإجراء ما. وإذا لم يعاود الخصوم السير في الدعوى في العشرة الأيام التالية لنهاية الأجل عد المدعي تاركاً دعواه".

وجاء في اللائحة التنفيذية لهذه المادة:

1/82 عند موافقة المحكمة على وقف الدعوى يجب تدوين الاتفاق في الضبط مع إفهام الخصوم بمضمون المادة.

2/82 إذا طلب أحد الخصوم السير في الدعوى قبل انتهاء المدة المتفق عليها فله ذلك بموافقة خصمه، أو إذا رأى ناظر الدعوى أن لا مصلحة في الوقف.

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة 6/135؛ المصباح المنير 2/669، 696.

(2) الكاشف في شرح نظام المرافعات 1/469.

(3) الوسيط في شرح نظام المرافعات ص 533.

(4) الكاشف في شرح نظام المرافعات 1/437.

(5) جاء في المادة السادسة والثمانين من نظام المرافعات الجديد (1435هـ) ما يأتي: "يجوز وقف الدعوى بناءً على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة اتفاقهم، ولا يكون لهذا الوقف أثر في أي موعد حتمي قد حدده النظام لإجراء ما. وإن طلب أحد الخصوم السير في الدعوى قبل انتهاء المدة المتفق عليها، فله ذلك بموافقة خصمه. وإذا لم يعاود الخصوم السير في الدعوى في الأيام العشرة التالية لنهاية الأجل عد المدعي تاركاً دعواه".

(6) يقصد بالميعاد الحتمي (اللازم): كل ميعاد حدده النظام ورتب على عدم مراعاته جزاءً إجرائياً. مثاله: أن تكون الدعوى مشتملة على طلب أصلي في الموضوع وطلبات في الأمور المستعجلة، فصدر حكم في الدعوى المستعجلة واتفق الخصمان على وقف الدعوى الأصلية، فإن ما حكم فيه من الدعوى المستعجلة تجري عليه قواعد التمييز أو الاستئناف ولا تتوقف. (انظر: الكاشف 1/438؛ اللائحة التنفيذية 5/82؛ وانظر: اللائحة الجديدة 3/86). والمقصود أن وقف الخصومة الاتفاقي في الدعوى الأصلية لا يؤثر على مواعيد التمييز أو الاستئناف المترتبة على الحكم في الدعوى المستعجلة المتفرعة عنها.

3/82 يجوز للقاضي العدول عن وقف الدعوى واستئناف النظر فيها في أي وقت إذا ظهر له ما يقتضي ذلك، كمخالفة الوقف للمصلحة العامة .

4/82 يجوز وقف الدعوى أكثر من مرة حسب الشروط المنصوص عليها في هذه المادة ما لم يترتب على ذلك ضرر على طرف آخر .

7/82 تارك الدعوى في هذه المادة يطبق عليه مقتضى المادة (53) <sup>(1)</sup> .

8/82 لا تسري أحكام شطب الدعوى ووقفها ونحوها على الإنهاءات <sup>(2)</sup> إلا إذا تضمنت خصومة.

## 2. الوقف التعليقي أو القضائي (الوقف لضرورة منطقية) :

المراد به : " وقف السير في الدعوى وقفاً مؤقتاً لتعلق الحكم فيها على الفصل في قضية مرتبطة بها، سواءً أكانت القضية المرتبطة لدى القاضي نفسه ، أم لدى غيره " <sup>(3)</sup> .

وعرف أيضاً بأنه : " تعليق الخصومة الأصلية على الفصل في المسألة الأولية <sup>(4)</sup> التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى " <sup>(5)</sup> .

وقيل هو : " وقف سير الخصومة بناء على قرار من المحكمة (قاضي الدعوى) من تلقاء نفسها لمقتضى شرعي " <sup>(6)</sup> .

جاء في المادة الثالثة والثمانين <sup>(7)</sup> : "إذا رأت المحكمة تعليق حكمها في موضوع الدعوى على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم فتأمر بوقف الدعوى ، وبمجرد زوال سبب التوقف يكون للخصوم طلب السير في الدعوى " .

## 3. الوقف الجزائي :

المراد به: وقف الدعوى جزاءً على عدم قيام المدعي بما أوجبه عليه المحكمة <sup>(8)</sup> .

(1) هي المادة الخامسة والخمسون في نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

(2) الإنهاءات: هي طلب يرفعه الإنسان إلى المحكمة في موضوع من طرف واحد، يطلب إجراءه بإثبات ونحوه. مثل: طلب الوقفية، وإثبات الوصية بعد وفاة الموصي، وطلب إثبات الوفاة وحصر الورثة، وغيرها. (انظر: الكاشف/2/478).

(3) اللائحة التنفيذية (1/83) ؛ وانظر اللائحة الجديدة: (1/87).

(4) المسائل الأولية هي: الأمور التي يتوقف الفصل في الدعوى على البت فيها مثل: البت في الاختصاص ، والأهلية، والصفة، وحصر الورثة قبل السير في الدعوى. (اللائحة التنفيذية 1/30). وبنفس الرقم في اللائحة الجديدة.

(5) الوسيط في شرح نظام المرافعات ص 539.

(6) الكاشف في شرح نظام المرافعات/1/437 .

(7) هي المادة السابعة والثمانون في نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

(8) انظر: التعليق على نصوص نظام المرافعات/1/417.

ويرى بعض شرّاح نظام المرافعات<sup>(1)</sup> أن نظام المرافعات الشرعية السعودي لم ينص على هذا الوقف، وأن ذلك يرجع إلى سياسة عامة تبناها المنظم في نظام المرافعات الشرعية قوامها الترشيح في استخدام الجزاءات الإجرائية، إلا أن ذلك لا يعني تجاهل المنظم لكل جزاء إجرائي، فقد أخذ بشطب الدعوى في الخصومة في المواد (53، 54)<sup>(2)</sup> في حالة غياب المدعي عن الجلسة، والشطب نوع من الوقف الجزائي.

ويرى آخر<sup>(3)</sup> أن الوقف الجزائي مما يجري عليه العمل في محاكم المملكة العربية السعودية، بل نص نظام المرافعات الشرعية السعودية في المادة الخامسة والعشرين بعد المئة<sup>(4)</sup> على جواز وقف الدعوى حتى إيداع أجرة الخبير، ونص هذه المادة: " إذا لم يودع الخصم المبلغ المكلف بإيداعه في الأجل الذي عينته المحكمة جاز للخصم الآخر أن يقوم بإيداع هذا المبلغ دون إخلال بحقه إذا حكم له في الرجوع على خصمه وإذا لم يودع المبلغ أي الخصمين وكان الفصل في القضية يتوقف على قرار الخبرة فللمحكمة أن تقرر إيقاف الدعوى حتى إيداع المبلغ".

وقد أشار الفقهاء إلى وقف الدعوى جزاءً للمدعي إذا لم يستجب لإجراء يتطلبه السير فيها.

يقول ابن فرحون: " تنبيه وما ذكره القاضي عياض في المدارك من تأجيل هارون بن حبيب فيما شهد به عليه ونظرائه لم يكن تأجيلهم الشهرين وأكثر لما وقع في الشهود وإنما كان عقوبة"<sup>(5)</sup>.

ويلحق بعض شرّاح نظام المرافعات الشرعية بأقسام وقف الخصومة: وقف الخصومة لضرورة واقعية أو الوقف بقوة القانون، وهو ما اصطلح على تسميته في نظام المرافعات بانقطاع الخصومة<sup>(6)</sup>، وسناقش هذه المسألة عند حديثنا عن انقطاع الخصومة بإذن الله.

### المطلب الثالث: تعريف انقطاع الخصومة في اللغة والاصطلاح:

الانقطاع في اللغة: مصدر من انقطع، ويقال قطعت الحبل قطعاً فانقطع، والقطع: إبانة بعض أجزاء الجرم من بعض فصلاً<sup>(7)</sup>. أما الخصومة فقد سبق تعريفها في اللغة.

(1) انظر: المصدر نفسه 417/1-418.

(2) هي المادة الخامسة والخمسون والسادسة والخمسون في نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

(3) انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات 444/1.

(4) هي المادة التاسعة والعشرون بعد المئة في نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

(5) تبصرة الحكام 149/1.

(6) انظر: الوسيط في شرح نظام المرافعات ص 533، 544.

(7) انظر: لسان العرب 8/276.

وانقطاع الخصومة في الاصطلاح : " هو توقف تلقائي مؤقت لسير الدعوى وجوباً بسبب مقرر يقتضي ذلك حتى استيفاء ما يلزم له ولا اختيار للقاضي وللخصم في تقديره، ويستأنف السير فيها ويبنى على إجراءاتها السابقة بعد تهيئتها لذلك، وتحريك أحد الخصوم لها"<sup>(1)</sup>.

مثاله : انقطاع الدعوى بسبب وفاة أحد الخصوم، أو فقد أهليته للخصومة، أو زوال صفة النيابة عمّن كان يباشر الخصومة عنه.

ويرى بعض شرّاح نظام المرافعات أن مصطلح "انقطاع الخصومة" مصطلح مضلل وغير دقيق، وأنه تعبير غير موفق عن بعض أحوال وقف الخصومة وهو ما يسمى بالوقف لضرورة واقعية؛ والضرورة التي تستدعي وقف الخصومة هنا ضرورة واقعية لا إرادة للخصوم فيها، فالوفاة أو فقد الأهلية أو زوال صفة النيابة، أمور تقع بغير إدارة الشخص، ومع ذلك يرتب عليها القانون أثراً إجرائياً متمثلاً في وقف الخصومة، ويترتب على ذلك كل آثار الوقف، مع بقاء الخصومة قائمة منتجة لكافة آثارها، فلا تزول بأثر رجعي، كما يوحي مفهوم الانقطاع، ويرى أن استخدام مصطلح "وقف الخصومة بقوة القانون" بدلاً من "انقطاع الخصومة" أدق وأدل على المقصود<sup>(2)</sup>.

ويبدو لي أن استخدام مصطلح الوقف لضرورة واقعية، أو وقف الخصومة بقوة القانون، أكثر وضوحاً ودلالة على المعنى المراد من استخدام مصطلح انقطاع الخصومة.

جاء في المادة الرابعة والثمانين<sup>(3)</sup> : "ما لم تكن الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها فإن سير الخصومة ينقطع بوفاة أحد الخصوم، أو بفقد أهلية الخصومة، أو بزوال صفة النيابة عمّن كان يباشر الخصومة عنه، على أن سير الخصومة لا ينقطع بانتهاء الوكالة، وللمحكمة أن تمنح أجلاً مناسباً للموكل إذا كان قد بادر فعين وكيلاً جديداً خلال الخمسة عشر يوماً من انتهاء الوكالة الأولى، أما إذا تهيأت الدعوى للحكم فلا تنقطع الخصومة، وعلى المحكمة الحكم فيها".

وجاء في اللائحة التنفيذية لهذه المادة :

1/84 انقطاع الخصومة بحصول الوفاة أو بفقد الأهلية يعتبر من تاريخ حصوله لا من تاريخ علم المحكمة بذلك .

(1) الكاشف في شرح نظام المرافعات/1/469.

(2) انظر: الوسيط في شرح نظام المرافعات ص544.

(3) جاء في المادّة الثامنة والثمانين من نظام المرافعات الجديد(1435هـ) ما يأتي:"1- ما لم تكن الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها فإن سير الخصومة ينقطع بوفاة أحد الخصوم، أو بفقد أهلية الخصومة، أو بزوال صفة النيابة عمّن كان يباشر الخصومة عنه، على أن سير الخصومة لا ينقطع بانتهاء الوكالة، وللمحكمة أن تمنح أجلاً مناسباً للموكل إذا كان قد بادر فعين وكيلاً جديداً خلال خمسة عشر يوماً من انتهاء الوكالة الأولى، أما إذا تهيأت الدعوى للحكم فلا تنقطع الخصومة، وعلى المحكمة الحكم فيها. 2- إذا تعدد الخصوم وقام سبب الانقطاع بأحدهم، فإن الدعوى تستمر في حق الباقيين، ما لم يكن موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة، فتنتقطع الخصومة في حق الجميع".

وجاء في اللائحة التنفيذية:"1/88 انقطاع الخصومة بحصول الوفاة أو بفقد الأهلية يعتبر من تاريخ حصوله لا من تاريخ علم الدائرة بذلك. 2/88 إذا ظهر للدائرة انفساخ الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل أو فقد أحدهما أهليته أو نحو ذلك، فللدائرة سحب أصل الوكالة من الوكيل وبعثها لمصدرها للتمهيش عليها بالإلغاء، وإذا تعذر سحب أصلها فللدائرة مخاطبة الجهة التي صدرت منها لإكمال الإجراءات النظامية في شأن إلغاء هذه الوكالة".

2/84 تبقى المعاملة لدى القاضي عند قيام سبب الانقطاع مدة شهر فإن لم يراجع أحد الخصوم فتعاد إلى الجهة التي وردت منها .

3/84 إذا حكم القاضي في الدعوى المثيثة للحكم بعد وفاة أحد الخصوم ، فتجري على الحكم تعليمات التمييز .

4/84 إذا لم يحضر الخصم الذي حل محل من قام به سبب الانقطاع بعد إبلاغه بالحكم لإبداء القناعة من عدمها أو تعذر إبلاغه ومضت المدة المقررة للاعتراض فيرفع الحكم لمحكمة التمييز بدون لائحة اعتراض .

5/84 إذا تعدد الخصوم وقام سبب الانقطاع بأحدهم فإن الدعوى تستمر في حق الباقيين ما لم يكن موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة فتقطع الخصومة في حق الجميع .

**المطلب الرابع: مواطن الاتفاق والاختلاف بين وقف الخصومة وانقطاعها :**

**أولاً : يتفق وقف الخصومة وانقطاعها فيما يأتي :**

1. أن أي إجراء يتم خلال مدة الوقف أو الانقطاع يعتبر باطلاً وغير نافذ.
2. لا تتأثر الإجراءات السابقة في وقف الخصومة وانقطاعها، بل كل إجراء تم صحيحاً فإنه يبقى كذلك، كإجراء المحاسبة التي أمر بها القاضي قبل حصول الوقف أو الانقطاع.
3. يجوز وقف الخصومة أكثر من مرة حسب الشروط المقررة لذلك، وكذلك الحال في انقطاع الخصومة إذا تكرر سبب الانقطاع أكثر من مرة.

**ثانياً : يختلف وقف الخصومة وانقطاعها فيما يأتي :**

1. وقف الخصومة يكون بناء على طلب الخصوم أو بقرار من المحكمة بخلاف انقطاع الخصومة فهو توقف تلقائي وجوباً لضرورة واقعية لا خيار للقاضي ولا للخصوم فيه.
2. يجوز في وقف الخصومة السير في الدعوى قبل انتهاء المدة المتفق عليها إذا طلب أحد الخصوم ذلك بشرطين: إذا وافق خصمه، أو إذا رأى ناظر الدعوى أن لا مصلحة في الوقف. كذلك يجوز للقاضي من تلقاء نفسه العدول عن وقف الدعوى واستئناف النظر فيها في أي وقت إذا ظهر له ما يقتضي ذلك ، كمنخالفه الوقف للمصلحة العامة. وهذا لا يمكن أن يكون في انقطاع الخصومة لأنه لا خيار للخصوم ولا للقاضي فيه، بل لا يمكن استئناف السير في الدعوى بعد انقطاعها حتى يزول سبب الانقطاع.
3. لم يحدد نظام المرافعات في انقطاع الخصومة مدة معينة لمعاودة السير فيها؛ ولكن الخصومة تعود إلى سيرتها الأولى إذا زال سبب الانقطاع وطلب أحد الخصوم استئناف السير فيها؛ لكنه حدد في وقف الخصومة مدة عشرة أيام تالية لنهاية الأجل في الوقف الاتفاقي، فإذا عاود الخصوم السير في الدعوى، وإلا عد المدعي تاركاً لدعواه، وجزاؤه الشطب وفقاً لما هو مقرر في المادتين (53-54)<sup>(1)</sup> من نظام المرافعات.
4. يشترط لانقطاع سير الخصومة ألا تكون الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها، بينما لا يشترط ذلك لوقف الخصومة، وسبب ذلك أنه من مقاصد وقف الخصومة الاتفاقي إتاحة الفرصة للصالح ونحوه، وأما

(1) هي المادة الخامسة والخمسون والسادسة والخمسون في نظام المرافعات الجديد(1435هـ).

الوقف القضائي فالمقصود منه تحري العدالة والتأني في الحكم، وهذا يتحقق بتعليق الحكم في الدعوى على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم.  
المبحث السابع : الفرق بين منع القاضي من نظر الدعوى وبين رده عن نظرها :

المطلب الأول : تعريف منع القاضي في اللغة والاصطلاح :

المنع في اللغة : من منعه يمنعه منعاً، والميم والنون والعين أصل واحد هو خلاف الإعطاء، والمنع هو أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريد<sup>(1)</sup>.

ومنع القاضي (أو ما يسمّى بعدم الصلاحية الحتمية)<sup>(2)</sup> في الاصطلاح : هو منع القاضي من نظر الدعوى وسماعها بقوة النظام، ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم في الأحوال المذكورة في نظام المرافعات.

المطلب الثاني : أحوال منع القاضي من نظر الدعوى :

أولاً : القرابة والمصاهرة :

جاء في المادة التسعين<sup>(3)</sup> من نظام المرافعات: " يكون القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى وسماعها ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم في الأحوال الآتية :

أ - إذا كان زوجاً لأحد الخصوم أو كان قريباً أو صهراً له<sup>(4)</sup> إلى الدرجة الرابعة<sup>(5)</sup>..."

ثانياً : الخصومة القائمة للقاضي أو لزوجته.

جاء في الفقرة (ب/90)<sup>(6)</sup> بيان الحالة الثانية من أحوال منع القاضي ونصها: " إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة<sup>(7)</sup> مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته..."

ثالثاً : الوكالة والوصاية والقوامة ومظنة الوراثة.

(1) معجم مقاييس اللغة 278/5: لسان العرب 343/8.

(2) انظر: الوسيط في شرح نظام المرافعات ص56.

(3) هي المادة الرابعة والتسعون في نظام المرافعات الجديد(1435هـ).

(4) " لا يشترط لقيام علاقة المصاهرة أن تكون رابطة الزوجية قائمة". (اللائحة التنفيذية12/90). واللائحة الجديدة: (2/94)

(5) جاء في الفقرة الأولى من لائحة المادة الثامنة: "الأقارب حتى الدرجة الرابعة هم:الدرجة الأولى: الآباء، والأمهات، والأجداد، والجدات وإن علوا.الدرجة الثانية: الأولاد ، وأولادهم وإن نزلوا.الدرجة الثالثة:الإخوة والأخوات الأشقاء، أو لأب، أو لأم، وأولادهم.الدرجة الرابعة: الأعمام والعمات، وأولادهم، والأخوال، والخالات وأولادهم وجاء في الفقرة الثانية من المادة نفسها: "تطبق هذه الدرجات الأربع على أقارب الزوجة وهم الأصبهار". وفي اللائحة الجديدة: (1/7، 2/7).

(6) هي الفقرة (ب/94) من نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

(7) جاء في اللائحة الجديدة : (1/94): قيام الخصومة الوارد في الفقرة (ب) يبدأ من تاريخ قيدها في المحكمة حتى اكتساب الحكم القطعية.

بيّنت الفقرة (ج/90)<sup>(1)</sup> الحالة الثالثة من أحوال منع القاضي ونصها: "إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم، أو وصياً، أو قيماً عليه، أو مظنونة وراثته له<sup>(2)</sup>، أو كان زوجاً لوصي أحد الخصوم أو القيم عليه، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بهذا الوصي أو القيم..."<sup>(3)</sup>.

#### رابعا: المصلحة في الدعوى القائمة :

وضّحت الفقرة (د/90)<sup>(4)</sup> الحالة الرابعة من أحوال منع القاضي ونصها: "إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب<sup>(5)</sup> أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه ، مصلحة<sup>(6)</sup> في الدعوى القائمة..."

#### خامساً: صلة القاضي السابقة بالدعوى :

جاء في الفقرة (هـ/90)<sup>(7)</sup> بيان الحالة الخامسة من أحوال منع القاضي ونصها: "إذا كان قد أفتى<sup>(8)</sup> أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها<sup>(9)</sup> ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها<sup>(10)</sup> قاضياً أو خبيراً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها، أو باشر إجراء من إجراءات التحقيق فيها".

(1) هي الفقرة (ب/94) من نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

(2) "الخصم المظنونة وراثته هو من كان القاضي غير وارث له حال قيام الدعوى لوجود حاجب يحجبه ، بحيث إذا زال هذا الحاجب ورثه" . (اللائحة التنفيذية 6/90). واللائحة الجديدة: (5/94).

(3) "المعتبر في كون الوكالة أو الوصاية أو القوامة مانعة هو كونها قائمة وقت إقامة الدعوى ، ولا ينظر إلى مضمونها". (اللائحة التنفيذية 5/90). واللائحة الجديدة: (4/94).

(4) هي الفقرة (د/94) من نظام المرافعات الجديد (1435هـ)، ونصها بعد التعديل: "إذا كان له مصلحة في الدعوى القائمة أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه".

(5) عمود النسب هم الأصول (الآباء والأمهات وإن علوا) والفروع (الأبناء والبنات وإن نزلوا). وعلى هذا فأقارب القاضي هنا: والداه وإن علوا، وأولاده وإن نزلوا، وأصهاره: والدا زوجته وإن علوا، وأولادها وإن نزلوا. (انظر: فتاوى ابن تيمية 343/13: الكاشف في شرح نظام المرافعات 1/477).

(6) يقصد بالمصلحة: كل ما فيه جلب نفع أو دفع ضرر. (اللائحة التنفيذية 1/4). واللائحة الجديدة: (1/3).

(7) هي الفقرة (هـ/94) من نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

(8) الفتوى التي تمنع القاضي من نظر الدعوى هي : ما كانت محررة في القضية نفسها". (اللائحة التنفيذية 9/90)؛ واللائحة الجديدة: (6/94).

(9) "يمنع القاضي من نظر القضية إذا كتب فيها لائحة دعوى أو جواباً أو اعتراضاً أو استشارة ونحوها مما فيه مصلحة لأحد المتخاصمين". (اللائحة التنفيذية 10/90)؛ واللائحة الجديدة: (7/94).

(10) "المقصود بسبق نظر القاضي للدعوى : إذا حكم فيها ثم انتقل إلى محكمة أخرى فلا ينظرها". (اللائحة التنفيذية 14/90)؛ واللائحة الجديدة: (9/94). لكن "الأحكام المستعجلة التي يخشى معها فوات الوقت هي أحكام مؤقتة لا تمنع من أصدرها من أن يحكم في أصل القضية". (اللائحة التنفيذية 11/90)؛ واللائحة الجديدة: (8/94).



### المطلب الثالث : رد القاضي عن نظر الدعوى في اللغة والاصطلاح :

الرد في اللغة: من رددت الشيء أردته رداً، والراء والبدال أصل واحد مطرد منقاس وهو رجوع الشيء، و رد عليه الشيء إذا لم يقبله<sup>(1)</sup>.

ورد القاضي (أو ما يسمّى بعدم الصلاحية التقديرية) في الاصطلاح هو: " تنحيه من تلقاء نفسه، أو تنحيته بناء على طلب الخصم عن نظر الدعوى والحكم فيها لسبب من الأسباب المذكورة في نظام المرافعات".

### المطلب الرابع : أسباب رد القاضي :

أولاً : الدعوى المماثلة.

جاء في الفقرة (92/أ)<sup>(2)</sup> ما نصه: "يجوز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية: أ - إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى<sup>(3)</sup> التي ينظرها...".

ثانياً : الخصومة للقاضي أو لزوجته بعد قيام الدعوى.

وجاء في الفقرة (92/ب)<sup>(4)</sup> ذكر السبب الثاني من أسباب رد القاضي، ونصها: "إذا حدث له أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المنظورة أمام القاضي، ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه...".

ثالثاً : الخصومة القائمة لمطلقة القاضي أو لأحد أقاربه وأصهاره.

وضّحت الفقرة (92/ج)<sup>(5)</sup> السبب الثالث من أسباب رد القاضي، ونصها: " إذا كان لمطلقة التي له منها ولد، أو لأحد أقاربه، أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى، أو مع زوجته، ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت أمام القاضي بقصد رده...".

رابعاً : العلاقة الشخصية بين القاضي وأحد الخصوم.

جاء في الفقرة (92/د)<sup>(6)</sup> بيان السبب الرابع من أسباب رد القاضي، ونصها: "إذا كان أحد الخصوم خادماً

(1) معجم مقاييس اللغة 2/386؛ مختار الصحاح 1/101.

(2) هي الفقرة (96/أ) من نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

(3) "يقصد بالتماثل في الدعوى اتحادهما في الموضوع والسبب مما يترتب عليه معرفة الحكم في إحداها ، من معرفة الحكم في الأخرى". (اللائحة التنفيذية 4/92): واللائحة الجديدة: (3/96).

(4) هي الفقرة (96/ب) من نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

(5) هي الفقرة (96/ج) من نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

(6) هي الفقرة (96/د) من نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

له<sup>(1)</sup>، أو كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة<sup>(2)</sup> أحد الخصوم أو مساكته<sup>(3)</sup>، أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده...".

#### خامساً : العداوة أو المودة.

بيّنت الفقرة (92/هـ)<sup>(4)</sup> السبب الخامس من أسباب رد القاضي، ونصها: "إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة<sup>(5)</sup> أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بدون تحيز".

#### سادساً : استشعار الحرج.

لم ينص المنظم على جميع أسباب رد القاضي، على اعتبار أن ما ذكره في المادة الثانية والتسعين<sup>(6)</sup> إنما هو على سبيل المثال لا الحصر؛ لذلك فإن هناك أسباباً أخرى للرد سكت عنها النظام؛ لكن يجمعها استشعار الحرج<sup>(7)</sup>.

والمراد باستشعار الحرج : " وجود علاقة بين القاضي وأحد الخصوم، يتوقى القاضي منها التهمة أو مقاطعة القرابة والجيران، أو الضرر على نفسه، ونحو ذلك بسبب سماع هذه الدعوى، فيتنحى لأجل ذلك عن نظر الدعوى"<sup>(8)</sup>.

مثاله : علاقة الجوار العادية، والقرابة والمصاهرة الخارجة عن الدرجات الأربع.

ولا يعدّ استشعار الحرج من أسباب الرد التي يجوز للخصم التمسك بها؛ ولكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يطلب التنحى عن الدعوى إذا استشعر حرجاً من نظرها، ومتى طلب ذلك أحيل طلبه إلى رئيس المحكمة أو رئيس المحاكم للنظر والفصل فيه بالموافقة أو الرفض، ومتى رُفِض طلب الرد، وجب على القاضي سماع الدعوى والحكم فيها<sup>(9)</sup>.

(1) "الخادم هو: الأجير الخاص لدى القاضي". (اللائحة التنفيذية 5/92)؛ واللائحة الجديدة: (4/96).

(2) "المؤاكلة : تتحقق بالجلوس على مائدة الخصم مرات متتالية". (اللائحة التنفيذية 6/92)؛ واللائحة الجديدة: (5/96).

(3) "المساكنة: سكن القاضي مع أحد الخصوم أو العكس في بيت واحد غالب الوقت أو بصفة دائمة ، بأجر أو بدونه". (اللائحة التنفيذية 7/92)؛ واللائحة الجديدة: (6/96).

(4) هي الفقرة (96/هـ) من نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

(5) "العداوة هي: ما نشأ عن أمر دنيوي مما فيه تعرض للنفس، أو العرض أو الولد، أو المال، ويرجع في تقديرها عند الاختلاف إلى ناظر الرد وهو رئيس المحكمة أو رئيس المحاكم". (اللائحة التنفيذية 8/92)؛ واللائحة الجديدة: (7/96).

(6) هي المادة السادسة والتسعون في نظام المرافعات الجديد (1435هـ).

(7) انظر: الوسيط في شرح نظام المرافعات ص 82-83: الكاشف في شرح نظام المرافعات 485/1.

(8) الكاشف في شرح نظام المرافعات 485/1.

(9) انظر: المصدر نفسه.

وقد أشارت المادة الرابعة والتسعون<sup>(1)</sup> إلى أسباب الرد التي لم ينص عليها في المادة الثانية والتسعين<sup>(2)</sup>؛ حيث جاء فيها: " ... فإن لم يكن سبب الرد من الأسباب المنصوص عليها في المادة الثانية والتسعين وجب تقديم طلب الرد قبل تقديم أي دفع أو دفاع في القضية وإلا سقط الحق فيه، ومع ذلك يجوز طلب الرد إذا حدثت أسبابه بعد ذلك، أو إذا أثبت طالب الرد أنه لا يعلم بها".

ومما جاء في اللائحة التنفيذية لهذه المادة أيضاً ما يأتي :

"2/92<sup>(3)</sup> اتفاق الخصوم على نظر الدعوى أو استمرار نظرها مع وجود سبب من أسباب الرد المذكورة في هذه المادة يسقط حقهم في طلب الرد .

3/92<sup>(4)</sup> يقبل طلب الرد المنصوص عليه في هذه المادة في جميع مراحل الدعوى حال العلم به وإلا سقط الحق فيه ولا يؤثر شطب الدعوى أو ترك الخصومة أو إيقافها على طلب الرد متى ما أعيد نظرها .

9/92<sup>(5)</sup> يترتب على طلب الرد وقف الدعوى المنظورة حتى يفصل في طلب الرد".

**المطلب الخامس : مواطن الاتفاق والاختلاف بين منع القاضي وبين رده :**

يتفق منع القاضي ورده في نتيجتهما وهي عدم نظر القاضي للدعوى؛ ولكنهما يختلفان فيما يأتي :

1. المنع في اللغة هو أن تحول بين الرجل وبين ما يريد، والرد عدم قبول ما فعله دون الحيلولة بينه وبين ما يريد.
2. منع القاضي يكون بقوة القانون ولا يشترط له طلب الخصوم، أما رد القاضي فهو تنحيه من تلقاء نفسه أو تنحيه بناء على طلب الخصوم.
3. أسباب منع القاضي من نظر الدعوى واردة في النظام على سبيل الحصر؛ لذلك لا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها؛ بخلاف أسباب رد القاضي فإنها وردت في النظام على سبيل المثال لا الحصر؛ لذلك فإن هناك أسباباً أخرى للرد سكت عنها النظام؛ لكن يجمعها استشعار الحرج.
4. إذا وجدت خصومة بين القاضي أو زوجته وبين أحد الخصوم أو زوجته في الدعوى التي ينظرها القاضي، فيشترط لمنع القاضي أن تكون الخصومة قائمة أي نشأت قبل رفع الدعوى وظلت قائمة، أما إذا نشأت الخصومة بعد رفع الدعوى فلا يمنع القاضي، بخلاف رد القاضي فإنه يجوز أن يكون في خصومة نشأت بعد رفع الدعوى.
5. في مسألة منع القاضي يبطل عمله وقضاؤه ولو تم باتفاق الخصوم، أما في حالة الرد فله أن يحكم إذا اتفق الخصوم على ذلك .

(1) هي المادة الثامنة والتسعون في نظام المرافعات الجديد(1435هـ)، وأضيف في آخرها: "... وفي جميع الأحوال لا يقبل طلب الرد بعد قفل باب المرافعة".

(2) هي المادة السادسة والتسعون في نظام المرافعات الجديد(1435هـ).

(3) في اللائحة الجديدة: (1/96).

(4) في اللائحة الجديدة: (2/96).

(5) تم نقل هذه الفقرة من اللائحة إلى الفقرة 2 من المادة السادسة والتسعين، ونصها: "يترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى إلى حين الفصل فيه".

6. منع القاضي يكون في جميع مراحل الدعوى سواء أكان ناظراً أو مستخلفاً وسواء أعلم القاضي والخصم بذلك أم لم يعلمها، أما رد القاضي فيفرق فيه بين أمرين : الأول : تقديم طلب الرد في الأسباب المنصوص عليها في المادة الثانية والتسعين، فهذا يجوز تقديم طلب الرد فيه في أي وقت؛ لكن لا يقبل طلب الرد بعد قفل باب المرافعة ومن باب أولى بعد صدور الحكم. الثاني: تقديم طلب الرد في الأسباب غير المنصوص عليها (وهي الأسباب التي يجمعها استشعار الحرج) يجب أن يكون قبل تقديم أي دفع أو دفاع في القضية وإلا سقط الحق فيه، ومع ذلك يجوز طلب الرد إذا حدثت أسبابه بعد التعرض لموضوع الدعوى، أو أثبت طالب الرد أنه لا يعلم بها.

المبحث الثامن : الفرق بين الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي :

المطلب الأول : تعريف الإقرار القضائي في اللغة والاصطلاح :

الإقرار في اللغة: ضد الجحود، وهو الإذعان والاعتراف، يقال أقر بالحق أي اعترف به<sup>(1)</sup>.

الإقرار في الاصطلاح : " إخبار بحق لآخر عليه وإخبار عما سبق"<sup>(2)</sup>.

والإقرار القضائي هو : " ما يحصل أمام ناظر الدعوى أثناء السير فيها متعلقاً بالواقعة المقر بها"<sup>(3)</sup>.

المطلب الثاني: شروط الإقرار القضائي :

يتبين تعريف الإقرار القضائي أنه يشترط فيه شرطان، هما:

1. أن يتم أمام ناظر الدعوى.

2. أن يحصل أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها.

المطلب الثالث : حجية الإقرار القضائي :

الإقرار القضائي حجة قاصرة على المقر.

جاء في المادة الرابعة بعد المئة<sup>(4)</sup> من نظام المرافعات : " إقرار الخصم عند الاستجواب أو دون استجوابه حجة قاصرة عليه...".

وقد قرر الفقهاء: أن الإقرار حجة قاصرة على المقر<sup>(5)</sup>.

(1) معجم مقاييس اللغة 8/5 : لسان العرب 88/5.

(2) التعريفات 50/1 وانظر: البحر الرائق 249/7؛ شرح حدود ابن عرفة 185/2؛ روضة الطالبين 349/4؛ المغني 87/5.

(3) اللائحة التنفيذية (1/104)؛ واللائحة الجديدة: (1/108).

(4) هي المادة الثامنة بعد المئة في نظام المرافعات الجديد(1435هـ).

(5) قواعد الأحكام في مصالح الأنام 119/2؛ غمز عيون البصائر 367/2.

قال ابن القيم-رحمه الله- : " ولم يزل حدّاق الحكّام والولاية يستخرجون الحقوق بالفراصة والأمارات، فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً"<sup>(1)</sup>.

#### المطلب الرابع : تعريف الإقرار غير القضائي :

الإقرار غير القضائي هو : " الذي اختل فيه قيد من القيود المذكورة في هذه المادة"<sup>(2)</sup>.

والقيود المذكورة في المادة الرابعة بعد المئة<sup>(3)</sup> هي : " ... يجب أن يكون الإقرار حاصلًا أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقرّ بها".

وعلى هذا يكون الإقرار غير القضائي هو الذي لا يحصل أمام قاضي الدعوى، وقد يحصل ولكن لم يحصل أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقرّ بها، بل أثناء السير في دعوى أخرى، أو بدون دعوى<sup>(4)</sup>.

#### المطلب الخامس: حجية الإقرار غير القضائي :

الإقرار غير القضائي لا يكون حجة بنفسه، بل إن للقاضي طلب إثباته بالبينة الشرعية عند إنكار الخصم له<sup>(5)</sup>. وإذا ثبت فإنه يكون حجة قاصرة على المقرّ.

#### المطلب السادس : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الإقرار القضائي وغير القضائي :

يتفق الإقرار القضائي وغير القضائي-إذا ثبت بالبينة الشرعية- في كونهما حجة قاصرة على المقرّ؛ لكنهما يختلفان فيما يأتي :

1. الإقرار القضائي يكون أمام القاضي أثناء السير في الدعوى متعلقاً بالواقعة المقرّ بها، بخلاف الإقرار غير القضائي فهو:

- الإقرار الذي لا يحصل أمام القاضي.
- أو الإقرار الذي يحصل أمام القاضي لكن ليس في أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقرّ بها، بل أثناء السير في دعوى أخرى.
- أو الإقرار الذي يحصل أمام القاضي بدون دعوى.

2. الإقرار القضائي لا تجري عليه أحكام الإثبات الشرعية لثبوته أمام القاضي أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقرّ بها، بخلاف الإقرار غير القضائي فإنه يحتاج إلى بيّنة شرعية لإثباته.

(1) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص34.

(2) اللائحة التنفيذية (2/104)؛ واللائحة الجديدة: (2/108).

(3) هي المادة الثامنة بعد المئة في نظام المرافعات الجديد(1435هـ).

(4) انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات1/545-546

(5) اللائحة التنفيذية (3/104)؛ واللائحة الجديدة: (3/108).

## المبحث التاسع : الفرق بين الورقة الرسمية والعادية :

جاء في المادة الثامنة والثلاثين بعد المائة<sup>(1)</sup> : "الكتابة التي يكون بها الإثبات إما أن تدون في ورقة رسمية أو ورقة عادية...".

### المطلب الأول : تعريف الورقة الرسمية في اللغة والاصطلاح :

الورقة الرسمية في اللغة : الورقة في اللغة : جمعها ورق وأوراق، وهي الرقاق التي يكتب فيها أو يطبع عليها. ويقال ورقة رسمية وعمل رسمي إذا نسب إلى الدولة وجرى على أصولها المقررة<sup>(2)</sup>.

والورقة الرسمية في الاصطلاح هي : "التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع النظامية وفي حدود سلطته واختصاصه"<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني : شروط الورقة الرسمية<sup>(4)</sup> :

- أن يكون محررها موظفاً حكومياً أو من في حكمه ممن كلف من الدولة أو أذن له للقيام بهذا العمل سواء أكان بأجرة أو بدونها، والموظف الحكومي مثل: كاتب العدل، ومن في حكمه كمأذون الأنكحة غير المتفرغ.  
- أن يكون ما حرره الموظف العام ومن في حكمه في حدود ولايته واختصاصه المسند إليه مما تم على يديه أو تلقاه من ذوي الشأن.

- أن تتم الكتابة على الوجه المعتاد في مثلها، فتستوفى الأوضاع النظامية المرسومة لها من التواقيع والأختام ونحوها مما يلزم لذلك نظاماً.

### المطلب الثالث : حجية الورقة الرسمية :

الورقة الرسمية حجة ما لم تتضمن ما يخالف الشرع أو يثبت فيها طعن بالتزوير.

جاء في المادة الثمانين من نظام القضاء: "الأوراق الصادرة عن كاتب العدل...تكون لها قوة الإثبات ، ويجب العمل بمضمونها أمام المحاكم بلا بيّنة إضافية، ولا يجوز الطعن فيها إلا تأسيساً على مخالفتها لمقتضى الأصول الشرعية أو النظامية أو تزويرها".

وجاء في المادة الأربعين بعد المائة<sup>(5)</sup> من نظام المرافعات : "لا يقبل الطعن في الأوراق الرسمية إلا بادعاء التزوير ما لم يكن ما هو مذكور فيها مخالفاً للشرع".

(1) هي المادة التاسعة والثلاثون بعد المئة في نظام المرافعات الجديد(1435هـ).

(2) انظر: المعجم الوسيط 1/345، 2/1026.

(3) المادة التاسعة والثلاثون بعد المئة من نظام المرافعات الجديد(1435هـ)؛ وانظر: المعجم الوسيط 1/345.

(4) انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات 2/52.

(5) هي المادة الحادية والأربعون بعد المئة من نظام المرافعات الجديد(1435هـ).

## المطلب الرابع : تعريف الورقة العادية في اللغة والاصطلاح :

سبق تعريف الورقة في اللغة، والعادية في اللغة: مؤنث عادي، والأمر العادي هو الذي جرت العادة به<sup>(1)</sup>.

والورقة العادية هي : " التي تكون موقعة بإمضاء من صدرت منه أو ختمه أو بصمته"<sup>(2)</sup>.

وعرّفت أيضاً بأنها : " الورقة التي يكتبها الناس فيما بينهم من عقود و إقرارات وغيرها دون وساطة الموظف العام ومن في حكمه"<sup>(3)</sup>.

## المطلب الخامس : حجية الورقة العادية :

لا يحتاج بالورقة العادية إلا بعد ثبوتها من صدرت منه بإقرار أو بيينة على خطه أو توقيعه عليها من شهادة أو مقارنة لها غيرها من الأوراق الثابت نسبتها إليه<sup>(4)</sup>.

## المطلب السادس : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الورقة الرسمية والعادية :

تتفق الورقة الرسمية، والعادية- بعد ثبوتها بالبيينة الشرعية- في عدم الاحتجاج بهما إذا خالفا الشرع، ويختلفان فيما يأتي :

1. الورقة الرسمية تصدر من الموظف الحكومي أو من في حكمه ممن كلف من الدولة أو أذن له للقيام بهذا العمل بخلاف الورقة العادية فهي تصدر من عموم الناس.
2. الورقة الرسمية حجة لها قوة الإثبات، ويجب العمل بمضمونها أمام المحاكم بلا بيينة إضافية، ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير أو مخالفة الشرع، أما الورقة العادية فليس لها قوة الإثبات ابتداءً، وتحتاج إلى بيينة إضافية لإثباتها والاحتجاج بها.

(1) انظر: المعجم الوسيط 635/2.

(2) من المادة التاسعة والثلاثين بعد المئة من نظام المرافعات الجديد(1435هـ)، ونص التعريف المعدل: " أما الورقة العادية فهي التي يكون عليها توقيع من صدرت منه أو ختمه أو بصمته".

(3) الكاشف في شرح نظام المرافعات 52/2؛ طرق الإثبات الشرعية ص69.

(4) انظر: اللائحة التنفيذية (1/104): الكاشف في شرح نظام المرافعات 54/2.

المبحث العاشر: الفرق بين تمييز الأحكام (الاستئناف<sup>(1)</sup>) والتماس إعادة النظر<sup>(2)</sup> :

## المطلب الأول : تمييز الأحكام في اللغة والاصطلاح :

التمييز في اللغة: من المَيِّز بين الأشياء، تقول : مزت بعضه من بعض فأنا أميزه مِيزاً ، وقد أماز بعضه من بعض، و مزت الشيء أميزه مِيزاً : عزلته وفرزته ، و فصلت بعضه من بعض<sup>(3)</sup> .

وتمييز الأحكام: "هو طريق من طرق الاعتراض على الأحكام غير النهائية يستدعي دراسة الواقعة القضائية المدونة في محضر ضبط القضية ودراسة الحكم القضائي الصادر فيها وأسبابه وما يتبع ذلك من قبل محكمة مختصة ومن ثم إمضاؤه أو لحظ الخلل فيه وتنبه مصدره إلى ذلك أو إظهار بطلانه ونقضه"<sup>(4)</sup> .

## المطلب الثاني : مدة الاعتراض بطلب التمييز :

مدة الاعتراض بطلب التمييز ثلاثون يوماً فإذا لم يعترض الخصم خلال هذه المدة سقط حقه في التمييز. جاء في المادة الثامنة والسبعين بعد المئة<sup>(5)</sup> من نظام المرافعات : "مدة الاعتراض بطلب التمييز ثلاثون يوماً، فإذا لم يقدم الخصم اعتراضاً خلال هذه المدة سقط حقه في طلب التمييز وعلى المحكمة اتخاذ محضر بذلك في ضبط القضية ، والتهميش على الصك وسجله بأن الحكم قد اكتسبت القطعية" .

(1) انظر: لسان العرب 412/5.

(2) حصرت المادة 176 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ طرق الاعتراض على الأحكام في ثلاثة طرق، وهي: الاستئناف، والنقض، والتماس إعادة النظر. أي إن النظام الجديد استبدل التمييز بالاستئناف وأضاف النقض.

ويقصد بالنقض: الاعتراض المقدم من المحكوم عليه إلى المحكمة العليا في المدة المقررة نظاماً، المتضمن طلب نقض الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تأييدها محاكم الاستئناف في حال: مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية أو لما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها، أو في حال صدور الحكم من محكمة غير مشكّلة تشكيلاً سليماً، أو صدور الحكم من محكمة أو دائرة غير مختصة، أو في حال الخطأ في تكييف الواقعة أو وصفها وصفاً غير سليم. ومدة الاعتراض بطلب النقض ثلاثون يوماً، ويستثنى من ذلك الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة فتكون خمسة عشر يوماً. (انظر: المادة 193، 194 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ).

(3) محاكم الاستئناف في النظام الجديد تعتبر تطوراً لمحاكم التمييز وليست محاكم مستحدثة، وبدل لذلك التشابه الكبير بين اختصاصات هذه المحاكم وبين اختصاصات محاكم التمييز الواردة في نظام القضاء السابق 1395هـ والأنظمة العدلية السابقة. (انظر: التنظيم القضائي الجديد في المملكة د. الفوزان ص104-105).

(4) الكاشف في شرح نظام المرافعات 185/2.

(5) ويقابلها في نظام المرافعات الجديد 1435هـ المادة 187 والتي تنص على أن: "مدة الاعتراض بطلب الاستئناف أو التدقيق ثلاثون يوماً، ويستثنى من ذلك الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة فتكون عشرة أيام، فإذا لم يقدم المعارض اعتراضه خلال هاتين المديتين سقط حقه في طلب الاستئناف أو التدقيق وعلى الدائرة المختصة تدوين محضر بسقوط حق المعارض عند انتهاء مدة الاعتراض في ضبط القضية، والتهميش على صك الحكم وسجله بأن الحكم قد اكتسب القطعية..."



ووضحت المادة السادسة والسبعون بعد المائة<sup>(1)</sup> بداية ميعاد الاعتراض على الحكم، حيث جاء فيها: "يبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم من تاريخ تسليم إعلام الحكم للمحكوم عليه وأخذ توقيعه في دفتر الضبط ، أو من التاريخ المحدد لتسلمه إذا لم يحضر . ويبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم الغيابي من تاريخ تبليغه إلى الشخص المحكوم عليه أو وكيله".

### المطلب الثالث : الأحكام التي تكون قابلة للتمييز :

جاء في المادة التاسعة والسبعين بعد المئة<sup>(2)</sup> : "جميع الأحكام تكون قابلة للتمييز باستثناء الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي يحددها مجلس القضاء الأعلى بقرار يصدر من هيئته العامة بناء على اقتراح من وزير العدل<sup>(3)</sup> . على أنه إذا كان المحكوم عليه ناظر وقف، أو وصياً ، أو ولياً ، أو مأمور بيت مال ، أو ممثل جهة حكومية ونحوه ، أو كان المحكوم عليه غائباً<sup>(4)</sup> فعلى المحكمة أن ترفع الحكم إلى محكمة التمييز لتدقيقه مهما كان موضوع الحكم، ويستثنى من ذلك ما يأتي :

أ- القرار الصادر على بيت المال من القاضي المختص منفذاً لحكم نهائي سابق.

ب- الحكم الصادر بمبلغ أودعه أحد الأشخاص لصالح شخص آخر ، أو ورثته ما لم يكن للمودع ، أو من يمثله معارضة في ذلك " .

(1) ويقابلها في نظام المرافعات الجديد 1435هـ المادة 179 ونصها كما يأتي : "1- يبدأ موعده الاعتراض على الحكم من تاريخ تسليم صورة صك الحكم إلى المحكوم عليه وأخذ توقيعه في الضبط ، أو من التاريخ المحدد لتسلمها إن لم يحضر، فإن لم يحضر لتسلم صورة صك الحكم فتودع في ملف الدعوى في التاريخ نفسه مع إثبات ذلك في الضبط، ويُعد الإيداع الذي يتم وفقاً لذلك بداية للموعد المقرر للاعتراض على الحكم، ويبدأ موعده الاعتراض على الحكم الغيابي أو الحكم الصادر تدقيقاً أمام المحكمة العليا من تاريخ تبليغه إلى الشخص المحكوم عليه أو وكيله.2- إذا كان المحكوم عليه سجيناً أو موقوفاً فعلى الجهة المسؤولة عنه إحضاره للمحكمة لتسلم صورة صك الحكم خلال المدة المحددة لتسلمها، وكذلك إحضاره لتقديم اعتراضه في المدة المحددة لتقديم الاعتراض. وجاء في اللائحة الجديدة 4/179: "تبدأ مدة الاعتراض من اليوم التالي ليوم تسليم صورة صك الحكم، أو من اليوم التالي لليوم المحدد لتسلمها".

(2) جاء في المادة 185 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ ما يأتي: "1- جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى قابلة للاستئناف باستثناء الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي يحددها المجلس الأعلى للقضاء. 2- يحدد المجلس الأعلى للقضاء الأحكام التي يكتفى بتدقيقها من محكمة الاستئناف.3- للمحكوم عليه بحكم قابل للاستئناف أن يطلب -خلال المدة المقررة نظاماً للاعتراض- الاكتفاء بطلب التدقيق من محكمة الاستئناف دون الترافع أمامها، ما لم يطلب الطرف الآخر الاستئناف، وفي جميع الأحوال يجوز لمحكمة الاستئناف نظر الدعوى مرافعة إذا رأت ذلك.4- إذا كان المحكوم عليه ناظر وقف، أو وصياً ، أو ولياً، أو ممثل جهة حكومية ونحوه، ولم يطلب الاستئناف أو طلب الاستئناف أو التدقيق ولم يقدم مذكرة الاعتراض خلال المدة المقررة نظاماً، أو كان المحكوم عليه غائباً وتعذر تبليغه بالحكم فعلى المحكمة أن ترفع الحكم إلى محكمة الاستئناف لتدقيقه مهما كان موضوع الحكم، ولا يشمل ذلك ما يأتي: أ-القرار الصادر على الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم من المحكمة المختصة منفذاً لحكم نهائي سابق. ب- الحكم الصادر في شأن مبلغ أودعه أحد الأشخاص لمصلحة شخص آخر، أو ورثتهما لم يكن للمودع أو من يمثله معارضة في ذلك".

(3) رغم وجود هذا النص منذ لائحة التمييز الصادرة عام 1410هـ إلا أنه لم يصدر من مجلس القضاء الأعلى تحديد لهذه الدعاوى اليسيرة؛ لذا فإن القاضي يبقي على الأصل في قبول جميع الأحكام للتمييز حتى يتم بيان ذلك. (انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات/2/219).

(4) "الغائب المحكوم عليه هنا هو: الذي سمعت عليه الدعوى، وحكم فيها لعدم معرفة محل إقامته العام أو المختار داخل المملكة أو خارجها". (اللائحة التنفيذية 1/179). وفي اللائحة الجديدة انظر: 2/185.

## المطلب الرابع : طريقة تقديم طلب التمييز :

جاء في المادة الثمانين بعد المئة<sup>(1)</sup>: "تقدم المذكرة الاعتراضية إلى إدارة المحكمة التي أصدرت الحكم مشتملة على بيان الحكم المعترض عليه وتاريخه والأسباب التي بنى عليها الاعتراض وطلبات المعترض والأسباب التي تؤيد الاعتراض.

وجاء في المادة الحادية والثمانين بعد المئة<sup>(2)(3)</sup>: "بعد اطلاع القاضي الذي أصدر الحكم المعترض عليه على مذكرة الاعتراض يجوز له أن يعيد النظر في الحكم من ناحية الوجوه التي بنى عليها الاعتراض من غير مرافعة. وعليه أن يؤكد حكمه أو يعدله حسبما يظهر له، فإذا أكد حكمه فيرفعه مع صورة ضبط القضية وكامل الأوراق إلى محكمة التمييز، أما إذا عدله فيبلغ الحكم المعدل للخصوم، وتسري عليه في هذه الحالة الإجراءات المعتادة".

وجاء في اللائحة التنفيذية: "إذا اطلع القاضي على المذكرة الاعتراضية ولم يجد فيها ما يؤثر على حكمه فينوه عن ذلك عليها، ويدون ذلك في الضبط.

إذا اطلع حاكم القضية على مذكرة الاعتراض وظهر له ما يوجب تعديل حكمه فيحدد جلسة ويبلغ الخصوم بذلك حسب إجراءات التبليغ، ويُجْرِي ما يلزم بحضور الخصوم، وتسري على ما أجراه تعليمات التمييز ويلحق ذلك في الضبط والصك.

(1) ويقابلها في نظام المرافعات الجديد 1435 هـ المادة 188 ونصها كما يأتي: "1- يحصل الاعتراض بطلب الاستئناف أو التدقيق بمذكرة تودع لدى إدارة المحكمة التي أصدرت الحكم، مشتملة على بيان الحكم المعترض عليه ورقمه وتاريخه والأسباب التي بنى عليها الاعتراض وطلبات المعترض وتوقيعه وتاريخ إيداع مذكرة الاعتراض. 2- تقيد إدارة المحكمة مذكرة الاعتراض في يوم إيداعها في السجل الخاص بذلك، وتحال فوراً إلى الدائرة التي أصدرت الحكم". وجاء في اللائحة الجديدة: "1/188 على المعترض أن يضمن مذكرة الاعتراض بياناته وبيانات الخصوم وفق المادة الحادية والأربعين من هذا النظام، وعليه أن يوقع على كل ورقة من ورقاتها. 2/188 يجب أن يرفق المعترض صورة من الصك المعترض عليه، وفي حال كان اعتراضه بطلب الاستئناف مرافعة فيلزم إرفاق صورة من مذكرة الاعتراض بعدد المستأنف ضدهم. 3/188 إذا لم يبين المعترض في مذكرته الاعتراضية نوع طلب الاستئناف من حيث كونه مرافعة أو تدقيقاً، فتنظره محكمة الاستئناف مرافعة. 4/188 إذا طلب المعترض في مذكرته الاعتراضية أحد نوعي الاستئناف -مرافعة أو تدقيقاً- فله أن يرجع إلى النوع الآخر وذلك خلال المدة المحددة للاعتراض. 5/188 إذا تعدد المحكوم عليهم جاز لهم أن يقدموا مذكرة اعتراض واحدة أو متعددة. 6/188 يجوز للمعترض أن يتقدم بأكثر من مذكرة اعتراض خلال مدة الاعتراض".

(2) جاء في المادة 189 من نظام المرافعات الجديد 1435 هـ ما يأتي: "بعد اطلاع الدائرة التي أصدرت الحكم المعترض عليه على مذكرة الاعتراض يجوز لها أن تعيد النظر في الحكم من ناحية الوجوه التي بنى عليها الاعتراض من غير مرافعة ما لم يظهر مقتض لها، وعليها أن تؤكد حكمها أو تعدله حسبما يظهر لها، فإذا أكدت حكمها رفعت مع صورة ضبط القضية ومذكرة الاعتراض وجميع الأوراق إلى محكمة الاستئناف، أما إن عدلته فيبلغ الحكم المعدل للخصوم، وتسري عليه في هذه الحالة الإجراءات المعتادة".

(3) صدر قرار وزير العدل رقم (39933) في 19/5/1435 هـ باستمرار العمل بلوائح المادة رقم (185) و (187) و (188) و (189) من نظام المرافعات الشرعية السابق، وتعليق العمل بما يقابلها في اللوائح الجديدة.

## المطلب الخامس : طلب الخصوم الاطلاع على مذكرة الاعتراض :

جاء في المادة الثانية والثمانين بعد المئة<sup>(1)</sup> : " إذا طلب الخصم الاطلاع على مذكرة اعتراض خصمه فتمكنه محكمة التمييز متى رأت ذلك، وتضرب له أجلاً للرد عليه .

وجاء في اللائحة التنفيذية<sup>(2)</sup> لهذه المادة :

- يكون طلب الخصم الاطلاع على مذكرة الاعتراض كتابة باسم رئيس محكمة التمييز ويحال للدائرة التي أحيلت إليها المعاملة .

- يسلم الخصم صورة من المذكرة الاعتراضية متى رأت ذلك الدائرة المختصة بمحكمة التمييز ، وتحدد له أجلاً مناسباً للرد عليها ، بحيث لا يتجاوز خمسة عشر يوماً.

- إذا انتهت المدة المحددة ولم يقيم الخصم بالرد ، فتجري الدائرة المختصة بمحكمة التمييز ما يلزم حيال تدقيق الحكم ، ويسقط حقه في تقديم الرد .

(1) أعيدت صياغة المادة 183، 182 من النظام القديم في المادة 190 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ لتتناسب مع الاختصاص الجديد لمحاكم الاستئناف؛ حيث جاء فيها: "1- تحدد محكمة الاستئناف جلسة للنظر في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق إذا رأت النظر فيه مرافعة، فإن لم يحضر المستأنف أو من طلب التدقيق بعد إبلاغه بموعد الجلسة، ومضى ستون يوماً ولم يطلب السير في الدعوى، أو لم يحضر بعد السير فيها، فتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بسقوط حقه في الاستئناف أو التدقيق... 2- تنظر محكمة الاستئناف في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق استناداً إلى ما في الملف من الأوراق وما يقدمه الخصوم إليها من دفع أو بيانات جديدة لتأييد أسباب اعتراضهم المقدم في المذكرة، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم في طلب الاستئناف أو طلب التدقيق -إذا رأت النظر فيه مرافعة- بتأييد الحكم أو نقضه كلياً أو جزئياً وتحكم فيما نقض".

(2) جاء في اللائحة الجديدة ما يأتي: "1/190 إذا وردت القضية إلى محكمة الاستئناف فتبقى مهلة قدرها ستون يوماً من تاريخ قيدها، فإذا لم يحضر المستأنف خلال هذه المهلة لطلب السير في الدعوى سقط حقه في الاستئناف ويدون ذلك في الضبط. 2/190 إذا حضر المستأنف إلى محكمة الاستئناف خلال الستين يوماً فتحدد المحكمة موعداً للجلسة -ولو كان الموعد خلال الستين يوماً من تاريخ القيد- فإن غاب عنها أو عن أي جلسة لاحقة سقط حقه في الاستئناف ويدون ذلك في الضبط. 3/190 يكون تبليغ المستأنف ضده ومن يتطلب الأمر حضوره وفق إجراءات التبليغ المعتادة. 4/190 إذا طلب المعارض تدقيق الحكم ورأت محكمة الاستئناف النظر فيه مرافعة فتحدد موعداً لنظرها وتبلغ الخصوم بذلك وفق إجراءات التبليغ المعتادة فإذا تبليغ المعارض ولم يحضر سقط حقه في الاستئناف والتدقيق ويدون ذلك في الضبط. 5/190 إذا سقط الحق في الاستئناف وفق الفقرات (1/190) و (2/190) و (4/190) من هذه اللائحة، فيراعى ما ورد في الفقرة (4) من المادة الخامسة والثمانين بعد المائة من هذا النظام. 6/190 متى اكتسب الحكم القطعية في الصور الواردة في الفقرات (1/190) و (2/190) و (4/190) من هذه اللائحة، فعلى محكمة الاستئناف إصدار حكم به، والتمهيش على صك حكم محكمة الدرجة الأولى وضبطه وسجله بذلك. 7/190 إذا نظرت محكمة الاستئناف في القضية مرافعة وحكمت فيها، فتصدر صكاً من واقع ما ضبط لديها، وفقاً لما ورد في الفقرة (1) من المادة السادسة والستين بعد المائة من هذا النظام، ويكون الصك حاوياً منطوق حكم الدرجة الأولى كاملاً ما هو مستأنف فيه، والمحكمة الصادر منها الصك ورقمه وتاريخه، وتذييله بالصيغة التنفيذية، ثم يهيمش على صك حكم محكمة الدرجة الأولى وضبطه وسجله بمضمون حكم محكمة الاستئناف ورقمه وتاريخه".

**المطلب السادس : حضور الخصوم في إجراءات تمييز الحكم :**

جاء في المادة الثالثة والثمانين بعد المئة<sup>(1)</sup> : "تفصل محكمة التمييز في طلب الاعتراض استناداً إلى ما يوجد في الملف من الأوراق ولا يحضر الخصوم أمامها ما لم تقرر ذلك ، أو ينص عليه النظام .

وجاء في اللائحة التنفيذية<sup>(2)</sup> لهذه المادة :

ما نص عليه النظام هو : ما ورد في المادة ، ونصها : "على محكمة التمييز في حال اقتناعها بإجابة القاضي عن ملحوظاتها أن تصدق الحكم ، وفي حال عدم اقتناعها وتمسك القاضي برأيه فلها أن تنقض الحكم كله أو بعضه بحسب الحال مع ذكر المستند وإحالة القضية إلى قاض آخر.

ومع ذلك إذا كان الموضوع مجالته صالحاً للحكم واستدعت ظروف القضية سرعة الإجراء جاز لها أن تحكم فيه . فإذا كان النقض للمرة الثانية وجب عليها أن تحكم في الموضوع ، وفي كل حال تحكم فيها يجب أن يتم حكمها بحضور الخصوم وسماع أقوالهم، ويكون حكمها قطعياً بالإجماع أو بالأكثرية .

**المطلب السابع : خضوع حكم القاضي بعد التعديل للتمييز :**

جاء في المادة السابعة والثمانين بعد المئة<sup>(3)</sup> : "إذا ظهر لمحكمة التمييز ملحوظات على الحكم فعليها أن تعد قراراً بذلك وترسله إلى القاضي فإذا لم يقتنع بملحوظات محكمة التمييز فعليها إجابتها بوجهة نظره بعد أن يدون ذلك في دفتر الضبط أما إذا اقتنع بها فيعرضها على الخصوم ويسمع أقوالهم ويثبت ذلك في دفتر الضبط ثم يحكم فيها ويكون حكمه هذا خاضعاً للتمييز إذا تضمن تعديلاً للحكم السابق" .

**المطلب الثامن : التماس إعادة النظر<sup>(4)</sup> في اللغة والاصطلاح.**

الالتماس في اللغة: من التمس الشيء و تلمسه : أي طلبه، والالتماس : الطلب، والتمس: التطلب مرة بعد أخرى<sup>(5)</sup> .

(1) أعيدت صياغة المادة 183،182 من النظام القديم -كما سبق معنا في المطلب السابق- في المادة 190 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ لتتناسب مع الاختصاص الجديد لمحاكم الاستئناف.

(2) انظر: لوائح المادة 190 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ وسبق معنا أنه صدر قرار وزير العدل رقم (39933) في 19/5/1435هـ باستمرار العمل بلوائح المادة رقم (185) و (187) و (188) و (189) من نظام المرافعات الشرعية السابق، وتعليق العمل بما يقابلها في اللوائح الجديدة.

(3) بناء على الاختصاص الجديد لمحاكم الاستئناف كما في المواد 190، 191 فإنها تحكم وتدقق في القضايا التي ترفع إليها ولا تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى إلا إذا حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر بعدم الاختصاص، أو بقبول دفع فرعي ترتب عليه منع السير في الدعوى، وجب عليها أن تعيد القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للنظر في موضوعها كما جاء في المادة 192 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ.

(4) سبقت الإشارة إلى أن المادة 176 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ حصرت طرق الاعتراض على الأحكام في ثلاثة طرق، وهي: الاستئناف، والنقض، والتماس إعادة النظر.

(5) انظر: لسان العرب 6/209.

والتماس إعادة النظر في الاصطلاح: هو طريق من طرق الاعتراض على الأحكام النهائية يصير إليه المعارض متى أصبح الحكم نهائياً، وهو يتعلق بالحكم القضائي أو وقائعه، ويترتب عليه عند قبوله بحث وقائع الطعن من قبل المحكمة التي أصدرت الحكم، وتنتهي فيه إلى ثبوت الطعن وتعديل الحكم أو العدول عنه أو ردّ الطعن لعدم ثبوته<sup>(1)</sup>.

والتماس إعادة النظر أقرب ما يكون إلى طرق الاستدراك منها إلى طرق الطعن بالمعنى الدقيق، ويصنف ضمن طرق الطعن غير العادية على أساس أن النظام قد حدد له أسباباً معينة لا يجوز الطعن إلا بناء على واحد أو أكثر منها<sup>(2)</sup>.

**المطلب التاسع : الأحكام التي تكون قابلة للتماس إعادة النظر.**

جاء في المادة الثانية والتسعين بعد المئة<sup>(3)</sup>: "يجوز لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال الآتية:

أ- إذا كان الحكم قد بني على أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها، أو بني على شهادة قضي من الجهة المختصة بعد الحكم بأنها مزورة.

ب- إذا حصل الملتمس بعد الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان قد تعذر عليه إبرازها قبل الحكم.

ج- إذا وقع من الخصم غش من شأنه التأثير في الحكم.

د- إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه.

هـ - إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً.

و- إذا كان الحكم غائباً.

ز- إذا صدر الحكم على من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى.

(1) انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات 185/2.

(2) انظر: الوسيط في شرح نظام المرافعات ص 622.

(3) جاء في المادة 200 من نظام المرافعات الجديد 1435: "1- يحق لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال الآتية: أ- إذا كان الحكم قد بني على أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها، أو بني على شهادة قضي -من الجهة المختصة بعد الحكم- بأنها شهادة زور. ب- إذا حصل الملتمس بعد الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان قد تعذر عليه إبرازها قبل الحكم. ج- إذا وقع من الخصم غش من شأنه التأثير في الحكم. د- إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه. هـ - إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً. و- إذا كان الحكم غائباً. ز- إذا صدر الحكم على من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى. 2- يحق لمن يُعد الحكم حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل في الدعوى أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية. وجاء في اللائحة التنفيذية: "1/200 لا يقبل التماس الخصم بإعادة النظر لعدم التمثيل الصحيح في الدعوى إذا كان زوال الصفة عن من يمثله تم بعد تهيؤ الدعوى للحكم فيها".

## المطلب العاشر: مدة الاعتراض بطلب التماس إعادة النظر.

جاء في المادة الثالثة والتسعين بعد المئة<sup>(1)</sup>: "مدة التماس إعادة النظر ثلاثون يوماً يبدأ من اليوم الذي يثبت فيه علم الملتمس تزوير الأوراق أو بالقضاء بأن الشهادة مزورة أو ظهرت فيه الأوراق المنصوص عليها في الفقرة ( ب ) من المادة الثانية والتسعين بعد المئة أو ظهر فيه الغش ، ويبدأ الميعاد في الحالات المنصوص عليها في الفقرات ( د ، هـ ، و ، ز ) من المادة السابقة من وقت إبلاغ الحكم " .

## المطلب الحادي عشر: إجراءات طلب التماس إعادة النظر.

جاء في المادة الرابعة والتسعين بعد المئة<sup>(2)</sup>: "يرفع الالتماس بإعادة النظر بإيداع صحيفة الالتماس لمحكمة التمييز، ويجب أن تشتمل الصحيفة على بيان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه وأسباب الالتماس . وعلى محكمة التمييز - متى اقتنعت - أن تعد قراراً بذلك وتبعته للمحكمة المختصة للنظر في ذلك".

المطلب الثاني عشر: خضوع الحكم الصادر بعد التماس إعادة النظر للتمييز<sup>(3)</sup>.

جاء في اللائحة التنفيذية : "الحكم الذي يصدر من القاضي في موضوع الدعوى بعد قبول الالتماس من محكمة التمييز تطبق عليه تعليمات التمييز" .

(1) جاء في المادة 201 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ: "مدة التماس إعادة النظر ثلاثون يوماً تبدأ من اليوم الذي يثبت فيه علم الملتمس بتزوير الأوراق أو القضاء بأن الشهادة زور أو ظهرت فيه الأوراق المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة المائتين من هذا النظام أو ظهر فيه الغش، ويبدأ الموعد في الحالات المنصوص عليها في الفقرات (د، هـ، و، ز) من المادة (المائتين) من هذا النظام من تاريخ العلم بالحكم".

(2) جاء في المادة 202 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ: "1- يرفع الالتماس بإعادة النظر بصحيفة تودع لدى المحكمة التي أصدرت الحكم، ويجب أن تشتمل الصحيفة على بيان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه ورقمه وتاريخه وأسباب الالتماس، وتفيد إدارة المحكمة الصحيفة في يوم إيداعها في السجل الخاص بذلك، وإن كان الحكم مؤيداً من المحكمة العليا أو من محكمة الاستئناف فترفع المحكمة التي أصدرت الحكم صحيفة التماس إعادة النظر إلى المحكمة التي أيدت الحكم للنظر في الالتماس، وعلى المحكمة -بحسب الأحوال- أن تعد قراراً بقبول الالتماس أو عجم قبوله، فإن قبلته فتنظر في الدعوى المحكمة التي أصدرت الحكم، وعليها إبلاغ أطراف الدعوى بذلك، وإن لم تقبله فللملتمس الاعتراض على عدم القبول وفقاً للإجراءات المقررة للاعتراض، ما لم يكن القرار صادراً من المحكمة العليا. 2- لا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحكم، ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنظر الالتماس أن تأمر بوقف التنفيذ متى طلب ذلك، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، وللمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم ضمان أو كفيل غارم مليء، أو تأمر بما تراه كفيلاً بحفظ حق المعارض عليه. وجاء في اللائحة التنفيذية: "1/202 إذا قررت المحكمة العليا أو محكمة الاستئناف رفض الالتماس المرفوع ضد الحكم المؤيد منها فتزود الدائرة التي صدر منها الحكم بنسخة من القرار لتدوينه في الضبط. 2/202 لا يقبل طلب وقف تنفيذ الحكم إلا تبعاً لطلب الالتماس، ويجوز أن يقدم طلب وقف التنفيذ بعد رفع الالتماس على استقلال".

(3) جاء في المادة 203 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ: "الأحكام التي تصدر في موضوع الدعوى من غير المحكمة العليا -بناء على التماس إعادة النظر- يجوز الاعتراض عليها بطلب استئنافها أو بطلب نقضها بحسب الأحوال. وجاء في المادة 204: "1- القرار الذي يصدر برفض الالتماس والحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله لا يجوز الاعتراض على أي منهما بالتماس إعادة النظر. 2- لأي من الخصوم التماس إعادة النظر مرة أخرى لأسباب لم يسبق نظرها، مما هو منصوص عليه في المادة (المائتين) من هذا النظام".

## المطلب الثالث عشر: مواطن الاتفاق والاختلاف بين التمييز والالتماس.

## أولاً: مواطن الاتفاق بين التمييز والالتماس :

- يتفق التمييز والالتماس في كونهما طريقاً الاعتراض على الأحكام القضائية.
- في التمييز مدة الاعتراض بطلب التمييز ثلاثون يوماً، وفي الالتماس ثلاثون يوماً كذلك.
- في التمييز يمهّل الخصم للرد على المذكرة الاعتراضية في حال طلبه لها، وفي الالتماس يمهّل الخصم أيضاً إذا حضرته محكمة التمييز وعرضت عليه صحيفة الالتماس ورغب في الرد.
- في التمييز يجوز حضور الخصوم أمام محكمة التمييز إذا قررت ذلك، أو نص عليه النظام كما سبق في المادة<sup>(1)</sup>، وفي الالتماس يجوز لمحكمة التمييز إحضار خصم الملتمس وعرض صحيفة الالتماس عليه.
- في التمييز حكم القاضي إذا تضمن تعديلاً للحكم السابق فإنه يكون خاضعاً للتمييز، وفي الالتماس الحكم الذي يصدر من القاضي في موضوع الدعوى بعد قبول الالتماس من محكمة التمييز تطبق عليه تعليمات التمييز أيضاً.

## ثانياً: مواطن الاختلاف بين التمييز والالتماس :

- التمييز طريق من طرق الاعتراض العادية ويكون على الأحكام الابتدائية؛ أما التماس إعادة النظر فهو طريق من طرق الاعتراض غير العادية ويكون على الأحكام النهائية.
- يجوز طلب تمييز الحكم ولو لم يكن ثمة خطأ في الحكم أو وقائع جديدة؛ لكن التماس إعادة النظر يفترض خطأ واقعياً شاب الحكم، أو وجود وقائع جديدة جددت بعد الحكم المعارض عليه أو على الأقل كشفت بعد صدور الحكم<sup>(2)</sup>.
- في التمييز تقدم المذكرة الاعتراضية إلى إدارة المحكمة التي أصدرت الحكم ثم يرفع للتمييز، وفي التماس إعادة النظر يرفع طلب الالتماس إلى محكمة التمييز ثم يبعث إلى المحكمة المختصة.
- في التمييز يبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم من تاريخ تسليم إعلام الحكم للمحكوم عليه وأخذ توقيعه في دفتر الضبط، أو من التاريخ المحدد لتسلمه إذا لم يحضر، ويبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم الغيابي من تاريخ تبليغه إلى الشخص المحكوم عليه أو وكيله.
- وفي الالتماس يبدأ من اليوم الذي يثبت فيه علم الملتمس بتزوير الأوراق أو من يوم القضاء بأن الشهادة مزورة أو من اليوم الذي ظهرت فيه أوراق قاطعة في الدعوى كان قد تعذر عليه إبرازها قبل الحكم، أو من اليوم الذي ظهر فيه غش من الخصم شأنه التأثير في الحكم، ويبدأ الميعاد من وقت إبلاغ الحكم إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه، أو إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً، أو إذا كان الحكم غيبياً، أو إذا صدر الحكم على من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: لوائح المادة 190 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ وسبق معنا أنه صدر قرار وزير العدل رقم (39933) في 19/5/1435هـ باستمرار العمل بلوائح المادة رقم (185) و(187) و(188) و(189) من نظام المرافعات الشرعية السابق، وتعليق العمل بما يقابلها في اللوائح الجديدة.

(2) انظر: إيضاحات على نظام الإجراءات الجزائية ص 267.

(3) انظر: المادة 192 من النظام القديم؛ والمادة 201 من نظام المرافعات الجديد 1435هـ.

## الخاتمة :

وبعد هذه الجولة العلمية في هذا البحث الممتع أود أن أسجل أهم النتائج التي توصلت إليها، وذلك على النحو الآتي:

1. أهمية جمع ودراسة الفروق في نظام المرافعات الشرعية وغيره من الأنظمة العدلية السعودية.
2. يتفق الطلب والدفع فيما يأتي :
  - أن الطلب والدفع كلاهما وسيلة إجرائية صممها المنظم الإجرائي لاستعمال حق الادعاء أمام القضاء.
  - يشترط في الطلب والدفع توفر المصلحة القائمة والمشروعة فيه.
  - يجب أن تتوفر كافة عناصر الادعاء في الطلب والدفع من حيث الأطراف والموضوع والسبب.
3. يختلف الطلب عن الدفع فيما يأتي :
  - الطلب يتضمن طرح ادعاء أمام القضاء، أما الدفع فهو يتضمن مناقشة صحة هذا الادعاء.
  - الطلب أخص من الدعوى، وقد يطلق أحدهما على الآخر، وإذا اجتمعا لفظاً افترقا معنى، وإذا افترقا لفظاً اجتمعا معنى، بخلاف الدفع فهو جواب ومناقشة للدعوى والطلب.
  - الطلب يكون من المدعي وهو ما يسمّى بالطلب الأصلي، ويكون أيضاً من المدعى عليه، والداخل في الدعوى، وهو ما يسمّى بالطلب العارض، أما الدفع فلا يكون إلا من المدعى عليه.
4. تتفق الدعوى الكيدية والصورية فيما يأتي :
  - أن كلاً منهما ادعاء بالباطل يراد منه الوصول إلى أمر غير مشروع.
  - في الأثر المترتب عليهما، فمتى تحققت الكيدية والصورية فيهما، وجب على القاضي ردهما، وعدم سماعهما، و له تعزيز المدعي فيهما.
  - أن الحكم برد الدعوى والتعزيز في القضايا الكيدية والصورية يكون في ضبط القضية نفسها، ويخضع لتعليمات التمييز.
  - أن الذي يقرر التعزيز في القضايا الكيدية والصورية هو حاكم القضية أو خلفه بعد الحكم برد الدعوى، واكتسابه القطعية.
5. تفارق الدعوى الكيدية الدعوى الصورية في أمرين :
  - أن الدعوى الكيدية، يراد منها الإساءة وإلحاق الضرر بالمدعى عليه، بخلاف الدعوى الصورية، فهي حيلة تتضمن اتفاقاً بين المدعي والمدعى عليه لإلحاق ضرر بطرف آخر.
  - أن التأديب في الدعوى الكيدية يقع على المدعي فقط، وفي الدعوى الصورية يشمل المدعى عليه.
6. يتفق الطلب الأصلي والطلب العارض في كونهما نوعان من أنواع المطالبة القضائية يحدد فيهما الطالب مبتغاه، ويفترقان فيما يأتي:
  - الطلب الأصلي مرتبط بالمدعي فقط فلا يكون من المدعى عليه أو الداخل فيها.
  - الطلب الأصلي يكون في بداية الدعوى أما الطلب العارض فيكون في أثنائها، ولا يقبل الطلب العارض بعد قفل باب المرافعة.



- يشترط في الطلب الأصلي أن يكون مكتوباً في صحيفة الدعوى، أما الطلب العارض فيجوز أن يكون مكتوباً في صحيفة أو يقدم شفاهاً في الجلسة؛ لكن يشترط أن يكون له ارتباط بالدعوى الأصلية.
- 7. تتفق الدعوى والخصومة-عند من يرى التفريق بينهما- في كونهما في مجلس القضاء، ويختلفان في أن الخصومة أشمل من الدعوى؛ فهي تشمل الدعوى وما يتبعها من إجراءات قضائية، وأن الخصومة يشارك فيها المدعي والمدعى عليه والقاضي وأعوانه، وأما الدعوى فلا تكون إلا من المدعي.
- 8. يتفق ترك الدعوى مع ترك الخصومة في الاعتداد بما دون في ضبط القضية متى أعيد السير فيها، ويختلف ترك الدعوى عن الخصومة فيما يأتي :

- ترك الدعوى هو تنازل من المدعي عن دعواه القائمة أمام المحكمة، وعن الحق المدعى به. أما ترك الخصومة فهو تنازل فقط عن الدعوى القائم نظرها أمام المحكمة دون إسقاط الحق المدعى به.
- في ترك الدعوى يتغيّب المدعي عن حضور جلسات الدعوى من غير إشعار للمحكمة أو إبلاغ للمدعى عليه. لكن ترك الخصومة لا يتم إلا بعد إشعار المحكمة وإبلاغ المدعى عليه.
- في ترك الدعوى تشطب الدعوى إذا غاب المدعي عن الجلسة للمرة الأولى، وله أن يطلب الاستمرار في الدعوى وتحدد له جلسة أخرى، فإذا غاب مرة أخرى ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب الدعوى للمرة الثانية ولا تسمع إلا بعد قرار من مجلس القضاء الأعلى، وإذا صدر قرار من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة بسماع الدعوى المشطوبة للمرة الثانية ثم شطبت بعد ذلك فلا تسمع بعد شطبها إلا بقرار من مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة، وبعد أخذ تعهد على المدعي من قبل ناظر القضية بعدم تكرار ما حصل منه. أما في ترك الخصومة فللمدعي تجديد المطالبة بالحق المدعى به في أي وقت، ومن غير حاجة إلى قرار أو تعهد.
- في ترك الدعوى لا يؤثر شطب القضية على إجراءاتها السابقة؛ لكن ترك الخصومة يترتب عليها إلغاء جميع إجراءات الخصومة؛ ولكن لا يمس الحق المدعى به.
- 10. يرى بعض شراح نظام المرافعات أن مصطلح "انقطاع الخصومة" مصطلح مضلل وغير دقيق، وأنه تعبير غير موفق عن بعض أحوال وقف الخصومة وهو ما يسمى بالوقف لضرورة واقعية.
- 11. يتفق وقف الخصومة وانقطاعها فيما يأتي :
- أن أي إجراء يتم خلال مدة الوقف أو الانقطاع يعتبر باطلاً وغير نافذ.
- لا تتأثر الإجراءات السابقة في وقف الخصومة وانقطاعها، بل كل إجراء تم صحيحاً فإنه يبقى كذلك، كإجراء الحاسبة التي أمر بها القاضي قبل حصول الوقف أو الانقطاع.
- يجوز وقف الخصومة أكثر من مرة حسب الشروط المقررة لذلك، وكذلك الحال في انقطاع الخصومة إذا تكرر سبب الانقطاع أكثر من مرة.
- 12. يختلف وقف الخصومة وانقطاعها فيما يأتي:

- وقف الخصومة يكون بناء على طلب الخصوم أو بقرار من المحكمة بخلاف انقطاع الخصومة فهو توقف تلقائي وجوباً لضرورة واقعية لا خيار للقاضي ولا للخصوم فيه.
- يجوز في وقف الخصومة السير في الدعوى قبل انتهاء المدة المتفق عليها إذا طلب أحد الخصوم ذلك بشرطين: إذا وافق خصمه، أو إذا رأى ناظر الدعوى أن لا مصلحة في الوقف. كذلك يجوز للقاضي من تلقاء نفسه العدول عن وقف الدعوى واستئناف النظر فيها في أي وقت إذا ظهر له ما يقتضي

ذلك ، كمخالفة الوقف للمصلحة العامة. وهذا لا يمكن أن يكون في انقطاع الخصومة لأنه لا خيار للخصوم ولا للقاضي فيه، بل لا يمكن استئناف السير في الدعوى بعد انقطاعها حتى يزول سبب الانقطاع.

- لم يحدد نظام المرافعات في انقطاع الخصومة مدة معينة لمعاودة السير فيها؛ ولكن الخصومة تعود إلى سيرتها الأولى إذا زال سبب الانقطاع وطلب أحد الخصوم استئناف السير فيها؛ لكنه حدد في وقف الخصومة مدة عشرة أيام تالية لنهاية الأجل في الوقف الاتفاقي، فإذا عاود الخصوم السير في الدعوى، وإلا عد المدعي تاركاً لدعواه، وجزاؤه الشطب.
- يشترط لانقطاع سير الخصومة ألا تكون الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها، بينما لا يشترط ذلك لوقف الخصومة.

13. يتفق منع القاضي ورده في نتيجتهما وهي عدم نظر القاضي للدعوى؛ ولكنهما يختلفان فيما يأتي:

- منع القاضي يكون بقوة القانون ولا يشترط له طلب الخصوم، أما رد القاضي فهو تنحيه من تلقاء نفسه أو تنحيه بناء على طلب الخصوم.
- أسباب منع القاضي من نظر الدعوى واردة في النظام على سبيل الحصر؛ لذلك لا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها؛ بخلاف أسباب رد القاضي فإنها وردت في النظام على سبيل المثال لا الحصر؛ لذلك فإن هناك أسباباً أخرى للرد سكت عنها النظام؛ لكن يجمعها استشعار الحرج.
- إذا وجدت خصومة بين القاضي أو زوجته وبين أحد الخصوم أو زوجته في الدعوى التي ينظرها القاضي، فيشترط لمنع القاضي أن تكون الخصومة قائمة أي نشأت قبل رفع الدعوى وظلت قائمة، أما إذا نشأت الخصومة بعد رفع الدعوى فلا يمنع القاضي، بخلاف رد القاضي فإنه يجوز أن يكون في خصومة نشأت بعد رفع الدعوى.
- في مسألة منع القاضي يبطل عمله وقضاؤه ولو تم باتفاق الخصوم، أما في حالة الرد فله أن يحكم إذا اتفق الخصوم على ذلك .
- منع القاضي يكون في جميع مراحل الدعوى سواء أكان ناظراً أو مستخلفاً وسواء أعلم القاضي والخصم بذلك أم لم يعلم، أما رد القاضي فيفرق فيه بين أمرين: الأول: تقديم طلب الرد في الأسباب المنصوص عليها في المادة الثانية والتسعين، فهذا يجوز تقديم طلب الرد فيه في أي وقت؛ لكن لا يقبل طلب الرد بعد قفل باب المرافعة ومن باب أولى بعد صدور الحكم. الثاني: تقديم طلب الرد في الأسباب غير المنصوص عليها (وهي الأسباب التي يجمعها استشعار الحرج) يجب أن يكون قبل تقديم أي دفع أو دفاع في القضية وإلا سقط الحق فيه، ومع ذلك يجوز طلب الرد إذا حدثت أسبابه بعد التعرض لموضوع الدعوى، أو أثبت طالب الرد أنه لا يعلم بها.

14. يتفق الإقرار القضائي وغير القضائي - إذا ثبت بالبينة الشرعية - في كونهما حجة قاصرة على المقر؛ لكنهما يختلفان فيما يأتي :

- الإقرار القضائي يكون أمام القاضي أثناء السير في الدعوى متعلقاً بالواقعة المقرّ بها، بخلاف الإقرار غير القضائي فهو الإقرار الذي لا يحصل أمام القاضي، أو الإقرار الذي يحصل أمام القاضي لكن ليس في أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقرّ بها، بل أثناء السير في دعوى أخرى، أو الإقرار الذي يحصل أمام القاضي بدون دعوى.

• الإقرار القضائي لا تجري عليه أحكام الإثبات الشرعية لثبوته أمام القاضي أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقرّ بها، بخلاف الإقرار غير القضائي فإنه يحتاج إلى بيّنة شرعية لإثباته.

15. تتفق الورقة الرسمية، والعادية- بعد ثبوتها بالبيّنة الشرعية- في عدم الاحتجاج بهما إذا خالفا الشرع، ويختلفان فيما يأتي :

• الورقة الرسمية تصدر من الموظف الحكومي أو من في حكمه ممن كلف من الدولة أو أذن له للقيام بهذا العمل بخلاف الورقة العادية فهي تصدر من عموم الناس.

• الورقة الرسمية حجة لها قوة الإثبات، ويجب العمل بمضمونها أمام المحاكم بلا بيّنة إضافية، ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير أو مخالفة الشرع، أما الورقة العادية فليس لها قوة الإثبات ابتداءً، وتحتاج إلى بيّنة إضافية لإثباتها والاحتجاج بها.

16. يتفق تمييز الأحكام والتماس إعادة النظر فيما يأتي :

• يتفق التمييز والالتماس في كونهما طريقا الاعتراض على الأحكام القضائية.

• في

• القاضي في موضوع التمييز مدة الاعتراض بطلب التمييز ثلاثون يوماً، وفي الالتماس ثلاثون يوماً كذلك.

• في التمييز يمهّل الخصم للرد على المذكرة الاعتراضية في حال طلبه لها، وفي الالتماس يمهّل الخصم أيضاً إذا أحضرته محكمة التمييز وعرضت عليه صحيفة الالتماس ورجب في الرد.

• في التمييز يجوز حضور الخصوم أمام محكمة التمييز إذا قررت ذلك، أو نص عليه النظام، وفي الالتماس يجوز لمحكمة التمييز إحضار خصم الملتمس وعرض صحيفة الالتماس عليه.

• في التمييز حكم القاضي إذا تضمن تعديلاً للحكم السابق فإنه يكون خاضعاً للتمييز، وفي الالتماس الحكم الذي يصدر من الدعوى بعد قبول الالتماس من محكمة التمييز تطبق عليه تعليمات التمييز أيضاً.

17. يختلف تمييز الأحكام والتماس إعادة النظر فيما يأتي :

• التمييز طريق من طرق الاعتراض العادية ويكون على الأحكام الابتدائية؛ أما التماس إعادة النظر فهو طريق من طرق الاعتراض غير العادية ويكون على الأحكام النهائية.

• يجوز طلب تمييز الحكم ولو لم يكن ثمة خطأ في الحكم أو وقائع جديدة؛ لكن التماس إعادة النظر يفترض خطأ واقعياً شاب الحكم، أو وجود وقائع جديدة جددت بعد الحكم المعارض عليه أو على الأقل كشفت بعد صدور الحكم.

• في التمييز تقدم المذكرة الاعتراضية إلى إدارة المحكمة التي أصدرت الحكم ثم يرفع للتمييز، وفي التماس إعادة النظر يرفع طلب الالتماس إلى محكمة التمييز ثم يبعث إلى المحكمة المختصة.

• في التمييز يبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم من تاريخ تسليم إعلام الحكم للمحكوم عليه وأخذ توقيعه في دفتر الضبط، أو من التاريخ المحدد لتسلمه إذا لم يحضر، ويبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم الغيابي من تاريخ تبليغه إلى الشخص المحكوم عليه أو وكيله.

• وفي الالتماس يبدأ من اليوم الذي يثبت فيه علم الملتمس بتزوير الأوراق أو من يوم القضاء بأن الشهادة مزورة أو من اليوم الذي ظهرت فيه أوراق قاطعة في الدعوى كان قد تعذر عليه إبرازها قبل الحكم، أو من اليوم الذي ظهر فيه غش من الخصم شأنه التأثير في الحكم، ويبدأ الميعاد من وقت إبلاغ الحكم إذا

قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه، أو إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً، أو إذا كان الحكم غائباً، أو إذا صدر الحكم على من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى ✓ قائمة المصادر والمراجع :

-	أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي، دراسة مقارنة، عرض للفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين المعاصرة، وبصفة خاصة القانون المصري، أ.د. فؤاد عبدالمنعم أحمد- الحسين علي غنيم، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2002م.
-	الإدعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام ، د.طلحة بن محمد غوث، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى 1425هـ-2004م.
-	أسنى المطالب شرح روض الطالب، لأبي يحيى زكريا بن محمد الأنصاري (ت926هـ)، (مع حاشية شمس الدين الرملي ت1004هـ)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط، د.ت).
-	الأشباه والنظائر، عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت911هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ.
-	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبتجل أحمد بن حنبل. تأليف: علاء الدين علي بن سليمان المرداوي ، (ت885هـ). تحقيق: محمد حامد الفقي. دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1400هـ-1980م.
-	إيضاحات على نظام الإجراءات الجزائية، إبراهيم بن حسين الموجان، الطبعة الثانية، 1427هـ-2006م.
-	البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم (ت970هـ)، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، (د.ت).
-	تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت1205هـ)، مصر، المطبعة الخيرية (بولاق) الطبعة الأولى، 1306هـ.
-	تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، القاضي إبراهيم بن علي بن فرحون المالكي (ت799هـ)، راجعه وقدم له: طه عبد الرؤوف سعد، نشر مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1406هـ-1986م.
-	التعريفات، علي بن محمد الجرجاني (ت816هـ)، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ.

-	التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، د.طلعت محمد دويدار و د.محمد علي كومان، مشاة المعارف، الإسكندرية، 1422هـ - 2001م، (ب.د.).
-	التنظيم القضائي الجديد في المملكة العربية السعودية، د.محمد بن براك الفوزان، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 1431هـ - 2010م.
-	تهذيب اللغة، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري (ت370هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، 2001م.
-	حاشية ابن عابدين (رد المختار على الدر المختار)، محمد أمين بن عابدين (ت1252هـ)، دار الفكر، بيروت، 1412هـ (د.ط.).
-	حاشية سليمان الجمل (ت1204هـ) على شرح المنهج (لزكريا الأنصاري ت926هـ)، دار الفكر، بيروت، (د.ط، د.ت.).
-	الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد بن علي الحصكفي (ت1088هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1386هـ.
-	درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (ت1354هـ)، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان، (د.ط، د.ت.).
-	الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي، د.عدنان بن محمد الدقيلان، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، 1429هـ.
-	الدعوى الكيدية، د.خالد زيد الوذيناني، مجلة العدل (51)، رجب، 1432هـ.
-	روضة الطالبين، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت676هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1405هـ.
-	شرح حدود ابن عرفه الموسوم بـ ( الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفه الوافية)، لأبي عبدالله محمد الأنصاري الرصاع (ت894هـ)، تحقيق: د. محمد أبو الأجنان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 993م.
-	طرق الإثبات الشرعية، أحمد إبراهيم بك (ت1364هـ) مطبعة القاهرة الحديثة، 1405هـ.
-	الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي، المعروف بابن قيم الجوزية (ت751هـ)، تحقيق: د. محمد جميل غازي، نشر مطبعة المدني، القاهرة، (د.ط، د.ت.).

-	الطلبات العارضة في نظام المرافعات الشرعية السعودي، محمد عبدالرحمن العريبي، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، 1427هـ-2006م.
-	العناية شرح الهداية، أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود البابر تي (ت786هـ)، دار الفكر، بيروت، 1399هـ-1979م.
-	غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (لابن نجيم الحنفي ت970هـ)، لشهاب الدين أحمد بن محمد الحموي (ت1098هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ-1985م.
-	الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)، عالم الكتب، بيروت، (دط، دت).
-	قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي (ت660هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط، دت).
-	الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبدالله بن محمد بن سعد آل خنين، مؤسسة الريان، توزيع مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الثالثة، 1430هـ-2009م.
-	لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (ت711هـ)، بيروت، دار صادر، الطبعة الثالثة، 1414هـ-1994م.
-	المبسوط، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت490هـ)، دار المعرفة، بيروت، 1409هـ. (دط).
-	مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، شينخي زاده، عبدالرحمن الكليبولي المعروف بداماد أفندي (ت1087هـ)، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ-1998م.
-	مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي (ت721هـ)، اعتناء: محمود خاطر، مراجعة لجنة من مركز تحقيق التراث بدار الكتب المصرية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، (دط، دت).
-	مسعفة الحكام على الأحكام، شهاب الدين محمد بن عبدالله الخطيب التمرتاشي (كان حياً 1006هـ)، تحقيق: دصالح بن عبدالكريم الزيد، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، 1416هـ. (دط، دت).

-	المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي (ت770هـ)، بيروت، دار الفكر، (د.ط.، د.ت).
-	المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس وآخرون، تقديم: إبراهيم مدكور، إشراف: عبدالسلام هارون، القاهرة، مجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية، (د.ت).
-	معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت 395هـ)، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1418هـ - 1998م.
-	المغني، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت620هـ)، تحقيق: د.عبدالله التركي و د.عبدالفتاح الحلوهجر للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الثانية، 1413هـ-1992م.
-	نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/21) وتاريخ 1421/5/20هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (4569) وتاريخ 1423/6/4هـ مع التعديلات المنصوص عليها بقرار معالي الوزير رقم 3285 وتاريخ 1428/3/15هـ
-	نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/1) في 1435/1/2هـ، ولوائحه التنفيذية بقرار معالي وزير العدل رقم (39933) في 1435/5/19هـ
-	الوجيز في شرح نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، أ.د.فؤاد عبدالمنعم أحمد، الرياض، 1425هـ-2004م، (ب.د).
-	الوسيط في شرح نظام المرافعات في شرح نظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية بالمملكة العربية السعودية، أ.د.طلعت محمد دويدار، دار حافظ، جدة، الطبعة الأولى، 1428هـ-2007م.
-	الوكالة على الخصومة وأحكامها المهنية، عبدالله آل خنين، مجلة العدل، العدد: الخامس عشر، رجب 1423هـ

## إثبات الجنسية المغربية من خلال وقائع الحالة المدنية



**مصطفى ساني باحث في سلك الدكتوراه**

**كلية الحقوق السوسي ، الرباط - المغرب**

**ملخص :**

تهدف هذه المساهمة إلى تسليط الضوء على مسألة إثبات حيازة الجنسية المغربية في علاقتها مع وقائع الحالة المدنية من ميلاد و زواج و جنسية لما لهذه المسألة من أهمية بالغة بالنسبة للشخص و الدولة على السواء، فعلى المستوى الداخلي، تتجلى أهمية إثبات الجنسية في تحديد مراكز الوطنيين و تمييزهم عن الأجانب خاصة في ممارسة بعض الحقوق المدنية و السياسية الأساسية، أما على المستوى الخارجي، فتتمظهر أهمية هذا الإثبات في الحماية الدبلوماسية للشخص الوطني من طرف الدولة التي يحمل جنسيتها. و من هنا وضع المشرع نظام خاص بإثبات الجنسية من خلال تحديد مجموعة من الضوابط القانونية التي تأطر منازعات الجنسية.

و في هذا الفرض، تثار إشكالية الإثبات ببعض الوثائق الرسمية و خاصة ما تعلق منها برسوم الحالة المدنية على اعتبار أن بيان الجنسية يعتبر من المعلومات الأساسية المكونة لنظام الحالة المدنية، فما هي إذن حجية وثائق الحالة المدنية في إثبات حيازة الصفة المغربية، و ما هو موقف الاجتهاد القضائي و الفقهي من هذه المسألة؟

Cette contribution a pour objet la preuve de la possession de la nationalité marocaine en relation avec les faits de l'état civil tels que la naissance, le mariage et la nationalité. Il s'agit d'une thématique fort intéressant; d'une part la preuve de la possession de la nationalité permet l'identification des statuts juridiques des nationaux en les distinguant avec ceux des étrangers en terme d'exercice des droits civils et politiques, d'autre part l'importance sujet se traduit par la protection diplomatique de la personne par l'Etat auquel elle a appartienne.



Dans ce cadre, le législateur a mis en place un système spécial pour la preuve de la nationalité à travers l'identification d'un ensemble de mesures régissant les contentieux liés à la nationalité. C'est ainsi se pose la problématique de la preuve par des documents officiels notamment les actes de l'état civil dans la mesure où ces dernier sont considérés parmi les données de base du régime de cet état civil. Quel est donc l'opposabilité des actes de l'état civil dans la preuve de la nationalité? Et quel est la position de la jurisprudence et la doctrine à propos de ce sujet?

### • كلمات مفتاحية :

(الجنسية، الصفة الوطنية، الحالة المدنية، رسوم الحالة المدنية، الميلاد، الزواج، الإثبات، القرينة القانونية، القرينة القضائية).

### مقدمة :

مما لا شك فيه أن إقامة الدليل على حيازة الصفة الوطنية أهمية بالغة على مستوى القانون الداخلي، إذ من حق المواطن ممارسته لحقوقه المدنية و السياسية التي تعتبر حكرا على الوطنيين دون غيرهم من الأجانب. كما تتجلى أهمية إثبات الصفة الوطنية في كل الحالات التي يستلزم فيها الأمر ثبوت وضعية الشخص من حيث الجنسية سواء للدفاع عن مصالحه في مواجهة الغير أو لتحديد مركزه القانوني من حيث التمتع بالحقوق و القيام بالواجبات إزاء الدولة التي يحمل جنسيتها أو من قبل الدول الأخرى.

و نظرا لأهمية الإثبات بالنسبة للدولة و الشخص على السواء، فقد سهر المشرع على تحديد وسائل إثبات الجنسية بالاستناد إلى المبادئ العامة و كذا إلى اجتهادات الفقه و القضاء في الإثبات المدني. و في هذا الفرض يشير الفقه عادة إلى ثلاثة مذاهب في الإثبات أولهما هو المذهب الحر و الذي بمقتضاه لا يحدد المشرع وسيلة معينة للإثبات و يترك لأطراف المنازعة حرية تقديم الأدلة، أما المذهب الثاني فيطلق عليه بالمذهب المقيد حيث حدد المشرع سلفا طرقا محددة للإثبات يتقيد بها كل من القاضي و الخصوم، و يتوسط المذهبين السابقين المذهب المختلط الذي يحاول التوفيق بين اعتبارات العدالة من ناحية و استقرار المعاملات الخاصة من ناحية أخرى، و هو المذهب الذي أخذ به المشرع المغربي في ميدان الإثبات.

و هذا السياق، فمن البديهي أن يتأثر تشريع الجنسية المغربية بمبادئ المذهب المختلط و هو ما يقتضي تفسير أحكام هذا القانون على ضوء هذه المبادئ، إذ بالرجوع إلى أحكام قانون الجنسية و خاصة مقتضيات القسم الأول من الباب السادس منه و المتعلق بإثبات الجنسية، نجد أنه ينص في الفصل 31 على إمكانية إثبات الجنسية المغربية الأصلية بجميع الوسائل و لا سيما عن طريق الحالة الظاهرة، هذا بالإضافة إلى إمكانية إثباتها عن طريق الإدلاء بشهادة الجنسية (الفصل 33) أو الإدلاء بنسخة من حكم قضائي بث في المسالة نهائيا باعتبارها دعوى أصلية (الفصل 35).

و في هذا الفرض، نتساءل عن إمكانية قبول بعض الوثائق الرسمية كقرينة قضائية على حيازة حاملها للجنسية المغربية و التي لا تسلم عادة سوى للوطنيين دون الأجانب من قبيل بطاقات التعريف الوطنية، جوازات السفر

و رسوم الحالة المدنية. و تبقى وثائق الحالة المدنية من أهمها إذ يعتبر بعض الفقه<sup>1</sup> أن بيان الجنسية من البيانات الأساسية المكونة للحالة المدنية. فما مدى حجية رسوم الحالة المدنية في إثبات حيازة الجنسية المغربية؟

و للإجابة عن هذه الإشكالية، وجب تحديد الاطار التاريخي و الفقهي و التشريعي لنظام الحالة المدنية بالمغرب (الفصل الأول) ثم التعرض لاحقا للقيمة الإثباتية لرسوم الحالة المدنية و إمكانية الاستدلال بها لإثبات حيازة الجنسية المغربية (الفصل الثاني).

### الفصل الأول : التأصيل التاريخي و الفقهي و القانوني لنظام الحالة المدنية بالمغرب :

من المعلوم أن المغرب لم يعرف نظام الحالة المدنية إلا بعد دخول الحماية الفرنسية<sup>2</sup>، إلا أن ذلك لا يعني أن المغرب لا يهتم بتوثيق بعض التصرفات و الوقائع المرتبطة بالحالة المدنية من ولادة و وفاة و زواج و طلاق حيث اهتم الفقه الإسلامي و خصوصا علم التوثيق اهتماما كبيرا بوقائع الوفاة و الزواج و الطلاق من خلال مساهمة الفقهاء المسلمين بكتابتهم الغزيرة و فتاويهم العديدة في استنباط الأحكام الشرعية بواسطة علم أصول الفقه.

وفي ظل نظام الامتيازات، كانت القنصليات الأجنبية تمسك سجلات تسجل فيها و قائع و تصرفات الحالة المدنية الخاصة بمواطنيها و كذا المغاربة المحميين حيث يسجل هؤلاء ولادة أطفالهم و وفاة أسرهم بسجلات الحالة المدنية للأجانب. و بدخول الحماية الفرنسية، عرف المغرب نظام الحالة المدنية بالمفهوم العصري، و هكذا أصدرت سلطات الحماية عدة تشريعات تنظم ميدان الحالة المدنية أهمها ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين و الأجانب في المغرب الصادر بتاريخ 12 غشت 1913، ظهير 4 شتنبر 1915 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية في منطقة الحماية الفرنسية و ظهير 8 مارس 1950 الذي مدد مقتضيات ظهير 4 شتنبر 1915 إلى المغاربة. و بعد حصول المغرب على الاستقلال، عمدت وزارة الداخلية المغربية إلى إعداد مشروع قانون الحالة المدنية في بداية 1982 و آخر سنة 1997 الذي أصبح القانون الحالي رقم 99-37 الذي صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.239 بتاريخ 3 أكتوبر 2002 المتعلق بالحالة المدنية.

و إذا كان مصطلح "الحالة المدنية" رائجا على كل لسان، داخل الإدارة العمومية و الأوساط الشعبية، فانه في المقابل يثير إشكالية تحديد مفهومه و مداه. فالحالة هي مجموعة صفات (qualités) شخص يأخذها القانون في الاعتبار ليرتب عليها آثار قانونية أو يربط بها حقوقا و التزامات، أو هي مختلف الصفات التي ينتج عنها التمتع بالحقوق، أي الوضعية الناشئة عنها هذه الصفات أو مجموعة الأوصاف (qualifications) القانونية التي يمكن أن يتصف بها شخص أو كل وصف منه على حدة و الوضعية التي ترتبط به<sup>3</sup>.

1 - أنور الخطيب "الأحوال الشخصية خصائص الشخص الطبيعي" الطبعة الثانية، منشورات مكتبة الحياة، بيروت، 1964، ص 6.

2 - عبد اللطيف تجاني، "كناش التعريف و الحالة المدنية و قوته الإثباتية في القانون المغربي" مجلة الملحق القضائي، عدد 29، دجنبر 1994، ص 130.

3 - عمر النافعي، "نظام الحالة المدنية بالمغرب: إشكال التعميم و الضبط"، منشورات جمعية تنمية البحوث و الدراسات القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1997، ص 13.

إن الحالة أو الأحوال المدنية لا تعدو أن تكون هي الأحوال الشخصية، فهذه هي تلك و تلك هي هذه، لكن غلب اصطلاح الحالة المدنية خاصة عندنا- على الجانب الذي يمكن أن نسميه بالجانب الشكلي للأحوال المدنية و هو ربط هذه الأحوال أو توثيقها، فأصبحت عبارة الحالة المدنية تعني ما يسمى رسميا "رسوم الحالة المدنية"<sup>1</sup>.

و يعرفها بعض الفقه أنها وضعية الفرد باعتباره عضوا في الجمعية السياسية أو الأسرة التي ينتمي إليها، و عليه يمكن تصور الحالة بشكل منفصل من وجهة نظر الجنسية و من جهة نظر القرابة و بالتالي تمييز الحالة في الدولة عن الحالة في الأسرة. و تضم الحالة كلا من الحالة المدنية و الحالة السياسية، يقصد بالأولى ما يسمى بالحالة الخاصة، و هي الصفات التي تخصص للفرد و تعطيه موقعه في المجتمع و تميزه عن الآخرين و تعتبر الوسيلة الوحيدة التي يمكن للشخص أن يثبت بها حالته و أهليته<sup>2</sup>، و يقصد بالثانية ما يسمى بالحالة العامة و تتحدد بحمل جنسية معينة تخول حاملها مجموعة من حقوق تدعى حقوقا سياسية أو وطنية و تفرض عليه مجموعة من التزامات أهمها الالتزام بالخدمة العسكرية و الدفاع عن البلاد. و إذا كان البعض<sup>3</sup> يرى أن الانتماء الوطني أو حمل جنسية معينة لا يدخل في تكوين الحالة المدنية، فإن البعض الآخر<sup>4</sup> يرى العكس، إذ أن الجنسية تساهم في تحديد الوضعية المدنية للفرد أي التمتع بحقوق و التحمل بواجبات مدنية و هي بذلك تعتبر من البيانات الأساسية المكونة لنظام الحالة المدنية.

و هكذا ألزم المشرع المغربي في المادة 18 من القانون رقم 37-99 المتعلق بالحالة المدنية ضباط الحالة المدنية على ضرورة تسجيل الأجنبي الذي اكتسب الجنسية المغربية إذا كان مولودا بالمغرب على النحو التالي : إذا كان مسجلا بسجلات الحالة المدنية المغربية الخاصة بالأجانب و التي كانت ممسوكة قبل صدور هذا القانون فينقل رسم ولادته بناء على السند المانح للجنسية من طرف ضباط الحالة المدنية محل الولادة مع الإشارة في طرة الرسم إلى المرجع الأساس للسند المانح للجنسية، أما إذا كان مسجلا بسجلات الحالة المدنية المحدثه بهذا القانون فيشار بطرة رسم ولادته إلى أنه اكتسب الجنسية المغربية مع الإشارة إلى المرجع الأساس للسند المانح للجنسية المغربية .

كما شدد المشرع المغربي في المرسوم رقم 2.99.665 بتاريخ 9 أكتوبر 2002 الصادر بتطبيق القانون رقم 37-99 المتعلق بالحالة المدنية أن يتضمن رسم الولادة جنسية المولود إذا كان أجنبيا (المادة 18) و كذا في رسم الوفاة (المادة 33). كما ألزم المرسوم تضمين بيان الجنسية الخاص بالمولود أو المتوفى في نسخ رسوم الحالة المدنية سواء كانت كاملة أو موجزة (المادة 36) . أما البطاقة الشخصية ، فقد ألزم تضمينها القيود المفروضة على المتجنس إن وجدت (المادة 37).

فعناصر الارتباط بين مقتضيات قانون الحالة المدنية و الأحكام الواردة في قانون الجنسية واضحة (الفصل 3 من قانون الجنسية) إذ الحاصل على الجنسية المغربية سواء بطريق البنوة أو عن طريق الزواج أو الكفالة أو بواسطة

1- عمر النافعي، المرجع السابق، ص 17.

2 - Sabine FILIZZOLA, "l'organisation de l'état civil au Maroc", Faculté de droit au Maroc, collection d'études juridiques, politiques et économiques, série de langue française n° 1, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958, P 8.

3 - أحمد سلامة، "الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والأجانب"، دار الفكر العربي، 1958، فقرة 21، ص 33.

4 - أنور الخطيب، المرجع السابق، ص 6.

التجنيس يجب أن يسجل بسجلات الحالة المدنية المغربية إما من طرف ضابط الحالة المدنية المختص أو بناء على حكم تصريحي بالولادة صادر عن المحكمة<sup>1</sup>.

من خلال ما سبق، يتبين أن نظام الحالة المدنية يحظى بأهمية قصوى في الحياة الفردية للشخص فهو الذي ينظم قواعد التواجد القانوني للفرد داخل الأسرة و المجتمع و الدولة، فتوثيق الأحوال المدنية يحدد هويات الأفراد و مراكزهم القانونية، وهو ما يفسر العناية الخاصة التي يوليها المشرع لسجلات الحالة المدنية، إذ تقوم هذه الأخيرة بوظيفة إدارية تتمثل في تسجيل و ترسيم كافة الوقائع المدنية و البيانات الأساسية للأفراد من ولادة و وفاة و زواج و طلاق و جنسية و كذا ضبط جميع البيانات المتعلقة بها من حيث نوعها و تاريخ و مكان حدوثها.

و نظرا لأهمية الوظيفة الإدارية لسجلات الحالة المدنية بالنسبة للفرد و الدولة معا، فقد أضفى المشرع المغربي على رسوم الحالة المدنية نفس الحجية الإثباتية التي للوثائق الرسمية حيث نصت المادة الثالثة من القانون 37-99 المتعلق بالحالة المدنية: "تكتسي رسوم الحالة المدنية نفس القوة الإثباتية التي للوثائق الرسمية، مع اعتبار الشروط الشرعية في إثبات النسب و الأحوال الشخصية". و في هذا الاطار، تثار الإشكالية المتعلقة بمدى شمول تلك الحجية الإثباتية للبيانات المتعلقة بالجنسية و مدى إمكانية إثبات الجنسية المغربية بوثائق الحالة المدنية؟

### الفصل الثاني : إمكانية إثبات الجنسية المغربية بوثائق رسوم الحالة المدنية :

من المعلوم أن نظام الحالة المدنية يقوم على التصريح بواقعي الولادة و الوفاة و تسجيلها في سجلات رسمية تمسك بمكاتب الحالة المدنية التابعة لجهات رسمية هي الجماعات الترابية، و يتولى رؤساء هذه الجماعات الذين يحملون صفة ضباط الحالة المدنية توقيع كافة رسوم الحالة المدنية، كما أن أعمال هؤلاء الضباط تخضع لمراقبة وكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية داخل و خارج المملكة، فهي بذلك تعتبر محررات رسمية ينطبق عليها من القواعد و الأحكام ما ينطبق على غيرها من الوثائق الرسمية بمقتضى الفصل 418 من قانون الالتزامات و العقود المغربي و تحوز إذن الحجية القاطعة بمقتضى الفصل 419 من نفس القانون.

فرسوم الحالة المدنية تنطبق عليها إذن مقتضيات الفصل 418 إذ أنها صادر عن ضباط الحالة المدنية الذين يجوزون صفة موظف عمومي كما هي محددة في الفصل الثاني من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية ، كما أن ضباط الحالة المدنية مختصين نوعيا في ممارسة مهام توثيق و توقيع و تسليم كافة رسوم الحالة المدنية كما هو محدد في المادة 11 من قانون الحالة المدنية ، بالإضافة إلى أن شكل رسوم الحالة المدنية و بياناتها الأساسية محدد سلفا في المرسوم رقم 2.99.665 بتاريخ 9 أكتوبر 2002 لتطبيق القانون 37-99 المتعلق بالحالة المدنية إذ ألزم المشرع في المادة الرابعة منه على شروط معينة منها على الخصوص ترقيم و طبع كل صفحات و أوراق سجلات الحالة المدنية من وكيل الملك ثم عند انتهاء العمل بها و حصرها من قبل الضابط، تخضع لمراقبة النيابة العامة و تحتفظ نسخة منها.

فالشروط الثلاثة المنصوص عليها في الفصل 418 متوافرة إذن في رسوم الحالة المدنية و هي بذلك تكتسب صفة الورقة الرسمية و بالتالي تمتعها بما تتمتع به الأوراق الرسمية من حجية في الإثبات و لا يمكن دحضها إلا بسلوك مسطرة الطعن بالزور.

1 - عبد الوحيد الحجيوي، "ارتباط تطبيق بعض مقتضيات قانون الجنسية بالقانون المنظم للحالة المدنية و الصعوبات العملية الناجمة عن ذلك"، المجلة القانونية للمحكمة الابتدائية لمكناس، العدد المزدوج 2 و 3 لسنة 2009، ص، 43.

و لكن في المقابل، فالبيانات المدرجة في سجلات الحالة المدنية من ولادة و وفاة و زواج و طلاق و جنسية ليست على درجة واحدة من حيث القوة الإثباتية. فالبيانات التي يمسكها ضابط الحالة المدنية و يوثقها بنفسه في رسوم الحالة المدنية بحكم مهنته و اختصاصه النوعي كإسمه و صفته و تاريخ و مكان تحرير هذه الرسوم و ذكر تلاوته لنص الرسوم على المصرحين و توقيعه و توقيعهم و كذا التحقق من هويات المصرحين، فكل هذه البيانات لها حجية قاطعة في الإثبات و لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير. و لكن مصداقية و حجية ما صدر عن هؤلاء المصرحين فثابتة كمبدأ لكن إثبات عكسها لا يحتاج إلى سلوك مسطرة الطعن بالزور و إنما يمكن الاعتماد على الكتابة أو الشهادة أو القرائن مع مبدأ بالكتابة<sup>1</sup>. و في هذا الصدد تنص الفقرة الثانية من الفصل 419 من قانون الالتزامات و العقود المغربي على : " إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود و حتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور".

و بالرجوع إلى قانون الجنسية المغربي، نجد أنه ضمن لكل شخص الحق في تسلم نسخ كاملة أو موجزة من الرسوم المضمنة بسجلات الحالة المدنية لفائدة صاحب الرسم و لأصوله و فروع و زوجه من قبل ضباط الحالة المدنية داخل التراب الوطني و خارجه، كما يضمن كذلك الحق في الحصول على البطاقة الشخصية للحالة المدنية لكل شخص يسكن بمكان غير محل ولادته حيث تكون لهذه البطاقة الشخصية حسب المادة 33 من قانون الحالة المدنية، نفس قوة الإثبات التي للنسخة الموجزة من رسم الولادة و تقوم مقامها ما عدا في الحالات التالية: إثبات الجنسية المغربية و إثبات وقائع الحالة المدنية أمام القضاء. فمن خلال مضمون المادة 33، و بمفهوم المخالفة، يمكننا أن نستنتج أن النسخة الموجزة من رسم الولادة و التي يتم مسكها على أساس ما هو مضمن بسجلات الحالة المدنية، تعتبر وسيلة غير مباشرة لإثبات الجنسية المغربية و قرينة على حيازتها، و لكن في المقابل يثير مضمون المادة 33 التساؤل التالي: ماذا يقصد المشرع بإثبات الجنسية المغربية؟ هل يقصد بها إثبات الجنسية الأصلية أو الجنسية المكتسبة أو هما معا؟

فالرأي فيما نعتقد أن الأمر يتعلق فقط بالجنسية المكتسبة دون سواها لأن البيانات الخاصة بالجنسية و المدرجة بسجلات الحالة المدنية تخص الأجانب المزدادين بالمغرب الذين اكتسبوا الجنسية المغربية دون سواهم، حيث يشار بطرة رسم ولادتهم المرجع الأساس للسند المانح للجنسية المغربية. ففي هذا الفرض، يمكن القول بأن رسم الحالة المدنية لا يشكل في حد ذاته وسيلة لإثبات الجنسية المغربية المكتسبة بالرغم من حيازتها لصفة الرسمية و الحجية في الإثبات، بل إن السند المانح للجنسية (الظهير بالنسبة للتجنيس الاستثنائي أو المرسوم إذا تعلق الأمر بالتجنيس العادي) و المضمن في سجلات الحالة المدنية هو من يضيفي تلك الحجية في إثبات اكتساب الصفة المغربية. فالأمر لا يتعلق إذن بإثبات الجنسية الأصلية المغربية لأن قواعد إثبات هذه الأخيرة منصوص عليها في الفصل 31 من قانون الجنسية.

و في هذا الصدد عبر الاجتهاد القضائي المغربي عن موقفه حيال مسألة حجية بيانات الجنسية المضمنة بسجلات الحالة المدنية لإثبات حيازة الصفة الوطنية إذ صدر قرار عن محكمة الاستئناف بالرباط<sup>2</sup> بتاريخ 5 أبريل 1941 قضى

1 - عبد الرزاق أحمد السهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام" دار النشر العربية، 1968، ص 151.

2 - Recueil des arrêts de la cour d'Appel de Rabat, 1941, p 169.

بتجريد بيانات الجنسية المدونة في الكناش العائلي و رسوم الحالة المدنية من كل قيمة قانونية، فاذا تمت المنازعة فيها، فيمكن للطرف الذي يتمسك بالجنسية أن يثبتها.

"Les mentions d'état civil sur la nationalité d'une partie, portées sur les livret de famille et sur l'acte dont le livret ne fait que reproduire les mentions, n'ont aucune valeur juridique propre. Il suffit qu'elles soient contestées pour que la partie qui s'en prévaut soit dans l'obligation de rapporter la preuve légale de la nationalité qu'elle prétende avoir. Ces mentions ne fournissent que des données élémentaires d'appréciation sur la condition des personnes qu'elle concernent."

كما سارت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء<sup>1</sup> في نفس الاتجاه في حكم أصدرته بتاريخ 10 دجنبر 1945 حين اعتبرت الوثائق الإدارية و رسوم الحالة المدنية المبينة فيها جنسية السيد "أصبان" ليست لها أية قيمة إثباتية في ما يخص وجود هذه الجنسية لأن المحاكم هي وحدها المختصة بالبت في هذا الموضوع، فضايط الحالة المدنية الذي يعقد الزواج لا يحقق شخصيا في جنسية الزوجين المستقبلين... و ليس له اختصاص خاص ليقوم مسألة تتعلق بمادة معقدة بالجنسية و يقتصر دوره على تسجيل تصريحات الأطراف حول هذه النقطة، و أنه إذا أعطينا للبيانات المتعلقة بالجنسية طابعا نهائيا، فإن ضابط الحالة المدنية سيصبح قاضيا لمنازعات الجنسية.

"Les pièces administratives et les actes de l'état civil indiquant la nationalité d'une personne, n'ont aucune force probante quant à l'existence de cette nationalité, les tribunaux étant seuls compétents pour en juger... Que n'ayant aucune compétence spéciale pour apprécier une question relevant d'une matière aussi complexe que celle de la nationalité, il est évident que son rôle ne peut que se borner à l'enregistrement des déclarations des parties, sur ce point, et à la rigueur, de leur vérification sommaire, d'ailleurs dépourvue de tout caractère probant. Que si l'on attribuait aux mentions relatives à la nationalité figurant sur les actes de mariage un caractère définitif et irrévocable, l'officier de l'état civil deviendrait un véritable juge du contentieux de la nationalité".

إن تسجيل جنسية الأطراف في رسوم الحالة المدنية باعتبارها محررات رسمية حائزة على حجية في الإثبات، إجراء خطير لأنه يتم بدون رقابة قضائية أو إدارية مسبقة للتحقق من هذا البيان من طرف ضابط الحالة المدنية<sup>2</sup>، فهذا الأخير لا يمتلك الصفة للتحقق من صدقيتها<sup>3</sup>، كما أن بيان الجنسية برسوم الحالة المدنية لا يقدم أية فائدة عملية<sup>4</sup> و يتنافى مع قواعد إثبات الجنسية المنصوص عليها في قانون الجنسية من جهة أخرى، مما يجعلها مجردة من أية قيمة قانونية أو قوة إثباتية، فإلى أي حد تصح هذه الفرضية في ظل قانون الجنسية المغربية؟

1 - Gazette des Tribunaux du Maroc, 1946, p 31.

2 - Paul DECROUX, "L'état civil au Maroc", Hespéris, tome 37, 3<sup>e</sup>&4<sup>e</sup> trimestre, 1950, pp 237-288, p 253.

3 - Sabine FILIZZOLA, op. cit , 1958, P 67.

4 - Idem, p 68.

إن إثبات حيازة الجنسية المغربية الأصلية المترتبة على النسب أو البنوة يتحقق بإثبات تنسل الولد من أصل مغربي طبقا لمنطوق الفصل 6 من قانون الجنسية و طبقا لأحكام القاعدة الشرعية التي تنص على أن الولد يتبع أباه في الدين و النسب و من آثار النسب انسحاب جنسية الأب على الابن<sup>1</sup>، و هذا لا يتحقق إلا بإثبات النسب الشرعي بالنسبة للأب اعتمادا على أسباب حقوق النسب المنصوص عليها في المادة 152 من مدونة الأسرة (الفراش، الإقرار و الشبهة) أو إثبات البنوة الطبيعية بالنسبة للأم وفقا لمقتضيات المادة 147 من المدونة (واقعة الولادة ، الإقرار و الحكم القضائي) من جهة، و كذا إثبات حيازة الجنسية المغربية من طرف أحد هؤلاء الأبوين من جهة أخرى.

و هكذا فإثبات النسب إلى الأب يثبت بالفراش و الذي بدوره يثبت بما تثبت به الزوجية (المادة 153 من مدونة الأسرة)، ففي هذا الفرض تعتبر رسوم الحالة المدنية كافية لإثبات الزوجية نظرا لتضمينها لبيانات الزواج و انحلال ميثاق الزوجية (المادة 22 من قانون الحالة المدنية)، أما إثبات البنوة بالنسبة للأم فيتم بإثبات واقعة الميلاد و هذا لا يتأتى إلا بالإدلاء برسم الولادة. ففي كلتا الحالتين يمكن إثبات النسب أو البنوة إلى أصل مغربي اعتمادا على رسوم الحالة المدنية.

أما إثبات حيازة الصفة المغربية فيكون بإثبات حيازة المعني بالأمر و أحد أبويه، الذي يستمد منه المعني بالأمر جنسيته، للحالة الظاهرة كما هي معرفة بالفصل 31 من قانون الجنسية إذ تنجم عن مجموعة من الوقائع العلنية المشهورة المجردة من كل التباس تثبت أن الشخص المعني بالأمر و أبويه كانوا يتظاهرون بالصفة المغربية و كان يعترف لهم بهذه الصفة من قبل السلطات العمومية التي قد تسلمهم بعض وثائق الهوية من قبيل:

- بطاقات التعريف الوطنية : حيث تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المنظم للبطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية على : "يجب على كل مواطن مغربي يبلغ من العمر 18 سن ميلادية كاملة أن يتوفر على البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية"، و كذا المادة السابعة منه و التي تنص: "تعفي البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية من الإدلاء برسم الولادة، و شهادة الإقامة، و شهادة الحياة و شهادة الجنسية في جميع المساطر التي يجب الإدلاء بهذه الوثائق".

- جواز السفر: حيث تنص المادة الأولى من المرسوم المحدث بموجبه جواز السفر البيومتري على: "يحدث جواز سفر بيومتري، يعتبر وثيقة وطنية شخصية للسفر، تسلم بدون شرط تحديد السن لكل مواطن مغربي يتقدم بطلب لهذا الغرض و ذلك من أجل السماح له بمغادرة التراب الوطني أو العودة إليه أو هما معا"، و كذا المادة الرابعة منه و التي تنص: "تحتوي الصفحة الشخصية للمعلومات على معطيات و بيانات مرئية بالعين بالإضافة إلى معلومات أخرى مكتوبة في منطقة قراءة بصرية مقروءة بواسطة آلات ملائمة. المعطيات و البيانات المرئية بالعين هي: ... الاسم العائلي و الشخصي و الجنسية و تاريخ و مكان الازدياد...

- رسوم الحالة المدنية : حيث تنص المادة الثالثة من القانون المتعلق بالحالة المدنية على : "يخضع لنظام الحالة المدنية بصفة إلزامية جميع المغاربة، كما يسري نفس النظام على الأجانب بالنسبة للولادات و الوفيات التي تقع فوق التراب الوطني".

- الاستدعاء للخدمة العسكرية : حيث تنص المادة الأولى من القانون المتعلق بالخدمة العسكرية المنسوخ : "تفرض الخدمة العسكرية على جميع المغاربة الذكور. يسمح للمواطنات للمغربيات المتطوعات بالترشح لقضاء الخدمة العسكرية وفق الحدود و الشروط المنصوص عليها في المادة 16 أدناه". كما تنص المادة الثامنة من النظام الأساسي الخاص بضباط القوات المسلحة الملكية على : "لا يمكن أن يفقد الضابط رتبته إلا لأحد الأسباب التالية: 1- فقدان الجنسية المغربية أو التجريد منها...".

و بذلك، يمكن اعتبار هذه الأدلة من قبيل القرائن التي تكوّن الحالة الظاهرة يسترشد بها القاضي و تمكنه من الاهتداء إلى الجنسية الفعلية للشخص المعني<sup>1</sup>.

أما بخصوص إثبات الجنسية المغربية الأصلية المترتبة على الولادة في المغرب (الفصل 7 من قانون الجنسية المغربية) و كذا إثبات الجنسية المغربية المكتسبة عن طريق الولادة في المغرب و الإقامة به (الفصل 9 منه)، ففي هاتين الحالتين لا يمكن إثبات الصفة المغربية إلا من خلال إثبات مجموعة من الوقائع و في مقدمتها واقعة الولادة بالمغرب. و يفهم من عبارة "في المغرب" في منطوق الفصل 5 من قانون الجنسية المغربية، مجموع التراب المغربي و المياه الإقليمية المغربية و السفن و الطائرات ذات الجنسية المغربية. و من الضروري أن يؤخذ أيضا بعين الاعتبار عبارة "المنطقة المجاورة للحدود المغربية" لتطبيق المقطع الأخير من الفصل 45 الذي يسمح لكل شخص أصله من هذه المنطقة و جعل محل سكنه و إقامته فوق التراب المغربي أن يصرح باختياره الجنسية المغربية، و لكن يجب أن يقع هذا التصريح داخل أجل سنة واحدة تبتدئ من تاريخ نشر المرسوم الذي تعين بموجبه المناطق المجاورة للحدود المغربية<sup>2</sup>.

وقد ورد توضيح بخصوص مضمون الفصل 31 بواسطة منشور رقم 53 بتاريخ 11 نونبر 1958 صادر عن وزير العدل إلى السادة وكلاء الدولة لدى المحاكم الإقليمية، حيث ذكر: "الموقف الذي اتخذته السلطات العامة المغربية بالنسبة إلى المعني بالأمر و أبويه يمكن معرفته بواسطة الحجج و الوثائق التي يدلي بها هذا الأخير: (جواز السفر، بطاقات التعريف الشخصي، تأشيرات، إلخ...) و التي يجب أن تؤلف على كل حال بجملتها مجموعة من القرائن التي تترك قوتها الإثباتية إلى تقديركم". و بما أن أغلب الوثائق التي أشار إليها المنشور يكون أساس إنجازها عقد الحالة المدنية، فالأولى أن يؤخذ هذا الأخير بالاعتبار كحجة على جنسية المعني<sup>3</sup>.

و لما كانت واقعة الميلاد على الإقليم الوطني هو حجر الأساس في كلا الفرضين و جب اتجاه الشخص الذي يريد إثبات جنسيته بالاستناد إلى هذه الحالة نحو إثبات تلك الواقعة و خير دليل على ذلك هو شهادة الميلاد و التي يذكر فيها عادة مكان الميلاد<sup>4</sup>. و يؤكد الفقه أن حجية شهادة الميلاد مقصورة على إثبات محل الولادة دون أن تمتد لتشمل إثبات الجنسية لكونها ليست من الأدلة المعدة لإثبات الجنسية حيث لا يكون الموظف المختص بتحريرها مختصا

1 - حسن الهداوي، "الوجيز في القانون الدولي الخاص - ج 1 - الجنسية" مطبعة الإرشاد، بغداد 1962، ص 137. انظر كذلك عز الدين عبد الله، "القانون الدولي الخاص - ج 1" الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة 11، مصر، 1986، ص 525. أحمد حسين جلاب الفتلاوي "النظام القانوني لإثبات الجنسية"، منشورات زين الحقوقية، بيروت 2016، ص 78.

2 - موسى عبود، "الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي" المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى 1994، ص 55.

3 - ناصر متيوي مشكوري، "إثبات وقائع الحالة المدنية في إطار القانون الدولي الخاص المغربي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 1993-1994، ص 250.

4 - أحمد حسين جلاب الفتلاوي، المرجع السابق، ص 84.



بالتحقيق في جنسية المولود<sup>1</sup>. و الرأي فيما نعتقد أن رسوم الحالة المدنية و خاصة شهادة الميلاد يمكن الاستناد اليها لإثبات الجنسية سواء كانت أصلية (المبنية على أساس حق الإقليم) أو مكتسبة (المرتبة عن الولادة في المغرب و الإقامة به) لكن بصورة غير مباشرة و هنا يمكن اعتبارها دليلا غير مباشر لإثبات الجنسية المغربية، و قرينة قضائية على حيازة الصفة المغربية يعود تقدير حجيتها إلى القضاء، و دليلنا في ذلك ما تبناه الاجتهاد القضائي المغربي في هذه المسألة.

وفي هذا السياق، نورد حيثيات قضية السيد إبراهيم المراني المعروضة على القضاء حيث طالب بإقرار جنسيته المغربية بواسطة دعوى إحالة بموجب قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2007/07/11. و هكذا أصدرت المحكمة الابتدائية بالرباط (قسم قضاء الأسرة) حكما<sup>2</sup> قضى بإقرار الجنسية المغربية للمدعي بناء على وثائق الحالة المدنية حيث جاء في تعليل الحكم: " وحيث تبين من خلال الدفتر العائلي الخاص بوالد المدعي -إبراهيم بن محمد المراني- أن هذا الأخير مسجل في سجلات الحالة المدنية المغربية و مزاد بسيدي إفني و تبين أن المدعي إبراهيم المراني قد تم تسجيله أيضا باعتباره إبنا له، و حيث أدلى المدعي بنسخة موجزة من رسم ولادة والده المذكور و كذا بالنسخة الكاملة لرسم ولادته تبين من خلالها أنه مزاد بسيدي إفني بالمغرب، و حيث أدلى أيضا بنسخة طبق الأصل لجواز سفر والده يشار فيه إلى أنه يتمتع بالجنسية المغربية كما أدلى بنسخة طبق الأصل لبطاقة تعريف والده الوطنية. و حيث أنه و استنادا إلى الوثائق المذكورة فقد ثبت للمحكمة أن والد المدعي هو مغربي الجنسية... و حيث أنه و أمام ثبوت الجنسية المغربية لأب المدعي بمقتضى ما ذكر أعلاه من وثائق فإن ذلك يتحتم بالضرورة إقرار الجنسية المغربية لابنه المدعي".

تم تأييد هذا الحكم بمقتضى القرار الاستثنائي<sup>3</sup> حيث ورد فيه: " حيث أنه بمقتضى الفصل 6 من القانون 62-06 المتعلق بالجنسية يعتبر مغربيا الولد المولود من أب مغربي و حينما ثبت للمحكمة من النسخة الكاملة للولادة و من الدفتر العائلي لولد المستأنف عليه و من باقي مستندات الملف المحتج بها أن المستأنف عليه ازداد من أب مغربي و أنه يتمتع بجنسية مغربية أصلية و صرحت بإقرارها و استغنت عن البحث المطلوب تكون قد اعتمدت على وسائل سائغة لها ما يبررها من بين أوراق الملف وفق ما يقتضيه الفصل 31 من نفس القانون و يكون حكمها معلل و يتعين تأييده و ما أثير غير ذي أثر."

تم تأييد هذا القرار الاستثنائي بمقتضى قرار المجلس الأعلى<sup>4</sup> حيث ورد فيه: " و حيث أنه تبعا لذلك، فقد أثبت المطلوب المذكور، وفق ما يقتضيه قانون الجنسية المغربية، و بمقرر قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، أنه يجوز الجنسية المغربية الأصلية عن طريق النسب بكل آثارها القانونية، فهو إذن مواطن مغربي".

و من جهة أخرى، فشهادة الجنسية (الفصل 33 من قانون الجنسية) التي يثبت حائزها على تمتعه بالصفة المغربية، تسلم من طرف السيد وكيل الملك على أساس وثائق رسمية معترف بصحتها و على رأسها رسوم الحالة المدنية التي

1 - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 524.

2 - المحكمة الابتدائية بالرباط، حكم رقم 1647 بتاريخ 2007/11/12 في الملف رقم 07/1169/6، حكم غير منشور.

3 - محكمة الاستئناف بالرباط، قرار رقم 93 بتاريخ 07 مايو 2008 في الملف رقم 8/2008/8، قرار غير منشور.

4 - محكمة النقض، قرار عدد 2297 الصادر بتاريخ 2009/06/17 في الملف المدني رقم 2008/6/1/2862، قرار غير منشور.

تعتبر أهم وثائق نظام الحالة المدنية مما يدل على أن رسوم الحالة المدنية تصلح لاعتمادها بطريقة غير مباشرة لإثبات الجنسية المغربية.

و هكذا، فرسوم الحالة المدنية تكون هي الأساس في إعداد و تسليم هذه الوثائق الرسمية (بطاقة التعريف الوطنية، جواز السفر) و جميع هذه الوثائق و غيرها مأخوذة من الأصل أي سجلات الحالة المدنية<sup>1</sup>، فهي تمنح حصريا للمواطنين المغاربة دون سواهم مما يمكن اعتباره اعتراف غير مباشر من قبل السلطات العمومية على حيازة الجنسية المغربية سواء كانت أصلية (بواسطة الرابطة الدموية و الرابطة الترابية) أو جنسية مكتسبة (عن طريق الولادة في المغرب و الإقامة به)، فهي تشكل بداية حجة بالكتابة من شأنها أن تجعل مضمون هذه المحررات الرسمية قريبة الاحتمال وفقا لمنطوق الفصل 447 من قانون الالتزامات و العقود، و قرينة قضائية على حمل الجنسية المغربية بالرغم من أنها وثائق غير معدة أصلا لإثبات الجنسية المغربية.

و تأسيسا على ما سبق، وجب التفكير في إعادة النظر و إصلاح قانون الجنسية المغربية في ارتباطه مع قانون الحالة المدنية، مدونة الأسرة، قانون بطاقة التعريف الإلكترونية و مرسوم جواز السفر البيومتري و تدارك بعض النقائص من خلال :

- الحسم في مدى حجية الوثائق الحالة المدنية في إثبات الصفة الوطنية و التي تشكل حاليا قرائن قضائية دون أن تسمو إلى مرتبة القرائن القانونية على حيازة الجنسية المغربية،
- تدعيم نظام الحالة المدنية الحالي بإرساء سجلات تمسك بها و تسجل و ترسم بيانات الجنسية سواء كانت أصلية أو مكتسبة و ذلك اعتمادا على سندات إدارية أو قضائية مألحة أو كاشفة للصفة الوطنية،
- التفكير في إمكانية تجميع النصوص القانونية الحالية و التي لها ارتباط مباشر بالحالة المدنية للشخص كقانون الجنسية، قانون الحالة المدنية، مدونة الأسرة، قانون بطاقة التعريف الوطنية و مرسوم جواز السفر في مدونة شاملة تفاديا للتعارض و التناقض الحاصل بين تلك النصوص.

#### ❖ لائحة المصادر و المراجع :

- أنور الخطيب "الأحوال الشخصية خصائص الشخص الطبيعي" الطبعة الثانية، منشورات مكتبة الحياة، بيروت، 1964.
- عبد اللطيف تجاني، "كناش التعريف و الحالة المدنية و قوته الإثباتية في القانون المغربي" مجلة الملحق القضائي، عدد 29، دجنبر 1994.
- عمر النافعي، "نظام الحالة المدنية بالمغرب: إشكال التعميم و الضبط"، منشورات جمعية تنمية البحوث و الدراسات القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1997.
- أحمد سلامة، "الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين و الأجانب"، دار الفكر العربي، 1958.
- عبد الوحيد الحجوي، "ارتباط تطبيق بعض مقتضيات قانون الجنسية بالقانون المنظم للحالة المدنية و الصعوبات العملية الناجمة عن ذلك"، المجلة القانونية للمحكمة الابتدائية لمكناس، العدد المزدوج 2 و 3 لسنة 2009.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام" دار النشر العربية، 1968.

- شعبي المذكوري، "أسباب كسب الجنسية المغربية الأصلية في القانون المغربي"، مجلة المعيار، عدد 21، يناير 1996
- حسن الهداوي، "الوجيز في القانون الدولي الخاص - ج 1 - الجنسية" مطبعة الإرشاد، بغداد 1962.
- عز الدين عبد الله، "القانون الدولي الخاص - ج 1" الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة 11، مصر، 1986.
- أحمد حسين جلاب الفتلاوي "النظام القانوني لإثبات الجنسية"، منشورات زين الحقوقية، بيروت 2016.
- موسى عبود، "الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي" المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى 1994.
- ناصر متيوي مشكوري، "إثبات وقائع الحالة المدنية في إطار القانون الدولي الخاص المغربي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية فاس، السنة الجامعية 1993-1994.
- Recueil des arrêts de la cour d'Appel de Rabat, 1941,
- Gazette des Tribunaux du Maroc, 1946,
- Paul DECROUX, "L'état civil au Maroc", Hespéris, tome 37, 3°&4° trimestre, 1950,
- Sabine FILIZZOLA, "l'organisation de l'état civil au Maroc", Faculté de droit au Maroc, collection d'études juridiques, politiques et économiques, série de langue française n° 1, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958,

## حقيقة المسائل الفقهية التي تساءل عنها البخاري في صحيحه في أبواب الطهارة (جمع ودراسة)



د. عبد الرحمن بن صالح الحمدان

أستاذ مساعد، وكيل كلية الشريعة والقانون

بجامعة حائل - المملكة العربية السعودية

مقدمة :

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، أما بعد :

فإن الله ﷻ بعث محمداً ﷺ بالحق، وأنزل عليه الكتاب، وآتاه مثله معه، وجعله شاهداً ومبشراً ونذيراً، وداعياً إليه بإذنه وسراجاً منيراً، بعثه الله فأنقذ به البشرية من ظلمات الجهل والشرك وعبادة العباد، إلى نور الحق والتوحيد وعبادة رب العباد، فصلوات الله وسلامه عليه.

ثم إن الله قيض لهذا الشرع حملة عدولاً، يحفظونه في الصدور، ويكتبونه في الرقاع والجلود والصحف، ويتناقله الثقات عن الثقات، تلقاه رسول الله ﷺ عن الوحي، فأخذ أصحاب رسول الله ﷺ من فيه، وكانوا في تحملهم وأدائهم لهذا الحديث في غاية الحيلة والتثبت، مع ما هم فيه من قوة الحفظ .

وفي نهاية القرن الثاني من هجرة النبي ﷺ ولد إمام أهل الحديث، وفقه السنة، الإمام الحافظ: محمد بن إسماعيل البخاري، الذي هو أحد الأربعة الذين انتهى إليهم الحفظ من أهل خراسان، فصنف كتابه (الجامع الصحيح) في ست عشرة سنة، وخرج أحاديثه من ستمائة ألف حديث، فتتابع عليه أهل العلم بالنظر والتفحص، ثم أطبقوا على إمامة البخاري في الحديث، وعلى صحة كتابه، وعلى فقهه الذي تجلّى في تبويباته للأحاديث.

ولما يسر الله لي البحث عن مواضيع علمية لتكون بحوثاً محكمة، نقدم فيها خدمة لهذا العلم الجليل ، وقعت على رسالة ماجستير موضوعها: (المسائل الفقهية التي تسئل عنها البخاري في صحيحه)، وكان البحث قد تطرق لتلك الاستفهامات في غير العبادات ، فرأيت مناسبة بحث أبواب العبادات، خدمة لهذا الكتاب الجليل، وإتماماً للبحث بإكمال مسائله ، وبالله التوفيق.

#### أ- أهمية الموضوع :

1- أن هذا الموضوع يبحث في العلم الشرعي الذي هو من أجل القربات عند الله -تعالى-، وهو بوجه خاص أيضاً فقه في الدين.

2- أن في هذا الموضوع بياناً لدقة فقه البخاري، وإبرازاً لمكانته العلمية؛ لأن انتظام المسائل التي بوب لها البخاري بالاستفهام بـ (هل) في سلك واحد يعين على التصور الشامل لفقهه رحمه الله.

3- أن في هذا الموضوع إحياءاً لتراثه العلمي، وتيسيراً للانتفاع به، والاستفادة منه.

#### ب- أسباب اختيار الموضوع :

1- ما ذكر سابقاً من أهمية هذا الموضوع .

2- أن تساؤلات البخاري -رحمه الله- تستدعي البحث والدراسة لمعرفة أسباب تساؤلاته في كتابه .

3- الرغبة في الازدياد من العلم بفقه السلف، والتفقه على كتبهم -رحمهم الله-.

#### ج - منهج البحث :

##### يتبين منهج البحث فيما يلي :

1- دراسة ما يتعلق بالمسائل الفقهية التي استفهم البخاري عنها في تبويبها بـ (هل) في أبواب الطهارة دراسة موجزة، حسب ما يناسبها من المناهج العلمية.

2- تصوير المسألة تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من بحثها ودراستها.

3- إذا كانت المسألة من مسائل الاتفاق أذكر حكمها بدليله، مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.

4- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع ما يلي:

- تحرير محل الخلاف، إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

- ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية، مقدماً الرأي الأقوى -حسب ما رأيته-.

- الاقتصار على المذاهب الفقهية الأربعة، مع العناية بذكر ما يتيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح.

- توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

- استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن كانت، ويكون ذلك بعد ذكر الدليل مباشرة.

- الترجيح، مع بيان السبب، وذكر ثمره الخلاف إن وجدت.

5- اعتمد أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.

6- أتجنب ذكر الأقوال الشاذة.

7- أرقم الآيات وأبين سورها مضبوطة بالشكل.

8- أخرج الأحاديث من مصادرها الأصلية مع ذكر الكتاب والباب والجزء والصفحة ورقم الحديث، وأتبعها بما ذكره أهل الشأن في درجتها، ما لم تكن في الصحيحين أو أحدهما، فإن كانت كذلك فأكتفي بالعزو إلى أيهما ورد فيه الحديث اتفاقاً أو انفراداً، وأحرص على أن يكون لفظ الحديث موافقاً للمصدر المخرج عنه.

9- أجعل الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات التي ظهرت لي من خلال البحث.

10- أتبع البحث بذكر المراجع والمصادر .

د- خطة البحث :

انتظمت خطة هذا البحث في مقدمة وتمهيد وأربعة مباحث وخاتمة، بيانها على النحو الآتي :

المقدمة: وتشتمل على ما يلي:

أ- أهمية الموضوع.

ب- أسباب اختيار الموضوع.

ج- منهج البحث.

د- خطة البحث.

التمهيد: وفيه ترجمة مختصرة لمؤلف الكتاب والمكانة العلمية لكتابه الصحيح.

المبحث الأول: " بَابُ: هَلْ يُمَضَّمُ مِنَ اللَّبَنِ؟" من كتاب الوضوء، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: دليل الباب.

المطلب الثاني: شرح الحديث.

المطلب الثالث: الدراسات الفقهية.

المبحث الثاني: " بَابُ: هَلْ يُدْخَلُ الْجَنْبُ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ قَبْلَ أَنْ يَغْسِلَهَا، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى يَدِهِ قَدْرٌ غَيْرُ

الْجَنَابَةِ؟" من كتاب الغسل، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: دليل الباب.

المطلب الثاني: شرح الحديث.

المطلب الثالث: الدراسات الفقهية.

المبحث الثالث: " بَابُ: هَلْ تُصَلِّي الْمَرْأَةُ فِي ثَوْبٍ حَاصَتْ فِيهِ؟" من كتاب الحيض، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: دليل الباب.

المطلب الثاني: شرح الحديث.

المطلب الثالث: الدراسات الفقهية.

المبحث الرابع: " بَابُ: الْمُتَيْمَّمُ هَلْ يَنْفُخُ فِيهِمَا؟" من كتاب التيمم، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: دليل الباب.

المطلب الثاني: شرح الحديث.

المطلب الثالث: الدراسات الفقهية.

الخاتمة: وفيها أبرز النتائج.

المراجع والمصادر .

وفي الختام أشكر الله - سبحانه وتعالى - على نعمه العظيمة، وأحمده حيث يسر لي سبل تحصيل هذا العلم،

وأعاني على المضي في هذا البحث وإتمامه، فله الحمد أولاً وآخراً.

والله الموفق.. وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

## ترجمة مختصرة لمؤلف الكتاب والمكانة العلمية لكتابه الصحيح :

هُوَ مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْمُغِيرَةَ بْنِ بَزْدِ بْنِ الْجَعْفِيِّ مَوْلَاهُمْ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْبُخَارِيُّ الْحَافِظُ، إِمَامُ أَهْلِ الْحَدِيثِ فِي زَمَانِهِ، وَالْمُقْتَدَى بِهِ فِي أَوَانِهِ، وَالْمُقَدَّمُ عَلَى سَائِرِ أَضْرَائِهِ وَأَقْرَانِهِ، وَكُتَابُهُ الصَّحِيحُ يَسْتَقِي بِقِرَاءَتِهِ الْغَمَامَ، وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى قَبُولِهِ وَصَحَّةِ مَا فِيهِ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ أَهْلِ الْإِسْلَامِ، وَوُلِدَ الْبُخَارِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي لَيْلَةِ الْجُمُعَةِ الثَّلَاثِ عَشَرَ مِنْ شَوَّالِ سَنَةِ أَرْبَعٍ وَتِسْعِينَ وَمِائَةٍ، وَمَاتَ أَبُوهُ وَهُوَ صَغِيرٌ فَنَشَأَ فِي حِجْرِ أُمِّهِ فَالْتَمَهُ اللَّهُ حِفْظَ الْحَدِيثِ وَهُوَ فِي الْمَكْتَبِ، وَقَرَأَ الْكُتُبَ الْمَشْهُورَةَ وَهُوَ ابْنُ سِتِّ عَشْرَةَ سَنَةً حَتَّى قِيلَ إِنَّهُ كَانَ يَحْفَظُ وَهُوَ صَبِيٌّ سَبْعِينَ أَلْفَ حَدِيثٍ سَرْدًا، وَحَجَّ وَعَمَّرَهُ ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً. فَأَقَامَ بِمَكَّةَ يَطْلُبُ بِهَا الْحَدِيثَ، ثُمَّ رَحَلَ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى سَائِرِ مَشَائِخِ الْحَدِيثِ فِي الْبِلَادِ الَّتِي أَمَكَّنَتْهُ الرَّحْلَةَ إِلَيْهَا، وَكُتِبَ عَنْ أَكْثَرِ مِنْ أَلْفِ شَيْخٍ. وَرَوَى عَنْهُ خَلَائِقُ وَأُمَّمٌ (1).

وكنيته: أبو عبد الله، وكثيراً ما يستعملها في صحيحه، فيقول: قال أبو عبد الله، يعني نفسه (2).

ولد في شوال سنة (194 هـ)، في خلافة الأمين، ونشأ يتيماً (3).

وَقَدْ أَتَنَى عَلَيْهِ عُلَمَاءُ زَمَانِهِ مِنْ شُبُوخِهِ وَأَقْرَانِهِ. فَقَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ: مَا أَخْرَجَتْ خُرَاسَانُ مِثْلَهُ. وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ الْمَدِينِيِّ: لَمْ يَرِ الْبُخَارِيُّ مِثْلَ نَفْسِهِ. وَقَالَ إِسْحَاقُ بْنُ رَاهَوِيَةَ: لَوْ كَانَ فِي زَمَنِ الْحَسَنِ لَحْتَاجَ النَّاسِ إِلَيْهِ فِي الْحَدِيثِ وَمَعْرِفَتِهِ وَفَقْهِهِ (4).

يقول أبو بكر المديني : كنا يوماً بنيسابور عند إسحاق بن راهويه ومحمد بن إسماعيل حاضر في المجلس، فمر إسحاق بحديث من أحاديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكان دون صاحب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عطاء الكيخاراني فقال له إسحاق : يا أبا عبد الله أيش كيخاران؟ قال : قرية باليمن كان معاوية بن أبي سفيان بعث هذا الرجل من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى اليمن فسمع منه عطاء حديثين. فقال له إسحاق: يا أبا عبد الله كأنك قد شهدت القوم.

ويقول خلف بن محمد بن إسماعيل البخاري : سمعت إبراهيم بن معقل النسفي يقول: سمعت أبا عبد الله مُحَمَّدَ بْنَ إِسْمَاعِيلٍ يَقُولُ : كنت عند إسحاق بن راهويه فقال لنا بعض أصحابنا : لو جمعتم كتابا مختصرا لسنن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فوق ذلك في قلبي، فأخذت في جمع هذا الكتاب - يعني كتاب "الجامع" (5).

وله من المصنفات : الجامع الصحيح، الأدب المفرد، التاريخ الكبير، التاريخ الأوسط، التاريخ الصغير، خلق أفعال العباد، الرد على الجهمية، المسند الكبير، الأشربة، الهبة، أسامي الصحابة، الوجدان، العلل، الكنى، الفوائد، قضايا الصحابة والتابعين وأقوالهم، رفع اليدين في الصلاة، القراءة خلف الإمام، بر الوالدين، الضعفاء، وغيرها.

(1) أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، البداية والنهاية ، طبعة عام 1407 هـ ، دار الفكر 24-25، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (المتوفى: 463هـ)، تاريخ بغداد، الطبعة الأولى 1417 هـ، دار الكتب العلمية - بيروت 5/2، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، تهذيب التهذيب، الطبعة الأولى 1326هـ، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند 47/9، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (المتوفى: 748هـ)، سير أعلام النبلاء، الطبعة الثالثة 1405 هـ ، مؤسسة الرسالة 79/10.

تاريخ بغداد 5/2، تهذيب التهذيب 47/9.

(3) سير أعلام النبلاء 79/10، تاريخ بغداد 6/2.

(4) البداية والنهاية لابن كثير 24-25.

(5) تاريخ بغداد 8/2.

توفي ليلة السبت ليلة الفطر سنة (256 هـ) وكان عمره (62) سنة، فرحمه الله ورضي عنه (1) .

ويعد الجامع الصحيح الذي صنّفه الإمام البخاري -رحمه الله تعالى- أول مصنف صنف في الصحيح المجرد (2)، وهو كذلك أيضاً أصح مصنف مسند إلى رسول الله ﷺ، فقد اتفق العلماء -رحمهم الله تعالى- على أن أصح الكتب بعد القرآن العزيز : الصحيحان، البخاري ومسلم، وقد تلقتهما الأمة بالقبول (3)، والذي عليه جمهور أهل الإتيان والحنق أن الجامع الصحيح أصحهما (4) .

والذي أقام الجامع الصحيح هذا المقام وأنزله هذه المنزلة العالية -بعد توفيق الله تعالى لمصنّفه- هو ما نقل عن مصنّفه من إتقانه وضبطه وشدة تحريه وورعه وتقواه.

ولم يكن مقصود البخاري -رحمه الله تعالى- في جامعہ الاقتصار على ذكر متون الحديث فقط، بل غرضه الاستنباط منها والاستدلال لأبواب أراها .

" ثم إن التراجم الواقعة فيه تكون ظاهرة وخفية .

فالظاهرة أن تكون الترجمة دالة بالمطابقة لما يورده في مضمونها، وإنما فائدتها الإعلام بما ورد في ذلك الباب من غير اعتبار لمقدار تلك الفائدة، كأنه يقول هذا الباب الذي فيه كيت وكيت.

وقد تكون الترجمة بلفظ المترجم له أو ببعضه أو بمعناه.

وقد يأتي من ذلك ما يكون في لفظ الترجمة احتمال لأكثر من معنى واحد فيعين أحد الاحتمالين بما يذكره تحتها من الحديث .

وقد يوجد فيه عكس ذلك بأن يكون الاحتمال في الحديث والتعيين في الترجمة، والترجمة هنا بيان لتأويل ذلك الحديث نائبة مناب قول الفقيه، مثلاً المراد بهذا الحديث العام الخصوص أو بهذا الحديث الخاص العموم إشعاراً بالقياس لوجود العلة الجامعة، أو أن ذلك الخاص المراد به ما هو أعم مما يدل عليه ظاهره بطريق الأعلى أو الأدنى، ويأتي في المطلق والمقيد نظير ما ذكر في العام والخاص، وكذا في شرح المشكل وتفسير الغامض وتأويل الظاهر وتفصيل الجمل .

وهذا الموضوع هو معظم ما يشكل من تراجم البخاري، ولذا اشتهر من قول جمع من الفضلاء: فقه البخاري في تراجمه، وأكثر ما يفعل ذلك إذا لم يجد حديثاً على شرطه في الباب ظاهر المعنى في المقصد الذي يترجم به ويستنبط الفقه منه.

وقد يفعل ذلك لغرض شحذ الأذهان في إظهار مضمرة واستخراج خبيثه، وكثيراً ما يفعل ذلك أي هذا الأخير حيث يذكر الحديث المفسر لذلك في موضع آخر متقدماً أو متأخراً، فكأنه يحيل عليه ويومئ بالرمز والإشارة إليه.

(1) سير أعلام النبلاء 79/10، تاريخ بغداد 6/2 .

(2) عثمان بن عبد الرحمن، أبوعمر، تقي الدين المعروف بابن الصلاح (المتوفى: 643هـ)، معرفة أنواع علوم الحديث، ويُعرف بمقدمة ابن الصلاح، طبعة عام 1406هـ، دار الفكر - سوريا، دار الفكر المعاصر - بيروت 17/1، تهذيب التهذيب 55/9.

(3) مقدمة ابن الصلاح 18/1، شرح النووي على صحيح مسلم 14/1.

(4) شرح النووي على صحيح مسلم 14/1، هدي الساري 13/1.



وكثيراً ما يترجم بلفظ الاستفهام كقوله : باب هل يكون كذا، أو من قال كذا ونحو ذلك. وذلك حيث لا يتجه له الجزم بأحد الاحتمالين، وغرضه بيان هل ثبت ذلك الحكم أو لم يثبت، فيترجم على الحكم ومراده ما يفسر بعد من إثباته أو نفيه، أو أنه محتمل لهما، وربما كان أحد المحتملين أظهر، وغرضه أن يبقي للناظر مجالاً وينبّه على أن هناك مجالاً أو تعارضاً يوجب التوقف حيث يعتقد أن فيه إجمالاً أو يكون المدرك مختلفاً في الاستدلال به.

وكثيراً ما يترجم بأمر ظاهر قليل الجدوى، لكنه إذا حققه المتأمل أجدى كقوله: باب قول الرجل ما صلينا. فإنه أشار به إلى الرد على من كره ذلك.

وكثيراً ما يترجم بأمر يختص ببعض الوقائع لا يظهر في بادئ الرأي كقوله: باب استيائك الإمام بحضوره رعيته. فإنه لما كان الاستيائك قد يظن أنه من أفعال المهنة، فلعل أن يظن أن إخفاءه أولى مراعاة للمروءة، فلما وقع في الحديث أنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - استاك بحضوره الناس دل على أنه من باب التطيب لا من الباب الآخر، نبّه على ذلك ابن دقيق العيد، قال الحافظ ابن حجر: ولم أر هذا في البخاري، فكأنه ذكره على سبيل المثال.

وكثيراً ما يترجم بلفظ يومية إلى معنى حديث لم يصح على شرطه أو يأتي بلفظ الحديث الذي لم يصح على شرطه صريحاً في الترجمة، ويورد في الباب ما يؤدي معناه بأمر ظاهر وتارة بأمر خفي، من ذلك قوله: باب الأمراء من قريش. وهذا لفظ حديث يروي عن عليّ وليس على شرط البخاري، وأورد فيه حديث لا يزال وال من قريش.

وربما اكتفى أحياناً بلفظ الترجمة التي هي لفظ حديث لم يصح على شرطه وأورد معها أثراً أو آية، فكأنه يقول لم يصح في الباب شيء على شرطي.

وللغفلة عن هذه المقاصد الدقيقة، اعتد من لم يعن النظر أنه ترك الكتاب بلا تبييض.

وبالجمله فتراجمه حيرت الأفكار وأدهشت العقول والأبصار ولقد أجاد القائل : أعياء فحول العلم حل رموز ما ... أبداه في الأبواب من أسرار<sup>(1)</sup>.

المبحث الأول : " بَابُ: هَلْ يُمَضَّمُ مِنَ اللَّبَنِ؟" من كتاب الوضوء :

يتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : دليل الباب :

211 - حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ بُكَيْرٍ، وَفُتَيْبَةُ، قَالَا: حَدَّثَنَا اللَّيْثُ، عَنْ عُقَيْلٍ، عَنْ ابْنِ شَهَابٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عْتَبَةَ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " شَرِبَ لَبَنًا فَمَضَّمُضَ، وَقَالَ: «إِنَّ لَهُ دَسْمًا» تَابَعَهُ يُونُسُ، وَصَالِحُ بْنُ كَيْسَانَ، عَنِ الزُّهْرِيِّ<sup>(2)</sup>.

المطلب الثاني : شرح الحديث :

قوله : "إن له دسماً" : فيه بيان العلة للمضمضة من اللبن فيدل على استحبابها من كل شيء دسم<sup>(3)</sup>.

(1) أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين (المتوفى: 923هـ)، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري ، الطبعة السابعة 1323 هـ ، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر 24/1.

(2) أخرجه البخاري: كتاب الوضوء، باب هل يمضمض من اللبن، 52/1، رقم الحديث: (211)، وأخرجه مسلم: كتاب الحيض، باب نسخ الوضوء مما مست النار، 273/1، رقم الحديث: (354).

(3) أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، 1379 ، دار المعرفة - بيروت (313/1).

و(الدمس) : بفتح حَيْن : الشَّيْءُ الَّذِي يَظْهَرُ عَلَى اللَّبَنِ مِنَ الدَّهْنِ. وَقَالَ الرَّمَّحُشَرِيُّ: هُوَ مِنْ دَسَمِ الْمَطَرِ الْأَرْضِ إِذَا لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يَبْلُ الثَّرَى، وَ: الدَّسَمُ، يَضُمُّ الدَّالَ وَسُكُونُ السَّيْنِ: الشَّيْءُ الْقَلِيلُ. وَأَمَّا الْحُكْمُ فَفِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى اسْتِحْبَابِ تَنْظِيفِ الْفَمِ مِنْ أَثَرِ اللَّبَنِ وَنَحْوِهِ. وَيَسْتَنْبَطُ مِنْهُ أَيْضًا اسْتِحْبَابُ تَنْظِيفِ الْيَدَيْنِ<sup>(1)</sup>.

والدمس ما يظهر على اللبن من الدهن ويقاس عليه استحباب المضمضة من كل ما له دمس<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث : الدراسات الفقهية :

لا خلاف بين الفقهاء في استحباب المضمضة بعد شرب اللبن ، لفعل النبي صلى الله عليه وسلم ، كما جاء في حديث الباب ، بل إن بعضهم جعل ذلك حكماً عاماً وقاس كل طعام يكون فيه الدمس على اللبن، فقد اتفقت المذاهب الأربعة على استحبابه وعدم وجوبه<sup>(3)</sup> ، وقال العيني : " وَمَنْ قَالَ فِيهِ بِالْوَجُوبِ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى دَعْوَى النَّسَخِ؟ " <sup>(4)</sup>.

وقال في كشف القناع : " (وَعَسَلُ الْفَمِ بَعْدَ الطَّعَامِ مُسْتَحَبٌّ وَيُسْنُ أَنْ يَتَمَضَّضَ مِنْ شُرْبِ اللَّبَنِ) قَالَ فِي الْأَدَابِ : وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُسْتَحَبَّ الْمَضْمُضَةُ مِنْ كُلِّ مَا لَهُ دَسَمٌ لِتَعْلِيلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - " <sup>(5)</sup>.

وهناك قول لعياض من المالكية : بوجوب المضمضة لمن أراد الصلاة ، خشية أن يبقى شيء في فمه فيدخل في حلقة أثناء صلاته فتبطل بذلك ، لكنه خلاف المعتمد عندهم ، قال في حاشية العدوي : " [قَوْلُهُ : عِيَاضٌ هُوَ سَنَةٌ لِلْقَائِمِ لِلصَّلَاةِ] ضَعِيفٌ وَالْمُعْتَمَدُ أَنَّهُ مُسْتَحَبٌّ مُطْلَقًا أَرَادَ الصَّلَاةَ أَوْ لَأ ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَأَكَّدُ النَّدْبُ لِمُرِيدِ الصَّلَاةِ <sup>(6)</sup> .

فالقول المعتمد عند المالكية أيضا هو استحبابه مطلقاً ، وهو الراجح ، والله أعلم .

المبحث الثاني : " بَابُ : هَلْ يُدْخَلُ الْجُنْبُ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ قَبْلَ أَنْ يَغْسِلَهَا، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى يَدِهِ قَدْرٌ غَيْرُ الْجَنَابَةِ " من كتاب الغسل :

يتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب هي :

### المطلب الأول : دليل الباب :

وَأَدْخَلَ ابْنُ عُمَرَ، وَالْبَرَاءُ بْنُ عَازِبٍ يَدَهُ فِي الطَّهْوَرِ وَلَمْ يَغْسِلَهَا، ثُمَّ تَوَضَّأَ <sup>(7)</sup>.

(1) أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: 855هـ)، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، دار إحياء التراث العربي - بيروت (108/3).

(2) إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري (283/1).

(3) عمدة القاري لليعني الحنفي (108/3)، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي (المتوفى: 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. 1415هـ ، دار الفكر (318/2) ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، الطبعة الثانية 1392هـ ، دار إحياء التراث العربي - بيروت (46 /4) ، أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي (المتوفى: 1189هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ، 1414هـ ، دار الفكر - بيروت (470/2).

(4) عمدة القاري لليعني الحنفي (108/3).

(5) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية (173/5).

(6) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (470/2).

(7) أخرجه البخاري تعليقا: كتاب الغسل، باب هل يدخل الجنب يده في الإناء قبل أن يغسلها، إذا لم يكن على يده قدر غير الجنابة، 61/1، ووصله .

وَلَمْ يَرِ ابْنَ عُمَرَ، وَابْنَ عَبَّاسٍ بَأْسًا بِمَا يَنْتَضِحُ مِنْ غُسْلِ الْجَنَابَةِ (1) .  
261 - حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْلَمَةَ، أَخْبَرَنَا أَفْلَحُ بْنُ حُمَيْدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: «كُنْتُ أُغْتَسِلُ أَنَا وَالنَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ إِيَّاهُ وَاحِدٍ، تَخْتَلِفُ أَيْدِينَا فِيهِ» (2) .

262 - حَدَّثَنَا مُسَدَّدٌ، قَالَ: حَدَّثَنَا حَمَّادٌ، عَنْ هِشَامٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «إِذَا اغْتَسَلَ مِنَ الْجَنَابَةِ غَسَلَ يَدَهُ» (3) .

263 - حَدَّثَنَا أَبُو الْوَلِيدِ، قَالَ: حَدَّثَنَا شُعْبَةُ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَفْصٍ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: «كُنْتُ أُغْتَسِلُ أَنَا وَالنَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ إِيَّاهُ وَاحِدٍ مِنَ الْجَنَابَةِ» وَعَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ مِثْلَهُ (4) .

264 - حَدَّثَنَا أَبُو الْوَلِيدِ، قَالَ: حَدَّثَنَا شُعْبَةُ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَبْرِ، قَالَ: سَمِعْتُ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ يَقُولُ: «كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالْمَرْأَةُ مِنْ نِسَائِهِ يَغْتَسِلَانِ مِنْ إِيَّاهُ وَاحِدٍ» زَادَ مُسْلِمٌ، وَوَهَبُ بْنُ جَرِيرٍ، عَنْ شُعْبَةَ «مِنَ الْجَنَابَةِ» (5) .

### المطلب الثاني : شرح الحديث :

قوله في أثر ابن عمر رضي الله عنهما : " في الطهور " : بفتح أوله أي : الماء المعد للاغتسال (6) .

قول عائشة رضي الله عنها : " تختلف أيدينا فيه " : يعني حتى تلتقي ... ومعنى تختلف : أنه كان يغترف تارة قبلها وتغترف هي تارة قبله ، ولمسلم من طريق معاذة عن عائشة : " فيبادرنى حتى أقول دع لي " ، زاد النسائي : " وأبادره حتى يقول دع لي " (7) .

قولها : " غسل يده " : هكذا أورده مختصرا وقد أخرجه أبو داود تاما عن مسدد بهذا السند لكن قال : " يديه " بالثنية ، وزاد : " يصب على يده اليمنى " أي : من الإناء " فيغسل فرجه يفرغ على شماله ثم يتوضأ وضوءه للصلاة ... " الحديث (8) .

### المطلب الثالث : الدراسات الفقهية.

البنخاري - رحمه الله - افترض المسألة في إدخال الجنب يده في الإناء إذا لم يكن بها قدرٌ، وكذلك لتحرير محل النزاع نفترض أنه لم يقم من نوم الليل، فكون الكلام في مسألة أخرى، وعليه: فهل يمنع من ذلك حتى ولو كانت يده نظيفة ؟

(1) أخرجه البخاري تعليقا: كتاب الغسل، باب هل يُدخِلُ الجُنُبُ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ قَبْلَ أَنْ يَغْسِلَهَا، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى يَدِهِ قَدْرٌ غَيْرُ الْجَنَابَةِ، 61/1، ووصله .

(2) أخرجه البخاري: كتاب الغسل، باب هل يُدخِلُ الجُنُبُ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ قَبْلَ أَنْ يَغْسِلَهَا، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى يَدِهِ قَدْرٌ غَيْرُ الْجَنَابَةِ، 61/1، رقم الحديث: (261)، وأخرجه مسلم: كتاب الحيض، باب اغتسال الرجل وزوجته من إناء واحد، وغسل أحدهما بفضله الآخر، 256/1، رقم الحديث: (321) .

(3) أخرجه البخاري: كتاب الغسل، باب هل يُدخِلُ الجُنُبُ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ قَبْلَ أَنْ يَغْسِلَهَا، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى يَدِهِ قَدْرٌ غَيْرُ الْجَنَابَةِ، 61/1، رقم الحديث: (262)، وأخرجه مسلم: كتاب الحيض، باب صفة غسل الجنابة، 253/1، رقم الحديث: (316) .

(4) أخرجه البخاري: كتاب الغسل، باب هل يُدخِلُ الجُنُبُ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ قَبْلَ أَنْ يَغْسِلَهَا، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى يَدِهِ قَدْرٌ غَيْرُ الْجَنَابَةِ، 61/1، رقم الحديث: (263)، وأخرجه مسلم: كتاب الحيض، باب القدر المستحب من الماء في غسل الجنابة، وغسل الرجل والمرأة في إناء واحد في حالة واحدة، وغسل أحدهما بفضله الآخر، 255/1، رقم الحديث: (319) .

(5) أخرجه البخاري: كتاب الغسل، باب هل يُدخِلُ الجُنُبُ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ قَبْلَ أَنْ يَغْسِلَهَا، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى يَدِهِ قَدْرٌ غَيْرُ الْجَنَابَةِ، 61/1، رقم الحديث: (264) .

(6) فتح الباري لابن حجر (373/1) .

(7) فتح الباري لابن حجر (373/1) .

(8) المصدر السابق .

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : مذهب الأحناف ، والمالكية ، والشافعية ، وهو المشهور في مذهب الإمام أحمد : جواز ذلك بلا كراهة <sup>(1)</sup> .

القول الثاني : وهو رواية عن الإمام أحمد، وقول إسحاق بن راهويه: الكراهة <sup>(2)</sup> .  
أدلة القول الأول :

أولاً : أدلة الباب، فقد دلت على أنه يجوز للجنب أن يدخل يده في الإناء قبل أن يغسلها، وفيها سنة فعلية من النبي صلى الله عليه وسلم حين اغتساله مع أزواجه عليه الصلاة والسلام، ورضي الله عنهن .

ثانياً : الآثار المروية عن ابن عمر والبراء رضي الله عنهم ، والتي ذكرها البخاري تعليقاً، وقال ابن حجر في تعليق التعليق : " أما أثر ابن عمر فقال سعيد بن منصور حدثنا سفيان ثنا إبراهيم بن ميسرة سمع طاووساً يقول رأيت ابن عمر وابن عباس إذا خرجا من الغائط يلتقيان يتور فيه ماءً فيغسلان وجوههما وأيديهما، وقال عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج أخبرني نافع عن ابن عمر أنه كان يغسل يده قبل أن يدخلها في الوضوء، وهذا ظاهرة التعارض ويجمع باختلاف الحالين ، وأما البراء فقال ابن أبي شيبة حدثنا ابن نمير عن الأعمش عن إسماعيل ابن رجاء عن أبيه عن البراء ((أنه أدخل يده في المطهرة قبل أن يغسلها)) ... " <sup>(3)</sup> .

وقال القسطلاني في إرشاد الساري : " وأثر ابن عمر وصله سعيد بن منصور بمعناه، وأثر البراء وصله ابن أبي شيبة بلفظ : أنه أدخل يده في المطهرة قبل أن يغسلها. واستنبط منه جواز إدخال الجنب يده في إناء الماء الذي يتطهر به قبل أن يغسلها إذا لم يكن على يده نجاسة ، (ولم ير ابن عمر) بن الخطاب (وابن عباس) رضي الله عنهم (بأساً بما ينتضح) أي يترشرش (من) ماء (غسل الجنابة) في الإناء الذي يغتسل منه لأنه يشق الاحتراز عنه. قال الحسن البصري فيما رواه ابن أبي شيبة: ومن يملك انتشار الماء إننا لندرجو من رحمة الله ما هو أوسع من هذا. وأثر ابن عمر وصله عبد الرزاق هنا، وأثر ابن عباس وصله ابن أبي شيبة وعبد الرزاق " <sup>(4)</sup> .

ثالثاً : أن الحاجة داعية لذلك في استعمال اليد كالمغرفة، فيعفى عن ذلك، وهذا عند من يرى أن الماء المستعمل ينتقل من الطهورية إلى النجاسة <sup>(5)</sup> ، ولذا قال في بدائع الصنائع : " وَيَالنَّاسِ حَاجَةٌ إِلَى الْوُضُوءِ وَالِإِغْتِسَالِ وَالشُّرْبِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ لَّا يَمْلِكُ الْإِنَاءَ لِيَعْتَرِفَ الْمَاءَ مِنَ الْإِنَاءِ الْعَظِيمِ، وَلَا كُلُّ أَحَدٍ يَمْلِكُ أَنْ يَتَّخِذَ آيَةً عَلَى حِدَةٍ

<sup>(1)</sup> محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، المبسوط، طبعة عام 1414هـ، دارالمعرفة - بيروت (53/1)، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبغي المدني (المتوفى: 179هـ)، المدونة، الطبعة الأولى 1415هـ، دارالكتب العلمية (133/1)، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الطبعة الأولى 1419 هـ، دارالكتب العلمية، بيروت (1 / 227) ، فتح الباري لابن رجب (1 / 279) .

<sup>(2)</sup> فتح الباري لابن رجب (1 / 279) ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني، 1388هـ، مكتبة القاهرة (157/1) .

<sup>(3)</sup> أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ) ، تعليق التعليق على صحيح البخاري ، الطبعة الأولى 1405 هـ ، المكتب الإسلامي ، دارعمار - بيروت ، عمان - الأردن (154/2) .

<sup>(4)</sup> إرشاد الساري (322/1) .

<sup>(5)</sup> المبسوط (53/1) .

لِلشُّرْبِ فَيَحْتَاجُ إِلَى الْإِغْتِرَافِ بِالْيَدِ وَالشُّرْبِ مِنْ كُلِّ أُنْيَةٍ، فَلَوْ لَمْ يَسْقُطْ اِعْتِبَارُ نَجَاسَةِ الْيَدِ وَالشَّفَةِ؛ لَوَقَعَ النَّاسُ فِي الْحَرَجِ " (1).

رابعاً: أن بدن الجنب طاهر ليس بنجس (2)، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن المؤمن لا ينجس) (3).

### دليل القول الثاني:

الآثار المروية عن ابن عمر رضي الله عنهما فقد روى ابن أبي شيبة بسنده حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ فُضَيْلٍ، عَنْ أَبِي سِنَانَ ضَمْرًا، عَنْ مَحَارِبِ بْنِ عَمْرِو بْنِ قَالٍ: (من اغترف من ماء وهو جنب فما بقي منه نجس، ولا تدخل الملائكة بيتاً فيه بول) (4).

ويناقش: بأنه معارض بما رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما، وأنه محمول على ما إذا كان في اليد قدر من الجنابة، قال ابن بطال: " فهذا محمول من قوله على أنه كان بيده قدر الجنابة، وإلا فهو معارض لما روى البخاري عن ابن عمر " (5).

وعليه: فالراجح هو جواز إدخال الجنب يده في الإناء إذا لم يكن عليها قدر بدون كراهية، وذلك لقوة ما استدلووا به، ومناقشة أدلة القول الثاني.

### المبحث الثالث: "باب: هل تُصَلِّي الْمَرْأَةُ فِي تَوْبٍ حَاصَتْ فِيهِ؟" من كتاب الحيض:

ويتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب:

#### المطلب الأول: دليل الباب:

312 - حَدَّثَنَا أَبُو نُعَيْمٍ، قَالَ: حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ نَافِعٍ، عَنْ ابْنِ أَبِي نَجِيحٍ، عَنْ مُجَاهِدٍ، قَالَ: قَالَتْ عَائِشَةُ: «مَا كَانَ لِإِحْدَانَا إِلَّا تَوْبٌ وَاحِدٌ تَحِيضُ فِيهِ، فَإِذَا أَصَابَهُ شَيْءٌ مِنْ دَمٍ قَالَتْ بِرَيْقِهَا، فَمَصَعَتْهُ بِظَفْرِهَا» (6).

#### المطلب الثاني: شرح الحديث:

قَوْلُهَا: (لِإِحْدَانَا) أَي: مِنْ زَوَجَاتِ النَّبِيِّ، عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (7).

(1) علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية 1406هـ، دار الكتب العلمية (69/1).

(2) الحاوي الكبير (1/227).

(3) أخرجه البخاري: كتاب الغسل، باب: الْجُنُبُ يَخْرُجُ وَيَمْسِي فِي السُّوقِ وَعَظِيرِهِ وَقَالَ عَطَاءُ: «يَحْتَجِمُ الْجُنُبُ، وَيُقْلِمُ أَظْفَارَهُ، وَيَخْلِقُ رَأْسَهُ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَضَّأْ»، 65/1، رقم الحديث: (285)، أخرجه مسلم: باب الدليل على أن المسلم لا ينجس، 282/1، رقم الحديث: (371).

(4) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، باب في الرجل يدخل يده في الإناء وهو جنب، 81/1، رقم الحديث: (892)، ورجاله ثقات ما عدا محمد بن فضيل فقد قال فيه ابن حجر في التقريب: محمد بن فضيل ابن غزوان بفتح المعجمة وسكون الزاي الضبي مولاهم أبو عبد الرحمن الكوفي صدوق عارف رمي بالتشيع من التاسعة مات سنة خمس وتسعين [ومائة] ع، التقريب (502) برقم (6227) ورواية الصدوق لا تنزل عن درجة الحسن، والله أعلم.

(5) ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: 449هـ)، شرح صحيح البخاري لابن بطال، الطبعة الثانية 1423هـ - 2003م، مكتبة الرشد - السعودية (378/1).

(6) أخرجه البخاري: كتاب الحيض، باب: هَلْ تُصَلِّي الْمَرْأَةُ فِي تَوْبٍ حَاصَتْ فِيهِ، 69/1، رقم الحديث: (312).

(7) عمدة القاري (281/3).

قَوْلَهَا : (قَالَتْ بَرِيقَهَا) يَعْنِي : صَبَتْ عَلَيْهِ مِنْ رِيقِهَا، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْقَوْلَ يَسْتَعْمَلُ فِي غَيْرِ مَعْنَاهُ الْأَصْلِيِّ بِحَسَبِ مَا يَقْتَضِيهِ الْمَقَامُ ، وَالْمَعْنَى : بَلَّتَهُ بَرِيقَهَا كَمَا صَرَحَ بِهِ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ .

قَوْلَهَا: (فمصعته بظفرها) يَعْنِي فِرْكَتَهُ، وَمَادَتَهُ مِيمٌ وَصَادٌ وَعَيْنٌ مَهْمَلَتَانِ .

وَفِي رِوَايَةٍ : (فقصعته) بِالْقَافِ وَالصَّادِ وَالْعَيْنِ الْمُهْمَلَتَيْنِ كَمَا فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ، وَمَعْنَى: قَصَعْتَهُ ذَلِكَ بِهِ ... وَقَالَ ابْنُ الْأَثِيرِ قَصَعْتَهُ أَي: دَلَكْتَهُ بِظَفَرِهَا (1) .

### المطلب الثالث : الدراسات الفقهية :

هذه الحديث يشير إلى مسألة اختلف فيها الفقهاء - رحمهم الله - وهي : هل النجاسة التي تصيب الثوب تزول بأي مائع طاهر سواء كان بالماء أو بغيره، أم أنها لا تزول إلا بالماء فقط ؟ على قولين : القول الأول : أنها تزول بكل مائع طاهر ، وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف (2) .

القول الثاني : أنها لا تزول إلا بالماء وحده ، وهو قول مالك ، والشافعي ، ومحمد بن الحسن وزفر من الحنفية ، والحنابلة (3) .

### أدلة القول الأول :

أولاً: حديث الباب ، وقالوا : " لو كان الدم بالدلك بريقها لا يطهر ، لكان ذلك تكثرًا للنجاسة " (4) .  
ويناقش : قالوا : " بَأَنَّ مِثْلَ هَذَا الدَّمِ الْيَسِيرِ مَعْفُوٌّ عَنْهُ ، وَلَمْ تُرَدِّ عَائِشَةُ تَطْهِيرَهُ ، بَلْ إِذْهَابَ صُورَتِهِ لِقُبْحِ مَنْظَرِهِ ، فَيَبْقَى الْمَحَلُّ نَجِسًا كَمَا كَانَ ، لَكِنَّهُ مَعْفُوٌّ عَنْهُ لِقِلَّتِهِ " (5) .

قالوا : ويدل على أن مراد أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها الدم القليل المعفو عنه لا الكثير؛ ما جاء في حديث أسماء قالت : «جَاءَتْ أَمْرَأَةً إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَتْ: إِحْدَانَا يُصِيبُ ثَوْبَهَا مِنْ دَمِ الْحَيْضَةِ، كَيْفَ تَصْنَعُ؟ قَالَ: تَحْتُهُ، ثُمَّ تَقْرُصُهُ بِالْمَاءِ، ثُمَّ تَنْضَحُهُ، ثُمَّ تُصَلِّي فِيهِ» مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (6) ، فدل على اشتراط النضح بالماء بعد القرص (7) .

ويجاب عنه : بأن هذا تحكم لا دليل عليه ، ويفتقر إلى إثبات القلة في حديث عائشة رضي الله عنها ليصح القول : بأنه معفو عنه .

(1) عمدة القاري (281/3) .

(2) المدونة (1 / 129 ) ، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: 855هـ)، البناية شرح الهداية، الطبعة الأولى 1420 هـ - 2000 م، دار الكتب العلمية - بيروت (704/1).

(3) البناية شرح الهداية (704/1) ، كشاف القناع (181/1) .

(4) البناية شرح الهداية (706/1).

(5) زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيني (المتوفى: 926هـ)، الغرر المهيبة في شرح البيهجة الوردية، المطبعة الميمنية (15/1).

(6) أخرجه البخاري: كتاب الوضوء، باب غسل الدم ، 55/1 ، رقم الحديث: (227)، وأخرجه مسلم : كتاب الطهارة، باب نجاسة الدم وكيفية غسله، 240/1 ، رقم الحديث: (291) .

(7) كشاف القناع (181/1).

ثانيا : أن الماء قالع للنجاسة ، فإذا اقتلعه أزاله من موضعه ، وحينئذ تكون العلة في تطهير الماء للنجاسات هي الإزالة ، قالوا : " وغير الماء كلخل يشاكله في الإزالة بل أولى وأقوى: لأن الخل أقلع للنجاسة من الماء لأنه يزيل اللون والدسومة لما فيه من الشدة والحموضة، وفي الألوان ما لا يزول بالماء وماء الورد يزيل العين والرائحة" (1).

### أدلة القول الثاني :

أولاً : أن جميع المطهرات ومنها الماء تنجس بمجرد ملاقاتها للنجاسة ، إلا أنه عفي عن الماء للضرورة وللنظافة وسرعة اتصاله ، وأما غيره فيبقى على الأصل (2) .

ويناقش : أن القول بأن علة التنجس هي الملاقاة لا دليل عليه ، ثم إن أي مائع طاهر له نفس الخاصة في القلع والإزالة ، " ولأنا نشاهد ونعلم بالضرورة أن المائع يزيل شيئاً من النجاسة في كل مرة ولهذا يتغير لون الماء به والنجاسة متناهية؛ لأنها مركبة من جواهر متناهية لما عرف في موضعه فإذا انتهت أجزاؤها بقي المخل طاهراً لعدم المجاورة وما ذكروه من التنجس بأول الملاقاة سقط للضرورة كما سقط في الماء " (3) .

ثانيا : حديث أم قيس بنت محصن، قالت: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم، عن دم الحيض يصب الثوب، قال: «اغسله بالماء والسدر، وحكيه وكو يذبل» (4) فدل على أن غيره لا يكون مثله ، والأمر للوجوب (5) .  
ويناقش : قالوا : " قالوا الأمر للوجوب، قلت: لا نسلم أنه أمر بالغسل بالماء بل الأمر متعلق بنفس الغسل والإباحة بوصف الماء " (6) .

ثالثاً : أن الله امتن علينا بالماء وساقه في هذا المساق ، قال تعالى : ( وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به ) (7) ، فدل على أن غيره لا يقوم مقامه في التطهير (8) .

ويناقش : بأن هذا " خرج مخرج الغالب في الاستعمال لا الشرط، ولأن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه " .

رابعاً : أن النجاسة الحقيقية تمنع جواز الصلاة فلا تزول بغير الماء قياساً على النجاسة الحكمية (9) .

ويناقش : بأننا لا نسلم بإطلاق لفظ النجاسة الحكمية على الحدث ، لافتقار ذلك إلى الدليل ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : " إن المؤمن لا ينجس " (10) ، ثم إن الطهارة من الأحداث لها بدل دل عليه الدليل وهو التيمم بالصعيد أو بالتراب، فدل على عدم لزوم الماء عند التعذر .

(1) البناء شرح الهداية (705/1).

(2) البناء شرح الهداية (705/1).

(3) عثمان بن علي بن محجن الباري، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ) ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الطبعة الأولى 1313 هـ ، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة (70/1).

(4) أخرجه أحمد في مسنده من مسند أم قيس بنت محصن برقم ( 27002 ) ، وأخرجه أبو داود في سننه: كتاب الطهارة، باب المرأة تغسل ثوبها الذي تلبسه في حيضها ، 100/1 ، برقم ( 363 ) ، وأخرجه ابن ماجه: كتاب الوضوء، باب ما جاء في دم الحبيض يصيب الثوب، 206/1 ، رقم الحديث: (628) ، وأخرجه مسلم : كتاب الطهارة ، باب نجاسة الدم وكيفية غسله ، 240/1 ، رقم الحديث: (291) ، وحكم عليه الألباني بالصحة في تعليقاته على سنن أبي داود وسنن ابن ماجه .

(5) البناء شرح الهداية (706/1).

(6) البناء شرح الهداية (706/1).

(7) الأنفال: من الآية رقم ( 11 ) .

(8) البناء شرح الهداية (706/1).

(9) البناء شرح الهداية (706/1) ، كشف القناع (181/1) .

(10) سبق تخريجه .

وعليه : فإن الخلاف في هذه المسألة قوي ، لكثرة الأدلة التي استدلت بها كل فريق، إلا أننا نرجح القول الأول لأسباب ، منها :

أولاً: حديث الباب فهو صريح في اكتمال عملية التطهير بدون الحاجة إلى غسله بعد ذلك .

ثانياً : ورود أحاديث أخرى تدل على أن الشريعة اعتبرت غير الماء صالحاً في التطهير كالتراب، كما جاء في حديث أبي سعيد الخدري أنه قال: " صَلَّى بِنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَاتَ يَوْمٍ فَخَلَعَ نَعْلَيْهِ فَوَضَعَهُمَا عَنْ يَسَارِهِ، فَلَمَّا رَأَى الْقَوْمُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَدْ خَلَعَ نَعْلَيْهِ، خَلَعُوا نِعَالَهُمْ، فَلَمَّا انْفَتَلَ، قَالَ لَهُمْ: " مَا شَأْنُكُمْ خَلَعْتُمْ نِعَالَكُمْ؟ " قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ! رَأَيْنَاكَ خَلَعْتَ نَعْلَيْكَ فَخَلَعْنَا نِعَالَنَا. فَقَالَ: " أَتَانِي آتٍ فَحَدَّثَنِي أَنَّ فِي نَعْلِي أَدَى فَخَلَعْتُهُمَا، فَإِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمْ الْمَسْجِدَ فَلْيَنْظُرْ، فَإِذَا رَأَى فِي نَعْلَيْهِ قَدْرًا فَلْيُمْسَحْهُمَا بِالْأَرْضِ، ثُمَّ يُصَلِّ فِيهِمَا" (1) ، وفيه النص على مسحهما بالأرض دون غسلها بالماء .

ثالثاً: أن القاعدة الشرعية تقول : " الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً " وحيث زالت العلة بأي وسيلة زال حكمها .

رابعاً: مناقشة أدلة القائلين بعدم جواز التطهير إلا بالماء .

المبحث الرابع : " بَابُ : الْمُتَيْمِمُ هَلْ يَنْفَخُ فِيهِمَا؟ " من كتاب التيمم :

يتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : دليل الباب :

338 - حَدَّثَنَا آدَمُ، قَالَ: حَدَّثَنَا شُعْبَةُ، حَدَّثَنَا الْحَكَمُ، عَنْ دُرٍّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِزَى، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: إِنِّي أَجْنَبْتُ فَلَمْ أَصِبِ الْمَاءَ، فَقَالَ عُمَارُ بْنُ يَاسِرٍ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ: أَمَا تَذَكُرُ أَنَّ كُنَّا فِي سَفَرٍ أَنَا وَأَنْتَ، فَأَمَّا أَنْتَ فَلَمْ تُصَلِّ، وَأَمَّا أَنَا فَتَمَعَكَتُ فَصَلَّيْتُ، فَذَكَرْتُ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّمَا كَانَ يَكْفِيكَ هَكَذَا» فَضَرَبَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِكَفِّهِ الْأَرْضَ، وَنَفَخَ فِيهِمَا، ثُمَّ مَسَحَ بِهِمَا وَجْهَهُ وَكَفِّهِ (2) .

المطلب الثاني : شرح الحديث :

قوله في الباب : (باب التيمم هل ينفخ فيهما) أي : في يديه (3) .

قوله : " فتمعكت " وفي الرواية الآتية بعد : " فتمرغت " بالعين المعجمة ، أي : تقلبت ، وكأن عماراً استعمل القياس في هذه المسألة ؛ لأنه لما رأى أن التيمم إذا وقع بدل الوضوء وقع على هيئة الوضوء رأى أن التيمم عن الغسل يقع على هيئة الغسل (4) .

(1) صحيح ابن خزيمة (405/1) ، والحاكم في المستدرک (391/1) ، وقال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي .

(2) أخرجه البخاري: كتاب التيمم، باب: الْمُتَيْمِمُ هَلْ يَنْفَخُ فِيهِمَا، 75/1. رقم الحديث: (338)، وأخرجه مسلم: كتاب الحيض، باب: التيمم، 280/1، رقم الحديث: (368) .

(3) فتح الباري لابن حجر (443/1) .

(4) فتح الباري لابن حجر (443/1) .



قال في عمد القاري : " وَإِنَّمَا أوردَهُ بِلَفْظِ الْإِسْتِفْهَامِ عَلَى سَبِيلِ الْإِسْتِفْسَارِ، لِأَن نَفخَهُ، فِي يَدَيْهِ فِي التَّيْمَمِ عَلَى مَا يَأْتِي فِي حَدِيثِ الْبَابِ يَحْتَمَلُ وُجُوهًا ثَلَاثَةً: الأول: أَن يكون لشيءٍ علق بيديه فحشي عليه السَّلَام، أَن يُصِيبَ وَجْهَهُ الْكَرِيمَ فنَفخَ لَدَيْهِ. وَالثَّانِي: أَن يكون قد علق يَدَيْهِ مِنَ التُّرَابِ مَا يكرههُ، فَلَدَيْكَ نَفخَ فِيهِمَا. وَالثَّالِث: أَن يكون لَبَيَانَ التَّشْرِيعِ وَهُوَ الظَّاهِرُ، وَلِهَذَا احتج بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ، وَلَمْ يَشْتَرِطِ التَّصَاقَ التُّرَابِ بِيدِ الْمُتَيَّمِ، فعلى هَذَا، الْإِحْتِمَالَاتِ الْمَذْكُورَةِ الَّتِي ذَهَبَ إِلَيْهَا بَعْضُهُمْ غير سديده، بل ظاهِرَ الْحَدِيثِ لَبَيَانَ التَّشْرِيعِ، وَالْحِكْمَةَ فِيهِ إِزَالَةُ التَّلْوِثِ عَنِ الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ، وَتَبْوِيبَ الْبُخَارِيِّ أَيْضًا بِالِاسْتِفْهَامِ غير سديد " (1).

### المطلب الثالث : الدراسات الفقهية :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : الاستحباب، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية، وحكم بجوازه الحنابلة، إلا أن الشافعية والحنابلة قالوا بذلك إذا كان التراب الذي علق باليد كثيراً، وأما إذا كان قليلاً وخاف بالنفخ أن يذهب جميع التراب فإنه لا يجوز ذلك (2).

القول الثاني : أنه يكره، وهو رواية عند الحنابلة (3).

### أدلة القول الأول :

استدل أهل القول الأول :

أولاً : بحديث عمار رضي الله عنه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال له: «إنما كان يكفيك هكذا»، فضرب النبي - صلى الله عليه وسلم - بكفيه الأرض، ونفخ فيهما، ثم مسح بهما وجهه وكفيه .

فدل على استحباب تخفيف التراب المأخوذ بنفض أو نفخ ، ولذا قال العيني عن استفهام البخاري في الباب كما تقدم بأنه سديد لأن أبا حنيفة ممن يقول باستحباب النفخ ومشروعيته .

ثانياً : من المعقول : وأن في تخفيف التراب بالنفخ صيانة للوجه عما يلوته (4).

### أدلة القول الثاني :

أولاً : ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا تيمم ضرب بيديه ضربة، فمسح بهما وجهه، ثم ضرب بيديه ضربة أخرى، ثم مسح بهما يديه إلى المرفقين، ولا ينفذ يديه من التراب (5).

ويناقش : بأنه حديث موقوف، والموقوف لا يسقط المرفوع.

(1) عمدة القاري (17/4).

(2) المبسوط (1/106، 107)، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، الذخيرة ، الطبعة: الأولى 1994 م ، دار الغرب الإسلامي- بيروت (1/352)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (2/997، 998)، المغني (1/324).

(3) وذلك لأن الحنابلة يشترطون إيصال التراب إلى أعضاء التيمم، المغني (1/324)، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي (1/271).

(4) محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى: 786هـ)، العناية شرح الهداية ، دار الفكر (1/125).

(5) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (1/211)، والدارقطني في سننه ، وقال العظيم آبادي في تعليقاته: «إسناده صحيح موقوف» (1/182).

ثانياً : من المعقول : وهو قياسه على الوضوء فكما يكره نفص الماء عن اليدين في الوضوء، فكذا في بدله وهو التيمم<sup>(1)</sup> .

ويناقش: بأن البديل إنما يقوم مقام المبدل في حكمه لا في صفته .

وعليه : فالراجح هو القول باستحباب النفخ، وذلك لقوة ما استدلووا به ، ومناقشة أدلة القول الثاني .

الخاتمة :

بعد أن تناولنا في بحثنا المسائل التي تساءل عنها البخاري في صحيحه في أبواب الطهارة، يتضح لنا أن سبب تساؤل البخاري - رحمه الله - فيما يظهر لي قد يكون لأحد أمور منها :

الأول : قوة الخلاف في المسألة، وذلك لوجود أدلة أخرى تذكر قيداً لم يذكر في حديث الباب، وتردد البخاري في اعتبار هذا القيد من عدمه، كما في الفصل الثالث من هذا البحث .

الثاني : هل فعل النبي صلى الله عليه وسلم الذي نقل عنه هو من باب التشريع فيستحب، أم أنه من باب العادة والجملة فيكون مباحاً، وهذا ينطبق عليه ما جاء في الفصل الأول والرابع من هذا البحث .

الثالث : أن تكون المسألة مبنية عند بعض الفقهاء على مسألة أخرى، كمسألة إدخال الجنب يده في الإناء فهي مبنية عند بعضهم على مسألة حكم الماء المستعمل، وأحاديث الباب في ظاهرها تخالف القياس على هذه المسألة، كما هو الحال في الفصل الثاني من هذا البحث .

وقد قال الشيخ نور الدين محمد عتر الحلبي في كتابه : " الإمام البخاري وفقه التراجم في جامع الصحيح " (ص 75-76) قال : " الترجمة بصيغة الاستفهام: وذلك بأن تكون ترجمة الباب مصوغة على عبارة من عبارات الاستفهام، وهذا المسلك عند البخاري أكثر وجوداً ودقة من غيره .

والمقصود من الاستفهام ما يتوجه بعد في الباب من النفي أو الاثبات، وَعَبَّرَ بهذه الصيغة إثارة لانتباه الذهن وإعمال الفكر ، وذلك: إما لكون مسألة الباب موضع اختلاف تحتاج للبحث والترجيح ... وإما أن يعبر بالاستفهام في الترجمة على مسألة هي موضع اتفاق العلماء، ويكون المقصد إثارة الانتباه لمعرفة دليل هذه المسألة، أو أن ثمة تفضيلاً فيها بين العلماء، أو للاحتمال في الدليل الدال عليها " .

وهذا يدعو طلبة العلم إلى بذل المزيد من الدراسة لتراجم البخاري بشكل أدق ، لمعرفة فقهه ومقاصده في عباراته ، فهي تحمل في طياتها فقهها دقيقاً ، وتشير إلى اختياراته الفقهية والتي بناها على الأدلة الشرعية من القرآن والسنة .

وفي الختام أسأل الله تعالى أن يرينا الحق حقاً ويرزقنا اتباعه ، وأن يرينا الباطل باطلاً ويرزقنا اجتنابه ، وأن يعيننا على طاعته ، إنه سميع مجيب .

والحمد لله رب العالمين

(1) شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (المتوفى: 682 هـ)، الشرح الكبير، الطبعة: الأولى، 1415 هـ ، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة (2/ 261).

## ❖ المراجع :

- (1) القرآن الكريم .
- (2) السنة المطهرة .
- (3) البداية والنهاية ، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، طبعة عام 1407 هـ ، دار الفكر .
- (4) التعريفات ، لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى ، 1405 هـ .
- (5) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب ، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: 776هـ) ، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ، الطبعة الأولى 1429 هـ .
- (6) التوقيف على مهمات التعاريف، لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: 1031هـ)، عالم الكتب، عبد الخالق ثروت-القاهرة ، الطبعة الأولى 1410 هـ .
- (7) الجامع الصحيح سنن الترمذي ، لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي ، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- (8) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي المتوفى 393هـ دارالعلم للملايين - بيروت، الطبعة الرابعة 1407 هـ .
- (9) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، دار المعارف - مصر ، 1974 م .
- (10) الكافي في فقه أهل المدينة ، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، الطبعة الثانية ، 1400هـ.
- (11) المستدرک على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)، الطبعة الأولى 1411هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت .
- (12) المغرب في ترتيب المغرب، لأبي الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز، مكتبة أسامة بن زيد - حلب، الطبعة الأولى ، 1979م .
- (13) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين، أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية، 1406هـ .
- (14) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ) ، دار المعارف .

- (15) تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني، أبي الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي المتوفى 1205هـ دار الهداية .
- (16) تاريخ بغداد، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (المتوفى: 463هـ)، الطبعة الأولى 1417 هـ، دار الكتب العلمية - بيروت .
- (17) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، 1357 هـ .
- (18) تهذيب التهذيب، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، الطبعة الأولى 1326هـ مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند .
- (19) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي المتوفى 1230هـ ، دارالفكر .
- (20) حاشية رد المحتار على الدر المختار ، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ، الطبعة الثانية ، 1386 هـ .
- (21) حاشية الطحاوي على الدر المختار، للسيد أحمد الطحاوي الحنفي ، دار المعرفة - بيروت .
- (22) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ، لسيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، مكتبة الرسالة ، الطبعة الأولى 1988م .
- (23) سنن ابن ماجه ، لابن ماجه - وماجة اسم أبيه يزيد - أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: 273هـ)، الطبعة: الأولى، 1430 هـ، دار الرسالة العالمية .
- (24) سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ)، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت .
- (25) سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: 385هـ)، الطبعة الأولى 1424 هـ مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
- (26) سير أعلام النبلاء، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (المتوفى: 748هـ)، الطبعة الثالثة 1405 هـ ، مؤسسة الرسالة .
- (27) صحيح ابن خزيمة، لأبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر السلمي النيسابوري (المتوفى: 311هـ)، المكتب الإسلامي - بيروت .
- (28) فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، للحسن بن أحمد بن يوسف بن محمد بن أحمد الرباعي الصنعاني المتوفى 1276هـ دار عالم الفوائد، الطبعة الأولى 1427هـ .
- (29) فتح القدير ، لكامل الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ)، دار الفكر .
- (30) كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، دار الكتب العلمية .

- (31) لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى .
- (32) مسند الإمام أحمد بن حنبل، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى : 241هـ)، الطبعة الأولى 1421 هـ - 2001 م ، مؤسسة الرسالة .
- (33) مصنف ابن أبي شيبة، لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: 235هـ)، الطبعة الأولى 1409هـ مكتبة الرشد - الرياض .
- (34) مصنف عبدالرزاق ، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: 211هـ)، الطبعة الثانية 1403 هـ ، المكتب الإسلامي - بيروت .
- (35) معجم اللغة العربية المعاصرة، لـ / د.أحمد مختار عبدالحמיד عمر المتوفى 1424هـ، عالم الكتب، الطبعة الأولى 1429هـ .
- (36) منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد بن محمد بن محمد عيش، أبي عبدالله المالكي المتوفى 1299هـ دارالفكر - بيروت، 1409هـ .
- (37) مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، لشمس الدين أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني (المتوفى : 954هـ) ، دار عالم الكتب، طبعة عام 1423هـ .

## زواج القاصر بين المقاربة القانونية والمقاربة السوسيوثقافية



**الدكتورة : مليكة نايت لشقر**  
**دكتوراه في الدراسات الإسلامية**  
**جامعة مولاي إسماعيل - مكناس**

مقدمة :

يعتبر الدستور أن الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساس للمجتمع<sup>1</sup>، وأن الدولة مكفولة بضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة بما يحقق وحدتها واستقرارها والحفاظة عليها، إلا أن تنظيم مؤسسة الزواج يطرح مجموعة من الإشكالات و التجاذب على مستويات عدة دينية وقانونية وثقافية واجتماعية، ومن أهمها زواج القاصر .

ويطرح الزواج دون سن الأهلية إشكالات جوهرية ترتبط بطبيعة العلاقة في زواج القاصر بين التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية، وكذا بتنزيل مسطرة تزويج القاصر بين النصوص القانونية والواقع العملي، وماهية الثابت والمتحول في هذا الزواج بالنظر إلى ثنائية الشرع والقانون .

فما هو الإطار التشريعي لزواج القاصر ؟ وما هي مختلف الدلالات التي تحملها إحصائيات زواج دون سن الأهلية منذ العمل بمقتضيات مدونة الأسرة من عام 2004 إلى عام 2013؟ وما طبيعة تداعيات الزواج دون سن الأهلية على القاصر والأسرة والمجتمع؟ وهل أفضى النقاش الاجتماعي والفكري والحقوقى المجتمعي إلى مقارنة توفيقية للازدواجية المرجعية إيجاد حلول واقعية تتجاوز مشكلة زواج القاصر؟

<sup>1</sup>. الفصل 32 من الدستور المغربي

## 1 - زواج القاصر في مدونة الأسرة :

لقد جعل المشرع المغربي سن 18 سنا لأهلية الزواج تماشياً مع الاتفاقيات الدولية<sup>1</sup>، إذ اعتبرت المادة 19 منها أن أهلية الزواج تكتمل بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثماني عشر سنة شمسية، إلا أنه فتح نافذة الاستثناء على هذه القاعدة عبر مجموعة من الضوابط والشروط تشكل ضمانات لممارسة هذا الاستثناء، فلا ينجز الزواج إلا بإذن القاضي بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، وهي ضمانات يتعين على القضاء تحقيقها وتفعيلها على أرض الواقع، وذلك برفض طلبات الإذن بالزواج دون سن الأهلية كلما بدا له انتفاء المصلحة أو احتمال حصول ضرر تترتب عنه عواقب وخيمة على الصحة الجسدية أو النفسية للمعنية بالأمر.

لقد حددت المدونة سن الزواج في 18 سنة، كاختيار يتلاءم والمواثيق الدولية، لكن المشرع المغربي انتقل من الكونية إلى الخصوصية فيما يتعلق بزواج القاصر، فقرر الاستثناء في مدونة الأسرة بتشريع الزواج دون سن الأهلية، مع تبيان المصلحة والتقييد بشروط محددة واستحضار الأسباب والدواعي لهذا الزواج، وقد شكل هذا الاستثناء مثار الجدل في مختلف الأوساط الحقوقية والفكرية والاجتماعية وخاصة تصاعد أرقام زيجات القاصرين.

2 - الزواج دون سن الأهلية في إحصائيات<sup>2</sup> ووزارة العدل (2004 - 2013) :

إن الرفع من سن الزواج وتقييد زواج القاصر بالموافقة القضائية لم يحجم ظاهرة زواج القاصر لكن الإحصائيات الأخيرة التي صدرت عن وزارة العدل أبانت ارتفاع كبير في أرقام زواج القاصر وستنتج ذلك من خلال نماذج إحصائية نوردتها كالاتي :

## أ - عدد رسوم زواج الفتاة دون سن الأهلية حسب إحصائيات وزارة العدل (2004 - 2013)

السنوات	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
عدد رسوم زواج دون سن الأهلية	18341	21660	26520	29847	30685	33253	34777	39031	34166	35152
نسبة التغير	-	18%	22%	13%	3%	8%	5%	12%	12,46%	2,85%

يتضح من خلال الجدول أن عدد زيجات القاصر قد انتقل من 18341 عام 2004 إلى 35152 عام 2013 بنسبة الضعف تقريباً مما يدل على أن أعداد الزيجات في تزايد مستمر رغم التقييدات القضائية، كما يلاحظ أن أكبر معدل تغيير تم تسجيله سنة 2006 حيث ارتفع عدد رسوم الزواج إلى 22%، في حين أن أدنى معدل تغيير عرفته سنة 2012 حيث تم

<sup>1</sup> .اعتبرت الاتفاقيات الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20 نونبر 1989، المصادق عليها بموجب الظهير المؤرخ في 14 يونيو 1993 أن الطفل هو كل إنسان لم يتجاوز بعد الثمانية عشر سنة، وأوجبت المادة 24 من الاتفاقية على الدول اتخاذ كل التدابير الفعالة والمناسبة من أجل القضاء على كل الممارسات التقليدية المضرة بصحة الأطفال، في حين اعتبرت لجنة حقوق الطفل من جهتها أن زواج الأطفال والزواج الجبري هي ممارسات تقليدية مضرة.

<sup>2</sup> .مرجع الإحصائيات: الدراسة التحليلية الإحصائية حول القضاء الأسري: الواقع والآفاق: عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة (2004 . 2013)

تسجيل نسبة انخفاض في هذه الزيجات مقارنة مع سنة 2011 بحوالي %46,12 ، أما سنة 2013 فقد ارتفع فيها مجددا عدد الزيجات بنسبة تغير %2,85 .

### ب - عدد رسوم زواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية ومجموع رسوم زواج الراشدين :

السنوات	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
عدد رسوم زواج دون سن الأهلية	18341	21660	26520	29847	30685	33253	34777	39031	34166	35152
مجموع رسوم الزواج	263574	244795	272989	297660	307575	314400	313356	325415	311581	306533
نسبة التغير	7,75%	8,84%	9,71%	10,02%	9,97%	10,58%	11,10%	11,99%	10,97%	11,47%

يوضح الجدول أعلاه عدد الزيجات المنعقدة دون سن الأهلية في مقارنتها بزيجات الراشدين ما بين سنة 2004 و 2013 ، والتي تبين أن نسبة رسوم زواج القاصرين قد انتقلت من %7,75 سنة 2004 إلى %11,47 سنة 2013 بالمقارنة مع وزواج الراشدين ، مما يدل على أن زواج القاصر أصبح يشكل خطرا على استقرار مؤسسة الأسرة وتمتع الطفل بحقوقه المكفولة له شرعا وقانونا ودوليا.

من هنا لا بد من مساءلة التكييف القضائي الذي تحدثت عنه مدونة الأسرة ، وما هي السياسة القضائية في تدبير ملفات طلب الزواج المرفوعة من قبل الزيجات دون سن الأهلية، ذلك ما سيحليله الجدول أسفله

### ج - طلبات الزواج دون سن الأهلية من حيث القبول والرد :

السنوات	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
عدد الطلبات المسجلة	30312	38710	39604	47089	44572	46927	42783	43508
عدد الطلبات المقبولة	26919	33596	35043	42741	41098 %92,21	42028	36791	37183
عدد الطلبات المرفوضة	3064	4151	4377	4047	3474 %7,79	4899	5992	6325



من خلال القراءة الأولية للجدول يتضح أن الفارق بين الطلبات المسجلة والطلبات المقبولة يتقارب، وهذا لا يعني أن هامش الملفات المرفوضة هين، خاصة إذا ما قارنا بين عدد الملفات التي تم ردها عام 2006 و عام 2013 والذي يقارب الضعف بحيث انتقل من 3064 إلى 6325 ملف مرفوض، بنسبة 14,54% مما يدل على أن السادة قضاة الأسرة يحاولون أعمال مسطرة المصلحة المشروطة التي قيدها الاستثناء في مدونة الأسرة حسب الدوائر القضائية، إلا أن سنة 2010 سجلت أكبر نسبة 92,21% في قبول ملفات زواج القاصر، في حين سجلت فيها أقل نسبة 7,79% في رفض زيجات القاصرين.

إلا أن المقاربة حسب النوع تقتضي معرفة من المعني بالأعداد الكبيرة في الطلبات المقدمة في زواج القاصر هل هن الإناث أم الذكور؟

#### د - توزيع طلبات الإذن بالزواج دون سن الأهلية حسب جنس الطالب :

السنوات	الإناث	الذكور	المجموع
2007	38331	379	38710
2008	39296	308	39604
2009	46915	174	47089
2010	44134	438	44572
2011	46601	326	46927
2012	42677	106	42783
2013	43416	92	43508

يلاحظ خلال الجدول السابق أن طلبات الإناث تشكل النسبة الأكبر من طلبات الزواج دون سن الأهلية، حيث وصلت هذه النسبة، خلال كل السنوات من 2007 إلى 2013 إلى 99% ، ولم تتعد طلبات الذكور في سنة 2013 م 92 طلبا، مما يدل على أن زواج الصغيرات يشكل ظاهرة اجتماعية ترتبط بالموروث الثقافي كما سنوضح لاحقا.

وقد كشفت بعض الإحصائيات التي تناولت توزيع طلبات الإذن بالزواج دون سن الأهلية حسب سن الإناث من عام 2007 إلى عام 2013 ما يلي:

- أن الصغيرات البالغات سن 14 سنة لا يشكلن إلا نسبة 0,58% من مجموع الطلبات المقدمة، حيث تم قبول 359 ملف سنة 2009،

- بينما تبلغ نسبة البالغات سن 17 سنة 67,55% حيث تم قبول 29220 سنة 2009 كأعلى نسبة، مما يدل على أن قبول ملفات الإذن بزواج القاصر ينحصر بالأساس في سن 17 سنة ويقل في السنوات 14 و 15 و 16 سنة.

فهل يشكل العامل الجغرافي في الحديث عن المدينة والبادية عاملا أساسيا في انتشار زواج القاصر فيهما؟

هـ - توزيع طلبات الإذن بالزواج دون سن الأهلية حسب محل الإقامة: المدينة والبادية :

السنوات	البادية	المدينة	المجموع
2007	20324	18386	38710
2008	23157	16447	39604
2009	29373	17715	47089
2010	25283	19289	44572
2011	24761	22166	46927
2012	21903	20880	42783
2013	20976	22532	43508

على خلاف ما يمكن تصوره في إقبال سكان البادية على هذا النوع من الزواج بشكل كبير، فقد أوضحت الأرقام تقاربها بين المدينة والبادية، حيث بلغت طلبات الإذن بزواج القاصر عام 2012 في المجال القروي 21903 بنسبة 51,20%، وفي المدينة 20880 بنسبة 48,80% بفارق قليل جدا. إلا أن المفارقة التي يتعين الوقوف عندها مليا سجلت خلال سنة 2013 حيث فاقت عدد طلبات سكان المدينة 22532 طلبات البادية 20976، ولا شك أن هذا التحول يتطلب وقفة تأمل من لدن الخبراء والمختصين الاجتماعيين وغيرهم.

### 3 - إحصائيات زواج دون سن الأهلية بين المقاربة الجزئية والمقاربة الشمولية :

إن المقاربة الجزئية لمختلف مجالات الإحصائيات السابقة يجعلنا نقرن ابتداء بين نتائجها وثورات نصوص مدونة الأسرة التي أشرنا إليها سابقا، أو نربطها بالتداعيات الواقعية لتنزيل مسطرة الإذن بزواج القاصر، وقد نحمل الشخص الساهرة على تنفيذ المسطرة مسؤولية التقصير من خلال حيز الاجتهاد الممنوح لهم في عمليتي القبول والرفض، إلا أن القراءة الشمولية لمشكلة زواج القاصر أعمق من أن ترتبط بعامل وحيد في تشكيلها وتفشيها.

إن زواج القاصرات بالمغرب ظاهرة مستمرة باستمرار تواجد أسبابها المؤدية إليها، ويمكن تصنيفها إلى ما يلي:

#### أ - الأسباب القانونية :

لا بد أن نؤكد على وجود ثغرات في قوانين الزواج في مدونة الأسرة وفي النصوص القانونية المنظمة لزواج القاصر حيث سمحت لآلاف الأسر المغربية بتزويج القاصر خارج الإطار القانوني مما جعل مدونة الأسرة عاجزة على حماية القاصر من خلال عدم توفر لإمكانات إجراء بحث اجتماعي للتأكد مما إذا كانت الإدعاءات المعتمدة في طلب تزويج القاصر مقبولة قانونيا.

إلا أن رفض طلبات زواج القاصرات من قبل قضاة الأسرة لا يمنع من تنفيذ هذا الزواج خاصة وأن بعض الناس لا يؤمنون بفاعليته القانون في مثل هذه القضايا مما يؤدي إلى توسيع دائرة الزواج بالفاتحة ، هذا الزواج الشعبي الذي يعالج لاحقا داخل مجالات المحاكم تحت مسمى ثبوت الزوجية، وقد ثبت واقعا فشل وزارة العدل في تحقيق أهداف مسطرة ثبوت الزوجية، نظرا لاعتمادها على المقاربة الأمنية الصرفة دون اعتماد المقاربة التوعوية.

## ب - أسباب سوسيو ثقافية واقتصادية :

• فظاهرة زواج القاصرات عادة اجتماعية متأصلة تندرج في إطار الثقافة الشعبية، ومن أشكال هذه الثقافة، التقاليد البالية التي تفيد أنه يجب على الفتيات أن يقبلن بأول زوج يطلبهن ، حتى لا ينعتن بالعوانس، ذلك أن ضياع هذه الفرصة يقود إلى تهميش الفتاة اجتماعيا وإخضاعها للسلطة الأبوية التي تتداخل فيها طقوس شعبية ومفاهيم غيبية مثل: السعد/ السر المدفون/ السترة/ الشرف/ العار... إلخ، وهي معتقدات، تحظى بالقبول على مستوى المتخيل الجمعي، لكنها تزيد من عزلة الفتاة وتحقير نفسها، ويتم تشكيل البنية الذهنية والنفسية للفتاة وفق تربية أسرية واجتماعية تقليدية تحطم حب الأنا عندها وتقتل رغبتها في معارضة الرأي الآخر، إذ لا يحق لها التعبير عن مشاعرها وما يخالج صدرها من رغبات، ذلك أن المعتقدات الثقافية المتحجرة تشجع الفتاة على الطاعة واحترام الأعراف والتقاليد.

• كما أن انتشار هذه الظاهرة يرجع في عمقه إلى توجهات ثقافية مؤيدة للزواج المبكر المندرج ضمن العمل بالسنة النبوية كما يفهمه كثير منهم من جهة، وإلى الرغبة في التخلص من مسؤولية الفتيات بسبب تدنى مستويات طموح الأفراد الذين ينتمون إلى فئات اجتماعية فقيرة أو مهمشة، واعتبار الزواج هو الحل الوحيد لتحسين أوضاعهم الاجتماعية، خاصة وأن 13% من السكان لا يزالون تحت عتبة الفقر، كما يعيش 60% من نسبة الفقراء بالعالم القروي في الوقت الذي تتزايد فيه نسبة الفقر في المدن، فيكون "نزويج" الفتاة أو زواج الفتى وسيلة للاغتناء.

• ويضاف إلى هذه الأسباب حرمان الفتاة من التمدرس مطلقا بسبب الجهل والأمية أو تسرب أغلب الفتيات من المدارس قبل إكمال مرحلة التعليم الأساسي أو الإعدادي لعدم وجود مؤسسات تعليمية آمنة<sup>1</sup> وخاصة في المجال القروي أو الشبه الحضري، فأول ضحايا الهدر المدرسي بالمغرب هن الفتيات بنسبة 58.4 في المائة وأطفال البادية بنسبة 80 في المائة، و40 في المائة من الأطفال.

• ارتفاع نسبة التحرش والاعتصاب مما يقلق الأسر ويجعلها تفضل الاحتماء بالزواج المبكر لبناتها ولو بالتحايل على القانون وتبني زواج الفاتحة الذي لا يؤمن حقوق الزوجة ولا أبناءها في حالة هروب الزوج أو تملصه من المسؤولية.

ومما ينبغي الإشارة إليه أن موضوع زواج القاصرات قد أفرز حراكا اجتماعيا ونقاشا حقوقيا ودينا بين مختلف الجمعيات والأحزاب السياسية المغربية والهئات الحقوقية، وأدى ذلك إلى تعدد المقاربات التشخيصية، وتقابل الإيديولوجيات السياسية والدينية<sup>2</sup>، بين الرافض لزواج القاصر والداعم له، وبين الداعى إلى إعادة النظر في الفصلين 20 و 21 من مدونة الأسرة، لكن كل هذه الأطياف قد اتحدت وأجمعت على أن زواج الصغيرات يؤدي إلى مخاطر صحية ونفسية وتربوية واجتماعية تؤثر سلبا على الأسرة والمجتمع<sup>3</sup> :

<sup>1</sup> غياب المؤسسات التعليمية وفي حالة وجود المؤسسات التعليمية، تكون بعيدة عن مقر السكن، ولا تكون مزودة بدور الطالبات، فمسؤولية استفعال ظاهرة زواج القاصرات تتحمل فيها المسؤولية معظم الوزارات

<sup>2</sup> يرى محمد الخمليشي مدير دار الحديث الحسنية أن النقاش الدائر حول تعديل بعض بنود مدونة الأسرة، خصوصا ما يرتبط منها بزواج القاصرات، يجب أن يكون بطريقة هادئة، وأضاف خلال نفس الندوة أن سن الزواج ليس محددًا في القرآن ولا في السنة، وبالتالي فإنه كان مسندا منذ القدم للأمم.

<sup>3</sup> موضوع "أمومة في عمر الطفولة.. مواجهة تحدي حمل المراهقات" نظمه صندوق الأمم المتحدة للسكان، بتعاون مع مركز حقوق الناس بالرباط، فبراير 2014 بفاس.

- فعلى المستوى الصحى تبين بعض التقارير الطبية أن زواج الصغيرة يسبب فى ارتفاع احتمال الإصابة بسرطان عنق الرحم، والنزيف فى الولادة واضطراب الدورة الشهرية و تمزق المهبل واضطراب الهرمونات علاوة على التأثير السلبي على نمو القاصر وعلى الجنين...
- وعلى المستوى النفسى : يتعرض كثير من القاصرات للاغتصاب الزوجى والعنف الأسرى، الذى ينتهى فى الغالب بالطلاق وتشرد الأطفال، ويترتب عن ذلك آثار نفسية منها: الحرمان العاطفى من حنان الوالدين والحرمان من عيش مرحلة الطفولة التى إن مرت بسلام كبرت الطفلة لتصبح إنسانة سوية، لذا فإن حرمانها من الاستمتاع بهذه السن يؤدي عند تعرضها للضغوط، إلى الارتداد لهذه المرحلة فى صورة أمراض نفسية مثل الهستيريا والفصام و الاكتئاب و القلق و اضطرابات الشخصية.
- كما تعاني من اضطرابات فى العلاقات الجنسية الناتجة عن عدم إدراك الطفلة لطبيعة العلاقة مما يسببى عدم نجاحها وصعوبتها واستفحال المشاكل الزوجية، وعدم تفهم الزوجة الصغيرة للزواج ولا تدرك أبعاده وما يترتب عليه من مسؤولية الأسرة والسكن والمودة .

#### خلاصات :

- ضرورة التعامل مع زواج القاصرات كظاهرة بنيوية متشابكة العوامل، تحتاج إلى التوعية والتحسيس وتيسير الولوج إلى المعلومة وإلى الخدمات المتعلقة بالصحة الجنسية والإنجابية لفائدة المراهقات والشباب الذين يمثلون لوحدهم 28ر2 بالمائة من السكان بالمغرب.
- تفعيل أدوار الجمعيات المدنية والمساهمة فى تغيير العقليات قبل النضال لتغيير القوانين ،فالعامل التشريعي وحده لن يوقف نزيف الصغيرات.
- وضع استراتيجية تنموية متكاملة والاستثمار فى مجال التعليم والصحة على اعتبار أن الفتيات المتعلمات واللواتى لا يعانين من مشاكل صحية تكون لهن فرص كبيرة للإفلات من الزواج فى سن مبكر وبالتالي فى تأخير سن الإنجاب والحفاظة على صحتهن والتوفر على منصب شغل وغيرها من الحقوق الأساسية الأخرى.
- توسيع دائرة الجمعيات النسائية المشاركة فى تعديل مدونة الأسرة مع تفعيل نصوص المدونة.
- توسيع إجراءات البحث الاجتماعى ليشمل أطراف العلاقة الزوجية وليس الفتاة وحدها.
- تفعيل التشخيص السريري لتحديد مدى قدرة القاصر على الزواج من طرف أطباء متخصصين.
- إعطاء الحق للنيابة العامة فى استئناف قرارات القاضي بالإذن بالزواج.
- تفعيل دور المساعدة الاجتماعية.
- إيجاد إعلام قوي يقنع الجهات المعنية والرأي العام بخطورة الظاهرة.
- التوعية بضرورة تدخل المجالس العلمية لتصحيح المفاهيم الدينية الخاطئة والتعامل معها على أنها مقدسات لا ينبغي المساس بها.

إن موضوع زواج القاصرات أكبر من معركة إيديولوجية، فالموضوع يسائل السياسات العمومية فى مجال التعليم والنهوض بالعالم القروي ويسائل السياسة الإعلامية فى مقاربتها الوقائية ثم العلاجية ويسائل الجمعيات المدنية

والأحزاب السياسية في تبني النقاش الباني وتجاوز الحسابات الأيديولوجية العقيمة، ويسائل الحكومة في سياسة التدبير التنموية التي تحفظ حقوق المستضعفين وتتبنى مطالب الإنسان الكريم.  
✓ لائحة المراجع :

- الدستور المغربي، الفصل 32 .
- الاتفاقيات الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20 نونبر 1989، المصادق عليها بموجب الظهير المؤرخ في 14 يونيو 1993 .
- لقاء "أمومة في عمر الطفولة.. مواجهة تحدي حمل المراهقات" نظمه صندوق الأمم المتحدة للسكان، بتعاون مع مركز حقوق الناس بالرباط، فبراير 2014 بفاس.
- الدراسة التحليلية الإحصائية حول القضاء الأسري : الواقع والآفاق: عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة (2004 - 2013) .
- رسوم زواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية حسب إحصائيات وزارة العدل (2004 - 2013)
- رسوم زواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية ومجموع رسوم زواج الراشدين (2004 - 2013)
- طلبات الزواج دون سن الأهلية من حيث القبول والرد (2004 - 2013)
- توزيع طلبات الإذن بالزواج دون سن الأهلية حسب جنس الطالب (2007 - 2013)

## زواج التونسية المسلمة بغير المسلم : رؤية شرعية وقانونية



**دراسة من إعداد : الدكتور شكري الدربالي**

**حاصل على الدكتوراه في العلوم الإسلامية**

**جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية**

تعدّ الأسرة اللبنة الأولى لبناء المجتمع، ومنطلق ذلك الرابطة الشرعية التي عرفتها العصور على اختلافها واصطلح على تسميتها بالزواج الذي يعتبر من أسمى العقود التي يُرمها الإنسان في حياته، وعلى هذا الأساس سمّاه الله سبحانه وتعالى بالميثاق الغليظ للدلالة على تعظيم شأن الزواج، وهو عقد يتم إبرامه بين الرجل والمرأة بشروط حددها الشرع، ولطالما مثلت أبواب فقه الزواج مصدرا لصياغة القوانين المتعلقة بهذا الجانب في البلاد العربية الإسلامية.

وقد استفحلت ظاهرة الزواج بين المختلفين في الدين، فأضحى بذلك من الموضوعات الفقهية المعاصرة، وينقسم هذا الأمر إلى صورتين : صورة أولى تتعلق بزواج المسلم بغير المسلمة، وصورة ثانية تتعلق بزواج المسلمة بغير المسلم. وسيتمّ الاقتصار في هذه الدراسة على صورة زواج المسلمة بغير المسلم، وذلك كرد علمي لما راج في تونس من إعلان وزارة العدل إلغاء منشور عدد 73 لسنة 1973 الذي يمنع عدول الإشهاد عقد زواج التونسية المسلمة بغير المسلم، وجاء هذا تفعيلا لدعوة رئيس الجمهورية في خطابه يوم 13 أوت 2017 الذي دعا فيه للسماح بزواج التونسية المسلمة بغير المسلم، فكان العنوان: " زواج التونسية المسلمة بغير المسلم: رؤية شرعية وقانونية ". والتي سنحاول من خلالها الإجابة على السؤال المركزي التالي: ما هو حكم الشريعة الإسلامية في زواج المسلمة بغير المسلم وموقف القانون التونسي من إلغاء المنشور المتعلق بمنع زواج التونسية المسلم بغير المسلم ؟

وعلى ضوء ما تقدّم سيتم تقسيم الدراسة إلى مبحثين، يعنى المبحث الأول بحكم زواج المسلمة بغير المسلم في الشريعة الإسلامية، أما المبحث الثاني فسيتمّ التعرّض فيه إلى موقف القانون التونسي من إلغاء المنشور عدد 73 لسنة 1973 والسّماح بزواج التّونسيّة المسلمة بغير المسلم من عدمه.

### المبحث الأول : حكم زواج المسلمة بغير المسلم :

يعتبر زواج المسلمة بغير المسلم من الذنوب الكبيرة والفواحش العظيمة التي نهت عنها الشريعة الإسلامية بجملة من الأدلّة القطعيّة ( المطلب الأول ) لحكمة أرادها الله سبحانه وتعالى ( المطلب الثاني ).

### المطلب الأول : الأدلّة الشرعيّة على منع زواج المسلمة من غير المسلم :

أقرت الشريعة الإسلامية حرمة زواج المسلمة بغير المسلم سواء كان مسيحي أو يهودي، أو بوذي... أو لا ديني، بالدليل القرآني وبسنة النبي صلى الله عليه وسلم وبإجماع أهل العلم .

فيما يتعلّق بأدلة تحريم زواج المسلمة من غير المسلم من القرآن نذكر قول الله تعالى : ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَأَتَوْهُنَّ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَأَسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلَيْسَ أَلْوَا مَا أَنْفَقُوا ذَلِكَمُ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ )<sup>1</sup>. فقد حرّمت هذه الآية المسلمات على المشركين الذي كان جائزا في ابتداء الإسلام<sup>2</sup>.

وكذلك قول الله تعالى : ( وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَا أُمَّةً مُؤْمِنَةً خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَا أَعْجَبْتُمْ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَا أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ )<sup>3</sup>. ذكر الله تعالى في هذه الآية حكمين، يتعلّق الأول بزواج المسلم من المشركات من عبدة الأوثان، وقد استثنى من ذلك أهل الكتاب وبه قال مجاهد وعكرمة وسعيد بن جبير وغيرهم<sup>4</sup>.

أما الحكم الثاني فيتعلّق بحكم زواج المسلمة من الكافر، وهذا هو الذي يهمننا، : ( وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا )، فالله " قد حرّم على المؤمنات أن ينكحن مشركا كائنا من كان الشرك، ومن أي أصناف الشرك كان، فلا تنكحوهنّ أيها المؤمنون منهم، فإنّ ذلك حرام عليكم"<sup>5</sup>.

أما الأدلّة من السنّة النبويّة الشريفة في عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم، نذكر ما رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب، أنّه قال : " ولم يبلغنا أنّ امرأة هاجرت إلى الله ورسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلاّ فرقت هجرتها بينها

<sup>1</sup> الممتحنة: الآية 11.

<sup>2</sup> ابن كثير: تفسير القرآن الكريم، ، ط 1، 1421 هـ/ 2000 م. مؤسسة قرطبة للطبع والتوزيع. المجلد الثالث عشر، ص 521.

<sup>3</sup> البقرة: الآية 221.

<sup>4</sup> ابن كثير: م. ن، المجلد الثاني، ص 296.

<sup>5</sup> ابن جرير الطبري: تفسير الطبري، مكتبة ابن تيمية، الجزء الرابع، ص 370.

وبين زوجها، إلا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقضي عدتها"<sup>1</sup>، ووجه الدلالة في هذا الحديث النبوي الشريف أن النبي صلى الله عليه وسلم ما كان ليرجع الكافرة إلى زوجها إذا أسلمت، إلا في حالة إسلام زوجها.

وقد تواترت أقوال الفقهاء في تقرير عدم جواز تزويج المسلمة من غير المسلم، فقد جاء في الحاوي الكبير أن " المسلمة لا تحل للكافر بحال، سواء كان الكافر كتابيا أو وثنيا"<sup>2</sup>.

وقال أورد الكاساني أنه " لا يجوز إنكاح المؤمنة للكافر... لأن في إنكاح المؤمنة الكافر خوف وقوع المؤمنة في الكفر، والنساء في العادة يتبعن الرجال..."<sup>3</sup>.

وقد سئل الشيخ محمد المنستيري المدرّس من الطبقة الأولى بالجامعة الزيتونية في 29 شعبان 1369 هـ الموافق لـ 15 جوان 1950 م، ما حكم الدين الإسلامي بخصوص زواج مسلمة تونسية من مسيحي أو يهودي ؟

فأجاب " أن هذا الزواج باطل بطلانا أصليا في الشريعة الإسلامية، ولا ينبغي أن نطلق عليه اسم الزواج أو النكاح، بل هو سفاح محض، لأن أئمة المسلمين قد أطبقوا وأجمعوا من عهد الصحابة إلى اليوم على أن من شروط صحة عقد النكاح أن يكون الزوج مسلما، بل يكاد يكون هذا الشرط معلوما من الدين بالضرورة"<sup>4</sup>.

#### المطلب الثاني : الحكمة من تحريم زواج المسلمة من غير المسلم :

يخيز الإسلام زواج المسلم من الكتابية، ولا يجوز زواج المسلمة من غير المسلم سواء كان كتابيا أو وثنيا، وقد يبدو للوهلة الأولى أن هذا الأمر فيه عدم مساواة، لكن إذا عرف السبب والحكمة من عدم الجواز في حق المسلمة، سيزول حتما وهم عدم المساواة، فكل حكم شرعي مبني على حكمة معينة ومصالحة، ومن بين الحكم التي تكمن وراء تحريم زواج المسلمة بغير المسلم نذكر ما يلي :

- يقوم الزواج في الإسلام على المودة والرحمة ويحرص على أن تُبنى الأسرة على ركائز تضمن استقرارها واستمرار الرابطة الزوجية، والإسلام يقوم على احترام كل الأديان السماوية، فالإيمان بالرسول والكتب السماوية هو ركن من أركان العقيدة الإسلامية لا يستقيم إيمان المسلم دونها. وعليه فالمسلم يحترم الرسل السابقين ورسالاتهم السماوية، أما غير المسلم فلا يؤمن بمحمد صلى الله عليه وسلم، فيكون عنصر احترام عقيدة الزوجة مفقودا، ولا يتحقق عنصر المودة والاحترام الذي هو " رأس مال العلاقة الزوجية " .
- يقول الله تعالى : ( أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ )<sup>5</sup>، فيخشى على المؤمنة أن ترتد عن دينها إن حدثت وتزوجت كافرا، فالنساء في الغالب يتبعن الرجال ويقلدونهم في الدين، والرجل الكافر يدعو امرأته إلى الكفر، وما كان سببا إلى الحرام فهو حرام<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> مالك: الموطأ، كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله، دار الغرب الإسلامي، 1980م. ج 2، ص 75.

<sup>2</sup> الماوردي: الحاوي الكبير، دارالكتب العلمية بيروت، ط 1، 1414 هـ/ 1994 م. ج 9، ص 255.

<sup>3</sup> الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الثرائع، دارالكتاب العربي، ط 2، 1982 م، ج 2، ص 271.

<sup>4</sup> محمد بن يونس السويسي: الفتاوى التونسية في القرن الرابع عشرهجرين دار سحنون للنشر والتوزيع، ط 1، 1430 هـ/ 2009 م، ص 926.

<sup>5</sup> البقرة: الآية 221.

<sup>6</sup> أميرة مازن عبد الله أبو رعد: أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، بحث مقدّم لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابيس، فلسطين. 2007، ص 95.



- في تحريم زواج المسلمة من غير المسلم حفظ للأعراض، فالولد ينسب لأبيه، وهو المسؤول عن تربيته، وإذا ما تزوجت المسلمة بغير المسلم، يضيع الأمل في إنجاب أولاد صالحين، ويضيع هدف تكوين أسرة صالحة.<sup>1</sup> يتضح من خلال ما تقدم أنّ زواج المسلمة من غير المسلم غير جائز شرعا ويتعارض مع آيات قرآنية قطعية الدلالة والثبوت، والدعوة التي أطلقها رأس السلطة التنفيذية، وجدت صداها لدى وزارة العدل التي أقدمت على إلغاء المنشور عدد 73 لسنة 1973 الذي يمنع عدول الإسهاد عقد زواج التونسية المسلمة بغير المسلم. فما هي القيمة القانونية لهذا الإلغاء، والموقف القانوني منه؟

### المبحث الثاني: الموقف القانوني من زواج المسلمة بغير المسلم:

أثارت مبادرة رئيس الجمهورية التي أعلن عنها يوم 13 أوت 2017 بمناسبة عيد المرأة إلى إلغاء منشور 1973 المتعلق بمنع تحرير عقد زواج المسلمة بغير المسلم، جدلا وردود أفعال متباينة بين شقين، واحد مناصر والآخر مناهض. لكن قبل التعرّض إلى كل ذلك وجب الإشارة إلى أنّ هناك منشور آخر يتعلّق بنفس الموضوع صدر عن كاتب الدولة للداخلية في 17 مارس 1962 الذي تضمّن أنّ إبرام عقود زواج مسلمات بغير مسلمين هو إجراء غير قانوني ويتنافى مع ما جاءت به مجلة الأحوال الشخصية، وبعد ذلك صدر المنشور موضوع الإلغاء من قبل وزارة العدل وهو المنشور المؤرخ في 5 نوفمبر 1973 تحت عدد 216 عن الوزير الأوّل وأمضاه نيابة عنه وزير العدل.

لم تتعرّض مجلة الأحوال الشخصية التونسية إلى مسألة التباين في الدين، بمعنى أنّها لم تنص صراحة على أنّ زواج المسلمة بغير المسلم باطل ولا يصح قانونا، وذلك على خلاف بعض قوانين الدول العربية، من ذلك مثلا المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي تنصّ على أنّه: " لا ينعقد: - زواج المسلمة بغير المسلم"، و المادة 25 من قانون الأسرة القطري التي تنصّ على أنّه " يحرم بصفة مؤقتة... زواج المسلمة بغير المسلم"، ومن هنا انبثق إشكال يتعلّق بمعرفة، هل أنّ زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا صحيحا أم باطلا؟ وهل يمكن أن يؤدي إلغاء المنشور عدد 73 لسنة 1973 المتعلق بتحجير عقد زواج المسلمة بغير المسلم، إلى الحسم في صحة زواج التونسية المسلمة بغير المسلم؟

انقسمت الآراء القانونية حول هذه المسألة إلى فريقين متعارضين.

### المطلب الأوّل: القانون التونسي يمنع زواج التونسية المسلمة بغير المسلم:

اعتمد أصحاب هذا الرأي على جملة من الفصول القانونية التي اعتبروها تؤكّد على المنع القانوني لزواج التونسية المسلمة بغير المسلم، فقد اعتمدوا على ما ورد في الدستور، بدءا من التوطئة التي ورد في فقرتها الثالثة " وتعبيرا عن تمسك شعبنا بتعاليم الإسلام ومقاصده"، فتعاليم الإسلام فيما يتعلّق بموضوع بحثنا لا تُجيز زواج المسلمة من غير المسلم، والتوطئة لها نفس القيمة الدستورية التي للمتن.

هذا المنع أكّده أيضا الفصل الأوّل من الدستور الذي نص على أنّ " تونس دولة حرة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها..."، وهذا الأمر يفترض تطبيق تعاليم الدين الإسلامي.

<sup>1</sup> م.ن ص 95.

بالإضافة إلى الدستور الذي أكد على التمسك بالإسلام وما يتبع ذلك من تطبيق لتعاليمه، فإن أنصار هذا الرأي قد اعتمدوا أيضا على ما ورد في مجلة الأحوال الشخصية وتحديدا الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية الذي ورد فيه أنه " يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية "، وقد فسر أنصار منع زواج التونسية المسلمة بغير المسلم من الناحية القانونية، مصطلح الموانع بأنها تفيد الموانع التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، وقد تواترت تطبيقات فقه قضاء محكمة التعقيب على رفض هذا الزواج من خلال تفسيرها لمصطلح " الموانع الشرعية " وقد وقع التطرق إلى هذه المسألة في قرار يعرف بقرار " حورية " <sup>1</sup> التي أقرت فيه محكمة التعقيب قاعدة مفادها أن " زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا من أصله " <sup>2</sup>.

كما تأكد هذا المبدأ في قرار آخر لمحكمة التعقيب التونسية سنة 1973 فقد أوردت ما يلي: " تزوج مسلمة بغير مسلم يكون زواجا واقعا معقودا على غير الصيغة القانونية غير معترف به قانونا، موجبا للعقاب " <sup>3</sup>.

وقد لاحظ الأستاذ الساسي بن حليلة أستاذ قانون الأحوال الشخصية بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس في خصوص تعرضه لموانع الزواج في القانون التونسي أنه من الواضح أن العبارات التي استعملها المشرع هي عبارات فقهية... وهذا النص هو في الواقع مستمد من الحل الفقهي كيفما جاءت في القرآن <sup>4</sup>، والمتبع لأحكام مجلة الأحوال الشخصية يلاحظ تعدد وكثرة المؤسسات التي حاكى فيها المشرع الشرع الإسلامي <sup>5</sup>.

لكن السؤال الذي يطرح من الناحية القانونية. هو هل أن إلغاء المنشور يحسم المسألة؟ بمعنى هل يصبح من الجائز زواج التونسية بغير المسلم، بعد إلغاء المنشور؟

إلغاء منشور 73 لا يمثل حسما في جواز زواج التونسية المسلمة بغير المسلم، حيث يبقى الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أنه " يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية "، مرتكزا قانونيا لمنع مثل هذا الزواج، ورغم وجود إرادة سياسية صادرة عن رئيس الجمهورية، التي وقع بلورتها على مستوى التطبيق من خلال إلغاء المنشور المذكور، فإنه لا يمكن حسم هذه المسألة ما لم ينص القانون صراحة على إلغاء شرط الدين كمانع يمنع زواج التونسية المسلمة بغير المسلم. وهو ما عبر عليه القاضي أحمد الحمروني رئيس المرصد التونسي لاستقلال القضاء حيث أكد أن الأمر لا يمكن أن يحسم من جهة النصوص إلا بتدخل المشرع بمقتضى قانون يلغي الالتباس بصفة لا تدع مجالا للشك أو التأويل.

مقابل هذا الرأي القانوني الذي قال به البعض، هناك رأي آخر يقول بجواز زواج التونسية المسلمة بغير المسلم من الناحية القانونية.

<sup>1</sup> تتلخص وقائع هذه القضية أن فتاة اسمها حورية تزوجت من مواطن فرنسي، وحينما طالبت لاحقا بميراثها من أمها، نازعة أحد أشقائها في حقها لأنها تجنست بجنسية زوجها وحكم المتجنس بجنسية دولة غير مسلمة هو الردة التي توجب الحرمان من الميراث بالرجوع إلى التشريع الإسلامي، وهو ما ذهب فيه محكمة التعقيب.

<sup>2</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 3384 بتاريخ 31 جانفي 1966، مجلة القضاء والتشريع لسنة 1967، ص 389.

<sup>3</sup> قرار تعقيبي جزائي عدد 7795 مؤرخ في 27 جوان 1973، نشرة 1973 قضاء جنائي، ص 21.

<sup>4</sup> حامد الجندي: قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011، ص 123.

<sup>5</sup> م.ن، ص 109.

## المطلب الثاني : القانون التونسي يميز زواج التونسية المسلمة بغير المسلم :

أقرّ الاتجاه الثاني بجواز زواج التونسية المسلمة بغير المسلم، وقد قدّم أصحاب هذا الرأي جملة من المبررات القانونية. أقرّ الدستور الجديد في فصله السادس حرية الضمير والمعتقد، حيث نصّ على أنّ " الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية... " فحرية المعتقد بناء على هذا التنصيص الدستوري هي مكفولة دستوريا، ولا يجب التمييز بسبب المعتقد الديني، وعليه فالتونسية المسلمة يمكن لها أن تتزوج بغير المسلم، ولا يمكن حسب أصحاب هذا الرأي الاحتجاج بالفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية المذكور، وذلك لعلوية الدستور على القوانين ومبدأ تدرج القواعد القانونية يفرض احترام القاعدة الدنيا للقاعدة الأعلى منها درجة. وعليه فالفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية لا يمكن اعتماده من أجل منع زواج التونسية بغير المسلم باعتباره يأتي في مرتبة القانون العادي الذي هو أقل مرتبة من الدستور، والقاعدة تحتم عدم مخالفة القوانين للدستور<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى حرية المعتقد والضمير الواردة في الفصل السادس من الدستور، فقد وقع الاعتماد على الفصل 21 من الدستور الذي ينص على أنّ " المواطنون متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز " وعليه فلا مجال بالسماح للتونسي المسلم بالزواج بغير مسلمة ومنع ذلك على التونسية المسلمة التي تريد الزواج بغير مسلم، لأنّ هذا يعتبر حسب زعمهم من قبيل التفرقة ومخالفة صريحة لمقتضيات الفصل 21 الذي يؤكد على المساواة أمام القانون من غير تمييز.

كما اعتمد أصحاب هذا الرأي على الاتفاقية الدولية بنيويورك ، التي نصّت على أنّ المرأة لها أن تتزوج بمحض إرادتها ودون قيد أو شرط وبقطع النظر عن جنسية الزوج أو لونه أو دينه، وبما أنّ البلاد التونسية قد صادقت على هذه الاتفاقية سنة 1967، فقد يخطر ببال بعض المتقاضين التمسك بتلك الاتفاقية للقول بأنّ زواج المسلمة بغير المسلم هو زواج صحيح<sup>2</sup>.

وبالإضافة إلى اتفاقية نيويورك الملزمة للدولة التونسية، فقد تم الاعتماد أيضا على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، والتي صادقت عليها تونس بمقتضى القانون المؤرخ في 12 جويلية 1985. فقد أقرّ الفصل 16 من هذه الاتفاقية على ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل.

هذا بالإضافة أنّ الفصل الثاني من الدستور نص على أنّ تونس دولة مدنية، تقوم على المواطنة، وإرادة الشعب، وعلوية القانون. وعليه فلا شيء يفرض تطبيق الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية حتى في صورة وجود فراغ تشريعي.

وقد أخذت بعض قرارات محكمة التعقيب التونسية بهذا الاتجاه وأقرت بزواج المسلمة بغير المسلم، فقد صدر قرار بتاريخ 29 جوان 1999 تحت عدد 26855 وجاء فيه " أنّ الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية عرّف الموانع الشرعية للزواج بأنّها مؤبّدة ومؤقتة، ولا وجود لزواج المسلمة بغير المسلم ضمن موانع الزواج".

<sup>1</sup> عبد الله الأحمدى ( أستاذ تعليم عال مميّز بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس) دراسة قانونية: زواج التونسية المسلمة بغير المسلم في النظام القانوني التونسي، مقال صادر بجريدة الشروق التونسية في 31 أوت 2017.

<sup>2</sup> الساسي بن حليمة: قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، ص 52.

كما صدر قرار ثان بتاريخ 5 فيفري 2009 تحت عدد 31115 الذي ورد فيه " أن ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل يمنع من القول بوجود أي تأثير لمعتقد المرأة على حرّيتها في الزواج".

بعد عرض حجج القائلين بصحة زواج التونسية المسلمة بغير المسلم يمكن مجابهة هذا الاتجاه بالقول بأن الاعتماد على الفصل السادس من الدستور الذي ينص على حرية المعتقد والضمير، لا يمكن أن يكون حجة، لأنّ هذا الفصل معارض بالفصل الأوّل من الدستور الذي يؤكّد على أنّ الدولة التونسية دينها الإسلام، ومعارض بالفصل السادس نفسه الذي أوكل إلى الدولة التونسية مهمة رعاية الدين بحيث أنّه منع على المشرّع التونسي من إصدار قوانين تريبية مناقضة للشريعة الإسلامية. كما أنّه من المعلوم لدى رجال القانون أنّ المناشير تحتل مرتبة أقل من القوانين، وعليه فهي تستمدّ شرعيتها من نصوص قانونية أعلى منها مرتبة، ومسألة زواج المسلمة بغير المسلم تنطبق عليها هذه القاعدة، فالمنشور موضوع البحث يستند من حيث أساسه القانوني إلى الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص صراحة على وجوب خلو كل من الزوجين من الموانع الشرعية.

الخاتمة: تعتبر مسألة زواج التونسية بغير المسلم من الأمور التي أثّرت في تونس مؤخرًا بعد إلغاء المنشور عدد 73 الذي يحجّر على عدول الإسهاد إبرام عقد زواج التونسية المسلمة بغير المسلم، مما يفيد بجواز تحقق هذا الزواج، لذلك أردنا بهذه الدراسة توضيح الأمر من الناحية الشرعية وكذلك من الناحية القانونية، ويتجه في خاتمة هذا البحث الإشارة إلى جملة النتائج التالية :

- حرّمت الشريعة الإسلامية زواج المسلمة بغير المسلم، وقد ثبت هذا التحريم بجملة من الآيات القرآنية قطعية الدلالة والثبوت.
- في تحريم زواج المسلمة من غير المسلم حفظ للأعراض.
- لم تتعرض مجلة الأحوال الشخصية التونسية إلى مسألة التباين في الدين، بمعنى أنّها لم تنص صراحة على أنّ زواج المسلمة بغير المسلم باطل ولا يصح قانونًا، وذلك على خلاف بعض قوانين الدول العربية.
- إلغاء منشور 73 لا يمثّل حسمًا في جواز زواج التونسية المسلمة بغير المسلم، حيث يبقى الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينصّ على أنّه " يجب أن يكون كلّ من الزوجين خلو من الموانع الشرعية "، مرتكزا قانونيا لمنع مثل هذا الزواج.
- المناشير تحتل مرتبة أقل من القوانين، فهي تستمدّ شرعيتها من نصوص قانونية أعلى منها مرتبة، ومسألة زواج المسلمة بغير المسلم تنطبق عليها هذه القاعدة، فالمنشور موضوع البحث يستند من حيث أساسه القانوني إلى الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية.
- مسألة زواج المسلمة بغير المسلم هي مسألة شرعية محسومة، لا يمكن أن تكون محلّ جدل قانوني تتجاذبها أهواء من لا تروق له الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي يؤطر مسائل الأحوال الشخصية.

## ❖ قائمة المصادر والمراجع :

- ابن كثير: تفسير القرآن الكريم، ط 1، 1421 هـ/ 2000 م. مؤسسة قرطبة للطبع والتوزيع.
- ابن جرير الطبري: تفسير الطبري، مكتبة ابن تيمية.
- مالك: الموطأ، كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله، دار الغرب الإسلامي، 1980 م.
- الماوردي: الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية بيروت، ط 1، 1414 هـ/ 1994 م.
- الكاسائي: بدائع الصنائع في ترتيب الثرائع، دار الكتاب العربي، ط 2، 1982 م.
- محمد بن يونس السويسي: الفتاوى التونسية في القرن الرابع عشر هجرين دار سحنون للنشر والتوزيع، ط 1، 1430 هـ/ 2009 م.
- أميرة مازن عبد الله أبو رعد: أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابيس، فلسطين. 2007
- حامد الجندلي: قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011.
- قرار تعقيبي مدني عدد 3384 بتاريخ 31 جانفي 1966، مجلة القضاء و التشريع لسنة 1967.
- قرار تعقيبي جزائي عدد 7795 مؤرخ في 27 جوان 1973، نشرية 1973 قضاء جنائي.
- حامد الجندلي: قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011.
- عبد الله الأحمد ( أستاذ تعليم عال مميّز بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس) دراسة قانونية: زواج التونسية المسلمة بغير المسلم في النظام القانوني التونسي، مقال صادر بجريدة الشروق التونسية في 31 أوت 2017.
- الساسي بن حليلة: قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس.

## حق ابداء الرأي للصغير في ضوء السنة النبوية وسيرة الصحابة والتابعين



أستاذ مساعد دكتور : پرژین عبد الرحمن الجمور

كلية التربية للبنات قسم الشريعة - الجامعة العراقية

مقدمة :

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه الى يوم الدين .

وبعد فهذا بحث متواضع في حق الصغير في ابداء الرأي والتعبير بالقول أو الفعل في الاسلام وبعض أدلته من السنة النبوية وسيرة الصحابة 4 والتابعين رحمهم الله تعالى ، وهم القرون التي قال فيهم النبي ﷺ " « خَيْرُ أُمَّتِي قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ... الحديث»<sup>1</sup> .

ان الهدف من هذا البحث هو اثبات حق الصغير في الحوار وابداء الرأي باعتماد أدلة السنة النبوية المطهرة وسيرة الصحابة والتابعين ، ولا يشترط لاثبات ذلك احصاء جميع ما ذكر في هذا الموضوع من نصوص شرعية وقصص وحكايات ، وعليه فقد اكتفينا بنصوص السنة النبوية الصحيحة وسيرة بعض الصحابة والتابعين ، وتركنا البقية مما وقفت عليها تجنباً للاطالة والتكرار مما لا يتحملة البحث .

فهل كان للصغير في ذلك العصر حق يُعتبر ويُحترم ؟

هذا ما سنبينه في هذا البحث من خلال خطته المتمثلة في ثلاثة مطالب :

الأول : تعريف الصغير والألفاظ ذات الصلة

الثاني : حق ابداء الرأي عند الصغير في ضوء السنة النبوية المطهرة

الثالث : حق ابداء الرأي عند الصغير في ضوء سيرة الصحابة والتابعين

والله نسأل أن يثقل به ميزان حسناتنا ، يوم لا ينفع مال ولا بنون الا من أتى الله بقلب سليم . آمين

<sup>1</sup> صحيح البخاري ، باب فضائل أصحاب النبي ﷺ : 2/5 ، رقم الحديث : 3650 .

## المطلب الأول : تعريف الصغير والألفاظ ذات الصلة :

يتناول هذا المطلب التعريف اللغوي والاصطلاحي للصغير ، وللالفاظ ذات الصلة ، وهي الألفاظ الداخلة ضمن مرحلة الصغر.

### - تعريف الصغير :

لغة : هو خلاف الكبير<sup>1</sup> . و(صَغْرَه) : جعله صَغِيرًا وحَقَّرَه وأذَلَّه ، والصَّغْرُ في الجِرْم ، والصَّغَارَةُ في القَدْر<sup>2</sup> .  
اصطلاحا : هو وصف يلحق بالإنسان منذ مولده إلى بلوغه الحلم<sup>3</sup> . وهذا المعنى مرادف لمعنى الطفل .

### - الألفاظ ذات الصلة :

وهي الالفاظ والأوصاف الدالة أو المتضمنة لمعنى الصغر ، ويلزمنا في هذا البحث فقط ما كان منها مستعملا ومتداولاً بهذا المعنى في الشريعة . وهي : الطفل والصبي والغلام ، وفيما يأتي بيان معانيها .

### أولا : الطفل :

لغة : الطفل : المولود ، والطفلة : المولودة<sup>4</sup> . والطفُّلُ والطفُّلةُ : الصَّغِيرَانِ . والطفُّلُ : الصَّغِيرُ من كل شيءٍ بين<sup>5</sup> .  
والجمع (أطفال) . وقد يستوي فيه المذكر، والمؤنث ، والجمع<sup>6</sup> ، كما في الآية ﴿ثم نخرجكم طفلا﴾<sup>7</sup> ، والآية ﴿أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء﴾<sup>8</sup> .  
اصطلاحا : يطلق على "الولد من حين الانفصال إلى البلوغ"<sup>9</sup> ، ويقال: طفلٌ ما لم يراهقِ الحلم<sup>10</sup> .  
والطفُّل اسم للواحد ، وقد يكون للجمع اذا كان اسم جنس ، كما في الآية ﴿أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء﴾ .

<sup>1</sup> مقاييس اللغة : 290 / 3 .

<sup>2</sup> المعجم الوسيط : 1 / 515 ، لسان العرب 4 / 458 .

<sup>3</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية : 27 / 20 .

<sup>4</sup> الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية : 5 / 1751 ، مجمل اللغة لابن فارس : 1 / 583 .

<sup>5</sup> لسان العرب : 11 / 401 .

<sup>6</sup> المعجم الوسيط : 2 / 560 ، مختار الصحاح 1 / 191 .

<sup>7</sup> سورة الحج : بعض الآية 5 .

<sup>8</sup> سورة النور : بعض الآية 31 .

<sup>9</sup> اللباب في علوم الكتاب : 14 / 21 .

<sup>10</sup> المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز : 4 / 179 ، وينظر : مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير : 23 / 366 .

ثانيا : الصبي :

لغة : العُلامُ ، والجَمْعُ صَبِيَّةٌ وَصَبِيَانٌ . والجَارِيَةُ صَبِيَّةٌ ، والجَمْعُ صَبَايَا <sup>1</sup> . والصَّبَا أيضاً من الشَّوْق <sup>2</sup> . يقال: رأيتُه في صِبَاهُ أَي في صِغَرِهِ <sup>3</sup> .

اصطلاحاً : هو الانسان من الولادة إلى أن يفطم <sup>4</sup> . وهذا يعني انه داخل ضمن معنى الصغر .

ثالثاً : الغلام :

لغة : (غلم) الغين واللام والميم أصل صحيح يدلّ على حداثةٍ وهيجٍ شهوةٍ <sup>5</sup> . والجَمْعُ غِلْمَةٌ وَغِلْمَانٌ . و(الغلام) الطارُّ الشَّارِبُ والصَّبِيُّ من حينٍ يُولَدُ إلى أن يشبَّ <sup>6</sup> . (والجمع) غلمان وغلّمة <sup>7</sup> .

اصطلاحاً : الابن الصَّغِير . وجمع القلّة غلّمة بالكسر ، وجمع الكثرة غلمان <sup>8</sup> . ويطلق على الصبي ما بين الحولين إلى البلوغ حقيقة <sup>9</sup> ، والمراد حقيقة البلوغ <sup>10</sup> ، وليس مقدماته وعلاماته الطبيعية كالانبات . ولذا قيل ان : الغلام الإنسان الذّكر في ابتداء شهوته للجماع <sup>11</sup> . وهو بهذا يكون مرادفاً للفظ المراهق : وهو الغلام الذي قارب ذلك والمراهقة الجارية التي قاربت البلوغ <sup>12</sup> .

"ويطلق الغلام على الرّجل مجازاً باسم ما كان عليه ، كما يقال للصَّغِير شَيْخٌ مجازاً ، باسم ما يؤوّل إليه" <sup>13</sup> . ولذا قيل : ان لفظ الغلام قد يتناول الشَّابَّ البالغ ، وأمّا تناول هذا اللَّفْظ للصَّبِيِّ الصَّغِير فظاهر . وان اسم الغلام بالصَّغِير أليق وإن احتمل الكبير <sup>14</sup> .

<sup>1</sup> مختار الصحاح: 1/ 173، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: 6/ 2398 .

<sup>2</sup> الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: 6/ 2398 .

<sup>3</sup> لسان العرب: 14/ 450 .

<sup>4</sup> معجم لغة الفقهاء: 27 .

<sup>5</sup> مقاييس اللغة: 4/ 387 .

<sup>6</sup> المعجم الوسيط: 2/ 660 .

<sup>7</sup> المصدرين السابقين

<sup>8</sup> المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: 2/ 452 .

<sup>9</sup> البحر المحيط في التفسير: 6/ 252 ، وينظر: المطلع على ألفاظ المقنع: 52 ، 388 ، وينظر: قواعد الفقه 401 ، الكليات 1/ 672 .

<sup>10</sup> وهو احتلام الغلام، وحيض الجارية ، فإن لم يوجد فمهما شئ من ذلك كان البلوغ بالسّن . وقد اختلف الفقهاء في تقديره، فقدّرهُ أبو حنيفة بثمانية عشر سنة للفتى، وسبع عشرة سنة للفتاة ، وقدّرهُ الصّاحبان والشّافعي وأحمد بخمس عشرة سنة لكليهما ، والمشهور عند المالكيّة تقديره بثمانية عشر سنة لكلّ من الذّكر والأنثى . ينظر: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: 545 ، الموسوعة الفقهية الكويتية: 7/ 160 .

<sup>11</sup> مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير: 21/ 513 .

<sup>12</sup> ينظر: العين: 3/ 367 ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: 1/ 242 ، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: 11 .

<sup>13</sup> المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: 2/ 452 .

<sup>14</sup> ينظر: مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير: 21/ 486 .



اذن فالغالب في اطلاق لفظ الغلام هو اطلاقه على من لم يبلغ الحلم ، وهو الأنسب للمعنى اللغوي للكلمة .  
وباعتماد هذا المعنى اعتبرنا الأدلة المتضمنة للفظ الغلام مطلقا - بدون قيد يخرج منه معنى الصغر - داخلا ضمن  
مرحلة الصغر وأدلتها في حق ابداء الرأي .

### المطلب الثاني : حق ابداء الرأي عند الطفل في ضوء السنة النبوية المطهرة :

ذكرنا آنفا الاكتفاء بنصوص السنة النبوية الصحيحة وترك ما عداها مما في كتب المتون ، فلا يتسع المجال في هذا  
البحث للتعرض لكل الأدلة ذات الصلة بهذا الموضوع لأن ذلك يتجاوز حدود هذه الدراسة . وفيما يأتي بيان ذلك :

#### 1) احترام حقوق الصغار في المجالس :

عن سهل بن سعد رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بشراب فشرب منه، وعن يمينه غلام،  
وعن يساره الأشياخ، فقال للغلام: « أتأذن لي أن أعطي هؤلاء؟ » فقال الغلام: والله يا رسول الله، لا أؤثر بنصيب منك  
أحدا، قال: فتله<sup>1</sup> رسول الله صلى الله عليه وسلم في يده<sup>2</sup>. والغلام المذكور في هذا الحديث هو ابن عباس رضي الله  
عنهما ، والأشياخ : منهم خالد بن الوليد رضي الله عنه<sup>3</sup>.

وظاهر الحديث أن استئذان النبي ﷺ للغلام كان لترجيح مصلحة عامة للإسلام وهو تأليف قلب الأشياخ ومنهم  
خالد بن الوليد رضي الله عنه ، لانهم كانوا حديثوا عهد بالإسلام ولا علم لهم بالشرائع ، مع رياستهم في قومهم  
وشرف نسبهم ، وقد كان الغلام قد سبق اسلامه وتعلم الشرع<sup>4</sup> . أما موقف ابن عباس فلم يكن الهدف منه عدم  
احترام الكبار ولكن لينال بركة الشرب بعد النبي ﷺ<sup>5</sup>.

وهذا من مظاهر اهتمام النبي ﷺ بالصغير، وتأكيده على إعطائه حقه، عندما جعل الكأس في يد ابن عباس ، وهو  
صغير السن قبل الأشياخ لكونه على يمين الرئيس (وهو هنا الرسول ﷺ) وهذا يعطيه الحق في التفاضل في الشرب  
قبل غيره لأن القاعدة الأدبية في الاسلام تقضي بوجوب التيامن في الشرب عموما ، وفضل اليمين هو لكونه على  
يمين الرئيس لا لذات اليمين<sup>6</sup> .. ويدل استئذانه ﷺ على ان الغلام هو صاحب الحق ، ولا يجوز التصرف فيه الا باذن  
الغلام . وفيه اشعار للصغير بقيمته في الحياة ، وتعويد له على الشجاعة مع الأدب، مما يؤهله مستقبلا أن يعرف حقه  
ويطلبه ولا يتعداه، ومن ثم يحافظ على حقوق الآخرين .

نستنتج مما سبق ان للصغير حق في ابداء رأيه - إن كان صاحب حق - حتى في مجلس من هم أسن منه . فكان  
ذلك حكما شرعيا في حفظ حق الغلام في ابداء رأيه .

#### 2) حق الولد والبنت الصغيران في اختيار الجهة الحاضنة :

تضمنت كتب الفقه والحديث مسألة حضانة الولد الصغير والبنت الصغيرة ، اذا حصلت الفرقة بين  
الوالدين ، سواء كانا مسلمين ، أو أحدهما مسلم والآخر كافر ، ونوجز بيانها في الآتي :

<sup>1</sup> أي جعله . كشف المشكل من حديث الصحيحين : 2/ 271 ، تفسير القرطبي : 15/ 105 .

<sup>2</sup> متفق عليه . صحيح البخاري : 7/ 111 ، رقم الحديث 5620 ، صحيح مسلم : 3/ 1604 ، رقم الحديث : 2030

<sup>3</sup> شرح صحيح البخاري لابن بطال : 6/ 74 .

<sup>4</sup> ينظر: المصدر السابق : 6/ 494 ، طرح التثريب في شرح التقريب : 6/ 26 .

<sup>5</sup> ينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال : 6/ 75 .

<sup>6</sup> ينظر: تحفة الأحمدي : 6/ 15 .

1. عن رافع بن سنان، أنه أسلم، وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه، وقال رافع: ابنتي، قال له النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أقعد ناحية»، وقال لها: «أقعدني ناحية»، قال: «وأقعد الصبيّة بينهما»، ثمّ قال «ادعواها»، فمالت الصبيّة إلى أمّها، فقال النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اللّهمّ اهدها»، فمالت الصبيّة إلى أبيها، فأخذها<sup>1</sup>.
2. عن أبي هريرة رضي الله عنه: أنه أتى في غلام بين أبوين فقال: " شهدت النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أتى بغلام بين أبويه فقال: " يا غلام، هذه أمك، وهذا أبوك، فاختر " <sup>2</sup>
3. عن عمارة الجرمي، قال: خيرني عليّ رضي الله عنه، بين أمي، وعمي، ثمّ قال لأخ لي أصغر مني: وهذا أيضا لو قد بلغ مبلغ هذا لخيرته، قال الشافعي، قال إبراهيم، عن يونس، عن عمارة، عن عليّ، رضي الله عنه مثله. وقال في الحديث: وكنت ابن سبع أو ثمان سنين<sup>3</sup>.
4. روي أن عمر بن الخطّاب رضي الله عنه خير غلاما بين أبيه وأمه<sup>4</sup>.

إن النصوص والآثار المذكورة أعلاه تثبت حق التخيير صريحا للصغير، سواء أكان ولدا أم بنتا، في فترة الحضانة وما بعد الحضانة. والتخيير عبارة عن تفويض المشيئة إلى المخير وتمليكه منه<sup>5</sup>. وهذا يعني حرية الاختيار، والاختيار نتاج التفكير ثم ابداء الرأي. وهذا منبه على أن الاحكام مبنية على التيسير للعباد لرفع الحرج والاذى عن الصغير والحاضن في نفس الوقت. ولذا كان من الضروري اعطاء حق الاختيار للصغير واعتبار رأيه في هذه المسألة، والاختيار يقتضي اثبات حق ابداء الرأي.

### 3) صيحة الغلام (أعوذ بالله وبرسول الله) لرفع الظلم والاعتداء عنه :

من الجيد أن نعلم أبناءنا الدفاع عن أنفسهم، وأن لا يتركوا حقوقهم يسلبها الغير، وأن لا يقفوا عاجزين أمام العدوان الذي يطالهم، بل لا بد أن تكون لهم وقفة في وجه من يعتدي عليهم. ومن ذلك ما روي عن أبي مسعود، أنه كان يضرب غلامه، فجعل يقول: أعوذ بالله، قال: فجعل يضربه، فقال: أعوذ برسول الله، فتركه، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «والله لله أفدر عليك منك عليه»، قال: فأعتقه<sup>6</sup>.

وفي رواية أخرى: فقلت: يا رسول الله، هو حرّ لوجه الله، فقال: «أما لو لم تفعل للفحتك النار»، أو «لمستك النار»<sup>7</sup>. وعتقه كان عملا بقول رسول الله ﷺ: «من ضرب غلاما له حدا لم يأتيه، أو لطمه، فإن كفّارته أن يعتقه»<sup>8</sup>. ومعنى

<sup>1</sup> سنن أبي داود : 273 / 2 ، رقم الحديث : 2244 ، مسند أحمد ط الرسالة 39 / 168 ، رقم الحديث : 23757 ، السنن الكبرى للنسائي : 6 / 125 ، رقم الحديث : 6352 ، سنن الدارقطني : 5 / 78 ، المستدرک على الصحيحين للحاكم : 2 / 225 ، رقم الحديث : 2828 ، السنن الصغير للبيهقي : 3 / 193 ، رقم الحديث : 2903 ، السنن الكبرى للبيهقي : 8 / 5 ، رقم الحديث : 15760 ، ، صحيح أبي داود - الأم : 7 / 13 ، رقم الحديث : 2244 ، وقال فيه : " قلت : إسناد صحیح على شرط مسلم ، وصححه الحاكم والذهبي وابن القطان " .

<sup>2</sup> السنن الصغير للبيهقي : 3 / 192 ، رقم الحديث : 2901 ، شرح مشكل الآثار : 8 / 97 .

<sup>3</sup> السنن الكبرى للبيهقي : 8 / 6 ، رقم الحديث : 15761 - السنن الصغير للبيهقي : 3 / 193 ، رقم الحديث : 2904 .

<sup>4</sup> السنن الصغير للبيهقي : 3 / 194 ، رقم الحديث : 2905 ، السنن الكبرى للبيهقي : 8 / 6 ، رقم الحديث : 15762 .

<sup>5</sup> أصول السرخسي : 1 / 122 .

<sup>6</sup> صحيح مسلم : 3 / 1281 ، رقم الحديث : 1659 ، وفي معناه بلفظ آخر ما روي في مصنف عبد الرزاق الصنعاني : 9 / 445 ، رقم الحديث : 17957 .

<sup>7</sup> صحيح مسلم : 3 / 1281 ، رقم الحديث : 1659 .

<sup>8</sup> صحيح مسلم : 3 / 1279 ، رقم الحديث : 1657 . وقد أجمع المسلمون على أن عتقه بهذا ليس واجبا وإنما هو مندوب . لمزيد التفصيل ينظر : شرح النووي على

مسلم : 11 / 127 ، منار السبيل في شرح الدليل : 2 / 307 ، تطريز رياض الصالحين : 1 / 898 ، هامش دستور الأخلاق في القرآن : 1 / 735 .

«لله أقدر عليك منك عليه) : أي أتم وأبلغ من قدرتك على عبدك<sup>1</sup> . ولفح النَّار: الإصابة بجرها وهبها . وإنما كانت تصيبه لأحد ثلاثة أشياء: إما لأنه ضربه ظلماً. أو لأنه زاد على مقدار التَّأديب. أو لأنه استعاذ بالله فلم يعنه<sup>2</sup> .

شعر الغلام بالظلم والجور ، ففكر في محاولة لتغيير منكر أصابه اقتداء بقول الرسول ﷺ " «من رأى منك منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان»<sup>3</sup> ، فرفع صوته وأبدى رأيه وقال (اعوذ بالله) و (اعوذ برسول الله) طالبا بها الالتجاء إلى الله تعالى وبرسوله والتحصن بهما في رد الظلم عنه . وقدّر الله أن جاء الرسول ﷺ شاهداً على الحادثة ، مقراً ومؤيداً للغلام ، ومنكراً على سيده صنيعة .

فأنصفه النبي ﷺ وكأنه عاش معه وسمع منه كلامه ومعاناته ، في إحدى مظاهر الحفاظ على حقوق الصغير وإثبات حق ابداء الرأي في الدفاع عن النفس ، ونصرتة .

وبمثل هذه المواقف يتعلم الصغير الشجاعة وعدم السكوت على الخطأ ورفض الظلم ، تنفيذاً لقوله ﷺ «المؤمن القوي» خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف، وفي كل خير احرص على ما ينفعك، واستعن بالله ولا تعجز، ... الحديث<sup>4</sup> ، ولكن في الوقت نفسه يجب أن يسلك الطرق الشرعية في سبيل الحصول على حقه ، وعدم التجاوز على حقوق الآخرين .

ان هذا المشهد التاريخي والمؤثر يمثل نموذجاً حياً وواضحاً في حق الانسان المستضعف عموماً ، والغلام (من لم يبلغ الحلم) خصوصاً ، واحترام الاسلام لهذا الحق وتأييده له من خلال الحث على الرِّفق بالمملوك ، والوعظ والتنبية على استعمال العفو وكظم الغيظ في حقهم واکرامهم كأخوة لهم<sup>5</sup> . وقول المصطفى ﷺ «والله لله أقدر عليك منك عليه» عام لكل ظالم وطاقية ، باختلاف الأزمان والأماكن والأحوال .

### المطلب الثالث : حق ابداء الرأي عند الطفل في ضوء سيرة الصحابة والتابعين :

هناك بعض الآثار الواردة في أقوال وأفعال الصحابة والتابعين مما فيه اقرار منهم واحترام لحق الصغير في ابداء الرأي ، وهم خير من يُقتدى بهم بعد رسول الله ﷺ . وهذه الآثار هي :

1. ثبت أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو خليفة مر بالطريق فأسرع الصبية خوفاً وهيبة منه، لكن عبد الله بن الزبير بن العوام لم يفر، فسأله عمر: لماذا لم تفر مثل أصحابك؟، فأجابه الغلام بكل ثقة: ليست الطريق بضيقة فأوسع لك، ولم أرتكب ذنباً فأخاف منك ، فقال عمر رضي الله عنه لمن معه : لو عاش هذا الغلام فسيكون له شأن ، وصدقت فراسة سيدنا عمر رضي الله عنه ، فقد ولي عبد الله بن الزبير رضي الله عنه الخلافة على الجزيرة خمس سنوات حتى قتل . في هذه القصة احترام الخليفة الراشد لحق لرأي الطفل الأريب ، وإثبات لحقه في ابداء رأيه<sup>6</sup> .

2. عن هارون بن زياب قال حدثنا سنان بن مسلمة وكان أميراً على البحرين قال كنا أغيلمة بالمدينة في أصول النخل نلتقط البلح الذي يسمونه الخلال فخرج إلينا عمر بن الخطاب فتفرق الغلمان وثبت مكاني فلما غشيني قلت يا أمير المؤمنين إنما هذا ما ألقى الريح قال أرني أنظر فإنه لا يخفى عليّ قال فنظر في حجري فقال صدقت فقلت يا أمير المؤمنين ترى هؤلاء الغلمان والله لئن انطلقت لأغاروا عليّ

<sup>1</sup> مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح 6/ 2196 .

<sup>2</sup> كشف المشكل من حديث الصحيحين 2/ 205 .

<sup>3</sup> صحيح مسلم 1/ 69 ، رقم الحديث : 49 .

<sup>4</sup> صحيح مسلم 4/ 2052 ، رقم الحديث : 2664 .

<sup>5</sup> ينظر: شرح النووي على مسلم 11/ 130 .

<sup>6</sup> الأذكياء : 199 ، تربية الأولاد في الإسلام ، عبد الله ناصح علوان : 1/ 311 .

فانتزعوا ما في يدي قال فمشى معي حتى بلغني مأمي<sup>1</sup> . وفي هذا تصديق واقرار واحترام لقول الغلام الصغير ورأيه من قبل أمير المؤمنين وهو رأس الدولة آنذاك .

3. قصة الخليفة عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه مع وفود القبائل معروفة، عندما كان بين ممثلي القبائل غلام صغير أراد أن يتحدث، فقال له الخليفة: انتظر حتى يتحدث من هم أكبر منك سنًا، فقال الغلام: يا أمير المؤمنين: إن الإنسان بأصغريه قلبه ولسانه، ولو كان الأمر بالسن لكان هناك من هو أحق منك بالخلافة لأنه أكبر منك “ فاستحسن عمر جوابه وقال: تحدث يا غلام<sup>2</sup> . وهذا يظهر فطنة وذكاء الغلام في إبداء النصح للآخرين ، فكانت نتيجة ذلك اقرار واحترام الخليفة له ، ومن ثم الاذن له في الابتداء بالكلام قبل الكبار.

4. دخل الحسين بن الفضل على بعض الخلفاء وعنده كثير من أهل العلم، فأحب أن يتكلم فزبره، وقال: أصبي يتكلم في هذا المقام، فقال: إن كنت صبيا فلست أصغر من هدهد سليمان ولا أنت أكبر من سليمان حين قال له: أحطت بما لم تحط به، ثم قال: ألا ترى أن الله فهم الحكم سليمان ولو كان الأمر بالكبر لكان داود أولى<sup>3</sup> . وهذا يظهر فطنة وذكاء الصبي في إبداء النصح للآخرين ، وهذا يؤكد حق صغير السن في ابداء رأيه ولو في مجلس الأكبر منه سنًا . والله تعالى أعلم .

#### الخلاصة :

بعد اتمام هذا البحث نوجز أهم نتائجه فيما يأتي :

- ان لفظ الصغير يطلق على الانسان منذ ولادته الى حين البلوغ ، فهو يشمل المولود والطفل والصبي والقاصر والمراهق والغلام ، الا اذا دلت قرينة على خلاف ذلك .
- ان التراث الاسلامي ثري بنصوص ووقائع وآثار صحيحة وثابتة عن المصطفى صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين تؤكد حق الصغير في ابداء الرأي ، ومن ثم احترامه .
- لا بد من توفير ثقافة خاصة للصغار والبيئة المناسبة لذلك ، بحيث تتوافق مع خصائصه وحاجاته، في كل طور من أطوار حياته.
- ان مراعاة الصغير واعطائه حق ابداء الرأي تساعده على التعامل طواعية مع الوسط المحيط به، فيتأثر به ويؤثر فيه، يكتيفه ويتكيف معه، مما يساهم في تجانس المجتمع وتضامنه، وقدرته على التقدم ، فهو اللبنة الأساسية للمستقبل .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

<sup>1</sup> الأذكياء : 199-200 .

<sup>2</sup> ينظر: تذكره الأباء وتسليه الأبناء = الدراري في ذكر الزراري : 1/ 64 .

<sup>3</sup> المصدر نفسه .

## ❖ المصادر والمراجع :

## القران الكريم.

- كتاب الأذكياء ، ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي بن محمد (المتوفى: 597هـ) ، مكتبة الغزالي.
- أصول السرخسي ، السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت 483هـ) ، الناشر: دار المعرفة - بيروت .
- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، الشنقيطي ، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني (المتوفى : 1393هـ) ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، 1415 هـ - 1995 م .
- الاعلام ، الزركلي ، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس (المتوفى: 1396هـ) ، دار العلم للملايين ، الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو 2002 م .
- البحر المحيط في التفسير،أبن حيان ، محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان الأندلسي(المتوفى: 745هـ) ،المحقق: صدقي محمد جميل، دار الفكر- بيروت، الطبعة: 1420 هـ.
- حفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي ، المباركفوري ، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم (المتوفى: 1353هـ) ، دار الكتب العلمية - بيروت .
- تذكره الآباء وتسليه الأبناء=الدراري في ذكر الزراري،عمر بن أحمد بن هبة الله بن أبي جرادة العقيلي، كمال الدين ابن العديم (المتوفى: 660هـ)، المحقق: علاء عبد الوهاب محمد، دار السلام، دار الهداية ، الطبعة: الأولى، 1404 هـ - 1984 م .
- تربية الأولاد في الإسلام ، عبد الله ناصح علوان .
- تطريز رياض الصالحين ، فيصل بن عبد العزيز بن فيصل ابن حمد المبارك الحريلي ، النجدي (المتوفى: 1376هـ) ، المحقق: د. عبد العزيز بن عبد الله بن إبراهيم الزير آل حمد ، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض ، الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2002 م
- تفسر ابن عطية = المحرر الوجيز في تفسر الكتاب العزيز ، بن عطية ، عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام الأندلسي ، الحاربي ، (المتوفى: 542هـ) ، المحقق: عبد السلام عبد الشافي محمد ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة: الأولى - 1422 هـ .
- مفاتيح الغيب (التفسير الكبير) ، الرازي ، محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين (ت : 606هـ) ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، الطبعة الثالثة - 1420 هـ .
- تفسر القرطبي لجامع لأحكام القرآن=تفسر القرطبي ، القرطبي ، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري (المتوفى : 671هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ،دار الكتب المصرية- القاهرة ، الطبعة : الثانية ، 1384هـ - 1964 م .
- خير الكلام في التقصي عن أغلاط العوام ، منق ، علي بن لالي بالي بن محمد القسطنطيني الحنفي (المتوفى: 992هـ) ، المحقق: الدكتور حاتم صالح الضامن ، عالم الكتب - بيروت ، الطبعة: الأولى، 1407هـ / 1987م .
- دستور الأخلاق في القرآن ، حمد بن عبد الله دراز (المتوفى: 1377هـ) ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة: العاشرة 1418هـ / 1998م .
- سنن أبي داود ، أبو داود السجستاني ، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي (المتوفى: 275هـ) ، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت .

- سنن الدارقطني ، الدارقطني ، علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي (ت 385هـ) ، حققه وضبط نصه وعلق عليه : شعيب الأرناؤوط ، حسن عبد المنعم شلبي ، عبد اللطيف حرز الله ، أحمد برهوم ، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى 1424هـ - 2004م .
- السنن الصغير للبيهقي ، أبو بكر البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جِردِي (المتوفى: 458هـ) ، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي ، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي - باكستان، الطبعة: الأولى ، 1410هـ - 1989م .
- السنن الكبرى ، البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني (ت 458هـ) ، المحقق: محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثالثة 1424هـ - 2003م .
- السنن الكبرى ، النسائي، أحمد بن شعيب بن علي الخراساني (المتوفى: 303هـ) ، المحقق: حسن عبد المنعم شلبي ، مؤسسة الرسالة - بيروت ، الطبعة: الأولى، 1421هـ - 2001م .
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، النووي ، يحيى بن شرف (المتوفى: 676هـ) ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، الطبعة: الثانية ، 1392 .
- شرح صحيح البخاري لابن بطلال، علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: 449هـ).
- تحقيق : أبو تميم ياسر بن إبراهيم ، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض ، الطبعة: الثانية، 1423هـ - 2003م .
- شرح مشكل الآثار ، الطحاوي ، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي (المتوفى: 321هـ) ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة: الأولى - 1415هـ 1494م .
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، الفارابي ، إسماعيل بن حماد الجوهري (المتوفى: 393هـ) ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين - بيروت ، الطبعة: الرابعة 1407هـ - 1987م .
- صحيح أبي داود - الأم ، الألباني ، محمد ناصر الدين بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم الأشقودري (المتوفى: 1420هـ) ، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت ، الطبعة: الأولى، 1423هـ - 2002م .
- صحيح البخاري ، البخاري ، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي ، المحقق : محمد زهير بن ناصر الناصر ، شرح وتعليق د. مصطفى ديب البغا ، دار طوق النجاة ، الطبعة الأولى 1422هـ .
- صحيح مسلم ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت 261هـ) ، المحقق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- طرح التثريب في شرح التقريب ، العراقي ، عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم (المتوفى: 806هـ) ، أكمله ابنه: أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين الكردي الرازياني ثم المصري ، أبو زرعة ولي الدين ، ابن العراقي (المتوفى: 826هـ) ، الطبعة المصرية القديمة .
- طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ، نجم الدين النسفي ، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل (المتوفى: 537هـ) ، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد ، تاريخ النشر: 1311هـ .
- العين ، الفراهيدي ، الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري (ت 170هـ) ، المحقق : د مهدي الخزومي ، د إبراهيم السامرائي ، دار ومكتبة الهلال .
- قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجدي البركتي (معاصر) ، الصدف بيلشرز - كراتشي ، الطبعة الأولى 1407هـ - 1986م .
- كشف المشكل من حديث الصحيحين ، ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي بن محمد (المتوفى: 597هـ) ، المحقق: علي حسين البواب ، دار الوطن - الرياض .
- الكليات ، أبو البقاء الحنفي ، أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي (المتوفى: 1094هـ) ، المحقق: عدنان درويش - محمد المصري ، مؤسسة الرسالة - بيروت .

- اللباب في علوم الكتاب ، بن عادل الحنبلي ، عمر بن علي دمشقي (ت 775هـ) ، المحقق : الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى 1419 هـ - 1998م .
- لسان العرب ، ابن منظور ، محمد بن مكرم بن علي (المتوفى: 711هـ) ، دار صادر - بيروت ، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ
- مجمل اللغة ، ابن فارس ، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (المتوفى: 395هـ) ، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان ، مؤسسة الرسالة - بيروت ، الطبعة الثانية - 1406 هـ - 1986 م .
- مختار الصحاح ، الرازي ، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (المتوفى: 666هـ) ، المحقق: يوسف الشيخ محمد ، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا ، الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م .
- مرقة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح ، الملا الهوى القاري ، علي بن (سلطان) محمد (المتوفى: 1014هـ) ، دار الفكر، بيروت - لبنان ، الطبعة: الأولى، 1422هـ - 2002م .
- المستدرک علی الصحیحین ، الحاكم النيسابوري ، محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم (المتوفى: 405هـ) ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة: الأولى، 1411 - 1990 .
- مسند الإمام أحمد بن حنبل ، أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ) ، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م .
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ) ، المكتبة العلمية - بيروت .
- المصنف ، الصنعاني ، عبد الرزاق بن همام بن نافع الحمري اليماني الصنعاني (المتوفى: 211هـ) ، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الإسلامي - بيروت ، الطبعة: الثانية، 1403 .
- المطلع على ألفاظ المقنع، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي (المتوفى: 709هـ) ، المحقق: محمود الأرنؤوط وياسين محمود الخطيب ، مكتبة السوادي للتوزيع ، الطبعة الأولى 1423هـ - 2003 م .
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى/ أحمد الزيات/ حامد عبد القادر/ محمد النجار)، الناشر: دار الدعوة .
- معجم لغة الفقهاء ، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع .
- معجم مقاييس اللغة ، ابن فارس الرازي ، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني (المتوفى: 395هـ) ، المحقق: عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، عام النشر: 1399هـ - 1979م .
- منار السبيل في شرح الدليل ، ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم (المتوفى: 1353هـ) ، المحقق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي ، الطبعة: السابعة 1409 هـ - 1989م .
- الموسوعة الفقهية الكويتية ، صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت ، الطبعة: (من 1404 - 1427 هـ) ، الأجزاء 1 - 23 : الطبعة الثانية ، دارالسلاسل - الكويت - الأجزاء 24 - 38: الطبعة الأولى ، مطابع دار الصنفة - مصر - الأجزاء 39 - 45 : الطبعة الثانية ، طبع الوزارة .

# ✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية:



# L'arbitrage international et les personnes publiques au Maroc



**EL HAJI Hamid : Docteur Chercheur  
en Sciences juridiques et politiques  
Email : elhajiamid@hotmail.com**

## **Introduction :**

L'arbitrage est une institution d'origine historique lointaine. Certains auteurs considèrent qu'il est aussi ancien que l'humanité<sup>1</sup>. En effet, il y a des auteurs qui estiment que l'arbitrage est apparu en Grèce classique. C'est ainsi que plusieurs arbitrages ont eu lieu à cette époque entre Cités grecques. La préoccupation d'instaurer la paix et la sécurité dans les rapports humains, d'une part, et l'hermétisme des cités grecques en matière juridictionnelle, de l'autre, ont fait de l'arbitrage interne et international une pratique fréquente et recommandable<sup>2</sup>. Ainsi, à Rome, l'arbitrage était

<sup>1</sup> JAKUBOWSKI (V. J.), « Réflexions on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation », in *The art of Arbitration*, Mélanges SANDERS(P.), Kluwer, 1982, p. 175, cité par JARROSSEN (Ch.), *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, p. 1.

<sup>2</sup> VELISSARPOULOS-KARAKOSTAS (J.), « L'arbitrage dans la Grèce antique, Epoque archaïque et classique », in *Revue de l'arbitrage*, 2000, n° 1, p. 10.

connu dès la plus haute antiquité. La preuve, c'est qu'il est présent dans l'œuvre de Cicéron comme dans la littérature romaine<sup>1</sup>.

Il est à noter que l'arbitrage n'est pas une justice exclusivement utilisée par les Grecques et les Romains<sup>2</sup> ; mais les arabes de la période préislamique connurent aussi l'arbitrage parce qu'il était d'usage que les adversaires y recourent pour trancher au moment des litiges<sup>3</sup>. En outre, grâce à sa nature quasi-contractuelle, à sa procédure simplifiée, et à sa vocation de régler rapidement les litiges qui pourraient naître entre individus ou entre tribus, l'arbitrage a représenté pendant cette période, une signification particulière surtout pour les tribus car il permettait de résoudre pacifiquement les différends qui pouvaient mener à la force. Par la suite l'arbitrage a été accueilli avec faveur par l'Islam. Depuis, le droit musulman, emploie l'arbitrage dans plusieurs catégories de différends, notamment en matière civile comme c'est le cas des litiges entre époux<sup>4</sup>.

En France, la notoriété de l'institution de l'arbitrage a continué à progresser pendant la période du Moyen-Age pour arriver à son apogée au cours de la période révolutionnaire<sup>5</sup>.

Aujourd'hui, l'arbitrage représente une institution qui se retrouve partout dans le monde, que ce soit au plan interne ou international. Ceci prouve que l'arbitrage a été incorporé dans la quasi-totalité des législations nationales. Toutefois, ces législations ont adopté des positions différentes vis-à-vis de la capacité des personnes publiques de recourir à l'arbitrage.

Dans cette étude on a choisi de se limiter à l'examen de l'arbitrage international et les personnes publiques au Maroc. En effet, le droit au Maroc, comme le droit en France, reconnaît le principe de l'arbitrabilité des contrats du commerce international<sup>6</sup>. En fait, c'est la position unanime de la doctrine de l'arbitrage international<sup>7</sup>. Et, c'est la même option de la jurisprudence

<sup>1</sup> JARROSSEN (Ch.), *op. cit.*, p. 2.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> EL- AHDAB (A.H.), *L'Arbitrage dans les pays arabes*, Paris, Ed. ÉCONOMICA, 1988, p. 15, ZAHY (A.), *op. cit.*, p. 99.

<sup>4</sup> ZAHY (A.), *L'Etat et l'arbitrage*, Paris, OPU Publisud, 1980, p. 100.

<sup>5</sup> JARROSSEN (Ch.), *op. cit.*, p. 2.

<sup>6</sup> GAUDEMET (Y.), « L'arbitrage de droit public au Maroc », in *REMALD*, n° 46, sep-oct 2002, p. 30.

<sup>7</sup> SYNDET (H.), « L'arbitrage international en droit français », Journées Sté législation comparée 1991, p. 381, FOUCHARD (Ph.), *L'arbitrage international*, J. -Cl. Procédure civile, fasc. 1050 et 1052, cité par GAUDEMET (Y.), in *REMALD*, *loc. cit.*, p. 30.

constante de la cour de cassation française depuis l'arrêt fondateur Trésor public c/ Galakis, du 2 mai 1966<sup>1</sup>.

Le principe de l'arbitrabilité des contrats international a été aussi confirmé par la doctrine marocaine. Ainsi, les litiges liés à l'exécution des marchés conclus dans le cadre de l'application d'une convention internationale ou des accords dans lesquels l'arbitrage est prévu comme mode de règlement des litiges, peuvent faire l'objet d'une procédure d'arbitrage<sup>2</sup>. Ceci montre que la conclusion d'une clause compromissoire par une personne publique marocaine, et notamment un établissement public, est parfaitement valable<sup>3</sup>.

En outre, la loi n° 08-05 du 30 novembre 2007, abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile marocaine et le Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage en France, constituent des lois d'une importance considérable et ceci s'explique notamment par l'ouverture sur l'arbitrage international.

De ce qui précède, il est opportun d'étudier, dans un premier lieu, la question du recours des personnes morales à l'arbitrage international **(A)**, puis, se pencher sur la question de l'arbitrabilité des contrats de caractère international **(B)**.

### **A) Les personnes morales et l'arbitrage international :**

Il convient de prime abord de définir l'arbitrage international **(1)**, puis, mettre le point sur le recours à l'arbitrage international par les personnes morales de droit public **(2)**.

#### **1) Définition de l'arbitrage international :**

On vient de voir que la clause compromissoire conclue par une personne publique est acquise. Maintenant, il reste à déterminer la qualification du litige qui peut être du ressort d'un arbitrage international. Autrement dit, dans quels cas on est en présence d'un litige susceptible d'un arbitrage international ?

<sup>1</sup> Cité par GAUDEMET (Y.), in *REMALD*, loc. cit., p. 30.

<sup>2</sup> OURZIK (A.), « Le contentieux des marchés public », in *REMALD*, n° 13, oct-déc 1995, p. 32.

<sup>3</sup> GAUDEMET (Y.), in *REMALD*, loc. cit., p. 31.

En effet, la doctrine remarque avec justesse, que la définition de l'arbitrage international est résolue à peu près de la même façon dans les différents systèmes de droit, ainsi l'article 1504 du Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage en France stipule que : «Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international». Cette définition reprend les termes de l'ancien décret, tout simplement parce qu'elle a été fixée par une jurisprudence abondante. Ainsi, au Maroc, l'article 327-40 de la loi n° 08-05 du 30 novembre 2007, abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile, a défini l'arbitrage international comme l'arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce international et dont l'une des parties au moins a son domicile ou son siège à l'étranger<sup>1</sup>.

D'après la définition donnée ci-dessus à l'arbitrage international, on peut donc distinguer la référence d'une part à la «commercialité» de l'opération, d'autre part à son caractère «international».

### **1.1. Le caractère de la commercialité :**

Le caractère de la commercialité, doit, en effet, être compris par opposition à des activités strictement administratives, de coopération publique ou dans les domaines liés à la souveraineté étatique. Or, la "commercialité", au sens du droit de l'arbitrage, n'est pas réduite, selon le droit interne, uniquement aux opérations qui présentent le caractère de contrats commerciaux<sup>2</sup>. Dans la même lignée, les auteurs du *-Law and practice of international commercial arbitration (Londres 1991)-*, observant qu'au niveau international, l'interprétation du terme "commercial" a été opérée d'une manière assez large. En effet, ils ont argumenté cette constatation par la position des tribunaux de plusieurs pays qui consiste généralement à définir ce terme de manière à incorporer tous les types de commerce ou de relations d'affaires<sup>3</sup>.

Ainsi, la loi-type sur l'arbitrage international adoptée par la CNUDCI le 21 juin 1985, a opté pour le même sens en précisant que le terme

<sup>1</sup> Article 327-40 de la loi n° 08-05 (2007).

<sup>2</sup> DE BOISSÉSON (M.), *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, GLN-éditions, 1990, p. 420 et s, cité par GAUDEMET (Y.), in *REMALD*, loc. cit., p. 31.

<sup>3</sup> *Law and practice of international commercial arbitration (Londres 1991)*, cité par GAUDEMET (Y.), in *REMALD*, loc. cit., p. 31.

"commercial" devrait être interprété aussi largement que possible afin d'englober les questions issues de toute relation de caractère commercial. Ladite loi observe que les relations de nature commerciale comportent, sans y être limitées, les transactions suivantes :

«[T]oute transaction portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services ; accord de distribution ; représentation commerciale ; affacturage ; crédit-bail ; construction d'usines ; services consultatifs ; ingénierie, licences ; investissement, financement ; transactions bancaires ; assurances ; accords d'exploitation ou concession ; coentreprises ou autres formes de coopération industrielle ou commerciale ; transports de marchandises ou de passagers ...»<sup>1</sup>.

## 1.2. Le caractère international :

Il s'agit d'un contrat de caractère international lorsqu'il est vérifié que le contrat a pour objet des mouvements de biens, de services ou de monnaies à travers les frontières ou lorsque le contrat crée un mouvement de flux et de reflux à travers les frontières avec des résultats mutuels dans un pays et dans un autre<sup>2</sup>.

Le caractère interne ou international de l'arbitrage est déterminé par la nature de l'opération qui est à l'origine du litige, et ne dépend ni du droit applicable, ni de la volonté des parties<sup>3</sup>. Ainsi, la cour d'appel de Paris l'a bien précisé, à propos d'un contrat passé par l'Etat tunisien avec des entreprises françaises, dans l'objectif de réaliser des travaux routiers. Dans cet arrêt, la Cour a retenu le caractère international du contrat et a, en même temps, accepté la validité de la clause compromissoire en notant en substance :

«Considérant qu'est international l'arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce international, que le caractère interne ou international de l'arbitrage ne dépend pas du droit applicable, [...], mais de la nature de l'opération économique qui est à l'origine du litige ; considérant qu'il suffit, pour que l'arbitrage soit international, que l'opération économique

<sup>1</sup> Loi-type sur l'arbitrage international, CNUDCI 21 juin 1985, article premier, al. 1, note 2.

<sup>2</sup> Cité par GAUDEMET (Y.), in *REMALD*, loc. cit., p. 32.

<sup>3</sup> RAGALA OUAZZANI (A.), « L'arbitrage du droit public marocain », in *REMALD*, n° 54-55, janvier-avril 2004, p. 94.

considérée implique un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières»<sup>1</sup>.

Le litige en question portait sur «une opération qui supposait un transfert de matériel à travers les frontières, un transfert de savoir-faire ainsi qu'un paiement transfrontière». Ainsi, cette opération est considérée sans aucun doute, une opération à caractère international<sup>2</sup>.

De ceci, il découle qu'il n'est donc pas interdit de constater l'existence d'un contrat international, au sens du droit de l'arbitrage dès lors que ce contrat se concrétise par un mouvement d'affaires transfrontalières. Et, c'est ce qu'a déclaré la cour d'appel de Paris dans l'arrêt Sté Bec Frères, en soulignant que le caractère international de l'arbitrage ne dépend pas du droit applicable au fond ou même à la procédure<sup>3</sup>.

L'ouverture sur l'arbitrage international en France a été confirmée par le nouveau Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage, dont l'article 1504 observe que : «Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international». Cette loi a eu le mérite de moderniser et de renforcer le recours des personnes publiques en France à l'arbitrage international. Ainsi, selon l'article 1507 de cette même loi la convention d'arbitrage en matière internationale « n'est soumise à aucune condition de forme », ce qui implique qu'une telle convention peut être prouvée autrement que par écrit. En outre, l'article 1526 de ladite loi attribue à la sentence arbitrale internationale qu'elle soit rendue en France ou à l'étranger la capacité d'être directement exécuté, ceci aura pour conséquence de cesser avec le régime classique de l'effet suspensif des voies de recours contre la sentence. Il est donc possible d'entamer l'exécution forcée de la sentence alors que des voies de recours sont pendantes à son encontre. Mieux encore, l'article 1522 de la loi française prévoit la possibilité que les parties à un arbitrage pourront, par convention spéciale, renoncer expressément, à l'avance, à tout recours en annulation à l'encontre d'une sentence internationale rendue en France, et ceci afin de laisser le contrôle

<sup>1</sup> Paris 24 février 1994, Min. tunisien de l'équipement c/ Sté Bec Frères, Revue d'arbitrage 1995, p. 275, note GAUDMET (Y.), REV. trim. Droit com. 1994, p. 254, cité par GAUDEMET (Y.), in *REMALD*, loc. cit., p. 32 ; voir aussi RAGALA OUZZANI (A.), loc. cit., p. 94.

<sup>2</sup> GAUDEMET (Y.), in *REMALD*, loc. cit., p. 32 ; GAUDMET (Y.), in *Revue de l'arbitrage*, loc. cit., p. 898.

<sup>3</sup> GAUDEMET (Y.), in *REMALD*, loc. cit., p. 32.

étatique s'effectuer au lieu où les parties ont l'intention de faire reconnaître la sentence<sup>1</sup>.

Concernant le droit marocain, ce dernier dispose qu'un contrat de droit public, peut être un contrat international et en même temps ouvert sur l'arbitrage, et cela à chaque fois que son objet met en cause des intérêts du commerce international, et dont l'une des parties au moins a son domicile ou son siège à l'étranger<sup>2</sup>. D'après cette définition, il apparaît que l'accent doit être toujours mis sur le caractère international de l'opération économique réglée par le contrat, pour pouvoir recourir à l'arbitrage international.

Pour ce qui est de la nationalité étrangère de l'une des parties, il est bien admis qu'il ne s'agit pas d'une condition dont on ne peut se passer dans le domaine de l'arbitrage international. Ce qui veut dire que le critère de la nationalité n'est pas nécessaire. En effet, dès 1930, la cour de cassation en France a disposé que : «dès l'instant que les conventions (en cause) mettent en jeu des intérêts du commerce international, ...les parties, même françaises l'une et l'autre, ont pu valablement, dans un contrat conclu soit à l'étranger, soit en France, déroger (à la prohibition de la clause compromissoire) et se référer pour régir leurs accords à une loi étrangère»<sup>3</sup>.

Il est bien établi donc que le critère économique présente plusieurs avantages par rapport aux autres critères. L'intérêt dudit critère tient d'abord à son unicité, et à sa capacité de couvrir tous les cas, une tâche que les autres critères ne font pas nécessairement. Ainsi la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985, a défini le caractère international de l'arbitrage soit du fait que les parties à une

<sup>1</sup> GAILLARD (E.), « Le Nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », Études et commentaires, Chroniques arbitrages, [En ligne], in

[http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi22c6mvP\\_MAhUoMJoKHWKIDq0QFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.shearman.com%2F~%2Fmedia%2Ffiles%2FNewsInsights%2FPublications%2F2011%2F01%2FLe-nouveau-droit-franais-de-larbitrage-interne-e\\_%2Ffiles%2Fview-the-full-articleLe-nouveau-droit-franais-de\\_%2FfileAttachment%2FIA0121110Lenouveaudroit.pdf&usq=AFQjCNF5hbBtohyJhWG6FdSEBDRB\\_gYE9A](http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi22c6mvP_MAhUoMJoKHWKIDq0QFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.shearman.com%2F~%2Fmedia%2Ffiles%2FNewsInsights%2FPublications%2F2011%2F01%2FLe-nouveau-droit-franais-de-larbitrage-interne-e_%2Ffiles%2Fview-the-full-articleLe-nouveau-droit-franais-de_%2FfileAttachment%2FIA0121110Lenouveaudroit.pdf&usq=AFQjCNF5hbBtohyJhWG6FdSEBDRB_gYE9A)

(Consulté le 29/05/2016)

<sup>2</sup> Article 327-40, loi 08-05 (2007).

<sup>3</sup> Cité par GAUDEMET (Y.), in *REMALD*, loc. cit., p. 32-33.

convention d'arbitrage ont leurs établissements dans des États différents, soit de l'internationalité du litige (article premier, intitulé Champ d'application)<sup>1</sup>.

## 2) Le recours à l'arbitrage par les personnes morales :

Le droit public français est divisé sur la question du recours à l'arbitrage par les personnes publiques. Le conseil d'Etat a affirmé dans son avis du 6 mars 1986 son attachement à l'interdiction en se basant sur le critère organique comme fondement essentiel de l'interdiction de recourir à l'arbitrage par les personnes publiques ; à l'exception de la présence d'une disposition législative ou une convention internationale qui dérogent à cette interdiction. Notons à cet égard, que l'interdiction soulignée formellement par le conseil d'Etat concerne assurément aussi le fait que des personnes morales de droit public recourent à l'arbitrage international<sup>2</sup>.

En revanche, la cour de cassation considère que les personnes publiques peuvent recourir à l'arbitrage international, même dans le cas d'inexistence d'un accord international ou d'une disposition législative autorisant la capacité de compromettre en matière internationale. Outre cela, la cour de cassation considère sans effet l'interdiction posée par l'article 2060 du code civil qui interdit de compromettre sur les contestations qui intéressent les collectivités publiques et les établissements publics<sup>3</sup>.

La position de la cour de cassation fut appuyée par la doctrine qui considère que le droit français devrait évoluer concernant cette question, car conditionner la validité de l'arbitrage en matière commerciale internationale à l'existence d'une convention internationale ou d'une loi, c'est permettre aux personnes publiques de s'échapper à leurs engagements. Or, cette situation remet en cause la confiance des partenaires étrangers croyant en la validité de la clause d'arbitrage<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Loi type de la CNUDCI.

<sup>2</sup> RAGALA OUAZZANI (A.), *loc. cit.*, p. 95.

<sup>3</sup> TEBOUL (G.), « arbitrage international et personnes morales de droit public », AJDA, 20 janvier 1997, p. 25, cité par RAGALA OUAZZANI (A.), *loc. cit.*, p. 95.

<sup>4</sup> RAGALA OUAZZANI (A.), *loc. cit.*, p. 95.



Il importe de noter que la réforme de l'arbitrage international français, même si le nouveau Décret de 2011 ne le mentionne pas expressément, n'a pas remis en question deux principes fondamentaux acquis en jurisprudence. Le premier est que l'Etat ne peut évoquer son propre droit pour empêcher l'application d'une convention à laquelle il a adhéré (arrêt Galakis, 2 mai 1966). Le second est qu'une sentence internationale n'étant rattachée à aucun ordre juridique étatique, sa conformité à la loi doit être examinée au regard des lois applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées<sup>1</sup>.

Le droit marocain a montré une grande ouverture sur l'arbitrage international. En effet, l'interdiction de l'arbitrage dans le droit marocain est basée sur le critère matériel. Ce dernier interdit l'arbitrage en se basant sur le contenu du litige et non sur la personne des parties. Cette démarche de voir la question par le législateur marocain, permet de conclure que la personne morale de droit public au Maroc peut recourir de façon légale à l'arbitrage international<sup>2</sup>. D'ailleurs, la loi n° 08-05, du 30 novembre 2007, abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile marocaine, a consacré le principe de la primauté des conventions internationales ratifiées par le Maroc sur les règles du droit interne qui régissent l'arbitrage international. En outre, l'article 327-40 de ladite loi a choisi l'ouverture sur l'arbitrage international. Ce qui confirme que le Maroc s'inscrit parmi les Etats acceptant au préalable le recours des personnes publiques à l'arbitrage international.

Il convient également de souligner que la loi 08-05 de 2007 a prévu que la sentence arbitrale internationale peut être rendue soit au Maroc , soit à l'étranger et les parties au litige peuvent déterminer la loi nationale qui va régir la procédure et permettre de trancher sur le différend en question.

<sup>1</sup> Ministère de la justice et des libertés, Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2001-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, [En ligne], in

[https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi1oaDYpYTNahXEiSwKHxvB54QFggcMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.legifrance.gouv.fr%2FaffichTexte.do%3FcidTexte%3DJORFTEXT000023417498&usq=AFQjCNHxEj6e-OzkWR6--oON5Wj\\_nwByBw](https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi1oaDYpYTNahXEiSwKHxvB54QFggcMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.legifrance.gouv.fr%2FaffichTexte.do%3FcidTexte%3DJORFTEXT000023417498&usq=AFQjCNHxEj6e-OzkWR6--oON5Wj_nwByBw)

(Consulté le 31/05/2016).

<sup>2</sup> RAGALA OUAZZANI (A.), *loc. cit.*, p. 95.

De même, la loi n° 08-05 de 2007 a défini les conditions de la reconnaissance de la sentence au Maroc. Pour le cas d'une sentence rendue au Maroc, il revient au président du tribunal de commerce de vérifier le respect des règles de la procédure par la sentence. Ainsi on se rend compte si celle-ci n'est pas contraire à l'ordre public national ou international. Pour ce qui est de la sentence rendue à l'étranger, cette reconnaissance doit être délivrée par le président de la juridiction commerciale du lieu d'exécution<sup>1</sup>.

## **B) L'arbitrabilité des contrats de caractère international :**

L'examen de la question de l'arbitrabilité des contrats de caractère international se manifeste à deux niveaux. Le premier est relatif à la place de l'Etat en tant qu'acteur essentiel de l'arbitrage international **(1)**. Le second concerne le recours abondant aujourd'hui à l'arbitrage international **(2)**.

### **1. L'État acteur essentiel de l'arbitrage international :**

Pendant longtemps, l'idée que l'État n'était justifiable que devant ses tribunaux, a été admise sans contestation. Sur le plan international, chaque fois qu'on voulait traîner un État devant un tribunal étranger, il refuse en se prévalant du principe d'immunité de juridiction<sup>2</sup>. Or, le refus de l'État n'a pas duré pour toujours. Une situation nouvelle s'est développée notamment lorsqu'on a abandonné le principe, posé par Montesquieu dans son ouvrage "L'esprit des lois"<sup>3</sup>, selon lequel «le prince ne doit pas faire le commerce». Cette situation nouvelle s'est aussi influencée par le développement du secteur public de l'économie. Ces changements ont eu pour conséquence le développement et l'instauration de nouvelles règles afin de répondre aux nouvelles exigences. En effet, les règles qui étaient à la base de l'État, puissance publique, ne sont pas adaptées à l'État industriel et

<sup>1</sup> ROUSSET (M.), « La nouvelle loi 08-05 : L'arbitrage et les collectivités publiques », in *REMARCA*, n° 10 & 11, 2010, pp. 16-17 ; KHAL (A.), « L'arbitrage en droit marocain », in :

<http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjNjKTGmufMAhWBkSwKHSOVCqsQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fcimeda.org%2F%2Flarbitrage-en-droit-marocain-par-mr-abdallah-khial%2F&usq=AFQjCNEtKv3UVMY5sucsNeYJ5KxzriV83Q> (Consulté le 20/05/2016) ; voir article 327-46, loi 08-05 (2007).

<sup>2</sup> DAVID (R.), *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 240.

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XX, CH. 19, cité par DAVID (R.), *op.cit.*, p. 240.

commerçant<sup>1</sup>. Certes, dès 1929, la cour de cassation française a reconnu qu'il existe des actes de commerce qui échappent au contrôle de la souveraineté de l'État. À ce sujet, la cour observe que : «Les activités de la représentation commerciale des soviets ne peuvent apparaître que comme des actes de commerce auxquels le principe de la souveraineté des États demeure complètement étranger»<sup>2</sup>.

L'État a donc préféré de se soumettre à une juridiction arbitrale à la constitution de laquelle il a participé ou dont il a accepté la compétence, au lieu de ce voir juger par le tribunal d'un autre État. En fait, il est devenu de pratique courante que l'État ou l'établissement public industriel ou commercial, prévoient une clause compromissoire dans leurs contrats sur le plan international. Une déclaration faite à un Congrès de la Chambre de commerce internationale en 1961, montre que quatre-vingts gouvernements ou services gouvernementaux ont accepté la formule pour contrats de services de l'International business Machines (I.B.M.). La formule de l'I.B.M. prévoit, en cas de conflit, le recours à l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. En 1969-1970, dans une affaire sur trois soumises à cette Chambre, une des parties a été une personne publique (État ou établissement public)<sup>3</sup>.

Ces données expliquent que l'arbitrage est un moyen important pour les États afin qu'ils solutionnent les litiges liés à des opérations de commerce international.

Concernant le Maroc, il convient de souligner que le Royaume fait partie des pays ayant ratifié la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales du 10 juin 1958. Ainsi, le Maroc a souscrit une clause d'adhésion au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements (CIRDI). Le Maroc a aussi signé la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 instituant l'Agence multilatérale de garantie des investissements. D'ailleurs, comme on vient de le souligner la loi n° 08-05 a consacré le principe de la primauté des conventions

<sup>1</sup> DAVID (R.), *op.cit.*, p. 240.

<sup>2</sup> Cité par DAVID (R.), *op.cit.*, p. 240.

<sup>3</sup> Rapport à la Conférence de l'International Law Association, 1972. La proportion était de une affaire sur vingt en 1860-61, cité par DAVID (R.), *op.cit.*, p. 241-242.

internationales sur le droit interne régissant l'arbitrage international. Cette loi a le mérite de donner des garanties aux parties au litige concernant la constitution du tribunal, le contrôle des arbitres, la procédure à suivre et le respect des principes fondamentaux relatifs aux droits de la défense ou au droit applicable à la solution du litige.

## **2. Le recours abondant à l'arbitrage international :**

Aujourd'hui et avec la promotion des investissements, l'arbitrage des contrats internationaux devient de plus en plus courant. En effet, ces contrats contiennent des clauses compromissaires qui énoncent comme condition, qu'en cas de litige c'est à l'arbitrage de trancher. Cette situation a eu pour conséquence la formation de plusieurs juridictions privées à caractère international chargées de trancher les litiges entre l'investisseur étranger et l'État ou la personne publique. Cette forme d'arbitrage est considérée par la doctrine comme tout à fait convenable à cause, d'une part, du caractère international du litige et de la technicité des arbitres généralement habitués avec les problèmes soulevés, et, d'autre part, parce que ladite forme d'arbitrage présente les vertus de la discrétion, chose qui est souvent appréciée par les parties en cause. En outre, l'arbitrage n'exclut pas le recours aux tribunaux, si l'une des parties refuse de se soumettre à la sentence rendue par les arbitres<sup>1</sup>. Dès lors, il importe de souligner que le Maroc a adopté une attitude positive vis-à-vis de l'arbitrage international. En effet, le Maroc consacre sans ambiguïté l'arbitrabilité de principe des marchés conclus à la suite d'un contrat international. Ainsi, selon Ourzik Abdelouahed, sont arbitrables, les litiges révélés lors de l'étape d'exécution des marchés passés en application d'une convention internationale ou d'accords prévoyant le recours à l'arbitrage en cas de désaccord causant des litiges<sup>2</sup>. Ainsi, l'article 1504 du Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage en France reconnaît cette arbitrabilité pour les contrats mettant en cause des intérêts du commerce international.

Pour renforcer l'arbitrabilité des contrats internationaux, il convient de citer une importante décision du centre international de règlement des

<sup>1</sup> RAZON (J.- P.), « L'arbitrage au Maroc », in *Revue marocaine de droit*, n° 1, jan-fév 1985, p. 10.

<sup>2</sup> OURZIK (A.), «Le contentieux des marchés publics », in *REMALD*, n° 13, oct-déc, 1995, p. 32, cité par RAGALA OUAZZANI (A.), *loc. cit.*, p. 96.

différends sur les investissements (CIRDI). En fait, il s'agit d'une requête d'arbitrage déposée par des sociétés italiennes de construction d'autoroute, contre le Royaume du Maroc devant le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements. En effet, les sociétés italiennes contestaient le projet de décompte général et définitif établi par la société nationale des autoroutes du Maroc (ADM). Ces sociétés ont contesté ce décompte sur la base de l'article 51 du Cahier des clauses Administratives Générales. Le 25 septembre 2000, le tribunal arbitral est constitué.

Le Maroc a contesté la compétence du CIRDI. D'une part, il a fait valoir que les sociétés italiennes ont renoncé à leur droit de soumettre leurs litiges au CIRDI, car ces sociétés ont accepté la compétence du Tribunal administratif de Rabat sur tous litiges éventuels. D'autre part, le Maroc a argué que la société nationale des autoroutes du Maroc (ADM) n'était pas une entité contrôlée par l'État<sup>1</sup>. Le Maroc s'est opposé à la compétence du CIRDI, d'une part parce que le Royaume considère que les plaintes ne concernent pas un investissement et, d'autre part, le Maroc estime que les griefs n'ont pas trait à des violations de l'accord bilatéral sur la protection des investissements au sens de l'article 25 de la convention de Washington du 18 novembre 1965, mais plutôt liées à de simples violations contractuelles d'un contrat de construction<sup>2</sup>.

Concernant la compétence du CIRDI en rapport avec le traité bilatéral d'investissement maroco-italien, le tribunal a rappelé que l'article 25 de la convention de Washington exige que les parties donnent leur consentement sur la compétence du CIRDI, par écrit. Un tel consentement peut provenir soit d'un contrat d'investissement ; soit d'une législation interne (généralement un code d'investissement) ; soit encore d'un traité d'investissement<sup>3</sup>.

En effet, le tribunal a estimé que, malgré l'existence d'une clause qui donne la compétence en faveur des tribunaux du Maroc, les dispositions

<sup>1</sup> ZEROUALI (M.), « Note : Décision sur la compétence du CIRDI dans l'affaire opposant le Maroc à des investisseurs italiens », in *REMARCS*, n° 1, 2004, p. 147-148.

<sup>2</sup> ZEROUALI (M.), *loc.cit.*, p. 148; RAGALA OUAZZANI (A.), *loc. cit.*, p. 97.

<sup>3</sup> ZEROUALI (M.), *loc.cit.*, p. 148.

relatives à la résolution des différends entre États et investisseurs prévues dans le traité bilatéral d'investissement applicable l'emportaient sur les clauses relatives à la compétence dans le contrat. Cette affaire montre que l'investisseur étranger est autorisé à porter un litige de nature contractuelle devant un tribunal arbitral en vertu d'un traité malgré l'existence, dans le contrat, d'une clause attributive de compétence<sup>1</sup>.

Concernant la compétence *ratione materiae*, le Maroc a allégué qu'ADM n'était pas une entreprise publique, et qu'il s'agit d'une entreprise privée. En réponse à cette allégation, le tribunal a rappelé que toute entreprise commerciale contrôlée par l'État est bel et bien une entité étatique. Le Tribunal a conclu à cet égard que la société nationale des autoroutes du Maroc était une entreprise publique, particulièrement parce qu'elle est, d'une part, dirigée par l'État marocain, et d'autre part, du fait que cette société se consacre à des tâches d'intérêt général et que l'État marocain possède 80 % de ses actions<sup>2</sup>.

Au sujet de la définition de la notion d'investissement, le CIRDI a admis pour la première fois dans sa jurisprudence qu'un contrat de construction puisse être désigné d'investissement au sens de l'article 25 de la convention de Washington<sup>3</sup>. Le Tribunal a rappelé que la notion d'investissement suppose une certaine durée dans le temps du projet d'investissement et une participation aux risques de l'opération. D'un autre côté, le Tribunal a ajouté le critère de la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investisseur<sup>4</sup>.

Il est important de signaler également qu'un apport important peut être dégagé de cette décision arbitrale. En effet, il consiste dans le fait que l'État marocain en tant que personne publique, accepte le principe du recours à l'arbitrage international et l'exerce en pratique, même si dans cette espèce l'État marocain a évoqué l'incompétence du CIRDI, et a demandé l'application de la compétence des tribunaux administratifs marocains, car

<sup>1</sup> YANNACA SMALL (C.), « Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États : vue d'ensemble », [En ligne] in [www.oecd.org/dataoecd/26/38/38046824.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/26/38/38046824.pdf)

<sup>2</sup> ZEROUALI (M.), *loc.cit.*, p. 149.

<sup>3</sup> RAGALA OUAZZANI (A.), *loc. cit.*, p. 97.

<sup>4</sup> ZEROUALI (M.), « Note : Décision sur la compétence du CIRDI dans l'affaire opposant le Maroc à des investisseurs italiens », in *REMARCS*, n° 1, 2004, p. 147-148., *loc.cit.*, p. 149 ; RAGALA OUAZZANI (A.), *loc. cit.*, p. 97.

le Maroc a considéré que le litige concerne de simples manquements aux dispositions contractuelles entre lesdites sociétés italiennes et la société ADM<sup>1</sup>.

### **Conclusion :**

En guise de conclusion, il est important de souligner que la question de l'arbitrage international et les personnes publiques au Maroc a marqué une évolution remarquable dans le sens de l'acceptation de l'arbitrabilité des litiges qui concernent cette catégorie de personnes qui veillent à l'intérêt général. Ceci est bien clair, d'abord du fait de l'adoption du critère matériel présentant l'avantage de ne pas interdire le recours des personnes publiques à l'arbitrage. Ensuite, par l'adoption de la loi 08-05 promulguée par le dahir du 30 novembre 2007 qui est très ouverte sur l'arbitrage international, et témoigne de la volonté du législateur marocain à adapter son ordre juridique aux exigences de la mondialisation, et de la concurrence afin d'offrir aux opérateurs économiques et aux investisseurs étrangers plus de sécurité et de confiance nécessaire pour investir au Maroc. D'ailleurs, cette loi a le mérite d'être claire. Elle précise et donne une définition bien structurée de l'arbitrage international. De plus, cette loi a le grand mérite d'accorder la possibilité pour l'Etat, les collectivités locales ou toute personne dotée de puissance publique d'utiliser l'arbitrage pour les contestations pécuniaires, à l'exception de celles qui concernent l'application de la loi fiscale.

Il est aussi pertinent de noter que le Maroc a choisi l'ouverture aux investissements étrangers dans un contexte de mondialisation marqué par l'importance des investissements dans la création des richesses et le développement social et économique des pays émergents.

Notons enfin que le nouveau droit français a également choisi l'ouverture sur l'arbitrage international. La réforme de 2011 renforce et concrétise cette ouverture. En adoptant cette réforme ambitieuse le législateur français vise à maintenir la situation de la France en tant que siège d'arbitrage international privilégié et prendre en considération une

<sup>1</sup> RAGALA OUAZZANI (A.), *loc. cit.*, p. 97.

partie des acquis de la jurisprudence. Ainsi, la réforme de 2011 fournit à l'arbitrage international en France un corps intégral de règles. Ceci permet de parachever la réforme établie par les décrets du 14 mai 1980 et du 12 mai 1981 en ce qu'elle avait donné des règles matérielles à l'arbitrage international.

## **Références bibliographiques :**

### **Ouvrages :**

- DAVID (R.), *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982
- EL- AHDAB (A.H.), *L'Arbitrage dans les pays arabes*, Paris, Ed. ÉCONOMICA, 1988.
- JARROSSEN (Ch.), *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987.
- ZAHI (A.), *L'Etat et l'arbitrage*, Paris, OPU Publisud, 1980.

### **Articles publié dans une revue scientifique :**

- GAUDEMET (Y.), « L'arbitrage de droit public au Maroc », in REMALD, n° 46, sep-oct 2002.
- OURZIK (A.), « Le contentieux des marchés public », in REMALD, n° 13, oct-déc 1995.
- RAGALA OUAZZANI (A.), « L'arbitrage du droit public marocain », in REMALD, n° 54 -55, janvier-avril 2004.
- RAZON (J.- P.), « L'arbitrage au Maroc », in Revue marocaine de droit, n° 1, jan-fév 1985.
- ROUSSET (M.), « La nouvelle loi 08-05 : L'arbitrage et les collectivités publiques », in REMARC, n° 10 & 11, 2010.
- VELISSARPOULOS-KARAKOSTAS (J.), « L'arbitrage dans la Grèce antique, Epoque archaïque et classique », in Revue de l'arbitrage, 2000, n° 1.
- ZEROUALI (M.), « Note : Décision sur la compétence du CIRDI dans l'affaire opposant le Maroc à des investisseurs italiens », in REMARC, n° 1, 2004.



مجلة الفقه والقانون

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

ردمد : 2336-0615