

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 / 69 يوليو 2018

❖ من مواد العدد 69 : يوليو 2018 :

- إرادة المواطن وكرامته من خلال قانون التبرع بالأعضاء.
- الضمان القضائي في الشريعة الإسلامية والفقه القانوني.
- مشكل السرقات العلمية في العلوم الشرعية والقانونية.
- الشرط الكتابي للعقد الإلكتروني في القانون السوداني.
- شروط وقف تنفيذ القرارات الإدارية وتطبيقاتها.
- أثر مصادر التشريع في مرونة السياسة الشرعية.
- قراءة في المواد المنظمة لتعدد الزوجات في مدونة الأسرة.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

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

بسم الله الرحمن الرحيم

| | | | |
|---|---|---|---|
| استغلال الفضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد | كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد | إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد | قراءة في النظام الفقهي الموالي (قانون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد |
|---|---|---|---|

المجلة الرئيسية

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

العدد التاسع والستون : يوليو 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 مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين 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 السويس بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبني : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد التاسع والستون : لشهر يوليو 2018

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 69 لشهر يوليو 2018 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. إرادة المواطن وكرامته من خلال القانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها

وزرعها : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون.....06

3. حقوق المرأة في إطار القانون الدولي المعاصر والاتفاقيات الإقليمية : الأستاذ الدكتور نايف عبد الجليل الحمايه

أستاذ القانون الدولي العام المساعد - قسم القانون كلية إدارة الأعمال - جامعة الحدود الشمالية المملكة العربية

السعودية.....14

4. الضمان القضائي بين الشريعة الإسلامية والفقه القانوني : الأستاذ أحمد محمد صالح ، دكتور في الحقوق باحث

حقوق تأمينية بالهيئة القومية للتأمين الاجتماعي - مصر.....38

5. إشكالية البلاجيا في البحث العلمي في العلوم الشرعية والقانونية وسائر العلوم الإنسانية : الدكتور عبد المنعم

نعيمي تخصص شريعة وقانون أستاذ محاضر بكلية الحقوق - جامعة الجزائر - 1.....54

6. الشرط الكتابي في العقد الإلكتروني دراسة في قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007 : الدكتور

مرتضى عبد الله خيرى ، أستاذ القانون المدني المساعد بجامعة نيالا بالسودان والمعار حاليا لكلية البريمي

الجامعية بسلطنة عمان.....79

7. شروط و قف تنفيذ القرارات الإدارية في التشريع الجزائري وتطبيقاتها أمام القضاء الاستعجالي : الأستاذ

الدكتور عمار بوضياف ، مسؤول فريق التكوين في الدكتوراه قانون عام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة تبسة - الجزائر.....96

8. أثر مصادر التشريع المختلف فيها في مرونة السياسة الشرعية : الدكتور عصام صبحي شير ، أستاذ الفقه

وأصوله المساعد جامعة الأقصى بغزة - فلسطين.....119

9. تعدد الزوجات في مدونة الأسرة قراءة في المواد المنظمة له (البند الثاني من المادة 39 والمواد 40-46) : الدكتورة

سعاد العمراني المريني ، أستاذة أحكام الأسرة وفقه التبرعات ، كلية الشريعة - فاس.....138

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد التاسع والستين لشهر يوليو 2018



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكداك

Email : Sldg55@gmail.com

الحمد لله الذي أبرز الحقائق بجواهر الكلمات ، وزين الأجناس بزينة كواكب الإشارات من العبارات ، والصلاة والسلام على العلم المفرد الذي أطلعه الله على السر المصون ، فأخبر بما خفى عن العيان والجنان مما كان وما يكون ، وبعد ،

لا شك أن الفقه الإسلامي يعد ثروة حقيقية تملكها الأمة الإسلامية ، وإن كان البعض منا لا يزال يجهل هذه القيمة ولا زال لا يكلف نفسه جهداً من أجل المزيد من التنقيب عن هذه الثروات التي لا بد من الاعتراف بانها كانت سابقة لعصرها في بعض الأمور والقضايا ، فبالرغم من أننا نعيش عصر الثورة التكنولوجية والتقدم العلمي إلا أن فقهاء الإسلام الذين مثلوا العصر الذهبي للحضارة الإسلامية كانوا يتوفرون على فكر موسوعي دقيق بهر العالم بأسره وشكل أرضية خصبة للعديد من الباحثين في القانون الوضعي ، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح مجموعة من الأسئلة الدقيقة التي تستدعي كشف النقاب عن أجوبتها وحلولها ، و تطرح كذلك علاقة التأثير والتأثر بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية والأجنبية ، ومن هنا نتساءل :

- ما مدى تأثير القوانين العربية والأجنبية بالفقه الإسلامي خصوصا في فترة الاستعمار الأجنبي لبلاد المسلمين؟
 - وما مدى انفتاح الفقه الإسلامي على القوانين العربية والأجنبية؟
 - ألا يمكن القول بأن أثر فقهاءنا الإسلامي في قوانيننا العربية ضعيف وأنه لا مفر من انفتاح أكبر على كنوز الفقه الإسلامي؟
 - ألا يمكن القول بأن بعض القوانين العربية والأجنبية كانت انتهازية وأخذت من الفقه الإسلامي فقط الأمور التي لا تخرجها في صياغتها لفصولها القانونية؟
 - ألا يمكن القول بأن نصيبا من نجاح المستعمر الأجنبي وتقدمه العلمي مرتبط بفترة نهله من كنوز الفقه الإسلامي خلال فترة استعمار بلاد المسلمين؟
- هذه الأسئلة وغيرها كثير نتمنى أن تكون موضوعا لبعض مواضيع مجلة الفقه والقانون في الأعداد القادمة بإذن الله وقوته .
- ختاما نذكركم بحتمية التعاون بين فقهاء الشرع والقانون من أجل نهضة الأمة الإسلامية وجعلنا العلي القدير نحن معاشر الباحثين مثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى ، ونتمنى لكم تصفحا ممتعا للعدد الجديد .

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.be.ma

دراسات وأبحاث بالعربية ✓

إرادة المواطن وكرامته من خلال القانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكداك

Email : Sldg55@gmail.com

مقدمة :

صادق البرلمان المغربي¹ على قانون ينظم التبرع بالأعضاء² والأنسجة البشرية ، ويحمي المتبرعين القاصرين ويسمح لهم بالتبرع في حالات خاصة لحماية نموهم وسلامتهم ، وتزامنا مع إصدار هذا القانون أطلق المغرب حملة وطنية من أجل تشجيع المواطنين على التبرع بأعضائهم وأنسجتهم البشرية ، وذلك في ظل ضعف أعداد المتبرعين والتزايد المستمر في احتياجات مرضى الحالات المستعصية لهذه الأنسجة والأعضاء لإنقاذ حياتهم.

¹ - المغرب يطلق حملة للتشجيع على التبرع بالأعضاء، موقع قناة الجزيرة ، تاريخ الاطلاع 2015/07/04 على الساعة الثانية زوالا.

متاح بركن : طب وصحة على الرابط : <http://www.aljazeera.net>

² - (عرفت المادة 2 من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها "العضو بشري" هو كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلا للخلفة أم لا والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد). / القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها ، صيغة محينة بتاريخ 9 يونيو 2014 بالبوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل والحريات بالمملكة المغربية – عدالة - على الرابط التالي :

<http://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/TextesJuridiques.aspx> تاريخ الاطلاع : 2015/07/04 على الساعة الثانية زوالا .

فرغم تقدم البلاد في مجال زراعة الأعضاء عربيا فإن إنجازاتها في هذا الميدان لا تلي حاجيات المرضى المتزايدة ، كما أن المواطنين في المغرب ما زالوا يبدون بعض التخوفات والتحفظات بشأن التبرع بأعضائهم.

وفي هذا الإطار شجع العديد من المسؤولين والعلماء المغاربة المواطنين على التبرع بأعضائهم باعتباره أحد أشكال التضامن والتكافل الاجتماعي، وأبرزوا أهمية مبادرة التبرع بالأعضاء لإنقاذ حياة آلاف المرضى.

واعتبر بعضهم أن مسألة التبرع بالأعضاء أضححت في المغرب قانونا منظما تجاوز مرحلة المسألة الشرعية بشأن جوازها من عدمه ، بل هناك من اعتبرها نوعا من أنواع الجهاد.

وبغض النظر عن آرائهم ومدى وجاهتها وسلامتها ، استوقفتني بعض فتاوى علماء القرويين وشيوخ المالكية الأفاضل الذين يقام لهم ويقعد في العالم الإسلامي بخصوص التبرع بالأعضاء البشرية والذي يرفضونه جملة وتفصيلا وفي جميع الأحوال ، حال الحياة وحال الموت ، وهم العلماء الربانيون الأجلاء وشيوخ المالكية الأفاضل سيدي عبد الكريم الداودي¹ وسيدي أحمد الغازي الحسيني² ، سيدي محمد التاويل³ رحمهم الله وجعل قبرهم روضا من رياض الجنة ، والذين رفضوا مس جثة الميت على الإطلاق ولو كان شعرة من شعراته فينبغي جعلها مع كفته ، نظرا لاحترامهم وتقديسهم لإرادة الإنسان وكرامته ، واعتبارهم أن الأعضاء البشرية هي ملك تام لخالقها ومدبر شؤونها ، وقد أوجب الله الحفاظ عليها وصيانتها مما قد يضرها⁴ ، فكيف يتصور تصرف الإنسان في ما لا يملك !!!!

¹ - هو العلامة عبد الكريم بن محمد بن عبد السلام بن أحمد الداودي ، كان ميلاده بفاس عام 1334 ، درس مبادئ العلوم العربية بالمدرسة الناصرية بزاوية سيدي أحمد بن ناصر بفاس ، وأثناء دراسته كان يتلقى بعض الدروس العلمية بجامع القرويين ، وبعد تحصيله على مبتغاه بالمدرسة انخرط في سلك طلبة كلية القرويين وذلك عام 1351 ، واستمر يتابع دراسته بنظام كلية القرويين إلى أن تخرج منه حاملا الشهادة العالمية من القسم الديني عام 1361 وأصبح من علماء القرويين وعضو بالمجلس العلمي الإقليمي بفاس. / ملتقى أهل الحديث ، منتدى تراجم أهل العلم المعاصرين ، من أعلام المغرب المعاصرين ، الشيخ العلامة عبد الكريم الداودي رحمه الله ، متاح على الرابط التالي : <http://www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=258963>

تاريخ الاطلاع : 2015/07/04 على الساعة الثانية زوالا .

² - هو العلامة الفقيه الأستاذ البارز أحمد غازي الحسيني من كبار علماء مدينة فاس و المغرب ، أستاذ بارز وعالم جليل حمل على عاتقه مهمة التعليم والتوجيه ونشر التعاليم الإسلامية وقيم التسامح والوسطية ، وتكريس المذهب المالكي والعقيدة الأشعرية ، حاز الفقيه العلامة أحمد غازي الحسيني سنة 2010 على جائزة محمد السادس للفكر والدراسات الإسلامية، والتي سلمها له صاحب الجلالة الملك محمد السادس. وقد عرف العلامة ، ببحوثه الأكاديمية بكلية الشريعة التابعة لجامعة القرويين بفاس. كما ألف عددا من الكتب النفيسة من بينها "التدريب على تحرير الوثائق العدلية" و"تواريخ القسمة في الشريعة والقانون" و"علم التوقيت والتعديل". انتقل إلى عفو الله يوم الجمعة 19 ربيع الآخر 1433 هـ الموافق 11 ماي 2012. / موقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب ، متاح على الرابط التالي : <http://www.habous.gov.ma> تاريخ الاطلاع : 2015/07/04 على الساعة : الثانية زوالا .

³ - هو محمّد بن محمّد بن قاسم بن حسين التاويل، من مواليد 1934م، بإقليم تاونات. حفظ القرآن وهو صغير، وأخذ عن والده سيدي محمد بن قاسم، الذي كان إماماً في القراءات القرآنية، تميز العلامة التاويل بذاكرة قوية وفهم ثاقب، ويعد موسوعة علمية ومدرسة أصولية فقهية، ، وإليه كان المقصد في الفتاوى المنضبطة المحرّرة على مذهب إمام المدينة مالك ابن أنس رحمه الله ، اشتغل أستاذا للتعليم العالي والفقه والأصول بجامع القرويين كما تولى عدة مهام أخرى من أبرزها المشاركة في اللجنة الاستشارية الملكية لمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، وخلف ثروة علمية كبيرة من بينها : موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه ، توفي رحمه الله مساء يوم الاثنين 6 أبريل 2015 بفاس/ المجلس العلمي المحلي للعرائش ، متاح على الرابط التالي : <http://laramajliss.org/index.php/redaction/236-2015-04-10-20-59-56.html> تاريخ الاطلاع : 2015/07/04 على الساعة الثانية زوالا .

⁴ - ومما ذكره بعض شيوخ المالكية وعلماء القرويين الأجلاء ما يلي : ===

وفي هذا الصدد لن أدخل في نقاش قضية تحريم وتحليل التبرع بالأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، ولن أناقش قضية التبرع بالأعضاء البشرية في ما بين الأحياء ، ولكن سأحاول مناقشة إشكال هام في القانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها ، ومدى احترامه لإرادة المواطن المتبرع وكرامته ، وذلك من خلال مبحثين على الشكل التالي :

المبحث الأول : مدى احترام القانون 16.98 لإرادة المواطن المتبرع :

المبحث الثاني : مدى احترام القانون 16.98 لكرامة المواطن المتبرع :

✓ المبحث الأول : مدى احترام القانون 16.98 لإرادة المواطن المتبرع :

لاشك أن المستقرئ للمادة 4¹ من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها سيفهم بوضوح لا مجال معه للشك بأن المشرع المغربي يحترم إرادة المواطن المتبرع بأعضائه ، فلا يجوز له التبرع إلا بموافقة الصريحة والواضحة ، كما يعطيه فرصة لإلغاء هذه الموافقة متى أراد ذلك ، وهذا الأمر أكدته المادة 13² من

✓ = = = ذكر العلامة سيدي عبد الكريم الداودي رحمة الله أن : " بأن الميت له حرمة كحرمة الحي. وكما لا يجوز بتر عضو من أعضاء الحي إلا إذا كان العضو المراد بتره فيه علاج لذلك. كذلك لا سبيل لإزالة أي جزء من أجزائه بعد موته. أما قول السائل من مبدأ الموافقة على التبرع فيقال عليه : إن التبرع إنما يجوز ويتصور من أهل التبرع وأي تبرع يتصور في حق من مات وخربت ذمته؟ وأقاربه هم الآخرون لا يتصور منهم تبرع بالنسبة لرفاته...وما سقط منه من شعر جعل مع أكفائه"/ العلامة سيدي عبد الكريم الداودي ، ما حكم الشريعة الإسلامية في مسألة التبرع بالأعضاء بعض الوفاة الناجمة عن حوادث السير، مجلة دعوة الحق العددان 306/305 أكتوبر- نونبر 1994 متاح على الرابط : <http://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item/7822>

تاريخ الاطلاع يوم السبت 4 يونيو 2015 على الساعة الثانية زوالا.

✓ وفي موضع آخر ذكر العلامة سيدي أحمد الغازي الحسيني : " أن الشريعة الإسلامية لا توافق على حلية أخذ الأعضاء الحيوية من جسد المتوفى بعادته قبل التأكد من مفارقة روحه للجسد. وسكون هذه الأعضاء وبرود حركتها، فأحرى التبرع بها على المرضى المحتاجين إليها للعلاج بها، لأن التبرع بما فيه معصية باطل شرعا. سواء كان التبرع بها من طرف المركز الاستشفائي العمومي، أو كان من طرف المتوفى نفسه حيث أوصى في حياته بأنه إذا قضى الله بموته وأدبرت من الدنيا أيام حياته، فإن أعضائه الحيوية تنزع من جسده ويساعد بها المحتاجون إلى العلاج بها على جهة التبرع المحض والإحسان الخالص. لأن هاته الأعضاء هي ملك تام لخالقها ومدير شؤونها، ولا شائبة ملك فيها لصاحبها ولا للمستشفى العمومي أيضا. وقد أوجب الله على صاحبها الحفاظ عليها وصيانتها مما قد يضرها. قال ربنا الكريم في كتابه الحكيم: ?ولا تلقوا بأيديكم على التهلكة?. وكذلك المستشفى العمومي يجب على المسؤولين عنه أن يحافظوا على ذوات المرضى وعلى أرواحهم البرينة، وأن يعاملوهم بما فيه مصلحتهم الراجعة وفق مقتضيات نصوص الشريعة الإسلامية، مسلمين أم لا."/ العلامة سيدي احمد الغازي الحسيني ، ما حكم الشريعة الإسلامية في مسألة التبرع بالأعضاء بعض الوفاة الناجمة عن حوادث السير، مجلة دعوة الحق ، العددان 306/305 أكتوبر- نونبر 1994 متاح على الرابط : <http://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item/7822>

تاريخ الاطلاع يوم السبت 4 يونيو 2015 على الساعة الثانية زوالا.

✓ وفي موضع ثالث ذكر العلامة سيدي محمد التاويل أن : "تبرع الإنسان بأعضائه في حياته أو الوصية بها لا يجوز لأن الإنسان في منظور الإسلام بروحه وجسده وجميع أعضائه ملك لله تعالى الذي خلقه وصوره، والإنسان لا يملك شيئا من جسده وأعضائه ولكنه مؤتمن عليها مسؤول عن حفظها ممنوع من التصرف فيها إلا في حدود المأذون له فيه شرعا، ومن لا يملك الشيء لا يحق له التبرع به أو الوصية به لأن فاقد الشيء لا يعطيه."/ العلامة محمد التاويل ، التوظيف المقاصدي في القضايا الطبية الراهنة، جريدة المحجة العدد 381 ليوم 4 يونيو 2012 ، وهي جريدة نصف شهرية جامعة ، المدير المسؤول الدكتور عبد العلي حجيج : <http://almahajjafes.net> تاريخ الاطلاع : 2015/07/04 على الساعة الثانية زوالا.

1- المادة 4 من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها : " لا يجوز أخذ الأعضاء إلا بعد أن يوافق المتبرع مسبقا على ذلك. ويمكن للمتبرع إلغاء هذه الموافقة في جميع الحالات".

2 - المادة 13 من نفس القانون السابق : " يجوز لكل شخص راشد يتمتع بكامل أهليته، أن يعبر وهو على قيد الحياة ووفق الأشكال والشروط المنصوص عليها في هذا الفصل الثاني، عن إرادته ترخيص أو منع أخذ أعضائه أو أعضاء معينة منه بعد مماته".

نفس القانون السالف الذكر بحيث يمكن لكل راشد يتمتع بأهليته الكاملة وهو على قيد الحياة أن يعبر عن إرادته في التبرع بأعضائه أو عدمه.

لكن ما يثير الاستغراب حقا هو مضامين المادة¹⁵ من نفس القانون السابق والتي تنص على ما يلي : " يعبر كل شخص يريد وهو على قيد الحياة أن يعترض على أخذ عضو من أعضائه بعد مماته عن رفضه الأخذ بواسطة تصريح يتلقاه رئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته أو القاضي المعين لهذا الغرض... " ، وبمفهوم المخالفة سنفهم بأن كل مواطن لم يعترض في حياته على التبرع بأعضائه فسيكون مصير جسده التبرع عملا بقاعدة "السكوت علامة الرضى"² ، وبالتالي يبدو أن هذه المادة القانونية تؤكد بأن الأصل هو أن جميع المواطنين الهالكين ستتبرع الدولة بأجسادهم ، وأن كل شخص هو على قيد الحياة يرفض التبرع بأعضائه عند موته ينبغي عليه أن يسارع في حياته من أجل استصدار كل الوثائق اللازمة والرسمية التي تؤكد بما لا يدع مجالا للشك بأنه كان يرفض عندما كان حيا يرزق التبرع بأعضائه.

وهذا الأمر في غاية الخطورة ، ولا ينم عن احترام إرادة الإنسان ، بمعنى أنه ومن خلال الثغرات الموجودة في المادة 15 السالفة الذكر ، يمكن للدولة التبرع بأعضاء المواطن الهالك بحجة أن المتوفى لم يكن يقظا في حياته ولم يكن محتاطا بما فيه الكفاية ونسي أن يستصدر الوثائق الرسمية اللازمة التي تؤكد رفضه المطلق للتبرع بأعضائه عند وفاته.

لتضاف مسؤولية جديدة أخرى على عاتق كل إنسان قد تباغته الموت في أية لحظة ، فبعدما كان يحمل هم عائلته الصغيرة ويتمنى من الله أن يلقاه و قد ترك لهم ما يعيشون به عيشة كريمة ، أصبح عليه أن يترك لهم أيضا وصية معززة بالوثائق تؤكد رفضه المطلق للتبرع بأي عضو من أعضائه عند وفاته .

ثم ما العمل إذا ثبت أن التصريح الذي تركه الهالك والذي يجيز التبرع بأعضائه مزور !!؟ في زمن أصبح فيه تزوير الشواهد الطبية والحقائق سهلا ومتقنا ، لا يمكن اكتشافه إلا بمشقة الأنف.

هذا ويواصل القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها في مادته 16 عدم احترامه لإرادة المواطن وتأكيد على أن إرادة هذا الأخير لا يعتد بها فهي مجرد أمر شكلي يبقى حبرا على ورق ومسطرا في النصوص القانونية فقط ، ومما ورد في هذه المادة ما يلي : " يمكن إجراء عمليات أخذ الأعضاء لأغراض علاجية أو علمية من أشخاص متوفين لم يعبروا وهم على قيد الحياة عن رفضهم الخضوع لعمليات من هذا النوع، في مستشفيات عمومية معتمدة تحدد قائمتها من طرف وزير الصحة إلا في حالة اعتراض الزوج وإلا فالأصول وإلا فالفروع" : بمعنى أن هذا الأمر يعتبر تأكيدا بأن من لم يصرح خلال حياته بموافقة التبرع بأعضائه ، فسيتم

1 - المادة 15 من نفس القانون السابق : " يعبر كل شخص يريد وهو على قيد الحياة أن يعترض على أخذ عضو من أعضائه بعد مماته عن رفضه الأخذ بواسطة تصريح يتلقاه رئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته أو القاضي المعين لهذا الغرض. ويتم تسجيل التصريح دون صوائر لدى كتابة ضبط المحكمة التي توجهه إلى جميع المستشفيات المختصة في أخذ الأعضاء من الأموات. ويشار إلى هذا التصريح في السجل الخاص الذي يمسك لهذا الغرض والمنصوص عليه في المادة 17 من هذا القانون. "

² - قد يقول قائل إن الساكت لا رأي له ، أو أنه لا يمكن أن نقر برضاه بالواقعة إلا من خلال قرائن واضحة تؤكد قبوله التبرع بأعضائه فنجيبه بقولنا : " إن من يقول بهذا يؤكد قساوة القانون الذي يريد التبرع بأعضاء مواطن سكت إلى الأبد ولقي ربه دون نعرف هل كان قيد حياته يريد التبرع بأعضائه أم لا ؟ !!! "

التبرع بها رغما عن أنفه ، خصوصا - إذا كان مقطوعا من شجرة - فلا زوج له ولا أصول ولا فروع ، وذلك على وجه السرعة حتى لا تفقد الأعضاء طراوتها وحيويتها¹، وحتى إن كانت له عائلة فلا أظن بأن هناك إنسانا له الجرأة والشجاعة ليصرح بقبوله التبرع بجسد عزيز من أعزائه في وقت وظرف يعتصر فيه قلبه ألما على فراقه ، وفي وقت تعطل فيه كل تفكيره من هول المصاب الجلجل الذي ألم بالعائلة.

✓ المبحث الثاني : مدى احترام القانون 16.98 لكرامة المواطن المتبرع :

ومما يثير الأسف أيضا ما ورد في المادة 18 من نفس القانون² السالف الذكر والتي تؤكد بأن المواطن المريض بمجرد دخوله إلى المستشفى فإن إدارته ستساومه على جسده هل يريد التبرع به أم لا ؟ وتحاول جاهدة انتزاع تصريح منه بذلك ، مما يطرح معه إشكال صحة التصريح الصادر من المريض مرض الموت هل يعتد به أم لا ؟ بالنظر إلى الحالة الصحية المتدهورة للمريض والتي لا شك أنها ستؤثر على قدراته العقلية ، هذا من جهة ومن جهة ثانية ألا يعد الطبيب مسؤولا عن التدهور النفسي والصحي للمريض من جراء تحسيسه بأنه سيفارق الحياة وسيتبرع بأعضائه؟؟؟ فلاشك أن هذا الأمر الجلجل سينزل عليه كالصاعقة ، فلا أحد في هذا الكون يجب الموت ، ولا أحد يجب أن يفهم من الطبيب المعالج بأن أجله قد اقترب فلاشك أن البعض من هؤلاء المرضى سيموت من حسرته وألمه ، وقد يصاب بسكتة قلبية مفاجئة ، فمساومة إنسان على جسده وهو على قيد الحياة خطير جدا ، فعوض أن يحفز الطبيب المريض ويرفع من معنوياته سنجدد يجعلها في الحضيض ، وهذا يتنافى مطلقا مع شرف ونبيل مهنة الطب.

وتواصل المادة 19³ من نفس القانون السابق الجهد الجهد من أجل انتزاع تصريح بالتبرع بالأعضاء من المواطن الهالك المنتظر أو أسرته ، وتطالب المادة المذكورة الطبيب بأن : ".... يبذل جهده للحصول عليها....".

ومن هنا نتساءل : هل الطبيب مطالب ببذل الجهد الجهد لإنقاذ المريض والعناية به إلى آخر رفق في حياته؟؟؟ أم أنه مطالب بانتزاع تصريح منه للموافقة على التبرع بأعضائه!!!!!!

¹ يقول العلامة سيدي أحمد الغازي الحسيني رحمه الله أنه : " في حالة توقف القلب تماما تموت أعضاء الجسد خلال بضع دقائق حيث تتمد وتبرد حركتها، فتصير كأحجار لا يصلح زرعها في جسد من هو محتاج إليها : (وهذا يؤكد أمرا مؤسفا مفاده أن العضو المتبرع به ينتزع من المواطن قبل موته نهائيا مائة بالمائة). / العلامة سيدي احمد الغازي الحسيني ، ما حكم الشريعة الإسلامية في مسألة التبرع بالأعضاء بعض الوفاة الناجمة عن حوادث السير ، مجلة دعوة الحق ، العددان 306/305 أكتوبر- نونبر 1994 متاح على الرابط : <http://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item/7822>

تاريخ الاطلاع يوم السبت 4 يونيو 2015 على الساعة الثانية زوالا.

2- المادة 18 من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها : " يعبر كل شخص يدخل قصد العلاج إلى أحد المستشفيات المشار إليها في المادة السابقة عن رفضه أخذ أعضائه أو بعضها منها. ويجب لزوما أن يقوم الطبيب المدير أو الطبيب المعين خصيصا لهذا الغرض من طرف الطبيب المذكور بتلقي تصريح الشخص الخاضع للعلاج ويتضمنه في السجل الخاص المنصوص عليه في المادة 17 أعلاه. ويبلغ التصريح المذكور إلى الأطباء المسؤولين عن عمليات أخذ الأعضاء في المؤسسة الاستشفائية ".

3- المادة 19 من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها : " إذا توفي الشخص الذي دخل إلى المستشفى قصد العلاج أو كان في حالة لا تمكنه من التعبير عن رفضه أو لم يتمكن من التعبير عن رفضه وفقا لأحكام المادة 18 أعلاه، يشار إلى ذلك في السجل الخاص من طرف الطبيب المدير أو ممثله. ويشار كذلك في السجل المذكور إلى كل العناصر التي يفترض من خلالها أن الشخص المذكور قد يرفض أخذ أعضائه بعد مماته، وبصفة خاصة تصريحات أسرته التي يجب على الطبيب أن يبذل جهده للحصول عليها".

وهذا أمر مخزن حقا فالأطباء الشرفاء الذين يقدسون حق الإنسان في الحياة يبذلون المعجزات من أجل أن يبقى مريضهم حيا يرزق ، والتاريخ يشهد على عدة حالات كان المريض فيها قاب قوسين أو أدنى من الموت لكن يقظة الطبيب وذكائه جعلت الروح تبعث من جديد في المريض بمشيئة الله ، والمعلوم شرعا أن موت الإنسان دماغيا لا يعتبر موتا وأن الموت الحقيقي يكمن في خروج الروح من الجسد ، وبالتالي فإن المادتين 21 و 22¹ من القانون 16.98 تبيحان أخذ أعضاء الإنسان بعد موته دماغيا وهذا يعتبر جريمة قتل للنفس بغير حق عند العديد من علماء القرويين وشيوخ المالكية الأفاضل² .

أكد أن لكل إنسان أجلا محتوما ولو اجتمع على علاجه أطباء العالم بأسره ، ولكن إنسانية الطبيب ونبله وتفانيه في علاج المريض إلى آخر لحظة في حياته أمر مطلوب وواجب محتوم ، فأى طبيب هذا الذي ينسى مواساة الأقارب في فقيدهم ويطلب منهم أن يسارعوا إلى توقيع وثائق رسمية تؤكد قبولهم بالتبرع بجسد فقيدهم العزيز ، أين هي الرحمة ؟ أين هي الإنسانية ؟ أين هي كرامة الميت ؟ !!!

1- ورد في المادة 21 من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها أنه : " لا يجوز القيام بعملية أخذ الأعضاء إلا بعد وضع محضر معاينة طبي يثبت وفاة المتبرع دماغيا ، على أن تكون أسباب وفاته خالية من كل الشكوك. ويقوم بوضع المحضر المعاينة المذكور طبيبان من المؤسسة الاستشفائية يعينان خصيصا لهذا الغرض من طرف وزير الصحة بعد استطلاع رأي رئيس المجلس الوطني لهيئة الأطباء الوطنية. ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن يلحق الطبيبان المذكوران بالفرقة الطبية المكلفة بأخذ أو زرع العضو المأخوذ من الشخص الذي عاينا وفاته ." / ومن جهة ثانية أشارت المادة 22 من نفس القانون السابق إلى أنه : " يتم وضع محضر معاينة الوفاة الدماغية بناء على علامات سريرية وشبه سريرية متطابقة يحددها وزير الصحة باقتراح من هيئة الأطباء الوطنية. ويبين محضر إثبات الوفاة الدماغية العلامات التي ارتكز عليها الأطباء المختصون لمعاينة الوفاة ."

2 - فصل بعض علماء القرويين وشيوخ المالكية الأفاضل هذه القضية على الشكل التالي :

- ذكر العلامة محمد التاويل رحمه الله : " أنه إذا اخذ العضو من الإنسان بعد موته الحقيقي يجعله غير صالح للزراعة، وإن أخذ منه قبل ذلك وبعد موت دماغه فذلك جريمة قتل لأن موت الدماغ لا يعتبر موتا شرعيا، لان الموت الحقيقي هو خروج الروح من الجسد ومفارقتها له". (وعلى ما يبدو مدى وجاهة وتماسك رأي العلامة محمد التاويل رحمة الله عليه واحتياطه في الحفاظ على الأرواح فلا يمكن الحكم بموت إنسان إلا بعد التأكد نهائيا من خروج روحه وتوقف جميع أعضائه عن الحركة) / العلامة محمد التاويل ، التوظيف المقاصدي في القضايا الطبية الراهنة، جريدة المحجة العدد 381 ليوم 4 يونيو 2012 ، جريدة نصف شهرية جامعة المدير المسؤول الدكتور عبد العلي حجيج.
- وفي موضع آخر يقول العلامة سيدي أحمد الغازي الحسيني رحمه الله أن : " شرط الأطباء استغلال الأعضاء بعد الوفاة الناجمة عن الحوادث بقاء أثر الحياة فيها، لأن الوفاة تثبت عند الأطباء بمجرد التأكد من موت خلايا المخ. فمتى ماتت خلايا المصاب بحادثة، فالأطباء يقررون وفاته ويستعجلون أخذ أعضاء جسده الحيوية قبل أن يتوقف قلبه عن النبضان ثم يحفظونها في أماكنها لمساعدة من سيحتاج أحدها. وفي حالة توقف القلب تماما تموت أعضاء جسده خلال بضع دقائق حيث تهدم وتبرد حركتها، فتصير كأحجار لا يصلح زرعها في جسد من هو محتاج إليها...." وإذا كانت حياة المصاب بحادثة الواقع في حالة غيبوبة نهائية لم تنته حياته بعد ما دام له عرق نابض، فإنه ما يزال يتمتع بحقوق الإنسان الحي، ومنها المحافظة على نفسه وجسده وكرامته. فيحرم شرعا قطع أي عضو من جسده قبل التأكد من مفارقة الروح له، مسلما كان أو غير مسلم. ويترتب على هذا الحكم الشرعي أن إجراء عملية أخذ أعضاء المصاب بحادثة إثر وفاته حسب معيارها الطبي يعتبر قتلا بغير حق له إذا انتهت به حياته، لان القتل هو إجراء عمل محرم شرعا تزول به الحياة عن وقع عليه هذا العمل". / العلامة سيدي احمد الغازي الحسيني ، ما حكم الشريعة الإسلامية في مسألة التبرع بالأعضاء بعض الوفاة الناجمة عن حوادث السير ، مجلة دعوة الحق ، العددان 306/305 أكتوبر- نونبر 1994 متاح على الرابط :

<http://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item/7822>

تاريخ الاطلاع يوم السبت 4 يونيو 2015 على الساعة الثانية زوالا.

لا بد أن نعترف بأن معزة من فقد من العائلة قد تجعل بعض الأقارب يتمنون تخنيط جثته لبقائها أمام أعينهم صباح مساء فكيف بالتبرع بها!!!!

ثم كيف سيكون إحساس من توفي له قريب وهو خارج أرض الوطن ، وهو يأمل عند وصوله الوقوف على قبره والدعاء له بالرحمة عسى أن تبرد وتحمد نار فراقه قليلا ، ليفاجأ بأن الفقيده قد تم التبرع بجسده وأعضائه فلا قبر له يذكر!!!!!!

وبالرجوع إلى الباب الرابع من القانون 16.98 وبالضبط المواد 29/28/27¹ نجد عنوانا مستغزا وهو : " استيراد الأعضاء البشرية وتصديرها" ، والذي قد يفهم البعض منه بأننا أمام شركة تجارية مخصصة لاستيراد الأعضاء البشرية وتصديرها .

وبغض النظر عن زاوية فهم وتفسير هذا العنوان ، لا بد أن نؤكد بأن باب التصدير موجود والثغرة القانونية موجودة إذن ، والمدخل الشيطاني للتلاعب بأعضاء المواطنين المتبرعين وجثثهم موجود أيضا ، وبإمكان تصدير أعضائهم للخارج -أكد بشرط وضعها هذا القانون متوهما بأنها كافية لمنع المتاجرة بالأدميين - والمنطق يقضي أنه لا يعقل أن نقوم بتصدير الأعضاء البشرية إلا إذا حققنا الاكتفاء الذاتي منها والذي ينفع المواطنين -حسب تصور هذا القانون السالف الذكر- ومادامت عمليات زرع الأعضاء في المغرب لازالت في بداياتها فإن التصدير إذن سيكون أولى من الاستيراد ، فما الفائدة في الإبقاء على ثروة من الأعضاء البشرية بأرض الوطن ونحن لا نملك الظروف والوسائل العلمية المتطورة التي تمكننا من زرعها؟؟؟، فإذا نجحت عمليات محدودة للزرع بالمغرب فلا شك أن هناك العديد من الأعضاء الدقيقة التي يستحيل زرعها في المغرب والتي يكلف زرعها أموالا خيالية ...

إذن من كل ما سبق ونظرا للثغرات الموجودة في فصول هذا القانون سيكون هناك احتمال كبير لازدهار تصدير الأعضاء البشرية ببلادنا ، وستصبح - لا قدر الله - قضية التبرع بالأعضاء تجارة قائمة بذاتها² رغم أنف الجميع في زمان كثر فيه الغش والخداع وتزوير الشواهد والحقائق والمتاجرة بالدماء المتبرع بها... فكيف لا تتم المتاجرة بالأعضاء البشرية أيضا؟؟!!!! وهذا اعتداء صارخ وتبخيس وتحقير للكرامة البشرية وتحويل جثة الإنسان إلى سلعة يتاجر بها وتجنى من ورائها الأرباح الطائلة.

1 - أوضح الباب الرابع من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها قضية "التصدير والاستيراد" على التالي :

- المادة 27 : " يمنع استيراد الأعضاء البشرية وتصديرها ما لم ترخص الإدارة بذلك بعد استطلاع رأي المجلس الوطني لهيئة الأطباء الوطنية " .
- المادة 28 : " لا يجوز الترخيص باستيراد الأعضاء البشرية إلا لفائدة المؤسسات الاستشفائية المرخص لها في إجراء عمليات أخذ الأعضاء وزرعها " .
- المادة 29 : " لا يجوز الترخيص بتصدير الأعضاء البشرية إلا لفائدة المؤسسات الواردة في قائمة تحددها الإدارة تطبيقا لاتفاق بين المملكة المغربية والدولة الواقعة في تراجها المؤسسات المذكورة " .

² - لقد منع العلامة محمد التاويل رحمه الله التبرع بالأعضاء لعدة أسباب من بينها : - أن قاعدة سد الذرائع واعتبار المآلات تقتضي منع ذلك لأن فتح هذا الباب يؤدي إلى انتشار التجارة في الأعضاء البشرية عاجلا أو آجلا ، وما يتبع ذلك من سرقة الأعضاء واختطاف الأطفال التي بدأت بوادرها تطفو على السطح في أنحاء العالم. / العلامة محمد التاويل ، التوظيف المقاصدي في القضايا الطبية الراهنة، جريدة المحجة العدد 381 ليوم 4 يونيو 2012 ، جريدة نصف شهرية جامعة المدير المسؤول الدكتور عبد العلي حجيج.

خاتمة :

مما سبق يتبين بأن المشرع المغربي ترك العديد من الثغرات القانونية التي يفهم منها وللأسف الشديد أن إرادة المواطن المتبرع بأعضائه هي آخر ما يلتفت إليه ، وأنها لا تعدو أن تكون أمرا شكليا غير ذي قيمة ، وأن السلطة الكبرى متروكة للأطباء الذين يملكون الحصانة التي تجعلهم ينتزعون الموافقة من المواطن المتبرع أو من أهله ، دون مراعاة لمشاعر المتبرع وكرامته ، فكيف يتصور أخذ تصريح بالموافقة من مريض مرض الموت ؟ وكيف ستكون حالته النفسية من جراء سماعه هذا العرض القاتل ؟ وهذا الأمر الصادم ، وهذه الصاعقة التي ستجعله يتصور بأن جسده سيقطع إربا إربا ، إن لم نقل بأن روحه ستزهق حال سماع هذا الأمر الجلل ، ولا ننس بأن ديننا الحنيف أمرنا باحترام الإنسان حيا أو ميتا ، ومن حق المواطن الميت ألا تشوه جثته بطريقة بشعة ، وتوزع أعضاؤه شرقا وغربا وشمالا وجنوبا ، فكيف إذن سيكون له قبر وجثته بعثرت يمينه ويسرة !!!!!!

إن الخوف كل الخوف من أن يتحول جلب - المصلحة - التي ينادي بها القانون 16.98 إلى مفسدة أعظم و يستغل عديموا الضمير الثغرات القانونية الموجودة في هذا القانون من أجل تحويل قضية التبرع بالأعضاء البشرية إلى تجارة قائمة بذاتها تجعل جثث المواطنين تباع بالتقسيط بالداخل والخارج ، وتندثر معها المقابر وتباع مساحاتها للوبيات العقار من أجل تحويلها إلى تجزئات سكنية باهظة الثمن .

رحمكم الله يا علماء جامعة القرويين الأفذاذ ، ويا شيوخ المالكية الأجداد ، سيدي عبد الكريم الداودي وسيدي أحمد الغازي الحسيني ، وسيدي محمد التاويل ، وأسكنكم فسيح جنانه ، وجعل قبركم روضة من رياض الجنة ، فلقد كنتم خير حريص على ضمان احترام إرادة وكرامة المواطن المسلم حيا وميتا ، وحرمتم الاعتداء ولو على شعرة واحدة من جسده ، في وقت أصبح فيه البعض ينادي بالإسراع إلى التبرع بأعضاء المواطنين قبل أن يأكلها الدود !!!!!!

✓ المصادر والمراجع :

- جريدة المحجة العدد 381 ليوم 4 يونيو 2012 ، وهي جريدة نصف شهرية جامعة ، المدير المسؤول الدكتور عبد العلي حجيج : <http://almahajjafes.net>
- القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها ، صيغة مخينة بتاريخ 9 يونيو 2014 بالبوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل و الحريات بالملكة المغربية - عدالة - على الرابط التالي : <http://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/TextesJuridiques.aspx>
- مجلة دعوة الحق العددان 305 / 306 أكتوبر - نونبر 1994 متاحة على الرابط : <http://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item/7822>
- ملتقى أهل الحديث : <http://www.ahlalhdeth.com>
- المجلس العلمي المحلي للعرائش : <http://laramajliss.org>
- موقع قناة الجزيرة : <http://www.aljazeera.net>
- موقع وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب : <http://www.habous.gov.ma>

حقوق المرأة في إطار القانون الدولي المعاصر والاتفاقيات الإقليمية



الدكتور : نايف عبد الجليل الحمايده
أستاذ القانون الدولي العام المساعد
قسم القانون كلية إدارة الأعمال ، جامعة
الحدود الشمالية - المملكة العربية السعودية

الملخص :

بينت الدراسة الحقوق التي تحضى بها المرأة في الاتفاقيات الدولية بدءاً من ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكذلك العهدين الدوليين وما تبعهما من اتفاقيات تخص المرأة والصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ولجانها المتخصصة وخاصةً اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 3 ديسمبر 1981 ومن ابرز ما أفرزته للعمل على تطبيق هذه الاتفاقية هو صدور البروتوكول الإختياري الملحق بالاتفاقية والمعروف بروتوكول 2000 ، إضافةً لعقد العديد من الاتفاقيات الإقليمية والتي تناولت حقوق المرأة كالاتفاقية الأوروبية والأمريكية إضافةً للمواثيق الإقليمية كالميثاق الأفريقي، الميثاق العربي، والميثاق الإسلامي، حيث تكمن أهمية هذه الحقوق في مدى مساهمتها في حماية حقوق المرأة، وذلك من خلال إفرازها لآليات فعالة للحماية.

الكلمات الدالة : حقوق المرأة، الاتفاقيات الدولية، المواثيق الإقليمية، آليات الحماية الدولية، المساواة بين الرجل والمرأة.

Les droits des femmes dans le contexte du droit international contemporain et Les conventions internationales.

résumé :

L'étude a montré la Thoudy des droits des femmes dans les conventions internationales allant de la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que les pactes internationaux et les conventions qui en découlent concernant les femmes et de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies et ses institutions spécialisées et en particulier la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 , qui est entré en vigueur le 3 Décembre, 1981 Prominent ce qui a été produite à travailler sur l'application de la présente Convention est l'émission du Protocole facultatif à la Convention connu sous le Protocole de 2000, en plus de détenir plusieurs conventions régionales qui traitent des droits des femmes tels que la Convention des européens et américains Ajouter à chartes Kalmithaq régionale africaine , la Charte arabe , et de la Charte de la Conférence islamique , où l'importance de ces droits dans la mesure de sa contribution à la protection des droits des femmes , et à l'excrétion de mécanismes efficaces de protection.

Mots-clés : les droits des femmes ,les conventions internationales , les conventions régionales , les mécanismes de protection internationale , l'égalité entre les hommes et les femmes.

المقدمة :

عند تناولنا قضية حقوق المرأة في المواثيق الدولية والإقليمية، لا بد من ذكر مفاهيم أساسية دارت حولها هذه المواثيق، فهي كلها تدعو إلى المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق التي تكفلها، ولكن ظهر خلاف في الآراء حول معنى المساواة. ففريق ذهب إلى أنها تعني عدم التمييز ضد المرأة. أي أن لا تتضمن التشريعات الوطنية نصوصاً تفرق وتميز بين المرأة والرجل على أساس جنسها.

وذهب فريق ثان إلى أن المساواة **equality** ذات شقين أحدهما سلبي ويعني منع التمييز ضدها والآخر إيجابي وهو يحتم وجود إجراءات خاصة وقائية تحمي وضع المرأة.

فالمساواة بحسب هذا الرأي لا تعني المساواة الشكلية أو المطلقة بل المساواة النسبية بين الجنسين والتي قد تتطلب في بعض الأحيان معالجةً مميزة وإجراءات متفاوتة تكون لصالح المرأة في الغالب.

كما ثار جدلٌ حول حقوق المرأة: هل هي نفس وذات حقوق الرجل **same** أم أنها مساوية ومماثلة لحقوق الرجل **equal**. وقد رفضت دول عديدة المفهوم الأول لأنه قد يُفسر بشكل يجعل للرجل حق في إدارة وظائف يقتضي المنطق إسنادها للمرأة وحدها كمسئولية سجن النساء مثلاً. فلذا راعت كثير من المواثيق هذا الخلاف ونصت على المساواة والمماثلة حيث اقتضت طبيعة الحقوق ذلك ونصت على نفس الحقوق حيث تسمح الحقوق بذلك.

والنظرة الحديثة لمساواة المرأة وعدم التمييز ضدها تفترض انه لا يجب أن لا يكون هناك معاملة تفضيلية تعسفية لأي جنس أساسها الجنس وحده. أما الإجراءات الوقائية والتي وُضعت لاعتبارات خاصة مبنية على الاختلاف الجسدي بين الرجل والمرأة فلا تعتبر تعسفية بل منطقية ومبررة إذ أنها تفضي إلى المساواة الحقيقية بدلاً من المساواة المطلقة أو حتى المعاملة المماثلة بين الجنسين. كما أن فاعلية الوصول إلى فهم مشترك لحقوق المرأة تزداد كلما استطعنا كبح المتغيرات الخارجية المعرّقة لهذه الحقوق واستثمار المتغيرات الداخلية الداعمة ومن هنا تُطرح الإشكالية.

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وما عانته شعوب العالم من ويلات مدمرة راح ضحيتها الملايين من البشر. وجد واضعو ميثاق الأمم المتحدة ضرورة أن تقوم المنظمة بدور فعال في رفع مستوى المرأة والعمل على حماية حقوقها، فعملت على تثبيت حقوق المرأة في العديد من الإعلانات والبيانات والاتفاقيات التي تولت إعدادها وعقدتها، والتي كانت نتاج جهد كبير قامت به لجنة متخصصة في الأمم المتحدة وهي لجنة مركز المرأة *Commission on the status of women* والتي أنشئت عام 1947 كـلجنة فرعية للجنة حقوق الإنسان المنبثقة عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي، ولقد تم رفع مستوى لجنة المرأة من مستوى لجنة فرعية إلى لجنة رئيسية هدفها تقديم المشاريع لحماية حقوق المرأة في كافة جوانبها وإلغاء كافة أشكال التمييز ضدها. وعندما اعتمدت الأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كأول وثيقة دولية لحقوق الإنسان عامة أبدت عناية خاصة بحقوق المرأة وأكدت على ضرورة عدم التمييز ضد المرأة. ثم صدرت الكثير من المواثيق العالمية والإقليمية بعد ذلك تؤكد على المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الحقوق ومنها الحقوق السياسية والاجتماعية، وتكتسي حقوق المرأة أهمية بالغة كونها جزء غير قابل للتصرف من حقوق الإنسان العالمية وجزء لا يتجزأ من هذه الحقوق ولا ينفصل عنها. وإن مشاركة المرأة مشاركة كاملة وعلى قدم المساواة في الحياة السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية على الصعيد الوطني والإقليمي والدولي، واستئصال جميع أشكال التمييز على أساس الجنس، هما من أهداف المجتمع الدولي ذات الأولوية.

وعلى هذا الأساس، انطلق البحث للتعرف على أهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تناولت حقوق المرأة. من خلال تقسيمه إلى مبحثين نتحدث في المبحث الأول عن حقوق المرأة في القانون الدولي المعاصر وذلك من خلال مطلبين نخصص المطلب الأول للحديث عن حقوق المرأة في الاتفاقيات الدولية السابقة للعهدين الدوليين لعام 1966. ونخصص المطلب الثاني للحديث عن تطورات حقوق المرأة ما بعد العهدين الدوليين. في حين يعالج المبحث الثاني حقوق المرأة في إطار الاتفاقيات ذات الطابع الإقليمي وذلك من خلال الحديث عن حقوق المرأة في الاتفاقية الأوروبية والأمريكية في المطلب الأول في حين يعالج المطلب الثاني حقوق المرأة في إطار الاتفاقيات الإقليمية الأخرى. معتمدين المنهج الوصفي لإبراز وتحديد الحقوق التي أقرتها الاتفاقيات الدولية. والمنهج القانوني الذي يركز على دراسة هذه الاتفاقيات وسندها القانوني، إضافةً للمنهج التحليلي لتقييم مدى إسهام هذه الاتفاقيات في ترسيخ حقوق المرأة من خلال ما يميزها من حماية والنقائص التي اعترتها.

المبحث الأول : حقوق المرأة في القانون الدولي المعاصر :

تعتبر المواثيق الدولية الخاصة للحقوق هي مواثيق مكتملة للشرعية الدولية لحقوق الإنسان، فتعد مواثيق دولية نوعية تخص طوائف معينة من البشر تناولتها تلك الوثائق التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة، ووضعت بجهود الأمم المتحدة ومنظماتها المتخصصة، والتي تكفل لهم العيش الكريم، داعيةً إلى توفير أفضل الظروف. ولقد تم تبنيها

والتوقيع والتصديق عليها كونها مصدراً قانونياً مُلزماً في مجالات حقوق الإنسان المحددة فيها، بالإضافة إلى المواثيق التي تطبق أثناء النزاعات المسلحة التي كان من وراء إبرامها جهود منظمة الصليب الأحمر.¹

وستنظر لحقوق المرأة في إطار القانون الدولي المعاصر بدءاً من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، وما تبعهما من اتفاقيات دولية في المطالب التالية.

المطلب الأول : حقوق المرأة في الاتفاقيات الدولية السابقة للعهدين الدوليين :

لقد نص ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945 في ديباجته على أن الدول الموقعة عليه تؤكد من جديد إيمانها بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية. ونص في المادة الأولى منه على أن من مقاصد الأمم المتحدة، تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك إطلاقاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء.²

ونظراً لأن الميثاق لم يتضمن تحديداً لحقوق الإنسان وحرياته فقد سعت اللجان المتخصصة في الأمم المتحدة إلى استصدار إعلان عالمي لحقوق الإنسان، يتضمن هذه الحقوق والحريات ويؤكد لها، وهذا ما تحقق في 10 ديسمبر 1948، حين اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة، كأول وثيقة دولية لحقوق الإنسان عامة. أبدت عناية خاصة بحقوق المرأة وأكدت على ضرورة عدم التمييز ضد المرأة. ثم صدرت الكثير من المواثيق العالمية والإقليمية بعد ذلك تؤكد على المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الحقوق ومنها الحقوق السياسية والاجتماعية. وقد جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مؤكداً في المادة (16) منه على المساواة بين الرجل والمرأة في حق الزواج فنصت على أن :

1) للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما - حقوق متساوية عند الزواج وإثناء قيامه وعند انحلاله.

2) لا يبرم عقد الزواج إلا برضى الطرفين الراغبين في الزواج رضاً كاملاً لا إكراه فيه.

3) الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها الحق بحماية المجتمع والدولة.³

ويرى العديد من المثقفين العرب والمسلمين انه لا يوجد تعارض بين بنود الإعلان والدين الإسلامي، بل أن الإعلان يجب أن يعطي بُعداً روحياً والأخلاقي المطلوب بتضمين الحقوق الروحية والثقافية، كما يشير إلى أن الدين الإسلامي يذهب أبعد من الإعلان حينما يجعل الالتزام بحقوق الإنسان مفهوماً ذا أبعاد روحية ودينية يأثم المؤمن إن لم يلتزم بها.⁴

ثم أقرت اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة المنعقدة عام 1952،⁵ في مادتها الأولى حق المرأة في التصويت في جميع الانتخابات، بشروط تساوي بينها وبين الرجال دون أي تمييز، كما نصت المادة الثانية على حق الترشيح الذي يُقر للمرأة الأهلية في أن تُنتخب لجميع الهيئات المنتخبة بالاقتراع العام المنشأة بمقتضى التشريع، وأكدت المادة الثالثة على

¹ د.محمد الشافعي، قانون حقوق الإنسان، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1992، ص 55.

² الفقرة الثالثة من المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة.

³ The Universal Declaration of Human Right, Article 16.

⁴ الإمام الصادق المهدي، نحو مرجعية إسلامية متجددة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2006، ص 136.

⁵ اعتمدت هذه الاتفاقية وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب الجمعية العامة للأمم المتحدة 640 (د-7) المؤرخ في 20 ديسمبر 1952. تاريخ بدء النفاذ 7 يوليو 1954، وفقاً لأحكام المادة 6.

أن للنساء أهلية تقلد المناصب العامة وممارسة جميع الوظائف العامة المنشأة بمقتضى التشريع الوطني بشروط تساوي بينهم وبين الرجال، دون أي تمييز.¹

كما أن اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير الصادرة عن الجمعية العامة والتي دخلت حيز النفاذ في 25 يوليو 1951، ونظراً لأن النساء هن العنصر المتأثر فيه والمستغل في اغلب الأحيان فقد أفردت هذه الاتفاقية نصوصاً عديدة لمحاربة ومكافحة هذه الممارسات فجعلت العقاب مستحقاً لكل من أغوى لو ضلل شخصاً آخر استغله حتى برضاه للدعارة أو تملك أو أدار أو قام بتمويل أو أجر أو استأجر مأجوراً لاستغلال دعارة الغير، بل أن الاتفاقية ضمنت في الجرم كل من حاول ارتكاب هذه الجرائم أو قام بأعمال تحضيرية لارتكابها ومن تواطأ بشكل عمدي في إتيانها.

ونصت المادة رقم 100 الخاصة بمساواة العمال والعاملات في الأجر لدى تساوي قيمة العمل، وهي اتفاقية اعتمدها منظمة العمل الدولية ILO ودخلت حيز التنفيذ في 23 مايو 1953، حيث جعلت هذه الاتفاقية مبدأ مساواة العمال والعاملات في الأجر لدى تساوي قيمة العمل أساساً وحيداً لها فلا تمييز في الأجور بسبب اختلاف الجنس. فصاحب العمل عليه أن يدفع أجراً أو راتباً لعماله لقاء استخدامه لهم بغض النظر عن جنسهم. والاتفاقية لا تعد الفروق في الأجور تمييزاً بين العمال إذا كان سببها فروقاً في العمل الواجب إنجازها دونما اعتبار للجنس. وهذا ما أكدته العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي ضمن مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بهذه الحقوق.²

كما أن الاتفاقية الخاصة بشأن جنسية المرأة المتزوجة والتي بدأت في النفاذ في أغسطس 1958 اعتمدت ما أقرته المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي تنص على مبدأ شخصية الجنسية بأن " بأن لكل فرد حق التمتع بجنسية ما" وانه "لا يجوز تعسفاً حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته".

حيث أن هذه الاتفاقية تحظر إسقاط الجنسية عن المرأة المتزوجة من أجنبي أو أن ينعكس تغيير الزوج لجنسيته على جنسية زوجته بشكل آلي فتمنع من احتفاظها بجنسيتها الأصلية، كذلك فإن هذه الاتفاقية وحرصاً منها على وحدة الأسرة ورعاية للعائلة أجازت منح الأجنبية المتزوجة من مواطن إحدى الدول الأطراف جنسية هذه الدول وفق إجراءات تجنس خاصة وسريعة.³

وتضمنت الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم التي اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والتعليم والثقافة UNESCO في 14 ديسمبر 1960، وبدأ نفاذها في 22 مايو 1962، حق التعليم الذي نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فنصت في مادتها الأولى على عدم جواز التمييز أو حرمان شخص من الالتحاق بالتعليم في أي مرحلة من مراحلها على أساس جنسه، وان عدت الاتفاقية المؤسسات المنفصلة لتعليم التلاميذ من الجنسين غير تمييزية، إذا كانت تتيح فرصاً متكافئة للالتحاق بالتعليم لدراسة نفس المناهج أو مناهج متعادلة، وألزمت هذه الاتفاقية الدول الأطراف على جعل التعليم الابتدائي مجاناً وإجبارياً وجعل التعليم الثانوي بشتى أشكاله متوفراً وسهل المنال للجميع ذكوراً وإناثاً.

¹ عبد الحميد الشواربي، الحقوق السياسية للمرأة في الإسلام مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 172 وما بعدها.

² نهي القاطري، المرأة في منظومة الأمم المتحدة- رؤية إسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2006، ص 125.

³ عبد العزيز محمد سرحان، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي، دار الهناء للطباعة، 1987، ص 167.

كما أن اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج التي جاءت تنفيذاً للمادة (16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وبدء نفاذها في ديسمبر 1964، وهي تنص في موادها الثلاث الأولى على عدم انعقاد الزواج قانوناً إلا برضا الطرفين رضاً كاملاً وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج وبحضور شهود، وتُلزم الدول الأطراف باتخاذ التدابير التشريعية لتعيين حد أدنى لسن الزواج بحيث لا ينعقد الزواج قانوناً لمن هم دون هذا السن ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من هذا الشرط لأسباب جدية، كما تُلزم الاتفاقية الدول الأطراف بتسجيل جميع عقود الزواج في سجلات رسمية.¹

المطلب الثاني : حقوق المرأة في العهدين الدوليين وتطوراتها :

أشار العهدان الدوليان للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اللذان صدرا عام 1966، واللذان يعتبران ترجمة لمبادئ الميثاق إلى حقوق مُلزِمة قانونياً، إلى أن الحقوق المنصوص عليها في العهدين تطبق على كافة الأفراد بدون تمييز على أي أساس، بما في ذلك التمييز على أساس الجنس. بل أن العهدين الدوليين لحقوق الإنسان يلزمان الدول المنظمة إلى العهدين أو المصدقة عليهما بالتأكد من تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في التمتع بكافة الحقوق المنصوص عليها في العهدين. وقد نص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن تتعهد الدول الأطراف في العهد بكفالة تساوي الرجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المنصوص عليها في العهد.²

وأدرج العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية،³ حماية المرأة وحقوقها في المادة 2/2 والمادة الثالثة منه. ففي المادة 2/2 تتعهد الدول الأطراف بعدم التمييز في ممارسة الحقوق المنصوص عليها بسبب الجنس، أما في المادة الثالثة فإن الدول تتعهد بشكل واضح بمساواة الذكور والإناث في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية.

ومع النصوص العامة التي تتساوى فيها المرأة مع الرجل في ممارسة الحقوق المنصوص عليها وأبرزها حق العمل وحق الضمان الاجتماعي وحق التربية والتعليم وحق المشاركة في الحياة الثقافية وحق تكوين النقابات. فإن العهد نص على بعض المسائل المتعلقة بالمرأة بالذات، مراعاةً لوضعها وتأكيداً على حمايتها. فعلى سبيل المثال نص في المادة 7/أ عند تناولها حق التمتع بشروط عمل عادلة ومُرضية على أن يكون الأجر منصفاً و"أن يضمن للمرأة خصوصاً تمتعها بشروط عمل لا تكون أدنى من تلك التي يتمتع بها الرجل وتقاضيها اجر الرجل لدى تساوي العمل وكذلك أكد العهد على أهمية دور الأم في المجتمع ووجوب توفير الضمانات الكافية لها للقيام بهذا الدور على أكمل وجه فألزم الأطراف الموقعة على توفير حماية خاصة للأمهات خلال فترة معقولة قبل الوضع وبعده على أن تمنح المرأة العاملة أثناء هذه الفترة إجازة مأجورة أو إيجاد ضمان اجتماعي كافٍ لها خلالها. أما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁴ فقد تناول الشق المدني والسياسي من حقوق الإنسان وأبرزها حق تقرير المصير والحق في الحياة،

¹ حفيظة شقير، الاتفاقيات الدولية وحقوق المرأة في العالم العربي، المجلد الثالث، دار العلم للملايين، بيروت، 1989، ص 407-416.

² نعمان عطالله البيتي، حقوق الإنسان في المواثيق الدولية والدستورية والشريعة الإسلامية، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2011، ص99.

³ صدر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 (د-21) بتاريخ 16 ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 3 يناير 1976، وفقاً للمادة 27.

⁴ صدر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 (د-21) بتاريخ 16 ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 23 مارس 1976، وفقاً للمادة 49.

وأورد هذا العهد في المادة 1/2 والمادة الثالثة من ذات النصوص التي ذكرها العهد الأول الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. فمِنع التمييز بين البشر على أساس الجنس وألزم الدول الأطراف بكفالة تساوي الرجال والنساء في التمتع في الحقوق المذكورة فيه.¹

وقد ذكر العهد بعض الإجراءات والحقوق الخاصة التي يجب ايلؤها عناية خاصة لمساها بالمرأة أو الأسرة كحق في محاكمة سرية إذا اتصل الأمر بخلافات بين زوجين أو تتعلق بوصاية على الأطفال، كذلك فقد استقلت المرأة بنص خاص في المادة 23 من العهد بتأكيداتها على ضرورة رضاها لانعقاد الزواج والاعتراف بحقها في الزواج وتأسيس أسرة مع تعهد الدول باتخاذ تدابير مناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله.²

وفي عام 1967 صدر إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة.³ والذي كان احد منجزات مركز المرأة والذي استغرق العمل فيه مدة أربع سنوات، وجاء في ديباجته: "أن الجمعية العامة للأمم المتحدة قد أكدت من جديد إيماناً بتساوي الرجل والمرأة في الحقوق ... وإذ يقلقها استمرار وجود قدر كبير من التمييز ضد المرأة ... يتنافى مع كرامة الإنسان وخير الأسرة والمجتمع، ويحول دون إشراك المرأة على قدم المساواة مع الرجل في حياة بلدهما السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، ويمثل عقبة تعترض النساء والرجال على السواء في جميع الميادين مطلب لا بد منه للتنمية الكاملة لكل بلد في جميع الميادين، ولخير العالم ولقضية السلم.⁴ وإذ ترى أن من الضرورة كفالة الاعتراف العالمي، في القانون وفي الواقع بمبدأ تساوي الرجل والمرأة تُعلن رسمياً الإعلان التالي.

ويتميز هذا الإعلان عن المواثيق السابقة التي نصت على عدم التمييز ضد المرأة بأنه قدّم تفصيلات للتدابير المفترض اتخاذها في هذا المجال، وشدد على قضايا بدأت تطرح للمرة الأولى: كتعليم الفتيات وحقهن في اختيار أزواجهن، وحقهن في المنح الدراسية والتدريب المهني، والترقية في الوظيفة، والمكافأة والتقاعد والإجازات - وخاصةً إجازة الأمومة - وعدم فصل المرأة من الوظيفة بسبب الحمل، إلى ما هنالك من قضايا جاءت نتيجة للتجارب الحياتية التي عاشتها النساء. ونلاحظ أن الإعلان في مواده الإحدى عشر شمل حقوقاً عامة للمرأة يجب تمكينها من التمتع بها كالحقوق السياسية وحقوق الجنسية والحقوق المدنية وحق التعليم والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وممارسات تمييزية ضد المرأة لا بد من إزالتها كفقْد الجنسية ترتيباً على زواجها من أجنبي وزواج الصغار غير البالغين والقوانين العقابية التي تنطوي على تمييز ضد المرأة والاتجار بالمرأة واستغلالها.

وقد جاء صدور اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979 التي اعتبرها الكثير من نشطاء حقوق الإنسان في العالم نقطة تحول في النضال من اجل المرأة أشبه بنقطة التحول التي أحدثها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث كانت هذه الاتفاقية عنوان العمل الجماعي العالمي من اجل المرأة.⁵

¹ Haslegrave, Marianna, " women's rights: the road to the millenium" in human Rights. Peter Davies(ed) Routledge, London, 1988,pp.21-30.

² Mckean, Earwick, Equality and Discrimination under International Law, clarendon Press, Oxford, 1983.p.49.

³ اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263 (د-22) بتاريخ 7 نوفمبر 1967.

⁴ د.نواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، إثراء للنشر والتوزيع، ط 2، الأردن، 2010، ص 229.

⁵ اعتمدت هذه الاتفاقية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 تاريخ 18 ديسمبر 1979 تاريخ بدء النفاذ 3 سبتمبر 1981، وفقاً لأحكام المادة 27(1) وقد صادق عليها (180) دولة أي 90% من أعضاء هيئة الأمم المتحدة، ولم يصادق عليها ثلث الدول العربية رغم مرور ما يزيد على ثلاثة عقود على اعتمادها، وتتألف هذه الاتفاقية من ديباجة وستة أجزاء تضم (30) مادة.

وتتميز هذه الاتفاقية بأنها أحاطت بجميع أبعاد حقوق المرأة المعروفة من ظروف الحياة العامة أو الخاصة، والعلاقة بالأسرة والتربية والأبناء والإرث والتملك والزواج والطلاق، إلى شؤون العمل والمعاملات في المؤسسات إلى الحقوق السياسية، وحقوق التعليم، وفرص التدريب. كما أشارت الاتفاقية إلى حقوق في مراحل حياتها المختلفة: كفتاة، وزوجة، وامرأة عاملة، وربة أسرة، وصاحبة قرار سياسي ومعرفي واقتصادي وتجاري، ولم يبق سوى ناحية واحدة وهي حقوق المرأة والشيخوخة، إلا أن الضمان الاجتماعي المذكور يفترض أن يغطيها. ولهذا أصبحت هذه الاتفاقية عنواناً عالمياً للدفاع عن المرأة ولتمسك الدول والمؤسسات الحكومية والمنظمات غير الحكومية بمبادئها والعمل على تنفيذها.¹ حيث تعد من أهم الاتفاقيات الدولية التي نظمت حقوق المرأة وهي اتفاقية شاملة لجميع حقوق المرأة، وتعد أساساً للاتفاقيات الأخرى.²

وتنقسم الاتفاقية إلى مقدمة وستة أجزاء. فتؤكد المقدمة على انه مع صدور العديد من القرارات والإعلانات والاتفاقيات الدولية التي تشجع المساواة بين الرجل والمرأة إلا انه لا يزال هناك تمييز واسع النطاق ضد المرأة مع تشكيل هذا التمييز انتهاكاً لمبدأ المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان واعتناقه للمشاركة الفعالة للمرأة في حياة بلدها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

فتقر الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية بدور المرأة العظيم في رفاه الأسرة وتنمية المجتمع وتتفق على الالتزام بهذه الاتفاقية. أما الجزء الأول منها فشمّل تفسيراً يقدم لأول مرة حول معنى "التمييز ضد المرأة" وهو ما افتقدته الإعلانات والمواثيق السابقة وكذلك الواجبات للدول الأطراف، (المواد 1-6) فتعرف مصطلح التمييز ضد المرأة بأنه:³ أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والدينية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها بصرف النظر عن حالتها الزوجية، وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل. وهذا التعريف يضيف مدلولاً واسعاً لمعنى التمييز بحيث يشمل كافة الصور، وأساسه هو المادة الأولى من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (1965). وتُلقي الاتفاقية على عاتق الدول الأطراف واجبات أهمها إدماج مبدأ المساواة بين المرأة في الدساتير الوطنية والتشريعات المحلية وأن تتخذ إجراءات مناسبة لحظر أي تمييز ضد المرأة سواء كان ذلك صادراً من مؤسسات عامة أم أفراد ومؤسسات خاصة أو أعراف وممارسات، يضاف إلى ذلك واجب تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك أفرادها وتضمين التربية العائلية فهماً سليماً لدور الأم كوظيفة اجتماعية بما يلغي التمييز ضد المرأة.⁴

وتناول الجزء الثاني حقوق المرأة السياسية ومشاركتها في الحياة العامة للبلد، فأوجبت على الدول الأطراف كفالة حق المرأة في التصويت في الانتخابات وأهليتها للترشيح فيها وشغلها للوظائف العامة الحكومية ومشاركتها في

¹ تحفظت أكثر الدول العربية على بعض مواد الاتفاقية وخاصة المواد (7,9,515,16,29) والخاصة بالقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والحياة العامة، وقضية منح الجنسية للزوج أو الأطفال، والمساواة بين الرجل والمرأة في الكرامة الإنسانية والحقوق والواجبات في ظل التمييز الإيجابي الذي أقرته الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية الأخرى، والتشريعات والمواثيق النافذة لصالح المرأة. وكانت معظم الحجج المقدمة لتبرير هذه التحفظات أن هذه المواد تتنافى مع الشريعة الإسلامية أو مع الأنظمة الداخلية. راجع في ذلك د.نواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، مرجع سبق ذكره، ص230.

² د.سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي 3 وحقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص259.

³ المادة(1) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

⁴ المادة(2) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

المنظمات والجمعيات غير الحكومية¹ المهتمة بالحياة العامة والسياسية في البلد وإعطائها فرصة لتمثيل بلدها على المستوى الدولي، كما تضمن هذا الجزء كفالة لحقها في الجنسية واكتسابها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها كما هو الحال مع الرجل مع منحها حقاً متساوياً فيما يتعلق بجنسية أطفالها.

أما الجزء الثالث فتناول المساواة بينها وبين الرجل في مجال التربية والتعليم² وفي ميدان العمل³ (نفس فرص العمل، الحق في اختيار نوعه، الحق في الترقية والتدريب، الحق في اجر مساو، الحق في الضمان الاجتماعي). وحضرت الاتفاقية في هذا الجزء فصل المرأة العاملة بسبب حملها أو منحها إجازة الأمومة، مع فرض جزاءات على المخالفين، وجعلت نظام إجازة الأمومة مدفوعة الأجر حقاً للمرأة مع ضرورة توفير خدمات مساندة للمرأة العاملة.

كما تطرق هذا الجزء لمساواة المرأة مع الرجل في ميدان الرعاية الصحية وخاصة فيما يتعلق بالحمل والولادة، وفي مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية كحقها في الحصول على القروض المصرفية والرهون العقارية وحقها في الاشتراك في الأنشطة الرياضية، والحياة الثقافية⁴ للبلد مع ايلاء الاتفاقية اهتماماً خاصاً بوضع المرأة الريفية.

وفي الجزء الرابع اعترفت الاتفاقية بمساواة الرجل مع المرأة أمام القانون وخاصة في المجال المدني فيما يخص إبرام العقود وإدارة الممتلكات وحرية اختيار مكان السكن والإقامة.⁵

كما أقرت الاتفاقية للمرأة حقوقاً متساوية مع الرجل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج كالحق في عقد الزواج وحرية اختيار الزوج ونفس الحقوق والمسئوليات أثناء الزواج وعند فسخه ونفس الحقوق والمسئوليات في الأمور المتعلقة بالأطفال. وان كانت المادة المتعلقة بهذا الجانب⁶ قد لقيت معارضةً ونقداً شديدين من طرف الدول الإسلامية، حيث اعترضت على استخدام لفظ "نفس الحقوق" الواردة في نصها بدلاً من لفظ "حقوقاً متساوية" كذلك تحفظت هذه الدول على الحق في عقد الزواج دون أية موانع وذلك لتعارضه مع أحكام قطعية في الدين الإسلامي تحرم زواج المسلمة من غير المسلم لاعتبارات تتعلق بالنظام العام للمجتمع، كما اعترضت على تساوي حق الزوج والزوجة في الميراث عند انحلال الزواج بالموت بسبب تعارضه مع توزيع الميراث كما أقرته الشريعة الإسلامية.

ولإيجاد آلية مراقبة مستقلة لتطبيق هذه الاتفاقية _ الأمر الذي تفتقده الاتفاقيات السابقة _ أنشأت الاتفاقية في الجزء الخامس منها لجنة للقضاء على التمييز ضد المرأة (CEDAW)، وتشكل من ثلاثة وعشرين خبيراً من ذوي المكانة الخلقية الرفيعة والكفاءة العالية مع تمثيلهم عند انتخابهم التوزيع الجغرافي وكافة النظم القانونية الرئيسية والحضارات الإنسانية، ومدة العضوية أربع سنوات، وتلتزم الدول الأطراف بتقديم تقرير عما اتخذته من تدابير تشريعية وقضائية وإدارية من اجل تنفيذ بنود وأحكام الاتفاقية وذلك مرة كل أربع سنوات على الأقل أو كلما طلبت اللجنة ذلك. وتقوم اللجنة بإصدار تقرير سنوي عن أعمالها وتقدم مقترحات وتوصيات عامة إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة.

¹ المادة (7) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

² المادة (10) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

³ المادة (11) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

⁴ المادة (13) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

⁵ المادة (15) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

⁶ المادة (16) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.

وفي الجزء السادس الذي تناول الأحكام الختامية أكدت الاتفاقية على أن أحكامها لا تمس الأحكام الواردة في التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والتي تعتبر أكثر تحقيقاً للمساواة بين الرجل والمرأة. كما أجازت للدول من التحفظ على بعض أحكامها عند التصديق أو الانضمام إليها.

ومن ابرز ما افرزه العمل على تطبيق هذه الاتفاقية صدور البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية والمعروف ببروتوكول 2000¹، الذي يعتبر خطوة متقدمة في متابعة تطبيق الاتفاقية من خلال اللجنة الخاصة بالقضاء على كافة أشكال العنف ضد المرأة المختصة بتلقي التبليغات الخاصة بانتهاك حقوق المرأة. إذ أكدت هذه اللجنة من خلال متابعتها لأوضاع النساء في العالم أن المرأة لا تزال تمثل أكثر الفقراء في العالم حيث أن 70% ممن هم تحت خط الفقر في العالم هن من النساء، وأكثر الأميين من النساء، وأكثر اللاجئيين في العالم من النساء، ومعظم من يقدم ضدهم العنف الجسدي هن من النساء، وأكثر ما يساق وبيع في سوق الدعارة العالمي هن من النساء، ولا يزال العنف المباشر أو غير المباشر يمارس ضد المرأة أينما وجدت.²

كما لا تزال كافة قوانين حماية النساء في مثل هذه الظاهرة وهذا ما يعكس صورة قائمة على الصعيد الدولي العام لحماية حقوق النساء، فالمواثيق الدولية في هذا المجال لا زالت غير معمول بها في كافة أنحاء العالم، ولا تزال محدودة الانتشار وسط النخب الاجتماعية، مما يتطلب تفعيل هذه المواثيق، لأنها هي الدرع الواقي للمرأة للاستفادة منها وقت الحاجة.³

بالرغم من الأمم المتحدة عقدت أربعة مؤتمرات علمية متتالية أطلق عليها جميعاً مؤتمر السكان والتنمية، الأول كان في رومانيا 1974، والمؤتمر الثاني كان في المكسيك عام 1984، وأطلق عليه المؤتمر الدولي للسكان، وصدر عنه إعلان المكسيك بخصوص المساواة بين الرجال والنساء، ويوصي الإعلان ويطلب من جميع الدول ومنظمة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة بتكريس جهودها لإقامة مجتمع عادل يستطيع الرجال والنساء والأطفال العيش فيه بكرامة وحرية وعدل ورفاهية. وعقد المؤتمر الثالث في القاهرة عام 1994 تحت اسم المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، وكان هدف هذا المؤتمر إبراز الصلة المباشرة بين الصحة الإنجابية للمرأة وبين حقوق الإنسان، ومن ثم كان في موقع الصدارة في المؤتمر في المؤتمر الموضوعات المتعلقة بالمرأة والطفل، وعقد المؤتمر الرابع في بكين عام 1995، وتبنى وضع المرأة على المستوى الوطني والإقليمي والدولي في القرن المقبل، واهتم المؤتمر بموضوعات الفقر والتعليم والصحة والعنف ضد النساء وآثار النزاعات المسلحة أو غيرها من أنواع النزاعات على النساء، وناقش المؤتمر مسألة الممارسات التقليدية التي تؤثر في صحة النساء وناقش المؤتمر مسألة الممارسات التقليدية التي تؤثر في صحة النساء والأطفال، وطالب بزيادة الوعي العام بشأن العنف باعتباره انتهاكاً لما للمرأة من حقوق الإنسان.⁴

¹ البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 4 الدورة الرابعة والخمسون تاريخ 9 أكتوبر 1999، تاريخ بدء النفاذ 22 ديسمبر 2000، وفقاً لأحكام المادة 16.

² عرفت المادة الأولى من الإعلان العالمي بشأن القضاء على كافة مظاهر العنف ضد المرأة الصادر عام 1993 العنف ضد المرأة بأنه: " أي فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس يترتب أو يرجح أن يترتب عليه أذى أو معاناة، سواء من الناحية الجسدية أو الجنسية أو النفسية، بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل أو القسر أو الحرمان التعسفي من الحرية. سواء حدث ذلك في الحياة العامة أم الخاصة.

³ راجع: أعمال الندوة الإقليمية حول سبل تفعيل القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، المنعقدة في بيروت في الفترة من 26-27 يناير 2004، تحرير: د. نيفين مسعد، منشورات المنظمة العربية لحقوق الإنسان.

⁴ د. جوديت ج. غردام، النساء وحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، دراسات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط1، 2000، ص 180

و ثارت خلافات كثيرة بين الدول الأعضاء المشاركين في كل من مؤتمري القاهرة وبكين حول عدة مصطلحات وردت في هذين المؤتمرين هي :

- مصطلح الصحة الإنجابية Reproductive health، وهي تتعلق بالأمومة وصحة المرأة من حيث التغذية الصحيحة للحامل والولادة والنفاس وكذلك الإرضاع الطبيعي وصحة المرأة المرضعة، وبالطبع تحديد النسل.
- مصطلح حرية الحياة غير النمطية Orientation Sexual Freedom، وظهر في مؤتمر بكين ورفض عدد كبير من الوفود المشاركة هذا المصطلح لأنه يعني الشذوذ الجنسي.
- مصطلح تمكين المرأة Women Empowerment، وهو أن إعطاء مزيد من القوة للمرأة، يعني مستوىً عالياً من التحكم، وإمكانية التعبير والسماع لها، والقدرة على الاختيارات الاجتماعية المؤثرة والتأثير في كل القرارات المجتمعية، وليس فقط في المناطق الاجتماعية المقبولة كمكان للمرأة، والاعتراف بها واحترامها كمواطن متساو وكيان إنساني مع الآخرين.

- مصطلح "الجندر" Gender، وكان سبق أن ظهر في مؤتمر القاهرة وهو يفيد نوع الجنس، لكنه لم يثر أي مشكلة وقتها لعدم الانتباه له لصعوبة تعريفه، فعرفه البعض بأنه الجنس البيولوجي، وعرفته منظمة الصحة العالمية بأنه يفيد وصف الخصائص التي يحملها الرجل والمرأة كصفات مركبة لا علاقة لها بالاختلافات العضوية.¹

وتبقى الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979، والبروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية والمعروف ببروتوكول 2000 الأداة الرئيسية في وقتنا الحاضر لتصنيف حقوق المرأة بشكل شامل ومُلزم للأطراف الموقعة عليها كونها تُعد أول معاهدة دولية تندد بالتمييز_ سواء النصوص أو الأفعال التي لها تأثير تمييزي ضد المرأة في جميع المجالات: كالعامل والصحة والتعليم والائتمان والأسرة_ وتعتبر انتهاكاً لحقوق الإنسان، وهو ما يجعلها أهم أداة دولية للدفاع عن حقوق المرأة القانونية والثقافية والإنجابية والاقتصادية.

المبحث الثاني : حقوق المرأة في الاتفاقيات ذات الطابع الإقليمي :

يوجد إلى جانب المواثيق العالمية لحقوق الإنسان مواثيق إقليمية تخاطب نطاقاً إقليمياً محددًا أو مجموعة جغرافية خاصة غالباً مل يجمعهما جامع ثقافي متميز. وهناك أسباب عدة تبرر لجوء الجماعات الإقليمية إلى التنظيم القانوني الدولي لمسائل حقوق الإنسان من أهمها: رغبة المجموعات الإقليمية في التأكيد على الحقوق والحريات المنصوص عليها في المواثيق العالمية وإكسابها طابعاً إلزامياً إقليمياً أكثر إلزامية مما هو منصوص عليه في المواثيق الدولية، وتضمن هذه المواثيق الإقليمية حقوقاً جديدة لم تتضمنها المواثيق العالمية، استجابةً لاعتبارات الخصوصية الثقافية الإقليمية، ورغبة المجموعات الإقليمية في وضع آليات للرقابة أكثر فعالية على المستوى الإقليمي، وتتضمن هذه المواثيق الإقليمية مبادئ حقوق الإنسان محل الحماية التي تتفق في مجملها مع المبادئ والمعايير الدولية وان عكست خصوصية كل مجموعة إقليمية بالتركيز على أنواع معينة من الحقوق، كما تنص أيضاً على آليات الحماية التي تتبع للتعامل مع انتهاكات حقوق الإنسان في الدول المعنية. ومن أهم هذه المواثيق الإقليمية لحقوق الإنسان: الاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وواجباته. واللتان خصصنا لهم المطلب الأول في حين خصص المطلب الثاني للحديث عن الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، والميثاقين العربي والإسلامي لحقوق الإنسان.

¹ د.نبى القاطري، المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2006، ص125.

المطلب الأول : الاتفاقيات الأوروبية والأمريكية لحقوق الإنسان :

تعتبر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أول اتفاقية إقليمية عامة لحقوق الإنسان، وهي صادرة عن المجلس الأوروبي المكون من مجموعة دول أوروبا الغربية، وقد نشأ هذا المجلس بناءً على "معاهدة لندن" عام 1949.¹

ويشمل اختصاص هذا المجلس كل الشؤون الأوروبية فيما عدا الجانب العسكري وذلك بهدف تحقيق رفاهية الإنسان الأوروبي، وبناءً على هذا، وقع أعضاء المجلس عام 1950 على اتفاق فيما بينهم لحماية حقوق الإنسان، عرف فيما بعد باسم "الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان" وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ عام 1953.²

وتعتبر هذه الاتفاقية تكراراً لما هو موجود في الدساتير والإعلانات العالمية لحقوق الإنسان، والجديد فيها، هو إسباغ الصفة القانونية على ما تضمنته من حقوق، وجعل احترامها محل رقابة ومتابعة، وهذه الرقابة والمتابعة تتم عن طريق ثلاثة أجهزة هي :

اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ولجنة الوزراء في مجلس أوروبا، وتعتبر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وبرتوكولاتها بمثابة التنظيم الشامل لحماية الحقوق الإنسانية، ولكنها ليست التنظيم الكامل لها، إذ تكملها العديد من الاتفاقيات الأوروبية المنعقدة في ظل مجلس أوروبا لتنظيم مجالات محددة من الحقوق، مثل "الميثاق الاجتماعي الأوروبي" المبرم في تورنتو بإيطاليا في 18 أكتوبر 1961، والاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب والمعاملة أو العقوبة غير الإنسانية أو المهينة" المبرمة في ستراسبورج في 26 نوفمبر 1987، فضلاً عن سلسلة طويلة من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية تكفلها اتفاقيات باريس عام 1951، وروما عام 1957، المنشئة للجماعة الأوروبية والمنظمة لها.³

وتضمنت الاتفاقية أهم الحقوق والحريات الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ولم تحدد قائمة هذه الحقوق، إلا أنها حاولت تفادي تلك النقص وقامت بتعديل الميثاق بموجب مجموعة من البروتوكولات التي ألحقت بالاتفاقية في مراحل لاحقة ابتداءً من البروتوكول الأول لاتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة 1953 وانتهاءً بالبروتوكول رقم 12 للاتفاقية ذاتها لعام 2000.⁴

استهلت الاتفاقية ديباجتها بالإشارة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما لم يتردد مجلس أوروبا في أن يجعل هذا الإعلان نموذجاً يأخذ عنه ويهتدي به، فجاءت الاتفاقية في كثير من موادها نقلاً عن الإعلان، إلا أن هذه الاتفاقية تتميز بميزتين جوهريتين هما : انه يتمتع بالحقوق الواردة بها أي شخص طالما كان يخضع للقضاء الداخلي لأية دولة عضو،

¹ يجب أن لا يكون هناك اختلاط بين المجلس الأوروبي وبين مجلس الاتحاد الأوروبي أو مجلس أوروبا، الاتحاد الأوروبي ليس طرفاً في الاتفاقية وليس له دور في إدارة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

² تم التوقيع على هذه الاتفاقية في مدينة (روما) من قبل الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي في 4/11/1950 ودخلت حيز التنفيذ في 3/9/1953، حيث أوجبت على الدول الأعضاء الالتزام بتطبيق مبادئ حقوق الإنسان وهي الحقوق نفسها الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وألحق بهذه الاتفاقية إحدى عشر بروتوكولاً منذ عام 1953 إلى 1994، تضمنت أحكاماً إضافية للاتفاقية، وكذلك تعديلاً في بعض موادها، وقد دخلت هذه البروتوكولات من (1-9) حيز التنفيذ، أما البروتوكولين الآخرين لم يدخل حيز التنفيذ- راجع في ذلك، د.نواف كنعان، حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص123.

³ د.محمد قدرى حسن، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الأفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2011، ص116.

⁴ د.زايد علي زايد الغواري، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص235.

وفي الممارسة العملية أحرزت الاتفاقية بالفعل تقدماً كبيراً في تطوير احترام الحكومات لحقوق الإنسان. كما أعطت الاتفاقية للفرد الحق في اللجوء للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.¹

وجديرٌ بالقول في هذا المقام، انه تستطيع المنظمات الإنسانية والخيرية كمنظمات غير حكومية أن تستفيد من الآلية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان بفضل ما تضمنه المادة 34 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تنص على ما يلي: "يجوز اللجوء إلى المحكمة لأي شخص طبيعي، أو لأية منظمة غير حكومية أو لأية مجموعة من الأفراد تدعي بأنها ضحية انتهاك احد الأطراف السامية المتعاقدة للحقوق التي تعترف بها الاتفاقية وبروتوكولاتها. وتتعهد الأطراف السامية المتعاقدة ألا تعرقل بأية وسيلة الممارسات الفعلية لهذا الحق. وقد كرست هذه الاتفاقية الأوروبية جزئها الثاني (المواد من 19-51) للبحث في تأليف هذه المحكمة وصلحاياتها واختصاصاتها ونشاطاتها.²

ويمكن إجمال الحقوق والحريات الأساسية للإنسان المكفولة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وبروتوكولاتها كحق الإنسان في الحياة، الحق في الحرية والأمن، الحق في قضاء عادل، الحق في احترام الحياة الخاصة والأسرية والمسكن والمراسلات، الحق في حرية الفكر والعقيدة والديانة، الحق في حرية التعبير، الحق في حرية الاجتماع وتكوين الجمعيات، بما في ذلك الحق في الانضمام إلى النقابات، الحق في الزواج وتكوين الأسرة، المساواة في الحقوق والواجبات بين الزوجين، الحق في الملكية، الحقوق المتعلقة في التعليم، الحقوق الانتخابية، الحق في حرية التنقل واختيار مكان الإقامة، الحق في ترك أي بلد بما في ذلك بلده، منع التعذيب والعقوبات أو المعاملة غير الإنسانية أو المهينة، منع عقوبة الإعدام، منع الرق والعبودية والعمل الشاق، عدم رجعية القوانين العقابية، عدم طرد أو ترحيل الرعايا، عدم الطرد الجماعي للأجانب.

وهذه الحقوق جميعها تعتبر ملكاً للأسرة الأوروبية في مجموعها، وتعتبر من النظام العام الأوروبي بحيث يحق لأي دولة أوروبية عضو في الاتفاقية أن تتهم دولة أوروبية أخرى بانتهاك حقوق الإنسان حتى ولو لم يكن للدولة الأولى أي رعايا انتهكت حقوقهم، فالديمقراطية والحقوق الإنسانية حق للجميع ومسؤولية الجميع في الدول الأوروبية، ويمكن إثارة مسؤولية أي حكومة أوروبية أمام أجهزة الرقابة الأوروبية من جانب أي حكومة أوروبية أخرى، بل يمكن إثارة مسؤولية الحكومة الأوروبية من جانب الفرد الذي يعيش في الدولة الأوروبية حتى ولو لم يكن من رعاياها.³

وبالرغم من أن هذه الاتفاقية أوردت نصوصاً عامة بخصوص الحقوق والحريات إلا أنها كفلت في مادتها الأولى حق التمتع بالحقوق والحريات المحددة فيها لكل إنسان يخضع لنظامها القانوني، ونصت على حق الزواج للرجل والمرأة متى بلغ أي منهما سن الزواج دون تحديده تاركاً الأمر للقوانين الوطنية. وأوردت الاتفاقية في المادة الرابعة عشر منها حكماً بعدم جواز التمييز في ممارسة هذه الحقوق والحريات على أساس الجنس، وجاءت الاتفاقية خلواً من نصوص تحكم موضوع الجنسية وخصوصاً بالنسبة للمرأة المتزوجة وكذلك بالنسبة لحقوق الأمومة والمرأة العاملة.

ويبقى المؤشر الرئيسي على حيوية وفعالية الآليات الأوروبية لحماية حقوق الإنسان يتجلى بعدد القضايا المطروحة عليها، إذ وصل عدد الدعاوى المقدمة إلى هذه الآليات في بداية عام 2004 حوالي 65,000 شكوى، كما ارتفع عدد الدول الأعضاء في مجلس أوروبا منذ عام 1990 ليصل إلى الضعف، أي حوالي 47 دولة وهذا يعني أن 800 مليون شخص يمكنهم تجميع دعاوى أمام الآليات الأوروبية، ولكن عملية التوسيع لمجلس أوروبا ربما كانت عقب أخيل

¹ د.محمد قدرى حسن، حقوق الإنسان وحرياته، مرجع سابق، ص117.

² د.زايد علي زايد الغواري، مرجع سابق، ص241.

³ الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص63.

المعاهدة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، فقد اظهر تقرير لمجلس أوروبا صدر في عام 2007 أن أربع دول من دول أوروبا الشرقية وهي روسيا، رومانيا، أوكرانيا، بولندا، بالإضافة إلى تركيا. تتصدر 59% من القضايا المرفوعة إلى المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.¹ وقد أشار تقرير سابق عن المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان أن معظم انتهاكات حقوق الإنسان الخطيرة، مثل: إنهاء حق الحياة بطريقة تعسفية، والإفراط في استخدام القوة في أجهزة الدولة والتعذيب والاعتقال غير القانوني، تأتي كلها من روسيا بالإضافة إلى تركيا.²

هذا التطور يجعل من المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان شبيهاً بالمحكمة الأمريكية لحماية حقوق الإنسان ابتداءً من عام 1979 حين كانت تعمل في بيئة جيو إستراتيجية غير صديقة لحقوق الإنسان.³

أما الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وواجباته،⁴ والتي اشتملت على 82 مادة أقرت ما يزيد على أربع وعشرين حقاً من حقوق الإنسان. يتصدرها التزام الدول باحترام الحقوق والحريات المنصوص عليها في بنود هذه الاتفاقية، وتتضمن الاتفاقية تقنياً شاملاً لحقوق وواجبات الفرد في ضوء الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، كما ألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء الموقعة باحترام حقوق الإنسان الواردة في الاتفاقيات والحريات المنصوص عليها والثابتة لكل المنطوقين تحت ولايتها بدون تمايز بسبب العرق أو الدين أو اللغة أو الجنس أو الآراء أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي.⁵ وطلبت من الدول الموقعة بتعديل قوانينها ونظمها لتتوافق مع الاتفاقية. ولقد ناقشت الاتفاقية بشكل تفصيلي الحقوق المدنية والسياسية، وتناولت الحقوق الاقتصادية والثقافية. ومن الخصائص التي ميزت الاتفاقية الأمريكية عن غيرها أنها قامت بتحديد سبل ووسائل ضمان حقوق الإنسان والحماية الدولية لحقوق الإنسان، والتي تتمثل في اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان والمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان، وقد طورت اللجنة الأمريكية اختصاصاتها عبر ثلاث إجراءات: نظام التقارير، لجان التحقيق، والنظر في الشكاوي.⁶ حيث كرست الاتفاقية الأمريكية نوعين من الشكاوي التي تقدم إلى اللجنة الأمريكية: شكاوي الأفراد⁷ وشكاوي الدول.⁸

وتنفرد الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان بجعل الشكاوي الفردية ضد الدول أمام اللجنة إجبارية، فبمجرد أن تُصدّق دولة على الاتفاقية الأمريكية، فإنها تقبل بصورة اتوماتيكية شكاوي الفرد.⁹ أما اللجنة الأمريكية وبالمقابل يشترط في شكاوي دولة ضد دولة أن تتفق الدولتان على اختصاص اللجنة.¹⁰ وتوجد شروط للشكاوي أمام اللجنة الأمريكية وأول هذه الشروط هو أن يستنفذ الفرد الشاكي الوسائل القضائية الداخلية في الدولة المشتكى عليها ولا

¹ European court of human rights, Annuel, report, 2007, p.136.

² European court of human rights, Annuel, report, 2006, pp.59-61.p63.

³ CAVALLARO, J. and BREWER E. Reevaluating regional human rights litigation in the 21 century, The case of the Inter – American court, A.J.I.L, Vol102, 2008, pp768-827.

⁴ تم التوقيع على هذه الاتفاقية في مدينة (سان خوسيه) بكوستاريكا في 1969/11/22، ودخلت إلى حيز النفاذ في 1979/7/18، وحتى يوليو 1998، بلغ عدد الدول الأطراف فيها 25 دولة من بين الخمس والثلاثين الأعضاء في المنظمة المذكورة.

⁵ محمود شريف بسيوني، الوثائق المعنية بحقوق الإنسان، دار الشروق، القاهرة، 2003، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، ص 27.

⁶ C GROSSMAN. Proposals to strengthen the Inter- American system of protection of human rights, G.Y.I.L, 1989, pp264-275.

⁷ المادة (41) من الاتفاقية الأمريكية.

⁸ المادة (45) من الاتفاقية المذكورة.

⁹ المادة (44) من الاتفاقية المذكورة.

¹⁰ المادة (45) من الاتفاقية المذكورة.

بد من انقضاء مدة زمنية قدرها ستة شهور على صدور الحكم النهائي من أعلى جهاز قضائي في الدولة المشتكى عليها.¹

أما المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان والتي تتكون من سبعة قضاة يعينون من قبل الجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية ولمدة ستة سنوات، وينعقد اختصاصان للمحكمة: اختصاص قضائي وآخر استشاري، وفي إطار الاختصاص القضائي لا تستطيع اللجنة الأمريكية والدول الأعضاء في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان إحالة نزاع إلى المحكمة ولكي تستطيع الدولة إحالة الشكاوي أمام المحكمة الأمريكية لا بد من أن تعترف باختصاص المحكمة للنظر في هذه الشكاوي ويظهر انه من أصل 25 دولة عضواً في الاتفاقية اعترفت 21 منها باختصاص المحكمة، ولا يملك الأفراد الحق في إحالة قضايا إلى المحكمة الأمريكية، ولكن منذ أن قامت المحكمة في 24 نوفمبر 2000 بتغيير قواعدها الإجرائية، فإنه يتم إشراك الأفراد العاديين بشكل أكثر في المرافعات أمام المحكمة. ويشمل اختصاص المحكمة كل الحالات المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي تعرضت على المحكمة.² ولا تنظر المحكمة في القضايا إلا بعد أن تنظر فيها اللجنة الأمريكية لحماية حقوق الإنسان، والأحكام الصادرة عن المحكمة تكون نهائية وغير قابلة للاستئناف ويجب على الدول أن تتعهد بتنفيذ أحكام المحكمة.³ وتعتبر الأحكام الصادرة عن المحكمة بمثابة أحكام تقرن بالأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية وتُنفذ حسب قوانين الدولة التي يطلب منها التنفيذ. وفي بداية العام 2000 أصدرت المحكمة 61 حكماً قضائياً تتعلق باستثناءات مبدئية، جوهر النزاع، إصلاح ضرر، تفسير، ومنذ عام 2004 إلى عام 2007، قامت المحكمة الأمريكية بإصدار 14 حكماً قضائياً سنوياً في قضايا تتعلق بحقوق الإنسان.⁴

ومن خلال قراءة متأنية للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ترى أن كافة أجهزة منظمة الدول الأمريكية تستطيع أن تطلب آراء استشارية من المحكمة، كما يمكن للدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية أن تطلب آراء استشارية من المحكمة لمعرفة تجانس قوانينها مع الاتفاقية الأمريكية، أو أية معاهدة أمريكية أخرى لحماية حقوق الإنسان.⁵ وتختص المحكمة عبر الآراء الاستشارية بتفسير الاتفاقيات الأمريكية لحقوق الإنسان،⁶ وقد فسرت المحكمة الأمريكية عبر آرائها الاستشارية هذه المعاهدات لتشمل المعاهدة الأمريكية لمناهضة التعذيب والتي أُبرمت في 9 ديسمبر 1985 والمعاهدة الأمريكية حول الاختفاء القسري للأشخاص والمهورة في 9 يونيو 1994 والمعاهدة الأمريكية لمعاقبة العنف ضد المرأة المبرمة بتاريخ 9 يونيو 1994، وأيضاً البنود المتعلقة بحقوق الإنسان والموجودة في ميثاق منظمة الدول الأمريكية.

وبالرغم من أن المحكمة قد أعلنت أن التصريح العالمي لحقوق الإنسان لا يشكل معاهدة دولية، إلا أن المحكمة أصدرت رأياً جاء فيه أن التصريح هو تفسير مآذون لميثاق الدول الأمريكية والاتفاقية الأمريكية لحماية حقوق الإنسان، بالإضافة إلى أن الاتفاقية نصت على عدد من الحقوق لم تكن قد ذكرت في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أو البروتوكولات المضافة بها، مثل الحق في عدم الخضوع للرقابة المسبقة على حرية الفكر والتعبير، والاعتراف بجميع الأطفال بمن فيهم الذين يولدون خارج نطاق الرابطة الزوجية، وبحق كل فرد في جنسية وحقه في جنسية الدولة التي

¹ الفقرة (1) من المادة (46) من الاتفاقية المذكورة.

² الفقرة (3) من المادة (62) من الاتفاقية الأمريكية.

³ المادة (68) من الاتفاقية الأمريكية.

⁴ CAVALLARO.J. BREWER E. opcite, pp781-782

⁵ الفقرة (2) من المادة (46) من الاتفاقية الأمريكية.

⁶ الفقرة (1) من المادة (46) من الاتفاقية الأمريكية.

يولد فيها إذا لم يكن له الحق في التمتع بجنسية أخرى والحق في اللجوء مع عدم السماح بأبعاد الأجنبي إلى بلد آخر إذا كان حقه في الحياة قد يتعرض للخطر بسبب جنسه أو جنسيته أو دينه أو وضعه الاجتماعي أو آرائه السياسية، فضلاً عن حظر الرق والحق في احترام الخصوصية وحرية الاعتقاد والديانة والحق في اسم.¹

فقد جاءت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، أكثر شمولاً وأوسع نطاقاً في تناولها لحقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق المرأة بصفة خاصة، وهذا ما يلاحظ من خلال المادة الأولى التي تنص على احترام الدول الموقعة للحقوق والحريات لكل الأشخاص الخاضعين لولايتها القانونية دون تمييز بسبب الجنس، كما أوضحت في نفس المادة أن كلمة إنسان أو شخص ترد في نصوصها تعني كل كائن بشري، وكفلت بشكل أساسي الحقوق المدنية والسياسية للأفراد وهي كذلك التي وردت في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وأفردت الاتفاقية الأمريكية مادة لحقوق الأسرة،² فيما يتعلق بتكوينها وحق الرجال والنساء في الزواج متى بلغوا سن الزواج التي تحدده القوانين المحلية، مع اشتراط رضا الطرفين رضاً كاملاً لانعقاد الزواج، ووجوب ضمان مساواة الزوجين في الحقوق والمسئوليات عند الزواج وخلال فترة الزواج وعند انحلاله، كما أكدت على الحق في الجنسية³ مع عدم جواز حرمان أحد منها بصورة تعسفية أو حقه في تغييرها وإذا كانت الاتفاقية الأمريكية تتشابه مع الاتفاقية الأوروبية بتضمنها أجهزة لضمان تنفيذ ما ورد من حقوق وحريات إلا أنه يؤخذ عليهما عدم النص على الحقوق الجماعية وبصفة خاصة الحق في تقرير المصير. ويلاحظ أن الاتفاقية الأمريكية سارت على نفس مناهج الاتفاقية الأوروبية، ومن جانب آخر لم تحض الاتفاقية بقبول كبير من جانب الدول الأمريكية، فهناك عدد من الدول لم يصدق عليها وفي مقدمتهم الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، ولم يصدق عليها سوى 25 دولة من إجمالي 35 دولة عضوه بالمنظمة.

المطلب الثاني : الاتفاقيات الإقليمية الأخرى :

سنتحدث في هذا المطلب عن حقوق المرأة في الميثاق الأفريقي والميثاق العربي وأخيراً الميثاق الإسلامي مبتدئين الحديث عن الميثاق الأفريقي.

لقد اجتمعت منظمة الوحدة الأفريقية⁴ في 18/6/1981، بنيروبي حيث صدر الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ودخل حيز النفاذ في 21/10/1986، حيث بلغ عدد الدول الأعضاء فيه (53) دولة وهم جميع الدول الأفريقية. ويعتبر هذا الميثاق من أبرز المواثيق الإقليمية في مجال حقوق الإنسان، وهو ثمرة عمل دعوب للناشطين الأفارقة في مجال حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وقد جاء الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان معبراً عن الرؤية الأفريقية الخاصة لهذه القضايا، حيث شرع الميثاق في ديباجته بالإشارة إلى ميثاق الوحدة الأفريقية ومنظمة الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان باعتبارها إنجازات تاريخية ومصادر استلهمت البشرية وحفزه إلى مثل هذه المواثيق ومنها الميثاق الأفريقي والتأكيد عليها.⁵

¹ المادة (18) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

² المادة (17) من الاتفاقية الأمريكية.

³ المادة (20) من الاتفاقية الأمريكية.

⁴ استبدل اسم المنظمة في إعلان سرت، صدر عن المنظمة في 9/9/1999، وفي شهر يوليو سنة 2001 قرر مؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الأفريقية المنعقد في لوساكا عاصمة زامبيا الانتقال من منظمة الوحدة الأفريقية إلى الاتحاد الأفريقي.

⁵ قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية، المحتويات والآليات، الجزائر، دار هومه، 2002، ص 131

ويتألف هذا الميثاق من (68) مادة تقدم فهماً أفريقيًا متقدماً لحقوق الإنسان يستند إلى كافة المواثيق والعهود الدولية، ويعكس طموحات وآمال الدول الأفريقية ورغبتها في التغلب على مشكلاتها المعقدة، ويجمع بين الحاجات المحددة والقيم الكامنة في الثقافات الأفريقية وبين المعايير المعترف بصحتها عالمياً، حيث ركز على حقوق الشعوب الأفريقية في الاستقلال وتصفية قواعد العدوان العسكرية الأجنبية، واعتبار الحقوق المدنية والسياسية مرتبطة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وينقسم الميثاق إلى ثلاثة أقسام رئيسية هي: الحقوق والواجبات، تدابير الحماية، وأحكام عامة أخرى. وفي القسم الأول: نص الميثاق على: حق كل فرد في الحرية والأمن وأنه لا يجوز القبض بصورة تعسفية على احد بتهمة جنائية أو اعتقاله بصورة تعسفية لأسباب أخرى (م6)، وحماية حقوق المرأة والأسرة (م2)، وحق كل فرد في المحاكمة العادلة خلال فترة زمنية معقولة وافترض البراءة حتى يثبت غير ذلك من خلال الإجراءات الصحيحة في المحكمة (م7)، وحق كل فرد في أن ينتقل بحرية داخل وطنه (م12)، وفي القسم الثاني: حدد الميثاق تدابير الحماية، وكيفية اتخاذ هذه التدابير من خلال لجنة متخصصة تمثل الدول الأعضاء وتنتخب سرّاً (المواد من 3 - 44)، وفي القسم الثالث: حدد الميثاق الأحكام الأخرى الخاصة بعمل لجنة حقوق الإنسان الأفريقية والتواصل بين الدول الأعضاء في الميثاق (المواد 45 - 59).¹ وبالنسبة للجزء الأخير من الاتفاقية وهي المواد من (60 - 36) تضمنت المبادئ التي تطبقها اللجنة والتقارير التي تقدمها الدول الأفريقية إلى اللجنة حول ما اتخذته من تدابير تشريعية وغيرها من اجل تنفيذ أحكام الميثاق.²

والجزء الثالث يضم المواد من 64 إلى 65، وهي الخاصة بالمسائل الإجرائية التي يتولاها الأمين العام للمنظمة. وقد انبثق عن الميثاق الأفريقي اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب كآلية تختص بتلقي التقارير الدورية للدول الأعضاء ومناقشتها وفحص الشكاوي وإصدار التوصيات اللازمة بشأنها، وقد توجت الجهود الأفريقية لمواكبة التطور العالمي بإصدار بروتوكول ملحق بالميثاق الأفريقي لإنشاء المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان ودخل حيز التنفيذ في يناير 2004،³ حيث بدأت المحكمة الأفريقية أعمالها في أديس أبابا - إثيوبيا، في نوفمبر 2006 والتي تتكون من 11 قاضياً من مواطني الدول أعضاء منظمة الوحدة الأفريقية الذين يتم انتخابهم بصورة شخصية من ضمن القضاة الذين يتحلون بالأخلاقيات العالية والمهارات والكفاءة والخبرة العملية والقضائية والأكاديمية المعترف بها في مجال حقوق الإنسان، ويتم انتخابهم لمدة ست سنوات، ويجوز إعادة انتخابهم مرة واحدة فقط، وتنتهي مدة أربع قضاة من المنتخبين الانتخاب الأول في نهاية سنتين وتنتهي مدة أربعة قضاة آخرين في نهاية أربع سنوات.⁴ وقد باشرت المحكمة في صدور أول أحكامها بتاريخ 25 مارس 2011، بشأن الوضع الليبي، حيث حكمت المحكمة بالإجماع بان تقوم ليبيا بوضع حداً للإجراءات التي تتسبب في الخسائر في الأرواح أو انتهاك "السلامة البدنية" لأي فرد في خرق للقانون الدولي الإنساني، واعتبرت أن الحكم مُلزم على ليبيا، ويجب عليها أن ترجع على المحكمة خلال 15 يوماً بالخطوات التي اتخذتها لتنفيذ الحكم.

وبالرغم من أن الميثاق شمل اعترافاً بتمتع كل شخص بالحقوق والحريات العامة دون أي تمييز بسبب الجنس.

¹ راجع: دليل إلى الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، منشورات منظمة العفو الدولية، 1991، ص: 11 و 12.

² د. زكريا المصيرين، حقوق الإنسان، دار الكتب الجامعية، مصر، 2006، ص 46.

³ الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 77.

⁴ المادة (14) من البروتوكول.

وان ركز الميثاق في المادة 3/18 على ضرورة القضاء على كل تمييز ضد المرأة، وكفالة حقوقها على نحو ما هو منصوص عليه في الإعلانات والاتفاقيات الدولية، حيث جعل الميثاق الأفريقي ما سبقه من اتفاقيات وإعلانات بخصوص حقوق المرأة وحمايتها ملزماً للأطراف الموقعة عليه. إلا أن يؤخذ عليه ضعف الصياغة القانونية فيما تحمله من أوجه الالتزام على الحكومات الأفريقية إزاء موضوعات حقوق الإنسان إضافةً إلى أن الحقوق تعوزها الدقة والوضوح مما يؤثر على فعالية أجهزة الرقابة، لكن الميثاق في حد ذاته يعتبر إنجازاً عظيماً لأفريقيا التي تسيطر على معظم دولها النظم العسكرية. وبمقارنته مع الاتفاقية الأوروبية أو الأمريكية من حيث التدرج في القوة إذ تحتل الاتفاقية الأوروبية المرتبة الأولى، فهي أقواها تنظيماً بما تتضمنه من وسائل تطبيق موادها من خلال لجنة حقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وحق الفرد في تقديم الشكوى ضد الحكومة في جو أوروبي عام، يشجع على احترام حقوق الإنسان احتراماً فعلياً تدعن فيه السلطات لسيادة القانون وقرارات وأحكام لجنة ومحكمة حقوق الإنسان الأوروبية.¹

أما الميثاق العربي لحقوق الإنسان،² فقد صدر قرار من مجلس الجامعة العربية بالموافقة عليه بتاريخ 15/9/1994، وخضع بعدها إلى تعديل عام 2004، والذي اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشر التي استضافتها تونس بتاريخ 23 مايو 2004، واشتمل الميثاق على 53 مادة، وردت فيه إشارات مهمة إلى الأمة العربية وقيمها السامية النبيلة ومبادئ الدين الإسلامي الحنيف والديانات السماوية الأخرى، ووردت فيه إشارات أيضاً عن جميع موثيق حقوق الإنسان العالمية والإقليمية، وباعتبار أن العنصرية والصهيونية تشكلان انتهاكاً لحقوق الإنسان. وفي 15 مارس 2008،³ دخل الميثاق العربي لحقوق الإنسان حيز التنفيذ بعد مصادقة سبع دول عليه.⁴ ومجمل بنود الميثاق تناولت فكرة الحقوق والعدالة، ووجوب عدم إنقاص غياب أي حق من حقوق الإنسان المنصوص عليها في المواثيق الدولية، وكذلك اعتبر الميثاق منسجماً مع مبادئ الدين الإسلامي الحنيف، ونجح في ثبات القيم والمبادئ الإسلامية وخصوصية المجتمع العربي المتناسك والمخاف على قيمه، ومنسجماً في نفس الوقت مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان.

وقد نصت مواد الميثاق على مجموعة من الحقوق والحريات هي: لكافة الشعوب الحق في تقرير المصير والسيطرة على ثرواتها ومواردها الطبيعية ولها استناداً لهذا الحق أن تقرر بحرية نمط كيانها السياسي وان تواصل بحرية تنميتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. (المادة 2) وان تتعهد كل دولة طرف في هذا الميثاق بان تكفل لكل إنسان موجود على أراضيها وخاضع لسلطتها حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة فيه دون أي تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر دون أي تفرقة بين الرجال والنساء (المادة 3).⁵

وبالتالي ترسيخ المبدأ القاضي بان جميع حقوق الإنسان حقوق عالمية وغير قابلة للتجزئة ومتراصة ومتشابكة. لذلك نرى أن الفقرة الثالثة من المادة الثالثة قد نصت على تساوي الجميع في الكرامة الإنسانية رجالاً ونساءً وفي الحقوق والواجبات، في ظل التمييز الايجابي الذي أقرته الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية الأخرى، التشريعات والقوانين النافذة لصالح المرأة. وتأتي المادة الرابعة لتحدث عن حالات الطوارئ الاستثنائية وعلى القيود المفروضة

¹ د. الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص 72.

² دنوف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، مرجع سابق، ص 128.

³ د.زيد علي زايد الغواري، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، مرجع سابق، ص 255.

⁴ الدول التي صادقت على الميثاق وهي: الأردن، لبنان، البحرين، سوريا، فلسطين، ليبيا، الإمارات العربية المتحدة.

⁵ د.محمد قدرى حسن، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مرجع سابق، ص 126.

على تلك الحالات. وتقرر المادة الخامسة أن الحق في الحياة حق ملازم لكل شخص، وهذا الحق يكفله القانون ويحميه ويحظر حرمان احد من حياته تعسفاً، وحضر عقوبة الإعدام إلا في الجنايات التي تتسم بالخطورة والعنف.¹

وإذا كان لا بد حسب التشريعات النافذة لبعض التشريعات فان تنفيذها يستلزم حكماً نهائياً وباتاً وأحقية طلب العفو من قبل المحكوم عليه بهذه العقوبة أو طلب استبدالها بعقوبة اخف، مع مراعاة عدم تنفيذ العقوبة على من هم دون سن الثامنة عشر،² وعدم جواز تنفيذ حكم الإعدام على امرأة حامل حتى تضع حملها، والحال يسري أيضاً على المرضع حتى مضي عامين أي بعد انقضاء عامين على تاريخ الولادة، وفي كل الأحوال تغلب مصلحة الرضيع.³ وتنص المادة 8 بحظر تعذيب أي شخص. وتعد ممارسة التعذيب جريمة يعاقب عليها لا تسقط بالتقادم. كما نصت المادة 13 بأنه " لكل شخص الحق في محاكمة عادلة.⁴

وفي مجال الحقوق السياسية عد الميثاق الشعب مصدر السلطات، وافر الأهلية السياسية حق لكل مواطن وضمن حق المقيم وحق الشخص بالتنقل والمغادرة وعدم جواز نفيه من بلده وحق منحه اللجوء السياسي، وعدم جواز إسقاط الجنسية، وضمان حرية العقيدة، وممارسة الشعائر الدينية، حرية التجمع، حق العمل، الوظائف العامة، تشكيل النقابات العامة، حق التعليم، حرية الرأي والتعبير، وحماية حقوق الأقليات.⁵

وأنشأ الميثاق لجنة خبراء حقوق الإنسان، والتي تتكون من سبعة أعضاء يُنتخبون بالاقتراع السري من بين مرشحي الدول الأعضاء أطراف الميثاق، وتقوم الدول الأطراف بتقديم تقارير إلى هذه اللجنة وتكون عبارة عن تقرير أولي بعد سنة من تاريخ نفاذ الميثاق، وتقارير دورية كل ثلاث سنوات، وتقارير تتضمن إجابات الدول عن استفسارات اللجنة، وتدرس اللجنة التقارير التي تقدمها الدول الأعضاء الأطراف في الميثاق، وترفع تقريرها مشفوعاً بآراء الدول وملاحظاتها إلى اللجنة الدائمة لحقوق الإنسان في الجامعة العربية.⁶

ويلاحظ من استعراض أحكام الميثاق العربي لحقوق الإنسان انه يخلو من النص على بعض الحقوق مثل حقوق المرأة والقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. كما أن الميثاق يخلو من الآليات والأجهزة الرقابية والاكتفاء بالتأكيد على ما تضمنته المواثيق الدولية لحقوق الإنسان وهذا يتطلب إنشاء اللجنة العربية لحقوق الإنسان والحكمة العربية لحقوق الإنسان وذلك على غرار الوضع القائم بالنسبة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي أنشئت طبقاً للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية حتى يتمكن الأفراد من تقديم شكاوهم ضد الانتهاكات التي تمارس ضدهم من أي دولة طرف في الميثاق،⁷ وإضافةً إلى ضعف آلية الحماية ووجهة انتقادات أخرى أهمها أن الميثاق لا يرقى إلى مستوى المعايير والضمانات الواردة في الإعلان العالمي والعهدين الدوليين للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والمدنية والسياسية أو حتى بأنظمة الحماية الإقليمية الأخرى لحقوق الإنسان. كما أن الميثاق يعطي للحكومات العربية حق التحلل من كل الحقوق المنصوص عليها، حيث يجيز فرض قيود على الحقوق والحريات بما

¹ المادة (6) من الميثاق

² البند 1 من المادة (7) من الميثاق.

³ البند 2 من المادة (7) من الميثاق.

⁴ د.زايد علي زايد الغواري، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، مرجع سابق، ص 257.

⁵ دنواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، مرجع سابق، ص 129.

⁶ د.محمد قدرى حسن، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مرجع سابق، ص 127.

⁷ دنواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، مرجع سابق، ص 131.

ينص عليه القانون في حالات الطوارئ¹، ولم يتضمن الميثاق تعهد الدول الأطراف باتخاذ الإجراءات التشريعية لإقرار ما ورد به من حقوق على غرار ما هو معمول به في نظيره الأفريقي أو المواثيق الأخرى، ومن بين الانتقادات التي وجهت للميثاق أيضاً ذلك التعتيم الشديد واستخدام ألفاظ وتعبيرات غير واضحة وغير محددة على غرار النظام العام، الصحة العامة، الأمن والاقتصاد الوطنيين، مما يعطي الدول والحكومات هامشاً واسعاً للتهرب من تنفيذ التزاماتها واحترام الميثاق بسبب هذه المبررات.²

أما فيما يخص الميثاق الإسلامي لحقوق الإنسان³، والذي تضمن ديباجة وخمسة وعشرون مادة حول حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وقد جاء في ديباجته التي تضمنت إرشادات عامة للدول الأعضاء في مجالات حقوق الإنسان، إيماناً بأن الحقوق الأساسية، والحرية العامة في الإسلام جزء من دين المسلمين، لا يملك احد بشكل مبدئي تعطيلها كلياً أو جزئياً أو حرقها أو تجاهلها في أحكام إلهية تكليفية أنزل الله بها كتبه، وبعث بها خاتم رسله وتم ما جاءت به الرسائل السماوية، وأصبحت رعايتها عبادة وإهمالها أو العدوان عليها منكر في الدين، وكل إنسان مسئول بمفرده والأمة مسئولة عنها بالتضامن، فان الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي تأسيساً على ذلك تعلن إصدار هذا الميثاق.⁴

وقد نص الميثاق في مادته الأولى على أن البشر جميعاً أسرة واحدة، وأن الخلق كلهم عباد الله. وأن أحبهم إليه أنفعهم لعياله، وأنه لا فضل لأحدٍ منهم على الآخر إلا بالتقوى والعمل الصالح. وأشارت المادة (19/أ) إلى أن الناس سواسية أمام الشرع يستوي في ذلك الحاكم والمحكوم، وأكدت المادة (19/ب) على أن حق اللجوء إلى القضاء مكفول للجميع، ونصت المادة (17) على حق كل إنسان في أن يعيش في بيئة نظيفة من المفاصد والأوبئة الأخلاقية وتمكنه من بناء ذاته معنوياً، وإن على المجتمع والدولة أن يوفر له هذا الحق. وأكدت المادة (12) على حق كل إنسان في حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل بلاده أو خارجها وذلك في إطار الشريعة الإسلامية.

وحظر الميثاق في المادة (20) جواز تعريض الإنسان للتعذيب البدني أو النفسي أو لأي نوع من المعاملات المذلة أو القاسية أو النافية للكرامة الإنسانية، كما لا يجوز سن القوانين الاستثنائية التي تحول ذلك للسلطات التنفيذية كما حظرت المادة (20) في مقدمتها القبض على أي إنسان أو تقييد حريته أو نفيه أو عقابه بغير موجب شرعي، وأضافت المادة (19) أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته بمحاكمة عادلة تؤمن له فيها كل الضمانات الكفيلة بالدفاع عنه، وإن المسؤولية في أساسها شخصية وانه لا جريمة ولا عقوبة إلا بموجب أحكام شرعية. وأوضحت المادة (20) أن كل الحقوق والحرية المقررة في هذا الميثاق مقيدة بأحكام الشريعة الإسلامية، وأكدت المادة (25) أن الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أي مادة من مواد الميثاق.⁵

ويتميز الميثاق الإسلامي لحقوق الإنسان بعدة سمات أهمها: اهتمامه بالتأكيد على الاستقلالية عن الغرب وإظهار إصرار المسلمين على التمايز والندية بسبب خصوصية نصوصهم وشخصيتهم. وتأكيد على اقتران الحقوق الفكرية

¹ المادة (4) من الميثاق.

² د.زايد علي زايد الغواري، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، مرجع سابق، ص 258.

³ صدر هذا الميثاق بموجب إعلان القاهرة عن حقوق الإنسان في الإسلام الصادر عن المؤتمر الإسلامي التاسع عشر لوزراء الخارجية الذي عقد في الفترة من 31 يوليو- 4 أغسطس 1990.

⁴ نشأت منظمة المؤتمر الإسلامي عام 1970، بقرار صادر عن القمة التاريخية في الرباط بتاريخ 25 سبتمبر 1969، رداً على جريمة إحراق المسجد الأقصى في القدس المحتلة، وهي منظمة حكومية أنشئت على أسس دينية وتضم في عضويتها حالياً (57) دولة. وتعتبر ثاني أكبر منظمة حكومية دولية بعد الأمم المتحدة. وكان عدد الدول الموقعة عليها 25 وهم الأعضاء المؤسسين.

⁵ د.نواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والديساتير العربية، مرجع سابق، ص 132.

والسياسية بالحقوق الاجتماعية والثقافية وربطه بين حق الفرد وحق المجتمع والروابط الأسرية، حيث أوضح أن حقوق الإنسان الشاملة في الإسلام هي ضمان للفرد والأسرة والجماعة والدولة على السواء، وجعله إحقاق الحق واجباً على صاحب الحق نفسه، كما هو واجب على الذي عليه الحق.¹

والملاحظ على الميثاق الإسلامي لحقوق الإنسان شأنه شأن البيان الإسلامي العالمي لحقوق الإنسان² والمستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية، وإن إقرار هذه الحقوق هو المدخل الصحيح لإقامة مجتمع إسلامي حقيقي فيه الناس سواء، والمساواة فيه أساس التمتع بالحقوق، والتكليف بالواجبات، ويرى في الأسرة نواة المجتمع ويحوطها بحمايته وتكريمه، وكل فرد فيه هو ضمير مجتمعه، ومجتمع يرفض كل ألوان الطغيان ويضمن لكل فرد فيه الأمن، الحرية، الكرامة، والعدالة. فبالرغم من الإقرار بالمساواة بين الرجل والمرأة في الكرامة والحقوق والواجبات إلا أن المادة (25) من الميثاق تؤكد على أن الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أي مادة من مواد الميثاق. مع العلم بان الشريعة الإسلامية تقرر التمييز الإيجابي بين الرجل والمرأة، والتمييز الإيجابي (Affirmative Action) هو مفهوم جديد في مجال حقوق الإنسان، بدأ يطبق في الستينات في الولايات المتحدة، ويعني مجموعة الإجراءات التمييزية المتخذة بهدف تعزيز وإصلاح الأوضاع الهشة لفئة تعيش ضحية تمييز، أو تهميش ظروف تاريخية، أو اجتماعية، أو اقتصادية (السود، النساء، الأقليات...). والمعاملة الإمتيازية التي تمنح لهذه الفئات تكون محدودة ومؤقتة لتعويضها عن السياسات التمييزية التي مورست ضدها. وليست هناك على المستوى الدولي أية آليات دولية تقرر بالتمييز الإيجابي بشكل مباشر، لا بل أن الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لتؤكد إمكانية اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة ومؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة وتحقيق التكافؤ بينهما في الفرص والمعاملات.³

الخاتمة :

لقد حظيت حقوق المرأة باهتمام عالمي، سواء من قبل القانون الدولي العام أو الاتفاقيات الدولية والإقليمية، أو الإعلانات العالمية لحقوق الإنسان، كما تضح لنا أن حقوق المرأة ليست حقوقاً منعزلة عن حقوق الإنسان على اعتبار أن المرأة في الحقيقة ليست كائناً منعزلاً عن مجتمعه. وحقوق المرأة في الحقيقة ليست حقوقاً خاصة، وإنما هو إقرار المجتمع الدولي بمساواة المرأة بالرجل في التمتع بحقوق الإنسان التي أقرتها المواثيق الدولية، بدءاً من ميثاق الأمم المتحدة 1945، الذي تضمن مبدأ المساواة بين الرجال والنساء في الحقوق وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، واتفاقية الحقوق السياسية للمرأة 1952 التي ساوت بين المرأة والرجل، كما ضمن العهدان الدوليين للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والحقوق المدنية والسياسية 1966 مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بالحقوق، كما أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 تعد من أهم الاتفاقيات الدولية التي نظمت حقوق المرأة وهي اتفاقية شاملة لجميع حقوق المرأة، وتعد أساساً للاتفاقيات الأخرى.

¹ انظر: د. محمد عبد المتوكل، حقوق الإنسان العربي- الإسلام وحقوق الإنسان- المستقبل العربي، عدد (17) الصادر عن مركز دراسات الوحدة العربية، 1999، ص 160-161.

² صدر في باريس بتاريخ 19 سبتمبر 1981، ويمثل جهداً طيباً لكبار مفكري العالم الإسلامي وقادة الحركة الإسلامية الذين اتفقوا على بنود حقوق الإنسان في ذلك البيان المعلن بمناسبة القرن الخامس عشر الهجري، 21 ذي القعدة 1401هـ.

³ انظر: الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المطلب الثاني من المبحث الأول من هذه الدراسة.

كما أولت الاتفاقيات الإقليمية أهمية لحقوق المرأة، بدءاً من الاتفاقية الأوروبية، وهي الأقوى تنظيمياً بما تضمنته من وسائل التطبيق موادها من خلال لجنة حقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية التي نصت كذلك على لجنة ومحكمة أمريكية لحقوق الإنسان، لكن ليست لها فعاليات اللجنة والمحكمة الأوروبية، ويأتي الميثاق الأفريقي في الدرجة الثالثة بالنسبة للميثاقين الأوروبي والأمريكي، الذي لم يتضمن إنشاء محكمة أفريقية لحقوق الإنسان، فضلاً عن ضعف الصياغة القانونية فيما تحمله من أوجه الالتزام على الحكومات الأفريقية إزاء موضوعات حقوق الإنسان، أما الميثاق العربي الذي وجهت إليه العديد من الانتقادات من حيث مضمون الحقوق التي نص عليها، أو صياغاته العامة والمقتضبة، أو غياب عدد من الحقوق عن نصوصه مثل حقوق المرأة والقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بالإضافة إلى ضعف آلية الحماية الواردة به، كما انه لا يرقى إلى مستوى المعايير والضمانات الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. أما الميثاق الإسلامي لحقوق الإنسان فقد أكد على اقتران الحقوق الفكرية والسياسية بالحقوق الاجتماعية والثقافية، وربطه بين حق الفرد وحق المجتمع والروابط الأسرية، وأوضح أن حقوق الإنسان الشاملة في الإسلام هي ضمان للفرد والأسرة والجماعة والدولة على السواء، إضافةً لجعله الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أي مادة من مواد الميثاق.

وبالرغم من أن الشريعة الإسلامية أقرت العديد من الحقوق للمرأة... وساوت بين الرجل والمرأة في الكرامة الإنسانية والحقوق والواجبات إلا أنها أقرت التمييز الإيجابي بين الرجل والمرأة. لهذا ترى الأسرة الدولية بأن أي نظام يقوم على العدل والإنصاف سيسهم إسهاماً بارزاً في النهوض بالمساواة بين الرجل والمرأة، وفي هذا اعتراف بان إعلان النوايا والتوصيات والرغبات سواء ذات الطابع الدولي أو المحلي الديني أو الاجتماعي. لا تستطيع أن تردع على نحو مقبول ضرورياً من السلوك الإنساني المتجاوز لحد آخر، سواء كان هذا الآخر رجلاً أو امرأة ما لم يتحقق النهوض بالتقدم الاجتماعي والتنمية باعتباره الضامن الأهم لتحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة كما أن العبرة ليست في النص على هذه المساواة وإنما في احترامها والالتزام بتطبيقها على أرض الواقع.

وفي ضوء ما تقدم توصي الدراسة بما يلي :

التوصيات :

1. تفعيل آليات الحماية في المواثيق الدولية والإقليمية لحماية حقوق المرأة.
2. العمل على ضرورة التوفيق بين الاتفاقيات الدولية والإقليمية المصادق عليها والتشريعات الداخلية
3. اتخاذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة. نفس الحق في عقد الزواج، نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل، نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه.
4. نشر ثقافة حقوق المرأة بين الدول وبالأخص في المجتمعات النامية.
5. على المرأة أن توطد علاقاتها بالمنظمات والهيئات والجمعيات النسائية على المستوى المحلي والدولي لتكسب المزيد من الخبرات والاستفادة مما هو مشرق ومفيد في حياة ومناشط المرأة ومن اجل إزالة الحواجز النفسية والوجدانية والاجتماعية والثقافية.

6. الابتعاد عن استخدام المعايير المزدوجة في التعامل مع قضايا حقوق المرأة، وفرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل.
7. إنشاء لجنة للقضاء على التمييز ضد المرأة.

المراجع العربية :

- (1) د. الشافعي، محمد، قانون حقوق الإنسان، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1992.
- (2) د.الشواربي، عبد الحميد، الحقوق السياسية للمرأة في الإسلام مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- (3) الصادق المهدي، نحو مرجعية إسلامية متجددة، مكتبة الشروق العربية، القاهرة، 2006.
- (4) د.الغواري، زايد علي زايد، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
- (5) د. الفتلاوي، سهيل حسين، موسوعة القانون الدولي 3 وحقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012
- (6) د. القاطرجي، نهى، المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2006.
- (7) د.المصريين، زكريا، حقوق الإنسان، دار الكتب الجامعية، مصر، 2006.
- (8) د.الهيبي، نعمان عطالله، حقوق الإنسان في المواثيق الدولية والدستورية والشريعة الإسلامية، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2011.
- (9) د.بسيوني، محمود شريف، الوثائق المعنية بحقوق الإنسان، دار الشروق، القاهرة، 2003، المجلد الثاني، ط1، ص27.
- (10) د.سرحان، محمد عبد العزيز، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي، دار الهناء للطباعة، 1987.
- (11) د. شقير، حفيظة، الاتفاقيات الدولية وحقوق المرأة في العالم العربي، المجلد الثالث، دار العلم للملايين، بيروت، 1989.
- (12) د.عبد المتوكل، محمد، حقوق الإنسان العربي، الإسلام وحقوق الإنسان، المستقبل العربي، عدد17، الصادر عن مركز دراسات الوحدة العربية، 1999.
- (13) د.غردام جوديت، النساء وحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، دراسات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط1، 2000.
- (14) د.قادري ، عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية، المحتويات والآليات، دار هومه، الجزائر، 2002.
- (15) د.قادري، محمد حسن، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2011.
- (16) د.كنعان، نواف، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، إثراء للنشر والتوزيع، ط 2، الأردن، 2010.

17) د.مسعد، نيفين، أعمال الندوة الإقليمية حول سبل تفعيل القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، المنعقدة في بيروت في الفترة من 26 إلى 27 يناير، 2004، منشورات المنظمة العربية لحقوق الإنسان.

المراجع الأجنبية :

- 1) CAVALLARO.} . and BREWER E.Reevaluating regional human right litigation in the 21 century, The case of the Inter – American court, A.]I.L,Vol102, 2008,pp768-827.
- 2) C GROSSMAN. Proposals to strengthen the Inter- american system of protection of human rights, G.Y.I.L, 1989, pp264-275.
- 3) European court of human right, Annuel, report, 2006,pp.59-61.p63.
- 4) Haslegrave, Marianna, " women's rights: the road to the millenium" in human Rights. Peter Davies(ed) Routledge, London, 1988,pp.21-30.
- 5) Mckean, Earwick, Equality andDiscrimination under International Law, clarendon Press, Oxford, 1983.p.49.

الضمان القضائي بين الشريعة الإسلامية والفقه القانوني



إعداد الأستاذ أحمد محمد صالح

دكتور في الحقوق باحث حقوق تأمينية

بالهيئة القومية للتأمين الاجتماعي - مصر

مقدمة :

تعتبر الدولة عن إرادة الشعب صاحب السيادة، وتتكون هذه الإرادة من ثلاثة عناصر يعبر عنها بسلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية، وتتعاون كل من هذه السلطات مع الأخرى في التعبير عن سيادة الشعب، ووفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات يمارس الأفراد والأجهزة القائمة عليها اختصاصاتهم تعبيراً عن هذه السيادة، وتنهض الدولة كنظام قانوني بحماية الحقوق والحريات لا تنتج آثارها بطريقة فعالة إلا إذا كفل القضاء هذه الحماية، والتدخل القضائي هو الذي يضمن فاعلية نصوص القانون والتي تظل صامته جامدة حتى يتدخل القاضى لتقدير المعانى الصحيحة التي أراد القانون التعبير عنها، والأحكام التي يصدرها القضاء وتحوز قوة الأمر المقضى، تنال قوة الحقيقة القانونية، فتستفيد من قرينة المطابقة مع كلمة القانون¹. ومن ثم فإن القضاء ركن في قانونية النظام ولا قانون بغير قاض².

واللجوء إلى القضاء هو حق دستوري أصيل للكافة على حد سواء، كفلته كافة الدساتير الوطنية بناءً على المادة 10 من الإعلان العلى لحقوق الإنسان الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1948 والتي نصت " لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحيدة , نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أى تهمة جزائية توجه إليه". ومن ثم فإن اللجوء للقضاء هو بداية الضمان القضائي داخل المجتمع وتأكيداً على سيادة القانون.

¹ - د / أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - دار الشروق - الطبعة الثالثة - 2004 - ص 329, 330.

² - د / أحمد فتحي سرور - الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية - مقال - مجلة مصر المعاصرة - 1972 - ص 47 وما بعدها.

الفصل الأول : ضمانات أستمراية الضمان القضائي داخل المجتمع :

إن الضمان القضائي ضرورة لأرساء الأمن المجتمعي، ولكن يحتاج هذا الضمان القضائي لضمانات أستمراية، حتى لا يكون القضاء فى يوما من الأيام عقبة أمام أستمراية المجتمع وأمنه، وهذه الضمانات ضرورية أيضا للحفاظ على التوازن بين المصلحة العامة و الحفاظ على الحقوق والحريات، وهذه الضمانات سنتناولها كالتالى :

المبحث الأول : استقلال القضاء بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوطنية :

قال الله تعالى فى محكم تنزيله: (فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ) 1، وقال تعالى أيضا محذرا من اتباع الهوى (فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ) 2، ثم تأتي آية كريمة تظهر حرص المولى عز وجل على استقلال القضاء وإرساء العدل ولو على أنفسنا فقال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا) 3، وقال رسول الله (ص) : (لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها) 4. إذا فاستقلال القضاء وعدم التدخل فيه، مطلب شرعي يجب تحقيقه، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب 5. ومن هذا المنطلق جاءت القاعدة العامة فى هذا الدين أن إقامة العدل بين الناس هو فرض عام، ومقصد مهم، أما الوسائل الإجرائية لتحقيق هذا المقصد فلم يبق الإسلام عليها جامدة غير قابلة للتكيف والمرونة، بل ترك تلك الأمور لأبناء كل جيل يتخذون من الوسائل والأساليب ما يحقق فى النهاية الهدف الكلي، أو المقصد العام ألا وهو إقامة العدل، وإحقاق الحق، فلا يوجد فى الإسلام ما يمنع من ابتكار وسائل وأساليب إجرائية تحيط النظام القضائي بحماية وحصانة دون الحكام والولاة وغيرهم لئلا يعثوا فى شئون القضاء وما يتعلق به 6. وقد جاءت النظم القضائية المعاصرة لتنادي بإرساء استقلال القضاء أسوة بالشريعة الإسلامية، فألقى مشروع ميثاق حقوق الإنسان والشعب فى الوطن العربي على عاتق الدول واجب كفالة استقلال القضاء وحياده 7. واستقلال القضاء لا يعنى التحكم أو الاستبداد فى الرأي أو الحكم، ولكنه يعنى عدم الخضوع فى استخلاص كلمة القانون وتطبيقها لغير ضمير القاضيو اقتناعه الحر السليم 8. ويعد استقلال القضاء عنصرا مهما فى شرف القضاء واعتباره، بدونه يفقد القضاء قيمته وجدواه فى حماية الحريات 9. وقد جاءت الدساتير الوضعية لتؤكد استقلال القضاء، فقد جاءت الفقرة الثانية من المادة 94 من دستور مصر 2014 " وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء، وحصانته، وحيده، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات " وجاءت المادة 162 من الدستور الكويتي 1962 " شرف القضاء، ونزاهة القضاة وعدلهم، أساس الملك وضمنان للحقوق والحريات " كما أن الدستور الإيطالي فى المادة 104 نص أن " القضاء نظام قائم بذاته مستقل عن كل سلطة أخرى " وقد نص الدستور الفرنسي فى المادة 64 "

1_ سورة ص: 17.

2_ سورة المائدة: 48.

3_ سورة النساء: 135.

4_ صحيح البخاري حديث رقم 3240.

5_ القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية (قاعدة أصولية) لابن اللحام - تحقيق محمد حامد الفقى - مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة - سنة 1375 هـ / 1956م - ص 104 & أحمد الحجي الكردى - المدخل الفقى - مطبعة جامعة دمشق - 1978 - ص 169.

6_ أحمد صيام سليمان أبو حمد - مبدأ استقلال القضاء فى الدولة الإسلامية - رسالة ماجستير - الجامعة الإسلامية بغزة - كلية الشريعة - 1426 هـ / 2005 م - ص 7.

7_ الإعلان العربي لاستقلال القضاء فى 30 إبريل 1985 - مجلة القضاة - 1، 2 يناير وفبراير 1986.

8_ محمد عصفور - استقلال السلطة القضائية - مجلة القضاة - 1968 - ص 209 وما بعدها.

9_ د/ أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - مرجع سابق - ص 357.

رئيس الجمهورية يضمن استقلال الهيئة القضائية ويساعده في ذلك المجلس الأعلى للقضاء ". وقد قضت المحكمة الدستورية المصرية " أن استقلال السلطة القضائية وإن كان لازماً لضمان موضوعية الخضوع للقانون، ولحصول من يلوذون به على الترضية القضائية التي يطلبونها عند وقوع عدوان على حقوقهم وحررياتهم، إلا أن حيدتها عنصر فاعل في صون رسالتها لا تقل شأنًا عن استقلالها، بما يؤكد تكاملهما " ¹. كما أن المجلس الدستوري الفرنسي قضى " بأنه يجب على المشرع في مزاولة اختصاصه المتعلق بشئون القضاء أن يضع نصوصاً تتفق مع القواعد والمبادئ الدستورية وبوجه خاص ما يتعلق - ليس فقط باستقلال القضاء وعدم قابلية القضاة للعزل، وإنما كذلك أيضا يجب أن تتوافر في رجال القضاء الصلاحية، والمهارة التي تلزم لشغل الوظيفة القضائية، فتضمن بذلك مساواة المواطنين أمام القضاء " ².

المبحث الثاني : مرونة الشريعة الإسلامية وأثرها على النظم القانونية الوطنية :

تصنف الشريعة الإسلامية ضمن العائلات القانونية الرئيسية جنباً إلى جنب مع العائلة اللاتينية، وعائلة القانون العام أو الأنجلوسكسونية ³. إلا أن الشريعة الإسلامية تتميز بين هذه العائلات القانونية بأنها لا تفصل بين الدين والدولة؛ فهي تتضمن نظاماً للدين والدنيا ⁴. ومن ثم فتنظيم العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع على جميع المستويات من صميم هذه الشريعة، وبما أن القانون هو الأداة التي يتم بها تنظيم السلوك الإنساني داخل المجتمع، فلا غور أن تحوي الشريعة تنظيمًا قانونيًا يحكم هذه العلاقات الإنسانية ⁵.

ومن ثم نجد أن الشريعة الإسلامية على درجة كبيرة من المرونة يمكن تطبيق قواعدها في كل زمان وكل مكان. وليقين النظم القانونية الوطنية بأهمية الشريعة الإسلامية فقد نصت بعض الدساتير العربية صراحة على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، كالمادة الثانية من دستور الكويت الصادر في 1962، والمادة السابعة من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر في 1971، والمادة الثانية من دستور مملكة البحرين الصادر في 2002، والمادة الأولى من دستور دولة قطر الصادر في 2004، والمادة الثانية من دستور جمهورية مصر العربية الصادر في 2014.

ونجد أن القوانين الغربية قد تأثرت أيضاً بالشريعة الإسلامية، فنجد أن هناك تشابهاً بين الفقه المالكي والقانون الفرنسي الصادر عام 1804 بلغ 90 %، وقد أخذ القانون الأوروبي عن الفقه الإسلامي بالرضائية في العقود أي أن العقد ينشأ بإيجاب وقبول وسن البلوغ القانوني 18 سنة والأوراق التجارية لاسيما الشيك وعقد الرهن وعقد المزارعة والشركة المحدودة المسئولية ⁶.

¹ - دستورية عليا - قضية رقم 152 لسنة 20 ق دستورية - جلسة 3 يونية 2000 مشار إليه: د / أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - مرجع سابق - ص 378.

² - Décision No .98 – 396 : Dc du 19 Février 1998

³ - د / عبدالسلام الترماني - القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة - مطبوعات جامعة الكويت - 1980 - ص 91.

⁴ - أ / على بدوي - أبحاث في أصول الشرائع - مجلة القانون والاقتصاد - السنة الخامسة - العددان الأول والثاني - يناير وفبراير 1935 - ص 39.

⁵ - د / محمد سلام - وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية - بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض - 1396 هـ - ص 262.

⁶ - أ / خليل غصن - أثر الفقه الإسلامي على القوانين الغربية - محاضرة أقيمت في مركز أبو بكر الصديق - 2007 - ص 3.

المبحث الثالث : مدى قابلية القضاء في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية للتطور والأخذ بالوسائل البديلة للقضاء :

إن النظم القضائية الوطنية ثقل كاهلها بتعدد الخصومات وكثرة المنازعات في الآونة الأخيرة، مما دعا الفقه القانوني الحديث للبحث عن وسائل بديلة للقضاء تساهم في الفصل بين المتخاصمين، حتى خرج علينا الفقه القانوني الغربي بالتحكيم والوساطة كوسائل بديلة للقضاء. والتحكيم يتميز عن الوساطة، فالوساطة وسيلة لحل المنازعات يلجأ إليها الأطراف بصورة اختيارية بغية الوصول إلى حل ينال موافقة الأطراف جميعاً، بينما التحكيم يتمتع القرار التحكيمي فيه بقوة إلزامية ويفرض على المتنازعين بصرف النظر عن رضاهم، وهذا الفرق الجوهرى بين الوسيلتين يجعل لكل واحدة منها مميزات عن الأخرى¹.

وخرج الفقه القانوني الحديث للتشدد بالوسائل البديلة للقضاء وتشجيع اللجوء إليها، وخرجت المؤتمرات والمحافل الدولية لحث النظم القضائية الوطنية للأخذ بتلك الوسائل البديلة، فما كان من تلك الأنظمة إلا الأخذ بالوسائل البديلة للقضاء وتقنينه بموجب قانون، مثلما حدث في مصر عندما أصدرت قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994.

وبالرغم من أنه قد يظهر للبعض أن الوسائل البديلة للقضاء هي نتاج الفكر القانوني الغربي، إلا أنه وبدون أي تحيز أو تحزب فتلك الوسائل البديلة هي من الأصول الثابتة والقواعد المسلم بها في الشريعة الإسلامية، فنجد المولى عز وجل في محكم آياته يقول: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)².

ونجد أن الرسول (ص) قد أدى دور المحكم في النزاع بين القبائل على من يكون له شرف حمل الحجر الأسود لوضعه في مكانه بالكعبة المشرفة³. وقد روي عن ابن شريح أنه قال لرسول الله (ص): " إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضى عليّ الفريقان، فقال الرسول ﷺ: (وما أحسن هذا) " ⁴. وقد أجمع الصحابة على صحة التحكيم لفض المنازعات، فعندما حدث نزاع بين عمر بن الخطاب ورجل من العامة يدعى أبي بن كعب، فاتفقا على تحكيم زيد بن ثابت للفصل في النزاع، وعندما ذهب الخليفة مع خصمه إلى زيد دهش وسأل الخليفة عن سبب عدم استدعائه إليه بدل من حضوره شخصياً، فأجاب الخليفة: " عندما نحتكم نأتي إلى بيت المحكم لنطلب إليه الفصل في النزاع "، ثم دخل الخليفة وخصمه إلى بيت زيد بن ثابت، فأعطاه وسادة ليرتاح إليها، فرفض الخليفة ذلك قائلاً: " هذا أول تصرف يفتقر إلى الإنصاف "، ثم نجد في عهد الخلفاء الراشدين أول تطبيق عملي للتحكيم عندما حصل نزاع حول الخلافة بين عليّ بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان ونشبت على أثر ذلك حرب أهلية بين المسلمين، ووافق الطرفان على الاحتكام إلى القرآن، وعين كل منهما حكماً من جانبه⁵.

وهكذا في الوقت الذي تسعى الأنظمة القانونية الحديثة والفقه استحداث وسائل بديلة للقضاء، نجد أن الشريعة الإسلامية الغراء مازالت تزخر بالكثير والذي لم يتم اكتشافه حتى الآن، ففي الوقت الذي يتشدد الفقه القانوني الحديث بنظرياته القانونية بمزيد من البحث والتدقيق نجد صداها وقواعدها في الشريعة الإسلامية، وهذا إن دل يدل

¹ - للمزيد راجع مؤلف د / ناريمان عبدالقادر - " اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 " (دراسة مقارنة اتفاقية نيويورك، القانون الفرنسي، القانون النموذجي للشريعة الإسلامية، التشريعات العربية) - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 1996.

² - سورة النساء: 35.

³ - صفى الرحمن المباركفوري - الرحيق المختوم - الناشر مكتبة نزار ومصطفى الباز - مكة المكرمة - 2003 م - ص 44، 45.

⁴ - د / محمد ضياء العظي - أحكام النبي - 1978 - ص 676.

⁵ - د / معن خالد القضاة - بحث عن (التحكيم في الشريعة الإسلامية) - 1431 هـ / 2010 م - ص 13.

على صدق المولى عز وجل في كتابه الكريم حين قال: (ما فرطنا في الكتاب من شيء)¹، وقوله تعالى: (وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ)².

الفصل الثاني : التقاضي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي :

إن القضاء وإجراءات التقاضي هي الأساس الداعم لمنظومة العدل، فإن صلحت إجراءات التقاضي صلحت باقي مؤسسات الدولة، وإن فسدت فسدت فسد المجتمع. والتقاضي وإن كانت النظم القضائية الحديثة تخرج علينا كل يوم بنظرية جديدة وتطوير لمحاولة إرساء قواعد العدل إلا أن الشريعة الإسلامية منذ بدايتها وهي عظمة بكل ما تحمله الكلمة من عظمة، لا تحتاج إلى تطوير ولكن نحن من نحتاج إلى تطوير عقولنا لاكتشاف جوانبها وقواعدها. وإن كان بعض الفقهاء قد تباروا للمقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في بعض الأمور، إلا أننا نسعى لعقد لواء المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في أهم المبادئ والقواعد التي اعتقد الفقه القانوني الحديث أنها نتاج فكرهم الحديث، وهي في الأصل قواعد أساسية في الشريعة الإسلامية، ويمكن المقارنة بينهما في بعض النقاط بإيجاز كالآتي :

أولاً_ الإجراءات والمرافعات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي :

إن الله سبحانه وتعالى أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات فإن ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرعه ودينه، وقد بين الله سبحانه وتعالى بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأبي طريق استخرج بها العدل والقسط فهو من الدين، ليست مخالفة له³. ولما كانت الطرق والوسائل والصيغات المؤدية إلى العدل هي مما تجرى عليه سنة التطور والتحديث في حياة البشر، فقد جعل سبحانه وتعالى المعيار الذي على أساسه نقبل أو نرفض ما يجد من هذه الطرق والوسائل والصيغات النظامية ما يحقق المصلحة ولا يصادم ثوابت الشرع، ولا نقف جامدين عند المنقولات، فيفوت العدل وتضيع المصلحة ويقع الحرج⁴.

ومن ثم فإن النظم القضائية الحالية تسعى كل يوم بتعديلات لتدعيم إجراءات التقاضي أملاً في العدالة الناجزة وإنهاء الخصومات. والقضاء في الإسلام لم يقف متحجراً أمام تطورات الزمن، بل سائر التطور ولم يقف حائلاً أمام تحقيق العدل. فوجد أنه مع اتساع الأمة الإسلامية وكثرة الخصومات بدء أول تسجيل للأحكام القضائية في العهد الأموي⁵. كما أن نصوص المرافعات في كافة الدول تتحدث عن المداولة بين القضاة وحضور المداولة للقضاة الذين سمعوا المرافعة فقط، حتى يعوا ما قيل ويفهموه، كما في نص قانون المرافعات المصري المادة 167 " لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً "، ونجد أثر تلك النصوص في الشريعة الإسلامية الغراء وخاصة في رسالة سيدنا عمر بن الخطاب (ض) إلى أبي موسى الأشعري (ض) عند توليته قضاء الكوفة فقال له : (فافهم إذا أدلى إليك ، ثم الفهم .. الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك.....)، وهكذا فإن الشريعة

¹ _ سورة الأنعام : 38 .

² _ سورة النحل : 89 .

³ _ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية - بيروت - دار الكتب العلمية - ص 4 .

⁴ _ فريد عبدالخالق - في الفقه السياسي الإسلامي (الشورى، العدل، المساواة) مبادئ دستورية - دار الشروق - الطبعة الثانية 2007 - ص 199 .

⁵ _ د / حسن إبراهيم حسن - تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي - دار الجيل ببيروت - مكتبة مطبعة المصرية بالقاهرة - ج 1 - ص 488 .

الإسلامية زاخرة دائماً بقواعدها ومبادئها والتي نفاجاً بعد كل تلك القرون أن النظم الحالية تسعى لتطبيقها على أنها مستحدثة ونتاج فكرها، وهى في الأصل أصول إسلامية .

ثانياً _ مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي :

إن الأصل في المتهم البراءة، فلا حاجة للمحكمة في أن تثبت براءته، وكل ما تحتاج إليه هو أن تتشكك في إدانته، وهذا الشك يعني إسقاط أدلة الإدانة والعودة إلى الأصل العام وهو البراءة عند توافر الشك في هذه الأدلة، ومبدأ الشك في مصلحة المتهم نتيجة طبيعية لمعيار الجزم واليقين كأساس للحكم بالإدانة لا مجرد الظن والاحتمال، ومن ثم فإن كل شك في الاقتناع يجعل الحكم بالإدانة على غير أساس¹. وبناء على مبدأ الشك يفسر لصالح المتهم، فيكفي لصحة الحكم بالبراءة أن يتشكك القاضي في صحة إسناد التهمة².

وهكذا فإن مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم أرساه رسول الله (ص) قبل عدة قرون من أخذ النظم الوضعية به، فعن السيدة عائشة رضی الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ : (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)³، كما قال سيدنا عمر بن الخطاب (ض): (لأن أعطل حدوداً في الشبهات خير من أن أقيمها)⁴. ومن ثم فقاعدة الشك يفسر في مصلحة المتهم إن كانت حديثة العهد بالفكر القانوني الحديث إلا أنها مضموناً ونصاً قاعدة إسلامية صحيحة.

ثالثاً _ طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي :

إن الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها⁵. ولأهمية الإثبات اختص كل نظام قضائيلنفسه بقواعد إثبات يتوافق مع متطلبات مجتمعه ولتحقيق المقصد منه. وفي الشريعة الإسلامية كانت لقواعد الإثبات أهمية قصوى لما لها من دور في رسم ملامح التقاضي وحتى لا يجور أحد الخصوم على الآخر. ومن قواعد الإثبات قد قننتها النظم الوضعية الحالية ونجد صداها في الشريعة الإسلامية القواعد الآتية :

1- البينة على من ادعى : وقد روى البخاري ومسلم عن ابن عباس (ض) أن النبي (ص) قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعي)⁶. وفي رسالة سيدنا عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري عندما قال (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)، وقد نصت المادة 1 من قانون الإثبات

¹ _ د / أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - مرجع سابق - ص 320، 321.

² _ محكمة النقض المصرية: نقض 26 نوفمبر 1964 - مجموعة الأحكام س 15 رقم 132 - ص 668 & وراجع في فرنسا:

123. no. 21 Mars 1990 Bull. no. 21 Mars 1990 : Crim. 19493 note chambon : Metz 22 Février 1980 J.C.P. 1981. 11. ومشار إليه في د / أحمد فتحي سرور - المرجع سابق - ص 321.

³ _ سنن الترمذي - مطبعة مصطفى الحلبي - سنة 1356 هـ / 1937 م - تحقيق محمد فؤاد - كتاب الحدود عن رسول الله ج - مسألة ما جاء في درء الحدود - 1424.

⁴ _ أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم - الخراج - دار المعرفة - ص 513 & الحديث في مصنف ابن أبي شيبة (511/5) رقم 28493.

⁵ _ د / عبدالرازق أحمد السهري - الوسيط في شرح القانون المدني - تنقيح المستشار / أحمد مدحت المراغي - طبعة نقابة المحامين - 1428 هـ / 2007 م - الجزء الثاني - ص 12.

⁶ _ محمد بن إسماعيل البخاري (ت 256 هـ) - صحيح البخاري - مطبعة محمد على صبيح وأولاده - ميدان الأزهر بمصر - ج 9 & صحيح مسلم بشرح النووي - المطبعة المصرية بالقاهرة - الطبعة الأولى سنة 1349 هـ / 1930 م.

المصري رقم 25 لسنة 1968 " على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه "، كما أن المادة 1315 من التقنين المدني الفرنسي (من يطالب بتنفيذ التزام يجب عليه إثباته)¹.

2- الكتابة : قال المولى عز وجل في محكم آياته (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ)²، ومن نجد أن الكتابة في الإثبات قاعدة إسلامية أصيلة وها هي المادة 11 من قانون الإثبات المصري تنص (المحررات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته، أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً) .

3- شهادة الشهود : قال الله تعالى (وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّحُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمَكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ يَكُلُّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)، وقد قال سيدنا عمر بن الخطاب في رسالته لأبي موسى الأشعري فيما يخص شهادة الشهود (والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلوداً في حد أو ظنيماً في ولاء أو قرابة)، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 62 من قانون الإثبات المصري (يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة).

4- الإقرار : إن الأصل في الإثبات بالإقرار قول الله تعالى (وليمل الذي عليه الحق)³، وقول المولى عز وجل (بل الإنسان على نفسه بصيرة)⁴. وقد أجمع الفقهاء على أن الإقرار أقوى الأدلة الشرعية، وقد نص الحنفية على أن الإقرار حجة شرعية بناء على انتفاء التهمة فيه غالباً، ولا ينافي ذلك أنه حجة قاصرة على المقر وحده، في حين أن الشهادة متعدية، ونص المالكية على أن الإقرار أبلغ من الشهادة، قال أشهب: قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره، ونص الشافعية: على أن الإقرار أولى بالقبول من الشهادة، ونص الحنابلة: على أن المدعى عليه إذا اعترف بالحق لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر⁵. ونجد قانون الإثبات المصري في المادة 103 قد نص (الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة)، وتنص المادة 104 منه (الإقرار حجة قاطعة على المقر).

رابعاً_ طرق الطعن في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي :

إن الطعن على الأحكام القضائية حق من الحقوق الدستورية للمتقاضين، حتى يمكن تصحيح ما قد يكون قد شاب تلك الأحكام من خطأ أو عوار أو قصور. وقد نصت المادة 3/14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على الحق في درجة ثانية للتقاضي. وفي فرنسا قضى مجلس الدولة بأنه لا يجوز لمرسوم أن يسلب حق الاستئناف اعتماداً

¹ _ Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver .

² _ سورة البقرة: 282.

³ _ سورة البقرة: 282.

⁴ _ سورة القيامة: 14.

⁵ _ د / إبراهيم محمد الحريري - القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام - دار عمار للنشر/ عمان - الطبعة الأولى - 1420 هـ / 1999 م - ص 94.

على أن ازدواج درجة التقاضي يعد مبدأ عاماً في الإجراءات، وأن التشريع وحده هو الذي يملك المساس بهذا الحق¹. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية أن " طرق الطعن في الأحكام لا تعد مجرد وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليوفر من خلالها سبل تقويم اعوجاجها، بل هي في واقعها أوثق اتصالاً بالحقوق التي تناولها، سواء في مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها"².

والشريعة الإسلامية لم تترك الأمر سدى فيما يخص خطأ القاضي في قضائه، فهناك أمران لاستدراك الخطأ في الحكم، أولهما الاستغفار: حيث قال المولى عز وجل في محكم آياته (إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ يَمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا وَأَسْتَغْفِرِ اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا)³، حيث قال الإمام الطبري أنه في بعض الروايات جاء أن هذه الآية نزلت في قضية سرقة وكان الرسول (ص) قد هم بالدفاع عن المتهمين لاعتقاد براءتهم بحسب الظاهر فأمره الله بالاستغفار مما هم به من ذلك⁴.

وثانيهما رجوع القاضي في الخطأ: ونجد أن سيدنا عمر بن الخطاب في رسالته لأبي موسى الأشعري قال: (ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه نفسك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل)⁵. وقال السرخسي " إذا تبين للقاضي خطأ في قضائه ينبغي له أن يظهر رجوعه عنه، ولا يمنعه الاستحياء من الناس ولا الخوف، فالله تعالى يحفظه من الناس، والناس لا يحفظونه من عذاب الله تعالى"⁶. ولكننا نجد هنا أن القاضي يجوز له الرجوع في قضاء قد قضى فيه من قبل، إلا أن كافة التشريعات الوضعية لا تبيح ذلك، وتعطي حق الطعن على الأحكام للخصوم فقط، وبذلك لو أن الحكم القضائي أصابه عوار أو خطأ وأحد الخصوم ليس لديه القدرة المالية للطعن على ذلك الحكم، نفذ الحكم بعواره وبخطئه وأدى لزعة الأمن القانوني.

خامساً_ تنفيذ الأحكام في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي:

جاء في رسالة سيدنا عمر بن الخطاب (ض) إلى أبي موسى الأشعري (ض) عندما ولاه قضاء الكوفة " وأنفذ إذا تبين لك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ". وبالرغم من أن نفاذ الأحكام القضائية كانت قاعدة أصلية في الشريعة الإسلامية كما جاء في رسالة سيدنا عمر إلى أبي موسى إلا أن نفاذ الأحكام القضائية مازالت مشكلة تؤرق الفقه الحديث وتؤرقه في مضجعه، فهي هو الفقه الفرنسي يتحدث عن أن احترام الأحكام القضائية هو شرط أساسي للدولة، وعلى الدولة تنفيذ الأحكام⁷. حتى أن أكثر الدول احتراماً لسيادة القانون تعاني مشكلة في تنفيذ الأحكام القضائية، وها هي مقولة الرئيس الأمريكي السابق جاكسون عام 1832 في حق القاضي مارشال الذي كان وقت

¹ _ C.E.4 Février 1944 . note Jezz R.D.P . P . 176 et s.

ومشار إليه في د / أحمد فتحي سرور - مرجع سابق - ص 564.

² _ دستورية عليا - 5 أغسطس سنة 1995 - القضية رقم 9 لسنة 16 ق دستورية - مجموعة أحكام الدستورية العليا - ج 7 - ص 106.

³ _ سورة النساء: 105 - 106.

⁴ _ تفسير القرآن للطبري - الطبعة الثالثة سنة 1388 هـ / 1968 م - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر - ج 5 - ص 265: 267.

⁵ _ السنن الكبرى للبيهقي - مطبعة مجلس دائرة المعارف - حيدرآباد بالهند سنة 1355 هـ - ج 10 - ص 119.

⁶ _ محمد بن أحمد أبوبكر شمس الأئمة السرخسي - المبسوط - مطبعة السعادة بمصر - الطبعة الأولى - ج 16 - ص 75.

⁷ _ " Le respect des décisions de justice est une exigence essentielle dans un Etat de droit . cette exigence vaut ، naturellement ، pour l'Etat qui doit exécuter pleinement et rapidement les décisions juridictionnelles qui sont prises à son encontre "

Daban Valérie - Les procédures permettant aux tribunaux administratifs de remédier à l'inexécution de leurs jugements : La pratique du tribunal administratif de pau - Master - Université de pau et des pays de L'ADOUR - 2008 - P. 6

ذلك رئيس المجلس الأعلى للقضاء بالولايات المتحدة عندما قال: " لقد أصدر مارشال حكماً فلينفذه إن استطاع ".
وها هو الفارق يظهر جلياً بين الشريعة الإسلامية والنظم القضائية الغربية الحالية فيما يتعلق بمشكلة تنفيذ الأحكام
القضائية، وكيف أن الشريعة الإسلامية تحترم تلك الأحكام في الوقت الذي يتم فيه الالتفاف حول تلك الأحكام إما
بالعقبات القانونية كإشكالات التنفيذ، وإما بالعقبات المادية عن طريق الامتناع عن التنفيذ.

سادساً : علم الإجرام والعقاب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي :

قال الله تعالى في محكم آياته (يُعْرَفُ الْمُجْرِمُونَ بِسِيمَاهُمْ فَيُؤْخَذُ بِالنَّوَاصِي وَالْأُقْدَامِ) 1. وقد جاء في التفسير الميسر
لتلك الآية الكريمة أن " الملائكة تعرف المجرمين بعلاماتهم، فتأخذهم بمقدمة رؤوسهم وبأقدامهم، فترميهم في النار ".
وإن كان ذلك كذلك فإن تلك الآية الكريمة التي لا تتعدى السطر الواحد، قد حملت معاني كبيرة وعظيمة كانت
أساس مجلدات عديدة ونظريات متعددة من علم حديث نسبياً من العلوم الجنائية أطلق عليه علم الإجرام والعقاب.
وقد عرف علم الإجرام في المؤتمر الدولي الثاني لعلم الإجرام الذي عقد في باريس 1950 بأنه " الدراسة العلمية
لظاهرة الإجرام "، ويدرس أسباب الظاهرة الإجرامية وسبل علاجها، وله منهجان رئيسيان هما²:

1- المنهج الشخصي : وهو المنهج الذي عُني بدراسة شخص المجرم، وتعتمد على عدة طرق منها الطريقة
الأنثربولوجية و هي التي تهتم بكشف الصفات التكوينية للمجرم من غيره، وقد قام بمثل هذه الدراسات
(لومبروزو والطبيب الإنجليزي جورين).

2- المنهج الموضوعي : وتحتوي على عدة طرق منها الطريقة الجغرافية التي تهتم ببعض العوامل البيئية المحيطة بالفرد
كالمناخ ودرجة الحرارة.

كل تلك النظريات الحديثة نسبياً قد تكون نتاج آية كريمة تحمل مفهوم العلمين: علم الإجرام وعلم العقاب، حتى
وإن كان المعنى الموضوعي للآية الكريمة مخالفاً للأساس العلمي للعلمين إلا أن المقصد من الآية يتوافق تماماً مع
المقصد من علم الإجرام وعلم العقاب.

سابعاً_ موقف الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من محاكمة كبار المسؤولين :

إن مبدأ " مساءلة الحاكم " من مقتضى العدل، فالأمة هيالتي تختار الحاكم ليقوم فيها أحكام الشرع ويرعى
مصالحها، وهو لا يعدو أن يكون كأحد أفرادها إلا أنه أكثرهم تبعاً والسلطة بالمسئولية، فكان من الطبيعي تحقيقاً
للعادل والمساواة واستجابة للمنطق أن يسأل الحاكم عن كل عمل مخالف للشريعة³، وأن يكون للأمة حق مساءلته
بل حق عزله عند المقتضى، ويكون الإسلام بذلك قد سبق الشرائع الوضعية إلى تقرير مبدأ " السلطة بالمسئولية "
⁴. ونجد أن محاكمة كبار المسؤولين في الشريعة الإسلامية لا تتطلب أي إجراءات خاصة أو محاكم ذات تشكيل مختلف،
ولكننا نجد أن التقاضي في الشريعة الإسلامية لا يفرق بين راع أو رعية؛ فالجميع سواسية أمام القانون؛ فها هو عمر
بن الخطاب (ض) قد ساوم رجلاً على شراء فرس ل،ه فركبه لتجربته فعطب الفرس أثناء التجربة فلما أراد رده
لصاحبه أبي الرجل وعرض النزاع على القاضي شريح الذي قضى على عمر بقوله (خذ ما ابتعت أو رد كما
أخذت) أي : أنفذ البيع أو رد الفرس كما أخذته⁵. أما في أفضل أنظمة القانون الغربية والتي تتشقق بالمساواة

¹ _ سورة الرحمن: 41.

² _ http://law_zag.com/vb/lawzag26994.html

³ _ عبدالقادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي - ج 1 - دار الكتاب العربي - بيروت - ص 44.

⁴ _ فريد عبدالخالق - في الفقه السياسي الإسلامي - مرجع سابق - ص 196.

⁵ _ خالد محمد القاضي - من روائع الأدب القضائي - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ص 234.

والعدل نجد القيود على محاكمة رئيس الجمهورية، ففي فرنسا نصت دساتير الجمهوريات الثالثة و الرابعة و الخامسة على أن تقتصر مسئولية رئيس الجمهورية على حالة (الخيانة العظمى)، وقد خلا قانون العقوبات من تحديد المضمون الماديلهنه الجريمة، مما يؤكد الطابع السياسي عنها¹، و قد نص الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 بأن كل تقصير جسيم من جانب رئيس الدولة في أداء الواجبات المكلف بها يمكن اعتباره مكوناً لجريمة الخيانة العظمى، وهو ما يكشف عن الطابع السياسي لهذه المسئولية في فرنسا²، ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي قد لاحظ أن اتفاقية إنشاء المحكمة الجنائية الدولية حين نصت على أن الصفة الرسمية للشخص لا تجيز إعفاهه من المسئولية الجنائية لا تتفق في حدود هذا النص مع المادة 68 من الدستور الفرنسي التي نصت على أن رئيس الجمهورية لا يسأل عن الأعمال التي يرتكبها في أثناء تأدية وظيفته إلا في حالة الخيانة العظمى، ولا يجوز توجيه الاتهام إليه إلا بقرار من الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلسين، ويحاكم أمام المحكمة العليا للعدالة، وذهب المجلس الدستوري إلى أنه طبقاً لهذه المادة يتمتع رئيس الجمهورية بالحصانة عن الأعمال التي يرتكبها في أثناء ممارسة وظيفته، مما يقع خارج مجال الخيانة العظمى؛ تقديرًا لأهمية المهام التي تقع على عاتقه³. و قد أخذ الدستور الفرنسي بنظام المحاكم الخاصة لنظر الجرائم السياسية، وفي هذا النظام لا تعد المحكمة الخاصة جزءاً من السلطة القضائية، مما لا محل لبحث طبيعتها بين جهات القضاء، ومثال ذلك محكمة العدالة في فرنسا التي تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن جريمة الخيانة العظمى، ومحاكمة الوزراء عما يقع من جرائم في أثناء ممارسة وظائفهم؛ فهي تتكون من 24 قاضياً أصلياً و 12 قاضياً أعضاء تنتخبهم الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ من بين أعضائها (المادة 67)، وكانت الجرائم الأخرى التي تقع من الأفراد اعتداء على أمن الدولة تدخل في اختصاص محكمة خاصة هي محكمة أمن الدولة إلى ان ألغيت سنة 1982، وكذلك في إنجلترا فإن مجلس اللوردات ينعقد كمحكمة عليا للنظر في الجرائم التي يحيلها عليه مجلس العموم⁴.

ثامناً_ حق الدفاع في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي :

إن حق الدفاع الركيزة الجوهرية للمحاكمة المنصفة، يرتبط بأكثر من حق من الحقوق الدستورية، فهو لصيق الصلة بالأصل في المتهم البراءة، والحق في التقاضي والحق في المساواة بين الاتهام والدفاع⁵. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية " أن المحاكمة المنصفة والحق في التقاضي وضمانة الدفاع وإن كان لكل منها مجاله إلا أنها ترتبط جميعاً برباط وثيق باعتبارها أساساً رئيسية في إدارة العدالة⁶. وفي فرنسا أكد المجلس الدستوري القيمة الدستورية لحق الدفاع على أساس أنه يعتمد على المبادئ الأساسية التي تعترف بها قوانين الجمهورية والتي تحوز قيمة دستورية بحكم الإشارة إليها في مقدمة الدستور⁷.

وعلى الجانب الآخر لا نجد أفضل من الشريعة الإسلامية حفاظاً على حقوق الإنسان وحقوق الدفاع والمساواة. فهذا سيدنا عمر بن الخطاب (رض) في رسالته لأبي موسى الأشعري (آس بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك، حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك "، فالمساواة بين المتقاضين هي أساس

1 _ Robert Charvin , justice et politique, paris 1968., p.259_265.

2_ د / احمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - مرجع سابق - ص 414.

3_ د / احمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص 414.

4_ د / احمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص 415.

5_ د / احمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص 489.

6_ دستورية عليا - 10 فبراير سنة 2002 - القضية رقم 47 لسنة 22 ق دستورية - الجريدة الرسمية العدد 9 (تابع) في 28 فبراير 2002.

7_ François Luchaire ; La protection constitutionnelle des droit et des libertés p.394. , III , 1999, no.335 .

المحاكمات، ثم من أهم حقوق الدفاع ضرب أجلاً للمتقاضين لتقديم ما يفيد دعواهم فالمادة 98 من قانون المرافعات المصري تنص " لا يجوز تأجيل الدعوى أكثر من مرة بسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم على أن لا تجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع " ، وها هو سيدنا عمر بن الخطاب في رسالته لأبي موسى الأشعري يقول (ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه، فإن بينه أعطيته بحقه وأن أعجزه ذلك استحلت عليه القضية؛ فإن ذلك هو أبلغ للعدو وأجلى للعمى). ثم يستطرد سيدنا عمر في رسالته على أهم حق من حقوق المتقاضين فيقول (وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصوم).

✓ توصيات :

ومن ثم فإننا من خلال تلك الدراسة نود طرح عدة توصيات لمعالجة جوانب القصور في التشريعات الوضعية. وتلك التوصيات أهمها الآتي :

أولاً _ تكوين لجان تضم عناصر من فقهاء المسلمين وأساتذة القانون بكافة فروعها والقضاة؛ لإعداد مشاريع للقوانين يكون مصدرها الأصلي الشريعة الإسلامية، وتكون تلك المشاريع في كافة المعاملات على سبيل المثال (المعاملات المالية والتجارية & المعاملات المدنية & الأسرة والمجتمع & التشريعات الجنائية) وغيرها من المعاملات، وذلك لعلها تكون مرجعاً لبلاد المسلمين والعرب تنهل منها لتصحيح تشريعاتها الوضعية.

ثانياً _ إنشاء معهد للدراسات القضائية الإسلامية، على أن يكون مهمته الرئيسية إعداد الدراسات والأبحاث المقارنة بين الشريعة الإسلامية وكافة تشريعات دول العالم، لبيان لجوء بعض تشريعات دول العالم لقواعد الشريعة الإسلامية دون ذكر ذلك، ولاستظهار فضل الشريعة الإسلامية على تلك التشريعات الوطنية الوضعية.

ثالثاً _ إصدار مجلة تنشر كافة الدراسات والأبحاث المقارنة بين التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية، لضمان انتشار تلك التشريعات على قاعدة عريضة.

رابعاً _ إطلاق موقع إلكتروني لنشر كافة الدراسات والأبحاث المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي للإجابة على كافة تساؤلات الباحثين من كافة دول العالم.

خامساً _ عقد مؤتمرات وندوات وورش عمل مع كافة المعاهد القضائية الدولية وكلية الحقوق على مستوى العالم لبيان قواعد التقاضي والقضاء في الشريعة الإسلامية.

سادساً _ حث الحكومات العربية على تطبيق الشريعة الإسلامية فيما يخص القضاء وإجراءات التقاضي.

سابعاً _ عقد لقاءات بجملي البرلمان العربي للمطالبة في البرلمانات الوطنية بتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية في كل ما يخص القضاء.

خاتمة :

ولا يسعنا في نهاية الدراسة إلا التعويل على ما قاله الفقيه العلامة السنهوري عندما قال: (إن الشرق بالإسلام، والإسلام بالشرق.. إنهما شيء واحد، وإذا تحدثت عن أحدهما فكأنني أتحدث عن الآخر، والشريعة الإسلامية هي شريعة الشرق، منتزعة من روح الشرق وضميره، أوصى بها الله عبد شرقي، في أرض شرقية.. إنها شريعة الشرق ووحياحكامه. وإن دول الشرق لا يمكن أن تجتمع على شيء واحد غير دين الإسلام.. والإسلام دين ودولة.. مُلك إلى جانب العقيدة، وقانون إلى جانب الشعائر. إن استقاء تشريعنا المعاصر من الشريعة الإسلامية هو المتسق مع تقاليدنا القانونية.. إنها تراثنا التشريعي العظيم، وبها يتحقق استقلالنا في الفقه والقضاء والتشريع.. إنها النور الذي نستطيع أن نضئ به جوانب الثقافة العالمية في القانون.. لقد اعترف الغرب بفضل الشريعة الإسلامية فلماذا ننكره نحن؟! وما بالناس نترك كنوز هذه الشريعة مغمورة في بطون الكتب الصفراء وتطفل على موائد الغير، نتسقط فضلات الطعام؟! وإن الفقه الإسلامي هو صفحة خالدة في سجل الفقه العالمي¹.

وفي نهاية الأمر، نجد أن الشريعة الإسلامية هي سفينة النجاة للأنظمة القضائية البالية والمتهتكة، كمحاولة أخيرة للوصول بمجتمعاتها إلى بر الأمان، إن كان أماناً مجتمعياً أم أماناً قانونياً، وحتى يصبح القضاء للمجتمعات حقيقة وصرحة ضمناً.

قائمة المراجع :

- القرآن الكريم.
- مراجع اللغة العربية :
- المعجم الوجيز - الصادر عن مجمع اللغة العربية - طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم بجمهورية مصر العربية - 1420 هـ / 1999 م.
- المراجع القانونية :
- 1- أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - الطبعة الثالثة 2004 - دار الشروق .
- 2- الإعلان العربي لاستقلال القضاء في 30 إبريل 1985 - مجلة القضاة - 1 , 2 يناير وفبراير 1986
- 3- الشافعي محمد بشير - قانون حقوق الإنسان، ذاتيته ومصادره - مقال منشور بالمجلد الثاني لحقوق الإنسان الصادر عن العهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية (سيراكوزا - إيطاليا) - الطبعة الأولى - 1989 .
- 4- خالد محمد القاضي - من روائع الأدب القضائي - الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- 5- عبدالحميد غميجة - مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي - عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة - الدار البيضاء 28 مارس 2008.
- 6- عبدالرازق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - تنقيح المستشار / أحمد مدحت المراغي - طبعة نقابة المحامين - 1428 هـ / 2007 م - الجزء الثاني .

¹ د / عبدالرازق السنهوري - إسلاميات السنهوري باشا - ج 1 - ص 111: 220 دراسة وتحقيق: د / محمد عمارة - طبعة دار السلام - القاهرة - 1431 هـ /

- 7- محمد شهير أرسلان - القضاء والقضاة - الطبعة الأولى سنة 1389 هـ / 1969 م - دار الإرشاد للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت .
- 8- محمد عصفور - استقلال السلطة القضائية - مجلة القضاة - 1968.
- 9- محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية - دار عالم الكتب - الطبعة الخاصة 1423 هـ / 2003 م.
- 10- ناريمان عبدالقادر - " أتنافق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 " (دراسة مقارنة اتفاقية نيويورك، القانون الفرنسي، القانون النموذجي للشريعة الإسلامية، التشريعات العربية) - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - 1996.
- 11- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا بمجمهورية مصر العربية .
- 12- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية .

• مراجع التفسير :

- 1- البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين ابن علي (ت 458 هـ / 1068 م) {السننالكبرى} ط 1 - مطبعة دائرة المعارف العثمانية بجيدر آباد الدكن الهند - 1352 هـ - ج 10 .
- 2- أبو علي الفضل بن الحسين الطبرسي - مجمع البيان في تفسير القرآن (5 مجلات و10 أجزاء) - تحقيق الحاج السيد هاشم الرسولي - دار إحياء التراث العربي - بيروت / لبنان - 1379 هـ / 1960 م - ج 1.
- 3- شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري - معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (977 هـ) - ج 4 - مطبعة الحلبي - 1352 هـ / 1933 م .
- 4- علي بن عمر الدارقطني (ت 385 هـ) - سنن الدارقطني - طبعة سنة 1386 هـ / 1966 م - دار المحاسن للطباعة - القاهرة - المكتبة الخاصة - ج 4 .
- 5- ابن قدامة (أبو الفرج قدامة ابن جعفر الكاتب البغدادي) - المغني - الناشر مكتبة القاهرة مطبعة الفجالة الجديدة - الطبعة الأولى - 1388 هـ / 1968 م - ج 9 .
- 6- محمد أمين عابدين بن عمر عابدين - رد المختار على الدر المختار للحصكفي (1088 هـ) شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي (1004 هـ) - مطبعة مصطفى الحلبي - 1386 هـ / 1966 م - ج 5 .
- 7- أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (ت 310 هـ) - جامع البيان عن تأويل آي القرآن - الطبعة الثالثة سنة 1388 هـ / 1968 م - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر - ج 5 .
- 8- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي - الروض المربع - دار المؤيد مؤسسة الرسالة - ج 3 .

• مراجع الأحاديث النبوية الشريفة والسيرة الطاهرة :

- 1- أحمد بن حنبل الشيباني (ت 241 هـ) - مسند الإمام أحمد - دار صادر للطباعة - المكتب الإسلامي - بيروت - ج 15 .
- 2- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (303 هـ) - سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي (1138 هـ) - المطبعة المصرية بالأزهر - الطبعة الأولى - سنة 1351 هـ / 1932 م .

- 3- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت 275 هـ) - سنن أبي داود - الطبعة الأولى - ملتزم الطبع والنشر مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر - ج 2 .
- 4- صفى الرحمن المباركفوري - الرحيق المختوم - بحث في السيرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام - (البحث الفائز بالجائزة الأولى لمسابقة السيرة النبوية التي نظمتها رابطة العالم الإسلامي 1399 هـ / 1978 م) الناشر مكتبة نزار ومصطفى الباز - مكة المكرمة - 2003 م .
- 5- محمد بن إسماعيل البخاري (ت 256 هـ) - صحيح البخاري - مطبعة محمد على صبيح وأولاده - ميدان الأزهر بمصر - ج 9 .
- 6- أبو عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري (504هـ) - المستدرک على الصحيحين - مكتبة ومطابع النصر الحديثة بالريا - ج 4 .
- 7- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (ت 279 هـ) - الجامع الصحيح (سنن الترمذي) - طبعة سنة 1400 هـ / 1980م - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- 8- ابن شرف النووي: محيي الدين أبوزكريا بن يحيى (ت: 261 هـ / 875 م) {صحيح مسلم بشرح النووي} - طبع بالمطبعة المصرية ومكنتها مصر القاهرة سنة 1934 م - ج 12 .
- 9- مسلم بن الحجاج القشيري (ت 261 هـ) - صحيح مسلم - الطبعة الثانية سنة 1398 هـ / 1978 م - ج 3 - دار الفكر - بيروت .

• مراجع الفقه المقارن

- 1- إبراهيم بن علي بن فرحون المدني (799هـ) - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام - مطبعة مصطفى الحلبي - سنة 1378 هـ / 1958 م - ج 1 .
- 2- د/ إبراهيم محمد الحريري - القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام - دار عمار للنشر / عمان - الطبعة الأولى - 1420 هـ / 1999 م .
- 3- أحمد الحجيا الكردي - المدخل الفقهي - مطبعة جامعة دمشق - 1978 .
- 4- أحمد صيام سليمان أبو حمد - مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية - رسالة ماجستير - الجامعة الإسلامية بغزة - كلية الشريعة (قسم القضاء الشرعي) - 1426 هـ / 2005 م .
- 5- ابن تيمية أحمد بن عبدالحليم - الحسبة في الإسلام " تقديم محمد المبارك " - المدينة المنورة - الجامعة الإسلامية .
- 6- تقى الدين أحمد بن ابن تيمية الحراني (728 هـ) - السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية - الطبعة الثانية 1371 هـ / 1952 م - الناشر: دار الكتاب العربي بمصر - مكتبة الحرم المكي .
- 7- أنور عبدالكريم عبدالقادر - نظام القضاء في الإسلام - مجلة كلية الآداب - العدد 101 - ص 159 .
- 8- د/ جمال صادق المرصفاوى - نظام القضاء في الإسلام - بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي - الرياض 1396 هـ - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية .
- 9- د/ حسن إبراهيم حسن - تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي - دار الجيل بيروت - مكتبة مطبعة المصرية بالقاهرة - ج 1 .

- 10- أ/ خليل غصن - أثر الفقه الإسلامي على القوانين الغربية - محاضرة أقيمت في مركز أبوبكر الصديق - 2007 .
- 11- رفاة الطهطاوي - الأعمال الكاملة - ج 1 - ص 370 , 369 , 544 دراسة وتحقيق: د / محمد عمارة - طبعة بيروت - 1973.
- 12- د/ عبدالرحمن إبراهيم عبدالعزيز الحميضي - القضاء ونظامه في الكتاب والسنة - الطبعة الأولى - 1409 هـ / 1989 م - جامعة أم القرى .
- 13- د/ عبدالرازق السنهوري - إسلاميات السنهوري باشا - ج 1 - دراسة وتحقيق: د / محمد عمارة - طبعة دار السلام - القاهرة - 1431 هـ / 2010 م .
- 14- د/ عبدالسلام الترماني - القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة - مطبوعات جامعة الكويت - 1980.
- 15- عبدالقادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي - ج 1 - دار الكتاب العربي - بيروت.
- 16- علاء الدين أبوبكر بن أحمد الكاساني (587هـ) - بدائع الصنائع - مطبعة الجمالية بالقاهرة - سنة 1328 هـ / 1910 م - ج 7 .
- 17- أ / على بدوي - أبحاث في أصول الشرائع - مجلة القانون والاقتصاد - السنة الخامسة - العددان الأول والثاني - يناير وفبراير 1935.
- 18- أبو الحسن على بن عباس البعلبعل الحنبلي " المعروف بابن اللحام 803 هـ " - القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية (قاعدة أصولية) - مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة - سنة 1375 هـ / 1956 م - تحقيق محمد حامد الفقي .
- 19- على بن محمد بن حبيب الماوردي - الأحكام السلطانية - ط 1 - مطبعة السعادة سنة 1327 هـ / 1909 م - مصر - الناشر: محمد مين أفندي بمصر - المكتبة الخاصة .
- 20- على بن محمد بن حبيب الماوردي (ت 450 هـ) - أدب القاضي - طبعة سنة 1392 هـ / 1972 م - مطبعة العاني - بغداد - مكتبة الحرم المكي .
- 21- فريد عبدالخالق - في الفقه السياسي الإسلامي (الشورى، العدل، المساواة) مبادئ دستورية - الطبعة الثانية 2007 - دار الشروق.
- 22- ابن القيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - بيروت - دار الكتب العلمية.
- 23- محمد بن أحمد أبوبكر شمس الأئمة السرخسي - المبسوط - مطبعة السعادة بمصر - الطبعة الأولى - ج 16 .
- 24- شمس الدين محمد بن أحمد الرملي المشهور بالشافعي الصغير (ت 1004 هـ) - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - الطبعة الأخيرة سنة 1386 هـ / 1967 م - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر - ج 8 .
- 25- د / محمد سلام مدكور - وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية - بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض - 1396 هـ .
- 26- د/ محمد ضياء العظمى - أحكام النبي - 1978.
- 27- محمد بن عرفهاالتونسي - شرح حدود الإمام بن عرفة - المطبعة التونسية بتونس - الطبعة الأولى - 1350 هـ.

- 28- د / معن خالد القضاة – (التحكيمي في الشريعة الإسلامية) – 1431 هـ / 2010 م .
29- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم – الخراج – دار المعرفة .

• المراجع الأجنبية :

- 1- Décision , No .98 – 396 , Dc du 19 Février 1998 .
- 2- Metz 22 Février 1980 J.C.P. 1981 . 11. 19493 note chambon : Crim .21 Mars 1990 , Bull . no .123.
- 3- Daban Valérie – Les procédures permettant aux tribunaux administratifs de remédier à l'inexécution de leurs jugements : La pratique du tribunal administratif de pau – Master – Université de pau et des pays de L'ADOUR – 2008.
- 4- Robert Charvin , justice et politique, paris , 1968 .
- 5- Français Luchaire ; La protection constitutionnelle des droit et des libertés , III,1999,no.335 .

• المواقع الإلكترونية :

<http://law-zag.com/vb/lawzag26994.html>

إشكالية البلاجيا في البحث العلمي في العلوم الشرعية والقانونية وسائر العلوم الإنسانية



إعداد : الدكتور عبد المنعم نعيمي

تخصص شريعة وقانون أستاذ محاضر

بكلية الحقوق - جامعة الجزائر - 1

ملخص :

يأتي هذا المقال في إطار دعم أخلاقيات البحث العلمي في العلوم الإنسانية عموما والبحث العلمي في ميدان العلوم الشرعية والعلوم القانونية تحديدا؛ حيث يُعالج إشكالية البلاجيا أو انتحال آراء الغير أو السرقة العلمية التي عرفت طريقها بين الطلاب والباحثين إن في مرحلة التدرج وبعدها، وصارت ظاهرة سلبية باتت معنى الكلمة، وليست مجرد حالات معدودات أو معزولة، والمقال إذ يُسلط الضوء على هذه الظاهرة غير الأخلاقية، يحاول البحث في أسبابها ودواعيها، والكشف عن جانب من تأثيراتها على القيمة العلمية للبحث العلمي عند الفئة التعليمية المشار إليها، ثم سبل تلافيتها وتفاديها.

مقدمة :

إذا كان الفلاسفة قديما وحديثا قالوا: " نحن نفكر داخل الكلمات "؛ إشارة منهم إلى العلاقة القائمة بين الفكر واللغة، وأن اللغة ما هي إلا قوالب لاحتواء أفكارنا والتعبير عنها، فإنه في منهج البحث العلمي نقول: "نحن نبحث داخل منهج"؛ قال ميشال بود (MICHEL BEAUD) : " لا وجود للبحث بدون منهجية " ⁽¹⁾؛ فالبحث

1 - Michel Beaud, L'art de la thèse, casbah, Alger, 1999, P 27.

العلمي الصحيح يستلزم وجود قواعد منهجية صحيحة، تُمكن الباحث من التعامل الصحيح مع المعرفة العلمية، والوصول إلى النتائج العلمية المتبغاة، وتحقيق الأهداف العلمية المرجوة.

وعلى شاكلة قول ميشال بود الذي سبق نقول أيضا: " لا وجود لبحث علمي بدون أدوات بحث "؛ وأدوات البحث عديدة ومتنوعة، تتعدّد وتتنوّع بحسب طبيعة البحث ونوعه، غير أن جميعها يشترك في لزوم اعتماد الأمانة العلمية للاستعمال الصحيح لأداة نقل وجمع البيانات العلمية وتوثيقها.

في هذا السياق، تأتي هذه الدراسة لبحث إشكالية البلاجيا أو انتحال آراء الغير أو السرقة العلمية؛ التي تتنافى تماما مع ما يستلزمه النقل والتوثيق العلميين من ضرورة التزام الأمانة العلمية عند نقل كلام الغير وتوثيقه، ولزوم نسبه إلى قائله. وسأحاول من خلالها تحديد المدلول اللغوي والإصطلاحي لكلمة " بلاجيا ". أتطرق أيضا إلى أشكال البلاجيا من جهة المعيارين الشكلي والموضوعي من ناحية، ثم من جهة وسيلتها.

أبحث بعد ذلك طرفا من الأسباب أو الدواعي التي أجدها تسببت تفشي البلاجيا كظاهرة سلبية بين أوساط طلابنا وباحثينا الجامعيين، خاصة مع استغلالهم لتقنية الاتصال الحديثة (الإنترنت) في تنزيل وتحميل البحوث جاهزة مستوفاة لشروط البحث العلمي خلا الأمانة العلمية، ونسبتها إلى أنفسهم على أنها من خالص كدّهم وعُصارة جهدهم.

ثم أطرح في الأخير تصورا عاما عن بعض ما أراه مناسبا من الحلول العلاجية للحدّ أو على الأقل التقليل من انتشار ظاهرة البلاجيا. ثم أتبعها في الأخير بملخص جامعة لبعض النتائج.

ومن جهة تخصصنا في الشريعة والقانون من المهم أن نشير إلى أن معالجتنا لإشكالية البلاجيا في البحث العلمي في العلوم الشرعية والقانونية تنطبق أيضا على جميع العلوم الإنسانية الأخرى، بل أيضا نجد أنها صارت ظاهرة مُتفشّية في أوساط الطلاب والباحثين حتى في العلوم التقنية والتجريبية والتكنولوجية، هو واقع سلبي آسن يُسيء لسُمة جامعاتنا ويُسوّه صورتها، ويجعل من البحث العلمي في بلادنا على المحكّ.

وعن اختيار العلوم الشرعية والعلوم القانونية كأنموذج لهذه الدراسة دون بقية العلوم الإنسانية المعنية هي الأخرى - كما أشرت - بإشكالية البلاجيا؛ فلأنها عرفت طريقها إلى ميدان البحث العلمي في هذا النوع من العلوم الإنسانية، ومن الغريب والمعيب أن نرى البحث العلمي الشرعي ميدانا مناسبا لمن فقدوا أخلاقيات الباحث الحقيقي التي حثت عليها الشريعة الإسلامية وحرّمت الخيانة والغش والخديعة. أيضا من المعيب أن تصير العلوم القانونية مرتعا خصبا للمنتحلين الممارسين للبلاجيا والقانون يُجرّم هذا النوع من الممارسات غير القانونية وغير الأخلاقية، ويُعاقب عليها كما سنُفصّل لاحقا.

ومن أجل بحث هذا الموضوع بالتأصيل والتفصيل، ارتأينا تقسيمه إلى أربعة مطالب بعناوين فرعية :

المطلب الأول - تعريف البلاجيا (PLAGIAT - PLAGIARISM).

الفرع الأول - في اللغة.

الفرع الثاني - في الاصطلاح.

المطلب الثاني - حكم البلاجيا.

الفرع الأول - الحكم الشرعي للبلاجيا.

الفرع الثاني - الحكم القانوني للبلاجيا.

الفرع الثالث - الحكم البيداغوجي.

المطلب الثالث - أشكال البلاجيا.

الفرع الأول - البلاجيا الشكلية والبلاجيا الموضوعية.

الفرع الثاني - البلاجيا الكلاسيكية والبلاجيا الإلكترونية (الرقمية).

المطلب الثالث - دواعي انتشار ظاهرة البلاجيا في أوساط الطلبة والباحثين.

الفرع الأول - غياب أخلاقيات العلم لدى طالب العلم.

الفرع الثاني - ضعف همّة الطالب في طلب العلم.

الفرع الثالث - الاستخدام السلبي لتكنولوجيا الإنترنت.

الفرع الرابع - غياب الرسائل في الأستاذ المؤطر.

المطلب الرابع - مقترحات بالحلول العلاجية لظاهرة البلاجيا.

الفرع الأول - تلقين الطلبة أخلاق وآداب التحصيل العلمي.

الفرع الثاني - شحذ همّة الطالب في تحصيل العلم، والأنفة عن سرقة وانتحاله بغير وجه حق.

الفرع الثالث - تحقّق القدوة والأسوة الأكاديمية.

الفرع الرابع - الصرامة الأكاديمية.

الفرع الخامس - الصرامة الإدارية.

خاتمة.

المطلب الأول- تعريف البلاجيا (PLAGIAT – PLAGIARISM) :

الفرع الأول- في اللغة :

" PLAGIAT- PLAGIARISM " كلمة لاتينية مشتقة من " PLAGIARUS "؛ ومعناها: مختطف⁽¹⁾، ثم استعملت بمعنى الانتحال وهو سرقة أفكار الغير أو كلماتهم أو مخترعاتهم أو مؤلفاتهم⁽²⁾.

وكلمة " PLAGIAT- PLAGIARISM " بهذا المعنى تُقابلها في اللغة العربية كلمة "انتحال"؛ والتي ترد بنحو المعنى الذي ذكرت وهو: ادّعاء ما لا أصل له؛ أي ادّعاء ما لغيره.

يقال: " انتحل الشيء وتنحله إذا ادّعه لنفسه وهو لغيره، وانتحل فلان شعر فلان أو قصيدته أو قوله إذا ادّعى أنه قائله وهو لغيره، ومنه قول الأعشى:

فكيف أنا وانتحالي القوا *** ف بعد المشيب كفى ذاك عارا

ومنه حديث قتادة بن النعمان: « كان بشير بن أبي أيرق يقول الشعر ويهجو به النبي صلى الله عليه وسلم، وينحله بعض العرب »؛ أي ينسبه إليه، من النحلة وهي النسبة بالباطل⁽³⁾.

وفرق بعض أهل اللغة بين كلمة " انتحل " و كلمة " تنحل "؛ قالوا: " انتحل كذا إذا ادّعه محققاً، وتنحله إذا ادّعه مبطلاً"⁽⁴⁾، لكن الصواب الذي عليه أكثر اللغويين ما سقته قبلاً: فلا فرق بين الانتحال والتنحل؛ ولهذا قال ابن فارس: " وليس هذا عندنا بشيء، ومعنى انتحل وتنحل عندنا سواء، والدليل على ذلك قول الأعشى: ... "، وقد مر معنا.

ومما سبق، نخلص إلى أن كلمة " بلاجيا " في اللغة اللاتينية، أو كلمة " انتحال " في اللغة العربية تعني لغة: النسبة بغير وجه حق؛ بأن يدعي الشخص شيئاً (معنوياً أو مادياً)، وينسبه إلى نفسه وهو في الأصل لغيره؛ فيشمل هذا التعريف اللغوي: البلاجيا المعنوية (الفكرية) والبلاجيا المادية.

أيضاً البلاجيا بهذا المعنى تقابلها كلمة " سرقة "؛ فكل من يدعي لنفسه شيئاً بغير وجه حق، وبسطو عليه دون علم صاحبه يُعدّ سرقة، وإن كانت السرقة تقع في الأصل على الحقوق المادية، بخلاف البلاجيا التي تقع في الأصل على الحقوق المعنوية (الأدبية والفكرية)⁽⁵⁾.

1- إن معنى الاختطاف متحقق في مدلول البلاجيا؛ فكأن المنتحل يختطف أفكار غيره، وينسبها إلى نفسه ادعاء وتمويهاً؛ حتى لا يتعرف الناس على أصحابها الحقيقيين.

2- ينظر: د/ محمد الأيوبي وآخرون: قاموس أكسفورد المحيط إنكليزي - عربي (Dictionary, English – Arabic AL- MUHIT OXFORD Study)، بيروت، لبنان، أكاديمية، دون رقم الطبعة، 2003، ص 811 ومنير البعلبكي: المورد الأكبر، قاموس إنكليزي - عربي حديث (AL MAWRID AL- KABIR AMODERN, English – Arabic)، ص 1397 ومكتب الدراسات والبحوث: القاموس المزدوج، عربي - إنكليزي (The Dictionary Bilingual Arabic – English / English – Arabic)، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط 1، 1425 هـ - 2004 م، ص 564، 103.

3- ينظر: ابن منظور: لسان العرب، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، دار صادر، د ط، د ت، 4/ 55 ومحمد مرتضى الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت، لبنان، ط 1، 1428 هـ - 2007 م، 129/8.

4- ينظر: أبو الحسين أحمد بن فارس: مجمل اللغة، دراسة وتحقيق زهير عبد المحسن سلطان، ط 2، 100 هـ - 1986 م، 403/5.

5 طبعاً هذا لا يمنع أن يكون موضوع السرقة حقوقاً معنوية، وأن يكون موضوع البلاجيا حقوقاً مادياً.

ومن ثم استعير هذا المعنى في البلاجيا المعنوية ، فصار مدلولها قاصرا على الانتحال المعنوي (الأدبي والفكري)، أو السرقة المعنوية (الأدبية والفكرية)؛ فيقال : " **PLAGIAT- PLAGIARISM** "؛ أي سرقة أدبية، أو سرقة أفكار، أو سرقة آراء، أو سرقة كلمات مؤلف⁽¹⁾.

وهذا المدلول هو الذي يتماشى مع تعريف البلاجيا كمصطلح من مصطلحات البحث العلمي⁽²⁾، كما سيتضح لنا في العنصر الموالي.

الفرع الثاني - في الاصطلاح :

استنادا إلى المدلول اللغوي للفظـة " بلاجيا "، يمكننا أن نستخلص لها تعريفا اصطلاحيا باعتبارها أحد مصطلحات البحث العلمي؛ فالبلاجيا من وجهة نظري: أن ينتحل شخص (المتحل - **PLAGIARISTE**) الأعمال الفكرية التي ينتجها شخص آخر في إطار إعداده لبحث علمي، وينسبها إلى نفسه على وجه الإدعاء والسرقة؛ حتى يظهر أمام غيره أنه صاحبها ومؤلفها وهو ليس كذلك؛ كمن يسطو مثلا على مذكرة تخرج أو رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه، فيُجريَ عليها بعض التعديلات والتبديلات الشكلية أو الموضوعية؛ ليلبس على غيره، ويظهر أمامهم بمظهر المؤلف والباحث.

وعلى هذا الأساس، فإن البلاجيا في البحث العلمي - بما فيه البحث الشرعي والقانوني - لا ترتبط بمقدار أو حجم محدّد؛ فيُعتبر الطالب أو الباحث منتحلا وممارسا للبلاجيا: إذا لم يتم بتوثيق معلومة لغيره قام باقتباسها؛ إذ الأمانة العلمية تُلزمه أن يُسند المعلومات المقتبسة إلى أصحابها الحقيقيين، وعدم التزامه بهذا الأدب العلمي الرفيع يُوهم غيره أنه صاحب تلك المعلومة والحقيقة على خلاف ذلك.

من وجهة نظري يُعتبر كذلك الطالب أو الباحث مرتكبا لفعل البلاجيا: إذا وسم بحثه بعنوان معين، تبين أنه العنوان نفسه لبحث آخر، ويشتد قبح ذلك إذا أُقبل على هذا التصرف متعمداً، أو كأن يعتمد في بحثه على خطة مطابقة لبحث آخر ولم ينبّه إلى ذلك، أو أن يقوم بتلفيق الهوامش؛ بحيث يكتب بحثه، ويجعل له حواشي سفلية من المراجع والمصادر التي يُفترض أنه قد اطلع عليها حقيقة واقتبس منها جُمل وفقرات بحثه، وهو في الواقع لم يفعل ذلك لا من طريق الاقتباس الحرفي أو غير الحرفي (الاختصار، التلخيص وإعادة الصياغة)، ولا من طريق الإحالة في حالة استحالة الرجوع مباشرة إلى المصادر والمراجع والاطلاع عليها.

ويستوي في ذلك كله أن يقع الطالب والباحث في البلاجيا عن قصد أو عن غير قصد، وإن كان قصد ارتكاب فعل البلاجيا أشنع وأقبح من الوقوع فيها عن سهو أو غفلة، هذا وقد يكون للبعض ربّما رأي آخر فيما سقته من بعض فعال الطلاب والباحثين المنتحلين في ميدان البحث العلمي، إلا أنه في تصوري من المهم أن تُصنّف تلك الأفعال الإنتحالية في خانة البلاجيا المذمومة؛ لأنها ليست من خالص وُسع الطالب وعصارة جهد الباحث، ثم إنها تتنافى وأدب الأمانة والنزاهة العلمية التي من المفترض أن يتزَيّا ويتحلّى بها الطالب والباحث.

1- يُنظر: د/ محمد الأيوبي وآخرون: المرجع السابق، ص 811 ومنير البعلبكي: المرجع السابق، ص 1397 ومكتب الدراسات والبحوث: المرجع السابق، ص 564، 103.
2- يبدو أن البلاجيا ارتبطت في أول ظهورها بمؤلفات الأدباء والشعراء والمفكرين التي كانت عرضة للانتحال والسرقة، خاصة في ظل غياب القوانين التي تكفل حماية الحقوق الفكرية وحقوق المؤلف، ثم اتسع مدلولها ليشمل مجالات العلم الأخرى، فأصبحت لصيقة (مرتبطة) بالإنتاج العلمي بشكل عام بصرف النظر عن مجاله، وأحد مصطلحات قاموس البحث العلمي.

المطلب الثاني - حكم البلاجيا :

الفرع الأول - الحكم الشرعي للبلاجيا :

قد يبدو من العبث أن نتساءل عن حكم الشريعة الإسلامية في البلاجيا بمفهومها ومدلولها وصورتها التي مرت معنا؛ إذ من الواضح أن البلاجيا بمدلولها المذكور محرمة في الشريعة الإسلامية من عدة أوجه لعل من أظهرها :

أولاً - الوجه الأول : أن البلاجيا سمت المبطلين :

قال النبي صلى الله عليه وسلم : « يَحْمِلُ هَذَا الْعِلْمَ مِنْ كُلِّ خَلْفٍ عُدُوْلُهُ، يَنْفُونَ عَنْهُ تَحْرِيفَ الْعَالِينَ، وَأَنْتِحَالَ الْمُبْطِلِينَ، وَتَأْوِيلِ الْجَاهِلِينَ »⁽¹⁾.

يشير هذا الحديث إلى دور العلماء الثقات في حفظ العلم الشرعي، وتجريد الصحيح منه مما علق به من شوائب التحريف المعتسف، والانتحال الباطل، والتأويل الفاسد.

وقد أشار الحديث بعبارة صريحة إلى حكم الانتحال في شريعة الإسلام؛ فقد جاءت عبارة: « انتحال المبطلين » في سياق الذم؛ إذ لو كان انتحال المبطلين جائزا لما قيض الله عز وجل لشريعته السّمحاء علماء عدولا ينفون عنها انتحال هؤلاء المبطلين.

ثم إن النبي صلى الله عليه وسلم قد وصف بالباطل من ينتحل في دين الله سبحانه بالزيادة والنقصان، وينسب إليه ما ليس منه، أو يدعي منه لنفسه ما لم يقله كذبا وبهتاناً؛ فدل ذلك على أن الانتحال في الشريعة الإسلامية باطل لا وجه للحق فيه.

وعلى ضوء ذلك، يمكن أن نستفيد الحكم الشرعي للانتحال في البحث العلمي عموماً وفي العلوم الشرعية والقانونية تحديداً؛ فإن انتحال ما أنجزه الأساتذة والباحثون من بحوث، والسطو على ما عالجوا فيها من إشكاليات، وسرقة ما توصلوا إليه من نتائج، كل ذلك باطل مذموم؛ لأن الشريعة نفسها تأبى الباطل وتنهى عنه، وترضى الحق وتأمربه.

ثانياً - الوجه الثاني : أن البلاجيا ادّعاء على وجه الكذب، وافتراء على وجه الباطل :

إن نهي الشريعة الإسلامية عن الكذب والافتراء عموماً صريح في نحو :

— قوله تعالى : (وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتَكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لَتُفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ)⁽²⁾.

1- رواه البيهقي وابن حبان.

2- سورة النحل، الآية 116.

مع أن الآية الكريمة جاءت في سياق النهي عن التألي على الله عز وجل، والتخرص عليه جلّ وعزّ بافتراء الكذب واختلاقه على ذاته المقدسة - عزّت وتنزهت - ، بقول الحلال والحرام من غير سابق علم⁽¹⁾؛ إلا أنه يمكن الإفادة منها في حظر البلاجيا في مجال البحث العلمي من حيث أن الكذب فيه تجنّ وافتراء، سواء تعلق بالذات القدسية لرب البرية سبحانه، وهذا أشنع الكذب وأقبح الافتراء، أو تعلقت بالذات البشرية وما يتصل بها، وأخطره ما تعلق بذات الأنبياء عليهم السلام، والصلحين من الأنام، وما يتصل بهم.

ولا غرو أن البلاجيا كذب وافتراء من ناحية كونها ادعاء لحق على وجه الكذب، ونسبته إلى غير صاحبه، وفي الوقت ذاته فيها تجنّ على الآخرين، ونفي ما يُفترض أن يُنسب إليهم من حقوق.

2- قال الله تعالى أيضا: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَٰئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا)⁽²⁾ :

وقد جاء في تفسير هذه الآية أقوال منها⁽³⁾: قول قتادة: " لا تقل رأيتُ ولم تر، وسمعتُ ولم تسمع، وعلمتُ ولم تعلم، فإن الله تعالى سائلك عن ذلك كله ".

ولا ريب في أن البلاجيا انتحال على وجه الباطل، وادّعاء شخص علم ما لا يعلمه، وتأليف ما لم يؤلفه، ومحت ما لم يبحثه، فيما مدعي، ويا منتحل، ويا من ينسب لنفسه ما ليس له: أين أنت من وقفة السؤال بين يدي الله ذي الجلال؟!، سؤال ستجيب عنه بدلا عنك جوارحك: سمعك وبصرك وفؤادك؛ سمعك الذي ادّعت أنه تلقى علم ما كتبته، وبصرك الذي ادّعت أنه نظر في الكتب، ونهل ما فيها من علم لم يخطّه يمينك، وفؤادك الذي ادّعت أنه فكر وتأمّل، ومحت وتمعّن، وهو أضعف من أن يستطيع ذلك وأهون؛ ولهذا قال الله تعالى في تنمة الآية الكريمة: (إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَٰئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا).

3- الوجه الثالث: أن البلاجيا إضرار وإهانة وإذاية لأصحاب الحقوق المسلوبة:

وقد نهينا عن إلحاق الأذى بالغير - سيما أهل الإيمان منهم - في نصوص كثيرة منها:

أ- قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا)⁽⁴⁾.

واضح من أن الآية⁽⁵⁾ أنها وردت في إطار ذمّ من سلك سبيل إذاية أهل الإيمان؛ ممن ينسب إليهم المسبّة والنقيصة، ويتقول عليهم بالبهتان؛ يثلب أعراضهم، ويثلم سمعتهم، وينتقص من قدرهم، ويحطّ من شأنهم.

1- يُنظر بالتفصيل: أبو جعفر ابن جرير الطبري: جامع البيان عن تأويل أي القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، جيزة، مصر، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط 1، 1422 هـ - 2001 م، 14 / 389 - 390 وأبو الفداء إسماعيل بن كثير: تفسير القرآن العظيم، حققه وخرجه أحاديثه وعلق عليه د/ كمال علي علي الجميل، مصر، دار التوزيع والنشر الإسلامية، ط 1، 1419 هـ - 1998 م، 2 / 767.

2- سورة الإسراء، الآية 36.

3- ينظر تفصيل هذه الأقوال عند: ابن جرير الطبري: المرجع السابق، 14 / 593 - 596 وابن كثير: المرجع السابق، 3 / 50.

4- سورة الأحزاب، الآية 58.

5- ينظر تفسير هذه الآية عند: ابن جرير الطبري: المرجع السابق، 19 / 179 - 180 وابن كثير: المرجع السابق، 3 / 629 - 630.

في سياق هذا المعنى قال الإمام مجاهد في تفسير الآية : " والذين يقفون المؤمنين والمؤمنات ويعيبونهم؛ طلبا لشينهم بغير ما عملوا " (1) انتهى كلامه. " وهذا هو البهت الكبير : أن يحكي أو ينقل عن المؤمنين والمؤمنات ما لم يفعلوه على سبيل العيب والتقص لهم " (2).

استنادا إلى معنى الآية، يمكن أن نستفيد موقف الشريعة الإسلامية من البلاجيا والانتحال في مجال البحث العلمي؛ فإن من يسرق بحوث غيره، وينتحل مؤلفاتهم وينسبها إلى نفسه، لاشك بفعله هذا يؤدي أصحاب تلك البحوث والمؤلفات؛ لأنه استولى بغير وجه حق على ثمره وسعهم، ونتاج كدهم وجهدهم، وحرمتهم من الإفادة من الحقوق التبعية الناتجة عن هذه البحوث والمؤلفات: من ترقية وعلاوات، وعوائد مادية ومعنوية، ومعلوم أن مثل هذه الحقوق التبعية حقوق قانونية مشروعة لا يُزاد فيها أحد.

ب- عن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لَّا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » (3).

إن الحديث بمنطوقه الصريح ينهى عن الضرر والضرار، وتقرّر أصوليا (4) : أن جمهور العلماء كلهم متوافرون على أن مُطلق النهي غير المقترن بقريئة تنصرف دلالته إلى النهي الشديد وهو الحرام، وهو المعنى الحقيقي أو الأصلي للنهي (5). أما عن معنى الضرر والضرار في الحديث؛ فهذا مما اختلف العلماء في ضبط معناه على أقوال (6) :

قيل : " الضرر والضرار لفظتان بمعنى واحد، تكلم بها جميعا على وجه التأكيد " .

وقيل : " الضرر عند أهل العربية الاسم، والضرار الفعل؛ فمعنى الضرر : أي لا يُدخل أحد على أحد ضررا لم يُدخله على نفسه، ومعنى لا ضرار: لا يضر أحد بأحد " .

وقيل : " الضرر هو الذي لك فيه منفعة، وعلى جارك فيه مضرة، وهذا وجه حسن المعنى " .

وقيل : " الضرر والضرار مثل القتل والقتال؛ فالضرر أن تضر من لا يضرك، والضرار أن تضر من أضر بك من غير جهة الاعتداء بالمثل والانتصار بالحق " .

1- ينظر: ابن جرير الطبري: المرجع نفسه، 19/ 179.

2- ينظر: ابن كثير: المرجع السابق، 3/ 629.

3- رواه ابن ماجه والدارقطني مسند بسند حسن.

4- أي عند علماء أصول الفقه الإسلامي.

5- ينظر بالتفصيل: محمد بن علي الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق أحمد عزّ وعناية، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، ط 3، 1424 هـ - 2003، 1/ 279 - 280 ود/ وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، بيروت، لبنان، دار الفكر المعاصر، دمشق، بيروت، دار الفكر، ط 2، 1418 هـ - 1998 م، 1/ 234 - 235.

6 ينظر: النووي وابن دقيق العيد وابن عثيمين: الرياض الندية في شرح الأربعين النووية، تحقيق وتعليق محمد بن حامد عبد الوهاب، دون مكان النشر، شركة مكتبة جرير، ط 1، 1424 هـ - 2003 م، ص 180 - 181.

وقيل : " الضرر يحصل بلا قصد، والضرار يحصل بقصد؛ وهو أشد من الضرر " .

ومن كل هذه المعاني يمكن أن نستفيد حكم الشريعة الإسلامية في البلاجيا أو الانتحال الممارس في ميدان البحث العلمي؛ فأضرار البلاجيا على المستوى التعليمي الأكاديمي الجامعي معروفة وتأثيرها السلبي على مستوى البحث العلمي معلومة، فمن ينتحل ما ألفه غيره وينسبه إلى نفسه، ويدعي كذبا وبهتاناً أمام الناس أنه صاحب الإبداع، وصاحب التأليف، وصاحب البحث، لاشك سيُلحق بالمبدع والمؤلف والباحث الحقيقي والفعلي ضرراً معنوياً جسيماً يعود بالنفع على المنتحل الكاذب، ويُفوّت على صاحب الإنتاج العلمي الفعلي منافع كان سيُفيد منها كثيراً، ولما كانت البلاجيا تنطوي على عنصر الإضرار بالغير؛ فإنها مشمولة بالنهي الذي قرره الحديث السابق.

ت - الوجه الرابع : أن البلاجيا غشٌّ ومكرٌ وخديعة :

نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الغشِّ والمكر بالناس وخداعهم، والنهي باق على أصل دلالاته - كما أشرت قبلاً - ينصرف إلى التحريم قولاً واحداً ما لم تصرفه قرينة إلى الكراهة⁽¹⁾؛ قال عليه الصلاة والسلام: « مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنَّا »⁽²⁾، وفي لفظ: « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا، وَالْمَكْرُ وَالْخِدَاعُ فِي النَّارِ »⁽³⁾، وفي لفظ آخر: « الْمَكْرُ وَالْخِدِيعَةُ فِي النَّارِ »⁽⁴⁾.

والنهي المذكور في هذه الروايات الحديثية يعم ما يمارسه المنتحل من بلاجيا وسرقة علمية؛ فالمنتحل إذا سرق أبحاث غيره ونسبها إلى نفسه فقد غشَّ؛ لأنه لم يتكل على قدراته ولم يبذل حق وسعه، وإنما سلك سبيل المكر بصاحب البحث الحقيقي، وخديعة الناس وإيهاهم بأنه باحث، وهو أبعد من أن يكون كذلك ويتزيًا بهذا الوصف.

هذا ولنا أن نتصور مدى قبح الإعتداء على الإنتاج العلمي للآخرين عن طريق الانتحال والسرقة، خاصة إذا تعلق الأمر بالبحوث ذات الصلة بالشريعة الإسلامية التي تنهى نصوصها عن ذلك وتحظره كما تقدم بيان تفصيله وتأصيه؛ إذ لا يليق بمن يبحث في علوم الشريعة الإسلامية أن يسلك سمات المنتحلين المبطلين.

الفرع الثاني - الحكم القانوني للبلاجيا :

بمراجعة النصوص التشريعية والتنظيمية يُمكننا الاستدلال والاستئناس بها على حظر وتجريم البلاجيا في البحث العلمي إن في العلوم الشرعية أو العلوم القانونية أو سائر العلوم الإنسانية أو حتى غيرها، وعلى هذا الأساس نستعرض الحكم القانوني للبلاجيا من عدة جوانب :

1- طبعاً إلا ما استثنى جوازه بموجب نص شرعي نحو: الخديعة في الحرب، والكذب بغرض الإصلاح...

2 رواه مسلم.

3 رواه ابن ماجه وابن حبان.

4 رواه البيهقي في الشعب والبخاري.

أولاً- البلاجيا اعتداء على حقوق التأليف والتصنيف :

يعتبر البحث العلمي من الحقوق الفكرية، بل ويصح أن نعتبره حقاً من حقوق التأليف، طبعاً مع مراعاة الضوابط القانونية التي نصّ عليها التشريع الخاص بذلك؛ والتي تُلزم المؤلف بوجوب إيداع مؤلفه وإشهاره والتصريح به بأية دعامة متاحة قانوناً، تسمح بإبلاغه إلى الجمهور، والبحث العلمي الأكاديمي من حيث نسبته إلى مؤلفه هو حق من حقوقه؛ فقد جاء في المادة 4/ فقرة أ من الأمر 03 - 05 المؤرخ في 19 يوليو 2003 م، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ما نصه : " تُعتبر على الخصوص كمصنفات أدبية و / أو فنية محمية ما يأتي :

أ- المصنفات الأدبية المكتوبة مثل: المحاولات الأدبية، والبحوث العلمية والتقنية... " (1).

استثناساً بهذا النص القانوني فإن البحوث العلمية الأكاديمية في المجال الشرعي والقانوني... وغيرها محمية قانوناً من أي شكل من أشكال الانتحال أو السرقة التي قد تطالها، واستناداً إلى هذا النص أيضاً يمكننا التأكيد على أن البلاجيا التي تُمارس في مجال البحث العلمي عموماً والبحث العلمي في علوم الشريعة الإسلامية والقانون تُعتبر عملاً محظوراً قانوناً.

ثانياً- تجريم البلاجيا في قانون العقوبات :

يمكن أن نستدلّ على تجريم انتحال الصفة بشكل عام وأنها عمل غير قانوني في نحو ما نصت عليه المادة 214/ فقرة 3 وخاصة المادة 216/ فقرة 4 من قانون العقوبات الصادر بالأمر 66 - 156، مؤرخ في 8 يونيو 1966 (2) المعدل والمتمم بالقانون 06 - 23، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 (3)؛ حيث اعتبرت " انتحال شخصية الغير أو الحلول محلّها " جريمة يعاقب عليها القانون.

من انتحل صفة الغير أو حلّ فيها بأيّ شكل من الأشكال تُطبق عليه أحكام المادة 216/ فقرة 1 التي جاء فيها ما نصه : " يعاقب بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة ، وبغرامة من 1.000.000 د ج إلى 2.000.000 د ج ، كل شخص، عدا من عينتهم المادة 215 (4) ، ارتكب تزويراً في محرّرات رسمية أو عمومية " .

يسري نص المادة 216 أعلاه على كل من انتحلّ صفة باحث أو مؤلّف أو مبتكر أو أيّ شخص ابتكر اختراعاً أو أنجز بحثاً علمياً في أيّ تخصص علمي أو حلّ فيها، وتطبق العقوبة المقرّرة في المادة المذكورة على من ارتكب البلاجيا في البحث العلمي أو السرقة العلمية عن طريق انتحال شخصية صاحبه الفعلي أو حلّ فيها.

1 ينظر: الأمر 97-10، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة 13، العدد 34، الصادر في 12/3/1997، ص 4.

2- ينظر: الأمر 66-156 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة 3، العدد 49، الصادر في 11/6/1966، ص 743.

3- ينظر: القانون 06-23 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة 43، العدد 84، الصادر في 24/12/2006، ص 11.

4- هؤلاء الأشخاص هم: كل قاض أو موظف أو قائم بوظيفة عمومية ارتكب تزويراً في المحررات العمومية أو الرسمية أثناء تأدية وظيفته يعاقب بالسجن المؤبد طبقاً للمادة 214/ فقرة 4 من قانون العقوبات.

في سياق متصل يمكننا الاستدلال على تجريم البلاجيا في البحث العلمي بنص المادة 223/ فقرة 1 التي أقرت عقوبة الحبس من ثلاث أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج في حق من ينتحل اسما كاذبا أو صفة كاذبة أو يُدلي بإقرارات أو معلومات أو شهادات كاذبة، وحصل بموجب ذلك على أي وثيقة تصدرها الإدارات العمومية المنصوص عليها في المادة 222/ فقرة 1، بغرض إثبات حق أو أو شخصية أو صفة أو منح إذن.

إن المنتحل للبحث العلمي يُدلي بمعلومات كاذبة من خلال البحث العلمي الذي أعدّه؛ بهدف الحصول على الدرجة (الشهادة) العلمية، ويُوهم الهيئات العلمية للجامعة التي ينتسب إليها بأن البحث من إعداده وأنه صاحبه الحقيقي، ومن ثمّ فإنه يستحق العقوبة المقررة في المادة 223 أعلاه.

أيضاً من الناحية العقابية؛ سبق للمشرع الجزائري أن قرّر عقوبات في حقّ من يمسّ بحقوق الملكية الأدبية والفنية - بما فيها البحوث العلمية والتقنية - عن طريق ارتكابه لجريمة التقليد، وذلك في المواد 390، 391، 392، 393، 394 من الأمر 66 - 156، المتضمن قانون العقوبات، لكنه ألغى هذه النصوص القانونية بموجب القانون 06 - 23؛ حيث كاد خصّص الباب السادس منه للإجراءات والعقوبات، وزّعها على فصلين :

فصل أول : في الدعوى المدنية؛ تناولتها المواد 143، 144، 145، 146، 147، 148.

فصل ثاني : في الأحكام الجزائية؛ تناولتها المواد 149، 150، 151، 152، 153، 154، 155، 156، 157، 158.

بموجب نص المادة 149/ فقرة 3 يعدّ مرتكباً جنحة التقليد من قام باستنساخ " ... مصنّف أو أداء فنيّ بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلّدة ومزوّرة "، ونص المادة كما هو واضح يشمل أيضاً كل من يقوم بنسخ الأعمال البحثية، وتقليد البحوث العلمية؛ لأنها تندرج ضمن ما أسمته المادة: " مصنّف أو أداء فنيّ " .

أرى أن نص المادة المذكورة يشمل البحوث العلمية التي تعتبر من جملة المصنّفات أو الأداءات الفنية، ثم إنه يُعتبر اجتهادا علميا شخصيا لا يحقّ لأيّ كان انتحاله أو تقليده بأية وسيلة من وسائل الانتحال والتقليد، دون أن ينسبه إلى صاحبه وفق ما تقتضيه الأمانة في البحوث العلمية.

ثالثا- العقوبات التأديبية المقرّرة بشأن مرتكب فعل البلاجيا :

تأكيدا على موقف التشريع الجزائري من البلاجيا أو الانتحال في ميدان البحث العلمي؛ فقد عدّه خطأ مهنيا من الدرجة الرابعة إذا مارسه الأساتذة الباحثون الاستشفائيون الجامعيون⁽¹⁾، والأساتذة الباحثون⁽²⁾، والأساتذة الباحثون الدائمون⁽³⁾ حسب نص المواد 22 و 24 و 31 المنصوص عليها تباعا في المراسيم التنفيذية المتضمنة القوانين

1- ينظر: المادة 22 من المرسوم التنفيذي 08 - 129 المتضمن القانون الأساسي للأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة 45، العدد 23، الصادر في 4/5/2008، ص 11.

2- ينظر: المادة 24 من المرسوم التنفيذي 08 - 130 المتضمن القانون الأساسي للأستاذ الباحث، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة 45، العدد 23، الصادر في 4/5/2008، ص 21.

3- ينظر: المادة 31 من المرسوم التنفيذي 08 - 131 المتضمن القانون الأساسي للباحث الدائم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة 45، العدد 23، الصادر في 4/5/2008، ص 31.

الأساسية لهذه الفئة من الأساتذة ، حيث جاء فيها ما نصه : "زيادة على أحكام المواد 178 إلى 181 من الأمر رقم 06 - 03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 والمذكور أعلاه، وتطبيقاً لأحكام المادة 182 منه، يعتبر خطأ مهنياً من الدرجة الرابعة (4) قيام الأساتذة الباحثين الاستشفائيين الجامعيين أو مشاركتهم في عمل ثابت للانتحال وتزوير النتائج أو غش في الأعمال العلمية المطالب بها في رسائل الدكتوراه أو في أي منشورات علمية أو بيداغوجية أخرى".

وبالرجوع إلى نص المادة 181 من الأمر 06 - 03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية المحال عليها في المواد 22 و 24 و 31 أعلاه، نجدتها قد حددت أشكال الأخطاء المهنية من الدرجة الرابعة بقولها: "تعتبر، على وجه الخصوص، أخطاء مهنية من الدرجة الرابعة إذا قام الموظف بما يأتي :

1- الاستفادة من امتيازات، من أية طبيعة كانت، يقدمها له شخص طبيعي أو معنوي مقابل تأديته خدمة في إطار ممارسة وظيفته،

2- ارتكاب أعمال عنف على أي شخص في مكان العمل،

3- التسبب عمداً في أضرار مادية جسيمة بتجهيزات وأموال المؤسسة أو الإدارة العمومية التي من شأنها الإخلال بالسير الحسن للمصلحة،

4- إتلاف وثائق إدارية قصد الإساءة إلى السير الحسن للمصلحة،

5- تزوير الشهادات أو المؤهلات أو كل وثيقة سمحت له بالتوظيف أو بالترقية،

6- الجمع بين الوظيفة التي يشغلها ونشاط مريح آخر، غير تلك المنصوص عليها في المادتين 43 و 44 من هذا الأمر".

استناداً إلى نص المادة 181 أعلاه، خاصة في فقرتها الخامسة؛ فإن البلاجيا في البحث العلمي عموماً لا تُشرعن الشهادات والمؤهلات التي حصل عليها المتحلل في ميدان البحث العلمي، بدءاً بالشهادة أو الدرجة أو المؤهل التي حصل عليها الباحث عن طريق مناقشة بحثه، وانتهاءً بجميع الشهادات والمؤهلات والدرجات والترقيات التي حاز عليها لاحقاً، وهذا فيه دليل على أن سحب اللقب العلمي المتحصل عليه يسري أيضاً على سائر الألقاب العلمية الأخرى المحصل عليها لاحقاً، وهو الأثر القانوني المنطقي المترتب عن تجريم البلاجيا في البحث العلمي وإقرار العقوبة بشأنها، كما سنشير قريباً.

يتعرض مُرتكب البلاجيا من الأساتذة - وهي خطأ مهني من الدرجة الرابعة كما تقدم - إلى إحدى العقوبات التأديبية من الدرجة نفسها (الرابعة) طبقاً لنص المادة 183: "تؤدي حالات الأخطاء المهنية المنصوص عليها في المواد 178 إلى 181 من هذا الأمر إلى تطبيق إحدى العقوبات التأديبية من نفس الدرجة، كما هو منصوص عليها في المادة 163 أعلاه".

استناداً إلى نص المادة 183 فإن العقوبات التأديبية تتحدد بحسب جسامه الخطأ كما صرّحت بذلك المادة 169/فقرة 1 بالقول: "تصنف العقوبات التأديبية حسب جسامه الأخطاء المرتكبة إلى أربع (4) درجات: - وعدت منها - :

الدرجة الرابعة : - التنزيل إلى الرتبة السفلى.

- التسريح".

وعن الجهة المخولة بإعلان هذا الصنف من العقوبات التأديبية بالنسبة إلى الأستاذ الباحث الاستشفائي تقول المادة 23/ فقرتان 2 و 3 من المرسوم التنفيذي 08 - 129، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأستاذ الباحث الاستشفائي الجامعي: "وتعلن العقوبات التأديبية من الدرجتين الثالثة والرابعة بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالتعليم العالي والوزير المكلف بالصحة، بناء على اقتراح من عميد كلية الطب و/ أو مدير المؤسسة الصحية المعنيين، بعد أخذ الرأي المطابق للجنة المتساوية الأعضاء المعنية المنعقدة في مدلس تأديبي.

تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالتعليم العالي والوزير المكلف بالصحة".

هذا ويتعرض مرتكب البلاجيا أو السرقة العلمية (أستاذا كان أو غيره) لأطروحة الدكتوراه في مجال البحث العلمي للعقوبات التأديبية المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 98 - 254، مؤرخ في 17 غشت (أوت) 1998، يتعلق بالتكوين في الدكتوراه وما بعد التدرج المتخصص والتأهيل الجامعي⁽¹⁾، وقد صدر في ظل النظام الكلاسيكي؛ فقد نصت المادة 88 منه على أن: "كل تصرف أو محاولة انتحال أو تزوير في النتائج أو غش له صلة بالأعمال العلمية المطالب بها في الأطروحة والمثبتة قانونا أثناء المناقشة أو بعدها، يعرض صاحبه إلى إبطال المناقشة أو سحب اللقب الحائز عليه دون المساس بالعقوبات المنصوص عليهما في التشريع والتنظيم المعمول بهما".

في ذات السياق، صدر مؤخرا القرار الوزاري رقم 547 الصادر عن وزير التعليم العالي والبحث العلمي، مؤرخ في 2 جوان 2016⁽²⁾؛ حيث جاء في المادة 44 منه ما نصه: "كل محاولة سرقة علمية أو تزوير في النتائج أو غش له صلة بالأعمال العلمية المتضمنة في الأطروحة، والتي يتم ثبوتها أثناء المناقشة أو بعدها ويتم تأكيدها من طرف الهيئات العلمية المؤهلة، تعرض صاحبها إلى إلغاء المناقشة وسحب اللقب، دون المساس بالعقوبات المنصوص عليهما في التشريع والتنظيم المعمول بهما".

استنادا إلى نص المادة 44 أعلاه؛ فإن البلاجيا أو السرقة العلمية أو الانتحال عملٌ محظور ومُجرّم يستوجب ثبوتها توقيع العقوبة التأديبية المناسبة المتمثلة في: إلغاء مناقشة البحث (وهو الدكتوراه) بقوة القانون، إضافة إلى سحب اللقب العلمي الذي حصل عليه وهي الدرجة العلمية (الدكتوراه)، تطبق عليه العقوبات معا. سواء ثبت ارتكابه لجريمة البلاجيا أثناء سير المناقشة أو بعدها. ويمكن أن يسري قرار السحب على جميع الألقاب والدرجات والرتب العلمية اللاحقة المحصل عليه، إذا ثبت ارتكابه للبلاجيا بعد المناقشة، سمحت له بالحصول على ألقاب علمية أخرى، فلا يحق له مناقشة أطروحته مرة ثانية.

1- ينظر: المرسوم التنفيذي 98 - 254، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة 35، العدد 60، الصادر في 19/8/1998، ص 12.

2- يُحدد هذا القرار كفاءات تنظيم التكوين في الطور الثالث وشروط إعداد أطروحة الدكتوراه ومناقشتها.

أما بالنسبة إلى نص المادة 88 من المرسوم التنفيذي 98 - 254 نجد أن المنتحل في أطروحة الدكتوراه يكون عرضة إلى إما لإبطال المناقشة بقوة القانون كأن لم تكن؛ إذا ثبت ارتكابه لجريمة البلاجيا أثناء أشغال المناقشة، وفي هذه الحالة - على ما يبدو - يُمكن مناقشته مرة ثانية شريطة أن يُعدّ بحثاً جديداً (أطروحة جديدة) وفق الشروط التي تُقدِّرها الهيئة العلمية للمؤسسة الجامعية التي ينتسب إليها، أو أي إجراء تراه مناسباً، كما أن لها أن تُقصيه من المناقشة أمامها. وإما أن يُسحب منه اللقب العلمي (دكتوراه) الذي حاز عليه؛ إذا ثبت ارتكابه للبلاجيا بعد المناقشة، تطبق عليه إحدى العقوبتين. وهنا بدوره يسري أثر السحب على جميع الألقاب العلمية التي حاز عليها من تاريخ مناقشته للدكتوراه.

الفرع الثالث - الحكم البيداغوجي :

يعني مصطلح " البيداغوجيا " عند التربويين : " فن التربية والتعليم "؛ وعلى هذا فأعني بالحكم البيداغوجي لإشكالية البلاجيا: حكمها التربوي والتعليمي؛ أي عند أهل الاختصاص من التربويين والتعليميين. فلا غرو أن البلاجيا من حيث أنها تتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومن حيث أنها تصرف غير قانوني يتناقض ومقتضيات التشريع والتنظيم؛ فلا خلاف تربويا وتعليميا في أنها ظاهرة غير أخلاقية وغير تربوية وغير تعليمية؛ طالما أنها تتنافى بداهة مع السلوك التربوي والتعليمي القويم؛ الذي ينبغي أن يسلكه المعني بالمواقف التربوية والتعليمية؛ وأعني بالموقف التربوي والتعليمي هنا: الجامعة تحديداً.

إن الجامعة موقف تربوي وتعليمي تُدار فيه العملية التربوية والتعليمية، ويتفاعل فيه طرفاه الأستاذ الملقى من جهة والطالب المتلقى من جهة أخرى، وهذا التفاعل إما أن يكون إيجابياً وإما أن يكون سلبياً، والبلاجيا في الحقيقة ما هي إلا شكل من أشكال التفاعل السلبي؛ فالطالب قد يتفاعل مع التكليف البيداغوجي الذي يُكلفه به أستاذه لكنه يكون تفاعلاً سلبياً؛ من حيث أنه لم يسلك السلوك البيداغوجي السليم لإعداده وإنجازه، واختار الانتحال والسرقعة العلمية سبيلاً لذلك.

في سياق متصل، نجد أن قواعد أخلاقيات البحث العلمي تفرض على الطالب أو الباحث أن يتزياً بها عند إعداد بحوثه العلمية الأكاديمية إن في مرحلة التدرج أو بعده، هذه القواعد التي تفرض عليه أن يسلك سلوك الأمانة العلمية في النقل، فلا ينتحل آراء غيره وينسبها إليه من غير وجه حق، ولو قسنا تصرفه على قواعد أخلاقيات البحث العلمي نجد تصرفه غير أخلاقي وغير تربوي.

ويشدد الخطب بخصوص الانتحال في البحث العلمي إذا تعلق بالبحوث الشرعية المتصلة بنصوص الشريعة الإسلامية وفقه أحكامها، وقد علمنا أن الشريعة الإسلامية تحرّم هذا التصرف تحت عناوين ومضامين مختلفة تنتهي جميعها إلى حكم واحد وهو تحريم وحظر البلاجيا وسرقعة آراء الآخرين وانتحالها، كذلك بالنسبة إلى البحث في العلوم القانونية وقد علمنا أن التشريع يُجرّم البلاجيا ويُعاقب عليها، وهكذا في غيرها من العلوم الإنسانية الأخرى كما تقدّم.

المطلب الثالث - أشكال البلاجيا :

يُمكننا تقسيم البلاجيا بالنظر إلى جانبها الشكلي وجانبها الموضوعي (أو المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي) المرتبطين بالبحث العلمي. واستناداً إلى ذلك نُفرّق بين البلاجيا الشكلية والبلاجيا الموضوعية (بلاجيا المحتوى

والمضمون) . أيضا يمكن تقسيمها بالنظر إلى وسيلتها (أو معيار الوسيلة) إلى نوعين : البلاجيا الكلاسيكية (التقليدية) والبلاجيا الحديثة (الالكترونية أو الرقمية).

الفرع الأول - البلاجيا الشكلية والبلاجيا الموضوعية :

أولا - البلاجيا الشكلية :

ترتبط البلاجيا الشكلية بشكل البحث المنتحل - بفتح الحاء المهملة - ؛ فيُغيّر مثلا الطالب أو الباحث المنتحل - بكسر الحاء المهملة - (**PLAGIARISTE**) المعلومات التي تُكتب على صفحة واجهة البحث (**LA PAGE DE GARDE**)؛ كأن يُغيّر عنوان البحث مثلا ويستبدله بعنوان آخر، مع الإبقاء على محتواه دون تغيير أو تبديل، أو أن يُبقي على العنوان و يُغيّر فقط المعلومات الشخصية التي تخصه كالاسم واللقب، واسم المؤسسة الجامعية (جامعة، كلية، معهد، مركز، ملحقة...) المسجل بها أو التي ينتسب إليها، والسنة الجامعية الجارية التي أنجز أو نُوقش فيها البحث.

ثانيا - البلاجيا الموضوعية (بلاجيا المحتوى أو المضمون) :

تتعلق بموضوع أو مضمون البحث العلمي؛ فكلّ طالب أو باحث انتحل مضمون بحث علمي كاملا ونسبه إلى نفسه يكون قد مارس بلاجيا موضوعية، وهنا قد يحتاج هذا الطالب أو الباحث المنتحل إلى ممارسة البلاجيا الشكلية أيضا؛ إذ من خلالها ينسب البحث إلى نفسه عن طريق حذف كلّ البيانات التي تُشير إلى صاحبه (مؤلفه الحقيقي)، ويضع بدلا منها بياناته الخاصة الشخصية.

كذلك تُعتبر بلاجيا موضوعية : كل عملية تغيير أو تبديل تطل مضمون البحث أو محتواه على وجه الانتحال والسرقة؛ فإذا قام الطالب أو المنتحل باقتطاع جزء من بحث، وطبعه تحت عنوان معين (أي تحت عنوان آخر مغاير)، أو ألحقه ببحثه ونسبه إلى نفسه دون أن يُشير إلى ذلك، يكون قد مارس بلاجيا موضوعية.

أيضا يُعتبر انتحالا وبلاجيا موضوعية : كل طالب أو باحث يتصرّف في موضوع البحث ما إما بالاختصار أو التلخيص أو إعادة الصياغة، دون أن ينسب أصل موضوع هذا البحث إلى مؤلفه الحقيقي والفعلي.

يستوي في هذا النوع من البلاجيا أن يُبقي الطالب أو الباحث المرتكب للبلاجيا على مضمون أو موضوع البحث على لغته الأصلية أو أن يُترجمه إلى لغة أخرى، سواء قام بانتحاله كاملا أو اجتزأ منه جزءاً وطبعه مُستقلا تحت عنوان مُغاير أو ألحقه ببحثه كما تقدّم.

الفرع الثاني - البلاجيا الكلاسيكية والبلاجيا الإلكترونية (الرقمية) :

أولا - البلاجيا الكلاسيكية (التقليدية) :

تستند البلاجيا إلى وسائل الانتحال التقليدية دون اللجوء إلى الوسائل التقنية الحديثة، وإن كان المؤدّي واحد وهو الاستيلاء على الأبحاث العلمية وما يلحقه من أضرار معنوية ومادية على أصحابها الحقيقيين.

ومن الوسائل التقليدية لارتكاب البلاجيا : أن يقوم الطالب المنتحل مثلا بالتلاعب ببيانات صفحة واجهة البحث؛ كأن يُغيّر عنوانه مع الإبقاء على مضمونه كما هو دون تغيير، لكن على نحو يتلاءم فيه هذا العنوان المستحدث مع موضوع البحث، وقد تقدم ذكر التنبيه إلى ذلك.

في سياق متصل، قد يُبقي على صفحة واجهة البحث فلا يُغيّر العنوان، ولكن يُغيّر البيانات الخاصة بصاحب البحث الحقيقي؛ فيُغيّر اسمه ولقبه، والمؤسسة الجامعية التي ينتسب إليها، والسنة الجامعية، ويستبدلها المنتحل بالبيانات الخاصة به، مع الإبقاء دائما على محتوى البحث كما هو. وقد تقدم ذكر ذلك أيضا.

أيضا في ذات السياق، أن يُغيّر صفحة الواجهة على النحو الذي ذكرت مع حذف بعض صفحات البحث؛ فيجمع بذلك بين الانتحال الشكلي والانتحال الموضوعي (البلاجيا الشكلية والبلاجيا الموضوعية) الذي ذكرته قبلا.

ثانيا- البلاجيا الحديثة (الإلكترونية أو الرقمية) :

لقد أحدث ظهور الأنترنت (INTERNET) ثورة غير مسبوقة في مجال الإعلام والاتصال، أسهمت في تكريس مفهوم العولمة في بعدها وجانبتها الإعلامي والاتصالي (العولمة الإعلامية والاتصالية)⁽¹⁾، وانكماش الحدود الزمكانية بين الشعوب والمجتمعات التي أصبحت بفعل العولمة تعيش فيما يشبه القرية الواحدة بل البناية الواحدة بل الغرفة الواحدة.

أصبحنا بفعل ظهور الأنترنت معنيين بالتعايش مع هذه الظاهرة العالمية الجديدة (أقصد العولمة الإعلامية والاتصالية) بإيجابياتها وسلبياتها. لقد أضحت الأنترنت الوسيلة الإعلامية والاتصالية الأولى عالميا في الحصول على المعلومة ونشرها وإذاعتها من أي نقطة من نقاط هذا العالم المترامي الأطراف، وليس أدلّ على ذلك من التدفق المعلوماتي الكبير والهائل والمتسارع عبر شبكتها العنكبوتية (البينية)؛ هذا التدفق الذي يُسهّل الوصول إليه والإفادة منه بمجرد نقرة على جهاز الحاسوب الموصول بالشبكة.

وبالنظر للقيمة العلمية للأنترنت، عدّها علماء المنهجية مصدرا من مصادر البحث العلمي من حيث أن فيها تسهيلا للوصول إلى المعلومة والوثائق العلمية (المصادر والمراجع) ذات الصلة كمّا وكيفًا، ومن ثمّ يُمكن منهجيا الاستناد إليها والاعتماد عليها في إعداد البحوث العلمية، واستخدامها في التوثيق البحثي العلمي الأكاديمي بشروط وضوابط منها: الأمانة العلمية في النقل والإسناد والتوثيق.

في هذا الإطار تعدّ الأنترنت بالنسبة للطلبة والباحثين وسيلة مُجدية في تلقي العلم واكتساب المعرفة وإعداد البحوث (على اختلاف مستوياتها) في المؤسسات التعليمية المختلفة، سيما مؤسسات التعليم العالي (الجامعي)؛ حيث أصبح بإمكان الطالب والباحث في المؤسسات الجامعية أن يستفيد من خدمات الأنترنت (SERVICES D'INTERNETE) المتعددة⁽²⁾ قصد تحضير دروسه وإنجاز بحوثه؛ فعلى سبيل المثال أصبح بمقدوره القيام بعملية التنزيل أو التحميل (TELECHARGEMENT) لأية مادة علمية تفيده في ذلك (مسموعة، مرئية، مكتوبة...).

1- عن العولمة الإعلامية والاتصالية ينظر: د/ رحيمة الطيب عيساني: مدخل إلى الإعلام والاتصال (المفاهيم الأساسية والوظائف الجديدة في عصر العولمة الإعلامية)، الأردن، جدار للكتاب العالمي للنشر والتوزيع، عالم الكتاب الحديث للنشر والتوزيع، ط 1، 1429 هـ - 2008 م، ص 151 وما بعدها.

2 HOU DA, 2001, p 9 – 10. Algérie, Der EL Mlila, Ain Dr. L. SAIDI: LIVRE DE INFORMATION EN INTERNET, وعن خدمات الإنترنت أنظر مثلا

وبهذا الصدد، صار من الممكن منهجيا للطالب اعتماد المواقع الإلكترونية كمصدر من مصادر أي موضوع بحث في تخصصات العلوم الانسانية عموما بما فيها العلوم الشرعية والعلوم القانونية، طبعاً في حالات استثنائية يستدعيها مثلاً: نقص المادة العلمية في الموضوع محل البحث، أو أصالة المادة الإلكترونية المراد تنزيلها (تحميلها) ... ونحو ذلك، مع مراعاة صحة تلك المعلومة، وعزوها إلى مصدرها بكل أمانة علمية.

ولأهمية الأنترنت في تلقي المعلومة (**INFORMATION**) في ميدان البحث العلمي (**SCIENTIFIQUE RECHERCHE**)؛ صار لزاماً على الطالب أو الباحث أن ينخرط في مجال المعلوماتية (**INFORMATIVE**)، ويحسن استعمال الأنترنت، ويتعلم كيفية الإبحار والبحث فيها، والاستفادة من خدماتها في إنجاز بحثه (1).

هذا فضلاً عن حتمية تعلمه كيفية استخدام جهاز الحاسوب (الإعلام الآلي)؛ الذي يُعتبر أقدم وسيلة (2) كانت - ولا زالت - متاحة للاستفادة من خدمات الأنترنت؛ إذ ليس من الصواب في شيء أن نجد طالباً أو باحثاً لا يُحسن استخدام الحاسوب والأنترنت في عصر المعلوماتية الذي تتسابق فيه الدول نحو الريادة والسيادة في ظلّ التسارع الهائل لمشاهد العولمة الإعلامية والاتصالية، فمن لم يُواكب أو يُسابق هذه الحداثة الإعلامية والعصرنة الاتصالية؛ سيقع خائباً في غياهب ظلمة " أمة العصر: الأمية الإلكترونية " (3).

لكن من المهم على مستخدم الأنترنت في إطارها العلمي كالتالي والباحث الجامعي مثلاً أن لا يجيد عن الاستخدام السليم والأمثل لها؛ إذ يتوجب عليه أخلاقياً ألا يقوم بعملية تنزيل أية مادة علمية بحثية بنية الانتحال و البلاجيا، أو ما أسماه " البلاجيا الإلكترونية أو الرقمية " أو " الانتحال الإلكتروني أو الرقمي ".

تأسيساً على ما تقدم ذكره؛ فإن البلاجيا الإلكترونية (الرقمية) في ميدان البحث العلمي هي عملية الانتحال الإلكتروني (الرقمي)؛ حيث يعمد شخص وهو الطالب أو الباحث إلى انتحال موضوع بحث علمي بتحميله من الأنترنت، ونسبته إلى نفسه كذبا وزورا، فالبلاجيا الإلكترونية (الرقمية) إنما سميتها كذلك لأن الطالب أو الباحث المنتحل يُوظف فيها الأنترنت كوسيلة الكترونية لممارسة البلاجيا غير القانونية.

والبلاجيا الإلكترونية (الرقمية) وإن كانت تتحقق صورتها باستخدام الأنترنت، لكن هذا لا يعني أنها تتم بعيداً عن البلاجيا الكلاسيكية؛ فالطالب أو الباحث المنتحل إذا قام مثلاً بتنزيل مذكرة أو رسالة أو بحث أو أية وثيقة علمية أخرى، فعملية التنزيل تلك تتم - كما هو واضح - إلكترونياً عن طريق الأنترنت، لكنها تتعلق بتزييف البيانات نفسها التي يتم الإعتداء عليها في البلاجيا الكلاسيكية.

إن الطالب أو الباحث المنتحل - كما أشرت قبلاً - يُلغى كل ما له علاقة بالباحث الحقيقي من عنوان بحثه، واسمه ولقبه، والمؤسسة الجامعية التي ينتسب إليها أو سجل فيها بحثه، والسنة الجامعية للتسجيل... وهكذا.

وقد يُبقي المنتحل على عنوان البحث مع التصرف في موضوعه، وقد يُبقي عليه دون تصرف، ووجه الحداثة في كل ذلك هو استخدامه الأنترنت باعتبارها وسيلة بحث حديثة؛ تتيح له الحصول على البحوث في مختلف المستويات

1- ينظر قريبا من هذا المعنى: علي فاروق وآخرون: مهارات الحاسوب، عمان، الأردن، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ط 1، 2000 م، ص 277.

2- طبعاً هناك وسائل أخرى يمكن بواسطتها الاستفادة من خدمات الأنترنت منها: الهاتف النقال متعدد الوسائط، واللوحات الرقمية...

3- ينظر فيه هذا المعنى: ساعد ساعد: فنيات التحرير الصحفي، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط 2، 1430 هـ - 2009 م، ص 38.

العلمية (ليسانس، ماجستير/ ماستر، دكتوراه)، وبجودة عالية، وبسرعة فائقة، وهذا للأسف سهّل على الطالب والباحث في العلوم الشرعية والعلوم القانونية وسائر التخصصات العلمية الأخرى انتحال بحوث الآخرين بسهولة تامة.

المطلب الثالث - دواعي انتشار ظاهرة البلاجيا في أوساط الطلبة والباحثين :

أرى أن تفشي ظاهرة البلاجيا في أوساط الطلبة والباحثين على مستوى الجامعات يرجع إلى عدة أسباب منها:

الفرع الأول - غياب أخلاقيات العلم لدى طالب العلم :

مما لا شك فيه أن القيم الأخلاقية والتربوية أساس طلب العلم، ولا يطلب العلم إلا من تزيّن بحلية العلم وهي آدابه وأخلاقه؛ ولهذا حرص علماءنا الأوائل على التأدّب بآداب العلم والتخلّق بأخلاق المتعلّمين، وقد ألفوا في ذلك التواليف والمصنفات⁽¹⁾ التي سارت بها الركبان، وصار يُشار إليها بالبنان. بل ومن العلماء من صدر مؤلّفه بتوطئة جامعة وطرة مفيدة في فضل العلم وأدبه؛ كما فعل مثلاً في القرن السابع الهجري الإمام أبو زكريّا محي الدين يحيى بن شرف النووي (توفي عام 636 هـ)⁽²⁾.

وتحت العنوان المذكور أعلاه، سأذكر جانباً من الآداب والأخلاق التي غفل عنها طلاب العلم والباحثين فيه ، وافتقدوا بسبب ذلك روح الباحث الحقيقي الذي يتحرّى الصدق والمصادقية في نقوله وبحوثه العلمية.

أولاً - الرقابة الذاتية :

إن الطالب أو الباحث معنيّ باستحضار المعية الإلهية والرقابة الربانية لأقواله وأفعاله وسائر أحواله في خلواته وجلواته؛ قال الله تعالى : (إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا)⁽³⁾ ، وقال سبحانه : (وَكَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ رَّقِيبًا)⁽⁴⁾.

إذا استيقن قلب الطالب أو الباحث واستشعرت نفسه أنّ له ربا عليماً لا تخفى عليه خافية إلا رقبها وعلمها، علت همته وقويت عزيمته لاستفراغ وسعه والاعتماد على خالص جهده لإنجاز بحوثه وتلافي طريق البلاجيا والانتحال.

إن الالتزام بتعاليم الدين، وحسن الوصال برب العالمين، أساس الرقابة الذاتية، بدونها لا تُحرّك النفس ساكنها، ولا تتفاعل مع هذه الرقابة على النحو المأمول والمطلوب؛ ولهذا أعتقد جازماً أن غياب الرقابة الذاتية من القاموس الأدبي والبحثي والعلمي للطلبة والباحثين؛ جعلهم لا يتوانون عن انتحال البحوث جاهزة دونما خجل أو استحياء.

1- من بين أهم هذه الكتب: جامع بيان العلم وفضله للحافظ أبي عمرو يوسف بن عبد البر المالكي.

2- ينظر: النووي: المجموع شرح المهذب للشيرازي، حققه وعلق عليه وأكمّله محمد نجيب المطيعي، جدة، المملكة العربية السعودية، مكتبة الإرشاد، دون رقم الطبعة، دون تاريخ النشر، 40/1 - 71.

وقد أعيد طبع هذا الجزء الخاص تحت عنوان: فضل العلم وآداب العالم والمتعلم، من إعداد محمد شريف عدنان الصوّاف، ومن تقديم د/ مصطفى سعيد الخن، وله طبعات أخرى وشروح أيضاً.

3- سورة النساء، الآية 4.

4- سورة الأحزاب، سورة 33.

ثانيا- الإخلاص والصدق :

" حقيقة الإخلاص هو إرادة الله بالطاعة " (1)، ولا شك أن التعلم والجدّ في طلبه قربة وطاعة لله سبحانه؛ ولهذا قال معاذ بن جبل رضي الله عنه : " تعلّموا العلم فإن تعلّمه لله خشية، وطلبه عبادة، ومذاكرته تسبيح، والبحث عنه جهاد، وتعليمه من لا يعلمه صدقة، وبذّله لأهله قربة " (2). ومن المهم أن يقصد الطالب من تعلّمه وجه الله تعالى، ولا يقصد به توصلا إلى غرض دنيوي كتحصيل مال أو شهرة أو سمعة أو تميّز عن الأشباه " (3).

وفي إطار البحث العلمي؛ " كم من باحث لديه الجدّ والاجتهاد والفهم والذكاء، ولكنه عُدّ الإخلاص، فخاب في بحثه وخسر، وسلب التوفيق. وإذا لم يكن من الله عون للفتى *** فأول ما يجني عليه اجتهاده " (4).

على المشتغل بالعلم الباحث في مسأله أن يصدق الله تعالى فيما قصده من طلب العلم؛ فإن " الإخلاص يفتقر إلى الصدق، والصدق لا يفتقر إلى شيء " (5)؛ ودليل ذلك قوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ) (6)؛ ومعنى التقوى في الآية: استحضار رقابة الله سبحانه؛ ولهذا فسّر الإمام ابن جرير الطبري قوله تعالى : (اتَّقُوا اللَّهَ)، فقال : " وراقبوه بأداء فرائضه وتجنّب حدوده " (7).

إن غياب الإخلاص والصدق عن قلب الطالب مرّده غياب الرقابة الذاتية واستحضار المعية الإلهية؛ فلو استحضر الطالب رقابة ربه جل وعلا لعلّم أن بركة العلم وفضل طلبه لا يُنال إلا إذا التمس فيه صدق الإخلاص وحسن المقصد.

ثالثا- الأمانة العلمية (SECRETARIAT) :

إن الأمانة أَسُّ مهم من أسس الموضوعية (OBJECTIVITÉ)، والنزاهة في البحث العلمي، ومن مظاهر الأمانة العلمية : أن يوثق الطالب أو الباحث المعلومات التي يجمعها في إطار إنجاز بحثه، والتوثيق يستلزم أن يرجع الحق لأصحابه (8)، ويتلافى انتحاله ونسبته إلى نفسه، فلا يُدوّن آراء الآخرين ويدّعيها لنفسه دون أن يُشير إلى مصادرها (9).

1- ينظر: النووي: الأربعون النووية وشرحها، الجزائر، دارالإمام مالك، د ط، 1420 هـ - 1999 م، ص 19.

2- ينظر: محمد شريف عدنان الصوّاف: فضل العلم وآداب العالم والمتعلم، دمشق، دار المثابة، الجزائر، دار البلاغ، ط 1، 1422 هـ - 2002 م، ص 41.

3- ينظر: المرجع نفسه، ص 76.

4- د/ محمد بن عمر بن سالم بازمول: منهج البحث العلمي وكتابته في علوم الشريعة، جدة، المملكة العربية السعودية، دار التوحيد والسنة، ط 1، 1428 هـ - 2007 م، ص 27.

5- ينظر: النووي: الأربعون النووية وشرحها، مرجع سابق، ص 19.

6- سورة التوبة، الآية 119.

7- ينظر: ابن جرير الطبري: المرجع السابق، 67/12.

8- ينظر في هذا المعنى: أ- د/ ثريا عبد الفتاح ملحس: منهج البحوث العلمي للطلاب الجامعيين، بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، دار البشير للنشر والتوزيع، ط 6، 1419 هـ - 1998 م، ص 63.

9- ينظر: د/ صلاح الدين الهواري: كيف تكتب بحثا أو رسالة (دراسة منهجية لكتابة البحوث الجامعية)، بيروت، لبنان، دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر، د ر ط، 2003 م، 17 - 18.

يتعين لزاما على الطالب أو الباحث المنتحل والمرتكب لفعل البلاجيه، أن يعي قبح ما أقدم عليه من انتحل وسرقة وأن تصرفه غير أخلاقي. أيضا هو بانتحاله يكون قد زود غيره بمعرفة غير صادقة من جهة التأليف لا من جهة المضمون؛ بمعنى أن هذه المعرفة وإن اكتسبت الصدق والمصادقية من حيث مضمونها، إلا أنها تفتقد إليهما من حيث مؤلفها إذ ليست من تأليفه وإبداعه، ولهذا توصف المعرفة العلمية بخاصية " الموضوعية " (1)، ومن لوازمها الأمانة والمصادقية.

ومن آداب التعلم ذات الصلة بالأمانة العلمية، والتي اهتم بها علماء السلف الأتحاح ما أسموه : " معارضة الكتب " (2)؛ وتعني مقابلة الكتب؛ أي أن يُراجع الطالب ما يخطه بيمينه من المسائل العلمية ودقائقها، ويعرضه على العلماء، ويُقابله على ما كتبه إمعانا في حفظ مسائل العلم كما قرروها، وتدريباً للطالب على تحري النقل الصحيح عنهم، ولئلا ينسب إليهم ما لم يقولوه، أو يخلط بين عباراتهم؛ فينسب إلى عالم ما قاله غيره، أو أن يجترأ أو يتجاسر على العلماء؛ فينتحل أقوالهم وآراءهم وينسبها إلى نفسه.

ومن أقوال السلف في ذلك (3) :

ما رواه هشام بن عروة عن أبيه عروة قال له : " كتبت ؟ "، قال : " نعم "، قال : " عارضت "، قال : " لا "، قال : " لم تكتب "؛ وهذا فيه إشارة إلى أن معارضة طالب العلم لما يكتبه من العلم واجب وحتم لازم في مرحلة الطلب.

وعن يحيى بن أبي كثير قال : " الذي يكتب و لا يُعارض مثل الذي يدخل الخلاء و لا يستنجي "، وبمثله قال الإمام الأوزاعي (4)؛ وهذا فيه تشجيع وتقبيح لمن يكتب العلم من طلابه، و لا يُعارضه على كتابات العلماء.

وعن معمر قال : " لو عُرض الكتاب مائة مرة، ما كاد يسلم من أن يكون فيه سقط أو قال : خطأ "؛ وهذا يُشير إلى أن تجنب ما يبحث فيه ويكتبه احتمال وقوع اللحن والزلل هو الغاية المقصودة من تقرير أدب معارضة طالب العلم لما يكتب، ولزوم عرضه على العلماء مباشرة أو على كتاباتهم.

ويكفينا شاهدا فيما يجب على الطالب من معارضة ما يبحثه ويكتبه، ووجوب حرصه على النقل الصحيح، وتحري البحث الدقيق، وتلافي السقط وخفي اللحن غير المقصود، أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك؛ فكان جبريل عليه السلام يعارضه بالقرآن، ويُدارسه إياه، ويراجعه معه، ودليل ذلك : ما روته فاطمة رضي الله عنها عن أبيها صلى الله عليه وسلم أنه أخبرها : « أَنَّ جِبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يُعَارِضُهُ بِالْقُرْآنِ كُلِّ عَامٍ مَرَّةً، وَأَنَّهُ عَارَضَهُ فِي عَامٍ وَقَاتِهِ مَرَّتَيْنِ » (5).

1- ينظر مثلا: د/ فاضلي إدريس: الوجيز في المنهجية والبحث العلمي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، 2010 م، ص 155 – 156 و خالد حامد: منهجية البحث في العلوم الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، ط 1، 1429 هـ - 2008 م، 24 – 25.

2- ينظر: أبو عمر يوسف بن عبد البر: جامع بيان العلم وفضله، تحقيق أبي الأشبال الزهيري، دون مكان النشر، دار ابن الجوزي، دون رقم الطبعة، دون تاريخ النشر، 1/ 336 - 338.

3- ينظر: ابن عبد البر: المرجع نفسه، 1/ 336 – 338.

4- غير أن الإمام الأوزاعي ابتداء العبارة بقوله: " مثل... ".

5- رواه البخاري ومسلم.

وفي حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: « أَنَّ جَبْرِيلَ كَانَ يَلْقَى النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي كُلِّ لَيْلَةٍ مِنْ رَمَضَانَ فَيَدَارِسُهُ الْقُرْآنَ »⁽¹⁾.

إذا واضح أن الطالب أو الباحث إذا تخلى عن خلق الأمانة العلمية، وخلفها ظهريا، هانَّ عنده أن يُعطي لكل ذي حق حقه، وينسب البحوث لمؤلفيها، واستوى عنده انتحال مضامينها، والسطو على محتوياتها دون حرج، فكيف بمن علم حكم الشريعة الإسلامية في الإنتحال فيُقدم عليه؟!

واسترسالا في التأكيد على أدب الأمانة في البحث العلمي؛ فإن الطالب إذا توصل - من وجهة نظري - إلى نتائج متطابقة مع نتائج بحثية سابقة لباحثين آخرين؛ تعين عليه أن يُشير إلى ذلك مراعاة للأمانة العلمية، والنزاهة البحثية، والموضوعية الأكاديمية، شرط أن يكون على علم بهذه السوابق البحثية العلمية.

ولهذا يُفضّل دائما من الطالب أو الباحث أن يتحرّى الدراسات السابقة ذات الصلة بموضوع بحثه، ومنها العلوم الشرعية والعلوم القانونية؛ فقد تتطرق إلى ظاهرة خضعت سابقا لعدّة دراسات وبحوث، عالجتها من عدّة مناحي وجوانب، قد تتطابق أو تتقارب مع ما يقصده الطالب أو الباحث في بحثه.

الفرع الثاني - ضعف همة الطالب في طلب العلم :

قال علي بن محمد بن علي الجرجاني: " الهمّ هو عقد القلب على فعل شيء قبل أن يُفعل من خير أو شرّ. والهمة: توجّه القلب وقصده بجميع قواه الروحانية إلى جانب الحق، لحصول الكمال له أو لغيره " ⁽²⁾.

ومن صفات الطالب أو الباحث الناجح أن يكون ذا همة عالية في تحصيل العلم ⁽³⁾؛ " فينبغي أن يكون حريصا على التعلم، مواظبا عليه في جميع أوقاته ليلا ونهارا، حضرا وسفرا، و لا يذهب من أوقاته شيئا في غير العلم، إلا بقدر الضرورة، لأكل ونوم قدرا لا بد منه، ونحوهما كاستراحة يسيرة لإزالة الملل، وشبه ذلك من الضروريات ...، وفي صحيح مسلم عن يحيى بن أبي كثير قال: " لا يستطاع العلم براحة الجسم " ⁽⁴⁾.

على الطالب " أن يكون صبورا على مشقات البحث، قادرا على الصمود في وجه العقبات مهما كانت شديدة ومتعسفة أحيانا؛ لأن الباحث قد يتعثّر في الحصول على مراجع البحث اللازمة، وقد يجد صعوبة في جمع مواد بحثه، وقد يضطر إلى تغيير موضوعه، أو إلى تعديله مرات عدة، وقد يشترط عليه تنفيذ العديد من الملاحظات، سواء من أستاذه المشرف، أو من الأساتذة الذين يُوكّل إليهم قراءة البحث، ومن ثمّ مناقشته، فعلى الطالب أمام هذا كله أن يتحلّى بالصبر، مسترشدا بقوله تعالى: (وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ) ⁽⁵⁾ " ⁽⁶⁾.

1- رواه البخاري ومسلم.

2- الجرجاني: التعريفات، حققه وعلق عليه نصر الدين تونسي، القاهرة، مصر، شركة القدس للتجارة، ط 1، 2007 م، ص 395 - 396.

3- بخصوص الهمة في طلب العلم يراجع: محمد أحمد إسماعيل المقدم: علو الهمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، مكتبة الكوثر للنشر والتوزيع، ط 1، 1416 هـ - 1996 م، ص 141 - 208.

4- ينظر: محمد شريف عدنان الصوّاف: المرجع السابق، ص 107.

5- سورة البقرة، الآية 155.

6- ينظر: د/ صلاح الدين الهواري: المرجع السابق، ص 17.

ولست أرى ضعف همّة الطالب في تحصيل العلم وبحث مسائله، وركونه إلى الخمول والكسل، وترك الجلّد والصبر؛ إلا سببا واضحا من أسباب سلوكه مسلك البلاجيا في إعداد بحوثه، وانتحاله آراء غيره، وسرقة بحوث الآخرين، والاتكال على تأليفهم، خاصة وأن البحوث في العلوم الشرعية والعلوم القانونية قد تتشابه وتتقارب على غرار البحث في العلوم الإنسانية الأخرى.

في هذا السياق، قد يتحجج بعض الطلبة والباحثين الفاشلين أو ضعيفي الهمة لتبرير إقدامهم على الانتحال وإقبالهم على البلاجيا بقلة المادة العلمية، ولست أرى هذا سببا مقبولا وعذرا معقولا لتسوية سرقة بحوث الآخرين، هو عذر أقبح من ذنب، والعذر كذبة مزخرفة كما يقال في الأمثلة السائرة.

على الطالب " أن لا يخاف من معلوماته القليلة عن الموضوع الذي يريد أن يبحثه؛ لأن المعرفة تزداد وتنمو وتتسع بالمطالعات والقراءات، والرغبة المستمرة في البحث، ونجد كثيرا من الطلاب ممن بدأوا في معالجة مواضيعهم بخوف ورهبة، ولكنهم ما لبثوا حتى فتحت أمامهم أبواب كثيرة، وتوصلوا إلى استنتاجات قيمة، جعلتهم يعترفون بأن تجربة البحث هي من أعظم لذات المعرفة في الحياة الجامعية، وأشدّها فائدة؛ لأن معظم المعلومات التي يتلقاها الطلاب تتلاشى مع مرّ السنين، أما المنهج فيلزمهم مدى الحياة.

هذه الحقيقة أقرّها كبار الأساتذة ورجال العلم عند حديثهم عن مسيرتهم في التحصيل العلمي؛ إذ يعترفون بأن تسعين بالمائة (90 %) من المعلومات التي تلقوها في المدارس قد نسوها، أما المنهج فظلّ في أذهانهم مدى الحياة، وكان سلاحهم القويّ في مسارهم العلمي لاقتحام مجاهل المعرفة المتكثّرة والمتنوعة " (1).

الفرع الثالث - الاستخدام السلبي لتكنولوجيا الإنترنت :

لا يصحّ مجال أن نعتبر الأنترنت في حدّ ذاتها سببا من أسباب انتشار ظاهرة البلاجيا عند الطلبة والباحثين في العلوم الإنسانية عموما والعلوم الشرعية والعلوم القانونية تحديدا؛ بل على عكس ذلك تعدّ الأنترنت أفضل وأحسن وأسرع وأسهل وسيلة لتحصيل المعلومة، ففضلا عن إتاحتها للطلاب فرصة تحميل المعلومات التي يحتاجها لإعداد دروسه وبحوثه؛ يمكنه أيضا أن يتواصل مباشرة مرثيا مع الأساتذة المحاضرين في مؤسسات التعليم العالي في إطار ما يُعرف: بالتعليم الجامعي (العالي) المفتوح أو الجامعة المفتوحة (2).

لكن نظرا لسهولة الوصول إلى المعلومة والحصول عليها عن طريق الأنترنت، ولغياب أخلاقيات استخدام هذه التقنية الاتصالية والإعلامية الحديثة، وأيضا لصعوبة مراقبة هذا العالم الاتصالي الافتراضي؛ فقد استغلّ بعض الطلاب والباحثين الأنترنت لتحميل ما شاءوا من البحوث والمذكرات في ثوان معدودة، بدلا من اعتمادها كوسيلة مساعدة لحصر المصادر والمراجع العلمية لبحوثهم ودراساتهم، وتزويدهم بالمعلومة الأكاديمية المتخصصة.

إذن لا يحقّ لنا أن نعيب الأنترنت والعيب في طلابنا وباحثينا، وعلى نحو قول الشاعر أقول :

نعيب الأنترنت والعيب فينا *** وما للأنترنت من عيب سوانا.

1- ينظر: أ - د/ ثريا عبد الفتاح ملحق: المرجع السابق، ص 86.

2- يعدّ التلفزيون أيضا أحد الوسائل التي تُتيح التعليم العالي المفتوح.

إن الطالب أو الباحث من يستغل الأنترنت وليس العكس، فإن كَمَلَتْ فيه آداب العلم، وأخلاق الاستخدام الصحيح للأنترنت؛ امتنع من نفسه عن استخدامها استخداما سليما، وجعلها وسيلة للانتحال والبلاجيا.

الفرع الرابع - غياب الرّسالية في الأستاذ المؤطر:

من المعيب حقا أن يتسبب الأستاذ - ولو بشكل أقل - في دفع الطلبة إلى ممارسة البلاجيا وانتحال بحوث الآخرين، وادعائها لأنفسهم. ولست هنا في مقام الطّاعن في نزاهة الأستاذ، بل الواجب يدعوني لاحترامه، ولكن في المقابل الواقع يشهد بتسبب بعض الزملاء - للأسف - في تشجيع الطلبة على الاتّكال والانتحال، بدلا من تشجيعهم على الحزم والإقدام.

وحتى أكون منصفًا لا أقول أن الأستاذ يشجع الطالب صراحة على الانتحال والبلاجيا؛ ولكن التشجيع هنا يتحقق بتعاطيه السليبي مع هذا السلوك البداغوجي غير الأخلاقي الصادر عن الطالب أو الباحث الذي يُشرف على تأطيره، دون أن يُنعت له الأستاذ المؤطر الصواب، ويُلزمه بتصحيح سلوكه غير النزيه، هذا التساهل من شأنه أن يُفسد الطلاب، ويحملهم على استصغار سرقة الأقوال وانتحال الآراء.

من المهم أن يتصف الأستاذ المشرف أو المؤطر بالرّسالية في أداء مهامه البداغوجية، وأن يأنف على صفة الأستاذ الموظف، ويتعيّن عليه لزاما أن يكون النموذج الراقي لطلابه في الأمانة والنزاهة العلمية؛ فالطالب إذا رأى إهمالا من أستاذه، ولس منه تساهلا في نقل العلم؛ لا شك سيستسهل بدوره أمر نسبة العلم إلى قائله، وإلحاق البحوث بمؤلفيها، وسيتسبب بشكل غير مباشر في تشجيع الطلبة على انتحال آراء غيرهم دون أيّ وازع أو رقيب.

إذاً وجب على الأستاذ " أن يتّصف مع طلابه بالجدية والصّرامة العلمية، والتشدد في تطبيق شروط المنهجية القويمة في البحث؛ وذلك احتراماً لمكانته الأكاديمية، وحفاظاً على مستوى الأبحاث الجامعية ورضانيتها " ⁽¹⁾. إن صرامة الأستاذ في النقل العلمي حرصه الشديد على تأدية رسالته الأكاديمية على الوجه المأمول والمطلوب منه شرعا وقانونا وبيداغوجيا، سببٌ ظاهر في تقويم سلوك الطالب وتوجيهه نحو نقل العلم بكل أمانة علمية، بعيدا عن أشكال الإنتحال غير المشروع.

المطلب الرابع - مقترحات بالحلول العلاجية لظاهرة البلاجيا :

الفرع الأول - تلقين الطلبة أخلاق وآداب التحصيل العلمي :

من الضروري أن يستفتح الأساتذة مطلع كل عام دراسيٍّ بدرس أو محاضرةٍ (أو سلسلة دروس ومحاضرات) عن أخلاق المتعلمين، وما يلزم في حقهم من آداب الطلب والتحصيل العلمي، مع التدليل على ذلك بأحوال علمائنا وأعلامنا من السلف المتقدمين والسابقين والخلف المتأخرين والمعاصرين.

أيضا من الواجب أن لا تغفل مؤسساتنا الجامعية عن تذكير الأساتذة والطلاب بأهمية التفاني في العلم تحصيلًا وتدريسًا، وهذا بمناسبة المراسيم الرسمية لافتتاح السنة الجامعية بمعية مدرائها وطاقمها الإداري والتدريسي؛ حتى

¹ - ينظر: د/صلاح الدين الهواري: المرجع السابق، ص 31.

ترسخ لدى طلابنا قيم الخلق والتربية التعليمية سيما في مرحلة التعليم الجامعي؛ الذي يعدّ التكوين فيه بوابتهم نحو الإبداع وبناء الوطن، واثبات كفاءاتهم العلمية والعملية مستقبلا عبر بوابة سوق العمل وعالم التوظيف.

إن انتهاج مثل هذه السياسة كل سنة؛ سيدعم موقف الجامعة الراض لأسلوب البلاجيا في البحث العلمي، ويرسخ في أذهان الطلبة أن الجامعة بأساتذتها تدعم معايير الشفافية والنزاهة والجودة العلمية.

الفرع الثاني - شحذ همّة الطالب في تحصيل العلم، والأنفة عن سرقة وانتحاله بغير وجه حق :

إن تعزيز الوعي الذاتي والرقابة الذاتية لدى الطالب، وترسيخ قيم الصرامة العلمية عنده، والاهتمام بالإبداع العلمي لديه والعمل على تنميته؛ يسهم في شحذ همته ورفعها في طلب العلم والبحث فيه، إضافة إلى توفر الأنموذج الإيجابي في شخص الأستاذ، فالطالب مرآة أستاذه وصنيع تربيته العلمية، فإذا غاب هذا الأنموذج الإيجابي؛ أنى نطمع في تكوين وإعداد الطالب التّزيه الأمين؛ الذي سيغدو يوما ما أستاذا، لكنه قطعاً سيكون أستاذا خداجا (ناقصا)، يفتقد إلى مفاتيح العلم، وآلة البحث فيه!؟.

بدوره إن هذا الطالب الذي سيصير أستاذا يوما ما سيتخرّج على يديه جيلاً جديداً من الطلاب، لا يعرفون من العلم وأدبه إلا رسمه، همهم الوحيد تحصيل الشهادة ولو على حساب العلم، ومعلوم أن الشهادة بلا علم معدومة الفائدة، بل إن الشهادة تنادي بالعلم؛ فإن أجابها فقد أجاد حاملها وأفاد، وإن لم يجبها، فقد أفسد حاملها وما أفاد.

الفرع الثالث - تحقق القدوة والأسوة الأكاديمية :

من الضروري وجود القدوة والأسوة الأكاديمية التي ترعى الطالب في مرحلة التحصيل العلمي، مع ضرورة أن تتحقق في هذه القدوة والأسوة شرائط النزاهة ومواصفات الأمانة العملية، فإن الطالب ينشأ أكاديميا على ما كان عوده أستاذه، فإن عوده الصرامة والأمانة في التلقي والتحصيل العلميين؛ غدا مستقبلا صارما في وظيفته، رساليا في عمله، نزيها في نقل العلم عن أهله، لا يعرف البلاجيا ولا يُحسن الانتحال. أما إن عوده غير ذلك، هان عنده العلم، وقعد عن الجدّ في طلبه، وركن إلى الكسل، ولم يتطلّع إلى المستقبل، ومن كان ذا حاله من طلبة العلم؛ أنى له أن يترفع عن البلاجيا أو السرقة العلمية!؟.

الفرع الرابع - الصرامة الأكاديمية :

تقدّم التنبيه إليها، وتتعلق تحديدا بالأستاذ؛ فصرامة هذا الأخير في قبول ما يُكلّف به الطالب من أعمال بيداغوجية، وتحديدًا مذكرة التخرج بالنسبة إلى طالب مرحلة ما بعد التدرج، تدفع الطالب دون أدنى شك إلى تحري الصدق والمصادقية، والتزامه الأمانة والنزاهة مستقبلا.

مثلا: لو انتحل الطالب أو الباحث بحثا من الأنترنت وأدّعه لنفسه، ثم قدّمه إلى أستاذه ليُشرف على تصحيحه؛ تعيّن على الأستاذ خاصة في ظل تفشي ظاهرة البلاجيا أن يتحقق - قدر المستطاع - من أن البحث أصيلاً وليس منتحلا أو مسروقا؛ إما عن طريق البحث في الأنترنت، أو عن طريق التدقيق في أسلوب المذكرة؛ فأسلوب الطالب أو الباحث في اليسانس أو الماجستير (الماستر) أو الدكتوراه ليس في مستوى واحد، فضلا على أن أسلوب طلاب اليسانس تحديدا يمكن كشفه.

لا أشك في ذكاء الأستاذ وقدرته على اكتشاف الأبحاث المنتحلة وتجريدها عن غيرها، وله سلطة تقدير ما إذا كان من الضروري أن يحقق في نزاهة البحث المقدم إليه من عدمه.

إذا اكتشف الأستاذ أن هذا الطالب أو الباحث ليس أكثر من مدّع ومنتحل، وقد مارس البلاجيا والسرقة العلمية؛ تعيّن عليه لزاماً أن يرفض رفضاً باتاً الإشراف على مذكرته أو بحثه، وأن يوجّهه إلى مجانية البلاجيا وملازمة النزاهة. وهنا لنفرض أن هذا الطالب فضّل الذهاب إلى أستاذ آخر، وأن هذا الأستاذ قابله بالرفض، وهكذا مع كل أستاذ يقصده؛ فإن هذا الطالب أو الباحث سيرعوي وينتهي عن سلوك مسلك الانتحال والبلاجيا.

الفرع الخامس - الصرامة الإدارية :

لا أشك في نزاهة التأطير الإداري للعملية البيداغوجية المتعلقة بتسجيل الأبحاث والمذكرات، لكن هذا لا ينفى مجال التقصير المسجل على مستوى الإدارة في بعض الحالات، وغياب دورها الصارم في قبول أو رفض مشاريع هذه الأبحاث والمذكرات، فمن المهم أن تكون الإدارة أكثر صرامة خاصة في قبول المشاريع البحثية التي أضح عددٌ منها مرتعاً خصباً للبلاجيا والانتحال.

وعلى صعيد مذكرات التخرّج في مرحلة التدرج (بحث اليسانس)، وددت لو أنشأت الإدارة الوصية على مستوى كل مؤسسة جامعية خلية متابعة لهذه المذكرات؛ مهمتها التأكد من عدم بحث موضوعاتها أو تطابق عناوينها مع عناوين مذكرات أخرى، على نحو شبيهه بالإجراءات الإدارية المتبعة عند عملية التسجيل في مشاريع الماجستير (الماستر) والدكتوراه.

من المؤسف أن نجد من المذكرات والأبحاث تتطابق تماماً أو تتشابه تقريبا في عناوينها وموضوعاتها وإشكالياتها ونتائجها، في ظلّ غياب إجراءات إدارية صارمة تحول دون تكرار بحث نفس المواضيع تحت العناوين نفسها، بل أحيانا قد يُؤطر ذات الأستاذ موضوعين أو أكثر تحمل العنوان نفسه.

خاتمة :

في ختام هذا المقال، أحبّ أن أسجّل هنا ملحظاً مهماً يختصر لنا ما تقدّم ذكره، فمن المؤسف أن يُصبح البحث العلمي مرتعاً خصباً وميداناً مناسباً للمتحتلين المبطلين، ويُقتحم من غير أهله المنصفين الذين جعلوا من البلاجيا والانتحال والسرقة العلمية ستمتهم وديدنهم، ولقد اتضح أن أسباب تفشي ذلك في أوساط الطلبة والباحثين كثيرةٌ مردّها إلى غياب الأخلاق والقيم المرعية في البحث العلمي.

في سياق متصل، من المؤسف أن تعرف هذه الظاهرة السلبية طريقها وتجد مناخاً ملائماً للتفريخ بين طلاب الشريعة الإسلامية والباحثين في علومها وأيضاً في العلوم القانونية، فضلاً عن سائر العلوم الإنسانية الأخرى، وقد علمنا موقف الشريعة والقانون في تحريم وتجريم البلاجيا بأنواعها وطرائقها.

هذا وتتوزع المسؤولية الأخلاقية في انتهاك حرمة البحث العلمي والتعدي على أخلاقياته ويقع عبؤها على عاتق كل من الطالب أو الباحث المرتكب للبلاجيا، والأستاذ المؤطر الذي تخلّى عن واجبه الرسالي فأفسد الطلاب بسبب تفريطه في الصرامة الأكاديمية وما تتطلبه من أمانة علمية، وأخيراً الإدارة الوصية التي أهملت هي الأخرى دورها في الضبط الإداري لشؤون البحث العلمي، يُؤكده حالات التساهل في تسجيل الأبحاث وعرضها على الهيئات العلمية.

هو واقعٌ آسنٌ لا مناص من الإقرار به بكلِّ ألمٍ، والأملُ - بعد الله عز وجل - معقودٌ على جميع المعنيين من أجل تحسين الوضع والارتقاء به نحو الأفضل.

الشرط الكتابي في العقد الالكتروني

دراسة في قانون المعاملات الالكترونية السوداني لسنة 2007



الدكتور : مرتضى عبد الله خيرى
يعمل أستاذ القانون المدني المساعد
بجامعة نيالا بالسودان والمعار حاليا
لكلية البريمي الجامعية بسلطنة عمان

Abstract :

writing considers as a mean of human expression because it contain a content and ideas, and certain perceptible concepts, writing is used in the scope of the contracts for the expression of the individuals will, and what tended to, Writing is one of the most important means of proof, add to that that the legislator requires writing sometimes, And makes the non-existence of it from the reasons for non-conclusion of the contract. Therefore, writing has a major role in the contract conclusion when it is formality, legislature requires writing to take place, writing either regular or electronic, the second being characterized as an electronic support by Computer, and without that, writing is consistent with the first, it is regarded as a way of expressing and carrying ideas and perceptible concepts, The legislator has equated between ordinary writing and electronic writing, making the purpose fulfilled by electronic writing when writing requires by law, and it must, regardless of law purpose for it or its impact on the legal action.

ملخص البحث :

تعتبر الكتابة وسيلة من وسائل التعبير الإنساني لأنها تحتوي على مضامين وأفكار ومفاهيم معينة قابلة للإدراك ويتم استخدام الكتابة في نطاق العقود للتعبير عن إرادة الأفراد وما اتجهت إليه، وتعد الكتابة من أهم وسائل الإثبات أضف إلى ذلك أن المشرع يتطلب الكتابة في بعض الأحيان ويجعل عدم وجودها من أسباب عدم انعقاد العقد وعليه فإن للكتابة درواً كبيراً في انعقاد العقد عندما يكون شكلياً ويتطلب المشرع الكتابة لانعقاده، والكتابة إما عادية أو الكترونية والثانية تتسم بأنها تتم على دعامة إلكترونية بواسطة جهاز الحاسب الآلي ودون ذلك فهي تتفق مع الأولى من حيث اعتبارها وسيلة للتعبير وحمل الأفكار و المفاهيم القابلة للإدراك وقد ساوى المشرع بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية فجعل الغرض متحققاً بالكتابة الإلكترونية كلما تطلب القانون الكتابة واشترطها بغض النظر عن غاية اشتراطها إياها أو أثرها في التصرف القانوني.

المقدمة :

يعرف العقد في فقه القانون بأنه توافق بين الإيجاب والقبول على محل معين¹ وقد عرف قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م العقد بأنه " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوا فقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"² ومهما اختلفت الصيغة التي عرف بها العقد إلا أنها تلتقي في المضمون الذي أرادت التعبير عنه وتجسيد ماهيته وهي في سبيل ذلك تظهر دور إرادة أطراف العقد في إبرامه وهو ما يعرف لدى فقهاء القانون بمبدأ سلطان الإرادة³ وذلك لأن أطراف العقد لهم الإرادة الحرة في إبرامه ما لم تخالف إرادتهما قاعدة أمره في القانون فيقع اتفاقهما باطلاً في حدود تلك المخالفة باعتبار انتماء تلك القاعدة للنظام العام وفي نطاق تقسيمات العقود من حيث تطلبها لشكل معين فإنها تقسم إلى عقود شكلية وأخرى رضائية وثالثة عينية⁴ فأما العقود الشكلية فهي تلك التي لا يتم إبرامها إلا باستيفاء الشكل الذي تطلبه القانون لانعقاد ومثالها عقود التصرفات الواردة على العقار أو المنقولات ذات الطبيعة الخاصة كالمركبات والسفن والطائرات⁵ وعليه فإن جزاء عدم استيفاء الشكل الذي يتطلبه القانون لانعقاد يتمثل في بطلان العقد كما لو اتفق شخص مع آخر على بيع العقار المملوك له خارج دائرة تسجيل الأراضي أما العقد الرضائي فإنه العقد الذي ينعقد بمجرد توافقي لإرادتي لطرفين دون أن يتوقف الإبرام على استيفاء شكل معين أو على تسليم العين التي تتعلق بمحل العقد⁶ أما العقد العيني فهو العقد الذي لا يتم إلا بالتسليم ومثاله عقد الرهن الحيازي وكذلك عقد الهبة في القانون المدني⁷ والعقود الشكلية على النحو الذي أسلفنا يتوقف انعقادها على اتخاذ الشكل الذي تطلبه القانون لهذا الانعقاد وقد يكون الشكل المطلوب استيفاءه قانوناً هو الكتابة فلا ينعقد العقد عندئذ رضائياً بل لابد من

(1) د. عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، ص 111 ، 112.

(2) المادة 33 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م

(3) د. احمد عز الدين أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، 1945م، ص 27، ود. إسماعيل غانم، النظرية العامة لمصادر الالتزام، 1968م، ص 39

(4) د. ابوذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة، ط5، سنة 2004م، ص 58

(5) د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م، ص 238.

(6) محمد صالح علي (المحامي)، شرح قانون المعاملات المدنية، دار جامعة أم درمان الإسلامية للطباعة والنشر، بدون سنة طبع، ص 38

(7) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الارادية ، العقد والإرادة المنفردة، بدون طبعة، وبدون دار نشر، 1976، ص 121

كتابته كركن للانعقاد، وتعتبر الكتابة متحققة لهذه الغاية مهما كان الشكل الذي اتخذته سواء بخط اليد أو بالطباعة على الآلة الكاتبة أو بواسطة جهاز الحاسوب ومهما كانت اللغة المستخدمة في الكتابة وإذا أمعنا النظر في العقود التي تتطلب للانعقاد ركن التسجيل فإن الركن ينطوي على استخدام الكتابة في سجلات رسمية معينة على النحو الذي يرسم حدوده القانون وتبدو أهمية الكتابة في إثبات العقود بشكل عام فمن المعروف أن الكتابة تعتبر وسيلة فاعلة من وسائل الإثبات على اختلاف الحقوق التي تأتي الكتابة لإثباتها، وقد يتطلب القانون الكتابة صراحة للإثبات في حالات لا يميز فيها الإثبات بسواها وإن كان من الممكن في مثل هذه الحالات اللجوء إلى الإثبات بالإقرار القضائي أو باليمين الحاسمة غير أن ذلك يعتمد على ضمير الخصم وإذا كان حال العقود العادية مدى الدور الذي تلعبه الكتابة فيها كما أسلفنا فما هو دور الكتابة في العقود الإلكترونية سواء في مجال انعقاد العقد أو إثباته وإذا كان هذا هو دور الكتابة في حياة العقود العادية فما هو دورها في العقود الإلكترونية وتأتي أهمية هذا البحث من الطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني ووسائل إفراغها في مجال إلكتروني معين، ومن طريقة الاحتفاظ بها إلكترونياً واسترجاعها واستخراجها على شكل وثائق ورقية لاسيما وأن العقود الإلكترونية قد انتشرت انتشاراً واسعاً بغض النظر عن مسميات تلك العقود أو غاياتها نظراً للسهولة واليسر في إبرامها من حيث توفير الجهد أو الوقت أو المال وقد يتطلب تنفيذ تلك العقود إجراءات عادية تخرج عن النطاق الإلكتروني في حال تعلق الأداء بشيء مادي لا يرتبط بالتعاقد الإلكتروني وقد يكون الأداء ذا طبيعة إلكترونية كسواء برنامج إلكتروني حيث يلزم البائع بتمكين المشتري تحميل البرنامج على جهاز الحاسوب. وإذا كان العديد من الباحثين والشرح قد تصدوا لبحث موضوع العقود الإلكترونية وانعقادها إلا أن بحث موضوع الكتابة الإلكترونية مازال بأمس الحاجة لدراسة قانونية متخصصة لتحديد هويتها وأثرها في التصرفات القانونية وبالأخص في العقود الإلكترونية وعليه فإن الإشكالية التي يعالجها هذا البحث تتمثل فيها يلي: ما هو مفهوم الكتابة في العقود الإلكترونية وما مدى الدور الذي تلعبه في مجال هذه العقود؟

المبحث الأول: التعريف بالكتابة الإلكترونية وبيان شروطها:

تستمد العقود الإلكترونية هذا الوصف بالإشارة إلى الوسيلة التي استخدمت في إبرامه فهو قد إبرم بواسطة الانترنت¹ ومن المتصور إمكان إبرام التعاقد الإلكتروني مشافهة بالحوار الصوتي الذي يتم بين العاقدين من خلال ما يسمى بالمنتدى الحوارية أو الدردشة² كما نشير أن الغالب الأعم من العقود الإلكترونية يتم إبرامها بالكتابة الإلكترونية المتبادلة بين العاقدين، فالكتابة لغة مشتقة من الفعل الثلاثي "كتب، يكتب، كتاباً"، والكتاب اسم لما كتب مجموعاً³ والكتابة تشمل المحررات الرسمية التي تصدر عن الموظف المختص أو من يقوم بتوثيقها وفقاً للصلاحيات الممنوحة له في القانون⁴ والمحررات العرفية التي يدونها الأفراد تعبيراً عن إرادتهم بغض النظر عن اللغة أو الهيئة التي تتخذها هذه المحررات أو الصورة التي يتم إخراجها بها فيستوي في ذلك أن تكون مكتوبة باللغة العربية أو بإحدى اللغات الأجنبية كما يستوي أن يكون بخط اليد أو بالآلة الكاتبة، ويستوي أيضاً السطح الذي استخدم لإخراجها وتثبيتها عليه كما لو كانت على ورق خاص أو على أية رقعة أمكن تثبيت الكتابة عليها أما الكتابة الإلكترونية فهي تلك التي يتم إدراجها على دعامة إلكترونية قابلة للاسترجاع والاستنساخ بواسطة جهاز الحاسب الآلي مهما كان نوعه أو مكوناته المادية. وفيما يلي نتعرض لتعريف الكتابة وبيان شروطها.

1. د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، ص 25

2. د. أسامة أحمد شوقي الميحي "استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية 2000 ص 134، ص 102

3. د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، ص 134

4. د. علاء حسين مطلق، الدليل الإلكتروني في الإثبات المدني، دار النهضة العربية القاهرة، ط 1، سنة 2011م، ص 113

المطلب الأول : تعريف الكتابة الإلكترونية :

عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسترال) في المادة 2 من القانون النموذجي رسالة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي¹ كما عرفت المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م رسالة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم انتاجها او ارسالها او استلامها او تخزينها بوسائل الكترونية او بصرية او وسائل تقنية اخرى بما في تبادل البيانات الإلكترونية او البريد الإلكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي"² أما البيانات أو المعلومات فقد عرفت ذات المادة من القانون السوداني بأنها "البيانات والنصوص والصور والأشكال والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شبه ذلك" فالكتابة الإلكترونية تستمد من كلمات أو رموز أو إحصائيات حيث ينبنى عليها التعبير الإرادي اللازم للتعاقد الإلكتروني³ وعلى ذلك يمكن القول إن الكتابة الإلكترونية تتماثل مع الكتابة العادية حيث تصلح للتعبير عن الإرادة المتجهة إلى إحداث أثر قانوني معين ووصولها إلى علم الأشخاص الموجه إليهم هذا التعبير الإرادي، ومن اول التشريعات العربية التي صدرت في شأن المعاملات الإلكترونية كان القانون التونسي فقد نص في الفصل الاول منه على " يضبط هذا القانون القواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة الإلكترونية وتخضع المبادلات والتجارة الإلكترونية في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون الى التشريع والتراتب الجاري بها العمل و يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الارادة ومفعولها القانوني و صحتها و قابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض واحكام هذا القانون، كما عرفت المادة (2) في الفصل الثاني شهادة المصادقة الإلكترونية بانها " الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الامضاء الإلكتروني للشخص الذي اصدرها والذي يشهد من خلالها اثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها"⁴ وعلى الرغم من اختلاف وسيلة إعداد الكتابة الإلكترونية عن الكتابة العادية ذلك أن الأولى تعد بواسطة الحاسب الآلي في شكل معادلات وخوارزميات تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات إلا أنهما تتفقان فيما بعد من حيث قابلية كل منهما للدلالة والتعبير عن مضمونة ومحتواه فالكتابة الإلكترونية تختلف في طريقة إعدادها وإخراجها، لكنها حين تخرج في صيغتها النهائية على شاشة الحاسب تصبح مشابهة للكتابة العادية في الصيغة والحروف والترابط والجمل والمفهوم والدلالة، بل يكاد يختفي الفارق بينها وبين الكتابة العادية إذا ما تم استخراجها من الحاسب الآلي وطباعتها على ورق، غير أنه وفي حالة توافر شروط محددة في الكتابة الإلكترونية تصبح سجلاً إلكترونياً قابلاً للاعتداد به المعني المقصود في القانون، ويكون هذا السجل بالتالي حجة على من صدر عنه في المضمون الذي احتوي عليه.

1 د. عابد فايد عبد الفتاح، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، سنة 2007م، ص 75

2 د. الواثق عطا المنان محمد أحمد، انعقاد العقد الإلكتروني، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، بحث محرم 1430هـ - ديسمبر 2008م، ص 125

3 صدر قانون المعاملات الإلكترونية في السودان في العام 2007م.

4 القانون التونسي بشأن المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية اول قانوني صدر في هذا الشأن.

المطلب الثاني : شروط الكتابة الإلكترونية :

الكتابة الإلكترونية وسيلة يتم استخدامها للتعبير والدلالة عن فكرة معينة يراد إظهارها إلى حيز الوجود وإيصالها إلى الآخرين مهما كانت الغاية التي تنطوي عليها تلك الفكرة وبغض النظر عن مضمونها والأشخاص المخاطبين بها وهي شأنها شأن الكتابة العادية وعلى ذلك يمكن القول إنه لا بد أولاً¹ من أن تكون الكتابة الإلكترونية ذات دلالة واضحة المعني وأن تقبل بالتالي الفهم والإدراك، وقد نصت المادة (3/10) من قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م على شروط أخرى للكتابة الإلكترونية بقولها " إذا اوجب القانون ان تكون المعلومات المقدمة الي شخص اخر ثابتة بالكتابة فان تقديمها في شكل سجل الكتروني يفني بهذا الغرض اذا توافرت الشروط التالية :

1/ ان يتمكن المرسل إليه من الدخول على هذه المعلومات واستخراجها لاحقاً سواء عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك.

2/ أن يتمكن المرسل إليه من حفظ هذه المعلومات، بما يمكنه من التحقق من منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت وصولها وإرسالها واستقبالها".

الشرط الأول : امكانية الدخول للمعلومات واستخراجها بأي طريقة :

ولعل هذا الشرط وهو وضوح دلالة الكتابة الإلكترونية ينسجم مع المنطق وتتطلبه طبيعة الكتابة الإلكترونية التي تحتاج إلى نظام معالجة الكتروني وسيط يسمح بقراءاتها وإظهارها على نحو مفهوم قابل للإدراك بينما لا تتطلب الكتابة العادية ذلك لأنها تكتب مباشرة على دعامة ورقية وتخرج بمجرد كتابتها ذات دلالة واضحة ومعني مفهوم.

الشرط الثاني : إمكانية الحفظ وضرورة معرفة منشي الرسالة :

وقد نص البند (ب) من الفقرة (3) من المادة (10) من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م على هذا الشرط، ومؤدي ذلك أن تكون الكتابة الإلكترونية بمجرد اكتمال إنشائها وتعبيرها عن مضمون معين قابلة للحفظ والتخزين إلكترونياً بالهيئة التي أنشئت بها وذلك لإمكان الرجوع إليها واستخراجها على تلك الهيئة فلا بد إذن من أن يكون نظام المعالجة الإلكترونية قابلاً لحفظ الكتابة الإلكترونية لاسترجاعها واستخراجها. وكذلك يتعين اتباع نظام معين من شأنه التثبت أن الكتابة الإلكترونية قد تم إنشاؤها من قبل شخص معين تسند إليه وفي حال إرسالها إلى آخر يتعين تحديد تاريخ ووقت إرسالها وتسلمها وعليه فإن من المناسب التمييز بين الكتابة الإلكترونية من حيث ماهيتها والوظيفية التي تضطلع بها وهي التعبير عن الأفكار والمفاهيم والإرادات والتصرفات القانونية وغيرها مما يجعل من قابليتها للإدراك شرطاً أساسياً وبين الكتابة الإلكترونية من حيث وظيفتها في الإثبات والحجية وهي من هذه الزاوية فقط يتوجب أن تسند إلى شخص معين لتكون حجة عليه في الإثبات، ومن المعلوم أن العديد من الرسائل الإلكترونية المتبادلة بين أصحاب البريد الإلكتروني تحمل معلومات ثقافية واجتماعية وعلمية ودينية وغيرها وهذا يقودنا إلى التأكيد أن الكتابة الإلكترونية مثلما هي الكتابة العادية أوسع نطاقاً من مجرد المعاملات والتصرفات القانونية الإلكترونية فالأخيرة تتطلب توافر شروط السجل الإلكتروني بغايات الاعتداد بها قانوناً ويمكن القول أن الكتابة تكون إلكترونية طالما أدرجت على دعامة إلكترونية وكانت قابلة للفهم والإدراك

(1) د. حسن جمعي "إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت" دار النهضة العربية ، 2000 ، ص 79 .

وتستمد بالتالي قيمتها من مقدار المعرفة التي تشتمل عليها بينما تكون الكتابة الإلكترونية التي تشمل على تصرف قانوني غير ذات أثر ما لم تكون قابلة لإسنادها إلى شخص من أصدرها.

المبحث الثاني : الشرط الكتابي في العقود الإلكترونية :

من المعلوم أن القانون يتطلب الكتابة في بعض الأحيان كشرط شكلي من شروط انعقاد وتصرفات قانونية معينة وفي أحيان أخرى فإن القانون يتطلب الكتابة وسيلة لإثبات التصرفات القانونية وإسنادها إلى من صدرت عنه ومن المعلوم أن القانون إذا تطلب الكتابة لانعقاد العقد فإن تخلفها يعني عدم انعقاده جزاءً على عدم مراعاة الشكل الذي تطلبه القانون، أما إذا تطلب القانون الكتابة لغايات الإثبات فيكون من الصعب التوسل بدعوى أمام القضاء لإثبات الحق ما لم تتوفر بيئة كتابية بذلك الحق لاسيما وأنه يندر في الكثير من الحالات اللجوء إلى الشهادة دون اعتراض من الخصم أو الاستفادة من اليمين الحاسمة كوسيلة من وسائل الإثبات، فهل ينطبق ذلك على الكتابة الإلكترونية من حيث الدور الذي تلعبه في سياق العقود الإلكترونية .

المطلب الأول : شرط الكتابة (التسجيل) في انعقاد العقود :

يطلب قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م في إبرام بعض العقود ركن الرسمية المتمثل بالتسجيل مثلما هو الحال في العقود الواردة على العقارات والعقود الواردة على المنقولات ذات الطبيعة الخاصة كالمركبات والسفن والطائرات والمقصود بهذا الركن أن يعمد أطراف العقد إلى المثل أمام الجهة التي تختص بتسجيل التصرف في سجلها الخاص ليقع هذا التصرف صحيحاً، فإذا لم تتم مراعاة هذا الركن وقع التصرف باطلاً وبغض النظر عن غاية المشروع في إلزامه تحقيق ركن التسجيل لغايات صحة التصرف فإن التسجيل بحد ذاته ينطوي على الكتابة لأنها وسيلة للتعبير واضحة الدلالة على إرادة أطراف ذلك التصرف وفي نفس الوقت وسيلة لإثباته لاسيما وأنها تشمل على توقيع أولئك الأطراف والتسجيل كركن شكلي من أركان بعض العقود كالعقود العقارية وإن كان يشتمل على الكتابة إلا أنه يختلف عن الكتابة بحد ذاتها عندما يتطلب القانون مراعاتها لإبرام تصرف قانوني معين فلا يكون عندئذ منعقداً ما لم يتم كتابة فالتسجيل كركن شكلي لقيام بعض التصرفات القانونية ولذا يتطلب مثل أطراف العقد أمام الموظف المختص وقيامه بتوثيق العقد في السجل الخاص وفقاً للإجراءات الشكلية المقررة قانوناً وعليه فإن التسجيل كركن شكلي يتحقق بتعبير طرفي العقد عن إرادتهما أمام الموظف المختص وإفراغ ذلك في السجل الخاص فالمادة (1/29) من قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م تنص على أنه "تطبق أحكام قوانين المعاملات المدنية والاثبات والاجراءات المدنية فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون" ومن المعلوم ان الشكلية المتعلقة بالتسجيل هي أساسا التصرفات المتعلقة بالعقارات، وبعض التصرفات المتعلقة بالمنقولات المادية الشبيهة بالعقارات كالسفن وبعض المنقولات المعنوية كالخل التجاري وبعض الشركات التجارية¹ وجميع اشكال الشهر والعلانية هي إجراءات لاحقة على إبرام التصرف وتكوينه والهدف منها تامين العلاقة القانونية وتيسير العلم للغير بما يبرم من تصرفات لحماية من المخاطر التي يمكن ان يحدثها التصرف إذا ظل سرياً وغير معلن وهو مايسمح لهم بالقيام بما يشاءون من تصرفات دون خوف من عدم تحقيق هذه التصرفات لغاياتها نتيجة لوجود تصرفات سابقة عليها قد ترد على محل الالتزام نفسه دون ان يعلموا بها ومن أمثلة تلك الاشكال التسجيل والقيود وإعلان التصرف² وتختلف الشكلية المطلوبة لانعقاد عن شكلية الشهر حيث تعد الأولى أسلوباً مفروضاً للتعبير عن الإرادة يستلزمه القانون

1 د. عبد العزيز المرسي حمود "مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية" مرجع سابق ، ص 67 .

2 د محمد صالح علي (المحامي)، شرح قانون المعاملات المدنية، دار جامعة أم درمان الإسلامية للطباعة والنشر، سنة 2004م، ص32

لإنشاء بعض التصرفات القانونية ومن ثم تعد ركنا او شرطا لإبرام التصرف يترتب على تخلفه بطلان التصرف، في حين ان الثانية هي مجرد إجراءات غريبة عن التصرف القانوني ولا حقه على إبرامه ومن ثم لاتعد شرطا لانعقاده وان كانت شرطا لفاعليته والاحتجاج ببعض آثاره على الغير¹ والاختلاف بين الشكلية المطلوبة للانعقاد وشكلية الشهر يبدو اقل وضوحا من الناحية العملية حيث تقترب النتائج المترتبة على تخلف الشهر وتتشابه مع تلك المترتبة على تخلف الشكل في الكثير من الأحيان خاصة عندما يخرج المشرع عن إطار الجزاء الطبيعي لتخلف اشكال الشهر وهو عدم سريان التصرف في مواجهة الغير ليقرر جزاءات أخرى اشد قوة لبعض التصرفات وذلك مراعاة منه لاعتبارات معينة كما فعل بشأن الشهر المقررة للتصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية او نقله او تغييره او زواله حيث قرر ان عدم القيام بشهر هذه التصرفات بطريق التسجيل يترتب عليه ان هذه الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الي غيرهم ولا يكون لمثل هذه التصرفات التي لم تسجل من اثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن² ومن تطبيقات شكلية التسجيل :

1/ عقد الشركة :

قيد المشرع المتعاقدين في عقد الشركة حتى تكون بوصفها اعتبارية ان يتم تسجيلها وفق القانون وقد نص على ذلك في المادة (2/247) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م بأنه : -

1/ لايجتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات التسجيل والنشر التي يصدرها القانون.

2/ للغير ان يتمسك بالشخصية الاعتبارية للشركة رغم عدم استيفاء الإجراءات المشار اليها".

2/ الرهن الحيازي :

هو احتباس مال في يد الدائن او يد عدل ضمانا لحق يمكن استيفاؤه منه كله او بعضه بالتقدم على سائر الدائنين³ هذا وأعتبر المشرع الرهن الحيازي غير نافذ في حق الغير إلا إذا سجل بالجهات التي يناط بها تسجيل العقد، وحيث نص على ذلك في المادة (772) بأنه " لا يعتبر رهن العقار حيازيا نافذا بالنسبة للغير إلا إذا سجل بالجهة التي يناط بها قانون التسجيل الي جانب حيازة الدائن المرتهن"⁴، وبذلك نخلص الي ان المشرع قيد إرادة المتعاقدين لتتمام الرهن الحيازي بالتسجيل حماية لرد مال المرهون له وعدم التصرف فيه من قبل الراهن قبل استيفاء المرهون لديه.

المطلب الثاني : شرط الكتابة (الكتابة) في انعقاد العقود :

تتحقق الكتابة بالصياغة المكتوبة للعقد بما يتضمنه من شروط بغض النظر عن الوسيلة التي كتب بها سواء بالالة الكاتبة او بخط اليد، ويتطلب القانون في بعض الاحيان الكتابة لانعقاد العقد كما هو الحال في اتفاق التحكيم حيث تنص المادة (5) من قانون التحكيم لسنة 2005 على أنه " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون في حكم الكتابة الرسائل المتبادلة بين الطرفين عبر وسائل الاتصال المختلفة"⁵ فالاتفاق على التحكيم في موضع معين لا يسلب اختصاص القضاء، وإنما يمنعه من نظر النزاع في شأنه إذا أثير الدفع باتفاق التحكيم⁶ وبالنظر

1 محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، لجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإدارية - العقد والإرادة المنفردة، بدون طبعة، وبدون دار نشر، ص 28

2 د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية ، مرجع سابق، ص 89

3 المادة (33) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984.

4 د. عوض أحمد الزعبي، الوجيو في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، الطبعة الأولى 2007، دار وائل للنشر، عمان/الأردن. ص 45

5 قانون التحكيم لسنة 2005م والذي تم نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ 2005/6/25م

6 د. محمد أمين الرومي ، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008 ، ص103

إلى الأثر الكبير المترتب على قبول الدفع باتفاق التحكيم وهو امتناع القضاء عن نظر النزاع فقد اشترط المشرع أن يكون ذلك الاتفاق مكتوباً وفي ضوء ما قدمنا فقد أصبح من الضرورة بمكان التعرض إلى مدى إمكان الاعتداد بالكتابة الإلكترونية لتحقيق ركن الشكل في العقود التي تتطلب الكتابة لغايات انعقادها لا يختلف اثنان على أن المشرع إذا تطلب الكتابة لانعقاد عقد معين فإن هذا العقد يكون قد تحقق ركنه الشكلي بمجرد تدوينه ولا أثر بعد ذلك للغة التي كتب بها أو الوسيلة التي استخدمت الكتابة بها كأن يكون بخط اليد أم بالآلة الكاتبة أم بواسطة الحاسوب، أو على دعامة إلكترونية وعلى شكل محرر إلكتروني طالما كان بالإمكان حفظ هذا المحرر واسترجاعه ونسخه وقد أكد قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007 على قيام الكتابة الإلكترونية مقام الكتابة العادية عندما يتطلب القانون الكتابة لأية غاية كانت¹ وعليه يمكن القول إن القانون إذا تطلب الكتابة العادية لانعقاد العقد، فإن إفراغه في محرر إلكتروني يجعل ركن الشكل متحققاً بالنظر إلى تساوي الأثر القانوني للكتابة الإلكترونية والكتابة العادية.

المبحث الثالث : الشكلية الإلكترونية :

يمكن ان يتجاوز الدور الذي تقوم به الكتابة من مجرد إثبات التصرف القانوني الي دور اكبر من ذلك، ففي الحالات التي يتطلب القانون الكتابة كشرط لصحة التعاقد يثور التساؤل عن صحة العقد الذي يبرم عن طريق الوسائل الالكترونية فقد نصت المادة (6) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996م على : - "2

(1) عندما يشترط القانون ان تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً.

(2) تسري احكام الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام او اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة.

وكما تنص المادة (8) من نفس القانون على انه " عندما يشترط القانون تقديم المعلومات او الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا : -

1/ وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات او غير ذلك.

2/ كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر ان تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات.

وقد تبنت بعض التشريعات الدولية والوطنية مثل الولايات المتحدة وفرنسا وتونس والأردن والإمارات العربية المتحدة والبحرين ما يشابه صياغة هذه الاحكام ونصت على دور الكتابة الالكترونية في استيفاء الشكل المطلوب لانعقاد التصرفات القانونية الشكلية الورقية وقد ظلت العلاقة بين الكتابة والدعامة الورقية التي تدون عليها الورقة وثيقة لفترة طويلة من الزمن حيث يسود الاعتقاد بان " كتابة = ورق"³ وان المعاملات عبر تقنيات الاتصال الحديثة تتم بصورة غير مادية وفي ظل غياب الدعامة الورقية فقد بدا هذا النوع الجديد من المعاملات يفرض نفسه بقوة في

1 د. الواثق عطا المنان محمد أحمد، انعقاد العقد الإلكتروني، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، بحث محرم 1430 هـ - ديسمبر 2008م، ص 63

2 استهدت كافة التشريعات في العالم بالقانون النموذجي الصادر من لجنة الاونسترال بالامم المتحدة لسنة 1996م

3 د. محمد احمد اسماعيل، مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، ص 35

ظل ازدهار التجارة الالكترونية وانتشار استخدام تقنيات الاتصال الحديثة في التفاوض بشأن العقود الالكترونية وإبرامها بل وتنفيذها في بعض الحالات والكتابة العادية مثلما هو معروف يتم تحريرها وفقاً للعادة على الورق بغض النظر عن الطريقة الوسيلة المستخدمة في الكتابة، أما الكتابة الإلكترونية فيتم تحريرها على دعامة الكترونية وتخزينها عليها بحيث يسهل الرجوع إليها في أي وقت من خلال شاشة الحاسوب¹.

المطلب الأول : كفاية الكتابة الالكترونية لاستيفاء الشكلية المطلوبة قانوناً :

تعد الرضائية باعتبارها احد نتائج مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الأساسية المعنى بها لدى إنشاء العقود والالتزامات، فالأصل هو حرية اطراف التعاقد في اختيار شكل التعبير عن إرادتهم بيد ان القانون قد يتطلب إفراغ تلك الإرادة في شكل معين، وهنا ينقلب العقد من كونه عقد رضائي الي عقد شكلي لا يكفي التراضي لانعقاده فقط، وإنما يلزم بالإضافة الي التراضي إتباع شكل خاص يقرره القانون، ومن مظاهر الشكلية المقررة اشتراط القانون إفراغ التراضي في شكل مكتوب، فالكتابة هنا ليست لإثبات العقد وإنما لإبرامه وانعقاده صحيحاً² وذلك مثل عقد الشركة وإذا كان الأصل هو قيام الكتابة بدور الاثبات وهو ما يتحقق أيضاً مع الكتابة الالكترونية فهنا يثور التساؤل عما إذا كان يتحقق في الأخيرة أيضاً الدور الاستثنائي المتمثل في اعتبارها ركناً من أركان التصرف القانوني؟

أولاً : موقف الفقه من مدى امكانية اعتبار الكتابة الالكترونية ركناً من أركان التصرف :

انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل الي فريقين، أولهما يعتبر أن للكتابة دوراً وحيداً يتمثل في الاثبات فقط، والفريق الثاني يضيف على دورها في الاثبات دور آخر يتمثل في صلاحيتها للقيام بدور الكتابة المتطلبة للتصرف وإبرامه.

الرأي الأول : صلاحية الكتابة الالكترونية للإثبات فقط :

وفقاً لأنصار هذا الرأي فإنه إذا تطلب القانون شكلاً معيناً يجب ان يتم فيه تصرف قانوني معين فإذا تخلف هذا الشكل اعتبر هذا التصرف باطلاً، فان هذا الشكل الذي يتطلبه القانون والذي عادة ما يكون تطلب اتمام تلك التصرفات كتابة لا يمكن للكتابة الالكترونية ان تكون وسيلة لإتمام ذلك الشكل ومن ثم لاتصلح لان تكون وسيلة لإتمام التصرفات مدللين على ذلك ببطان عقد الزواج الذي يتم عبر شبكة الانترنت، ويضيفون كذلك ان اعتبار الكتابة وسيلة لإثبات التصرفات الالكترونية التي تتم عبر الوسائل الالكترونية لا يجعلها ركناً شكلياً من أركان التصرف القانوني لان الدور الذي تلعبه الكتابة التقليدية حينما تكون ركناً شكلياً لا يمكن ان تقوم به الكتابة الالكترونية³ والتصرفات القانونية التي تعتبر الشكلية ركناً من اركانها كعقد هبة العقار وعقد الرهن الرسمي عادة ما تنطوي على خسارة لأحد الاطراف او عدم تعادل بين الاداءات المتقابلة ولهذا يتطلب القانون لإتمامها تحريرها على ورقة رسمية بواسطة موظف مختص رغبة من المشرع تنبيه الواهب او الراهن مثلاً الي خطورة التصرف الذي يقدم عليه كل هذا لا يمكن تحقيقه مع الكتابة الالكترونية التي تتسم بالسرية في بعض الأحيان والسرعة في أحيان أخرى وعدم معرفة اطراف التعاقد ببعضهم البعض في أحيان كثيرة⁴ وفي الفقه الفرنسي فقد تأثر بالتعديل التشريعي الذي اقتصر على مجرد تعديل لنصوص القانون المدني المتعلقة بالإثبات، الأمر الذي دعاهم الي حصر مجال الكتابة

1 د. محمد أبو زيد " تحديث قانون الإثبات ". مكانة المحرر الإلكتروني بين الأدلة الكتابية ، 2002 ، ص 105

2 د. عبد السلام على المزوي " النظرية العامة لعلم القانون . القواعد العامة في الإثبات " دار الكتب الوطنية . بنغازي ، ط 1 ، 1994 ، ص 9 .

3 د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص 76، ود. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، 170.

4 د. عبد العزيز المرسي حمود " مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية " مرجع سابق ، ص 65 .

الالكترونية في الاثبات وذلك وفقا لما حققه المشرع، واستند الفقهاء الي ان الاعمال التحضيرية لمشروع قانون سنة 2000م كانت تقتصر على الكتابة المطلوبة لإثبات التصرف دون الكتابة اللازمة لصحته واعتبروا ان تلك الشكلية قد قررت لحماية الاطراف وتوعيتهم بخطورة التصرفات التي يقدمون عليها كما ان القانون ذاته لايشمل التصرفات القانونية التي تكون الكتابة لصحتها¹ وقد تم انتقاد هذا الرأي القائل بصلاحيه الكتابة الالكترونية للإثبات فقط دون سواها لأنه خلط بين الشكلية التي تستلزم كتابة العقد والشكلية التي تتطلب رسمية التصرف، كذلك فان إبرام تصرف من خلال الكتابة الالكترونية لا يعني بالضرورة ان اطراف التعاقد قد تسرعوا في إبرامه فلا اختلاف بين كتابة الكترونية او كتابة تقليدية ففي كليهما يتاح للأطراف الإلمام بكافة جوانب العقد والعلم بكافة ما يرتبه من التزامات ومخاطر، وكذلك فان القول بجهل اطراف التعاقد ببعضهم البعض فهو قول مردود، ففي التصرفات او العقود الشكلية سواء تلك التي استلزم القانون إتمامها في شكل مكتوب او إفر اغها في شكل رسمي يكون جميع الاطراف على علم بهوية بعضهم البعض، ففي بعض عقود الشركات يعلم كل طرف مع من يساهم ومن هم شركاه، كذلك فان عقد الهبة يعلم الواهب فيه شخصية الموهوب له ويعلم الموهوب له الشي الموهوب فالقول السابق لا يمكن تعميمه على كافة التصرفات القانونية التي تبرم في الشكل الالكتروني وإنما على بعضها فقط، والبعض الآخر يبني رفضه لجعل الكتابة الالكترونية مقررة لانعقاد على انه من غير المنطق ان يتم إبرام بعض العقود المهمة كعقد الزواج بالوسائل الالكترونية فهو مبرر لا يكفي لاستبعاد الكتابة الالكترونية من القيام بدور الشرط الشكلي في التصرفات الشكلية حيث ان معظم القوانين التي أجازت هذه المسألة قد أوجدت بعض الاستثناءات المتعلقة ببعض العقود والتصرفات المهمة ومن أهمها المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا إذ لا يجوز إبرام تلك التصرفات بالوسائل الالكترونية وعلى هذا فان رفض تلك المسألة قد استند الي استثناء يوكد القاعدة ولا ينفيتها².

الرأي الثاني : صلاحية الكتابة الالكترونية للإثبات والانعقاد :

وفقا لهذا الرأي فان الكتابة الالكترونية لا تقتصر على دور الاثبات وإنما تصلح أيضا للقيام بدور الكتابة اللازمة لانعقاد التصرف القانوني، ووفقا لأنصار هذا الرأي من الفقه الفرنسي فان ما نص عليه قانون سنة 2000م بشأن تطويع قواعد الاثبات وبخاصة المادة(2/1316) منه التي عرفت الكتابة بأنها " كل تتابع للحروف والعلامات او الأرقام او اي رمز او إشارة أخرى ذات دلالة مفهومة، أيا كانت دعامتها او شكل إرسالها"، يجعل هذا التعريف يتسع نطاقه ليشمل ليس فقط للكتابة المقررة للإثبات وإنما يشمل الكتابة المطلوبة لانعقاد التصرف وذلك متى تطلب القانون وجود كتابة³.

ثانياً: موقف التشريعات من مدى امكانية تحقق الشكلية مع الكتابة الالكترونية :

ورد بقانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996م في المادة (1/6) منه على انه " عندما يشترط القانون ان تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا وكذلك ورد بالتوجيه الأوروبي بشأن التجارة الالكترونية

1 د. ثروت عبد الحميد " التوقيع الإلكتروني " مكتبة الجلاء الجديدة . المنصورة . 2002 ، ص 128 .

2 د. محمد أبو زيد " تحديث قانون الإثبات . مكانة المحرر الإلكتروني بين الأدلة الكتابية مرجع سابق، ص 276

3 د.بشار طلال أحمد مومني " مشكلات التعاقد عبر الإنترنت " عالم الكتب الحديث . الأردن ، ط 1 ، 2004 ، ص 131 ، 132 .

لسنة 2000م إلزام الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية بان تجعل من الممكن إبرام العقود عن الطريق الإلكتروني وان تنص بصفة خاصة على ان النظام القانوني المطبق على العملية التعاقدية لا يمثل عقبة في سبيل استخدام العقود الإلكترونية ولا يؤدي الي حرمانها من الأثر والصلاحية القانونية¹ وفي القانون الفرنسي فقد صدر القانون رقم 575 لسنة 2004م بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي والذي اقر صراحة بتحقيق بعض الشكليات التعاقدية بالوسائل الإلكترونية، وقد نصت المادة (1/1108) منه "على انه حينما تكون الكتابة مطلوبة لصحة التصرف القانوني فان هذا التصرف يمكن إنشاؤه او حفظه في شكل الكتروني"، وفي الفقرة الثانية من ذات المادة نص على ان "عندما يشترط في بيان معين ان يكتب بخط يد الذي يقع عليه الالتزام، فإن هذا الأخير يمكن له ان يضع هذا البيان في شكل الكتروني إذا ما توفرت الشروط التي تكفل بطبيعتها ان هذا البيان لا يمكن ان يصدر إلا من خلال الملتزم نفسه"، وكذلك نصت المادة (11/1368) على انه "عندما يشترط إرسال عدة نسخ فان ذلك يمكن استيفاه من خلال الكتابة الإلكترونية إذا كانت تلك الكتابة يمكن طباعتها من قبل المرسل إليه " فالقانون الفرنسي تبني وحدة مفهوم الكتابة والتي تعني وحدتها في الاثبات وفي صحة التصرف² وفي التشريعات الوطنية فقد نصت المادة (7) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية بدولة الامارات العربية المتحدة لسنة 2006م منه انه " إذا اشترط القانون في اي بيان او مستند او سجل او معاملة او بينة ان يكون مكتوبا او نص على ترتيب نتائج معينة على عدم الكتابة فان المستند او السجل الإلكتروني يستوفي هذا الشرط إذا تم الالتزام بالفقرة (1) من المادة(5) من القانون"، وتقضي الفقرة (1) من المادة المعنية من القانون بأنه "إذا اشترط القانون حفظ مستند او سجل معلومات لأي سبب فان هذا الشرط يتحقق عندما يتم حفظ هذا المستند او السجل او المعلومات في شكل سجل الكتروني شريطة مراعاة ما يلي:-

- 1/ حفظ السجل الإلكتروني بالشكل الذي أنشي او أرسل او استلم به او بشكل يمكن من إثباته انه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت او أرسلت او استلمت من الأصل.
- 2/ بقاء المعلومات محفوظة على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها لاحقاً.
- 3/ حفظ المعلومات ان وجدت هذه المعلومات التي تمكن من استبانة منشأ الرسالة الإلكترونية وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها.

وكذلك نصت المادة(15) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري لسنة 2004م على ان " للكتابة الإلكترونية وللمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في احكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون " فيما نصت المادة(2/10) من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م على انه " إذا اوجب القانون ان تكون المعلومات ثابتة او رتب أثراً قانونياً على عدم الالتزام بذلك، فان ورود المعلومات في سجل الكتروني يفرض بمقتضى هذا القانون بشرط ان تكون المعلومات قابلة للوصول إليها واستخراجها لاحقاً عن طريق البث او الطباعة او غير ذلك"، وكذلك نصت

1 د.احمد عبد التواب بهجت، ابرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والامريكي، دار النهضة العربية، ص 15

2 د. ممدوح خيرى هاشم " مشكلات البيع الإلكتروني عبر الإنترنت " دار النهضة العربية ، 2000 ، ص 174

المادة (3/10) من نفس القانون على انه " إذا اوجب القانون ان تكون المعلومات المقدمة الي شخص آخر ثابتة بالكتابة فان تقديمها في شكل سجل الكتروني يفني بهذا الغرض إذا توافرت الشروط الآتية : -
(1) ان يتمكن المرسل إليه من الدخول على هذه المعلومات واستخراجها لاحقاً سواء عن طريق البث او الطباعة او غير ذلك.

(2) ان يتمكن المرسل إليه من حفظ هذه المعلومات بما يمكنه من التحقق من منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت وصولها وإرسالها واستقبالها.

المطلب الثاني : عدم كفاية الكتابة الالكترونية لاستيفاء الشكلية المطلوبة قانوناً :

أوردت التشريعات الدولية والوطنية العديد من الاستثناءات على مبدأ الشكلية الالكترونية وقدرة الكتابة في استيفاء الشكلية المطلوبة قانوناً، و من ذلك ما نصت عليه المادة (2/1108) من القانون المدني الفرنسي والتي أدخلت فيه بمقتضى قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي بعض الاستثناءات على مبدأ إجازة الشكلية الالكترونية تشمل:-

1/العقود العرفية المتعلقة بقانون الاسرة والموارث والتركات.
2/التصرفات العرفية المتعلقة بالتأمينات الشخصية او العينية سواء كانت مدنية او تجارية إلا إذا كانت قد أبرمت بواسطة شخص من اجل حاجات مهنته¹.

وكذلك نصت المادة (4) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني لسنة 2001م على استبعاد العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين او تتم بإجراءات محددة من إطار الشكلية الالكترونية من ذلك ما يلي :

- 1- إنشاء الوصية وتعديلها.
- 2- إنشاء الوقف وتعديل شروطه.
- 3- معاملات التصرف في الأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.
- 4- الوكالات المتعلقة بالأحوال والمعاملات الشخصية.
- 5- الإشعارات بإلغاء او فسخ خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.
- 6- لوائح الدعاوي والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.
- 7- الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول.

من ذلك أيضاً ما قرره قانون المعاملات الالكترونية الاماراتي لسنة 2006م من عدم كفاية الكتابة الالكترونية لاستيفاء الشكل المطلوب قانوناً في عقود الزواج والطلاق والوصايا وعقود البيع الواردة على الأموال غير المنقولة وبصفة عامة الحقوق العينية الواردة على العقار، حيث نصت المادة (2) من القانون على ان " يسري هذا القانون على السجلات والتوقيعات الالكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الالكترونية ويستثنى من احكامه ما يأتي :

1- المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.

2- سندات ملكية الأموال غير المنقولة.

1 د. إبراهيم الدسوقي أو الليل " الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية " مجلس النشر العلمي . جامعة الكويت ، 2003 ، ص 170 .

- 3- السندات القابلة للتداول.
- 4- المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدد تزيد عن عشرة سنوات وتسجيل اي حقوق أخرى متعلقة بها.
- 5- اي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل.
- 6- أيه مستندات او معاملات أخرى يتم استثنائها بنص قانوني خاص .
- ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة (2) من قانون البحرين بشأن التجارة الالكترونية لسنة 2002م على انه: - "
- 1- تسري احكام هذا القانون على السجلات والتوقيعات الالكترونية
- 2- يستثنى من احكام هذا القانون:
- (أ) كافة المسائل التي ينعقد الاختصاص بشأنها للمحاكم الشرعية طبقا لاحكام المرسوم بقانون رقم (13) لسنة 1971م بشأن تنظيم القضاء وتعديلاته.
- (ب) مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين مثل الزواج والطلاق والحضانة والتبني والميراث وإنشاء الوصايا وتعديلها.
- (ج) المعاملات والتصرفات التي يشترط القانون للاعتداد بها ان تكون مثبتة في محررات رسمية.
- (د) السندات القابلة للتداول.
- (هـ) سندات الملكية.
- فيما نصت المادة(29) من قانون المعاملات الالكترونية لسنة 2007م على أنه " :
- 1/تطبق احكام قوانين المعاملات المدنية والإثبات والإجراءات المدنية فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون.
- 2/يستثنى من تطبيق احكام هذا القانون احكام الزواج والطلاق.
- المطلب الثالث : دور الكتابة الالكترونية في الإثبات :**
- بما ان صفة الكتابة المقروءة تتوفر في الكتابة المثبتة على الدعامات الالكترونية، فان مدى حجيتها في الإثبات ترتبط بمدى ان تكون (الأحرف والرموز والأرقام والإشارات) ذات فحوى ومدلول، فإذا حققت الكتابة الالكترونية هذه الوظيفة فإنها تمنح قوة ثبوتية مساوية للقوة الثبوتية المقررة للكتابة الخطية¹ وقد اشترطت بعض التشريعات التي نظمت الإثبات الالكتروني تحقيق الكتابة الالكترونية لهذه الوظيفة لمساواتها بالكتابة الخطية، فالمادة(6) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996م نصت على انه " : -
- 1/ عندما يشترط القانون ان تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا.
- 2/ تسري احكام الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام واكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة.
- وكذلك تنص المادة(8) من نفس القانون على انه " عندما يشترط القانون تقديم المعلومات او الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا :-
- 1- وجد مايعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي بوصفها رسالة بيانات او غير ذلك.

1 د. الياس ناصيف ، العقد الالكتروني في القانون المقارن ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ، ص 97

2- كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر ان تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات.

وقد تبنت بعض التشريعات ما يشابه صياغة هذه الاحكام، فقد اشترطت المادة(1316) من القانون المدني الفرنسي على " ان تكون الأحرف او الأرقام او الرموز التي تعبر عن البيانات التي يتضمنها المحرر الالكتروني ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة عند عرضها على الشخص المقرر ان تقدم إليه وبغير ذلك تفقد صفتها كعنصر من عناصر دليل الاثبات"¹ وبذات المعنى اخذ المشرع في إمارة دبي فقد نصت المادة(2/7) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية على ان " لا تفقد المعلومات التي تشير إليها الرسالة الالكترونية دون تفصيل أثرها القانوني او قابليتها للتنفيذ، متى كان الاطلاع على تفاصيل تلك المعلومات متاحا ضمن النظام الالكتروني الخاص بمنشئها"، وكذلك نصت المادة (7/أب) من قانون التجارة الالكترونية في مملكة البحرين على انه في " حالة الإلزام بتقديم أصل المستند الي شخص معين فانه يجب ان يكون السجل الالكتروني قابلا للدخول عليه واستخراجه وحفظه وعرضه بشكل قابل للفهم من قبل هذا الشخص"، اما المشرع المصري في قانون التوقيع الالكتروني لسنة 2004م فقد أضفى حجية كاملة على الكتابة الالكترونية والمحركات الالكترونية في نطاق المعاملات التجارية والمدنية والإدارية وسواى بينهما وبين ما هو مقرر من الكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في احكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية وذلك في حال استيفاء هذه الكتابة والمحركات لشروطها المنصوص عليها في هذا القانون وفق الضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية، ونجد انه وضع قرينة قانونية على صحة هذه المحركات والكتابة الالكترونية في حال ان كان هناك ارتباط بينهما وبين الشخص الموقع وسيطرته وحده على الوسيط الالكتروني وذلك تأكيداً منه على سلامة المحرر الالكتروني المادية بصدوره ممن وقعه، فالمشرع المصري قد أحال فيما يخص حجية هذه المحركات والتواقيع الالكترونية بالإثبات الي القواعد العامة فيما لم يرد بشأنه نص في قانون التوقيع الالكتروني وذلك لتقريب حجية لهذه المحركات الالكترونية² و المشرع الأردني في قانون المعاملات الالكترونية لسنة 2001م اوجب لكي يكون للمحرر الالكتروني الموقع عليه الكترونياً حجة بالإثبات ان يكون موثقاً هو والتوقيع الالكتروني وذلك وفق ما تطلبه في هذا القانون من إجراءات التوثيق المرتبط بالمحرر والذي يحدد شخصية صاحبه³ وفي قانون المعاملات الالكترونية لسنة 2007م نصت المادة(3/10) على انه " إذا اوجب القانون ان تكون المعلومات المقدمة الي شخص آخر ثابتة بالكتابة فان تقديمها في شكل سجل الكتروني يفي بهذا الغرض إذا توافرت الشروط الآتية :-

- ان يتمكن المرسل إليه من الدخول على هذه المعلومات واستخراجها لاحقاً سواء عن طريق البث او الطباعة او غير ذلك.
- ان يتمكن المرسل إليه من حفظ هذه المعلومات بما يمكنه من التحقق من منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت وصولها وإرسالها واستقبالها.

1 د.احمد عبد التواب بهجت، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والامريكي، المرجع السابق، ص15

2 د.محمد محمد سادات، حجية المحركات الموقعة الكترونياً في الاثبات، دارالجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط1، سنة 2011م، ص334

3 د. محمد احمد اسماعيل، مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص49

مبدأ التكافؤ الوظيفي : (الشكلية الالكترونية) :

يقصد بمبدأ التكافؤ الوظيفي المساواة في الحجية ما بين الكتابة الالكترونية والكتابة الخطية، وقد جاء بهذا المبدأ قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996م حيث نصت المادة (1/6) منه على انه "عندما يشترط القانون ان تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً"، وقد عرفت المادة الثانية من نفس القانون رسالة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم انشاؤها او إرسالها او استلامها او تخزينها بوسائل الكترونية او ضوئية او بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية او البريد الالكتروني او التلكس او النسخ البرقي"، وقد أخذت معظم التشريعات في العالم بمفهوم التكافؤ الوظيفي الذي نصت عليه قواعد الاونسترال، وقد ساوى المشرع المصري بين حجية الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية إذ نصت المادة (15) من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني لسنة 2004م على ان "للكتابة الالكترونية والمحركات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية ذات الحجية للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في احكام قانون الاثبات في المواد التجارية والمدنية" فالمشرع المصري اقر للكتابة الالكترونية حجية مساوية بقوتها الثبوتية للحجية المقررة للكتابة المنصوص عليها في احكام قانون الاثبات ومن التشريعات الأخرى التي أثارَت مسألة الاعتراف بحجية الكتابة الالكترونية ومساواتها وظيفيا مع الكتابة الخطية قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي إذ نصت المادة (9) منه على انه "إذا اشترط القانون ان يكون خطيا اي بيان او مستند او سجل او معاملة او بينة او نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فان المستند او السجل الالكتروني يستوفي هذا الشرط"، وكذلك نص قانون التجارة الالكترونية لمملكة البحرين في المادة (2/5) على مبدأ التكافؤ الوظيفي ما بين الكتابة الالكترونية والخطية إذ نصت هذه المادة على "إذا اوجب القانون ان تكون المعلومات ثابتة بالكتابة فان ورود المعلومات في سجل الكتروني يفي بمتطلبات هذا القانون، وكذلك نصت المادة (2/10) من قانون المعاملات الالكترونية لسنة 2007م على انه "إذا اوجب القانون ان تكون المعلومات ثابتة بالكتابة، او رتب أثرا قانونيا على عدم الالتزام بذلك فان ورود المعلومات في سجل الكتروني يفي بمتطلبات هذا القانون بشرط ان تكون المعلومات قابلة للوصول إليها واستخراجها لاحقا عن طريق البث او الطباعة او غير ذلك"، يتضح من كل ذلك ان معظم التشريعات المقارنة أخذت بما جاء به قانون الاونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996م فيما يختص بالنظير الوظيفي.

الخاتمة :

نخلص من هذا البحث إلى أن الكتابة الإلكترونية كالكتابة العادية تصلح كوسيلة للتعبير الإرادي في مجال التعاقد الإلكتروني ويجب بالتالي أن تتسم بالوضوح وذلك لإمكانية الفهم عن طريقها. اما أهم النتائج التي توصلنا إليها في خاتمة البحث فتتمثل فيما يلي :

1. أن القانون السوداني اعتد بالكتابة الإلكترونية وأقامها مقام الكتابة العادية سواء في وظيفتها في انعقاد العقد أو في إثباته.
2. كل شروط الكتابة التقليدية المتمثلة في امكانية قراءتها وكذلك استمراريتها وعدم قابليتها للتعديل او الإضافة إلا بترك اثر واضح يدل على التعديل يمكن تحقيقها في الكتابة الالكترونية.
3. استعمالاً لحق الخصم في تقديم صور عن بيانات موجودة تحت يده والتأشير على تلك الصور بأنها صورة طبق الأصل، فإن لهذا أن يستخرج صورة عن السجل الإلكتروني المحفوظ تحت يده ويكتب عليها طبق الأصل

فالأصل في هذه الحالة هو السجل الإلكتروني المحفوظ لديه شريطة أن يكون هذا السجل موثقاً نظراً لأن السجل غير الموثق لا يجوز حجية في الإثبات.

4. يمكن قبول الكتابة الالكترونية في العقود الالكترونية والإثبات الالكترونية إذا توافرت شروطها المبينة في تشريعات المعاملات الالكترونية او التوقيع الالكتروني وذلك في كافة مجالات الكتابة التقليدية طالما أنها أصبحت لها ذات الحجية المقررة للكتابة التقليدية ومن ثم ليس ما يمنع من استيفاء الشكل الذي يتطلبه القانون لإبرام عقد وتسجيلها و الاحتجاج به في مواجهة الغير من خلال الكتابة الالكترونية طالما أدت الغرض الذي من اجله استلزم القانون او الاطراف شكلا معيناً.

5. اعتبر المشرع السوداني الكتابة الالكترونية بديلة للكتابة التقليدية بصفة عامة سواء كانت للإثبات او للانقضاء حيث نصت المادة (2/10) على انه " إذا اوجب القانون ان تكون المعلومات ثابتة بالكتابة او رتب أثراً قانونياً على عدم الالتزام فان ورود المعلومات في سجل الكتروني يفي بمتطلبات هذا القانون بشرط ان تكون المعلومات قابلة للوصول إليها واستخراجها لاحقاً عن طريق البث او الطباعة او غير ذلك".

6. ان الكتابة التقليدية على وسيط ورقي، والكتابة المستحدثة والقائمة على وسيط الكتروني يحققان ذات الوظيفة في الاثبات، وذلك من خلال اعتراف المشرع صراحة بذلك.

أما أهم التوصيات التي يمكن إبدائها في نهاية هذا البحث وتمثل في :

1. تعديل نصوص الاثبات التقليدية في القانون المدني لمنح الحجية القانونية للكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني بما يتلاءم مع التكنولوجيا المتقدمة.

2. تفعيل دور لجنة المصادقة الالكترونية السودانية ووضع قانون خاص بها، والاشتراط على الجهة المرخص لها بمزاولة اعمال التصديق باستخدام كادر فني موهل مع ضرورة ان يكون من ضمنه الجانب القانوني.

✓ قائمة بأهم مراجع البحث :

اولاً : المراجع القانونية :

- د. إبراهيم الدسوقي أو الليل " الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية " مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت ، 2003.
- د. ابوذر الغفاري بشير، العقد والارادة المنفردة، ط5، سنة 2004م.
- د. احمد عبد التواب بهجت، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والامريكي، دار النهضة العربية.
- د. احمد عز الدين أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، 1945م.
- د. أسامة أحمد شوقي المليجي " استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني " دار النهضة العربية ، 2000 م.د. بشار طلال أحمد مومني " مشكلات التعاقد عبر الإنترنت " عالم الكتب الحديث - الأردن ، ط 1 ، 2004 م.
- د. ثروت عبد الحميد " التوقيع الإلكتروني " مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة ، 2002م
- د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م.
- د. حسن جميعي " إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت " دار النهضة العربية ، 2000 م.
- د. عابد فايد عبد الفتاح، الكتابة الالكترونية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، سنة 2007م.
- د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت.

- د. عبد السلام على المزوغي " النظرية العامة لعلم القانون - القواعد العامة في الإثبات " دار الكتب الوطنية - بنغازي ، ط 1 ، 1994 م.
 - د. عبد العزيز المرسي حمود " مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية ، دار الفكر الجامعي.
 - د. علاء حسين مطلق، الدليل الإلكتروني في الإثبات المدني، دار النهضة العربية القاهرة، ط1، سنة 2011م.
 - د. عوض أحمد الزعبي، الوجيو في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، الطبعة الأولى 2007، دار وائل للنشر، عمان، الأردن.
 - د. محمد احمد اسماعيل، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية،
 - محمد صالح على (الهامي)، شرح قانون المعاملات المدنية، دار جامعة أم درمان الإسلامية للطباعة والنشر، سنة 2004م
 - 19. د. محمد أمين الرومي ، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008م.
 - د. محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط1، سنة 2011م.
 - د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، لجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإدارية - العقد والإرادة المنفردة، بدون طبعة، وبدون دار نشر.
 - 21. د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2009م.
 - د. ممدوح خيرى هاشم " مشكلات البيع الإلكتروني عبر الإنترنت " دار النهضة العربية ، 2000 ، ص 174
 - الياس ناصيف ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ، ص 97
 - د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر.
- ثانيا : الرسائل الجامعية والأبحاث :
- د. الواثق عطا المنان محمد أحمد، انعقاد العقد الإلكتروني، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، بحث محرم 1430 هـ - ديسمبر 2008م.
 - محمد احمد اسماعيل، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية،
- ثالثا : التشريعات والقوانين :
- قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م
 - قانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة 2004م
 - قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001م
 - قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996م
 - نظام التعاملات الإلكترونية السعودي لسنة 2007م
 - قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000م
 - قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي لسنة 2006م
 - قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م

شروط وقف تنفيذ القرارات الإدارية في التشريع الجزائري وتطبيقاتها أمام القضاء الاستعجالي



الأستاذ الدكتور : **عمار بوضيف** كلية الحقوق
والعلوم السياسية جامعة تبسة - الجزائر
مسؤول فريق التكوين في الدكتوراه قانون عام

مقدمة :

يتميز القرار الإداري أيا كانت الجهة المصدرة له بالطابع التنفيذي، فما إن صدر وجب تنفيذ مضمونه ولو كان غير مشروع. لأنه يتصور ويفترض في قرارات الإدارة الصحة والسلامة، وأن موضوعها يلائم التشريع والتنظيم. وهذا مظهر من مظاهر السلطة العامة، فلا تحتاج الإدارة لتنفيذ قراراتها اللجوء للقضاء.

غير أنه من جهة أخرى ينبغي الاعتراف أن تنفيذ قرار إداري، ثم إلغاء قضاء في مرحلة لاحقة لعدم مشروعية، قد يجعلنا أمام نتائج قانونية يستحيل أو يصعب استدراكها فيما لو نطق القضاء بحكم الإلغاء. لذا وجب وتوخيا للتوازن والإنصاف والعدل الاعتراف للمعني بالقرار باللجوء للقضاء والمطالبة بتوقيف سريانه. ومن هنا تبرز أهمية دعوى وقف تنفيذ قرار إداري كدعوى إدارية فرعية مستقلة عن دعوى الإلغاء من جهة، ومرتبطة بها من جهة أخرى.

ولقد فرض علينا الاستعمال الكبير، والانتشار الواسع لدعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية سواء أمام المحاكم الإدارية في الجزائر أو أمام مجلس الدولة، الاهتمام بهذه الدعوى وتسليط الضوء عليها من الناحية القانونية ومن ناحية التطبيقات القضائية أيضا.

ويكفي لإبراز أهمية البحث في هذا الموضوع دون سواه أن المخاطب بالقرار الإداري يستفيد في حال قبول دعواه من قبل الجهة القضائية المختصة واقتناع القاضي الإداري بحيثيات ملف الدعوى المعروضة عليه، وبعد استيفاء جملة شروطها، بتحقيق هدفه الأول المتمثل في وقف تنفيذ القرار الإداري ولو بصفة مؤقتة. وتجبر الإدارة المصدرة للقرار حينئذ بالامتناع عن الاستمرار في تنفيذ القرار الإداري محل دعوى وقف التنفيذ بأمر من القضاء . وهو الأمر الذي

يبرر الاستعمال الكبير لهذه الدعوى على الساحة القضائية لمنافعها الكبيرة بالنسبة لأصحاب المصلحة والمعنيين بالقرار الإداري.

وما تقدم يحق لنا طرح الإشكالية التالية :

إذا كانت دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية دعوى قديمة وضع أحكامها قانون الإجراءات المدنية الأول لسنة 1966، فما هي الإضافة التي حملها القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 بهذا الخصوص ومدى تأثير السلطات المعترف بها للقاضي الإداري على الطابع التنفيذي للقرار الإداري، وعلى مبدأ الفصل بين السلطات؟ وستتولى الإجابة على هذه الإشكالية من خلال الخطة التالية :

المبحث الأول : الطابع التنفيذي للقرار الإداري.

المبحث الثاني : تعريف دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري وتمييزها عن الدعاوى الأخرى.

المبحث الثالث : الشروط الشكلية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري.

المبحث الرابع : الشروط الموضوعية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري .

الخاتمة.

المبحث الأول : الطابع التنفيذي للقرار الإداري :

يتعين علينا قبل استعراض الشروط المتعلقة بدعوى توقيف سريان القرار الإداري انطلاقا من الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وانطلاقا من اجتهادات القضاء الإداري، أن نبرز أولا الطابع التنفيذي للقرار الإداري، لنعرف فيما بعد عما إذا كانت دعوى توقيف قرار إداري تهدد الطابع التنفيذي للقرار، أم أن هناك مقاصد أخرى يسعى المشرع لتحقيقها.

إن الإدارة باعتبارها هيئة عامة تتمتع بسلطات استثنائية وامتيازات في تنفيذ قراراتها. فتسري قراراتها في حق المخاطب بها وإن أبدى اعتراضا بشأنها، أو قدم تظلما إداريا، بل وحتى إن رفع دعوى قضائية، فيظل القرار الإداري يسري في حقه ما لم تبادر الجهة الإدارية نفسها أو جهة أعلى منها بسحب قرارها أو إلغائه.¹

وإذا كان المشرع الجزائري كباقي المشرعين قد وفر لجهة الإدارة ضمانات بخصوص تنفيذ قراراتها، فكفل لها التنفيذ ولو بالقوة العمومية، خلافا لما هو سائد في القانون الخاص، من أن الأفراد لا يمكنهم اقتضاء حقوقهم بأنفسهم، وإنما عليهم اللجوء للقضاء، فإنه بذلك افترض في القرار أن يكون محمولا على السلامة والمشروعية والصحة حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك.²

وتتمتع الإدارة بامتياز آخر من أنها طرف مدعى عليه في الوضع الغالب، وعلى الطرف المدعي إثبات عدم شرعية القرار وإبراز وجه مخالفتها للقانون أو التنظيم. ويلزم الأفراد بالامتثال لمضمون القرار وإن صدر مخالفا لقانون أو لتنظيم قائم .

1 JEAN RIVERO, droit administratif. 12 édition. Dalloz.1987. P, 110.

وأياضا الدكتور عمار بوضياف، القرار الإداري- دراسة تشريعية قضائية فقهية-، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص202.

الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 574.

2. أنظر: الدكتور محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 112.

وإذا كان القانون قد كفل للمعنيين بالقرار أحقية الطعن فيه إداريا أو قضائيا، فإن ذلك لا يعفيهم من الخضوع لمضمون القرار. لأن الإدارة تملك سلطة التنفيذ المباشر لقراراتها دون حاجة للجوء إلى سلطة أخرى.¹ فالقرار الإداري يتمتع منذ لحظة ميلاده و صدوره بالقوة التنفيذية لأنه يفترض فيه أن الإدارة أصدرته تنفيذا لقانون أو تنظيم ما. وعلى المخاطب بالقرار الإداري إثبات الوضع العكسي، وبطلب جهة الإدارة أو جهة القضاء بإلغاء هذا القرار ووضع حد له .

وبناء على ذلك فإن القرار الإداري مرتبط بقريته المشروعية. أي أنه يفترض فيه أنه صدر مطابقا للقانون في حدوده، ويراعي قواعده وأحكامه ومقتضياته. ومن ثم لا يقبل من الأفراد الامتناع عن تنفيذ القرارات الإدارية ويلزمون بالخضوع إليها على نحو مماثل طاعتهم للقانون.

ويرتبط تنفيذ القرار الإداري بالقوة التنفيذية التي يتمتع بها. فإذا كان تنفيذ القرار يقصد به إظهار آثاره في الحقيقة والواقع وإخراجه إلى حيز العمل والتطبيق، فإن هذا التنفيذ عبارة عن نتيجة حتمية للقوة التنفيذية. من أجل ذلك قيد المشرع الجزائي دعوى توقيف سريان قرار إداري بجملة من الشروط الشكلية والموضوعية وهذا طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما تشدد القضاء الإداري بصدد قبول دعاوى توقيف القرارات الإدارية على نحو لا يهدد كيان القرار الإداري .

وسنتولى فيما يلي بعد التعريف بدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري وتمييزها عن باقي الدعاوى الإدارية الأخرى بيان هذه الأحكام واجتهادات القضاء بشأنها.

1.JEAN RIVERO,op cit, 125

المبحث الثاني : تعريف دعوى الوقف :

يمكن تعريف دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري بأنها دعوى قضائية مستقلة بموجبها يطلب صاحب المصلحة من القضاء الإداري المختص توقيف سريان قرار إداري لأسباب موضوعية وسائغة وضمن الشروط والإجراءات التي حددها القانون.

وقد صنفت دعوى وقف تنفيذ قرار إداري بأنها إجراء استثنائي لأنها تتنافى مع مبدئين أصوليين استقر عليهما الفقه والقضاء أولهما الصيغة التنفيذية لأعمال السلطة العامة¹ وثانيهما عدم جواز تعطيل دعوى تجاوز السلطة لتنفيذ القرار الإداري².

وتجد دعوى الوقف أساسها القانوني في المواد من 833 إلى 837 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للدعوى المرفوعة أمام المحاكم الإدارية، والتي جاءت تحت عنوان " في وقف التنفيذ" كما تجد أساسها القانوني في المادة 910 من ذات القانون بالنسبة للدعوى المرفوعة أمام مجلس الدولة والتي جاءت تحت عنوان " في وقف تنفيذ القرارات الإدارية" و أحالتنا لنفس الأحكام المقررة أمام المحاكم الإدارية. وكذلك المادة 911 بمناسبة فصل مجلس الدولة في قضية استئناف مرفوعة أمامه. وتجد أساسها في المواد من 917 وما بعدها المتعلقة بأحكام الدعوى الاستعجالية.

المطلب الثاني : تمييز دعوى الوقف عن باقي الدعاوى الأخرى :

أولا : تمييز دعوى الوقف عن دعوى الإلغاء :

تقتضي دولة القانون من حيث الأصل خضوع كل قرارات السلطات العمومية للطعن القضائي، خاصة وأن الدستور الجزائري لسنة 2016 لم يحصن في مادته 161 أي قرار تصدره الإدارة من الطعن القضائي. وهذا هو العنوان الكبير لدولة القانون التي يمارس فيها القضاء الإداري دورا بارزا في إعلاء صوت القانون وفرض قواعده³. ويتجلى دور القضاء في النظر في سائر الأعمال الصادرة عن الإدارة بما فيها أعمالها الفردية ، فتكون عرضة إما لدعوى الإلغاء، أو دعوى التفسير، أو دعوى فحص المشروعية، أو دعوى وقف تنفيذ قرار إداري.

1.Yadh BEN ACHOUR. DROIT ADMINISTRATIF. 3eme édition. Centre de publication universitaire. Tunis. 2010. P 390.

وأيضا: الدكتور المكي السراجي والدكتورة نجات خلدون، معيار القرار الإداري، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 71، 2006، ص 51.

ريمون أودان، النزاع الإداري، الجزء الثالث، ترجمة سيد بالضياف، مركز النشر الجامعي، تونس، 2009، ص 273. الدكتور عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 17 وما بعدها.

2.عالج المشرع التونسي دعوى توقيف تنفيذ مقرر إداري بشكل مقتضب في فصل واحد هو الفصل 44 جاء به القانون عدد 40 الصادر في غرة جوان 1972 حيث أجاز لرئيس المحكمة الإدارية أن يأذن بتوقيف تنفيذ مقرر إداري، دون أن يحدد المشرع أحكام هذه الدعوى من حيث الشروط والإجراءات والأجال. وساهمت المحكمة الإدارية من خلال قراراتها في سد هذا النقص قبل مرحلة 1996 تاريخ الإصلاح الإجرائي.

لتفصيل أكثر انظر: مصطفى باهي، توقيف تنفيذ المقررات الإدارية، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول إصلاح القضاء الإداري المنعقد في تونس من 27 إلى 29 نوفمبر 1996، مركز النشر الجامعي، تونس، ص 212 وما بعدها.

وأيضا: الصغير الزكراوي، المحكمة الإدارية والحقوق الأساسية في تونس، مداخلة أقيمت بمناسبة اليوم الدراسي حول القضاء الإداري ودولة القانون بالمغرب العربي، الرباط يومي 17 و 18 أبريل 2008، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 59، 2008، ص 35 وما بعدها.

3. لتفصيل أكثر راجع: رامول زكرياء ، دور القاضي الإداري في تكريس دولة القانون، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، 2013، ص 13 وما بعدها.

وتطبيقا للأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي ضوء الممارسة القضائية، فإن دعوى وقف تنفيذ سريان قرار إداري والتي يصطلح عليها اختصارا بدعوى "الوقف"، هي دعوى منفصلة، ولها كيان ووجود مستقل. والدليل على ذلك أنها تتميز في موضوعها وأهدافها ونتائجها عن سائر الدعاوى الإدارية الأخرى. فهي تتميز عن دعوى الإلغاء، كون أن نيتها لا تضي إلى إلغاء قرار إداري، بل فقط التصريح بوقف سريانه لمدة يشير إليها القرار القضائي الناطق بالوقف. فالقرار الإداري حتى بعد صدور حكم الوقف يظل قائما وموجودا ، غاية ما في الأمر أن مضمونه لا ينفذ بأمر من القضاء.

و تختلف دعوى الإلغاء عن دعوى الوقف خاصة من حيث طبيعة الحكم و مضمونه و آثاره. فدعوى الإلغاء تعتبر دعوى موضوعية أي تتعلق بأصل الحق ، بينما دعوى الوقف مختلفة تماما. فقد تعرض أمام محكمة الموضوع وتحكمها حينئذ المواد من 833 إلى المادة 837 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وقد ترفع بعنوان دعوى استعجالية فتحكمها المواد 917 وما بعدها من ذات القانون.

و تختلف دعوى الإلغاء عن دعوى الوقف أيضا بما يلي: ¹

1- من حيث الموضوع :

تعتبر دعوى الإلغاء دعوى موضوعية أي تتعلق بأصل الحق المتنازع بشأنه، بينما دعوى الوقف تكيف في الغالب أنها دعوى تدبير الغرض منها ليس إعدام القرار الإداري المطعون فيه، وإنما توقيف آثاره إلى غاية الفصل في الموضوع أي دعوى الإلغاء .

2- من حيث طبيعة الحكم الفاصل :

يتم الفصل في دعوى الإلغاء المرفوعة أمام المحكمة الإدارية و كذلك المرفوعة أمام مجلس الدولة بموجب قرار فاصل في الموضوع إما برفض دعوى الإلغاء أو قبولها. بينما يفصل في دعوى الوقف بموجب أمر و هذا ما نصت عليه المادة 836 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها : " في جميع الأحوال تفصل التشكيلة التي تنظر في الموضوع في الطلبات الرامية إلى وقف التنفيذ بأمر مسبب "

و هذا بالنسبة للمحكمة الإدارية أو مجلس الدولة (حكم مشترك)

3- من حيث الشروط :

بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجده قد خص دعوى الوقف بكم معتبر من النصوص و الأحكام هذه الأخيرة التي فرضت توافر جملة من الشروط لقبول دعوى الوقف من بينها شرط رفع دعوى الإلغاء أولا و هذا ما نصت عليه المادة 834 بقولها : " لا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ما لم يكن متزامنا مع دعوى مرفوعة في الموضوع " . إذن لا وجود لدعوى وقف خارج أو بدون دعوى إلغاء كأصل عام. فقبول دعوى الوقف متوقف على رفع دعوى الإلغاء كدليل جدي من قبل المدعي. بينما دعوى الإلغاء دعوى قائمة بذاتها و مستقلة و لا يشترط لرفعها رفع دعوى سابقة لها و هذا الربط يعطي أهمية خاصة لدعوى الإلغاء.

1. لتفصيل أكثر بخصوص دعوى الإلغاء: راجع الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص

178. الدكتور عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة- تونس، الجزائر، فرنسا، مصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 249

وما بعدها. لحسين بن شيخ آث ملويا، دعوى تجاوز السلطة، دار ربحانة للكتاب، الجزائر، 2004، ص 58 وما بعدها.

4- من حيث مدة الفصل في الدعوى :

طالما كانت دعوى الوقف دعوى تدبير لا تمس بأصل الحق لذا فرض قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نص مادته 835 أن يتم التحقيق في طلب وقف التنفيذ بصفة مستعجلة و يتم تقليص الآجال الممنوحة للإدارة لتقديم ملاحظاتها. بينما دعوى الإلغاء هي دعوى موضوع يتم الفصل فيها بعد تمكين الأطراف من تقديم طلباتهم و دفعهم دون حاجة للفصل السريع في مضمونها .

5- من حيث مدة تبليغ الحكم :

طبقا للمادة 837 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هي مادة مشتركة تخص الأوامر الفاصلة في دعوى الوقف الصادرة عن المحاكم الإدارية أو الصادرة عن مجلس الدولة، فإن تبليغ الأمر القاضي بوقف القرار الإداري المطعون فيه يتم خلال 24 ساعة و يبلغ بكل الوسائل إلى الخصوم وإلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار. بينما قرار الإلغاء يخضع للأحكام العامة في مجال التبليغ ولا استعجال في تبليغه.

وإذا كانت دعوى الإلغاء تنعت بأنها أم الدعاوى الإدارية بالنظر لانتشارها أمام الجهات القضائية المختصة ليس في الجزائر فقط، بل وفي كل النظم القانونية والقضائية، فإن دعوى الوقف أيضا رغم طابعها الاستعجالي والمؤقت وأنها لا تمس بأصل الحق، فهي أيضا دعوى تشهد أيضا أمام جهات القضاء بعض التطور والانتشار سنة بعد أخرى. فلو أخذنا على سبيل المثال لا الحصر تونس نجد أن عدد دعاوى الوقف بلغ سنة 1975 فقط 4 دعاوى. ليقفز العدد سنة 1990 ليصل إلى 59 ثم تطور ووصل سنة 1995 ليلبلغ 99 دعوى. وبدأت الأرقام في تصاعد فوصلت سنة 2000 ل 130 قضية. وسنة 2005 ارتفع ليصل ل 295. وانخفض بعض الشيء سنة 2007 ليصل إلى 214 طلب وقف.¹ و هذه الأرقام تبين لنا أهمية دعوى الوقف في الواقع القضائي.

وتلتقي دعوى الإلغاء بدعوى الوقف أن كلا منها تعتبر دعوى إدارية مستقلة ترفع أمام القضاء الإداري المختص المحكمة الإدارية أو المجلس الدولة حسب الحال، وتنتظر في كل منها تشكيلة جماعية و هذا ما نصت عليه المادة 836 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بالنسبة للدعاوى المعروضة أمام مجلس الدولة باعتباره جهة قضائية ابتدائية نهائية بحكم الإحالة المقررة بموجب المادة 910.

ثانيا : تمييز دعوى الوقف عن دعوى فحص و تقدير المشروعية :

لم يعرف المشرع الجزائري دعوى فحص المشروعية سواء في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 الملغى. أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008. وعلى المستوى الفقهي عرفها الدكتور عمار عوابدي : " بأنها دعوى موضوعية وعينية من دعاوى قضاء الشرعية تتحرك وترفع من خلال الدفع بعدم الشرعية في أحد القرارات الإدارية أو الأحكام القضائية الإدارية النهائية أثناء النظر والفصل في دعوى قضائية عادية أصلية".²

وتستمد دعوى فحص المشروعية وجودها القانوني من خلال مجموعة نصوص يمكن حصرها فيما يأتي :

1. أنظر: المستشار حسين عمارة، توقيف تنفيذ المقررات الإدارية، منشورات مدرسة الدكتوراه، جامعة صفاقس، تونس، 2010، ص 75

2. أنظر: الدكتور عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 6.

الدكتور محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2009، ص 212

-القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المعدل والمتمم يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله حيث جاء في المادة 9 منه : " يختص مجلس الدولة ابتداءً ونهائياً في: ... الطعون بالتفسير ومدى مشروعية القرارات التي تكون من اختصاص مجلس الدولة."

-القانون 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية حيث جاء في المادة الأولى منه: " تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية."

-القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. حيث جاء في المادة 801 عبارة : " ... ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة... " وبدأ النص يعدد الجهات الإدارية بأنها :

-الولاية والمصالح الإدارية غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.

-البلدية والمصالح الأخرى للبلدية.

-المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية."

كما جاء في المادة 901 من ذات القانون عبارة : " وتقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات المركزية." واستنادا للنصين سابقين الذكر يبدو جليا أن دعوى فحص المشروعية تتعلق حصريا بالقرارات الإدارية سواء كانت قرارات تحكم مراكز فردية، أو قرارات تنظيمية.¹

وتتميز دعوى الوقف عن دعوى فحص المشروعية أن موضوع هذه الأخيرة يتعلق بمدى ملائمة القرار المطعون فيه للقانون أو التنظيم. وبالتالي لا تستطيع جهة القضاء المعروض عليها دعوى الفحص التصريح بإلغاء القرار الإداري، ولو ثبت عدم مشروعيته، إذا كان صاحب المصلحة أراد من خلال دعواه فقط معرفة رأي القضاء في قرار ما، وفحص مدى مسيرته للقانون أو التنظيم. لأنه لا يجوز قانونا لجهة القضاء أن تقضي بما لم يطلب، وأن عليها التقييد بموضوع الدعوى دون الخروج عنها.

ثالثا: تمييز دعوى الوقف عن دعوى التعويض:

يمكن تعريف دعوى التعويض بأنها دعوى من خلالها يطلب صاحب الشأن من الجهة القضائية المختصة القضاء له بمبلغ من المال تلزم إدارة ما بدفعه نتيجة ضرر أصابه. وقد تتعلق المسؤولية الإدارية بقرار إداري، مثلما هو الحال بالنسبة لقرار نزع الملكية للمنفعة العمومية أو قرار الاستيلاء على عقار. كما قد تتعلق دعوى التعويض بعمل تعاقدية مثلما هو الحال بالنسبة للصفقات العمومية، أو العقود الإدارية كعقد الامتياز.² وقد تتعلق بعمل مادي باشرته الإدارة فسبب ضررا للغير بما مكن الطرف المضرور من مقاضاتها والمطالبة بجبر الضرر.³ فهي دعوى كثيرة

1. لمعرفة مبررات دعوى فحص المشروعية: راجع الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية ، ص 182. الدكتور محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 214.

2. أنظر: الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، ص 107.

وأبضا: الدكتور محمد محفوظ، المسؤولية المدنية والمسؤولية الإدارية التأثير والتأثر، جلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، عدد خاص، 2006، ص 35 وما بعدها. الدكتور نعمان نصيري، استقلالية قواعد المسؤولية الإدارية عن قواعد المسؤولية المدنية، مجلة القانون والسياسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، تونس، العدد الأول 2012، ص 70 وما بعدها.

3. أهنية حميد ، المسؤولية المدنية للإدارة العامة عن أعمالها المادية، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، العدد الثالث، 2006، ص 84.

الانتشار أمام الجهات القضائية، كما أنها دعوى قريبة جدا من الدعوى المدنية في الوضع الغالب. وتتميز بمظهر أن القضاء الإداري قد يحمل جهة الإدارة التعويض رغم عدم ثبوت ارتكاب خطأ من جانبها وهذا ما أصطلح عليه بالمسؤولية على أساس المخاطر.

و تتميز عن دعوى الوقف عن دعوى التعويض بما يلي :

1- من حيث الهدف من رفع الدعوى :

إن الهدف الأساس من خلال رفع دعوى التعويض هو الحصول على مبلغ مالي لجبر الضرر الذي أصاب الطرف المضرور نتيجة عمل انفرادي قامت به الإدارة، أو نتيجة الإخلال بالتزامات تعاقدية، أو نتيجة عمل مادي. بينما الغرض الأساس من دعوى الوقف هو وضع حد ولو مؤقتا لسريان قرار إداري.

2- من حيث الجهة القضائية المختصة :

طبقا لقواعد الاختصاص النوعي المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ترفع دعوى التعويض دائما أمام المحكمة الإدارية ولو تعلق الأمر بسلطة مركزية. بينما دعوى الوقف قد يؤول الاختصاص بالنظر فيها ابتداءً ونهايا أمام مجلس الدولة وفق ما سنبينه لاحقا.¹

3- من حيث سلطة جهة القضاء :

ما دامت دعوى التعويض ذات المجال الواسع كما بينا، فقد تتعلق بقرار، أو بعقد، أو بعمل مادي باشرته الإدارة عن طريق أعوانها. فإن القضاء يمارس سلطة واسعة في تحميل الإدارة المسؤولية من عدمها.

فقد ينطق القضاء بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، أي وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية طبقا للقواعد العامة، وهنا تلتقي دعوى التعويض بالدعوى المدنية التي يفصل فيها القضاء العادي. كما قد يلزم القضاء جهة الإدارة بدفع التعويض ولو لم يثبت ارتكابها للخطأ على أساس ما يسمى بالمسؤولية على أساس المخاطر أو المسؤولية دون خطأ. ولا يمكن مجال من الأحوال أن يقرن رافع دعوى الوقف طلب وقف سريان قرار إداري بتعويض، لاختلاف موضوع الدعويين، واختلاف سلطة القضاء بشأن كل واحدة منها.

وتأسيسا على ما تقدم، وتكريسا لدولة القانون، و ضمنا لمشروعية الأعمال الإدارية، أجاز المشرع للأفراد اللجوء للقضاء إما بقصد الحصول على تعويض، أو بقصد تفسير قرار إداري، أو فحص مشروعيته، أو طلب إلغائه، كما أجاز لهم و تكريسا للحق في التقاضي طلب وقف تنفيذ قرار إداري .

و من المناسب الإشارة أن دعوى الوقف رغم استقلالها عن باقي الدعاوى الإدارية الأخرى، ورغم تمتعها بأحكام خاصة ومميزة سنشير لاحقا إليها، تربطها علاقة بباقي الدعاوى الإدارية الأخرى كدعوى الإلغاء أو التعويض أو التفسير أو الفحص أنها تعرض على ذات جهة القضاء المختص بالفصل في الدعاوى الإدارية. كما يتم رفعها بواسطة محام خارج إطار الاستثناء المقرر قانونا بموجب المادة 827 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وأنها تخضع لقواعد الاختصاص النوعي والإقليمي، وتخضع للرسوم القضائية، ولبدأ الوجيهية وغيرها من المبادئ المشتركة مع باقي الدعاوى.

1. أنظر: قرار مجلس الدولة الغرفة الأولى، بتاريخ 15-06-2004 تحت رقم 013944 المنشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 5، ص 35. وكذلك قراره الصادر عن

الغرفة الثانية بتاريخ 15-10-2002 والمنشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 117.

رابعاً: تمييز دعوى الوقف عن دعوى التفسير:

عرف الدكتور عمار عوابدي دعوى التفسير بأنها: "الدعوى القضائية الإدارية التي تحرك وترفع من ذوي الصفة القانونية والمصلحة أمام الجهة القضائية المختصة وهي أصلاً جهة القضاء الإداري في النظم القضائية التي يوجد بها نظام القضاء الإداري... ويطلب فيها من سلطة القضاء المختص تفسير تصرف قانوني إداري غامض ومبهم من أجل تحديد المراكز القانونية وتوضيح الحقوق والالتزامات الفردية."¹

ومن خلال هذا التعريف يبرز لنا الهدف من رفع دعوى التفسير المتمثل أساساً في إزالة الغموض عن عبارات مطلقة أو غير محددة تضمنها قرار إداري. فسلطة جهة القضاء الفاصلة في الدعوى تنحصر في الكشف عن إزالة الغموض الوارد في القرار محل دعوى التفسير، دون محاولة منه لإلغائه، أو توقيفه، أو التعويض عنه. وهي دعوى من النادر أن ترفع أمام القضاء، رغم تناولها من حيث التشريع منذ قانون الإجراءات المدنية الأول وإلى غاية القانون الحالي.

وتستمد دعوى التفسير وجودها القانوني كدعوى الإلغاء ودعوى التفسير من النصوص التالية:

- القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المعدل والمتمم يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله حيث جاء في المادة 9 منه: "يختص مجلس الدولة ابتداءً ونهاياً في: ... الطعون بالتفسير ومدى مشروعية القرارات التي تكون من اختصاص مجلس الدولة."

- القانون 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية حيث جاء في المادة الأولى منه: "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية."

- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث جاء في المادة 801 عبارة: "... والدعاوى التفسيرية... للقرارات الصادرة..." وبدأ النص يعدد الجهات الإدارية بأنها:

- الولاية والمصالح الإدارية غير المركزية للدولة على مستوى الولاية.

- البلدية والمصالح الأخرى للبلدية.

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية."

كما جاء في المادة 901 من ذات القانون عبارة: "يختص مجلس الدولة... بالفصل في دعاوى... التفسير... في القرارات الصادرة عن السلطات المركزية." واستناداً للنصين سابق الذكر يبدو جلياً أن دعوى فحص التفسير تتعلق حصرياً بالقرارات الإدارية سواء كانت قرارات تحكم مراكز فردية، أو قرارات تنظيمية.

ولقد ذهب مجلس الدولة في قرار صدر عنه بتاريخ 15-04-2003 الغرفة الأولى تحت رقم 012355 فهرس 304 بأن الجهة القضائية المقدم أمامها طلب التفسير ينبغي أن تقتصر على الإجابة على مسألة التفسير ولا يجوز تغيير العقد أو القرار ولا حتى إبطالهما.²

1. أنظر: الدكتور عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 92.

الدكتور محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 205.

2. أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006، ص 178.

المبحث الثالث : الشروط الشكلية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري وموقف القضاء منها :

قيد قانون الإجراءات المدنية والإدارية استعمال هذه الدعوى بتوافر جملة من الشروط الشكلية نبينها فيما يلي:

- وجوب رفع دعوى إلغاء أو ثبوت رفع تظلم¹:

إلى جانب الشروط الشكلية العامة الواجب توافرها في كل دعوى مرفوعة أمام القضاء والتي حملتها المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي تنطبق على الدعاوى المدنية والدعاوى الإدارية²، وجب حتى تقبل دعوى وقف تنفيذ قرار إداري أن تسبق بدعوى موضوعية مفادها إلغاء القرار الإداري ذاته محل دعوى الوقف. وعلى المدعي إثبات ذلك حتى يتأكد قاضي الوقف أن هناك قضية منشورة أمام ذات الجهة القضائية موضوعها إلغاء قرار إداري³. أو أن يثبت المدعي رفعه لتظلم أمام نفس الجهة مصدرة القرار.

وتبدو الحكمة في اشتراط رفع دعوى إلغاء لقبول دعوى الوقف كون أن سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية مشتقة من سلطة الإلغاء و فرع منها. فلا يصح المطالبة بوقف تنفيذ قرار إداري ولم يبادر المعني بالأمر برفع دعوى إلغاء. ولم يثبت رفعه لتظلم. لأن حكم الوقف حكم مؤقت. وسيطرح الإشكال عند صدوره دون اشتراط رفع دعوى إلغاء فيما يخص حدود وآجال الوقف. ثم أن اشتراط رفع دعوى الإلغاء يبرهن على جدية رافع دعوى الوقف. فإقباله على رفع الدعويين ولو أمام نفس الجهة القضائية فيه دلالة على جديته وحرصه بما يفرض على السلطة القضائية المختصة النظر في أمره .

ولقد جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية متشددا بالنسبة لشرط رفع دعوى في الموضوع، أي دعوى إلغاء، وهو ما حملته المادة 834 بقولها: "تقدم الطلبات الرامية إلى وقف التنفيذ بدعوى مستقلة.

لا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ما لم يكن متزامنا مع دعوى مرفوعة في الموضوع أو في حالة التظلم المشار إليه في المادة 830 أعلاه."

1.أنظر: الدكتور المستشار عبد العزيز نويرة، المنازعة الإدارية في الجزائر تطورها وخصائصها- دراسة تطبيقية- مجلة مجلس الدولة، العدد 8 ، 2006، ص 96 وما بعدها.

2. لتفصيل أكثر بخصوص الشروط الشكلية للدعوى راجع: الدكتور حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 173 وما بعدها. ولمعرفة تطبيقات القضاء الإداري الجزائري لهذا الشرط راجع: لحسين بن شيخ آث ملوينا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 184. الدكتور خليل بوصنوبر، الوسيط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 145. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية- شروط قبول الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 7 وما بعدها.

3 يشترط القانون المصري رفع دعوى الوقف والإلغاء في صحيفة واحدة. راجع بخصوص موقف الفقه المصري محمد السيد عبد المجيد البيديق، نفاذ القرارات الإدارية في حق الأفراد ، سالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2002، ص 316 وما بعدها.

وأياضا: سعد سعود سمية، سلطات القاضي الإداري في الاستعجال، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2013، ص 64.

فيصل نسيغة، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المنتدى، العدد السادس، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة بسكرة، ص 154.

عبد العالي حاحه وأمال يعيش ، قراءة في سلطات القاضي الإداري الاستعجالية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية: نفس العدد من مجلة المنتدى، ص 137.

وهذه مادة تنطبق على الدعاوى المرفوعة أمام مجلس الدولة أو المرفوعة أمام المحاكم الإدارية حسب قواعد الاختصاص النوعي طبقا للمادة 910 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي أحالتها جملة على المواد من 833 إلى 837 من ذات القانون.

وحمل نص المادة 834 في مضمونه عبارة توحى أن التظلم، وهو إجراء جوازي طبقا للمادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذا استوفاه المعني، أي أنه قدم تظلماً أمام الجهة مصدرة القرار، قد ينجم عنه قبول دعوى الوقف.¹ فكأنما الإصلاح الجديد يتجه إلى تبسيط القواعد الإجرائية، وأن التظلم إن ثبت وجوده وثائقيا حل محل دعوى الإلغاء كإجراء شكلي. أي لم تعد المحكمة الإدارية ولا مجلس الدولة في حاجة لاشتراط ما يثبت وجود دعوى الإلغاء في حال ثبوت ما يؤكد وجود تظلم. لذا جاءت المادة 834 بعبارة: "...أو في حالة التظلم المشار إليه في المادة 830 أعلاه."

ولا ينبغي أن نصرف النظر عن مسألة جد مهمة أن المعني بالقرار قد يفضل طريقة التظلم لاعتبارات عديدة يأتي على رأسها أن التظلم إجراء بسيط، خاصة وأنه يتم أمام نفس الجهة مصدرة القرار. كما أنه غير مكلف كدعوى الإلغاء التي تفرض عليه تحمل أعباء توكيل محام على سبيل الوجوب.² ثم عن التظلم يكسب المعني كثيرا من الوقت فقد تجيبه الجهة المعنية في زمن قصير، وتكون الإجابة لصالحه مما قد يجنبه تحمل نتائج التقاضي، دون أن ننسى أن التظلم يعد وسيلة من وسائل حسم النزاع خارج دائرة القضاء بما يخفف العبء على مرفق القضاء، ويقلل من حجم الدعاوى المرفوعة أمامه.³

وإذا كان حكم أو قرار الوقف مرتباً بقضاء الإلغاء، بما يعني أن قاضي الوقف إذا اقتنع بتوافر كل الشروط الموضوعية والشكلية في الدعوى المرفوعة أمامه أصدر أمره بتوقيف سريان القرار الإداري إلى غاية البت في دعوى الموضوع. فالسؤال يطرح في حال رفع التظلم بماذا سيربط قاضي الوقف أمره القضائي طالما لم ترفع دعوى الإلغاء؟ تبدو الإجابة عن هذا السؤال غير واضحة بشكل صريح في المادة 834 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. غير أننا نعتقد أنه طالما ذكر المشرع المبدأ وهو تزامن دعوى الوقف مع دعوى الإلغاء، ثم أورد استثناء على القاعدة مفاده وجود تظلم وذكر هذا بعبارة: "أو في حالة التظلم..." من هنا سينطق قاضي الوقف بالعبارة التالية: وقف تنفيذ... إلى غاية صدور جواب الإدارة عن التظلم المرفوع أمامها.

1. تشدد مجلس الدولة قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص شرط التظلم عندما كان إجراء جوهريا قبل رفع دعوى الإلغاء. أنظر على سبيل المثال آخر قرار منشور صدر عنه بتاريخ 31-10-2006 الغرفة الثالثة، تحت رقم 26083 فهرس 884 حيث أورد المجلس عبارة: "من المستقر عليه أنه يجب أن يكون التظلم الإداري المسبق واضحا في مضمونه مبينا تاريخ القرار المتظلم منه ورقمه والجهة التي أصدرته... ولا تقبل الدعوى الإدارية التي يختلف مضمونها عن مضمون التظلم الإداري المسبق."

أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006، ص 212.

2 أنظر المادة 826 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ولتفصيل أكثر راجع: الدكتور عمار بوضياف، وجوبية المحامي في المنازعة الإدارية. مجلة الفقه والقانون، عدد 35 لسنة 2015، المغرب، ص 37.

3 أنظر: الدكتور عمار بوضياف، المنازعة الإدارية في القانون الجزائري بين إجراء التظلم المسبق والصلح، مجلة تواصل، جامعة عنابة، العدد 15، 2005، ص 157. ولتفصيل أكثر: راجع موسى نورة، التظلم الإداري والصلح، مذكرة ماجستير، جامعة تبسة، 2006، ص 30 وما بعدها.

- موقف القضاء الإداري الجزائري :

لقد استقر القضاء الإداري في الجزائر قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التمسك بشرط رفع دعوى الإلغاء قبل رفع دعوى الوقف. ويتجلى ذلك واضحا في قرارات الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا وقرارات مجلس الدولة في مرحلة لاحقة:

1- الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا :

ذهبت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ 16-06-1990. بلدية عين أزال ضد (ب.س).إداري.¹ إلى القول : " من المستقر عليه قضاء أن القاضي الإداري لا يمنح وقف تنفيذ قرار إداري ما لم يكن مسبقا بدعوى مرفوعة ضده في الموضوع.

ومن ثم فإن القرار المستأنف ضده بوقف الأشغال الجارية على قطعتي الأرض المتنازع عليها بناء على مقرر إدراجها دون وجود دعوى بطلان يستوجب الإلغاء".

2- موقف مجلس الدولة الجزائري :

لم يجد مجلس الدولة الجزائري عما كان عليه قضاء الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا من حيث وجوب اشتراط رفع دعوى إلغاء قبل المطالبة بتوقيف سريان القرار الإداري قضائيا ويتجلى ذلك من خلال قرارات كثيرة نذكر منها: أ- قرار مجلس الدولة بتاريخ 07-01-2003 الغرفة الخامسة ملف رقم 13397 قضية ر-ل ضد ب.ع ومن معه.²

أقر مجلس الدولة في القضية أعلاه مبدأ ارتباط دعوى الإلغاء بدعوى الوقف. وتتلخص وقائع الدعوى في أنه تم انتخاب المدعي كرئيس للمجلس الوطني للخبراء المحاسبين في شهر أكتوبر 2000 لمدة سنتين. حيث أنه قام بتحضير انعقاد جلسة عامة للنقابة التي أجريت يوم 04-05-2002.

حيث أن المدعي يشير أن المجلس اجتمع من جديد في جلسة غير عادية تحت رئاسة السيد ب.ع وبطريقة غير قانونية واتخذ قرار عزله من رئاسة المجلس. وتم نشر هذا القرار في الجرائد اليومية. ولذا هو يلتمس وقف تنفيذ هذا القرار التعسفي.

وكان موقف مجلس الدولة :

حيث أنه من الثابت أن مجلس الدولة مختص طبقا للمادة 9 من القانون 98-01. في الطعون بالبطلان المرفوعة ضد القرارات التنظيمية والفردية الصادرة عن المنظمات الوطنية.

حيث أن القرارات تنحصر في القرارات التنظيمية والفردية الصادرة تجاه أعضائها دون القرارات المتعلقة بتسييرها الداخلي الذي يرجع الفصل فيها من طرف الجهات القضائية الإدارية المختصة إقليميا.

حيث أنه من الثابت من عناصر الملف أن النزاع يتعلق بقرار فردي يرجع الفصل فيه إلى مجلس الدولة لكن حيث من الثابت أن إجراء وقف التنفيذ يشكل طبقا للمادة 283 من قانون الإجراءات المدنية إجراء دعوى أصلية لبطلان القرار محل الطلب وبما أن هذه الدعوى لم ترفع فيتعين رفض الطلب .

1. أنظر المجلة القضائية العدد الأول ، 1993 ، ص 131.

2. أنظر مجلة مجلس الدولة ، العدد 4 ، 2003 ، ص 135.

ب- قرار مجلس الدولة بتاريخ 01-04-2003 ملف رقم 14489 الغرفة الخامسة بنك AIB ضد البنك المركزي الجزائري¹.

أقر مجلس الدولة في القضية المذكورة مبدأ وجوب رفع دعوى إلغاء قبل رفع دعوى الوقف. وأن طلب الوقف يشكل إجراء تبعياً لطعن أصلي هو دعوى الإلغاء لا يخول لأصحاب المصلحة رفع دعوى وقف بعد الفصل في دعوى الموضوع . بما ينبغي رفع دعوى الوقف قبل النظر في دعوى الإلغاء. وهو شرط يدعمه الفكر القانوني.

ج- قرار مجلس الدولة بتاريخ 25-05-2004 الغرفة الخامسة ملف رقم 017749 بلدية بسكرة ضد ورثة ق.ص². لقد قدم مجلس الدولة في القضية المذكورة تفسيراً واضحاً لمضمون المادة 283 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الملغى بقوله:

حيث وبالنتيجة فإن القرار المطعون عليه في المادة 283 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية يعني القرارات الإدارية المطعون فيها بالإبطال ويعني كذلك القرارات المستأنفة (قرارات صادرة ابتدائياً).

حيث أن بلدية بسكرة تلتزم وقف تنفيذ القرارات الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 26-01-2003 والذي يلزمها بدفع مبلغ 6.670.500 دج.

وبالنتيجة :

أمر مجلس الدولة بوقف تنفيذ القرار

- دعوى وقف التنفيذ القرار السلبي وموقف الفقه والقضاء منها :

ينبغي التصريح أن فقه القانون وكذلك فقه القضاء اختلفا بشأن قابلية القرار السلبي لأن يكون موضوعاً لدعوى وقف تنفيذ القرار. فقد تشدد مجلس الدولة الفرنسي كثيراً بخصوص القرارات السلبية. والسبب في ذلك أن الأمر بوقف تنفيذ قرار سلبي يعني ببساطة أن القضاء الإداري حل محل الإدارة في ممارسة نشاطها، وتمكن من خلال هذه الدعوى أن يصدر أوامر إليها، وهو ما يجعله متجاوزاً لاختصاصه. ومن الطبيعي القول أن قواعد الاختصاص من النظام العام لا يجوز مخالفتها³.

وقدر جانب من الفقه هذه الحجة بأنها ضعيفة، لأن توقيف القرار الإيجابي هو الآخر يتضمن أمراً للإدارة بأن تتوقف على ما أقدمت عليه. ثم أن رقابة القضاء الإداري للإدارة هي رقابة مشروعية، وسلطة وقف التنفيذ من ضمنها، ولا يمكن وصف ذلك على أنه تدخل في عمل الإدارة، أو تجاوز للسلطة ولقواعد الاختصاص. لذلك اتجه الفقه الحديث إلى الاقتناع بفكرة قابلية القرار السلبي لأن يكون محلاً لدعوى وقف تنفيذ القرار. ثم أن الاعتبارات التي تقوم عليها دعوى الوقف⁴ تبرر فكرة الطعن تعميم كل القرارات الصادرة عن الإدارة بما فيها القرارات السلبية.

ولقد تشددت المحكمة الإدارية في تونس بشأن دعوى توقيف قرار إداري سلبي، واتجه قضاؤها نحو إرساء المبدأ العام وهو عدم قابلية القرار السلبي للطعن فيه بدعوى التوقيف، وبررت المحكمة ذلك أن الإدارة في القرار السلبي تقتصر

1. أنظر مجلة مجلس الدولة ، العدد 4 ، 2003، ص 138 ذات القرار منشور في مجلة مجلس الدولة ، العدد 6، لسنة 2005، ص 84.

2. أنظر مجلة مجلس الدولة ، العدد 5 ، 2004، ص 229.

3. أنظر الدكتور خالد الزبيدي، القرار الإداري السلبي في الفقه والقضاء الإداري، مجلة الحقوق، مجلس النشر الجامعي، جامعة الكويت، العدد 3، السنة 30، سبتمبر 2006، ص 385 وما بعدها. الدكتور عياض بن عاشور، المرجع السابق، ص 433.

4. أنظر: غيتاوي عبد القادر، القرار الإداري بين نفاذه وجواز وقف تنفيذه، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد التاسع، جوان 2013، ص 196.

على رفض الطلب المقدم من صاحب الشأن أمامها. ويجوز استثناء رفع هذه الدعوى إذا ثبت التأثير في الوضعيات أو المساس بالمراكز القانونية.¹

المبحث الرابع : الشروط الموضوعية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري أمام قاضي الاستعجال :

ينبغي الإشارة في البداية أن المشرع الجزائري لم يكن واضحا مفصلا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن الشروط الموضوعية لدعوى الوقف وترك الأمر للقضاء بما له من سلطة تقديرية. واستنادا للقرارات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا، ولقرارات مجلس الدولة في المرحلة منذ 1998 وإلى غاية المرحلة الحالية، نستنتج أنه حتى يستجيب قاضي الوقف في الجزائر لموضوع الدعوى المرفوعة أمامه وجب أن يتأكد من توافر جملة من الشروط هي :

1- شرط (الاستعجال) :

أشارت عديد الدراسات المتخصصة أنه من الصعوبة بمكان إعطاء تعريف محدد دقيق للاستعجال المؤقت والمطلوب.² وقد عرفه جانب من الفقه بأنه الضرورة التي لا تتحمل تأخيرا. أو الضرورة الداعية إلى اتخاذ الإجراء المؤقت المطلوب.³ أي أن يترتب على تنفيذ القرار الإداري نتائج يتعذر تداركها. والقاضي وحده هو من يقدر ما إذا كان يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها من عدمه لكي يأمر بوقف التنفيذ أو يرفض الطلب. وهو ما عبر عنه القضاء الفرنسي بالضرر الذي لا يمكن إصلاحه، أو الضرر الذي يستحق الاعتبار. وعبر عنه أيضا بالضرر الجسيم وأحيانا أخرى بالضرر الحقيقي. وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر شرط الاستعجال أو الضرر بأنه : " مؤدي ركن الاستعجال أن يكون من شأن تنفيذ القرار المطعون فيه أن تترتب عليه نتائج يتعذر تداركها"⁴. وعرفته محكمة التمييز الأردنية بأنه : "الخطر الحقيقي المحقق بالحقوق المطلوب حمايته بإجراء وقفي والذي يلزم درءه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده."⁵

أما المحكمة العليا في الجزائر في غرفتها الإدارية فقد عرفت الاستعجال من خلال القرار رقم 92189 بتاريخ 22 مارس 1992 بأنه : " نكون أمام حالة استعجال كلما كنا أمام حالة يستحيل حلها فيما بعد"⁶. ولعل أبرز مثال على

1. أنظر المستشار حسين عمارة، المقال السابق، ص 95.

2. أنظر الدكتور الغوثي بن ملحمة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 10. وأيضا بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، رسالة ماجستير مطبوعة، مطبعة قرفي، باتنة، 1995، ص 33. الدكتور محمد ابراهيمي، القضاء المستعجل، الجزء الأول، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 7 وما بعدها. حسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، المرجع السابق، ص 12.

3. أنظر الدكتور معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المتعجلة وقضاء التنفيذ، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، منشأة المعارف، ص 41.

وأيضا : ALI FILALI. l'urgence et la compétence de la juridiction des référés. thèse de magister .université d'Alger. 1987.p 15 et s.

Rachid ZOUAIMIA. Marie Christine ROUAULT. Droit Administratif BERTI EDITIONS .Alger. 2009.p 274.

4. أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ : 02-03-1985 أشار إليه محمد السيد عبد المجيد البيديق ، الرسالة السابقة ، ص 326

5. أنظر: الدكتور عادل سالم اللوزي، مدى احترام تعدد درجات التقاضي في القضاء المستعجل -دراسة في القانونين الأردني والعماني، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد السابع، ص 297.

6. أنظر المجلة القضائية، العدد الأول، 1993.

ذلك أن يرفع الطالب دعوى توقيف قرار إداري قضي بإلغاء تسجيله أو فصله . فإذا أثبت أن دورة الامتحان على وشك الانطلاق وأن إلغاء القرار المطعون فيه سيصدر بعد انتهاء الدورة بما يتعذر تدارك الامتحان جاز للقاضي الأمر بتوقيف القرار إذا توافرت بقية الشروط الأخرى.¹

وجاء شرط الاستعجال واضحاً في المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وحملته العبارة التالية: "...متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك..."². ومن المفيد الإشارة أن أحكام المواد من 919 إلى 922 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وردت تحت عنوان الفصل الثاني الاستعجال الفوري القسم الأول في سلطات قاضي الاستعجال. ولما كانت دعوى الوقف قد تعرض الجهة القضائية باعتبارها دعوى استعجالية، فإنه يجب أن تخضع لما تخضع له هذه الأخيرة من أن القضاء الاستعجالي ليس قضاء تأكيد حقوق أو تعديلها أو إلغاء حق أو مركز قانوني والفصل فيه بحكم نهائي، وإنما هو قضاء وقتي يبرره خطر داهم أو يتضمن ضرر قد يتعذر أو يصعب إزالته² وهو قضاء كما وصفه الفقه هو قضاء تستوجبه وتمليه قواعد حسن سير العدالة، وشأن القاضي المستعجل في ذلك شأن الطبيب في الاستعجالات الطبية الذي تقتصر مهمته على اتخاذ التدابير اللازمة وليس تشخيص المرض أو تقديم وصفة لعلاجه.³

- تطبيق مجلس الدولة لهذا الشرط :

طبق مجلس الدولة هذا الشرط في حالات كثيرة نذكر منها ما يلي :

- قرار صادر عن الغرفة الرابعة فهرس 289 بتاريخ 28-06-1999 :

حيث أنه وبموجب عريضة مودعة لدى كتابة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 24.11.1996 استأنف السيد والي ولاية سعيذة الأمر الاستعجالي المؤرخ في 26.10.1996 والذي قضى بإيقاف التنفيذ.

حيث أن المستأنف عليهم وهم أكثر من مائة شخص طرحوا أمام الغرفة الإدارية الاستعجالية لدى مجلس قضاء وهران يلتمسون فيها إيقاف تنفيذ القرار الولائي زاعمين أنه تجاوز السلطة. ذلك أن الوالي بوقف عملية الحرث الخاص بمائة فلاح وعلى الأرض التي استفاد منها هؤلاء وأنهم قاموا بالأشغال والاستثمارات... وأن القرار يؤدي بهم إلى الإفلاس وضياع المواشي.

وبعد الدراسة أجاب المجلس :

حيث أن الأمر الاستعجالي المعاد قضى بإيقاف تنفيذ قرار والي ولاية سعيذة... وأن هذا الإجراء مؤقت وتحفظي وما دام المستأنف عليهم حالياً وهم أكثر من مائة شخص هم فلاحون ويمارسون مهنتهم في أوقات محددة فإن منعهم من الحرث يمكن أن يؤدي إلى نتائج سلبية وخسائر معتبرة.

1. للاطلاع على قرارات قضائية أخرى أنظر: يوسف يعقوبي، الاستعجال في المادة الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2010، ص 8 وما بعدها.

وأيضاً : مقيمي ريمه، القضاء الاستعجالي الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 8 وما بعدها.

محمد بن ناصر، إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003، ص 21.

2. أنظر: الدكتور نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2000، ص 244.

3. أنظر: الدكتور أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 320.

وبالنتيجة قرر مجلس المصادقة على الأمر المستأنف.¹

- قراره مجلس الدولة الصادر عن الغرفة الخامسة بتاريخ 14-08-2002 :

ويتعلق القرار المطعون فيه بطرد أجنبي من التراب الوطني بموجب قرار صادر بتاريخ 28.03.2001 تحت رقم 42 عن مصالح الشرطة. فرغ المعني دعوى استعجالية إدارية لتوقيف سريان القرار إلى غاية الفصل في مدى شرعيته. و بعد أن اقتنع المجلس بأن تنفيذ القرار قد يسبب للمعني أضرارا لا يمكن إصلاحها في حالة إبطاله. حيث جاء في القرار : "...حيث ثبت مما سبق أن القرار الإداري محل طلب وقف التنفيذ لم يصدر عن الجهة الإدارية المختصة وهي وزارة الداخلية كما أنه لم يبلغ للمدعي ومن ثم يحتل إبطاله، ويجعل دفع المدعي جديّة مما يتعين قبولها والطلب معا علما أن تنفيذ القرار هذا قد يسبب أضرارا لا يمكن إصلاحها في حال إبطال القرار..."²

2- شرط الجديّة أو المشروعية :³

ويقصد بها أن طلب الإلغاء بني على أسباب سائغة وقوية ترجح مسألة إلغاءه من جانب قضاء الموضوع. وهو ما يفرض على قاضي الوقف باعتباره قاضي استعجال، أن يفحص الأسس التي بنيت عليها دعوى الإلغاء، باعتبارها دعوى موضوعية وعينية، وليقدر فيما بعد عما إذا كان القرار المطعون فيه إلغاء سيتم إبطاله من قبل القضاء، أم أن الأسباب التي بنيت عليها دعوى الإلغاء ضعيفة وغير مؤسسة بما يرجح فرضية رفضها من جانب قضاء الموضوع. وفي هذا خروج عن الأصل . إذ الوضع المعتاد أن يتولى القاضي النظر في الملف المعروض عليه بما يحتويه من وثائق ومستندات وأوجه دفاع، ولا علاقة له بدعاوى أخرى ولو رفعت أمام ذات الجهة.

غير أنه واستثناء من الأصل، وبهدف تمكين القاضي من دراسة الملف المعروض عليه بشكل جيد توجه مقتضيات العدالة، تعين عليه أن ينتقل من ملف الوقف إلى ملف الإلغاء، ويفحص الأسباب المستند عليها لرفع دعوى الإلغاء، ويمارس فيما سلطة التقدير وترجيح إبطال القرار المطعون فيه من عدمه. وهذا فقط من حيث الظاهر، فإن تأكد بعد الفحص الظاهر دون المعمق أن هناك أسباب قوية تؤكّد نتيجة النطق بقرار الإلغاء . أي أنه بات أمرا مقضيا ومؤكدا، نطق القاضي بقرار التوقيف إن توافرت بقية الشروط.

1. أشار إليه، لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 75.

وعلى سبيل المقابلة اعتبرت المحكمة الإدارية بتونس في قرار صدر عنها بتاريخ 9 فبراير 1980 تحت رقم 45 أن رفض تسجيل طالب بالكلية يترتب عنه ضرر يستحيل تداركه. وخلاف ذلك اعتبرت ذات المحكمة أن نقل عون من مكان إلى آخر لا يترتب عنه ضرر يستحيل تداركه.

أنظر: عبد الرزاق خليفة، إجراءات النزاع الإداري، دار اسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، دون تاريخ، ص 247 و 248.

2. أشار إليه، لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال، المرجع السابق، ص 196.

وللاطلاع على قرارات قضائية أخرى راجع: فائزة جروني، طبيعة قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011، ص 75 وما بعدها.

3. للاطلاع على بعض قرارات مجلس الدولة الفرنسي أنظر: ريمون أودان، المرجع السابق، ص 279 وما بعدها.

ويجد شرط الجدية أساسه القانوني في المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "...ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار." وهنا يكمن بحق الربط بين دعوى الوقف ودعوى الإلغاء.

- تطبيقات مجلس الدولة للشرط :

• قضية دخ ضد مديرية الضرائب لولاية عنابة. قرار مجلس الدولة بتاريخ 30-04-2002
ذهب مجلس الدولة في القضية المذكورة إلى القول: "...حيث أن وقف التنفيذ ينبغي أن يؤسس على أوجه جدية من شأنها أن تحدث شكوكا فيما يخص الفصل النهائي في النزاع..."¹.

• قضية موثق... ضد وزارة العدل قرار مجلس الدولة بتاريخ 30-04-2002

حيث ذهب المجلس للقول: "...حيث أن المدعية تلتمس وقف تنفيذ مقرر العزل الذي اتخذ وزير العدل تجاهها حيث أنها تثير خرق الإجراءات الشكلية بما أنها لم تستلم استدعاء اللجنة التأديبية إلا بتاريخ 14-02-2001 من أجل حضور جلسة 22-02-2001.

حيث أنها تقدم للنقاش شهادة من قابض البريد والمواصلات التي يتبين منها أنه تم التأشير على الرسالة يوم 13-02-2001. وتم تسليمها يوم 14-02-2001 حيث ودون حاجة لفحص الأوجه المثارة فإن النظام الداخلي لغرفة الموثقين ينص على أن تاريخ الاستدعاء أمام اللجنة التأديبية لا يمكن أن يقل عن 12 يوما كاملة. حيث أن هذه القاعدة من النظام العام وعدم احترامها يعد خرقا لحق الدفاع المضمون دستوريا وبالتالي يبرر وقف التنفيذ.²

3- أن لا تمس دعوى الوقف بأصل الحق :

وهذا أمر طبيعي، فطلما كانت دعوى الوقف دعوى يراد من خلالها استصدار حكم مؤقت، فوجب حينئذ أن لا يمس موضوعها بأصل الحق وهذا شأن كل دعوى استعجالية. ويجد هذا الشرط في القانون الجزائري أساسه سابقا في المادة 172 من قانون الإجراءات المدنية³. وحاليا في المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة. لا ينظر في أصل الحق..."

1. أشار إليه، لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال، المرجع السابق، ص 200.

2. أشار إليها حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، المرجع السابق، ص 200.

3. لتفصيل أكثر راجع مداخلة:

جنيبة فرحات، القضاء الاستعجالي ، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي ، وزارة العدل مديرية الشؤون المدنية 1995، ص 41.

وكذلك مداخلة ، بن هاشم الطيب، الدعوى المستعجلة وشروط قبولها ومميزاتها، نفس المرجع ص. 61

حمادي مقراني ، القضاء الاستعجالي في المواد المدنية، ص 93.

محمد براهيمي ، المرجع السابق ، ص 134 وما بعدها.

وأيا حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ: 02-03-1985 أشار إليه محمد السيد عبد المجيد البيديق ، الرسالة السابقة ، ص 326

وقد قدمت المحكمة العليا في الجزائر تعريفا دقيقا لهذا الشرط من خلال قرارها بتاريخ 18-12-1985 تحت رقم 35444 مما جاء فيه : " ...أن المقصود بأصل الحق الذي يمتنع قاضي الأمور المستعجلة عن المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر". فلا يجوز لقاضي الاستعجال أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير والتأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بين أطراف المنازعة، كما لا يستطيع أن يغير أو يعدل من مركز أحد الطرفين القانوني، أو يتعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع أو يؤسس قضاؤه على مسائل تمس أصل الحق، أو أن يتعرض إلى قيمة المستندات المقدمة من أحد الطرفين، أو يقضي فيها بالصحة أو البطلان، أو يأمر باتخاذ إجراء تمهيدي كالإحالة على التحقيق أو ندب خبير أو استجواب الخصوم أو سماع الشهود أو توجيه يمين حاسمة أو متممة لإثبات أصل الحق. بل يتعين عليه أن يترك جوهر النزاع سليما ليفصل فيه قاضي الموضوع المختص دون غيره.¹

4- أن لا تؤدي دعوى الوقف إلى عرقلة تنفيذ قرار إداري :

إن هذا الشرط مكرس بشكل واضح في المادة 921 والتي جاء فيها: " في حالة الاستعجال القصوى يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بكل التدابير الضرورية الأخرى دون عرقلة تنفيذ قرار إداري..."
فكأنما المشرع بهذا الشرط يقر قاعدة أن الأصل في القرارات الإدارية هو النفاذ لافتراض سلامتها وصحتها ومواكبتها لمبدأ المشروعية. وقدم المشرع استثناء على القاعدة خص بالذكر :

أ- حالة التعدي : وقد عرفها البعض على أنه عملية مادية تقوم بها الإدارة في ظروف لا تتعلق بممارسة إحدى سلطاتها المنتهكة بذلك إما إحدى الحريات العمومية أو حق الملكية.² ويأخذ التعدي صوراً كثيرة وتطبيقات متعددة، يحتل العقار حيزاً كبيراً منها.³

وقد قضى مجلس الدولة في قرار له صدر بتاريخ 19-04-2012 تحت رقم 074541 أن اقتحام سكن بالتعدي لا يجوز وأن الطرد من السكن يكون عن طريق القضاء الاستعجالي.⁴

1. أنظر المجلة القضائية، قسم الوثائق، المحكمة العليا، العدد الأول، 1990، ص 46

2. لتفصيل أكثر راجع مداخلة المستشار، فريدة أبركان، التعدي ، ألقيت بمناسبة ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 97.

وأنظر قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا بتاريخ 30-01-1988 ملف رقم 56407 المنشور بالمجلة القضائية العدد الثاني ، 1992، ص 140 وما بعدها.

وكذلك قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 27-04-1997 قضية ش.د.ب ضد بلدية بنورة ملف رقم 167252 حيث ألزمت البلدية بتعويض الأضرار الناتجة عن التعدي . المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص 200.

3. لمعرفة تطبيقات في المجال العقاري، راجع عزري الزين، منازعات القرارات الفردية في مجال العمران، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2005، ص 12 وأيضاً بلعابد عبد الغني، لدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، جامعة قسنطينة، 2008، ص 125 وما بعدها.

4. انظر: مجلة مجلس الدولة، العدد العاشر، 2012، ص 155.

وقضى ذات المجلس بتاريخ 24-04-2007 تحت رقم 039120 بأن الاستفادة من سكن وظيفي ثم تقديم استقالة يجعل شغل السكن بدون وجه حق ويكون الطرد حينئذ من اختصاص القاضي الاستعجالي.¹

وقضى مجلس الدولة الغرفة الأولى تحت رقم 006460 بأن استيلاء الوالي المنتدب على محل ذي استعمال سكني مشغول بصفة قانونية يعد تجاوزا للسلطة. والسلطة القضائية هي الوحيدة المختصة بالإخراج من السكن.²

وقضى مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، بتاريخ 11-05-2004 تحت رقم 018915 حيث قضى بأن البلدية تكون في حالة تعد عندما تقوم بهدم وحجز وتحطيم وكسر ما قام به المستأنف بإنجازه بدون إذن قضائي.³

ب- حالة الاستيلاء : ويقصد بها منح الإدارة الحق في حيازة عقار خاص بالأفراد بالقوة الجبرية بصفة مؤقتة في الحالات المحددة في القانون ومقابل تعويض عن مدة الاستيلاء. وعرف أيضا على أنه حق السلطات الإدارية في حيازة العقارات المملوكة ملكية خاصة بصفة مؤقتة تحقيقا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل.⁴

وقد ذهب مجلس الدولة بتاريخ 27-05-2010 تحت رقم 050582 أنه متى كان من صلاحيات الوالي اتخاذ قرارات بالتسخير عندما تقتضي الظروف الاستثنائية ذلك فإن القرار الولائي بتسخير أطباء من القطاع الخاص مختصين في طب النساء والتوليد لدعم مصلحة استشفائية مختصة في علاج أمراض الأمومة والطفولة متواجدة في وضع خطير ضمانا لاستمرارية المرفق العام و حماية المرضى يعد مشروعا والظعن بإلغائه خال من الأساس.⁵

وقضى مجلس الدولة أيضا الغرفة الأولى، بتاريخ 23-09-2002 تحت رقم 006460 بأن استيلاء الوالي المنتدب على محل ذي استعمال سكني مشغول بصفة قانونية يعد تجاوزا للسلطة. وأن السلطة القضائية هي الوحيدة المختصة بالإخراج من المسكن.⁶

ج- حالة الغلق الإداري : ويتمثل في لجوء الإدارة لغلق محل تجاري أو مهني لاعتبارات تتعلق بالنظام العامة. كغلق المقاهي أو المطاعم أو قاعات الألعاب، أو الحانات...

1. أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد التاسع، 2009، ص 127.

وأنظر: في نفس العدد، ص 125، قرار مجلس الدولة بتاريخ 12-12-2007 تحت رقم 043277

2. أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 89.

3. أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004، ص 240.

4. لتفصيل أكثر راجع: بوخميس سهيلة، النظام القانوني لمنازعات الاستيلاء في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة قلمة، كلية الحقوق، 2006، ص 3 وما بعدها. وصونية بن طيبة، الاستيلاء المؤقت على العقار في التشريع الجزائري، الجزائر، دار الهدى، 2010، ص 8 وما بعدها..

5. أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012، ص 107.

وبخصوص اجتهادات المحكمة الإدارية التونسية بصدد الاستيلاء أنظر:

الدكتور عياض بن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص 284. والدكتور محمد رضا جنبح وآخرون، الأحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي: تونس، 2007، ص 1 وما بعدها.

6. أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، 2003، ص 8

ففي مثل هذه الحالات جميعها يمكن أن يصدر القاضي أمره بوقف الاعتداء أو وقف قرار الاستيلاء أو وقف قرار الغلق. وهي في مجموعها قرارات خطيرة تمس بالمراكز القانونية للأفراد وحقوقهم الأساسية. لذا خصها المشرع بالذكر والتحديد.

وقضى مجلس الدولة الغرفة الأولى بتاريخ 23-09-2002 تحت رقم 006195 بأن السلطة القضائية وحدها التي يمكنها الغلق النهائي لمخمرة أو مطعم بغرض المحافظة على النظام العام وصحة السكان.¹ ومن المؤكد أن خارج هذه الحالات المقننة يمكن توقيف سريان قرار إداري إذا أثبت المعني أن التوقيف تفرضه حالة ضرورة أو حالة مستعجلة تستوجب تدخل القاضي الاستعجالي وعليه يقع عبء إثبات ذلك. غير أن هذه الحالات خصها المشرع بالذكر لأهميتها من جهة وخطورتها من جهة أخرى، وحتى يساهم هذا التقنين في الحد من تعسف الجهات الإدارية ويحافظ على حقوق الأفراد. وهو المبرر أيضا لإدراج هذه الحالات ضمن وضعية الاستعجال القصوى.

الخاتمة :

تبين لنا مما سبق ذكره أن دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية حظيت باهتمام كبير من جانب المشرع الجزائري وهذا من خلال الأحكام الواردة في القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. حيث وفر لها كما معتبرا من المواد.

وطبق للمواد من 833 إلى غاية 837 قد تعرض دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري أمام قاضي الموضوع ليفصل فيها بتشكيلة جماعية وبإجراءات سريعة. كما قد تعرض دعوى وقف التنفيذ أمام قضاء الاستعجال فتحكمها حينئذ المادة 917 إلى 935. من ذات القانون.

ورغم أن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين لم يعرف حالة الاستعجال، وحسنا فعل، تاركا ذلك للقضاء، فإن هذا الأخير قدم اجتهادا في الموضوع، كما فسر مجموع الشروط الشكلية والموضوعية المتعلقة بهذه الدعوى ذات الانتشار الواسع في الوسط القضائي كما رأينا.

1. أنظر: مجلة مجلس الدولة، لعدد 3 ، 2003 ، ص 96.

• لائحة المصادر والمراجع :

✓ كتب :

- الدكتور عمار بوضياف، القرار الإداري- دراسة تشريعية قضائية فقهية-، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991.
- الدكتور محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- ريمون أودان، النزاع الإداري، الجزء الثالث، ترجمة سيد بالضياف، مركز النشر الجامعي، تونس، 2009.
- مصطفى باهي، توقيف تنفيذ المقررات الإدارية، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول إصلاح القضاء الإداري المنعقد في تونس من 27 إلى 29 نوفمبر 1996، مركز النشر الجامعي، تونس.
- الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- الدكتور عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة- تونس، الجزائر، فرنسا، مصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- حسين بن شيخ آث ملويا، دعوى تجاوز السلطة، دار ربحانة للكتاب، الجزائر، 2004.
- المستشار حسين عمارة، توقيف تنفيذ المقررات الإدارية، منشورات مدرسة الدكتوراه، جامعة صفاقس، تونس، 2010.
- الدكتور عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- الدكتور محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2009.
- الدكتور عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2002.
- الدكتور حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.
- حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2005.
- الدكتور خليل بوضنوبرة، الوسيط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية- شروط قبول الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- الدكتور الغوثي بن ملحمة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية.
- الدكتور محمد إبراهيمي، القضاء المستعجل، الجزء الأول، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
- الدكتور معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المتعجلة وقضاء التنفيذ، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، منشأة المعارف.
- الدكتور نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.
- الدكتور أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- أشار إليه، حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2003.
- عبد الرزاق خليفة، إجراءات النزاع الإداري، دار اسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، دون تاريخ.

- جينية فرحات، القضاء الاستعجالي ، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي ، وزارة العدل مديرية الشؤون المدنية 1995.
- مداخلة المستشار، فريدة أبركان، التعدي ، ألقىت بمناسبة ملتقى قضاة الغرف الإداري، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.
- صونية بن طيبة، الاستيلاء المؤقت على العقار في التشريع الجزائري، الجزائر، دار الهدى 2010
- الدكتور عياض بن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006.
- الدكتور محمد رضا جنيح وآخرون، الأحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي: تونس، 2007.
- ALI FILALI. l'urgence et la compétence de la juridiction des référés. thèse de magister .université d'Alger. 1987.p 15 et s.
- Rachid ZOUAIMIA. Marie Christine ROUAULT. Droit Administratif BERTI EDITIONS .Alger. 2009.
 - JEAN RIVERO, droit administratif. 12 édition. Dalloz.1987.
- Yadh BEN ACHOUR. DROIT ADMINISTRATIF. 3eme édition. Centre de publication universitaire. Tunis. 2010.

✓ مجلات :

- مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003.
- مجلة مجلس الدولة ، العدد 4، 2003.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 5، 2004.
- مجلة مجلس الدولة ، العدد6، لسنة 2005.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 9، 2009.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012.
- المجلة القضائية العدد الأول، 1993.
- المجلة القضائية العدد الثاني ، 1992.
- مجلة الفقه والقانون، عدد 35 لسنة 2015، المغرب.
- مجلة تواصل، جامعة عنابة، العدد 15، 2005.
- مجلة الحقوق، مجلس النشر الجامعي، جامعة الكويت، العدد 3، السنة 30، سبتمبر 2006.
- مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد التاسع، جوان 2013.
- المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 59، 2008.

- مجلة المنتدى، العدد السادس، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة بسكرة.

- مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، عدد خاص، 2006.

- مجلة القانون والسياسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، تونس، العدد الأول 2012.

- مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، العدد الثالث، 2006.

- مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد السابع.

✓ رسائل ومذكرات :

- محمد السيد عبد المجيد البيلق، نفاذ القرارات الإدارية في حق الأفراد ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2002.

- سعد سعود سمية، سلطات القاضي الإداري في الاستعجال، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2013.

- رامول زكرياء ، دور القاضي الإداري في تكريس دولة القانون، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، 2013.

- يوسف يعقوبي، الاستعجال في المادة الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2010.

- مقيمي ريمه، القضاء الاستعجالي الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

2013

- فائزة جروني، طبيعة قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد

خيضر بسكرة، 2011.

- عزري الزين، منازعات القرارات الفردية في مجال العمران، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2005.

- بوخميس سهيلة، النظام القانوني لمنازعات الاستيلاء في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، جامعة قلة ، كلية الحقوق، 2006

- موسى نورة، التظلم الإداري والصلح، مذكرة ماجستير، جامعة تبسة، 2006.

- بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، رسالة ماجستير مطبوعة، مطبعة قرفي، باتنة، 1995 .

أثر مصادر التشريع المختلف فيها في مرونة السياسة الشرعية



الدكتور : عصام صبحي شراير
أستاذ الفقه وأصوله المساعد
جامعة الأقصى بغزة - فلسطين

Email : es.shrair@alaqsa.edu.ps

• ملخص البحث :

إن المرونة خاصة لازم وجودها في الشريعة الإسلامية عامة، وفي سياستها خاصة؛ فهي التي تجعل السياسة لينة في صلابه، وسهلة في انضباط، وتجعلها قادرة على إعطاء الحلول لنوازله المتجددة، وحوادثها الطارئة. والسياسة الشرعية تستند إلى قواعد عامة ثابتة، وأخرى متغيرة، تبعاً للظروف، والمصالح، والأحوال المختلفة بالوقائع، وأهم هذه القواعد، الاستصلاح، والاستحسان، والذرائع؛ فهي تعطي المجتهدين مساحة واسعة من الاجتهاد والتعقل في نوازل السياسة الشرعية وحوادثها، والإجابة عليها. والبحث هذا يتناول أثر هذه المصادر التشريعية الثلاثة في مرونة السياسة الشرعية؛ ببيان تعريف كل مصدر منها بإيجاز، وبيان استناد الأحكام إليه؛ بعرض مواقف السلف الكرام رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ في الاحتجاج به، ثم بيان وجه المرونة في اعتماده مصدراً تشريعياً، والتمثيل لكل منها بأمثلة معاصرة، توضح التأصيل، وتجلي الفهم.

• مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد الصادق الأمين، وبعد: إن الله ميز الشريعة الإسلامية وسياستها بصفة المرونة، التي تجعلها قابلة للتكيف مع النوازل، ومراعاة الزمان والمكان والعوائد؛ بما يحقق المقاصد المعتبرة، ويتقيد بالضوابط الشرعية، والشروط العامة، ولا تعني المرونة هذه التحلل من الدين، وإنما هي اللين في صلابه، والسهولة في انضباط.

إنَّ هذه الصفة لازم وجودها في السياسة الشرعية، وضروري لأحكامها؛ فهي القادرة على إعطاء الحلول للمشكلات المعقدة، والنوازل المتجددة، ومصادر التشريع المختلف فيها تكسب السياسة الشرعية مرونة فوق التي

اكتسبتها من النصوص الشرعية، وتكون بمثابة مستند لها، وضابط من الزيغ والانحراف عن مقاصد التشريع الأساسية، وتعطي المجتهدين مساحة واسعة للنظر والتعقل في القضايا المعاصرة.

وقد تناولت في هذا البحث الموسوم **«أثر مصادر التشريع المختلف فيها في مرونة السياسة الشرعية»** مصادر ثلاثة منها، هي: الاستصلاح، والاستحسان، والذرائع، ذات التأثير الأكبر في السياسة الشرعية، والتي تشكل منابع لها، وأصلاً تستند إليها، وتجعل المجتهدين يعتمدون عليها في الإجابة على نوازلها وحوادثها، وسرت في بحثي هذا وفق الهيكلية الآتية:

هيكلية البحث : وتشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أثر الاستصلاح في مرونة السياسة الشرعية.

المبحث الثاني : أثر الاستحسان في مرونة السياسة الشرعية.

المبحث الثالث : أثر الذرائع في مرونة السياسة الشرعية.

المبحث الأول : أثر الاستصلاح في مرونة السياسة الشرعية :

يعدُّ الاستصلاح أخصب مصادر التشريع المختلف فيها، فمن خلاله تصير السياسة الشرعية مرنة، تسايير واقع الناس، وتحقق مصالحهم، وتلبي احتياجاتهم، وفيما يلي بيان ذلك وفق المطالب الأربعة الآتية :

المطلب الأول : تعريف الاستصلاح :

يعرف الاستصلاح بأنه : " بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصلحة المرسله"⁽¹⁾.

أما المصلحة المرسله فعرفت بأنها : " كل منفعة داخله في مقاصد الشرع، دون أن يكون لها شاهد خاص بالاعتبار أو الإلغاء"⁽²⁾.

المطلب الثاني : بيان أن كثيراً من الأحكام مبينة على الاستصلاح :

وقد أرشد إلى ذلك القرآن الكريم حين بنى أحكامه على جلب المصالح ودرء المفاصد، وكذا سنته ﷺ، فقد جاءت الأحاديث بالأحكام وفق هذا المنهج، وما ورد عنه ﷺ في سنته الفعلية مما يبنى على هذا المنهج فكثير أيضاً⁽³⁾، ومنه ما ورد في كتب السير أنه ﷺ لما أجلى يهود بني النضير من المدينة، على أن لهم ما حملت الإبل من أموالهم؛ غير اللقطة والسلاح، كان لأبي الحقيق مال عظيم بلغ مسك ثور، أي ملء جلد ثور من ذهب وحلي وأنية مصوغة.

فلما فتح رسول الله ﷺ خيبر؛ حاصر الحصن الذي فيه ابن أبي الحقيق، فنزل فصالح على حقن دماء من في حصنهم من المقاتلة والذرية على أن يخرجوا بذرايرهم، ويخلوا بين رسول الله ﷺ وبين ما كان لهم من مال وأرض، وعلى ترك البيضاء والصفراء والكراع، إلا ثوباً على ظهر إنسان، فقال رسول الله ﷺ: (وبرئت ذمة الله وذمة رسوله منكم إن كنتموني شيئاً)، فصالحوه على ذلك، فقال رسول الله ﷺ لكنانة بن الربيع عم حبي بن أخطب : (ما فعل مسك حبي الذي جاء به من النضير)؟، فقال : أذهبته النفقات والحروب، فقال رسول الله ﷺ : (العهد قريب والمال كثير، رأيت إن وجدناه عندك أقتلك)؟، قال : نعم، فجاء رجل من اليهود إلى رسول الله ﷺ، فقال له : إني رأيت كنانة يطوف بهذه الخربة كل غداة، فأمر رسول الله ﷺ بالخربة، فأخرج منها بعض كنزهم، ثم سأله عما بقي، فأبى أن

(1) عبد المؤمن البغدادي: تيسير الوصول 301/1.

(2) انظر: الغزالي: المستصفى 216/1، البخاري: كشف الأسرار 5/4، البوطي ضوابط المصلحة 288.

(3) انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام 120/2، ابن قيم: الطرق الحكيمة 21، شلبي: تعليل الأحكام 287.

يؤديه، فأمر به الزبير بن العوام، فقال : عذبه حتى تستأصل ما عنده، وكان الزبير يقده بزند في صدره حتى أشرف على نفسه، ثم دفعه رسول الله ﷺ إلى محمد بن مسلمة، فضرب عنقه بأخيه محمود بن مسلمة. وإنما فعل ذلك بكنانة؛ لأن الكنز كان عنده، وصاحب الكنز كان من بني قريظة، وقتل معهم في غزوة الأحزاب⁽¹⁾.

فهذا الموقف يثبت بجلاء اعتماد الرسول ﷺ على الاستصلاح منهجاً في بناء أحكام السياسة الشرعية عليه؛ إذ إنه أمر بتعذيب كنانة؛ لما رأى مصلحة في تحقيق المقصود.

أما الصحابة ؓ _ وهم أئمة الناس بالشريعة، وأعلمهم بالتنزيل _ فقد كانوا يعتبرون الاستصلاح، ويننون عليه أحكامهم واجتهاداتهم، فهو الذي جعل أبا بكر الصديق ؓ يجمع المصحف، وكذا استخلافه لعمر بن الخطاب ؓ قبل موته، مع أن رسول الله ﷺ لم يفعل ذلك.

إن الاستصلاح الذي وجه عمر إلى وضع الخراج، وتدوين الدواوين، وتمصير الأمصار، واتخاذ السجون، والتعزير بعقوبات شتى، ومنه إراقة اللبن المغشوش، ومشاطرة الولاة أموالهم إذا تجروا أثناء ولايتهم.

وهو الذي جعل عثمان بن عفان ؓ يجمع المسلمين على مصحف واحد، ينشره في الآفاق، ويحرق ما عداه، ويقضي بتوريث من طلقها زوجها في مرض الموت؛ فراراً من إرثها؛ معاملة له بنقيض مقصوده.

وهو الذي جعل علياً بن أبي طالب ؓ يأمر أبا الأسود الدؤلي بوضع مبادئ علم النحو، ويضمن الصانع ما يكون في أيديهم من أموال⁽²⁾.

ونحو ذلك كثير في سيرة الصحابة ؓ في اعتمادهم على الاستصلاح؛ لتقرير أحكام السياسة الشرعية.

المطلب الثالث : وجه المرونة في اعتماد الاستصلاح مصدراً تشريعياً :

إن الأئمة الفقهاء يعتمدون الاستصلاح في اجتهاداتهم، والمتبع لفقهم لا يكاد يجد منهم من أبطل العمل به، أو استثناه في اجتهاده؛ والسبب في ذلك راجع إلى أنه مورد خصب، وباب فسيح، يلجأ إليه المجتهدون في معالجة سياسة الأمة وفقه الشريعة؛ لتصحيح أمور حياتهم، ومسايرة متطلباتهم، وتنظيم شئونهم.

يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف: " الاستصلاح أخصب الطرق التشريعية فيما لا نص فيه، وفيه المتسع لمسايرة تطورات الناس، وتحقيق مصالحهم وحاجتهم"⁽³⁾.

وليس أدل على مرونة التشريع من أن الشارع لم يفصل ما حقه الإطلاق، ولم يحدد ما حقه الإرسال، فترك موضوع تنصيب الخليفة دون تحديد بطريقة معينة؛ بل ترك للأمة أن تشكل نظمها وأوضاعها، بحسب مصالحها المتجددة⁽⁴⁾.

وكذلك التراتيب الإدارية المتعلقة بالدولة؛ فإنها لم تُحدد؛ لأنها تختلف في كل عهد عن سابقه، وتستجد فيها أمور لم تكن موجودة من قبل، وهذا ما حدا بأمر المؤمنين عمر بن الخطاب ؓ أن يقسم بلاد الدولة الإسلامية إلى أقسام إدارية، وولايات جغرافية؛ حتى يسهل متابعتها وإدارتها، وأنشأ دواوين؛ كديوان العطاء، وديوان الجند، وديوان

(1) ابن هشام: السيرة النبوية 336/2، ابن فرحون: تبصرة الحكام 260/4.

(2) انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام 120/2، ابن قيم: الطرق الحكيمة 21، القرضاوي: مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية 146.

(3) خلاف: مصادر التشريع فيما لا نص فيه 85.

(4) انظر: خلاف: السياسة الشرعية 20، السديري: الإسلام والدستور 120.

الخراج، وديوان الإحصاء، وديوان الرسائل، كل هذه التراتيب لم تكن فيمن سبقه، ولم يرد بها نص معين، وإنما تستند إلى المصلحة المرسله⁽¹⁾.

كما أن كثيراً من المعاملات المالية والنظم الاقتصادية للدولة الإسلامية ترجع إلى هذا الفقه، وفي ذلك يقرر الإمام الشاطبي: " إنا إذا قررنا إماماً مطاعاً مفتقراً إلى تكثير الجنود لسد الثغور، وحماية الملك المتسع الأقطار، وخلا بيت المال، وارتفعت حاجات الجند إلى ما لا يكفيهم، فلإمام إذا كان عدلاً أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافياً لهم في الحال إلى أن يظهر مال ببيت المال، ثم إليه النظر في توظيف ذلك على الغلات، والثمار، وغير ذلك .. وإنما لم ينقل مثل هذا عن الأولين لاتساع مال بيت المال في زمانهم بخلاف زماننا؛ فإن القضية فيه أخرى، ووجه المصلحة هنا ظاهر"⁽²⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن الأحكام المبنية على مصلحة معينة تظل معتبرة ما بقيت هذه المصلحة، فإذا انتفت وجب أن يتغير الحكم تبعاً لها؛ لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، كما هو معلوم. ومن أمثلة ذلك ما ورد عن النبي ﷺ، وعن صحابته رضي الله عنهم؛ من مثل نهيه ﷺ عن كتابة الحديث في أول الأمر؛ خشية اختلاطه بالقرآن، ومثل إلزام عمر رضي الله عنه الصحابة أن يقللوا من الحديث عن رسول الله ﷺ؛ لما اشتغلوا به عن القرآن؛ سياسة منه ﷺ، ومثل ذلك اختياره ﷺ للناس الأفراد بالحج؛ ليعتمروا في غير أشهر الحج، فلا يزال البيت الحرام مقصوداً.

ومثل ذلك العقوبات التعزيرية، والأحكام التي تقتضيها السياسة الشرعية الوقتية التي رويت عن الخلفاء الراشدين، وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم، ومن بعدهم، فقد روي عن خليفة المسلمين عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قوله: " تُحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"⁽³⁾. فأجاز الإمام العادل رضي الله عنه إحداث الأفضية، واختراعها على قدر اختراع الفجار للفجور، وإن لم يكن لتلك المحدثات أصل⁽⁴⁾.

فإن هذا وأمثاله - كما قال ابن القيم: " سياسة جزئية بحسب المصلحة، تختلف باختلاف الأزمنة، فظنها من ظنها شرائع عامة لازمة للأمة إلى يوم القيامة، ولكل عُدْرٍ وأجرٍ، ومن اجتهد في طاعة الله ورسوله فهو دائر بين الأجر والأجرين"⁽⁵⁾. إن الأخذ بالاستصلاح، واعتماده في السياسة الشرعية، يشكل داعماً للمرونة فيها؛ لأنه يحمل إجابات لما يستجد بالملكفين، وما يحتاجونه في كل زمان ومكان، والمجتهد عند اجتهاده لا يحتاج إلى دليل خاص في المستجدات والنوازل؛ ما دامت داخلية تحت الاستصلاح، وهو بمثابة أصل معنوي عام مستقر من النصوص، يشبه تلك الأصول اللفظية المستفادة من الصيغ.

(1) انظر: الشاطبي: الموافقات 32/1، الماوردي: الأحكام السلطانية 297، الأشعري: مقدمة في الإدارة الإسلامية 577.

(2) الشاطبي: الاعتصام 410/1.

(3) الشاطبي: الاعتصام 133/1، القرافي: الفروق 320/4، الزركشي: البحر المحيط 131/1.

وقد أثار هذه المقولة حفيظة ابن حزم، فطعن فيها وأنكرها؛ معتقداً أنها تغيير لأحكام الشرع، وردة عن الدين، لا يمكن أن تصدر عن محيي السنة ومميت البدعة، الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه، إلا أن الشيخ أحمد شاکر تعقبه بقوله: " هذه كلمة حكيمة جلييلة لا كما فهمها ابن حزم، فإن معناها أن الناس إذا اخترعوا ألواناً من الإثم والفجور والعدوان، استحدث لهم حكاهم أنواعاً من العقوبات والأفضية والتعزير، مما جعل الله من سلطان للإمام بقدر ما ابتدعوا من المفساد، ليكون زجراً لهم ونكالاً". ابن حزم: الأحكام بتحقيق أحمد شاکر 109/6.

(4) انظر: الشاطبي: الاعتصام 133/1.

(5) ابن قيم: الطرق الحكيمة 25/1.

قال الشاطبي : " لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن؛ بل يحكم عليها وإن كانت خاصة بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى من غير اعتبار بقياس أو غيره؛ إذ صار ما استقرى من عموم المعنى كالمخصوص بصيغة عامة؛ فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطلوبه"⁽¹⁾؛ بل إن الاعتماد على تلك الأصول المعنوية قد تكون أقوى أحياناً من النص الخاص، خصوصاً إذا لم يكن نص في المسألة؛ فإن ما يستفاد من عموم النصوص أولى مما يدل عليه نص معين.

والحاصل فإن هذا ما يجعل السياسة الشرعية مرنة؛ لأن ما تستند إليه من أدلة مرنة أيضاً، فالاستصلاح يستطيع أن يستوعب ما يستجد من حوادث ونوازل في كل زمان ومكان، ويلبي احتياجات الأمة؛ إذ ما من حادثة إلا وفيها مصلحة تستجلب، أو مفسلة تدرأ، كما أن المجتهد عند استناده إلى الاستصلاح يكفي منه الاستدلال بالأصول المعنوية العامة المستقرة من عموم الشريعة، وهذه تستوعب النوازل والحوادث من غير أن يلزمه الإتيان بنص معين في المسألة.

المطلب الرابع : تطبيقات اجتهادية على دور الاستصلاح في مرونة السياسة الشرعية :

من التطبيقات الفقهية الاجتهادية على دور الاستصلاح في مرونة السياسة الشرعية وأثره فيها، المثالان الآتيان:

1. بنوك الحليب⁽²⁾ : فقد أُجيزت إذا دعت الحاجة إليها، واقتضتها المصلحة؛ حيث إن القول بجواز إنشائها يندرج تحت الاستصلاح، فهي توفر غذاء للأطفال الذين يولدون خداجاً، ويضرهم أنواع الحليب الأخرى، فالحاجة أو الضرورة - أحياناً - تدعو إلى تحقيق هذا الأمر، كما أنه يندرج تحت جنس حفظ النفس، وحفظ النسل، ولا يتعارض كل هذا مع نص قطعي⁽³⁾.

2. القوانين الإجرائية⁽⁴⁾ : مثل المتعلقة بتنظيم الحياة العامة؛ كقوانين السير، والحصول على رخصة القيادة، واشتراط فحص النظر والمركبة دورياً، وكذا قوانين الملكية، وما يختص بإنشاء المباني، وترخيصها من البلديات وفق الشروط الموضوعية، وتسجيل العقارات، وتوثيق العقود، ومنها عقود الزواج، وقوانين العمل، وما يختص بحقوق العمال، والالتزام بالحد الأدنى من الأجور، والتعويضات، والمكافآت، وقوانين التجار، والبيع والشراء، والتصدير، ونحو هذا كثير؛ فإنه - وعلى الرغم من كونها قوانين وضعية - إلا أن الشارع اعتبرها؛ لأنها تندرج تحت جنس المصلحة المرسله المعتمدة شرعاً، فهي تحقق مصالح جمة للأمة، فيما يتعلق بحفظ أنفسهم وأموالهم، وهذه المصالح لا تقارن مع ما يترتب عليها من مفسدات في بعض الأحيان؛ كتضييق على الأشخاص، وتقييد لهم؛ لأن المصلحة العامة مقدمة على الخاصة.

(1) الشاطبي: الموافقات 65/4.

(2) بنوك الحليب أو بنوك اللبن: هي مؤسسات تقوم بجمع الحليب البشري من الوالدات المتبرعات ببعض حليبهن، ثم يتم تعقيمه وحفظه؛ ليكون في خدمة المواليد الخدج الذين يولدون قبل أوانهم، حيث يستدعي الأمر عزلهم تماماً في حاضنة لفترة قد تطول، حتى يفيض حليب أمهاتهم. انظر: القرصاوي: فتاوى معاصرة 550/2.

(3) اختلف الفقهاء في صفة الرضاع المحرم، فبينما يرى الجمهور من الحنفية، والشافعية، والمالكية، والحنابلة في رواية: أن الرضاع المحرم هو الذي يصل إلى الجوف بمص من الثدي، أو يجار في الحلق، أو إسعاط في الأنف، { انظر: الكاساني: بدائع الصنائع 9/4، مالك: المدونة الكبرى 295/2، الشيرازي: المهذب 156/2، ابن مفلح: المبدع شرح المقنع 148/8 }، بينما يرى الليث بن سعد، وابن حزم، والحنابلة في رواية أخرى: إنما الرضاع هو المص من الثدي ولا يُحرم السعوط في الأنف، ولا أن يُسقى الصبي لبن المرأة في الدواء؛ لأنه ليس رضاعاً. { انظر: ابن قدامة: المعني 196/9، ابن مفلح: المبدع 148/8، ابن حزم: المحلي 14/10 }.

(4) إن الأحكام والقوانين في الدولة الإسلامية على ضربين: تشريعية وإجرائية، فما كان منها تشريعياً، فيجب أن يكون مستنبطاً من مصادر الشريعة الإسلامية، ولا يجوز مطلقاً أخذه من غيره، وما كان منها إجرائياً، وبعد أسلوباً أو وسيلة لتنفيذ الحكم الشرعي، مثل اللوائح المرورية، أو قوانين تنظيم الشؤون الصحية، أو شؤون الإدارة الحكومية، ونحو ذلك، فإنه يمكن أخذها بحسب الأصلح والأنسب من أي مصدر، لكن يشترط عدم مخالفته للشريعة، أو حكم من أحكامها عند عدم وجود نص على الحكم الإجرائي. انظر: أ.د. محمد أحمد علي مفتي: القوانين الإجرائية والتشريعية، موقع الألوكة:

المبحث الثاني : أثر الاستحسان في مرونة السياسة الشرعية :

إن الاستحسان عامل مهم من عوامل مرونة السياسة الشرعية، وفيما يلي بيان ذلك من خلال المطالب الأربعة الآتية :

المطلب الأول : تعريف الاستحسان :

عرف الاستحسان بأنه : "العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكمٍ خلافه؛ لوجه أقوى يقتضي التخفيف، وتحقيق المصلحة"⁽¹⁾.

المطلب الثاني : بيان استناد السياسة الشرعية إلى الاستحسان :

إن الناظر في أحكام السياسة الشرعية يجد أن بعضاً من أحكامها تستند إلى الاستحسان، وقد أرشد إلى ذلك القرآن الكريم، والسنة النبوية، واجتهادات الصحابة رضي الله عنهم.

أما القرآن الكريم، والسنة النبوية؛ فقد أرشدا إلى منهج الاستحسان، وهو المتمثل في مشروعية الاستثناء من الأصل الكلي، والعدول عنه إلى حكم آخر خلافه؛ تحقيقاً لمصلحة راجحة، أو رفعاً لحرَج أو تضييق عن المكلفين، وغرض الاستحسان تحقيق ذلك⁽²⁾.

أما اجتهادات الصحابة رضي الله عنهم؛ فإنها تظهر بجلاء اعتمادهم على هذا الأصل، واستنادهم إليه في تقرير اجتهاداتهم، وخاصة تلك المتعلقة بالسياسة الشرعية، ومن هذه المواقف على سبيل الذكر لا الحصر: قضاء عمر رضي الله عنه في المسألة المشتركة في الميراث⁽³⁾، وهي ما إذا ماتت المرأة، وتركت زوجاً وأماً وإخوة أشقاء - أي من أب وأم معاً - وإخوة لأم، وهذا ما حدث في زمن أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه؛ حيث أعطى للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة لأم الثلث، فاستغرقت الفرائض التركة، ولم يبق شيء للإخوة الأشقاء، فهم عصبة، ولا ترث إلا بعد أصحاب الفروض، فيسقطون بالاستغراق، ولا يستحقون شيئاً.

ولما رفعت إليه في العام الثاني، فتوجه للقضاء بها كما قضى أول مرة، فقال له زيد بن ثابت: (هَبُوا أَبَاهُمْ كَانَ حِمَارًا مَا زَادَهُمُ الْأَبُ إِلَّا قُرْبًا، وَأَشْرَكَ بَيْنَهُمْ فِي الثُّلُثِ)⁽⁴⁾، ولما رأى ذلك وسمع ما قالوا، قضى بالتشريك بينهم في الثلث.

هذا ما جاء عن عمر، وعثمان، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم، وخالفهم علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم⁽⁵⁾، قال العنبري: "القياس ما قال علي، والاستحسان ما قال عمر"⁽⁶⁾، فبذلك سنَّ أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه سنة الاستحسان المقيم للعدالة، الراجع للحرَج⁽⁷⁾؛ إذ الإبقاء على القياس يقتضي الظلم والإجحاف في حق الأشقاء، لكن عمر رضي الله عنه عدل عن

(1) انظر: البخاري: كشف الأسرار 4/4، الرازي: المحصول 6/169، ابن قدامة: روضة الناظر 1/167، ابن النجار: شرح الكوكب المنير 4/431.

(2) انظر: البخاري: كشف الأسرار 4/5، النسفي: كشف الأسرار 2/290، ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير 3/295.

(3) تسمى هذه المسألة بالمشاركة؛ لأن بعض أهل العلم شرك فيها بين الإخوة الأشقاء والأخوة لأم في فرض الثلث، فقسّمه بينهم بالسوية، وتسمى بالحمارية أيضاً؛ لأنه قيل لأمر المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (هَبُوا أَبَاهُمْ كَانَ حِمَارًا..). انظر: القرافي: الذخيرة 3/44، ابن قدامة: المغني 7/22.

(4) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الفرائض، باب المُشْرِكَةِ، ح 12851، 6/256.

(5) انظر: النووي: المجموع 16/101، ابن قدامة: المغني 7/22.

(6) ابن قدامة: المغني 7/22، ابن مفلح: المبدع شرح المقنع 6/145.

(7) انظر: أبا زهرة: مالك 378.

هذا القياس إلى حكم آخر خلافه؛ تحقيقاً للعدل الذي جاءت به الشريعة عموماً، وقواعد الميراث خصوصاً، فاعتبرهم جميعاً إخوة لأم، وشرك بينهم، أخذاً بحجة زيد بن ثابت رضي الله عنه؛ باعتبار أن أباهم غير موجود، فهم مشتركون في الأم⁽¹⁾. هذا وقد عمل الأئمة المجتهدون بهذا النوع من الاجتهاد، وساروا عليه في فقهم، وتقسيماته، وصوره عديدة تزخر به مصنفاتهم، وقد مضى طرف منها سابقاً⁽²⁾.

المطلب الثالث : وجه المرونة في اعتماد الاستحسان مصدراً تشريعياً :

يكاد يجمع الباحثون المعاصرون على أهمية الاستحسان في الاجتهاد، وحاجتنا إليه في هذا الواقع المعاصر؛ لمعالجة قضايا العصر المعقدة، والنوازل المتجددة التي يؤدي تطبيق القياس والأصول العامة عليها إلى غلو فيها، ومجانبة للعدل الذي أمر الله تعالى به، وأنزلت الشريعة لتحقيقه.

إن الاستحسان في حقيقته وجوهه يحمل المرونة التي تحتاجها الأمة؛ فهو عدول بالمسألة عن حكم نظائرها؛ تحقيقاً للمصلحة، وتخفيفاً عن المكلفين، لذا قال الدبوسي في تعريفه فيما نقله عنه السرخسي أنه: "ترك القياس، والأخذ بما هو أرفق للناس"⁽³⁾.

وقد أشار ابن رشد إلى نحو من هذا بقوله: "الاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس هو أن يكون طرد القياس يؤدي إلى غلو في الحكم، ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم، فيختص به ذلك الموضع"⁽⁴⁾.

إن الاستحسان إذن عدول عن الغلو الذي هو مجاوزة وظلم، ولجوء إلى ما هو أرفق وأعدل بالمكلفين، فهو باب يلج منه المجتهد؛ لرفع ما يقع بالمكلفين من حرج وتضييق، ويحقق لهم مصلحة وتيسيراً، وهذا يدل دلالة واضحة على أن الشريعة وسياساتها مرنة مرونة تلي احتياجات الأمة، وتتحرى ما فيه مصلحة، وتدرأ ما فيه مفسدة.

إن منهج التشريع الإسلامي منهج واقعي أرشد إلى الاستحسان؛ حين راعى ظروف المكلفين وواقعهم، وراعى ظروف أصحاب الأعدار الطارئة؛ كالمرضى، والمسافر، واعتبر حالهما هذا موجباً لتغير الحكم العام، والعدول عنه إلى آخر خلافه، يحقق الرفق والتخفيف عن المكلفين، من هنا قال تعالى: ﴿ .. فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ .. ﴾⁽⁵⁾، فاقتضى حال المريض حكماً يخالف حال السليم، وكذا المسافر يخالف حكمه حال المقيم، ولأن المجتهد نائب عن الشارع فلا بد " أن يأخذ الدليل على وفق الواقع بالنسبة إلى كل نازلة" كما قال الشاطبي⁽⁶⁾، ثم فصل ذلك ببيان حال المجتهد الرباني الحكيم الراسخ في العلم، "ومن خاصيته أمران، أحدهما: أنه يجيب السائل على ما يليق به في حالته على الخصوص، إن كان له في المسألة حكم خاص، والثاني: أنه ناظر في المآلات قبل الجواب عن السؤالات"⁽⁷⁾.

فهذا شأن الراسخين في العلم الربانيين، أنهم يُنزلون الاستحسان وفق واقع المكلفين وحالهم، وأنهم يراعوا مرتبة الخصوصيات التي تتعلق بالأحوال والظروف الخاصة التي تعترض الأشخاص والوقائع، والاستحسان ليس إلا

(1) أخذ بهذا الرأي المالكية والشافعية، أما الحنفية والحنابلة فجعلوا الثلث للإخوة لأم دون الأشقاء، حيث لم تبق لهم الفرائض شيئاً. انظر: السرخسي: المبسوط: 285/29، العبدري: التاج والإكليل 413/6، الشربيني: مغني المحتاج 18/3، ابن قدامة: المغني 22/7.

(2) انظر: البزدوي: كشف الأسرار 7/4، السرخسي: أصول السرخسي 203/2، النسفي: كشف الأسرار 291/2، ابن نجيم: فتح الغفار بشرح المنار 385.

(3) السرخسي: المبسوط 250/10.

(4) ابن رشد: البيان والتحصيل 156/4.

(5) سورة البقرة: الآية 184.

(6) الشاطبي: الموافقات 300/3.

(7) المرجع السابق 233/5.

فرعاً من أصل عظيم معتبر شرعاً هو النظر في المآلات؛ إذ إنه استثناء للواقعة من حكم القاعدة العامة؛ لتعطي حكماً جديداً، هو الصق بالمصلحة، وأقرب إلى المآل السليم، وبناءً على دليل أقوى من القاعدة نفسها⁽¹⁾، وهو ما أشار إليه ابن رشد فيما ذكرته آنفاً، حين جعل الاستحسان معالجة للغلو الناتج عن اطراد القياس⁽²⁾.

إن هذا النوع من الاجتهاد له دور في إبراز مرونة الشريعة وسياستها؛ ذلك لأنه مراعاة لخصوصيات الوقائع، وتبصر للمآل المتوقع، وهذا راجع إلى تحقيق المناط، وهو اجتهاد لا ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة⁽³⁾.

إن الاستحسان إذا استثمر بمعناه الواسع؛ فإنه سيكون حلاً لكثير من الإشكاليات الواقعة بالملكفين، وبه يستطيع الحكام وولاة الأمور أن يسوسوا الأمة فيما لا نص على حكمه من الوقائع المتجددة، وأن يواجهوا المشاكل المتعددة التي تصادفهم، فيجدوا في ظلها الحلول التي تمكنهم من سياسة الأمة سياسة صالحة، وهذه مرونة تحقق المصلحة للحكام والمحكومين في كل وقت، من غير أن يشعروا بالحاجة إلى قوانين أخرى من صنع البشر⁽⁴⁾.

وفي هذا السياق يقول الشيخ أحمد شلبي: " فهو _ أي الاستحسان _ استثناء مفتوح؛ ليحقق المنافع للناس، ويرفع المضار، ويدفع الحرج عنهم، فأين نظير هذا في القوانين الوضعية؟! "⁽⁵⁾.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أن الاستحسان ليس استثناء بالهوى والتشهي، أو اعتماداً على محض العقل، وإنما هو كما بان مراعاة للمصالح، ودفع للحرج والتضييق عن الملكفين، واعتبار للمآلات في الأفعال والأحكام، وموازنة بين المفسدة المترتبة على تطبيق حكم الأصل الكلي، والمصلحة المرجوة في حالة استثنائه، وهذا لا مندوحة عنه، ولا يكاد ينكره عالم متبصر بسياسة التشريع.

إن أهمية الاستحسان في هذا الواقع المعاصر تكمن في كونه دليلاً قادراً على تنشيط حركة الاجتهاد الفقهي المعاصر، وكونه أصلاً شرعياً لا محيد عنه في معالجة قضايا عصرنا الذي تعقدت فيه مطالب الحياة، وتعددت الوقائع الحادثة، والمستجدات التي لا نظير لها في موروث التشريع الإسلامي، وهي أحوج لهذا الدليل من أي حقبة تاريخية مرت؛ لسببين⁽⁶⁾:

أولهما: إن تعثر النشاط التشريعي طوال مرحلة الجمود والتقليد الفقهي قد خلفت هوة بين مستوى حركة الاجتهاد البطيئة، وبين ركب النوازل المتسارعة، وتلك الثغرة لا يفي بملئها إلا دليل الاستحسان ونحوه.

وثانيهما: إن غربة سلوك المسلمين عن تعاليم الشريعة بفعل جهلهم لمبادئها، أو تنكّرهم لها، تتطلب آماداً من مراحل الإصلاح التدريجي والمعالجات الظرفية، على أمل الوصول بواقع المجتمعات الإسلامية إلى وضع الأصل، وإخراجها من وضع الاستثناء، وفي انتظار ذلك؛ فإن الحكمة تقتضي استفراغ الوسع في أعمال أدلة خلاف الأصل، وعلى رأسها دليل الاستحسان الذي هو من أجلى شواهد المرونة في التشريع الإسلامي.

إنّ هذا الأصل التشريعي يعد من أهم الأدلة الشرعية التي يحتاج إليها نشاط التشريع في عصرنا الحاضر؛ لأن أحقاب الجمود الفكري التي توالى على المسلمين، وما تبعها من حدوث فراغ تشريعي هائل قد باعدت بين سيرة الملكفين بالخطاب الشرعي وبين مقاصد دينهم، ومسعى الفقهاء المجددين تجاه تقويم هذا الوضع السقيم، لا يكون

(1) الدريني: المناهج الأصولية 6.

(2) انظر: ابن رشد: البيان والتحصيل 156/4.

(3) انظر: الشاطبي: الموافقات 11/5.

(4) انظر: عطوة: المدخل إلى السياسة الشرعية 192.

(5) شلبي: الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية 183.

(6) محمد البشير سالم: مفهوم الأصل دراسة تحليلية في ضوء مقاصد الشريعة 199.

بتجاهله ومحاولة القفز على تلك الهوة قصد تخطيطها في لمح البصر؛ بل الحكمة تقتضي أن يتوخى في تصحيح ذلك الوضع مسالك التدرج، والجنوح إلى أحكام الاستثناء، إلى حين التمكن من جبر تلك الثلمة، وتعبئة فراغها التشريعي، ثم العودة من جديد إلى الأحكام الكلية عند التحقق من استرجاع وضع الأصل، أما وأن المجتمعات الإسلامية اليوم لا تزال تعيش وضع الغربة عن مطالب الدين ومقاصده الكلية، فما من خيار لها غير سلوك نهج التدرج.

ويرى الدكتور عبد المجيد النجار أن خيار التدرج التشريعي قد اقتضى في هذا العصر اتباع نهجي "التأجيل" و"الاستثناء"، وعبر عن رؤيته المنهجية هذه بقوله: "إن المقصود بالتأجيل هو العدول عن تطبيق الحكم الشرعي في ظرف معين، وإسقاط العمل به في ذلك الظرف؛ حتى يحين ظرف آخر مناسب، يعاد فيه ذلك الحكم إلى التطبيق، والمقصود بالاستثناء وقف تطبيق الحكم الشرعي في حق عينة من عينات الأفراد أو الحالات، في حين يطبق على سائر العينات الأخرى المشابهة لها"⁽¹⁾.

وفي بيان الحكمة من سلوك نهج التدرج، يقرر الدكتور النجار أن "المبرر الأساسي للتأجيل والاستثناء هو وجود موانع فيما يراد أن يطبق عليه الحكم، تجعل تطبيق الحكم عليه لا يؤدي مقصود الشارع من وضعه؛ بل قد يؤدي ذلك التطبيق إلى ما يناقض المصلحة المقصودة"⁽²⁾.

ويدلل الدكتور النجار على ذلك بالسيرة العمرية في الاجتهاد، فيورد النماذج الثلاثة المشهورة في تطبيق الاستحسان، المتمثلة في "وقف تنفيذ حد السرقة عام الجماعة"، و"تعطيل حصة المؤلفة قلوبهم بعد انتشار الإسلام"، و"منع توزيع أرض العراق على الجنود الفاتحين".

من هنا يتبين مدى التعويل على الاستحسان في معالجة واقع المسلمين المعاصر، ومراعاة الظروف الاستثنائية التي تمر بالأمة، ومحاولة تغييرها تدريجياً؛ بغية الوصول إلى الواقع الإسلامي الأمثل.

ومن أظهر الشواهد التي يجدر استحضارها في هذا المقام مثال إنشاء المصارف الإسلامية خلال العقود الثلاثة الأخيرة، فبعد أن كان نشاط المصارف ومعاملاتها المالية قائماً على أساس الفوائد الربوية، ولا وجود البتة لأنماط المعاملات المصرفية الإسلامية؛ اتجهت همة بعض أهل العزائم إلى محاولة إنشاء المؤسسات المصرفية القائمة على المبادئ الإسلامية، في ظروف صعبة، وبغير سابق تجربة عملية، ولا تأصيل نظري كاف للتوجيه والإنجاز، وكان لا مفر من أن تمر تلك التجارب الوليدة خلال مراحلها الأولى ببعض الأخطاء والنواقص، كأي جهد بشري جماعي في بداياته، ومع ما حققته تلك التجارب من نجاح، مع تمكنها من البقاء والاستمرار إلى جانب المؤسسات المصرفية التجارية العملاقة، وفي وضع منافستها الشديدة غير النزيهة، ومحاربة القوى المعادية العتيدة لها؛ فإن بعض الفئات من داخل الدائرة الإسلامية نفسها لم ترض عن نشاط تلك المصارف الوليدة؛ لأنها لم تر من مسيرتها غير تلك النواقص، فحملت عليها بشدة واصمة ذلك الجهد الجبار بشتى النعوت؛ بدعوى منع استغلال الانتساب للشريعة بغير وجه حق، معتبرة أن تلك المؤسسات التي تدعي الصفة الإسلامية لا تفارق غيرها من المصارف التجارية في غير الاسم، وأنه لا يجوز تسميتها باسم الإسلام، ولا اعتبار معاملاتها المالية متممة بسمة المشروعية، ولم يراع أولئك أن كل جهد في بداياته لا مناص من أن تلحقه بعض النواقص، وأن عمر تلك المؤسسات لا يفي بتخليصها تماماً من شائبة الحرام، وأن ذلك يحتاج إلى وقت تنضج فيه تجارب القائمين على ذلك العمل؛ لتسديد خطاه، وليطمئن فيه المتعاملون

(1) النجار: في فقه التدين فهما وتزيلاً، كتاب الالكتروني منشور على الانترنت، انظر رابط: <http://www.kl28.com/kl04/?p=view&post=306416>.

(2) المرجع السابق.

إلى سلامة نهجه؛ لحفظ أموالهم، وغنائها في ظلّه، وتتكشف فيه اجتهادات الفقهاء لإظهار وجه الحق، فتكون معيناً على التسديد وحسن التوجيه، وتدفعها إلى الأمام دون تحييط أو خذلان⁽¹⁾.

إن النظر العميق لهذه المصارف في ضوء دليل الاستحسان، وما تقرر من مبادئ، يقتضي المرونة في الحكم عليها، ومراعاة سنة التدرج في تطبيق الأحكام الشرعية، والتغاضي عن بعض الزلات والتجاوزات التي تشوب بعض معاملاتنا، وهي غالباً ما تكون فردية، ولا تتم عن سياسة عامة لدى المؤسسة، كل هذا في سبيل الإبقاء على هذه المصارف وعدم اندثارها، والمساعدة على قيامها في خضم المحاصرة لها، والحد من توسعها، وقديماً قالوا: "ملا يدرك كله لا يترك جله"⁽²⁾، ونحن بصدد المحافظة على القليل وتوسيعه؛ ليكون بداية لتحقيق الجميع.

وبذلك يظهر دور الاستحسان في مرونة السياسة الشرعية من خلال منهجيته في معالجة قضايا العصر التي يأبأها القياس، ويكون استثناءها عنه أعدل وأرفق، وفي مراعاته لمآلات الأفعال، وخصوصيات الوقائع، وفي إجابته للحوادث والنوازل التي لا تنقطع في أي وقت وحين، وفقاً لسنة التدرج والتأجيل.

المطلب الرابع : تطبيقات اجتهادية على دور الاستحسان في مرونة السياسة الشرعية :

من التطبيقات الفقهية الاجتهادية على دور الاستحسان، وأثره في مرونة السياسة الشرعية، المسألتان الآتيتان:

1. **تشريح الجثث⁽³⁾** : إن الأصل هو عصمة المسلم، وحرمة حياً أو ميتاً، وفي ذلك حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً: (كَسْرُ عَظْمِ الْمَيِّتِ كَكَسْرِ عَظْمِ الْحَيِّ)⁽⁴⁾، إلا أن الاستحسان يقتضي أخذ مسألة التشريح، والعدول بها عن هذا الأصل إلى حكم آخر خلافه؛ تحقيقاً لمصالح جمّة، ورفعاً للحرَج والتضييق عن العباد، ومن هذه المصالح ما يتعلق بتعلم الطب الذي فيه حياة النفوس، ومنها ما يتعلق بالتحقق من سبب الوفاة الحقيقي وزمنه والملابسات التي أحاطت بالقضية، ومنها ما يتعلق بالانتفاع بأعضاء الميت لمصلحة الأحياء، فدفع الضرر عن الحي أولى من دفعه عن الميت عند التعارض.

إنه لهذه المصالح، ورفعاً للتضييق عن العباد، جاء الاستحسان؛ ليعدل بهذه النازلة عن حكم نظائرها إلى خلاف ذلك، وهو القول بجواز التشريح؛ لما ترتب عليه من مصالح عديدة، ولما فيه من رفع للحرَج عن المكلفين.

(1) سالم: مفهوم الأصل دراسة تحليلية في ضوء مقاصد الشريعة 205

(2) أقدم من صرح بذكر هذه القاعدة هو العلامة الملا علي القاري (1014هـ) في كتابه "مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح"، وعلى الرغم من كثرة ترددها على السنة كثير من أهل العلم في هذا الزمن، إلا أنها لم ترد في شيء من كتب القواعد الفقهية، ولا الفقه وأصوله، لكن جاء في كلام بعض العلماء ما يفيد معناها، كقول أبي الطيب الصعلوكي (ت404هـ) "إذا كان رضا الخلق معسوراً لا يدرك، كان ميسوؤه لا يترك"، وقول الماوردي (ت450هـ) "العجز عن بعض الواجبات لا يسقط ما بقي منها"، وقول الجويني (ت478هـ) "المقدور عليه لا يسقط بسقوط المعجوز"، ثم شاعت واشتهرت بعدهم بلفظ "الميسور لا يسقط بالمعسور" انظر: عبد اللطيف الصرامي: قاعدة (ما لا يدرك كله لا يترك جله) تأصيلاً وتطبيقاً 43.

(3) التشريح: هو فتحُ جسدٍ ميتٍ، أو أعضاء منه؛ لأغراض مخصوصة، وأغراض التشريح عديدة؛ منها:

1- أغراض التعليم؛ ليعرف الطالب تركيب جسم الإنسان ووظائف الأعضاء.

2- التشريح لغرض التحقق من أمراض وبائية؛ لتتخذ على ضوءه الاحتياطات الكفيلة بالوقاية منها.

3- التشريح لغرض التحقق من دعوى جنائية، ومعرفة الأسباب الحقيقية للوفاة في الحالات القضائية، حيث يمكن معرفة السبب الحقيقي للوفاة، وزمنها، والملابسات التي أحاطت بها، فقد يكون سبب الوفاة الحقيقي مخالفاً لسبب الوفاة الظاهري، وبذلك يتغير الحكم القضائي.

4- التشريح لأغراض الانتفاع بأعضاء الميت لمصلحة الأحياء.

انظر: السرطاوي: قضايا طبية معاصرة في ميزان الشريعة 46، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء في السعودية، الموقع:

<http://www.alifta.net/default.aspx?language=ar#1>

(4) أبو داود: سنن أبي داود، كتاب الجنائز، باب في الحَفَّارِ جِدُّ العُظْمِ ... ح 3209، 204/3. قال عنه البوصيري: هذا إسناد فيه عبد الله بن زياد مجهول. البوصيري: مصباح الزجاجة 1/253.

2. أجرة الكشف على المريض : إن الأصل فيها أن تكون مختلفة؛ نظراً لاختلاف المرض من شخص لآخر، واختلاف الزمن الذي يستغرقه الطبيب في الكشف على المريض بغرض التشخيص أو العلاج، لكن الاستحسان يقضي بالعدول عن حكم هذا الأصل إلى آخر خلافه، وهو القول بجواز توحيد أجرة الكشف على المريض؛ رفعاً للحرص، وتيسيراً على الناس، فهم يتفاوتون في تقديرها ويتشاحنون، فاقضى التسعير تسليحاً في الغبن اليسير المتفاوت فيه، رفعاً للحرص عن عموم المكلفين.

المبحث الثالث : أثر الذرائع في مرونة السياسة الشرعية :

من عوامل مرونة السياسة الشرعية فيما لا نص فيه استنادها إلى الذرائع؛ باعتبارها مصدراً تشريعياً اجتهادياً، وفيما يلي بيان ذلك في أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الذرائع :

عرف الأصوليون الذرائع بمعناها العام بأنها: "الوسيلة إلى الشيء والطريق إليه"⁽¹⁾، أما المعنى الخاص للذرائع فهو يشمل السد، كما يشمل الفتح، وقد عرفت سد الذرائع بأنها: "التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"⁽²⁾، بينما عرفت فتح الذرائع بأنها: "الأخذ بالوسيلة المفضية إلى مصلحة"⁽³⁾.

المطلب الثاني : بيان استناد السياسة الشرعية إلى الذرائع :

إن كثيراً من أحكام السياسة الشرعية تستند إلى الذرائع، والقرآن الكريم والسنة النبوية يزخران بالأحكام المبنية عليها سداً أو فتحاً⁽⁴⁾.

أما اجتهادات الصحابة رضي الله عنهم؛ فإنها تستند إلى هذا الأصل، ونحوه من الأصول الاجتهادية، وقد عدّ أهل العلم العشرات من الشواهد على ذلك⁽⁵⁾، منها على سبيل الذكر موقف أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه من نصارى بني تغلب⁽⁶⁾، فقد أخذ منهم الصدقة مضاعفة لما لم يقبلوا الجزية أنفة؛ فقد أخرج البيهقي في سننه أنه قيل لعمر بن الخطاب رضي الله عنه : (يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّ بَنِي تَغْلِبَ مَنْ قَدْ عَلِمْتَ شَوْكَتَهُمْ، وَإِنَّهُمْ بِإِرَاءِ الْعَدُوِّ؛ فَإِنْ ظَاهَرُوا عَلَيْكَ الْعَدُوَّ اشْتَدَّتْ مُؤْتَتُهُمْ؛ فَإِنْ رَأَيْتَ أَنْ تُعْطِيَهُمْ شَيْئًا، قَالَ : فَأَفْعَلُ، قَالَ : فَصَالِحُهُمْ عَلَى أَنْ لَا يَغْمِسُوا أَحَدًا مِنْ أَوْلَادِهِمْ فِي النَّصْرَانِيَّةِ، وَتُضَاعَفُ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ⁽⁷⁾).

ثم ذكر البيهقي قول الشافعي عقيب هذا الحديث " وَهَكَذَا حَفِظَ أَهْلُ الْمَعَاذِي، وَسَاقُوهُ أَحْسَنَ مِنْ هَذَا السِّيَاقِ، فَقَالُوا : رَامَهُمْ عَلَى الْجِزْيَةِ، فَقَالُوا : نَحْنُ عَرَبٌ لَا نُؤَدِّي مَا يُؤَدِّي الْعَجَمُ، وَلَكِنْ خُذْ مِنَّا كَمَا يَأْخُذُ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ؛ يَعْنُونَ الصَّدَقَةَ، فَقَالَ عُمَرُ رضي الله عنه : لَا؛ هَذَا فَرَضٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَقَالُوا : فَرِزْ مَا شِئْتَ بِهَذَا الْإِسْمِ لَا بِاسْمِ الْجِزْيَةِ، فَفَعَلَ، فَتَرَاضَى هُوَ وَهُمْ عَلَى أَنْ ضَعْفَ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ"⁽⁸⁾.

(1) القرافي: الفروق 61/2.

(2) الشاطبي: الموافقات 183/5.

(3) انظر: البرهاني: سد الذرائع 57، الزحيلي: أصول الفقه 173/2، العتبي: مقال على موقع شبكة الألوكة: <http://majles.alukah.net/>.

(4) انظر: الشاطبي: الموافقات 287/5، ابن تيمية: الفتاوى الكبرى 468/4، البرهاني: سد الذرائع 349.

(5) انظر: ابن قيم: إعلام الموقعين 140/3، البرهاني: سد الذرائع 504.

(6) بنو تغلب: هم قبيلة ربيعة العدنانية، اشتركت بحرب البسوس ضد بني شيبان، ومن نسل إخوتهم قبيلة بني بكر بن وائل، وإلها ينتمي كليب بن ربيعة، وأخوه أبو ليلي المهلهل عدي بن ربيعة، وشاعر المعلقة عمرو بن كلثوم، كانت في الجزيرة العربية، ثم انتقلوا في القرن السابع الميلادي إلى العراق، وقد كانت تغلب على دين المسيحية. انظر: ابن حزم: جمهرة أنساب العرب 303/2، جواد علي: المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام 82/8.

(7) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الجزية، باب نصارى العرب تُضَعَفُ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ، ح 19268، 216/9. قال الشيخ أحمد شاکر معلقاً على هذا الحديث: روي من طرق كثيرة تطمئن النفس إلى أن له أصلاً صحيحاً. انظر: ابن حزم: المحلى بتحقيق أحمد شاکر 113/6.

(8) المرجع السابق.

إن أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه حين درأ القتل عن بني تغلب، وقبل منهم أموالهم، لم يجعلها جزية كسائر ما على أهل الذمة، ولكن جعلها صدقة مضاعفة، وإنما استجازها، وترك الجزية؛ لما أخبر من نفارهم وأنفهم منها، وعدم أمن شقاقهم ولحاقهم بالروم⁽¹⁾.

إن هذا من باب مراعاة الذرائع في السياسة الشرعية، فأخذ الجزية على هذه الحالة يؤول إلى مفسدة خطيرة متمثلة في شقاقهم ولحاقهم بالروم، فوجب سد هذا الباب، كما أن العبرة في الجزية بالمسمى لا بالتسمية، فما دام يدفعونها **﴿ عَنْ يَدِهِمْ صَاغِرُونَ ﴾**⁽²⁾، فهذا كافٍ، وإن اختلفت التسميات، بالإضافة إلى أن تغيير الاسم آل إلى مصالح أرحح من المفاصد المترتبة عليه ومنها مضاعفة الجباية، فوجب فتح هذا الباب.

ما أحوجنا إلى اجتهاد أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه في هذا العصر!!، فقد تنطع فيه بعض المسلمين، مطالبين بفرض الجزية على المواطنين غير المسلمين في البلاد الإسلامية، جاهلين حقيقة الشرع في أن (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)⁽³⁾، فما يؤديه غير المسلمين من ضرائب وحقوق مواطنة هو في نهايته قريب من الجزية. قال القرضاوي: " لا نرى حرجاً في إلحاق غير بني تغلب ببني تغلب في جواز إسقاط اسم الجزية عنهم، وأخذ ما يؤخذ منهم باسم (الزكاة) أو باسم (الضريبة)، ما داموا يأنفون من كلمة الجزية ..، ويمكن أن يدفعوا مقداراً آخر؛ باعتباره (بدل الخدمة العسكرية)، إلا إذا دخلوا في الجيش، وأدوا الخدمة كما يؤديها المسلمون"⁽⁴⁾.

المطلب الثالث : وجه المرونة في اعتماد الذرائع مصدراً تشريعياً :

إن الاعتماد على الذرائع في الأحكام الشرعية يحقق للشريعة وسياستها مرونة مطلقة، وبيان ذلك في النقاط الست الآتية :

1- إن أصل الذرائع من الأصول المعنوية العامة المبنية على النظر في المآلات، وهذا يكسب السياسة الشرعية المرونة من وجهين :

الأول : إن الحكم على تصرفات العباد ومعاملاتهم لا يكون عليها فقط؛ بل وعلى ما يقترن بها من مؤثرات، أو ما يلزمها من مآلات؛ فقد يكون الفعل مشروعاً، لكنه يؤول إلى مفسدة فيصبح ممنوعاً، ويسدّ بابه، وقد يكون ممنوعاً؛ لكنه يؤول إلى مصلحة أرحح من مفسدته الأولى، فيصبح مشروعاً، ويفتح بابه، وهذه هي المرونة المطلقة في تكييف الأحكام وفقاً لمآلاتها، مع الإشارة إلى أنّ نية العامل ومقصده يثاب عليها أو يعاقب في الآخرة، أما في الدنيا؛ فإن الحكم يكون بحسب المآل والنتيجة؛ لأن الدنيا قائمة على مصالح العباد⁽⁵⁾.

الثاني : إن الاستدلال بالذرائع احتجاج بأصل معنوي مستقر من النصوص الجزئية، وتطبيقها تنفيذ لمقتضى النصوص التي جمع بينها ذلك المعنى العام، وحينها لا يحتاج المجتهد إلى دليل خاص على نازلة تعنّ؛ بل يحكم عليها بالدخول تحت عموم المعنى المستقر⁽⁶⁾، وهذا فيه كمال للشريعة، وصلاحيّة لها في كل زمان ومكان.

2- إن الاعتماد على الذرائع في الوقت المعاصر يُعدُّ من الضرورات الملحة، والفروض المؤكدة في ظل حياة تعقدت فيها المعاملات، وتباينت فيها النتائج والمآلات، فكثرت في الأمة الأسقام، وغلب على كثير منها الفساد والاحتلال، فكان الاعتماد على الذرائع رافداً مهماً، وعماماً مرناً، يستطيع المجتهد خلالها النظر في النوازل، والحكم عليها وفقاً

(1) انظر: أبا عبيد: الأموال 482.

(2) سورة التوبة: الآية 29.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع 134/4، السرخسي: المبسوط 40/22.

(4) القرضاوي: السياسة الشرعية 150.

(5) انظر: الشاطبي: الموافقات 182/5، أبا زهرة : مالك 370.

(6) انظر: الشاطبي: الموافقات 65/4، الدريني: بحوث مقارنة 23/1.

لآلاتها ونتائجها، وهذا يستوعب كثيراً من نوازل العصر ومستجداته، ومن هنا عدَّ ابن القيم الذرائع أحدَ أرباع التكليف⁽¹⁾.

3- إن الاعتماد على الذرائع مما تفاوت فيه أهل العلم بين غال في الإفراط، وغال في التفريط، ومعتدل، ومن المعلوم واقعاً أن كثيراً من المسائل الخلافية بين الفقهاء اليوم هي من باب الذرائع، لذا فإن تصور حقيقة الذرائع تصوراً سليماً، ومراعاة ضوابطها وقيدوها سداً وفتحاً، فيه تحجيم لدائرة الخلاف، وتضييق لها إلى أبعد الحدود، كما أن فيه مرونة في الحكم، وتيسيراً لفهمها فهماً سليماً، والوصول إلى الراجح منها⁽²⁾.

4- إن لقاعدة الذرائع سداً وفتحاً أثراً كبيراً في مرونة السياسة الشرعية، وفيما يتعلق بوسائل الدعوة والإعلام، فالواجب المنوط بالمسلمين اليوم في قوله تعالى: ﴿ قُلْ هَذِهِ سَبِيلِي أَدْعُو إِلَى اللَّهِ عَلَى بَصِيرَةٍ أَنَا وَمَنِ اتَّبَعَنِي .. ﴾⁽³⁾، يتطلب النهوض بهذا التكليف، وأن يسخرُوا كل الأساليب والوسائل لذلك، وبالأخص وسائل الاتصال الحديثة، ومواقع التواصل الاجتماعي، كما أن الأساليب التي تحقق المصلحة الشرعية في الدعوة إلى الله ﷻ يؤخذ بها أيضاً، وإن كانت في أصلها ممنوعة⁽⁴⁾.

وليس أدلَّ على ذلك من إباحة التملق والمدارة⁽⁵⁾ للفسق؛ مخافة شره؛ لقوله سبحانه:

﴿ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً ﴾⁽⁶⁾، وتلين القول للظالم؛ خشية ظلمه، وتأليفاً له، كما في قوله تعالى في حق فرعون: ﴿ فَقَوْلًا لَهُ قَوْلًا لَيْنًا لَعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَوْ يَخْشَى ﴾⁽⁷⁾.

5- إن الاعتماد على الذرائع يشكل داعماً لمرونة السياسة الشرعية؛ وضابطاً لها، وخاصة فيما يتعلق بسد الذرائع؛ فإن سياسة التشريع تقوم على الاحتياط والحزم، والتحرز عما عساه يكون طريقاً إلى مفسدة⁽⁸⁾، وذلك أن الشارع الحكيم إذا حرم شيئاً، وله طرق ووسائل تفضي إليه؛ فإنه يجرمها ويمنع منها؛ تحقيقاً لتحريمه، وتثبيتاً له، ومنعاً أن يقرب حمه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية، لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراءً للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء؛ بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده، أو رعيته، أو أهل بيته، من شيء، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعدِّ متناقضاً، ويحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده⁽⁹⁾.

بالإضافة إلى أن أصل سد الذرائع يمنع الاحتيال على الشريعة، بإقفال الأبواب التي يمكن أن يلج منها المكلف؛ بعاملته بنقيض مقصوده؛ لأنه إذا علم بأنه سيعامل بنقيض مقصوده، منعه ذلك من الاحتيال⁽¹⁰⁾.

(1) ابن قيم: إعلام الموقعين 159/3.

(2) انظر: الإدريسي: الاجتهاد الذرائعي في المذهب المالكي وأثره في الفقه الإسلامي 673.

(3) سورة يوسف: الآية 108.

(4) انظر: الإدريسي: الاجتهاد الذرائعي 713.

(5) تختلف المدارة عن المداهنة في أن الأولى مندوب إليها، بينما الثانية محرمة، والمدارة هي الرفق بالجاهل في التعليم، وبالفسق في النبي عن فعله، وترك الإغلاظ عليه، حيث لا يظهر ما هو فيه، والإنكار عليه بلطف القول والفعل، لا سيما إذا احتيج إلى تأليفه، أما المداهنة فهي من الدهان، وهو الذي يظهر على الشيء، ويستر باطنه، وفسرها العلماء بأنها معاينة الفاسق، وإظهار الرضا بما هو فيه، من غير إنكار عليه. انظر: ابن حجر: فتح الباري 528/10.

(6) سورة آل عمران: الآية 28.

(7) سورة طه: الآية 44.

(8) انظر: الشاطبي: الموافقات 85/3.

(9) انظر: ابن قيم: إعلام الموقعين 135/3.

(10) انظر: البريشي: سد الذرائع وعلاقته بالسياسة الشرعية، بحث محكم، مجلة دراسات لعلوم الشريعة والقانون، سنة 2009، عدد 2، 501/36.

فإذا أراد أحدهم أن يتوصل إلى بيع ربوي ببيع العينة⁽¹⁾ عامله الشارع بنقيض مقصوده، فأبطل بيعه، وكذا إذا وهب أحدهم ماله إلى الأقارب قرب نهاية الحول؛ فإن الهبة محرمة؛ لأن قصد التهرب من الزكاة ظاهر.

6- إن أعمال أصل الذرائع في السياسة الشرعية يحقق مبدأ العدل الذي تقوم عليه الشريعة الإسلامية، فهي جاءت بالمحافظة على المقاصد والمصالح، عن طريق سد الطرق المفضية إلى ما يناقض العدل، وينشر الفساد، ويجلب الظلم والمخافة لمقاصد التشريع، وفي المقابل، فتح الطرق المؤدية إلى العدل، والإصلاح، والخير، وإن كان ظاهرهم غير ذلك؛ لذا فإن هذا الأصل يهدف إلى تفادي سوء التطبيق المنافي للعدل وللمبادئ العامة.

والخلاصة أن هذه هي المرونة التي أودعتها قاعدة الذرائع في السياسة الشرعية، فهي تمكن المجتهد من الحكم على النوازل والحوادث التي لا نص معيناً فيها، مراعيًا مآلاتها ونتائجها، وملاحظاً نية المكلف، وقصده فيها، ومحيطاً بظروف المجتمع العامة، فإذا كثر الفساد كان الحكم بسد الذريعة أولى وأكثر، وإذا ضاقت السبل، وظهر التنطع والتشدد، كان الحكم بفتح الذرائع أجدر، وبذلك تكون الذرائع عاملاً مهماً في إصلاح المجتمع، والنهوض به من خلال الاستحواذ على أسباب تقدمه في كل المجالات، وبذلك تظهر مرونة السياسة الشرعية.

المطلب الرابع : تطبيقات اجتهادية على دور الذرائع في مرونة السياسة الشرعية :

من التطبيقات الاجتهادية على دور الذرائع، وأثرها في مرونة السياسة الشرعية المثالان الآتيان⁽²⁾ :

1- قيام بعض الجهات الرقابية، والوزارات المعنية في الدولة، بمنع المزارعين من زراعة نوع معين من المزروعات؛ كالبطيخ أو الخيار مثلاً، وإجبارهم على زراعة القمح؛ وذلك مراعاة للواقع، وخشية الاعتماد على الدول الأجنبية، لتغطيتها بأثمان باهظة؛ بل وتجعلها ذريعة للهيمنة على المسلمين، تحت طائلة الحاجة إليهم لتوفير الأقوات.

وكذلك المنع من استيراد نوع معين؛ كالفواكه والليمون مثلاً، وذلك فتحاً لباب الزراعة المحلية وتشجيعها، وسداً للذريعة الهيمنة الأجنبية على المنتجات المحلية⁽³⁾، فلمؤثر في الحكمين الذريعة سداً في الأول، وفتحاً في الثاني.

2- منع رجال السلك السياسي والعسكري في الدولة من الزواج بالأجنبيات⁽⁴⁾؛ حسماً للمفاسد المترتبة على الزواج بالأجنبيات، وإن كان القرآن قد أباح ذلك صراحة، ومن هذه المفاسد تسرب أسرار الدولة؛ فإن الأجنبيات لا ينعهن ولا وهنّ الوطني ولا الديني _ إذا كانت كتابية - من فعل ذلك، بالإضافة إلى ما قد يحدث من تأثير على أزواجهن في اتخاذ القرارات التي تخدم بلادهن، كما أنه لا يؤمن جانبها الديني ولا الأخلاقي، فلا هي مما تعين المسلم على دينه، ولا هي ممن تنشئ الجيل تنشئة دينية ووطنية، ليكونوا رجال الغد، وحملة الوطن.

كما أن زواج القادة والمسؤولين بالأجنبيات، فيه تشجيع لمن دونهم بفعل ذلك؛ فإن تقليدهم سنة شائعة مع ما يضاف من جمال الأجنبيات، وفي انتشار هذا الأمر حرمان لعديد من بناتنا من الزواج، ورفع لنسبة العنوسة في

(1) بيع العينة: هو أن يبيع سلعة بثمن معلوم إلى أجل، ثم يشتريها بثمن معجل من المشتري بأقل، ليبقى الكثير في ذمته، وسميت عينة؛ لحصول العين؛ أي النقد فيها. انظر: العظيم آبادي: عون المعبود 242/9، الصنعاني: سبل السلام 42/3.

(2) انظر: الدريني: خصائص التشريع الإسلامي 163، البريشي: سد الذرائع 502.

(3) انظر: الدريني: دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر 70/1.

(4) تمنع مصر العاملين بالسلك الدبلوماسي من الزواج بالأجنبيات من غير الحاملات للجنسية المصرية، كما أن السعودية أصدرت مشروع قرار يقيد زواج السعوديين والسعوديات من أجانب. انظر: موقع الشرق الأوسط: <http://classic.aawsat.com/details.asp?section=4&article=575995&issueno=11536> ،

موقع الأهرام : <http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=1092704&eid=425>

البلاد الإسلامية، لا سيما وأن تعدد الزوجات في عصرنا أصبح نادراً، لهذه المفاصد وغيرها يتحتم على المجتهد أن ينظر إليها، ويسدّ ذريعتها⁽¹⁾.

الخاتمة :

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خير المخلوقات، محمدٍ صلى الله عليه، وعلى آله ومن سار على دربه؛ لنيل أعلى الدرجات ... أما بعد :

يطيب لي في نهاية هذا البحث أن أسجل أبرز ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات، وهي كما يأتي :

أولاً : النتائج :

1. إن المرونة خاصة لازم وجودها في الشريعة الإسلامية عامة، وفي سياستها خاصة، ومصادر التشريع المختلف فيها تكسب الشرعية مرونة فوق التي اكتسبتها من النصوص، وتكون بمثابة مستند لها، وضابط من الزيغ والانحراف عن مقاصد التشريع الكلية، وتعطي المجتهد مساحة واسعة للنظر والتعقل في القضايا المعاصرة والإجابة عليها.
2. إن مما يجعل السياسة الشرعية مرنة؛ أنها تستند إليه من أدلة مرنة أيضاً، فالاستصلاح أخصب الطرق التشريعية فيما لا نص فيه، وبإمكانه استيعاب ما يستجد من حوادث ونوازل في كل زمان ومكان، وتلبية احتياجات الأمة؛ إذ ما من حادثة إلا وفيها مصلحة تستجلب، أو مفسدة تدرأ، كما أن المجتهد عند استناده إلى الاستصلاح يكفي منه الاستدلال بالأصول المعنوية العامة المستقرة من عموم الشريعة، وهذه تستوعب النوازل والحوادث من غير أن يلزمه الإتيان بنص معين في المسألة.
3. إن الاستحسان إذن عدول عن الغلو الذي هو مجاوزة وظلم، ولجوء إلى ما هو أرفق وأعدل بالمكلفين، فهو باب يلج منه المجتهد؛ لرفع ما يقع بالمكلفين من حرج وتضييق، ويحقق لهم مصلحة وتيسيراً، وهذه هي المرونة المطلوبة في السياسة الشرعية والتي تلي احتياجات الأمة، وتراعي ظروف المكلفين وواقعهم وأحوالهم الطارئة ومآلتها، وتعتبر هذه الظروف والأحوال موجبة لتغير الحكم العام، والعدول عنه إلى آخر خلافه، يحقق الرفق والتخفيف.
4. الذرائع أصل من الأصول المعنوية التي تستند إليها السياسة الشرعية، فهي تمكن المجتهد من الحكم على نوازلها وحوادثها التي لا نص معيناً فيها، مراعيّاً مآلاتها ونتائجها، وملاحظاً نية المكلف، وقصده فيها، ومحيطاً بظروف المجتمع العامة، فإذا كثر الفساد كان الحكم بسد الذريعة أولى وأكثر، وإذا ضاقت السبل، وظهر التنطع والتشدد، كان الحكم بفتح الذرائع أجدر، وهذا يجعل الذرائع عاملاً مهماً في إصلاح المجتمع، والنهوض به من خلال الاستحواذ على أسباب تقدمه في كل المجالات.
5. من تطبيقات السياسة الشرعية ودور الاستصلاح في مرونتها، الحكم بجواز بنوك الحليب؛ مراعاة للضرورة أو الحاجة الداعية إلى ذلك، ومشروعية سن قوانين إجرائية متعلقة بتنظيم الحياة العامة للناس، كقوانين السير، والملكية، والبلديات، والعقارات، وتوثيق العقود .. ونحوها.
6. أما تطبيقات الاستحسان ودوره في مرونة السياسة الشرعية فيمثل له بتشريع الجثث، وتوحيد أجره الكشف على المريض، فإن الأصل العام يقتضي حرمتها؛ لكن عدل عن هذا الأصل إلى آخر خلافه؛ لمصلحة أرجح، ورفعاً للتضييق والحرج عن العباد.
7. ومن التطبيقات التي تبين دور الذرائع في مرونة السياسة الشرعية، قيام الجهات الرقابية في الدول بمنع المزارعين من زراعة نوع معين من المزروعات؛ وذلك فتحاً لباب الزراعة المحلية وتشجيعها، وسداً للذريعة الهيمنة

(1) انظر: الدررني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي 10.

الأجنبية على المنتجات، وكذلك منع رجال السلك السياسي والعسكري في الدول الإسلامية من الزواج بالأجنبيات؛ حسماً للمفاسد المترتبة على ذلك.
ثانياً : التوصيات :

1. أوصي بتكثيف الدراسات والبحث في موضوع مرونة الشريعة الإسلامية وسياستها، والجمع في البحوث بين التأصيل والتطبيق؛ فإن هذا أضبط للاجتهااد، وأقوى في الحجة والبرهان.
2. عقد الدورات والمحاضرات المتعلقة بموضوع مرونة الشريعة الإسلامية عامة، وسياستها خاصة، ففي هذا علاج لآفة الغلو الموجودة في مجتمعاتنا، والتي أساءت لديننا، وأضررت بأوطاننا.
3. تأسيس مركز لدراسات السياسة الشرعية، يُعنى بتدريس وتخريج النخب السياسية، ويُجمع فيه بين علم السياسة الشرعية والوضعية؛ ليظهر عوار الأخيرة وقصورها، خلافاً للأولى.

❖ فهرس المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم :
- ابن النجار، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار، (ت 972هـ)، شرح الكوكب المنير، مكتبة العبيكان، ط2، 1418هـ - 1997م.
- ابن أمير الحاج : ابن أمير الحاج، (ت 879هـ)، التقرير والتحريير في علم الأصول، دار الفكر، بيروت، 1417هـ - 1996م.
- ابن تيمية، شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحلِيم بن تيمية، (ت728هـ)، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن حجر: للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (773-852هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1419هـ - 1998م.
- ابن حزم : الإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، (ت465هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، دار الحديث، القاهرة، 1426هـ - 2005م.
- ابن حزم : الإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، (ت465هـ)، جمهرة أنساب العرب، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط3، 1424هـ - 2003م.
- ابن رشد : أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1408هـ - 1988م.
- ابن فرحون : الإمام برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين محمد بن فرحون المالكي. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية - لبنان، الطبعة الأولى 1995م.
- ابن قدامة : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، (ت630هـ)، المغني، على مختصر أبي القاسم، بن حسين بن أحمد الخرقى، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1425هـ - 2004م.
- ابن قدامة : موفق الدين أي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، روضه الناظر وجنه المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد، ومعها شرحها نزهة خاطر العاطر، للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران الدومي، مكتبة المعارف، الرياض، ط3، 1410هـ - 1990م.
- ابن قيم الجوزية : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، (ت751هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية أو الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1423هـ - 2002م.
- ابن قيم : ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2004م.

- ابن مفلح : أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، المشهور بابن مفلح، (816- 884هـ)، المبدع في شرح المقنع، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ_2003م.
- ابن نجيم : الإمام زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم الحنفي، (ت 970هـ)، فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ_2001م.
- ابن هشام : عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري أبو محمد، (213هـ)، السيرة النبوية، دار الجيل، بيروت، الأولى، 1411هـ.
- أبو داود : سليمان بن الأشعث الأسدي السجستاني، (202 _ 275هـ)، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي.
- أبو زهرة : الإمام محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره، آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1952م.
- أبو عبيد : أبو عبيد القاسم بن سلام 224هـ، الأموال، دار الشروق، بيروت، ط1، 1409هـ.
- الإدريسي : الدكتور محمد التسماني الإدريسي، الاجتهاد الذرائعي في المذهب المالكي، وآثره في الفقه الإسلامي قديماً وحديثاً، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، المغرب، الطبعة الأولى 1431هـ - 2010م.
- إسماعيل : الدكتور شعبان محمد إسماعيل، دراسات حول الإجماع والقياس، مكتبة النهضة المصرية.
- الأشعري : د. أحمد بن داود المزجاجي الأشعري، مقدمة في الإدارة الإسلامية، السعودية، جدة، ط1 1421هـ، 2000م.
- الأصفهاني : الإمام شمس الدين محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني، (ت748هـ)، بيان المختصر في علمي الأصول والجدل، دار الحديث، القاهرة، 1427هـ _ 2006م.
- الأمدي: سيف الدين أبي الحسين علي بن أبي علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- أمير بادشاه : محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، (ت 972 هـ)، تيسير التحرير، دار الفكر.
- البخاري : عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، (ت 719هـ)، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ _ 1996م.
- البرهاني : محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، الطبعة الأولى 1406هـ - 1985م.
- البريشي : إسماعيل محمد البريشي، سد الذرائع وعلاقته بالسياسة الشرعية، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية المجلد 36، عدد2، سنة 2009م.
- البزدوي : الإمام علاء الدين بن عبد العزيز بن أحمد البخاري، (730هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ_1997م.
- البغا : الدكتور مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها (مصادر التشريع التبعية) في الفقه الإسلامي، دار الإمام البخاري - دمشق.
- البغدادي : للإمام عبد المؤمن بن عبد الحق البغدادي الحنبلي (658 _ 739هـ)، تيسير الوصول إلى قواعد الأصول ومعاقد الفصول، دار ابن الجوزي، ط2.
- البوطي : الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط6، 1412هـ_1992م.
- البيهقي : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، (ت458هـ) ، السنن الكبرى ، مجلس دائرة المعارف، ط1، 1344 هـ .

- خلاف : عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، دار القلم، الكويت 1414هـ-1993م.
- الدريني : الدكتور فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 2013م.
- الدريني : الدكتور فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الدكتور فتحي الدريني، دار الكتاب الحديث، دمشق، ط1، 1395هـ-1975م.
- الدريني : الدكتور محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، مؤسسة الرسالة، ط1، 1414هـ-1994م.
- الرازي : الإمام فخر الدين محمد بن عمر الحسين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، 544هـ-606هـ، مؤسسة الرسالة.
- الزحيلي : الدكتور وهبه الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط15، 1428هـ-2007م.
- الزركشي : بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، (745هـ-794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، وزارة الأوقاف، الكويت، ط2، 1413هـ-1992م.
- سالم محمد البشير سالم : مفهوم الأصل دراسة تحليلية في ضوء مقاصد الشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2008م.
- السديري : د. توفيق بن عبد العزيز السديري، الإسلام والدستور، كتاب منشور على الانترنت.
- السرخسي : الإمام أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، (ت 490هـ)، أصول السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ-1993م.
- السرخسي : شمس الدين محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، (ت 483هـ)، المبسوط، تصنيف الشيخ خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، 1414هـ-1994م.
- السرطاوي : قضايا طبية معاصرة في ميزان الشريعة
- الشاطبي : أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت 790هـ)، الاعتصام، مكتبة التوحيد.
- الشاطبي : أبو إسحاق الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، (ت 790هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، وعليه شرح جليل للشيخ عبد الله دراز، ط1، دار ابن عفا، 1417هـ/1997م.
- الشرييني : الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشرييني، (ت 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- شلبي : د. محمد مصطفى شلبي، الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، بيروت، الدار الجامعية، 1982م.
- شلبي : د. محمد مصطفى شلبي، تحليل الأحكام، مطبعة الأزهر - مصر - 1947م.
- الصرامي : د. عبد اللطيف بن سعود الصرامي: قاعدة (ما لا يدرك كله لا يترك جله) تأصيلاً وتطبيقاً، بحث منشور على الانترنت، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية.
- العبدري : الشيخ أبو عبد الله يوسف العبدري، الشهير بالموافق، (ت 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ.
- العز بن عبد السلام : أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (ت 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار المعارف بيروت - لبنان.
- عطوة : عبد العال أحمد عطوة، المدخل إلى السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1993م.

- علي : الدكتور جواد علي، (ت: 1408هـ)، الفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، دار الساقى، ط4، 1422هـ/2001م.
- الغزالي : الإمام حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، (550هـ)، المستصفى من علم الأصول، دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، ط1 .
- القرافي : الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري القرافي، (684هـ)، كتاب الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق، دار السلام، القاهرة، ط1 ، 1421هـ_2001م.
- القرافي : شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب، بيروت، 1994م .
- القرضاوي: الدكتور يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1419هـ_1998م.
- القرضاوي : د. يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1414هـ - 1993م.
- القرضاوي : د. يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، المكتب الإسلامي، 1993م.
- الكاساني : علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، (ت587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط3، 1421هـ - 2000م.
- الماوردي : أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ) الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة.
- موقع الأهرام : <http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=1092704&eid=425>
- موقع الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء في السعودية :
- <http://www.alifta.net/default.aspx?language=ar#1>
- موقع الشرق الأوسط :
- <http://classic.aawsat.com/details.asp?section=4&article=575995&issueno=11536>
- موقع شبكة الألوكة : <http://majles.alukah.net/>
- النجار: د. عبد المجيد النجار، في فقه التدين فهما وتنزيلاً، كتاب الكتروني منشور على الانترنت، انظر رابط: <http://www.kl28.com/knol4/?p=view&post=306416>
- النسفي : الإمام أبو بركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي، (ت710هـ)، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، ومعه شرح نور الأنوار على المنار لمولانا شيخ أحمد المعروف بملاجيون بن أبي سعيد الميهوي، (1130هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1406هـ_1986م.
- النووي : أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، (ت676هـ)، المجموع شرح المهذب، نشر زكريا على يوسف، القاهرة.

تعدد الزوجات في مدونة الأسرة - قراءة في المواد المنظمة له (البند الثاني من المادة 39 والمواد 40-46)



الدكتورة : سعاد العمراني المريني
أستاذة أحكام الأسرة وفقه التبرعات
كلية الشريعة بفاس - المملكة المغربية

مقدمة :

تعدد الزوجات جائز شرعا باتفاق علماء الأمة؛ استنادا لقوله تعالى: (وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة...)¹. والإسلام عندما رخص بالتعدد؛ قيد هذه الرخصة بوجوب تحقيق العدل بين الزوجات؛ ضمنا لحقوق المرأة. فإن خشي الزوج عدم إقامة العدل المطلوب منه شرعا، فقد أمره الله تعالى بالاعتصام على الزوج من امرأة واحدة فقال تعالى: (فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة)؛ ذلك أن الزواج من واحدة يضمن الاستقرار؛ والراحة؛ والسعادة؛ والقيام بالمسؤوليات المنوطة به على أحسن وجه.

ومدونة الأسرة المغربية أخذت بأحكام الشريعة الإسلامية السمحة، ورخصت بالتعدد، إلا أنها أخضعتة لمجموعة من الإجراءات نصت عليها في المواد 40 إلى 46، بالإضافة إلى البند الثاني من المادة 39.

وقد ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى أربعة مباحث عنونها كالتالي :

المبحث الأول : عدد النسوة المسموح الزواج بهن شرعا.

المبحث الثاني : حالات منع تعدد الزوجات.

المبحث الثالث : شروط التعدد.

المبحث الرابع: الإجراءات المسطرية للتعدد.

¹ / سورة النساء، الآية 3.

المبحث الأول : عدد النسوة المسموح الزواج بهن شرعا :

نص البند الثاني من المادة 39 من المدونة على أنه : " يمنع الزيادة على القدر المسموح به شرعا " .

عبارة المدونة توضح جليا أنه لا يمكن للزوج أن يتزوج بأكثر من العدد المسموح به شرعا؛ وهو أربع نسوة، وهذا قول الجمهور على اعتبار أن الواو في الآية الكريمة : (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع)، تفيد الجمع، وما يؤكد هذا المعنى ما ورد من الأحاديث التي تنص على تحريم الزيادة على أربع نسوة، ومنها ما روي عن الزهري عن سالم عن ابن عمر : " أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية، فأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخير أربعا منهن¹ . وما روي عن نوفل بن معاوية أنه أسلم وتحتة خمس نسوة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : (أمسك أربعا وفارق الأخرى)² .

وقد خالف الجمهور الرافضة وبعض أهل الظاهر؛ حيث زعموا أن الواو في الآية الكريمة تفيد الجمع، ومجموع هذه الأعداد تسع، كما استندوا لرأيهم بأن الرسول صلى الله عليه وسلم جمع بين تسع نسوة، بل وذهب بعض أهل الظاهر إلى أقبح من ذلك، فقالوا بإباحة الجمع بين ثماني عشر نسوة؛ تمسكا منهم بأن العدد في تلك الصيغ يفيد التكرار والواو للجمع، أي جعلوا (مثنى) اثني عشر، (وثلاث) ثلاثة ثلاثة، (ورباع) أربعة أربعة. قال القرطبي بعد أن جاء بهذه الآراء: (وهذا كله جهل باللسان والسنة، ومخالفة لإجماع الأمة، إذ لم يسمع عن أحد من الصحابة ولا من التابعين جمع في عصمته بين أكثر من أربع)³.

قال الشافعي : (وقد دلت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم المبينة عن الله أنه لا يجوز لأحد غير رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة)⁴. فهو من خصوصياته صلى الله عليه وسلم ولا يقاس عليه. وهكذا يتبين أن أقصى عدد يجوز للزوج أن يجمعه في عصمته هو أربع نسوة؛ بحيث مات إحداهن أو طلقها طلاقا بائنا؛ جاز له التزوج بامرأة أخرى. أما إذا طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا؛ وجب عليه -حينئذ- أن ينتظر انتهاء عدتها؛ لأنه باستطاعته أن يرجعه زوجته خلال فترة العدة بدون عقد جديد، ولأن زواجه وهي في فترة العدة من الطلاق الرجعي يعتبر باطلا، لكون المتزوج بها تعتبر زوجة خامسة، وهو محرم شرعا للأدلة السابقة.

المبحث الثاني: حالات منع تعدد الزوجات :

نصت المدونة في المادة 40 على ما يلي : (يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط بعدم التزوج عليها).

من خلال هذا النص يتضح أن المدونة صرحت بما يلي :

أ- أنه إذا حصل خوف من عدم إقامة العدل المطلوب شرعا؛ فلا يجوز للقاضي أن يعطي الإذن بالتعدد لطالبه. وقد استعملت المدونة الفعل مبني للمجهول (إذخيف)؛ للدلالة على أن هذا الخوف قد يحصل من طرف الزوجة الأولى؛ وذلك بأن أبدت تخوفها بأن زوجها لن يعدل بينها وبين المرأة المراد التزوج بها، وبالأحرى إذا أثبتت دواعي خوفها. وقد يحصل هذا الخوف من طرف عائلة الزوجة في حالة ما إذا كانت الزوجة قاصرا، كما قد يحصل هذا الخوف من طرف القاضي نفسه، وذلك عندما سأل مريد التعدد فأبدى هذا الأخير تخوفه من عدم إقامة العدل المطلوب منه، فإن القاضي في هذه الحالات لا يأذن بالتعدد لطالبه.

¹/ رواه أحمد في مسند المكثرين من الصحابة، 2/ 83-44-14-13-13؛ وابن ماجه 1953؛ والترمذي، كتاب النكاح، 1128.

²/ سنن الترمذي، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة رقم 1156.

³/ الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، ج5، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 1378هـ-1967م، ص 17.

⁴/ فقه السنة، للشيخ سيد سابق، ج2، دار الفكر، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1419هـ-1998م، 74 و75.

والمقصود بالعدل المطلوب من الزوج شرعا: هو العدل في المعاملة وضمن الحقوق من نفقة وإسكان، وقسم في المبيت، والمعاشرة والمباشرة، لا العدل في مشاعر القلوب وأحاسيس النفوس اقتداء بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك).¹

ب- أنه يمنع التعدد مطلقا؛ إذا اشترطت الزوجة على زوجها في عقد الزواج عدم الزواج عليها. وهذه مسألة تدخل في إطار القاعدة العامة (العقد شريعة المتعاقدين)، وهي تندرج في عمومية:

- قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج).²

- وقول عمر بن الخطاب (إن مقاطع الحقوق عند الشروط).³

وعلى هذا، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها فلها شرطها؛ ذلك أن في عدم زواجه من امرأة أخرى مصلحة لها، وهي عدم ادخال ضرة عليها. ويتعين على الزوج أن يفي بهذا الشرط، لأنه ألزمه نفسه، إذ الشروط هي التزامات فيجب الوفاء بها، وشروط الزواج أحق بالوفاء من غيرها.⁴

ويبقى هذا الشرط ملزما للزوج، ما دامت الزوجية قائمة بين هذين الزوجين. وإذا طلق الزوج زوجته التي اشترطت هذا الشرط الطلقة الأولى والثانية وراجعها من هذا الطلاق، ولو بعد أن تزوجت غيره، فإن هذا الشرط يعود إلى إنتاج أثره، ولو لم تشرطه عليه من جديد. بل ولو تنازلت هذه الزوجة عن شرطها سواء طلقها برغبته، أو صدر عليه الحكم بالطلاق، أو كان بناء على خلع. لكن إذا طلقها طلاقا ثلاثا ثم تزوجها بعد أن تزوجت غيره، فإن الشرط يسقط حينئذ.⁵

المبحث الثالث : شروط التعدد :

اشترطت مدونة الأسرة للحصول على الإذن بالتعدد ما يلي :

أولا : طلب الإذن من المحكمة :

نصت المدونة في الفقرة الأولى من المادة 42 على أنه: " في حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد يقدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك إلى المحكمة."

يستفاد من هذه المادة؛ أنه إذا انتفى شرط الامتناع عن التعدد، ولم يحصل خوف من عدم إقامة العدل المطلوب شرعا، جاز للزوج أن يتقدم بطلب الإذن بالتعدد إلى المحكمة، ويجب أن يضمن طلبه هذا بالأسباب المبررة للتعدد، ويرفقه بتقرير عن وضعيته المادية لمعرفة ما إذا كان يستطيع إعالة أسرته أم لا.

ويقدم طلب الإذن بالتعدد إلى قسم قضاء الأسرة، بالمحكمة الابتدائية المختصة مكانا؛ للنظر في هذا الطلب.

ثانيا : إثبات المبرر الموضوعي الاستثنائي :

نصت المدونة في الفقرة الأولى من المادة 41 على ما يلي :

¹ / رواه أحمد 144/6؛ أبو داود، 222/2؛ وابن ماجه، 633/1؛ والنسائي، 282/5 عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها.

² / رواه البخاري، حديث رقم 2721؛ ومسلم حديث رقم 1428؛ والترمذي حديث رقم 1154.

³ / صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، 125/3؛ والفتاوى الكبرى، لابن تيمية، 124/3.

⁴ / إذا رجعنا إلى الفقه المالكي نجد أن اشتراط مثل هذا الشرط جائز بطواعية من الزوج بعد العقد، لا إن اشترط فيه فيكره، ولا يلزم على كل حال، ولكن يستحب له الوفاء به. وإنما كره اشتراط ذلك في العقد؛ لأنه يؤثر في الصداق بالنقصان، فالمرأة التي تشترط ذلك تحط من صداقها لأجل الشرط. وأجاز ابن حنبل اشتراط مثل هذا الشرط وقال: يصح الوفاء بكل شرط فيه فائدة، ومنع ذلك أبو حنيفة وقال: تبطل الشروط كلها ويصح النكاح. (راجع البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن بن عبد السلام التسولي؛ وحلى المعاصم لفكر ابن عاصم، الإمام أبو عبد الله محمد التاودي، الجزء 1، طبعة (1432 هـ - 2011 م)، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، المغرب، ص 492. القوانين الفقهية، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلي الغرناطي، طبعة جديدة منقحة (بدون: ت) و(بدون: مكان) ص 189).

⁵ / أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، 1، الطبعة الثانية (1415 هـ - 1994 م) مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ص 156.

"1- لا تأذن المحكمة بالتعدد :

- إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي؛
- إذا لم يكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمنان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أنحاء الحياة."

أول ما يلاحظ على هذا النص: أن المشرع لم يضع مفهوما خاصا للمبرر الموضوعي الاستثنائي، بل أطلق العبارة، مما يحتمل حالات استثنائية كثيرة: كالرغبة في الإنجاب إذا كانت المرأة عاقرا، أو كانت لا ترغب في الأولاد، أو لم تعد ترغب في الاتصال الجنسي، أن تكون مريضا مرضا مزمننا يقعدها في الفراش، أو لا تستطيع بسببه القيام بأعباء الحياة الزوجية، أو طرأ عليها عيب من عيوب الزواج يمنع الزوج من الاستمتاع بها ونحو ذلك.
وعلى أي، فعلى الزوج الذي يرغب في التعدد أن يقنع القاضي بالمبرر الموضوعي الاستثنائي؛ ليوافق على طلبه ويصدر إذنا بذلك.

والحكمة هي وحدها التي تقرر ما إذا كان المبرر الموضوعي يسمح فعلا بالتعدد أم لا، حيث تستند في ذلك إلى مدى قناعتها وتكييفها لما يقدمه مريد التعدد من مبررات، هل هي موضوعية واستثنائية حقا أم لا.
وعلى المحكمة - في حالة قبول أو رفض المبرر الموضوعي الاستثنائي المدعى به - أن تبرر موقفها سواء بالقبول أو بالرفض.

وعليه؛ فقد كان ينبغي على المشرع أن يفسر الظرف القاهر الاستثنائي، ويحصره في أسباب محددة، كثبوت عقم الزوجة، أو إصابتها بمرض مزمن أو معد لا يمكن البرء منه، شريطة أن يثبت ذلك بإقرار لجنة الأطباء المختصين، وكما لو تغييت الزوجة بلا سبب مقبول عن بيت الزوجية لمدة تزيد على سنة، ونحو ذلك، والله أعلم.
ثالثا: وجود الموارد الكافية لإعالة أسرتين :

أكدت المدونة في البند الثاني من المادة 41 على أن المحكمة لا تأذن بالتعدد لطالبه؛ إلا إذا كانت له القدرة المالية الكافية لإعالة أسرتين معا من نفقة ومسكن، والقدرة على المساواة بينهما في جميع أنحاء الحياة.
وعلى طالب التعدد أن يثبت القدرة المالية بأية حجة تبين وضعه المادي: كشهادة الأجر أو الدخل، أو رقم معاملات التجارية، أو بيان رصيده في البنك، أو بيان الوضع الضريبي.

وهكذا، فإذا قدم طالب الإذن بالتعدد - الذي لم تشترط عليه زوجته عدم التزوج عليها - طلبه إلى المحكمة، وكان مستوفيا لجميع الشروط المضمنة في المادة 41، وتكونت قناعة المحكمة بتوفر المبرر الموضوعي الاستثنائي للتعدد، وتأكدت من قدرته المادية على إعالة أسرتين، استتبع ذلك مباشرة الدخول في الإجراءات المضمنة في المواد 43-46.
فالملاحظ إذن أن وجود المبرر الموضوعي الاستثنائي وقدرة الزوج الإنفاق على أسرتينهما شرطان متلازمان، لا يغني أحدهما عن الآخر، وهنا يثار سؤال عريض وهو: هل الزوج إذا الدخل المحدود، بمعنى الزوج الغير قادر على الإنفاق على أسرتين، لن يكون له الحق في التعدد، بالرغم من وجود مبرر موضوعي استثنائي وجيه كعقم الزوجة الأولى أو مرضها؟

مما لاشك فيه أن هذا الزوج سيجد نفسه محرجا، فيما أن يطلق زوجته الأولى بالرغم من عدم رغبته في الطلاق، وإما أن يلجأ إلى الزواج عن طريق الفاتحة وبعد ذلك يرفع دعوى في إطار المادة 16 من مدونة الأسرة؛ قصد ثبوت

زواجه الثاني المشروط كذلك بموافقة الزوجة الأولى، وفي هذه الحالة يبقى الزوج مهتدا بمقتضيات الفصل 491 من القانون الجنائي.¹

ومن هنا كان على المشرع أن يجد حلا لهذا الزوج؛ وهو منحه الإذن بالتعدد وفق شروط معينة. والملاحظ أيضا أنه لا مفهوم لعبارة "لإعالة الأسرتين" الواردة في المادة 41؛ لأن طالب الإذن بالتعدد قد يكون متزوجا من زوجتين اثنتين ويريد الإذن لإضافة زوجة ثالثة، أو يكون متزوجا من ثلاث زوجات ويريد الإذن لإضافة زوجة رابعة، ولهذا ينبغي أن تعاد صياغة عبارة المدونة كالتالي: "وإذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة أكثر من أسرة".

المبحث الرابع : الإجراء التمسيرية للتعدد :

أولا : استدعاء الزوجة المراد التزوج عليها :

نصت المدونة في المادة 43 على ما يلي :

" تستدعي المحكمة الزوجة المراد التزوج عليها، فإذا توصلت شخصيا ولم تحضر أو امتنعت عن تسلّم الاستدعاء توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذارا تشعرها بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار فسيبث في طلب الزوج في غيابها.

كما يثبت في طلب غيبة الزوجة المراد التزوج عليها إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه.

إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجا عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة المتضررة."

بمقتضى هذه المادة يتضح أن أول مسطرة تقوم بها المحكمة، بعد تكوين قناعتها بتوفر شروط التعدد، أنها تستدعي الزوجة المراد التزوج عليها، وأنه يجب أن تتوصل الزوجة المراد التزوج عليها بالاستدعاء شخصيا. ويستخلص من هذه المادة - بعد استقراءها- أنه يمكن التفريق بين حالتين :

الحالة الأولى : وهي التي يتم فيها استدعاء الزوجة، وتتسلم الاستدعاء شخصيا إلا أنها لا تحضر في الجلسة، أو أنها تتوصل بالاستدعاء وتمتنع من قبضه، ففي هذه الحالة يتعين على المحكمة أن توجه إلى الزوجة - عن طريق عون كتابة الضبط- إنذارا، تشعرها من خلاله أنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار، فسيبث في طلب الزوج في غيابها.

¹/ ينص الفصل 491 على ما يلي:

"يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية. ولا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه.

غير أنه في حالة غياب أحد الزوجين خارج تراب المملكة، فإنه يمكن للنيابة العامة أن تقوم تلقائيا بمتابعة الزوج الآخر الذي يتعاطى الخيانة الزوجية بصفة ظاهرة."

الحالة الثانية : وهي التي لا يتم فيها استدعاء الزوجة المراد التزوج عليها، بحيث تفيد النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامتها، وفي هذه الحالة يثبت في طلب الزوج في غياب الزوجة. وإذا تبين أن سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتج عن تقديم الزوج - بسوء نية - لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة، فإنه تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي؛ وذلك بناء على طلب تقدمه الزوجة المتضررة إلى الجهة المختصة.

ثانيا: استماع المحكمة إلى الزوجين في غرفة المشورة ومحاولة الإصلاح بينهما :

نصت المدونة في المادة 44 على ما يلي: " تجري المناقشة في غرفة المشورة¹ بحضور الطرفين ويستمع إليهما لمحاولة التوفيق والإصلاح بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة. للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن، إذا ثبت لها مبرره الموضوعي الاستثنائي وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالهما".

يستنتج من هذه المادة أنه في حالة استدعاء الزوجة المراد التزوج عليها، وحضورها بجانب الزوج، يتعين على المحكمة أن تستمع إلى تصريحات الزوجين معا بشأن طلب الإذن بالتعدد، وتتم المناقشة في غرفة المشورة، بعيدا عن أنظار الناس.

وفي حالة الخلاف بين الزوجين تحاول المحكمة التوفيق والإصلاح بينهما، بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة. ويفيد هذا الإجراء وجود رغبة قوية للمشرع المغربي، من أجل الحفاظ على الأواصر والروابط الأسرية. وعموما، فإن المحكمة تأذن للطلاب بالتعدد؛ إذا توفرت لديها الشروط المبيحة للتعدد المنصوص عليها في المادة 41. ويجب أن يكون الإذن معللا، حتى لا يتعرض لأي طعن، مع تقييده بشروط لفائدة الزوجة والأطفال، أي شروط تضمن للزوجة والأطفال جميع الحقوق الشرعية والقانونية.

ثالثا: تمسك الزوجة بطلب التطلق :

نصت مدونة الأسرة في المادة 45 على ما يلي : " إذا ثبت للمحكمة من خلال المناقشات تعذر استمرار العلاقة الزوجية وأصررت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطلق، حددت المحكمة مبلغا لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادهما الملزم الزوج بالإفناق عليهم.

يجب على الزوج إيداع المبلغ المحدد داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام. تصدر المحكمة بمجرد الإيداع حكما بالتطلق ويكون هذا الحكم غير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية.

يعتبر عدم إيداع المبلغ المذكور داخل الأجل المحدد تراجعا عن طلب الإذن بالتعدد".

يتضح من هذا النص أنه إذا طالبت الزوجة المحكمة بتطبيقها من زوجها، وتمسكت بطلبها - بالرغم من المحاولات الجدية التي قامت بها المحكمة للإصلاح بين الزوجين - فإنها تعين على المحكمة تحديد مبلغ مالي لفائدة الزوجة المراد التزوج عليها وأطفالهما، ويجب على الزوج أن يضع هذا المبلغ داخل أجل سبعة أيام. فإن وضعه داخل هذا الأجل حكمت المحكمة بتطبيق الزوجة، ويكون هذا الحكم غير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية، وذلك عملا بمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 128 من مدونة الأسرة.²

¹ / غرفة المشورة: إحدى الهيئات الموجودة بالمحكمة الواحدة، أسندت لها مهام ذات طبيعة خاصة تطلبت إحداها. ومن أهم خصائصها: السرية وسرعة البث. (الطبعة القانونية لغرفة الشورى، محمد بلهاسميالتسولي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط.1، 2002م، ص7).

² / تنص الفقرة الأولى من المادة 128 من المدونة على ما يلي: "المقررات القضائية الصادرة بالتطبيق... طبقا لأحكام هذا الكتاب تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية..." أما الجزء المتعلق بمستحقات الزوجة والأطفال فإنه يقبل الطعن فيه.

وإذا لم يضع الزوج المبلغ داخل أجل سبعة أيام المحدد قانونا، اعتبر متراجعا عن طلب الإذن بالتعدد. "والحكمة من وراء تقليص الأجل في هذه الحالة، هو أن المشرع أراد أن يوفر للمحكمة فرصة للتأكد من ملاءمة الزوج طالب التعدد، إذ أن عدم مبادرته لإيداع المبالغ المحددة كمستحقات للزوجة داخل هذا الأجل القصير، يفيد أن الزوج ليس مليئا بالدرجة التي تخوله الإنفاق على زوجتين في آن واحد، وهذا لوحده مبرر كاف لرفض طلب التعدد لانعدام شرط من شروط قبوله، وهو أن تكون لطالبه الموارد الكافية لإعالة أسرته وضممان جميع حقوقهما من نفقة وإسكان".¹

رابعا: إصرار الزوج على التعدد، ورفض الزوجة له، وعدم تمسكها بطلب التطليق يعطي للمحكمة حق تطبيق مسطرة الشقاق تلقائيا:

وهو ما نصت عليه المدونة في الفقرة الأخيرة من المادة 45 بقولها: "فإذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94-97 بعده".

يستنتج من هذه الفقرة: أنه إذا توفر المبرر الموضوعي الاستثنائي، وكانت للزوج الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وتمسك الزوج بطلب التعدد، ولم توافق الزوجة عليه، كما أنها لم تطالب بالتطليق من زوجها؛ فإن المشرع في هذه الحالة أوجب على المحكمة المرفوع إليها طلب الإذن بالتعدد، أن تبادر تلقائيا، وبدون طلب صريح من الطرفين، إلى فتح ملف مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97.

ومما يلاحظ على المشرع أنه بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 45، قد خرق القواعد الإجرائية العامة في باب التقاضي المنصوص عليها في الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية²، علما أن مهام قاضي الأسرة المكلف بالزواج في إطار مدونة الأسرة- تنحصر فيما يلي:

- الإذن بالزواج عن طريق الوكالة، وفقا للمادة 17 من مدونة الأسرة.
 - الإذن بزواج من لم يبلغ سن الرشد القانوني، وفقا للمادة 20 من نفس المدونة.
 - البت في تزويج القاصر عند معارضة وليه الشرعي، طبقا للمادة 21 من نفس المدونة.
 - الإذن بزواج المصاب بإعاقة ذهنية، وفقا للمادة 23 من نفس المدونة.
- خامسا: إشعار القاضي المرأة المراد التزوج بها بأن يريد الزواج بها متزوج بغيرها، وتضمن رضاها بذلك قبل العقد عليها في محضر رسمي.

وهذا ما نصت عليه المدونة في المادة 46 حيث قالت: "في حالة الإذن بالتعدد لا يتم العقد مع المراد التزوج بها إلا بعد إشعارها من طرف القاضي بأن يريد الزواج بها متزوج بغيرها ورضاها بذلك.

يضمن هذا الإشعار والتعبير عن الرضا في محضر رسمي".

يستفاد من هذه المادة، أنه إذا أعطت المحكمة لطالب التعدد الإذن، بعد توفر الشروط المطلوبة في المادة 41، فإن القاضي يوجه إشعارا للمرأة المراد التزوج بها، يخبرها بمقتضاه بأن يريد الزواج بها متزوج بغيرها؛ وذلك من أجل إبداء قبولها ورضاها أو رفضها لطلب الزوج. وفي حالة قبولها بأن تكون زوجة ثانية أو ثالثة أو رابعة، فإنه يضمن إشعارها ورضاها في محضر رسمي، يعتبر كبينة إثبات على أنها قبلت الزواج برجل متزوج بغيرها.

¹ / سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، د. محمد الكشيور د. يونس الزهري د. حسن فتوح، العدد 11، الطبعة الأولى (1427هـ-2006م)، ص 61.

² / ينص الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "يتعين على القاضي أن يثبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات، ويثبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

خاتمة :

إن تعدد الزوجات أمر جائز شرعا وقانونا، وهو مقيد بشرط تحقيق العدل بين الزوجات في جميع مناحي الحياة. غير أن مدونة الأسرة وضعت مجموعة من الإجراءات؛ يتعين على الزوج الذي يريد إضافة امرأة أخرى في عصمته أن يتتبعها، ومن أهم هذه الإجراءات تقديم طلب الإذن بالتعدد إلى المحكمة، وهذا الإجراء في حد ذاته يشكل عائقا أمام مريد التعدد في الحالة التي ترفض الزوجة - التي اشترطت على زوجها عدم التزوج عليها - إعطائه الإذن بالتعدد، ولا تريد التخليق منه، الشيء الذي يجعل هذا الزوج يلتجئ إلى وسائل احتيالية أو إكراهية¹ للحصول على إذن المحكمة بالتعدد.

أضف إلى ذلك؛ أن الزوج قد يلجأ إلى التزوج من امرأة أخرى من غير أن يشهد على زواجه عدلين؛ تهربا من الإجراءات التي وضعتها المدونة،² خصوصا وأن المسلمين يعلمون بأن تحرير رسم الزواج ليس ركنا ولا شرطا في الزواج، وبذلك ستضيع الجهود التي بذلت منذ صدور المدونة، من أجل تعميم نظام كتابة وثيقة الزواج، والتي تعتبرها المدونة حجة قطعية لإثبات الزواج، لا يقوم مقامها غيرها إلا في ظروف استثنائية.

• لائحة بأهم المراجع :

- كتاب الله عز وجل.
- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، 1، الطبعة الثانية (1415هـ - 1994م) مطبعة النجاح، الدار البيضاء.
- البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن بن عبد السلام التسولي؛ وحلى المعاصم لفكر ابن عاصم، الإمام أبو عبد الله محمد التاودي، طبعة (1432هـ - 2011م)، دار الرشد الحديثة، الدار البيضاء، المغرب.
- الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 1378هـ - 1967م.
- سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، د. محمد الكشور. د. يونس الزهري ذ. حسن فتوح، العدد 11، الطبعة الأولى (1427هـ - 2006م).
- الطبعة القانونية لغرفة الشورى، محمد بلهاسمي التسولي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط.1، 2002م.
- فقه السنة، للشيخ سيد سابق، دار الفكر، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1419هـ - 1998م.
- القوانين الفقهية، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، طبعة جديدة منقحة (بدون: ت) و(بدون: مكان).
- قانون المسطرة المدنية.
- القانون الجنائي المغربي.
- مدونة الأسرة المغربية.

¹ / من وسائل التدليس: كأن يلجأ مريد التعدد إلى تضخيم مستواه المادي، والتحجج بأسباب غير حقيقية لزواج من أخرى. ومن وسائل الإكراه: كأن يلجأ مريد التعدد إلى تهديد الزوجة الأولى بإيذاءها أو إيذاء أحد أفراد عائلتها؛ فترغم على التوقيع والموافقة الكتابية.

² / وتعتبر المادتان 16 و156 من المدونة بابا فتحه المشرع في وجه الراغبين في التعدد من غير الحصول على الإذن بالتعدد: فالمادة 16 تسمح بتوثيق عقد الزواج التي حالت ظروف قاهرة دون توثيقه في وقته. والمادة 156 تدعو إلى إلحاق نسب حمل المخطوبة إلى الخاطب - بعد توفر مجموعة من الشروط- وبالتالي توثيق عقد الزواج.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615