

المركز الديمقراطي العربي: برلين - ألمانيا

المجلة الدولية للإجتهداد القضائي



R N/VIR. 336 - 451.B

مجلة إجتهداد قضائي

المجلة الدولية للإجتهداد القضائي



INTERNATIONAL JOURNAL OF LEGAL INTERPRETATIVE JUDGEMENT

R N/VIR. 336 - 451.B



DEMOCRATIC ARABIC CENTER

Germany: Berlin 10315 Gensinger- Str: 112

<http://democraticac.de>

TEL: 0049-CODE

030-89005468/030- 89899419/030-57348845

MOBILTELEFON: 0049174278717

الناشر:

المركز الديمقراطي العربي
للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية
ألمانيا/برلين

**Democratic Arabic Center
Berlin / Germany**

لا يسمح بإعادة إصدار هذه المجلة أو أي جزء منه أو تخزينها
في نطاق استعادة المعلومات أو نقلها بأي شكل من الأشكال، دون إذن مسبق خطى من الناشر.
جميع حقوق الطبع محفوظة

All rights reserved

No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, without the prior written permission of the publisher.

المركز الديمقراطي العربي
للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ألمانيا/برلين

البريد الإلكتروني
democraticac.de@judgement

المجلة الدولية للاجتهداد القضائي :

العدد التاسع آذار – مارس 2023

**International Journal of Legal
Interpretative Judgement :**

Ninth Issue - March 2023



المَرْكَزُ الْدِيمُقْرَاطِيُّ الْعَرَبِيُّ

للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية

Democratic Arabic Center
for Strategic, Political & Economic Studies

المجلة الدولية للاجتهداد القضائي

مجلة علمية دولية محكمة تصدر عن المركز الديمقراطي العربي- برلين، تعد المجلة بمثابة مرجع علمي للباحثين والمتخصصين لنشر بحوثهم المحكمة في مختلف الشؤون الفقهية والقضائية وسلوك القضاء، سواء أكان ذلك في مجال القانون والفقه والقضاء خاصة الاجتهداد القضائي وإجراءات التقاضي، وطرق الإثبات، بالإضافة إلى الفروع القانونية والفقهية المرتبطة بذلك، كعلوم الشريعة والقانون، والسياسة الشرعية والقضائية والأنظمة الدستورية وغير ذلك.

تصدر بشكل دوري ولها هيئة علمية دولية فاعلة تشرف على عملها وتشمل مجموعة كبيرة لأفضل الأكاديميين من عدة دول ، حيث تشرف على تحكيم الأبحاث الواردة إلى المجلة . و تستند المجلة إلى ميثاق أخلاقي لقواعد النشر فيها، و إلى لائحة داخلية تنظم عمل التحكيم ، كما تعتمد "المجلة الدولية للاجتهداد القضائي" في انتقاء محتويات أعدادها المواصفات الشكلية والموضوعية للمجلات الدولية المحكمة.



المَرْكُزُ الدِّيمُقْرَاطِيُّ الْعَرَبِيُّ

للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية

Democratic Arabic Center
for Strategic, Political & Economic Studies

رئيس المركز الديمقراطي العربي:

أ. عمار شرعان

رئيس التحرير:

د. سهيل الأحمد - عميد كلية الحقوق سابقاً- جامعة فلسطين الأهلية - فلسطين

رئيس اللجنة العلمية: دة ربعة تمار المركز الديمقراطي العربي ألمانيا برلين الجزائر

نائب رئيس التحرير التنفيذي: أ. كريم عايش - المركز الديمقراطي العربي - ألمانيا - برلين

البريد الإلكتروني للمجلة:

judgement@democraticac.de

registration number

RN/VIR. 336 - 451.B

ISSN 2748-5056

اللجنة العلمية :

سلام سميرة، محاضر _ أ، تخصص قانون دولي انساني، جامعة عباس لغورو خنشلة، الجزائر.

د. ميثم منفي كاظم العميمي، أستاذ مساعد، كلية الحقوق، جامعة الكاظم، العراق.

د. محمد جمعة، قاضي إستئناف بمجلس الدولة، مصر.

د. ميسون طه حسين، أستاذ مساعد، كلية القانون، جامعة الكاظم، العراق.

د. يعيش تمام شوقي، رئيس تحرير مجلة الحقوق والحيات، جامعة بسكرة، الجزائر.

د. يوسف سعدون محمد، تخصص قانون مدنى وإجراءات قضائية، كلية أقسام ميسان، قسم القانون، العراق

د. معداوى نجية، أستاذة مشاركة، كلية الحقوق جامعة البليدة، الجزائر

د. حكمت عمارنة، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة العربية الأمريكية ، فلسطين.

د. غسان عليان، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة العربية الأمريكية ، فلسطين.

د. علاء السرطاوي، أستاذ الفقه وأصوله، جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين.

د. محمود سلامة، أستاذ القانون الخاص،

أ. د نافع الحسن - أستاذ القانون الدولي. فلسطين

أ. د ماهر خضر. عضو المحكمة العليا الشرعية- ديوان قاضي القضاة.- فلسطين

أ. د جمال الكيلاني، أستاذ الفقه والتشريع، ، جامعة النجاح، فلسطين

أ. د حسين التروري، كلية الشريعة - جامعة الخليل. فلسطين

أ. د عودة عبد الله- أستاذ التفسير- جامعة النجاح الوطنية- فلسطين

أ. د. عروة عكرمة صبري- جامعة القدس- فلسطين

د. محمد مطلق عساف- منسق برنامج الدكتوراه- جامعة القدس – فلسطين.

د. مأمون الرفاعي- جامعة النجاح- فلسطين

ا. د. علي أبو مارية، أستاذ القانون الخاص- جامعة فلسطين الأهلية

د. محمد صعبانة، أستاذ القانون الخاص، جامعة فلسطين الأهلية

د غانم عبد دهش، أستاذ مساعد، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق.



د. عبد اللطيف رياضة، أستاذ مشارك في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين

د. محمد بدوسى، أستاذ مساعد في القانون الجنائى، جامعة الاستقلال، فلسطين.

د. نهلة أحمد فوزي البرهيمي-استاذ القانون المدنى المساعد - جامعة الحدود الشمالية - السعودية

د. معاذ عليوي -جامعة نجم الدين اربكان - فلسطين

الجامعة العربية الأمريكية ،فلسطين.

د-نضال العووادة، دكتوراه في العلوم الجنائية - النيابة العامة الفلسطينية،

د. أسامة دراج - كلية القانون- جامعة الاستقلال، فلسطين

د. مهند استيتي -كلية الشريعة - جامعة الخليل

د. أيمن البدارين- كلية الشريعة- جامعة الخليل- فلسطين.

د. جمال أبو سالم -كلية الدعوة وأصول الدين-جامعة القدس

د. أنس أبو العون- كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية

د. خير الدين طالب- كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية

د. حمزة إسماعيل، كلية الحقوق - الجامعة العربية الأمريكية.

د. سامية عبد اللاوى، أستاذ محاضر، القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عباس لغرور خنشلة.

د علي مراد ، أستاذ مساعد ، قانون، علاقات دولية، جامعة بيروت العربية ،

د. عائشة عبد الحميد- أستاذة محاضرة - كلية الحقوق - جامعة الشاذلي بن جديد الطارف. الجزائر ،

مواعيد استقبال المقالات لأعداد المجلة الدولية للاجتهداد القضائي

<u>الى 12-08</u>	<u>من 01-12-</u>	<u>عدد يناير-كانون الثاني</u>
<u>الى 03-08</u>	<u>من 01-03-</u>	<u>عدد ابريل-نيسان</u>
<u>الى 06-08</u>	<u>من 01-06-</u>	<u>عدد يوليو-تموز</u>
<u>الى 09-08</u>	<u>من 01-09-</u>	<u>عدد أكتوبر</u>

شروط النشر:

- أن يكون البحث أصيلاً معداً خصيصاً للمجلة الدولية للاجتهداد القضائي، وألا يكون قد نشر جزئياً أو كلياً في أي وسيلة نشر إلكترونية أو ورقية.
- يرفق البحث بمختصر السيرة العلمية للباحث باللغتين العربية والإنجليزية.
- تنشر المقالات باللغات العربية والفرنسية والإنجليزية.
- الالتزام بمعايير الأكاديمية والعلمية المعمول بها دولياً في إعداد الأعمال العلمية، أهمها الأمانة العلمية.
- أن يكون المقال مكتوبًا بلغة سليمة، مع العناية بما يلحق به من خصوصيات الضبط والأشكال.
- يكتب على الصفحة الأولى من المقال ما يأتي : اسم ولقب الباحث باللغتين العربية والإنجليزية، الصفة، الدرجة العلمية، مؤسسة الانتساب (الجامعة والكلية)، البريد الإلكتروني.
- كتابة عنوان المقال باللغتين العربية والإنجليزية.
- وضع ملخصين وكلمات مفتاحية للمقال باللغتين العربية والإنجليزية في حدود 300 كلمة.
- اتباع طريقة التمييش أسفل الصفحات بطريقة غير تسلسلية حيث يبدأ ترقيم التمييش وينتهي في كل صفحة كما يأتي: لقب الكاتب، اسم الكاتب ،عنوان الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر، دار النشر، سنة النشر، ص.
- توثيق المراجع حسب الترتيب الهجائي في نهاية المقال وتصنف إلى:
 - 1 - مراجع باللغة العربية:(1-الكتب-2-القوانين والمواثيق الدولية-3-المقالات-4-الموقع الالكترونية)
 - 2- المراجع باللغة الأجنبية : (1-الكتب-2-القوانين والمواثيق الدولية-3-المقالات-4-الموقع الالكترونية)
 - 3- طريقة كتابة المراجع:
- الكتاب: لقب الكاتب، اسم الكاتب ، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر:دار النشر، سنة النشر، الصفحة.

- المقال: لقب الكاتب ، اسم الكاتب، عنوان المقال، اسم المجلة، العدد، سنة النشر، الصفحة
- الأحاديث النبوية: اسم المؤلف، عنوان الكتاب، الكتاب، الباب، رقم الحديث، رقم الطبعة، بلد النشر، دار النشر،
سنة النشر، الصفحة.
- الواقع الإلكتروني: لقب الكاتب ، اسم الكاتب ، "عنوان المقال" اسم الموقع الإلكتروني
- رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه: يكتب اسم صاحب البحث، العنوان، يذكر رسالة ماجستير أو
أطروحة دكتوراه ، اسم الجامعة، اسم الكلية، السنة.
- إذا كان المرجع نشرة أو إحصائية صادرة عن جهة رسمية: يكتب اسم الجهة، عنوان التقرير، أرقام
الصفحات، سنة النشر
- يتم تنسيق الورقة على قياس (A4) ، بحيث يكون حجم ونوع الخط كالتالي:
- نوع الخط هو Majalla Sakkal Gras (حجم 16 بارز) بالنسبة للعنوان الرئيس، وحجم 14 بارز بالنسبة للعناوين
الفرعية، وحجم 14 عادي بالنسبة للمتن، وحجم 11 عادي بالنسبة للجدوايل والأشكال إن وجدت، وحجم 9 عادي
(بالنسبة للهوماش).
- أما المقالات المقدمة باللغة الأجنبية تكون مكتوبة بالخط Times New Roman 12
- ترك هوماش مناسبة (2.5) من جميع الجهات.
- يتراوح عدد كلمات البحث من 4000 كلمة إلى 7000 كلمة
- يرسل البحث المنسق على شكل ملف مايكروسوف特 وورد، إلى البريد الإلكتروني:
judgement@democraticac.de
- يتم تحكيم البحث من طرف محكمين أو ثلاثة.
- يتم إبلاغ الباحث بالقبول المبدئي للبحث أو الرفض.
- يمكن للباحث إجراء التعديلات المطلوبة وإرسال البحث المعدل إلى نفس البريد الإلكتروني المذكور أعلاه.
- يخضع ترتيب المقالات في المجلة على أساس موضوعية.
- لا يرسل المقال إلى هيئة التحكيم في حالة عدم اتباع كل شروط النشر.
- تعتبر المضامين الواردة في المقال عن آراء أصحابها ولا تمثل آراء المجلة.

فهرس العدد

الصفحة	المحتويات
10	الكلمة الافتتاحية
13	موقف القانون والقضاء من أحكام الفصل التأديبي للموظف العام * د. جمال سلطان بن حريز أستاذ القانون الإدراي المشارك بجامعة عدن-اليمن
43	ضوابط عمليات تجميل الوجه (البوتوكس والفيبر) أربع كاظم محمد حلاق طبيبة أستان/ وبكالوريوس في الفقه والتشريع/ جامعة القدس/ فلسطين د. محمد مطلق محمد عساف منسق برنامج دكتوراة الفقه وأصوله في جامعة القدس ورئيس قسم الاقتصاد والتمويل الإسلامي في كلية الدعوة وأصول الدين/جامعة القدس
74	حدود تدخل القاضي الجنائي ضمن نطاق تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات: عناصر الركن المادي لجريمة رشوة الموظف العمومي نموذجاً تبون عبد الكريم: أستاذ جامعي أستاذ محاضر قسم "أ" جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر- الجزائر - كلية الحقوق والعلوم السياسية
90	المقاربة بين حق الرجوع عن القبول في العقود الإلكترونية ومبدأ القواعد الإلزامية للعقد. دراسة تحليلية الباحث/ هيثم عماد ارحيم باحث ماجستير القانون التجاري وتكنولوجيا المعلومات -جامعة غزة – فلسطين.
111	دور الدولة في السياسة السعرية والرقابة عليها في الشريعة الإسلامية الدكتور رحمة الله حبوب محمد أحمد الاستاذ المشارك بجامعة الأمام المھدى - كلية الشريعة و القانون-

المحامي وموثق العقود

128	<p>الوصية للحمل وتوريثه في المفهوم الشرعي والقانوني د. علاء السرطاوي - جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين د. سهيل الأحمد-جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين</p>
142	<p>المسؤولية الجنائية للطبيب عن الخطأ الطبي-دراسة مقارنة- دكتور محمد مختار السيد السيد دكتوراه القانون المدني كلية الحقوق – جامعة الزقازيق</p>
155	<p>المقترب التدريجي في تحليل السياسات العمومية بوعزة عابيدى باحث في سلك الدكتوراه جامعة محمد الخامس بالرباط</p>
173	<p>مسألة طلاق الدور للإمام المتوكل على الله إسماعيل بن القاسم ؛ (ت:1087هـ) تحقيق الطالب/جميل غالب أحمد اللاحي طالب دكتوراه - فقه إسلامي - جامعة صنعاء - كلية الآدا</p>
198	<p>فلسفة استخدام الوسائل الرقمية بإجراءات التقاضي الرقمية وألياتها القانونية والتقنية د.أمل فوزى أحمد عوض دكتوراه فى القانون / كلية الحقوق / جامعة عين شمس رئيس وحدة تكنولوجيا المعلومات - كلية التربية الفنية - جامعة حلوان 2022</p>
219	<p>دور التقاضي الإلكتروني في ضمان أداء الخدمة القضائية "دراسة مقارنة" الباحث محمد عادل سعدة</p>

268	<p style="text-align: center;">أثر التوقيع الالكتروني في إثبات القرار الإداري "دراسة وصفية تحليلية"</p> <p style="text-align: right;">أ. غادة عدنان اسطوح باحثة ماجستير جامعة العربية الأمريكية</p> <p style="text-align: center;">د. محمد زياد جرادات * أستاذ ورئيس قسم القانون العام المساعد الجامعة العربية الأمريكية</p>
287	<p style="text-align: center;">تحريك الدعوى الدستورية بواسطة الدفع بعدم الدستورية "دراسة تحليلية مقارنة"</p> <p style="text-align: right;">الدكتور نضال جرادة مدرس القانون الخاص والعام الكلية الجامعية للعلوم التطبيقية جامعة الإسراء - فلسطين</p>
309	<p style="text-align: center;">حروف الجزم في سورة البقرة بين تفسيري الزمخشري وأبي حيان: دراسة دلالية.</p> <p style="text-align: right;">طالب دكتوراه جمال سعد أحمد إبراهيم – ماجستير تفسير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.</p> <p style="text-align: right;">أ.د. محمد جواد النوري – أستاذ العلوم اللغوية في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.</p>

الكلمة الافتتاحية

د. سهيل الأحمد رئيس التحرير

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على المبعوث للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه بإحسان إلى يوم الدين وبعد؛ فإنه يسعد فريق المجلة الدولية للاجتهداد القضائي أن يضع بنى أبيدي قرائتها الأفضل العدد السادس، ٥ حيزران ٢٠٢٢ يونيو، حيث تضمن العدد مجموعة مميزة من المقالات التي تم انتقاها بدقة من ضمن العديد من المقالات الواردة لجنة التحرير، إذ تعتمد المجلة الدولية للاجتهداد القضائي في انتقاها على المعايير العلمية المتبعة والمعمول بها في الدراسات الأكademie المعروفة، وقد اشتمل هذا العدد على مجموعة من الدراسات والأبحاث العلمية المتعددة في باهها القانوني والشرعی والاجتہادي،

موقف القانون والقضاء من أحكام الفصل التأديبي للموظف العام

*د. جمال سلطان بن حريز

أستاذ القانون الإداري المشارك بجامعة عدن-اليمن

الملخص:

يُعد الموظف العام هو أحد الركائز التي يقوم عليها أي تنظيم أو جهاز إداري فله دور مهم وأساسي في تحقيق أهداف الإدارة والقيام بنشاطها وتنفيذ أعمالها وهو أحد أدوات الدولة والذي تمارس من خلاله نشاطها المرفقى، فهو الممثل القانونى لها والذى يقوم بتقديم الخدمات لجمهور الناس الذين يتعاملون مع مختلف المراافق والأجهزة الإدارية في الدولة، ولذلك الأهمية والدور الذي يقوم به الموظف لابد أن تتوافق فيه الشروط الالزمة والمعينة حسب الوظيفة التي يشتغل بها، فلا بد من توافر المؤهلات العلمية والكفاءة والخبرة حتى يتم استيعابه وتعيينه في الجهاز الإداري.

ويعد سلوك الموظف العام في قيامه بأداء واجباته من عدمه أو الإخلال بها، من عوامل صلاح الإدارة أو فسادها. لذا لما كان الموظفون العموميون هم الدعامة الكبرى التي يقوم عليها بناء الدولة والأمناء على المصلحة العامة، وإليهم يعود الفضل في صلاح الإدارة الحكومية إذا أدوا واجبهم على وجه حسن، كما تقع عليهم تبعه فساد هذه الإدارة إذا قصرروا أو أهملوا في القيام بواجباتهم؛ لذلك أجمعـت تشريعات الدول على تقرير أحكام اختصـت فيها الموظفين العموميين بعض القيود، ورتبت على مخالفتها عقوبات تختلف في الشدة باختلاف الضـر الذي تمثلـه أو قد تلحـقه بالـمصلحة العامة.

الكلمات المفتاحية: موظف، فصل، تأديب، إنهاء خدمة، سلطة تأديبية.

Abstract

The public employee is one of the pillars upon which any organization or administrative body is ,He has an important and essential role in achieving the objectives of the administration .based is one of the tools of the state through and it ,carrying out its activities and carrying out its work He is its legal representative who provides services to .which it exercises its accompanying activity and for that ,the public who deal with The various facilities and administrative bodies in the state the necessary and specific conditions must be ,and the role that the employee plays importance competence and experience ,Academic qualifications .met according to the job in which he works .body must be available in order to be absorbed and appointed in the administrative

or the violation of ,or not ,The behavior of the public employee in the performance of his duties since the ,Therefore .is one of the factors of goodness or corruption of the administration ,them building of the state and the trustees of the public officials are the main pillar upon which the and to them the credit goes to the goodness of the government administration ,public interest rest and they are also responsible for the corruption of ,if they perform their duty in a good manner the countries' ,Therefore ;ration if they fail or neglect to carry out their dutiesthis administ legislation has unanimously decided provisions in which public officials are concerned with some severity according to the it has imposed penalties that vary in ,and for its violation ,restrictions or may cause to the public interest.harm that it represents

مقدمة:

يُعد الموظف العام هو أحد الركائز التي يقوم عليها أي تنظيم أو جهاز إداري فله دور مهم وأساسي في تحقيق أهداف الإدارة والقيام بأنشطتها وتنفيذ أعمالها وهو أحد أدوات الدولة والذي تمارس من خلاله نشاطها المرفقى، فهو الممثل القانونى لها والذى يقوم بتقديم الخدمات لجمهور الناس الذين يتعاملون مع مختلف المرافق والأجهزة الإدارية في الدولة، ولذلك الأهمية والدور الذي يقوم به الموظف لابد أن تتوافر فيه الشروط الالزمة والمعينة حسب الوظيفة التي يستغل بها، فلا بد من توافر المؤهلات العلمية والكفاءة والخبرة حتى يتم استيعابه وتعيينه في الجهاز الإداري.

ويعد سلوك الموظف العام في قيامه بأداء واجباته من عدمه أو الإخلال بها، من عوامل صلاح الإدارة أو فسادها. لذا لما كان الموظفون العموميون هم الدعامة الكبرى التي يقوم عليها بناء الدولة والأمناء على المصلحة العامة، وإليهم يعود الفضل في صلاح الإدارة الحكومية إذا أدوا واجبهم على وجه حسن، كما تقع عليهم تبعه فساد هذه الإدارة إذا قصرروا أو أهملوا في القيام بواجباتهم؛ لذلك أجمعت تشريعات الدول على تقرير أحكام اختصت فيها الموظفين العموميين بعض القيود، وترتبت على مخالفتها عقوبات تختلف في الشدة باختلاف الضرر الذي تمثله أو قد تلحقه بالمصلحة العامة.

إشكالية البحث:

تنطلق عدة تساؤلات بحثية حول الموضوع أبرزها هل ضمن القانون بأحكامه الفصلية للموظف جميع حقوقه وواجباته، وهل توجد اختلاف في معانى المصطلحات الفصل التأديبي وإناء الخدمة وغيرها، ومن هي السلطة المختصة في الفصل التأديبي، وما دور الرقابة القضائية عند وقوع الفصل التأديبي للموظف.

فرضية البحث:

- جاءت أحكام الفصل التأديبي للموظف في القانونين المصري واليمني ضامنة لجميع الحقوق والواجبات الوظيفية.
- مازالت أحكام الفصل التأديبي للموظف يشوهها النقص بتنظيم كافة الحقوق والواجبات في القانونين المصري واليمني.

أهمية البحث:

لا شك بأن موضوع البحث له أهمية كبيرة وذلك لتعلقه بالموظف العام الذي يعد المركز الأساسي للبلاد وتتركز أهمية البحث في الآتي:-

الإحاطة بالفصل كعقوبة تأديبية للموظف في اليمن ومصر لأن معالجة مثل هذه المواقف يعود نفعها على الدولة كإدارة وعلى البلاد للإصلاح الإداري وضمان حسن سير وأداء المرفق العام.

معرفة ضمانات وإجراءات الفصل التأديبي حتى لا تتعسف الإدارة بفصل موظفيها.

منهجية البحث:

لقد اعتمدت في كتابة البحث على المنهج التحليلي والمنهج المقارن فيما بين القانون المصري رقم 47 لسنة 1987م بشأن العاملين المدنيين بالدولة والقانون اليمني رقم 19 لسنة 1991م بشأن الخدمة المدنية بالإضافة إلى اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية مستعيناً في ذلك بشروح وآراء الفقه الإداري.

المبحث التمهيدي**المفاهيم التأطيرية للفصل من الوظيفة العامة**

تعد عقوبة الفصل من الوظيفة العامة أحد الجزاءات التأديبية التي تمارسها الإدارة تجاه الموظف المخل بالواجب الوظيفي، بل من أشد العقوبات التأديبية وأخطرها أثراً على الموظف لما يعانيه الموظف من أضرار مادية ومعنوية، والفصل من الوظيفة العامة، يكون إما تأديبياً أو إدارياً.

فالفصل التأديبي: هو فصل الموظف من جهة الإدارة بسبب إخلاله بواجبات ومقتضيات وظيفته، وذلك كاختلاس الموظف الأموال العامة التي بحوزته.

والفصل الإداري: وهو الفصل بطريق غير التأديب، وهو قرار إداري تصدره الإدارة بإنهاء علاقة الموظف عن الوظيفة لا بسبب الإخلال بالواجب الوظيفي وإنما لأسباب مهنية أو صحية، أو لإحالته إلى التقاعد.

والفصل من الوظيفة العامة أو العزل مصطلحات تتشبه مع غيرها من صور إنهاء الخدمة لذلك ومن خلال هذا المبحث سنعرف على مفهوم الفصل، وتمييزه عن غيره من صور إنهاء الخدمة وذلك في مطلبين:-

المطلب الأول

تعريف الفصل من الوظيفة العامة

الفصل في اللغة: يعني الحاجز بين الشيئين، وفصلت الشيء أي قطعه فانقطع، وفصل الشيء عن غيره أبعده، وفصل المولود عن الرضاع فصلاً أي فطمه⁽¹⁾، أو إنهاء خدمة الموظف وقطع علاقته بالوظيفة كلياً⁽²⁾.

والفصل أو العزل، أو الطرد أو غيره من الألفاظ هي في المعنى شيء واحد وإن اختلفت الألفاظ والتي تعني إنهاء رابطة الموظف عن وظيفته لأي سبب كان، لكن مصطلح الفصل من الوظيفة هو الأكثر استخداماً وشيوعاً عن غيره من المصطلحات السابقة، ولم يعرف المشرع المصري واليمني الفصل من الوظيفة العامة، وإن كانوا قد نصا على الفصل من الوظيفة العامة باعتباره أحد العقوبات التأديبية ونصا على أن الفصل أحد أسباب إنهاء الخدمة⁽³⁾. والتعریف ليس من وظيفة المشرع وإنما هو من وظيفة الشارح والباحث، ومن خلال التعريف السابقة للفصل يمكنني تعريف الفصل بأنه "إنهاء صلة الموظف بالوظيفة بقرار من السلطة الإدارية المختصة لأسباب قانونية ومقبولة"

الفرع الأول

موقف الفقه والقضاء من مصطلح الفصل وغيره

أولاً: موقف الفقه من مصطلح الفصل وغيره:

لم يتم الفقه المصري بمسألة ضبط المصطلحات المتعلقة بإنهاء خدمة الموظف العام، فقد استعمل الغالب من الفقهاء لفظ "الفصل" للدلالة على إنهاء خدمة الموظف سواء كان الفصل تأدبياً أم غير تأدبياً وكذلك لفظ "العزل". إلا أن البعض من الفقهاء فرق بين لفظ "الفصل والعزل" فقد جعل

¹ - علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004م، ص 229.

² - أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الأولى 1995م، ص 167.

³ - نص عليها المشرع المصري في المادة (94) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978م، وقانون الخدمة المدنية اليمني رقم 19 لسنة 1991م في المادة (118 – 119).

الفصل لإنتهاء خدمة الموظف بسبب غير تأديبي كبلغ سن التقاعد، واستعمل لفظ "العزل" لإنتهاء خدمة الموظف بسبب تأديبي⁽¹⁾.

وكذلك الفقه اليمني لم يهتم بمسألة ضبط مصطلحات إنتهاء الخدمة فقد استخدم مصطلح "الفصل والعزل" لإنتهاء خدمة الموظف سواءً كان الفصل تأديبياً أم غير تأديبياً⁽²⁾.

ثانياً: موقف القضاء من الفصل وغيره من المصطلحات:

ذهب القضاء المصري إلى استخدام لفظ "الفصل" للتعبير عن الفصل التأديبي وغير التأديبي، حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم صادر لها بتاريخ 19/1/1972م إلى أنه "لا يجوز الارتكان إلى واقعة تملك المدعي أرض زراعية بغير الانتفاع من الإصلاح الزراعي "لفصله" من خدمة، فإذا لم يثبت من الأوراق أنه قام به بسبب من أسباب انتهاء الخدمة أو خروج على مقتضى الواجب في أداء وظيفته بما يبرر فصله بسبب تأديبي"⁽³⁾.

من خلال الأحكام السابقة يتبين لنا أن القضاء المصري ساير المشرع المصري في مصطلحات إنتهاء خدمة الموظف، فاستخدم لفظ الفصل للدلالة على الفصل التأديبي وغير التأديبي وكذلك استخدمه للدلالة على الفصل بغير الطريق التأديبي.

المطلب الثاني

تمييز الفصل عن غيره من صور إنتهاء الخدمة

لإنتهاء علاقة الموظف بالوظيفة العامة صور متعددة، منها تلك التي تكون بإرادة الموظف كالاستقالة، ومنها تلك التي تكون بدون إرادة الموظف العام كالفصل أو العزل، ومنها تلك التي لا تكون بإرادة الموظف ولا بإرادة الإدارة ولكن بإرادة القانون، وذلك كالإحالاة إلى المعاش، وقد أورد المشرع المصري أسباب انتهاء الخدمة في المادة (94) من قانون العاملين المدنيين بالدولة وذلك على النحو الآتي:

¹ - عناد رضوان محمود الجراح، فصل الموظف العام (دراسة مقارنة فرنسا ومصر والأردن، دار النهضة العربية، القاهرة 1994م، ص 31، وانظر د/ عبدالفتاح حسن التأديب في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة 1994م، ص 32).

² - أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 317، خالد عمر باجنبيد، القانون الإداري اليمني، إصدارات جامعة عدن، الطبعة الأولى، 1992م، ص 208 – 209، وانظر محسن الحارثي، سلطة تأديب الموظف العام، مرجع سابق، ص 72.

³ - مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة القضاء الإداري (الدائرة الاستئنافية) من أول أكتوبر سنة 1971م إلى آخر سبتمبر سنة 1972م، ص 241 وما بعدها. أشار إليه، عناد رضوان الجراح، فصل الموظف العام، مرجع سابق، ص 37.

⁴ - قانون بشأن العاملين المدنيين بالدولة في مصر رقم 47 لسنة 1978.

-بلوغ السن المقررة لترك الخدمة، عدم اللياقة للخدمة صحياً، الاستقالة، الإحالـة إلى المعاش أو الفصل من الخدمة، فقد الجنسية أو انتفاء شروط المعاملة بالمثل بالنسبة لرعايا الدولة الأخرى، الفصل بقرار من رئيس الجمهورية في الأحوال التي يحددها القانون الخاص بذلك، الحكم عليه بعقوبة جنائية في إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوباتإلخ، إلغاء الوظيفة المؤقتة، الوفاة.

وكذلك أورد المشرع اليمني في قانون الخدمة المدنية، أسباب انتهاء خدمة الموظف في المادة (118) على أنه تنتهي خدمة الموظف بقرار من السلطة المختصة بالتعيين في إحدى الحالات الآتية:-⁽¹⁾.

-إنهاء الخدمة، الاستقالة، إلغاء الوظيفة لأسباب تنظيمية أو اقتصادية، الفصل أو العزل.

الفرع الأول

التمييز بين الفصل والاستقالة

تفق الاستقالة مع الفصل من الوظيفة العامة أن كلاًّ منها يعد سبباً من أسباب إنهاء خدمة الموظف.

وتحتمل الاستقالة عن الفصل أنها تتم بالإرادة المتفrدة للموظف رغبة منه في إنهاء الوظيفة دون أن يكون هناك إذن أو عذر ولا تنتهي علاقة الموظف إلا بناءً على موافقة الإدارة على الاستقالة بخلاف الفصل الذي يتم بناءً على سلطة وإرادة الإدارة لإنهاء علاقة الموظف بالوظيفة لسبب يتعلق بمصلحة الوظيفة كالإحالـة إلى التقاعد أو لسبب إخلال الموظف بوظيفته إخلاـلاً يؤدي إلى إنهاء خدمته وهو الفصل التأديبي⁽²⁾.

ويستند حق الموظف في الاستقالة إلى طبيعة العلاقة الوظيفية من حيث أن هذه العلاقة تقوم على رضاء الموظف بالوظيفة حتى إذا ما أبدى الموظف في أي وقت عدم رضائه بالوظيفة تعين إهـاء علاقـته بالوظيفة⁽³⁾، وهو ما نص عليه المـشرع اليمني في قانون الخدمة المدنـية في المادة (120) فـقرة (أ) بأن "الـموظـف أن يستقيل من وظيفـته..." وكذلك نص المـشرع المصرـي على الاستـقالـة في المادة (97) من قـانون العـاملـين المـدنـيين بالـدولـة "بـأن للـعاملـ أن يـقدم استـقالـته من وظيفـته...".

والاستـقالـة نوعـان: صـريـحة وضـمنـية:

¹ - قـانون الخـدـمة المـدنـية الـيـمنـي رقم 19 لـسـنة 1991م.

² - نـصر الدـين مـصـباح القـاضـي، النـظرـية الـعـامـة لـلتـأـديـب فـي الـوـظـيفـة الـعـامـة (دـرـاسـة مواـزنـة)، دـارـ الفـكـرـ العـربـيـ، طـ 2، 1422 - 2002م، صـ 276 - 277.

³ - يـحيـي قـاسـم سـهـلـ، فـصـلـ الـموظـفـ العـامـ، (دـرـاسـة مـقارـنةـ)، مـرجعـ سـابـقـ، صـ 58.

1- الاستقالة الصريحة: هي إفصاح الموظف عن إرادته في ترك الخدمة قبل بلوغ السن المقررة للمعاش في شكل طلب يقدمه إلى الجهة الإدارية التابع لها، فتجيبه الإدارة إلى طلبه في خلال مدة معينة محددة قانوناً.

2- الاستقالة الضمنية: هي أن يتخذ الموظف موقفاً معيناً، يعده المشرع قرينه على أنه قصد به ترك العمل نهائياً ومن ثم يرتب عليها المشرع آثاراً، ومن ترك ذلك التحاق الموظف بوظيفة أخرى.

وهو ما نص عليه المشرع المصري في قانون العاملين المدنيين بالدولة في المادة (98) وقرر المشرع اليمني في قانون الخدمة المدنية المادة (123) بأن "يعتبر الموظف مستقiliاً إذا انقطع عن العمل لمدة عشرين يوماً متصلة بدون عذر مقبول".

الفرع الثاني

التمييز بين الفصل والإحالة إلى المعاش

تفق الإحالة إلى المعاش مع الفصل من الوظيفة أن كلاً منها يعد سبباً من أسباب إنهاء الخدمة وفقاً لما ورد في قانون الخدمة المدنية اليمني المادة (118 – 119) وقانون العاملين المدنيين بالدولة المصري مادة (94).

إلا أن الإحالة إلى المعاش أو التقاعد يكون ببلوغ السن القانونية المحددة للموظف لترك الخدمة، وتتفق قوانين الموظفين في العالم على وجوب تحديد سن معينة يتقادع الموظف ببلوغها ويترك الخدمة⁽¹⁾.

وقد اتفق المشرع المصري واليمني في تحديد سن التقاعد ببلوغ الموظف الستين من عمره⁽²⁾.

المبحث الأول

الفصل التأديبي للموظف العام

سبق أن عرفنا في المبحث الأول أن الفصل للموظف العام يرجع إما لسبب تفتضيه مصلحة الوظيفة العامة كفصل الموظف الذي بلغ السن القانونية وهو ما يسمى الفصل الإداري، أو الفصل بسبب إخلال الموظف بوظيفته إخلالاً يؤدي إلى إنهاء الخدمة عن الطريق التأديبي أو ما يسمى بالعزل عن الوظيفة وهو الفصل التأديبي⁽³⁾. وهذا هو محل بحثنا، ويكون الفصل بقرار يصدر من السلطة الإدارية المختصة جزاء

¹ - يحيى قاسم علي سهل، فصل الموظف العام (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 61.

² - انظر، المادة (95) من قانون التقاعد المصري رقم 47 لسنة 1978م، والمادة (25) من قانون المعاشات اليمني رقم 25 لسنة 1991م.

³ - نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 277.

للموظف الذي أخلَّ بواجبات الوظيفة العامة، وتتخذ الإدارة هذا الإجراء إذا ما عجزت عن تقويم وتعديل سلوك الموظف بجميع الوسائل الإجرائية والتأديبية، لذلك سوف نتعرف على الأسس التي تتخذها الإدارة في تحديد الجريمة التأديبية كما تسمى في القانون المصري أو المخالفة التأديبية كما تسمى في القانون اليمني. وكذلك معرفة السلطة المختصة بقرار الفصل التأديبي وأثار الفصل التأديبي وذلك في ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول

أساس الفصل التأديبي (الخطأ الوظيفي)

من المؤكد أن أساس فصل الموظف تأديبياً هو الإخلال بواجبات الوظيفية، الملقاة على عاته، وذلك بالمخالفة للقوانين واللوائح التي تفرضها عليه الوظيفة، بحيث تشكل تلك المخالفة جريمة توجب توقيع جزاء الفصل على الموظف، وعليه سيتم معرفة واجبات ومحظورات الوظيفة العامة، وكذلك معرفة الجريمة التأديبية "الخطأ الوظيفي أو المخالفة التأديبية" وأركانها وذلك في الفرعين التاليين:-

الفرع الأول

واجبات ومحظورات الموظف العام

تعرض المشرع المصري لواجبات ومحظورات الموظف العام في المادة (76) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978م وكذلك المشرع اليمني في قانون الخدمة المدنية في المادة (31 – 41) من القانون رقم 19 لسنة 1991م، ويشكل الإخلال بتلك الواجبات جريمة تستوجب جزاء الفصل تأديبياً للموظف العام وسوف نتعرض لتلك الواجبات والمحظورات في النقاط التالية:-

أولاً: واجبات الموظف العام:

١- التعاون مع الزملاء: إن تعاون الموظف مع زملائه في تأدية الواجبات المنوطة به دليل آخر على إخلاص الموظف مع أداء العمل، وهذا التعاون مطلوب من كل موظف، إذ أن التعاون مع الزملاء يؤدي إلى استمرارية عمل المرافق العامة بدون توقف⁽¹⁾.

وقد نص المشرع المصري على وجوب التعاون مع الزملاء في أداء الواجبات الالزمة لتأدية سير العمل وتنفيذ الخدمة العامة وذلك في المادة (7/76) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1987م وكذلك نص المشرع اليمني عليه في المادة (13/2) من قانون الخدمة المدنية رقم 19 لسنة 1991م، حيث نصت على أنه يجب "...أن يتعاون الموظف مع زملائه في أداء الواجبات".

¹ - علي جعنة حارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 160.

٢- المحافظة على الأموال العامة: يجب على الموظف المحافظة على المال العام، حيث أن المال العام هو في خدمة الجميع ومخصص لمنفعة المواطنين بما فيهم الموظفين، فإذا فرط الموظف في المحافظة على المال العام بأن جعله عرضة للسرقة أو الاختلاس سواءً لنفسه أو سهل لشخص آخر يأخذه وجب عند ذلك للإدارة أن تتخذ ضده الإجراءات الالزمة، بأن تقرر فصله بالإضافة أن تحيله للقضاء.

٣- المحافظة على كرامة الوظيفة: يجب على الموظف المحافظة على كرامة الوظيفة العامة، فلا يأتي أي فعل أو تصرف يسيء إلى سمعة وكرامة الوظيفة العامة الذي يتنافى مع حسن السيرة والسلوك، وقد نص المشرع المصري على ذلك في المادة (76) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1987م، في الفقرة (3) أنه "يجب على العامل أن يحافظ على كرامة وظيفته طبقاً للعرف العام وأن يسلك في تصرفاته مسلكاً يتفق والاحترام الواجب" وهو ما أكدته المشرع اليمني في قانون الخدمة المدنية رقم 19 لسنة 1991م، في المادة (13) الفقرة (3) بأنه يجب على الموظف "الحفاظ على كرامة الوظيفة والابتعاد عن كل ما من شأنه التقليل من قيمتها والاحترام لها أثناء أوقات العمل أو خارجها".

ثانياً محظورات الموظف العام:

١- عدم إفشاء أسرار الوظيفة: يطلع الموظف بحكم وظيفته على أمور وأسرار تتضمنها وثائق رسمية، قد تنطوي على أسرار عسكرية أو اقتصادية أو سياسية، كما يطلع أو يكون على علم بأمور سرية تتعلق بأدق وخصوصيات المواطنين، ويلتزم الموظف بعدم إفشاء هذه الأسرار، وأساس هذا الالتزام حماية المصلحة العامة في هذا المجال يقتضي من الموظف المحافظة على أسرار المهنة أو الوظيفة وعدم إذاعتها أو نشرها مع الحرص على الملفات والوثائق التي تحتوي هذه الأسرار، وعدم تسليمها إلى أي شخص إلا إذا كان هذا الشخص مسؤولاً بحكم وظيفته، وذلك كأسرار الشرطة والقضاء والأطباء وعمال الاتصالات^(١).

وقد نص المشرع اليمني على واجب عدم إفشاء أسرار الوظيفة العامة في المادة (14) الفقرة (ب) من قانون الخدمة المدنية رقم 19 لسنة 1991م على أنه "يحظر على الموظف أن يفشي الأمور والمعلومات السرية التي يطلع عليها بحكم وظيفته ويعتبر هذا الحظر قائماً حتى بعد انتهاء خدمته ولأي سبب كان".

٢- التغيب بدون عذر: يجب على الموظف العام أن يحترم مواعيد العمل المقررة، فلا يتأخر عن بدء العمل الرسمي ولا يترك مكان العمل قبل انتهاء الوقت المحدد له وذلك بعرض سير المرافق العامة بانتظام وإطراد^(٢)، وقد نصت التشريعات ومنها المصري في المادة (4/76) من القانون رقم 47 لسنة 1978م على وجوب المحافظة على مواعيد العمل، وكذلك المشرع اليمني في القانون رقم 19 لسنة 1991م بشأن الخدمة المدنية في المادة

^١ - علي جعفر محارب، التأديب الإداري للموظف العام، مرجع سابق، ص 166 – 167.

² - علي جعفر محارب، التأديب في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 154.

(13/2) بأنه يجب على الموظف "المحافظة على العمل واحترام مواعيده" ويعتبر التغيب بدون عذر أخطر ما يهدد فاعلية إنجاز العمل الرصعي والمؤسسات الإنتاجية.

وقد قضت المحكمة التأديبية في مصر بفصل الموظف الذي انقطع عن العمل عقب انتهاء إجازته الاعتيادية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الجريمة التأديبية

الجريمة التأديبية هي الأساس لتأديب الموظف العام بالفصل من الوظيفة، ومصطلح "الجريمة التأديبية" أكثر المصطلحات شيوعاً من بين المصطلحات الأخرى الذنب الإداري – الجريمة الانضباطية – المخالفات التأديبية – الخطأ الوظيفي – الخطأ المهني – المسؤولية الملكية⁽²⁾. لذلك سوف تتعرض لتعريف الجريمة التأديبية ونبين أركانها في النقاط الآتية:-

أولاً: تعريف الجريمة التأديبية: سوف نبين تعريف الجريمة التأديبية في التشريع والفقه والقضاء على النحو الآتي:

أ- تعريف الجريمة التأديبية في التشريع:

أغفلت أغلب التشريعات ومنها القانون المصري واليمني إيراد تعريف للجريمة التأديبية، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الجريمة التأديبية على عكس الجريمة الجنائية لا يمكن حصرها، وقد خشي المشرع إن هو أورد تعريفاً لهذه الجريمة أن يرد هذا التعريف قاصراً بأن لا ينطبق على كافة الجرائم التأديبية واكتفى المشرع بعد أن عدد بعض الواجبات الوظيفية والتي تعد مخالفتها جريمة تأديبية بإيراد حكم عام⁽³⁾. من ذلك ما ذهب إليه المشرع المصري في قانون العاملين المدنيين بالدولة في المادة (78) من القانون رقم 47 لسنة 1987م والتي نصت بأن "كل عمل يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته أو يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامنة الوظيفة يجازى تأديبياً..." وهو ما ورد في المادة (80) من قانون العاملين بالقطاع العام رقم 49 لسنة 1987م كما أن المشرع اليمني لم يعرف الجريمة التأديبية وإنما عدد واجبات ومحظورات الموظف العام (كما

¹ - حكمي المحكمة التأديبية بوزارة الصناعة والتجارة الصادرتين في 4/5/1981م، 2/8/1982م. أشار إليه د/ علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 158.

² - عبدالفتاح مراد، المخالفات التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة العامة، الطبعة الأولى، 1993م، ص 28، أشار إليه د/ يحيى قاسم سهل، فصل الموظف العام، مرجع سابق، ص 68 ود/ نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 29. وانظر مدوح طنطاوي، الجرائم التأديبية، مرجع سابق، ص 329.

³ - محمد محمود ندا، انقضاء الدعوى التأديبية "دراسة مقارنة" مرجع سابق، ص 7.

سبق أن أوضحنا) في المادتين (13، 14) من قانون الخدمة المدنية رقم 19 لسنة 1991م ثم قضى في المادة (11) بأنه "إذا ارتكب الموظف مخالفة لواجباته المنصوص عليها في المادة (13) أو القوانين والأنظمة والتعليمات المعمول بها في الخدمة المدنية أو في تطبيقها فتتوقع عليه إحدى العقوبات التأديبية..." إلا أن لائحة الجزاءات والمخالفات المالية والإدارية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 27 لسنة 1998م عرفت الجريمة التأديبية تحت مسمى المخالفة التأديبية في المادة (9) بأنها "كل فعل أو امتناع عن فعل، بالمخالفة لأحكام القوانين والأنظمة النافذة، أو الخروج على مقتضى الواجب في تأدية الموظف لمهام وظيفته وبما لا يرقى إلى مستوى الجريمة الجنائية".

ومن خلال النصوص السابقة يتبيّن أن المشرع اليمني في قانون الخدمة المدنية لم يعرّف الجريمة التأديبية خوفاً من ألا يحصرها تحت هذا التعريف فتستجد جرائم تأديبية. أما ما ذكر من تعريف للجريمة التأديبية في المادة (9) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 27 لسنة 1998م إنما هو توضيح للفعل أو الامتناع الذي يعد جريمة تأديبية، والدليل على ذلك أنه قال في آخر التعريف وما لا يرقى إلى مستوى الجريمة الجنائية

ثانياً: أركان الجريمة التأديبية:

حتى تتحقق الجريمة التأديبية لابد من توافر أركانها، وقد اختلف الفقه في ماهية هذه الأركان وعددتها إلى ثلاثة آراء:-

الرأي الأول: ويرى أصحاب هذا الرأي أن للجريمة التأديبية ركنتين هما:-⁽¹⁾.

1- الركن الأول: الموظف الذي يراد تأديبه.

2- الركن الثاني: الخطأ أو الذنب الإداري.

الرأي الثاني: ويرى أصحاب هذا الرأي أن للجريمة التأديبية ركنتين هما:-⁽²⁾

1- الركن المادي.

2- الركن الأدبي أو المعنوي.

الرأي الثالث: ويرى بأن للجريمة التأديبية ثلاثة أركان هي:⁽³⁾.

¹ - سليمان الطماوي، القضاء الإداري (قضاء التأديب)، ص 48، أشار إليه د/ محمد محمود ندا، انقضاض الرهوان التأديبية، مرجع سابق، ص 11.

² - محمد جودت الملطف، المسئولة التأديبية للموظف العام، مرجع سابق، ص 80.

- الركن الأول: الموظف الذي ينسب إليه الخطأ.

- الركن الثاني: وهو الركن المادي ويتمثل في الفعل الإيجابي أو السلبي الذي يصدر عن الموظف.

- الركن الثالث: وهو الركن المعنوي ويعني الإدارة الآثمة في فعل الجريمة التأديبية.

الركن المادي للجريمة:

يعتبر الركن المادي للجريمة، أي المظهر الخارجي للجريمة التأديبية أو المخالفة التأديبية، فهو الذي يخرجها إلى الواقع، وهو إما فعل إيجابي يقوم به الموظف وذلك كالقيام بعمل محظوظٍ عليه وإما فعل سلبي، كالامتناع عن أداء واجب عليه.

الركن المعنوي للجريمة:

يقصد بالركن المعنوي للجريمة: مجموعة العناصر النفسية والذهنية التي يسهم بها الشخص في ارتكاب الجريمة، أي مقارفة السلوك المنوع شرعاً⁽²⁾.

وقد اختلف فقهاء القانون العام، حول ماهية الركن المعنوي، أي هل تعتبر الإرادة ركناً في الجريمة التأديبية وذلك إلى ما يلي:-

ذهب بعض الفقهاء⁽³⁾. إلى اعتبار الموظف مخالفًا ومستحق للعقاب أن يصدر منه جريمة تأديبية عن إرادة آثمة، فهم يرون أن للجريمة التأديبية ركن معنوي وهي الإرادة الآثمة.

وبرأي أن الموظف يجب معاقبته تأديبياً متى ارتكب جريمة تأديبية سواءً كانت إرادته آثمة أم غير آثمة إلا إذا انعدمت إرادته، وفي رأي أيضاً أنه يعاقب صاحب الإرادة الآثمة بعقوبة الفصل مع التعويض عن الضرر إن كان له وجه.

وقد عنى المشرع اليمني في المادة (192) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية بالإرادة الآثمة وغير الآثمة حيث حددت العوامل التي ينبغي أخذها في الحسبان قبل توقيع العقوبة على الموظف وهي:-

مدى انتاجيته، سلوكه، الظروف المحيطة بالمخالفة.

¹ - عبدالفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 79.

² - علي حسن الشرفي، النظرية العامة للجريمة، أوان للطباعة، أوان للطباعة، ص 340، ط 4، 2004م.

³ - محمد جودت الملاط، المسئولية التأديبية، مرجع سابق، ص 80 و د/ عبدالفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 126.

المطلب الثاني

السلطة المختصة بالفصل التأديبي

يحكم الجهة المختصة بالتأديب مبدأ الشرعية، بمعنى أنه لا يتم توقيع عقوبة تأديبية معينة على أحد الموظفين إلا من قبل الجهة المختصة قانوناً، ولا تملك الجهة المختصة أن تفوض في اختصاصها إلا في حدود القوانين التي تنظم تفويض الاختصاص، كما أنه لا يمكن أن يحل محل الجهة المختصة بالتأديب إلا من عينة واسعة القانون....

وهذه السلطة تمثل في السلطة التأديبية الرئاسية ومجالس التأديب وسوف نبين ذلك في ضوء المقارنة بين مصر واليمن في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

السلطة التأديبية الرئاسية

السلطة الرئاسية: هي السلطة المختصة بالتعيين⁽¹⁾.

وقد حدد المشرع المصري في المادة (82) من القانون رقم 47 لسنة 1978م أعضاء السلطة التأديبية على الوجه الآتي:

أ- شاغلي الوظائف العليا.

ب- السلطة المختصة وهم:

1- الوزير المختص. 2- المحافظ المختص بالنسبة لوحدات الحكم المحلي. 3- رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة المختصة.

4- المحاكم التأديبية. 5- المجالس التأديبية لبعض طوائف الموظفين.

وبعد أن أوردنا السلطة المختصة بالتأديب في مصر نود أن نذكر بأن السلطة الرئاسية في مصر تختص بالتأديب للرؤساء المباشرين من غير شاغلي الوظائف العليا هو ما نص عليه القانون المعدل للقانون رقم 47 لسنة 1978م بالقانون رقم (115) لسنة 1983م بشأن العاملين المدنيين بالدولة وحدد المشرع الإجراءات التي تتخذها السلطة الرئاسية في مصر في التحقيق أو الإنذار أو الخصم من المرتب بما لا يتجاوز خمسة عشرة يوماً بالنسبة للرؤساء المباشرين وبما لا يتجاوز ثلاثة أيام في السنة بالنسبة لشاغلي الوظائف العليا ثم

¹ - علي جمعة محارب، التأديب الإداري، مرجع سابق، ص 477

إحالـة الموظـف المـتهم إلـى المحـاكم التـأديـبـية⁽¹⁾. يـعـني أـنـ عـقوـبةـ الفـصـلـ تـخـصـ بهاـ المحـاـكـمـ التـأـدـيـبـيـةـ فـيـ القـانـونـ . المـصـرـيـ.

أـمـاـ الـمـشـرـعـ الـيـمـنـيـ فـجـعـ الـاـخـتـصـاصـ بـتـوـقـيعـ الـعـقـوبـاتـ التـأـدـيـبـيـةـ بـجـهـتـيـنـ هـمـ:

أـ.ـ الرـئـيـسـ الـفـردـ "ـالـسـلـطـةـ الرـئـاسـيـةـ".ـ بـ.ـ مـجـالـسـ التـأـدـيـبـ .

وـتـتـمـثـلـ السـلـطـةـ الرـئـاسـيـةـ فـيـ المـديـرـ العـامـ أوـ منـ يـمـثـلـهـ،ـ وـوـكـيلـ الـوزـارـةـ أوـ منـ يـمـثـلـهـ،ـ وـنـائـبـ الـوزـيرـ أوـ منـ يـمـثـلـهـ،ـ وـالـوزـيرـ أوـ منـ يـفـوضـهـ هـذـاـ بـالـنـسـبـةـ لـغـيرـ شـاغـلـيـ الـوـظـائـفـ الـعـلـيـاـ أـمـاـ سـلـطـةـ التـأـدـيـبـ الرـئـاسـيـةـ بـالـنـسـبـةـ لـمـوـظـفـيـ الـإـدـارـةـ الـعـلـيـاـ فـتـمـثـلـ فـيـ السـلـطـةـ المـخـصـصـةـ بـالـتـعـيـينـ⁽²⁾.

الفـرـعـ الثـانـيـ

مـجـالـسـ التـأـدـيـبـ

يـتـمـ تـشـكـيلـ مـجـالـسـ التـأـدـيـبـ فـيـ الـيـمـنـ إـلـىـ نـوـعـيـنـ مـنـ مـجـالـسـ التـأـدـيـبـ لـلـنـظـرـ فـيـ الـمـخـالـفـاتـ الـمـنـسـوـبـةـ إـلـىـ الـمـوـظـفـينـ وـذـلـكـ تـبـعـاـ لـلـفـتـةـ الـتـيـ يـنـتـمـيـ إـلـيـهاـ الـمـوـظـفـ وـهـذـهـ مـجـالـسـ تـتـكـونـ مـنـ هـيـئـاتـ إـدـارـيـةـ تـتـكـونـ مـنـ مـوـظـفـينـ عـمـومـيـنـ وـتـمـارـسـ اـخـتـصـاصـاتـ تـأـدـيـبـيـةـ مـحدـدـةـ إـلـىـ جـانـبـ السـلـطـةـ الرـئـاسـيـةـ وـقـدـ نـظـمـ الـمـشـرـعـ الـيـمـنـيـ الأـحـکـامـ الـخـاصـةـ بـمـجـالـسـ التـأـدـيـبـ⁽³⁾.

أـولـاـ:ـ مـجـلـسـ التـأـدـيـبـ الـعـادـيـ وـهـيـ عـلـىـ النـحـوـ الـآـتـيـ:

وـيـنـشـأـ فـيـ كـلـ وـحـدـةـ إـدـارـيـةـ لـلـنـظـرـ فـيـ الـمـخـالـفـاتـ الـتـيـ تـقـعـ مـنـ شـاغـلـيـ الـمـجـمـوعـاتـ الـوـظـيفـيـةـ مـنـ الـثـانـيـةـ حـتـىـ الـخـامـسـةـ وـسـنـبـينـ تـشـكـيلـهـ وـاـخـتـصـاصـاتـهـ،ـ كـمـاـ يـلـيـ:-

أـ.ـ تـشـكـيلـهـ:

حدـدتـ المـادـةـ (115)ـ تـكـوـنـ مـجـلـسـ التـأـدـيـبـ،ـ وـذـلـكـ عـلـىـ النـحـوـ الـآـتـيـ:-

-ـ نـائـبـ الـوزـيرـ أوـ نـائـبـ رـئـيـسـ الـوـحـدـةـ "ـرـئـيـساـ".ـ اـثـنـانـ مـنـ مـوـظـفـيـ مـجـمـوعـةـ الـإـدـارـةـ الـعـلـيـاـ فـيـ الـوـحـدـةـ الـإـدـارـيـةـ "ـعـضـواـ".ـ

-ـ سـكـرـتـيرـ الـنـقـابـةـ أوـ مـنـ يـخـتـارـهـ الـمـوـظـفـ فـيـ الـوـحـدـةـ الـإـدـارـيـةـ "ـعـضـواـ".ـ

¹ - مـحـسـنـ غـالـبـ الـحـارـثـيـ،ـ سـلـطـةـ تـأـدـيـبـ الـمـوـظـفـ،ـ مـرـجـعـ سـابـقـ،ـ صـ246ـ.

² - أيـ رـئـيـسـ مـجـلـسـ الـوـزـراءـ وـرـئـيـسـ الـجـمـهـورـيـةـ هـمـ الـمـخـصـصـونـ بـالـتـعـيـينـ فـيـ الـوـظـائـفـ الـعـلـيـاـ،ـ مـادـةـ (30)ـ مـنـ قـانـونـ الـخـدـمـةـ الـمـدـنـيـةـ رقمـ 19ـ لـسـنـةـ 1991ـ مـ.ـ دـ/ـ مـحـسـنـ غـالـبـ الـحـارـثـيـ،ـ سـلـطـةـ تـأـدـيـبـ الـمـوـظـفـ الـعـامـ،ـ صـ403ـ -ـ 407ـ .ـ انـظـرـ دـ/ـ بـحـيـيـ قـاسـمـ سـهـلـ،ـ فـصـلـ الـمـوـظـفـ الـعـامـ،ـ مـرـجـعـ سـابـقـ،ـ صـ220ـ -ـ 221ـ .ـ

³ - انـظـرـ قـانـونـ الـخـدـمـةـ الـمـدـنـيـةـ المـادـيـنـ (114ـ -ـ 115ـ)ـ وـالـلـائـحةـ التـنـفـيـذـيـةـ المـادـيـنـ (221ـ -ـ 222ـ).

بـ- اختصاصه:

للمجلس إعادة النظر في الفعل الذي ارتكبه الموظف بمعنى هل، يشكل جريمة تأديبية أم لا؟.

فإذا رأى المجلس إلى إدانة الموظف، لانطواء الفعل الذي ارتكبه الموظف على إخلال بواجبات الوظيفة فلل المجلس تسليط العقوبة التي يراها مناسبة من العقوبات الآتية⁽¹⁾ 5- الفصل من الخدمة مع حفظ الحق في المعاش والمستحقات الأخرى .

ويوجد في كل محافظة⁽²⁾ مجلس تأديبي ويكون من وكيل الوزارة "رئيساً"، ومدير مكتب المالية، ومدير عام فرع الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة، وممثل عن السلطة القضائية يسميه رئيس محكمة الاستئناف بالمحافظة، وسكرتير اللجنة النقابية إن وجدت⁽³⁾.

ثانياً: مجلس التأديب الأعلى:

ويختص بالنظر في الدعوى التأديبية المحالة عليه على أي من موظفي وشاغلي الوظائف العليا، وكذلك النظر في التظلمات بشأن العقوبات التأديبية الصادرة عن مجالس التأديب العادية.

أ- تشكيل المجلس:

1- وزير العدل "رئيساً". 2. وزير الخدمة المدنية والإصلاح الإداري "عضو". 3. رئيس الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة "عضو". 4. وزير الشئون القانونية "عضو". 5. وزير يختاره الموظف "عضو".

بـ- اختصاص المجلس:

- النظر في المخالفات التأديبية المترتبة من موظفي وظائف الإدارة العليا وتوقع بحقهم الجزاءات التالية:-"

- الفصل من الخدمة مع حفظ الحق في المعاش والمستحقات الأخرى .

- اختصاصه في نظر التظلمات المرفوعة إلى من موظفي المجموعات الوظيفية من الثانية إلى الخامسة الذين صدرت ضدهم قرارات من مجالس التأديب العادية.

أما في مصر فلا توجد مجالس تأديبية وإنما توجد محاكم تأديبية وهذا ما يجعل الأحكام الصادرة عن تلك المحاكم أحكام يطمئن لها الموظف نظراً لتمتع تلك المحاكم بالاستقلالية عن الإدارة صادرة قرار التأديب.

¹ - الفقرة (د) المادة (13) من قانون الخدمة المدنية.

² - المادة (244) من اللائحة التنفيذية للخدمة المدنية.

³ - قرار رئيس مجلس الوزراء، بشأن إنشاء وتشكيل مجلس تأديب المحافظة رقم 219 لسنة 1997م.

لذلك نأمل من المشرع اليمني أن ينشئ محاكم تأديبية لمحاكمة ومعاقبة المخلين بواجبات ومحظورات الوظيفة العامة.

المطلب الثالث

آثار الفصل التأديبي

يتربّ على فصل الموظف العام تأديبياً إنتهاء خدمة الموظف، وكذلك انتهاء علاقته بجهة الإدارة.

الفرع الأول

إعادة التعيين للموظف بعد انتهاء الخدمة

الفصل التأديبي يؤدي إلى إنتهاء علاقة الموظف بالجهة الإدارية التي ينتمي إليها وهو ما نص عليه المشرع المصري واليمني (كما سبق إيضاحه)، لذلك يجب على الموظف المفصول الالتزام بعدم ممارسة أعباء ومهام الوظيفة حتى لو طعن قانوناً في شرعية القرار الصادر بالفصل، وهذا الفصل يعد مانعاً من التوظيف، مما يدفع بالموظف المفصول إلى البحث عن وظيفة جديدة تكون مستوفية لشروط التوظيف، وبعد انقضاء مدة معينة من تاريخ فصله، وهي أربع سنوات على الأقل فيعاد تعينه.

وهو ما نص عليه في قانون العاملين المدنيين بمصر في المادة (101) من القانون رقم 47 لسنة 1978م هذا بالنسبة للعاملين المدنيين، أما الموظف العام فيعاد تعينه بعد فصله دون اشتراط مضي مدة معينة على إنتهاء خدمته أما المشرع اليمني فقد اشترط لإعادة تعيين الموظف المفصول عن الوظيفة رد اعتباره إذا حكم عليه بعقوبة سالبة للحرمة في جريمة تخل بالشرف والأمانة... وأن يكون قد مضى على فصله تأديبياً ثلاثة سنوات⁽¹⁾. بخلاف الفصل بطريقة غير تأديبية فلا يشترط القانون مضي مدة معينة⁽²⁾. وقد نصت لائحة الجزاءات والمخالفات المالية والإدارية أنه يشرط لإعادة التعيين مضي خمس سنوات على الأقل من تاريخ توقيع العقوبة عليه⁽³⁾.

ومما سبق يتضح أن هناك لبس وتناقض بين اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية التي تشترط مضي ثلاثة سنوات، وبين لائحة الجزاءات والمخالفات المالية والإدارية التي تشترط مضي خمس سنوات.

- لذلك ننصح من المشرع اليمني إعادة النظر وإزالة اللبس والتناقض في النصوص وذلك بأن يجعل المدة التي يتعين إعادة الموظف فيها مضي إما ثلاثة سنوات أو خمس سنوات.

¹ - المادة (30) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية اليمني رقم 122 لسنة 1991م.

² - المادة (42) اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية اليمني رقم 122 لسنة 1991م.

³ - المادة (81) من لائحة الجزاءات والمخالفات المالية والإدارية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 27 لسنة 1998م.

- والفصل التأديبي لا يجعل الموظف غير محمود السيرة والسلوك إلا إذا كان الفصل يمس النواحي الأخلاقية.

الفرع الثاني

الأثار المادية للفصل التأديبي

تختلف القوانين في ترتيب الآثار المادية للفصل التأديبي من الوظيفة العامة فمثلاً ما تنص على الفصل من الخدمة مع حفظ الحق في المعاش أو المرتب وهذا ما أخذ به قانون الخدمة المدنية اليمني في المادة (111) أما المشرع المصري في القانون رقم (47) لسنة 1978م فقد نصت المادة (80) على عقوبة الفصل دون الإشارة إلى المرتب أو المعاش وذلك تنطبق بالنسبة لها القواعد السابقة بالنسبة للإحالات إلى المعاش ولا تؤدي العقوبة إلى الحرمان من المعاش دون نص صريح⁽¹⁾.

وينص المشرع المصري على استحقاق العامل المحكوم عليه بالفصل تعويضاً يعادل أجراه إلى يوم إبلاغه بالحكم إذا لم يكن موقوفاً عن العمل⁽²⁾. وهذا بخلاف المشرع اليمني فلا ينص على التعويض.

المبحث الثاني

ضمانات الفصل التأديبي للموظف العام

الفصل التأديبي من أشد وأخطر العقوبات التأديبية تجاه الموظف نظراً لما يتربّط عليه من آثار تلحق بالموظّف، لذلك لابد من توافر الضمانات التأديبية حتى يطمئن الموظف إلى صحة الفصل أو الجزاء، وهذه الضمانات إما أن تكون سابقة على توقيع عقوبة الفصل، وإما أن تكون معاصرة لتوقيع الجزاء، وإما أن تكون لاحقة لتوقيع الجزاء. وعلى ذلك سنتناول هذه الضمانات في ثلاثة المطالب التالية:-

المطلب الأول

الضمانات السابقة على توقيع الفصل التأديبي

تتمثل الضمانات السابقة على إصدار قرار الفصل التأديبي، في ضرورة مواجهة المتهم - المفصول من الوظيفة - بما هو منسوب إليه من أخطاء وظيفية، وكذلك يجب التحقيق مع المتهم من السلطة الرئاسية للتتأكد من صحة وقوع الخطأ الجسيم من المتهم، وكذلك يجب تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه، وعليه سنتناول هذه الضمانات من خلال الفروع الآتية:

1 - علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 49، وانظر د/ يحيى قاسم سهل، فصل الموظف العام، مرجع سابق، ص 110.

2 - المادة (100) من قانون العاملين المدنيين بالدولة في مصر.

الفرع الأول

مواجهة المتهم بما هو منسوب إليه

المواجهة تعني مواجهة الموظف المتهم بالتهم المنسوبة إليه وجهاً لوجه، فيحيط بها علماً ويكون على معرفة كاملة بظروفها، بما يحقق له دفاعه⁽¹⁾، بمعنى أن يجب إعلان الموظف بالتهمة أو الخطأ الموجه نحوه، وأن من حقه الإطلاع على ملف التحقيق حتى يكون على بينة بما هو موجه إليه من تهم⁽²⁾.

وهو ما نص عليه قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972م في المادة (34) على أنه "يجب أن يقوم قلم كتاب المحكمة بإعلان ذوي الشأن بقرار الإحالـة وتاريخ الجلسة خلال أسبوع من تاريخ إيداع الأوراق" وكذلك نص على ذلك القانون رقم 117 لسنة 1958م بشأن النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية في المادة (23) على أنه "يتضمن قرار الإحالـة بياناً بالمخالـفات المنسوبة إلى الموظـف، ويحدد رئيس المحكمة جلسة نظر الدعوى وتنـولـى سكرتـارية المحـكـمة إعلـان صـاحـبـ الشـأنـ بـقـرـارـ الإـحالـةـ وتـارـيخـ الجـلـسـةـ خـلـالـ أـسـبـوعـ منـ تـارـيخـ الإـيدـاعـ، ويـكونـ الإـعلـانـ بـخـطـابـ مـوـصـىـ عـلـيـهـ بـعـلـمـ الـوصـولـ".

فالمستفاد من النصوص السابقة أن إعلان المتهم بما هو منسوب إليه ومواجهته بأسباب الاتهام هو من الضمانات الجوهرية في المسائلة التأديبية، وإجماع الفقه المقارن منعقد على أن هذا الإختصار يعتبر من الأمور الضرورية الملزمة حتى في حالة عدم وجود نص بذلك⁽³⁾.

وهو ما نص عليه المشرع اليمني في اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية في المادة (62/3) على أنه ينظر مجلس التأديب في المخالفـةـ وفقـ إـجرـاءـاتـ شـبـهـةـ بـإـجـرـاءـاتـ الـقـضـائـيةـ، فـيـجـمـعـ الأـدـلـةـ وـيـسـمـ الشـهـودـ، وـيـسـمـعـ لـأـقـوـالـ المـوـظـفـ المـتـهـمـ بـالـمـخـالـفةـ.

الفرع الثاني

التحقيق مع المتهم

يعد التحقيق مع المتهم من الضمانات السابقة على توقيع جزاء الفصل التأديبي، وذلك للوقوف على حقيقة الواقع المنسوبة إليه، وكذلك للوقوف على الظروف التي تمت فيها المخالفـةـ، والبحث عن الأدلة التي ثبتت نسبة الواقع إلى الموظـفـ المتـهـمـ⁽¹⁾.

¹ - نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ط 3، 1422هـ - 2004م، ص 504.

² - نوفان العقيل العجمارمة، سلطة تأديب الموظف العام (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، ط 1، 1438 - 2007م، ص 253.

³ - نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة...، مرجع سابق، ص 505.

والتحقيق: هو عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى كشف الحقيقة، والتأكد من صدق الاتهام وإثباته، ولقد درج الفقه على تقسيم ضمانات التحقيق إلى نوعين هما:

النوع الأول: الضمانات الشكلية وتمثل في الآتي:

1- الإذن بإجراء التحقيق: يجب الحصول على الإذن بالتحقيق قبل مباشرته بحيث يبطل التحقيق إذا لم يحصل الإذن بوصفه شرطاً وجوبياً لازماً لصحة التحقيق⁽²⁾.

قد أوجب المشرع المصري⁽³⁾ على سلطة التحقيق إخطار الاتحاد العام لنقابات العمال قبل التحقيق مع أحد أعضاء النقابة العمالية، بالاتهام المنسوب إليه إلى عضو مجلس إدارة المنظمة العمالية في جرائم تتعلق بنشاطه النقابي، وبموعد التحقيق قبل البدء فيه أو يجوز للاتحاد العام إنبأة أحد أعضائه أو أحد أعضاء النقابة العامة المعنية بحضور التحقيق أو توكيل محامياً ما لم يكن سرياً.

ولم ينص المشرع اليمني صراحة على الإذن بإجراء التحقيق وإنما اكتفى في المادة (241) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية "يتمتع الموظف بالحماية الكافية لضمان عدم معاقبته أو فصله أو حرمانه من حق وظيفي له بسبب عضويته النقابية أو بسبب مشاركته في أنشطتها الاعتبادية".

2- كتابة التحقيق: أوجب المشرع المصري تدوين التحقيق وذلك بأن نص في قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978م في المادة (79) بأنه "لا يجوز توقيع الجزاء على العامل إلى بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه".

أما المشرع اليمني فقد نص في المادة (201/أ) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية بأن نص على أنه "يجب أن يتضمن محاضر التحقيق تاريخ وساعة ومقر افتتاح محضر التحقيق، وكذلك يجب أن تُذَيِّل كل صفحة من صفحات محاضر التحقيق بتوقيع المحقق والشهود والموظفي المحقق معه".

النوع الثاني الضمانات الموضوعية وتمثل في الآتي

1- الوقف الاحتياطي للموظف: وهو إجراء تحفظي مؤقت تتطلبه مصلحة التحقيق الإداري إذا كانت التهمة المسندة للمتهم على درجة من الخطورة أو الجسامنة وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة (83) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978م على أنه "لكل من السلطة المختصة ومدير النيابة الإدارية حسب الأحوال أن يوقف العامل عن عمله احتياطياً إذا اقتضت مصلحة التحقيق معه ذلك، لمدة لا

¹ - نوفان العقيل العجارة، سلطة التأديب للموظف العام (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 254.

² - يحيى قاسم سهل، فصل الموظف العام، مرجع سابق، ص 281.

³ - المادة (46) من القانون رقم 35 لسنة 1976م بإصدار قانون النقابات العمالية والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1981م.

تزيد على ثلاثة أشهر ولا يجوز مد هذه المدة إلا بقرار من المحكمة الإدارية المختصة للمدة التي تحددها، ويترتب على وقف العامل عن عمله وقف صرف نصف أجره ابتداء من تاريخ الوقف" ولم يوجد المشرع اليمني في قانون الخدمة المدنية أو في لائحة نص يوجب وقف المتهم احتياطياً أثناء التحقيق لذلك يجب الرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية اليمني⁽¹⁾.

2- تفتيش الموظف: إذا كان التفتيش ضرورياً للتحقيق فإنه يجب تفتيش الموظف، وبعد التفتيش من أعمال التحقيق ونظراً لخطورته لأنه يمس حرية وكرامة الموظف.

وقد نص المشرع المصري في المادة (14) من اللائحة التنفيذية لقانون النيابة الإدارية على ضمانات التفتيش؛ ولم يرد نص يشابه ذلك في التشريع اليمني يعالج تفتيش الموظف لذلك يجب الرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

السلطة المختصة بالتحقيق:

تختص بالتحقيق في مصر النيابة الإدارية كما ورد في نص المادة (79) من قانون رقم 47 لسنة 1987م بشأن العاملين المدنيين بالدولة. وقد جرى العمل على أن يتم التحقيق من خلال إدارة الشئون القانونية في الجهة التي يتبعها العامل بعد إحالته إليها من السلطة المختصة⁽²⁾.

والسلطة المختصة بالتحقيق في التشريع اليمني هي المجالس التأديبية وهو ما نص عليه في المادة (113) من قانون الخدمة المدنية اليمني وعرفنا فيما سبق تشكيلها.

الفرع الثالث

تمكين الموظف من الدفاع عن نفسه

يعد حق الموظف في الدفاع عن نفسه من أهم الضمانات ولذلك تحرص معظم الدول على النص عليه صراحة في قوانينها الأساسية، وفي المجال التأديبي تتکفل قوانين الوظيفة العامة بالنص على حق الدفاع(3)، وعلى هذا الأساس فقد نص المشرع المصري في القانون رقم 47 لسنة 1978م، في المادة (79) على أنه "لا يجوز توقيع الجزاء على العامل إلا بعد التحقيق معه كتابة، وسماع أقواله، وتحقيق دفاعه".

وقد نص المشرع اليمني بأن من حق الموظف استعمال وسائل دفاعه، كتابة أو شفاهه، كما له الاستعانة بمحامٍ وذلك في المادة (63) من لائحة الجزاءات والمخالفات المالية والإدارية رقم 27 لسنة 1998م.

¹ - في المواد (131، 152) من القانون رقم 13 لسنة 1994م.

² - د/ عبدالعزيز خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دار الفكر والقانون، المتضورة، ط2، 2004م، ص 114 .

³ - د/ محمد ماجد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية، ص 268.

المطلب الثاني

الضمادات المعاصرة لتوقيع جزاء الفصل التأديبي

تعد من ضمادات الفصل التأديبي من الوظيفة، الحياد، وتبسيب القرارات التأديبية وهذه الضمادات معاصرة للعقوبة التأديبية، لذلك سنتناول هذان المبدئين في الفرعين التاليين:-

الفرع الأول

مبدأ الحياد

الحياد: يعني عدالة وإنصاف من يباشر سلطة أو اختصاصاً في مجال التأديب، والحياد من المبادي المستقرة في الضمير الإنساني ولا تحتاج إلى نص يقررها⁽¹⁾.

وقد نص المشع المصري على هذا المبدأ في المادة (146) من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968م على أنه "يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً ولو لم يرده أحد الخصوم في الأحوال الآتية: إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة.

إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى، أو مع زوجته.

إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله، أو وصياً عليه، أو قيماً أو مظنوناً وراثته له، أو كانت له صلة قرابة، أو مصاهرة للدرجة الرابعة مصلحة شخصية.

وكذلك نص المشرع اليمني على هذا المبدأ في المادة (271 – 272) من قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾. وأحال فيما لم يرد به نص إلى قانون المرافعات في المادة (128) ولمبدأ الحياد جانب آخر يتصل بضرورة أن يجري التحقيق بعيداً عن تأثيرات السلطة الآمرة به، فهذا ضروري لتمتع القائم بالاستقلال في أداء عمله، حيث أن خصوصه لتلك السلطة من شأنه التأثير في حياده، بانحيازه لرأيهما، الأمر الذي ينعكس بالطبع على مجريات التحقيق ويفقدها الموضوعية والتجدد، وقد جاء قضاء المحكمة الإدارية العليا في هذا الخصوص ببطلان التحقيق الذي أجراه المستشار القانوني لرئيس الجامعة، نظراً لتعيينه لرئيس الجامعة، الأمر الذي يخشى معه عدم حياده، وانحيازه لجانب السلطة الاتهام.

¹ - نوفان العقيل العجمة، سلطة تأديب الموظف العام، مرجع سابق، ص 300، وانظر. د/ محمد ماجد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية، مرجع سابق، ص 258، وانظر. د/ علي جمعة محارب، التأديب في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص 334.

² - قانون الإجراءات الجزائية رقم (13) لسنة 1994م، وقانون المرافعات رقم 40 لسنة 2002م.

الفرع الثاني

مبدأ تسبيب القرار والحكم التأديبي

الأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها إلا إذا ألمتها به نص تشريعى إلا إن تسبب الجزاءات التأديبية في القرارات والأحكام التأديبية من أهم ضمانات التأديب حتى في حالة عدم وجود نص، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء.

والتسبيب يعني بيان الحجج والأسانيد التي بني عليها القرار والمنتجة له من حيث الواقع والقانون.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بإلغاء قرار استناداً أن الإدارة لم تقدم أسباب كما أن هذه الأسباب لم تتضح من ملف وأوراق الدعوى⁽¹⁾.

أهمية التسبيب:

أن التزام السلطة المختصة ببيان الأسباب التي بنيت عليها قراراتها يحملها على التبرير، ويحول دون الاستعجال والتحكم.

القرار المسبب يحمل على الثقة والاقتئاع.

لكي يتسرى من صدرت بشأنه أن يطعن فيها أمام الجهة الرئيسية، والمحاكم المختصة لتبادر ولاتهما في الرقابة على مشروعيتها حتى يستقر المركز القانوني للموظف.

المطلب الثالث

الضمانات اللاحقة على توقيع عقوبة الفصل

من الضمانات اللاحقة على توقيع عقوبة الفصل التأديبي التظلم أمام الإدارة مصدره القرار وكذلك الرقابة القضائية أو الطعن أمام القضاء المختص، تمثل قمة الضمانات، اللاحقة على صدور قرار الفصل التأديبي.

الفرع الأول

التظلم الإداري

التظلم الإداري:

¹ انظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 20/6/1973م رقم 1265 لسنة 26 ق، أشار إليه. د/ يحيى قاسم سهل، فصل الموظف..., مرجع سابق، ص 253 - 254.

هو تقديم الموظف بطلب إلى الجهة الإدارية المختصة يلتمس فيه إعادة النظر في القرار الذي أصدر بحقه، وذلك إما بإلغائه، أو تعديله، أو استبداله بغيره⁽¹⁾.

ويعتبر التظلم الإداري نوع من الرقابة الإدارية غير المباشرة وأحد الوسائل القانونية المتاحة للموظف لتقديم طلبه إلى الجهة الإدارية بغية العدول عن القرار الذي اتخذته هذه الجهة، وألحق به ضرراً.

والظلم الإداري نوعان هما:-

1- ظلم ولائي:

وهو ظلم الموظف صاحب الشأن إلى مصدر القرار ذاته بشكوى يطلب منه فيها أن يعيد النظر في القرار الذي أصدره، وذلك بسحبه أو إلغائه أو تعديله، أو استبداله بغيره.

2- ظلم رئاسي:

وهو ظلم الموظف بتقديم شكواه إلى رئيس مصدر القرار التأديبي الذي يتولى بناءً على سلطته الرئاسية إما سحب القرار، أو إلغائه، أو تعديله بما يجعله مطابقاً للقانون.

والأصل أن الظلم الإداري وسيلة اختيارية، أي أن للموظف اللجوء إليها إذا رأى وجهاً لذلك وهذا ما نص عليه المشرع اليمني⁽²⁾. أي أن للموظف التظلم إلى الجهة الإدارية، وكذلك له أن يرفع الدعوى مباشرة أمام الجهة القضائية دون شرط.

3- مدة الظلم:

جعل المشرع المصري مدة الظلم إلى الجهة الإدارية خلال ستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه أو العلم به يقيناً.

أما المشرع اليمني فقد أخذ اتجاهًا مغايراً لما سارت عليه التشريعات العربية فاعتمد ميعاداً أكثر قصرًا مما أخذت به التشريعات العربية، حيث جعل مدة الظلم أو الطعن في بعض الحالات خلال ثلاثة أيام وهو ما نص عليه في اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية في المادة (222/ب)، والمادة (103) من قانون السلطة القضائية، وستين يوماً لجهاز التدريس بالجامعات اليمنية في المادة (46) رقم 18 لسنة 1995م.

¹ - نوفان العقيل العجارة، سلطة تأديب الموظف العام، مرجع سابق، ص 308، وانظر د/ علي جمعة محرب، التأديب الإداري في الوظيفة، مرجع سابق، ص 340.

وكذلك جعل المشرع اليمني مدة التظلم خلال خمسة عشر يوماً⁽¹⁾. من تاريخ إعلان الطالب المفصول بقرار الفصل.

الفرع الثاني

الرقابة القضائية

يعتبر التظلم القضائي الضمانة الأخيرة للموظف للطعن في قرار الإدارة بفصله، ويقدم التظلم إلى القضاء المختص، وذلك لإلغاء القرار أو تعويضه أو هما معاً.

وبناء على ذلك سنتناول المحكمة المختصة بالرقابة على قرار الفصل، وشروط الطعن بإلغاء قرار الفصل، ثم أسباب الطعن بإلغاء قرار الفصل التأديبي، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: القضاء المختص بالرقابة على قرار الفصل:

في مصر تختص المحاكم الإدارية العليا بالطعن في القرارات الصادرة عن المحاكم التأديبية سواء بالفصل ألم بغيره، وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة (32) "بأن أحكم المحاكم التأديبية نهائية ولا يجوز الطعن فيها إلا أمام المحكمة الإدارية العليا".

أما في اليمن فيختص القضاء العادي أي المحاكم الابتدائية بالطعن في القرارات الصادرة عن مجالس التأديب سواء بالفصل التأديبي أو غيره، وهو ما نص عليه المشرع اليمني في المادة (114/ج) والمادة (115/ب) من قانون الخدمة المدنية رقم 19 لسنة 1991م إلا أنه تم أخيراً إنشاء⁽²⁾ محكمتين إداريتين متخصصتين في كل من أمانة العاصمة ومحافظة عدن بقرار رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 177 لسنة 2010م ومن اختصاصهما الطعن في القرارات الإدارية المتعلقة بالمسائل التأديبية وهو ما نصت عليه (2) في فقرة (ج) من قرار إنشاء المحكمتين، إلا أن اختصاص المحكمتين يتحدد في كل من أمانة العاصمة ومحافظة عدن⁽³⁾. وأحال الاختصاص في القضايا الإدارية في باقي محافظات الجمهورية منعقداً للمحاكم الابتدائية ذات الولاية العامة⁽⁴⁾.

ثانياً: شروط الطعن بإلغاء قرار الفصل:

يشترط في دعوى إلغاء قرار فصل الموظف أمام الجهات القضائية ما يلي:-

¹ - المادة (23) فقرة (ب) من قانون المعهد العالي للقضاء رقم 34 لسنة 2008.

² - بقرار رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 177 لسنة 2010م الصادر في 1431/11/3هـ - 2010/10/11م.

³ - المادة (3) الفقرة (1، 2) من قرار إنشاء المحكمتين الإداريتين المتخصصتين.

⁴ - المادة (3) الفقرة (3) من قرار إنشاء المحكمتين الإداريتين.

1- المصلحة لابد أن يكون من يريد إلغاء قرار الفصل مصلحة في رفع دعواه، وأن تكون مصلحة شخصية ومتقدمة⁽¹⁾.

وقد نص المشرع المصري على المصلحة في قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972م في المادة (12) في الفقرة (أ) أنه "لا تقبل الطلبات الآتية:- أ- الالتماعات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية" وهذا ما نص عليه المشرع اليمني في المادة (75) من قانون المرافعات رقم 40 لسنة 2002م بأنه "لا تقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا يكون لصاحب فيه مصلحة قائمة يقرها القانون النافذ".

2- يجب أن تقام دعوى إلغاء قرار الفصل التأديبي في المواعيد المقررة قانوناً.

وميعاد الطعن في القرار الإداري الصادر من المحاكم التأديبية أمام المحاكم الإدارية العليا في مصر هو ستون يوماً وهذا ما نصت عليه المادة (23) من قانون مجلس الدولة المصري رقم 17 لسنة 1972م على أنه "يجب أن تقدم الطعون في الأحكام الصادرة عن المحاكم التأديبية أمام المحاكم الإدارية العليا خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم.

أما المشرع اليمني فقد جعل مدة الطعن في القرارات الإدارية الصادرة عن مجالس التأديب ستين يوماً هنا بالنسبة لأعضاء هيئة التدريس بالجامعات حيث نصت المادة (46) من قانون الجامعات رقم 18 لسنة 1995م بأنه "تخضع قرارات مجلس التأديب بالفصل من الخدمة للطعن فيها بإلغاء أمام الشعبة الإدارية والدائرة الإدارية بالمحكمة العليا خلال ستين يوماً من تاريخ صدور القرار"، وقد جعلها المشرع اليمني ثلاثة أيام في لائحة قانون الخدمة المدنية، في المادة (222/ب) وكذلك في قانون السلطة القضائية في المادة (103).

وقد أغلق المشرع اليمني التظلم أمام القضاء إلا أنه استثناء أجاز للموظف المفصول الطعن في قرار الفصل إذا أراد، وهو ما نصت عليه المادة (211/ز) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية.

ثالثاً: أسباب الطعن بإلغاء قرار الفصل التأديبي:

إن قرار فصل الموظف شأنه شأن أي قرار إداري آخر إذا ما صدر مستوفياً لأركانه وشروطه عُد صحيحاً ومشروعاً، أما إذا شابه عيب في أحد أركانه كان متسبباً بعدم المشروعية ومعرضًا للطعن فيه لذلك سنذكر أسباب إلغاء القرار قرار الفصل التأديبي على النحو الآتي:

1- صدور قرار الفصل التأديبي من غير مختص بإصداره:

¹ - أكرم عارف مساعدة، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 221.

يجب أن يصدر قرار الفصل التأديبي للموظف من الجهة الإدارية المختصة بالتأديب، وهي مجالس التأديب في اليمن والمحاكم التأديبية في مصر، فإذا ما صدر قرار الفصل من غير الجهة المختصة بإصداره عُد معيباً يجب نقضه أمام القضاء.

وقد أكد القضاء المصري على هذا المبدأ فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن إلى أن "الانعدام يكون جزءاً لاغتصاب مصدر الاختصاص سلطة أخرى أ Anatط بها المشرع سلطة إصداره"⁽¹⁾.

وقد أكدت المحكمة العليا اليمنية، على أن الاختصاص هو من النظام العام إذ قضت في أحد حكماتها بأن "... فالقرار بالإحالـة صدر من شخص غير مختص، ولـما كان عدم الاختصاص متعلقاً بالنظام العام فإن المحكمة تقضـي به من تلقاء نفسها"⁽²⁾.

2- مخالفة القرار التأديبي بالفصل في الإجراءات والشكل:

يكون قرار الفصل التأديبي معيباً إذا خالف الإجراءات والشكل التي حدتها القوانين واللوائح، الأمر الذي يجعل قرار الفصل باطل، ومثال ذلك إذا لم تتحقق ضمانة التحقيق مع الموظف المتهم أو لم يمكن الموظف من الدفاع عن نفسه في التحقيق فيكون مخالفـاً للشكل والإجراءات.

3- مخالفة قرار الفصل التأديبي للقانون:

يقصد بمخالفة القانون أي عدم تطبيق القانون الموضوعي للقرار التأديبي بالفصل فيكون القرار معيباً من حيث موضوعه، وعيب مخالفة القانون يشمل كافة القواعد القانونية أياً كان مصدرها⁽³⁾.

وقد أجمع الفقه الإداري على أشكال وأوضاع ثلاثة تظهر فيها صور عيب مخالفة القانون هي ما يلي:

مخالفة نصوص القوانين أو اللوائح.

الخطأ في تفسير القانون واللوائح أو في تطبيقها، وهو ما يعبر عنه في الفقه الإداري بـ"الخطأ الوظيفي".

الخطأ في تطبيق القوانين أو اللوائح التي يبني عليها القرار الإداري وهو ما يعبر عنه في الفقه بـ"الخطأ في تقدير الواقع".

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1889 لسنة 38 ق، جلسة 19/3/1996م "غير منشور" أشار إليه د/ عبدالعزيز خليفة، الضمانات التأديبية، مرجع سابق، ص 306.

² - الطعن الإداري رقم 14950/2002م، أشار إليه د/ يحيى قاسم سهل، فصل الموظف العام، مرجع سابق، ص 381.

³ يحيى قاسم سهل، فصل الموظف العام، مرجع سابق، ص 388.

⁴ - نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب، مرجع سابق، ص 584.

4- عدم قيام القرار التأديبي بالفصل على سبب يبرره:

يقصد بعيوب السبب، أن تكون الأسباب الواقعية والقانونية التي دفعت الإدارة إلى اتخاذ قرار الفصل معيبة، فلابد من أن يسبق قرار الفصل التأديبي حالة واقعية أو قانونية سابقة على قرار الفصل، وخارجه عنه، لتبرير إصداره وتمثل تلك الحالة السبب الباعث لاتخاذه، فهو "أي السبب" أولاً وأخيراً واقعة مادية كانت أم قانونية لا علاقة لها بالإدارة أومن يمثلها، فإذا صدر القرار دون أن يستند إلى أي من تلك الحالتين الواقعية أو القانونية اللتين تشكلان السبب الصحيح لصدوره أصبح قراراً معيباً يعيوب السبب⁽¹⁾.

5- انحراف سلطة إصدار القرار التأديبي بالفصل:

الانحراف بالسلطة يعني استعمال رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به، فيتصدر القرار بالفصل للموظف من له سلطة إدارية لتحقيق عرضه الشخصي ضد الموظف العام، ويظهر عيب الانحراف بالسلطة بوضوح في الحالة التي يترك فيها المشرع للإدارة حرية تقدير ملائمة إصدار القرار أو عدم إصداره، أما إذا كان اختصاص الإدارة محدوداً بنصوص صريحة، فلا مجال للحديث عن عيب الانحراف⁽²⁾. لعيوب الانحراف بالسلطة أشكال أو صور مختلفة من أهمها ما يأتي:-

أ- استعمال السلطة بقصد الانتقام.

ب- استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي لمصدر القرار أو لغيره، كفصل الموظف يقصد إخلاء الوظيفة لتعيين غيره أقرب لمصدر القرار.

ج - استعمال السلطة لغرض سياسي. كأن يصدر الوزير قراراً بفصل موظف لأنّه ينتمي إلى حزب آخر.

خاتمة البحث

بعد الانتهاء بفضل الله وحده من اتمام هذا البحث المتواضع الموسوم ب الفصل التأديبي خلصنا إلى التالي:

أولاً: النتائج:

لقد توصلت الدراسة في هذا البحث إلى النتائج الآتية:

1- مدى اتفاق مصطلح الفصل مع غيره من المصطلحات، وتبيان أنها مصطلحات وألفاظ متراوفة والتي تعني إنهاء خدمة الموظف بالعزل أو الفصل أو الطرد.

¹ - محمد علي عبده سليمان، قضاء الإلغاء في الجمهورية اليمنية، مرجع سابق، ص 286.

² - محسن غالب الحارثي، سلطة تأديب الموظف، مرجع سابق، ص 554.

- 2- وقد تبين أن المشرع المصري واليمني وكذلك الفقهاء لم يتموا بضبط الألفاظ مما دل على أنها تدل على معنى واحد وإن تعددت الألفاظ.
- 3- أن للوظيفة واجبات ومحظورات يجب على الموظف احترامها، وأنه إذا أخل بتلك الواجبات وأتى المحظورات، كان أمام جريمة أو مخالفة تأديبية توجب فصل الموظف تأديبياً متى كان الضرر جسيماً.
- 4- أن الفصل التأديبي يختلف عن الفصل غير التأديبي الذي يكون فيه الموظف غير مخل بواجبه الوظيفي وإنما يكون بسبب خارج عن إرادته وعن إرادة الإدارة ففي الفصل غير التأديبي يكون قرار فصله من الإدارة القانونية المختصة ولا يحال إلى مجلس التأديب.
- 5- أن طريقة الفصل تتم عبر إجراءات وضمانات يجب على جهة الإدارة مراعاتها وأن عدم مراعاتها توجب الطعن في قرار الفصل.
- ثانياً: التوصيات:**
- 1- نوصي المشرع اليمني بإنشاء محاكم تأديبية في جميع محافظات الجمهورية للنظر في قضايا الموظفين المحالة إليها من جهات الإدارة، وكذلك تكون مختصة بإصدار عقوبة الفصل التأديبي حتى يتحقق التوازن بين الموظف وحسن سير المرافق العامة ونظراً لما يترب على الفصل من آثار تلحق الموظف بعد فصله، وكذلك الإدارة لأنها بذلت تكاليف باهضة لتأهيله وتدريبه.
 - 2- وكذلك نوصي المشرع اليمني بتحديد المخالفات التأديبية التي توجب عقوبة الفصل مع حفظ حق المعاش أو المرتب، وكذلك الفصل بدون مرتب أو معاش.

قائمة المراجع

أولاً- القرآن الكريم:

ثانياً - المعاجم اللغوية:

ابن منظور، لسان العرب، المجلد 11، دار صاد، دار بيروت، بيروت 1968م.

ثالثاً - الكتب القانونية:

- 1- أحمد عبد الرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1995م.
- 2- أكرم عارف مساعدة، القرار الإداري، دراسة مقارنة بين مصر والأردن، المكتبة الوطنية، عمان، الطبعة الثانية 1992م.
- 3- خالد عمر باجنيد، القانون الإداري اليمني، الطبعة الأولى، جامعة عدن، 1992م.
- 4- سعد نواف العنزي، النظام القانوني للموظف العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2007م.

- 5- عبد العزيز عبدالمنعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2004م – 2005م.
- 6- عبد الوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوي الكادرات الخاصة، دار الفكر العربي.
- 7- عبدالفتاح مراد، المخالفات التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة، الطبعة الأولى، 1993م.
- 8- علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة "دراسة مقارنة" دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004م.
- 9- علي حسن الشرفي، النظرية العامة للجريمة، أوان للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، 2004م.
- 10- محمد ماجد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية في الوظيفة العامة، منشأة دار المعارف، الإسكندرية ط 4 2004م.
- 11- ممدوح طنطاوي، الجرائم التأديبية، المكتب الجامعي الحديث - الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2001م.
- 12- محمد علي عبده سليمان، الطعن بإلغاء القرارات الإدارية في الجمهورية اليمنية "دراسة مقارنة" ط 1، 2000م.
- 13- محمد علي عبده سليمان، قضاء الإلغاء في الجمهورية اليمنية، مكتبة خالد بن الوليد، الطبعة الثانية 2003م.
- 14- نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة "دراسة مقارنة في القانون المصري واللبي والشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002م.
- 15- نوفان العقيل العجارة، سلطة تأديب الموظف العام "دراسة مقارنة بين مصر والأردن" دار الثقافة عمان، الطبعة الأولى، 2007م.
- 16- نواف كنعان، القانون الإداري، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى، 2005م.
- 17- يحيى قاسم علي سهل، فصل الموظف العام "دراسة مقارنة"، الصادق، 2006م.

رابعاً - الرسائل العلمية :

1. محمد محمود ندا، انقضاء الدعوى التأديبية "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1981م.
2. محسن غالب عبدالله محسن الحارثي، سلطة تأديب الموظف العام في القانون اليمني والمقارن رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، الطبعة الأولى، 1997م.

خامساً - الدساتير والقوانين والقرارات:

3. دستور جمهورية مصر العربية لعام 1971م.
4. قانون العاملين المدنيين بالدولة في مصر رقم 47 لسنة 1978م.
5. قانون العقوبات المصري المعدل بالقانون رقم 81 لسنة 1996م.
6. قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937م.
7. قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950م.
8. قانون إعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية رقم 17 لسنة 1958م.
9. قانون النقابات العمالية في مصر رقم 35 لسنة 1976م والمعدل بالقانون رقم 1981م.
10. دستور الجمهورية اليمنية المعدل 2001م.

11. قانون الخدمة المدنية اليمني رقم 19 لسنة 1991م.
12. قانون السلطة القضائية اليمني رقم 1 لسنة 1991م.
13. قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم 12 لسنة 1994م.
14. قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم 13 لسنة 1994م.
15. قانون هيئة الشرطة اليمني رقم 15 لسنة 2000م.
16. قانون الجامعات اليمنية رقم 18 لسنة 1995م المعدل بالقانون رقم 33 لسنة 2000م.
17. قانون الانتخابات اليمني رقم 13 لسنة 2001م المعدل بالقانون لسنة 2010م.
18. قانون المرافعات المدنية والتنفيذ المدني رقم 40 لسنة 2002م.
19. قانون المعهد العالي للقضاء رقم 34 لسنة 2008م.
20. القواعد القضائية المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا – العدد الثاني، الجزء الأول، جمع، إعداد المكتب الفني 2005م.

ضوابط عمليات تجميل الوجه (البوتوكس والفييلر)

(Rules of Facial Plastic surgery (Filler and Botox))

أريج كاظم محمد حلاق

Email: Areejhallaq1994@gmail.com

طبيبة أسنان / وبكالوريوس في الفقه والتشريع / جامعة القدس / فلسطين

د. محمد مطلق محمد عساف

منسق برنامج دكتوراة الفقه وأصوله في جامعة القدس

ورئيسي قسم الاقتصاد والتمويل الإسلامي في كلية الدعوة وأصول الدين / جامعة القدس

m.assaf@staff.alquds.edu

ملخص:

يتناول هذا البحث: توضيح مسألة العمليات التجميلية الفيلر البوتوكس، وقد تطرق لهذا الموضوع بشكل عام كثير من أهل العلم، ولكن هذا البحث جاء لبيان ضوابط عمليات البوتوكس والفييلر بشكل خاص، وقد انبني البحث من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، فالمبحث الأول: جاء فيه بيان معنى العمليات التجميلية وأنواعها ويكون من أربعة مطالب: المطلب الأول: الإسلام وجمال الإنسان، والمطلب الثاني: مدخل عام للعمليات التجميلية، والمطلب الثالث: تعريف العمليات التجميلية لغةً واصطلاحاً وطبعاً وشرعاً، والمطلب الرابع: أنواع العمليات التجميلية، والمبحث الثاني: جاء فيه بيان أحكام وضوابط عمليات تجميل الوجه ويكون من ثلاثة مطالب: المطلب الأول: مقاصد عمليات التجميل، والمطلب الثاني: هل تدخل هذه العمليات تحت باب الغش والتديليس، والمطلب الثالث: ضوابط المنع والجواز في العمليات التجميلية للوجه، والمبحث الثالث: جاء فيه تطبيق عملي لعمليات تجميل الوجه حقن الفيلر والبوتوكس ويكون من أربعة مطالب: المطلب الأول: تعريف الفيلر والبوتوكس، وتحديد المكونات الطبية لهم، المطلب الثاني: التكلفة المادية للفيلر والبوتوكس، والمطلب الثالث: الفوائد والأضرار الناجمة عن حقن الفيلر والبوتوكس، والمطلب الرابع: حكم الشريعة الإسلامية في عمليات الوجه التجميلية الفيلر والبوتوكس.

وقد توصل البحث لمجموعة من النتائج:

إن عمليات تجميل الوجه على نوعين: نوع للضرورة جائز، ونوع ليس للضرورة فغير جائز.

فالنتائج الإيجابية جاءت كالتالي:

1. إن عمليات الفيلر والبوتوكس، لها الأثر النفسي الكبير في تغيير نفسية المريض، وإبعاده عن الاكتئاب.

2. إن عمليات الفيلر والبوتوكس، تعطي للجسم نضاراً وجمالاً خاصةً بعد الحروق والأمراض العضوية.

والنتائج السلبية جاءت كالتالي:

1. إن العمليات التجميلية غير الضرورية، تدخل في باب التدليس وخاصةً للفتيات قبل الزواج.

2. إن عمليات الوجه الفيلر والبوتوكس، قد تسبب مشاكل نفسية في حال فشلت.

3. إن عمليات الفيلر والبوتوكس غير الضرورية، قد تدخل في التعدي على خلقة الله تعالى .

4. إن عمليات الفيلر والبوتوكس، قد تسبب تسمماً للوجه وأضراراً في الجلد، لما تحويه من مواد ضارة.

الكلمات المفتاحية: أحكام الزينة، عمليات التجميل، نوازل زينة المرأة، حكم الفيلر والبوتوكس.

Abstract:

This research deals with: clarifying the issue of cosmetic operations, fillers and Botox, and this topic has been discussed in general by many scholars, but this research came to clarify the controls of Botox and Fillers injections in particular, and the research was built from an introduction, three topics and a conclusion. Plastic operations and their types consist of four demands: the first requirement: Islam and human beauty, the second requirement: a general introduction to cosmetic operations, the third requirement: defining cosmetic operations in language, idiomatically, medically and legally, and the fourth requirement: types of plastic operations, and the second topic: a statement of the provisions and controls of operations Facial beautification consists of three demands: the first requirement: the purposes of plastic surgery, and the second requirement: do these operations fall under the category of fraud, and the third requirement: the controls of prohibition and permissibility in cosmetic operations for the face, and the third topic: a practical application for facial plastic surgery, filler and Botox injections, and it consists of four demands: the first requirement: the definition of fillers and Botox, and the identification of medical components for them, the second requirement: the material cost of fillers and Botox, and the requirement The third: the benefits and harms resulting from filler and Botox

injections, and the fourth requirement: the rule of Islamic law in cosmetic facial operations, fillers and Botox.

The research reached a set of results:

Facial plastic surgeries are of two types: a type that is necessary and permissible, and a type that is not necessary, so it is not permissible.

The positive results were as follows:

1. Filler and Botox operations have a great psychological effect in changing the patient's psyche, and keeping him away from depression.
2. Filler and Botox injections give the body freshness and beauty, especially after burns and organic disease.

The negative results were as follows:

1. Unnecessary plastic surgery is considered fraud, especially for girls before marriage.
2. Filler and Botox face operations may cause psychological problems if they fail.
3. Unnecessary Filler and Botox injections may be considered an infringement of God Almighty's creation.
4. Filler and Botox operations may cause damage to the skin, as it contains harmful substances.

Keywords: Decorations, Plastic surgery, Muslim women's accessories, rules of Filler and Botox injections.

المقدمة:

الحمد والثناء لله والصلوة والسلام على رسول الله، ثم أما بعد:

فقد خلق الله الإنسان وكرمه وميزه عن سائر المخلوقات بالشكل، ليكون متفضلاً عليها بهذه الصورة الجمالية، وقد اعنى الإسلام عنايةً فائقةً بجمال الإنسان وخاصةً مظهره الخارجي، وكرم فيه الوجه ومنع ضرب ولطم الوجه، وجعل الاهتمام بجمال الإنسان من سنن الفطرة التي فطر الناس عليها، وسيتم في هذا البحث التطرق لضوابط عمليات تجميل الوجه (البوتوكس والفيلر)، مع بيان أحكامه، وطرق العلاج المباحة فيه، ومحاولة إضافة شيء جديد لما قد كتب في هذا الموضوع.

مشكلة البحث:

جاء هذا البحث لإجابة عن الأسئلة الآتية:

1. ما هو تعريف العمليات التجميلية بشكل عام، وما هو تعريف الفيلر والبوتكس بشكل خاص؟
 2. ما هي أنواع العمليات التجميلية للوجه؟
 3. هل هناك فروق بين العمليات التجميلية الضرورية، والعمليات التحسينية؟
 4. كيف نتعامل مع العمليات التجميلية الحديثة الضرورية وغير الضرورية؟
 5. ما هي الأضرار المادية والجسدية والنفسية الناتجة عن هذه العمليات؟

أهداف البحث:

يهدف البحث لما يأتي:

1. الوصول إلى تعريف العمليات التجميلية للوجه ومنها البوتوكس والفيلر.
 2. العمل على بيان أنواع العمليات التجميلية للوجه.
 3. بيان الفروق بين العمليات التجميلية الضرورية وغير الضرورية.
 4. توضيح كيفية التعامل مع العمليات التجميلية الضرورية وغير الضرورية.
 5. ذكر أهم الأضرار المادية والجسدية والنفسية الناتجة عن العمليات التجميلية للوجه.

أهمية البحث:

تكمّن أهميّة البحث فيما يأتي:

- التعرف على أنواع العمليات التجميلية للوجه، وبيان متى يجوز اللجوء للبوتوكس والفيلر، ومتى لا يجوز.
 - توضيح الفيلر والبوتوكسين البنات بشكل كبير.

منهج البحث:

لكل باحث أو باحثة منهاجم وطريقتهم في العرض، وبيان فكرتهم من خلال عرض بحثهم، وربما يلغاً الباحث أو الباحثة إلى اتباع منهج معين أو الجمع بين منهاجين أو أكثر، هو عنوان البحث، فهذا البحث بفضل الله سحانه يجمع بين أكثر من منهج، وذلك كما يأتى:

المنبع الاستقرائي:

اتبعت الباحثة المنهج الاستقرائي بعد استقراء معظم الأبحاث التي وقعت بين يديها، والتي تحدثت عن مسألة العمليات التجميلية للمرأة وزينتها في الفقه الإسلامي.

المنهج التاريخي:

الفيل والبوتكتسي، الشريعة الإسلامية، وبيان أضراره ومخاطره، ومتى يلحاً إليها.

المنهج الوصفي التحليلي:

بعد التمعن في البحوث والمناهج السابقة التي فندت تلك المسألة، وهي مسألة ضوابط عمليات تجميل الوجه البوتوكس والفييلر، قامت الباحثة بجمع المادة العلمية، وترتيبها، مع بيان أهم الأساسيات التي يرتکز عليها العلماء في وضع عناوين البحث، والاستدلالات التي يستدلوا بها في التفريق بين أنواع عمليات الوجه، ثم استنتاج حكم الجواز والمنع من خلال التمعن في مقاصد الشريعة في إظهار الجمال والزينة.

وفي الختام تم بيان النتائج التي تم التوصل إليها من خلال عرض هذا البحث، وترتيبه، وتبويه، ثم التوصيات التي يمكن الأخذ بها.

دراسات سابقة:

- بحث بعنوان **عمليات تجميل الوجه التحسينية**: دراسة فقهية للدكتور مراد رشيد عودة أستاذ الفقه المشارك في كلية الشريعة والقانون جامعة المملكة العربية السعودية، مقدم للمؤتمر الدولي: قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي، جامعة النجاح، وبين أنها على نوعان جائز للحاجة ومحرم لغير الحاجة.
- رسالة ماجستير بعنوان **نوازل لباس زينة المرأة المسلمة في الفقه الإسلامي**: للباحثة وصال علي صبرى حجير، مقدمة لاستكمال درجة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة القدس، وقد تحدثت الباحثة في هذه الرسالة عن ضوابط زينة المرأة ولباسها، والجواز والحرمة فيها.
- بحث بعنوان **عمليات تجميل الوجه**: للدكتور عبد العزيز بن محمد بن عبدالله الحجيilan، قدم مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني المنعقد بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية خلال الفترة 25 - 27 ربيع الثاني 1431هـ بعنوان قضايا طبية معاصرة.

خطة البحث:

يتكون هذا البحث من: ملخص، ومقدمة، وثلاثة مباحث رئيسية: وتحت كل مبحث عدة مطالب، والمقدمة: جاء فيها طريقتنا في كتابة البحث ومشكلة البحث وأهداف البحث وأهمية البحث ومنهج البحث والدراسات السابقة، وخاتمة تشتمل على: نتائج وتوصيات.

المبحث الأول: العمليات التجميلية وأنواعها ويكون من أربعة مطالب:

- المطلب الأول: الإسلام وجمال الإنسان.
- المطلب الثاني: مدخل عام للعمليات التجميلية.
- المطلب الثالث: تعريف العمليات التجميلية لغةً واصطلاحاً وطبعاً وشرعياً.
- المطلب الرابع: أنواع العمليات التجميلية.

المبحث الثاني: أحكام وضوابط عمليات تجميل الوجه ويكون من ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: مقاصد عمليات تجميل الوجه.
- المطلب الثاني: ضوابط المنع والجواز في العمليات التجميلية للوجه.
- المطلب الثالث: هل تدخل هذه العمليات تحت باب الغش والتديليس.

المبحث الثالث: تطبيق عمليات تجميل الوجه حقن الفيلر والبوتكس (Filler and Botox injection)، ويكون من أربعة مطالب:

- المطلب الأول: تعريف الفيلر والبوتكس، وتحديد المكونات الطبية لهم.

المطلب الثاني: التكلفة المادية، لحقن الفيلر والبوتكس .

المطلب الثالث: الفوائد والأضرار الناجمة عن حقن الفيلر والبوتكس.

المطلب الرابع: حكم الشريعة الإسلامية في عمليات الوجه التجميلية (الفيلر والبوتكس).

المبحث الأول: العمليات التجميلية وأنواعها ويكون من أربعة مطالب:

المطلب الأول: الإسلام وجمال الإنسان :

حث الإسلام على إظهار جمال الإنسان وزينته بدون إسراف ولا تقدير، فالنظافة والتجميل والزينة أساس لا بد منها لكل مسلم؛ لتكون الأمة متميزةً بين الأمم، فالجمال أمر فطري فطر الله تعالى الناس عليه، والنفس البشرية تميل إلى الجمال ولذلك اعنت الشريعة الإسلامية بجمال المسلم من خلال:

أولاً: جمال الجسم ونظافته:

فنظافة الأجسام وجمالها ونضارتها من الأمور التي وجّه الإسلام إليها عناية فائقة، واعتبرها من جوهر رسالته؛ وذلك لأنّ أثرها عميق في تزكية النفس وراحتها، مما يجعل المسلم مميزاً عن غيره بنظافته وطهارة جسده في بيته وعمله وسائل شؤون حياته، فشرع الله لنا الغسل من الحدث الأكبر كالجنابة للرجل، والنحيف والنفاس والجنابة للمرأة، والوضوء من الحدث الأصغر لكلاهما، وجعل طهارته التامة أساساً لا بدّ منه لكل صلاة^١ ، قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهُكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهِرُوا)^٢.

ثانياً: جمال اللباس ونظافته:

وقد اهتم الإسلام باللباس، قال تعالى: (يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ)،^٣ قال أهل التفسير: كانت بنو عامر يطوفون بالبيت عراة، فأنزل الله هذه الآيات، وقد أوصى الإسلام بأن يكون المرء حسن المنظر كريم الهيئة، وقال النبي ﷺ: (مَنْ كَانَ لَهُ شَعْرٌ فَلِيُكْرِمْهُ)^٤ ، وقال ﷺ: (إِنَّ اللَّهَ جَمِيلٌ يُحِبُّ الْجَمَالَ)^٥ ، ومهما تكاثرت الأشغال والمتاعب على الإنسان فلا ينبغي أن ينسى واجب الالتفات إلى ملابسه ونظافتها، لتألّي يتأنّى المسلمين برائحتها وقدارتها.

ثالثاً: جمال المكان ونظافته:

عني الإسلام بجمال الطبيعة والمنزل، فجعل طهارة المكان شرطاً من شروط الصلاة، حيث بينت لنا الشريعة السمحنة أنه لا بد من التأكد من طهارة المكان لتصح الصلاة، وحث الإسلام على نظافة فناء المنزل.

¹ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بـ ابن نجيم، الأَشْيَاوْ وَالْسَّطَّائِرُ عَلَى مَذَهَبِ أَيِّ خَيْرَةِ الْعُمَانِ، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الطبعة الأولى ، بيروت – لبنان، الناشر: دار الكتب العلمية ، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، (56/1).

² موقع راغب السجستاني: النظافة والتجميل والصحة في الإسلام: 17/07/2008، روجع: <https://islamstory.com/ar/artical>

³ سورة المائدة ، الآية (6).

⁴ سورة الأعراف، الآية 31 .

⁵ أبو داود (4163) عن أبي هريرة، والبهقى: شعب الإيمان 13/464، والطبراني: المعجم الكبير 20/59. وقال الألبانى: حسن صحيح. انظر: السلسلة الصحيحة (500)

⁶ صحيح مسلم: كتاب الإيمان، باب تحرير الكثربوليانه (91) عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

رابعاً: جمال المحافظة على الصحة:

واعتنى الإسلام كذلك بالصحة، وهذا جزء من عنایته بقوّة المسلمين الماديّة والجسديّة، فهو يتطلّب أجساماً تجري في عروقها دماء العافية؛ وذلك لأنّ للجسم الصحيح الأثر الواضح في سلامه التفكير، وتفاعل الإنسان مع الحياة والناس. ومن ثمَّ حارب الإسلام الأمراض، وحتَّى على التداوي، قال ﷺ: (مَا أَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ ذَاءً إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ دَوَاءً).¹

خلاصة الأمر: أن الإسلام اهتم بجمال الإنسان في جميع مجالاته وأحواله، صغيراً كان أم كبيراً، ذكراً كان أم أنثى، مقيماً كان أم مسافراً، وهذا يدل على عظمة هذا الدين الذي تميّز بهذه الشريعة عن غيرها من الشرائع السماوية والقوانين الوضعية.

المطلب الثاني: مدخل عام إلى تاريخ العمليات التجميلية:

لم يكن للعمليات التجميلية نجاح وتوسيع كبير في العصر القديم، حيث كان الطب حينها بدائياً، فلو قطع جزء من الأنف أو الجسم في الحرب أو غيرها لم يكن بالإمكان بناء عظم وترميمه كما هو اليوم، لكن في العصر الحديث وبعد تقدم الطب بشكل عام والطب التجميلي والتكميلي بشكل خاص، أصبح من الممكن إعادة العضو إلى ما كان عليه قبل الكسر أو التهالك، وهذا تكون العمليات التجميلية من الضروريات التي يحتاجها المجتمع، لطالما لم تغير الجراحات في خلق الله شيئاً.

لذلك جراحات التجميل الناجحة لها أثر كبير على نفسية المريض فعلى سبيل المثال: قد يعاني بعض الناس من الاكتئاب المزمن بسبب تشوّه خلقي، وقد يؤدي به إلى الانطواء والانزواء، وفي هذه الحالة تعتبر جراحة التجميل هي العلاج النفسي الناجع لذلك المريض، فما أن يعود العضو المكسور أو المتهالك أو المشوه بسبب الحرق إلى ما كان عليه، ليتعش المريض ويزيد إقباله على الحياة ويتحول إدباره إلى إقبال، وخصوصاً في حالات استئصال الثدي للمرأة على سبيل المثال مما يؤثر عليها، وتلك الجراحة تعيد إليها الثقة بنفسها.

ومع تطور العلم أصبح استخدام الليزر من التقنيات الحديثة في جراحات التجميل، ويستخدم الليزر في إزالة الشعر الزائد من أماكن الجسم، وكذلك في علاج البقع الجلدية وفي إزالة آثار الجروح وشد الوجه، لذلك على جراح التجميل أن يقوم بتحديد نوع العلاج المطلوب والمناسب لكل حالة على حدة تبعاً لحالة المريض الصحية العامة.

إذا كان الإنسان يسعى إلى الاهتمام بجمال جسمه بشكل عام، إلا أنه يهتم بجمال الوجه اهتماماً أكبر، فجمال الوجه هو نتيجة نهائية للعديد من العوامل، منها صحة ونضارة البشرة وتناسق أجزاءه من الأنف والخدود والجفون وحتى الحاجبين، ومع اهتمام الناس بنضارة الوجه بشكل عام، وعلى وجه الخصوص الفتنيات التي أصبحن يلجان بشكل كبير، إلى إعادة رونق الوجه والبشرة لحالته الطبيعية الجذابة بواسطة العديد من عمليات جراحة التجميل مثل: شد الجفون، وإزالة الجبوب الدهنية من أسفلها، وكذلك شد الوجه والرقبة، أو جراحة تجميل الأنف، وشفط الدهون من أماكن الجسم المختلفة، وكما يمكن استعمال أنواع من المواد التي تحقن في أماكن التجعيدات لإزالتها مثل: حقن الفيلر والبوتوكسالي تستخدم للقضاء بشكل مؤقت على

¹ صحيح البخاري: رقم (5678)

تجاعيد الجبهة أو ملئها بواسطة مواد مماثلة لأنسجة الجلد الطبيعية، لذا سنبين في هذا البحث متى يجوز اللجوء لهذه العمليات ومتى لا يجوز ذلك¹.

وقد كانت جراحة التجميل في العصر الماضي تقتصر على تلك التي تهدف إلى ترميم الوجه أو الجسم خاصة في حالة وجود عيب خلقي أو في حالة تعرض المريض لحادث ما، مما أدلى شوه الجلد أو الأنسجة. لكن توسيع هذه الأنواع اليوم تماماً حيث أصبح مصطلح جراحة التجميل يشمل العديد من الأنماط المختلفة التي تهدف إلى إبراز جمال وملامح الوجه والجسم مع القضاء على أي عيوب محرجة²

ومن الدول التي بدأت بالعمليات التجميلية قديماً:

❖ الهند: تعد الهند من أولى البلدان قديماً ممن لها دور في ترقيع الجلد، وذلك على يد الطبيب الكبير سوسروثا في القرن الثامن قبل الميلاد، واستمر استخدام تلك التقنية حتى أواخر القرن الثامن قبل الميلاد وفقاً للتقارير المنشورة بمجلة جنتلمن سنة 1794 م.

❖ الرومان: وقد بدأت عمليات التجميل عندهم من خلال إصلاح الأضرار الناجمة عن الحروب والحرائق والتشوهات في الأذن بدءاً من القرن الأول قبل الميلاد.

❖ أوروبا: بدأت عمليات التجميل في القرن الخامس عشر، يقول الطبيب هاينريش فون فولسيبوندت في إحدى العمليات التي أجريت لأحد الأشخاص الذي تم زراعة أنف تجميلي له بعد اعتقد الكلاب عليه وأكل أنفه فقد قام الطبيب باستقطاع جلد من منطقة خلف الذراع ووضعها مكانها، لكن لخطورة تلك الجراحات لم تعد مألوفة حتى القرنين التاسع عشر والعشرين.

❖ أمريكا: وقد أجريت أول عملية تجميل عام 1827 م، على يد الطبيب جون بيتر ميتاير بأدوات صممها بنفسه لتلك العملية، وبعدها طور الطبيب النيوزيلاندي هارولد جيلير السير في هذه العمليات التجميلية وذلك بعد تطورات الحرب العالمية الأولى، وقد اعتبر هذا الطبيب هو الأب للجراحة التجميلية الحديثة، وتبع عمله في الحرب العالمية الثانية على يد أحد تلاميذه من أقاربه وهو أرشيبالد ماكيندو، والذي يعتبر رائد جراحات التجميل ممن عانوا من الحروق الشديدة وقد أدىت جراحاته التجريبية إلى إنشاء نادي عيني بيع³.

وبعد ذلك بدأت عمليات التجميل تنتشر بشكل كبير في جميع البلاد، خاصة مع تطور الطب في هذا المجال، واحتياج الناس إليه وإنفاقهم على ذلك رغم التكاليف الباهظة لتلك العمليات.

¹ موسوعة ويكيبيديا: الأهمية النفسية والعقلية لجراحات التجميل، رابط الموقع: <https://ar.wikipedia.org/wiki/>. آخر تعديل لهذه الصفحة كان يوم 25 أكتوبر 2022 الساعة 14:06.

² الصباغ، أسماء. العمليات التجميلية وحكمها في الشريعة الإسلامية. الطبعة الأولى، بيروت، دار ابن حزم، (16/77)، وجراحة التجميل، رابط الموقع: <https://www.veraclinic.net/ar/>. روجع بتاريخ 07/09/2020.

³ موسوعة ويكيبيديا: الأهمية النفسية والعقلية لجراحات التجميل، رابط الموقع: <https://ar.wikipedia.org/wiki/>. بتصريف . MSN Encarta: Enciclopedia online"""" . MSN Encarta: Enciclopedia online (باللغة الإسبانية). مؤرشف من الأصل في 6 نوفمبر 2018. موسوعة ويكيبيديا: الأهمية النفسية والعقلية لجراحات التجميل، رابط الموقع: <https://ar.wikipedia.org/wiki/>

المطلب الثالث: تعريف العمليات التجميلية لغةً وأصطلاحاً وطبياً وشرعاً:

العمليات التجميلية في اللغة:

الكلمة تجميل: مفرد ومصدر جملاً. وجراحة تجميل: تعني جراحة تجميل أشكال الوجه أو الجسم، وتعمل على إعادة بناء وإصلاح بعض أجزاء الجسم عن طريق نقل الأنسجة خاصة. ومساحيق التجميل: مواد تستعمل للتجميل الوجه وغيره من أعضاء الجسم ومستحضرات التجميل: المواد المستخدمة لتجميل البشرة أو الشعر. وفن التجميل: ذرّن وسائل تجميل البشرة والشعر والأظافر.^١

وتسمى في اللغة الإنجليزية: Plastic Surgery)، وكلمة Plastic ليس لها علاقة بمادة البلاستيك المعروفة، بل هي مشتقة من الكلمة يونانية تعنى التشكيل أو القولبة²

العمليات التجميلية في الاصطلاح الطبي والشرعى:

وتتضمن عمليات تحسين مظهر جزء من أجزاء الجسم أو إعادة ترميمه، وغالباً ما يلجأ إليها في حالات المشاكل الخلقية، أو الإصابات التي أدت إلى التأثير في العضو أو وظائفه، إلا أن البعض قد يلجأ إليها لأسباب تجميلية فقط، والرغبة بزيادة ثقة النفس. وقيل أيضاً هي تخصص جراحي منفصل يهدف إلى إعادة ترميم عيوب الوجه بجميع ملامحه مثل الأنف والفكين، إضافة إلى مناطق الجسم المختلفة بهدف تحسين المظهر واستعادة الوظيفة الأساسية للعضو المستهدف.³

المطلب الرابع: أنواع العمليات التحميلية:

تنوعت عمليات التجميل وخاصة مع التقدم العلمي في الطب التجميلي، فهناك الجراحة التجميلية: التي تهدف إلى تحسين المظهر الجمالي والتناسق والتناسب الجمالي للإنسان، ومع التقدم الطبي في ذلك إلا أنه يجب التعامل معها بحذر وتوفير الإجراءات الوقائية لتفادي تبعات تلك العمليات، وكذلك لا ينبغي الاستهانة بخيار الخضوع للجراحة التجميلية. وهناك الجراحة الترميمية: وهي نوع آخر من الجراحة التجميلية، التي تهدف إلى تحسين الوظيفة وإعطاء مظهر طبيعي لجزء من جسم الشخص المتضرر⁴.

و هنا يمكن ذكر أهم أنواع عمليات التجميل المشهورة بين الناس، فيوجد العديد من الإجراءات التجميلية الأكثر شيوعاً مثل:

☒ تكبير الثدي: أصبح التوسيع الجراحي لثدي النساء شائعاً بشكل كبير، إذ تم الجراحة لأسباب عديدة، لتكبير كلا الثديين أو لاستبدال الثدي الغائب أو لجعل الثديين غير المتماثلين متساوين في الحجم، وقد

¹ ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري، الإفرقي (المتوفى: 711هـ)، لسان العرب، الطبعة: الثالثة، بيروت، الناشر: دار صادر، (422). مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد القادر / محمد النجار، المعجم الوسيط، الناشر: دار الدعوة، (1)، ابن فارس: مقاييس اللغة (481)، الجوهرى: تاج اللغة وصحاح العربية (1662)، ومجمع اللغة العربية المعاصرة.

³ موقع تجميل: عمليات تجميل الوجه والبطن عند الرجال والنساء، وباط الموقع: <https://tajmeeli.com>. يصرف.

⁴ انظر زقزوقي: درویش مصطفی زقزوقي، أنواع العمليات التجميلية، رابط الموقع: <https://www.andalusiahjh.com>.

تختار نساء أخريات إجراء عملية جراحية عندما لا تتطور أثدائنن خلال فترة البلوغ فتلجاً لتلك العمليات.

- ☒ تصغير الثدي:** تعد جراحة تصغير الثدي للسيدات واحدة من أهم العمليات الجراحية التجميلية، إذ تتجاوز الفوائد بكثير المظهر الحسن، فغالباً ما تواجه النساء ذوات الأثداء الثقيلة جداً أو الكبيرة جداً صعوبة في العثور على الملابس المناسبة، كما يعانين من آلام الظهر المزمنة والوضعية السيئة، فتعمد إلى التجميل.
- ☒ رفع الثدي (ثبتثي الثدي):** مع أو بدون وضع الزرع؛ يُعد رفع الثدي علاج لترهل الثدي أو شكله السيء، إذ تخضع المرأة لهذا الإجراء بعد خسارة كبيرة في الوزن أو بعد الحمل، مما يجعل الثدي يبدو منتفخاً أو لأسباب أخرى من أجل إظهار الجمال¹.
- ☒ شد الجفن (رأب الجفن):** يمكن إجراء جراحة إعادة تشكيل الجفن لأسباب تجميلية أو لتحسين الرؤية، إذ تعيق الجفون الرؤية، كما يمكن أن يسبب الجلد الزائد أو الجلد المترهل ضعف البصر ويساهم في ظهور الشيخوخة، فيتم تقليل الجفون السفلية المصابة بالانتفاخ أو التجاعيد المزمنة أثناء العملية للحصول على مظهر أكثر شباباً.
- ☒ شد الوجه (استئصال تجاعيد):** يُعد شد الوجه حل جراحي للتاجعيد والترهلات المصاحبة للشيخوخة؛ لإضفاء مظهر أكثر شباباً عن طريق شد الجلد بلطف وتنعيم الخطوط العميقه وتقليل الترهل.
- ☒ شد الجبين:** يعمل شد الجبين على شد جلد الجبهة لإزالة التجاعيد وتنعيمها، وهذا يصح تدلي الحاجبين أو الجفون المغطاة أو تجاعيد العين وخاصة عند كبار السن.
- ☒ علاج التثدي:** تُعد هذه الجراحة لتقليل الكميات الزائدة من أنسجة الثدي لدى الذكور، وهي حالة تُعرف باسم التثدي، فهي علاجاً دائماً لمعظم الرجال، طالما أن زيادة كمية الأنسجة ترجع إلى عوامل وراثية للشخص.
- ☒ استبدال الشعر أو زرعه:** زراعة الشعر هي نوع من الجراحة التجميلية، يمكن أن تساعده في تجديد نمو الشعر، إذ يتم الحصول على بصيلات الشعر الصغيرة من الجزء الخلفي من فروة الرأس، حيث يميل الشعر إلى أن يكون أكثر كثافة. ثم يتم زرعها بشقوق دقيقة في مناطق فروة الرأس التي تعاني من تساقط الشعر وقد يحتاج الفرد إلى عدة جلسات لتحقيق النتائج المرجوة.
- ☒ شفط الدهون:** هو إجراء جراحي يتم فيه شفط الدهون من مناطق معينة من الجسم لإضفاء مظهر أكثر رشاقة ونحافة².
- ☒ تجميل الأنف:** تعيّد عملية تجميل الأنف تشكيل الأنف وتوازنه مع باقي الوجه، فقد يقوم الجراح بتقليل الحجم الكلي للأنف أو تحسين مناطق الأنف للحصول على مظهر أكثر جاذبية.

¹ انظر: دليل صحة الأسرة (596-587)، ويكيبيديا، الموسوعة الحرة: <http://ar.wikipedia.org/wiki\wiki>، موقع مستشفى دله مقال (استخدامات أشعة الليزر) <http://www.dallah-hospital.com/ar/departments.aspx?id=11265&langID=278>

² دليل صحة الأسرة (596-587)، ويكيبيديا، الموسوعة الحرة: <http://ar.wikipedia.org/wiki\wiki>، موقع مستشفى دله مقال (استخدامات أشعة الليزر) <http://www.dallah-hospital.com/ar/departments.aspx?id=11265&langID=278>

- ☒ شد البطن:** تقوم عملية شد البطن أو شد الجزء السفلي من الجسم بإزالة الجلد الزائد من منطقة البطن وشد الجلد المتبقى، غالباً ما تُجرى هذه الجراحة على الأشخاص الذين لديهم جلد زائد كالذى عند النساء بعد الحمل أو بعد جراحة علاج البدانة والتخسيس.
- ☒ حقن البوتوكس:** يستخدم البوتوكس لعلاج التجاعيد، وهو يعمل عن طريق منع نقل الإشارة من الأعصاب إلى العضلات التي يتم حقنها، فتصبح العضلة المحقونة غير قادرة على الانقباض أو الشد بقوه كما كانت من قبل، وهذا يؤدي إلى استرخاء مستحكم فيه للعضلات، وهذا ما سنتطرق إليه في بحثنا.
- ☒ الفيلر:** يمكن استخدامه لعلاج الطيات الأنفية الشفوية والخدین والشفتين ولزيادة حجم الجزء الخلفي من اليد، كما يمكن أيضاً تقليل التجاعيد والخطوط والندوب وزيادة ملامح الأنسجة الرخوة.
- ☒ التقشير الكيميائي:** قد يساعد التقشير الكيميائي في علاج حب الشباب وعلامات البثور والندوب أو التجاعيد، إذ يستخدم التقشير الخفيف أو السطحي أحماض ألفا هيدروكسي (AHAs) مثل: أحماض الجليكوليك أو اللاكتيك لعلاج الطبقات الخارجية من الجلد.¹

المبحث الثاني: أحكام وضوابط عمليات تجميل الوجه ويتكون من ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مقاصد عمليات تجميل الوجه:

جاءت الشريعة الإسلامية بمقاصد عظيمة، ومن مقاصد الشريعة الإسلامية أنها جاءت لتصالح شؤون الناس وتسهل عليهم المشاق، فحيثما وجدت المشقة أتى التيسير، والقاعدة الفقهية تقول: (المشقة تجلب التيسير).

والمقاصد العامة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية تعود لجلب المصالح ودرء المفاسد وهي مجموعة في هذه المقاصد الخمسة: الدين، النفس، العقل، النسل، المال، بل أكد الإسلام على حفظ هذه المقاصد، وقد صح عن نبينا ﷺ، أنه قال: (إِنَّ اللَّهَ جَمِيلٌ يُحِبُّ الْجَمَالَ)⁽²⁾.

وعليه فال المسلم ينبغي أن يكون حريصاً على جمال هيئته وطيب مظهره، معتمداً بنظافة بدنـه وحسن هندامـه؛ فذلك ضربٌ من ضروب التقارب إلى الجميل سبحانه وتعالـى، لكن بشرط ألا يكون في ذلك تجاوز لحدود الشرع وضوابطـه؛ كما لو كان فيه إسراف وتبذير، أو كان فيه تغيير لخلقةـ الحكيمـ الخـبيرـ، وغير ذلك مما نهـتـ الشـريـعـةـ عـلـيـهـ وـحـذـرـتـ مـنـهـ؛ وإـلاـ أـصـبـحـ التـجـمـلـ مـعـصـيـةـ، وـلـذـاـ إـنـ عـلـمـاتـ التـجـمـيلـ تـدـخـلـ فـيـ المـصـالـحـ الـعـامـةـ لـلـشـرـيـعـةـ إـلـيـهـ، فـإـمـاـ أـنـ تـكـوـنـ ضـرـورـيـةـ أـوـ حاجـيـهـ أـوـ تـحسـيـنـيـةـ⁽²⁾.

وتنقسم الجراحة التجميلية إلى ثلاثة أقسام:

1: العمليات الجراحية التجميلية الضرورية .

2: العمليات الجراحية التجميلية الحاجية .

¹ دليل صحة الأسرة (583 – 585). بتصرف.

² الشنقيطي، محمد بن محمد المختار بن أحمد مزید الجكنی، أحكام الجراحة الطبية والأثار المترتبة عليه، الطبعة 2، بلد النشر: جدة، الناشر: مكتبة الصحابة، (ص 182)، الفوزان: صالح بن محمد، الجراحة التجميلية، نوع العمل الفقه الإسلامي، (ص 122).

٣: العمليات الجراحية التجميلية التحسينية.

القسم الأول: العمليات الجراحية التجميلية الضرورية:

فالعمليات الجراحية التجميلية الضرورية: تهدف إلى تحسين مظهر أحد أجزاء جسم الإنسان الظاهرة، وتعتبر ضرورية؛ لأنها تتم من أجل التخلص من عيب نتج عن حادث ما كالحروق في الجسم، أو كالأذن والوجه والعين وال حاجب والشفتين وغيرها، أو لأن يولد الإنسان بأصبع زائد فيverte له الأطباء، وهذه العيوب عادة ما تسبب الضرر للإنسان بشكل واضح.

فأجاز العلماء إجراءها لإزالة ذلك الضرر، وقالوا أن موجب الرخصة في إجازة إجراء العمليات التجميلية الضرورية، هو الحاجة الناتجة عن الضرر الذي يصيب الإنسان من تلك العيوب، والحاجة تنزل منزلة

^١ الضرورة الراجعة للحظر عن المحظور، واستدلوا لذلك أيضاً بما رُوي عن عرفجة بن أسعد : (أنه أصيّب أنفه يوم الكلاب في الجاهلية، فاختذ أنفًا من ورقٍ، فأنتفَ عليه، فأمره النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يتخذ

² أنفًا من ذهبٍ)

فالمقصود من هذه الجراحة هو: إزالة عيب خلقي؛ كالتصاق أصابع اليدين والرجلين، أو انسداد فتحة الشرج ونحو ذلك من العيوب التي ولد بها الإنسان، أو انحسار اللثة بسبب الالتهابات المختلفة، وعيوب صيوان الأذن الناشئة عن بعض الأمراض كالجدام، ونحو ذلك من العيوب الناشئة عن الأمراض التي تصيب الجسم، أو إزالة عيب طاري ككسور الوجه الشديدة التي تقع بسبب حوادث السير، وتشوه الجلد بسبب الحروق، وتشوه الجلد بسبب الآلات القاطعة، ونحو ذلك من العيوب الطارئة.

وهذا النوع من الجراحة: وإن كان مسمى يدل على تعلقه بالتحسين والتجميل إلا أنه توفرت فيه الدوافع الموجبة للترخيص بفعله؛ فمما لا شك فيه أن هذه العيوب يتضرر بها الإنسان حسًّا ومعنى، وذلك ثابت

³

طبيًّا، ومن ثم فإنه يشرع التوسيع على المصابين بهذه العيوب بالإذن لهم في إزالتها بالجراحة الازمة

القسم الثاني: الجراحة التجميلية الحاجية:

فالجراحة التجميلية الحاجية: هي الجراحة التي تجري لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة أو وظيفته إذا ما طرأ عليه تلف أو نقص أو تشوه يتسبب في إيناد الشخص بدنيًّا أو نفسياً، أو يصاحبه ألم

¹

شديد لا يستطيع تحمله، أو يتسبب في إعاقة صاحبه عن العمل، أو عن أداء وظيفته أو قيامه بها .

^١ عرفجة: عرفجة بن عبد العزيز بن زهير بن ثعلبة البارقي (٣٠ ق.هـ - ٣٤ هـ / ٥٩٢ - ٦٥٤ م) هو صحابي، وأمير، وقائد عسكري، ووالٍ، وسياسي، ورجل دولة عربي مسلم. برع ما بين عام ١١ هـ/٦٣٢ وعام ٣٤ هـ/٦٥٤ بخوضه الكبير من المعارك والغزوات والحملات العسكرية على كثي من الإمبراطورية الفارسية الساسانية في إيران والعراق والإمبراطورية البيزنطية في تكريت والموصل. وكانت جل حروبه وأغلبها على الدولة الساسانية. انظر: ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، الطبعة الأولى، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار الكتب العلمية، سنة النشر: ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، (ج ٤/ ص ٤٠١).

^٢ الترمذى، محمد بن عيسى بن سُورَةَ بن مُوسى بن الصحَّافِ، سنن الترمذى، تحقيق وتعليق: أَحْمَدُ مُحَمَّدٌ شَاكِرٌ (ج ١، ٢، ٣)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج ٣)، إبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج ٤، ٥)، الطبعة: الثانية، بلد النشر: مصر، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م ، عن عرفجة بن أسد، حديث رقم: (١٧٧٠)، وقال الألبانى، محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة، الناشر: مكتبة المعارف، نشر: ٢٠٠٦ م: حديث حسن.

^٣ الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص ١٨٥)، انظر الفوزان: الجراحة التجميلية (ص ٤٤٤).

فالجراحة الحاجية: هي التي يكون سببها حاجي، ولها جملة من الأسباب والمحاجات التي يقصد بها إزالة العيوب والتلشوّهات، وذلك لتوفر الحاجة التي تلحق بالمتلطف ضرراً حسياً أو معنوياً، ولا تصل إلى

² **حد الضرورة مثل :**

- حالات إزالة تشوّه الجلد بسبب الآلات الفاطعة، وجراحة الشفة الأربعية.
- عيوب الفكين التي تكون نتيجة مرض، أو حوادث مختلفة، وإعادة الأصابع المبتورة.
- وجراحة الثدي الكبير لآلام في الثدي والرقبة والأكتاف وصعوبة التنفس.
- علاج الحروق ، وكالتلشوّهات الحادثة بعد الحرائق.

ومنما تجدر الإشارة إليه أن الأطباء يصنفون عمليات الجراحة الحاجية مع الضرورية بكونها ضرورية ولا يفرقون بين الضرورية والجrajحة التي تبلغ مبلغ الضرورة؛ ذلك أنهم ينظرون إليها بداع الحاجة إلى فعلها، كما أن وصف هذه الجراجحة بكونها ضرورية، أو حاجة هو نسبة إلى دواعيها الموجبة لفعلها ووصفها بالجميلي هو بالنسبة لآثارها. وقد توصل الباحثون المعاصرون في الفقه الإسلامي في هذه المسألة إلى الاتفاق على جواز هذا النوع من العمليات الجراجحة الحاجية ومشروعتها، وخاصة إذا كانت آمنة ولا خطر على العضو بالبتر.

³ **ومن أجاز هذا النوع :**

- اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء.
- وسماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ.
- وسماحة الشيخ عبدالله بن جرين.
- وسماحة الشيخ محمد الشنقيطي.

القسم الثالث: الجراجحة التجميلية التحسينية:

يقصد بها: العمليات الجراجحة التي لا تعالج عيباً في الإنسان يؤديه ويؤلمه، وإنما يقصد منها إخفاء العيوب وإظهار المحسن، والتطلع للعودة إلى مظهر الشباب مرة أخرى.

⁴

وعرفها بعضهم بأنها: (جراجحة تحسين المظهر، وتتجديد الشباب).

والمراد بتحسين المظهر: تحقيق الشكل الأفضل، والصورة الأجمل دون وجود دوافع ضرورية أو حاجة الجراجحة. تستلزم فعل

وأما تتجديد الشباب فالمراد به: إزالة آثار الشيخوخة، فيبدو المسن بعدها وكأنه أصغر سنًا من عمره

¹ انظر النشرة، محمد عبد الجواد حجازي، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، الطبعة: الأولى، بلد النشر: بريطانيا، الناشر: مجلة الحكمة، سنة النشر: 2001م، (ص259). انظر المدنى، ازهار بنت محمود بن صابر، أحكام تجميل النساء في الشريعة الإسلامية، الطبعة: 1، بلد النشر: الرياض، الناشر: دار الفضيلة، سنة النشر: 1422هـ-2002م، (ص370).

² (1) انظر رفعت، محمد، العمليات الجراجحة وجراحة التجميل، الطبعة : 1، بلد النشر: القاهرة، الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر، (ص7). انظر الشنقيطي: أحكام الجراجحة الطبية، (ص182/183). بتصريف. وانظر: باجنبه، الهام عبدالله، موقف الشريعة الإسلامية من العمليات الجراجحة، الطبعة: 1، 1428هـ-2008م، مكتبة عين الجامعية، (ص18).

³ انظر الفوزان: الجراجحة التجميلية (ص125). انظر محمد رفعت: العمليات التجميلية، (ص9). انظر الشنقيطي: أحكام الجراجحة الطبية، (ص187/188).

⁴ انظر الفوزان: أحكام الجراجحة الطبية (ص191).

ال حقيقي.

والعمليات المتعلقة بهذه الجراحة تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: عمليات الشكل: ومن أشهر صورها ما يلي.

- تجميل الأنف بتصغيره، وتغيير شكله من حيث العرض والارتفاع.

• تجميل الذقن، وذلك بتصغيره إن كان كبيراً، أو تكبيره بوضع ذقن صناعية تلحم بعضلات الفك.

• تجميل الثديين بتصغيرهما إن كانوا كبيرين، أو تكبيرهما بحقن مادة معينة مباشرة في تجويف الثديين، أو بحقن الهرمونات الجنسية، أو بإدخال النهد الصناعي داخل جوف الثدي بواسطة فتحة في الطية الموجودة تحت الثدي.

• تجميل الأذن بريدها إلى الوراء إن كانت متقدمة.

• تجميل البطن بشد جلدتها وإزالة القسم الزائد بسحبه من تحت الجلد جراحياً.

وأما النوع الثاني فهو: عمليات التثبيب: وهي التي تُجرى لكتار السن، ويقصد منها إزالة آثار الكبر

¹
والشيخوخة، ومن أشهر صوره ما يلي :

• تجميل الوجه بشد تجاعيده سواء برفع جزء منه، أو برفع جزء منه ومن الرقبة، وهو ما يسمى بالرفع الكامل، وكذلك تجميله بعملية التقشير الكيماوي.

• تجميل الأرداد وذلك بإزالة المواد الشحمية في المنطقة الخلفية العليا، أو المنطقة الجانبية من الأرداد ثم تشد جلدتها، ويهذب حجمها بحسب الصورة المطلوبة.

• تجميل الساعد، وذلك بإزالة القسم الأدنى من الجلد والشحم.

• تجميل اليدين، ويسعى في عرف الأطباء (بتجديد شباب اليدين)، وكذلك بشد التجاعيد الموجودة في أيدي المسنين والتي تشوّه جمالها.

• تجميل الحواجب، وذلك بسحب المادة الموجبة لانتفاخها، نظراً لكبر السن وتقدم العمر.

هذا مجمل وملخص ما تم النظر فيه صور الجراحة التجميلية كما بينتها الكتب المختصة بجراحة التجميل التي وقفت عليها، فهي بين التطويل الممل والاختصار المخل، لكنني حاولت الجمع بين المنهجين بشكل مجمل ومختصر مفيد.

المطلب الثاني: ضوابط المنع والجواز في العمليات التجميلية للوجه:

ذهب بعض الفقهاء إلى إجازة العمليات التجميلية، لرفع الحرج الذي يقع ضمن المقاصد الحاجية. وذهب

آخرون إلى المنع. وهنا سأذكر بعض أقوال المجizin وأدلتهم على الجواز، وبعض أقوال المانعين وأدلتهم على المنع.

¹ انظر الفوزان: الجراحة التجميلية (ص127). انظر محمد رفعت: العمليات التجميلية، (ص9). انظر الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية، (ص187/185). وانظر موقع موسوعة الفتاوى: رابط: <https://www.fatawa.com/view/15415>

أقوال العلماء المجازين للعمليات التجميلية للوجه:

- ❖ يقول الطبرى: (لا يجوز للمرأة تغيير شيء من خلقها التي خلقها الله علماً بزيادة أو نقصاً ... ثم قال: ويستثنى من ذلك ما يحل به الضرر والأذى، كمن يكون لها سن زائدة أو طويلة تُعيقها في الأكل، أو أصبع زائدة تؤذها أو تؤلمها فيجوز ذلك¹).
- ❖ يقول النووي: في شرحه لحديث عبدالله بن مسعود في لعن النبي ﷺ للواشمات والمستوشمات: قال وأما قوله: (المتفاجات للحسن)، فمعناه يفعلن ذلك طلباً للحسن، وفيه إشارة إلى أن الحرام هو المفوع لطلب الحسن، أما لو احتجت، إليه لعلاج أو عيب في السن ونحوه فلا بأس².
- ❖ يقول ابن حجر: قوله: (المتفاجات للحسن)، يفهم منه أن المذمومة من فعلت ذلك لأجل الحسن، فهو احتياج إليه لعلاج أو عيب فلا بأس³.
- ❖ يقول الآبى الأزهري: (المتفاجة): هي التي تبرد أسنانها ليتباعد بعضها عن بعض، أو يكون في أسنانها طولة فتريله بالمبرد، ومفهوم قوله: (للحسن)، أن الحرام هو المفوع للحسن، فلو احتياج إليه لعلاج أو عيب فلا بأس به⁴.

أدلة العلماء المعاصرین المجازین للعمليات التجمیلیة للوجه:

- ومن هؤلاء العلماء: الدكتور محمد بن محمد المختار الشنقيطي، والدكتور صالح بن محمد الفوزان⁵.
1. إن هذه العيوب تشتمل على ضرر حسي ومعنى، وهو موجب للترخيص بفعل الجراحة: لأنه يعده حاجة، فتنزل منزلة الضرورة ويرخص بفعلها؛ إعمالاً لقاعدة الشرعية التي تقول: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة)⁶.
 2. يجوز فعل هذا النوع من الجراحة كما يجوز فعل غيره من أنواع الجراحة المشروعة بجامع وجود الحاجة في كل منها: فالجراحة العلاجية مثلاً وجدت فيها الحاجة المشتملة على ضرر الألم وهو ضرر حسي، وهذا النوع من الجراحة في كثير من صوره يشتمل على الضرر الحسي والمعنوي.
 3. ولا يشك على القول بجواز فعل هذا النوع من الجراحة، ما ثبت في النصوص الشرعية من تحريم تغير خلقة الله تعالى، وذلك لما يلي:
- إن هذا النوع من الجراحة وجدت فيه الحاجة الموجبة للتغيير، فأوجبت استثناءه من النصوص الدالة على التحريم.

¹ الطبرى، محمد بن جرير بن يزيد بن غالب الأهمي أبو جعفر، جامع البيان فى تأویل القرآن، المحقق: أحمد محمد شاكر، الطبعة: الأولى، بلد النشر: بيروت، الناشر: مؤسسة الرسالة، 1420 هـ - 2000م، وانظر ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار المعرفة، (377/10).

² النووي النبوى، يحيى بن شرف النووي معي الدين أبو زكريا، المهاج فى شرح صحيح مسلم بن الحجاج، الطبعة: 2، بلد النشر: القاهرة، الناشر: مؤسسه قرطبة، سنة النشر: 1994م، (106/14).

³ انظر ابن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري (372/10).

⁴ الأزهري: صالح عبد السميع الآبى الأزهري: الثمر الدانى شرح رسالة ابن أبي زيد القبروانى (190/2).

⁵ الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص185/187)، وانظر الفوزان: الجراحة التجميلية (ص444).

⁶ السيوطي: الأشباه والنظائر (ص164)، وانظر ابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص91)، وانظر الفوزان: أحكام الجراحة الطبية (ص185/186).

بـ. إن هذا النوع لا يشتمل على تغيير الخلقة قصداً؛ لأن الأصل فيه أن يقصد منه إزالة الضرر، والتجميل والحسن حاء تبعاً.

العضو هو المقصودة من فعل الحرابة وليس المقصود اذالتها.

ث. إن إزالة تشوهات الحروق والحوادث يعتبر مندرجًا تحت الأصل الموجب لجواز معالجتها؛ فالشخص مثلاً إذا احترق ظهره أذن له في العلاج والتداوي، وذلك بازالة الضرر وأثره؛ لأنه لم يرد نص يستثنى الآثار من الحكم الموجب لجواز مداواة تلك الحروق فيستصحب حكمه على الآثار وбоذن له بازالتها.

ومن خلال ما سبق: يتضح أنه لا يأس بإجراء هذا النوع من الجراحة من باب التداوي وطلب العلاج، ورفع الضرر وإزالة الألم، الأمر الذي تبيحه الشريعة الغراء؛ فالعيوب الخلقية تباح إزالتها نظراً للحاجة الداعية إلى ذلك، وأما العيوب الناتجة عن الحوادث والحرائق فإباحة إزالتها مبنية على الأصل الموجب لجواز مداواة نفس الحرق والجرح.

أقوال العلماء المانعين للعمليات التجميلية للوجه:

❖ يقول القرطبي: تعليقاً على حديث(لَعْنَ اللَّهِ الْوَالِيْمَاتُ وَالْمُسْتَوْشِمَاتُ): وهذه الأمور كلها قد شهدت الأحاديث بلعن فاعلها وأنها من الكبائر. واختلف في المعنى الذي نهى لأجلها: فقيل: لأنها من باب التدلisis،

^١ وقيل: من باب تغيير خلق الله تعالى، كما قال ابن مسعود، وهو أصح، وهو يتضمن المعنى الأول.

❖ ويقول النووي: (وأما المتفلّجات): والمراد: مفلجات الأسنان؛ لأن تبرد ما بين أسنانها الثنايا والرباعيات، وهو من الفلاح بفتح الفاء واللام، وهي فرجة بين الثنايا والرباعيات، وتفعل ذلك العجوز ومن قاربها في السن؛ إظهاراً للصغر، وحسن الأسنان؛ لأن هذه الفرجة اللطيفة بين الأسنان تكون للبنات الصغار، فإذا عجزت المرأة كبرت سُمْها وتوحّشت فتبردها بالبرد؛ لتصير لطيفة حسنة المنظر، وتوهم كونها صغيرة، ويقال له أيضًا: الوشر، ومنه: (العَنْلُواشَرَةُ وَالْمُسْتَوْشَرَةُ) وهذا الفعل حرام على الفاعلة والمفعول

² بها لهذه الأحاديث . ❖ وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: المنشق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثامنة عشرة في بوتراجايا (مالزيا) من ٢٤ إلى ٢٩ جمادى الآخرة ١٤٢٨ هـ، الموافق ١٤-٩ (يوليو) ٢٠٠٧ م بشأن عمليات التجميل، ما يلي: لا يجوز إجراء جراحة التجميل التحسينية التي لا تدخل في العلاج الطبي ويقصد منها تغيير خلقة الإنسان السوية؛ تبعاً للهوى والرغبات بالتقليد لآخرين، مثل عمليات تغيير شكل الوجه للظهور بمظهر معنٍ، أو يقصد التدليس، وتضليل العدالة، وتغيه شكا، الأف، وتكبه أو تصفعه الشفاه،

وَتَغْبَهُ شَكَا، الْعَنْيَنْ وَتَكِبَ الْوَحَنَاتِ .

¹ القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم ألماظ، الطيبة للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الثانية، دار الكتب، مصر، سنة النشر: ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م (393/5).

² النموذج الشهري النموذجي على مساحة (14/105).

³ مدة، ونوعية الفتوى: باطن الملة، 12 تاريخ النشر، فـ المقاومة، 2017/12/26، <https://www.fataawa.com/view/15415>

أدلة العلماء المعاصرين المانعين للعمليات التجميلية للوجه:

1. قول الله تعالى حكاية عن إبليس لعنه الله: ﴿وَلَمَرَّهُمْ فَلِيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾. وجه الدلالة: إن هذه الآية الكريمة واردة في سياق الذم، وبيان المحرمات التي يسّول الشيطان فعلها للعصاة من بني آدم، ومنها تغيير خلقة الله. وجراحة التجميل التحسينية تشتمل على تغيير خلقة الله، والعبث فيها حسب الأهواء والرغبات، فهي داخلة في المذموم شرعاً، وتعود من جنس المحرمات التي يُسّول الشيطان فعلها للعصاة من بني آدم.
2. حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: (أَعْنَ اللَّهُ الْوَاسِمَاتِ وَالْمُسْتَوْشِمَاتِ وَالْمُتَنَمِّصَاتِ وَالْمُتَنَقِّبَاتِ لِلْحُسْنِ الْمُغَيْرَاتِ خَلْقَ اللَّهِ تَعَالَى)، مَا لِي لَا أَعْنَ مَنْ لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ وَهُوَ فِي كِتَابِ اللَّهِ (وما آتَكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ)، وجه الدلالة: إن هذا الحديث الشريف دلّ على لعن من فعل هذه الأشياء، وعلل ذلك بتغيير الخلقة وطلب الحسن، وهذا المعنى موجودان في الجراحة التجميلية التحسينية؛ لأنّها تغيير للخلقة بقصد الزيادة في الحسن، فتعتبر داخلة في هذا الوعيد الشديد، ولا يجوز فعلها.
3. لا تجوز جراحة التجميل التحسينية كما لا يجوز الوشم والوشروالنمصبجامع تغيير الخلقة في كل طلباً للحسن والجمال.
4. أن هذه الجراحة لا يتم فعلها إلا بارتكاب بعض المحظورات، ومن تلك المحظورات التخدير، ومعلوم أن التخدير في الأصل محرم شرعاً وفعله في هذا النوع من الجراحة لم يأذن به الشرع؛ لفقد الأسباب الموجبة للتخصيص والإذن به؛ وهي الضرورة أو الحاجة عليه فإنه يُعد باقياً على الأصل الموجب لحرمة استعماله.
5. إضافة إلى محظورات أخرى لا تسلم منها هذه الجراحة، ولا مسوغ لتجاوزها أن هذه الجراحة لا تخلو من الأضرار والمضاعفات التي تنشأ عنها؛ فهي جراحة تجميل الثديين بتكبيرهما عن طريق حقن مادة السِّلْكُون أو الهرمونات الجنسية يؤدي ذلك إلى حدوث أخطار كثيرة إضافة إلى قلة نجاحه.⁴

المطلب الثالث: هل تدخل هذه العمليات تحت باب الغش والتديليس:

إن عمليات التجميل إذا كانت علاجاً لمرض معين كإعادة العضو المصابة لوضعه الطبيعي أو لإزالة تشوهات بتقريب من الطبيب فهذا جائز ولا حرج في ذلك، أما عمليات التجميل لمجرد التجميل فقط دون أي حاجة فلا يصح، ولذلك عمليات الجراحة تتضمن في عدد من صورها الغش والتديليس، وهو محرم شرعاً، ففيها إعادة صورة الشباب للكهل والمسن في وجهه وجسده، مما يفضي إلى الوقوع في المحظور من غش الأزواج من قبل النساء اللواتي يفعلن ذلك، وغش الزوجات من قبل الرجال الذين يفعلون ذلك.

¹ النساء الآية (119).

² رواه البخاري (5931)، ومسلم (5695).

³ سورة الحشر الآية (7).

⁴ الشفقيطي: أحكام الجراحة الطبية (184)، موقع موسوعة الفتاوى: رابط الموقع: <https://www.fatawa.com/view/15415>. رقم الفتوى: 12 تاريخ النشر في الموقع:

2017/12/26

وقد حذرت الشريعة الإسلامية من التدليس والغش في كل شيء، فكيف بمن تغير في ملامحها، دون بيان ذلك للخاطب، ويتبين لنا مما سبق أن هذا النوع من الجراحة يتضمن عبأً بخلافة الله عز وجل وتغييرًا لها دون مسوغٍ من ضرورة أو حاجة.

لأن إن كانت هناك حاجة لتلك العمليات وعدم إخفاء العيوب وتم اتباع الضوابط الشرعية، فعندي لا

¹
تدخل في باب التدليس والغش وهذه الضوابط هي :

- أن يتحقق فيها ضوابط عمليات الجراحة عموماً .
- ألا تكون العملية محل نهي شرعي عام أو خاص.
- أن تكون العملية خاضعة للتصور الإسلامي.
- ألا يكون في مثل هذه العمليات تغيير شكل الوجه، أو وظيفة العضو السوية المعهودة إلى ما يخالف الفطرة.
- أن يكون مبرر إجرائها هوضرر الحسي أو النفسي، وأن لا يكون أجراوها لمجرد اتباع الهوى وتحصيل المزيد من الحسن.
- أن لا يكون المقصود لهذه العمليات التشبه بأهل الكفر والفسق، أو تشبه الرجال بالنساء أو العكس.
- أن تكون المواد المستخدمة في هذه العمليات ظاهرة ومحبحة شرعاً.
- أن لا يترتب عليها ضرر غالب بل تكون المنفعة غالبة.
- أن يكون إجراء العملية من المقاصد المعتبرة شرعاً، كإعادة الخلقة إلى أصلها، وإصلاح عيب ظاهر.
- أن لا يكون فيها غش أو تدليس، أو إيهام للخاطب.

المبحث الثالث: تطبيق عملي لعمليات تجميل الوجه حقن الفيلر والبوتوكس ويتكون من أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الفيلر والبوتوكس، وتحديد المكونات الطبية لهم:

تعريف الفيلر: هو عبارة عن مواد معينة تحقن بها المنطقة التي توجد فيها التجاعيد تحت سطح الجلد بالإضافة إلى الفراغات التي تسبب التجاعيد في تلك المنطقة بحيث يبدو الجلد دون أي تجاعيد.²

تعريف البوتوكس: هو عبارة مادة من المواد التي تنتج من البكتيريا السامة، إلا أنه عند استخدامه بكميات بسيطة جداً يصبح مفيداً في التخلص من التجاعيد التي تظهر على الوجه، وعليه فإن الفرق بينهما يظهر لنا بأن الفيلر: تقوم فكرته على ملء الفراغات التي تظهر مع التقدم في السن والتي تسبب ظهور التجاعيد في منطقة حول الفم والشفاه، وهنا يمكن القول: بأن الفيلر يتم استخدام أنواع عديدة من حقن الفيلر لعلاج التجاعيد والتخلص من الشيخوخة، ويتم تحديد النوع الأنسب للحالة من قبل طبيب التجميل المختص، ومن أبرز استخدامات الفيلر: ملء الشفاه، وملء الفراغات التي تظهر على الوجه نتيجة علامات التقدم في

¹ الفوزان، الجراحة التجميلية، ص(94-95). وانظر شبير: أحکام الجراحة التجميلية، ص(58)، الشنقيطي، أحکام الجراحة الطبية ص(109)، وانظر المزيبي، أحمد بن عائش، أنواع وضوابط العمليات التجميلية، انعقاد المؤتمر في الرياض، السعودية، سنة 2010 م، ص(26-27).

² حجير: وصال علي صبرى حجير، نوازل ليس وزينة المرأة المسلمة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير جامعة القدس . (ص 98/97). موقع: فوائد الفيلر للوجه، الرابط: <https://www.quartzclinique.com/>. تاريخ الاستفادة من الموقع: 10/12/2022 م.

السن، والتخلص من التجاعيد الثابتة التي تظهر في الجزء السفلي من الوجه، والتجاعيد حول الفم والخدین والتي تظهر نتيجة فقدان الكولاجين والمرونة في الجلد.

وأما البوتكس: فتقوم فكرته على التخلص من انقباض عضلات الوجه المسبب لظهور التجاعيد خاصةً في منطقة الجبهة وحول العينين. وهنا يمكن القول: بأن البوتكس يعمل على شد التجاعيد التي تتسبب بها حركة العضلات في الوجه، وغالباً ما تسمى خطوط التعبير، وأكثر التجاعيد شيوعاً هي الخطوط الموجودة على الوجه العلوي، مثل: التجاعيد بين الحواجب والخطوط الأفقية التي تظهر على مقدمة الرأس، والخطوط حول العينين، وتنتج هذه الخطوط عن الابتسام، والعبوس، والتحديق، والعديد من التعبيرات الأخرى للوجه، لذلك البوتكس لن يؤثر في الخطوط الدقيقة والتجاعيد الناتجة عن الترهلات وفقدان الوزن في منطقة الوجه.

وعليه فإن حقن البوتكس للوجه: ليست علاج دائم للتجاعيد التي تظهر في الوجه، حيث أنها تحتاج لإعادة الحقن مرة أخرى بعد فترة زمنية قد تصل إلى ستة أشهر أو أكثر¹.
المكونات الطبية للفيلر والبوتكس²:

يتكون الفيلر: من مواد مرنة شبه سائلة أو جيلاتينية أو شحمية معالجة طبياً تحقن تحت الجلد لتتماً فراغاً موجوداً، أو تعطى حجماً، أو تعمل على تحفيز خلايا الجلد لإنتاج كميات جديدة من الكولاجين.

☒ ويتم حقن الفيلر بمواد طبيعية مثل: حقن الدهون الذاتية وحقن الكولاجين البشري.

- حقن الدهون الذاتية: وهي عبارة عن عملية شفط الدهون من منطقة في الجسم كالبطن أو الأرداف، ثم توضع في جهاز خاص لفصليها عن الأنسجة الأخرى، ثم توضع في حقنة كبيرة للحفاظ على تمسكها، ثم يحقن بها الموضع المقصود. وميزات هذا النوع من الحقن، أنه آمن ويتقبلها الجسم دون عمل فحوصات للحساسية.

- حقن الكولاجين البشري: وهي عبارة عن مواد بروتينية كبيرة الحجم لها تركيب كيميائي معين، يتم استخلاصها من الإنسان، ومن ميزاتها أنها آمنة لا تحتاج لاختبار حساسية، وقد اعترفت بها هيئة الغذاء والدواء الأمريكية (FDA).

☒ ومواد صناعية مؤقتة مثل: الكولاجين الحيواني، وحمض الهيلورونيك.

- الكولاجين الحيواني: ويتم استخلاصه من جلد الأبقار، ويجب عمل اختبار للحساسية قبل الحقن وهو مصرح به من قبل منظمة الغذاء والدواء (FDA).

¹ وهي: ليس بوشي، مقال بعنوان حقن البوتكس، موقع المقال: <https://www.lamisboushi.com/oldSite/botox.html>. تاريخ الاستفادة من المقال: 11/12/2022م.
² الفوزان: الجراحة التجميلية (341/341). وانظر: حجي: نوازل لباس المرأة المسلمة في الفقه الإسلامي(105/113). وانظر موقع: فوائد الفيلر للوجه، الرابط: <https://www.quartzclinique.com/>. النقل روجع بتاريخ 18/12/2022م.

- حمض الهيلورنيك: وهي مادة طبيعية في أجسامنا، ويعتبر أحد المكونات الطبيعية للأنسجة، وهو مصح به من قبل منظمة الغذاء والدواء (FDA).

☒ مواد دائمة مثل: مادة السيليكون، ومادة بولي ميثايل مياثا اكريلايت.

- مادة السيليكون: هي مادة يصعب على الجسم تكسيرها، وهي غير معترف بها من قبل منظمة الغذاء والدواء (FDA).
- مادة بولي ميثا اكريلايت: هي عبارة عن مادة تشبه معجون الأسنان، مصنوع من الكولاجين البقرى، وهي غير معترف بها من قبل منظمة الغذاء والدواء (FDA).

ويتكون البوتوكس: من مادة سامة لخلايا الأعصاب، واسمها العلمي "بوتولينيوم تووكسين: Botulinum toxin"، ويستخرج من بكتيريا تسمى "Clostridium Botulinum" ، توجد بشكل طبيعي في التربة وأمعاء بعض الحيوانات والأسماك وتسبب هذه البكتيريا التسمم الغذائي. وهي عبارة عن مادة بروتينية تميز بأنها تشبه في تركيبها مادة "الأستيل كولين: Acetylcholine" ، التي تنقل الإشارات العصبية من الأعصاب للعضلات، عند حقن هذه المادة ضمن العضلات، ترتبط هذه المادة بمستقبلات الاستيل كولين فتمنعه بذلك من تحريض تقلص العضلة¹.

لذلك ما يدخل في تركيب البوتوكس هو مادة "سم البوتولينيوم: Botulinum" ، ويستخرج من بعض المزارع الجرثومية إلا أنه يستخدم بكمية قليلة جداً بحيث لا يتجاوز العضلة التي تم فيها الحقن، وعليه يؤثر البوتوكس على العضلات والنهيات العصبية وبعض العضلات الملساء، ويمنع الأعصاب من إرسال إشارات إلى العضلات للتقلص، مما يسبب شلل العضلات لفترة مؤقتة بحسب الجرعة المستخدمة.

وبما أنه تدخل في تركيبهما مواد ضارة وسامة فهذا مؤشر خطير على ضرر هذه المواد على الجسم، مما يجعل التعرض لتلك البكتيريا الضارة بكميات كبيرة للإصابة بالتسمم. وبالتالي يجب التقنيين من عمل هذه العمليات رغم الإقبال الكبير عليها، وبيان ضررها للناس.

وتختلف نتائج حقن البوتوكس من شخص إلى آخر، وغالباً تدوم لمدة أربعة إلى ستة أو ثمانية أشهر وبعدها يحتاج المريض إلى حقن إضافية، فهي مادة مؤقتة المفعول، ولا ينصح باستخدام البوتوكس لمرضى الجهاز العصبي، والأشخاص الذين يتناولون مضادات حيوية والحوامل والمرضعات.

المطلب الثاني: التكلفة المادية لعمليات حقن الفيلر والبوتوكس:

تختلف تكاليف حقن الفيلر والبوتوكس اعتماداً على منطقة الحقن، ودرجة تجدد الجلد، وعدد الجرعات التي يحتاجها المريض، ومن يقوم بالحقن سواء جراح تجميل أو ممارس، ومكان عيادة التجميل، وكثير من

¹ موقع: فوائد الفيلر للوجه، الرابط: <https://www.quartzclinique.com>. روج النقل من الموقع بتاريخ 18/12/2022م.

المعايير والمواد الأخرى المستخدمة، فضلاً عن ثمن الفيلر والبوتوكس، ويتراوح متوسط سعر الحقن من 100 دولار إلى 1400 دولار، ولا يوجد ما يحكم تلك الأسعار سوى مقدم الخدمة، فيمكنه تقييم الحالة، وتحديد سعر متوسط وعدد الجلسات قبل الحقن.

لذلك لا يمكن تقديم تكلفة موحدة للفيلر والبوتوكس، حيث يعتمد السعر حسب الموصفات المطلوبة، والأدوات المستخدمة، ويختلف ذلك من بلد لآخر، حيث يؤخذ بعين الاعتبار ما يلي:

- ✓ حجم المنطقة المطلوب علاجها: يجب أن تكون كافية علاج المناطق الصغيرة في الوجه أقل من الكبيرة.
- ✓ عدد الوحدات المطلوبة: يُحسب سعر الفيلر والبوتوكس بالوحدة، وتختلف الكمية بحسب المنطقة المستهدفة ونوع التجاعيد المراد معالجتها في الوجه.
- ✓ ما مدى تكرار الحاجة للحقن: يزول تأثير البوتوكس بعد بضعة أشهر، لذا قد يحتاج المريض لاحجز مواعيد أخرى لتكرار العلاج للحفاظ على المظهر، بخلاف الفيلر قد يستمر مدة أطول.
- ✓ يمكن يصل سعر وحدة الفيلر والبوتوكس إلى 100 شيكل وأكثر، بحيث قد تكلف الجلسة ما يزيد عن 3000 شيكل، وكلما تكرر الحقن كانت نفس التكلفة مما قد يكون مرهقاً ومكلفاً.

المطلب الثالث: الفوائد والأضرار الناجمة عن حقن الفيلر والبوتوكس:

الفوائد المرجوة من حقن البوتوكس للوجه¹:

- ☒ علاج التجاعيد وخطوط العبوس التي تظهر على الجبين. وعلاج تشنج عضلات الوجه.
- ☒ إعادة نضارة البشرة وتتجديد خلاياها. كما ويرفع الشفة العليا من الفم.
- ☒ استخدام حقن البوتوكس حول العينين وبين الحاجبي، كما ويمكن استخدامه لتحسين مظهر الشعر.
- ☒ رفع الحاجبين: يساعد رفع الحاجب بضعة مليمترات لتظهر بشكل شبابي وجذاب.

الأضرار الناجمة عن حقن البوتوكس للوجه²:

- ☒ يسبب البوتوكس كدمة وألم بسيط في موضع الحقن، مع الشعور بالغثيان، والاحمرار نتيجة الحقن.
- ☒ يسبب أعراض جانبية كالطفح الجلدي، وعليه إذا ظهر على الجلد مراجعة الطبيب فوراً.
- ☒ يسبب البوتوكس كذلك حساسية للعيون تجاه الضوء، أو رؤية مزدوجة، أو تهيج العينين، قد تختفي هذه الأعراض من تلقاء نفسها، وقد تتطلب استخدام مرهم خاص بالعيون تحت إشراف الطبيب.
- ☒ يسبب استخدام البوتوكس لعلاج فرط نشاط المثانة التهابات في مجاري البول، أو الحرقة عند التبول.

¹ موقع جراحة تجميل البوتوكس، الرابط: <https://altibbi.com> روج في 20/12/2022. موقع الصحة والجمال فوائد حقن البوتوكس روج 2022/7/30 <https://www.taibsa.com/blog/botox-injections-benefits>

² إدارة الغذاء والدواء الأمريكية وافقت على استخدام البوتوكس بين الحاجبين كإجراء تجميلي (بيكسن) 9/1/2022 | آخر تحديث: 16/4/2022 11:24:00 AM (مكة المكرمة) نساء أحمد: موقع تجميلي: الرابط: <https://www.aljazeera.net/news/women>. روج بتاريخ 2022/12/2.

- ☒ يسبب في بعض الحالات تدلي للجفن أو الحاجبين، إلا أنها تعد حالات نادرة، ويمكن تجنّبها عبر تقييم حالة المريض قبل إجراء حقن البوتكس وما إذا كان مرشحاً لهذا الإجراء، وينصح بمراجعة الطبيب في حال ملاحظة تدلي الجفن بعد حقن البوتكس.
- ☒ تسبب الجرعة العالية من البوتكس القتل، لأنّه مأخوذ من بكتيريا تسمم الغذاء، ولكن يتم تنقية البوتكس قبل حقنه، ويستخدم بجرعات صغيرة، ولذلك يعتبر البوتكس آمناً بشكل عام.
- ☒ يسبب البوتكس ضرر للجذين لذلك يجب على النساء تجنب حقن البوتكس خلال الحمل والرضاعة الطبيعية.
- ☒ تظهر الأعراض والأضرار الجانبية للبوتكس، بسبب الاستخدام الخاطئ لحقن البوتكس من الأشخاص الغير مؤهلين بشكل صحيح، وإنما هدفهم جني المال فقط.

المطلب الرابع: حكم الشريعة الإسلامية في عمليات الوجه التجميلية (الفيلر والبوتكس):

بينا سابقاً: بأن الفيلر والبوتكس من عمليات التجميل غير الجراحية والتي تتم عن طريق الحقن، ويتمثل الفرق بين البوتكس والفيلر في أن: البوتكس يحتوى على إحدى منتجات البكتيريا التي تعمل عن طريق تحفيز انبساط العضلات المسببة لظهور التجاعيد وخطوط الوجه، بينما الفيلر: هو عبارة عن مكونات تعمل على ملء الفراغ في المناطق التي ضعفت بسبب الشيخوخة، وعادة ما تتم في منطقة الخدين، والشفتين، وحول الفم.

وعليه فإن عمليات التجميل نوعان :

الأول: لإزالة العيب الناتج عن حادث أو كان خلقة كأصبع زائدة أو شيء زائد، فهذا لا حرج فيه حيث أذن النبي ﷺ لرجل قطعت أنفه أن يتخذ أنفًا من ذهب.

والثاني: هو التجميل الزائد وهو ليس من أجل إزالة العيب ولكن من أجل زيادة الحسن، وهو محرم لا يجوز، فيكون من تغيير خلق الله وهو من عمل الشيطان، لكن إذا كان الأنف كبيراً عن المعتاد، بحيث يشوّه الخلقة، ويمكن إزالة التشوه من غير إحداث ضرر آخر، فلا حرج في إجراء عملية جراحية له.

وبعد ما تقديم يمكن هنا توضيح حكم الفيلر والبوتكس من منظور شرعى:

❖ حكم الشريعة الإسلامية في حقن الفيلر للوجه:

وبعد النظر في المادة التي يعتمد عليها في حقن الفيلر يتبيّن لنا أمرين: الأول: نوع المادة المستخدمة في الحقن. والثاني: الغرض من استخدام الحقن. كما ويتبّين لنا من خلال الاستقراء أن المواد المستخدمة على

ثلاثة أضراب: أولاً: حقن الدهون الذاتية، ثانياً: حقن الكولاجين، ثالثاً: حقن المواد الصناعية، وكل واحدة من هذه حكمها المنفرد، وهي كالتالي¹:

أولاً: حقن الدهون الذاتية:

ويقصد بها سحب الدهون من جسم الإنسان، وحقنها في أماكن الضرر وال الحاجة، لإعادة العضو لما كان عليه، وهذا الفعل ينقسم إلى قسمين:

1. فإن كان لحاجة ماسة لأن تعرّض الشخص لحرق أو غيره من الأمراض التي تنفر الناس من الشكل الخارجي للإنسان، وأن تكون فتاة صغيرة في مقتبل العمر، فأجاز العلماء المعاصرون ذلك لها طالما دعت الضرورة لذلك، ولا تدلّيس لفعاليها، وخاصة إذا لا يسبب ذلك لها الضرر.

2. أما إن كان الغرض من الحقن تحسين المظهر الخارجي لكتار السن، فهذا لم يجزه العلماء لما في ذلك من تدلّيس، وخطر على المريض حيث كبر السن له الأثر في سحب الدهون من أماكن وحقنها في مواطن أخرى.

ثانياً: حقن الكولاجين:

وحقن الكولاجين ينقسم أيضاً لقسمين:

1. الكولاجين البشري: ويأخذ حكم حقن الدهون الذاتية.

2. الكولاجين الحيواني: فإن كان الكولاجين من الحيوانات المذكورة والطاهرة، جاز التداوي بأي جزء من أجزاءه. أما إذا كان الحيوان غير ظاهر كالخنزير، أو ظاهر غير مذكى، أو ميتة، فهنا يفصل: إن كان للضرورة فجاز التداوي به، (فالضرورة تقدر بقدرتها)، وإن كان للتجميل التحسيني فغير جائز.

ثالثاً: حقن المواد الصناعية²:

بعد النظر في المادة المصنعة كالسيلكون والأرتيكول وهي مواد ضارة للجسم، ولما يلحق بالجسم من أضرار ناجمة عن الحقن الصناعية كتحسس الجسم، واحتمال رفض الجسم لتلك الحقن، فإنها غير جائزة، وخاصة أن منظمة الغذاء والدواء الأمريكية لم تتوافق على استخدامها.

❖ حكم الشريعة الإسلامية في حقن البوتكس للوجه³:

وبعد النظر في المادة التي يعتمد عليها في حقن البوتكس يتبيّن لنا أمران: الأول: حكم التداوي بالسموم. والثاني: والغرض من استخدام حقن البوتكس. ويمكن التفصيل كالتالي:

أولاً: حكم التداوي بالسموم:

اختلاف الفقهاء في حكم التداوي بالسموم على قولين: منهم من قال بالمنع ومنهم من قال بالجواز.
واستدل المانعون بما يلي:

¹ حجير: نوازل لباس وزينة المرأة المسلمة في الفقه الإسلامي.. (ص 114/119).

² الفوزان: الجراحة التجميلية. (349).

³ حجير: نوازل لباس وزينة المرأة المسلمة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير جامعة القدس . (ص 101/103).

- قوله تعالى: (وَلَا تُقْرِبُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى الْهَلْكَةِ¹). وجه الدلاله: حرمة إلقاء النفس إلى التهلكة، فلما كان السم مظنة ذلك كان ممنوعاً.
 - حديث أبي هريرة رضي الله عنه: (نَبَّأَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَ اللَّهُ عَلَيْهِ أَعْلَمَ بِهِ عَنِ الدَّوَاءِ الْخَبِيثِ: يَعْنِي السَّمِّ)². وجه الدلاله: بين الحديث أن التداوى بالسم منهي عنه، فلا يجوز التداوى به. واستدل المجيزون بما يلي:
 - أن السم يباح التداوى به إذا كان لشفاء من مرض أخطر منه، وتحقيقاً للمصلحة ودفعاً للمفسدة، فإنه يباح التداوى بالسم مع تحمل الضرر الناتج عن ذلك³.
- القول الرابع :** يتبيّن للباحثة بعد عرض أراء الفريقين أنه يجوز التداوى بالسم، لما في ذلك مصلحة للمريض مع تحمل الأضرار الجانبية.
- ثانياً: الغرض من استخدام حقن البوتكس:**
- الغرض من استخدام البوتكس يحدد جواز استخدامه وعدمه، فإن كان الغرض من استخدامه التدليس فلا يجوز ذلك كتصغير الكبير، أما إن كان الغرض ضروري كالعلاج من الحروق فهذا جائز⁴.
- وبعد عرض البحث وبيان أقوال العلماء في المسألة، كان لا بد من إبراز وإظهار رأي الباحثين في حكم استخدام عمليات الفيلر والبوتكس، وهي جاءت على النحو الآتي:
1. أن الأصل في عمليات التجميل المنع، إلا إذا كانت الحاجة ماسة لذلك، سواء كانت الحاجة جسمية أو نفسية.
 2. عدم فتح الباب على مصراعيه في إجازة العمليات التجميلية، وإنما أن تكون منضبطة بضوابط الشريعة.
 3. الرقابة العلمية والشرعية ، من خلال وضع مراقبين خبراء على هذه العمليات حتى لا يتم استغلال الناس، والعبث بأرواحهم، والمتجارة في آلامهم .
 4. وضع رقابة طبية وشرعية من أجل الوقوف على مشروعية المواد المستخدمة في عمليات الفيلر والبوتكس.

خاتمة:

وقد خلص هذا البحث إلى مجموعه من النتائج والتوصيات ويمكن إجمالها فيما يلي :

¹ سورة البقرة: الآية (195).

² رواه الترمذى فى سننه (387-4)، باب ما جاء فيمن قتل نفسه بسم، رقم الحديث(1045). وقال الألبانى صحيح فى السلسلة الصحيحة (4-175).

³ حجير: نوازل لباس وزينة المرأة المسلمة في الفقه الإسلامي. (ص 103)، وانظر المرداوى، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الطبعة : الأولى، بلد النشر: لبنان، الناشر: دار إحياء التراث العربي، سنة النشر: 1374هـ-1955م، (2-463).

⁴ الفوزان: الجراحة التجميلية، (353)، والمراجع السابقة.

❖ أهم النتائج:

- إن عمليات تجميل الوجه على نوعين، نوع للضرورة جائز، ونوع ليس للضرورة وغير جائز.
- إن العمليات التجميلية غير الضرورية كالبوتوكس والفييلر، تدخل في باب التدليس، وخاصة للفتيات قبل الزواج، إذا لم يتم تبيان ذلك للخاطب.
- إن عمليات تجميل الوجه البوتوكس والفييلر، مكلفة الثمن وباهظة التكاليف، وتحتاج إلى التكرار.
- إن عمليات البوتوكس والفييلر، غير ضرورية قد تدخل في التعدي على خلقة الله.
- إن عمليات البوتوكس والفييلر، وإن كان لها فوائد، إلا أنها قد تسبب تسمماً للوجه وأضراراً في الجلد لما تحويه من مواد ضارة، لأنها يتم أخذها من مواد التسمم الغذائي.
- إن عمليات الوجه البوتوكس والفييلر، قد تسبب مشاكل نفسية في حال فشلت. ولكن إن نجحت يكون لها الأثر النفسي الكبير في تغيير نفسية المريض، وإبعاده عن الاكتئاب.
- إن عمليات الفيلر والبوتوكس، تعطي للجسم نضارة وجمالاً خاصة بعد الحرائق والأمراض العضوية.

❖ أهم التوصيات:

- على الرغم من جواز عمليات التجميل في بعض الحالات، إلا أن تجنّبها أفضل، وفي حالة الضرورة تكون بإشراف أخصائيين.
- عمل توعية من خلال عقد الندوات في المدارس والجامعات والمساجد، لتوعية النساء حول مخاطر هذه العمليات، وتحذير النساء من مخاطرها، وأن لا تلجأ النساء لها إلا للضرورة.
- على الأطباء تقوى الله تعالى وعدم استغلال الناس بأسعار باهظة، وبيان مخاطر تلك العمليات غير الضرورية للناس.

المصادر والمراجع:

1. الأسمري، أبو محمد، صالح بنُ محمدٍ بن حسنٍ آلُ عَمِيرٍ، القحطاني، مجموعة الفوائد المهمة على منظومة القواعد الفقهية، اعنى بياخرتها: متعب بن مسعود الجعيد، الطبعة: الأولى: بلد النشر: المملكة العربية السعودية، الناشر: دار الصميمي للنشر والتوزيع، سنة النشر: ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
1. الألباني، محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة، الناشر: مكتبة المعرف، نشر: 2006م.
2. باجنيد، الهام عبدالله، موقف الشريعة الإسلامية من العمليات الجراحية، الطبعة: 1، 1428هـ-2008م، مكتبة عين الجامعة.
3. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي، صحيح البخاري- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصري، الطبعة: الأولى، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار طوق النجا، سنة النشر: 1422هـ.

4. البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرناؤوط-محمد زهير الشاويش، الطبعة: الثانية، بلد النشر: دمشق، بيروت، الناشر: المكتب الإسلامي - دمشق، سنة النشر: ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م.
5. البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، شعب الإيمان، حرقه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه: د عبد العلي عبد الحميد حامد ، أشرف على تحقيقه وتخریج أحاديثه: مختار أحمد الندوی، الطبعة: الأولى: بلد النشر: الرياض، الناشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالتعاون مع الدار السلفية ببومبای بالهند، سنة النشر: ١٤٢٣ هـ ٢٠٠٣ م.
6. الترمذى، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك ، سنن الترمذى، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج: 1,2)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج: 3)، إبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج: 4,5)، الطبعة: الثانية، بلد النشر: مصر، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م.
7. ابن حبان: محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مغبد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البستي (المتوفى: ٣٥٤هـ)، الإحسان في تقریب صحيح ابن حبان، ترتیب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (المتوفى: ٧٣٩ هـ)، حرقه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرناؤوط، الطبعة: الأولى، بلد النشر: بيروت، الناشر: مؤسسة الرسالة، سنة النشر: ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
8. ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمییز الصحابة، الطبعة: الأولى، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار الكتب العلمية، سنة النشر: ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
9. ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار المعرفة .
10. ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، المطالب العالية بِرَوَائِدِ المسانيد الثمانية، محقق: مجموعة من الباحثين في ١٧ رسالة جامعية، تنسيق: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، الطبعة: الأولى، بلد النشر: الرياض، الناشر: دار العاصمة للنشر والتوزيع - دار الغيث للنشر والتوزيع.
11. حجیر، وصالی علی صبیری، رسالۃ ماجستیر بعنوان نوازل لباس وزینة المرأة المسلمة في الفقه الإسلامي: للباحثة مقدمة لاستكمال درجة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة القدس، الطبعة: الأولى، بلد النشر: القدس / أبو دیس دار النشر: دار الأقصى للتجليید.
12. ابن حزم، علی بم احمد سعید بن حزم الاندلسي، المحلی بالآثار الطبعة العلمية، المحقق: عبدالغفار سليمان البندر، بلد النشر: بيروت، دار الكتب العلمية.
13. أبو داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستانی (المتوفى: ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، المحقق: شعيب الأرناؤوط - محمد كامل قره بلي، الطبعة: الأولى الناشر: دار الرسالة العالمية، سنة النشر: ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.
14. أبو داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستانی، (المتوفى: ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بلد النشر: بيروت، الناشر: المکتبة العصریة.

15. الدسوقي، محمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على مختصر المعاني لسعد الدين التفتازاني، المحقق: عبد الحميد هنداوي، بلد النشر: بيروت، الناشر: المكتبة العصرية، بيروت.
16. رفعت، محمد، العمليات الجراحية وجراحة التجميل، الطبعة :1، بلد النشر: القاهرة، الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر.
17. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الطبعة:أخيرة، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار الفكر، 1404هـ/1984م.
18. الرويعي، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري، الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، لسان العرب، الطبعة: الثالثة، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار صادر، سنة النشر: 1414هـ.
19. الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة: الرابعة، بلد النشر: دمشق، لناشر: دار الفكر.
20. الساريسي، عمر عبد الرحمن، الراغب الأصفهاني وجهوده في اللغة، الطبعة: الثالثة عشرة، بلد النشر: المدينة المنورة الناشر: الجامعة الإسلامية، العدد: الثاني والخمسون، سنة النشر: 1401هـ/2001م.
21. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، المبسوط، الطبعة: بدون طبعة، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار المعرفة، سنة النشر: 1414هـ - 1993م.
22. السيوطي، جلال الدين ، عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري ، الأشباء والناظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الطبعة: 1، الناشر: دار الكتاب العلمية، سنة النشر: 1403/1983.
23. الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، المواقفات في أصول الشريعة الإسلامية، المحقق: عبدالله دراز - محمد عبدالله دراز، الناشر: دار الكتب العلمية، 1425هـ-2004م.
24. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلي القرشي المكي، الأم، الطبعة: بدون طبعة، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار المعرفة، سنة النشر: 1410هـ/1990م.
25. شبير، محمد عثمان، أحكام جراحة التجميل في الفقه الإسلامي، المكتبة الشاملة.
26. الشنقيطي، محمد بن محمد المختار بن أحمد مزید الجكّني، أحكام الجراحة الطبية والأثار المتربطة عليه، الطبعة: 2، بلد النشر: جدة، الناشر: مكتبة الصحابة.
27. الشيباني، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن أسد، مسنن الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: -أحمد محمد شاكر، الطبعة: الأولى، بلد النشر: القاهرة، الناشر: دار الحديث ، سنة النشر: 1416هـ - 1995م.
28. الصباغ، أسامة، العمليات التجميلية وحكمها في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار ابن حزم.
29. الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، المحقق: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد - أبو الفضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، بلد النشر: القاهرة، الناشر: دار الحرمين، عام النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

30. الطبرى، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الاملى أبو جعفر، جامع البيان في تأویل القرآن، المحقق: أحمد محمد شاكر، الطبعة: الأولى، بلد النشر: بيروت، الناشر: مؤسسة الرسالة، 1420 هـ - 2000 م.
31. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، الطبعة: الثانية، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار الفكر، سنة النشر: 1412هـ - 1992م.
32. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم التمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا محمد علي معاوض، الطبعة: الأولى، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار الكتب العلمية، سنة النشر: 1421 - 2000.
33. عبد المحسن، عبدالعزيز بن فهد، جامع الفتاوى الطبية والأحكام المتعلقة بها، الطبعة: الأولى، بلد النشر: الرياض، دار النشر: دار القاسم، سنة النشر: 1425هـ.
34. الفوزان، د. صالح بن محمد، الجراحة التجميلية ، نوع العمالة لفقه الإمام.
35. القرضاوى، الدكتور يوسف، الحال والحرام في الإسلام، الطبعة: التاسعة والعشرون، بلد النشر: القاهرة، الناشر: مكتبة وهبة، سنة النشر: 1428هـ.
36. القرطبي، أبو عبد الله مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي بَكْرِ بْنِ فَرِحِ الْأَنْصَارِيِّ الْخَزْرَجِيِّ شَمْسُ الدِّينِ، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الطبعة: الثانية، بلد النشر: القاهرة، الناشر: دار الكتب المصرية، سنة النشر: 1384هـ - 1964 م.
37. ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وأثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التخريج: أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، الطبعة: الأولى، بلد النشر: المملكة العربية السعودية، الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، سنة النشر: 1423هـ.
38. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي تفسير القرآن العظيم، المحقق: محمد حسين شمس الدين، الطبعة: الأولى، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، سنة النشر: 1419هـ.
39. كنعان، أحمد محمد، الموسوعة الطبية الفقهية جامعة لأحكام الطبية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، تقديم، محمد هيثم الخياط، الناشر: دار النفائس، سنة 2000م.
40. ابن ماجه، ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.
41. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد التجار، المعجم الوسيط، الناشر: دار الدعوة.
42. المدني، ازهار بنت محمود بن صابر، أحكام تجميل النساء في الشريعة الإسلامية، الطبعة: 1، بلد النشر: الرياض، الناشر: دار الفضيلة، سنة النشر: 1422هـ-2002م.
43. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الطبعة: الأولى، بلد النشر: لبنان، الناشر: دار إحياء التراث العربي، سنة النشر: 1374هـ-1955م.

44. المزيني، أحمد بن عائش، أنواع وضوابط العمليات التجميلية، انعقاد المؤتمر في الرياض، السعودية، سنة 2010 م.
45. مسلم، مسلم بن الحاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، صحيح مسلم - المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، بلد النشر: بيروت، الناشر: دار إحياء التراث العربي.
46. الموسوعة، مجموعة من المؤلفينطبعة: الأولى ، الناشر: مكتبة خليفة.
47. ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإمام، المحقق: أبو عبد الأعلى خالد بن محمد بن عثمان، الطبعة: الأولى، بلد النشر: القاهرة، الناشر: دار الآثار للنشر والتوزيع، سنة النشر: 1425 هـ - 2004 م.
48. منصور، محمد خالد، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، الطبعة : الأولى، بلد النشر عمان-الأردن، الناشر: دار النفائس، سنة النشر: 1419هـ-1999م.
49. الموصلي، الإمام الحافظ أحمد بن على بن المثنى التميمي مسنده أبي يعلى، ومعه: رحمات الملا الأعلى بتخريج مسنده أبي يعلى تخريج وتعليق: سعيد بن محمد السناري، الطبعة: الأولى، بلد النشر: القاهرة، الناشر: دار الحديث، سنة النشر: 2013م.
50. النشة، محمد عبد الجود حجازي، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، الطبعة: الأولى، بلد النشر: بريطانيا، الناشر: مجلة الحكمة، سنة النشر: 2001م.
51. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة الْعُمَانِ، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ ذكريا عميرات، الطبعة: الأولى ، بلد النشر: بيروت - لبنان، الناشر: دار الكتب العلمية ،سنة النشر: ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، (56/1).
52. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني (المتوفى: 303هـ)، المجتبى من السنن (السنن الصغرى للنسائي)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة: الثانية، بلد النشر: حلب، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية، سنة النشر: 1406هـ-1986م.
53. النووي، يحيى بن شرف النووي محي الدين أبو ذكريا، المهاج في شرح صحيح مسلم بن الحاج، الطبعة: 2، بلد النشر: القاهرة، الناشر: مؤسسه قرطبة، سنة النشر: 1994م.
54. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوسي (المتوفى: 861هـ)، فتح القدير، بلد النشر، بيروت، الناشر: دار الفكر.
55. الهبتي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المهاج، بلد النشر: مصر، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى، عام النشر: 1357 هـ - 1983 م، (ثم صورتها دار إحياء التراث العربي - بيروت).

المراجع الالكترونية ذات العلاقة:

56. موقع: استخدامات البوتكس التجميلية والعلاجية ومضاعفاته، الرابط: <https://altibbi.com/>. روجع النقل من الموقع بتاريخ 18/12/2022م. بتصريف.

57. موسوعة ويكيبيديا: الأهمية النفسية والعقلية لجراحات التجميل، رابط الموقع: <https://ar.wikipedia.org/wiki/>
58. موسوعة ويكيبيديا: الأهمية النفسية والعقلية لجراحات التجميل، رابط الموقع: MSN Encarta: "MSN Encarta: Encyclopedia online". https://ar.wikipedia.org/wiki/Encyclopedia_online باللغة الإسبانية .
59. معجم اللغة العربية المعاصرة: مادة تجميل، رابط الموقع: <https://www.maaejim.com/dictionary/>
60. مفهوم عمليات التجميل: شروق محبوب / <https://mawdoo3.com/>: نقاً عن "Overview of Plastic Surgery", urmc.rochester, Retrieved 25/4/2022. Edited.
61. السجستاني، راغب، مقالة النظافة والتجميل والصحة في الإسلام، رابط موقع: <https://islamstory.com/ar>
62. الضوابط الشرعية للعمليات التجميلية، لعبد الرحمن بن عبدالله السندي. موقع: طريق الإسلام، رابط: <https://ar.islamway.net/article/>
63. عمليات تجميل الوجه والبطن عند الرجال والنساء: موقع تجميل: <https://tajmeeli.com>
64. أنواع العمليات التجميلية: الدكتور درويش مصطفى زفزوقة، رابط الموقع: <https://www.andalusiahjh.com/>
65. موقع حكم عمليات التجميل ، www.islamqa.info/ar، 19-3-2004، اطلع عليه بتاريخ 18-4-2018 .
بتصريف. "حكم إجراء العمليات التجميلية" ، www.islamqa.info/ar، 12-8-1999، اطلع عليه بتاريخ 18-4-2018 . بتصريف.
66. موقع: موسوعة الفتاوى: رابط: <https://www.fatawa.com/view/15415>
67. موقع: فوائد الفيلر للوجه، الرابط: <https://www.quartzclinique.com>
68. إدارة الغذاء والدواء الأمريكية وافقت على استخدام البوتكس بين الحاجبين كإجراء تجميلي (بيكسلن)، 9/1/2022 | آخر تحديث: 16/1/2022 11:24 AM مكة المكرمة، زهراء أحمد : <https://www.aljazeera.net/news/women>
69. موقع جراحة تجميل البوتكس، الرابط: <https://altibbi.com>
70. موقع إسلام ويب: يجوز إجراء عمليات التجميل بشروط، <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/> تاريخ النشر: الثلاثاء 18 ذو الحجة 1421 هـ - 13-3-2001 م.
71. دليل صحة الأسرة (580 - 583)، موقع مركز الدكتور سمير عباس: http://www.samirabbas.net/hp/htm4_12.html .. وانظر عبد العزيز عبد المحسن، جامع الفتاوى الطبية.
72. دليل صحة الأسرة (587 - 596)، ويكيبيديا، الموسوعة الحرة: <http://ar.wikipedia.org/wiki/>. وانظر دليل صحة الأسرة (591-589)، موقع مستشفى دله مقال (استخدامات أشعة الليزر) <http://www.dallah-hospital.com/ar/departments.aspx?id=278&langID=&11265> دليل صحة الأسرة (585 – 583) . بتصريف.

73. د. لميس بوشى: مقال بعنوان حقن البوتوكس، موقع المقال: <https://www.lamisboushi.com/oldSite/botox.htm>. تاريخ الاستفادة من المقال: 2022/12/11 م. بتصرف .
74. الموقع الرسمي للدكتور عبدالله بن محمد بن أحمد الطيار: روجع بتاريخ: ديسمبر الثلاثاء 20/12/2022م جمادى الأولى 1444هـ رابط الموقع: <https://draltayyar.com/fatwa/18668>
75. موقع صدى البلد: الإشراف العام الهام أبو الفتح، ورئيس التحرير أحمد صبري، فتوى الدكتور شوقي علام مفتى الجمهورية، روجع بتاريخ: ديسمبر الثلاثاء 20/12/2022م 26 جمادى الأولى 1444هـ. رابط الموقع: <https://www.elbalad.news/4914546>

حدود تدخل القاضي الجنائي ضمن نطاق تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات: عناصر الركن المادي لجريمة رشوة الموظف العمومي نموذجاً

The limits of the criminal judge's intervention within the area of applying the principle of legality of crimes and penalties:

Elements of the material element of the crime of bribery public official as a model

TEBBOUNE Abdelkrim

تبون عبد الكرييم: أستاذ جامعي أستاذ محاضر قسم "أ"

جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر- الجزائر- كلية الحقوق والعلوم السياسية

abdelkrim.teboune@univ-saida.dz

ملخص

تتميز المرافق العامة بالاستمرارية في نشاطها، ويعتبر الموظف الفاعل الأساسي في ضمان هذه الاستمرارية، وهذا الأخير من خلال ممارساته التي يكون جانب منها متعلقاً بتعامله مع الجمهور الذي يشبع حاجاته من الخدمات التي تقدمها المرافق العامة، قد تنشأ سلوكيات سلبية تمس بالمصلحة العامة وبالثقة العامة، تخالف في جوهرها القانون كما تنافي المبادئ والقواعد الأخلاقية. ولعل أهم سلوك خطير يهدد المصلحة والثقة العامتين هو الرشوة.

تهدف هذه الدراسة إلى بيان حدود اجتهداد القاضي الجنائي في التفصيل في العناصر التي تشكل الركن المادي لجريمة الرشوة في صورة رشوة الموظف العمومي، حيث يحكمه في ذلك مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

Summary

Public utilities are characterized by continuity in their activities, and the employee is considered the main actor in ensuring this continuity, and the latter through his practices, part of which is related to his dealings with the public who satisfy his needs from the services provided by public utilities, may arise negative behaviors affecting the public interest and public trust, contrary to in essence. The law is also contrary to moral principles and rules. Perhaps the most dangerous behavior that threatens public interest and trust is bribery.

This study aims to show the limits of the jurisprudence of the criminal judge in detailing the elements that constitute the material support of the crime of bribery in the form of bribery of the public official, which is governed by the principle of the legality of crimes and penalties.

الكلمات المفتاحية فساد- جريمة - موظف عمومي- اجتهداد قضائي – الشرعية.

Key Words

Corruption- Crime- Public official - Jurisprudence- Legitimacy.

مقدمة

إن من بين ما يهدف إليه القانون الجنائي ضمان حماية للمجتمع بشكل عام من كل ما يهدده من أخطار يعتبرها المشرع ضمن سياساته الجنائية كذلك، وهو بذلك يضمن فعلاً ممارسة أفراده حقوقهم وحرياتهم، كما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة على اتساع مفهومها، فعلى هذا النحو يشكل ضمانة هامة لصون حقوق وحريات الأشخاص. ولعلها الضمانة القانونية الأكثر شدة، بالنظر إلى ما يتميز به هذا الفرع الهام من فروع القانون من قواعد تتضمن تجريم الأفعال وتحديد ما يقابلها من عقوبات مناسبة لها. وبالنظر إلى أهمية عملية التجريم وما يتربّب عنها من عقاب وما يرتبط بها من مسائل بالغة الأهمية في إطار مبدأ جوهرى يتمثل في شرعية الجرائم والعقوبات، فقد كان من الوجوب أن يتم التحديد الدقيق والصريح للقواعد القانونية ذات الطابع الجزائي بشكل ينفي الجهالة، وأن يكون هذا التحديد بموجب قواعد قانونية مكتوبة ولا تحتمل لا التأويل ولا القياس.

ولاشك في أن تعامل الموظف العمومي مع المرتفق ومعالجة طلباته وانشغالاته مع وجود اختلاف في المراكز بين مرتفق يريد إشباع رغابته وقضاءها وبين موظف قد يلجأ إلى أفعال أو ممارسات تنافي قواعد الأخلاق والآداب الواجب الالتزام بها وتنافي كذلك القواعد القانونية، فقد كان من اللازم أن يتدخل المشرع لجرائم عديد الأفعال.

ولعل أهم فعل يكتسي طابعاً إجرامياً يتعلق بسير المرافق الإدارية منها وبنشاط الموظف هو الرشوة التي وعلى الرغم من الاختلافات بين المنظومات القانونية في معالجتها لها، من حيث أن بعض التشريعات على غرار المصري يرى فيها جريمة واحدة هي جريمة الموظف بامتياز، ولا يعدو أن يكون الراشى فيها مجرد شريك، وغالبية التشريعات ترى فيها صورتين أحدهما خاصة بالراشى والأخرى بالمرتشى، إلا أنه يسجل عديد الاجتهدادات القضائية التي تتعلق بعناصر الركن المادي لصورة جريمة الموظف العمومي المرتشى كونه أهن ركن في أركان هذه الجريمة لتعدد العناصر التي تشكل مضمونه.

لذلك تطرح إشكالية بخصوص مدى حدود تدخل القاضي الجنائي الذي يحكمه مبدأ مشروعية الجرائم والعقوبات في بيان عناصر الركن المادي للرشوة في صورتها المتعلقة برشوة الموظف العمومي؟ ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية، تم الاعتماد على المنهج الوصفي من خلال الوصف بطريقة علية للوصول إلى تفسيرات علمية لمضمون القواعد محل الدراسة، وأيضاً على المنهج التحليلي بالوقوف على قيمة ومضمون القواعد هذه.

وعليه، سيتم تقييم الموضوع إلى قسمين: يتمثل الأول في حدود تدخل القاضي الجنائي ضمن نطاق تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والثاني سيخصص لدراسة أثر الاجتهداد القضائي على عناصر الركن المادي في صورة جريمة المرتشي.

المبحث الأول: حدود تدخل القاضي الجنائي ضمن نطاق تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

نشأ مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في القرن الثامن عشر كردة فعل على تحكم القضاة في ذلك الوقت، حيث كانوا يخلطون بين الجريمة الجنائية والرذيلة والعصبية الدينية^١، ويرتبط تاريخ هذا المبدأ بالوقت الذي ظهرت فيه إرهادات استقلال سلطات الدولة عن بعضها البعض، فحيث كان الحكم يجمع بين يديه كل السلطات، وحيث كان القضاة يحكمون بما يحقق رغبات هذا الحكم.^٢

ويستند مبدأ الشرعية إلى سندان أساسين: أحدهما منطقي والآخر سياسي، فيما يتصل بالسند السياسي فيجد أساسه في نظرية العقد الاجتماعي، أما السند المنطقي فهو مبني على أساس فكرة أساسية مؤداها أن إصلاح القضاء يقتضي حرمانه من سلطته المطلقة ولن يتأتى ذلك إلا بتقييد القاضي بنص مكتوب يحدد الجريمة وعقوبتها^٣، حيث لا يتولى القاضي نفسه وضع هذا النص المكتوب، إنما تتولى السلطة التشريعية كأصل عام هذه المهمة باللغة الأهمية.

لذلك، فإن "المبدأ يضع حدا فاصلاً بين اختصاص الشارع واختصاص القاضي، وما قرر دخوله في اختصاص الأول يخرج بذلك عن اختصاص الثاني، فالقاضي لا يستطيع أن يعتبر فعلاً معيناً جريمة إلا إذا وجد نصاً جرم فيه الشارع هذا الفعل، فإن لم يجد مثل هذا النص فلا سبيل إلى اعتبار الفعل جريمة ولو اقتنع بأنه مناقض للعدالة أو الأخلاق أو الدين أو ضار بالمجتمع أبلغ الضرر".^٤

وعليه، يترتب على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات عدة نتائج أهمها: "حصر مصادر التشريع والعقاب في التشريع -كأصل عام-، التزام القاضي بعدم الخروج على نصوص التجريم والعقاب عند تفسيرها وتطبيقاتها، فضلاً عن عدم رجعية قواعد التجريم والعقاب إلى الماضي".^٥ والنتيجة الأخيرة لا تدرج ضمن مضامين هذه الدراسة.

المطلب الأول: اعتبار القانون المصدر الوحيد للتجريم والعقاب والآثار القانونية المترتبة عنه
 يعني مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حصر مصادر التجريم والعقاب في القانون^٦، فيترتب على الأخذ بهذا المبدأ أن تكون مهمة التجريم والعقاب في يد هيئة محددة لا يجوز لغيرها أن تزاهمها فيها،^٧ والمقصود بهذه الهيئة المحددة السلطة التشريعية، وترتباً عليه تنشأ مجموعة من النتائج والآثار القانونية التي تبرز هذا المبدأ.

^١ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجنائي العام، ج. 01، ط. 10، الجزائر، دار هومة، 2010، ص. 65.

^٢ الدكتور القهوجي، علي عبد القادر، شرح قانون العقوبات القسم العام- دراسة مقارنة، ط ب، ر، بيروت، منشورات الحلب الحقوقية، 2001، ص. 60.

^٣ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 66.

^٤ الدكتور حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات - القسم العام- النظرية العامة للجريمة، ط ب، ر، القاهرة، دار المبة العربية، 1962، ص. 70.

^٥ الدكتور القهوجي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص. 71.

^٦ الدكتور حسني، محمود نجيب، المرجع السابق، ص. 70.

^٧ الدكتور القهوجي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص. 60.

الفرع الأول: مدى اعتبار التشريع المصدر الوحيد للجرائم والعقاب

يذهب جانب من الفقه إلى القول أنه: "يقصد بمبدأ الشرعية في مجال القانون الجزائري أن لهذا القانون مصدرا واحدا هو القانون المكتوب، وهو بذلك يختلف عن فروع القانون الأخرى التي تضيف إلى نص القانون مصادر أخرى كالعرف والشريعة الإسلامية".¹

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن المقصود بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات "أن توكل مهمة حصر الجرائم وتحديد عقوباتها إلى السلطة التشريعية، فهي الجهة الوحيدة وفقاً لهذا التصور التي يعهد إليها بيان الأفعال التي تعد جرائم، وهي التي تقرر الجزاء الجنائي الذي يتربّط على وقوع كل منها وذلك بصورة دقيقة وواضحة".²

وإذا كان كلا الرأيين يتفقان في الشكل المكتوب الذي تتخذه القواعد الجنائية التي يتقرر بموجتها تجريم الأفعال ويتحدد بموجتها أيضاً العقوبات التي تقابلها، إلا أنه يبدو أن المفهوم الأول يوسع في فكرة شرعية الجرائم والعقوبات، إذ بالرغم من حصره مصادر القانون الجنائي على القانون المكتوب، إلا أنه لا يستبعد التنظيمات التي تصدرها السلطة التنفيذية التي تتخذ شكل المراسيم والقرارات والتي تعطى لها تسمية أعمال السلطة التنفيذية.³

ويبدو أن أصحاب الرأي الذي يمثل المفهوم الثاني والذي يبدو ضيقاً في حصره مسألة تحديد الجرائم والعقوبات لمحض إرادة السلطة التشريعية لوحدها دون سواها، ينطلق من كون أن هذه الأخيرة تمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعي، حيث جاء مبدأ الشرعية ثمرة لكافح بين السلطة والفرد، فقد عاشت المجتمعات فترة طويلة تستأثر فيها الطبقات الحاكمة بجميع السلطات، واتسم القرنان الثامن عشر والتاسع عشر بسيطرة الطبقة الأرستقراطية والبورجوازية من أجل الاحتفاظ بجميع السلطات في يدها، وأدى في النهاية إلى وقوع صدام بين البرلمان والحكومة، ثم أسفر الصراع في النهاية إلى تأكيد سيادة الشعب، واستئثار البرلمان بسلطته في التشريع في كل ما يتعلق بالحقوق والحربيات.⁴

وخلالاً لهذا الرأي يرى الفقيه الدكتور محمود نجيب حسني أنه: "لا يشترط في النصوص التشريعية صدورها عن السلطة التشريعية، وإنما يكفي صدورها عن سلطة مختصة بالتشريع، وتوضيح ذلك أنه إذا كان الأصل هو اختصاص السلطة التشريعية، فإن الدستور أو القانون قد يمنح السلطة التنفيذية اختصاصاً تشريعياً محدوداً، فتعد النصوص الصادرة عنها تشريعياً وتصبح بذلك مصدراً للجرائم والعقاب"،⁵ ويستند في رأيه هذا على ما قضت به محكمة النقض المصرية بتاريخ 12 يناير سنة 1959.⁶

ويجد هذا الرأي صداً له ضمن الأحكام الدستورية ذات الصلة، حيث تجدر الإشارة إلى الدستور الجزائري قد نصت المادة 139 منه أنه: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في

¹ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 65.

² الدكتور القبوجي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص. 65.

³ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص. 73.

⁴ الدكتور سرور، أحمد فتحي، القانون الجنائي الدستوري – الشرعية الدستورية في قانون العقوبات – الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، ط ب، ر، القاهرة، دار الشروق، 2002، ص. 38.

⁵ الدكتور حسني، محمود نجيب، المرجع السابق، ص. 75.

⁶ نقض 12 يناير سنة 1959، مجموعة أحكام محكمة النقض س 10 رقم 35، أخذنا عن الدكتور حسني، محمود نجيب، المرجع السابق، ص. 75.

المجالات التالية:- القواعد العامة لقانون العقوبات، والإجراءات الجزائية، لاسيما تحديد الجنایات والجنح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها، والعفو الشامل، وتسليم المجرمين، ونظام السجون".¹

وهذه الوضعية يطرح بشأنها فرضان، يتمثل الأول في أن المخالفات أيضا تدخل ضمن نطاق الاختصاصات الأصلية للسلطة التشريعية، حيث يمكن أن يفهم من صياغة المادة 139 من الدستور أن الجنایات والجنح قد جاءت على سبيل المثال لا الحصر، بالنظر لاستعمال المشرع الدستوري للفظ سابق لهما وهو "لاسيما".

وما يمكن أن يدعم هذا الرأي ما جاء ضمن أحكام قانون العقوبات الجزائري في حد ذاته، حيث خصص المشرع للمخالفات وعقوبتها كتابا خاصا وهو الكتاب الرابع من الجزء الثاني منه، ابتداء من المادة 440 وما يليها.²

أما الفرض الثاني فيعني أن كل من الجنایات والجنح تندرج ضمن الاختصاص الأصيل للسلطة التشريعية، أما تحديد المخالفات فهو متترك بالتبعية للسلطة التنفيذية، وهو ما يبدو متوافقا مع المطة 09 من المادة 91 من الدستور الجزائري والتي أعطت رئيس الجمهورية تولي السلطة التنظيمية، إذ تتعلق هذه الأخيرة بالمخاللات التي تخرج عن اختصاص البرلган، حيث تتخذ شكل المراسيم الرئاسية، كما خولت الأحكام الدستورية في الجزائر لوزير الأول أو لرئيس الحكومة، حسب الحال، ممارسة جملة من الصالحيات التي نصت عليها المادة 112 من الدستور، ومن بينها التوقيع على المراسيم التنفيذية، وهو شكل آخر من التنظيمات، ويبدو أن هذا الاتجاه يعبر عن الرأي الراجح في هذه المسألة.

الفرع الثاني: الآثار القانونية المتترتبة عن اعتبار القانون المصدر الوحيد للتجرم والعقاب

يجب أن يتضمن التشريع الجنائي قواعد قانونية، أي قواعد تتوافر فيها كل خصائص القاعدة القانونية، وبصفة خاصة قواعد العمومية والتجريد والإلزام، وبذلك تستبعد القرارات الإدارية الفردية التي تواجه حالات خاصة بالذات.³ كما يقتضي مبدأ الشرعية أن يكون النص الجنائي مكتوبا، وهذا الشرط مستخلص بداعه من وجوب أن يكون التشريع مصدرا لقواعد الجنائية، وتقتضي فكرة الشرعية الجنائية أن هذا الشرط لأنها تتطلب أن يكون المخاطبون بقواعد الجنائية عالمين بها سلفا، هذا فضلاً عما يوفره هذا الشرط من استقرار في المفاهيم لتأكيد علم الناس بالأوامر والنواهي التي تعبّر عنها هذه القواعد.⁴

ويقتضي مبدأ الشرعية أيضا أن يحدد القانون أركان الجريمة⁵، حيث يجب أن تصدر السلطة التشريعية تشريعاتها واضحة محددة بعيدة عن الغموض وعدم التحديد.⁶ فلا يكفي أن يحصر المشرع الأفعال التي يعتبرها من قبيل الجرائم، وإنما ينبغي أن يعرف كل جريمة فيبين أركانها وعناصرها على نحو

¹ المطة 07 من المادة 139 من الدستور الجزائري ساري المفعول. انظر المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30-12-2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020. في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج رج ج د ش، العدد رقم 82 الصادر بتاريخ 30-12-2020.

² الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والتمم، ج رج ج د ش، العدد رقم 49 الصادر بتاريخ 09-06-1966.

³ الدكتور القهوجي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص .71.

⁴ الدكتور سرور، أحمد فتحي، المرجع السابق، ص .86.

⁵ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجنائي العام، المراجع السابق، ص .76.

⁶ قض مصرى بتاريخ 22-03-1948، مجموعة الأحكام س 35 رقم 70، ص .330.

يتجنب الغموض وينفي الجهالة، وأن يراعي عند تحديد الجزاء الجنائي أن يبين وعه وماهيته ومقداره وكيفية تقادره.^١

وأساس ذلك أن القوانين الجزائية التي تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثرا، ويتعين بذلك -ضمناً لهذه الحرية- أن تكون الأفعال التي تؤثّمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وبمراعاة أن تكون دوماً جلية واضحة في بيان الحدود الضيقية لنواهيمها.^٢ لذلك يجب ألا يكتف المشرع بالنص على أن عملاً معاقب عليه، بل عليه أن يبين الظروف التي يكون فيها معرضاً للعقاب^٣ فوضوح النصوص الجنائية ودقّتها يسهل عمل القاضي عند تفسيرها وتطبيقاتها بما يتفق وإرادة المشرع، إذ أن غموض تلك النصوص أو نقصها يؤدي إما إلى صعوبة تفسيرها وما يتربّع على ذلك من خطر التجأ القاضي إلى إضافة أو حذف عناصر لا تعبّر عن إرادة المشرع، أو استحالّة تفسيرها مما يدفع القاضي إلى الحكم بالبراءة، وفي هذا وذاك إهاراً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.^٤

ويبدو أن دقة النص الجنائي بوصفها أحد أهم النتائج التي ترتّب على الأخذ بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ليست مطلقة تماماً، إذ يسجل في هذا المقام ما ذهب إليه جانب من الفقه بالقول: "غير أنه من المحتمل أيضاً ألا يكون التجريم دقّياً كل الدقة، فقد يكتفي المشرع بالتنصيص على أن عملاً ما معاقب عليه دون بيان العناصر المكونة له".^٥

إضافة إلى ذلك، يوجد من يذهب إلى القول أن: "مبدأ الشرعية الجنائية لا يحول دون الاقتصر على تحديد العقوبة تحديداً كاملاً ويحيل في تحديد بعض جوانب التجريم إلى نصوص أخرى، وفي هذه الحالة يطلق على هذا النص أنه تضمن قاعدة على بياض".^٦

المطلب الثاني: تفسير قواعد التجريم والعقاب

إن من بين النتائج الهامة التي ترتّب على الأخذ بمبدأ الشرعية هو حرمان القضاة من تجريم أفعال لم ينص عليها المشرع أو تقرير عقوبات لا تتضمّنها نصوص التجريم والعقاب، فكان أن تم غلق باب واسع كانوا يلتجون منه لتقييد حرّيات الأفراد وحرمانهم من حقوقهم الأساسية.^٧

ويتّقدّم القاضي الجنائي بتفسير قواعد الجنائية، وهي التي يتضمّنها كل من قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية، لتحديد حقيقة محتواها تعبيراً عن إرادة المشرع في تحقيق فاعلية العدالة الجنائية أو ضمان الحقوق والحرّيات، ملتزماً في ذلك بمبدأ الشرعية الجنائية.^٨

الفرع الأول: نطاق تفسير النص الجنائي

يعني التفسير الكشف عن حقيقة إرادة المشرع من خلال الألفاظ والعبارات الواردة في القاعدة القانونية المراد تفسيرها، فالالفاظ والعبارات التي تتضمّنها النصوص القانونية ما هي إلا وسيلة يعبر بها

^١ الدكتور القبوسي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص 76

^٢ الدكتور سرور، أحمد فتحي، المرجع السابق، ص 89.

^٣ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 77.

^٤ الدكتور القبوسي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص 77.

^٥ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 78.

^٦ الدكتور سرور، أحمد فتحي، المرجع السابق، ص 87.

^٧ الدكتور القبوسي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص 89.

^٨ الدكتور سرور، أحمد فتحي، المرجع السابق، ص 95.

المشرع عن إرادته، ومهمة المفسر هي الكشف عن حقيقة تلك الإرادة وتحديد مضمونها من خلال هذه الألفاظ والعبارات التي تصبح بعد التفسير صالحة للتطبيق على ما يعرض على القضاء من وقائع.¹

إن الدراس لمسألة تفسير قواعد التجريم والعقاب من قبل القاضي الجزائري، يجد انقساماً بشأنها إلى آراء مختلفة، فيعتبر الأول أنه: "إذا كان التجريم والعقاب يستند إلى القانون، فإنه من غير المفهوم، الحديث عن التفسير الضيق أو الحرفي للقانون. فالقاضي عندما يفسر القانون لا يعطي رأيه الشخصي، ولكنه يبحث عن المعنى الحقيقي للقانون، وعن قيمته الموضوعية كما أرادها المشرع".²

أما الثاني، فيبني رأيه على أساس حرمان القاضي من تجريم أفعال لم ينص عليها المشرع أو تقرير عقوبات لا تتضمنها نصوص التجريم والعقاب، ومؤدى ذلك أنه: "لسد جميع المنافذ الأخرى التي يمكن للقضاء الدخول منها وممارسته لوظيفته التحكيمية السابقة، تقرر التزام القاضي بتفسير قواعد التجريم والعقاب تفسيراً ضيقاً عندما يطابقها على الواقع المعروضة عليه".³

ويوجد من يضيف في هذه المسألة بالقول: "يذهب أغلب الفقهاء إلى القول بأن تفسير النصوص الجنائية ينبغي أن يكون ضيقاً، ويقول آخرون إنه ينبغي أن يكون ضيقاً ضد مصلحة المتهم وواسعاً لمصلحته".⁴

لذلك، يظهر تباين في الآراء حول ذات المسألة، إذ أن الأول لا يهتم أساساً بفكرة التفسير الضيق، بل يعتبر أن مهمة القاضي هي التفسير ويتم ذلك من خلال البحث عن إرادة المشرع لا غير، أما الثاني فيأسس للتفسير الضيق، والثالث فيأسس للتفسير الضيق الذي يكون في صالح المتهم مع جواز التوسيع في التفسير للغاية نفسها.

إضافة إلى ذلك يترتب عن الأخذ بقاعدة التفسير الضيق جمود التشريع الجنائي وتخلله عن ملاحقة أسباب المدنية الحديثة والتطور الاجتماعي بصفة عامة⁵، بل يجعله بعيداً عن حماية المجتمع في الظروف التي وضع فيها، إذ لا يعقل أن تنطوي عبارة النص على حصر أو إشارة إلى كل الحالات الضارة بالمجتمع، وفي النهاية ينطوي هذا التفسير على تعليب للألفاظ على قصد الشارع.⁶

ومن أجل تحديد نطاق واضح لتطبيق قاعدة التفسير الضيق للنص الجزائري مع الأخذ بالاعتبار ما يفيد المتهم، يتوجه جانب من الفقه والذى نؤيد رأيه إلى القول: "إذا كان القاضي ملزماً بالتف适用 الضيق للنصوص الجنائية التي هي في غير صالح المتهم، ومن هذا القبيل النصوص التي تحدد العناصر المكونة للجريمة وكذا تلك التي تحدد العقوبات، فليس ثمة ما يمنع القاضي من تفسير القوانين الجزائية التي هي في صالح المتهم تفسيراً واسعاً ومحسناً، ويدخل ضمن الأحكام الجزائية التي هي في صالح المتهم النصوص القانونية التي تحدد أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وكذا النصوص المتعلقة بالشكل والإجراءات التي جاء بها المشرع ضمماً للحربيات الفردية وحقوق الدفاع".⁷

¹ الدكتور القيوجي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص 87.

² الدكتور سرور، أحمد فتحي، المرجع السابق، ص 95.

³ الدكتور القيوجي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص 89.

⁴ الدكتور حسني، محمود نجيب، المرجع السابق، ص 92.

⁵ الدكتور القيوجي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص 89.

⁶ الدكتور حسني، محمود نجيب، المرجع السابق، ص 93.

⁷ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 78.

لذلك، توجب على القاضي أن يبحث في تفسيره لقواعد التجريم والعقاب أن يبحث عن إرادة المشرع، "وموقفه في ذلك لا يخرج عن أحد الفرضين: الفرض الأول إذا كان النص غامضاً، والثاني إذا كان النص واضحاً".¹

فإذا كان النص الجزائي غامضاً ويحتمل عدة تفسيرات، يتبعن على القاضي أن يعطي النص معناه الحقيقي متحرياً قصد المشرع ومحتمداً في ذلك على المعطيات المنطقية واللغوية والإطار الوارد فيه، ويمكن للقاضي في هذا الإطار الاستعانة بالأعمال التمهيدية للبرلمان بالرجوع إلى تقرير اللجنة المختصة والمناقشة التي دارت بالبرلمان، فإذا لم يتمكن من بلوغ قصد المشرع يتبعن عليه تفسير النص باختيار المعنى الذي يؤدي إلى الإباحة وليس إلا إلى التجريم وذلك انسجاماً مع مبدأ لا جريمة إلا بقانون.²

أما إذا كان النص الجزائي واضحاً، فيليس للقاضي تفسيره بل عليه تطبيقه عملاً بمبدأ "لا اجتهد مع صراحة النص"، فالقاضي مطالب أولاً بالرجوع إلى نص القانون ذاته واعماله على واقعة الدعوى في حدود عبارة النص فإذا كانت واضحة الدلالة فلا يجوز الاخذ بما يخالفها.³

الفرع الثاني: حظر القياس في مسائل التجريم والعقاب

إذا كان من يفسر النص الجنائي أن يبحث عن قصد الشارع مستعيناً بكل أسلوب يمكنه من ذلك، فإن عليه أن يحترم مبدأ "شرعية الجرائم والعقوبات"، ويعني ذلك أن عليه أن يقف في بحثه عند الحد الذي يتبيّن له فيه أن تفسيره قد يجعله يقول بجرائم أو عقوبات لم ينص عليها القانون، ويؤدي التسليم بهذا القيد إلى حظر القياس على من يفسر نص التجريم.⁴

والتجريم بالقياس يتضمن مد سلطان نص قانوني على واقعة خارجة عنه بالاستناد إلى محاكمة عقلية، تعتمد الروح الخفية لهذا القانون. وتنطلق من مبدأ التماثل بين النموذج الذي تضمنه النص وواقعة أخرى، وبتعبير أكثر تبسيطًا، القياس تطبيق نص على واقعة راهنة لا يطالها النص، وإنما يكون المشرع يود معاقبتها لو انه تذكرها حين وضع القانون.⁵

ولا يعتبر القياس وسيلة لاستخلاص إرادة القانون في إطار الصيغة التي استعملها، بل إنه يفترض أن القانون لم ينظم المسألة محل البحث ولم يقدم لها مباشرة الحل الواجب التطبيق،⁶ وإن إعماله على هذا النحو سيؤدي إلى أن تحل إرادة القاضي محل إرادة المشرع، وفي هذا إهانة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات،⁷ وقد قضت محكمة النقض المصرية أنه: "من المقرر أنه يجب التحرز في تفسير القوانين الجزائية والتزام جانب الدقة في ذلك وعدم تحويل عبارتها فوق ما تحتمل مع مراعاة ما هو مقرر من أن القياس محظوظ في مجال التأثير".⁸

¹ الدكتور القهوجي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص .91.

² الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 82.

³ الدكتور القهوجي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص .98.

⁴ الدكتور حسني، محمود نجيب، المرجع السابق، ص .94.

⁵ الدكتور إبراهيم، أكرم نشأت، السياسة الجنائية (دراسة مقارنة)، ط01، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص .75.

⁶ الدكتور سرور، أحمد فتحي، المرجع السابق، ص 101.

⁷ الدكتور القهوجي، علي عبد القادر، المرجع السابق، ص .96.

⁸ الطعن رقم 27354 لسنة 59قضائية، جلسه 15-11-1994، أحكام النقض-المكتب الفني- جنائي، السنة 45، ص 1001:

<http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&TypeID=64858>

المبحث الثاني: أثر الاجتهداد القضائي على عناصر الركن المادي لجريمة المرتشي

خصص المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة التي تأخذ بنظرية أو مذهب ثنائية جريمة الرشوة^١ فقرة خاصة في المادة 25 من القانون رقم 01-06 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته.^٢ إذ جاء فيها: "كل موظف عمومي طلب أو قبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته"

ومن خلال قراءة مضمون هذه الفقرة، فإن جريمة الرشوة في صورتها الخاصة بالمرتشي تتطلب فضلاً عن شرط أولى لقيامتها وهو صفة الجاني المتمثلة في تتمتعه بصفة الموظف العمومي وفق ما هو معرف ضمن نص المادة 02-ب من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، قيام الجاني بسلوك إجرامي لا يخرج عن طلبه أو قبوله لمزية غير مستحقة، إضافة إلى الهدف أو الغرض من تلك المزية وهو أداء المرتشي عمل من واجباته أو الامتناع عن أدائه.

المطلب الأول: الأفعال الإجرامية

تشكل الأفعال المجرمة النشاط الإجرامي الذي يأتيه الموظف العمومي المرتشي، حيث يكون إما بالطلب أو القبول لمزية غير مستحقة.

الفرع الأول: طلب المزية غير المستحقة

يوجد من يعبر عنه على أنه ذلك التعبير الصادر عن الإرادة المنفردة للموظف العمومي^٣، ويعرف الطلب على أنه: "تعبير عن إرادة منفردة للموظف العام المختص، يطلب فيه صاحب الحاجة مقابلًا لأداء عمله الوظيفي بشرط أن يصل الطلب إلى علم صاحب الحاجة"^٤، وعنصر الطلب يكون مجرد طلب شخصي فائدة معينة للإتجار بالوظيفة أو العمل جريمة تامة، فيكون هو البادئ بعرض خدمة معينة لقاء مقابل يحصل عليه، ولا يتشرط أن يلقى الطلب قبولاً من جانب صاحب المصلحة^٥.

لذلك يتجه جانب من الفقه، وهذا الرأي محمود، إلى اعتبار "الطلب إيجاباً من الموظف بأنه على استعداد لأداء خدمة معينة في عمله لقاء فائدة معينة، أو مبادرة من قبل الموظف تجاه صاحب الحاجة في استجداء عطية أو وعد بها لقاء قيامه بالخدمة التي يرتكبها هذا الأخير".^٦

وتتم الجريمة بمجرد الطلب ولو لم يعقبه أخذ دون توقف على استجابته من جانب صاحب الحاجة، إذ الطلب بذاته يعبر عن اتجاه إرادة الموظف إلى الاتجار بأعمال وظيفته وإنزالها منزلة السلعة.^٧ وفي هذا السياق، قضت محكمة النقض المصرية أن "جريمة الرشوة، تماماً، يكون بمجرد طلب الموظف الجعل

^١ يعتبر هذا المذهب الرأسي فاعلاً أصلياً في الجريمة كالمترتبة فنكون أمام جرمتين منفصلتين: الجريمة السلبية التي يقوم بها الموظف والجريمة الإيجابية التي يقوم بها الرأسي. الدكتورة قاسم بيضون، فاديا، الفساد أبرز الجرائم – الآثار وسبل المعالجة-. ط.01، بيروت، منشورات الجلبي الحقوقية، 2013، ص.34.

^٢ القانون رقم 01-06 المؤرخ 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. المعدل والتمم، ج. العدد رقم 14 الصادر بتاريخ 08/03/2006.

^٣ بقدور، مختار وعيase، طاهر، "الرشوة وأليات مكافحتها على الصعيد الجزائري والدولي"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة مسلية (الجزائر)، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021، ص 1545-1565، ص 1551.

^٤ الدكتورة قاسم بيضون، فاديا، المرجع السابق، ص.46.

^٥ الدكتور النمر، حسن، التعدي على المال العام – دراسة مقارنة بين المفاهيم الشرعية وبعض القوain للدول العربية، ط.01، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2018، ص. 176.

^٦ الدكتور مطر، عصام عبد الفتاح، جرائم الفساد الإداري- دراسة قانونية تحليلية مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات الجنائية وقوانين مكافحة الفساد في الدول العربية والأجنبية-. ط ب ر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص.36.

^٧ صقر، نبيل، الوسيط في شرح العبرة المخلة بالثقة العامة – الفساد، التزوير، العرقـ، ط ب ر، عين ملية (الجزائر)، دار الهوى، 2015، ص.50.

أو أخذه أو قبوله ولو كان العمل الذي يدفع العمل لتنفيذ غير حق ولا يستطيعه أو لا ينتوي القيام به لمخالفته للقانون^١

وقد يصدر هذا الطلب بصورة شفهية أو كتابية، صريح أو ضمني، ويستوي أن يكون الطلب قد قدم بصورة مباشرة للجاني أو يكون من شخص آخر يمثل الجاني^٢، كما ذهب القضاء المصري إلى تقرير أنه لا يعتد بالطلب إلا إذا وصل إلى علم الراشي، حيث بمجرد علم المرتشي عند طلب أو قبول الوعد أو العطية أو الفائدة أنه يفعل هذا لقاء القيام بعمل أو الامتناع عن عمل من أعمال الوظيفة أو الإخلال بواجباتها وأنه ثمن لاتجاره بوظيفته أو استغلالها.^٣

الفرع الثاني: قبول المزية غير المستحقة

ينصرف القبول إلى كل تعبير يصدر عن الموظف العام يدل على اتجاه إرادته إلى الموافقة على الوعد بالعطية والمصادقة على تلقهما مستقبلاً نظير قيامه بعمل من أعمال الوظيفة أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجب من واجبات تلك الوظيفة^٤، ويكون القبول من الوظيف حيال الوعد بعطيته، بمقتضاهما يعبر الموظف عن إرادته في الموافقة على تلقي مقابل أدائه العمل الوظيفي.^٥

ويقصد به قبول الوعد بالعطية، فهو يفترض وعده يتقدم به الراشي فيقبله الموظف المرتشي،^٦ ويفترض في هذه الصورة من النشاط إما أن يكون المرتشي قد طلب هدية من صاحب الحاجة فوعده بها فقبل هذا الوعد وقام بما طلبه منه الراشي، وإما أن يكون صاحب الحاجة قد عرض على الموظف هدية أو وعده بها فقبل الموظف هذه الهدية أو الوعد بها فقام بالعمل الذي يدخل في اختصاصه أو امتنع عن القيام به أو أخل بواجباته.^٧

ويمكن أن يكون القبول شفويًا، ويمكن أن يقع بالكتابة أو بأية وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن المعنى كالأيماء، بل قد يستفاد القبول ضمناً من مجرد قيام الموظف بالعمل المطلوب منه خاصة إذا كان هذا العمل مخالفًا للقانون^٨، أما القضاء فيذكر في مسألة جدية القبول للقول بتوافقه، حيث اعتبرت محكمة النقض المصرية أن جوهر القبول هو أنه تعبير عن إرادة، ولا يعتد القانون بأي إرادة وإنما يتطلب أن تكون الإرادة جادة، ومن ثم لا ينبغي تقرير مسؤولية الموظف بقبول الرشوة ليسهل على أولى الأمور القبض على الراشي متلبساً بجرينته.^٩

وتتم الجريمة في صورتي القبول والطلب بصرف النظر عن النتيجة، ومن ثم لا يهم إن امتنع صاحب الحاجة بإرادته في الوفاء بوعده أو إذا حالت دون ذلك ظروف مستقلة عن إرادته، ويبدو أن ذلك ما

^١ الطعن رقم 23985 لسنة 86 قضائية، جلسه 09-04-2017، محكمة النقض المصرية: https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111360804&ja=177550

^٢ مستاري، عادل وقرروف، موسى، "جريمة الرشوة السلبية (الموظف العام) في ظل القانون 01-06 المتعلق بالواقية من الفساد ومكافحته"، مجلة الاجتهداد القضائي، جامعة بسكرة، المجلد 04، العدد 05. 2009. ص 165-175. من 170.

^٣ الطعن رقم 3708 لسنة 65قضائية، جلسه 25-06-1997: <https://www.laweg.net//Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=65413>

لعدم جدية-المحربات.

^٤ الدكتور مطر، عصام عبد الفتاح، المرجع السابق، ص .36.

^٥ الدكتورة عبوب، زهيرة، "الجرائم المستحدثة في قانون مكافحة الفساد (جريمة الرشوة وجريمة المحاباة)"، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة خميس مليانة (الجزائر)، المجلد 04، العدد 02. 2022. ص 51-70. من 55.

^٦ صقر، نبيل، المرجع السابق، ص .49.

^٧ التوايسة، منتصر، جريمة الرشوة في قانون العقوبات الأردني، ط 01، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2012، ص 65.

^٨ صقر، نبيل، المرجع السابق، ص .49.

^٩ نقض 24-4-1933، مجموعة القواعد القانونية، ج 02، رقم 11، ص 172.

قضت به محكمة النقض المصرية^١، حيث اعتبرت أن: "تمام جريمة الرشوة بمجرد طلب الرشوة من جانب الموظف والقبول من جانب الراشى. تسلیم مبلغ الرشوة بعد ذلك ليس إلا نتیجة للاتفاق".^٢

المطلب الثاني: محل الجريمة وضرورة توافر شرط الاختصاص في الموظف العمومي المرتشي
إضافة إلى الأفعال الإجرامية الواجب توافرها في جريمة الرشوة في صورتها الخاصة بالمرتشي، يجب أن يكون محل الجريمة محدداً في المزية غير المستحقة وأن يكون الهدف من هذه الأفعال قيام الموظف العمومي أو امتناعه عن أداء عمل يندرج ضمن أعمال وظيفته.

الفرع الأول: محل الجريمة

لا تقوم جريمة رشوة الموظف العمومي إلا إذا كان محلها مزية غير مستحقة يوعدها الموظف أو يقوم بطلبها، على أن يكون الهدف من ذلك قيام هذا الأخير أو امتناعه عن عمل.

أولاً: المزية غير المستحقة

تأخذ المزية عدة معانٍ وصور، فقد تكون ذات طبيعة مادية أو معنوية، وقد تكون صريحة أو ضمنية، مشروعة أو غير مشروعة، محددة أو غير محددة.^٣

ويعبر عن المزية بالفائدة، وقد تكون مادية أي فائدة اقتصادية أو مالية، وهي كل ما يسلم من أموال إلى المرتشي يداً بيد أيها كان نوعها، أو هي كل شيء له منفعة يمكن أن يقوم بهما^٤. كما يعبر عن المزية بالعطية وهي المحل الذي ينصب فيها طلب المرتشي أو قبوله أو أخذها، والعطية ذات مدلول واسع يشمل كل ما يشبع حاجة للنفس، أيها كان اسمها أو نوعها، سواء كانت هذه الفائدة أو العطية مادية أو معنوية.^٥

وقد تكون المزية أو المنفعة ذات طبيعة معنوية، وتكون كذلك في الحالة التي يصير فيها وضع المرتشي أفضل من ذي قبل نتيجة لسعى الراشى، كحصول الموظف المرتشي على ترقية أو السعي في ترقيته أو إعارته أي شيء يستفيد منه ويرده بعد ذلك إلى الراشى بعد استعمال طويل الأجل كإعارته سيارة مثلاً.^٦

وقد تكون المزية غير المستحقة محددة أو غير محددة، أو أن تكون متعلقة بشأن سيقع لاحقاً، وهذا ما ذهبت محكمة النقض الفرنسية، إذ اعتبرت أن مجرد التماس الموظف أو قبوله لمزية غير مستحقة من لدن مقاول من أجل إعلامه وإخباره ببعض المعلومات عن صفقات أشغال عمومية مستقبلية تعتبر في حد ذاتها أفعالاً مشكلة لجريمة الرشوة علماً أن المزية غير محددة.^٧

إضافة إلى ذلك، فلا يشترط أن تكون الفائدة مشروعة، فقد تكون غير مشروعة في ذاتها كمواد مخدرة أو أشياء مسروقة أو خمور.^٨ وقد قضي في فرنسا بأن عرض الموظف مواقعة امرأة مقابل قضاء حاجتها يحقق جريمة الرشوة.^٩

^١ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد-جرائم المال والأعمال- جرائم التزوير، ج 02، ط 18، الجزائر، دار هومة، 2019، ص 95.

² .1993-10-19 الطعن رقم 21074 لسنة 61 جلسه القضية.

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/search?q=%D8%A7%D9%84%D8%B1%D8%B4%D9%88%D8%A9>

³ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد-جرائم المال والأعمال- جرائم التزوير، المراجع السابق، ص 96.

⁴ الدكتور خفاجي، أحمد رفعت، جرائم الرشوة في التشريع المصري والمقارن، ط ب، القاهرة، دار قيادة للطباعة والنشر والتوزيع، 1999، ص 256.

⁵ الدكتور مطر، عصام عبد الفتاح، المراجع السابق، ص 42.

⁶ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد-جرائم المال والأعمال- جرائم التزوير، المراجع السابق، ص 97.

⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/uri/id/JURIDTEXT000007063164/> Cour de cassation, Chambre criminelle, du 1er octobre 1984, 83-93.550.

⁸ الدكتور مطر، عصام عبد الفتاح، المراجع السابق، ص 72.

⁹ sarreguemines, 11-5-1967, JCP 1968.11.15359 trib.

أخذنا عن الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد-جرائم المال والأعمال- جرائم التزوير، المراجع السابق، ص 98.

ثانياً: الهدف من المزية غير المستحقة والمستفيد منها

يتوجب أن يكون الهدف من الطلب أو القبول من طرف المرتشي قيام هذا الأخير أو امتناعه عن أداء عمل يندرج ضمن أعمال وظيفته. فسلوك الموظف إما أن يكون إيجابياً من خلال قيامه بأداء عمل أو أن يكون سلبياً من خلال امتناعه عن أداء العمل المطلوب منه القيام به. ومن أمثلة الرشوة في صورة الامتناع أن يقوم المكلف بتبلیغ استدعاء إلى الشخص المرسل إليه، بقبول مزية غير مستحقة نظير عدم تبليغ هذا الاستدعاء.¹

ويمكن القول، لا يتشرط أن يكون العمل المطلوب القيام به أو الامتناع المطلوب أيضاً القيام به حقاً أو غير حق. وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بقولها: "لا يؤثر في قيام جريمة الرشوة. ما إذا كان العمل أو الامتناع المطلوب من جانب الموظف حقاً أو غير حق".²

وتتعدد صور الإخلال بواجبات الوظيفة، ومنها ذلك الإخلال الناشئ عن تجاوز قواعد الاختصاص، ومنها الإخلال بواجب الأمانة الذي تفرضه روح الوظيفة العامة، ومنها الإخلال الناشئ عن سوء استعمال السلطة التقديرية المخولة للموظف، على أن يكون لذلك الانحراف ارتباط عالي بالفائدة مقابل الرشوة وأن تسهل لوظيفة هذه المخالفه.³

إن الغالب أن يحصل الموظف المرتشي على الفائدة لنفسه، ولكن بجانب ذلك من المتصور أن يحصل شخص آخر على الفائدة وتقوم مع ذلك مسؤولية الموظف عن رشوة تامة.⁴ ويكون الغير عموماً في إحدى الوضعيتين: فقد يسهم في ارتكاب الجريمة بمساعدة المرتشي أو الراشي أو معاونته، كأن يتوسط بينهما، فيكون عندئذ شريكاً، وقد يكون مجرد مستفيد من الرشوة دون أن يتدخل في ارتكابها.⁵

الفرع الثاني: وجوب توافر شرط أعمال الوظيفة

لا يكفي أن يقوم الموظف العمومي بعمل أو يمتنع عن أداء عمل، بل يتوجب أن يكون ذلك ضمن اختصاص هذا الأخير وهو ما تضمنته صراحة الفقرة 02 من المادة 25 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، حيث لا تكفي صفة الموظف العمومي الواجب توافرها في الجاني بل يجب أن يكون مختصاً بالعمل الذي يطلب منه صاحب الحاجة.

ويسجل أن القضاء المصري قد توسع في مسألة تكليف الموظف في إطار الاختصاص المطلوب لقيام جريمة الرشوة، إذ قضت بأن: "اختصاص الموظف باتخاذ القرار غير لازم. كفاية أن يكون دوره مجرد المشاركة في تحضيره ولو في صورة إبداء رأي استشاري. كفاية صدور أمر شفوي من رئيس إلى موظف بالقيام بالعمل المتعلق بالرشوة"،⁶ كما قضت في قرار آخر أنه: "يدخل في أعمال الوظيفة كل عمل يرد عليه تكليف صحيح صادر من الرؤساء، كما يكفي في صحة التكليف أن يصدر بأوامر شفوية".⁷

¹ مستاري، عادل وقروف، موسى، المرجع السابق، ص 172.

² الطعن رقم 15943 لسنة 63 قضائية، جلسه 16-11-1995: <https://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&ID=64301>.

³ وجوب اشتغاله على بيان الواقعه المستوجبة للعقوبة.

⁴ لدكتورة قاسم بيضون، فادي، المرجع السابق، ص 55-56.

⁵ الدكتور طنطاوي، إبراهيم حامد، جرائم الاعتداء على الوظيفة - المال العام - الرشوة والتربح، ط 01، القاهرة، المكتبة القانونية، 2000، ص 117.

⁶ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم الفساد-جرائم المال والأعمال- جرائم التزوير، المراجع السابق، ص 99.

⁷ الطعن رقم 23985 لسنة 86 قضائية، جلسه 09-04-2017: https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111360804&ja=177550.

⁷ الطعن رقم 0795 لسنة 28 ق، مكتب في 10 صفحة رقم 55 بتاريخ 20-01-1959. الموقع الإلكتروني دار القانون للمحاماة والاستشارات القانونية.

وتجدر بالتنويه أنه ليس من اللازم أن تندمج الأعمال التي يتطلب من الموظف القيام بها ضمن مجال الوظيفة مباشرة، إنما يكتفى باعتبارها متصلة بجانب من خلاله يمكن بتنفيذ الغرض غير المشروع الذي يقصده الموظف من جريمة الرشوة.

وفي هذا الصدد، يذكر ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية عندما قررت أن "اختصاص الموظف الذي عرضت عليه الرشوة وحده بجميع العمل المتعلق بالرشوة غير لازم. كفاية أن يكون له علاقة به أو أن يكون له فيه نصيب من الاختصاص يسمح له بتنفيذ الغرض من الرشوة".¹

وأكثر من ذلك في تعرّف بالزعم بالاختصاص الذي يمكن أن يظهره الموظف العمومي بهدف الحصول على الرشوة، إذ اعتبرت أنه من المقرر أن جريمة الرشوة تتحقق في جانب الموظف، ولو خرج العمل عن دائرة وظيفته ما دام قد اعتقاد خطأً أو زعم أنه من أعمال الوظيفة.²

وقد اعترفت بمسألة الزعم بالاختصاص في عديد قراراتها، ويدرك من بينها التي جاء فيه أنه: "يكف مسالة الجاني على هذا الأساس أن يزعم العمل الذي يطلب الجعل لأدائه يدخل في أعمال وظيفته والزعم هنا مطلق القول دون اشتراط اقترانه بعناصر أخرى وسائل احتيالية".³

ولم يكن القضاء المصري قد قرر ذلك لوحده، ذلك أن القضاء الإماراتي أيضاً أخذ بنفس المسألة، حيث جاء في أحد قراراته أن: "مساواة القانون في نص المادة 236 عقوبات بين اختصاص الموظف الفعلي بالعمل وبين مجرد الزعم به، وذلك باعتبار الموظف غير المتاجر في عمل وظيفي معين هو متاجر في الوظيفة ذاتها، وبالتالي جمعه بين الاتجار في الوظيفة والاحتيال على الناس".⁴

غير أن هذا الرأي يبدو أن أستاذنا الدكتور أحسن بوسقيعة لا يأخذ به بشكل كلي، إذ يعتبر أن: "خروج العمل من اختصاص الموظف ينفي مبدئياً أحد عناصر جريمة الرشوة".⁵

ويبدو أن هذا الرأي يأتي متواكباً مع ما يمكن أن يعتبر تعديلاً في نظره المشرع الجزائري لمسألة الأعمال الدالة في اختصاص الموظف، التي كانت في ظل قانون العقوبات قبل تعديله بموجب القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تنص على العمل الذي يكون حق خارج الاختصاص الشخصي للموظف بشرط أن يكون من شأن وظيفته أن تسهل له أداءه أو كان من الممكن أن تسهل له.⁶

ومهما يكن من أمر، يمكن الميل إلى الرأي الأول الذي يأخذ بفكرة أن يكون للموظف العمومي جزء من الاختصاص، حيث لا يشترط أن يكون ممتداً باختصاص كامل للقول بتوافر شرط أعمال الوظيفة،

¹ الطعن رقم 7549 لسنة 69 قضائية، جلسه 18-10-2001. <https://www.egyptlawfirm.net/%D8%A3%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85-%D9%86%D9%82%D8%B6-%D9%81%D9%89%D8%A7%D8%B1%D9%83%D8%A7%D9%86-%D8%AC%D8%B1%D9%8A%D9%85%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%B1%D8%B4%D9%88%D8%A9>

² الطعن رقم 7549 لسنة 69 قضائية، جلسه 18-10-2001. https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111218576&ja=66239

³ الطعن رقم 193 لسنة 60 قضائية، الدوائر الجنائية - جلسه 07-03-1991. الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية: https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=11127359&ja=34192

⁴ طعن 302 لسنة 24 ق جلسه 13-03-2004 <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2015/01/302-24-13-3-2004.html>

⁵ الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم الفساد-جرائم المال والأعمال-جرائم التزوير، المراجع السابق، ص 101.

⁶ المادة 126 الملغاة من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج ٢ ج د ش، العدد رقم 49 الصادر بتاريخ 1966-06-09.

فضلاً عنأخذ هذا الرأي بفكرة الرعم بالاختصاص التي تحقق الفعالية والنجاعة في مكافحة جريمة الرشوة في صورتها الخاصة بالمرتشي.

خاتمة

بعد التطرق إلى عناصر الموضوع من خلال تناول ما يتصل بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من حيث مفهومه ونطاقه، وبما يتصل بحدود تدخل القاضي الجنائي ضمن هذا النطاق لاسيما ما يتعلق بتفسير القواعد القانونية التي يكتنفها الغموض، فضلاً عن حدود اجتهداد القاضي الجنائي في مجال العناصر المكونة للركن المادي لجريمة رشوة الموظف العمومي، فيسجل الآتي من نتائج بحثية:

- إن مؤدي مبدأ الشرعية في مجال القانون الجنائي أن لهذا القانون مصدرًا واحدًا هو القانون المكتوب، حصر مصادر التشريع والعقاب في التشريع -كأصل عام-، ولا مانع من أن التنظيم المتمثل في المراسيم والقرارات التي هي من أعمال السلطة التنفيذية أن تتضمن أحكاماً جنائية تجرم وتعاقب على بعض الأفعال، ولكن في مجال المخالفات فحسب.
 - يقتضي مبدأ الشرعية أن يكون النص الجنائي مكتوباً، وتقتضي فكرة الشرعية الجنائية أن هذا الشرط لأنها تتطلب أن يكون المخاطبون بالقواعد الجنائية عالمين بها سلفاً.
 - يقتضي مبدأ الشرعية أيضاً أن يحدد القانون أركان الجريمة، حيث يجب أن يكون النص التجريبي واضحاً محددة بعيداً عن الغموض وعدم التحديد، إذ لا يكفي أن يحصر المشرع الأفعال التي يعتبرها من قبيل الجرائم، وإنما ينبغي أن يعرف كل جريمة فيبين أركانها وعناصرها على نحو يتجنب الغموض وينفي الجهالة، وأن يراعي عند تحديد الجزاء الجنائي أن يبين وعه وماهيته ومقداره وكيفية تقادره.
 - يجب أن يكون النص الجنائي واضحاً، فليس للقاضي تفسيره بل عليه تطبيقه، وإذا اكتنفه بعض الغموض يتوجب عليه الكشف عن حقيقة إرادة المشرع من خلال الألفاظ والعبارات الواردة في القاعدة القانونية المراد تفسيرها، كما ينبغي أن يكون التفسير ضيقاً ضد مصلحة المتهم وواسعاً لمصلحته.
 - في مجال شرعية الجرائم والعقوبات ينبغي حظر القياس، غير أنه كان النص يقرر سبباً للإباحة أو لامتناع المسؤولية أو لامتناع العقاب فلا شأن لهذا المبدأ به، ولذلك كان الالتجاء إلى القياس في تفسيرها جائزاً، لأن هذا القياس هو استصحاب على الأصل العام في الأفعال وهو الإباحة.
 - اشترط المشرع الجنائي على غرار التشريعات المقارنة أن يتمتع الجنائي بصفة الموظف العمومي، فضلاً عن قيامه بطلب أو قبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته،
- لقد أكدت عديد الاجتهدادات القضائية على ما يلي:

- تقوم الجريمة بمجرد طلب الموظف العمومي للمزية غير المستحقة، ويستوي أن يكون الطلب شفاهة أو كتابة أو أن يكون صريحاً أو ضمنياً، مباشراً أو غير مباشر، شرط أن يصل إلى علم صاحب المصلحة،
 - يمكن أن يكون القبول شفوياً، ويمكن أن يقع بالكتابة أو بأية وسيلة أخرى من وسائل التعبير، أو يكون صراحةً أو ضمناً، ولا عبرة في تحقق النتيجة،
 - يتوجب أن يكون الهدف من المزية غير المستحقة حمل المرتشي على القيام بعمل أو الامتناع عنه، ولا يشترط أن يكون الامتناع كاملاً، فيجوز أن يكون جزئياً،
 - لا يكفي أن يقوم الموظف العمومي بعمل أو يمتنع عن أداء عمل، بل يتوجب أن يكون ذلك ضمن اختصاص هذا الأخير، ولا يشترط أن يكون مختصاً بشكل كامل على العمل، وكفاية ذلك أن يكون له نصيب منه، ولو كان ذلك في صورة رأي استشاري،
 - لم يكتف الاجتهداد القضائي خاصه المصري والإماراتي بهذا التوسيع في فكرة الاختصاص، بل ذهب إلى الاعتراف بفكرة الزعم بالاختصاص تحقيقاً لمبدأ الإفلات من العقاب، وهذا ما نميل إلى الأخذ به لتحقيق ذات الغاية.
- وفي الأخير، يظهر جلياً أثر الاجتهداد القضائي في مجال توضيح ما يbedo غامضاً في القواعد القانونية المتصلة بالعناصر التي تشكل الركن المادي لصوري جريمة الرشوة ضمن نطاق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- الدكتور إبراهيم، أكرم نشأت، السياسة الجنائية (دراسة مقارنة)، ط 01، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.
- الدكتور القيهي، علي عبد القادر، شرح قانون العقوبات القسم العام- دراسة مقارنة، ط ب ر، بيروت: منشورات الحلى الحقوقية، 2001.
- الدكتور النمر، حسن، التعدي على المال العام – دراسة مقارنة بين المفاهيم الشرعية وبعض القوانين للدول العربية، ط 01، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2018.
- النوايسة، منتصر، جريمة الرشوة في قانون العقوبات الأردني، ط 01، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2012.
- الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، ج 01، ط 10، الجزائر: دار هومة، 2010.
- الدكتور بوسقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد-جرائم المال والأعمال – جرائم التزوير، ج 02، ط 18، الجزائر، دار هومة، 2019.
- الدكتور حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات – القسم العام- النظرية العامة للجريمة، ط ب ر، القاهرة: دار النهضة العربية، 1962.
- الدكتور خفاجي، أحمد رفعت، جرائم الرشوة في التشريع المصري والمقارن، ط ب ر، القاهرة: دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، 1999.
- الدكتور سرور، أحمد فتحي، القانون الجنائي الدستوري – الشرعية الدستورية في قانون العقوبات – الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، ط ب ر، القاهرة: دار الشروق، 2002.
- صقر، نبيل، الوسيط في شرح الجرائم المخلة بالثقة العامة – الفساد، التزوير، الحريق، ط ب ر، عين ملية (الجزائر): دار الهدى، 2015.

- الدكتور طنطاوي، إبراهيم حامد، جرائم الاعتداء على الوظيفة - المال العام – الرشوة والتربح، ط1، القاهرة: المكتبة القانونية، 2000.
- الدكتورة قاسم بيضون، فادي، الفساد أبرز الجرائم – الآثار وسبل المعالجة، ط01، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.
- الدكتور مطر، عصام عبد الفتاح، جرائم الفساد الإداري - دراسة قانونية تحليلية مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات الجنائية وقوانين مكافحة الفساد في الدول العربية والأجنبية، ط ب ر، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015.
- **ثانياً: النصوص القانونية**
 - **أ- الدستور الجزائري**
- المرسوم الرئاسي رقم 442 المؤرخ في 30-12-2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج رج ج د ش، العدد رقم 82 الصادر بتاريخ 30-12-2020.
- **ب- الأوامر والقوانين الجزائرية**
 - الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج رج ج د ش، العدد رقم 49 الصادر بتاريخ 1966-06-09.
 - القانون رقم 01-06-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، ج رج ج د ش، العدد رقم 14 الصادر بتاريخ 2006/03/08.
- **ثالثاً: المقالات**
 - بقدور، مختار وعباسة، طاهر، "الرشوة وأليات مكافحتها على الصعيد الجزائري وال الدولي"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة مسلية (الجزائر)، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021.
 - الدكتورة عبوب، زهيره، "الجرائم المستحدثة في قانون مكافحة الفساد جريمة الرشوة وجريمة المحاباة"، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة خميس مليانة (الجزائر)، المجلد 04، العدد 02، 2022.
 - مستاري، عادل وقرفوف، موسى، "جريمة الرشوة السلبية (الموظف العام) في ظل القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته"، مجلة الاجتهداد القضائي، جامعة بسكرة، المجلد 04، العدد 05، 2009.
- **رابعاً: الواقع الإلكتروني**
 - الموقع الإلكتروني لمجلة الحوار المتمدن الإلكتروني <https://www.ahewar.org/>
 - الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية <https://www.cc.gov.eg/>
 - الموقع الإلكتروني لرواق الجمل <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/>
 - الموقع الإلكتروني للقانون والاجتهداد القضائي الفرنسي <https://www.legifrance.gouv.fr/juri>
 - الموقع الإلكتروني لدار القانون للمحاماة والاستشارات القانونية <https://www.egyptlawfirm.net>

المقارنة بين حق الرجوع عن القبول في العقود الإلكترونية وبدأ القوة الإلزامية للعقد.

The approach between the right to withdraw from acceptance in electronic contracts and the principle of the binding force of the contract

دراسة تحليلية

إعداد الباحث/ هيثم عماد ارحيم

Hetham.emad.erheem

باحث ماجستير القانون التجاري وتكنولوجيا المعلومات -جامعة غزة – فلسطين.

Gmail: hetham.erheem@gmail.com

الملخص:

المعاملات الإلكترونية، تنوع وتعدد بحسب رغبات المتعاملين، أكانوا تجاراً أو مستهلكين، كبار، أو صغاراً، ويختلف مقدار العلم والدراءة بين تلك الشرائح كلاً بحسب قدراته الذهنية، وفطنته، وإزاء ذلك ظهرت الحاجة لوجود تشريعات ذات طبيعة خاصة تحمي المستهلكين على وجه الخصوص في المعاملات التي تتم عن بعد ، ويعتبر إعلان التوجيه الأوروبي لحماية المستهلكين اللبنة الأولى التي عنيت بحقوق المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، ومن ثم تالت التشريعات بالأخذ بمبدأ أحقيه المستهلك بالرجوع عن القبول، بصورة من صور الحماية للمعاملات التي تتم عن بعد، والشرع الفلسطيني، قد تطرق لهذه الخصيصة، ضمن نصوص قانون المعاملات الإلكترونية، ووضع عدة قيود لتلك الخصوصية، منها ما يتعلق بالزمان، ومنها ما يتعلق بتبعه العدول، ويرى بعض الفقه بأن العدول عن القبول، ما هو إلا خروج على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، والبعض الآخر يقر بهذا الحق ما هو إلا خصيصة منحت لحماية فئة المستهلكين فقط، باعتبارهم الحلقة الأضعف والشريحة الأوسع في التجارة عن بعد، ويعزز هذا التوجه ما قرره التقنين المدني ذاته، إذ أجاز للمعير استرداد العارية قبل موعد انتهاءها، وكذلك أجاز للواهب في أحوال معينة الرجوع عن الهبة، رغم أن العقد أصبح باتا.

الكلمات المفتاحية: المستهلك، الحق بالعدول، العقد الإلكتروني.

Abstract:

Electronic transactions vary according to the desires of the dealers, whether they are merchants or consumers, large or small, and the amount of knowledge and know-how differs between these segments, each according to his mental capabilities and acumen. It takes place remotely, and the declaration of the European Directive for the Protection of Consumers is considered the first building block concerned with the rights of consumers in contracts concluded remotely, and then the legislation followed with the introduction of the principle of the consumer's entitlement to withdraw from acceptance, as a form of protection for transactions that take place remotely, and the Palestinian legislator has touched on this characteristic Within the provisions of the Electronic Transactions Law, and the setting of several restrictions for that privacy, including those related to time, and others related to the liability of renunciation, and some jurisprudence believes that renunciation of acceptance is nothing but a departure from the principle of the binding force of the contract, while others acknowledge this right is nothing but a specificity. It was granted to protect the category of consumers only, as they are the weakest link and the broadest segment in distance trade, and this trend is reinforced by what was decided by civil rationing itself, as it permitted the lender to import the borrowed goods before their expiry date, and also permitted the donor in certain circumstances to withdraw from the gift, even though the contract has become final.

Keywords: the consumer, the right to withdraw, the electronic contract

المقدمة:

في ظل النمو المتسارع لمعاملات التجارة الإلكترونية، وازدياد أنواعها وصورها إذ لم تعد تقتصر على عرض السلع وشرائها فقط، فقد بدأت تبرز على السطح معاملات لم تكن موجودة في السابق، ومن ذلك، معاملات بيع الأصول الافتراضية، ومعاملات بيع الأراضي الافتراضية، وبيع الألعاب، عبر المتاجر الإلكترونية.

وبالتوازي مع هذا التطور، تسعى التشريعات الدولية جاهدة لتطوير النصوص القانونية الناظمة للأعمال الإلكترونية، بشكل يليي حاجة المجتمع، ويتوازن مع متطلبات العمل التجاري الإلكتروني، ويحمي حقوق طرف العلاقة، التاجر أو المورد، والطرف الآخر المستهلك، وفي هذا المضمار نجد أن أحد طرفي العلاقة هو الموجب، والآخر القابل للعقد، والمعاملات الإلكترونية بطبيعتها، ورغم أنها تتسم بالمرونة ولا تتطلب اتحاد المجلس، والاجتماع فيه، كما هو الحال في العقد التقليدي، والتي ميزت هذه المعاملات عن غيرها، إلا أنه وعلى الرغم من هذه السمات والمزايا للعقد الإلكتروني ، إلا انه لا يعني أن المعاملات الإلكترونية خالية من

المخاطر، فقد يتم الإعلان عبر موقع تسويق إلكتروني عن سلع ذات مواصفات وهمية، أو عرض بيانات زائفة، وقد يتم الترويج للألعاب الكترونية تستهدف الفئات العمرية الصغيرة ليتم شرائها، ويتبين بأنها لعبة مخالفة لوصفها الرائع عبر الصفحة الإلكترونية، الأمر الذي يتسبب بوقوع المتعاقد "المستهلك" لغلط في صفة الشيء، الأمر الذي يدفع المستهلك للعدول عن القبول بعد إتمام عملية الشراء، وهذا ما قررته بعض التشريعات والاتفاقيات وهذا ما قررته بعض التشريعات، وهذا الحق يعد خيار أتاحه القانون للمستهلك وحده للعدول عن العقد، ويرجع الفضل في تلك الضمانة، لاتفاقية التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011 لحماية المستهلكين في ذلك، وبالتوافق مع ذلك قرر المشرع الفلسطيني كغيره من التشريعات، الذي يدفع بتجاه رقمنة المعاملات والتشريعات، الحق للمستهلك بالرجوع عن القبول في المعاملات التي تتم عن بعد، وهو ما تم النص ضمن قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم (6) لسنة 2013، و المشرع بدوره يعني بحماية الأفراد، والتجار، ويوازن بين كلا المصلحتين، ونجد في بعض النصوص ي العمل على وضع خصوصية لشريحة معينة من المجتمع، وهو ما تم تقريره ضمن قانون المعاملات الإلكترونية، حيث عمل لحماية المستهلك إذ مكنه من خلال هذه الخصوصية، من حماية نفسه بإرادته فيقرر العدول عن القبول، أو السكوت ، إلا أن هذا الخروج اعتبار بمثابة خروج عن مبدأ القوة الإلزامية للعقد، معتبرين أن هذا المبدأ مطلق، إذ أن أطلاق العنوان للمشرعين للخروج عن هذا المبدأ، بمثابة هدم لنظرية القوة الإلزامية للعقد، وتعدى على مبدأ حرية الأطراف في التعاقد، وبالنظر لما لهذه الآراء من أساس و وجاهه قانونية بالطرح، سنعالج الموضوع من كل زواياه وأبعاده القانونية، وبيان وجه المقاربة بين المبدئين.

إشكالية البحث:

عقد التجارة الإلكترونية، يتم بين طرفين أحدهم التاجر أو المصدر، والأخر مستهلكاً، والمستهلك فرد عادي يتاثر بالإعلانات الترويجية، ويجهل حقيقة المتعاقد عليه، سيان أنه لا يجمعه مجلس واحد يسمح له بمعاينة السلعة محل التعاقد، كما هو الحال في العقد العادي، الأمر الذي قد يوقعه في غلط، أو غبن أو تضليل، وهو ما قد يؤثر على رضا المستهلك، وقانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم (6) لسنة 2013، أعطى للمستهلك الحق العدول عن القبول بالمعاملات عن بعد، فهل يعتبر ذلك خروجاً عن مبدأ القوة الإلزامية للعقد؟

مشكلات البحث:

- هل تطرق التشريع الفلسطيني لحق الرجوع عن القبول ضمن نصوصه؟
- هل يجوز الرجوع عن القبول في كل المعاملات الإلكترونية التي تتم عن بعد؟
- هل يعتبر الرجوع عن القبول خروج عن مبدأ القوة الإلزامية للعقد؟
- هل حق الرجوع خيار أم حق شخصي؟

- هل هناك مدة زمنية تضبط حق الرجوع عن القبول وقيود مفروضة؟

أهداف البحث:

- بيان موقف المشرع الفلسطيني من حق العدول عن القبول للمستهلكين في عقود التجارة الإلكترونية؟
- بيان التنظيم القانوني للحق بالعدول عن القبول في قانون المعاملات الإلكترونية؟
- بيان أوجه الاشتراك بين قانون المعاملات الإلكترونية، والقانون المدني ومدى التقارب بينهم ؟
- بيان موقف التوجيه الأوروبي لحماية المستهلكين، من مبدأ الحق بالعدول عن القبول للمستهلكين؟
- بيان النطاق القانوني للعدول عن القبول في التشريع الفلسطيني؟

أهمية البحث:

تكمّن أهمية البحث لبيان موقف المشرع الفلسطيني من الحق بالعدول عن القبول، وإعلام المستهلك بهذا الحق وقيوده، وإزالة اللبس الحاصل في مسألة تعدّى هذا الحق وخروجه على مبدأ القوّة الإلزامية للعقد.

نطاق البحث:

يشتمل نظام البحث على دراسة موضوعية في ظل قواعد القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012، وقانون المعاملات الإلكترونية رقم (6) لسنة 2013، والتوجيه الأوروبي رقم (83) لسنة 2011 -المتعلق بحماية المستهلكين.

منهجية البحث:

سأعتمد على المنهج التحليلي لنصوص قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني، المرتبطة بنازلة الرجوع عن القبول من قبل المستهلك بالمعاملات عن بعد، بغية استظهار الأحكام المشتركة بين قانون المعاملات الإلكترونية والقانون المدني، وموازن القوة والضعف بالنصوص، وتحليل مضمون النصوص المرتبطة بمبدأ القوّة الإلزامية للعقد في القانون المدني الفلسطيني، هادفاً من ذلك بيان علاقة القانونين ببعضهما، ووجه الاقتراب فيما بينهم.

الدراسات السابقة:

أحمد رياحي -المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلك، وقانون الاستهلاك الفرنسي، والتي عالج فيها الباحث مضمون الحق بالرجوع عن العقد بإرادة منفردة، وبدون أي سبب أو مبرر، ضمن التوجيه الأوروبي رقم 83، وقانون الاستهلاك الفرنسي، وقد ركز هذا

البحث على بيان الطبيعة القانونية لحق العدول ومدى تأثيره على القوة الملزمة للعقد، وخلص الباحث في دراسته إلى أن العدول لا يمس بالقوة الإلزامية للعقد لأن ممارسة هذا الحق تأتي والعقد لم يتكون بعد، نظراً للخل الذي أصاب رضا المستهلك.¹

عقوني محمد – الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، وتناولت هذه الدراسة مفهوم الإيجاب والقبول وفق التشريع الجزائري، وقانون اليونسيترال النموذجي، وطرق الحديث عن القبول الإلكتروني وشروطه، وخرج بنتيجة أن الرجوع عن القبول قرر لأن القابل لا يستفيد من وجود خيار الرؤية.²

خطة البحث:

سأعتمد في هذا البحث على تنظيمه ضمن فصل تمهيدي، يتطرق للرجوع عن القبول في العقود، ضمن مباحثين، حيث سأتناول بالبحث الأول منه، بيان الحق بالرجوع عن القبول في العقود الإلكترونية، ضمن مطلبين، حيث سأتناول بالطلب الأول منه، بيان تعريف الرجوع عن القبول في عقود التجارة عن بعد وخصائصه، وسأتحدث بالطلب الثاني، الطبيعة القانونية لحق بالعدل عن القبول وموقف التشريع الفلسطيني من ذلك.

وسأتناول بالبحث الثاني، النطاق القانوني لحق المستهلك بالرجوع عن القبول وأثاره ضمن مطلبين، حيث سأتناول بالطلب الأول، بيان النطاق القانوني لحق المستهلك الإلكتروني، وسأتناول بالطلب الثاني، آخر العدول عن القبول في العقود المبرمة عن بعد.

الفصل تمهيدي

الرجوع عن القبول في العقود

العقد الإلكتروني يشترك مع العقد التقليدي بالأركان الواجب توافرها بالعقود، فلا عقد الكتروني بلا رضا، ولا عقد تقليدي بلا محل، ولا عقد بلا سبب، وأن اختلفت الوسيلة المستعملة، فهذا لا يخرج العقد عن طبيعته، وأساس تكوينه، وهذا ما أكدت عليه الفقرة السادسة، المادة رقم (5) من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم (6) لسنة 2013، والتي نصت على (يكون للعقود الإلكترونية ذات الآثار القانونية المتعلقة بالعقود التي تبرم الأساليب العادية من حيث الإثبات والصحة والقابلية للتنفيذ وغير ذلك من أحكام)، ونرى بأن ما ورد في مشروع قانون المبادرات والتجارة الإلكترونية كان أكثر وضوحاً ودلالة، وأن

¹ د. رياحي، أحمد، المبادىء العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 2011-83 المتعلق بحقوق المستهلك، وقانون الاستهلاك الفرنسي، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 03 جانفي 2016.

² د. محمد، عقوني، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع المنصور سنة 2017.

أتفقا بالجواهر، حيث نصت المادة (5) منه حيث نصت المادة على انه، (ينطبق على العقود الإلكترونية ما يطبق على العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون).

ويتبين من سياق النص، بأن المشرع قد أخضع هذه المعاملات في بيان الأحكام الموضوعية المرتبطة بالإرادة وقوتها الإلزامية، والعيوب الواردة على العقد، للنصوص الموضوعية الواردة ضمن أحكام القانون المدني رقم (4) لسنة 2012، المطبق بقطاع غزة، وأحكام المجلة العدلية المطبقة بالضفة الغربية باعتبارهما المرجع في ذلك.

والعقود الإلكترونية تتم بين طرفين، ممكناً أن يكون كلاهما تاجراً، وذلك من خلال توريد شركة مصنعة لسلعة، وشركة مستوردة، وقد يكون الطرفان مختلفان، ويكون أحدهم تاجر والآخر مستهلكاً، ويغلب على المعاملات الإلكترونية شريحة المستهلكين، والتي لأجلها خرج المشرع عن مبدأ القوة الملزمة للعقد.¹

والمسلم به أن المعاملات التجارية الإلكترونية ما نشطت، إلا بسبب عامل السرعة التي يرغب فيها المتعاقدون، فيقوم المتعاقدان بالاتصال والتواصل عن بعد، وهو ما يطلق عليه بالتعاقد بين غائبين من حيث المكان، حيث إنه لا يجمعهم مجلس واحد والمتعاقدان، يبدأن العملية بالتفاوض فيما بينهم وصولاً للتلاقي القبول مع الإيجاب،² وممكناً أن يتم ذلك من خلال ولوح المستهلك لنماذج مدرجة وفق الموقع الإلكترونية، توضح طبيعة السلعة ومواصفاتها، ونفهم من هذا أن السلعة أو الخدمة المعروضة هي سلعة غير مرئية أو ملموسة، الأمر الذي قد يوقع المستهلك بالغلط في الأمر الذي يعيّب إرادته، وإنما تلك المشكلة، برزت المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم (83) لسنة 2011، المتعلق بحماية المستهلكين، والتي قررت الحق بالعدول عن القبول للمستهلكين، وببدأت بعض التشريعات بالانتباه لتدارك الآثار الناجمة عن العقود التجارية عن بعد، وببدأت في معالجة تشريعاتها، وللحديث عن ذلك فإننا سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

¹ حسن، يحيى يوسف فلاح، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية. أطروحة مقدمة لاستكمال نيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية – نابلس، فلسطين، لسنة 2007، صفحة 10.

² انظر لهذا المعنى، مؤلف د. الباعاوي، سيف الدين محمد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الناشر مكتبة القدس بغزة، سنة 2011، صفحة 45.

المبحث الأول

الرجوع عن القبول في العقود الإلكترونية

الحق في الرجوع عن القبول في المعاملات المبرمة عن بعد، قد يعد أمراً غير مألوف وفق قواعد القانون المدني المعروفة، أذ الأصل أن يكفل القانون لطرفيه استمرار العقد ونفاذـه، وذلك يستمد من نصوص القانون، إلا أن ذلك لا يعني بأنه لا يمكن الرجوع عن القبول بالملتقـ، فقد منح القانون المدني الفلسطيني رقم 2012/4، ضمن الفقرة الثانية، من المادة رقم (92) خيار العدول عن التعاقد بالعربـون (إذا عدل من دفع العربـون فقدـه، إلخ)، ونصـت المادة (536) من ذات القانون بـحق الواهـب بالرجـوع عن الـهـبة، وإزاء ذلك.

وفي خضم الحديث عن الرجـوع عن القـبول في العـقود الـإلكـتروـنية، سـنتـطرق لـبيان مـفـهـوم الرـجـوع وفق قـانـونـ المعـاملـات الـإـلـكـتروـنيـة رقم (6) 2013، ولـبيان ذـلـك فـإـنـا سـنـقـوـم بـتـقـسـيم هـذـا المـبـحـث إـلـى مـطـلـبـين:

- المطلب الأول: تعريف الرجـوع عن القـبول في عـقود التـجـارـة عن بـعـد وـخـصـائـصـه.
- بالمطلب الثاني: الطـبـيـعـة الـقـانـونـيـة لـلـحـق بـالـعـدـول عـن القـبول وـمـوـقـفـ التـشـرـيعـ الـفـلـسـطـيـنيـ.

المطلب الأول

تعريف الرجـوع عن القـبول في عـقود التـجـارـة عن بـعـد وـخـصـائـصـه

في الحالـة التي يـشـعـرـها المستـهـلـكـ بـأنـه قد تـعـرـضـ لـغـشـ أو خـدـاعـ في عمـلـيـةـ الشـرـاءـ عـبـرـ المـتـجـرـ الـإـلـكـتروـنـيـ، يـجـدـ نفسـهـ أـمـامـ خـيـارـينـ، أـمـاـ قـبـولـ الصـفـقـةـ وـتـعـرـضـهـ لـخـسـارـةـ، أـوـ اـرـجـاعـهـ لـمـورـدـهـ، الـأـمـرـ الـذـيـ قدـ يـدـخـلـهـ فيـ نـزـاعـ قضـائـيـ، ولـبيانـ مـفـهـومـ الرـجـوعـ عـنـ القـبولـ فيـ عـقودـ التـجـارـةـ وـخـصـائـصـهـ فـإـنـا سـنـقـوـم بـتـقـسـيمـ هـذـا المـلـطـبـ إـلـىـ فـرـعـيـنـ:

الفـرعـ الأولـ: تعـريفـ الـحـقـ بـالـرـجـوعـ عـنـ القـبولـ فيـ عـقودـ الـإـلـكـتروـنـيـةـ:

أولاًـ: تعـريفـ الرـجـوعـ: لـغـةـ، وأـصـطـلـاحـاًـ:

- أـ. تعـريفـ الرـجـوعـ فيـ اللـغـةـ: تعـنيـ كـلـمـةـ رـجـوعـ فيـ اللـغـةـ الـعـوـدـ، وـالـاـنـصـرافـ، وـهـيـ مـأـخـوذـةـ منـ رـجـعـ يـرـجـعـ رـجـوعـاًـ، وـيـقـالـ رـجـعـ فيـ كـلـامـهـ، وـمـنـهـ رـجـعـ فيـ هـبـتـهـ.¹
- بـ. تعـريفـ الرـجـوعـ اـصـطـلـاحـاًـ: لمـ يـضـعـ الـفـقـهـاءـ تعـرـيفـاًـ مـحدـداًـ لـلـرـجـوعـ، وـالـظـاهـرـ منـ اـسـتـعـمـالـاـتـهـ لـمـصـطـلـحـ الرـجـوعـ أـنـهـ يـتـقـرـبـ مـنـ الـعـنـيـ الـذـيـ رـأـيـنـاـهـ عـنـ أـهـلـ الـلـغـةـ، فـقـدـ اـسـتـعـمـلـوـهـ بـمـعـنـيـ النـقـضـ، وـمـنـ ذـلـكـ ماـ ذـكـرـهـ الـكـاسـانـيـ بـقـوـلـهـ "يـحـصـلـ الرـجـوعـ بـالـقـوـلـ "نـقـضـتـ الـوـصـيـةـ".¹

¹ مـصـطفـىـ، أـبـراهـيمـ، الـزـيـاتـ، أـحمدـ حـسـنـ، الـمـعـجمـ الـوـسـيـطـ، مـجـمـعـ الـلـغـةـ الـعـرـبـيـةـ الـإـدـارـةـ الـعـامـةـ لـلـمـعـجمـاتـ وـاـحـيـاءـ التـرـاثـ، النـاـشـرـ الـمـكـتبـةـ الـإـسـلـامـيـةـ لـلـطـبـاعـةـ وـالـنـشـرـ، تـرـكـياـ، الـجـزـءـ اـلـأـلـوـلـ بـابـ الـرـاءـ، صـ31.

ثانياً: تعريف الرجوع عن قبول المستهلك في عقود التجارة عن بعد:

حقيقة فإن قانون المعاملات الإلكترونية ومشروع قانون المبادرات، والقانون المدني، لم يورد تعريف للرجوع عن القبول، تاركاً للفقهاء ذلك، إنما أورد مجموعة من النصوص في هذا الشأن فتجد أنه في القانون المدني، قد أورد مصطلح الرجوع في عدة مواضع بالتشريعات الفلسطينية، فقد نصت القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012، من المادة رقم (536) ضمن أحكام الرجوع بالهبة على (للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضاء الموهوب له)، وكذلك ما نصت عليه المادة (734) من ذات القانون المتعلقة باسترداد العارية، حيث نصت على (وللمغير استردادها من المستعار في الحالات إذا استعملها فيما هو أشق عليها مما أعتبرت لأجله أو إذا عرضت له حاجة للعارية لم تكن متوقعة).

وفي قانون المعاملات الإلكترونية، نجد إن المشرع قد كفل حق الرجوع أو العدول عن القبول دون أعطاء تعريف لذلك، وهو ما يستدل عليه من المادة(23) (يجوز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق لشروط البيع. أخ....)، وكذلك ما نصت عليه المادة (33) من ذات القانون، على (مع مراعاة أحكام المادة (29) من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء خلال عشرة أيام تحسب من تاريخ تسلم المستهلك للبضاعة).

ويذهب بعض الفقه لتعريف الحق بالعدول بأنه: وسيلة قانونية يستطيع بمقتضاها المستهلك إعادة النظر في العقد الذي أبرمه، وذلك بالرجوع عنه بإرادته المنفردة، دون ترتيب أي مسؤولية، وذلك خلال مدة زمنية.²

ونرى بأن التعريف أعفى المستهلك من المسؤولية بشكل مطلق، رغم أن هناك بعض القيود المفروضة على المستهلك، فقد تتلف السلعة في حوزة المستهلك، وقد تهلك أثناء نقل المستهلك لها.

الفرع الثاني: خصائص الرجوع عن القبول في العقود الإلكترونية:

أولاً: الحق بالعدول عن العقد مرتبط بالنظام العام:

التشريع الفلسطيني وضمن المادة(190) نصوص القانون المدني، قضى بـ (يقع باطلاقاً كل شرط يقضي بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة عن الفعل الضار، ومع ذلك يجوز اشتراط تشديد المسؤولية، مالم ينص على خلاف ذلك).

¹ الكاساني، علاء الدين، بدائل الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت، لعام 1982، الطبعة الثانية، الجزء السادس، ص 394.

² د. بالكور، رفيقة، الأحكام القانونية لحق المستهلك في العدول عن العقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12 ، العدد 2021/04/28.01 صفحه 1007.

ومن ذلك يفهم بأن أي شرط يحد من حرية المتعاقد الواقع في غش أو غلط من الحق بالمطالبة بفسخ العقد، أو المطالبة بالتعويضات، فهو شرط باطل، ولا يرتقي أي أثر قانوني، حتى لو تم الاتفاق على ذلك ورقياً، وذلك لتعلقه بالنظام العام.

وقد أوجب المشرع على مقدمي الخدمات ضرورة الإفصاح السليم عن الخدمات المقدمة للمستهلكين، وقد جاء اللفظ بصيغة الأمر، وفيه ذلك من خلال المادة(31) من قانون المعاملات الإلكترونية والتي نصت على (يجب على مقدم الخدمة، قبل إبرام العقد، تمهيد المستهلك من المراجعة الهمائية لجميع اختياراته، وتمكينه من إقرار البيع أو تغييره حسب إرادته).

وتأسياً على ما تقدم فإن حق المستهلك بالعدول عن القبول، هو حق مكفول ومقرر من قبل المشرع، رغبة منه بالحد من المنازعات، وتلافياً لمشكلة تكديس القضايا، سيان أن طبيعة المعاملات التجارية معاملات ذات طابع سريع، وعاجل، وتجاوز أعداد المعاملات المدنية اليومية.

ويعتبر بعض الفقه، بأن لجوء الدولة إلى استعمال القانون العام في تكوين العقد وتنفيذـه يعد ظاهرة جديدة، وهي ظاهرة العيّمة، وهي تعني بأن العقد الخاص مقصور على إرادة الفردية قد تدخلت فيه إرادة العامة للدولة، مما أفقدـه الطابع الخاص.¹

ثانياً: حق العدول عن القبول حق مقرر للمستهلك "الطرف الضعيف" بدون مقابل:

وهذا ما قرره المشرع ضمن نص المادة(23) من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني، والتي نصت على أنه (يجوز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق لشروط البيع أو إذا لم يحترم مقدم الخدمة آجال تسليمه وذلك خلال عشرة أيام تحسب من تاريخ التسلیم، وفي هذه الحالة يجب على مقدم الخدمة إرجاع المبلغ المدفوع والمصاريف الناجمة، أخ....).

ثالثاً: حق العدول عن القبول حق مؤقت:

وفي أحكام العريون والوعد بالبيع تجد أن طرفي، أو أحدهم دون الآخر، مقيدـين بوقت معين لإتمام العقد أو العدول، وكذلك الأمر بالنسبة للعدول عن القبول بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية، مع اختلاف الحكم في المسائلتين، إذ نجد أن الأصل في دفع العريون الدلالة على العدول، والاستثناء هو تمام العقد.²

وطبيعة العقود سواء أكانت عقود عادية تقليدية، أم عقود الكترونية، يجب أن يتم تضييق الخناق في النصوص المرتبطة بالمدد، لتلافي مسألة جع الرخصة سيف يتهدـد مصالح الأفراد، ونرى بأن المشرع قد

¹ انظر بهذا المعنى . بوالكور، رفيقة، مرجع سابق، صفحة 1008، وما بعدها.

² للمزيد انظر مؤلف د. البلياوي، سيف الدين . مرجع سابق، ص 59. التشريعات اللاتينية اختارت اسقاط فكرة العدول على دفع العريون كأصل العـ... .

أحسن عندما قيد المستهلك بالحق بالرجوع خلال مدة عشرة أيام، وهذا ما أكدت عليه المادة (23) من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني، والتي نصت على انه (يجوز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق لشروط البيع أو إذا لم يحترم مقدم الخدمة آجال تسليمه وذلك خلال عشرة أيام تحتسب من تاريخ التسليم .الخ..).

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للحق بالعدول عن القبول و موقف التشريع الفلسطيني

تداخل عدة مفاهيم عند النظر للطبيعة القانونية للحق بالرجوع عن القبول في العقود المبرمة عن بعد، فالبعض يرى بأن العدول هو حق شخصي، وبالبعض الآخر يرى بأنه حق عيني، وأمام ذلك الاختلاف، فإننا سنتحدث عن الطبيعة القانونية في الحق بالرجوع عن العقود المبرمة عن بعد، وبيان موقف المشرع الفلسطيني وفق للتسلسل الزمني للقوانين ذات العلاقة، وذلك ضمن فرعين:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحق بالرجوع عن القبول في العقود المبرمة عن بعد:

الفقه منقسم تجاه الطبيعة القانونية للرجوع عن القبول إلى عدة أقسام، فمنهم من يرى بأنه حق شخصي يخول صاحبه ذلك، وبالبعض اعتبر بأنها خيار متاح للمستهلك، وسنبين ذلك وجهة نظر الفقه، النقد الموجه لكل رأي، ونرجح رأينا حسب ما سنتوصل إليه:

أولاًً: حق الرجوع عن القبول حق شخصي:

يرى جانب من الفقه بأن العدول عن القبول في العقود المبرمة عن بعد، بأنها ما هي إلا تجسيد للحق الشخصي، المتبثق عن الحقوق المالية، فللمستهلك الحق في مطالبة المدين "التاجر" بتنفيذ التزامه بتزويده بالمنتج أو السلعة وفق المواصفات المتفق عليها، وإلا يستطيع الدائن "المستهلك" برد السلعة أن كانت معيبة، أو كانت مخالفة للمواصفات، وهذا الشكل المتبعة في العقود المدنية بشكل عام، والمتبعة للنصوص الواردة في قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني، يجد أنه منح للمستهلك الحق بالرجوع عن القبول بعد إتمام العقد الإلكتروني، وذلك ضمن المادة (33) من والتي نصت على (مع مراعاة أحكام المادة (29) من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء خلال عشرة أيام).

وبعض الباحثين، قد نقد هذه الطبيعة، وأعتبر بأن الحق الشخصي قائم على رابطة بين دائن ومددين، ضمنها القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، أو إعطاء شيء، والرجوع عن القبول لا يمكن وصفه بأنه حق شخصي، لأن رابطة المديونية تفترض تنفيذ الالتزام.¹

ثانياً: الحق بالرجوع عن القبول خيار:

الحق بالعدول أو الرجوع يتسم بنظام خاص، وذلك أنه حق الرجوع هو حق تقديري، يقدر المستهلك ذاته، ويتوقف على إرادة صاحبه، وهو حق مجاني²، لا يدفع المستهلك فيه مقابل كنتيجة لاستعمال ذلك الحق، وهو مخير بين العدول عن العقد، أو اتهامهم، فلا قوة ملزمة له بهذا الشأن.

ويرى جانب من الفقه، بأن اعتبار الحق بالرجوع عن القبول في العقود الإلكترونية هي خيار متاح للمستهلك، محل خلاف، إذ أن ممارسة المستهلك لخيار ذاته ليس متزوك لمشيئته وإرادته أني شاء، وإنما يجب عليه ممارسته صراحة ضمن الزمن المحدد، ويعتبر هذا الاتجاه بأن الرجوع بالعقود الإلكترونية هو حق خاص مختلط.³

ويرى الباحث، بأن الحق بالرجوع عن القبول في العقود المبرمة عن بعد، يغلب عليها حق الخيار، إذ أن القانون قد منح للمستهلك لتقرير ذلك، ولم يرتب عليه التزامات كي نقول بأنه حق شخصي، ولم يضيق عليه بممارسة ذلك الحق إلا في حالات كما سنورد في لاحقاً، وربطه بإرادة الطرف الآخر، فقد منح للمستهلك الحرية الكاملة بالرجوع عن القبول بعد تمامه، وكذلك لم يربط القانون هذا الحق بضرورة ذكر أسباب الرجوع وجعل الأمر متزوك لرغبة المستهلك وحده، أذ أن إرادته هي من يقرر ذلك.

الفرع الثاني: موقف التشريع الفلسطيني من الرجوع عن القبول في العقود الإلكترونية:

التشريعات تتفاوت في تركيزها على موضوعات بعينها وتنظيمها، وفقاً للبيئة المجتمعية، وحسب الأهمية العملية، وإذاء ذلك نجد أن المشرع الفلسطيني في قطاع غزة قام بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية الساري العمل به بقطاع غزة، إلا أن ذلك القانون لا يمتد للأسف أثره في التطبيق للنطاق الجغرافي للضفة الغربية نظراً لحالة الانقسام السياسي العقيم، ويجدربنا بيان أن هناك مشروع لقانون المبادرات والتجارة الإلكترونية المقترن في الضفة الغربية، بانتظار المصادقة عليه.

وإذاء ذلك نستعرض التشريعات الفلسطينية ذات الصلة وفقاً للتسلسل الزمني:

¹ بوكاز، خليل وأخرين، أثر حق العدول في عقود التجارة على مبدأ الحرية التعاقدية، بحث منشور ضمن منشورات مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 7. العدد 1، تاريخ النشر 15/01/2022، صفحة 93.

² رياحي، أحمد، مرجع سابق، ص 141.

³ بوكاز خليل، مرجع سابق ص 95، وما بعدها.

أولاً: الحق بعدول المستهلك عن القبول، وفقاً لقانون حماية المستهلك:

لقد منح المشرع الفلسطيني ضمن قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005، المستهلك الحق برد وارجاع السلعة، واسترداد ثمنها، وذلك وفقاً لما هو وارد بالفقرة الثامنة من المادة رقم (3) على أن (استبدال السلعة أو إصلاحها وكذلك استرداد المبالغ التي يكون سدادها لقاء خدمة في حال عدم مطابقتها لدى استعمالها بشكل سليم للمواصفات المتفق عليها أو المعمول بها، أخ....).

يتضح بأن المشرع الفلسطيني قد عالج مسألة المعاملات التجارية والمدنية على حدٍ سواء بالمفهوم التقليدي، والذي يتم ضمن حدود النطاق الجغرافي لدولة فلسطين، ولم يتطرق للمعاملات الإلكترونية ضمن نصوصه التي تم عن بعد.

ثانياً: الحق بعدول المستهلك عن القبول، وفقاً للقانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012:

لم يتطرق المشرع الفلسطيني ضمن نصوص لأحكام العدول عن القبول بخصوص المعاملات التجارية، محياً ذلك للقوانين ذات العلاقة، وأعتقد أن هذا موقف منتقد من قبل المشرع، سيان أن القانون المدني حين تم إصداره، لم يكن هناك أي نصوص قانونية تحكم نازلة الرجوع أو العدول عن القبول في المعاملات عن بعد، والأدهى من ذلك بأنه لم يتطرق لإخضاع الإعمال الإلكترونية ذات البعد المدني، للقانون المدني، فالأمثلة كثيرة بهذا الصدد، فيمكن أن يقوم شخص مدني بشراء جوال لاستخدامه الشخصي، من شخص مدني آخر، من خلال موقع الفيس بوك.

ثالثاً: الحق بعدول المستهلك عن القبول، وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية:

لقد تناول قانون المعاملات الإلكترونية رقم (6) لسنة 2013، معالجة نازلة الرجوع عن القبول في ثنايا القانون، والمتبع للنصوص يجد أنه و بمادة (23) (يجوز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق لشروط البيع أو إذا لم يحترم مقدم الخدمة آجال تسليمه وذلك خلال عشرة أيام تحتسب من تاريخ التسليم، وفي هذه الحالة يجب على مقدم الخدمة إرجاع المبلغ المدفوع والمصاريف الناجمة عن ذلك إلى المستهلك خلال عشرة أيام من تاريخ إرجاع المنتج، وفي جميع الأحوال يتلزم مقدم الخدمة بالتعويض عن الأضرار التي يكون قد سببها للمستهلك إذا كان هناك مقتضى).

كما تنص المادة (33) من ذات القانون، على (مع مراعاة أحكام المادة (29) من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء خلال عشرة أيام تحتسب من تاريخ تسلم المستهلك للبضاعة أو من تاريخ إبرام العقد بالنسبة لتقديم الخدمة، ويتم إخبار مقدم الخدمة بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقاً في العقد وفي هذه الحالة، يجب على مقدم الخدمة إرجاع المبلغ إلى المستهلك في مدة أقصاها عشرة

أيام من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصروفات الناجمة عن إرجاع البضاعة).

كما تنص المادة(34) من ذات القانون باستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يجوز للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالي (ا-إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب مواصفات شخصية أو تزويدته بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الهلاك أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها. الخ..).

المبحث الثاني

النطاق القانوني لحق الرجوع عن القبول بالعقود المبرمة عن بعد وأثاره

عند الحديث عن أي حق، لا بد من بيان نطاق ذلك الحق سواء أرتبط ذلك بزمان ممارسة ذلك الحق، وبيان الآثار المرتبة على كل من طرف العقد ولبيان ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول

النطاق القانوني لحق المستهلك الإلكتروني بالرجوع عن القبول

عند ممارسة المستهلك لحق الرجوع يتوجب عليه مراعاة القيود المفروضة على حقه بتلك الممارسة، وهذا لا يتعارض مع طبيعة هذا الحق بأنه خيار، فهو خيار متاح له، وغير ملزم به، إلا أنه مقيد بأجال فليس من العدل أن يبقى مسموح للمستهلك بالعدول عن القبول أبد الدهر، ولبيان ذلك فإننا سنتناول هذا المطلب ضمن فرعين:

الفرع الأول: النطاق الزماني لممارسة حق الرجوع عن القبول:

تنص المادة(33) من قانون المعاملات الإلكترونية على (يجوز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق لشروط البيع أو إذا لم يحترم مقدم الخدم آجال تسليمه وذلك خلال عشرة أيام تتحسب من تاريخ التسليم..الخ.). ويظهر بأن المشرع قد قرر منح مدة زمنية لممارسة حق العدول، بغية اتاحة فترة للتفكير والتأمل للمستهلك، ورتب المشرع على عدم ممارسة الحق بالرجوع خلال الأجال المضروبة، سقوط الحق بالرجوع، ويجب التفرقة بين طريقة احتساب وقت سريان مهلة العدول القبول المرتبطة بالسلع والبضائع عن الأجال المرتبطة بالعقود المنصبة على خدمات، إذ أن المشرع قد أشار إلى مدة عشرة أيام من تاريخ أسلام المنتج بالنسبة للسلع.

وأما عن احتساب مدة العدول عن الخدمات، فهل يتم الاحتساب من تاريخ إبرام العقد، أو من تاريخ تقديم الخدمة؟

ينذهب جانب من الفقه¹، وهذا الذي هو عليه التوجيه الأوروبي لحماية المستهلك، بأن لحظة احتساب حق العدول بخصوص الخدمات، قائمة على فكرة المنفعة الفعلية، وهو مرتبط بشكل مباشر بفكرة القبول، فتزويـد خدمات الأنـترنت يبدأ عملية احتساب مدة الانتفاع من تاريخ وصول الخـدمة، لا من تاريخ انـعقـاد العـقد.²

والمتبـع للنصـوص الوارـدة في قـانون المعـاملات الإلـكتروـنية الفلـسطـيني، يـجدـ بأنهـ أخذـ بـفـكـرةـ اـحتـسـابـ الـحقـ بالـعـدوـلـ منـ تـارـيخـ انـعقـادـ العـقدـ، وـمـعـاـمـلـتـهـ لـهـذـاـ الحـقـ معـالـمـةـ الـعـقـودـ التـقـليـدـيـةـ، وـيـظـهـرـ ذـلـكـ جـلـيـاـ فيـ المـادـةـ (33)ـ وـالـيـ تـنـصـ عـلـىـ (يمـكـنـ لـلـمـسـتـهـلـكـ الـعـدوـلـ عـنـ الشـرـاءـ خـلـالـ عـشـرـةـ أـيـامـ تـحـسـبـ مـنـ تـارـيخـ تـسـلـمـ الـبـضـاعـةـ أـوـ مـنـ تـارـيخـ إـبرـامـ عـقدـ بـالـنـسـبـةـ لـتـقـديـمـ الـخـدـمـةـ).

ونـرىـ بـأـنـ مـوـقـفـ الـمـشـرـعـ فـيـ تـلـكـ النـقـطـةـ غـيرـ مـوـقـعـ، إـذـ أـنـ الـخـدـمـاتـ الغـيرـ مـادـيـةـ يـتـحـقـقـ الـانـتفـاعـ بـهـاـ لـحظـةـ الـتـمـكـنـ مـنـهـاـ، وـلـاـ يـجـبـ الـخـلـطـ بـيـنـ السـلـعـ وـالـخـدـمـاتـ لـاخـتـلـافـ كـلـ مـنـ هـمـاـ، لـذـاـ نـوـصـيـ بـأـنـ يـقـومـ الـمـشـرـعـ بـالـنـصـ عـلـىـ تـعـدـيلـ الـمـادـةـ، وـجـعـلـ مـدـةـ الـاحـتـسـابـ تـبـدـأـ مـنـ تـارـيخـ بـدـأـ الـانـتفـاعـ بـالـخـدـمـةـ.

الفـرعـ الثـانـيـ:ـ النـطاـقـ المـوـضـوعـيـ لـلـعـقـودـ الـوارـدـ عـلـيـهـ حـقـ الـعـدوـلـ:

تنـصـ المـادـةـ (33)ـ مـ قـانـونـ الـمـعـاملـاتـ الإـلـكتـروـنيـةـ عـلـىـ أـنـهـ (لاـ يـجـوزـ لـلـمـسـتـهـلـكـ الـعـدوـلـ عـنـ الشـرـاءـ):

- 1- إذا تم تزوـيدـ المـسـتـهـلـكـ بـمـنـتـوـجـاتـ حـسـبـ مـوـاصـفـاتـ شـخـصـيـةـ لـاـ يـمـكـنـ إـعادـهـ أـرـسـالـهـاـ أـوـ كـانـتـ قـاـبـلـةـ لـلـتـلـفـ، أـوـ الـهـلاـكـ أـوـ الـفـسـادـ لـاـنـتـهـاءـ مـدـةـ صـلـاحـيـهـاـ
- 2- إذا قـامـ المـسـتـهـلـكـ بـتـنـزـعـ الـأـخـتـامـ عـنـ التـسـجـيـلـاتـ السـمـعـيـةـ وـالـبـصـرـيـةـ أـوـ الـبـرـمـجيـاتـ.

وـتـضـعـ بـعـضـ التـشـريـعـاتـ قـيـودـ عـلـىـ حـقـ الـعـدوـلـ بـالـنـسـبـةـ لـلـعـقـودـ الـتـيـ تـبـرـمـ عـنـ بـعـدـ وـأـنـ تـعـلـقـ بـالـمـسـتـهـلـكـيـنـ، وـمـثـالـهـ أـنـ تـمـ أـعـدـادـ السـلـعـ بـنـاءـ عـلـىـ رـغـبـةـ الـمـسـتـهـلـكـ ذـاتـهـ، وـحـسـبـ مـقـاسـهـ، لـأـنـ حـقـ الـعـدوـلـ بـهـذـاـ الـمـعـنـيـ يـعـنـيـ أـنـ السـلـعـ عـنـدـ إـرـجـاعـهـاـ سـتـصـبـحـ وـالـعـدـمـ إـذـ أـنـهـ تـمـ تـصـمـيمـهـاـ بـنـاءـ عـلـىـ رـغـبـةـ الـمـسـتـهـلـكـ ذـاتـهـ، وـكـذـلـكـ الـأـمـرـ فـيـماـ يـتـعـلـقـ بـالـنـسـبـةـ لـفـضـ الـأـخـتـامـ عـنـ السـلـعـ، وـهـوـ مـاـ يـؤـدـيـ إـلـىـ تـضـاؤـلـ قـيـمـتـهـاـ.³

¹ نورـةـ، بـسـعـدـيـ، مـرـجـعـ سـابـقـ، صـ 443ـ.

² انـظـرـهـذـاـ الـمـعـنـيـ، رـبـاجـيـ، أـحـمـدـ، مـرـجـعـ سـابـقـ، صـ 144ـ.

³ دـ.ـربـاجـيـ، أـحـمـدـ، مـرـجـعـ سـابـقـ، صـ 143ـ.

المطلب الثاني

آثر العدول عن القبول في العقود المبرمة عن بعد

العقود المبرمة عن بعد هي عقود مكونة من طرفين كحد أدنى، قد ترد على خدمة أو على منتج، ويتربّع عليها أثار تجاه كل من طرفيها عند العدول، إذا يملك المستهلك خيار الرجوع عن القبول، كما يتزامن بالمقابل التاجر "القابل للإيجاب" برد قيمة السلعة، لبيان فأننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: آثر الحق بالعدول عن القبول بالنسبة للمستهلك:

أولاً: بالنسبة للمنتج أو السلعة: فقد رتب المشرع على المستهلك في حالة رغبته بالعدول عن القبول المرتبط بالسلع والمنتجات، إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، فإن كان العقد وراد على سلعة، وجب رد السلعة بنفس الصورة التي استلمها، وهذا ما يفهم من نص المادة(32) من قانون المعاملات الإلكترونية (يجوز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق لشروط البيع. أخ....)، ويتصحّ بأن المشرع ألزم المستهلك برد السلعة بالصورة التي كانت عليها عند استلامه إليها، وأن تلفت السلعة بسبب سوء حفظها من قبل المستهلك تحمل تبعه الهلاك، لأنه ملزم ببذل عناية الرجل المعتمد بالمحافظة عليها، وهذا ما جرى عليه النص في التوجيه الأوروبي رقم 2011-83، لحماية المستهلكين¹.

والملاحظ بأن المشرع الفلسطيني قد حصر الخيارات تجاه المستهلك، إذ أجاز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته التي كان عليها عن الاستلام، ولم يشر لإمكانية الاستبدال، حال لم يكن هناك غش في العملية التعاقدية.

وأرى بأنه من الأجرد، أتاحه المجال للاستبدال متى كانت المعاملة لم يشوّها غش، إذا يمكن أن تتلف البضائع والسلع بسبب عوامل طبيعية أثناء النقل، ولأن الأصل فالالتزامات تمامها، لذلك أقترح بأن يتم إعادة صياغة النص بإضافة مصطلح استبدال وفقاً لل التالي (يمكن للمستهلك العدول عن الشراء أو طلب استبدالها من تاريخ تسلم البضاعة. مع البقاء على باقي النص على ما هو).

أما بخصوص الخدمات المتعاقد عليها فيما بين الطرفين، فيكتفي إشعار القابل، برغبته بالعدول عن استعمال الخدمة، لأن الخدمات ما هي إلا أدوات غير مادية تساعده الشخص على أتمام أعماله ونشاطاته، لا يمكن ردها كالسلع والمنتجات، وهذا ما نصت عليه المادة(29) من قانون المعاملات (يمكن للمستهلك العدول

¹ نصت المادة رقم (20) من التوجيه الأوروبي رقم 2011-83 المتعلق بحماية المستهلكين على أنه (في حالة العقود التي تنص على أن المورد يشحن السلع للمستهلك، فإنه يتم نقل تبعه تلف أو هلاك هذه السلع إلى المستهلك، متى كانت حياتها المادية، بيد هذا الأخير، أو طرف ثالث يعينه هو من غير الناقل، أخ.... للمزيد أنظر نص المادة(20) من ذات الاتفاقية).

عن الشراء خلال عشرة أيام تحتسب ... أو من تاريخ إبرام العقد بالنسبة للخدمة، ويتم إخبار مقدم الخدمة بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقاً).

ثانياً: بالنسبة لتحمل تكاليف إرجاع المنتج فقد ميز المشرع بين حالتين:

الحالة الأولى: متى كان العدول مبني على أن المنتج غير مطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها عن التعاقد، فإنه يتم ارجاع السلعة والخدمة على نفقة المزود أو التاجر، وهذا ما نصت عليه المادة(33) (وفي جميع الأحوال يلتزم مقدم الخدمة بالتعويض عن الأضرار التي يكون قد سببها للمستهلك إذا كان هناك مقتضى).

الحالة الثانية: متى كان العدول غير مبني على أي سبب مشروع، فإن المستهلك يتحمل تكاليف النقل والإرجاع، وكل ما يتبع ذلك من مسؤولية، وهذا ما يفهم من نص المادة (33).

وأرى بأن موطن وجوه الخلاف في مسألة معارضة حق الرجوع عن القبول مع مبدأ القوة الإلزامية للعقد يكمن في هذه القضية المشار إليها ضمن المادة (33) من قانون المعاملات، فالناظر لمسألة للوهلة الأولى يشعر بأن هناك ظلم واقع على المزود أو التاجر المرسل للبضائع، إذ لا يعقل أن يقوم المرسل بتغليف وشحن البضاعة وارسالها لدولة أخرى، ويأتي المستهلك فيما بعد ويشعرني بأنه سوف يقوم بأعاده السلعة، دون الحاجة لبيان أي سبب.

ويرى بعض الباحثين، بأن مبررات العدول عن القبول في العقد الإلكتروني ترجع لعجز نظرية عيوب الإرادة عن توفير الحماية الكافية للمستهلك حيث لم تعد تناسب مع التعاملات الحديثة.¹

والبعض الآخر اعتبر بأن حق العدول نشأ نتيجة وجود فراغ تشريعي يحمي المستهلك، بأعتباره طرف ضعيف في العملية التعاقدية، سيان أنه يتم إبرام العقد عن بعد ولم يتم معاينة البضاعة بشكل سليم، بحيث ينساق وراء الإعلانات التجارية الممولة²، والتي غالباً ما تستهدف شريحة معينة وهو ما قد يؤدي للتغيير بالمستهلك أو الزبون مما يوقعه في غلط في عملية التعاقد، وبذلك فإن منح المستهلك فرصة أخيرة بعد وصول السلعة إلى يده والنظر عليها، يمنحه فرصة للتخلص من الأضرار التي قد تصاحب تلك المعاملة، ويعطي المتعاقد حرية واسعة في تكوين رأيه بشكل مستنير ومتبصر، بعد المعاينة التامة الكافية للمنتج.

ونرى بأن طبيعة المعاملات الإلكترونية تحتاج للانفراد بنصوص خاصة، تعالج الواقع المستحدث بشكل يختلف عن الواقع التقليدية، ونرى بأن هذا الأمر لا يعتبر تعدي على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، فنجد أن

¹ نورة، بسعدي، النطاق القانوني لحق المستهلك الإلكتروني في العدول وفق قانون التجارة الإلكترونية الجزائري والقانون المقارن، بحث منشور في مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 10، العدد 1، تاريخ النشر 01/06/2022 ، صفحة 441، وما بعدها.

² بوالكور، رفيقة، مرجع سابق، صفحة 1007.

المشرع بالقانون المدني، اعطى الحق للواهب بالرجوع عن الهيئة وفقاً لنص المادة رقم (536) (للواهب أن يرجع في الهيئة قبل القبض دون رضاء الموهوب له)، وكذلك الأمر بالنسبة لحق المغير باسترداد العارية قبل انتهاء مدتها، هذا بالنسبة لما هو متعلق بالعقود التي تلاقى فيها القبول مع الإيجاب، وتم انفاذ العقد والتسليم والتسليم فيه وهي عقود تامة، وتلك الشخص منحت لأسباب خاصة قدرها المشرع، وهو ما يعني جواز الخروج عن الأصل عند الحاجة .

وأما عن العقود الغير تامة أن جاز وصفها بذلك، مثل رد العربون والرجوع عن الالتزام وأن كان خياراً متاح للمتعاقدين، فإنه يعتبر رجوع عن الاتفاق المبدئي للمتعاقدين.¹

وبالنسبة للأعقاء من تحمل المسؤولية فقد ميز المشرع في قانون المعاملات الإلكترونية بين حاليين:

الحالة الأولى: حالة ما انتاب العملية التعاقدية غش، وحيلة، فترت على المتسبب بذلك تحمل كامل المسؤولية، كجزء ل فعله وسوء نيته، وهذا ما نصت عليه المادة (238)، والتي تشير إلى أنه (يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن الالتزامات العقدية، ... ألا ما يكون غشاً أو خطأ جسيماً... الخ.)، وتنص المادة (190) من القانون المدني، أنه، (يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة عن الفعل الضار، ومع ذلك يجوز اشتراط تشديد المسؤولية، مالم ينص على خلاف ذلك).

وفي حال الاتفاق فيما قبل وقوع الضرر على الأعقاء، لأي سبب كان، سوى حالي الغش والخطأ الجسيم الواقع المرتبط بالمورد نفسه، فيمكن القانون المتعاقدان من الاتفاق على الاعفاء والتخفيف من المسؤولية وتشديدها ان تطلب ذلك، وفقاً لما نصت عليه المادة (238) من القانون المدني، ^{فيهـ} من ذلك بأنه يجوز الاتفاق فيما بين المتعاقدين على تحمل تكالفة العدول مناصفة، أو يمكن أعفاء المورد من تكالفة النقل، مع التزامه برد قيمة السلعة.

الحالة الثانية: حالة عدم وجود سبب للعدول: تفترض هذه الحالة عدم وجود سبب للعدول عن القبول، وبالتالي فإنه ليس من العدالة تحويل المورد، تكاليف النقل واجرة التفريغ والشحن، إذ إن إتاحة المجال للعدول عن القبول لا يعني تكبيد التاجر تكاليف لا أساس لها، وهو ما يهدف إلى حماية التاجر ذاته، وهذا ما يفهم ضمناً وفقاً لما أورده المادة رقم (33) من قانون المعاملات الإلكترونية والتي نصت على (يمكن للمسئلوك العدول عن الشراء.... وتحملي المسئلوك المصارييف الناجمة عن إرجاع البضاعة).

وبرأي أنه لا ينبغي السماح للمسئلوك بالعدول عن القبول دون مبرر بشكل مطلق، إذ يجب تقييده بحسب قيمة البضاعة المتعاقد عليها، إذ أن أطلاق العنوان للمسئلوك، يعني أحقيته بالعدول عن القبول في كل

¹ انظر لهذا المعنى د. البلعاوي، سيف الدين، مرجع سابق، ص 59.

العقود، قلت قيمتها أو كثرت، وهذا غير عادل، وللأسف لم يرد قيد ضمن نص المادة (33) من قانون المعاملات.

فخصوصية العدول عن القبول، لم توضع لقيام المستهلك بالتعسف باستخدام هذا الحق، ولذا نقترح بأن يتم تعديل نص المادة (33)، (يمكن للمستهلك العدول عن الشراء خلال عشرة أيام تحتسب من تاريخ تسلم المستهلك للبضاعة،، وفي حالة العدول الغير مبرر، لا يجوز العدول عن البضائع التي تقل قيمتها عن 500 دولار أمريكي، ويتحمل المستهلك المصروفات الناجمة عن إرجاع البضاعة).

الفرع الثاني: آثر الحق بالعدول عن القبول بالنسبة للمورد أو التاجر المرسل:

إذا أستعمل المستهلك المتلقى للسلعة أو الخدمة، حقه بالعدول، خلال المدة القانونية المسموح بها للعدول، ألتزم المورد برد المبالغ التي استلمها عند انعقاد العقد، ووفقاً لما هو مقرر بالمادة(32) (يجوز للمستهلك إرجاع المنتج.....، وفي هذه الحالة يجب على مقدم الخدمة إرجاع المبلغ المدفوع والمصاريف الناجمة عن ذلك إلى المستهلك خلال عشرة أيام من تاريخ إرجاع المنتج، وفي جميع الأحوال يتلزم مقدم الخدمة بالتعويض عن الأضرار التي يكون قد سببها للمستهلك إذا كان هناك مقتضى).

ويتبين من النص بأن المشرع قد فرض على المزود للخدمة رد القيمة النقدية التي أستحصل عليها كمقابل للمتعاقد عليه، وذلك خلال مدة عشرة أيام من تاريخ استلام البضاعة أو المنتج، وضمن أيضاً للمستهلك حقه بالتعويض عن أي ضرر لحقه تسبب به المزود بشكل أدى لتكبده المستهلك المتلقى للبضاعة خسارة، والضرر يقدر بمقدار ما أوقعه المزود من أضرار بالمستهلك، مثل دفع نفقات العمال عند نقل البضاعة بهدف إرجاعها، وتكاليف الشحن ورسوم الشحن.

ونرى بأن المشرع لم يفرض على المزود فائدة على رأس المال المحجوز لديه، حال قيامه بالتأخر بالدفع، سيان أن المستهلك قد يرغب بشراء سلعة، ونتيجة تأخر وصول الأموال، صعد سعر المنتج، ونرى بأنه لا ضير بالنص على أن يتم أضافة ما نسبته 5% على مجموع رأس المال، حال التأخير عن الدفع مدة تزيد عن 30 يوم، رغبة بتضيق الخناق على التجار، وهذا ما جاري العمل عليه في قانون الاستهلاك الفرنسي.¹

الخاتمة:

العقود الإلكترونية ذات طبيعة خاصة، طرفها لا يجتمعون بمجلس واحد، ولضمان الحماية للطرف الضعيف في هذه المعاملات منح المشرع للمستهلك الحق بالرجوع عن القبول، لا عطاءه الفرصة الكاملة بعد وصول البضاعة أوليه للتقرير بمدى رضاه عن السلعة، وهو ما يعني بالمفهوم القانوني، تحقق الرضا، وجانب

¹ تنص المادة رقم 04/242 من قانون الاستهلاك الفرنسي على (المبالغ الواجبة السداد تزداد تلقائياً حسب معدل الفائدة القانوني، فلو تمت عملية السداد في أجل لا يتعدي 10 أيام من انتهاء المواجهة المحددة فإن الفائدة تكون بنسبة 5%....أدنى).

من الفقه وهو الراجح يرى بأن العدول عن القبول هو خيار مقرر للمستهلك خلال مدة معينة، يسمح له العدول عن القبول أو القبول التام للعقد، وعملية الرجوع عن القبول لا تشرط بيان مبررات الرجوع، وأيضاً الرجوع عن القبول يؤدي إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فيقوم المستهلك برد السلعة، والمزود يقوم برد قيمتها، ولا يعفى المزود من تحمل التعويض والمصاريف أن قام بالتعاقد مستعملاً طريقة من طرق الغش.

النتائج:

- الرجوع عن القبول في المعاملات الإلكترونية، هو نظام حماية للمستهلك من نوع خاص.
- الرجوع عن القبول مقرر وفق للتوجه الأوروبي لحماية المستهلكين، وفقاً للتشريع الفرنسي، وكذلك فقاً للقانون الفلسطيني، ومشروع قانون المبادرات.
- الرجوع عن القبول لا يتعارض مع مبدأ القوة الإلزامية للعقد، بل هو نموذج مستقى من أحكام القانون المدني، حيث إن المشرع قد أجاز للواهب بعد انعقاد العقد الرجوع.
- هناك تلازم بين القانون المدني، وقانون المعاملات الإلكترونية، حيث إن الأخير قد أحال للقانون المدني كل المسائل المتعلقة بصحة العقد والإرادة والنفاذ عند الاقتضاء.
- لا يجوز أعفاء المتسبب بالضرر في المعاملات التي تبرم عن بعد متى كانت قائمة على الغش.
- المستهلك غير ملزم ببيان الأسباب الدافعة للعدول عن القبول، ومتي قام ذلك تحمل المستهلك مصاريف الرد والرجوع.
- في حال ما كانت السلعة غير مطابقة للمواصفات تحمل المزود تكاليف الرد.
- حق العدول عن القبول حق مقرر للمستهلك للبضائع والخدمات، وغير مقرر للمزود أو التجار قبل بعضهم البعض.
- ممارسة حق العدول عن القبول، يبدأ احتسابه بالنسبة للسلع خلال مدة عشرة أيام من تاريخ تسلم البضاعة، وعشرون أيام يبدأ احتسابها من تاريخ أبرام العقد بالنسبة للخدمة، وفق نص قانون المعاملات.

الوصيات:

- أوصي بضرورة تعديل بعض النصوص القانونية في القانون المدني، وذلك من خلال ربط ما هو وارد في نظرية العقد، بالعقود التجارية، بحيث يحصل اندماج يزيل أي لبس أو نقاش.
- أوصي بتعديل المادة رقم (32) من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطينية وذلك من خلال إضافة مصطلح "استبدال أو إرجاع المنتج، كما هو الحال في قانون حماية المستهلك الفلسطيني في المادة رقم (3) على أن (استبدال السلعة أو)، بحيث يصبح النص على النحو التالي (يجوز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق لشروط البيع أو استبدلته متى أمكن ذلك... الخ.

- 3- أوصي بضرورة فرض فوائد قانونية على عملية التأخير في رد قيمة السلع المستهلك بعد وصول السلع للمزود لمدة تزيد عن 30 يوم من تاريخ الاستلام الفعلي للسلعة.
- 4- أوصي بضرورة مراجعة المادة (33) من قانون المعاملات الإلكترونية، وفرض قيود على المستهلك عند الرجوع، إذ غير منطقي أن يتم إرجاع البضاعة أو السلعة دون سبب، وهو ما يعتبر تعسف باستخدام النص، وأن تحمل المستهلك كلفة الإرجاع.
- 5- أوصي بضرورة تعديل نص المادة رقم (33) إذا ان المشرع قرر احتساب حق ممارسة العدول خلال مدة عشرة أيام من تاريخ أبرام العقد بالنسبة للخدمات، وهذا أمر غير مقبول فالخدمة يتحقق الانتفاع بها بمجرد استعمالها ولا علاقة لتاريخ انعقاد العقد بذلك.
- 6- أوصي بضرورة تعديل المادة (33) من قانون المعاملات، وذلك بوضع قيد على قيمة مالية للسلع التي يجوز العدول عنها دون مبرر، وضبطها بحد أدنى، حتى لا يتم استغلال هذا الحق والتعسف باستعماله.

المصادر:

- القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.
- قانون المعاملات الإلكترونية رقم (6) لسنة 2013.
- التوجيه الأوروبي رقم (83) لسنة 2011 المتعلق بحماية المستهلكين.

المراجع:

- د. البلعاوي، سيف الدين محمد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الناشر مكتبة القدس بغزة، سنة 2011.
- الكاساني، علاء الدين، بدائل الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت، لعام 1982-طبعة الثانية، الجزء السادس.
- حسن، يحيى يوسف فلاح، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة مقدمة لاستكمال نيل درجة الماجستير في القانون الخاص - بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، لسنة 2007.
- مصطفى، أبراهيم، الزيات، أحمد حسن، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية الإدارية العامة للمعجمات وإحياء التراث، الناشر المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، تركيا، الجزء الأول باب الراء.

المجلات والمنشورات:

- بوالكور ، رفيقة، الأحكام القانونية لحق المستهلك في العدول عن العقد ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد 12 ، العدد 01 ، لسنة: 2021/04/28.
- بوكانز خليل وأخرين، آثر حق العدول في عقود التجارة على مبدأ الحرية التعاقدية، بحث منشور ضمن منشورات مجلة الدراسات والبحوث القانونية -المجلد 7-العدد 1 . تاريخ النشر 2022/01/15.

- د. رياحي، أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 2011-83 المتعلقة بحقوق المستهلك، وقانون الاستهلاك الفرنسي، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 03 جانفي 2016.
- د. محمد، عقوني، أستاذ محاضر (ب)، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع، لسنة 2017.
- نورة، بسعدي، النطاق القانوني لحق المستهلك الكتروني في العدول وفق قانون التجارة الإلكترونية الجزائري والقانون المقارن ، بحث منشور في مجلة القانون الدولي والتنمية . المجلد 10 ، العدد 1 ، تاريخ النشر 01/06/2022.

تم بحمد الله

دور الدولة في السياسة السعرية والرقابة عليها في الشريعة الإسلامية

الدكتور رحمة الله حبوب محمد أحمد

الأستاذ المشارك بجامعة الأمام المھدى - كلية الشريعة و القانون -

المحامي وموثق العقود

مستخلص البحث

هدفت الدراسة التي بعنوان ((دور الدولة في السياسة السعرية والرقابة عليها في الشريعة الإسلامية) إلى دور التسعي في استقرار أمن الدولة والحفاظ على مؤسساتها من رعایاها ، كما تظہر مشكلة البحث في كيفية ومتى تدخل الدولة في تحديد التسعير، والمنهج المتبع في كتابة هذا البحث هو المنهج التاريخي الوثائقي مع مناقشة بعض الآراء الفقهية . وخلصت الدراسة إلى أهم النتائج التي بينت فيه

أن للدولة الحق في حالة الضرورة أن تدخل وتمتنع التجار من الاحتکار للمواد الضرورية التي يقتات بها الناس . عدم الغلو في الأسعار حتى لا يلحق الظلم بالمستهلكين . كما ذيل البحث في خاتمته بفهرس المراجع والمصادر .

Abstract

The study which is under the title (the role of the state in pricing policy and controlling it in Islamic law .aims at the role of pricing in the security of the state and keeping its establishments from its subjects. And the research problem is clear in how and when the state interferes in limiting the prices. The method which the researcher has followed is the historical documental method plus the discussion of some jurisprudent opinions. And the following are the important results of the study ;the state has a right to interfere to prevent merchants from monopolizing

the necessary consumer goods and to limit the prices .the important recommendations are .to direct the producers of necessary goods or products not to make the prices high .so as not to wrong the consumers .the research is ended with references and sources .

مقدمة

الأصل في الشريعة الإسلامية أن على الدولة واجب مراقبة حركة السوق وعلى الخصوص مراقبة حركة الأسعار صعوداً وهبوطاً، ودراسة العوامل المؤثرة في الحركة السعرية ذلك لأنه من الثابت في الفقه الإسلامي أن ثمن السوق إنما تحدده عوامل العرض والطلب في الأحوال العادية، أما الأحوال غير العادية فقد يتحدد ثمن السوق بأي سبب من الأسباب، أو لأي عامل من العوامل المؤثرة مثل أحوال الاحتكار الطبيعي الذي يتطلبه حجم المشروع ونفقاته الثابتة مثل الكهرباء، أو احتكار التواطؤ الناشئ عن تواطؤ واتفاق المنتجين أو المستهلكين¹ وفي الأحوال العادية يوصف السعر بأنه سعر عادل لأنَّه غير مجحف بطرف العميلية الاقتصادية البائع (عنصر نفقة إنتاج السلعة) والمشتري (عنصر منفعة السلعة) وفي هذه الحالة فإنه ليس للدولة حق التدخل وفرض سياسة سعرية متبناه، لأن ارتفاع الأسعار وانخفاضها إنما كان نتيجة لتغيرات العرض والطلب وهي تغيرات طبيعية ومقبولة في الحدود التي يقتضيها أو يستلزمها هذا التغيير ذلك لأن (اجبار الناس على بيع مالا يجب أو منعهم مما يباح شرعاً ظلم لهم والظلم حرام)² (ولا يمنع البائع ربحاً ولا يسوغ له ما يضر بالناس)³

أما في الأحوال غير العادية فإن ثمن السوق يوصف في هذه الحالة بأنه غير عادل، لأنَّه مجحف بأحد الطرفين المنتج والمستهلك، وعندما يتحتم على الدولة أن تتدخل وفرض سياسة سعرية متبناة في فرض التسعيرة الجبرية أو بتعويضاً آخر نمط من أنماط التسعير الإداري.

أولاً-أسباب اختيار الموضوع:

1. توضيح مفهوم التسعير في الشريعة الإسلامية.
2. التعرف على حكم التسعير في الشريعة الإسلامية.
3. بيان أقسام التسعير في الشريعة الإسلامية.
4. بيان معايير التسعير عند فقاء الشريعة الإسلامية

5- مدى تدخل الدولة في تسعير السلع

¹ نحو اقتصاد إسلامي ، محمد شوقي الفجرى ، الطبعة الثانية 1981م شركات مكتبات عكاظ بجدة و الرياض: 121 ، و الإسلام و عدالة التوزيع له . بحث منشور في ندوة الاقتصاد الإسلامي: 356.

² الحسبة ، لابن تيمية: 41.

³ الحسبة لابن تيمية 40

ثانيا- أهمية الموضوع -

تأتي أهمية موضوع التسuir في استقرار أسعار المعروضات وكثرة الطلب عليها خاصة في المواد الضرورية لإنقاذ حياة الإنسان الغذائية والصحية

ثالثا- أهداف البحث:

1. التأصيل الفقهي لمسألة التسuir.
2. مدى مراقبة الدولة لعملية التسuir.
3. دور التسuir في استقرار أمن الدولة والحفاظ على مؤسساتها من رعایتها.

رابعا- أدوات البحث

اعتمد البحث على الآيات القرآنية المتعلقة بالتسuir وكتب الأحاديث والكتب الفقهية وفقاً للمذاهب الاربعة بالترتيب وفقاً للأقدمية

خامسا- مشكلة البحث:

1. ما هو مفهوم التسuir عند فقهاء الشريعة.
 2. مدى تضارب أقوال الفقهاء والخروج بالرأي الراجح لمسألة التسuir.
- 3- متى تتدخل الدولة في تحديد التسuir

سادسا- منهج البحث: اتبعنا المنهج التاريخي الوثائقى المعتمد على النصوص القرآنية في مسألة التسuir والأحاديث النبوية وأراء الفقهاء من كل المذاهب الشرعية والخروج بآلية فعالة لمسألة التسuir والرقابة في استقرارها.

سابعا- خطة البحث**المبحث الأول -تعريف التسuir****المبحث الثاني - حكم التسuir في الفقه الإسلامي****المبحث الثالث - أنواع التسuir في الفقه الإسلامي****المبحث الرابع - الأسس المعتمدة للتسuir في الفقه الإسلامي**

المبحث الأول: تعريف التسعير.

أولاً: تعريف التسعير في اللغة:

تدور معاني التسعير في اللغة على معنى واحد هو تقدير السعر ، والسعر هو الذي يقوم عليه الثمن ، وجمعه أسعار، ويقال أسعروا وساعروا بمعنى واحد وهو الاتفاق على سعر مقدر^١.

ساعت الشيء تسعيراً جعلت له سعراً معلوماً ينتهي إليه وأسعرته بالألف لغة ، وله سعر إذا زادت قيمته ، وليس له سعر إذا أفرط رخصه والجمع أسعار مثل : حمل وأحمال وساعت النار سعراً من باب نفع ، وأسعرتها إسعاراً أوقدتها فاستعرت^٢.

السعر هو الذي يقوم عليه الثمن وجمعه أسعار ، وقد أسعروا وساعروا بمعنى واحد اتفقا على سعر وفى الحديث أنه قيل للنبي صلى الله عليه وسلم سعر لنا فقال : إن الله هو المسعري أنه هو الذي يرخص الأشياء ويفعلها فلا اعتراض لأحد عليه ؛ ولذلك لا يجوز التسعير^٣.

ثانياً: التسعير في القانون:

تعريف التسعير في القانون بأنه: (تعهد الدولة إلى تحديد ثمن معين وتجبر البائعين و المشترين على احترامه وتفرض جزاء على كل من يتجاوزه)^٤.

ووقع تعريف السلعة المسورة في القانون بأنها: (السلعة التي يحدد لها وفقاً للقانون ثمن معين لا ينبغي تجاوزه ويكون التعاون بين الأفراد على أساسه وتحديد الثمن قد يعين بوجه صريح قاطعاً أو قد يتم على أساس قواعد وضوابط معينة يوصل أعمالها إلى تحديد السعر بشكل لا لبس فيه^٥.

عليه أستخلص بأن تسعير السلع يحدد بجهة لها قوة إلزامية وهي الدولة عبر لوائح ونظم وعمل إداري دؤوب يحدده القائمون على أمر الدولة إما عن طريق مؤسساتها التنفيذية والمتمثلة في المجالس التشريعية أو إصدار أوامر محلية من الولاة عبر إدارات

^١ لسان العرب ، ابن منظور (سع) 4/365. و أساس البلاغة ، للزمخري: 396 ، و القاموس 2/48 و الصحاح ، للجوهرى (سع).

² - المصباح المنير : لأحمد بن محمد بن على المقرى الفيومي ج 1 ص 277 طبعة المكتبة العلمية بيروت .

³ - لسان العرب : لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ج 4 ص 365 طبعة دار صادر بيروت – الطبعة الأولى .

⁴ قانون العقوبات الخاص في جرائم التموين ، دار النهضة العربية ، المطبعة العالمية – القاهرة 1969م: 323.

⁵ قانون العقوبات ، حسن المرصفاوي ، منشور في موسوعة القضاء و الفقه ، 744/47

محلياتهم المختلفة في حالة ضرورة قصوى استثناء وذلك عند احتكار المنتجين للسلع التي يقتاد بها الناس في حياتهم اليومية ولا لا يجوز لها ان تتدخل في اموال الناس فالبيع بالتراضي بين البائعين

ثالثاً: التسعير في الفقه الإسلامي:

وقد عرفه من المالكية ابن عرفة وتابعه المجيولي بأنه: (تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرأً للمبيع المعلوم بدرهم معلوم)^١

وعرفه الباقي: (بأن يحدد الحاكم لأهل السوق سعراً ليبيعوا عليه فلا يتتجاوزونه)^٢ نجد ان التعريفين فيما تضارب حيث حدد الأول لحاكم السوق ان يحدد السعر وفقط في المأكول -اما تعريف الباقي جعل التسعير للحاكم مطلق دون التقييد بحاكم السوق ودون التقييد بـمأكولات فهو تعريف عام للتسعير

وعند الشافعية عرفه الشيخ زكريا الأنصاري بقوله : أن يأمر الوالي السوق أن لا يبيعوا أمتعمتهم إلا بسعر كذا ولو في وقت الغلاء على الناس في أموالهم^٣.

وعرفه صاحب الإعانة من الشافعية بأن: (يأمر الوالي السوق بأن لا يبيعوا أمتعمتهم إلا بكذا)^٤. وهذا تعريف الشربini في المغني^٥.

وعرفه من الحنابلة الرحيباني بقوله: (أن يقدر السلطان أو نائبه سعراً للناس ويجبرهم علي التباعي بما قدره)^٦.

عرفه البوطي بقوله : هو منع الناس البيع بزيادة على ثمن يقدرها^٧.

وعرفه البوطي أيضاً بقوله : التسعير أن يسعر الإمام أو نائبه على الناس سعراً ويجبرهم على التباعي به^٨. وعرفه من الزيدية الشوكاني بقوله: (أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولی من أمور المسلمين أمراً ، أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعمتهم إلا بسعر كذا فيمنعوا من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة)^٩

^١ أحكام التسعير ، للمجيولي: 41.

^٢ المنقى ، للباقي 18/5.

^٣ - أنسى المطالب شرح روض الطالب : للشيخ زكريا الأنصاري المتوفى سنة 926- ج 2 ص 38 طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة 2000 تحقيق د محمد تامر .

^٤ إعانة الطالبين 25/3.

^٥ مغني المحتاج 38/2.

^٦ مطالب أهل النهى ، مصطفى السيوطي الرحيباني ، المكتب الإسلامي دمشق ، ط 1 ، 1961م ، 63/3.

^٧ - شرح منتهى الأرادات : لمنصور بن يونس بن إدريس البوطي المتوفى سنة 1015 ج 2 ص 26 طبعة عالم الكتب بيروت الطبعة الثانية 1996م .

هو أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولی من أمور المسلمين أمراً أهل السوق ألا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا فيمنع من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة³.

والحق فإنه بإعادة النظر فيما تقدم يتضح لنا أن هذه التعريف لا تكاد تخرج من الرسم هذا فضلاً عن أنه ينقصها الدقة في الصياغة وهي في جملتها تعتمد على المعنى اللغوي للتسعير، وثمة نقطة جوهيرية أخرى وهي أن هذه التعريف قد اقتصرت على تسعير السلع الغذائية في الجملة إذ ورد التسعير في تعريف ابن عرفة مقيداً ببيان المأكول ، وكذلك ورد التعريف مقيداً عند الشريبيني ، والشوكاني ، وصاحب الإعانة بالأمتعة فكانت شاملة لمعنى التسعير بمفهومه الواسع فتراها قد أغفلت التسعير على أصحاب الحرف والمهن وبما هذة التعريف تنسجم مع الاتجاه السائد في المذاهب التي ينتمي إليها أصحاب هذه التعريف في تحديدتهم للمجال الذي يعمل التسعير في دائته ، ولكن مع هذا فإننا نعتقد أن تعريف الشوكاني هو أكثر التعريف دقة ، ذلك لأنه قد قدم مقيداً إضافياً وهو تقييد هذا الإجراء بما يحقق المصلحة وفيما عدا هذا فهو تعريف يتسم بالعموم والتدديد في إنماطة هذا الإجراء بأكثربمن جهة ، إذ وقع فيه أن الأمر (متروك إلى السلطان أو نوابه أو كل من ولی من أمور المسلمين أمراً) فلم يحدد فيه جهة الاختصاص التي ينطاط بها هذا الإجراء ، وهو أمر نعتقد أنه غير مرغوب فيه عند وضع المحددات ، يضاف إلى هذا أنه أغفل ما اشترطه بعض الفقهاء مثل الحنفية في أن هذا الإجراء يجب أن لا يتم إلا بمعرفة أهل الرأي والخبرة وذوي الاختصاص ، وهذا كله يدفعنا إلى تعريف التسيرة الجبرية بما ينسجم مع المحتوى الفكري الذي طرحته الفكر الإسلامي بأنه إجراء إداري تلجأ إليه الدولة ، أو واحدة من مؤسساتها المخولة بحكم سلطتها التقديرية إلى تحديد سعر السلعة من السلع ، وتحظر بيعها بأعلى من السعر الذي حددته بما تملكه من سلطة القهر تدفعها إلى ذلك ضرورة ، أو تدعوها إليه حاجة تحقيقاً لمصلحة راجحة ويجب أن يتم هذا الإجراء بمعرفة أهل الرأي والخبرة ويلاحظ أن مرادنا بالسلعة هو أي شيء يمكن أن يكون موضوع تبادل ، ثم لا فرق بعد هذا أن تكون سلعة استهلاكية تشبع رغبات الإنسان وحاجاته بطريقة مباشرة مثل الطعام أو المسكن ، أو تكون سلعة إنتاجية أي سلعة رأسمالية تشبع حاجات الإنسان بشكل غير مباشر.

¹ - كشاف: القناع لمنصور بن يونس البهوتى المتوفى سنة 1015 ج 3 ص 187 طبعة دار الفكر بيروت 1402 تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال.

² نيل الأوطار للشوكاني 348/5.

³ - نيل الأوطار : لمحمد بن على بن محمد الشوكاني المتوفى 1255 ج 5 ص 335 طبعة دار الجيل بيروت . 1973

وأستخلص بأن الفقه الإسلامي منهم من قصر في مفهوم التسعيرو على المأكولات فقط كالملكية و منهم من جعل التسعيرو شائع و عام لكل المعروضات وهم الحنابلة و الزيدية.

المبحث الثاني:

حكم التسعيرو في الفقه الإسلامي :

اختلاف الفقه الإسلامي اختلافاً واسعاً في مشروعية التسعيرو الجبوري بل وجد في المذهب الواحد أكثر من رأي

أولاً: مذهب الحنفية: ذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز للدولة أن تسرع على الناس سلعهم¹. وقد وقع في عبارات بعضهم أنهم يكره التسعيرو . و معلوم أن الكراهة إلى الاحناف في حالة إطلاقها تفيد الكراهة التحريمية². وقد استدل الحنفية لما ذهبوا إليه بالمنقول والمعقول

1- الدليل بالمنقول - قال تعالى (يام ما الذين امنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم)⁴

وجه الدلالة - ان اجراء الناس على تسعيرة محددة على حق المالك في التصرف في ملكه من قبيل الظلم والاكل بالباطل لانه اخذ مال الغير على وجه لم يأذن فيه الشرع ، وكذلك استدلوا بحديث (لا يحل مال امرى مسلم الا بطيب من نفسه)⁵

¹ تبيان الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج 6 - ص 28 و حاشية ابن عابدين 6/400 و الهداية و التكملة 8/127. و بدائع الصنائع للكاساني 6/2974. و الكتاب و اللباب 4/ 166 - 167 و الاختيار لتعليق المختار 4/ 161.

² حاشية ابن عابدين 6/399. و مجمع الأئمہ ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان - دار الطباعة العمارة 548هـ / 1395 م و حاشية الطحاوي على الدر أحمد الطحاوي - دار المعرفة للطباعة و النشر بيروت 1395هـ

202- ³ غالب المتقدمين كانوا يطلقون لفظ الكراهة و يريدون بها التحرير كالشافعی كان يقول أكره كذا ويريد التحرير ، راجع الابهاج في شرح المنهاج ، للسلبي 1/59 و المكرود تحريراً يقابل الواجب عند الاحناف و حكم المحرم عند الجمهور اذ هو معرف عندهم بأنه ما طلب الشارع من المكلف الكف عنه حتى بدليل ظني لأقطعى كالخطبة على خطبة الغير والبيع على بيع الغير ، فقد ثبت كل واحد منها بخبر الاحاد ، راجع الوجيز في اصول الفقه ، عبد الكريم زيدان ص 34

⁵ - سنن الدارقطني ، الدارقطني 3/26 و انظر التعليق المغني على الدارقطني ، العظيم ابادي 3/26 ومجمع الزوائد للهيثمی ، دار الكتاب بيروت ط 2، 1967؛ 4/174

ومارواه انس انه قال ؛ غلا السعر على عهد رسول الله (ص) ف قالوا : يارسول الله لو سعرت ؟ فقال (ان الله هو القابض الباسط الرزاق واني لا رجون القى الله عزوجل ولا يطلبني احد بظلمها اياه في دم او مال)¹

وجه الدلالة - ان النبي (ص) قد طلب منه ان يسرع فامتنع عن ذلك مبررا امتناعه بأنه يريد ان يلقى الله وليس في عتقه مظلمة لاحد ، فدل ذلك على ان التسعير ظلم ومن ثم عدم جوازه

2-اما الدليل بالمعقول - استدلوا بان الثمن هو حق للبائع فيرجع اليه في تقديره ولا ينبغي للدولة ،أو اي من اجهزتها التعرض للتسعير ، ويضاف الى ذلك بان التسعير الجيري يحمل في طياته اهدا را للرضا الذى هو ركن من اركان البيع ومن ثم لا يجوز الاكراه والتقييد في البيع وهذا الرأي هو الاصل العام عند الانحاف الا انهم مع ذلك ذهبوا الى جواز التسعير او وجوبه على اختلاف بينهم وذلك في حالة ما اذا تعدد ارباب الطعام عن القيمة تعدى فاحشا وتحكموا في مصير الناس ، وعجزت الدولة عن صيانة حقوق المستهلك ، وتعين التسعير باعتباره الوسيلة الوحيدة لضمان التسعير العادل ، ففي هذه الحالة لا يأس به شريطة ان يتم بمشورة اهل الرأي والنظر² والحنفية يضعون معيارا للتعدي الفاحش في الاسعار وهو البيع بضعف القيمة مثلا وهو ان يبيع سلعة بمائة وهو يشتري بخمسين³ تستخلص بان الانحاف اختلفوا في المجال والنطاق الذي يحق للدولة ان تدخل فيه بغرض التسعير وهل هذا التدخل من قبل الدولة لكل السلع ام يقتصر على السلع الغذائية البشرية او الحيوانية منهم من قال ان التسعير قاصر على القوتين فقط ومنهم من قال ان الدولة تتدخل في التسعير لكل السلع بشرط

¹- قال الحافظ: اسنادة على شرط مسلم ، وصححه ابن حبان ، وصححه الترمذى وكتاب البيوع ، باب ما جاء في التسعير 318/4 ، وسبيل السلام للصناعي 25/3 وسنن ابى داود بباب التسعير 3/217 وابن ماجه كتاب التجارات ، باب كره ان يسعر ، حديث رقم 2200 ، ج 2/741 وانظر تخليص الحبير في تخریج احاديث الرافعى الكبير ، لابن حجر العسقلانى 8/217

²- الهدایة وتکملة فتح القدير وشرح العناية : 127، والدر وحاشية ابن عابدين 6/400 وتبین الحقائق 6/28 - 3- من نص على ضعف القيمة من الحنفية الذى يلى في تبین الحقائق 6/28 وتابعه ابن عابدين في حاشيته 6/400 وصاحب الدر المنقى شرح الملنقي 2/548 ونص عليه الطحاوى في حاشيته على الدر 4/201 - وشرح العناية 8/128

³- الدر المختار وحاشية ابن عابدين 6/400

تعدى البائعين الفاحش)¹ ثانياً مذهب الشافعية -ذهب فقاء الشافعية الى القول بحرمة التسعيروأي انه لا يجوز للأمام وللائبنة ان يسرع السلع كافة سواء اكانت غذائية وغيرها وبغض النظر عن الوقت سواء في وقت الغلاء أو وقت البيع بأرخص الاثمان² وقد استدل الشافعية لما ذهبوا اليه بالمنقول والمعقول

1- دليل الشافعية على حرمة التسعيروبالنقل استدلوا بحديث ان عمر بن الخطاب م بحاطب بن ابي بلتعه بسوق المصلى وبين يديه غراتان فهمما زبيب فساله عن سعرها فسرع الله مدين بدرهم . فقال عمر رضي الله عنه : لقد حدثت بغير مقبلة من الطائف تحمل زيبها ، وهم يعتبرون سعرك فأما ان ترفع في السعر ، واما ان تدخل زبيبك البيت فتبقيه كيف شئت ، فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم اتى حاطبا في داره فقال له : ان الذى قلت لك ليس بعزيزمة مني ، ولا قضاء انما هو شيء اردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع³ وجه الدلاله - ان سيدنا عمر بن الخطاب ما كان له ان يرجع عن قراره في التسعيروهو يرى فيه مصلحة لا هل البلد الا لسبب قوى دعاه للرجوع وهو ان في ذلك ليس من حقه التسعيرو فعل رجوعه على حرمة التسعيرو وقال الامام الشافعى في تعقيبه على واقعة سيدنا عمر هذه ان الناس مسلطون على اموالهم ليس لأحد ان يأخذها ولا شيئا منها بغير طيب انفسهم)⁴ 2- دليل الشافعية على حرمة التسعيروبالعقل لأن التسعيرولا يمكن الناس من التصرف في اموالهم بحرية فهو يعتبر حجر على حرية الشخص في التصرف في ملكه وهو غير معهود في الشرع الحكيم وقد يؤدي التسعيرولامتناع المنتجين والبائعين الى الامتناع عن البيع بالسعر المحدد والمرسوم فتشتد الازمة وتزداد تعقيدا وهذا الرأي الراجح عند الشافعية ووصفه الرافعى والنوى بانه الصحيح في المذهب⁵ لكن هناك رأى مرجوح في المذهب الشافعى يقول بجواز التسعيروعن الغلاء اذا كان الطعام مما ينتج في البلد ذهب الى

¹ الروضة،للنوى 3/411 وفتح العزيز للرافعى 8/217 وحاشية الجمل 3/93 واعانة الطالبين 3/25 والمذهب للشيرازي 1/299 ومعنى المحتاج 2/38 ونهاية المحتاج للرملي وحاشية أبي الضياء 3/473

² ورد الحديث كاملا في كتاب الام ،للشافعى 8/92 والسنن الكبرى ،لبيهقي 6/29 وورد في موطأ الام ناقصا ونصه (ان عمر بن الخطاب مر بحاطب بن بلتعه وهو يبيع له زبيب بالسوق فقال له عمر بن الخطاب :اما تزيد في السعر واما ان ترفع من سوقا)موطأ مالك 5/17 وقد عقب الشافعى بعد ايراد الرواية بكلمها :وهذا الحديث مستقصى ليس بخلاف لما روى مالك ولكنه روى بعض الحديث او رواه من روى عنه وهذا اتى بأول الحديث وآخره وبه اقول . الام 8/92

³ الام للشافعى 8/92

⁴ فتح العزيز ،للرافعى 8/217 والروضة للنوى 3/411

⁵ فتح العزيز ،للرافعى 8/217 والروضة ،للنوى 3/411

ذلك ابو اسحاق اما اذا كان الطعام مستوردا من خارج البلد فان التسعيرة في هذه الحالة حرام نلاحظ ان النطاق الذى يعمل به في التسعير بناء على هذا الرأى المرجوح في المذهب الشافعى قاصر على الأطعمة الا اننا نجد في الرأى الراجح في المذهب الشافعى فيه اشكال في اميرين-امر الاول - ان الشافعية ذهبوا الى انه في حالة تسعير الدولة لسلعة من السلع فان المخالف يعزز ويلحقه العقاب ، ونصوا على ان التعزير لا نه خالف الذى يغلو في الاسعار امرا حراما وهذا فيه اشكال لأن التحرير لا يولد العقاب والذم في حالة الامتناع عن اتيان الفعل وانما يولد العقاب واذم في حالة الاتيان ويمكن القول بان التعزير مبرر عند الشافعية لأن المخالف لأوامر السلطان في التسعير خارجا لأوامر الحاكم الا انهم نصوا بان التعزير على المخالف لأوامر الحاكم لأنه ارتكب حراما لا جائز¹ اامر الثاني- ان الشافعية ذهبوا في حالة فردية الى القول بايجاب بذل الطعام من مالكه للمضر طر مجانا ، او ان بثمن المثل وفي حالة البيع بأعلى من ثمن المثل اختلفوا في صحة البيع وانعقاده² وهذا فيه تضارب واشكال مع قولهم بحرمة التسعير وقال ابن تيمية بعد الائمة عن ايجاب المعاوضة وتقديرها امام الشافعى ومع ذلك يجب في حالة الضرورة ان يعطى البائع للطعام بثمن المثل وتنازع اصحابه في جواز التسعير للناس اذا كان بالناس حاجة³

عليه أستخلص بان في المذهب الشافعى لا يوجد رأى قاطع يقول بتحريم التسعير وحتى في حالة الضرورة الملحمة للبائعين الأطعمة للبائع وفقا لرأى امام الشافعى ان يبيع بثمن المثل وهذا لا يخرج عن التسعير ثالثا- مذهب المالكية -ذهب المالكية الى القول بحرمة التسعير، هذا القول هو المشهور عند المالكية وهو احدى الروايات عند امام مالك حيث شدد في منعه واعتبره ظلما⁴ وجاء ان التسعير على الناس تحكم بغير الحق في اموالهم واجبارهم على بيعها بما لا يرضيهم حرام ومنكري حجب القيام بتغييره لانه كالغصب⁵ ويري مالك ان التسعير لا خير فيه وان دخول الدولة في الاسعار مفسدة وهذا هو المشهور في مذهب المالكية الا ان هناك رأيا قد ذهب اليه

¹ مغني المحتاج 2/38 وحاشية الجمل 3/93 ونهاية المحتاج وحاشية أبي الضياء 3/473

² الروضة للنورى 3/285 وما بعدها والمجموع للنورى 9/43 وما بعدها

³ الحسبة لابن تيمية 47

⁴ التيسير في احكام التسعير للمجيدى 48 وتحفة الناظر وغنية الذاكر للتلمذانى 131 والمنتقى للباجى 18/5

بعض المالكيّة يجوز التسعيّر اذا ادعت اليه الحاجه والضرورة ، وهي احدى الروايات عن مالك فقد سئل مالك عن صاحب السوق يسّر على الناس بضائعهم قال لا باس خوفا من اغلاق السوق¹ ونقول بهذا الرأي فان التسعيّر مبرر عند الامام مالك على انه جزء من واجب الدولة وعليها ان تنظر فيه وتراقبه حتى تمنع التجار من غلو الاسعار ولكن مع ذلك لا يرون ان من حق الدولة ان تجبر المنتج على البيع وانما لها ان تمنع البائع من البيع بغير السعر الذي حدده لما تراه من تحقيق مصالح الناس ونستخلص بان التسعيّر يختص بالسلع التي تنتج في البلد غير السلع التي تجلب من خارج البلاد لأن المستورد لا يسر عليه الا برضاه ولا امتنع من جلب السلع من الخارج ان تدخلت الدولة في فرض سعر محددا وايضا يمكن القول بان التسعيّر يسهل للدولة مراقبته في المكيّلات والموزونات بان تباع الوزن بهذا او المكيل بهذا اما غيرها فيه صعوبة مراقبته الدولة في تحديد سعره رابعا مذهب الحنابلة ذهب الحنابلة الى ان الناس احرار في بيع ما يمتلكونه بالطريقة التي يختارونها ومن ثم قالوا : بتحريم التسعيّر ، قال ابويعلي : (لا يجوز ان يسر على الناس الاقواف ولغيرها في رخص ولاغلاء) ² وقد استدل الحنابلة بذات الأدلة النقلية التي حرمت التسعيّر والتي استدل بها المانعون فالمذاهب السالفة الذكر لا ان الحنابلة اضافوا دليلا عقليا يمنع التسعيّر يتمثل في ان عملية التسعيّر ربما تؤدي لغلو الاسعار وسبب ذلك ان الموردين الى السوق اذا علموا بتحديد الاسعار فانهم يمتنعون عن التوريد ويحاولون البحث لا سوق جديدة تحقق لهم فرصه افضل للبيع بالسعر الذي تحدده مسألة الطلب والعرض ويتحقق لهم ارباحا لأن من وجدت عنده البضائع سيعتمد على احتكارها وتخيّما مما يودي بذلك الى شدت الطلب عليها لعدم توفرها في السوق وندرتها مما يؤدي للعلو في الاسعار والبيع ليس بأعلى من التسعيّر من قبل الدولة فحسب بل بأعلى من الثمن الذي تحدده قوي العرض والطلب وهكذا ترتفع الاسعار لشدة الطلب على السلعة المحتكرة من قبل التجار الذين فرضت عليهم الدولة بيع بضائعهم بسعر محددا وقد يلحق الضرر طرفي التعاقد البائع والمشتري حيث ان البائع امتنع عن بيع سلعه واحتكرها نسبة لتحديد السعر من قبل الدولة والمشتري لم يجد قوته نسبة لعدم وجود السلع في السوق بسبب التسعيّر فلذا يكون التسعيّر حرام دفعا للضرر لا انفي أجد عند بعض الحنابلة قد ذهبوا الى جواز

¹ تحفة الناظر للتلمصاني 131² الاحكام السلطانية لابي يعلى 303

التسعير بل وجوابا اذا دعت اليه الضرورة ولعل ابن تيمية واحدا منهم من جوزه وفي حالة الضرورة قال ان التسعير واجبا)

أستخلص بان الجنابلة الرأي الراجح والغالب عندهم ان تسعير السلع من قبل الدولة يودى لغلوا الاسعار بسبب احتكار المستوردين لسلعهم مما يودى للضرر الذى يلحق طرفى العقد البائع والمشترى وبهذا يكون التسعير حرام وتوصلت الى ان في المذهب الجنابلي هناك رايا مرجوها ينص على تحديد اسعار السلع بانه واجبا في حالة الضرورة الملحقة المتمثلة في السلع التي يقتاد بها الناس في حياتهم اليومية ويمكن ان نقول ان الفقه الإسلامي في المذاهب الاربعة لم يتفق على رأى محدد بشأن التسعير فمنهما من حرم التسعير ومهما من جوز التسعير كذلك توصلت الى راي وسط يقضى بان للدولة سواء كان الحاكم العام ونائبه والقائم على ادارة السوق ان يحق لهم التدخل في مسألة التسعير للسلع أي كان نوعها ان كان اصحاب السلع البائعين قد وضعوا سعرا فاحشا فيه استغلال للمشترين حتى لا يكون ذلك فيه ضرر لأن الضرر مرفوض في الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث - انواع التسعير في الفقه الإسلامي

يري ابن تيمية ان السعر نوعين -

اولا- سعر ظالم وذلك اذا كان السعر متضمنا لأى معنى من معانى الظلم والاكره بغير حق على البيع بثمن لا يرضاه البائع ، والمنتج ، فهذا النوع من التسعير حرام والمعايير المحددة للسعر ظالم ان المنتج والبائع لم يتعمد الى رفع الاسعار وذلك باصطدام حالة تقتضى ذلك بان كانوا يبيعون سلعهم على الوجه المعروف ولكن اختلال التوازن في قوى السوق مثل اختلال العرض والطلب وهما العاملان الاساسيان في ارتفاع السعر، ففي هذه الحالة يكون التسعير حراما لانه قد فرضه اختلاف في قوى السوق دون ان يكون المنتج عاما من عوامله . وعلى هذا تتحمل النصوص التي وردت بالتهى عن التسعير، يقول ابن تيمية (فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر اما لقلة الشئ واما لكثرة الناس ، يكون الزام الناس ان يبيعوا بـ سعر محدد اكره بغير حق) ثانيا- التسعير العادل ويكون ذلك في حالة اكره البائعين وحملهم على المعاوضة بثمن المثل ، ومنعهم مما يحرم عليهم اخذه من زيادة هذا النوع من التسعير جائز بل واجب في حالات معينة ، والمعايير المحددة عند ابن تيمية للتسعير العادل هوان لا تكون قوى السوق هي العامل المؤثر في ارتفاع الاسعار

، ويكون هذا الارتفاع خارج دائرة العرض والطلب وذلك مثل امتناع المنتج او البائع عن البيع بسعر أعلى من سعر مثيل في حالة المعاوضة الاعتيادية وهناك ضرورة بالناس الى هذه السلع ففي هذه الحالة يجب عليهم البيع بقيمة المثل وفي هذا يقول ابن تيمية (ولامعنى للتسعيـر إلاـزامـهـم بـقـيـمـهـمـ المـثـلـ فـيـجـبـ انـ يـلـزـمـواـ بـماـ الزـمـمـهـمـ اللـهـ بـهـ)

^١المبحث الرابع- الاسس المعتمدة للتسعيـر في القـفـةـ الإـسـلـامـيـ

نجد ان الفقه الإسلامي قد حدد اسس معتمدة في تسعيـرـ السـلـعـ وهـىـ -اولاـ احتـسابـ كـلـفـ الـانتـاجـ وـيعـتـبرـهـذاـ منـ الاـسـسـ الرـئـيـسـيـةـ فيـ تحـديـدـ السـعـرـ وـقدـ اـسـتـدـلـ عـلـيـهـ الفـقـهـاءـ فيـ العـدـيدـ مـنـ نـصـوـصـهـمـ وـمـنـ ذـلـكـ مـاـ نـصـ عـلـيـهـ الـإـمـامـ مـالـكـ فيـ روـاـيـةـ اـشـهـبـ عـنـهـ بـقـوـلـهـ: (اـذـاـ سـعـرـ عـلـيـهـمـ قـدـرـمـاـ يـرـىـ مـنـ شـرـائـهـمـ فـلـابـأـسـ بـهـ وـلـكـنـ اـخـافـ اـنـ يـقـومـواـ مـنـ السـوقـ) ^١ وـهـذـاـ النـصـ يـوـكـدـ اـنـهـ يـجـبـ اـنـ يـؤـخـذـ بـنـظـرـ الـاعـتـبارـنـفـقـاتـ شـرـاءـ المـوـادـ الـاـولـيـةـ وـتـكـالـيفـ الـاـنـتـاجـ لـانـ التـسـعـيـرـ بـطـرـيـقـةـ عـشـوـائـيـةـ بـدـونـ الـاخـذـ بـنـظـرـ الـاعـتـبارـهـذـهـ الـنـفـقـاتـ يـوـدـيـ اـلـىـ مـغـادـرـةـ الـمـنـتـجـيـنـ لـعـدـيدـ مـنـ اـنـشـطـةـ الـاـنـتـاجـ وـفـىـ هـذـاـ الـمـعـنـىـ يـقـولـ اـبـنـ الـقـيـمـ: (وـلـاـ يـجـوزـ عـنـدـ اـحـدـ مـنـ الـعـلـمـاءـ اـنـ يـقـولـ لـهـمـ لـاـ تـبـيـعـواـ الـابـكـذـاـ رـبـحـتـمـ اوـخـسـرـتـمـ مـنـ غـيـرـاـنـ يـنـظـرـ اـلـىـ مـاـ يـشـتـرـوـنـ بـهـ وـلـاـ يـقـولـ لـهـمـ فـيـمـاـ قـدـ اـشـتـرـوـهـ لـاـ تـبـيـعـوهـ الـابـكـذـاـ وـكـذـاـ مـاـ هـوـ مـثـلـ الثـمـنـ اوـقـلـ) ^٢ ثـانـيـاـ -تـحـقـيقـ هـامـشـ مـنـ الـرـبـحـ هـذـاـ هـوـ الاـسـاسـ الثـانـيـ فيـ اـحـتـسابـ التـسـعـيـرـ وـتـحـديـدـهـ وـقـدـ دـلـ عـلـيـهـ الـفـقـهـاءـ فيـ اـكـثـرـ مـنـ نـصـ كـلـاتـيـ اـنـ وـجـهـ ذـلـكـ اـنـهـ بـهـذـاـ يـتوـصـلـ اـلـىـ مـعـرـفـةـ مـصـالـحـ الـبـائـعـيـنـ وـالـمـشـتـرـيـنـ وـيـحـصـلـ لـلـبـائـعـيـنـ مـنـ الـرـبـحـ فـيـ ذـلـكـ مـاـ يـقـومـ بـهـمـ وـلـاـ يـكـونـ فـيـهـ اـجـحـافـ بـالـنـاسـ وـاـذـاـ سـعـرـ عـلـيـهـمـ مـنـ غـيـرـ رـضـيـ بـمـاـ لـرـحـ لـهـمـ فـيـهـ اـدـىـ ذـلـكـ اـلـىـ اـفـسـادـ اـلـاسـعـارـ وـاـخـفـاءـ اـلـاقـوـاتـ وـاـتـلـافـ اـمـوـالـ النـاسـ) وـقـدـ تـسـالـهـمـ كـيـفـ تـشـتـرـوـنـ وـكـيـفـ تـبـيـعـوـنـ فـتـنـازـلـهـمـ بـمـاـ فـيـهـ بـسـعـرـيـضـوـنـ بـهـ يـحـقـقـ لـهـمـ رـبـحـ وـلـاـ يـجـبـوـنـ عـلـىـ التـسـعـيـرـ اـلـعـنـ رـضـيـ مـنـ الـبـائـعـيـنـ

ثالثـاـ-مشـورـةـ اـهـلـ الرـايـ وـالـخـبـرـةـ وـهـذـاـ هـوـ الاـسـاسـ الثـالـثـ مـنـ الاـسـسـ المعـتمـدةـ فيـ التـسـعـيـرـ فـلـيـمـكـنـ لـلـاـدـارـةـ اـصـدـارـ قـرـارـ بـالـتـسـعـيـرـ بـطـرـيـقـةـ اـسـتـبـادـيـةـ دونـ اـخـذـ رـايـ اـهـلـ الـاـخـتـصـاصـ وـذـوـيـ الـخـبـرـةـ مـنـ الـمـنـتـجـيـنـ وـالـمـسـتـهـلـكـيـنـ وـانـ يـعـتـمـدـ التـسـعـيـرـ عـلـىـ بـيـانـاتـ

^١الحسـبـةـ لـابـنـ تـيمـيـةـ 24-25

- ^٢ الطـرـقـ الـحـكـمـيـةـ لـابـنـ الـقـيـمـ 275

صادقه واحصاءات علمية ودقيقة وينبغي للأمام ان يجمع وجوه اهل السوق ويحضر غيرهم استظهارا على صدقهم فيسألهم كيف يشترون وكيف يبيعون فينمازفهم الى ما فيه لهم وللعامنة سداد حتى يرضاوا¹ وفي هذا المعنى نص الحنفية على ان ارباب الطعام اذا كانوا يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين لا بالتسعيـر فحينئذ لا باس به بمشورة اهل الرأي والبصرة² رابعا-رعاية حقوق طرف في التبادل أي يجب في التسعير ان يراعى حقوق المنتج في تحقيق ربح معقول، حقوق المستهلك في الحصول على السلعة بثمن رخيص وهو ما اطلق عليه الفقهاء على تسميتها بالسعر العادل يقول :ابن تيمية (وماذا كانت حاجة الناس لاتندفع الا بالتسعيـر العادل سعر عليهم تسعيـر عدل لا ظلم فيه ولا شطط)³ أي يعني ذلك لا تجاوز فيه على حقوق المالك بانقاص السعر ولا شطط فيه على المشتري والمستهلك بزيادة الثمن وارتفاعه فلابد ا من مراعاة حقوق طرف في العقد في البيع حتى تتحقق مصلحة المتابيعين ونلاحظ ان الاخـلـالـبـايـ واحدـمـنـهـاـلـاسـسـ يـوـدـىـإـلـىـمـغـادـرـةـ المنتجينـالـسوقـمـاـيـوـدـىـإـلـىـخـسـارـهـفـادـحـةـتـلـحـقـبـالـاقـتصـادـإـلـاسـلـامـيـلـانـذـلـكـفـيـهـ تـدـخـلـفـيـالـمـلـكـيـةـخـاصـةـبـالـمـنـتـجـينـوـدـمـرـضـاـوـإـكـرـاهـيـعـتـبـرـظـلـمـلـحـقـبـالـمـنـتـجـينـفـلـابـداـ منـاجـتمـاعـالـاسـسـالـمـعـتـمـدـهـلـدىـفـقـاءـالـشـرـيـعـةـالـاسـلـامـيـهـحتـىـيـتـحـقـقـالـتسـعيـرـالـذـيـ فيـهـفـائـدـلـكـلـطـرـفـيـالـعـقـدـوـمـلـحـقـبـالـمـنـتـجـينـلـدـهـمـوـدـفـعـظـلـمـعـنـالـمـتـبـاعـينـ واستقرار حركة الاسواق ومحاربة احتكار السلع من قبل المنتجين

خاتمة البحث

الحمد لله رب العلمين والصلة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين الذي كان خير مرشد وموجه وناقد امة الاسلامية من الضلاله وعلمها ان الظلم حرام وان التعدي لأموال الناس حرام واكره الناس على بيع اموالهم ظلم واجبار الناس على بيع او شراء مالا يرضونه مرفوض شرعا وجاء من بعده اصحابه الاخيار الذين طهروا الارض من دنس وفساد الكفار وماتركوا لنا ثرى في الدين الحنيف وبالنسبة للمعاملات ذكروا لنا كل مسألة وجاءت مسألة هذا البحث مهمة اذ تتعلق بتسعيـرـسلـعـالـمـسـلـمـينـوـالتـدـخـلـ

¹ المنقى للباجي 20 وانظر احكام التسعيـر للمجليـدي 50

² الهدـاـيـةـ وـشـرـحـ فـتـحـ الـقـدـيرـ 127/8 وـالـلـبـابـ 167/4 وـالـدـرـ وـحـاشـيـةـ ابنـ عـابـدـينـ 400 وـتـبـيـنـ الـحـلـائـقـ 28/6

³-الحسـبـةـ لـابـنـ تـيمـيـةـ 51

في اموال الناس . اشتملت خاتمة هذا البحث على اهم النتائج التي توصلت اليها من خلال استعراضي لآراء فقهاء المذاهب الاربعة واتبعتها اهم التوصيات التي نوصي بها القائمين على ادارة شؤون المسلمين في العالم العربي والإسلامي حتى لا يعم الفقر والجوع بال المسلمين ولا تعم الفوضى كذلك في الاسواق ولا يلحق الضرر بأطراف التعاقد في الفقه الإسلامي وان القاعدة العامة في المعاملات الرضاء التام بين البائع والمشتري .

اولا نتائج البحث

1. أن الفقه الإسلامي منهم من قصر مفهوم التسعير على تحديد سعر المأكولات فقط دون غيرها من السلع ومنهم من جعل مفهوم التسعير شائع لكل المعروضات.
2. الفقه الإسلامي لم يكن على اتفاق في رأيه في توضيح حكم التسعير منهم من جوزه و منهم من منعه إلا أن الرأي الراجح بأن الدولة لها الحق في التدخل لضبط أسعار السلع في حالة وضع التجار سعراً فاحشاً فيه عبثاً للمستهلكين.
3. أن التسعير تحدده الدولة بقوية إلزامية إن دعت الضرورة للتدخل في وضع حدأً للأسعار بآلية حكومية محددة.

4. إن الدولة لها الحق في حالة الضرورة للتدخل في منع التجار من الاحتكار للمواد الضرورية حتى لا يؤدي ذلك لغلو الأسعار وتعتبر محاربة الاحتكار في الأسواق رقابة فعالة في استقرار الأسعار.
- 5- ان الفقه الإسلامي يتفق على الأسس المعتمدة في تسعير السلع التي تحقق للمتعاقدين المنفعة المتبادلة وبدورها يرفع الظلم عن المنتجين والمستهلكين

ثانياً - توصيات البحث

- 1- توصى الدراسة علماء ائمة الاسلامية والعربية قاطبه مراعاة اسس تحقيق المنفعة للمتعاقدين للمنتج والمشتري عبر القاء محاضرات وندوات للقائمين على ادارة احوال الأسواق
- 2- توصى الدراسة المنتجين للسلع الضرورية التي يقتاد بها الناس عدم الغلو في الأسعار وتطبيق اسس معايير تحقيق الربح الذي لا يؤدي للضرر والحاقد الظلم بالمستهلكين
- 3- توصى الدراسة عدم تدخل الدولة الحاكم اوبيه في اجبار الناس على بيع سلعهم بالسعر الذي تفرضه عليهم حتى لا يؤدي ذلك لاحتقار المستوردين

المنتجين للسلع مما يؤدي ذلك لأشاعة مسألة الفقر والجوع لكل افراد
المجتمع الإسلامي

قائمة المصادر والمراجع

- 1- نحو اقتصاد إسلامي ، محمد شوقي الفخرى ، شركات مكتبات عكاظ بجدة و الرياض ، ط الثانية 1981م.
- 2- المصباح المنير، أحمد بن محمد بن علي المقربي الفيومي ، طبعة المكتبة العلمية - بيروت ، ج 1 ، د . ت
- 1- لسان العرب ، لابن منظور الافريقي المصري ، طبعة دار صادر - بيروت - ط الأولى - ج 4.
- 2- قانون العقوبات الخاص في جرائم التموين ، دار النهضة العربية - المطبعة العالمية - القاهرة - 1969م
- 3- قانون العقوبات ، حسن المرصافي
- 4- أسفى المطالب شرح روض الطالب ، للشيخ ذكريا الأنصاري ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط الأولى ، 2000م
- 5- مطالب أهل النهى ، مصطفى السيوطى الرحيبانى ، المكتب الإسلامي - دمشق - ط 1 ، 1961م.
- 6- شرح منتهى الإرادات ، منصور بن يونس بن إدريس الهوتى ، طبعة عالم الكتب بيروت ، ط الثانية 1996م.
- 7- كشاف القناع ، منصور بن يونس الهوتى ، طبعة دار الفكر بيروت ، 1402هـ
- 8- نيل الأوطار محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، طبعة دار الجيل بيروت ، 1973م
- 9- مجمع الأئمـرـ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ، دار الطباعة القاهرة ، 1319هـ
- 10- حاشية الطحاوى على الدرأحمد الطحاوى ، دار المعرفة للطباعة ، و النشر بيروت ، 1395هـ
- 11- مجمع الرواـئـدـ، للبيـثـيـ، دار الكـتابـ - بيـرـوـتـ ، طـ 1960ـمـ
- 12- الحسبة، ابن تيمية
- 13- التيسير في احكام التسuir، المـجـلـيدـىـ
- 14- ملتقى، الـبـاجـيـ
- 15- تـبـيـنـ الـحـقـائـقـ شـرحـ كـنـزـ الدـقـائـقـ ، الـزـيـلـعـيـ
- 16- حـاشـيـهـ اـبـنـ عـابـدـيـنـ ، اـبـنـ عـابـدـيـنـ
- 17- بدائع الصنائع ، الكاساني
- 18- شـرحـ المـهـاجـ ، السـبـيـكـ
- 19- الوجيز في اصول الفقه ، عبد الكريم زيدان
- 20- سنن الدارقطني ، الدارقطني
- 21- الروضـةـ، النـوـوىـ
- 22- فـتحـ العـزـيزـ ، الرـافـعـيـ
- 23- المـهـذـبـ ، الشـيـراـزـيـ
- 24- نـهاـيـةـ الـمـحـاجـ ، الرـمـلـيـ

27- الام ، الشافعي

28- تحفة الناظر، التلمسانى

29- الطرق الحكمية ابن القيم الجوزية

الوصية للحمل وتوريثه في المفهوم الشرعي والقانوني

The will for pregnancy and its inheritance in the legal and legal concept

د. علاء السرطاوي - جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين

د. سهيل الأحمد-جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين

Dr. Suhail Al-ahmed / Palestine Ahliya University/ Palestine

البريد الإلكتروني :sartawe@paluniv.edu.ps

البريد الإلكتروني :sohail@paluniv.edu.ps

الملخص بالعربية:

تناولت هذه الدراسة الوصية للحمل وتوريثه وحالات ذلك في المفهوم الشرعي والقانوني، هادفة إلى التعرف على حقيقة الوصية والميراث وتوريث الجنين في التشريع الإسلامي والقانوني، وبيان كذلك طبيعة ميراثه وشروطه وموانعه وكيفية حصول ذلك وفق الحالات العملية والواقعية المرتبطة بذلك، وقد وقفت الدراسة على أهمية حفظ حق الجنين في باب الوصية والإرث واعتبار ذلك من قبيل تحقيق العدالة ومراعاة منظومة الحقوق ومراعاة واقع الناس ومتعلقاتهم الحياتية، ثم عالجت حالات توريث الحمل وذكرت أمثلة على ذلك بشكل واضح، مع التركيز على مدى قدرة المفاهيم الشرعية ونصوص القانون على مراعاة الحقوق المادية من خلال مظاهر وتفاصيل وردت في هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية: الإرث، الجنين، الحقوق، الوصية، المفهوم الشرعي، المفهوم القانوني.

ABSTRACT: This study dealt with the will of pregnancy and its inheritance and cases of that in the legal and legal concept, aiming to identify the reality of the will, inheritance and inheritance of the fetus in Islamic and legal legislation, and also a statement of the nature of its inheritance, conditions and impediments and how this occurs according to the practical and realistic cases associated with that, the study stood on the importance of preserving the right of the fetus in the chapter of the will and inheritance and considering this as achieving justice and taking into account the system of rights and taking into account the reality of people and their life belongings, then dealt with cases of pregnancy inheritance and mentioned examples of this. Clearly, with a focus on the ability of legal concepts and the provisions of the law to take into account material rights through the manifestations and details mentioned in this study.

Key words: inheritance, fetus, rights, will, legal concept, legal concept.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على سيد الخلق أجمعين وعلى آله وصحبه ومن اقتدي بسننه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن التشريع الإسلامي قد عمل على رعاية الحمل وحفظ حقوقه المعنوية والمالية واحترامها في كل ظرف وحال سواء تعلق ذلك كالحق بالميراث أو الوصية، حيث نظم التشريع الإسلامي والقانوني حقوق الناس والأفراد في المجتمعات بما فيهم الجنين في بطن أمه وفق أحكام شرعية تؤثر في النظام الاجتماعي والمالي للإنسان في كل زمان ومكان، لما يحقق ذلك من إرساء عوامل التنمية والاستقرار وحفظ الحقوق الإنسانية للمجتمعات، ويعد الجنين ومسألة حفظ حقوقه بشكل عام والوصية له وتوريثه بشكل خاص من جملة المسائل التي لا بد من معرفة أحكام ذلك وحالاتها وإظهار ذلك في المفاهيم والتشريعات في مختلف المجالات. ومن هنا جاءت النصوص الشرعية والقانونية ببيان طبيعة الوصية للجنين وبيان حالات توريثه وكيفية ذلك وفق قواعد مصدرها النصوص الشرعية، لإعمال مبدأ جلب المصلحة ودرء المفسدة تحت عنوان: الوصية للحمل وتوريثه في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

وتبرز أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يأتي:

1. تعلق هذا الموضوع بميراث الحمل والوصية له من حيث الماهية والحالات وفق المفهوم الشرعي والقانون.
2. إظهار أهمية الوقوف على التشريعات التي تحدثت عن الوصية للحمل وتوريثه التي عالجت موضوعات ذلك من حيث الوصف والتأنصيل والمقارنة.
3. بيان أن معرفة النصوص الشرعية والقانونية الخاصة برعاية ميراث الجنين وحقوقه المالية المتعلقة بالوصية له مسألة مهمة للباحثين والمختصين من خلال ما تعالجه من مسائل ومستجدات في الواقع المعاش.
4. مساس هذا الموضوع بالواقع المعاصر، وأهمية ما يرتبط به من قراءات موضوعية توجب على الدراسات الشرعية والقانونية أن تقف على هذه المسائل بهدف المعالجة العلمية.
5. تناول جزئيات الفقه الإسلامي ودراستها دراسة مقارنة مع القانون.

أهداف البحث: وهي ممثلة بما يأتي:

1. تحديد ماهية الوصية للجنين وميراثه وبيان أركانه وأسبابه وشروطه للوصول إلى الموقف الشرعي المتعلق بذلك.

2. بيان كيف تكون قواعد ميراث الحمل وحفظ حقوقه المالية والوصايا له في المفهومين الشرعي والقانوني.

3. دراسة ما يرتبط بموضوعات ميراث الحمل في الفقه الإسلامي والقانون من أجل الوقوف على هذه القضية بدقة ووضوح.

مشكلة/أسئلة البحث: وهي متمثلة بأمور هي:

1. ما مفهوم الوصية للحمل وحقيقة ميراثه في المفهوم الشرعي والقانوني؟

2. ما هي حالات توريث الحمل وحفظ حقوقه المادية وطبيعة ذلك في المفهوم الشرعي والقانوني؟

3. هل يوجد نصوص فقهية وقانونية عالجت مسألة ميراث الحمل والوصية له أم لا؟

4. ما هي الحالات الخاصة بميراث الحمل في المفهوم الشرعي والقانوني؟

5. كيف تكون الأمثلة الخاصة بميراث الحمل في المفهوم الشرعي والقانوني؟

منهجية البحث: ولقد كان منهج الباحث كالتالي:

1. الاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، ببيان ماهية الوصية والوصى له الحمل والحالات الإرثية الخاصة به، والنصوص الشرعية المتعلقة بطبيعة ذلك، ومن ثم تحليل هذه النصوص بهدف الوقوف على المنظور القانوني والشرعي لمتعلقات البحث.

2. الرجوع إلى المراجع المتخصصة في موضوعات البحث.

محتوى البحث: وقد جاءت هذه الدراسة - إضافة للمقدمة والخاتمة - في مباحثين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية الوصية للحمل وحقيقة توريثه في المفهوم الشرعي والقانوني

المبحث الثاني: حالات ميراث الحمل وكيفية ذلك في المفهوم الشرعي والقانوني

وأخيراً: فهذا غاية جهد الباحثين، فإن كان ثم توفيق بفضل الله تعالى، وإن كانت الأخرى فمن عجز وقصير ونستغفر للله العظيم.

المبحث الأول: ماهية الوصية للحمل وتوريثه في المفهوم الشرعي والقانوني

الميراث في التشريع الإسلامي نظام مالي يقوم على تحقيق الانضباط في كسب المال وتوزيعه على مستحقيه وفق قواعد واضحة تقوم على العدل والإنصاف ومراعاة حاجات الناس والأعباء المادية المفروضة

علمهم في التشريعات الإسلامية، حتى يظهر لنا المقصود بالأمير والميراث لا بد من الوقوف على ماهية ذلك فيما يأتي من مطالب:

المطلب الأول: ماهية الوصية للحمل في المفهوم الشرعي والقانوني

جعل النظام الإسلامي للولد الصغير نصيباً من ميراث أبيه يُساوي نصيب أخيه الكبير؛ فلم يُفرق بين العمل في بطن أمه، وبين الولد الكبير في العائلة، كما أنه لا يُفرق بين الولد البكر وغيره من الأولاد . وقد شرع التشريع الإسلامي الوصية للجنين في بطن أمه وبيان ذلك فيما يأتي:

تردد الوصية في اللغة بمعنى الإيصال، وهي بمعنى الإعطاء، يقال: وصيت إلى فلان وأوصيت إليه بكندا، إذا جعلته له، وسميت بذلك لأنها وصل لما كان في الحياة بعد الموت⁽¹⁾.

وجاء عن الحنفية بأن الوصية: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع، سواء أكان الموصى به عيناً أو منفعة"، ويحصر هذا التعريف الوصية فيما يكون فيه التمليلك، وعلى هذا ما لا يملك لا يدخل في الوصية، وما لا يعد تمليلكاً لا يدخل في التعريف كذلك مثل الوصية بتأجيل دين، أو الوصية بقسمة التركة. وهو يقول: بالإضافة لما بعد الموت: وبه يخرج الهبة وغيرها من التمليليات حال الحياة، ويشمل التعريف: التبرع، أي يخرج بذلك المعاوضات⁽²⁾.

وعند المالكية هي: تمليلك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع⁽³⁾.

وعرفها الشافعية بأنها: "تبرع بحق مضاف ولو تقديراً إلى ما بعد الموت"⁽⁴⁾.
ويرى الحنابلة: بأنها الأمر بالتصرف بعد الموت⁽⁵⁾. وهذا يشمل وصية المال، ووصية النظر كالرعاية والتديير.

وقد عرف القانون الوصية بأنها: "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"⁽⁶⁾. وهذا يشمل الوصية بالمال وبقسمة التركة وبتأجيل الديون، وإسقاط الحقوق، والوصية ببيع عين لشخص ما. وقد قيد التصرف بأنه في التركة ليشمل كل ما تجوز الوصية به مما يعد تركة، فتدخل الحقوق كلها مما يورث منها والعقارات والمنافع، وهو قيده بما بعد الموت لتخرج الهبات والمعاوضات حال الحياة⁽⁷⁾.

¹ - لسان العرب، 394/15، المصباح المنير، ص 662.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، 330/7، وابن عابدين، الحاشية، 648/6،

³ - الخطاب، مواهب الجليل، 513/8.

⁴ - الشريبي، مغني المح الحاج، 39/3.

⁵ - كشاف القناع، 335/4.

⁶ - القانون المدني الأردني، في المادة (1125)

⁷ - حسين حامدحسان، أحكام الوصية، ص 10، فضل عباس، وأبو البصل، فقه أحوال شخصية 2، ص 20.

وقد ثبتت مشروعية الوصية بالقرآن الكريم والسنّة النبوية وبانعقاد الإجماع على ذلك؛ فقد قال الله تعالى: "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمُمُوتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ مَعْرُوفٌ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"⁽¹⁾. فتأخير الميراث بعد الوصية للدلالة على مشروعيتها.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: ((مَا حَقَّا مِرِئِي مُسْلِمٌ، لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، بَيْتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوِصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ، قَالَ ابْنُ عُمَرَ: مَا مَرَتْ عَلَيَّ لِيَلَةٌ مِنْذْ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ يَقُولُ ذَلِكَ إِلَّا وَعِنْدِي وِصِيَّةٌ مَكْتُوبَةٌ⁽²⁾ .

وقد جاء الإجماع على جواز الوصية. حيث أجمع العلماء في جميع الأمصار على جواز الوصية⁽³⁾، ولم يعلم مخالف لهذا الإجماع، مع أن صدقّة الإنسان في حياته أفضل من إضافتها إلى ما بعد الموت، لقوله ﷺ: "لأن يتصدق المرء في حياته بدرهم خير له من أن يتصدق عند موته بمائة"⁽⁴⁾.

وهذا لأن الإنسان بحاجة إلى أن يختتم عمله بالقربة زيادة على القرب السابقة، وهو يحتاج كذلك إلى تدارك ما فرط في حياته من خلال الوصية، وهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد فوجب القول بجوازها تلبية للحاجات وتداركًا لما فات من القربات⁽⁵⁾.

والقانون على أنه: تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدّة منها.⁽⁶⁾

ويشترط في الموصى له (أي الجهة التي تستفيد من الوصية): أن يكون موجودًا، وأن كان حيًا حقيقة غير ميت، أو تقديرًا كالجنين في بطن أمه فتصح له الوصية إذا تحقق وجوده قبل صدور الوصية، ويتحقق وجود الحمل إن ولد لستة أشهر فأقل من وقت الوصية لأنها أقل مدة تضع فيها المرأة حملها وهذا في حال حياة الزوج، وأما إذن كان ميّا ف تكون المدة المعتبرة هي أكثر مدة الحمل، وهي سنتان عند الحنفية، وفي قانون الأحوال الشخصية أن أقل الحمل ستة أشهر وأكثره سنة واحدة. وأما إذا كان الحمل غير موجود حينها كما لو قال: أوصيت لحمل فلانة وهي لم تحمل بعد، فلا تصح لأنها وصية لمدعوم، وإن أوصى لحمل تحقق وجوده فنزل ميّا بطلت الوصية⁽⁷⁾.

جاء في المادة (531) من الأحكام الشرعية: يشترط لصحة الوصية ... كون الموصى له حيًا تحقيقًا أو تقديرًا ..

¹ - سورة البقرة، آية (180).

² - رواه البخاري (186/3) مسلم (1249/3).

³ - المغني (390/8).

⁴ - أبو داود، السنن، 2/126. ما روي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله أي الصدقة أعظم أجرًا قال: "أن تصدق وأنت صحيح شحيح تخشى الفقر وتأمل الغنى ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان "البخاري، الصحيح، كتاب الزكاة، باب فضل صدقة الشحبي الصحيح، 1353.

⁵ - الكاساني، البدائع، 6/33.

⁶ - كما جاء في المادة (1126) من القانون المدني الأردني

⁷ - ابن عابدين، الحاشية، 6/653.

المطلب الثاني: ماهية توريث الحمل في المفهوم الشرعي والقانوني

الميراث في اللغة: من ورث يرث إرثاً وميراثاً، يقال ورث فلان قريبه وورثأياه، وهو انتقال الشيء من شخص إلى شخص، أو من قوم إلى قوم⁽¹⁾. وهو: انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة⁽²⁾، وهو: "العلم الذي يعرف به من يرث، ومن لا يرث، ومقدار ما لكل وارث"⁽³⁾، وهو: "قواعد فقهية وحسابية يعرف بها نصيب كل وارث من التركة"⁽⁴⁾.

والحمل: هو الجنين الموجود في بطن الأم سواءً أكان ذكراً أو أنثى، يرث إن لم يكن محظوظاً أو ممنوعاً من الإرث بأحد موانع الإرث. والأصل هو عدم ميراثه لوجود شك في تحقق حياته، على اعتبار أن من شروط الميراث، حياة الوارث تحقيقاً، وهي غير موجودة في ميراث الحمل، لأنه قد يولد حيّاً كما قد يولد ميتاً، وقد يولد ذكراً كما قد يولد أنثى، وقد يكون مفرداً كما قد يكون توأمًا، ولذلك فقد جعل الفقهاء حياة الجنين في بطن أمها من قبيل الحياة التقديرية، إلا أن الحاصل هنا أن يحجز لهذا الجنين نصيبه من الميراث بشروط وأركان بيانها:

وأركان ميراث الحمل ثلاثة⁽⁵⁾:

1. **المورث:** وهو الذي يستحق غيره أن يرث منه، وتحقق موته؛ سواءً أكان موته حقيقة (بأن عدّمت حياته بالفعل)، أو حكماً (كأن يحكم القاضي بموته، مع احتمال حياته؛ كالمفقود)، أو تقديرآ (الجنين الذي ينفصل عن أمها ميتاً بجنائية عليها)⁽⁶⁾.
2. **الوارث:** وهو الذي يرتبط بالمورث بسبب من أسباب الإرث؛ كالزوجية، أو القرابة النسبية، وتحقّقت حياته بعد موت المورث، ولو للحظة، مع استحقاقه الإرث.

1- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، د.ط، 2004م، ص382، الرازى، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 2003م ص382م ص382، مصطفى، إبراهيم وأخرون، المعجم الوسيط، 1024، المكتبة الإسلامية، إسطنبول، تركيا، مجمع اللغة العربية، الإدارية العامة للمعجمات وإحياء التراث.

2- البلخي، الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، 477/6، دار الفكر، بيروت، 1991م.

3- الدسوقي، محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 465/4، دار الفكر، بيروت، د.ط.

4- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، 10/7697، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط14، 1997م. وانظر: قنبي، محمد موسى حماده، الميراث في الشريعة الإسلامية، المطبعة الوطنية، ط4، 2008م. ص17.

5- داود، الحقوق المتعلقة بالتركية، ص260.

6- أو مع تيقن حياته (كالمرد الذي ترك دار الإسلام).

3. الحق الموروث: وهو ما يتركه الميت بعد تجهيزه، وسداد ديونه، وتنفيذ وصاياته؛ من أموال وحقوق شُتحقّ بالإرث.

وأما شروط ميراث الحمل فهي كما يأتي:

1. أن يكون موجوداً في بطن أمه عند وفاة مورثه .
 2. أن يولد حيّاً، كي تثبت أهليته للتملك، بأن يستهل حياته صارخاً أو عاطساً ونحوهما، لقول الرسول ﷺ: "إذا استهل المولود صلي عليه وورث"، وقال ﷺ: "إذا استهل المولود صارخاً ورث، وإن لم يستهل صارخاً لم يرث"⁽¹⁾. ويكون ذلك بعد ستة أشهر فاكثر من تاريخ الدخول (أقل مدة الحمل)، وأما أكثر مدة للحمل⁽²⁾ فقد اختار قانون الأحوال الشخصية في المادة 47 منه أن تكون سنة فقط، فإذا ولد لسنة فاكثر من تاريخ الوفاة أو الطلاق فلا يثبت نسب ولا ميراث.
- ومن أسباب ميراث الحمل: النسب (القرابة الحقيقية)

وهي الاتصال بين إنسانين في ولادة⁽³⁾: فكل إنسان بينك وبينه صلة ولادة؛ قريبت أو بعده؛ من جهة الأب، أو من جهة الأم، أو منها معاً، فهو قريبك. والقرابة تشمل:

1. الأصول: وهم أبو الميت، وأبواه، وإن علا بمحض الذكور. وأم الميت، وكل جدة تُدلي بوارث، أو وارثة.
2. والفروع: وهم أبناء الميت، وأبناؤهم، وإن نزلوا.
3. والحواشي: وهم إخوة الميت، وأخواته مطلقاً، وأبناء إخوته الذكور لغير الأم . أي أبناء الإخوة الأشقاء، وأبناء الإخوة لأب، وأعمام الميت الأشقاء، ولأب، وإن علوا، وبنو الأعمام، وإن نزلوا.
4. ويفضاف للنسب ذوو الأرحام لأنهم يتصلون بالميّت بأحد أقاربه فإنهم يرثون عند عدم وجود صاحب فرض، أو أحد من العصبات.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية في المادة (181) على أنه: "إذا لم يوجد وارث للميت من ذكر ترد تركته المنقوله وغير المنقوله إلى وزارة الأوقاف العامة".

وللإرث شروط ثلاثة ومنها ما يتعلق بالحمل وبيان ذلك كما يأتي⁽⁴⁾:

1 - رواه أحمد وأبو داود

2 - البحر الرائق، 8/74، الروضة، النووي، 6/37.

³ - الزحيلي، الفقه الإسلامي، 8/249.

⁴ - داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، ص 273-274.

أولها: وفاة المورث: وتكون الوفاة إما:

1. تحقيقاً: وذلك بمشاهدة، أو بشهادة عدلين⁽¹⁾.
2. أو حكماً: بأن يصدر حكم قضائي من المحكمة المختصة بموته، ومثاله المفقود الذي يعد ميئاً من تاريخ الحكم.
3. أو تقديرأً: كانفصال الجنين عن أمه ميئاً بسبب الاعتداء عليه؛ فإن الشارع في حالة الجنائية هذه قد أوجب على الضارب أو على عاقلته عقوبة مالية تسمى غرة، وهي نصف عشر الدية الكاملة سواء أكان الجنين مذكراً أو مؤنثاً؛ ويرى الحنفية هنا أنه يرث ويورث على تقدير الحياة فيه وقت الجنائية وتقدير موته بسيما. وهذه الغرة أو الدية تورث عنه كما يورث غيرها لأنها جنائية على حي⁽²⁾.

ثانية: حياة الوارث، ويكون ذلك إما:

1. تحقيقاً: بأن يُشاهد، أو تقوم البتنة الشرعية على حياته بشهادة شاهدين عدلين من لم يكن حاضراً.
2. أو حكماً: كالحمل في بطن أمه، يُحکم بحياته؛ فإذا توفي شخص عن زوجة حامل مثلاً، اعتبر هذا الحمل من ضمن الورثة، مع أن حياته ليست حقيقة، إذ ربما يكون الموت قبل نفخ الروح فيه، فإذا ولد حياً بعد أن تبين أنه كان موجوداً في بطن أمه، ولو نطفة عند وفاة المورث، يأخذ نصيبه الإرثي منه⁽³⁾.

ثالثاً: العلم بالجهة المقتضبة للإرث: أي نعلم نسب الوارث، وصلته بالمورث: (من زوجية، أو نسب)، مع تعين الدرجة التي اجتمعا (المورث والوارث) فيها (هل هي: بنوة، أو أبوة، أو أخوة . وهل هو أخ شقيق، أو أخ لأب، أو أخ لأم، أو عمومة، أو أمومة، ... إلخ).

¹ - وهذه هي مسألة الموت العادي لمن مات بالمرض أو بحادث، أو بأي أمر ظاهر معروف لدى الناس أو الأطباء، فضل عباس وأبو البصل، فقه الأحوال الشخصية 2، ص 78.

² - حاشية ابن عابدين، 758/6، ويرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة أن الغرة تكون للجنين وتورث عنه، ولكنهم قالوا أنه لا يورث عنه سواها من الأموال، وهو لا يرث شيئاً للشك في حياته، إلا أن ربيعة شيخ الإمام مالك يقول بملك الغرة للأئم تعويضاً لها عما أصابها من ضرر، لأن الجنائية على جزء منها كالجنائية على ستها أو عينها، وبالتالي لا يرث الجنين هنا ولا يورث، الشرح الكبير، 4/486، مغني المح الحاج، 3/28، المغني، 7/203، داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، ص 274.

³ فالحمل يرث بشرطين اثنين؛ أحدهما: تحقق وجوده في بطن أمه عند موت مورثه ولو نطفة. والثاني: خروجه من بطن أمه حياً بحياة مستقرة، يحكم الحكم أنه كان حياً، فيورثه.

وقد يمنع الحمل من الميراث حال وجد مانع كاختلاف الدين، والمانع: هو ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته⁽¹⁾، وهو أمرٌ خارج عن الحكم، يستلزم وجوده عدم الحكم مع وجود سببه⁽²⁾. والمانع في الميراث: وصف في الشخص تفوت به أهلية الميراث، مع قيام سببه وتوفيق شروطه. ويسمى المنع محروماً، والمنع حرماناً، والمنع من الإرث لا يعتبر موجوداً، فلا يؤثر في غيره من الورثة. واختلاف الدين من موانع من الإرث ، وهو أن يكون المورث على دين، والوارث على دين آخر. وقد ذهب الجمهور إلى أنَّ المسلم لا يرث الكافر، وبأنَّ الكافر لا يرث المسلم؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "لَا يرثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا الْكَافِرُ مُسْلِمًا"⁽³⁾، وقوله ع: "لَا يرث أَهْلَ مُلْكٍ" ، ولأنَّ الولاية بين الكافر والمسلم منقطعة فلا يرثه⁽⁴⁾.

المبحث الثاني: حالات ميراث الحمل وكيفية ذلك في المفهوم الشرعي والقانوني

تقسيم التركة عند وجود الحمل في المفهوم الشرعي وفق الآتي:

1- يرى المالكيه⁽⁵⁾: أن التركة لا تقسم حال وجود الحمل، وبعد الحمل سبباً يوقف به المال إلى حين الولادة، لأن في القسمة تسلیطاً للورثة على أخذ المال والتصرف به، وفي استرداد الحمل حقه منهم خطراً، فقد لا يمكنه استرداد ماله منهم.

2- وعند الجمهور⁽⁶⁾: أنها تقسم من غير انتظار الولادة، ويؤخذ كفيل من الورثة احتياطاً لحق الحمل من الضياع. وتقسيم التركة في الحمل تقسيماً نهائياً أمر غير مستطاع، لأنه يدور بين الوجود والعدم، والذكورة والأنوثة، وبين التعدد والانفراد، ولذا فإن تقسيمها يكون في الحمل ابتدائياً ولحين الولادة.

المطلب الأول: أحوال ميراث الحمل في المفهوم الشرعي والقانوني

1. أن يرث على أحد التقديرتين الذكر أو الأنثى، وهذا يعني أنه يرث على حال الذكورة دون الأنوثة، أو بالعكس، فيفترض أنه وارث ويوقف له نصيبيه، ومن يتغير نصيبيه من الورثة يعطى الأقل، ومن لم يتغير يأخذ كاملاً، ومن يحجب بالحمل لا يرث حتى يولد.
ومثاله: توفي عن: بنتين، أم، زوجة ابن حامل.

¹ داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، ص 275، عباس وأبو البصل، فقه الأحوال الشخصية، ص 80.

² فهو يؤثر من جانب وجوده؛ فـينعدم الحكم بوجود المانع، بخلاف الشرط؛ فإنَّ تأثيره من جانب العدم.

³ البخاري، الصحيح، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، حديث برقم 6383.

⁴ المغني، 166/7.

⁵ العذب الفائض، 2/90.

⁶ - الاختيار، 114/5، مغني المحتاج، 28/3، العذب الفائض، 92/2، شرح الرحيبة، ص 153، عباس، وأبو البصل، الأحوال الشخصية، ص 210.

فقد يحمل في الذكورة فإنه يكون (ابن ابن) وهو يرث الباقي تعصيًّا، وأما على تقديره من الأنوثة فإنه يكون (بنت ابن) وهي تحجب بالبنين.

2. أن يرث على جميع الأحوال (الذكورة والأنوثة) ويكون نصيبه مختلفًا بالذكورة والأنوثة ويكون معه غيره، والحال هنا أن يوقف للحمل النصيب الأكبر ويعطى للورثة النصيب الأقل، ومن لم يتغير نصيبه يأخذ كاملاً.
ومثاله: توفي عن: أب، زوجة حامل.

أو عن: أب، أم زوجة حامل

وفي المثالين تحل المسألة على التقديرين، ثم يوقف للحمل النصيب الأوفر له.

3. إلا يكون معه وارث أو أن الوارث يحجب به، وهنا توقف التركة كلها إلى حين الوضع، ولا يعطى أحد شيئاً حتى يولد الحمل ويظهر أمره.
ومثاله: توفي عن: زوجة ابن حامل، أخ لام.

فالأخ لام محجوب بالفرع الوارث مطلقاً، سواء أكان ذكرًا أم أنثى.

4. أن يرث نصيبياً محدداً ذكرًا أم أنثى، ومعه غيره، وفي هذه الحالة لا يختلف نصيبه بالذكورة والأنوثة، ولذلك فإننا نوقف له نصيبه ويوزع على الورثة أنصيبيهم الإرثية.
ومثاله: توفي عن: زوجة حامل.

وهنا على تقدير الذكورة والأنوثة تأخذ الزوجة ميراثها ويوقف باقي التركة على أي تقدير للحمل، فالابن سيأخذ الباقي بعد نصيب الزوجة بالعصبة بالنفس والبنت ستترثه بالفرض والرد.

5. أن يكون الحمل محجوباً على كل حال: وهنا تقسم التركة نهائياً بين مستحقها ولا يوقف للحمل أي شيء.
ومثاله: توفي عن: ابن، زوجة ابن حامل.

فابن الابن لا يرث مع وجود ابن حسب قواعد العصبة لأن الأقرب يحجب الأبعد.

المطلب الثاني: كيفية توريث الحمل في المفهوم الشرعي والقانوني

تقسم التركة على أنه ذكر وتعرف سهامه وسهام من معه من الورثة، وتقسم التركة على أنه أنثى وتعرف سهامها وسهام من معها من الورثة، ويوقف للحمل النصيب الأكبر منها، ويعطى للورثة الذين تتغير نصيبهم النصيب الأقل، وأما الذين لا تتغير نصيبهم فيأخذونه كاملا

ويرى الحنفية⁽¹⁾ وقف نصيب ابن واحد، لأنه الغالب المعتمد، وما فوقه محتمل، مع الأخذ بعين الاعتبار مسألة التقدم العلمي الذي أحدث وسائل يمكن من خلالها التعرف على الجنين وتفاصيله.

والأمثلة على أحوال الحمل فيما يأتي:

مثال حالة 1 توفي عن زوجة، عم، زوجة شقيق حامل

4			4		
1	4/1	زوجة	1	$\frac{1}{4}$	زوجة
3	ق.ع	عم	0	م	عم
0	لا ترث	زوجة شقيق حامل	0	لا ترث	زوجة شقيق حامل
0	م	تقدير حمل أنثى "بنت أخ شقيق"	3	ق.ع	تقدير حمل ذكر "ابن أخ شقيق"

مثال حالة 2: توفي عن زوجة حامل، أب ، أم

24			24		
3	8/1	زوجة حامل	3	8/1	زوجة حامل
12	2/1	حمل أنثى "بنت"	13	ق.ع	حمل ذكر "ابن"
5	+ 6/1 ق.ع	أب	4	6/1	أب
4	6/1	أم	4	6/1	أم

مثال حالة 3: توفي عن زوجة ابن حامل، أخ لأم

0	لا ترث	زوجة ابن حامل	0	لا ترث	زوجة ابن حامل
وهو كل المال	+ 2/1 بالفرض	تقدير الحمل أنثى الباقي بالرد "بنت ابن"	وهو كل المال	ق.ع،	تقدير الحمل ذكر "ابن ابن"
0	م	أخ لأم	0	م	أخ لأم

مثال حالة 4: توفي عن اخت شقيقة، أخ لأب، أم حامل

.114/5 - الاختيار، 1

6			6		
3	2/1	أخت شقيقة	3	2/1	أخت شقيقة
1	ق.ع	أخ لأب	1	ق.ع	أخ لأب
1	6/1	أم حامل	1	6/1	أم حامل
1	6/1	الحمل أنتي "أخت لأم"	1	6/1	"الحمل ذكر" أخ لأم

ولو قدر أنه توأم

6		
3	2/1	أخت شقيقة
0	ق.ع	أخ لأب
1	6/1	أم حامل
2	3/1	"الحمل توأم" أخوان لأم

أمثلة أخرى متنوعة على الحمل

2		
1	2/1	أخت شقيقة
0	لا ترث	زوجة أخ لأب حامل
1	ق.ع	الحمل "ابن أخ لأب"

72	24		
12	4	6/1	أب
9	3	8/1	زوجة حامل
12	4	6/1	أم
0	0	م	أخ لأب
0	0	م	أخ شقيق
13	13 ثم نصح $3 \times$	ق.ع	بنت
26			"الحمل ذكر" ابن

وعلى تقدير أنه أنتي

27	24	
----	----	--

أب	ع. ق + 6/1	4	4	4
زوجة حامل	8/1	3	3	3
أم	6/1	4	4	4
أخ لأب	م	0	0	0
أخ شقيق	م	0	0	0
بنت	3/2	16	8	
"الحمل أنثى" بنت		8		

فالأفضل للحمل تقدير أنه ذكر

خاتمة

وبعد هذه المحطة فيتناول موضوع الوصية للحمل وتوريثه في المفهوم الشرعي والقانوني فإنه يمكن تلخيص أهم ما جاء في هذا البحث من نتائج وذلك فيما يأتي:

- إن رعاية الحقوق المالية للحمل من المقاصد الضرورية في المفهوم الشرعي والقانوني التي يجب احترامها في كل حال.
 - يحتاج الوقوف على ماهية الوصية للحمل والميراث ومعرفة طبيعة ذلك أن يتم الرجوع إلى الكتابات المختصة بذلك من الناحية الفقهية والقانونية.
 - تتجلى طبيعة توريث الجنين والوصية له ببيان الكيفية التي يمكن أن يرث من خلالها وفق تفصيلات ومسائل عملية.
 - إن التشريعات الإسلامية بنصوصها بينت الوصية للحمل وتوريثه وفق حالات واضحة.
 - الناظر في التشريعات الإسلامية يجد أنها اهتمت بحقوق الجنين المالية وبينت ذلك بأمثلة تطبيقية.
- وأخيراً؛ فإننا أتوجه إلى الله سبحانه وتعالى الدعاء أن يوفقنا لتحصيل العلم، وأن يعلمنا ما ينفعنا، وأن ينفعنا بما علمنا، وأن يزدنا علماً، إنه سميع مجيب الدعاء.

قائمة المصادر والمراجع

- البلخي، الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، 477/6، دار الفكر، بيروت، 1991م.
- حسين حامدحسان، أحكام الوصية، ص 10،
- الحطاب، مواهب الجليل، 513/8.
- داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، ص 260.
- الدسوقي، محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4/465، دار الفكر، بيروت، د.ط.
- الرازى، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 2003م
- رواه البخاري (186/3)
- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، 10/7697، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 14، 1997م.
- الشريبي، مغنى المحتاج، 3/39.
- العذب الفائض، 2/90.
- فضل عباس، وأبو البصل، فقه أحوال شخصية، 2، ص 20.
- الفيروزآبادى، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، د.ط، 2004م.
- القانون المدنى الأردنى، فى المادة (1125)
- قنibي، محمد موسى حماده، الميراث فى الشريعة الإسلامية، المطبعة الوطنية، ط 4، 2008م.
- الكاسانى، بدائع الصنائع، 7/330.
- كشاف القناع، 4/335.
- لسان العرب، 15/394.
- مسلم (1249/3).
- المصباح المنير، ص 662.
- مصطفى، إبراهيم وأخرون، المعجم الوسيط، 1024، المكتبة الإسلامية، استانبول، تركيا، مجمع اللغة العربية، الإدارية العامة للمعجمات وإحياء التراث.
- المغني (390/8).
- وابن عابدين، الحاشية، 6/648.
-

المسؤولية الجنائية للطبيب عن الخطأ الطبي

-دراسة مقارنة-

Criminal liability of the doctor due to medical errors - A Comparative Study

دكتور محمد مختار السيد السيد

Dr. MOHAMMED MUKHTAR ELSAYED ELSAYED

دكتوراه القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الزقازيق

PhD in Civil Law

Faculty of Law - Zagazig University

البريد الإلكتروني: dr.mohamedmokhtar89@gmail.com

المستخلص

هدف هذه الدراسة إلى توضيح المقصود بالعمل الطبي، وأساس إبنته، وبيان أساس قيام المسؤولية الجنائية للطبيب، وتوضيح أركان المسؤولية الجنائية للطبيب، وإبراز وسائل إثبات المسؤولية الجنائية للطبيب.

وقد جاءت مشكلة الدراسة من خلال التساؤل: ماذا يقصد بالمسؤولية الجنائية للطبيب؟ وما أبرز أركان تلك المسؤولية الجنائية؟

وقد اتبعت خلال هذه الدراسة المنهج المقارن لمناسبة ذلك النوع من الدراسات.

وقد خرجت بعده نتائج أبرزها: لا يمكن إقرار المسؤولية الجنائية للطبيب إلا بتوافر أركانها وهو الخطأ والضرر وعلاقة السببية، تقرر المسؤولية الجنائية للطبيب بعد ارتكابه الخطأ الطبي سواء كان مادي أو مهني، سواء كان بسيط أم جسيم. كما أن الخطأ الطبي يعد تقدير في مسلك الطبيب وهو لا يقع من طبيب يحظى وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول عن الخطأ.

كما خرجت بعده توصيات أبرزها: ضرورة وضع إطار للمسؤولية الجنائية للطبيب في ضوء الضوابط القانونية وتأكيد نسبة الخطأ لمربكه بشكل مباشر، ووجوب تشديد العقوبات في مجال ارتكاب الجرائم العمدية كالإجهاض وكذلك امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة وغيرها من الجرائم، ضرورة تعديل دور نقابة الأطباء الموجودة لعرفة سبب الأخطاء أو الجرائم الطبية نظراً لكثرتها وانتشارها، وأن يكون هناك

متابعة للطبيب والتزامه بمواكبة التطورات العلمية والمستجدات العصرية في فنون وأساليب العلاج في مهنة الطب.

الكلمات الرئيسية:

-الأعمال الطبية.

-المسؤولية الجنائية.

- القصد الجنائي.

abstract

This study aimed to clarify what is meant by medical work, the basis for its permissibility, and to explain the basis for establishing the criminal responsibility of the doctor, and to clarify the elements of the criminal responsibility of the doctor, and to highlight the means of proving the criminal responsibility of the doctor.

The problem of the study came through the question: What is meant by the criminal responsibility of the doctor? What are the most prominent elements of that criminal responsibility?

During this study, the comparative approach was followed due to its suitability for this type of studies.

It came out with several results, most notably: The criminal responsibility of the doctor cannot be recognized unless its elements are available, which is the error, the damage, and the causal relationship. The criminal responsibility of the doctor is decided after he commits a medical error, whether it is material or professional, and whether it is simple or serious., And the medical error is considered a negligence in behavior. The doctor, who does not fall from an alert doctor who was found in the same external circumstances that surrounded the doctor responsible for the error.

It also came out with several recommendations, most notably: the need to establish a framework for the criminal responsibility of the doctor in the light of legal controls and to confirm the percentage of error directly to the perpetrator, and the necessity of tightening the penalties in the field of committing intentional crimes such as abortion, as well as the doctor's refusal to provide assistance and other crimes, the need to activate the role of the existing Doctors Syndicate to find out the reason Medical errors or crimes due to their abundance and spread, and that there is a follow-up of the doctor and his commitment to keep abreast of scientific developments and modern developments in the arts and methods of treatment in the medical profession.

المقدمة

إن الله خلق الإنسان وخلق معه المرض، وحدد له العلاج الذي يشفيه منه من خلال بشر يتقنون هذا العلم ويعلمون فنياته، كما أن الأصل في الأعمال الإباحة، وتحريمها استثناء، وإن إباحة الأعمال الطبية هو الاستثناء لأن الأصل هو عدم الاعتداء على حقوق يحميها النظام ويجرم الاعتداء عليها، وغرض المنظم من إباحة الأعمال الطبية هو حماية مصلحة أولى من مصلحة أخرى في نظر المجتمع، لأن مهنة الطب هدفها

الأساسي هو جلب المصلحة والسلامة والعافية ودرء المفسدة والمرض. وقد قال الإمام الشافعي: "صنفان من الناس لا غنى للناس عنهما الأطباء لأبدانهم والعلماء لأديانهم".

إن مهنة الطب من المهن الإنسانية بالأساس لكنها كذلك من المهن الخطيرة والمعقدة بحسب ما يتربّب على الخطأ في ممارستها من مساس بحق الإنسان في سلامته جسده والذي قد يصل إلى الوفاة في بعض الأحيان. لذا يتوجب على من يمارسها أن يكون على علم واحترام كبير لجسم الإنسان ومراعاته في كافة الظروف والأحوال، وأن يرعى أرواح الناس ويحافظ على علماً، لذا يقع على الممارس الطبي واجب خلقي وقانوني حين يتعامل مع جسد الإنسان، وذلك لأن سلامته الجسد من الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي نظمتها كافة التشريعات والتي تنبثق من فكرة الحق في الحياة. كما أن المساس بالسلامة الجسدية تم تبنيها في المواثيق الدولية خاصة بعد الطفرة العلمية الحديثة التي شهدتها المجال الطبي والتي غيرت بعض المفاهيم في قواعد الطب.

في المقابل يقع على الطبيب المسؤولية إن قام بارتكاب خطأ طبي سواء كانت مسؤولية مدنية أم جنائية أم مهنية. فتحرّم المساس بجسـد الإنسان أصبح من الضروري التركيز عليه خاصة مع ظهور المستجدات الطبية الحديثة منها إجراء التجارب العلمية والطبية.

ونركز من خلال البحث عن المسؤولية الجنائية للطبيب والتي تخص الشق الجنائي أما جانب التعويض والمسؤولية المدنية فليس موضوع البحث. فإن كان التفكير قدّيماً يبعد المسؤولية القانونية عن الأطباء عن أفعالهم العمدية وغير العمدية فإن هذه المسؤولية اليوم أصبحت ذات ضرورة نظرًا لارتفاع الجرائم المرتكبة باسم مهنة الطب، فقد أصبح الطبيب يلاحق في المحاكم سواء ارتكب الخطأ الطبي عن عدم أو غير عمد.

مشكلة الدراسة

تكمـن إشكالية الـدراسة في زيادة جرائم الـاعتداء على جـسم الإنسان بفضل التـطور التقـني الملحوظ خاصة في الجانب الطـبي، وكذلك انتشار الأمراض الغـير مسبـوقة، وعلى الرغم من الجهود المبذولة من جانب الدول والـحكومـات لمكافحتـها إلا أنها لا زالت منتشرـة وتؤدي في أحياناً كثـيرـة لوفـاة الشخص.

كذلك فالـأعمال الطـبية في الوقت الحـاضـر تحـظـي باهـتمـام كـبـيرـ من جانب الدول، لما تـثيرـه من مشـكلـات قـانـونـية تـتعلـق بـحـمـاـية الـكـيـانـ الجـسـديـ لـلـإـنـسـانـ منـ المـخـاطـرـ وـالـانـتـهـاـكـاتـ النـاجـمـةـ عنـ سـوءـ استـخدـمـ الـطـرـقـ الحـدـيثـ فيـ العـلـاجـ. فإنـ ماـ تمـ الـاعـتـداءـ علىـ جـسـدـ إـنـسـانـ تـقـعـ المسـؤـولـيـةـ الجنـائـيـةـ للـطـبـيبـ وـالـقـيـمـةـ يـتـرـبـبـ عـلـيـهاـ عـقـوبـةـ جـنـائـيـةـ تـقـرـرـهاـ كـافـيـةـ الـأـنـظـمـةـ وـالـتـشـرـيعـاتـ.

لـذـاـ تـأـتـيـ مشـكـلـةـ الـبـحـثـ فـيـ ماـذـاـ يـقـصـدـ بـالـمـسـؤـولـيـةـ الجنـائـيـةـ للـطـبـيبـ؟ـ وـمـاـ أـبـرـزـ أـرـكـانـ تـلـكـ المـسـؤـولـيـةـ الجنـائـيـةـ؟ـ

أهمية الـدراسة

تـأـتـيـ أـهـمـيـةـ الـدـرـاسـةـ نـظـرـاـ لـكـثـرـةـ الـأـخـطـاءـ الطـبـيـةـ المـرـتكـبـةـ منـ جـانـبـ الـأـطـبـاءـ وـمـاـ يـصـحـبـهاـ منـ آـثـارـ خـطـيرـةـ لـأـتـحدـ عـقـابـهاـ وـالـقـيـمـةـ يـتـرـبـبـ عـلـيـهاـ عـقـوبـةـ جـنـائـيـةـ تـقـرـرـهاـ كـافـيـةـ الـأـنـظـمـةـ وـالـتـشـرـيعـاتـ.

وكـذـلـكـ بـفـضـلـ الـمـسـجـدـاتـ الـتـيـ تـحـدـثـ كـلـ سـاعـةـ فـيـ المـجـالـ الطـبـيـ وـكـذـلـكـ زـيـادـةـ الـأـمـرـاضـ وـالـأـوـبـيـةـ وـالـقـيـمـةـ تـفـتـكـ بـحـيـاـةـ الـبـشـرـ كـالـسـلـ وـالـجـدـريـ وـالـأـمـرـاضـ الـزـهـرـيـةـ،ـ وـأـخـيـرـاـ فـايـروـسـ كـوـرـوـنـاـ،ـ وـوـصـولـ الـطـبـ إـلـىـ أـعـماـقـ

القلب وثنياً المخ، وما توصل إليه العلم الحديث من عمليات جراحية معقدة دون إحداث جرح كما في عمليات الليزر المستخدمة في الآونة الأخيرة كالعين وإزالة الحصوات. وقد صاحب هذه التطور خاصة في المجالات الطبية ضرورة بيان حقوق الإنسان على جسده وعدم المساس بجسده أو كرامته، لذلك حرصت كافة الشرائع السماوية وحرصت كافة التشريعات والمواثيق الدولية على كفالة تلك الحقوق، لبيان المسؤولية الجنائية للطبيب عن الخطأ الطبي.

أهداف الدراسة

- 1-بيان مفهوم العمل الطبي وأساس إياحته.
- 2-توضيح أساس قيام المسؤولية الجنائية للطبيب.
- 3-إبراز أركان المسؤولية الجنائية للطبيب.
- 4-توضيح أبرز وسائل إثبات المسؤولية الجنائية للطبيب.

تساؤلات الدراسة

- 1-ماذا يقصد بالعمل الطبي؟ وما أساس إياحته؟
- 2-ما أساس قيام المسؤولية الجنائية للطبيب؟
- 3-ما أبرز أركان المسؤولية الجنائية للطبيب؟
- 4-ما أبرز وسائل إثبات المسؤولية الجنائية للطبيب؟

منهج الدراسة

اقتضت طبيعة الدراسة الاعتماد على المنهج المقارن لمناسبة ذلك النوع من الدراسات.

خطة الدراسة

إن موضوع المسؤولية الجنائية للطبيب من الموضوعات القديمة الحديثة، فقد تطورت بتطور العلوم الطبية في ظل التقدم التقني الهائل. فالطب لم يعد يعتمد على الوسائل التقليدية كما كان سابقاً لكن هذا التطور التقني في العلوم الطبية لا يجب أن يكون ضحكيته الإنسان، لذلك عكف رجال القانون على تنظيم تلك المسؤولية وتنظيم الأعمال الطبية باحترام قدسيّة الجسد وابقاءه بعيداً عن دائرة الممارسات المالية والتأكد على مسؤولية الأطباء عن أخطائهم ووضع قيود وأحكام تحديد العلاقة بين المريض والطبيب سواء في مرحلة العلاج أو الجراحة.

لذا اقتضت دراسة الموضوع إلى تقسيم البحث على النحو الآتي:

- المطلب الأول: ماهية المسؤولية الجنائية وإباحة العمل الطبي
- المطلب الثاني: قيام المسؤولية الجنائية للطبيب.
- المطلب الثالث: وسائل إثبات المسؤولية الجنائية للطبيب.

المطلب الأول

ماهية المسؤولية الجنائية وإباحة العمل الطبي

تأتي المسؤولية الجنائية للطبيب عند ارتکابه خطأ طبي ينتج عنه ضرر يصيب الإنسان، فالطبيب حين يخالف أصول مهنة الطب ويرتكب خطأ يجب أن يتحمل نتيجة هذا الخطأ لأنه خرج عن القواعد العامة لممارسة مهنة الطب، إذ يجب عليه أن يتوكى الحيطة والحذر والانتباه حين يتعامل مع الحالات الطبية.

أولاً: مفهوم المسؤولية الجنائية للطبيب

المسؤولية لغة: اسم مفعول منسوب إليه مأخوذ من سائل يسأل سؤالاً ومسألة، واسم فاعل من سائل وجمعها سائلون، السؤال عن الشيء والاستخار عن المسألة والسؤال عن حاله⁽¹⁾.
واصطلاحاً: تعرف المسؤولية الجنائية بأنها استحقاق مرتكب الجريمة العقوبة المقررة لها وتعلق هذه المسؤولية بمن أخل بما خطب به من تكليف جنائي، فحق عليه العقوبة المقررة لحماية هذا التكليف⁽²⁾.
فالمسؤولية الجنائية للطبيب معناها: "أن يتحمل الطبيب نتائج الفعل المحرم الذي أتاه مختاراً وهو عالم بحرمته ومدرك لمعناه و نتيجته فالمسؤولة لا تكون إلا عن ارتكاب الفعل المحرم، سواء وقع إيجاباً أو سلباً، كما أن من شروط وقوع المسؤولية العلم بحرمة الفعل المرتكب وإدراك معناه و نتيجته، وكذلك الاختيار، فهو شرط لتحمل المسؤولية الجنائية، لقول النبي صلى الله عليه وسلم "وضع الله عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁽³⁾.

أي أن المسؤولية الجنائية تأتي بمخالفة قاعدة قانونية جنائية فلا جريمة بغير نص يجرمها وفقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. وإن الطبيب كغيره من الأفراد يخضع لتلك المسائل الجنائية إن ارتكب مخالفة طبية، فلا تكون هناك مسؤولية مدنية فحسب بل جنائية أيضاً، غير أن قيام المسؤولية الجنائية لا يكون بشكل عام بل بتوافر موجباتها.

فممارسة مهنة الطب وما صاحبها من إنجازات علمية كالتلقيح الصناعي والاستنساخ البشري، وكذا نقل وزرع الأعضاء البشرية قد حق مصالح للبشر وأفادهم لكنه من ناحية أخرى أوجد مشكلات قانونية تتعلق بكرامة الإنسان وحرمة جسده. فمن هنا كان وجوب الإلمام بالمسؤولية الجنائية للطبيب عن خطأه الطبي من الأهمية لعرفة أساس قيامها سواء كان الخطأ الطبي ناتج عن توافر القصد الجنائي أم نتيجة خطأ⁽⁴⁾.

ثانياً: مفهوم العمل الطبي وأساس أداته

تجمع التشريعات المختلفة على إباحة العمل الطبي على الرغم مما يمثله من مساس بجسد الإنسان كإجراء عملية جراحية أو خلع أسنان أو استعمال أدوية في جسم الإنسان أو تعريضه لخدمات كهربائية أو نقل الدم إلى غير ذلك من الأعمال التي تنظمها نماذج قانونية خاصة بها. فإن وقع هذا الفعل من الشخص العادي اعتبار جريمة نظمتها قوانين العقوبات أما إن وقع من طبيب توافرت فيه شروط معينة لمزاولة العمل الطبي ففعله ينتفي عنه صفة عدم المشروعية وبالتالي يجب علينا بيان مفهوم العمل الطبي ثم أساس إباحته على النحو التالي:

(1) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، بيروت: دار صادر، 1992م، 21/1906.

(2) الحربي، عبد الله بن علي بن عايس السجعي، المسؤولية الجنائية بين الطبيب والتكنولوجيا الحديثة في العمليات الجراحية: دراسة تطبيقية على نظام الهيئة الصحية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، كلية الشريعة، 2015م، ص 1.

(3) أبو عامر، هالة طالب محمود، المسؤولية الجنائية للطبيب عن نقل الغدد التناسلية في النظام السعودي: دراسة تأصيلية، مجلة البحوث الأمنية، مجلد 26، ع 66، 2017م، ص 187-233.

(4) إن المسؤولية الجنائية في العصر الحديث ركزت على الدعاوى التي تنظمها اللوائح والأنظمة. ولم تصدر تشريعات خاصة لمسؤولية الأطباء بل بقي الأمر خاضع للقواعد العامة، فلا يسأل الطبيب إلا إذا انعقدت في جانبه المسؤولية الجنائية الطبية. كما أن عدد الدعاوى الجنائية قليل مقارنة بالدعوى المدنية والمهنية التأديبية. وجدير بالذكر أنه تم عقد مؤتمر في باريس عام 1972م من أجل عمل تشريع خاص بالأطباء يتعلق بأعمالهم وحمايتهم من مخاطر المهنة، ونتج عن ذلك المؤتمر السابع المشترك مع الأطباء القانونية الفرنسية الإيطالية في ذات العام الذين أوصوا بأنه يجب على القضاة إيجاد حلول لمشاكل الأطباء. (راجع حول ذلك، قايد، أسامة عبد الله(1987) المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، القاهرة: دار الهبة العربية، 1987م، ص 39).

1- مفهوم العمل الطبي

تعددت آراء الفقهاء حول مفهوم العمل الطبي فقسمه بعضهم إلى قسمين: قسم يرى بأن العمل الطبي يقتصر فقط على مرحلة العلاج، وقسم آخر أدرج ضمن العمل الطبي مرحلتي الفحص والتشخيص إلى جانب مرحلة العلاج⁽¹⁾.

وأشهر تعريف وضع للعمل الطبي هو تعريف العميد (Savatier)، والذي جاء فيه بأن العمل الطبي هو "العمل الذي يقوم به شخص مؤهل من أجل شفاء الغير"⁽²⁾.

وهناك اتجاه موسع لتعريف العمل الطبي وهو "كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية، والقواعد المتعارف عليها نظريًا وعلمياً، في علم الطب، ويقوم به طبيب مصحح له قانوناً، بقصد الكشف عن المرض، وتشخيصه، وعلاجه، لتحقيق الشفاء، أو تخفيف ألم المرض، أو الحد منها، أو منع المرض، أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد، أو تحقيق مصلحة اجتماعية، بشرط توافر رضاء من يجري عليه هذا العمل"⁽³⁾.

أي أنه وفقاً لمفهوم الواسع للعمل الطبي فهو يشمل جميع مراحله من فحص وتشخيص وعلاج، أي أنه النشاط الذي يتتفق بظروفه وملابساته مع القواعد المقررة في علم الطب، والتي تؤدي حسب المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض، كما يشمل هذا المفهوم الواسع كافة الأعمال التي تشمل الوقاية من المرض والتي يكون غايتها صحة وسلامة الإنسان من توجيهه ونشر توعية وتنظيم حياة الإنسان.

2- أساس إباحة العمل الطبي

الإباحة هي إخراج الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة المباحثات، لأنها تلغى الركن الشرعي للجريمة، فالأفعال التي يقوم بها الطبيب على أجسام المرضى هي أفعال مجرمة بالقطع بالنسبة للشخص العادي لأنها تتم على أجسام المرضى كالفحص الطبي والتشخيص والعلاج الجراحي لكنها قد تؤدي إلى شفاء المريض أو تخفيف المضاعفات وقد ينتج عنها الوفاة⁽⁴⁾.

وقد اختلفت الآراء حول أساس إباحة العمل الطبي فذهب رأي إلى إسناد إباحتها إلى رضاء المريض، وذهب الرأي الآخر في إسنادها لانتفاء القصد الجنائي للطبيب. ولكن الفقه والقضاء لم يأخذ بهذين السببين لأن رضا المريض يعتبر سبب عام ونطاقه محدود في المساس بسلامة جسم الإنسان، كما أن النظام أباح للطبيب العلاج حتى وإن لم يوافق المريض. كذلك فإن إسناد الإباحة لانتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية أو الجراحية هو غير مقبول أيضاً لأن القصد المتطلب في جرائم الاعتداء على الجسم هو قصد عام يتكون من إرادة وعلم بأن الفعل المترتب يمس سلامه جسم الإنسان وصحته.

وهذا القصد متواافق بطبيعة الحال عند الطبيب وبالتالي لا يمكن اعتباره سبب إباحة. لكن الرأي المستقر عليه فقهياً وقضاءً هو إسناد إباحة الأعمال الطبية إلى الترخيص الذي منحه القانون لمن يمارس مهنة الطب ويقوم ب مباشرتها في حالة الضرورة⁽⁵⁾.

(1) الدلنجاوي، أحمد عبد الصبور، المسئولية الجنائية عن الخطأ الطبي في النظام السعودي. المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ع.13، 2019م، ص ص 160-154.

(2) بن زيطه، عبد الهادي، العمل الطبي في القانون المقارن والاجتهداد القضائي. مجلة القانون والمجتمع، مج.1 ع.1، 2015م، ص 142

(3) قايد، أسامة عبد الله، دراسة مقارنة. مرجع سابق، ص 55

(4) الدلنجاوي، أحمد عبد الصبور، مرجع سابق، ص 161

(5) عطية، حمدي رجب، المسئولية الجنائية للطبيب في التشريع الليبي. مجلة مصر المعاصرة، مج.93 ع.465، 2002م، ص ص 390-394.

ونرى أن هذا الرأي هو الرأي الصحيح والذي استقر عليه الفقه والقضاء هو الرأي المنطقي حيث أن العمل الطبي دائمًا مباح بنصوص الأنظمة والتشريعات، ففي القانون الليبي نجد أن المادة (3) من القانون الليبي⁽¹⁾ نصت على: "يجب على كافة العاملين الذين لعملهم صلة بالمريض ما يلي: (أ) المساواة بين المرضى في المعاملة تبعاً لأحوالهم الصحية. (ب) تأدية واجبات العمل على النحو الذي يكفل راحة المريض وتحقيق العناية به واتباع التعليمات الصادرة بالخصوص. (ج) مراعاة أصول المهنة".

كما حددت المادة الثانية من نظام الهيئة الصحية السعودية على شروط للتاريخ بمتطلبات المهن الطبية في الفقرة ب حيث نصت على: (ب)- يتطلب للتاريخ بمتطلبات المهن الصحية ما يأتي: 1- الحصول على المؤهل المطلوب للمهنة من أي كلية طبية أو كلية صيدلة أو كلية علوم طبية تطبيقية أو كلية صحية، أو معهد صحى، أو مؤهلات أخرى مطلوبة لمتطلبات مهن صحية تعرف بها الهيئة، أو الحصول على شهادة من الخارج تعرف بها الهيئة. 2- أن يكون قد أمضى مدة التدريب الإجبارية المقررة للمهنة، وأن تتوافر لديه اللياقة الصحية. 3- التسجيل لدى الهيئة وفقاً لمتطلبات التسجيل التي تحددها. 4- لا يكون قد سبق الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة إلا إذا رد إليه اعتباره".

المطلب الثاني

قيام المسؤولية الجنائية للطبيب

إن المسؤولية تقوم في حق الشخص إذا ارتكب مخالفه لأوامر القانون الذي يطبق عليه. والمسؤولية الجنائية هي العنصر الأساسي للنظام الجنائي العقابي لكونها تهدف لإنزال الجزاء على الشخص لارتكابه فعل أو امتناعه عن فعل يشكل مخالفه للأحكام والقواعد التي تنظمها التشريعات⁽²⁾.

وهنا تقوم المسؤولية الجنائية للطبيب لارتكابه خطأ طبي سواء كان إيجابياً أو سلبياً يعرضه لعقوبة جنائية يقررها النظام الجنائي السعودي. وبموجب ذلك تقوم النيابة العامة بتحريك الدعوى الجنائية ضده وتقديمه للمحاكمة ليتحقق العقاب المقرر في النظام الجنائي.

كما أن الطبيب لا يمكن مساءلته عن جريمة إلا إن كان قد اقترفها بتحقق أركانها الركن المادي من نشاط ونتيجة وعلاقة سببية بينهما وكذلك الركن المعنوي وهو العلم والإرادة لارتكاب هذه الجريمة سواء كان عمداً أم خطأ. وهنا نوضح نوعي تحقق المسؤولية الجنائية وهما حالة توافر القصد الجنائي أو عدم توافره وارتكاب الجريمة في حالة الخطأ. وهو ما نوضحه على النحو التالي:

أولاً: قيام المسؤولية الجنائية للطبيب في حالة توافر القصد الجنائي

قد يبدو للوهلة الأولى أن يرتكب الطبيب جرائم قصدية في مهنة لها قداستها واحترامها لكننا نجد أن الطبيب قد يرتكب تلك الجرائم القصدية فمنه جرائم إفشاء السر المهني، والسر هو واجب قانوني يلتزم به فئة من الناس يطعون بموجب عملهم على أسرار من يتعاملون معهم إفشاء السر يكون هدم لتلك الثقة التي وضعت فيهم. والطبيب بحكم عمله وعلاقته بمرضاه يكون على اطلاع بأسرار مرضاه ونقاط ضعفهم فعليه أن يلتزم الكتمان وإن إفشاءه لتلك الأسرار يعد من الجرائم القصدية⁽³⁾.

ويمكنا القول إن السر المهني يعتبر ركيزة أساسية في المجتمع، ويتعلق بكرامة الإنسان، وبالتالي فالحفاظ عليه من لزوم حريته، ويدخل في المكون الأدبي للإنسان، ولأهمية السر عند الإنسان فقد وضع

(1) قانون رقم (17) لسنة 1986 م بشأن المسؤولية الطبية.

(2) حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات القسم العام النظيرية العامة للجريمة. القاهرة، دار الهضبة العربية، 1982م، ص 68

(3) الفتوى، سالم، المسؤولية القانونية للطبيب. مجلة بحوث ودراسات قانونية، 15، 2019م، ص 97-137. ص 102

الالتزام على عاتق الطبيب بحفظ سر مريضه حتى وإن لم يكن هناك عقد بين المريض والطبيب فإن المبادئ القانونية العامة تحتم ذلك فضلاً عن إن إفشاء السر يشكل جريمة أدبية قبل أن يكون جريمة جنائية أو مدنية.

إن القصد الجنائي هو أحد صور الركن المعنوي. وبالتالي تقوم المسؤولية الجنائية للطبيب في حالة توافره. فالمسؤولية الجنائية ليست جزء من الركن المعنوي بل الأخير هو أحد أركانها مع الركن المادي والركن الشرعي. فالمسؤولية الجنائية معناها أن توافرها يؤدي لخضوع الطبيب للجزاء الجنائي في النظام. يعرف القصد الجنائي بأنه أحد صور الركن المعنوي وتوافرها يعني قيام المسؤولية الجنائية للطبيب. يجعل الجريمة عمدية حسب طبيعة الركن المادي سواء كانت بفعل إيجابي جرمها القانون أو سلبي عن طريق الامتناع عن فعل أوجبه القانون.

ويعرف البعض القصد الجنائي بوجه عام بأنه "علم بعناصر الجريمة وإرادة متوجهة إلى السلوك الإجرامي و نتيجته"⁽¹⁾.

وعناصر القصد الجنائي هي العلم والإرادة. فيجب أن يكون الطبيب على وعي تام بتوافر الفعل الجنائي فالجهل أو الغلط يؤدي لنفيه. فإن قام الطبيب بأعمال من شأنها وقوع الإجهاض لامرأة وهو لا يعلم بأنها حامل هنا يتفي العلم الذي هو أحد عناصر القصد الجنائي، فالعلم والإرادة لم تتجه لتحقيق تلك النتيجة فلا يسأل عن جريمة عمدية لانتفاء القصد الجنائي⁽²⁾.

ويمكنا القول إن القصد الجنائي ضروري في كافة الجرائم العمدية لتحقيق المسؤولية الجنائية فالقصد العام هو الهدف المباشر للسلوك الإجرامي.

ثانياً: قيام المسؤولية الجنائية للطبيب في حالة الخطأ

تقوم المسؤولية الجنائية في حالة الخطأ. والخطأ قد يقع بفعل إيجابي أو سلبي من الطبيب تؤدي لنتيجة إجرامية يكون مسؤولاً عنها إذا كان فعله فيه تجاوز وانحراف عن واجب الحيطة والحذر حتى وإن لم يتوقع النتيجة الإجرامية. فالخطأ هو أحد صورتي الركن المعنوي. فتقسم الجرائم إلى جرائم عمدية يتوافر فيها القصد الجنائي وجرائم غير عمدية تقوم على الخطأ غير العمدي.

الجرائم غير القصدية هي مجموعة الأفعال التي تصدر من جانب الطبيب أثناء مباشرته لعمله والتي من شأنها أن يتربّ عليها آثار ضارة للمريض. فجوهر الخطأ الطبي يتمثل في إخلال الطبيب بالالتزامات العامة الواقعة على الأفراد من ضرورة توخي الحذر والحيطة فيما يباشره من عمل وإخلاله بواجباته المهنية بخروجه عن القواعد العامة في تنفيذ الالتزامات تجاه مريضه. وتلك الالتزامات تتمثل في بذل العناية الطبية التي تشترطها مهنته وطبيعة عمله⁽³⁾.

وقد عرف بعض الفقهاء الخطأ بأنه: "إخلال الجنائي عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون"⁽⁴⁾. وقد نصت المادة (23) من القانون الليبي⁽⁵⁾ على: "ترتبط المسؤولية الطبية على كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي سبب ضرراً للغير. ويعتبر خطأ مهنياً كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات

(1) القهوجي، علي عبد القادر، قانون العقوبات القسم الخاص جرائم الاعتداء على الإنسان والمال، طبعة أولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010م، ص 78

(2) الظاهر، كشيدة، المسؤولية الجنائية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص 55

(3) الفتوى، سالم، مرجع سابق، ص 108

(4) الحلبي، محمد علي السالم عياد، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الأردن: مكتبة الثقافة للنشر والإعلام، 1997م، ص 370

(5) قانون رقم (17) لسنة 1986م بشأن المسئولية الطبية.

النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة والإمكانيات المتاحة. ويعد نشوء الضرر قرينة على ارتکاب الخطأ أو الإخلال بالالتزام. ولا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسئولية الطبية قبل وقوع الضرر، ويقع باطلاقا كل اتفاق على ذلك".

وتتعدد صور الخطأ ومنه:

1-الرعونة:

وهي سوء التقدير أو الطيش أو قلة الدراية كالطبيب الذي يقوم بعملية جراحية دون الاستعانة بطبيب التخدير أو يقوم بفعل دون تبصر أو وعي.

2-عدم الاحتياط:

يتحذ عدم الاحتياط النشاط الإيجابي أو أن يقوم شخص بفعل كان يجب الامتناع عنه. فعدم الاحتياط هو عدم التبصر بعاقبة الأمور، حيث كان يجب على الشخص أن يكون مدركا لما يؤديه فعله إلى الإضرار بالغير ولكنه يصر على المضي قدما في فعله مما يحدث النتيجة وهي ضرر الغير.

3-الإهمال وعدم الانتباه:

الإهمال وعدم الانتباه صورتان متشارتان، وفهمما يتخذ شكل التصرف السلي لترك واجب عليه القيام به أو الامتناع عن عمله. وصورته ألا يقوم الطبيب بمتابعة مريض عنده مرض الكولييرا يعاني من ارتفاع درجة الحرارة ما أثر على جهازه العصبي وأدى لوفاته⁽¹⁾.

4-عدم مراعاة الأنظمة واللوائح

إذ قد الأنظمة والتشريعات أن هناك سلوك يكون خطرا على حياة الفرد فيقوم بتنظيمه عبر الأنظمة واللوائح فيقوم بحظره وقاية منه. ويكون الخطأ هنا في قيام الطبيب بفعله ويرتكب بذلك جرائم الأولى مخالفة الأنظمة واللوائح وتلك جريمة مستقلة بذاتها. والثانية هي النتيجة الإجرامية التي فعلها. وصورته أن يقوم الطبيب بعمل وصفة طيبة وإعطاء جرعة دواء محددة في الأنظمة بمقدار معين لكن يقوم الطبيب بوصف خاطئ مخالفًا بذلك الأنظمة واللوائح فهنا يرتكب الجرمتين.

ونرى أن الخطأ الطبي الجنائي هو إخلال الطبيب في تصرفه بواجب الحيطة والحذر التي يفرضها عليه النظام في مبادرته لعمله وأن يراعي حقوق ومصالح يحميها القانون، وعدم حلولته تبعاً لذلك دون إفشاء سلوكه لإحداث النتيجة المعقاب عليها، بينما كان من واجبه وفي استطاعته أن يتوقعها وألا يقدم عليها بما لا يتجاوز الحيطة الواجبة. وقد تدخلت التشريعات والقوانين لوضع حد لتلك التجاوزات والأخطاء التي تصدر من جانب الطبيب تجاه مريضه وترتبت عقوبات جزائية إن ارتكبت نتيجة إجرامية سبب ضرر للغير. كما أن قيام المسؤولية الجنائية للطبيب من الأهمية في السياسة الجنائية المعاصرة وذلك لأن كافة التشريعات تنظم حماية المريض وسلامته وصحته وكرامته.

المطلب الثالث

وسائل إثبات المسؤولية الجنائية للطبيب

لا شك أن تحقيق العدالة مطلب هام في كافة المنازعات والقضايا خاصة في القضايا والجرائم الطبية. ولا شك أن المدخل الأساسي لتحقيق ذلك يحتاج إلى طرق إثبات قادرة على التمييز بين الحق والباطل حتى

(1) حسين، طاهري، الخطأ الطبي والعلاج في المستشفيات العامة. الجزائر: دار هومة، 2002، ص 45

يتمكن أصحاب الحقوق في النهاية من إثبات حقوقهم أمام القضاء، والإثباتات قانوناً هو تأكيد حق متنازع فيه أو مسألة غير مؤكدة بحيث يترتب عليها أثراً قانونياً بالدليل الذي أباحه القانون من أجل ذلك. ويعتبر إقامة الدليل الركيزة الرئيسية في عملية الإثبات بشكل عام وفي قضايا المسؤولية الطبية والجرائم الطبية بشكل خاص، ومع أن إثبات المسؤولية الطبية والجرائم الطبية يعتبر من أصعب المسائل لتشابك عناصرها وصعوبة إقامة الدليل على ارتكابها إلا أنه بشكل عام هناك طرق ووسائل هامة يمكن إتباعها في مثل تلك الجرائم والقضايا، استخدام الأدلة المادية واللجوء للخبرة الطبية⁽¹⁾.

وهناك وسائل يمكن إتباعها في إثبات المسؤولية، كالإقرار، والشهادة، والمستندات الكتابية، والقرائن، والخبرة الفنية.

أولاً: الإقرار

الإقرار هو أقوى وسائل الإثبات، لأنه شهادة من الإنسان على نفسه، وهو أعلم به من غيره، والغالب أن لا يشهد الإنسان على نفسه بما يضره إلا وهو صادق في شهادته⁽²⁾. والإقرار في مجال المسؤولية الطبية هو اعتراف الطبيب ومن في حكمه مختاراً غير مكره على ارتكابه موجب من موجبات المسؤولية كأن يعرف بأنه قصر في وصف العلاج وأنه خالف في معالجته أساساً من الأصول العلمية في الطب⁽³⁾.

وهناك شروط يجب توافرها في الطبيب المُقر:

1- أن يكون الطبيب المقر عاقلاً: فلا يصح إقرار الجنون والسكران، ولا يعلم خلاف في ذلك، وقال صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلات، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتمل، وعن الجنون حتى يعقل"⁽⁴⁾.

صحيح أنه لا يمكن تصور طبيب مجنون خاصة الذين يدرسون الطب هم في الغالب من الطالب المتفوقين، وشديدي الذكاء، إلا أنه قد يصاب الطبيب بجنون قاطع (غير مطبق) بعد ممارسة الطب، يرتكب على إثرها جنائية، فإن أقرب ما ارتكب حال جنونه لا يؤخذ بهذا الإقرار⁽⁵⁾.

2- أن يكون الطبيب المقر مختاراً: فلا يصح إقرار المكره بما أكره على الإقرار به. قال صلى الله عليه وسلم "إن الله وضع عن أمري الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه"⁽⁶⁾.

فإن أكره الطبيب على الاعتراف بجنائية، وكان هذا الاعتراف (الإقرار) تحت ضغط التعذيب، وغيره من وسائل انتزاع الاعتراف التي تمارس بحق المتهمن، ثبت ذلك للقاضي فعليه أن لا يقيم وزناً لها (الإقرار).

3- ألا يرجع الطبيب عن إقراره: فإن صدر إقرار من الطبيب وكان عاقلاً، مختاراً، جاد وليس مازح، ثم رجع عن إقراره، ففي حالات:

(1) المعابطة، منصور عمر، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية المسئولة المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004، ص 121.

(2) طردة، يوسف محمد محمد، المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، 2011، ص 69.

(3) الدلاجاوي، أحمد عبد الصبور، مرجع سابق، ص 186.

(4) رواه الترمذى، كتاب الحدود، حيث رقم 1343.

(5) طردة، يوسف محمد محمد، مرجع سابق، ص 73.

(6) رواه ابن ماجة، كتاب الطلاق، حديث رقم 2033.

الحالة الأولى: أن تكون الجنائية التي أقر بها الطبيب حقاً خالصاً لله تعالى يدراً بالشهادات كالحدود، ويقبل رجوعه ولا أثر لإقراره، لأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة.

الحالة الثانية: أن تكون الجنائية التي أقر بها الطبيب حق للبشر أو حق لله لا يدراً بالشهادات، فلا أثر لرجوعه ويؤاخذ بإقراره⁽¹⁾.

4- أن يكون الطبيب جاداً لا مازحاً: فلا يصح إقرار الطبيب المهازل، فإذا علِمَ أو ظنَّ، أو عُرف أنه يريد بإقراره المهازل لا الجد لا يقبل إقراره ولا يتربّ عليه أي أثر⁽²⁾.

ثانيًا: الشهادة

لغة الخبر القاطع بما رأى، وأن يقرب بما علم⁽³⁾. أما في الاصطلاح فهي: إخبار صدق لإثبات حق، بلفظ الشهادة في مجلس القضاء⁽⁴⁾.

وفي الاصطلاح القانوني هي إخبار شخص من غير أطراف الخصومة، بعد حلف اليمين بما شهد به بأحد حواسه على الواقعه المتنازع فيها، فيقول ما أدركه ببصره أو سمعه. لذلك فالشهادة على وقوع خطأ طبيب قد تكون بطيب آخر أو مرض على ذلك الخطأ أو من يتوقع وجوده وقت حدوث الخطأ. ويجب على القاضي أن يراعي ألا يكون للشاهد مصلحة في ذلك ويتحقق من شروط انتفاء التهمة على الشاهد فقد يشهد المرض على الطبيب بغرض دفع التهمة عنه⁽⁵⁾.

ثالثاً: المستندات الخطية

هي التقارير المكتوبة من قبل الأطباء ومساعديهم، كذلك الموجودة في الملف الطبي للمريض، فهي ما توجب المسؤولية عليهم. أما التقارير الموجودة عند المريض لا يمكن الاحتياج إليها إذا أنكرها الطبيب، وهو أمر يخضع للسلطة التقديريّة للقاضي.

وقد قسم البعض المستندات الكتابية باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات لقسمين:

القسم الأول: ما يحتفظ به الطبيب الخاص في عيادته أو في المستشفى من ملفات وسجلات خاصة بالمرضى والمتابعين. فتلك السجلات غالباً تشتمل على ملاحظات الطبيب، ويكتبهما بخط واضح ومقوءة متضمنة البيانات الرئيسية للمريض والمتابع كالاسم والجنس والسيرة المرضية، والغرض منها الرجوع لها وقت الحاجة، فإذا وجد في تلك السجلات ما يدين الطبيب أو يبرأه فهي تعتبر مستند شرعي يمكن أن يقدمه الطبيب حتى يطعن على تزويرها.

القسم الثاني: ما يحتفظ به المريض من تقارير ومستندات ووصفات طبية، فتلك لا تعتبر حجة إن أنكرها الطبيب أو ادعى تزويرها، وهو أمر يرجع للقاضي⁽⁶⁾.

رابعاً: القرائن

هي استنباط مجہول من معلوم، فيستنبط الواقعه المحجولة من واقعة أخرى ثابتة ليتم الربط بين الواقعتين، مثل: وجوب اتخاذ الاحتياطات لمنع تلوث الجراح في العمليات الجراحية، فيستخلص منها تلوث الجرح وهو دليل على إهمال الطبيب⁽¹⁾.

(1) النفاوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدوائية على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج.2، بيروت، دار الفكر، 1995م، ص218

(2) طردة، يوسف محمد محمد، مرجع سابق، ص75

(3) أنيس، إبراهيم، المعجم الوسيط. القاهرة: مكتبة الشرق الدولي، 2000م، ص55

(4) طردة، يوسف محمد محمد، مرجع سابق، ص76

(5) الشنقيطي، محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الجكنى، أحكام الجراحة الطبية والأثار المترتبة عليها. طبعة ثانية. جدة، مكتبة الصحابة، 1994م، ص488

(6) طردة، يوسف محمد محمد، مرجع سابق، ص90-91

خامساً: الخبرة الفنية

قد يحتاج إثبات خطأ الطبيب ومسؤوليته هو أو أحد مساعديه إلى أهل الخبرة الفنية، وهم أطباء متخصصين يعتمد القاضي على شهادتهم التي تقدم للمحكمة، لأنه يصعب أحياناً سوء للمريض أو القاضي إثبات الأخطاء الفنية في مهنة الطب لتعقيدها وتعدد وظائف جسم الإنسان.

الخاتمة

هكذا نخلص بعد هذا البحث إلى القول إنه ليس من السهل تحديد المسؤولية الجنائية بسبب التعقيدات في هذا المجال التي تمس الأمور الفنية وكذلك اتصاله بجسم الإنسان، كذلك يأخذ الخطأ الطبي في العصر الحديث أشكالاً مختلفة، فهي تتم في ظروف يقف فيها المريض موقف المتفرج، خصوصاً بسبب الطبيعة الفنية للعمل الطبي.

النتائج

- 1. على الطبيب عند مزاولة مهنة الطب سواء بالكشف أو العلاج أو الجراحة الالتزام بالأصول العلمية الثابتة والمعترف بها من قبل وزارة الصحة.
- 2. لا يمكن إقرار المسؤولية الجنائية للطبيب إلا بتوافر أركانها وهو الخطأ والضرر وعلاقة السببية.
- 3. تتقرر المسؤولية الجنائية للطبيب بعد ارتكابه الخطأ الطبي سواء كان مادي أو معنوي، وسواء كان بسيط أم جسيم.
- 4. الخطأ الطبي يعد تقصير في مسلك الطبيب وهو لا يقع من طبيب يقطع وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول عن الخطأ.

توصيات

- 1. ضرورة وضع إطار للمسؤولية الجنائية للطبيب في ضوء الضوابط القانونية وتأكيد نسبة الخطأ لمربكه بشكل مباشر.
- 2. وجوب تشديد العقوبات في مجال ارتكاب الجرائم العمدية كالإجهاض وكذلك امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة وغيرها من الجرائم.
- 3. ضرورة تعديل دور نقابة الأطباء الموجودة لمعرفة سبب الأخطاء أو الجرائم الطبية نظراً لكثرتها وانتشارها.
- 4. أن يكون هناك متابعة للطبيب والتزامه بمراقبة التطورات العلمية والمستجدات العصرية في فنون وأساليب العلاج في مهنة الطب.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب العلمية

- الإبراشي، حسن (1995) مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن. القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية.
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي (1414) لسان العرب. بيروت: دار صادر.

- حسني، محمود نجيب(1982) شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة. القاهرة: دار النهضة العربية.
- حسين، طاهري(2002) الخطأ الطبي والعلجي في المستشفيات العامة. الجزائر: دار هومة.
- الحلبي، محمد علي السالم عياد (1997) شرح قانون العقوبات، القسم العام. الأردن: مكتبة الثقافة للنشر والإعلام.
- غصن، علي عصام (2006) الخطأ الطبي. طبعة أولى. بيروت: منشورات زين الحقوقية والأدبية.
- قايد، أسامة عبد الله (1987) المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة. القاهرة: دار النهضة العربية.
- القهوجي، علي عبد القادر(2010) قانون العقوبات القسم الخاص جرائم الاعتداء على الإنسان والمال. طبعة أولى. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- المعايطة، منصور عمر (2004) المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.
- ثالثاً: الرسائل العلمية
 - الحربي، عبد الله بن علي بن عايش السحيمي(2015) المسؤولية الجنائية بين الطبيب والتكنولوجيا الحديثة في العمليات الجراحية: دراسة تطبيقية على نظام الهيئة الصحية. رسالة ماجستير. كلية الشريعة. الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.
 - الطاهر، كشيدة(2011) المسؤولية الجزائية للطبيب. رسالة ماجستير. جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية.
- رابعاً: البحوث والمقالات العلمية:
 - أبو عامر، هالة طالب محمود (2017) المسؤولية الجنائية للطبيب عن نقل الغدد التناسلية في النظام السعودي: دراسة تأصيلية. مجلة البحث الأمنية. مج 26. ع 66.
 - بن زيطه، عبد الهادي (2015) العمل الطبي في القانون المقارن والاجتهداد القضائي. مجلة القانون والمجتمع. مج 1 ع 1.
 - الدلجاوي، أحمد عبد الصبور (2019) المسؤولية الجزائية عن الخطأ الطبي في النظام السعودي. المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية. ع 13.
 - عطية، حمدي رجب(2002) المسؤولية الجنائية للطبيب في التشريع الليبي. مجلة مصر المعاصرة. مج 93. ع 466.
 - الفتوى، سالم(2019) المسؤولية القانونية للطبيب. مجلة بحوث ودراسات قانونية. ع 15.

المقترب التدريجي في تحليل السياسات العمومية

The progressive approach to public policy analysis

بوعزة بوعزة - عابيدي Abidi - طالب باحث في سلك الدكتوراه جامعة محمد الخامس بالرباط البريد الإلكتروني:

Abidibouazza@gmail.com

ملخص:

سنعمل في هذه المقالة على بحث المقترب التدريجي في تحليل السياسات العمومية، هذه الأخيرة كحقل معرفي يتحسس أطرافه للاستقلال بذاته كعلم له ضوابطه وأسسها النظرية، مدعماً بتطبيقات عملية في ظل تطور أدوار الدولة وتعدد الفاعلين الرسميين وغير الرسميين في الشأن العام، الذي يرتبط بصلة وثيقة بالمواطن، محور كل السياسات، غير أن تحليل هذه السياسات العمومية غالباً ما يتم بواسطة براديغم معين، الذي يعتمد المحللون في فهم وتفكير السياسات العمومية وتقديرها.

كما أن المقترب التدريجي يعتبر من بين المقتربات أكثر نجاعة في تحليل السياسات العمومية بالنظر إلى هامش التتبع الدقيق للسياسات العمومية، والنتائج الأوبيريقية التي يخلص إليها خلال عملية التقييم.

الكلمات المفاتيحية السياسات العمومية / تحليل السياسات العمومية / البراديغم / المقترب التدريجي.

Summary:

In this article, we will work on examining the gradual approach in the analysis of public policies, the latter as a field of knowledge whose parties are sensitive to independence by itself as a science that has its controls and theoretical foundations, supported by practical applications in light of the development of the roles of the state and the multiplicity of official and unofficial actors in public affairs, which is closely related to the citizen, The focus of all policies, but the analysis of these public policies is often done by a certain paradigm, which analysts rely on in understanding and deconstructing public policies and evaluating them.

The gradual approach is also considered among the most effective approaches in analyzing public policies, given the margin of careful tracking of public policies, and the empirical results that are reached during the evaluation process.

Keywords: Public policies / public policy analysis / paradigm / gradual approach.

مقدمة:

يعتبر حقل السياسات العمومية من الحقول المعرفية التي تتطلب الكثير من الجهد والمعرفة والاطلاع لإدراك ماهيته، فمنذ حوالي قرن من الزمن قد عكف العديد من المهتمين بدراسة الفعل العمومي، الذي يجسد فعل ولا فعل الدولة، لفهم سلوك هذا الفاعل الرسمي المتملك لسلطة القرار في الحركة والسكنون لتدبير الشأن العام.

فمنذ سبعينيات القرن الماضي عرفت كل الدول الغربية، بمن فيها الولايات المتحدة الأمريكية، مشاكل كبيرة في التدبير الشأن العام، ارتبطت هذه المشاكل بالارتفاع المهوو في ميزانية المصارييف والعجز المالي وارتفاع نسبة الديون الخارجية والداخلية بالإضافة إلى التغيرات البنوية في تركيبة المجتمع، هكذا، وجدت الدولة نفسها في هذه الوضعية الصعبة، فقد أصبحت مجبرة على وضع سياساتها وتنفيذها أو تعديليها. هذا المعنى مهد الطريق لظهور ما سمي بتحليل السياسات العمومية بهدف فهم الأوضاع وتمكن الدولة من إيجاد الحلول وضع سياسات ناجعة.

إن تحليل السياسات العمومية هو دراسة فعل ولا فعل الدولة في تدبير الشأن العمومي، وتعتمد كعلم متعدد التخصصات، بحكم تموقعها عند تقاطع العلوم السياسية والقانونية والاقتصادية وعلم الاجتماع، وعلم النفس، وعلم التاريخ¹، وله وظيفتين: فهم جيد لتدخل الدولة في المجتمع²، ووظيفة اقتراح وسائل

P 8., 2010, L'analyse des politiques publiquesLes Presses de l'Université de Montréal,¹ - LUC BERNIER

². أحمد مصطفى الحسين، تحليل السياسات: مدخل جديد للتخطيط في الأنظمة الحكومية، دبي، مطبع البيان التجارية،

.31، ص 1994

لتطوير تدخلاتها¹، والهدف طبعا هو جعل دور الدولة أكثر فاعلية، وهنا يطرح سؤال عن كيفية الحفاظ على مستوى الفعل أو فعل أفضل بإمكانيات قليلة².

وقد تعددت التعريفات التي أعطيت لحقل السياسات العمومية³، فقد جاءت لمعرفة ميكانيزمات السياسات العمومية وكيفية وضعها وتحليلها وتقييمها، دور الفاعلين المتدخلين في تصميمها وتنفيذها. وهو ما عكسته محاولات مجموعة من المفكرين إيجاد نظرية علمية لتفسير السلوك العمومي للدولة، غير أن جهدهم لحد الآن لم ينجح في بلورة هذه النظرية، التي يمكنها أن تنتج قوانين قابلة للتعميم، وإن كان تراكم البحوث قد أفضى إلى مجموعة من المقتربات النظرية، تبلورت من خلال تجارب سياسية في دول متعددة وأزمنة متلاحقة.

وتكمن أهمية دراسة هذا الموضوع في معرفة أهمية المقتربات النظرية ودورها في صنع السياسة العامة، وأن ضبطها واستيعابها يسهل على الدارسين فهم وتحليل وتقييم أي سياسة عمومية، لهذه الغاية، جاءت هذه الدراسة لتقديم المقترب التدرجى كواحد من أهم المقتربات المعتمدة في تحليل فعل ولا فعل الدولة. من خلال هذا التأطير العام والخاص يمكن طرح السؤال الإشكالي التالي: ما هو الإطار المرجعي للمقترب التدرجى في تحليل السياسات العمومية، وما هي حدوده؟

الإطار المفاهيمي:

❖ السياسات العمومية⁴: السياسات العمومية هي الأدوات والوسائل التي تستخدما الحكومة لتحقيق أهداف مجتمعية معينة تشكل مطالب اجتماعية لأغلبية المواطنين، وذلك عن طريق تدخل الدولة، على سبيل المثال: السياسة الاقتصادية، السياسة الحضرية والشباب، الأمن...;

sous la direction de ,L'analyse des politiques publiques in Traité de science politique, Jean Claude Thoenig¹

Le lien: <http://www.le-politiste.com/2012/01/les-politiques-publiques.html>, Leca et Grawitz, 1985

Syllabus – analyse de l'action public – FAC: saint louis , ABRAHAM FRANSSEN & YANNICKVANDERBORGH².
. P47,an/ 2010-2011

. P71,L'ANALYSE SÉQUENTIELLE DES POLITIQUES PUBLIQUES, Laurie Boussaguet³

1/14/20120 Nicolas Rouillot- article : Les politiques publiques – site : le politiste- publie⁴.

Lien : <http://www.le-politiste.com/2012/01/les-politiques-publiques.html>.

❖ تحليل السياسات العمومية¹: هو دراسة فعل الدولة في الشأن العمومي، ومتصلة في علم متعدد

التخصصات، بحكم تمويقها عند تقاطع العلم السياسي والقانون والاقتصاد وعلم الاجتماع،

وعلم النفس، إدارة الإشراف عليها وإدارتها والتاريخ، وله وظيفتين: فهم جيد لتدخل الدولة في

المجتمع ووظيفة اقتراح وسائل لتطوير تدخلاتها، والهدف طبعا هو جعل دور الدولة أكثر فاعلية:

❖ البراديم²: هو استحضار للعالم، وطريقة معينة لرؤية الأشياء، يستوجب نمط قار وفق نظرية

منسجمة تقوم على أساس المعرفة (المصفوفة التأدية، أو نموذج نظري فكري). يشكل ترسانة

من القيم والقوانين التي يمكن أن تختلط بباقي قوانين البراديمات الأخرى، ويعتبر مفهوما

إيديولوجيابالدرجة الأولى لارتباطه بالأفكار العلمية، وتختلف البراديمات من مجتمع لأخر وفق

التمثلات الذهنية والإيديولوجية للمجموعات المشتركة في شعور جماعي واحد. وتغيير هذه

البراديمات مشروط بالعامل الزمني وتراكم المعرفة العلمية؛

❖ المقرب التدريجي³: حسب معجم السياسات العمومية هذا المقرب تجاوز مستوى المفهوم ولم

يصل إلى مستوى النظرية، إنما هو طريقة أو منهج لتحليل السياسات العمومية، هذه المقاربة

تقدّم على أساس قطعي أو تجزيئي، تراتبي، في شكل شبكة مكونة من أقسام أو خانات منظمة

لدراسة الفعل السياسي في تطوره وحركته، هدفها وضع طريقة مثالية لدراسة الفعل العمومي،

وصالح للتعدين في تطبيقه على كل السياسات العمومية، لبنيتها وعقلتها.

المحور الأول: الإطار المرجعي للمقرب التدريجي في تحليل السياسات العمومية

أولاً: مرحلة ما قبل ظهور شبكة شارل جونس

ساهم مجموعة من المفكرين في بلورة أساس المقرب التدريجي (توالي المشاهد)، ولكن هذه الفترة بروز على

التوالي كل من: "هارولد لاسوبل"، و"دافيد إيستون".

Voir aussi : Jean-Claude Thoenig ("L'analyse des politiques publiques" in *Traité de science politiquesous la direction de Leca et Grawitz, 1985*), une politique publique est "un programme d'action propre à une ou plusieurs autorités publiques ou gouvernementales".¹

Le lien : <http://www.2012un-nouveau-paradigme.com>.²

.P71 , L'ANALYSE SÉQUENTIELLE DES POLITIQUES PUBLIQUES, Laurie Boussaguet³

1 . مراحل قرار "هارولد لاسوبل"

يعتبر "هارولد لاسوبل" أحد أبرز المؤسسين لشخص تحليل السياسات العمومية، والأب الروحي للمقترب التدريجي، فقد اعتبر سنة 1948 أن كل سياسة هي عبارة عن مجموعة من الأسئلة حصرها في خمسة وهي: من وماذا ومتى وكيفما الآخر¹، وقد وضع "هارولد لاسوبل" هذه النظرية عند دراسته دور "البروباغندا" في المجتمع الأمريكي².

ويرى بعض المهتمين بهذا المجال، أن أصل المقرب التدريجي يعود إلى المقالة التي كتبها الباحث الأمريكي "شارل ليند بلوم"، تحت عنوان: "علم التخطيط العشوائي" تحدث فيها عن مقرب التدريجي³، معتبراً أن صانعي القرار يفضلون تجزئة المشكلات عند صياغة القرارات، لغرض التمكن من اختيار القرار الذي يحقق هامشاً من الحرية في تطبيق الحل⁴.

وفي سنة 1956 طور "هارولد لاسوبل" نظريته التواصلية، مستعيناً بتجزئية "ليند بلوم"، لينتاج مقاربة جد متقدمة لتحليل الدورة الحياتية للسياسات العمومية، قسمها إلى سبعة مراحل⁵، أساسية تعبر كل واحدة منها عن ظاهرة مرحلية في انسجام تام مع المراحل الأخرى وفق ميكانيزمات يحركها الفاعل السياسي، وكانت هذه المراحل على الشكل الآتي:

● مرحلة المخابرات: خلال هذه المحطة يقوم صانع القرار السياسي ب مباشرة عملية تجميع المعلومات بطرق مختلفة ومتنوعة، ونشرها بعد معالجتها في الأجهزة التابعة للدولة، لاستخدامها في تفكيك المشاكل والمطالب الاجتماعية، بهدف اتخاذ قرارات صحيحة وفعالة، ودراسة بدائل السياسات

¹ Harold D - Politics: Who Gets What, When - How, New York, McGraw-Hill, 1936., LASSWELL

² SOPHIE VEZ - 5 théories majeures sur le fonctionnement des médias – lien: <http://blog.sophievez.com/5-.theories-majeures-sur-le-fonctionnement-des-medias>

³ SOPHIE VEZ - 5 théories majeures sur le fonctionnement des médias – lien: <http://blog.sophievez.com/5-.theories-majeures-sur-le-fonctionnement-des-medias>

⁴ . the science of Muddling through – public administration - vol,19, CHARLES LINDBLOOM

⁵ . Pierre muller – les politiques publiques – P19-Edition 10

العامة المقترحة¹، يشارك في هذه المرحلة المخابراتية المؤسسات الرسمية ومؤسسات المجتمع المدني والإعلام وما إلى غير ذلك².

مرحلة الترويج: يقوم في هذه المرحلة الفاعلون الرسميين وغير الرسميين بالترويج لمقترحاتهم، لحل المشكل العمومي عبر وسائل الإعلام ووسائل التواصل الاجتماعي، وتنظيم الندوات والتظاهرات، والاحتجاجات، كلها مظاهر للترويج للمشكل والحل الذي يقترحه كل طرف، في تنافس سياسي للبدائل السياسية، هذه المرحلة الترويجية للمشكل والبدائل، تمثل الدفاع عن بديل محدد ومحشد الدعم السياسي لخيار سياسي معين على بديل آخر³.

التصنيف: في هذه المرحلة يتم الاتفاق على توصيف طبيعة المشكل، مما يفسح المجال للحل، ويعتبر تشخيص المشكل وتحديد طبيعته من أهم المراحل⁴، في شبكة "هارولد لاسوبل"، التوصيف هو قرار في حد ذاته أو سياسة، تتضمن بشكل صريح أهداف واضحة يجب تحقيقها عبر سياسة عمومية، وأدوات محددة لتحقيق هذه الأهداف، والبيئة التي سيطبق فيها هذا القرار.

الاحتجاج: هو التوصيف الأولي الدقيق والملموس للوضعية الحقيقة للمشكل المزعزع حله، والنظر في مدى مطابقة أو عدم مطابقة هذه الاحتجاجات مع التوصيف السابق للمشكل.

نهاية: هي إنتهاء مرحلة التوصيف التي واكبت عملية ظهور المشكل والانتقال إلى العمل على تلبية مطالب المحتجين والإشتغال معهم وتحت سلطة الدولة.

¹. 160P, Fonctionnement de l'État (1965), Gérard Bergeron¹

². Advances in Policy Studies Since 1950 –transaction publisher 1992 NEW - William N. Dunn, Rita Mae Kelly²
P 189, BRUNSWIK (USA) and London (UK)

³. Lasswell, Harold D. A Pre-view of the Policy Sciences. New York: American Elsevier Publishing.(1971).

Lien : http://sciencepolicy.colorado.edu/carboncycle/demand/demand_side_sector.html

⁴. University of Colorado – Spring 2004-Decision ProcessSyllabus for ENVS 5730/PSCI 5016 - Roger A. Pielke, Jr.
.P3,

تقييم: هي مرحلة تقييم نجاح السياسة العمومية المطبقة أو فشلها، وتحديد المسؤوليات وإعادة التوجيه، "هارولد لاسوبل" في توصيفه للدور الحياتية للقرار السياسي وضع لبنة قوية في حقل تحليل السياسات العمومية، وفتح الباب أمام مجموعة من الباحثين الذين جاءوا من بعده.

2 . نسقية "دافيد إيستون"

لا توجد هناك نظريات صحيحة وأخرى خاطئة، هناك الأكثر أو الأقل فائدة يكتب "دافيد إيستون" في كتابه، "التحليل النسقي لحياة النظام السياسي"، وقد جاءت نظرية "استون" للإجابة على الحاجة العلمية الملحة في توضيح الرؤية في حقل تحليل السياسات العمومية التي راكمت العديد من النتائج الأمريكية، حيث اقترح "دافيد إيستون" نظريته النسقية محاولاً وضع نموذج حياتي لسياسة الدولة، في شكل علبة مكعبه سوداء تستقبل مقترنات عمومية عبارة عن مطالب تصاغ من احتجاجات الجماهير وكل القوى التي تنتج أثراً في شكل مطلب شعبي سماها "مدخلات" تدخل وتعالج داخل "العلبة السوداء" التي ترمي إلى الأجهزة الحكومية ثم تخرج في شكل قرارات وسياسات عمومية كأجوبة على "المدخلات" التي شكل مطالب احتجاجية أثارها نقاش عمومي في الشارع السياسي المحتل من طرف القوى الاجتماعية سواء كانت حركات جمعيات منظمات أو وسائل إعلام أو نقابات أحزاب أو جماهير عفوية تطلب حقوقاً سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو بيئية...، هذه المطالب تخرجها الدولة في شكل سياسات عمومية تسمى مخرجات¹، ثم ينظر في هذه "المخرجات" التي قد تكون ناقصة أو ليست في مستوى تطلعات المحتجين، فتحول عن طريق ما عبر عنه بـ"التغذية الرجعية" إلى مدخلات مرة أخرى².

ماذا تعني هذه المتغيرات:

ANNICK PERCHERON – les applications des analyses systematique a des cas particuliere - Volume 12 - A.¹
. pp 195,1971

Lien : http://www.persee.fr/doc/rfsoc_0035-2969_1971_hos_12_1_1940

CHARLE ROIG– latheoriegeneral des systems et ses perspectives de devlelement dans les sciences²
.P49, 1970,sociales

Lien : http://www.persee.fr/doc/rfsoc_0035-2969_1970_hos_11_1_1603

المدخلات: لكل نظام سياسي ثلاثة وظائف رئيسة: مناقشة المطالب وتأمين الفعالية والتغيير أو التطوير، ويعتبر

"دافيد إستون" أول من باشر تحليل النظم السياسية، والمدخلات حسب "إستون" لها ثلاثة مصادر:

المجتمع، النخبة، والمحيط الدولي. يفترض في النظام الدولي أن يلبي كل المطالب المحلية أو الدولية، وحسب

"دافيد إستون" هناك أربعة أنواع من المطالب¹:

✓ السلع والخدمات: تركز على القوانين والنقل والتعليم وغيرها من الخدمات اليومية؛

✓ تنظيم السلوك العام: مطلب ترمي إلى تنظيم سلوك الناس مثل: السلامة العامة، تنظيم الأسواق

وعلاقات العمل والسلوكيات المتعلقة بالزواج وقوانين الأسرة؛

✓ المشاركة السياسية: مطلب تهم الحق في التصويت وفي حرية تكوين الجمعيات وتنظيم حزب سياسي

الخ؛

✓ مطالب بالحق في المعلومة والتعبير: هذه الأنواع من المطالب تدعوا إلى ترشيد النظام والتخفيف من قوته

بهدف تحقيق الإستقرار بدل الفوضى.

المخرجات: يقصد بالمخرجات القرارات التي يتخذها النظام السياسي لحل المشكلات التي تنشأ في البيئة

الداخلية (المجتمع)، هذه القرارات . المخرجات . تعد بالنسبة للمجتمع مدخلات يحللها وتعاطى معها بشكل

إيجابي إذا كانت فعالة²، أو تحول إلى مطلب جديدة عبر ما اسماه إستون "التغذية الرجعية" بعد رفضها

لتتحول بدورها إلى مدخلات للنظام السياسي الذي يصدر قرارا جديدا أو تعديلا للسابق كمخرجات أو يمتنع

عن ذلك³.

ثانيا: مرحلة ما بعد ظهور شبكة شارل جونس

Lien : , Michel LALLEMENT, «SYSTÉMISME», Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 6 avril 2016. URL¹

<http://www.universalis.fr/encyclopedie/systemisme>

DAVID EASTON –political system – Paph²

lien : <http://visit-tolearn.blogspot.com/search/label/features%20of%20political%20system>

³ أحمد مصطفى الحسين - مدخل لتحليل السياسات العامة - ص 104 - مطبعة المركز العالمي للدراسات السياسية -

الطبعة 2 سنة 2002.

شبكة "شارل جونس"، تعتبر حسب عدد كبير من الباحثين والمهتمين بهذا المجال ثورة في حقل تحليل السياسات العمومية¹، وقد قسم "شارل جونس" مسلسل السياسات العمومية إلى خمسة مراحل تتضمن كل واحدة أنشطة عديدة²، ويمكن إجمال هذه المراحل فيما يلي:

1. مرحلة ظهور المشكل: هذه المرحلة هي التي يرفع فيها المشكل إلى علم الحكومة، وتشمل رصد الأحداث وتعريفها والتتأكد هل هي مشاكل فعلاً عمومية؟ أم عادية لا تستوجب تدخلاً من الدولة، ثم فرز المشاكل وتجميع المصالح ثم تنظيم المطالب وأخيراً رفعها للحكومة وإدراجها في اهتماماتها، ووضعها في الأجندة الحكومية، يمكننا ملاحظة أن هذه المرحلة تشمل مرحلة ظهور المشكلة ومرحلة الإدراج في الأجندة³.

2. مرحلة الإدراج في الأجندة: يصبح المشكل "سياسيًا" عندما تكتسي وضعية ما، الصبغة العمومية وتصبح موضوع نقاش سياسي تتکلف به السلطات، دون أن يعني ذلك أن حل سياسياً سيوضع لحل هذا المشكل.

3. صياغة البدائل: يهمنا هنا صياغة البدائل و اختيار أفضلها، يشارك في صياغتها كل الفاعلين الرسميين وغير الرسميين، كما نعلم أن الدولة كيان عقلاني، يرهن اختياراته دائمًا بثنائية التكلفة والربح، على كل المستويات وخصوصاً السياسي.

4. التطبيق: تطبيق البرنامج الحكومي الذي وقع الاختيار عليه كبديل فعال، ينطلق من أسئلة معينة تتركز حول كيفية جعل السياسات العمومية فعالة؟ ثم هل تطبيق السياسات العمومية يتم بشكل كلي أم بشكل مرحل؟ ما هي العلاقة بين الإدارات المركزية والجهوية؟ وهل تملك السلطات المركزية الوسائل لتطبيق قراراتها؟ وغيرها من الأسئلة الإجرائية. إن تطبيق السياسات العمومية يفرض نوعاً من التنظيم المحكم للوسائل، لبلوغ أهداف القرارات المتخذة، وعلى المسؤول أن يقوم بتصريف قرار الحكومة وتطبيقه كما هو منصوص عليه في خطة العمل، التي وضعتها السلطات العليا⁴.

¹. Daniel Kübler et Jacques de Maillard (meme ouvrage) P93¹

. SOPHIE JACKOT – **dictionnaire des politiques publiques/ chap : L'APPROCHE SEQUENTIELLE – P72²**

. SOPHIE JACKOT – meme ouvrage P 72³

Laurie Boussaguet - **L'ANALYSE SÉQUENTIELLE DES POLITIQUES PUBLIQUES – P71⁴**

5. التقييم: تقييم نتائج السياسات العمومية¹ لمعرفة هل حققت السياسة أهدافها المحددة؟، حيث يجب ملاحظة تأثير السياسة المتبعة على المشكل الذي وضعت لحله، إذن: تقييم الفعل العمومي يسمح بتحديد هل السياسة التي طبقت نجحت في حل المشكل أم لا زال عالقاً؟ وإلى أي حد يمكن صياغة سياسة جديدة؟

6. الإنتهاء: يقصد بها مرحلة إنتهاء سياسة عمومية ما، ويرتبط هذا الإنتهاء بالسؤال المعرفي، حول ما إذا كان فعلاً ضرورة لإنتهاء سياسية عمومية؟ أو هل يمكن فعل إنتهاءها؟ هذه الاستئلة لا يجب عنها إلا أصحاب القرار الذين وضعوا أهدافاً لسياسة عمومية لحل مشكل اجتماعي، وهي من المراحل التي تلقت العديد من الانتقادات الموجهة للمقترب التدريجي، حيث يذهب البعض إلى أنه لا يمكن القول بنهاء سياسة عمومية معينة، بل يجب الكلام عن إعادة توجيه للسياسات.

المحور الثاني: حدود المقترب التدريجي في تحليل السياسات العمومية

رغم النجاح الكبير الذي عرفه المقترب التدريجي (تواتي المشاهد) عند ظهوره، بما وفره هذا المقترب من دقة وإنظامه وتبع للفعل العمومي، إلا أنه كباقي المقتربات لم يسلم من تلقي إنتقادات شملت أداءه وفعالياته، ومدى تجاعيته كمنهج لتحليل السياسات العمومية، ويمكن إجمال أهم الانتقادات التي وجهت للمقترب التدريجي فيما يلي:

أولاً: الخطية المفرطة

إن الخطية المفرطة التي يفرضها المقترب التدريجي في إعداد السياسات العمومية وتحليلها لا يحترم دائماً، بحيث في بعض الأحيان يقفز "القرار" على باقي المراحل التي تسبقه مثل تعريف المشكل ووضعه في الأجندة وما إلى غير ذلك، وقد حدث هذا الأمر كثيراً في السياسات العمومية بالغرب مثلاً: في قانون الإرهاب، الذي صدر فور أحداث 16 ماي 2002، وغيرها من القرارات التي تجاوزت المراحل الأولى للمقترب التدريجي.²

ثانياً: مشاكل الأجندة

Analyser les politiques publiques – P93 –print: universitaires de -Jacques de Maillard& Daniel Kübler.¹
septembre 2009.Grenoble,

Analyser les politiques publiques – P93 –print: universitaires de - Daniel Kübler et Jacques de Maillard.²
septembre 2009.Grenoble,

الوضع في الأجندة تشكل مرحلة أساسية في وضع السياسات العمومية، وإن أول انتقاد يمكن توجيهه لهذه المرحلة يرتبط بأحد أهم الفاعلين المؤثرين في صناعة السياسات العمومية إنه الإعلام: هنا الفاعل له ثقل سياسي في الترويج لمشكل ما ولفت انتباه أصحاب القرار إلى ضرورة بحثه وإيجاد الحل المناسب له، لأن الإعلام يملك حيزاً كبيراً في ساحة الرأي العام بالإضافة إلى الإضطلاع بمهمة تكوينه، وهو بهذه الصورة يمكن أن يشكل مصدر قلق وإزعاج للنقاش العمومي، كما يعتبر الإعلام وسيلة فعالة لتوجيه الرأي العام، كما يمثل المجتمع في دفاعه عن بعض المصالح.

رغم قوة وسائل الإعلام وتأثيرها في الرأي العام سلباً وإيجاباً، إلا أن هناك مؤسسات وتنظيمات تستطيع أحياناً إدراج بعض المشاكل في الأجندة الحكومية وتدفع أصحاب القرار إلى تبنيها، دون ضجيج إعلامي، كما هو الحال مثلاً بالنسبة للجماعات الضاغطة، أو بعض الجمعيات الحقوقية والمدنية وغيرها، ونشير إلى أن خطورة مشكل ما، لا يمكنه أن يدفع الحكومة إلى إدراجه في الأجندة، ما لم يكن موضوع نقاش عمومي، واهتمام شعبي¹.

ثالثاً: مشاكل مرحلة القرار

هذه المرحلة عميقة ومعقدة أكثر من المراحل الأخرى، بسبب تعدد الفاعلين والمتتدخلين فيها سواء كانوا رسميين أو غير رسميين في عملية صنع القرار، ويحدث أن تتعدد المصالح وتضاربها تعرقل اتخاذ القرار الصحيح في الوقت المناسب².

رابعاً: إنتقاد التطبيق

نفس المعيقات التي تواجه وضع السياسات العمومية في مرحلة القرار يجدها في مرحلة التطبيق بسبب تعدد المتتدخلين، والذي سيميز تطبيق سياسة عمومية معينة هو الضبط الشامل للأهداف التي وضعت للتحقيق، عن طريق نظام الفاعلين الذين يتم اعتمادهم لتنزيل القرار، لأنه يصعب على كل الفاعلين إيجاد دور لهم في تطبيق السياسة المقررة من طرفهم، مما يعرق قيامهم بطريقة أفضل، هذا يطرح مشكل: الإشراف على سياسة

Les Politiques Publiques - PROJET INTERFORM Séminaire des 3 et 4 avril 2007 - Université de - Charles GOFFIN.¹

.Pau et des Pays de l'Adour UFR pluridisciplinaire de Bayonne -2007

Les Politiques Publiques - PROJET INTERFORM Séminaire des 3 et 4 avril 2007 - Université de - Charles GOFFIN.²

.Pau et des Pays de l'Adour UFR pluridisciplinaire de Bayonne -2007

معينة؟ ما هي المسؤوليات التي سيتحملها كل فاعل؟ وما هو دور كل فاعل؟ كلها أسئلة تجعل من تطبيق سياسة معينة بشكل جيد صعبة شيئاً ما.

خامساً: انتقاد النهاية

يستند هذا الانتقاد على مسلمة عقلانية¹ تقضي بنفي تلمس نهاية سياسة عمومية معينة، من الصعب جداً، بالنظر إلى المعيقات التي تعترض الإدراجه في الأجندة الحكومية، تخيل تحقيق سياسة عمومية معينة لأهدافها التي وضعت من أجلها، وبالتالي أصبحت منتهية وأصبحت غير مفيدة، وهذا ما يفسر اختفاء مفهوم نهاية السياسات العمومية في البرامج وتعويضها بما إصطلاح على تسميتها بإعادة توجيه السياسة العمومية، وفي هذا الإطار يرى عدد كبير من الباحثين والمهتمين بهذا المجال أن أساس وجود السياسات العمومية، هي إيجاد الحل للمشكلات الإجتماعية، فإنه لا يتصور نهاية سياسة عمومية إذا لم تتحقق هدفها المتمثل في إيجاد حل نهائى وجدرى.

خاتمة:

رغم الإنتقادات القوية التي وجهت للمقترب التدرجى في تحليل السياسات العمومية، وتم طرح بالمقابل العديد من البدائل، النظرية لتحليل السياسات العمومية، كسلة المهملات وغيرها من النظريات، إلا أن المقترب التدرجى يبقى لحد الأن النظرية الأكثر تنظيماً واستعمالاً من طرف المحللين والمهتمين بمجال السياسات العمومية، لما يوفره هذا المقترب من إنتظام وتوجيه دقيق، قد لا يخلو من نواقص تحتاج إلى تطوير وبحث عن حلول لتفاديهما، دون أن يعني ذلك الإستغناء هذا المقترب، خصوصاً إذا أخذنا بعين الاعتبار التطور التاريخي لحقل تحليل السياسات العمومية الذي يبحث عن نظرية علمية تنتج قوانين عامة قابلة للعميم.

فوصل الباحثين إلى اعتماد المقترب جاء كما رأينا عبر مسار نظري معقد متراكماً، انتقل من المقتربات الإقتصادية التقليدية والجديدة، ثم التحليل المؤسسي التقليدي والجديد، مروراً بالتفسير العقلاني ثم المعرفي للسلوك العمومي المتمثل في فعل ولا فعل الدولة، ووصولاً إلى المقترب التدرجى، هذا الأخير خلق منعطفاً نظرياً ظل قوياً إلى حدود الثمانينات، ومع ذلك، كل المقتربات التحليلية اللاحقة لم تنجح في تجاوز

¹-print: universitaires de 4Analyser les politiques publiques – P9 - Daniel Kübler et Jacques de Maillard.
septembre 2009.Grenoble,

هذا البراديغم، في تراتبيته، أو إنتظامه، وإذا كانت الإنتقادات قد نالت من خاصيتي التراتبية والإنهاء، فقد تم تجاوز إشكال الإنهاء بوضع مرحلة جديدة سميت بإعادة التوجيه السياسات العمومية عوض الحديث عن إنهاءها. أما إشكال التراتبية، فيمكن التحرير منه، وجعل مراحله محددة مع إمكانية التمتع بهامش من المرونة يسمح بتفسير حالة "القفز" على المراحل، ووضع قواعد لقبولها.

لائحة المراجع المعتمدة:

مراجع باللغة العربية:

- ✓ أحمد مصطفى الحسين - مدخل لتحليل السياسات العامة، مطبعة المركز العالمي للدراسات السياسية، الطبعة الثانية، 2022.

مراجع باللغة الفرنسية والإنجليزية:

- ✓ Roger A. Pielke, Jr. - Decision ProcessSyllabus for ENVS 5730/PSCI 5016 - University of Colorado – Spring 2004.
- ✓ William N. Dunn, Rita Mae Kelly - Advances in Policy Studies Since 1950 – transaction publisher 1992 NEW BRUNSWIK (USA) and London (UK).
- ✓ ANNICK PERCHERON – les applications des analyses systématique à des cas particuliers - Volume 12 - A 1971.

لـien : http://www.persee.fr/doc/rfsoc_0035-2969_1971_hos_12_1_1940

- ✓ CHARLE ROIG – la théorie générale des systèmes et ses perspectives de développement dans les sciences sociales – 1970

لـien : http://www.persee.fr/doc/rfsoc_0035-2969_1970_hos_11_1_1603

- ✓ Michel LALLEMENT, « SYSTÉMISME », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 6 avril 2016. URL

لـien : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/systemisme>

- ✓ LASSWELL, Harold D - Politics: Who Gets What, When - How, New York, McGraw-Hill, 1936.

- ✓ SOPHIE VEZ - 5 théories majeures sur le fonctionnement des médias –

lien: <http://blog.sophievez.com/5-theories-majeures-sur-le-fonctionnement-des-medias>

- ✓ CHARLES LINDBLOOM - the science of Muddling through – public administration - vol,19.

- ✓ Pierre muller – les politiques publiques – P19-Edition 10.

- ✓ Gérard Bergeron, Fonctionnement de l'État (1965).

- ✓ Frank Fischer / Gerald J. Miller/ Mara S. Sidney - Handbook of Public Policy Analysis Theory, Politics, and Methods - P43 - CRC Press is an imprint of the Taylor & Francis Group, an informa business – 2007.

- ✓ Lasswell, Harold D. A Pre-view of the Policy Sciences. New York: American Elsevier Publishing.(1971). Lien :

http://sciencepolicy.colorado.edu/carboncycle/demand/demand_side_sector.html

:

- ✓ Nicolas Rouillot- article: Les politiques publiques – site: le politiste publie 01/14/2012

Lien : <http://www.le-politiste.com/2012/01/les-politiques-publiques.html>

- ✓ Jean-Claude Thoenig("L'analyse des politiques publiques" in *Traité de science politique* sous la direction de Leca et Grawitz, 1985), une politique publique est "un programme d'action propre à une ou plusieurs autorités publiques ou gouvernementales".

Le lien : <http://www.2012un-nouveau-paradigme.com>

- ✓ **Laurie Boussaguet - L'ANALYSE SÉQUENTIELLE DES POLITIQUES PUBLIQUES.**

Lien :

http://www.dess.fmp.ueh.edu.ht/pdf/Jacquot_2006_approche_sequentielle.pdf

- ✓ **ABRAHAM FRANSSEN & YANNICK VANDERBORGHT - Syllabus – analyse de l'action public P47 – FAC : saint louis an/ 2010-2011.**
- ✓ **Jean pierenioche- de l'évaluation a l'analysye des politiques publiques – revue française de sce PO 32ém année 1982.**
- ✓ **LUC BERNIER - L'analyse des politiques publiques - P8 - Les Presses de l'Université de Montréal, 2010.**
- ✓ **Jean-Claude Thoenig L'analyse des politiques publiques in Traité de science politique -sous la direction de Leca et Grawitz, 1985)Le lien : <http://www.le-politiste.com/2012/01/les-politiques-publiques.html>.**
- ✓ **Daniel Kübler et Jacques de Maillard - Analyser les politiques publiques–print: universitaires de Grenoble,,septembre 2009.**
- ✓ **Charles GOFFIN - Les Politiques Publiques - PROJET INTERFORM Séminaire des 3 et 4 avril 2007 - Université de Pau et des Pays de l'Adour UFR pluridisciplinaire de Bayonne -2007.**
- ✓ **SOPHIE JACKOT – dictionnaire des politiques publiques/ chap : L'APPROCHE SEQUENTIELLE.**
- ✓ **DAVID EASTON –political system – Paph2**
lien : <http://visit->

قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

1. أحمد أبو الوفا. (1980). *نظريّة الدفع في قانون المرافعات*, الطبعة السادسة.
2. أشرف عبد القادر، قنديل. (2012-2013). *الرقابة على دستورية القوانين*, الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة،
3. زهير، شكر، الوسيط في القانون الدستوري، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، د.ط.
4. طعمية، الجرف. (1959). *موجز القانون الدستوري*, مكتبة القاهرة الحديثة.
5. عباس، العبوبي. (2006). *شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية*, عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
6. عبد العزيز محمد، سلمان، رقابة دستورية القوانين، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى.
7. عبد الكريم، علوان .(2010). *النظم السياسية والقانون الدستوري*, دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
8. عصام علي، الدبس. (2011م-1432هـ). *النظم السياسية*, الكتاب الخامس، السلطة القضائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
9. علي يوسف، الشكري. (2011م-1433هـ). *مبادئ القانون الدستوري*, دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
10. عمر حمزة، التركماني. (2018). *المفصل في القضاء الدستوري الفلسطيني*, فلسطين، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى.
11. عوض أحمد، الرعبي. (2006). *أصول المحاكمات المدنية*, عمان، دار وائل للنشر، الجزء الثاني، الطبعة الثانية.
12. غسان محدث، الخيري. (2013). *الرقابة القضائية على القوانين*, عمان، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
13. فتحي عبد النبي، الوحيدى. (2014). *القضاء الدستوري في فلسطين*, قطاع غزة، مطابع المقداد.
14. محسن، خليل. (1975). *النظم السياسية والدستور اللبناني*, بيروت، دار النهضة العربية.
15. مصطفى صالح، العماوي. (2009م-1430هـ). *التنظيم السياسي والنظام الدستوري*, عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية.
16. محمد عبد العال، السناري. *القانون الدستوري*. جهاز نشر وتوزيع الكتاب الجامعي، جامعة حلوان، د.ط.
17. محمود، هاشم. (1989). *قانون القضاء المدني*, ج 2، د.ن.

18. منير، عبد المجيد. (2001). *أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح*. الاسكندرية، منشأة المعارف.
19. نضال جمال، جرادة، *التحكيم في منازعات العمل الفردية*، غير منشور.
20. نضال جمال، جرادة. (2019هـ-1440م). *مبادئمحكمة النقض في المواد المدنية والتجارية*، الجزء الثاني، غزة، مكتبة نيسان، الطبعة الأولى.
21. نضال جمال، جرادة. (2018هـ-1439م). *النقض المصرية في ضوء القوانين الفلسطينية*، الجزء الأول، غزة، مكتبة النهضة، الطبعة الأولى.
22. نضال جمال، جرادة. (2017هـ-1438). *أشرف نصر، الله، مبادئ محكمة العدل العليا*، الجزء الثاني، غزة، مكتبة نيسان.
23. نعمان أحمد، الخطيب. (2011هـ-1432م). *ال وسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري*، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة.
24. هاني علي، الطهراوي. (2011هـ-1432م). *النظم السياسية والقانون الدستوري*، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة.
- ثانياً: الرسائل العلمية:**
25. حمد عبد الله علي، الساعدي. (2010). *الدفع بعدم الدستورية بدولة الامارات العربية المتحدة*. الامارات: رسالة ماجستير، جامعة الامارات العربية المتحدة.
- ثالثاً: المجلات العلمية:**
26. صافي أحمد، قاسم، *الصفة والمصلحة في الدعوى الدستورية*، مجلة جامعة جنوب الوادي للدراسات القانونية، مصر: العدد الأول.
- رابعاً: الصفحات الالكترونية:**
27. موقع المحكمة الدستورية العليا (مصر) www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/RuleViewer.jspx
28. موقع محكمة النقض المصرية: www.cc.gov.eg
- خامساً: التشريعات والأحكام القضائية:**
29. قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، السلطة الوطنية الفلسطينية، الوقائع الفلسطينية: العدد 62، بتاريخ 25/03/2006، رام الله.
30. السلطة الوطنية الفلسطينية، الواقع الفلسطيني: العدد 128، بتاريخ 14/01/2017، رام الله.
31. السلطة الوطنية الفلسطينية، الواقع الفلسطينية: العدد 141، بتاريخ 25/03/2018، رام الله.
32. السلطة الوطنية الفلسطينية، الواقع الفلسطيني: العدد 137، بتاريخ 15/10/2017، رام الله.
33. السلطة الوطنية الفلسطينية، الواقع الفلسطيني: العدد الممتاز 12، بتاريخ 26/09/2016، رام الله.
34. السلطة الوطنية الفلسطينية، الواقع الفلسطيني: العدد 138، بتاريخ 29/11/2017، رام الله.

35. السلطة الوطنية الفلسطينية، الوقائع الفلسطينية: العدد 158 بتاريخ 19/08/2019، رام الله.

36. السلطة الوطنية الفلسطينية، الوقائع الفلسطينية: العدد 136، بتاريخ 25/09/2017، رام الله.

مسألة طلاق الدور للإمام المتوكل على الله إسماعيل بن القاسم؛ (ت: 1087هـ)

تحقيق الطالب/ جميل غالب أحمد اللاجي

طالب دكتوراه - فقه إسلامي - جامعة صنعاء - كلية الآداب

allahjyjmylghalbahmd@gmail.com

The issue of divorce role

For the imam who relies on God, Ismael bin Al-Qasim; (T: 1087 AH)

Investigated by student/ Jamil Ghaleb Ahmed Al-Lahji

PhD Student - Islamic Jurisprudence - Sana'a University - Faculty of Arts

allahjyjmylghalbahmd@gmail.com

ملخص البحث

يهدف هذا البحث إلى التعرف على الأحكام الفقهية في مسألة طلاق الدور للإمام المتوكل على الله إسماعيل بن القاسم، وكذا التعرف على أقوال العلماء في مسألة طلاق الدور، وأيضاً التعرف على الجوانب الشخصية للإمام المتوكل على الله إسماعيل بن القاسم، وتم استخدام المنهج الكيفي الاستقرائي التحليلي، بأسلوب تحليل المحتوى، وتوصلت الدراسة إلى عدة نتائج أهمها: أن مسألة جواب الإمام المتوكل عن طلاق الدور فقد قال بعد أن ذكر الأدلة من الكتاب والسنة، وأقوال العلماء: أنه باطل، فقال "والذي قوي عندنا بطلان هذا الطلاق كونه مقيد بمستحيل، فهو شبيه من قال أنت طلاق إن طلعي السماء فهذا معلق بشيء مستحيل، ويعتبر الإمام المتوكل على الله إسماعيل بن القاسم علم من أعلام أهل البيت وهو ، الذي حكم اليمن من العام 1045هـ-1635م، إلى عام 1087هـ-1677م، الذي جعل من مدينة صوران في محافظة ذمار عاصمة لليمن الكبير، حيث كانت اليمن وقتها محطة من العثمانيين، وتميز عصر الإمام المتوكل بالعدل والمساواة، والاهتمام بالعلم والعلماء وكانت توجد الهجرات العلمية في جميع مناطق اليمن، وكان أحد الأئمة المجتمدين، حيث قام بتأليف الكثير من الكتب في الجانب الديني والأخلاقي، وهذا ما دفعنا لاختيار إحدى المسائل المخطوطة التي قدمها له العلماء للجواب عليها، ومنها مسألة طلاق الدور، ومثالها كأن يقول الزوج لزوجته: (أنت طلاق قُبيل أن يقع عليك طلاق مني بوقت لا يتسع لرجعة ولا طلاق). وقد أجاب الإمام المتوكل عليها بأنها باطلة ولا يجوز أن يتعلمها الجهلة ولا أن يُفتي بها العلماء بطلانها.

Abstract:

This research aims to identify the jurisprudential rulings on the issue of the role divorce of the imam who trusts in God Ismail bin Al-Qasim, as well as to identify the sayings of scholars on the issue of role divorce, as well as to identify the personal aspects of the imam who trusts in God Ismail bin Al-Qasim, and the qualitative, inductive and analytical approach was used. Using the content analysis method, the study reached several conclusions, the most important of which is: that the question of Imam Al-Mutawakkil's answer to the role divorce, he said after he mentioned the evidence from the book and the Sunnah, and the sayings of the scholars: It is invalid, so he said, "What is strong for us is the invalidity of this divorce because it is restricted to an impossible thing, so it is similar to". He said, "You are divorced, if you ascend to heaven." This is dependent on something impossible. Imam Al-Mutawakkil on God, Ismael bin Al-Qasim, is considered one of the scholars of the Ahl al-Bayt, and he is the one who ruled Yemen from the year 1045 AH-1635 CE to the year 1087 AH-1677 CE, who made the city of Douran in the Dhamar governorate the capital of For Greater Yemen, where Yemen was then occupied by the Ottomans, and the era of Imam Al-Mutawakkil was distinguished by justice and equality, and interest in science and scholars, and there were scholarly migrations in all regions of Yemen, and he was one of the diligent imams, as he authored many books in the field. He is religious and moral, and this is what prompted us to choose one of the manuscript issues presented to him by scholars to answer it, including the issue of periodic divorce, and for example, if a husband says to his wife: (You are divorced just before you get divorced from me in a time that does not allow for revocation or divorce). The Imam Al-Mutawakkil answered that it is invalid, and it is not permissible for the ignorant to learn it, nor for the scholars to issue fatwas based on its invalidity.

Keywords: The issue of divorce role, For the imam who relies on God, Ismael bin Al-Qasim.

المقدمة

ما لا شك فيه أن الفقه في الدين الإسلامي يمتاز بالمرونة واللين، وأن تعلمه يتحتم على المسلمين: كي لا يقعون في المخالفة، أو الشبهة، ومن المسائل المهمة والمتركرة في واقع المسلمين " الطلاق "، والذي يعتبر من أهم المشاكل المتفشية في مجتمعنا الإسلامي. ولهذا كان موضوع بحثنا هو عن صورةٍ واحدةٍ من صور الطلاق المتعددة وهي " طلاق الدور ". وقد قمنا بتحقيق السؤال والجواب وفق النظام المتداول عند المحققين، فالسائل هو القاضي محمد بن صالح الفلكي، والمسؤول الإمام المتوكّل على الله إسماعيل بن القاسم وقد أجاب الإمام المتوكّل عن ذلك بجواب شافي ووافي، مستشهدًا بالآيات القرآنية، والأحاديث النبوية الشريفة، وأقول بعض أئمّة أهل البيت على بطلان هذه الصورة من الطلاق، وأن اللازم على المجتمع أن يتقدّم بالعبارات التي ذكرها علماء المسلمين في مؤلفاتهم الفقهية وغيرها.

يعتبر جانب الدراسة عن شخصية الإمام المتوكّل على الله وعصره مهمٌ فيما يتعلق بهذا البحث، وإنما تكون الدراسة فيها الكثير من العبارات الغامضة، والأسماء الكثيرة للعلماء وغيرهم، وأسماء بعض المدن والقرى اليمنية، فقد ذكرتها سرداً، لأن هذا الجانب يحتاج إلى بحث طويل جداً إن لم تكن رسالة علمية كاملة، ولأن موضوع بحثي تحقيق نص جواب الإمام المتوكّل على طلاق الدور، فقد تكلمت عن الإمام المتوكّل بإيجاز ولعله غير مُخل!، فأحببت أن أوضح للقارئ الكريم، مع الاحتفاظ بالمصادر والمراجع لذلك لمن أراد التوسيعة والاطلاع أكثر... والله ولي التوفيق.

إشكالية البحث:

أن الطلاق يعتبر مشكلة في الواقع البشري الإسلامي، فهو يؤدي إلى التفكك الأسري ابتداءً بالطفل حين يعيش يتيمًا فهو أول الضحايا، وكذلك المرأة يؤدي بها إلى التسيب والضياع وبالذات حينما تكون أسرتها ضعيفة، والشعور بالنفور والوحدة، أما الرجل ربما بسبب الطلاق قد يقع في المحظور. ومن الأسباب الأساسية التي تجعل الزوجين أو أحدهما يطلب الطلاق: الجهل عن الشريعة الإسلامية، كذلك متابعة الأفلام والمسلسلات الهدافة بتمزيق الأسرة الواحدة من أعداء الإسلام عبر شبكات التواصل، أو القنوات الإعلامية.

وتتمثل مشكلة البحث في الأسئلة الآتية:

- ما هي الأحكام فالفقهية في مسألة طلاق الدور للإمام المتوكل على الله إسماعيل بن القاسم؟
- ما هي أقوال العلماء في مسألة طلاق الدور؟
- ما الجوانب الشخصية للإمام المتوكل على الله إسماعيل بن القاسم؟

أهداف البحث:

يهدف البحث الحالي إلى الآتي:

- التعرف على الأحكام فالفقهية في مسألة طلاق الدور للإمام المتوكل على الله إسماعيل بن القاسم.
- التعرف على أقوال العلماء في مسألة طلاق الدور.
- التعرف على الجوانب الشخصية للإمام المتوكل على الله إسماعيل بن القاسم.

أهمية البحث:

- يعتبر الطلاق من أهم الظواهر التي تفكك الأسرة الواحدة، وأكثر ما يقع فيه الجاهلون بعلوم الدين الإسلامي.
- ولأن الطلاق له صفات متعددة من حيث الصيغة في اللفظ ومنها "طلاق الدور" فأحبينا أن نوضح ماذا يعني هذا الطلاق؟ وما مدى صحته من بطانته عند علمائنا الأجلاء؟.
- الحفاظ على العلاقة الزوجية، وأن يسود بينهما المودة والرحمة، بدلاً من الكراهية والشتات والوقوع في المحظورات الشرعية.

منهج البحث:

اعتمد الباحث في هذا البحث على المنهج الكيفي الاستقرائي التحليلي، بأسلوب تحليل المحتوى.

هيكل البحث:

تم تقسيم مادة البحث الأساسية، وعناوينها بالترتيب كالتالي:

الفصل الأول: الجوانب الشخصية للإمام المتوكّل على الله إسماعيل بن القاسم، وامتداد حدود دولته، وبعض علاقاته الخارجية في شبه الجزيرة العربية، والحياة الفكرية، والإدارة العامة لبلاد اليمن آنذاك، ويكون من أربعة مباحث كالتالي:

المبحث الأول: الجوانب الشخصية للإمام إسماعيل بن القاسم.

المبحث الثاني: امتداد حدود الدولة الزيدية في عهد الإمام إسماعيل بن القاسم.

المبحث الثالث: بعض علاقاته في شبه الجزيرة العربية.

المبحث الرابع: بعض الحياة الفكرية، والإدارة العامة لبلاد اليمن في عهد الإمام إسماعيل بن القاسم.

الفصل الثاني: تحقيق النص.

وتفصيل ذلك كما يلي:

المبحث الأول: الجوانب الشخصية للإمام إسماعيل بن القاسم عليه السلام

- مولده

- تعليمه

- صفاته

- مبايعته بالإمامية

- وفاته

تم تناول **الجوانب الشخصية للإمام إسماعيل بن القاسم عليه السلام** كما يلي:

مولده ونشأته:

يعتبر الإمام إسماعيل بن القاسم من أهم الشخصيات السياسية التي ظهرت في اليمن في منتصف القرن السابع عشر الميلادي، وذلك لكون عصره يمثل أول مراحل الاستقرار السياسي للدولة الزيدية في اليمن بعد جلاء العثمانيين عنه، ولذلك فلا بد من التعرف على جوانب هذه الشخصية التي كان لها دور كبير في تاريخ اليمن.

ولد الإمام إسماعيل بن القاسم بن محمد بن علي بن أبي طالب عليهم السلام في مدينة شهارة⁽¹⁾، وقد رجحت أغلب المصادر الشريف إلى الإمام الحسن بن علي بن أبي طالب عليهم السلام في مدينة شهارة⁽¹⁾، وقد رجحت أغلب المصادر عام (1019هـ / 1610م) ليكون عام ولادته.

(1) شهارة : وهي جبل عamer بالسكان في بلاد الأهونم شمالي حجة، وفي العقد الثاني من القرن الحادي عشر للهجرة اتخذها الإمام المنصور القاسم بن محمد قاعدة لحكمه وعاصمة بلاده إلى أن مات فيها، ومن ثم ولد الإمام المؤيد

أما نشأته: فقد نشأ في كف والده الإمام القاسم، وكان ملزماً له، متاثراً به، حاضراً لأغلب تجهيزاته الحربية، ومجالسه الدينية والعلمية، وقد أهله ذلك لأن يكون شخصية قيادية حربية، وعلمية فقهية⁽¹⁾.

تعليمه: أما علمه فقد أخذ الإمام عن بعض علماء عصره العلوم الدينية واللغوية والبلاغية، وبرع في الفقه وتفوق على علماء عصره حتى اعترفوا له بذلك، ورجعوا إليه في كثير من المسائل الفقهية⁽²⁾.

كما اهتم الإمام بجمع الكتب العلمية واقتنائها ودراستها، والتقرب من العلماء، والفقهاء، الأمر الذي أدى إلى نشاط الحركة الفكرية في عهده، ووفد إليه العلماء من أنحاء متعددة داخل اليمن وخارجها كمصدر والعراق والجaz وخراسان والهند، واعتبر بعض كتاب سيرته أن تعداد العلماء في عصره قد فاق جميع الفترات الزمنية السابقة.

وقد ألف الإمام الكثير من الكتب⁽³⁾ الفقهية وغيرها، التي دلت على غزارة علمه وعمقه الفكري.

ومن مؤلفاته:

- 1- الأربعون حديثاً في محسن الأخلاق.
- 2- شرح الأربعين حديثاً في محسن الأخلاق، وهو شرح مستوعب لكتاب السابق.
- 3- العقيدة الصحيحة والدين النصيحة (أصول دين).
- 4- البراهين الصريحة شرح العقيدة الصحيحة.
- 5- شرح جامع الأصول لابن الأثير.
- 6- أجوبة مسائل في الفقه (مجموع فتاوى). ومنها التي بين يدينا، وكذلك الكثير من المؤلفات.

محمد بن القاسم عليهما السلام. انظر : معجم البلدان، أبو عبدالله الحموي، (ت : 626هـ)، دار صادر، بيروت، ط 2، 1995 م. (374/7).

(1) انظر: تحفة الأسماع والأبصار بما في السيرة المتكلية من غرائب الأخبار: المطهر الجرموزي، مؤسسة الإمام زيد، (1/2). وانظر: المتكل على الله إسماعيل في بلاد اليمن : مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية، إخراج وتنسيق: حفظ الله أحمد عقيل، صنعاء، ط 1، 1429هـ-2008م، (1/28).

(2) المطهر بن عبد الله الجنداوي قد ذكر ذلك في كتابه (الجامع الوجيز في وفيات العلماء أولي التبريز). وانظر: أبناء اليمن وبنلاؤه : عبدالله عبدالكريم الفضيل .

(3) قد حاولنا معرفة محتوى تلك الكتب لكن للأسف فالمصادر التي بين أيدينا لم تمننا بمعلومات وافية، وللعلم فإن هذه الكتب موجودة في مكتبة الحكومة الألمانية في برلين ومكتبة الأمبروزيانا في ميلان إيطاليا. وللتتأكد بالرجوع إلى مؤلف العالمة/ عبد السلام الوجيز: أعلام المؤلفين الزيدية، مؤسسة الإمام زيد الثقافية، صنعاء، ط 1، 1420هـ-1999م). و لمعرفة كتب الإمام ومؤلفاته وأماكن وجودها في اليمن عند الحديث عن الإمام المتوكل ص 251. وانظر: كتاب الإمام المتوكل على الله إسماعيل في بلاد اليمن، مصدر سابق، (29).

صفاته:

قد وصفه كتاب سيرته بالحزن الذي يقابله الحلم، وبالشدة التي تقابلها الشفقة على الرعية عامة، وعلى الضعفاء منهم خاصة، حتى إن المؤرخين أكدوا أن مائدة الإمام لم تكن تخلو يوماً من المساكين والفقare، وقد دلل الجرموزي على كرم الإمام عليه السلام وسخائه، وزهده، وتقشفه في مباحث الحياة، فقال: «أخبرني الولد حسين أسعده الله أنه سمع بدر بن عبد الله صاحب حضرموت، وقد حدث بعض العيون أنه حسب ما صار إليه في ليلة العيد من الإمام عليه، ولمن يتعلق به قيمته كخراج حضرموت في عام واحد»⁽¹⁾.

مبايعته بالإمامية:

وفي عام (1045هـ/1644م) توفي الإمام المؤيد بالله محمد بن القاسم واختلفت الآراء فيمن يخلفه في إمامية البلاد، فقد دعا أحمد ابن القاسم لنفسه بالإمامية في مدينة شهارة حاضرة المؤيد بالله، وكان أخوه إسماعيل في مدينة صوران، وعندما علم بوفاة أخيه المؤيد، وأعلن الخبر، رشحه آل القاسم للإمامية؛ لتتوفر شروطها فيه وانعدام أكثرها في أخيه أحمد الذي تنازل لإسماعيل، وهكذا اتخد الإمام إسماعيل من صوران عاصمة لدولته ومراكزاً لإقامته، وتلقب بالمتوكل على الله، وصارت اليمن جميعها تحت حكمه في عام (1054هـ/1644م)، من صوران إلى عدن⁽²⁾.

وفاته:

وفي عام (1087هـ/1676م)، انتقل الإمام إسماعيل بن القاسم عليه السلام إلى جواره عن عمر ناهز السادسة والستين عاماً، قضى منها في حكم البلاد اليمنية وتوحيدها خلال ثلاثين عاماً تقريباً، حتى اعتبر عهده من أزهى العصور على الإطلاق لليمن آنذاك.

وقد خلف الإمام ثلاثة عشر ولداً، هم: محمد، وعلي، والحسن، والحسين، وإبراهيم، وأحمد، وقاسم، ويونس، ويحيى، وزيد، ومحسن، وموسى، وعبد الله، ولعل من المفيد أن نذكر هنا بعض الوصايا التي تركها لهم يحثهم فيها على أن يجمعوا بين خير الدنيا ورضا الله في الآخرة.

فمن جملة وصاياه⁽³⁾ لهم قبل وفاته عليه السلام:

أوصيكم أيها الأولاد ذكركم وأنشاككم وسائل قرابتي وسائلبني هاشم أن تتجنبوا الزكوات ولا تأكلوا منها شيئاً ولو أكلتم الشجر.

(1) انظر: سيرة المتوكل في بلاد اليمن، مصدر سابق، (31).

(2) انظر: سيرة المتوكل في بلاد اليمن، مصدر سابق، (33).

(3) انظر: سيرة المتوكل في بلاد اليمن، مصدر سابق، (33). وانظر: أبناء اليمن ونبلاوه، مصدر سابق، (344/1).

وابتغوا من فضل الله ولا يحملنكم الثقل على السكون في البيوت فاطلبوا الرزق من فضل الله، وتنقلوا، ولا تتحذوا السؤال حرفه، فبئست الحرفة، ولكن اطلبوا الرزق الحلال وإحياء الأموال. وأوصيكم بإصلاح ذات البين فإنه أفضل من عامة الصلاة والصيام.

المبحث الثاني

امتداد حدود الدولة في عهد الإمام إسماعيل بن القاسم:

- دخول أبين، ولحج، عدن.

- دخول بني أرض ويافع وحضرموت.

- دخول أبين ولحج وعدن.

عندما آل أمر الإمامة إلى إسماعيل بن القاسم عام (1045هـ/1644م) جهز ابن أخيه أحمد بن الحسن للاستيلاء على أبين ولحج وعدن، والذي كان لديه الاستعداد التام لتنفيذ المهمة، فقاد رأب بن الحسن مدينة إب مع جيش يتتألف من ثلاثة آلاف مقاتل يساعدته أخوه محمد، واتجه إلى الجنوب عند النجد الأحمر والجند، ثم تقدم إلى الدمنة في أرض السلمي ومنها إلى الأعمور ثم وادي حجر الذي يعتبر من أودية حضرموت، وهو إلى الغرب من المكلا إلى حائط اللئيم. وهناك التقى مع أمير المنطقة يُدعى الحسين بن عبد القادر بن محمد الجرهي، الذي كان والده عبد القادر نصيراً مخلصاً للإمام المؤيد بالله محمد بن القاسم، ولكن هذا الحسين رفض الأسلوب الذي كان ينتهجه والده، واستعان بالقبائل لمنع جيوش الإمام إسماعيل بقيادة ابن أخيه أحمد من الدخول إلى تلك المناطق، الأمر الذي استدعي شن حرب عليه انتهت بانتصار أحمد بن الحسن واستسلام الحسين الذي فرّ هارباً تاركاً جنوده للمقاومة.

وبعد تحقيق ذلك الانتصار استولى أحمد على ممتلكات الحسين بن عبد القادر وصادر أملاكه وحفظ أسرته، ثم قام بإرسالها إلى الحج بصحبة ناصر بن عبد القادر أخ الحسين الذي كان مناصراً للإمام، وبعد هذا لحق الحسين بالإمام وابن أخيه وعمل معهما لتوحيد الأرضي اليمنية.

دخول بني أرض، ويافع، وحضرموت:

شجع النجاح الذي حققه الجيوش الزيدية في لحج وعدن الإمام إسماعيل بن القاسم على المضي لتحقيق المزيد من الانتصارات، لا سيما وقد واتته الفرصة، وذلك عندما استنجد به بدر بن عمر الكثيري سلطان حضرموت، والذي خلع عن السلطة بواسطة ابن أخيه بدر بن عبد الله، وإنجاد ذلك السلطان كان على الجيوش الزيدية أن تعبر العديد من الأراضي الجنوبية قبل الوصول إلى حضرموت، ومن هذه الأراضي بلاد بني أرض وبلاط يافع. لهذا أرسل الإمام إلى الأمير الحسين بن أحمد الرصاص أمير بني أرض رسائل تدعوه

إلى الاستسلام الإسلامي، والسماح للجيوش بعبور أراضيه إلى حضرموت، ولكن الأمير لم يرفض السلام فقط، بل ورفض حتى السماح للجيوش بعبور أراضيه، وعندما علم الإمام بذلك أرسل شرف الدين بن مطهر حاكم رداع مع زيد بن مصعب وظاهر الحمداني، وكلاهما كان حليفاً للأمير الحسين، أرسلهم ليروا إن كان بإمكانهم إقناعه بتغيير موقفه، ولكن محاولاتهم باهت بالفشل.

وبعد فشل الطرق الدبلوماسية تباحث الإمام مع مستشاريه لمدة عام تقريباً حول مهاجمة الحسين بن الرصاص، وفي عام (1065هـ/1654م) تقرر الرزف بعد أن وصل تعداد الجيوش الزيدية التابعة للإمام عشرة آلاف رجل، معظمهم من صناع وقبائل حاشد وبكيل، وخمسينات رجل أرسلهم الناصر بن عبد الرحمن أمير كوكبان. هكذا وقد استمرت الحروب والمناوشات التي انتهت بمقتل الحسين ودخول جميع المناطق والأراضي التي كانت تحت سيطرته، تحت سيطرة الإمام، وبعد ذلك ظهر شقيق الرصاص وطالب بإرجاع أراضيه إليه، فأرجعت إليه ممتلكاته وأراضيه.

أما اليافعيون فقد كانوا شديدي الرفض للخضوع لنفوذ الإمام، وكذلك دارت بينهم وبين الجيوش الزيدية حروب عده استسلموا بعدها، وسلموا أنفسهم، فأرسلهم أحمد بن الحسن إلى أخيه محمد الذي أرسلهم إلى الإمام إسماعيل بن القاسم في ضوران حيث استقبلهم بحرارة ووزع عليهم العطايا، وأكد لهم قبل عودتهم إلى أراضيهم تطبيق حدود الشريعة الإسلامية فيها، ففرحوا بذلك وارتاحوا للإمام وقواده، وبعد هذا أسرع جميع القبائل في المناطق الجنوبية بالاستسلام، والقدوم إلى الإمام لتأكيد خضوعهم المطلق له. وهذا ما يشير إلى أن الأمور لم تكن هادئة بالنسبة للزيديين بعد سيطرتهم على هذه المناطق، وإنما كانوا بحاجة إلى تأكيد هذه السيطرة بين فترة وأخرى بسبب تمرد القبائل، وهذا الأمر طبيعي بالنسبة لقبائل اليمن التي فرضت عليهم ظروفهم الاجتماعية تلك الحياة القبلية القاسية التي يصعب أن تذوب فيها الرواسب التقليدية التي ورثوها على مر السنين⁽¹⁾.

المبحث الثالث

بعض علاقاته في شبه الجزيرة العربية، والدولة اليعربية

- الأشراف في مكة
- الدولة اليعربية

(1) انظر: سيرة المتوكل في بلاد اليمن، مصدر سابق، (37-38).

العلاقات داخل الجزيرة العربية:

الأشراف في مكة: إن الحديث عن علاقة الإمام إسماعيل بن القاسم بحكم مكة من الأشراف لابد أن يدفعنا إلى وضع العديد من الاعتبارات أمامنا قبل الخوض فيه مباشرة، وذلك لفهم طبيعة العلاقات، والأسباب التي أدت إلى صفائها في أغلب الفترات، فوحدة النسب بين كلا الطرفين وانحدارهم من السلالة الهاشمية الشريفة أثر إلى حدٍ ما في هذه العلاقة، ولعل خير ما يفسر ذلك هو هجرة الكثير من أشراف مكة إلى اليمن دون غيرها من الجهات، إذ كانوا زيدي المذهب.

عاصر الإمام إسماعيل بن القاسم منذ توليه الإمامة في اليمن حكم الشريف زيد بن محسن مكة وارتبط معه علاقة قوية ظهرت دلائلها في الرسائل المتبادلة بين الطرفين، وهي دليل على متانة العلاقة التي ربطت الطرفين.

الدولة اليعربية:

لقد تأرجحت العلاقة بين الإمام واليعاربة "وهم أهل عُمان" بين الصفاء والكدر، كما أنها نجد أن هذه العلاقات لا تقتصر على المراسلات أو الاحتكاك العسكري فحسب، وإنما تعدّته إلى لجوء بعض أهالي عمان إلى الإمام إسماعيل طالبين دعمه في خصومات حدثت بينهم وبين سلطانهم، وكان هذا عام (1086هـ / 1675م)^(١).

المبحث الرابع

بعض الحياة الفكرية والإدارة العامة لبلاد اليمن في عهد الإمام إسماعيل بن القاسم;

- الحياة الفكرية.
- الحياة العامة والإدارية.

بعض الحياة الفكرية:

تحدثنا في الفصل الأول عن نشأة الإمام إسماعيل بن القاسم، وعن بروزه على الصعيد الديني والعلمي، وعن اهتمامه بتنشيط الحركة الفكرية حتى فاق تعداد العلماء في عهده جميع الفترات الزمنية السابقة.

ومن أبرز هؤلاء العلماء:

الحسن بن مطهر الجرموزي، وإسماعيل بن يحيى الجحافي، والحسن بن يحيى حابس. والجدير بالذكر أن العلوم التي شاعت في ذلك العصر هي العلوم الدينية، وبعض علوم اللغة، والأدب، هذا وقد تبارى الكتاب اليمنيون في صناعة الإنشاء، فغلب السجع على أغلب رسائل وكتابات ذلك العصر، كما كان هناك اهتمام بكتابة التاريخ من قبل بعض اليمنيين.

(1) انظر: سيرة المตوكل في بلاد اليمن، مصدر سابق، (39).

وهكذا نجد أن الإمام إسماعيل بن القاسم لم يكن الوحيد في أسرة آل القاسم الذي اهتم بتنشيط الحياة الفكرية، فقد اهتم والده القاسم من قبل بالعلوم الدينية واللغوية، وكانت له اليد الطولى في تأليف العديد من المصنفات، فكذلك اهتم أولاده من بعده بالسير على نهج والدهم فقد سعى الإمام المؤيد ابن الإمام القاسم إلى نشر العلم بين أبناء اليمن، فأنشأ العديد من المدارس، وشجع الطلاب على البحث والبحث، ولم يكتف بذلك بل رصد لهم المكافآت المالية لمزيد من التشجيع، وفي المقابل انتشر العلم وسادت المعرفة لا سيما أن الإمام محمد بن القاسم كان المحرك لها.

وقد ألف محمد بن القاسم العديد من المصنفات التي دلت على شغفه بالعلوم والمعارف. واهتم أخوه الحسن والحسين بالعلم، ورغم أن الحسن قضى معظم وقته في الحروب أيام والده القاسم وأخيه محمد إلا أنه لم يهمل الغذاء الروحي الفكري، بل خصص لنفسه وقتاً يقرأ فيه ويطالع ويستزيد من العلوم على أيدي كبار العلماء في ذلك الوقت⁽¹⁾، ومن الأمور التي تدل على اهتمام الإمام إسماعيل بن القاسم بتنشيط الحياة الفكرية المجالس التي كان يعقدها بين العلماء سواء أكانوا زيدية أو غير ذلك، وأيضاً سواء كانوا يمنيين أو من العلماء الوافدين إليه من أنحاء الأقطار الإسلامية، الذين يجدون في مجالسه العلمية ساحة واسعة للمناقشة والتحاور القائمين على حب العلم والاجتهداد.

بعض الحياة الإدارية وال العامة:

رغم اعتماد الإمام إسماعيل على الأمراء في تصريف شؤون الدولة إلا أنه كان عيناً رقيبةً عليهم، إذ لم يتوقف عن إرسال الرسائل إليهم والتي يوصيم فيها بالاستقامة ليستقيم الناس، كما كان يحذرهم من أخذ الرشوة، لم يكتف الإمام بذلك، بل كثيراً ما قام بجولات تفقدية للاطمئنان على استباب الأمن والعدل بين أمراء رعيته، حتى اعتبرت أغلب الكتب التاريخية فترة حكم الإمام إسماعيل أزهى فترات الإمامة.

كان الم وكل مهتماً جداً بشؤون الرعية فهي أيامه كانت الطرقات آمنة، والأسعار منخفضة، ولم يكن أحد ليظلم الآخر حتى لو كان كافراً. هذا وقد انتهج الإمام إسماعيل أسلوباً حازماً في معالجة بعض الأمور السياسية والإدارية الخاصة بدولته، ولذلك اهتم منذ البداية بالقضاء على الفوضى والاضطرابات والفتنة التي انتشرت داخل المناطق التابعة لحكمه، وإنما مدتها حتى لا تؤدي إلى المزيد منها فتسرب الخل في نظام الحكم. أما أهم إصلاحات الإمام الإدارية بعد قمع الفتنة التي تؤثر على حياة العامة في:

إنشاء دار لضرب العملة في مدينة شهارة، هذا وقد انقسمت هذه العملة إلى أربعة أنواع:

(1) انظر: سيرة الم وكل في بلاد اليمن، مصدر سابق، (49).

الدرهم : وهو كبير على وزن الدرهم الإسلامي، كتب على وجهه الأول: لا إله إلا الله محمد رسول الله، وعلى الوجه الثاني: الم توكل على الله أمير المؤمنين إسماعيل، كما سجل عليه تاريخ الضرب و مكانه.

القرش: قطعة أغلى من الدرهم وأثقل وزناً منه.

البقة: وهي تُتخذ من النحاس، وجمعها بقش، وهي كسور القرش (الفكة) البقة القديمة.

وبعد أن ضُربت هذه العملات أمر الإمام إسماعيل الناس بتداولها في الأسواق، فانتشرت.

أما بالنسبة لمفروضات الدولة في عهد الإمام إسماعيل بن القاسم فهي:

أ- مفروضات رئيسية تمثل في:
الضريبة وجمعها ضرائب، أو الزكاة المشروعة، الجزية، الخارج.

ب- مفروضات جانبية:

مثل رسم العيددين، فرض بعض الضرائب، وفرض أيضاً لجامعي هذه الضرائب مبلغاً معيناً.

هذا ولم تقتصر الضرائب التي فرضها الإمام إسماعيل -عليه السلام- عند هذا الحد بل إنه فرض رسوماً معينة على أصحاب الحوانيت في الأسواق يدفعونها لشيخ الليل (العسعس) وحرسه في مقابل الخدمة التي يؤدونها لهم، وهي تفقد حواناتهم ومخازنهم أثناء الليل، والتتأكد من وجود الأقفال على أبوابها، وذلك لأن التجار كانوا لا ينامون فيها، بل يسكنون خارج السوق. كما كان من مهام الشيخ وحرسه حماية المدينة من أي قطع طريق، أو هجوم قبلي عليها وثبتت سلطة الإمام فيها⁽¹⁾.

و بهذا تكون قد أنهيت بحثي المتواضع راجياً من الله أن يوفقني لنيل الدرجات العالية في الدنيا والآخرة، سائلاً إياه أن يصلني على محمد النبي وأل بيته الطيبين الطاهرين إلى يوم الدين، وأن يغفر لي ولوالدي وللمؤمنين الصالحين أجمعين...

(1) انظر: سيرة الم توكل في بلاد اليمن، مصدر سابق، (52).

صور المخطوط

عن الجمیع فغد علی حب مائمه و رئیس الله المائیة اذ اعلم الحاکر فرسن الپاین بالمدحیین
لتفتنیاً برجح الدین فله المتع بکمال عالیه وان کان تفتخر بغير من هو موصوف برجح الدین فان
کان لا يجد المذاقتة فيها والکھاش من المیل فلامستقى من الدین فان کان تصریفه کان
بتله الناجی وستنقیع معاشرتہ فلما پیر مني البیع من شهر ونیمه الجنات اصل تغیر
مادی التیفات ایضاً وضعت بالنابی والاخیاء فاذ ان ایل الحاکم فیی غصان باده على
ینو فغلیان بناء و مثله الشاهد بیشد ایضاً ما یغلب به فلن من ان شاهد و مثله
العدل الناطر لها بحسبی ما یغلب به خلیفه

من المصور

وَاللّٰهُ أَعْلَمُ

الْأَوَّلُ بِنُوكِيَا أَمَّا بَرْلَانْدُ الْمُؤْكَلُ عَلَى اللَّهِ الْعَالِمِ
فِي فِي لَزْ طَلَارِ الدَّوْرِ وَزَعَلِ شَمَّالِ الْقَاسِي وَمَدْرَاجِ

بن الحمد الشلبي و قالوا ما سمعناه ان المغلق لا يخلو اعن احد اسرار ان على
 قوله في بيان بيقع لفظ الطلاق من غير نظر الى المعنى وفتح المغلق و لا تنزع وات اراد
 تقبيل حضور المعنى فهو فرع الطلاق الناجن فالتفتيش بقبيل ذلك لا يصح لأن المعلق
 بالغالب لا قبيل له فباق الناجن انتهى فاما قوله السايد وهو يفترض الحال من قوله انت
 قال الى لخه وبين فرق له ان نوع الماخن قسم الاول و دورة والثانية حبس العيسى
 باطلا بالاتفاق وما قوله ثرحد لدعا الماخن الى احتج معقد ببيانه بطلان الدورة انتها اما
 بالمخالفة لمن اد الشارع وكل اجهاد خالق من اد الشارع فليس بزاد امه منه واما انتها
 يعود الى ابطاله و مادى ثوفنه الى ابطاله ببطل و اثنا لانه يعلوي بغير المغالب و فرضته
 بالتفتيش بقبيل الحال باطل بما احمد من مخالفه من تعميم الشرط على مشروطه والدورة
 المقصود منه الشرط في المعنى كالمظروف شرطه وقد تبين ما ذكرناه حسب الاحوال
 والافتراضات وبيان المذهب الصحيح فالسلمة ماذا اعد المحقق الا العلال و حسنا
 الله و كفى و نعم الوكيل

سم الله الرحمن الرحيم

ذلك من كان امر المؤمنين المتوكلا على الله العز من الرحيم اسماعيل بن ابراهيم بن طهرا عليهما السلام
 عذر المسائل المنسقناه عياني قيمد ٢٥ الف قضاه سلام الله عليهم فاما عيادي الله اليهم
 وفر عن من اعليهم ادي يحملوا ما وصناه ويعيكون ابيه ذلك يار حسناه سالمونه ان
 بعثت برسالاتي اليكم هذه وبرفقنا الي ما فيه من وصناه فهو خبيثنا ونعم الوكيل والمربي
 والمؤثر البيبيل وسلام الله على سيدنا محمد وآله وآل بيته وعلي اهل التصريح والفصيحاته

سم الله الرحمن الرحيم

حبل الله رب العالمين

اللهم انا سألك المغفرة والاغاثة يا اكرم الاكربين ⑤

وقد يتساءل القارئ عن سبب اتساع التمهيد، فأجيب قائلاً: إن هذا التمهيد جزء لا يتجزأ من البحث، ولو لاه، ولو لا مجئه على هذه الصورة لاعتبر البحث ناقصاً، لا يرسم صورة متكاملة عن اليمن وأحواله المختلفة في تلك الفترة.

الفصل الثاني: النص المحقق:

(طلاق الدور)⁽¹⁾

الجواب مولانا أمير المؤمنين المتوكل على الله رب العالمين في مسألة طلاق الدور على سؤال القاضي
محمد صلاح الفلكي⁽²⁾ عنها
بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآلـهـ.
هذا السؤال ورد على مولانا أمير المؤمنين المتوكل على الله إسماعيل بن أمير المؤمنين⁽³⁾، من القاضي
محمد بن صلاح الفلكي.

(1) وهو توقف الشيء على ما يتوقف عليه. قوله صور " منها " ما يتمانع في نفسه ولا يمنع الناجز وهو أن يقول : من لم تطلق منك فصواحبها طالق وكذا أنت طالق واحدة بعد واحدة أو قبل أو جنب أو تحت أو فوق واحدة، وكذا لو قال أنت طالق واحدة بعدها واحدة أو واحدة قبلها واحدة، فهذه الصور الثلاث لا يقع فيها شيء فيتمانع في نفسه ؛ ولا يمنع الناجز. انظر: الناج المذهب لأحكام المذهب، القاضي أحمد بن القاسم العنسي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ط. 1، 1366هـ-1947م)، (11/3). و انظر: التذكرة الفاخرة، الحسن بن محمد النحوي، تحقيق: حميد جابر عبيد، مركز التراث والبحث، صنعاء، ط. 1، 1427هـ-2006م، (294). وانظر : شرح الأزهر : أبو الحسن عبدالله بن مفتاح ، مكتبة التراث الإسلامي، صعدة، ط. 1، 1424هـ-2003م، (408/2)- (409).

(2) محمد بن صلاح الفلكي [... - سنة 1074هـ] محمد بن صلاح بن محمد بن ناصر بن محمد بن صلاح الفلكي؛ نسبة إلى فلكلة قرية من قرى نمار ، النماري المنذحي. انظر : طبقات الزبيدة الكبرى : إبراهيم بن القاسم بن المؤيد بالله، تحقيق : عبدالسلام الوجيه، مؤسسة الإمام زيد، ط1، 1421هـ-2001م، باب محمد بن صلاح الفلكي، .(407/2)

(3) الإمام المتوكلى على الله إسماعيل بن أمير المؤمنين المنصور بالله القاسم بن محمد، [1019-1087هـ]، ينتمى إلى الإمام الحسن بن علي بن أبي طالب عليهم السلام، أقام بشهارة إلى سنة أربعين، ثم توجه مع صنوه الحسين بن القاسم إلى الدامغ، وكانت دعوته بعد موت أخيه الإمام المؤيد بالله محمد بن القاسم في سنة أربع وخمسين وألف، وسيرته وتفاصيلها يحتمل مجلدات، توفي في جماد الآخرة سنة سبع وثمانين ألف، وقبره بالحصن مشهور مزور . رحمة الله عليه - انظر : طبقات الزبيدية : المؤيد بإبراهيم بن القاسم، مؤسسة الإمام زيد الثقافية، صنعاء، (1421هـ-1993م)، (1/236). (238)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ما قول مولانا أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام، ورحمته وبركاته، وتحياته، وكراماته في مسألة طلاق الدور المسمى بطلاق التنافي هل هو إذا وقع على صورته العامة؟ وهي قول الزوج لزوجته: «أنت طالقُ قُبيل أن يقع عليك الطلاق مني بوقت لا يتسع لرجعة ولا طلاق»، أو «إن وقع عليك طلاق مني فأنت طالق قبيله بوقتٍ لا يتسع لرجعة ولا طلاق».

وهل يفترق الحال بين قوله أنت طالق إلى آخره؟، وبين قوله إن وقع إلى آخره؟ وهل يكون ذلك التمانع من تقدُّم المشروط على شرطه؟، أو لأن إثبات الآخر يؤدي إلى بطلانه؟، وما أدَّى ثبوته إلى إبطاله يبطل؟ وهل يمنع الناجز والمشروط فقط؟ وإذا ثبت ذلك فهل يجوز الدخول فيه لمن كان سريعاً المخالفه؟، أم لا يجوز؟ لأنه يؤدي إلى منع ما قصده الشارع من رفع الجناح في إيقاع الطلاق؟ وما الراجح من الأقوال المشهورة في هذه المسألة؟ وبين مذهبكم الشريف فيما؟ فهذه حادثة دعت إلى معرفة ما تتعلق بها الحاجة، والجواب الشافي عمله، طوَّل الله أعماركم للمسلمين، انتهى.

وهذا جواب المولى أمير المؤمنين أيده الله

الجواب والله الهادي إلى الصواب أن الصورة الأولى وهي قوله: «أنت طالق قبل أن يقع عليك طلاق مني بوقت لا يتسع لرجعة ولا طلاق».

هي صورة الدور المتفق عليه وهي باطلةٌ عندنا بمعنى أنها لا تمنع الناجز⁽¹⁾ لقوله تعالى: (الطلاق مرتَّان فِإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيفٍ بِإِحْسَانٍ) إلى قوله تعالى: (فِإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحْلِلُ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحْ زَوْجًا غَيْرَهُ).

(1) قال: أما الذي يتمانع في نفسه ويمنع الناجز فهو يسمى بـ: (الدور العام وله صورتان: إحداهما تصلح لأهل التابع وغيرهم وهو حيث قال : أنت طالق ثلثاً قبل أن يقع عليك طلاق.

والثانية تصلح لمن لا يقول بالتتابع وهي : أن يقول أنت طالق قبل أن يقع عليك طلاق فهذا يتمانع عند أهل المذهب فقط، ويمنع الناجز لأنَّه متى أوقع عليها، طلقة ناجزة انكشف كونها مطلقة من قبل، والقبل مشروط بهذا فلانقع الآخرة لأنَّ الطلاق عندنا لا ينبع الطلاق وإنما نقع الآخرة لم نقع الأولى لأنَّ جعلها قبل الآخرة والآخرة لم نقع، ولا قبل لغير واقع، ولا واقع في غير قبل أو بعد، ومع قولنا فكذلك قبل لا يحتاج أن يقول بساعة لا يتسع لرجعة وطلاق لأنَّ قيل وقت مضيق يلتصق بالطلقة الناجزة فلا يكون بينهما فاصل بخلاف ما إذا قال قبل فالقبل متسع من عند النطق إلى أن يوقع الطلاق الناجز فيمكن إبطال الدور فيه بأن يراجع إذا كان الطلاق رجعياً بقول أو فعل كotope أو نحوه ثم يطلق .انظر : الناج المذهب، مصدر سابق، (3/10-11). وانظر: شرح الأزهار، مصدر سابق، (2/408). ومن العلماء الذين قالوا بمنع طلاق الدور وعدم وقوعه بعض المذاهب الفقهية الأخرى، قال: وقد عزَّ في فتح القدير القول ببطلان الدور إلى بعض المتأخرین من مشايخنا والقول بصحَّته، وأنَّها لا تطلق إلى أكثرِهم، وإنَّه صاحب البحر، لكنَّ رأيت مُؤلَّفاً حافلاً للعلامة ابن حجر المكي في بطلانه، وأنَّه قول أكثرِ الشافعية، وإنَّ القرافي من المالكية نقل عن شيخه العزَّ بن عبد السَّلام الشافعِي المُلقَب بسلطان العلماء أنَّه لا يصحُّ، بل يحرُّم تلقيه بصحَّته وبرفضه قضاء القاضي به لمخالفته لقواعد الشرع، وقال: إنَّه شَنَعَ على القاتل به جماعةٌ من الحَقَّيَّةِ والمَالِكَيَّةِ والْحَالِيَّةِ وأنَّه نقل بعض الأئمَّةَ عن أبي حنيفة وأصحابِه الإنفاق على فسادِ الدور وإنما وقع عليهم

وروبي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق المغلوب على عقله»⁽²⁾.
وقال: «ثلاث جدهن جد النكاح، والطلاق، والرجعة» رُوي هذين الحديثين في الترمذى⁽³⁾. ووجه
الاحتجاج بالآية والخبرين أنها زوجة.

والطلاق المذكور في الآية، والخبرين عامٌ لكل من أوقع عليه الطلاق من الزوجات، وقد روی أن سبب نزول
قوله تعالى: (الطلاق مرتان) الآية ...، الرد لإرادة من أراد أن يطلق زوجته كم ما أحب⁽⁴⁾، ولا تطلق ذكر ذلك حي
إمامنا المؤيد بالله⁽⁵⁾ رضوان الله عليه في جوابه المتضمن لإبطال هذه المسألة⁽⁶⁾.

وإنما قلنا أنه لا يمنع الناجز، ولا يقع به شيء؛ لأنَّه جاري مجرى قول القائل: أنت طالق قبل أن تطلعى
السماء! إذ الكل محال ولا قبل للمحال.⁽⁷⁾

في وفوع الثالث أو المنجز وحده، وأن شارح الإرشاد قال: إن المعمتمد في القوى وفوع المنجز . انظر: رد المحتار على الدر
المختار: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين المشقى الحنفي (ت: 1252هـ)، دار الفكر - بيروت، ط2،
1412هـ - 1992م.(230/3).

(1) سورة : البقرة : 229-229.

(2) انظر: أصول الأحكام الجامع لأدلة الحال والحرام: الإمام المتقى على الله أَحمد بن سليمان عليه السلام، (ت:
566هـ)، تحقيق: المرتضى بن زيد المحظوري، مكتبة بدر للطباعة والنشر، ط1، 1425هـ-2004م، (498/1).
وانظر: سنن الترمذى : محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الصحاك، الترمذى، (ت: 279هـ)، تحقيق وتعليق:
أحمد محمد شاكر (ج 1، 2)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج 3)، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف
(ج 4، 5)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط2، 1395هـ - 1975م.(488/3).

(3) انظر: سنن الترمذى مصدر سابق.(482/3). وانظر: سنن ابن ماجه: ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد
القزويني ، وماجة اسم أبيه يزيد (ت: 273هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية -
فيصل عيسى البابي الحلبي.(658/1). وانظر: أصول الأحكام: الإمام المتقى أحمد بن سليمان، (1/499).

(4) انظر: تفسير الطبرى جامع البيان عن تأویل آی القرآن : محمد بن جریر بن يزید بن کثیر بن غالب الاملی،
أبو جعفر الطبرى.(ت: 310هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركى، دار هجر للطباعة والنشر
والتوزيع والإعلان، ط1، 1422هـ - 2001م.(125/4).

(5) يحيى بن أَحمد بن الحسِين بن أَحمد بن الحسِين بن هارون العلوِي الطالبِي، أبو طالب الصغِير، الملقب
بالمؤيد بالله، من أئمة الزيدية في بلاد الدليم، ونشأ في جيلان، ودعا بها سنة 502هـ وقاتل الباطنية، واستولى
على كثير من قلاعهم. ونفذت دعوته إلى اليمن سنة 511هـ وتوفي بقرية من أرض الدليم. انظر: الأعلام:
خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي،(ت: 1396هـ)، دار العلم للملايين،
ط15، 2002م.(135/8).

(6) ذكر قول المؤيد بالله في شرح الأزهر، مصدر سابق، (480/2).

(7) انظر: شرح الأزهر، مصدر سابق، (393/2).

وقال الإمام شرف الدين عليه السلام⁽¹⁾: أن العلة في إبطال الدور أن إثبات الطلاق الناجز فيه يؤدي إلى إبطاله، وما أَدَأَ إثباته إلى إبطاله كان باطلًا! ولهذا لم يفرق بين الدور، والتحبيس⁽²⁾ قال عليه السلام: وكلام والدنا الإمام عليه السلام معروف لكنه فرق بين الدور والتحبيس؛ باعتبار علة ذكروها مع غيرها وهي تخص التحبيس كما قرره عليه السلام⁽³⁾.

ويُسْكِن عن العلة الأخرى وهي التي علمها المدار في علة بطلان التحبيس، والدور وغيرهما من المسائل التي حصل فيها هذه العلة وهي: أنه علّق الحكم في مسألة الملقي للدور التي حصل فيها هذه العلة وهي معنى قول المذاكرين⁽⁴⁾: أن في تصحيح إبطاله.

باعتبار هذه العلة يبطل الدور والتحبيس وغيرهما مما يشارك في حصول هذه العلة، فمن هنا قوي عندنا بطلان الدور.

وأما فعل العوام ومن شاركهم في الجهل، أو اجترأ على الله سبحانه فهو أعظم خطراً من العامي! وقد وقع من المفاسد في مثل هذا الفعل ما لا يمكن شرحه في مسألة الدور⁽⁵⁾، وفي الإفتاء بمذهب الناصر عليه السلام⁽⁶⁾ من عدم وقوع طلاق البدعة وغيرهما من الشبه المردية.⁽⁷⁾

(1) يحيى(شرف الدين) بن شمس الدين ابن الإمام المهدي أحمد بن يحيى الحسني العلوى، الإمام المتوكلى على الله، (877 - 965 هـ = 1473 - 1558 م): من أئمة الزيدية في اليمن. ومن فقهائهم وشعرائهم. بويع بالإمامية في جبال صنعاء، بعد وفاة أبيه (سنة 943هـ) وعُظِّم أمره. انظر: الأعلام، مصدر سابق، (150/8).

(2) التحبيس هو أن يدخله قيد أو شرط مثل: أنت طالق جاء فلان، وهكذا، انظر : شرح الأزهار، مصدر سابق، (393/2).

(3) انظر: أشعار الأزهار : الإمام شرف الدين يحيى بن شمس الدين بن الإمام المهدي المرتضى (ت: 965هـ)، مكتبة أهل البيت، صعدة، ط 1، 1442هـ-2021م.(109). أما والده فهو الإمام أحمد بن يحيى المرتضى.

(4) المذاكرين: هم ابن عطية النجراني، والدواري، سليمان بن هيجان الحمزى، و ابن معرف. انظر: مقدمة شرح الأزهار، مصدر سابق، (101)، الطبقة قبلهم تسمى بالمؤلفين، أما المذاكرين فهم شارحي كتبهم كالأزهار، وتسمى بطبقة المذاكرين.

(5) وهذا الدليل عقلي قال به الإمام المتوكلى على الله إسماعيل.

(6) الحسن بن علي بن الحسن بن عمر بن زين العابدين العلوى الهاشمى، (225 - 304 هـ = 840 - 917 م)، أبو محمد: ثالث ملوك الدولة العلوية بطرستان. كان شيخ الطالبيين وعالمه. مولده بالمدينة اتفق الزيدية والأمامية على نعته بالإمامية، فأقام ثلاثة عشرة سنة. وكان أهلهما مجوسا، فأسلم منهم عدد وافر. وبنى في بلادهم المساجد، ونشر بينهم المذهب الزيدى. ثم ألف منهم جيشا وزحف به إلى طبرستان، فاستولى عليها سنة 301 هـ، ولقب بالناصر. وكان يدعى (الأطروش) لصمم أصحابه من ضربة سيف في معركة. انظر: الأعلام، مصدر سابق، (200/2).

(7) انظر: مسائل الناصريات : على بن الحسين بن موسى الشريف المرتضى، مركز البحث والدراسات العلمية،

والدَّلَسُ الْمُغُوِيَة^(١) التي وقع التغلغل فيها حتى لزم منه الخروج من الدين ! والرفع لكثير من أبواب الشرع، ولقد كان الجرأة على فعل القبيح عياناً أهون من مخادعة السميع البصير، اللطيف الخبير، (بُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ) ^(٢). انتهى.

قال الإمام عز الدين بن الحسن عليه السلام ^(٣) في بعض فتاويه ما لفظه: أنه لا يتوجه قط أن يصحح مسائل الدور والتحبس في الطلاق، حتى قال فإن هذا قد سرى وكثُر وصار به الطلاق كلا طلاق، واختلطت الأمور، أو ركب الفراش على الفراش! وما هذا دين الله ولا شرع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، ولا عُلم في وقت السلف، ولا قُضي به، انتهى.

وقال الإمام الحسن بن علي عليه السلام ^(٤): لا حكم لما يفعله العوام من الدور على نسائهم : لأنَّه يتضمن رفع مقاصد الشرع من الآيات القرآنية والأثار النبوية من رفع الجُناح عن المفارقة متى شاء، وشرع التخلية، والتسریح حين يشاء، ولأنَّ من قصْد الشارع في الطلاق رفع الضرر والضَّرَر، والإمساك بالمعروف، والتسریح بإحسان، انتهى .

قال والدنا المنصور بالله عليه السلام ^(٥) في جواب من سأله عن الدور. الجواب: أنه ليس بطلاق، ولا يمنع الطلاق. ^(٦)

إيران، (1417هـ-1997م)، (314/1).

(1) الدَّلَسُ، بِالْحَرْبِكِ: الظُّلْمَةُ. والمُدَالَسَةُ: المُخَادَعَةُ. انظر: لسان العرب: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور، (ت: 711هـ)، دار صادر - بيروت 1414هـ. مادة: دلس، (86/6).

(2) سورة: البقرة : 9.

(3) الإمام عز الدين بن الحسن [900-548هـ]، بن الهادي بن علي بن المؤيد بن جبريل بن الأمير المؤيد بن أحمد بن الأمير الكبير يحيى بن أحمد بن يحيى بن يحيى الحسني الهندي، نشأ نشأة طاهرة، لم يزل مذ عقل إلى أن كمل مولعاً بالعلم وتحصيله، ابتدأ طلبه العلم بوطنه، ثم قصد صعدة فقرأ فيها على شيخ عدة رئيسهم وشهيرهم القاضي علي بن موسى الدواري في أكثر الفنون، وصنف فيها وما قد تم له من السنين عشرون. انظر: طبقات الزيدية الكبرى، مصدر سابق، (89/2).

(4) الحسن بن علي بن داود بن الحسن بن علي بن المؤيد بن جبريل بن المؤيد بن أحمد بن الأمير شمس الدين يحيى بن أحمد بن يحيى، [...] - 1026هـ، الحسني الهندي، الإمام الناصر للحق. نشأ بصعدة على ما نشأ عليه آباؤه الكرام، فقرأ في كتب الفقه كـ(البحر الزخار)، وغيره من كتب الأئمة الأطهار، وشيعتهم الأخبار وغيرهم من علماء الأمصار، منهم: الفقيه العلامة تلميذ الإمام شرف الدين صالح بن يحيى قيس، وقرأ الرسالة الشمسية. انظر: طبقات الزيدية، مصدر سابق، (279/1).

(5) هو الإمام المنصور بالله عبدالله بن حمزة بن سليمان الحسني اليمني مولده سنة 561هـ ، ودعته سنة 594هـ ، ووفاته سنة 614هـ ، من عظام الإسلام وكبار أئمة الآل الكرام، إمام مجتهد مجاهد مجدد، عالم موسوعي في الأصول والفروع فاق مجتهدي عصره علمًا وأدبًا وجهادًا واجتهادًا، فهو العالم الفقيه الأصولي النحوي المؤرخ الأليب الشاعر البلجيق، نقلًا من كتابه المهب، (4).

(6) ينظر: المهدب في فتاوى الإمام عبدالله بن حمزة : جمع وتهذيب الفقيه محمد بن أسعد المرادي، تصحيح

أما قوله ليس بطلاق: فلتتعليقه بوقتٍ مستحيل فيه الوقع حتى قال. وأما أنه لا يمنع الطلاق فلعموم أدلة صحة الطلاق، والدور لا يخص إجماعنا.

وقال حي إمامنا المؤيد بالله رضوان الله عليه في أثناء جوابه في هذه المسألة وقد عرضنا هذه الحيلة⁽¹⁾ على كتاب الله، وسنة رسول الله صلى الله عليه وآلـه وسلم فلم نجد: لكونها مانعة لوقع الطلاق الناجز بعدها دليلاً⁽²⁾. وروي عن السيد صلاح الدين عبد الله بن يحيى أبو العطايا⁽³⁾ أن الدور والتحبيس سواء. قال ولا ينبغي تعليم العوام هذا الطلاق بل يجب الإنكار على فاعله، وكذا الفتيا به؛ لأن فيه منعاً لما شرعه الشارع من الطلاق؛ لأنه شرعاً لدفع ما يحصل من منكر، والمحرم، من الضيق، والحرج، والشدة، والخوف لعدم الوفاء بما يجب على كل واحدٍ منها، وفي منع الطلاق ارتکاب محظيات واستمرارها.⁽⁴⁾ قال في هامش المهدية ناقلاً عن هامش التلخیص.⁽⁵⁾

قال الدارقطني⁽⁶⁾: كان ابن سريح⁽⁷⁾ رجلاً فاضلاً لولا ما أحدث في الإسلام من مسألة الدور في الطلاق. وروي عن القاضي جعفر بن أحمد بن أبي يحيى بن عبدالسلام رحمه الله تعالى⁽⁹⁾ في ذيل كلام له أجاب به من سأله عن مخلص في طلاق قد ذكره، ومن لا يأخذ بالسريجية، وهي المسألة المروية عن ابن عباس بن سريح من أصحاب الشافعی، وأما من يعتمد علمها فربما يكون فيها مخلصاً له عند من اختارها، ولعل السائل ربما أراد أن يسوق الكلام إليها، ولسنا نرى ما يراه ابن سريح فيها، تم.⁽¹⁰⁾

ومقابلة : عبدالسلام الوجيه، مؤسسة الإمام زيد، ط1، (1421هـ-2001م)، (181).

(1) وفي حاشية المخطوط الجملة .

(2) انظر : شرح الأزهار،(408/2).

(3) العالمة الحافظ أبو العطايا عبدالله بن يحيى بن المهدى بن القاسم. ولد سنة (810هـ)، ونشأ على العلم والعبادة، ومكارم الأخلاق، كان مفسراً ومحدثاً ومفتياً، تخرج عليه جماعة من أكابر العلماء، وعكف على التدریس حتى توفي سنة (873هـ). انظر : التحف شرح الزلف: مجـد الدين بن محمد بن منصور المؤيدي، ط، 3، 1417هـ/1997م، مكتبة مركز بدر، صنعاء،(3).

(4) انظر : شرح الأزهار، مصدر سابق، (408/2).

(5) انظر : هداية الأفكار إلى معاني الأزهار : السيد صارم الدين إبراهيم بن محمد الوزير، بدون، (110/1).

(6) علي بن عمر بن أحمد بن مهدي، أبو الحسن الدارقطنی الشافعی (306 - 385 هـ = 919 - 995 م): إمام عصره في الحديث، وأول من صنف القراءات وعقد لها أبواباً. ولد بدارقطن (من أحياء بغداد) ورحل إلى مصر، فساعد ابن حنبلة . انظر : الأعلام، مصدر سابق، (314/4).

(7) أحمد بن عمر بن سريح البغدادي، (249 - 306 هـ = 863 - 918 م)، أبو العباس : فقيه الشافعية في عصره. مولده ووفاته في بغداد. له نحو 400 مصنف . انظر : الأعلام، مصدر سابق، (185/1).

(8) انظر : شرح الأزهار، مصدر سابق، (409/2).

(9) القاضي جعفر بن أحمد بن عبد السلام بن أبي يحيى المتوفى سنة ثلث وسبعين وخمسين، وكان الإمام عبد الله بن حمزة يقول في كتبه . إذا ذكر الإمام أحمد بن سليمان والقاضي، جعفرأ : قال الإمام والعالم، أفتى بذلك الإمام والعالم، حکى ذلك الإمام والعالم. توفاه الله: في شهر ربيع الثاني سنة ست وستين وخمسين، عن ست وستين سنة. انظر : التحف شرح الزلف، مصدر سابق . (233/3).

(10) انظر : روضة الطالبين وعدة المفتين : أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)،

قال وليس يلزم في كل من أوقع نفسه في هاويته؛ لجهله أن يكون له في الشريعة حيلة مخلصة له من وقوعه فيها، فلقد يتفق ذلك، وقد لا يتفق.

وقال الفقيه علي قاسم السحامي⁽¹⁾ ما لفظه: أقول وأنا العبد الفقير إلى كرم الله علي بن قاسم السحامي فيما ذكر من طلاق الدور، ذكر صفتة، ثم قال : فقلت بل قد وقع أحدها لا محالة، أما الناجز فلأنه طلاق من أهله وهو الزوج مصدر إلى محله وهو الزوجة .

فالشروط المعتبرة في الطلاق حاصلة فيما، فإن قلت ليست محلًا في تلك الحالة؛ لأنها انكشف أنها مطلقة من قبل، أعني الطلاق المشروط. قلت: نقضت قولك لا يقع أهله لزمه وقوع أحدهما لا محالة، وبعد الواقع لا يرتفع، وبسط الكلام في ذلك حتى قال: فإن قلت فما حكم من عمل بذلك؟ أو أفقى به؟ قلت: بعد هذا التلخيص قد خالف الكتاب، والسنة، والإجماع!

أما الكتاب، والسنة فلأن الطلاق لا يزيد فيما على ثلات وهذه الجملة تؤدي إلى استحلال الزوجة لو قد طلّقت أكثر من ثلاثة.

وأما الإجماع فلأن الأمة بين قائلين، قائل بأن الطلاق لا يتبع الطلاق، وهو يمتنع عندهم إلا نوعه، وإن لم أن من قال لزوجته "أنت طلاق إن دخلت الدار" ثم قال لها بعد ذلك أنت طلاق طلاق ناجزة لا شرط فيها إلا تعلق هذه الناجزة، ولا قائل بذلك، انتهى.

وقد ذكر في أثناء كلامه أن من قال الطلاق يتبع الطلاق يقع الناجز والمشروط عنده جميًعاً.

وقال القاضي محمد بن أحمد العاهي⁽²⁾، صاحب الدراع، وهو أحد العلماء الذين أخذوا عن ابن راع⁽³⁾ ، وعاصر الإمام شرف الدين عليه السلام، قال : لا يخلوا لكافٍ إما أن يكون صحيحًا، أو باطلًا، فإن كان صحيحًا فالصحيح لا يبطله شيء، وإن كان باطلًا لم يصح التعليق بقبله؛ لأنه قبل لا بعد له مثل : أنتِ كما قبل طلوع السماء فلا يصح التمانع الذي ذكروا .

تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط3، 1412هـ / 1991م. (165/8).

(1) الفقيه المحقق الفاضل جمال الدين علي بن ناصر الدين المعروف بالسحامي صاحب (البيان) وهو على إحدى الروايتين أخوه العلامة سليمان بن ناصر مصنف (شمس الشريعة)، وقيل هو ابن أخيه علي بن الحسن بن ناصر الدين وقد ذكرنا (مسكتهم صرحة) وشيئاً من أحوالهم. انظر: مطلع البدور ومجمع البحور في تراجم رجال الزيدية، أحمد بن صالح بن أبي الرجال تحقيق: عبد الرقيب حجر، مركز أهل البيت، اليمن، صعدة، ط1، 1425هـ- 2004م، (308/3).

(2) لم أجد معلومات عن هذا العالم إلا فيما أثبته المتن فقط.

(3) محمد بن عبد الله بن راع، [...] - ق 10هـ] القاضي العلامة، بدر الدين. سمع على الإمام شرف الدين كتب الفقه ك(الشرح لابن مفتاح)، و(الذكرة) و(مفتاح الفرائض)، و(شرح الناطري)، وسمع أيضاً عليه (أحكام البحر الزخار) في سنة ست وثلاثين أو خمس وثلاثين وتسعمائة، ثم أجازه . عليه السلام . انظر :طبقات الزيدية، مصدر سابق، (425/2).

قال الإمام المؤيد بالله رضوان الله عليه: وكان يرى بطلان الدور السيد العلامة صارم الدين إبراهيم بن المهدى الجحافى رحمه الله⁽¹⁾ ، وكان محراً منصب الاجتهداد، وهو من قضاة الإمام الحسن بن علي، والإمام القاسم وولاتهما سلام الله عليهم، وكذلك القاضي العلامة إبراهيم بن محمد بن مسعود الحوالى⁽³⁾ ، روى ذلك لنا سيدنا القاضي عامر بن محمد الزمارى رحمه الله تعالى⁽⁴⁾ عن سيدنا القاضي العلامة يوسف بن علي الحماطى⁽⁵⁾. انتهى . قال: وحررت هذه المراجعة في حضرة شيخنا السيد العلامة صالح بن عبدالله القاسى الغربانى⁽⁶⁾ ، وسيدنا القاضي عامر بن محمد الزمارى، رحمه الله، وسيدنا عبدالهادى بن أحمد الثلائى⁽⁷⁾ ، فقالوا ما معناه: أن المعلق لا يخلو عن أحد أمرين: إن علق قوله قبل أن يقع لفظ الطلاق من غير نظر إلى المعنى وقع المعلق، ولا نزع .

(1) إبراهيم بن المهدى بن علي بن المهدى بن أحمد بن يحيى بن القاسم، [... - 1011هـ]، الجحافى، القاسى، الحسىنى، العلوى، السيد صارم الدين. قرأ أصول الأحكام وغيره على السيد أحمد بن عبد الله بن الوزير، وأجازه إجازة عامة. وأخذ عنه: الإمام القاسم بن محمد . عليه السلام. انظر: طبقات الزيدية، مصدر سابق، (77/1).

(2) القاسم أمير المؤمنين المنصور بالله بن محمد بن علي بن الرشيد بن أحمد بن الأمير الحسين، الحسنى، [967 - 1029هـ]، الهوى، القاسى، اليمنى، أبو محمد العالمة، مولده في صفر عام سبع وستين وتسعمائة لإثنى عشر خلت من صفر بالشاهد من بلاد الشرف ، نشأ . عليه السلام . معروفاً بالطهارة وقوة القلب والبطش . انظر : طبقات الزيدية، مصدر سابق، (286/2).

(3) إبراهيم بن محمد بن مسعود، ويقال: إبراهيم بن مسعود؛ نسبة إلى جده الحوالى بضم الحاء المهملة، الحميري. قرأ على العالمين علي ومحمد ابنا روع، وسمع (البحر الزخار) على محمد بن روع، وروى كتب الأنمة وغيرها عن الفقيه سعيد بن عطاف القدارى، كان حافظ مذهب الأنمة وشيعتهم، بل حافظ المذاهب على الإطلاق. انظر: طبقات الزيدية، مصدر سابق، (66/1).

(4) عامر بن محمد الصباحى؛ [... - 1047هـ]، نسبة إلى بيضاء صباح قرية من مشارق اليمن ، القاضى، العلامة. قرأ في مبادئ أمره في ذمار ، ولقي الشيوخ منهم المحقق الأضرعى ، ثم قرأ على شيخه القاضى عبد القادر بن حمزة البيهقي التهامى ، ثم رحل إلى صنعاء فقرأ فيها على "بياض في المخطوطات" ، ورحل إلى شيخ الزيدية في الفروع إبراهيم بن محمد بن مسعود الحميري إلى الظهرىين . انظر: طبقات الزيدية، مصدر سابق، (493/1).

(5) يوسف بن علي الحماطى الأنسي، نجم الدين، [... - 1007هـ]. قرأ في الفقه على الفقيه العلامة علي بن قاسم السنحانى، وفي البحر (عن) عبد الله بن القاسم العلوى. وأخذ عنه : جماعة منهم: محمد بن علي الشكابى. انظر : طبقات الزيدية، مصدر سابق، (151/3).

(6) صالح بن عبد الله بن علي بن داود بن القاسم بن إبراهيم بن القاسم بن إبراهيم بن الأمير محمد ذي الشرفين بن جعفر بن القاسم بن علي العيانى، [960 - 1048هـ]، المعروف بابن مُقل بضم الميم وفتح المعجمة، ثم لام، القاسى، اليمنى، الشهارى، الغربانى، انظر : طبقات الزيدية، مصدر سابق، (450/1).

(7) عبدالهادى بن أحمد بن صلاح بن محمد بن الحسن الثلائى، [... - 1048هـ]، المعروف بالحسوسه بمهملات أولاهما مكسورة، القاضى العلامة، الأصولى. فمن شيوخه: عبد الرحمن بن عبد الله الحيمى الحرازي، أخذ عنه جميع كتب الأصوليين المعروفة، وعلى بن الحاج من أهل الطويلة ، وعيسى ذعفان فيما أظن . انظر: طبقات الزيدية، مصدر سابق، (523/1).

وإن أراد قُبيل حصول المعنى وهو وقوع الطلاق الناجز، فالتعليق بِقُبيل ذلك لا يصح؛ لأن التعليق بالمحال لا يقبل له فيقع الناجز، انتهى.

فأما قول السائل: وهل يفترق الحال بين قوله: أنت طالق إلى آخره، وبين قوله: إن وقع إلى آخره؟ فنعم، الأول دور، والثاني تحبيس، والتحبيس باطل بالاتفاق.

وأما قوله : ثم هل ذلك التمانع إلى آخره فقد بینا بطلان الدور أنها إما المخالفه لمراد الشارع، وكل اجتهاد خالف مراد الشارع وليس بمراد الله منه، وإنما لأن اثباته يؤدي إلى إبطاله، وما أدى ثبوته إلى إبطاله بطل !، وأما لأنه تعليق يقبل المحال وقوعه، والتعليق ب قبل المحال باطل، وأما التحبيس فلما فيه من تقدُّم الشرط على مشروطه، والدور المقصود منه الشرط في المعنى كالمتوقع بشرطه، وقد تبيَّن بما ذكرناه تحريم الدخول والإفتاء به، وبيان المذهب الصحيح في المسألة، وماذا بعد الحق إلا الضلال، وحسبنا الله وكفى ونعم الوكيل .

الخاتمة

يتضح لنا مما سبق أن الإمام المتوكَّل على الله إسماعيل بن القاسم عليه السلام كان عالِمًا مجتهدًا وأنه تولى حكم اليمن عام (1054هـ / 1644م) وعُيِّنَ له البيعة، وتوفي عام (1087هـ / 1676م)، وكانت عاصمة دولته صوران في محافظة ذمار، وأنه حكم اليمن من عدن جنوبًا، إلى صعدة شماليًّا، وإلى حضرموت شرقًا، ويُعتبر الإمام المتوكَّل أول من وحدَ اليمن بهذا الشكل ...

وكون الإمام المتوكَّل مجتهدًا في علوم الدين فقد اهتم بنشر العلم، واهتم بالعلماء، حيث دونَت الكثير من المخطوطات في ذلك العصر، وكان في طليعة المؤلفين والذي كان له النصيب الأوفر في ذلك الجانب.

أما مسألة جواب الإمام المتوكَّل عن طلاق الدور فقد قال بعد أن ذكر الأدلة من الكتاب والسنة، وأقوال العلماء: أنه باطل، فقال "والذي قوي عندنا بطلان هذا الطلاق كونه مقيد بمستحيل، فهو شبيه من قال أنت طالق إن طلعي السماء فهذا معلق بشيء مستحيل، وقال الإمام المتوكَّل ناصحاً: ينبغي ألا يتعلم ذلك الجهلة، ألا يفتي به المفتي لل العامة، وأن اللازم اتباع كتاب الله والمعلوم الصحيح من سنة رسوله صلى الله عليه وآلِه الطاهرين.

المراجع

- 1 معجم البلدان، أبو عبدالله الجموي، (ت: 1995 م. 1462هـ)، دار صادر، بيروت، ط 2.
- 2 تحفة الأسماء والأبصار بما في السيرة المتوكلية من غرائب الأخبار المطهر الجرموزي، مؤسسة الإمام زيد، صنعاء، بدون.
- 3 المتوكل على الله إسماعيل في بلاد اليمن : مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية، إخراج وتنسيق : حفظ الله أحمد عقيل، صنعاء، ط 1، 1429هـ-2008م.
- 4 أبناء اليمن ونبأوه: عبدالله عبد الكريم الفضيل، بدون.
- 5 أعلام المؤلفين الزيدية: عبد السلام بن عباس الوجيه، مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية، صنعاء، ط 1، (1420هـ-1999م).
- 6 التذكرة الفاخرة، الحسن بن محمد النحوي، تحقيق: حميد جابر عبيد، مركز التراث والبحوث، صنعاء، ط 1، 1427هـ-2006م.
- 7 شرح الأرهار المنتزع من الغيث المدرار: أبو الحسن عبدالله بن مفتاح، مكتبة التراث الإسلامي، صعدة، ط 1، 1424هـ-2003م.
- 8 التاج المذهب لأحكام المذهب، القاضي أحمد بن القاسم العنسي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ط 1، (1366هـ-1947م).
- 9 طبقات الزيدية الكبرى: إبراهيم بن القاسم بن المؤيد بالله، تحقيق: عبد السلام الوجيه، مؤسسة الإمام زيد، ط 1، 1421هـ-2001م.
- 10 رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: 1252هـ)، دار الفكر-بيروت، ط 2، 1412هـ-1992م.(230/3).
- 11 أصول الأحكام الجامع لأدلة الحلال والحرام: الإمام المتوكل على الله أحمد بن سليمان عليه السلام، (ت: 1425هـ)، تحقيق: المرتضى بن زيد المحظوري، مكتبة بدر للطباعة والنشر، ط 1، 1425هـ-2004م.
- 12 سنن الترمذى: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذى، (ت: 279هـ)، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، محمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف، شركة مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط 2، 1395 هـ - 1975 م.
- 13 سنن ابن ماجه: ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القرزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت: 273هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.

- 14- تفسير الطبرى جامع البيان عن تأویل آی القرآن: محمد بن جریر بن یزید بن کثیر بن غالب الاملى، أبو جعفر الطبرى (ت: 310هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركى، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1422 هـ - 2001 م.
- 15- الأعلام: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (ت: 1396هـ)، دار العلم للملائين، ط15، 2002 م.
- 16- أئمـار الأزهـار: الإمام شرف الدين يحيى بن شمس الدين بن الإمام المـهـدى المرتضـى (ت: 965هـ)، مكتبة أهلـ الـبـيـتـ، صـعدـةـ، طـ1ـ، 1442ـهــ 2021ـمـ.
- 17- مسائل الناصريـاتـ: علىـ بنـ الحـسـينـ بنـ مـوسـىـ الشـرـيفـ المـرـتضـىـ، مرـكـزـ الـبـحـوثـ وـالـدـرـاسـاتـ، الـعـلـمـيـةـ، إـيـرانـ، 1417ـهــ 1997ـمـ.
- 18- المـهـذـبـ فيـ فـتاـوىـ الإـمامـ عـبدـالـلـهـ بـنـ حـمـزةـ: جـمـعـ وـتـهـذـيبـ الـفـقـيـهـ مـحمدـ بـنـ أـسـعـدـ الـمـرـادـيـ، تـصـحـيـحـ وـمـقـابـلـةـ: عـبـدـالـسـلـامـ الـوـجـيـهـ، مـؤـسـسـةـ إـلـمـاـنـ زـيـدـ، طـ1ـ، (1421ـهــ 2001ـمـ).
- 19- التـحـفـ شـرـحـ الرـلـفـ: مـجـدـ الـدـيـنـ بـنـ مـحـمـدـ بـنـ مـنـصـورـ الـمـؤـيـدـيـ، طـ3ـ، 1417ـهــ 1997ـمـ، مـكـتبـةـ مـرـكـزـ بـدـرــ صـنـعـاءـ، وـطـ مـؤـسـسـةـ الـأـنـوارــ الـرـيـاضـ.
- 20- هـدـيـةـ الـأـفـكـارـ إـلـىـ مـعـانـيـ الـأـزـهـارـ: السـيـدـ صـارـمـ الـدـيـنـ إـبـرـاهـيمـ بـنـ مـحـمـدـ الـوـزـيرـ، بـدـونـ.
- 21- رـوـضـةـ الطـالـبـينـ وـعـمـدـةـ الـمـفـتـينـ: أـبـوـ زـكـرـيـاـ مـحـيـيـ الـدـيـنـ يـحـيـيـ بـنـ شـرـفـ الـنـوـوـيـ (تـ: 676ـهــ)، تـحـقـيقـ: زـهـيرـ الشـاوـيـشـ، الـمـكـتبـ إـلـسـلـامـيـ، بـيـرـوـتــ دـمـشـقــ عـمـانـ، طـ3ـ، 1412ـهــ 1991ـمـ.
- 22- مـطـلـعـ الـبـدـورـ وـمـجـمـعـ الـبـحـورـ فيـ تـرـاجـمـ رـجـالـ الـزـيـدـيـةـ، أـحـمـدـ بـنـ صـالـحـ بـنـ أـبـيـ الرـجـالـ تـحـقـيقـ: عـبـدـ الرـقـيـبـ حـجـرـ، مـرـكـزـ أـهـلـ الـبـيـتـ، الـيـمـنـ، صـعدـةـ، طـ1ـ، 1425ـهــ 2004ـمـ.

فلسفة استخدام الوسائل الرقمية بإجراءات التقاضي الرقمية والآليات القانونية والتكنولوجية

د.أمل فوزى أحمد عوض

دكتوراه في القانون / كلية الحقوق / جامعة عين شمس
رئيس وحدة تكنولوجيا المعلومات - كلية التربية الفنية - جامعة حلوان 2022

الملخص:

لقد مكن انتشار الإنترن特 أشكالاً غير محدودة من التحول إلى الرقمية وخاصة في مجال التقاضي ، ويعزى رفع الدعوى رقمياً والتي في طريقها للانتشار من أهم هذه المظاهر في مجال القانون ، بل وتطورت إجراءات رفع الدعاوى عبر الوسائل الرقمية بالعديد من الأنظمة القضائية بالعالم ، ويكمّن الهدف من وراء استخدام الوسائل الرقمية في العملية الإجرائية في أن تكنولوجيا المعلومات تؤدي إلى زيادة فعالية الإجراءات ولكن كيف ذلك ؟ ، كما إن استخدام الوسائل الرقمية في العملية الإجرائية تحقق الشفافية فيها فكيف سيكون ذلك ؟ ، وما هي الآثار الاقتصادية المرتبطة على استخدام الوسائل الرقمية في العملية الإجرائية ؟ ، وما هي آلية استخدام الوسائل الرقمية في العملية الإجرائية قانونياً وتقنياً ؟.

الكلمات المفتاحية:

الوسائل الرقمية - التقاضي رقمي - إجراءات - آليات - قانون - تقنية .

مقدمة

لقد مكن انتشار الإنترنط أشكالاً غير محدودة من التحول إلى الرقمية وخاصة في مجال التقاضي ، وبعد رفع الدعوى رقمياً¹ والتي في طريقها للانتشار من أهم هذه المظاهر في مجال القانون ، بل وتطورت إجراءات رفع الدعاوى عبر الوسائل الرقمية بالعديد من الأنظمة القضائية بالعالم ومنها المحاكم الفدرالية الأمريكية² ، كما كانت هناك تطورات مشابهة في دول الاتحاد الأوروبي³ في كل من أستراليا ، سنغافورة⁴ ،

¹ راجع التفاصيل التقنية لإقامة الدعوى إلكترونياً ، الباحث / د/ محمد صابر احمد ، "دور الحاسوب الآلي في تيسير إجراءات التقاضي" ، مرجع سابق ، ص 85 وما بعدها ، وقد آشرنا الإشارة دون الإفاضة لعدم اتساع المجال لذلك.

² راجع في ذلك كلاماً من : (تاريخ آخر دخول: 2021/1/13)

— <https://file.supremecourt.gov.sg/www.elitigation.sg/www.clio.com/www.classic.austlii.edu.au/www.supremecourt.gov.sg/www.netfind.com>
 راجع في ذلك : (تاريخ آخر دخول: 2021/1/13)

— <http://bo-ecli.eu/ecli/european-e-justice-portal>
 — https://ejustice.europa.eu/content_european_case_law_identifier_ecli-175-en.do
 — <http://www.alittihad.ae/details.php?id=52871&y=2016&article=full>

⁴ راجع في ذلك : (تاريخ آخر دخول: 2021/1/13)

— <http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/overview/chapter-2>
 — <http://braddellbrothers.com/litigation.html>.

نيوزيلندا ، فنلندا ، إنجلترا ، وكندا . وكذلك أيضا على مستوى عدد من الدول العربية كالسعودية^١ ، والإمارات^٢ ، والمغرب ، والكويت^٣ ، والأردن^٤ ، والعراق .

وعلى مستوى أي دولة في هذا الاتجاه لابد من مجاهدة العديد من التحديات الاجتماعية والسلوكية والتكنولوجية التي ستنتج عن التطبيق الكامل لرفع القضايا عن بعد والتحول بها إلى الرقمية .

مشكلة البحث:

يكمن الهدف من وراء استخدام الوسائل الرقمية في العملية الإجرائية^٥ في أن تكنولوجيا المعلومات تؤدي إلى زيادة فعالية الإجراءات ولكن كيف ذلك ؟ ، كما إن استخدام الوسائل الرقمية في العملية الإجرائية تحقق الشفافية فيما يليها فكيف سيكون ذلك ؟ ، وما هي الآثار الاقتصادية المترتبة على استخدام الوسائل الرقمية في العملية الإجرائية ؟ ، وما هي آلية استخدام الوسائل الرقمية في العملية الإجرائية ؟.

منهج البحث:

سوف نستخدم المنهج الوصفي بطريقته العلمية الاستقرائية والتحليلية .

خطة البحث:

الإجابة على هذه التساؤلات سيكون محور المطالب التالية :

المطلب الأول

زيادة فعالية الإجراءات أمام القضاء المدني

^١ راجع في ذلك : (تاريخ آخر دخول : 2021/1/3)

— <http://www.cojss.com/article.php?a=8>

^٢ راجع في ذلك كلام من : (تاريخ آخر دخول : 2021/1/22)

— <https://www.government.ae/ar-ae/information-and-services/justice-safety-and-the-law/litigation-procedures>.

— <http://www.alittihad.ae/details.php?id=7790&y=2016>

— www.dxbpp.gov.ae

— <https://www.emaratalyoum.com/local-section/other/2014-05-15-1.676005>

^٣ راجع في ذلك : (تاريخ آخر دخول : 2020/8/13)

— <http://www.mohamoon-kw.com/default.aspx?action=DisplayNews&type=2&id=39488&Year=20180314>

— <http://www.alanba.com.kw/ar/kuwait-news/municipal-council/816660/06-03-2018->

— <http://www.aljarida.com/ext/articles/print/1462394295839325600/>

^٤ راجع في ذلك :

Al Adwan, Majed Ahmed Saleh (2020) "Electronic Administrative Litigation in the Jordanian Legal System: A comparative study," AAU Journal of Business and Law: Vol. 3 : Iss. 1 , Article 4,P 58-107, Available at: <https://digitalcommons.aaru.edu.jo/aaujbl/vol3/iss1/4> والقانون للأعمال العين جامعة مجلة

^٥ حول غايات استخدام تكنولوجيا المعلومات في مجال التقاضي المدني ، راجع في ذلك : د/ محمود مختار ، استخدام تكنولوجيا المعلومات ، مرجع سابق ، ص ٣٣ .

(تحقيق لوجستيات التقاضي)

ان السير في الخصومة عن طريق إجراءات التقاضي الرقمية أمام القضاء المدني يؤدي إلى:

١ - سرعة مباشرة الإجراءات وإنجازها:-

إن السرعة التي تتسم بها التكنولوجيا في إدارة وظائفها تضمن قيام القاضي بمهمة الفصل في المنازعة التي تقدم إليه على نحو سريع مما يؤدي إلى تلافي تأخير البت فيها والتي قد ترجع إلى استخدام القاضي لآليات تقليدية في التحقيق في الدعوى ونظرها.

وتتجلى مظاهر هذه السرعة عند استخدام التكنولوجيا في مباشرة الإجراءات في الآتي^١ :-

أ- تؤدي تكنولوجيا المعلومات إلى سرعة مراجعة وقيد صحف الدعاوى والطعون في مكاتب إدارة الدعوى بالمحاكم (أول درجة - ثانية درجة - النقض) وتحديددائرة المختصة بها وتقدير وسداد الرسوم رقميا.

ب - كما تعتبر هذه التكنولوجيا آلية اتصالات رسمية وسريعة لتداول الأوراق والمستندات المتعلقة بالقضية بين المحاكم والجهات المعونة لها (مصلحة الخبراء - الطب الشرعي - الشهر العقاري - ومصلحة الأحوال المدنية وغيرها) وهذا يتطلب ربط المحاكم بشبكة واحدة مع إدارات الدولة المعنية (تفعيل جميع خدمات الحكومة الرقمية) لكي يتم هذا التبادل فيما بينهم بسرعة وبطريقة آمنة .

ت - تعمل الوسائل الرقمية علي توفير المعلومات عن القضايا بشكل دقيق ومتكملا للقاضي في زمن قياسي ومن ثم يتوفر للقاضي قاعدة بيانات تتضمن (التشريعات - أحكام القضاء - آراء الفقه) بشكل يشبه مكتبة رقمية قانونية متنقلة مما يتيح له الإلمام بكافة عناصر القضية (الواقع + القانون) في وقت وجيز ومن ثم يستطيع اتخاذ الحكم الصحيح قانونياً والناجز في نفس الوقت.

ث - كما يمكن من خلال استخدام تكنولوجيا المعلومات تكوين نماذج من أحكام معدة مسبقاً في المكتبة الرقمية يستطيع القاضي من خلاله اختيار الحكم المناسب لظروف وملابسات القضية المعروضة عليه مما يعني إمكانية وجود سوابق قضائية رقمية استرشادية للقاضي، كما تساعد القاضي عند تحريره الحكم القطعي الرجوع إلى الأرشيف الرقمي للحصول على بيانات القضية المطروحة عليه (مثل أسماء الخصوم وممثليهم - وقائع القضية - الأدلة والمستندات المقدمة فيها (واسترجاعها ووضعها في الحكم قبل صدوره) .

ج - كذلك يؤدي استخدام تكنولوجيا المعلومات إلى سهولة وسرعة فحص المحاكم (النقض أو الاستئناف) الأعلى للقضايا التي نظرتها المحاكم الأدنى وذلك عن طريق الاتصال بها عن بعد (بالدخول على الموقع الرقمي لمحكمة أول أو ثاني درجة) دون أعباء مالية إضافية أو مخاطبات بريدية جديدة .

^١ راجع في ذلك: د. محمد يحيى أحمد عطية ، دور التكنولوجيا ووسائل التقنية الحديثة في تطوير منظومة العمل القضائي (سلطنة عمان نموذجا) دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 13 وما بعدها .

٢ - تيسير إجراءات اللجوء إلى القضاء :

إن مباشرة الإجراءات رقمياً يؤدي إلى التيسير في اللجوء إلى القضاء من خلال ما يأتي^١ :

أ- سرعة رفع الدعوي وقيدها ومتابعتها رقمياً بالنسبة للخصوم أو ممثليهم وإبداء طلباتهم ودفعهم في الوقت المناسب، مما يوفر على جمهور المتقاضين الوقت والجهد والمال (بعد التنقل) والاتصال عن بعد (بعد السماح لهم بالدخول إلى الموقع الرقمي للمحكمة ، ومعرفة الصفحة الموجود بها قضيتهم علي الموقع الرقمي للمحكمة علي وجه الخصوص)

ب- إن استخدام تكنولوجيا المعلومات يحقق الأمان للمتقاضين عن طريق توثيق طلباتهم ودفعهم ومذكراً لهم بما لا يسمح بالتللاع في الصياغة لاي شخص آخر فلا يستطيع أحد أن يحذف أو يضيف أو يختصر العبارات الواردة بأي وثيقة .

ت- إن تعامل المتقاضين أو من يمثلهم مع القضية عن بعد (بالدخول إلى الموقع الرقمي للمحكمة) يؤدي إلى تقليل كثافة المتربدين على المحاكم لرفعها وقيدها أو متابعتها من ناحية وإلى توفير الجهد^٢ علي ذوي شأن وذلك بمعرفة الإجراءات المتتبعة رقمياً ويمكن للشخص أو من يمثله الاستعلام عن قضيته بسهولة ويسر وفي غير أوقات العمل الرسمية.

ث- تبسيط الإجراءات عبر الوسائل الرقمية يسهم في تيسير الإجراءات المفروضة على الخصوم حفاظاً على حقوقهم من الضياع حال تقصيرهم في اتخاذها في مواعيدها القانونية، خصوصاً إذا استخدمو تقنية البريد الرقمي في تبادل الأوراق والمستندات والمراسلات بينهم " كما أن استخدام وكيل الشخص لبريدة الرقمي لاستلام الإعلانات والإخطارات سيقلل النفقات الالزمة لإرسالها بالبريد العادي .

٣ - إدارة الإجراءات بشكل أكثر فاعلية:

أ- إن استخدام الوسائل الرقمية في العملية الإجرائية يؤدي إلى تحقيق إدارتها بشكل فعال وسريع حيث توفر الوقت اللازم لتلقي مكاتب إدارة الدعوي بالمحاكم لصحف الدعاوى والطعون وقيدها في السجلات المعدة لذلك وتقليل الجهد في فحص مستنداتها وتقسيمها وفقاً لموضوعاتها هذا من ناحية ومن ناحية أخرى

^١ راجع في ذلك : د/ محمود مختار ، المقضيات الالزمة لاستخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني دراسة مقارنة ، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الدولي الحادي عشر - كلية الحقوق - جامعة أسيوط الاتجاهات الحديث في القانون الإجرائي ، في الفترة من 29 الى 30 مارس 2017، ص 3

² راجع في ذلك : د/ أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الإنترن特 ، دار النهضة العربية ، 2000، ص 8.

توفر وقت إعلان المدعي عليه أو من يمثله بالدعوي أو بأدتها ومستنداتها أو اطلاعه عليها رقمياً (من خلال البريد الرقمي أو الفاكس) وذلك لإعداد دفاعه فيها وهذا أيضاً يتم رقمياً¹.

ب - تقليل مواعيد الحضور والمسافة المحددة قانوناً.

ت - سرعة تحديد الجلسة الأولى لنظر الدعوي والعلم بها.

ث - التحديد الآلي للدوائر المختصة ولتواتر الجلسات سيمعن التلاعب فيها لأنه لن يتم بتدخل العنصر البشري.

ج - عدم تنقل موظفي مكاتب إدارة الدعوي بين الإدارات المختلفة (الأرشيف أو الجهة القائمة بالإعلان) للحصول على بيانات أو معلومات عن قضية ما فما عليهم سوى الضغط على لوحه المفاتيح للحصول عليها من قاعدة البيانات الرقمية المتعلقة بها.

٤ - أمن وسلامة تداول الأوراق القضائية :

يحقق استخدام تكنولوجيا المعلومات أمن وسلامة تداول الأوراق القضائية :

أ- لأنه يراعي خصوصيات الخصوم التي تحولها هذه الأوراق حيث توجد آليات فنية وتدابير تقنية لضمان عدم اختراق الغير لعمليات هذا التداول بين المحكمة وذوي الشأن وهذا يؤدي بالضرورة إلى ثقة المتخاصمين في هذه التكنولوجيا واستخدامها في العملية الإجرائية .

ب - إن استخدام تكنولوجيا المعلومات يؤدي إلى الحفظ الأمثل للقضايا حيث أن المتضادي يحصل على رقم تعريفي عند الانتهاء من رفع قضيته وقيدها رقمياً يمنع دخول الغير عليها لمعرفة مستجداتها ، كما يؤدي إلى عدم تعرض مستندات الخصوم إلى ضياعها أو إتلافها أو تزويرها أو على الأقل إلى القدرة على تحديد المسؤول عن ذلك .

المطلب الثاني

زيادة الشفافية في العمل الإجرائي القضائي²

إن استخدام الوسائل الرقمية وتكنولوجيا المعلومات يؤدي إلى تحقيق الشفافية وزيادتها في العمل الإجرائي القضائي سواء بالنسبة للخصوص أو من يمثلهم أو بالنسبة لجهات القضاء والمحاكم كالتالي :

¹ راجع في ذلك : د/ سيد احمد محمود ، بحث بعنوان "حو إلكترونية القضاء المدني " ، مرجع سابق ، ص 321.

² راجع في ذلك: د/ يوسف سيد سيد عواض ، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص 232.

١ - بالنسبة للخصوم أو من يمثلهم^١ :

أ- يحقق استخدام الوسائل الرقمية في العملية الإجرائية بالنسبة للخصوم أو من يمثلهم إلى الزيادة في شفافيتها وذلك عن طريق التقديم الرقمي للمستندات والأوراق المتعلقة بالقضية والاطلاع عليها رقمياً من قبل الخصوم أو من يمثلهم وكذلك المعرفة رقمياً بالقرارات القضائية الصادرة فيها دون الذهاب إلى المحكمة وهذا يؤدي إلى مراقبتهم للقضية ومتابعتها بصفة مستمرة وفي كل وقت في اليوم الواحد.

ب - إن إنشاء المحاكم موقع رقمية بها كافة المعلومات والبيانات عن نظام العمل فيها وكيفية سير إجراءات الدعوي لا يبقى معه أمام الخصم أو من يمثله سوى اختيار الرابط الرقمي الخاص بالإجراء القضائي الذي يود القيام به .

٢ - بالنسبة لجهات القضاء والمحاكم^٢ :

أ- إن إدارة مرفق القضاء رقمياً تزيد شفافيتها من خلال التقارير اليومية لتقييم أداء المحاكم لمعرفة حجم العمل ونطاقه في العام الواحد أو في نوعية معينة من القضايا (المدنية ، التجارية ، والأحوال الشخصية ، والاقتصادية) أو في عدد الأحكام الصادرة فيها أو التي لم تصدر بعد أو عدد الأحكام غير المهيأة للخصومة أو المهيأة فيها أو عن حجم الإنجاز فيها في فترة زمنية معينة أو حجم الطعون وعددتها أمام محاكم الطعون (العادية وغير العادية).

ب - كما أن ذلك (الإحصاء الرقمي) يتبع لإدارة التفتيش القضائي الإحاطة بحجم العمل ومستوى الإنجازات ومعرفة الخلل في عدم الإنجاز بالسرعة الممكنة .

ت - استفادة المكتب الفني لمحكمة النقض من البيانات والمعلومات المستمدة من هذه الإحصاءات في تفعيل العمل المنوط به في تجميع السوابق القضائية والأحكام والمراجع الفقهية وتبويبها وتوفيرها للقضاة.

ث - هذه الإحصاءات الرقمية توضح القضايا التي أخذت وقتاً طويلاً منذ رفعها حتى صدور الأحكام فيها وذلك للوصول إلى أسباب تأخيرها والبطء فيها والبحث عن حلول لتلافي ذلك التأخير وعلاج البطء فيها.

¹ راجع في ذلك : د/ علي بن سعيد بن حمود البداعي ، التقاضي عن بعد ، مرجع سابق ، ص 13.

² راجع في ذلك : ميمون حاجي ، التقاضي عن بعد في المغرب ، بحث منشور على موقع مجلة القانون والأعمال ، ص 3 وما بعدها : (تاريخ الدخول : 13/2/2021)

المطلب الثالث

الآثار الاقتصادية لإجراءات التقاضي الرقمية¹

تجه محاكم اليوم إلى العدالة الرقمية² لمساعدتها على التغلب على مجموعة من التحديات التي تواجه النظام القانوني، ويمكن لنظام التحول بالعدالة إلى الرقمية للاقتصاد في النفقات الخاصة بإجراءات التقاضي عن طريق:

- العمل عن بعد والتعاون في الوقت الحقيقي بما يوفر الوقت والجهد³ :

باستخدام التكنولوجيا الرقمية، يمكن للمحامين والقضاة الوصول إلى المعلومات عن بعد، بما في ذلك المستندات القانونية عبر الإنترنت ، وحزن القضايا ، ومكتبات القضايا ، وجداول جلسات الاستماع المحدثة ، بالإضافة إلى التواصل والتعاون في الوقت الفعلي. هذا النوع من التفاعل عن بعد بين القضاة والمحامين يحدث بالفعل في أماكن مثل هولندا.

- الجدولة الرقمية:

أدوات التشغيل الآلي الموجودة في Microsoft Office أو Skype for Outlook ، مثل Office 365 Business ، تمكن موظفي المحكمة من أداء مجموعة من وظائف الجدولة ، بما في ذلك: حجز قاعات المحكمة ، وحجز أجهزة الصوت ، وحجز الزنازين. علاوة على ذلك، يتم استخدام هذه الأدوات أيضًا لجدولة القضاة وأعضاء هيئة النيابة وكتبة المحاكم والشرطة والشهود ومعاونهم لتاريخ المحكمة القادمة ، وإرسال رسائل تذكرة بالموعيد. وتعني الجدولة الآلية عدداً أقل من تأجيل المحكمة بسبب تعارضات الجدولة.

- الحكم أفضل :

يمكن للعدالة الرقمية أن تساعدها في تحديد خيارات الحكم الأكثر ملاءمة عند إصدار الأحكام على المدعى عليهم ذوي ملامح مماثلة. على سبيل المثال، ربما تكشف البيانات أن 95% في المائة من الأفراد في شريحة دخل محددة لن يدفعوا غرامة. بالنسبة لهؤلاء المدعى عليهم، وتكون خدمة المجتمع عقوبة أكثر فعالية مثل هذه الجرائم. كما تتيح الأدوات الرقمية للقضاة الاطلاع على سجل تاريخي للأحكام المتعلقة بجرائم مماثلة ، مما يساعد على ضمان توافق الأحكام الصادرة ضدهم بدعم من البيانات ، وليس الحدس ، بما يمكن للقضاة تطبيق العقوبات الصحيحة بثقة أكبر.

- فمباعدة الإجراءات رقمياً يؤدي إلى التيسير في اللجوء إلى القضاء من خلال ما يأتي⁴:

¹ راجع في ذلك : د/ سيد احمد محمود ، بحث بعنوان "حو إلكترونية القضاء المدني " ، مرجع سابق ، ص324 .

² راجع في ذلك : د / داديار حميد سليمان ، الإطار القانوني للتقاضي المدني عبر الانترنت ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2015 ، ص85 وما بعدها .

³ راجع في ذلك : (تاريخ آخر دخول : 2021/10/1) (

– <https://news.microsoft.com/en-xm/2016/10/30/how-digital-justice-is-transforming-the-justice-system>

⁴ راجع في ذلك : د/سيد محمود ، بحث بعنوان "حو الكترونية القضاء المدني " ، مرجع سابق ، ص321

- سرعة رفع الدعوى وقيدها ومتابعتها رقمياً بالنسبة للخصوم أو ممثليهم وإبداء طلباتهم ودفعهم في الوقت المناسب ، مما يوفر على جمهور المتخاصمين الوقت والجهد والمال (بعد التنقل والاتصال عن بعد).
- إن تعامل المتخاصمين أو من يمثلهم مع القضية عن بعد (بالدخول إلى الموقع الرقمي للمحكمة) يؤدي إلى تقليل كثافة المترددين على المحاكم لرفعها وقيدها أو متابعتها من ناحية وإلى توفير الجهد على ذوي الشأن وذلك بمعرفة الإجراءات المتتابعة رقمياً ويمكن للخصم أو من يمثله الاستعلام عن قضيته بسهولة ويسري في غير أوقات العمل الرسمية ، كل ذلك يؤدي إلى تحقيق ما يسمى بـ "الوجستيات التقاضي" (توفير الانتقال الجسدي ، والوقت والمال والجهد واختصار الإجراءات) مما يؤدي للوصول إلى العدالة الناجزة .
- تبسيط الإجراءات عبر الوسائل الرقمية يسهم في تيسير الواجبات الإجرائية المفروضة على الخصوم حفاظاً على حقوقهم من الضياع حال تقصيرهم في اتخاذها في مواعيدها القانونية ، خصوصاً إذا استخدمو تقنية البريد الرقمي في تبادل الأوراق والمستندات (والمراسلات بينهم) كما أن استخدام وكيل الخصم لبريدة الرسمي لاستلام الإعلانات والإخطارات سيقلل النفقات الالزامية لإرسالها بالبريد العادي .
- أيضاً إدارة الإجراءات بشكل أكثر فاعلية يوفر المال والوقت والجهد على النحو التالي¹ :

 - إن استخدام الوسائل الرقمية في العملية الإجرائية يؤدي إلى تحقيق إدارتها بشكل فعال وسريع حيث توفر الوقت اللازم لتلقي مكاتب إدارة الدعوى بالمحاكم لصحف الدعاوى والطعون وقيدها في السجلات المعدة لذلك وتقليل الجهد في فحص مستنداتها وتقسيمهما وفقاً لموضوعها هذا من ناحية ومن ناحية أخرى توفر وقت إعلان المدعى عليه أو من يمثله بالدعوى أو بادلتها ومستنداتها أو اطلاعه عليها رقمياً (من خلال البريد الرقمي أو الفاكس) وذلك لإعداد دفاعه فيها وهذا أيضاً يتم رقمياً .
 - تقليل مواعيد الحضور والمسافة المحددة قانوناً ومصاريف الانتقال من مكان لأخر
 - سرعة تحديد الجلسة الأولى لنظر الدعوى والعلم بها .
 - التحديد الآلي للدوائر المختصة وتاريخ الجلسات سيمعن التلاعب فيها لـ أنه لن يتم بتدخل العنصر البشري .
 - عدم تنقل موظفي مكاتب إدارة الدعوى بين الإدارات المختلفة (كالأرشيف أو الجهة القائمة بالإعلان) للحصول على بيانات أو معلومات عن قضية ما وما عليهم سوي الضغط علي لوجه المفاتيح للحصول عليها من قاعدة البيانات الرقمية المتعلقة بها .
 - ومما لا شك فيه أن سرعة الفصل في الدعاوى وقلة الوقت الذي يستغرق في نظرها يؤدي إلى مكاسب مالية¹ لأطراف هذه الدعاوى، لا سيما الدعاوى المالية فمكوث المال معطل لفترة زمنية طويلة يؤدي إلى فقدانه لقيمتها المالية لا سيما في ظل انخفاض القوة الشرائية للعملة.²

¹ راجع في ذلك: د. علي بن سعيد بن حمود البداعي ، التقاضي عن بعد ، مرجع سابق ، ص 13 وما بعدها.

- تبدو تكنولوجيا المعلومات في القضاء هي الحل الأمثل لكل السلبيات التي توجد بالجهاز القضائي وعملية التقاضي بداية من البطء في الإجراءات انتهاء بكيف إن استخدام تلك التكنولوجيا الحديثة من شأنه أن يقلل من مخصصات العدالة في الموازنة العامة للدولة فتوفر الوقت والجهد وتحقق الكفاءة في ذات الوقت في الإجراءات .

المطلب الرابع

الآليات القانونية والتكنولوجية لرقمية الإجراءات بالدعوى المدنية

الفرع الأول :

الآليات القانونية لرقمية الإجراءات³

باستقراء نصوص قوانن المراقبات المدنية والتجارية والسلطة القضائية وقانون الإثبات، نجد أن في ممارسة إجراءات التقاضي عبر الوسائل الرقمية نظاماً جديداً لم تشر إليه هذه القوانين نظراً لحداثة الوسائل الرقمية، وظهور الدور البارز لها في العقود الآخرين، فهناك أمور يجب مراعاتها ، وأخذها في الاعتبار، عند تنفيذ مشروع رقمية إجراءات التقاضي⁴ ورفع الدعاوى عن بعد ومنها:

- ١- **تصنيف القضايا التي يمكن تسجيلها رقمياً وتحديد أنواعها ، وكذلك بيان الوثائق والمستندات التي يمكن قبولها رقمية .**
- ٢- **تحديد الأشخاص المصرح لهم بالدخول إلى نظام المعلومات وتسجيل الدعاوى والاطلاع عليها ، كالقضاة ، وموظفو المحكمة ، والمحامون ، والخبراء ، وغيرهم من الأشخاص الذين يحق لهم الاطلاع على ملف الدعاوى ، وذلك بغرض منع الأشخاص الغير مرخص لهم من اختراق نظام المعلومات والاطلاع على مستندات الدعواوى .**
- ٣- **تحديد وبيان الإجراء الذي يستخدم في تسجيل المحامين والمتقاضين والتحقق من شخصيتهم والذي يتضمن إدخال اسم المستخدم وكلمة المرور الخاصة به.**
- ٤- **إدخال مصطلحات التقاضي الرقمي بالقضاء المدني⁵ :**

١ - من الجدير بالذكر أن الرسوم القضائية خصوصاً إذا كانت باهظة، فإنها تعد قيداً خطيراً على حرية التقاضي، وأنه مهما قيل من أن نظام المساعدة القضائية يكفل هذه الحرية للفقير، فإن الرسم الباهظ عبء على كل مطالب على كل حال، راجع في ذلك : أحمد مسلم، أصول المراقبات، دار الفكر العربي، بند 283، ص

.316

٢ راجع في ذلك: د. محمد يحيى أحمد عطية ، دور التكنولوجيا ووسائل التقنية الحديثة في تطوير منظومة العمل القضائي ، مرجع سابق ، ص 11 وما بعدها .

³ راجع في ذلك : د/ محمود مختار، استخدام تكنولوجيا المعلومات لتسهيل إجراءات التقاضي المدني ، ص وما بعدها.

⁴ راجع في ذلك: المستشار/ نبيل عمران ، المسودة الأولى المقترن بتنظيم إجراءات سير الدعاوى إلكترونياً أمام محاكم السلطة القضائية، النسخة البابانية ، بتاريخ 20/7/2020 ، المواد من 1 إلى 24.

⁵ وذلك على غرار التعديل التشريعي لبعض أحكام قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم 120 لسنة 2008 (قانون 146 لسنة 2019) واستناداً به من جانب القاضي المدني .

- **السجل الرقمي¹:** السجل المعد رقمياً بالمحاكم المدنية لقيد بيانات الجهات والأشخاص ذوي الشأن ووسيلة التواصل معهم والتي تمكن راغب الإعلان من إخطار الخصوم بالدعوى أو بالطلبات العارضة أو بالأحكام التمهيدية الصادرة فيها .
- **العنوان الرقمي المختار:** الموطن الذي تحدده الجهات والأشخاص المنوطه بالدعوى لإعلامهم بكافة إجراءات الدعاوى المقامة رقمياً سواء تمثل في بريد رقمي خاص بهم أو رقم هاتف أو غيرها من الوسائل التكنولوجية .
- **الإيداع الرقمي:** وسيلة إقامة وقيد صحيفة الدعوى وكذا الطلبات العارضة والإدخال والتدخل والتوقع على صحفها توقيعاً رقمياً معتمداً وإيداع المستندات والمذكرات والتي تتم عبر الموقع المخصص لذلك بالمحكمة المدنية المختصة .
- **الموقع الرقمي:** موقع خاص بالمحكمة المدنية المختصة والمخصص لإقامة وقيد وإعلان الدعاوى رقمياً.
- **رفع المستندات رقمياً:** تحميل المستندات والمذكرات المقدمة من اطراف الدعوى على الموقع الرقمي للمحكمة المدنية المختصة مع إمكانية حفظها واسترجاعها والاطلاع عليها ونسخها تمهيداً لإرفاقها بملف الدعوى .
- **المستند أو المحرر الرقمي :** رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة رقمية أو رقمية أو ضوئية أو بغيرها من الوسائل المشابهة .
- **السداد الرقمي :** الوسيلة التي توفرها المؤسسات المالية المصرفية وغير المصرفية لسداد كافة رسوم استخدام خدمة التقاضي الرقمي بالمحاكم المدنية والرسوم القضائية والدمعات المقررة لإقامة الدعاوى ومنها البطاقات المدفوعة مسبقاً " بطاقات السحب والائتمان والحوالات المصرفية .
- **الصورة المنسوخة:** الصورة المطبوعة من المحرر الرقمي التي تودع بملف الدعوى .
- **سير الدعوى رقمياً:** مباشرة إجراءات التقاضي المقررة قانوناً عبر الموقع الرقمي المخصص لهذا الغرض .
- **الإعلان الرقمي²:** إعلان اطراف الدعوى باي إجراء قانوني يتخذ حال إقامتها وأثناء سيرها وذلك عبر الموقع الرقمي أو بالعنوان الرقمي المختار .

¹ ونظراً لأهمية السجل الإلكتروني في الحفظ والإثبات الإلكتروني فقد قامت الجمعية الفرنسية للتوجيه القياسي A.F.N.O.R. في 4 يونيو عام 1998 بوضع معيار خاص للسجلات الإلكترونية أطلق عليه معيار أفنور للسجل الإلكتروني والغرض منه تحديد الشروط الازمة والملاحن الفنية الواجب توافرها في البيانات المسجلة الكترونياً في أنظمة المعلومات ومدة وشروط صلاحية حفظ المستند الكترونياً، والذي يطبق التموزج المعروف لأن المعلومات ذات الأبعاد الثلاثية والذي يعني (سرية المعلومات) والتي يقصد بها ضمان حفظ المعلومات المخزنة في أجهزة الكمبيوتر أو المنشورة عبر شبكة الإنترنت وعدم الاطلاع عليها إلا من قبل الأشخاص المختص لهم بذلك، (سلامة المعلومات) ويتمثل ذلك في ضمان عدم تغيير أو تحريف المعلومات المخزنة على أجهزة الكمبيوتر أو المنشورة عبر شبكة الإنترنت من قبل الأشخاص المصرح لهم بذلك، (وجود المعلومات) وهو ما يعني عدم حذف المعلومات المخزنة على أجهزة الكمبيوتر إلا من قبل الأشخاص المخولين بذلك ، راجع في ذلك : د. خالد ممدوح إبراهيم ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 385 . وما بعدها.

² راجع في ذلك: المستشار/ نبيل عمران ، المسودة الأولى المقترن بتنظيم إجراءات سير الدعاوى إلكترونياً أمام محاكم السلطة القضائية، النسخة المائية ، بتاريخ 20/7/2020 ، الموارد (1) 9.8.7.6.

- طرق حماية إقامة وسير الدعوي رقميا: إجراءات حماية مستندات الدعوي المقاومة رقميا والتي تهدف إلى تفادي تعديل أو تغيير أو تدمير ملفاتها سواء تم ذلك عمداً أو بإهماله .
- الجهات ذات الصلة: الجهات المعنية بتسخير منظومة التقاضي الرقمي بالمحاكم المدنية ومنها وزارة العدل ووزارة الاتصالات ووزارة الاستثمار والتعاون الدولي والهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة والهيئة العامة للرقابة المالية والبورصة المصرية والبنك المركزي المصري والسجل التجاري .
- 5 - المواد القانونية التي توضح خطوات رقمية لإجراءات القضاء المدني حيث ترى الباحثة إنه ينبغي تعديل نصوص مواد قانون الإجراءات المدنية المواد من 174 إلى 183 بما يسمح بإمكانية رقمية إجراءات التقاضي بالمحاكم المدنية ، والتي يمكن صياغتها على النحو التالي:
 - وتقيد الدعوي بعد سداد المدعي الرسوم المقررة قانونا رقميا وترفع المستندات رقميا ويفرض رسم نظر استخدام تلك الخدمة الرقمية طبقا للفئات التي يصدر بها قرار من وزير العدل وتؤول حصيلة هذا الرسم إلى الإيرادات العامة لموازنة المحكمة المدنية وتتحمل الموازنة العامة للدولة بتكليف إنشاء وتشغيل الموقع الرقمي لهذه الخدمة.
 - يرسل قلم الكتاب ملف الدعوي رقميا إلى هيئة التحضير ويتولى قاضي التحضير مباشرة أعمال التحضير المنصوص عليها في ذلك تكليف اطراف الدعوي بالمثلول أمامه .
 - يعلن اطراف الدعوى المقدمة رقميا الخصوم بصفحتها وطلباتها العارضة والإدخال على العنوان الرقمي المختار فإذا تعذر ذلك اتبع الطريقة المعتمدة للإعلان بقانون المراقبات المدنية والتجارية وفي تلك الحالة يتلزم قلم الكتاب بتسلیم الصورة المنسوخة من صحفة الدعوى أو الطلبات العارضة أو الإدخال في اليوم التالي على الأكثـر بعد تذيلها بخاتم شعار الجمهورية إلى قلم المحضرـين التابع للمحكمة المدنية المختصة لإعلامها وردها لإيداعها (عمل مسح رقمي) ملف الدعوى الرقمي وفي جميع الأحوال على قلم الكتاب نسخ صورة المستند أو المحرر الرقمي¹ وإيداعه ملف الدعوى الورقي .
 - يتلزم جميع الفاعلين في نظام التقاضي الرقمي بتحديد عنوان رقمي مختار يتم الإعلان من خلاله وينشأ بالمحاكم المدنية سجل رقمي موحد يخصص لقيد العنوان الرقمي الخاص بالجهات والأشخاص الآتية: أ: الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة .
 - ب: الشركات المحلية والأجنبية أو أحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة .
 - ج: مكاتب المحامين . وتوافي الجهات والأشخاص المشار إليها بالفقرة السابقة المحاكم المدنية بعنوانها الرقمي المختار لقidiه في ذلك السجل كما يجوز للأشخاص الطبيعية القيد بهذا السجل وبعد العنوان محل مختار لهم:
 - ومع ذلك لذوي الشأن الاتفاق على أن يتم الإعلان على أي عنوان رقمي مختار آخر على أن يكون ذلك العنوان قابلا لحفظه واستخراجه .

¹ راجع في ذلك : د/أحمد محمود أحمد . أحكام المستند الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 65 وما بعدها.

- يتم الإعلان الرقمي بإعلان الدعوي على الموقع المخصص لذلك بالمحاكم المدنية قبل تاريخ الجلسة المحددة خمسة أيام عمل على الأقل وخمسة عشر يوم على الأكثر ، وبإعلان الدولة على العنوان الرقمي المختار الخاص بقاعة هيئة قضايا الدولة المختص محليا وبالإعلان بذات الوسيلة على مكاتب المحامين المقيدين بالسجل اذا اتخذ منه المعلن إليه محلا مختارا له ويعتبر الإعلان الرقمي منتجا لأثره في الإعلان متى ثبت إرساله بأي وسيلة.
- يجوز للخصوم إيداع المذكرات وتقديم المستندات وإيداع الدفاع والطلبات والاطلاع على أوراق الدعوي بالطريق الرقمي عبر الموقع المخصص لذلك.
- إذا لم يحضر المدعي جلسات المحاكمة جاز للمحكمة أعمال نص المادة "82" من قانون المرافعات المدنية والتجارية .
- اذا أقيمت الدعوى بالطريق الرقمي جاز لقلم الكتاب اعلان الخصوم بالأحكام والقرارات التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصوصة بذات الطريق .
- يصدر وزير العدل بالتنسيق مع وزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات القرارات المنظمة للقيد في السجل المشار إليه في المقتضى ، وتنظيم إقامة وسير الدعوى رقميا وإعلامها وطرق حمايتها وربط المحاكم المدنية رقميا وتلتزم الجهات ذات الصلة بتنفيذها.
- تنشأ بكل محاكمة مدنية هيئة تسمى "هيئة التحضير" وتنولى التحضير في الدعاوى التي تختص بها هذه المحكمة ومتابعة سيرها وصحة إجراءاتها رقميا .
- يعد بالمحكمة المدنية سجل خاص تقييد فيه طلبات التنفيذ التي تقدم إلى قاضي التنفيذ وينشأ لكل طلب ملف تودع به جميع الأوراق المتعلقة بهذه الطلبات رقميا ويعرض الملف على قاضي التنفيذ عقب كل إجراء ويثبت به ما يصدره من قرارات وامر وما قد تصدره الدائرة الابتدائية من أحكام في منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية .
- يختص قاضي التحضير بالتحقق من استيفاء ودراسة كافة المستندات الالزمه لهيئة الدعوى للفصل فيها.
- يخطر قاضي التحضير الخصوم بالحضور أمام الهيئة بأية وسيلة يراها مناسبة ومن بينها البريد الرقمي أو الاتصال الهاتفي أو الرسائل النصية وتعتبر الخصومة منعقدة في حالة حضور المدعي عليه أو من يمثله قانونا فإذا تخلف أحد الخصوم عن تقديم مستند له مسوغ في الأوراق بعد طلبه منها جاز لقاضي التحضير تغريميه.
- يجب الرجوع لهيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات لإضفاء الموثوقية والأمان على جميع الإجراءات ، كما إنه يجب أيضا الرجوع إليه في كافة الأدلة الرقمية للفصل في مدى حجيتها حيث إنها تعد الخبر الوحيدة في ذلك ويلتزم القاضي برئتها (م 19) من اللائحة التنفيذية قانون التوقيع الرقمي رقم 15 لسنة 2004 وترى الباحثة في ذلك إنه يجب إنشاء أكثر من هيئة لضمان ومراقبة المعاملات في الهيئة الرقمية وما ينتج عنها من أدلة ومستندات رقمية يجب التحقق من حجيتها كما يجب إصدار التعديل التشريعي اللازم لذلك.

- تقع على الشركة التي ستتبني القيام بالتبليغ أو الإعلان الرقمي ، سواء كانت شركة اتصالات كشركة فودافون مثلاً المسئولة الكاملة عن إعلام الشخص والتحقق من وصول الإعلان واستلامه إليه بشخصه ، وأيضاً الشركة التي سوف تحمل مسئولية حماية وتأمين البيانات الخاصة بالدعوي الرقمية على مستوى جميع مراحل الدعوي . وترى الباحثة إنه من الممكن في ذلك الاستثناء بما نص عليه قانون 175 لسنة 2018 الخاص بالجرائم الرقمية بالمادة (2) التزامات وواجبات مقدم الخدمة:
 - أولاً : مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة بهذا القانون وقانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 المُشار إليه، يلتزم مقدمو الخدمة بما يلي :
 - حفظ وتخزين سجل النظام المعلوماتي أو أي وسيلة لتقنية المعلومات لمدة 180 يوماً متصلة وتمثل البيانات الواجب حفظها وتخزينها فيما يلي :
 - البيانات التي يمكن من التعرف على مستخدم الخدمة.
 - البيانات المتعلقة بمحتوى ومصممون النظام المعلوماتي المتعامل متي كانت تحت سيطرته.
 - البيانات المتعلقة بحركة الاتصال.
 - البيانات المتعلقة بالأجهزة الطرفية للاتصال.
 - أي بيانات آخر يصدر بتحديدها قرار من مجلس إدارة الجهاز.
 - المحافظة على سرية البيانات التي تم حفظها وتخزينها، وعدم إفشاءها أو الإفصاح عنها بغير أمر مسبب من إحدى الجهات القضائية المختصة - ويشمل ذلك البيانات الشخصية لأي من مستخدمي خدمته أو أي بيانات أو معلومات متعلقة بالموقع والحسابات الخاصة التي يدخل عليها هؤلاء المستخدمون، أو الأشخاص والجهات التي يتواصلون معها.
 - تأمين البيانات والمعلومات بما يحافظ على سريتها، وعدم اعتراضها أو اختراقها أو تلفها.
 - ثانياً : مع عدم الإخلال بأحكام قانون حماية المستهلك الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2006، يجب على مقدم الخدمة أن يوفر لمستخدمي خدماته ولأي جهة حكومية مختصة، في الشكل، وبالطريقة التي يمكن الوصول إليها بصورة ميسرة و مباشرة ومستمرة، البيانات والمعلومات الآتية :
 - اسم مقدم الخدمة وعنوانه.
 - معلومات الاتصال المتعلقة بمقدم الخدمة، بما في ذلك عنوان الاتصال الرقمي.
 - بيانات الترخيص لتحديد هوية مقدم الخدمة، وتحديد الجهة المختصة التي يخضع لإشرافها.
 - أيه معلومات آخر يقدر الجهاز أهميتها لحماية مستخدمي الخدمة، ويحددها قرار من الوزير المختص.
 - ثالثاً : مع مراعاة حرمة الحياة الخاصة التي يكفلها الدستور، يلتزم مقدمو الخدمة والتابعون لهم، أن يوفروا حال طلب جهات الأمن القومي، ووفقاً لاحتياجاتها كافة الإمكانيات الفنية التي تتبع لتلك الجهات ممارسة اختصاصاتها وفقاً للقانون.
 - رابعاً : يلتزم مقدمو خدمات تقنية المعلومات ووكالاتهم وموزعهم التابعون لهم المنوط بهم تسويق تلك الخدمات بالحصول على بيانات المستخدمين وبحظر علي غير هؤلاء القيام بذلك.

- فيما عدا حالات الطعن بالنقض يجوز إقامة الدعاوى التي تختص بها المحكمة المدنية والطعن على الأحكام الصادر فيها من الأشخاص والجهات المقيدة بالسجل الرقعي وذلك بموجب صحيفه موقعة ومودعة رقمياً بالموقع المخصص لقلم كتاب المحكمة المدنية المختصة .
- لكي تتحقق العدالة الإجرائية في التقاضي الرقمي يجب أن يتتوفر عدة نقاط كلها علي نفس الدرجة من الأهمية:
 - لابد من متابعة رئيس المحكمة لإدارة الدعوى رقمياً من جانب القضاة ، علي أن يرافق القاضي المختص عملية الإيداع بقلم الكتاب الرقمي والإعلان الرقمي لأوراق الدعوى ومحاسبة كل من يقصر أو يخل بنظام التقاضي الرقمي كلا حسب مسؤوليته وموقعه ، كما أن القاضي هو المسئول عن إدارة الجلسة والتي سوف تتم بالوسائل الرقمية
 - يجب أن يتم جميع ما سبق ذكره تحت رقابة هيئة يتم إنشاءها داخل وزارة العدل " تحت مسمى " هيئة الرقابة الرقمية او التفتيش الرقمي " بها قضاة وخبراء وفنين يقفون علي آخر تطورات تكنولوجيا المعلومات والبيئة الرقمية للرقابة علي القاضي المسئول عن إدارة الدعوى الرقمية فنيا ، وإصدار التعديل التشريعي اللازم لذلك بجانب إدارة للأزمات الرقمية بكل محكمة لضمان أمن وسلامة واستمرارية ونجاح التقاضي الرقمي والتحول بالعدالة الي الرقمية.¹

الفرع الثاني

الآليات التقنية لرقمية الإجراءات²

أن التعرض لخطوات رفع الدعوى بطريقة رقمية يتطلب بيان ماهية معيار ونظام إرسال وقبول مستندات التقاضي الرقمية وما هي الأجهزة التي يحتاجها المتلاقي للقيام برفع الدعوى رقمياً وما هي الخطوات الالزمة لرفع الدعوى رقمياً .

○ المعيار المستخدم في إرسال مستندات التقاضي الرقمي:

إذا كانت التجارة الرقمية قد أنشئت طرق جديدة تؤدي إلى إتمام عمليات البيع والشراء عبر موقع رقمي ومن خلال نافذة رقمية ، فإنه في التقاضي الرقمي يمكن تطبيق نفس هذه الفكرة ، حيث يمكن رفع الدعوى رقمياً عبر نظام إرسال وقبول المستندات الرقمية وهو نظام رقمي خاص يسمح بفتح قنوات اتصال بين المتلاقيين والمحكمة من خلال النافذة الرقمية أو الدخول على الموقع الرقمي للمحكمة المختصة.³

¹ راجع في ذلك: المستشار / نبيل عمران ، المسودة الأولى لمقترح بتنظيم إجراءات سير الدعاوى إلكترونياً أمام محاكم السلطة القضائية، النسخة النهائية ، بتاريخ 20/7/2020 ، المواد من (1) إلى (24) ، وراجع أيضاً / د/ محمود مختار، استخدام تكنولوجيا المعلومات لتسهيل إجراءات التقاضي المدني ، ص 104 وما بعدها ، القاضي / حاتم جعفر: دور التقاضي الإلكتروني في دعم وتطوير العدالة قراءة في الواقع الحالي والنتائج المتوقعة ، مرجع سابق، ص 3، م/ رباب محمود عامر، التقاضي في المحكمة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 23 ، اد/ حسينة شرون، الباحثة/ عتبة معاوي ، بحث علي شبكة الإنترنت بعنوان " التقاضي الإلكتروني في الجزائر Le e-Litige en Algérie" ، مرجع سابق ، ص 8 ، د/ عبد العزيز سعد بن دخيل الغانم ، المحكمة الإلكترونية ، دراسة تأصيلية ، رسالة دكتوراه ، مرجع سابق ، ص 44 ، د. علي بن سعيد بن حمود البداعي ، التقاضي عن بعد ، مرجع سابق ، ص 9 ، د/ أحمد محمد عبد الرحمن: نظرية حول نظام التقاضي الإلكتروني في مصر، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الحادي عشر"الاتجاهات الحديثة في القانون الجنائي" ، كلية الحقوق—جامعة أسيوط ، مارس 2017، ص 11 ، ميمون حاجي ، التقاضي عن بعد في المغرب ، مجلة القانون والأعمال ، ص 11 ، د/ محمود مختار: المقتضيات الالزمة لاستخدام تكنولوجيا المعلومات لتسهيل إجراءات التقاضي المدني دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 18.

² للوقوف على التفاصيل التقنية لإقامة الدعاوى إلكترونياً ، انظر، الباحث / د/ محمد صابر احمد ، "دور الحاسوب الآلي في تسهيل إجراءات التقاضي" ، مرجع سابق ، ص 85 وما بعدها ، وقد أثروا الإشارة دون الإفاضة لعدم اتساع المجال لذلك.

³ نصت المادة 13 من قانون 146 لسنة 2019 بتعديل بعض أحكام قانون المحاكم الاقتصادية الصادر بالقانون رقم 120 لسنة 2008 علي تحديد المقصود بـ مستندات الكترونياً انه:

ويلاحظ هنا أن النافذة الرقمية الموجودة بالموقع تؤدي بصفة أساسية ذات الوظائف التي كانت تؤدي في نظام إجراءات التقاضي التقليدي مع اختلاف في أن المعلومات المخزنة على دعامة ورقية يتم تخزينها على دعائم رقمية ، وكذلك إحلال نظام التصديق الرقمي محل الطرق التقليدية في توثيق المستندات.

وفي التقاضي الرقمي سوف يتم تبادل البيانات رقميا وبمواصفات قانونية من أجل رفع الدعوى رقميا . وهو ما سيؤدي بدوره إلى توحيد نظم إدارة الدعوى بين المحاكم المختلفة **Case Management System**

○ الأجهزة التي يحتاجها المتقاضي للقيام برفع الدعوى رقمية

من أجل قيام المتقاضي برفع الدعوى رقميا فإن ذلك يستلزم أن يكون لديه جهاز كمبيوتر متصل بشبكة الإنترنت ، وأن يوجد على الجهاز برنامج مستعرض للموقع الرقمية مثل برنامج google، او برنامج إكسيلورر Explorer ، وبرنامج قراءة الملفات كأدوب بريد Adobe Acrobat Reader مثلا .

○ الخطوات الالزمة لرفع الدعوى رقميا¹ :

الطريق المعتمد² لرفع الدعوى هو رفعها بصحيفة تودع قلم الكتاب. وقد حدد المشرع في المواد من ٦٣- ٧١- الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ويتبعن إتباع هذا الطريق العام في رفع الدعوى طالما أن المشرع لم يورد بشأن الدعوى نصا يقرر إجراءات خاصة لإقامتها.

فالأصل العام بالنسبة لرفع الدعوى الورقية وفقاً لنص المادة (63) من قانون المرافعات أن يتم رفعها بواسطة ورقة تسيي صحيفة افتتاح الدعوى أو عريضة الدعوى، وهذه الورقة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة بعد أن يتم استيفاء جميع بياناتها وتوقيعها من محام مقبول للترافع أمام المحكمة المختصة، ما لم ينص القانون على غير ذلك من إجراءات لرفع الدعوى³.

وتنتج الدعوى كل آثارها القانونية بمجرد إيداع عريضتها قلم الكتاب بعد آداء الرسم كاملا وهي حجة بما ورد فيها من بيان تاريخ تقديمها ما لم يطعن عليها بالتزوير.

أما بالنسبة لإجراءات رفع الدعوى رقميا⁴ يمكن من خلال توفير نظام مؤمن رقميا⁵ تتبع سير الدعوى بداية من طلب رفع الدعوى من المدعي او وكيله إلى المحكمة المختصة بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، ويقوم قلم الكتاب بقيدتها ثم إعلانها ، وبالتالي تتعقد الخصومة على أن يتم ذلك على النحو التالي⁶ :

¹ تحميل المستندات والذكريات المقدمة من أطراف الدعوى على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاقتصادية المختصة مع إمكانية حفظها واسترجاعها والاطلاع عليها ونسخها تمهدًا لإضافتها بملف الدعوى . وهو ما يمكن القياس عليه والاستناد به في مجال إجراءات التقاضي الإلكتروني أمام القضاء المدني .

² وللوقوف على التفاصيل التقنية لإقامة الدعوى إلكترونيا راجع في ذلك : الباحث /د/ محمد صابر احمد ، دور الحاسوب الآلي في تيسير إجراءات التقاضي ، مرجع سابق ، ص 85 وما بعدها ،

- آخر دخول على الموقع : 2021/1/8)

³ راجع في ذلك : أ/د/ الأنصارى حسن البىانى، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 134 .

⁴ 3 ولكن يتم تطبيق نظام التقاضي الإلكتروني في مصر سوف يتم التحول إلى الإجراء الإلكتروني تدريجيا على مراحل وذلك إلى حين الاطمئنان للتقاضي الإلكتروني ووسائله والأعتراف بها .

⁵ راجع في ذلك : د/ فاطمة عادل سعيد ، التقاضي عبر وسائل التكنولوجيا والاتصال الحديث ، مرجع سابق ، ص 365 .

⁶ 5 راجع في ذلك : د/ إبراهيم محمد السعدي احمد ، دور التكنولوجيا في التغلب على ظاهرة البطء في التقاضي أمام القضاء المدني في مصر ، مرجع سابق ، ص 487 .

³ راجع في ذلك : المستشار د/ عصام التراسواى ، إلكترونية القضاء بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 383 ، وراجع أيضًا :

- (تاریخ آخر دخول على الموقع 2020/9/22) (https://docplayer.net/15512345-Processo-civile-telematico-on-line-civil-trial.html)

يتم تقديم طلب إلى المحكمة عن طريق ملئ نموذج معد سلفاً على الموقع الرقمي لوزارة العدل المصرية بحيث يتضمن هذا النموذج البيانات التي نصت عليها المادة (63) من قانون المرافات، ويجب أن يقوم محام مقبول للترافع أمام المحكمة التي يقدم أمامها هذا الطلب بإثبات إجراءات رفع الدعوى رقمياً، (ولا يجوز لأصحاب الشأن التوجه من تلقاء أنفسهم للتعامل مع موقع المحكمة في المرحلة الأولى فقط) على أن يتم ذلك في مراحل لاحقة كما سبق وشرنا¹، والغرض من ذلك هو رعاية الصالح العام إلى جانب صالح المحامين ضماناً لمراعاة أحكام القانون، حيث إنه لن يتم اعتماد هذا الطلب وتأكيده إلا بعد أن يدخل المحامي بياناته سواء اسمه ورقم الكاريئر الخاص به والرقم الكودي الذي ستعطيه له النقابة العامة للمحامين بالتعاون مع وزارة العدل¹.

وعلي قلم الكتاب الرقمي إثبات تاريخ طلب القيد في جميع الأحوال ، وإذا رأى قلم الكتاب عدم قيد صحيفة الدعوى لعدم استيفاء المستندات والأوراق الموضحة عالية بشكل صحيح ، قام بعرض الأمر على قاضي الأمور الوقتية ليفصل فيه فوراً ، إما بتكليف قلم الكتاب بقيد الدعوى أو بتكليف طالب قيدها باستيفائها بشكل صحيح ، وذلك بعد سماع أقواله والتواصل معه من خلال الموقع الرقمي للمحكمة ، فإذا قيدت صحيفة الدعوى تنفيذاً لأمر القاضي، اعتبرت مقيدة من تاريخ تقديم طلب القيد.

وتنتج الدعوى كل آثارها القانونية بمجرد الإيداع الرقمي² لعراضتها بقلم الكتاب الرقمي بعد آداء الرسوم كاملاً رقمياً عن طريق خدمة الدفع الرقمي من خلال أي ماكينة دفع ATM ، وتعد صحيفة الدعوى الرقمية حجة بما ورد فيها من بيان من تاريخ تقديمها ما لم يطعن عليها بالتزوير.

يرسل قلم الكتاب إلى المدعي عليه صحيفة الدعوى رقمياً عن طريق أي وسیط رقمي والمذكورة الشارحة لدعوي المدعي عليه ، ويختصره بقيد الدعوى باسم المدعي وطلباته والجلسة المحددة لنظرها، ويدعوه إلى الاطلاع على ملف الدعوى وتقديم مستنداته ومذكرة بدفعه.

وعلي المدعي عليه أن يودع رقمياً³ قلم الكتاب مذكرة بدفعه ويرفق به مستنداته تحت مسؤوليته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل.

وتتجدر الإشارة إلى أن إعلان المدعي عليه بالدعوى⁴ من قلم الكتاب سوف يكون بالموطن الرقمي المختار عن طريق البريد الرقمي أو رسالة علي تليفونه المحمول¹. وإذا كان قلم الكتاب قد علم بذلك

- <https://docplayer.net/16506977-User-instructions-welcome-to-the-clerk-s-office-electronic-filing-system.html>(تاريخ آخر دخول على الموقع 2020/9/22)

¹ راجع في ذلك :

- <https://docplayer.net/18952408-Elitigation-integrated-electronic-litigation-system.html>(تاريخ آخر دخول على الموقع 2020/9/22)
- <https://docplayer.net/8127077-Electronic-litigation-in-singapore-a-roadmap-for-the-implementation-of-technology-in-the-litigation-process.html>(تاريخ آخر دخول على الموقع 2020/9/22)

² راجع في ذلك : د/ محمود مختار، بحث منشور بعنوان "الإيداع الإلكتروني" ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص 457 وما بعدها .

³ راجع في ذلك : د/ محمود مختار، بحث منشور بعنوان "الإيداع الإلكتروني" ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص 465 وما بعدها .

⁴ راجع في ذلك : د/ وائل محمد إبراهيم ، الإعلان القضائي الإلكتروني، مؤتمر القانون والتكنولوجيا ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، ديسمبر 2017 ، الجزء الأول ، ص 519 .

البيانات من المدعي ، فيرسل قلم الكتاب إلى المدعي عليه رسالة من خلال البريد الرقمي للمحكمة موضحاً به الرقم الكودي الموحد الذي يستطيع من خلاله الإطلاع على الدعوى والمستندات المرفقة ، والرد من خلاله بدفعه وطلباته ، ويتم تبادل المذكرات ومتابعة قرارات المحكمة رقميا.

أما في حالة عدم علم المدعي بمحل إقامة المدعي عليه أو بريده الرقمي أو تليفونه ، يقوم قلم كتاب المحكمة من خلال الرابط الرقمي بين موقع المحكمة وقاعدة بيانات مصلحة الأحوال المدنية بطلب الحصول على بيانات المدعي عليه حتى يتسرى مخاطبته وإبلاغه بالدعوى.

ويقوم قلم كتاب المحكمة رقميا بإخطار قلم المحضر بنفس المحكمة حتى يتولى إعلان صحيفة الدعوى بتاريخ الجلسة المحددة لنظرها ، وذلك خلال ثلاثة أيام على الأكثر (في التقاضي الرقمي من الممكن أن يختصر هذا الميعاد إلى أسبوع على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه عبر الوسائل الرقمية) من تاريخ تسليمها إليه إلا إذا كان قد حدد ميعاد لنظر الدعوى خلال هذه المدة فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة (حتى لو كانت الجلسة ستعقد فتراتياً أو عبر تقنية الفيديو كونفرانس وفي هذه الحالة لا يوجد مجال لميعاد الحضور ولا ضرورة له) وذلك مع مراعاة ميعاد الحضور ، وتحكم المحكمة المرفوعة إليها الدعوى على من تسبب من العاملين بقلم الكتاب أو المحضر بنفسه في تأخير الإعلان بغرامة يحددها المشرع غير قابلة لأي طعن².

ولا تعتبر الخصومة منعقدة في الدعوى إلا بإعلان صحفتها³ إلى المدعي عليه ما لم يحضر يوم الجلسة . ويجوز بناء على طلب المدعي عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعي عليه بالحضور في خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب ، وكان ذلك راجعاً إلى فعل المدعي

وفي حالة ما إذا ترك المدعي الخصومة أو تصالح مع خصمه في الجلسة الأولى لنظر الدعوى ، وقبل بدء المراقبة فلا يستحق على الدعوى إلا ربع الرسم المحدد رقميا.

وحرصاً من المشرع على احترام حق الدفاع ، وتأكيداً لمبدأ المواجهة بين الخصوم ، فقد نظم كيفية إعلان الأوراققضائية ، فالإعلان القضائي هو الوسيلة الرئيسية التي رسماها قانون المراقبات لتمكن المعلن إليه من العلم بإجراء معين كي يعد دفاعه ويوضع مستنداته لمواجهة خصمه في ضوء ما جاء بالإعلان وتنص المادة العاشرة من قانون المراقبات على أن (تسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه ويجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي بينها القانون ، وإذا لم يجد المحضر الشخص

¹ وترى الباحثة في ذلك انه يجب ان يكون الوسيلة التي سيتم بها الإعلان واحدة قدر المستطاع حتى لا يهدى ضمانت التقاضي وتحقق المساواة في العدالة الرقمية أمام الخصوم .

² راجع في ذلك : الملاود (13، 14، 16، 18) من قانون 146 لسنة 2019 بتعديل بعض أحكام قانون المحاكم الاقتصادية الصادر بالقانون رقم 120 لسنة 2008 .

³ تجدر الإشارة هنا إلى أنه سوف تقع على الشركة التي ستتبني القيام بالتلبيح أو الإعلان الإلكتروني ، سواء كانت شركة اتصالات كشركة فودافون مثلاً أم شركة مسؤولة عن برامج الكمبيوتر like google سوف تتحمل المسئولية الكاملة عن إعلام الشخص والتحقق من وصول الإعلان واستلامه إليه بشخصه بأكثر من طريقه في نفس الوقت (على سبيل المثال إعلانه علىإيميله الشخصي وإيميله الرسمي أو إعلانه على إيميله الرسمي ورقم الواتس آب الخاص به) وذلك لتجنب بطalan الإعلان أو سقوطه . وأيضاً الشركة التي سوف تتحمل مسئولية حماية وتأمين البيانات الخاصة بالدعوى الإلكترونية على مستوى جميع مراحل الدعوى .

المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر إنه وكيله أو إنه يعمل في خدمته أو إنه من الساكدين معه من الأزواج والأقارب والأصحاب).

والناظر إلى هذه المادة (65) يجدها مدعاة للبطء في البدء في انعقاد الخصومة القضائية حيث يواجه المحضر بعض الصعوبات المتمثلة في عدم التحقق من شخصية أو صفة مستلم صورة الإعلان أو عندما يتوجه إلى موطن المعلن إليه ويجده مغلاقاً أو يمتنع عن استلام الإعلان ، أو يستلم ويرفض التوقيع على الأصل بالاستلام ، والتزام المحضر بتسليم الإعلان لجهة الإدارة في حالة امتناع المعلن إليه عن استلامه ، كل هذه الأمور قد تعيق حق المدعي عليه في العلم بالإجراءات بل قد يؤدي ذلك أيضاً إلى كثرة تأجيل الدعاوى أمام المحاكم ، وهو ما سيترتب عليه ضياع وقت القضاة والمتضادين معاً ، وبالتالي فإن إعلان صحفة الدعوي رقمياً يقضي على هذه المسالب ويقضي بشكل مباشر على صفة البطء في الإجراءات وذلك من خلال إعلان الأوراق القضائية عن طريق البريد الرقمي للمدعي عليه أو رسالة على تليفونه المحمول أو المتنزي ، كما يمكن إعلان الأوراق القضائية خارج الدولة بنفس الطريقة من خلال بريد رقمي مسجل ومعتمد بواسطة شركة معتمدة¹ وذلك في إطار خدمات التقاضي الرقمي التي ستفتح العديد من فرص الاستثمار على مستوى القطاعين العام والخاص ، ولكن هذا الأمر يخلو من تعقيدات في بعض الإجراءات خاصة ما يتعلق منها بالتوقيع الرقمي مثلًا أو بالسر المهني أو وسائل الإثبات أو حجية الإعلان للمدعي عليه ، أو القرصنة على البيانات كل هذه الإشكاليات سوف نعرض لاحقاً لمعالجتها .

ولقد نظم قانون المراقبات التمثيل الفني للخصوم في الخصومة ، ونظم قانون المحاماة تمثيل الخصم أمام القضاء للقيام بإجراءات الخصومة وتلقيمها باسم الخصم والحضور عنه². ويحتاج هذا الأمر إلى مزيد من الوقت والمشقة لاستخراج التوكيل اللازم، ومن هنا ظهرت أهمية استخراج التوكيل رقمياً من خلال إنشاء موقع لإدارة التوكيلات بوزارة العدل على شبكة الإنترنت مرتبط بموقع المحكمة رقمياً أو عن طريق توفير ماكينات ATM³ داخل المحاكم والجهات التابعة لوزارة العدل.

سوف يتم تداول المذكرات والدفع والطلبات رقمياً ما بين موقع المحكمة بالبريد الرقمي سواء للخصوم أو للمحامين الوكلاء عنهم ، فلا يحتاج الأمر حضور الطرفان أو أحدهما لمتابعة دعواه⁴ .

ولكن تداول المستندات عبر الموقع الرقمي للمحكمة مرتبط بتفعيل التوقيع الرقمي ، والذي سوف يسمى إلى حد كبير في إزالة الصعوبات والعقبات القانونية من خلال إقرار استخدام الوسائل الرقمية في

¹ راجع في ذلك : محمد محمد الألفي . المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول ، مرجع سابق ، ص ١٨

² راجع في ذلك : د/ وجدي راغب فهبي ، مبادئ القضاء المدني "قانون المراقبات" ، مرجع سابق ، ص ٥٥٣ .

³ الـ ATM أو Interactive Teller Machine عبارة عن ATM متطرورة جداً بتخليله تتطلب من موظف من البنك ومن خلالها يتم عمل كل عمليات السحب والإيداع وأي عمليات مصرافية تانية ، كما يوجد بها scanner للقيام بتصوير أي مستندات يتم تقديمها للبنك أو تخص العمليات المصرفية ، كما يوجد بها قلم و Pad للقيام بالتوقيع في حالة الحاجة للتوقيع على أي مستند ، راجع في ذلك موقع :

https://www.facebook.com/elitigation/?_tn_=kCH-

R&eid=ARCxcY9no1G5oPPOKyw4wCNqzYiZJl0ZejzRu1uuPXWSA1TkXmHrFkHw8U0W_HY6ss1WUXvxnYu

⁴ للوقوف على التفاصيل التقنية لتداول الدعوى إلكترونياً ، انظر ، الباحث / د/ محمد صابر احمد ، "دور الحاسوب الآلي في تيسير إجراءات التقاضي" ، مرجع سابق ، ص 226 وما بعدها ، وقد أثينا الإشارة دون الإفاضة لعدم اتساع المجال لذلك .

تحرير وتبادل وحفظ المستندات بما يكفل حفظ حقوق المتقاضين ويضمن مصداقية وقانونية المعاملات الرقمية في آن واحد^١.

وتتابع إجراءات الخصومة سواء تلك التي يقوم بها القاضي وأعوانه والخصوم وممثلوهم وأحياناً الغير ، بهدف الوصول إلى إصدار حكم يحقق الحماية القضائية^٢. فالحكم هو الإجراء الذي تنتهي به الخصومة نهاية طبيعية ، وذلك بعد انتهاء المداولة ، وقد أوجب القانون النطق به في جلسة علنية وإلا كان باطلًا ، وقد حدد القانون إجراءات وشكليات جوهرية لإصدار الحكم وتحريره والتي يتربّ على مخالفتها بطلان الحكم^٣.

الخاتمة

بعد أن عرضنا لأغراض واهداف استخدام الوسائل الرقمية في العملية الإجرائية من حيث زيادة فعالية الإجراءات أمام القضاء المدني (تحقيق لوجستيات التقاضي) بالمطلب الأول ، وزيادة الشفافية في العمل الإجرائي القضائي بالمطلب الثاني ، والآثار الاقتصادية لإجراءات التقاضي الرقمية بالمطلب الثالث ، ثم عرضنا للآليات القانونية والتكنولوجية لرقمية الإجراءات وهو ما ترتب عليه عدد من النتائج والتوصيات على النحو التالي :

النتائج

إن التطور ليس بمنأى عن القانون، وبصفة خاصة قانون المرافعات، فهو يعد من القوانين العتيقة والتي ينبغي تطوريها بحيث يتم استخدام تكنولوجيا المعلومات في الإجراءات عموماً وفي إجراءات التقاضي خصوصاً ، فقدم التشريعات القائمة حالياً وعدم تماشيهما بعضها مع تسارع الحياة والتغيرات الحديثة في التعاملات المدنية والتجارية وعدم مواكبتهما لتطورات العصر تقف حائلًا أمام تلك التطورات، مما يؤدي إلى التأثير في الحياة الاقتصادية أيضاً ونفور المستثمرين الأجانب بل والمصريين أنفسهم أيضًا.

١. رقمية القضاء والقضاء الرقمي يشتراكان في تحقيق لوجستيات التقاضي وصولاً إلى العدالة الناجزة .

٢. ليس المأمول من إدخال تكنولوجيا المعلومات في مجال القضاء المدني هو استبدال الآليات التقليدية للعمل القضائي بأجهزة الحاسوب الآلي والبرامج الازمة لتشغيلها، وهو ما كان يشغل بال غالبية الدول الراغبة في ميكنة نظمها القضائية. وإنما لا بد من تحقيق الغاية المرجوة من ذلك، وهي تفعيل أداء النظام القضائي في المجتمع، ورفع مستوى هذا الأداء، وهي الصعوبة الحقيقة التي تتحدى نجاح مثل هذه المشروعات التقنية، وليس ضعف التمويل وغياب الثقافة التكنولوجية لأفراد المجتمع فحسب.

^١ راجع في ذلك : د/ تامر محمد سليمان الدبياطي ، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٦١.

^٢ راجع في ذلك : د/ فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٥٠.

^٣ راجع في ذلك : د/ علي سالم ، مذكرات في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية (إجراءات الخصومة) ، بدون دارننشر ، بدون سنة نشر ، ص ١٤١-١٣٥.

3. نجاح التحول بنظام التقاضي الى الرقمية لا يتوقف فقط على طرف واحد من أطراف العدالة " القاضي وأعوانه فقط أو المتخاصين وأعوانهم فقط " بل الطرفين معا يجب أن يتطروا معا فتقنولوجيا المعلومات والاتصالات لا يمكن أن توفر حلول لجميع مشاكل التقاضي .

الوصيات

1. يجب إعادة صياغة النماذج والإجراءات الإدارية والقضائية رقميا، ويندرج تحتها:
 - أ . مراعاة الملائمة بين الإجراء القضائية والغاية من مباشرته. أي مراعاة الهدف من القيام بالإجراء القضائي.
 - ب . تجييز قائمة بدرجات المحاكم القضائية المختلفة، وقائمة أخرى لتوضيح لجمهور المتخاصمين كيفية صياغة الطلبات ومذكرات الدفاع، وقائمة ثالثة لتبين كيفية كتابة القاضي للأحكام التي قد تصدر عنه، وقائمة رابعة بالقرارات النموذجية.
2. يجب وضع قواعد إرشادية أو توجيهية نظامية علي نحو واضح ومبسط تبين الإجراءات التي تحدد سير الدعوى من بدايتها إلى الفصل فيها وإصدار حكم نهائي يحسم النزاع بين أطراف الدعوى رقميا.
3. يجب عقد مؤتمرات دورية بين النظم القضائية المختلفة لتبادل الخبرات والتعاون المستمر في مجال تكنولوجيا المعلومات لتحديث مرفق القضاء سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي.
4. يجب إنشاء وحدة رقمية داخل كل هيئة قضائية متعددة الخبرات الفنية والتقنية لتحليل الأدلة الرقمية ومعالجتها ، بجانب محللين شرعيين متخصصون في جرائم الإنترنيت لحضور التحقيقات كخبراء محاكم الأسرة ومناقشة الجناة ومواجهتهم بالأدلة وتضم معمل لتحليل الأدلة ويعمل بالتنسيق مع مأموري الضبط القضائي وتبادل الخبرات ويضم مكتب تلقي البلاغات وشكاوي الأفراد والجهات آلياً عبر الإنترنيت والتحقيق فيها بجدية وسرية تامة يضم أرشيف تحليلي للمعلومات والأدلة وسجلاً للسابق القضاية والأدلة يعمل كدليل إرشادي يعين القضاة .
5. يجب إنشاء إدارة خاصة بمواجهة الأزمات الرقمية بكل محكمة لتجنب الوقوع في الأزمات الرقمية علي مستوى جميع مراحل الدعوى .
6. يجب الاستفادة من الإحصاءات الرقمية لتقييم أداء العمل القضائي، ولبيان معوقات هذا العمل، وكيف يمكن التغلب عليها.

7. يجب استغلال كل الإمكانيات التي تسمح بها تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لتحقيق غaiات ميكنة إجراءات التقاضي، والقائمة على إنجاز القضايا والفصل فيها على وجه السرعة، وأن يذلل كافة المعوقات القانونية التي تمنع تطوير هذه الآليات الحديثة.

8. يجب أن يتم التحول إلى الرقمية هيكلياً وبشرياً ، بمعنى أن تخلق كيانات رقمية متقدمة و تكون مؤمنة و محمية و أن يتم إعداد العنصر البشري المؤهل من القضاة و معاونهم على أكمل وجه بالتوافق مع المتضادين وأعوانهم .

9. يجب وضع ملاحظات جمهور المتضادين في الاعتبار، وخاصة تلك المتعلقة باستخدام التكنولوجيا الحديثة في النظام القضائي. فقد يتقدم المتضادي ببعض الملاحظات أو الاقتراحات حول أداء التقنيات التكنولوجية مما قد يؤدي إلى تحسن في أداء مرفق القضاء ككل لو أخذ القائمون على العمل التقني بهذه الملاحظات.

وفي النهاية لا يخالفني شك في أن هذه الدراسة المتواضعة قد اعتبرها بعض الأخطاء، وعذرني في ذلك إبني بشر، يصيب ويخطأ، فالكمال لله وحده سبحانه، والخطأ والقصور مما من سمات الإنسان مهما أبدع وأتقن وجد واجتهد، وغاية ما ينشده كل باحث في عمله، هو تجويد هذا العمل، ومحاولة إتقانه فحسب، فإن كنت قد قاربت ما أنشده أو شارت عليه فهذا فضل من الله ونعمه وحسبي أن أردد في ذلك قوله تعالى " وما توفيقني إلا بالله " ، والشكر فيه لكل من علمني حرفا ، وإن كانت الآخري فحسبي أن أردد في ذلك قوله تعالى " وقل رب زدني علما " .

تم بحمد الله وفضله وتوفيقه،،،،

دور التقاضي الإلكتروني في ضمان أداء الخدمة القضائية

"دراسة مقارنة"

The role of electronic litigation in the judicial service

الباحث

محمد عادل سعدة

ملخص البحث:

يعتبر التقاضي الإلكتروني من أهم تطبيقات التطور العلمي والتكنولوجي في مجال العدالة على اعتبار أن تطبيق التقنية الإلكترونية في الادارة القضائية بالشكل الصحيح له أثره الايجابي على سير الدعوى العمومية، كتحفيض الأعباء على أطراف الدعوى العمومية، المحامين، القضاة والمتقاضين حيث تطرقنا لمفهوم هذه الآلية الحديثة، ووسائلها.

وانطلاقاً من المكانة الهمة والمتميزة التي يحتلها قطاع العدالة، ومحاولته مواكبة التطورات والتغيرات التكنولوجية بتبنيه لنظام التقاضي الإلكتروني، تتجلى إشكالية هذه الدراسة في السؤال الرئيسي التالي: ما هي الوسائل الناجعة التي يتطلبه النظام القضائي الإلكتروني من أجل تحقيق أهداف القضاء؟ ثم ما مفهوم التقاضي الإلكتروني؟ ماهي خصائصه؟ ما هو واقع آلية التقاضي الإلكتروني في فلسطين؟

ونهدف من خلال هذه الدراسة إلى الكشف عن آلية التقاضي عبر شبكة الانترنت ومعرفة مفهومها، خصائصها، وبيان الوسائل الواجب توافرها حتى يتمكن قطاع العدالة من تحقيق الأهداف المسطرة، وعرض

تطبيقه على أرض الواقع، وليتسنى لنا الإجابة على الإشكالية والتساؤلات الفرعية، اتبعنا المنهج التحليلي، بغية ضبط مختلف المفاهيم المتعلقة بآلية التقاضي الإلكتروني، وذلك من خلال الاعتماد على المادة العلمية المتخصصة، والموقع الإلكتروني المتاحة.

:Summary

Electronic litigation is one of the most important applications of scientific and technical development in the field of justice, the application of electronic technology in the judicial administration properly has a positive impact on the conduct of the public proceedings, such as easing the burdens on the parties to the public proceedings , lawyers, judges and litigants, where . we discussed the concept of this modern mechanism, and its means

Based on the important and distinct place of the justice sector and its attempt to keep abreast of technological developments and changes by adopting the electronic litigation system, the problems of this study are reflected in the main question: What are the effective means required by the electronic judicial system to achieve the objectives of the judiciary? Then what is the concept of electronic litigation? What are its characteristics? What is the reality of the electronic litigation mechanism in Palestine .

Through this study , we aim to reveal the mechanism of litigation via the Internet and know its concepts, characteristics, and to indicate the means that must be available so that the justice sector can achieve the established goals, present its application on the ground, and in order to answer the problem and sub-questions, we have taken the analytical approach, in order to modify the different concepts of the electronic litigation mechanism, by relying on specialized scientific material and available websites

المقدمة

لما كان الهدف الذي تسعى له جل التشريعات والقوانين هو تحقيق العدل والانصاف وضمان احترام المتقاضين لما يصدر عن القضاء، لذا اعطي المشرع للمتقاضين الحق في اللجوء الى القضاء للحصول على حقوقهم بصورة عادلة في ظل الظروف العادلة، فكانت وسيلة التقاضي لممارسة دوره في تحقيق العدالة والانصاف واعطاء كل ذي حق حقه ولكي يشعر الناس بالأمان والطمأنينة والاستقرار من خلال القواعد التي ينظمها قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، تلك القواعد التي تنظم إجراءات التقاضي وكيفية إجراء المراقبة وضبط الجلسات وإصدار الأحكام وطرق الطعن فيها والمدد الخاصة بها.

ولكن في ظل الازمات التي يعيشها العالم ومنها الحروب وتفشي جائحة كورونا وما انتجه من تداعيات أثرت بشكل كبير على الحياة العامة وما تبعها من شلل تام في المرافق العامة في الكثير من دول العالم ومنها فلسطين، والتي بدورها القت بظلالها على وقف تام لمرفق القضاء في معظم أنحاء العالم بسبب تفشي فايروس كورونا، لذا بات من الضروري البحث عن سبل جديدة وبدائلة لمعالجة الأحداث المستجدة على الساحة في ظل تفشي فايروس كورونا وما خلفته من تهديد على حقوق الناس.

وفي ظل التطور الكبير والمتسرع الذي يشهده العالم في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات والتي اتاحت الاتصال على شكل تبادل المعلومات الرقمية بين الأجهزة الالكترونية فألقي ذلك التطور بظلاله على معظم مناحي الحياة، حيث اتاحت للمتعاملين بها إمكانيات كبيرة ومتنوعة عبر تطبيقات أثرت في معظم أوجه النشاط الاجتماعي والاقتصادي السياسي والعلمي، وذلك دون الحاجة إلى التنقل والحضور الفعلي، مما

جعل عملية التنقل تتم بأقل وقف وجهد ممكين ولعدل أبرزها التعليم الإلكتروني والحكومة الإلكترونية والتجارة الإلكترونية.

فقد تبنت العديد من الدول مفهوم الحكومة الإلكترونية والتي نقلت معظم تعاملات المجتمع إلى البيئة الإلكترونية، وعلى صعيد مرفق القضاء لم تحقق معظم الدول تقدماً ملحوظاً في التعامل مع البيئة الإلكترونية في مجال التقاضي الإلكتروني ومن بينها دولة فلسطين، فألقت جائحة كورونا بظلالها لتتأثر على الحياة الاجتماعية واستقرار معاملات الناس، ونشوب بعض المشاكل والتي قد تدفع الخصوم إلى استخدام القوة من أجل الحصول على حقوقهم، والتي قد ينتج عنها تفشي ظاهرة الفساد والازمات الاجتماعية وعدم استقرار معاملات الناس.

من هنا ظهرت الحاجة الماسة والملحة لحل مشاكل الفصل في القضايا وتسهيل اجراءات التقاضي ومواكبة التطورات والمستجدات التي شهدتها العالم من خلال إدخال التقنية الإلكترونية في اجراءات التقاضي.

لذا فإن إيجاد حل للمشكلة يثير العديد من التساؤلات حول المقصود بالتقاضي الإلكتروني وما هي طرق ووسائل التقاضي الإلكتروني، وهل تستطيع المحاكم بمفهومها التقليدي وإجراءاتها الورقية أن تواجه تحديات العصر، وماذا سيحل بمرفق القضاء اذا اتجهت الدولة الى تبني فكرة التقاضي الإلكتروني، وهل سيفي مرافق القضاء منعزلاً متمسكاً باداه التقليدي

ولعل المشكلة الأهم هي كيفية تطبيق التقاضي الإلكتروني على اجراءات الدعاوى والطلبات والتبليغات والاثبات والطعن بالأحكام في ظل تفشي جائحة كورونا، وهل عالجت القوانين إمكانية اللجوء إلى التقاضي الإلكتروني من عدمه.

وتكون أهمية دراسة هذا الموضوع من الناحية العملية، من أجل سد النقص وطمأنة جمهور المتقارضين على حقوقهم وقضاياهم، وهذه الدراسة تحاول التوازن بين مصالح المتقارضين وبالتالي يمنع تأثر سير العدالة بما يستجد من ظروف وحالات استثنائية ومستقبلية لم تكن بالحسبان توقعها.

فضلا عن ذلك تبرز الأهمية العلمية لهذا الموضوع بأهمية التقاضي الإلكتروني في ظل التطور الذي يشهده العالم في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، ومدى وجود فكرة التقاضي الإلكتروني في إطار قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وأثر التقاضي الإلكتروني على التقاضي التقليدي، وهل فكرة التقاضي الإلكتروني ترب نفس الأثر كما في التقاضي التقليدي، كما أن فكرة التقاضي الإلكتروني من الموضوعات الفقيرة جداً من الناحية البحثية القانونية.

تقسيم البحث:

سيتركز دراسة الباحث لهذا الموضوع على ثلاثة مباحث وهي على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية التقاضي الإلكتروني.

المبحث الثاني: وسائل التقاضي الإلكتروني.

المبحث الثالث: آلية تطبيق التقاضي الإلكتروني.

المبحث الأول

ماهية التقاضي الإلكتروني

يرتبط مفهوم التقاضي الإلكتروني ارتباطاً وثيقاً بمفهوم المحكمة الإلكترونية حيث ظهرت تلك المسميات مع ظهور وسائل التطور العلمي والتكنولوجي وبالأخص الشبكة العنكبوتية ويمكن أن يدل أحدهما على الآخر فتارة تسمى المحكمة الإلكترونية وتارة أخرى التقاضي الإلكتروني ولغرض الإلمام بمفهوم التقاضي الإلكتروني لابد من التطرق إلى تعريفه وبيان خصائصه وحمايته ثم التعرض إلى عيوبه ومزاياه وتمييز التقاضي الإلكتروني عن التقاضي العادي، وذلك من خلال أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف التقاضي الإلكتروني.

المطلب الثاني: خصائص التقاضي الإلكتروني.

المطلب الثالث: صور التقاضي الإلكتروني.

المطلب الرابع: مزايا وعيوب التقاضي الإلكتروني.

المطلب الخامس: تمييز التقاضي الإلكتروني عن التقاضي العادي.

المطلب الأول

تعريف التقاضي الإلكتروني

نظراً لما تتمتع به فكرة التقاضي الإلكتروني من تقنيات حديثة ومن إيجابيات، وأهمية بالغة تسعى حالياً معظم الدول العالم لتبنيها والعمل بها، ونظراً لحداثة الفكرة فقد وجدنا تعريف عدة لها سنحاول عرض أهمها لمحاولة تحديد التعريف الصحيح لها من خلال التطرق لآراء الفقه في تلك المسألة.

لقد تطرق الفقه في العديد من المحاولات إلى إعطاء تعريف لتقنية التقاضي الإلكتروني بين موسع ومضيّق لتعريف لتقاضي الإلكتروني.

فعرفه رأي في الفقه⁽¹⁾, بأنه "سلطة لمجموعة متخصصة من القضاة النظاميين بنظر الدعوى و مباشرة الإجراءات القضائية بوسائل الكترونية مستحدثة، ضمن نظام أو أنظمة قضائية معلوماتية متكاملة الأطراف والوسائل، تعتمد منهج تقنية شبكة الربط الدولي (الإنترنت) وبرامج الملفات الحاسوبية الإلكترونية بنظر الدعاوى والفصل بها وتنفيذ الأحكام بغية الوصول لفصل سريع بالدعوى والتسييل على المتخاصمين".

كما عرفه رأي ثان⁽²⁾ ، على أنه: "الحصول على صور الحماية القضائية، عبر استخدام الوسائل الإلكترونية المساعدة للعنصر البشري، من خلال إجراءات تقنية تضمن تحقيق مبادئ وضمانات التقاضي، في ظل حماية تشريعية لتلك الإجراءات تتفق مع القواعد والمبادئ العامة في قانون المرافعات مع مراعاة الطبيعة الخاصة للوسائل الإلكترونية"

وعرفه رأي ثالث في الفقه على أنه (وهو توفير نظام معلومات كامل مؤمن ومقنن متصل بشبكة الانترنت يمكن من خلاله للمحكمة المختصة من قضاة بنظر الدعوى لأطراف الدعوى والنيابة العامة اجراء تصرفات و ذات أثر قانوني يمكن اثبات صحته كوصول الدعوى وتسجيلها وابداعها والاطلاع عليها من خلال اشخاص معروفين بموجب تحويل لهم بهذه التصرفات)⁽³⁾.

ونري بأنه ومن خلال ما تم ذكره من تعريفات، فإن أصحابها توسعوا في بيان تعريف التقاضي الإلكتروني وإجراءاته، وكان من الأفضل لو أنهم اكتفوا بالتعريف ، واختصروا العبارات ليكون التعريف أشمل لمفهوم التقاضي الإلكتروني وأوضح لمعناه.

وعرفه رأي خامسٌ وبحق على انه (حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود، يسمح ببرمجة الدعوى الكترونية، ويتألف من شبكة الربط الدولي إضافة إلى مبني المحكمة، بحيث يتيح الظهور المكاني الإلكتروني لوحدات قضائية وادارية، يباشر من خلاله مجموعة من القضاة مهمة النظر في الدعاوى، والفصل فيها

(1) حازم محمد الشريعة: التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة، الأردن، سنة 2010، ص 57.

(2) أسعد فاضل منديل: التقاضي عن بعد، دراسة قانونية، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، سنة 2014، ص 04.

(3) القاضي حاتم جعفر: دور التقاضي الإلكتروني في رسم وتطوير العدالة ، قراءة في الواقع الحالي والنتائج المترتبة ، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر المناخ القضائي لدعم الاستثمار، محكمة الإسكندرية الاقتصادية، الإسكندرية لسنة 2012، ص 2، وعرفه د. أسعد فاضل منديل على أنه: "سلطة المحكمة القضائية المتخصصة لفصل الكترونياً بالنزاع المعروض أمامها من خلال شبكة الربط الدولي (الإنترنت) وبالاعتماد على أنظمة الكترونية وأليات تقنية فائقة الحداثة بهدف سرعة الفصل بالخصوصيات والتسييل على المتخاصمين"

أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 04

بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الاجراءات القانونية مع اعتماد تقنية فائقة الحداثة لتدوين الاجراءات القضائية، وحفظ، وتداول ملفات الدعوى الكترونية⁽¹⁾.

وعليه فإن التقاضي الإلكتروني يقوم على فكرة تشابك الأجهزة القضائية في إطار تفاعلي واحد وربطها معاً لكي تؤدي عملها عبر الوسائل الإلكترونية حتى تقوم قواعد البيانات الرقمية محل الوثائق الورقية على نحو يتيح للمستخدمين والمتقاضين سرعة الوصول للمعلومات وسرعة استرجاعها والربط بينها⁽²⁾، مما يتيح للمتقاضين تسجيل دعواهم، وتقديم بياناتهم بشكل الكتروني، وحضور جلسات المحاكمة الكترونياً، تمهدأ للوصول إلى الحكم، وتنفيذه، من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية، والتي هي جزء من نظام معلوماتي يمكن القضاة من الاتصال بالمتقاضين دون حضورهم الشخصي، وبطبيعة إجراءات التقاضي بشكل الكتروني، كما يتيح هذا النظام من خلال المحكمة الإلكترونية شفافية ودقة، وسرعة الحصول على المعلومات⁽³⁾.

المطلب الثاني

خصائص التقاضي الإلكتروني

من خلال التعريفات التي أوردها في المطلب الأول فإن نظام التقاضي الإلكتروني يتميز بجملة من الخصائص تجعله مختلف عن التقاضي بالطرق التقليدية في ظل تطور تكنولوجيا المعلومات والنقلة النوعية وخاصة في مجالات الحياة المعاصرة، حيث واكب التقاضي الإلكتروني هذا التطور في بعض دول العالم واعتمد على شبكة الانترنت مقارنة مع الطريقة التقليدية التي اعتمدت على العمل اليدوي أكثر منه الإلكتروني، لذلك فإن التقاضي الإلكتروني يتميز بعدة خصائص نوجزها على النحو التالي:

أولاً: من حيث الوثائق الورقية: فهي مجال التقاضي الإلكتروني يتم احلال الوثائق الإلكترونية والاستغناء عن الوثائق الورقية، بحيث إن التقاضي الإلكتروني يتم فيه كافة المراسلات الإلكترونية، والتي تعد السند القانوني الوحيد المتاح لأطراف النزاع في حالة نشوئه ويترتب على هذا الاحلال تخفيض التداول الورقي للدعاوي في المحاكم وأيضاً قلة فقدانها وارتفاع مستوى أمن السجلات وسريتها في المحكمة⁽⁴⁾، لذلك نجد بأن

(1) نهي الجلاء: المحكمة الإلكترونية، الجزء الثاني، مجلة المعلومات (سوريا)، العدد 24، لسنة 2010، ص 50، مشار إليه لدى د. صفاء أوتاني: المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الأول، لسنة 2012، ص 170.

(2) المحامي يونس عرب: العالم الإلكتروني -المحتوى الوسائل والميزات والسلبيات، مقالة موجودة على موقع اليسير من خلال الرابط www.alyaseer.net

(3) حسينة شرون وعنتبة معاوي: التقاضي الإلكتروني في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية (جامعة بسكرة)، بحث قانوني، سنة 2014، ص 3.

(4) عمر لطيف كريم العبيدي: التقاضي الإلكتروني والية التطبيق، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 1، العدد 2، الجزء 1، سنة 2017، ص 514.

الدعائم الالكترونية سوف تحل محل الدعائم الورقية بصفة نهائية، بحيث تصبح الرسالة الالكترونية هي السند القانوني الذي يمكن طرف النزاع من اعتماده في حالة نشوئه، ودليل من أدلة الإثبات الالكترونية⁽¹⁾.

كما تكمن أهمية استخدام المستندات والوثائق الالكترونية من التخلص من الكميات الكبيرة للملفات الورقية للدعاوى، التي تكاد تمتلئ بها غرف المحاكم، وكذلك التخلص من عملية التخزين العشوائي للملفات الدعاوى وما يترب عليها من ضياع وفقدان لها، وتخفيض المساحات المخصصة لتخزين الملفات الورقية في الأجهزة القضائية، كما أن الوثائق والمستندات الالكترونية، يمكن الوصول إليها والاطلاع عليها بسهولة وبسرعة مما هو عليه في الملفات الورقية⁽²⁾.

ثانياً: من حيث نقل وتسليم المعلومات: يتم احلال ارسال المستندات والعرائض والوثائق بشكل الكتروني عبر الانترنت أو الإكسنرانت (بالتسليم المعنوي) أو (التنزيل عن بعد) ويقصد به نقل أو استقبال وتزيل أحد البرامج أو البيانات عبر الانترنت الخاص للمستخدم، بحيث يمكن نقل المستندات والملفات على الخط دون اللجوء الى العالم الخارجي، لذلك فإن الأجهزة الالكترونية كالفاكس أو التلكس والانترنت لها دور قانوني بارز في تطبيق إجراءات التقاضي الالكتروني بحيث تكون معاون للقضاء في تجميع وتخزين وحفظ في الإعلانات والإخطارات وتبادل الوثائق الكترونياً بين الخصوم أو محاميهم⁽³⁾.

ثالثاً: من حيث الوسيط في نقل المعلومات: يعتبر من أهم خصائص التقاضي الالكتروني هو استخدام الوسيط الالكتروني والذي يقوم بتنفيذ إجراءات التقاضي الالكتروني عبر شبكة الانترنت، ويعتبر الحاسوب المتصل بهذه الشبكة هو الوسيط بين طرف التقاضي والذي يتم بواسطته التعبير عن الإرادة الالكترونية بحيث يمكن ان يكون معاوناً قضائياً، والذي يقوم بدوره بتجميع وتخزين وحفظ الملفات الالكترونية والقيام بالإعلانات والإخطارات، والاستماع لأقوال الشهود أو استجواب الخصوم وسماع اقوالهم أو في تبادل المذكرات بين الخصوم أو محاميهم أو يكون بدليلاً عن القضاء في القضايا المالية البحتة المحاسبة أو البنكية أو قضايا النفقات أو الارث أو الوصايا أو الوقف أو الضرائب والجمارك⁽⁴⁾.

رابعاً: من حيث سرعة تنفيذ إجراءات التقاضي: تتيح شبكة الانترنت إمكانية إرسال واستلام المستندات والوثائق عبر شبكة الاتصال دون الحاجة الى انتقال اطراف الدعوى أو محاميهم الى المحكمة المختصة، والذي يساهم في اختصار الوقت والتقليل من الازدحام والنفقات وارتفاع جودة الخدمة المقدمة لأطراف

⁽¹⁾ هادي حسين الكعبي ونصيف جاسم محمد الكرعاوي: "مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته"، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية، العدد الأول، سنة 2016، ص 284.

⁽²⁾ د.حسينه شرون وعنيفة معاوي: التقاضي الالكتروني فيالجزائر، مرجع سابق، ص 4-3.

⁽³⁾ خالد ممدوح ابراهيم: الدعوى الالكترونية واجرائها امام المحاكم، دار الفكر الجامعي لسنة 2010، ص 37.

⁽⁴⁾ سيد احمد محمود: دور الحاسوب الالكتروني أمام القضاء، دار النهضة العربية للنشر، سنة 2008، ص 30. ايضاً ليلي عصمانى: "نظام التقاضي الالكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية"، مجلة المفكر، العدد 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، سنة 2016، ص 218.

الدعوى⁽¹⁾, لذلك فإن أجهزة الإرسال الالكترونية، لها دور قانوني في تطبيق إجراءات التقاضي الالكتروني، بحيث يساعد هيئة القضاء في التجميع والتخزين والحفظ، وكذلك في الإعلانات والاحترارات، وفي تبادل الوثائق بين الخصوم أو ممثليهم القانونيين، وهذه الخاصية تساعده على استثمار الوقت⁽²⁾, بالإضافة إلى ذلك فإننا نجد أنه في القضاء التقليدي، قد يعقد القاضي الجلسة الأولى، ويخصصها لاستماع أقوال المدعي، ثم يعطي الخصمين موعداً آخر، ربما يكون بعد شهر أو شهرين، وربما ثلاثة أشهر، للجلسة الثانية، فإذا وصل موعد الجلسة الثانية، يكون القاضي قد نسي القضية تماماً، فيضيع نصف زمن الجلسة الثانية في قراءة القاضي لضبط الجلسة الأولى وتقليل صفحات ملف القضية، وسؤال الخصمين عما دار فيها، بل ربما يعقد جلسة أخرى لسماع البيانات بعد ثلاثة أشهر، وهكذا في سلسلة لا تنقضي، وأما في القضاء الإلكتروني، فإن ذلك سيختفي تماماً، حيث إن القضية لن ترفع إلى القاضي، إلا بعد استيفاء جميع البيانات والإثباتات والأقوال التي يرغب الطرفان في إبدائهما، ثم يرفع الملاخص بعد موافقة الطرفين عليه للقاضي لينظر فيه، فالقضية هنا تكون ناضجة تماماً حال رفعها للقاضي للفصل فيها، وقد يحتاج القاضي بعد ذلك لبعض الأسئلة البسيطة ثم يصدر حكمه مباشرة بناءً على المعلومات التي قدمها الخصوم⁽³⁾.

خامساً: من حيث الدفع النقدي: من خلال التقاضي الالكتروني يتم احالة وسائل الدفع الالكتروني محل الدفع النقدي العادي، ففي الآونة الأخيرة تجد أن وسائل الدفع الالكتروني قد حل محل وسائل الدفع التقليدي انسجاماً مع تطور التكنولوجيا الحديثة التي انتجت تلك الوسائل بطاقات الاعتماد (الفيزا كارت) والتي من خلالها يتم دفع وسداد المصروفات القضائية من رسوم او مصاريف الدعوى⁽⁴⁾.

سادساً: من حيث جودة الخدمة المقدمة للمتقاضين: لقد حقق التقاضي الالكتروني في الدول التي تعمل بنظام التقاضي الإلكتروني مميزات عديدة منها، تقليل مشاكل ازدحام المحكم، ورفع جودة الخدمة المقدمة إلى جمهور المتقاضين، ورفع فاعلية دورة العمل، وربط معلومات الدعاوى بين المحاكم⁽⁵⁾, إذ يمكن التقاضي الإلكتروني من رفع الكفاءة الإنتاجية للقاضي، حيث يكون بإمكان القاضي النظر إلى عدد كبير من القضايا، بالنظر إلى عدم حاجة القاضي للحضور اليومي لمقر التقاضي، كما أنه بإمكانه النظر في القضية، ومناقشة الخصوم، من أي مكان في العالم⁽⁶⁾, هذا بالإضافة إلى تقليل هدر وقت القاضي، الناتج

⁽¹⁾ عمر لطيف كريم العبيدي: التقاضي الالكتروني والية التطبيق، مرجع سابق ص 515. أيضاً ليلي عصمانى: مرجع سابق، ص 218.

⁽²⁾ خالد ممدوح إبراهيم: الدعوى الإلكترونية واجرائها أمام المحاكم، مرجع سابق، ص 36.

⁽³⁾ حسام محمد نبيل: "القاضي الإلكتروني" والعدالة الناجزة"، مجلة لغة العصر سنة 2017، 9-12.

⁽⁴⁾ عمر لطيف كريم العبيدي: التقاضي الالكتروني والية التطبيق، مرجع سابق ص 515.

⁽⁵⁾ خالد ممدوح إبراهيم: الدعوى الإلكترونية واجرائها أمام المحاكم، مرجع سابق، ص 41.

⁽⁶⁾ ولعل هذا من المميزات المهمة لهذا النوع من القضاء حيث تسهم إسهاماً بالغ الأثر في تقليل التهرب من القضاء من قبل كثير من المؤهلين له، حيث إن من أكبر الأسباب الداعية لذلك هو بعد مكان التقاضي، وصعوبة الانتقال، وتأخير النقل إلى المدينة المرغوبة تأخراً كبيراً، وفي هذا السياق، يمكن للوزارة وضع بعض الحوافز للقضاء التي يجعلهم ينجذبون عدداً أكبر من القضايا في هذا النوع من القضاء، لأن يُعفى من الحضور اليومي من يستطيع إنجاز عدد معين من القضايا الإلكترونية في الشهر الواحد، ونحو ذلك من الحوافز مشار إليه لدى حسام محمد نبيل، المراجع السابق، صفحة 13.

عن تخلف أحد الخصميين عن الحضور لمقر التقاضي، إذ بالإمكان في القضاء الإلكتروني من تقديم بعض القضايا على بعض من خلال الاتصال بأطراف الدعوى بشكل مباشر

وكذلك يتيح التقاضي الإلكتروني إمكانية متابعة أعمال التفتيش القضائي بكل سهولة ويسر، إذ بإمكان المفتتش القضائي الدخول على الموقع المخصص للقاضي، ثم النظر في عدد القضايا المنجزة، وطبيعة الأحكام الصادرة، بل ويمكنه الحضور المباشر للجلسات القضائية حال نقلها مباشرة عبر الإنترن特، وهو في مكانه دون الحاجة لتکبد عناء السفر والانتقال لمقر القاضي⁽¹⁾.

وكما يمكن التقاضي الإلكتروني من الاستعانة بقضاة خارج السلك القضائي، من أمثال ذلك الاستعانة بقضاة من الدول العربية ونحوهم، وذلك من خلال إسناد بعض جلسات التقاضي إليهم، واستشارتهم في بعض القضايا، وهذا ما يسرع في إنجاز كثير من القضايا، ويخفف العبء على القضاة⁽²⁾.

سادساً: من حيث الإثبات وتقديم البينات: ثبات اجراءات التقاضي الإلكترونية في المعاملات التقليدية لا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات إلا إذا كانت موقعة بتوقيع يدوي حي، أما في التقاضي الإلكتروني فيتم ثباته عبر المستند الإلكتروني، والتواقيع الإلكتروني ، فالمستند الإلكتروني هو المرجع للوقوف على ما اتفق عليه طرف النزاع وتحديد التزاماتهم وهو الذي يضفي الحجية على المستند⁽³⁾.

المطلب الثالث

أنواع التقاضي الإلكتروني

في ظل التطور العلمي والتكنولوجي الكبير الذي يشهد العالم فقد ظهرت عدة أنظمة للاتصالات المرئية والسمعية، لذا يمكن التمييز بين أربعة أنواع من نظم المحادثة المرئية عن بعد⁽⁴⁾ وهي على النحو التالي:

التالي:

أولاً: التقاضي الإلكتروني عن طريق نظام الاتصال من نقطة لأخرى: يتم بمقتضى هذا النظام الاتصال المباشر عبر المحادثة المرئية عن بعد، بين قاعة المحكمة ومكان آخر يوجد فيه المتهم أو أحد الشهود، وبعد هذا النظام أبسط أنظمة الاتصال المرئي المسموع وأقلها إثارة للمشكلات التقنية والفنية.

(1) حسينة شرون وعقيقة معاوي: "ال التقاضي الإلكتروني في الجزائر، مرجع سابق، ص 6.

(2) ماريا اسكندر البكري: "ال التقاضي والمحاكم الإلكترونية، مجلة الحوار المتندون، 2008، ص 25

(3) خالد ممدوح ابراهيم: "أمن الحكومة الإلكترونية، الدار الجامعية الاسكندرية سنة 2008، ص 101-102.

(4) أصغovan محمد شريفات: "التحقيق والمحكمة الجنائية عن بعد عبر تقنية ال Videoconference" ، دراسات علوم التشريع والقانون، المجلد 41، العدد 1، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، سنة 2015، ص 354-355. أيضاً حسينة شرون وعقيقة معاوي: "ال التقاضي الإلكتروني في الجزائر، مرجع سابق، ص 20" ايضاً حسام محمد نبيل: " التقاضي الإلكتروني " والعدالة الناجزة" ، مرجع سابق ص 15.

ثانياً: التقاضي الإلكتروني عن طريق نظام السويتش أو المتحدث النشط: حيث تتعدد الأماكن التي يتم بها الاتصال للمحادثة المرئية، كأن تكون المحكمة في دولة والشاهد في دولة ثانية، والمتهم في دولة ثالثة، ويطلب هذا النظام أن يتم إعداد هذه الأماكن تقنياً جيداً، بحيث يبدو لهذه الأطراف وكأنهم في مكان واحد، ولا تظهر شاشة العرض الموجودة في جميع هذه الأماكن، إلا صورة واحدة تمثل في صورة الشخص الذي يتكلم، سواء القاضي أو المتهم أو الشاهد، وفي حالة تكلم أكثر من شخص في نفس الوقت، فإن الاتصال المزدوج يتم بطريقة آلية automatique مع المكان الذي يوجد فيه الشخص صاحب الصوت الأعلى.

ثالثاً: نظام الحضور المستمر الثابت أو الموحد

بموجب هذا النوع، فإن الاتصال يتم بين خمسة أماكن مختلفة وبعيدة عن بعضها البعض جغرافياً، بمعنى قاعة المحاكمة، وأربعة أماكن أخرى متواجد فيها باقي أطراف الدعوى "المجنى عليه - المتهم"، الشهود، وغيرهم.

ويوجد في كل مكان شاشة عرض لبث الصورة إلى هؤلاء الأشخاص، بالإضافة إلى أجهزة دقيقة يتم بواسطتها سماع صوت من يتكلم من المشاركين بهذه الجلسة.

رابعاً: نظام الحضور المستمر المتقدم

بناء على هذا النوع الأخير، فإن الاتصال المزدوج عن بعد، بين القاعة الرئيسية التي تجري فيها إجراءات التحقيق، وبين عدد كبير من الأماكن الأخرى البعيدة عنها، وبعد النظم من أحدث النظم التطبيقية لتقنية المحادثة المرئية عن بعد، حيث يتم تزويد الأماكن التي تتطلب وجود هذه التقنية، بشاشات عرض لصورة وأجهزة الصوت التي يتكلم من خلالها المشاركين، ويتم تفسيم شاشة عرض الصورة الموجودة في كل مكان من هذه الأماكن إلى أربعة أقسام، ويتم تثبيت القسم الأول لعرض (بانوراما) عامة للقاعة التي تتم فيها المحاكمة، وقسمين آخرين في مكانين من الأماكن المتصلة بهذه القاعة، أما القسم الرابع والأخير من شاشة العرض، فيتنقل آلياً بصورة تلقائية إلى صورة الشخص الذي يشارك، ويtalk بصوت أعلى من غيره من المشاركين في جلسة التحقيق والمحاكمة.

المطلب الرابع

مزايا وعيوب التقاضي الإلكتروني

إن العمل بنظام التقاضي الإلكتروني تحفه الكثير من المخاطر وتحيط به العديد من العيوب التي من الممكن أن تؤثر سلباً عليها وفي المقابل فإن نظام التقاضي الإلكتروني يتميز بجملة من المزايا والفوائد التي تجعله أفضل بكثير من القضاء العادي والمحاكم القضائية التقليدية، ولغرض دراسة عيوب التقاضي

الالكتروني ومزاياه لابد من تقسيم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول أهم مزايا التقاضي الالكتروني وفي الفرع الثاني عيوب التقاضي الالكتروني على النحو التالي:-

الفرع الأول

مزايا التقاضي الالكتروني

هناك العديد من المزايا التي يمكن أن تظهر عند الاخذ بنظام التقاضي الالكتروني وهي على النحو التالي:-

أولاً:- إتاحة الحق في التقاضي بما يتناسب وطبيعة العصر من استخدام تقنيات تكنولوجيا المعلومات توافقاً مع حاجة الأفراد والمؤسسات في وقت ومن أي مكان "إمكانية الوصول"⁽¹⁾.

ثانياً:- يوفر التقاضي عن بعد السرية التامة في تداول ملفات الدعوى القضائية والمحافظة على المعلومات والاسرار التي يخشى اطراف الدعوى من افشاءها على العامة.

ثالثاً:- سرعة وزيادة إنتاجية المحاكم في الفصل في الدعاوى وتقليل عمر الدعوى من خلال توفير توزيع أكثر فعالية للقضاء كماً وتصصصاً وللدعوى كماً ونوعاً على المحاكم⁽²⁾.

رابعاً:- تخفيض النفقات الخاصة بالتقاضي والتخلّي تدريجياً عن التعامل مع النظام الورقي قدر الامكان واختصار نفقات الانتقال بين مختلف الجهات والتخلّي عن السفر للمحاكم وإمكانية مباشرة الإجراءات إلكترونياً من خلال النظام⁽³⁾.

خامساً:- بساطة إجراءات التقاضي واختصار الوقت حيث انه من خلال الحاسوب الالي لا حاجة الى الانتقال الى المحكمة لحضور جلسات المرافعة والاطلاع على قرارات المحكمة أو الحكم الصادر في الدعوى ولا حاجة للسفر من مدينة الى اخر لحضور جلسات المرافعة، فالتقاضي عن بعد يغلق ابواب التخلف عن حضور جلسات المحاكمة ويقطع الطريق على افتعال الاعذار لكسب الوقت من الخصم المماطل ومن جهة أخرى يقلل التقاضي عن بعد تكدس الدعاوى القضائية ويخفف من الاحتقانات والتوتر والمشاحنات بين الخصوم وبالخصوص في الدعاوى التجارية والمالية والاسمية⁽⁴⁾.

سادساً:- تعزيز ثقة المواطن وخصوصاً المستثمر الأجنبي بالقضاء الوطني فيما يخص سرعة الفصل في الدعاوى واعتماد أساليب العمل الحديثة والشفافية واستخدام سياسات الافصاح عن المعلومات.

(1) القاضي حاتم جعفر: دور التقاضي الالكتروني في رسم وتطوير العدالة ، مرجع سابق، ص.4.

(2) محمد عصام الترساوي:- تداول الدعوى القضائية أمام المحاكم الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2013، ص.103.

(3) القاضي حاتم جعفر: دور التقاضي الالكتروني في رسم وتطوير العدالة ، مرجع سابق، ص.4.

(4) صفاء اوتاني: المحكمة الالكترونية (المفهوم والتطبيق)، مرجع سابق، ص 182.

سابعاً:- زيادة فعالية الأجهزة الرقابية القضائية على العمل القضائي وموظفي النظام عبر إتاحة المجال لها للتتبع اللحظي لخط سير الدعوى ومن خلال التقارير الدورية والمستمرة والمفصلة.

ثامناً:- الحفاظ على أمن المعلومات وتنظيم تداولها بما يتناسب مع صلاحية مرتدى المعلومات ومستخدمي النظام الإلكتروني للتقاضي الإلكتروني⁽¹⁾.

تاسعاً:- يعمل التقاضي الإلكتروني على رفع مستوى اداء المحاكم القضائية و يجعل سجلات المحكمة أكثر اماناً لأن الوثائق والمستندات الالكترونية أكثر مصداقية من المستندات الورقية فمن السهل اكتشاف اي تغيير او تحويل فيها بالإضافة الى سهولة الاطلاع عليها والوصول اليها.

عاشرًا:- سرعة وسهولة البحث والاستعلام عن المعلومات وتحليل البيانات وإعداد الاحصائيات والتقارير من أكثر من مستوى وصولاً لمستويات القيادة العليا في النظام بما يتبع امكانية اقتراح تعديلات في القوانين والتشريعات بناءً على تحليل المعلومات⁽²⁾.

أحدى عشرة:- توافر المعلومات الكاملة طوال الوقت بما يساعد في اتخاذ القرارات ومساعدة المسؤولين على توزيع العمل بما يتناسب مع حجم ونوع الاعمال ووضع تقارير التقييم والتفتيش.

ثانية عشرة:- توفير الخدمات الإلكترونية وإتاحة مخرجات النظام لأصحاب الصفة الكترونياً عن بعد بما يسمح باتخاذهم القرارات والاطلاع على ما يحدث في غيابهم في نفس اليوم عن طريق الإخطارات والبلغات الإلكترونية⁽³⁾.

ثالث عشرة:- استخدام التوقيع الإلكتروني في النظام بما يحقق له المصداقية الالزمة لتوفيق الحاجة للتصرفات وسهولة إثباتها وإتمام الترابط الإلكتروني بين المؤسسات المعنية على نحو يؤدي لتحقيق وتكامل دور الحكومة الإلكترونية.

رابع عشرة:- من خلال الاتصال الإلكتروني بين المحكمة الإلكترونية ونقابة المحامين يتensi للمحكمة معرفة ما اذا كان المحامي مسجل بالنقابة من عدمه والدرجة التي عليها او انه قد الغيت عضويته من النقابة او عضويته معلقة لارتكابه مخالفات، حيث في بعض الاحيان يباشر بعض المحامين اجراءات الدعوى القضائية التقليدية بعد الغاء عضويتهم في نقابة المحامين او ايقافها وهذا ما يؤدي الى زعزعة الثقة بين الخصوم ووكائهم⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ القاضي حاتم جعفر: دور التقاضي الإلكتروني في رسم وتطوير العدالة ، مرجع سابق، ص4. ايضا هادي حسين الكعبي ونصيف جاسم محمد الكرعاوي: "مفهوم القاضي عن بعد ومستلزماته" ، مرجع سابق، ص 25

⁽²⁾ د.صفاء اوتاني : المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مرجع سابق، ص 183.

⁽³⁾ القاضي حاتم جعفر: دور التقاضي الإلكتروني في رسم وتطوير العدالة ، مرجع سابق، ص4.

⁽⁴⁾ نهي الجلاء: المحكمة الإلكترونية، الجزء الثاني، مجلة المعلومات مرجع سابق ص 55.

خامس عشر:- كما يساعد نظام المحكمة الالكترونية على التخلص من الارشيف القضائي الورقي الضخم واستبداله بأرشفة الكترونية بسيطة باستعمال اقراص مدمجة ونسخ احتياطية منها تتسع للمعلومات جميعاً ولا تشغله الا حيزاً مكаниاً بسيطاً بدلاً من المستودعات الضخمة التي تشغله اماكن واسعة ، وتسمح آلية عمل المحكمة الالكترونية بالتدوين الالكتروني في تسجيل الدعاوى القضائية وتوثيق ادعاءات الخصوم ودفعهم بعبارات الخصوم انفسهم دون ادنى تدخل من القاضي او كاتبه في صياغة تلك المذكرات بالاختزال او الحذف او التعديل مما يكون له الاثر الفاعل في صحة تصور الدعوى القضائية والوصول الى حكم سريع فيها⁽¹⁾.

الفرع الثاني

عيوب التقاضي الالكتروني

هناك العديد من العيوب الخطيرة التي يمكن ان تظهر عند الاخذ بنظام التقاضي الالكتروني وهي على النحو التالي:-

أولاً:- انتشار الفيروسات في الاجهزة الالكترونية مما قد يؤدي الى اتلاف كل محتويات برامج الحاسوب.

ثانياً:- ظهور أعمال القرصنة على أجهزة الحاسوب ومحاولات خرق تلك الاجهزه⁽²⁾.

ثالثاً:- المساس بضمانت المحكمة العادلة لان وجود التقاضي الالكتروني أو المحكمة الالكترونية يعد أو يلغى أهم مبادئ المحاكمة العادلة وهي مبدأ علانية المرافعة فعلنية جلسات المراجعة تعني ان تبقى أبواب قاعة المحكمة مفتوحة أمام الجميع ليحضر المراجعة من يشاء من الاشخاص دون تمييز ويكون رقيباً على اعمال السلطة القضائية⁽³⁾.

رابعاً:- مبدأ المواجهة بالدليل والذي يقصد به حضور الخصوم اجراءات المراجعة القضائية حتى يرى ويسمع كل منهم المرافعات وأقوال الشهود وهم جميعاً متساوون في حق تقديم ادتهم الثبوتية كما ان لكل خصم الحق في مناقشة الادلة والاثباتات التي يتقدم بما خصمه⁽⁴⁾، وفي كل الاحوال فإنه لا يمكن الاستغناء عن مبدئي العلانية والحضورية في المراجعة القضائية ولا يمكن تقبل الاحتكام للحاسوب في اصدار الاحكام او اجراء المحاكمات القضائية في مجال افتراضي بشكل سري وكتابي وغيابي لذلك لابد من التفكير جيداً

⁽¹⁾ محمد عصام الترساوي:- تداول الدعوى القضائية امام المحاكم الالكترونية، مرجع سابق، ص 103.

⁽²⁾ د. صفاء اوتاني - المحكمة الالكترونية (المفهوم والتطبيق)، مرجع سابق، ص 184.

⁽³⁾ محمد حسين منصور: الاثبات التقليدي والكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2010، ص 21.

⁽⁴⁾ د. صفاء اوتاني - المحكمة الالكترونية (المفهوم والتطبيق)، مرجع سابق، ص 186.

بإجراءات تضمن هذه المبادئ كأن يتم نقل اجراءات المحاكمة امام المحامين في قاعة تضم شاشة كبيرة للعرض لضمان علانية المحاكمة⁽¹⁾.

المطلب الخامس

تمييز التقاضي الالكتروني عن التقاضي العادي

يختلف التقاضي الالكتروني عن التقاضي العادي وللتمييز بينهما يجدر بنا البحث في إجراءات التقاضي العادي وما الذي يميز التقاضي الالكتروني عنه، وأيضاً اصدار القرارات وطرق الطعن في التقاضي العادي وما يتميز به التقاضي الالكتروني على النحو التالي:

أولاً:- من حيث إقامة الدعوى:

إن الدعوى القضائية هي تصرف اداري مكتوب يلزم التقدم به من صاحب الحق الى القضاء لكي يتمكن القاضي من توفير الحماية القضائية لطالبيها، وعندما يريد المدعي تقديم دعواه ضد المدعى عليه يجب أن يقوم بتقديم لائحة دعواه ويجب أن تتضمن لائحة الدعوى على مجموعة من البيانات التي حددتها القانون⁽²⁾، بحيث إن الدعوى المقدمة أمام القضاء التي يقدمها المدعي يجب أن تكون مكتوبة متضمنة البيانات التي حدد القانون، وبالاطلاع على القانون فإنه لم يحدد الشكلية أي الكتابة بمعنى أنه يمكن أن تتم بأي شيء بشرط أن تتسنم بالثبات لكي تتحقق الغاية منها وهي الحفظ وامكانية الرجوع إليها عند الحاجة وان الكتابة على الورق أو استخدام آلات الطباعة الحديثة ما هو الا شكل جرت العادة على استخدامه في المحاكم باعتباره الطريقة المتوفرة، وبما ان الطباعة على المستندات الالكترونية لا تمثل جوهر الكتابة وتسهل تداولها وقراءتها وحفظها وارسالها واستقبالها وان تحويلها الى بيانات رقمية يؤكد على أن تقديم الدعوى الكترونياً بشكل لائحة الكترونية الى المحكمة بواسطة بريدها عن طريق الانترنت لا يتعارض مع نصوص القانون الفلسطيني، وأن التحول الى نظام القضاء الالكتروني لا يتعارض مع جوهر القانون بل سيتوافق معه ويحقق غاية القضاء وهو القضاء العادل العاجل وعليه يمكن القول ان تقديم لائحة الدعوى أمام المحاكم بشكل الكتروني محررة على مستند الكتروني وتضمينها كافة البيانات التي نص عليها القانون

(1) محمد عصام الترساوي:- تداول الدعوى القضائية أمام المحاكم الالكترونية، مرجع سابق، ص 102.

(2) مادة (52) من قانون أصول المحاكمات المدنية التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 والتي نصت على تقام الدعوى بلائحة تودع قلم المحكمة متضمنة ما يلي:-

1. اسم المحكمة .2. اسم المدعي وصفته و محل عمله وموطنه واسم الشخص الذي يمثله إن وجد وصفته وعنوانه.3. اسم المدعي عليه وصفته و محل عمله وموطنه. 4.إذا كان المدعي أو المدعي عليه فاقداً لأهليته أو ناقصها فينبغي ذكر ذلك. 5. موضوع الدعوى. 6. قيمة الدعوى بالقدر الممكن بيانه إذا كانت من الدعاوى غير محددة القيمة. 7.وقائع وأسباب الدعوى وتاريخ نشوئها وطلبات المدعي التي تبين أن للمحكمة صلاحية نظر الدعوى. 8.إذا كان موضوع الدعوى عقاراً أو منقولاً معيناً بالذات فيجب أن تتضمن لائحتها وصفاً كافياً تتميزه عن غيره. 9. توقيع المدعي أو وكيله.

وتحويل كافة البيانات الى بيانات رقمية تنشأ وتدمج وتخزن وترسل أو تستقبل بواسطة الكترونية، وتكون قابلة للاسترجاع بصورة الكترونية في أي وقت ممكن.

وبعدها يمكن ارسال هذه اللائحة بشكل الكتروني بما يضمها من مرفقات من المحامي الوكيل(المرسل) الى المحكمة المختصة (المرسل له) من خلال شبكة الانترنت الى البريد الالكتروني للمحكمة ويرسل الجواب من المحكمة الى المرسل (المدعي) بقبول دعواه ابتداء وتسجيلها تحت تسلسل معين يبلغ به المدعي بعد أن يؤشر عليها من قبل القاضي وبعدها يحال الى دفع المرسم بشكل الكتروني⁽¹⁾.

ثانياً:- من حيث دفع الرسوم:

في التقاضي العادي يتم تقديم عريضة لائحة الدعوى الى الموظف في القسم المختص حسب قيمة ونوع الدعوى والذي بدوره يقوم بتحديد قيمة الرسوم⁽²⁾ ، وتحويلها بشكل تقليدي إلى القسم المختص بتحصيل الرسوم، وبعدها يتم الرجوع إلى نفس الموظف ليقوم بتسجيلها في نفس اليوم في سجل القضايا بأرقام متسلسلة حسب أسبقية تقديم الدعوى⁽³⁾ ، وبذلك تعتبر الدعوى قائمة من تاريخ دفع الرسوم.

اذن فقد حدد القانون طريقة دفع الرسوم بشكل تقليدي اذ أنه يمكن استبدال الطريقة التقليدية بطريقة الدفع الالكتروني من خلال استخدام محفظة نقود الكترونية أو عن طريق الفيزا كارت، فالدفع الالكتروني يحقق مجموعة مزايا أهمها يجنب اشكالات التحويل بحيث يشعر المدعي بالأمان والطمأنينة عندما يدفع الرسوم القضائية من حسابه الخاص مباشرة بشكل الكتروني⁽⁴⁾.

ثالثاً:- من حيث تبليغ الخصوم:

⁽¹⁾ عمر لطيف كريم العبيدي: التقاضي الالكتروني والية التطبيق، مرجع سابق ص 519.
⁽²⁾ قانون رقم (1) لسنة 2016 بشأن تنظيم الرسوم العامة الفلسطيني.

⁽³⁾ مادة (54) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والتي نصت على "يقيد قلم المحكمة لائحة الدعوى يوم إيداعها في سجل القضايا بعد دفع الرسم وتعطى رقماً مسلسلاً وتحتم بخاتم المحكمة ويدون التاريخ باليوم والشهر والسنة".

⁽⁴⁾ مغني سليمان: وسائل الدفع الالكتروني وانعكاساتها على الوطن العربي والجزائر ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة خميس عليانة، سنة 2013، ص 27

في التقاضي العادي (التقليدي) يقوم القسم المختص بتحديد اليوم المعين لنظر الدعوى بعد استيفاء الإجراءات، يتم تبليغ عريضة لائحة الدعوى ومرافقها⁽¹⁾ بواسطة المحكمة بالطريقة التي تراها مناسبة⁽²⁾ إلى الخصم مع دعوته بموجب مذكرة حضور للحضور إلى المحكمة يذكر فيها رقم الدعوى واسم المحكمة وتاريخ تحرير الورقة وختم المحكمة والأوراق المطلوبة تبليغها من المدعى إلى المدعى عليه⁽³⁾ وتسلم نسخة من ورقة التبليغ إلى المدعى عليه وتعاد الثانية بعد تبليغها لحفظها في ملف الدعوى⁽⁴⁾، هنا يمكن القول أن التبليغ في القضاء العادي غايته إيصال العلم إلى المدعى عليه، وعليه أن يجيب على المدعى عليه بأن يرد على لائحة الدعوى بعد تبليغه بعريضتها⁽⁵⁾، وقبل حلول موعد الجلسة المعدة لنظرها وللمحكمة أن تستخلص من عدم حضور أو تقديم المدعى عليه رده المكتوب قرينة تساعدها على حسم الدعوى لمصلحة المدعى.

وبما أن الغرض من التبليغ هو إيصال العلم للمدعى عليه، فإن القانون لا يمنع من إمكانية التبليغ بواسطة العلم بالبريد الإلكتروني إلى المدعى عليه أو وكيل طالما أنه لا يخالف القانون، حيث إن الرسائل الإلكترونية لها مميزات وهي سرعة الارسال والاستقبال والارسال لأكثر من شخص في نفس الوقت وإمكانية إرسال جميع الملفات بأنواعها من خلال هذا البريد الإلكتروني بالصوت والصورة والنص وأيضاً يمكن من خلاله استقبال الرسائل ويكون تقرير الارسال والاستقبال قرينة على تبليغه بعريضة الدعوى، وبذلك يكون ما تتمتع به التبليغات الإلكترونية من مميزاتها يجعلها وسيلة تتلاءم مع التطور الحاصل والتي يمكن الاستفادة منها في مجال القضاء الإلكتروني، وهذا الأمر يحتاج أن يكون لكل شخص بريد الكتروني خاص به يتم إرسال عليه، أما إذا لم يكن للمدعى عليه بريد الكتروني سيتم مخاطبة المحكمة لتبليغه من

(1) المادة (53) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي نصت على أنه "يرفق المدعى عند إيداع لائحة الدعوى قلم المحكمة نسخاً عنها بقدر عدد المدعى عليهم وصورةً عن المستندات التي يستند إليها تأييداً لدعواه مصدقة منه بما يفيد مطابقتها للأصل، فإذا لم تكن بحوزته فعليه أن يرفق بياناً بها دون إخلال بحقه في تقديم ما يستجد من مستندات أثناء المرافعة".

(2) المادة (7) من قانون أصول المحاكمات الفقرة الأولى والتي نصت على أنه "يجرى التبليغ بإحدى الطرق الآتية:-

أ. بواسطة مأمور التبليغ. ب. بالبريد المسجل مع علم الوصول بواسطة قلم كتاب المحكمة. ج. أية طريقة أخرى تقررها المحكمة بما يتفق وأحكام هذا القانون.

(3) المادة (9) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية يجب أن تشتمل ورقة التبليغ على البيانات الآتية:-

1. اسم المحكمة ورقم الدعوى أو الطلب.

2. اسم طالب التبليغ وعنوانه وصفته ومن يمثله إن وجد.

3. اسم المراد تبليغه وعنوانه وصفته.

4. موضوع التبليغ.

5. يوم التبليغ وتاريخه وساعة حصوله.

6. اسم من يقوم بالتบليغ وتوقيعه.

7. اسم وصفة من سلم إليه التبليغ وتوقيعه على النسخة المعادة إلى المحكمة.

(4) المادة (8) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه "تحرر ورقة التبليغ من نسختين متطابقتين حسب الأصول ويتم تبليغها بتسليم أو تقديم النسخة الثانية لمن يجوز تسليمها له قانوناً، وإذا تعدد المراد تبليغهم وجب تعدد أوراق التبليغ بعدهم"

(5) المادة (62) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي نصت على أنه "على المدعى عليه أن يقدم إلى قلم المحكمة لائحة جوابية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه لائحة الدعوى، من أصل وصور بعد المدعين مرفقة بالمستندات التي تويد دفاعه، فإن لم تكن بحوزته فعليه أن يقدم بياناً بالمستندات التي يوسعه الحصول عليها دون الإخلال بحقه في تقديم ما يستجد من مستندات أثناء المرافعة"

على محل سكناه أو عمله أو مركز شرطة عبر البريد الإلكتروني ليتولى تبليغه بالطريقة الاعتيادية، وفي حال تبين للمحكمة أن اجراءات التبليغ وفق الأصول المتقدمة لا سبيل له، جاز لطالب التبليغ أن يستصدر أمراً من المحكمة بتعليق صورة من الورقة القضائية على لوحة إعلانات المحكمة وصورة أخرى على جانب ظاهر للعيان في آخر محل إقامة أو مكان عمل للمراد تبليغه وبنشر إعلان موجز في إحدى الصحف اليومية، ويعتبر التبليغ على هذا الوجه صحيحًا مع مراعاة تحديد موعد لحضور المحاكمة إذا تعلق الأمر بتبليغ للحضور أمام المحكمة⁽¹⁾.

رابعاً: من حيث الحضور المتقاضين والخبراء أمام المحكمة:

بعد رفع الدعوى ودفع الرسوم والانتهاء من تبليغ الخصوم بتاريخ موعد الجلسة تبدأ إجراءات التقاضي بنظر الدعوى المقامة أمام القضاء مما يتطلب حضور الخصوم ومحامיהם وهذا ما أكد عليه قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني في نصوص مواده المتعلقة بحضور الخصوم وغيابهم⁽²⁾.

وهنا نلاحظ أن نصوص المواد المتعلقة بحضور الخصوم وغيابهم المنصوص عليها في القانون سالف الذكر جاء عمومياً ولم يحدد بالضبط شكل الحضور فقد يكون حضور حقيقياً مادياً أو معنوياً الكترونياً باتصال مسموع مرتئي يتحقق الغرض عن الحضور الحقيقي وأيضاً من السهل للمحكمة أن تتأكد من صحة التوكيلات التي قام بها أطراف الدعوى موكليهم بإرسال وكالتهم خلال المرافعة، والتتأكد من صحتها من خلال القاضي، وأيضاً حضور الشهود أو الخبراء المنتخبين أو غيرهم فيمكن للمحكمة استدعائهم بشكل الكتروني

⁽¹⁾ المادة (20) فقرة الأولى من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني.

⁽²⁾ المادة (85) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي نصت على أنه (في اليوم المحدد لنظر الدعوى ومع مراعاة القواعد المتعلقة بتبليغ الأوراق القضائية)-.

1. إذا لم يحضر المدعي ولا المدعي عليه تقرر المحكمة شطبها.

2. إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعي عليه وكانت لائحة الدعوى قد بلغت لشخصه حكمت المحكمة في الدعوى، فإذا لم يكن قد بلغ شخصه وجب على المحكمة في غير الدعوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يبلغ بها المدعي عليه لحضوره وتقديم دفاعه ويعتبر الحكم في الدعوى حضورياً.

3. إذا حضر المدعي عليه ولم يحضر المدعي يجوز للمحكمة من تقاء نفسها أو بناءً على طلب المدعي عليه تأجيل الدعوى أو شطبها، فإذا كان للمدعي عليه ادعاء مقابل فله أن يطلب محاكمة المدعي (المدعي عليه في الادعاء المقابل) والسير في الدعوى المقابلة إذا كان المدعي قد تبلغ بالطلبات المقابلة.

4. لا يجوز للمدعي أن يبدي في الجلسة التي تخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو أن يعدل أو يزيد أو ينقص في الطلبات الأولى إلا إذا كان المدعي عليه قد تبلغ بهذه الطلبات.

ويتم النطق باليمين واداء الشهادات بذات الطريقة الالكترونية وسماع اقواله ورؤيته بوضوح من خلال الاتصال المرئي المسموع⁽¹⁾.

خامساً:- من حيث الدفوع واجراءات الاثبات:

لقد أعطى القانون لأطراف النزاع حقوق تمثل بتقديم طرف النزاع دفعهم وطلباتهم قبل الدخول في أساس الدعوى⁽²⁾ التي ثبتت أو تنفي الحق المتنازع عليه أمام القضاء، والتي يكون على المحكمة المختصة القيام بإجراءاتها القانونية بالتحقق من الأدلة لأثبتات الحق الذي ادعى به، ومن ضمن هذه الأدلة الثبوتية قد تكون المحررات الكتابية الرسمية، والتي قام بإنشائها موظف رسمي وفق شروط معينة طبقاً للأوضاع القانونية⁽³⁾.

وقانون المعاملات الالكترونية الفلسطيني قد أخذ بنظام المعاملات الالكترونية والتوجيه الالكتروني فإذا ما توافرت الشروط التي وضعها القانون في المستند الالكتروني سيكون المستند الالكتروني مستند رسمياً والقاضي له سلطة واسعة بموجب القانون في تقدير ادلة الاثبات فيما يخص المستند الالكتروني من أجل الوصول الى الحقيقة⁽⁴⁾، فأدلة الاثبات لا تقتصر على طرف النزاع فقط، فقد تطلب المحكمة من تلقاء نفسها اجراء المخاطبات الرسمية لجلب مستندات رسمية من دوائر الدولة ذات علاقة بموضوع الدعوى والتي تساعدها في حسم موضوع الدعوى، والتي يتطلب مدة طويلة بإصدارها والتتأكد من صحتها في حين ارسال الكتب الرسمية عبر البريد الالكتروني لا يتطلب الا لحظات وتكون صحتها عالية مقارنة بالمحررة الكتابية المعرضة للتزوير، وبالتالي للمستند الالكتروني أهمية عالية كدليل اثباتي مما يساهم في تحقيق القضاء بشكل عاجل وعادل وبأقل وقت ممكن.

سادساً:- من حيث الكشف والمعاينة:

قد يقتضي موضوع الدعوى الاستعانة برأي الخبراء للكشف والمعاينة وإعطاء الآراء الاسترشادية⁽⁵⁾ والتي اجاز قانون البيانات الفلسطيني لاطرف الدعوى الاتفاق على تعينه، وأن تقوم المحكمة بتعيينه من تلقاء

⁽¹⁾ المادة (162) من قانون البيانات الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 والتي نصت على أنه (إذا كان اسم الخبير غير مقيد في جدول الخبراء وجب عليه أن يخلف يميناً أمام المحكمة التي ندبته بغير ضرورة لحضور الخصوم بأن يؤدي عمله بالصدق والأمانة وإلا كان العمل باطلاً ويحرر محضر بخلف اليمين يوقعه رئيس المحكمة والكاتب)

⁽²⁾ المادة (89) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي نصت على (يجب على الخصوم تقديم طلباتهم ودفعهم مرة واحدة قبل الدخول في أساس الدعوى)

⁽³⁾ المادة (9) من قانون البيانات الفلسطيني والتي نصت على (السنن الرسمية هي التي ينظمها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقاً للأوضاع القانونية، أما السنن التي ينظمها أصحابها ويسدقها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تصديقها طبقاً للقانون فتعتبر رسمية من حيث التاريخ والتوجيه فقط).

⁽⁴⁾ المادة (19) من قانون البيانات الفلسطيني والتي نصت على أنه: 1. تكون للرسائل الموقع عليها قيمة السنن العرفى من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها انه لم يرسلها، ولم يكفل أحداً بإرسالها.

2. تكون للبرقيات ومكاتب التلسكوب والفاكس والبريد الإلكتروني هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليها من مرسليها، وتعتبر البرقيات مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

⁽⁵⁾ المادة (150) من قانون البيانات الفلسطيني.

نفسها في حال اختلف طرف النزاع على تعيين خبير، وعليه فإنه يجب على الخبير لتقديم خبرته اجراء الكشف والمعاينة على الاشياء المطلوب تقديم خبرته فيها والانتقال إلى مكان وجود المال للمعاينة والكشف على الشيء المطلوب منه، فالخبير المختص بالمهنة الموكلة اليه يقوم بتحضير محضر ويوقع على محضر الكشف ويقدم تقريره الى المحكمة خلال مدة معينة أو قبل موعد الجلسة المحدد⁽¹⁾.

ومما سبق فإنه لا يمكن الاستعاضة عن الاجراء البديل بأجراء الكشف المكانى، ولكن يمكن بعد انتهاء الخبير من المحضر أن يقوم بتقديمه، وموقع بتوقيع الكترونى ويتم ارساله عبر البريد الالكترونى للمحكمة، ويمكن المناقشة عبر الاتصال السمعي البصري بين المحكمة واطراف النزاع والخبير بعد التقرير.

كما أنه من خلال استخدام تقنية الاتصال الالكترونى يمكن للخبير استلام اتعابه الكترونياً من خلال تحويل المال من أحد اطراف النزاع طالب التقرير إلى الخبير الذي أعد التقرير، وبالتالي يوفر الكثير من الوقت والجهد للمحكمة ولأطراف الدعوى.

سابعاً:- من حيث اصدار الاحكام والقرارات:

كل دعوى قضائية معروضة أمام القضاء لها نهاية، ونهايتها تكون بإصدار الحكم أما بحضور أطراف الدعوى أو غيابهم، وبعد مرور الدعوى القضائية بجميع الاجراءات الالزمة لفهم القاضي لحقيقة الدعوى المعروضة أمامه واستكمال المحكمة قناعتها بما يتوفّر لديها من أدلة ثبوتية تكفي لإصدار حكمها، حينذاك تقرر المحكمة إقفال باب المراقبة وحجز القضية للدراسة وإصدار الحكم، ويعرض على أطراف النزاع أو وكلائهم تقديم مذكرات دفاع ختامية لم يرغب من أطراف النزاع خلال مدة معينة وبعدها تعين جلسة لإصدار الحكم، وهنا يجب ان تصدر المحكمة حكمها بشكل مكتوب موثق في سند رسمي كتابي ورقي يرفق مع ملف الدعوى وهذا ما هو متعارف عليه قانوناً.

ويمكن أيضاً أن يكون الحكم الذي تصدره المحكمة قراراً مكتوباً الكترونياً مع أطراف ويرفق في ملف الدعوى الكترونياً عليه والحصول على نسخة منه ورقية، وفي حالة حصول القرار الذي تصدره المحكمة غيابياً يمكن أن ترسل المحكمة نسخة من القرار الى المدعي عليه عن طريق البريد الالكتروني الخاص به وفي حال الطعن بالحكم استئنافياً، يمكن للقضاء الالكتروني في المحكمة الخاصة بالاستئناف أن تصدر قرارها في الدعوى المستأنفة ويرسل نسخة منه إلى محكمة أول درجة الكترونياً، وفي حال الطعن بالحكم لدى المحكمة العليا في القضاء الالكتروني ترسل نسخة منه إلى المحكمة المختصة عن طريق بريدها بنسخة الكترونية⁽²⁾.

⁽¹⁾ المادة (153) من قانون البيانات الفلسطيني.

⁽²⁾ سيد احمد محمود: دور الحاسوب الالكتروني أمام القضاء، مرجع سابق، ص 65.

ثامناً:- من حيث الطعن في الأحكام والقرارات:

الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باعتبارها صادرة عن محكمة أول درجة تكون قابلة للطعن بطرق الطعن التي نص عليه القانون⁽¹⁾، وعليه يجب أن يقدم الطاعن لائحة طعن يبين فيها أسباب اعتراضه على الحكم⁽²⁾، وتكون لائحة الطعن مكتوبة على ورقة أو مطبوعة فيمكن أن تكون هذه العريضة مكتوبة على شكل سند الكتروني وترسل إلى البريد الإلكتروني الخاص بالمحكمة التي اصدرت الحكم وكذلك الحال لباقي طرق الطعن الأخرى.

المبحث الثاني

وسائل التقاضي الإلكتروني

إن فكرة التقاضي الإلكتروني، التي تبنتها معظم دول العالم، لم تأتي من فراغ، وإنما بواسطة وسائل قانونية سواء كانت دولية، أو إقليمية، وعلى ذلك فإن التقاضي الإلكتروني يحتاج إلى وسائل تقنية وفنية حتى تكون مواكبة للتطورات الحاصلة في المجال الإلكتروني والاتصالات والمعلوماتية وتأهلها لتطبيق إجراءات التقاضي الكترونياً، وعليه فمن خلال هذا المبحث سنتعرف على وسائل التقاضي الإلكتروني عبر عدة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الوسائل القانونية في التقاضي الإلكتروني.

المطلب الثاني: الوسائل التقنية في التقاضي الإلكتروني.

المطلب الثالث: الوسائل التأهيلية في التقاضي الإلكتروني (الإمكانيات البشرية).

⁽¹⁾ المادة (191) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني.

⁽²⁾ المادة (208) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني.

المطلب الأول

الوسائل القانونية في التقاضي الإلكتروني

يعتبر التشريع من أهم الوسائل التي تسهم في عملية التقاضي الإلكتروني، والذي يعني وجود مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تصدر من سلطة مختصة في الدولة وهي السلطة التشريعية وتكون ملزمة بحيث تكون ملائمة تلك التشريعات لحالة التقدم التقني العلمي من خلال استخدام وسائل الاتصال الحديثة لتطبيق إجراءات التقاضي الكترونياً عبر شبكة الاتصال الدولية (Internet).

ويتم ذلك بطريقتين، حيث تمثل الأولى في استبعاد القواعد التقليدية وإصدار قانون جديد ينظم تلك القواعد، والثانية تحديث وتطوير ما هو قائم من قواعد اختصاص تقليدية، و اختيار ما يصلح منها لتطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني، ابتداءً من تقديم لائحة الدعوى إلى موقع المحكمة المختصة عبر البريد الإلكتروني، وانتهاءً بصدور قرار الحكم والطعن فيه، لذلك لابد من إعادة النظر في القوانين النافذة لكل دول العالم، للتفاعل مع هذا التغيير نتيجة للتطور التكنولوجي الحاصل في المجتمعات والتماشي معه لاستيعاب التقنية العلمية الجديدة التي دخلت في كل مجالات الحياة.

وهنا تبرز أهمية الوسيلة التشريعية لهذا النظام، لتكون نقطة ارتكاز ووسيلة قانونية مشروعة لتطبيق إجراءات هذه الآلية الحديثة والمتطورة، باستخدام وسائل التقنية العلمية الحديثة، ومن ثم مواكبة المتغيرات واستثمارها لتحقيق العدالة بأقل جهد ووقف اللحاق بالعالم المتقدم^(١)، ولعل من أهم هذه الوسائل نجد:

أولاً: القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية:

حيث أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم (51/162) في جلسها العامة (85) في سنة 1996/12 القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، والذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، وقد وورد في ديباجة القانون النموذجي بأنه "إذا تؤمن بأن اعتماد اللجنة لقانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية سيساعد على نحو هام جميع الدول في تعزيز تشريعاتها التي تنظم استخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات وعلى صياغة هذه التشريعات في حال عدم وجودها" كما

^(١) هادي حسين الكعبي ونصيف جاسم محمد الكرعاوي: "مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته"، مرجع السابق، ص 313 وما بعدها

وتوصي "بأن تولي جميع الدول اعتبار محبدأ للقانون النموذجي عندما تقوم بسن قوانينها أو تنقيحها ، وذلك بالنظر إلى ضرورة توحيد القوانين الواجبة على البدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات"^(١)

كما ونصت أحكام المادة الثلاثة منه، والمخصصة لتعريف المصطلحات على انه لأغراض هذا القانون : أ- يراد بمصطلح (رسالة البيانات) المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بصرية أو وسائل مماثلة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر ، تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي كما ونصت المادة السادسة منه المخصصة للكتابة على: 1- عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات، ذلك الشرط، إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا، 2- تسري أحكام الفقرة الأولى سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفي في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة، ونصت الفقرة الأولى من المادة التاسعة منه على أنه "في أية إجراءات قانونية، لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل اثبات".^(٢)

ثانياً: القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية:

فقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم (80/56) في 12/12/2001 القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وورد في ديباجته، أن الجمعية العامة للأمم المتحدة "توصي بأن تولي جميع الدول اعتباراً إيجابياً للقانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية إلى جانب القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية المعتمد في عام 1996، عندما تقوم بسن قوانينها أو تنقيحها، وذلك بالنظر إلى ضرورة توحيد القوانين الواجب التطبيق على بدائل الأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات وتوثيقها" وقد عرفت المادة(2/ج) منه رسالة البيانات بأنها تعني "معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الالكتروني للبيانات أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".^(٣)

المطلب الثاني

^(١) القرار رقم 51/162 A/RES، الجمعية العامة للأمم المتحدة، مشار إليه في الموقع الالكتروني <http://www.un.org/arabic/documents/GARes/51>

^(٢)القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية: <https://www.uncitral.org>

⁽³⁾القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية: <https://www.uncitral.org>

الوسائل التقنية في التقاضي الإلكتروني

بعد أن كانت العلاقات القانونية تقع أغلبها في العالم بشكل مادي محسوم، وبوسائل عادية تقليدية ورقية، تغيرت المعايير وظهرت اليوم وسائل تقنية حديثة فرضتها التطورات الحاصلة في العالم، وأيضاً في ظل الازمات الحاصلة في العالم التي منعت الناس من التحرك من بيتهما بسبب انتشار بما يسمى بفايروس كورونا، الذي من أهم سماته سيادة الوسائل الإلكترونية وخاصة وسائل الاتصال الحديثة، التي تعتمد خاصة على شبكة الانترنت ودعائهما، والتي تولدت عنها ضرورة إنشاء هيئات قضائية الكترونية ساعدت في تقليل المسافة وإزالة الحاجز بكافة أشكالها بين أطراف الدعاوى القضائية.

فمن خلال هذا المطلب سنتحدث عن الدعائم التي تساعده في إجراءات التقاضي الإلكتروني وهذا يتطلب وجود محكمة الكترونية تساعده على ذلك وسوف نبين ذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: دعائم شبكة الانترنت المساعدة في إجراءات التقاضي الإلكتروني.

الفرع الثاني: المحكمة الإلكترونية.

الفرع الأول

دعائم شبكة الانترنت المساعدة في إجراءات التقاضي الإلكتروني

إن الثورة العلمية التقنية حطمت الحدود الجغرافية والسياسية؛ وجعلت من العالم قرية صغيرة، فقد أصبحنا نواجه تحديات عديدة في وقت أصبح من الممكن أن تنتقل المعلومات بشكل آمن من دون أي ضوابط أو حدود، ومن هنا تزداد الخطورة للحفاظ على السرية والعدالة في التعامل بالتقنيات العلمية الحديثة، فشبكة الانترنت "Internet"، تخطت الحاجز الجغرافية والطبيعية فتنوع المعاملات عن طريقها ولعل أهمها البريد الإلكتروني والقوانين البريدية والشبكة العنكبوتية العالمية "World Wide Web" والتي يرمز لها "WWW" والتي يطلق عليها أيضا اختصارا خدمة "الويب" "Web"، وهذه الدعائم الإلكترونية تسهم بشكل كبير في تفعيل التقاضي الإلكتروني وسنوجز بيانها على النحو التالي فيما يلي:

أولاً: البريد الإلكتروني

يعد البريد الإلكتروني⁽¹⁾، من أهم الدعائم لشبكة الانترنت بصفة عامة، والخدمة الأكثر استعمالاً وانتشاراً، فهو خدمة تساعده على إرسال واستقبال الرسائل بواسطة الأجهزة الرقمية من خلال شبكة الانترنت، وقد تكون هذه الرسائل على شكل نصوص، أو رسومات، أو قد تُستخدم لإرسال الملفات الصوتية

⁽¹⁾ Heinz Tschabitscher , "What is Email?" www.lifewire.com, Retrieved 17-3-2018. Edited.

والرسومات المتحركة ما بين المستخدمين. وإلى جانب ذلك، فإن البريد الإلكتروني يمكن المستخدم من إرسال البريد لفرد محدد، أو مجموعة محددة ، أو مع مجموعة من المستخدمين خلال نفس الوقت، بالإضافة لإتاحة العديد من الخيارات المتعلقة بهذه المراسلات كإمكانية حفظها، وتحريرها، وطباعتها، وغير ذلك⁽¹⁾.

فيتمكن استخدام تلك الرسائل في مجال التقاضي الإلكتروني بتلقي وإرسال التبليغات القضائية، والأحكام وملفات الدعاوى والطلبات والعرائض التي يمكن أن يرسلها الأطراف لمحاميهم.

ثانياً: الشبكة العنكبوتية العالمية

الإنترنت (Internet) هي عبارة عن مجموعة متصلة من شبكات الحاسوب التي تضم الحواسيب المرتبطة حول العالم، والتي تقوم بتبادل البيانات فيما بينها بواسطة تبديل الحزم بإتباع بروتوكول الإنترنت الموحد (IP)، ويقدم الإنترنت العديد من الخدمات مثل الشبكة العنكبوتية العالمية (الويب)، وتقنيات التخاطب، والبريد الإلكتروني، وبروتوكولات نقل الملفات (FTP)، حيث يمثل الإنترنت اليوم ظاهرة لها تأثيرها الاجتماعي والثقافي في جميع أنحاء العالم، وقد أدت إلى تغيير المفاهيم التقليدية لعدة مجالات مثل العمل والتعليم والتجارة والدعابة وبروز شكل آخر لمجتمع المعلومات.

وهناك الملايين من مواقع الويب على الشبكة لكل منها عنوانه الخاص الذي يشار إليه بأحرف مختصرة والذي يقوم مقام العنوان العادي أو رقم الهاتف⁽²⁾، وعليه يعد الانترنت دعامة أساسية للتواصل الإلكتروني في جميع المجالات ليكون بالإمكان استخدامها في المجال القضائي والتقاضي الإلكتروني، إذ تسطيع الدولة استغلالها في المسائل القضائية بكل أشكالها، من خلال فتح موقع الكترونية، لتصبح بذلك مرفقا عموميا بمعنى بالمحكمة الإلكترونية أو الحكومة الإلكترونية والتي تضم عدة مراافق من ضمنها مرفق المحكمة الإلكترونية.

ثالثاً: خدمة الواي -Fi

هي اختصار لكلمة Wireless Fidelity ، وهي نوع من أنواع تكنولوجيا اللاسلكية، وهو عبارة عن بروتوكول شبكي لاسلكي يسمح للأجهزة الاتصال بالإنترنت دون الحاجة إلى أسلاك الانترنت، وهي من أكثر الوسائل شيوعاً لتوصيل البيانات لاسلكياً في موقع ثابت، كما أنها عبارة عن علامة تجارية خاصة بشركة Wi-Fi Alliance، وهي رابطة دولية من الشركات، والتي تعمل في مجال تقنيات ومنتجات LAN اللاسلكية.

تحكم الواي -Fi معايير IEEE 802.11 تستخد لربط بين مجموعة من أجهزة النظام المعلوماتي (جهاز حاسوب، جهاز التوجيه "Routeur"، الهاتف الذكي، موديم "Modem internet") في إطار شبكة معلوماتية حتى

⁽¹⁾ محمد عصام التراساوي:- تداول الدعوى القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، مرجع سابق، ص 45.

⁽²⁾ خالد ممدوح إبراهيم: الدعوى الإلكترونية واجرانتها أمام المحاكم، مرجع سابق، ص 59.

تسمح بتحويل المعطيات بينها، ويمكن للمستخدمين الاستفادة منها في مجالات أخرى، وهي الاتصال الهاتفي المرن والصوتي، المحلي أو الدولي.

كما نشأت دعائم أخرى لا تقل أهمية عن Wi-fi، تمثل في 3G، 4G، والتي لا تحتاج إلى ربط، أكثر عملية، تساعد خاصة عملية التحقيقات في الأماكن التي لا يوجد بها جهاز التوجيه⁽¹⁾ "Routeur" ، وهذه الخاصية تساعد أيضاً في التحقيقات الجنائية والتعرف على أماكن تواجد الأشخاص في أي مكان في العالم.

الفرع الثاني

المحكمة الإلكترونية

حتى يمكن تطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني بشكل الكتروني، لا بد من وجود محكمة تعمل بالوسائل الإلكترونية، يباشر من خلالها مجموعة من القضاة النظر في الدعاوى والفصل بها بصفة قانونية؛ بمعنى بموجب تشريعات تحولهم مباشرةً بذلك الوسائل المتطورة والحديثة، باعتماد تقنيات فائقة في الحداثة لملفات الدعاوى والتي سيتم تدوين الإجراءات القضائية من خلالها؛ بمعنى برمجة الدعوى القضائية الإلكترونية.

فالتقاضي من خلال المحكمة الإلكترونية⁽²⁾، يعتبر دعامة من دعائم التقاضي الإلكتروني، وتعد كتنظيم تقني معلوماتي يتيح للمتدعرين تسجيل دعواهم، وتقديم أدلةهم وحضور جلسات المحاكمة، تمهدًا للوصول إلى الحكم وتنفيذه، من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية والتي هي جزء من نظام معلوماتي يمكن القضاة من الاتصال بالخصوم دون حضورهم المادي الفعلي، و مباشرةً إجراءات التقاضي، بالتحقيق وسماع الشهود من خلال هذه الدعامة، خاصة عبر الأقاليم الدولية.

فالمحكمة الإلكترونية هي عبارة عن حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود (شبكة الربط الدولية بالإضافة إلى مبني المحكمة) يعكس الظهور المكاني الإلكتروني لأجهزة ووحدات قضائية وإدارية على الشبكة، تعمل هذه الأجهزة على استقبال الطلبات القضائية ولوائح الدعاوى، وتجهيز برامج الملفات الإلكترونية،

⁽¹⁾ Melanie Pinola ، "Understanding Wi-Fi and How it Works" ، www.lifewire.com, Retrieved 23-6-2018. ايضاً خالد ممدوح إبراهيم: الدعوى الإلكترونية واجرائها أمام المحاكم، مرجع سابق، ص 60 Edited.

⁽²⁾ صفاء أوتاني: "المحكمة الإلكترونية، المفهوم والتطبيق"، مرجع سابق، ص 166 وما بعدها.

وتوفير متعدد للمعلومات حول مستجدات الدعاوى، وقرارات الأحكام، وطرق الطعن فيها، بما يمثل تواصلاً دائمًا مع جمهور المواطنين والمحامين.

كما تمكن هذه المحكمة أصحاب العلاقة من المتقاضين، ووكالائهم، من الترافع وتحضير الشهود، وتقديم البيانات، والاتصال المباشر مع العاملين في المحكمة، في كل وقت ومن أي مكان، كما توفر المحكمة آليات جديدة ومتقدمة لمتابعة الدعاوى والاطلاع على مجريات الجلسات، بل وحتى حضور الجلسات إلكترونياً وقرارات الأحكام بكل يسر وسهولة^(١).

وبناء عليه فتجهز المحكمة وقاعاتها، والأقسام الإدارية التابعة لها، والتنفيذية فيها سيأخذ طابع تقنياً، يمكن القضاة والخصوم من متابعة دعواهم والحضور، وتسجيل الطلبات، والاتصال بموظفي قضاة المحاكم، اتصالاً مرئياً إلكترونياً بأقل وقت وجهد.

وعليه، فإن المحاكم الالكترونية، بحاجة هي الأخرى إلى مجموعة من الوسائل، حتى تتم عملية التقاضي بفعالية وطريقة جيدة، هذه الوسائل تمثل فيما يلي:

- 1 موقع الكتروني خاص بالمحكمة.
- 2 جهاز حاسوب.
- 3 السجلات الالكترونية، بالصيغتين "Pdf, Word"
- 4 أجهزة نقل الصوت، كاميرات، مايكروفونات، شاشات عرض.

المطلب الثالث

الوسائل التأهيلية في التقاضي الإلكتروني (الإمكانيات البشرية).

يتوجب لتطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني من خلال الهيئة القضائية الافتراضية، وجود عدة وسائل تأهيلية أساسية تمثل فيما يلي^(٢):

أولاً:- قضاة متخصصون في مجال القضاء الإلكتروني: وهم مجموعة من القضاة النظاميين متخصصون في مجال القضاء الإلكتروني، يباشرون المحاكمات من خلال الموقع الخاص بالمحكمة الإلكترونية، والتي لها موقع الكتروني على الانترنت ضمن نظام قضائي يمكن أن نطلق عليه الدائرة المعلوماتية القضائية^(٣) ،

(1) إن من بين أهم توصيات المؤتمر الدولي، المنعقد في القاهرة في الفترة من 4-2 حزيران، حيث الدولة على إنشاء كيان دولي يساعد على التنسيق بين الجهات الحكومية، ومؤسسات المجتمع المدني لملاحقة المجرمين أينما كانوا، ولضمان نشر التعامل الآمن مع الشبكات الدولية، وذلك عن طريق إنشاء محكمة الكترونية مستقلة للبت في التجاوزات والجرائم الإلكترونية انظر صفاء أوتاني: "المحكمة الإلكترونية، المفهوم والتطبيق"، مرجع سابق، ص 173.

(2) هادي حسين الكعبي ونصيف جاسم محمد الكرعاوي: "مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته"، مرجع السابق، ص 296.

(3) حازم محمد الشرع: التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية ، مرجع السابق، ص 62.

ويباشر هؤلاء القضاة تطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني، وتدوينها في ملف الدعوى الإلكترونية، وهي مكنة الوصول إلى إثبات الحق موضوع الدعوى، من خلال مجموعة متطرورة من الإجراءات الإلكترونية، ويتحقق هذا العنصر من خلال الحصول على دورات مكثفة في علوم الحاسوب ونظم الاتصال والتواصل وبرامج الواقع الإلكتروني وتجهيز مكاتبهم بأحدث الأجهزة والمعدات الحاسوبية التي ستمكنهم من تسجيل الدعوى القضائية الكترونياً ومتابعة سيرها والنظر فيها.

ثانياً:- كتاب ضبط الواقع الإلكتروني

يكون إلى جانب القضاة، نجد موظفين آخرين، يتمثلون في مجموعة من الحقوقيين والمتخصصين أيضاً بتقنيات الحاسوب والبرمجيات، وتصميم وإدارة الواقع الإلكتروني، مؤهلين للعمل في هذا المجال ويمارسون واجبات عديدة في العمل القضائي الإجرائي نذكر أهمها:

أ- تسجيل الدعاوى وإرسالها مع ما تتضمنه من أدلة إثبات، أو أي وثائق أخرى يمكن إرسالها بوساطة الماسح الضوئي "Scanner" ، والاحتفاظ بالأصل لغرض إرساله للمحكمة في حالة طلبها له.

ب- تجهيز جدول مواعيد الجلسات.

ت- استيفاء الرسوم الكترونياً بإحدى وسائل الدفع الإلكتروني.

ث- الاتصال بأطراف الدعوى وتلبيتهم بالحضور في مواعيد انعقاد الجلسات بعد التأكيد من صفة كل منهم سواء كانوا أطراف الدعوى، أو شهوداً، أو غيرهم قبل إدخالهم إلى موقع المحكمة الافتراضية أمام القاضي.

ج- متابعة الدعاوى وعرض الجلسات.

ثالثاً:- إدارة الواقع والمبرمجين

يحتاج التقاضي الإلكتروني لوجود أشخاص لإدارة الواقع وبرمجه، فتوكل مهمة الادارة إلى أشخاص مؤهلين علمياً في مجال البرمجة الإلكترونية، وهم عبارة عن مجموعة من الفنيين المتخصصين بال المجال الإلكتروني الذين يعملون على الأجهزة التقنية ويستخدمون البرامج الإلكترونية الازمة لها يتواجدون خارج قاعة المحكمة عادةً، أو في الأقسام المجاورة لها يكون من أهم واجباتهم متابعة سير إجراءات المحاكمة، ومعالجة العطل التي قد تحدث في الأجهزة والمعدات أثناء المراقبة، وكذلك معالجة الأخطاء الفنية قبل وقوعها، والقيام بحماية النظام من الفيروسات، وإحباط محاولة دخول المخربين والفضوليين على موقع المحكمة، بالإضافة إلى مساعدة كتاب الضبط بتنفيذ واجباتهم التقنية وهذا ما يسمح بتحقيق حماية معلوماتية وفنية لبيانات وإجراءات التقاضي الإلكتروني⁽¹⁾.

(1) دصفاء اوتاني : المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مرجع سابق، ص 176 وما بعدها.

رابعاً: المحامين المعلوماتيين

إن مصطلح المحامي المعلوماتي، يطلق على المحامي الذي يحق له تسجيل الدعوى والترافع في المحكمة الإلكترونية، وهو يمثل نوع حديث من أنواع الممارسة العملية لمهنة المحاماة، حيث يستلزم الأمر معرفة علوم الحاسوب ونظم الاتصال، وتصميم البرامج والمواقع الإلكترونية، مع ضرورة وجود الأجهزة والمعدات الحاسوبية المرتبطة بشبكة الاتصالات الدولية، من خلال مزود الخدمة في مكاتب المحامين الخاصة لتمكنهم من أداء واجباتهم بالشكل الذي يؤدي فيه المحامي رسالة القضاء بشفافية وبمهنية لذا يتوجب أن يكون المحامي على استعداد تام لهذه الفكرة على الصعيدين الشخصي والمكتبي^(١).

خامساً :- تطبيقات أكademie

لم نجد لحد الان واحدة من كليات دراسة القانون وبمختلف الجامعات على مستوى الوطن العربي ومنها فلسطين بل حتى على مستوى العالم اذا ما استثنينا الولايات المتحدة الأمريكية، تقوم بتدريس هذا النوع من التقاضي وتعزيز مفهومه لدى الطلبة بوسائل جديدة للمرافعات القانونية.

من خلال متابعة هذه التطبيقات على المستوى العالمي لا يوجد تطبيق كامل لهذا النظام لدى الدول باستثناء الولايات المتحدة الأمريكية كما اسلفت فإن مفهوم نظام التقاضي الإلكتروني ما زال في بدايته،

ولعل من أبرز الجامعات التي ادخلت هذا النوع من المحاكمات والتقاضي للدراسة الأكademie (جامعة ولیام انڈماری) مدرسة القانون ولاية فرجینيا في الولايات المتحدة الأمريكية فقد تبنت اكademie الحقوق مادتين دراسيتين في اصول واجراءات جديدة للتقاضي الإلكتروني، منها تعليم الطلبة كيفية تصميم الدعوى وحصر البيانات وارسالها الى المحكمة بوسائل الالكتروني، ومادة اخرى تتعلق بالمحاكم وتقديم المرافعات ودعوة قضاء من المحاكم العليا للولاية والمحاكم الفدرالية .

ونحن نؤيد ما طرحته رأي من الفقه⁽²⁾ على اعتماد هذا النوع من التقاضي للتدرис في كليات الحقوق كمادة أساسية نظراً لتزايد انتشار التطوير القضائي لإجراءات المحاكم في الانظمة القضائية للدول ولكن طلبة الحقوق في الجامعات طرفاً في العملية القانونية والقضائية. ونرى بأن هذا الطرح ليس كافياً بل لابد من تطوير نظم التعليم القضائي عن طريق العمل مع المعهد العالي للقضاء بتحديث المناهج الدراسية

⁽¹⁾ محمد محمد الأنفي: "المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول"، مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس" الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية" دبي - دولة الإمارات العربية المتحدة، 2007، ص 19.

⁽²⁾ حازم محمد الشرغة ، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 57.

وتعييمها بالإضافة إلى طلبة كلية القانون ليصبح لدينا كوادر متخصصة قادرة على تفعيل التعامل مع وسائل الاتصال الحديثة وتسخيرها لخدمة الإجراءات القضائية من خلال الدراسة والتطبيق وبمرحلتين أكاديميتين:

ال الأولى دراسة نظرية للمفهوم ومحاولة تطويره وتحديده ووضع أساس الحماية له والثانية في التطبيق والعرض الفعلي لمحاكمات الكترونية متطرفة يساهم في عقدها طلبة القانون والحقوق في الجامعات ضمن قاعدة محاكمة مجهزة بأحدث الوسائل التقنية والحواسيبية وبرامج محدثة لتتم هذه المحاكمات بواسطتها.

فتتصبح هذه الكوادر نواة واساس علمي مؤهل يساهم في اكمال نظام قضائي معلوماتي متتطور يوفر الوقت والجهد وسرعة في تطبيق الاجراءات القضائية لغرض تبسيطها والاسراع بعملية الفصل في القضايا مع تطوير احكام الرقابة عن طريق تمكين التفتيش القضائي من الاطلاع على نسبة الفصل في القضايا بصورة مكثفة للتخلص من اسباب البطء في التقاضي وعملية تأجيل المراجعة.

سادساً :- اعلان النظام الجديد

هذا النوع من التقاضي يتطلب اعلان عنه وبيان ماهيته لزيادة الوعي القانوني والقضائي لدى عامة الناس والطبقات الفقيرة والاميين منهم بشكل خاص عن طريق عقد ندوات ولقاء محاضرات، وعمل حلقات تعليمية، ودورات تثقيفية لهم، وتوزيع المطبوعات المحررة بلغة سهلة الفهم والتي تتناسب مع كافة طبقات المجتمع وبالتالي يتم استيعاب فكرة النظام الجديد الذي يحقق لهم العدالة بإيسر الطرق واسرعها ، لأن البطء في تحقيق العدالة ليس فقط نوع من الظلم وإنما هو انكار لها لأن الحاجة للعدالة هو اشباع تلك الحاجة، وهي حاجة انسانية كالحاجة للدفء أو الظل ، فالعدل أمام القضاء هو مأمن لكل خائف وملاذ لكل مظلوم⁽¹⁾.

وبهذا الاساس نعتقد بأنه في حالة تظافر الجهود المشتركة بين المشرع من جهة والوزارات والدوائر المختصة والمؤسسات الاكاديمية من جهة اخرى خصوصا وإن الامكانيات متاحة ومتوفرة، نتمكن من انشاء نظام قضائي معلوماتي متكمال الاطراف والوسائل والبني التحتية قابل للتنفيذ والتطبيق وكفرع من فروع القانون بالإمكان تدریسه في الجامعات وكليات القانون ونستطيع من خلاله استخدام وسائل الاتصال الحديثة وتحقيق العدالة بشفافية ومواكبة التطور العلمي التقني الذي يمضي بسرعة ونكون سباقين في تحقيق ما تصبو اليه كثير من الدول التي لا تمتلك امكانيات، وبالتالي نتجاوز اعتماد الاجراءات القضائية التقليدية، ونقل العملية القضائية كاملة من واقع الحضور والاتصال المباشر الى واقع شبهي مرجئي موثق وبتكنولوجيا عالية وادخال مفاهيم جديدة على عملية التقاضي.

⁽¹⁾ هادي حسين الكعبي ونصيف جاسم محمد الكراولي: "مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته"، مرجع سابق، ص .85

وهذا نكون قد وضعنا أساساً لنظام قضائي مغاير للأنظمة الموجودة لدى الدول ولا ننتظر الولايات المتحدة والدول الأوروبية حتى تطور اجراءاتها ونأتي في الوطن العربي بركها، ونرسل الوفود العلمية والمتخصصة لتدرس ما لديهم وتأثينا بتجربتهم.

لذلك يتطلب هذا النوع من التقاضي إلى وجود قواعد تشريعية تسمح بإجرائه ويستقل بذاته وتقنياته لإيجاد أصول تقنية متطرفة للمحاكمة المدنية توفر الوقت والجهد وتسرع بإجراءات التقاضي وتسهل على المواطنين الحصول على حقوقهم.

المبحث الثالث

آلية تطبيق التقاضي الإلكتروني

نتيجة التطور التكنولوجي الحاصل في المجتمع فلا بد أن يعيشه جميع الدول منها فلسطين وغيرها من الدول وهناك بعض الدول الأجنبية والعربية تتساير فيما بينها لتطور كواذرها الفنية والإدارية لتواءك هذا التطور من أجل تقديم أفضل الخدمات لمواطنيها، وأن أهم ما يخصنا في بحثنا هذا هو تطوير النظام القانوني التقليدي بما ينسجم مع نظم تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة واستحداث كل ما يمكن لتطويره وتقديم أفضل ما لديه.

حيث اتجهت بعض الدول العربية والاجنبية إلى تبني فكرة التقاضي الإلكتروني وقد تسببت تلك الدول فيما بينها لتطور كواذرها الفنية والإدارية لتواءك هذا التطور من أجل تقديم أفضل الخدمات لمواطنيها، منها مرفق العدالة الفلسطيني الذي اتجه خلال الثلاث سنوات السابقة، إلى تبني فكرة عصرنة المرافق العمومية والأجهزة القضائية التابعة له، وذلك بإرساء وتطبيق قواعد قانونية جديدة، لمواجهة المشكلات التي أسفرت عنها التطورات التي حصلت في مجال تكنولوجيا الاتصال، ويتجلى ذلك من خلال الأخذ بمعطياتها في مجال التقاضي، باستخدام آلية حديثة في العالم، والمتمثلة في التقاضي الإلكتروني، باستخدام نظام الدخول الموحد للمحامين والذي سهل وساعد المحامين لمتابعة قضيائهم بشكل الكتروني من أجل توفير الوقت والجهد.

ولمعرفة تطبيقات دولة فلسطين في هذا المجال، لا بد من بيان **آلية التقاضي الإلكتروني** في فلسطين، ومن ثم آلية التقاضي الإلكتروني في الدول العربية، وأخيراً آلية التقاضي الإلكتروني في الدول الأجنبية عبر ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: آلية التقاضي الإلكتروني في الدول العربية.

المطلب الثاني: آلية التقاضي الإلكتروني في الدول الأجنبية.

المطلب الثالث: آلية التقاضي الإلكتروني في فلسطين.

المطلب الأول

آلية التقاضي الإلكتروني في الدول العربية

لا بد من القاء نظرة على القوانين والتشريعات العربية التي اجازت استخدام الوسائل الإلكترونية والتي سيتم من خلالها توظيف القواعد العامة لتطبيق اجراءات التقاضي دون استبعاد أي منها وسيكون ذلك من خلال عدة فروع على النحو التالي:-

الفرع الأول

التشريعات العراقية

أصدر المشرع العراقي عدة قوانين متعلقة بالمعاملات الإلكترونية في اوقات متفاوتة وهي على النحو التالي:

أولاً:- اجازت المادة (88) من القانون المدني العراقي⁽¹⁾ التعاقد بالטלפון أو باي طريقة مماثلة وهو اعتراف صريح بالتعاقد الإلكتروني والتعبير عن الارادة بتلك الوسيلة والإشارة ضمناً إلى ما سيظهر من وسائل مماثلة ومتطرفة لاحقاً.

ثانياً:- اجازت المادة (104) من قانون الاثبات العراقي⁽²⁾ (للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية).

ثالثاً:- أجازت المادة (19) من قانون التجارة العراقي⁽³⁾ الاستعانة بالأجهزة التقنية الحديثة عوضاً عن الدفاتر التجارية الاختيارية ..

⁽¹⁾ القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

⁽²⁾ قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم (46) لسنة 2000

⁽³⁾ قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1983 المعدل.

رابعاً:- أجازت المادة (38/2) من قانون المصارف العراقي⁽¹⁾ رقم (94) لسنة 2004 احتفاظ المصرف بالسجلات بصورة خطية ولأي مصرف أن يحتفظ بالدفاتر والسجلات والبيانات و المستندات و المراسلات و البرقيات و الإشعارات و المستندات الأخرى المتعلقة بأنشطته المالية بشكل مصغر الميكروفيلم أو خزن البيانات إلكترونيا او الوسائل التكنولوجية المعاصرة الأخرى بدلا من الاحتفاظ بشكلها الأصلي طيلة المدة المحددة في القانون بقدر ما تتوفر نظم و إجراءات وافية لاسترجاع نفس مفعول الأصل من حيث الأثبات وللبنك المركزي أن يصدر لائحة تحدد المتطلبات المفصلة لتلك النظم.

خامساً:- كما أكدت المادة (21) من النظام الداخلي العراقي⁽²⁾ على أن لأجراء سير العمل في المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 إجراء التبليغات بواسطة البريد الإلكتروني والفاكس والتلكس اضافة لوسائل التبليغ الأخرى المنصوص عليها في قانون المراقبات المدنية العراقي.

سادساً:- عرفت المادة (1/68) من مشروع قانون الملكية الفكرية العراقي⁽³⁾ الدائرة المتكاملة بأنها (كل منتج يؤدي وظيفة الكترونية ويكون من مجموعة من العناصر المتصل بعضها ببعض أحدها في الأقل عنصر نشط بحيث تتشكل هذه العناصر فيما بينها من وصلات ضمن جسم مادي معين أو عليه سواء أكان المنتج مكتملا أو في أي مرحلة من مراحل انتاجه) ونصت المادة (2/68) من المشروع على أنه (يجوز استعمال الحاسوب لتسجيل التصاميم والبيانات المتعلقة بها وتكون البيانات و الوثائق المستخرجة منه المصدقة من المسجل حجة على الغير ما لم يثبت صاحب الشأن عكسها) وأجازت المادة (3/151) من المشروع استعمال الحاسوب الآلي لتسجيل الأسماء والبيانات المتعلقة بها وتكون البيانات و الوثائق المستخرجة منه والمصدقة من المسجل حجة على الكافة ما لم يثبت صاحب الشأن عكسها).

سابعاً:- صدر قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي⁽⁴⁾، وعرف الكتابة الإلكترونية بأنها (كل حرف أو رقم أو رمز أو أية علامة أخرى تثبت على وسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للأدراك والفهم) (م 1 خامسا) وعرفت المعاملات الإلكترونية بأنها (الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل الإلكترونية) المادة الأولى الفقرة السادسة والمستندات الإلكترونية بأنها (المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلها أو جزئيا بوسائل إلكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونيا أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ويحمل توقيعا إلكترونيا).

الفرع الثاني

⁽¹⁾ قانون المصارف العراقي رقم (40) لسنة 2003 و قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004

⁽²⁾ النظام الداخلي العراقي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005.

⁽³⁾ مشروع قانون الملكية الفكرية العراقي المعدل عام 2006

⁽⁴⁾ قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 ونشر في الجريدة الرسمية بعدها المرقم (4256) في 2012/11/5

تشريعات الامارات العربية

أصدر المشرع الاماراتي عدة قوانين متعلقة بالمعاملات الالكترونية في اوقات متفاوتة وهي على النحو

التالي:

أولاً:- قانون الامارات العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات وما في حكمها⁽¹⁾: عرفت المادة (1) من هذا القانون، البيانات بأنها (كل ما يمكن تخزينه ومعالجته وتوليد ونقله بوساطة الحاسب الآلي كالأرقام و الحروف و الرموز وما إليها) والبرنامج المعلوماتي بأنه (مجموعة من التعليمات و الاوامر قابلة للتنفيذ باستخدام الحاسب الآلي ومعدة لإنجاز مهمة ما).

ثانياً:- مشروع اتفاقية عربية في شأن المعاملات الالكترونية⁽²⁾ : حيث تم أعداد مشروع اتفاقية عربية في شأن تنظيم أحكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية في نطاق مجلس الوحدة الاقتصادية العربية (جامعة الدول العربية).

وعرفت المادة (2) من المشروع، الكتابة الالكترونية بأنها (كل حرف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى، تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة، وتعطي دلالة قابلة للإدراك) وعرفت الرسالة البيانات بأنها (الوثيقة الالكترونية التي تتضمن المعلومات التي يتم انشاؤها أو أرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل أخرى مشابهة، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي).

كما ونصت المادة (20) من المشروع على ان (للكتابة الالكترونية و الوثائق و المحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية و الادارية ذات الحجية المقررة للكتابة، و المحررات الرسمية و العرفية في احكام قانون الاثبات في المواد المدنية و التجارية، متى استوفت الشروط و الضوابط الفنية الواردة في هذه الاتفاقية او التي تحدها الهيئة، او المتفق عليها في اطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية)

أيضا نصت المادة (23) من المشروع على ان (يمتنع التوقيع الالكتروني و الكتابة الالكترونية و الوثائق و المحررات الالكترونية بالحجية في الاثبات اذا توفرت فيها الشروط الآتية...).

الفرع الثالث

⁽¹⁾ قانون الامارات العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات: حيث اعتمد مجلس وزراء العدل العرب في دورته التاسعة عشر بالقرار رقم (495/د) في 18/10/2003م و مجلس و وزراء الداخلية العرب في دورته الحادية والعشرين بالقرار رقم (417) د في 21/4/2004 قانون عربي استرشادي لمكافحة جرائم المعلومات، أعدته لجنة مشتركة بين المجلسين وقدمت تقريراً مورحاً في 21/5/2002

⁽²⁾ مشروع اتفاقية عربية في شأن المعاملات الالكترونية: وافق بقرار المجلس المرقم (1150) في 7/6/2001 في دورة انعقاده العادية الثالثة و السبعين.

التشريعات التونسية

أصدر المشرع التونسي عدة قوانين متعلقة بالمعاملات الإلكترونية في أوقات متقاربة وهي على النحو

التالي:

أولاً :- أجازت المادة الأولى من قانون المبادرات والتجارة الإلكترونية التونسي⁽¹⁾ على أن يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون، وعرف المادة (2) من القانون، المبادرات الإلكترونية بأنها (المبادرات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية)، كما نص المادة (4) على أن يعتمد قانوناً حفظ الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد الوثيقة الكتابية، ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل الكتروني.

ثانياً:- لقد منح المشرع التونسي مكانة متميزة للكتابة عند تنقيح مجلة الالتزامات والعقود التونسية⁽²⁾ بأدراج أحكام خاصة بالوثيقة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني، فالوثيقة الإلكترونية تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يمكن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة وهذا ما نصت عليه المادة 453 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

الفرع الرابع

التشريعات الأردنية

لم يورد المشرع الأردني تعريف للكتابة الإلكترونية في قانون المعاملات الإلكترونية⁽³⁾ وإنما ورد تعريف للمعاملات الإلكترونية في المادة (2) منه اذ نصت بأنها (المعاملات التي تنفذ بوسائل الكترونية) والسجل الكافي بأنه (القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل الكترونية) والعقد الإلكتروني بأنه (الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً).

وهناك قانون الأوراق المالية المؤقت رقم (23) لسنة 1997 ونصت المادة (24/ب) منه على أن (تعتبر القيود المدونة في سجلات البورصة وحساباتها سواءً أكانت مدونة يدوياً أم إلكترونياً، وأي وثائق صادرة عنها دليلاً قانونياً على تداول الأوراق المالية المبينة فيها بتاريخ تلك السجلات أو الحسابات أو الوثائق ما لم يثبت عكس ذلك).

وتؤكد هذا التوجه بصدور قانون الأوراق المالية رقم (76) لسنة 2002 وأعترف للبيانات الإلكترونية الصادرة عن الحاسوب بحجية قانونية في الإثبات، وأعترف كذلك لتسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة

⁽¹⁾ قانون المبادرات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000.

⁽²⁾ مجلة الالتزامات والعقود التونسية بموجب القانون عدد (57) لسنة 2000 الصادر في 13/6/2000.

⁽³⁾ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001.

الفاكسميلي بحجية قانونية في الأثبات في المادة (113) من قانون البنوك رقم (28) لسنة 2000 أعتبرت المشرع بالحجية القانونية لوسائل المعاملات الإلكترونية ، ويتولى البنك المركزي وضع نظام الكتروني لتحويل الأموال بالتنسيق مع البنوك، وأعتبرت للبيانات الإلكترونية و البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب أو مراسلات الفاكس ميل بحجية في الأثبات، وأعطى القانون للبنوك التجارية حق الاحتفاظ بصورة مصغرة (الميكروفيلم أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة) بدلاً من أصل الدفاتر والسجلات والكشفات والوثائق و المراسلات و البرقيات و الإشعارات، وأكد المشرع لهذه الصور المصغرة حجية قانونية هي حجية الأصل في الأثبات.

كما أن المادة (1/80) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988 المعدل نصت على مفهوم الكتابة و المستند الإلكتروني (يدون كاتب الضبط محضر المحاكمة بخط اليد أو بوساطة أجهزة الحاسوب أو الأجهزة الإلكترونية ...).

الفرع الخامس

تشريعات إمارة دبي

عرفت المادة (2) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (2) لسنة 2002 المعلومات الإلكترونية بانها (معلومات ذات خصائص الكترونية في شكل نصوص او رموز او اصوات او رسوم او صور او برامج حاسب الي او غيرها من قواعد البيانات) وعرفت السجل او المستند او المستند الإلكتروني بأنه (سجل او مستند يتم انشاؤه او تخزينه او استخراجه او نسخه او ارساله او ابلاغه او استلامه بوسيلة الكترونية ، على وسيط ملموس او على أي وسيط الكتروني اخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه) وعرفت الرسالة الإلكترونية بانها (معلومات الكترونية ترسل او تستلم بوسائل الكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه)⁽¹⁾.

الفرع السادس

التشريعات البحرينية

عرفت المادة (1) من قانون التجارة الإلكترونية رقم (29) لسنة 2002 الصادر في 2002/9/14 السجل الإلكتروني بأنه (السجل الذي يتم انشاؤه او ارساله او تسلمه او حفظه بوسيلة الكترونية) وعرفت

⁽¹⁾قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية في امارة دبي رقم (2) لسنة 2002

المعلومات باهها (البيانات والنصوص والصور والأشكال والاصوات والرموز وبرامج الحاسب والبرمجيات وقواعد البيانات والكلام وما شابه ذلك)⁽¹⁾.

الفرع السابع

التشريعات المصرية

أصدر المشرع المصري عدة قوانين متعلقة بالمعاملات الالكترونية في اوقات متفاوتة وهي على النحو التالي:

أولاً:- منح المشرع المصري في قانون التجارة⁽²⁾ السندات (المحررات) الالكترونية الناتجة عن الفاكس والتلكس والميكروفيلم وأي وسيلة الكترونية مماثلة نفس القوة القانونية للسندات (المحررات) سواء اكان اصل المستند ام صورته, وذلك بشرط ان يتم اصدار قرار من وزير العدل يحدد القواعد والضوابط الخاصة بمثل هذه السندات (المحررات) مع توفر شرط الاستعجال ليتم اسباغ الحجية عليها, وفي حالة عدم توفر الاستعجال فان السندات (المحررات) التي تتم بالوسائل التي حددها المشرع في قانون التجارة لا تكون لها حجية السندات (المحررات) التقليدية في الاثبات.

كما أن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (37) لسنة 1994 (المنشور في الجريدة الرسمية بعدها المرقم 16 في 31/4/1994) منح حجية قانونية للوسائل الالكترونية, الا انه يشترط الكتابة ليكون السند (المحرر) حجية قانونية بالإضافة الى اتفاق ارادة طرف التحكيم المسبق لقبول مثل هذه الوسائل ومخرجاتها⁽³⁾

ثانياً:- عرفت المادة (1) من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المصري رقم (15) لسنة 2004 (أ)- الكتابة الالكترونية : كل حروف او ارقام او رموز او دلالة قابلة للأدراك بـ- المحرر الالكتروني بأنه (رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ او تدمج او تخزن او ترسل او تستقبل كليا او جزئيا بوسيلة الكترونية او رقمية او ضوئية او بأية وسيلة اخرى مشابهة)⁽⁴⁾.

⁽¹⁾قانون التجارة الالكترونية البحريني رقم (29) لسنة 2002

⁽²⁾قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.

⁽³⁾قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (37) لسنة 1994

⁽⁴⁾قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004

ثالثاً:- عرفت المادة (1) من مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري المحرر الالكتروني بأنه (كل انتقال او ارسال او استقبال او تخزين لرموز او اشارات او كتابة او صور او اصوات او معلومات أيا كانت طبيعتها من خلال وسيط الكتروني)⁽¹⁾.

الفرع الثامن

التشريعات السعودية

صدر نظام التعاملات الإلكترونية السعودي بموجب المرسوم الملكي رقم م/18 في 8/3/1428 للهجرة وقرار مجلس الوزراء رقم 80 في 7/3/1428 للهجرة، ونصت المادة 1/13 السجل الإلكتروني بالبيانات التي تنشأ أو ترسل أو تبث أو تحفظ بوسيلة الكترونية وتكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها بشكل يمكن فهمها⁽²⁾.

الفرع التاسع

تشريعات سلطنة عمان

صدر قانون المعاملات الإلكترونية في سلطنة عمان بموجب المرسوم السلطاني رقم 69 لسنة 2008 وعرف المعاملة الإلكترونية بأنها أي أجراء أو عقد يبرم أو ينفذ كلياً أو جزئياً بوساطة رسائل الكترونية، وعرف المرسوم السجل الإلكتروني بأنه العقد أو القيد أو رسالة المعلومات التي يمكن إنشاؤها أو تخزينها أو استخراجها أو نسخها أو إرسالها أو إبلاغها أو تسللها بوسائل الكترونية على وسيط ملموس أو أي وسيط آخر ويكون قابلاً للتسلل بشكل يمكن فهمه⁽³⁾.

الفرع العاشر

التشريعات المغربية

أصدر المشرع المغربي قانون رقم (5) لسنة 2007 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، ويعد مكملاً ومتمماً لقانون الالتزامات والعقود المغربي، ولم يعرف الكتابة الإلكترونية، ولكنه نص في الفصل (1) المادة 1/2) على أنه (عندما يكون الأدلة بمحرر مطلوباً لأثبات صحة وثيقة قانونية يمكن إعداد هذا المحرر

⁽¹⁾ قانون التجارة الإلكتروني المصري 15 لسنة 2017.

⁽²⁾ نظام التعاملات الإلكترونية السعودي لسنة 1428 هجري.

⁽³⁾ نص المادة 1 من قانون المعاملات الإلكترونية في سلطنة عمان بموجب المرسوم السلطاني رقم 69 لسنة 2008 م.

وحفظة بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون) وأن الدليل الكتابي ينبع عن أي اشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة كيما كانت دعامتها وطريقة ارسالها⁽¹⁾.

المطلب الثاني

القوانين النموذجية الدولية وبعض التشريعات الأجنبية

وردت الكتابة الحديثة في القوانين النموذجية الدولية، وبعض التشريعات الأجنبية، هذه القوانين التي ارست أسس استخدام الوسائل الالكترونية في الاجراءات، ونرى موقف هذه القوانين من الكتابة الالكترونية تباعاً على وفق فرعين نتطرق في الاول للقوانين النموذجية الدولية وفي الثاني نعرض لهم التشريعات الأجنبية.

الفرع الأول:- القوانين النموذجية الدولية.

الفرع الثاني:- التشريعات الأجنبية.

الفرع الاول

القوانين النموذجية الدولية

أولاً:- أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم (85) في 16/12/1996 القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، وورد في ديباجة القانون النموذجي (وأذ تؤمن بأن اعتماد اللجنة للقانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية سيساعد على نحو هام جميع الدول في تعزيز تشريعاتها التي تنظم استخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات وعلى صياغة هذه التشريعات في حال عدم وجودها) و (توصي بأن تولي جميع الدول اعتبار محбذا للقانون النموذجي عندما تقوم بسن قوانينها او تنقيحها، وذلك بالنظر الى ضرورة توحيد القوانين الواجبة على البدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات).

ونصت المادة (3) من القانون النموذجي والمخصصة لتعريف المصطلحات على انه لأغراض هذا القانون : أ- يراد بمصطلح (رسالة البيانات) المعلومات التي يتم انتاجها او ارسالها او استلامها او تخزينها بوسائل الكترونية او بصرية او وسائل مماثلة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرق.

⁽¹⁾قانون التبادل الالكتروني المغربي رقم (5) لسنة 2007.

أيضاً ونصت المادة (6) من القانون النموذجي المخصصة للكتابة على : 1- عندما يشترط القانون ان تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات، ذلك الشرط، اذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع اليها لاحقا 2- تسري أحكام الفقرة (1) سواء اتخاذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفي في القانون بمجرد النص على العواقب التي تتربى اذا لم تكن المعلومات مكتوبة، ونصت الفقرة (1) من المادة (9) من القانون النموذجي على انه (في اية اجراءات قانونية، لا يطبق أي حكم من احكام قواعد الاثبات من اجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل اثبات) ⁽¹⁾.

ثانياً:- اقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها الم رقم (80/56) في 12/12/2001 القانون النموذجي بشان التوقيعات الالكترونية الذي وضعته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وورد في ديباجة هذا القانون، ان الجمعية العامة للأمم المتحدة (توصي بان توسيع جميع الدول اعتباراً ايجابياً للقانون النموذجي بشان التوقيعات الالكترونية الى جانب القانون النموذجي بشان التجارة الالكترونية المعتمد في عام 1996، والمستكمل في عام 1998، عندما تقوم بسن قوانينها او تفيقها، وذلك بالنظر الى ضرورة توحيد القوانين الواجب التطبيق على بدائل الاشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات وتوثيقها) وعرفت المادة (2/فقرة ج) من القانون، رسالة البيانات بأنه (تعني معلومات يتم إنشاؤها او ارسالها او استلامها او تخزينها بواسائل الكترونية او صوئية او بوسائل مشابهه، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الالكتروني للبيانات او البريد الالكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي) ⁽²⁾.

ثالثاً:- كما اجازت المحكمة الجنائية الدولية بموجب م 68 فقرة ثانيا من نظام روما الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية المادة 28 فقرة 2 واستثناء من مبدأ علنية الجلسات المنصوص عليها في المادة 67 دوائر المحكمة ان تقوم حماية للمجنى عليه والشهود او المتهم بإجراء اي جزء من المحاكمة في جلسات سرية او بالسماح بتقديم الادلة بوسائل الكترونية خاصة أخرى ⁽³⁾.

الفرع الثاني

التشريعات الأجنبية

من خلال هذا الفرع سنتعرف على التشريعات الاجنبية التي تبني الشكل الالكتروني في معاملاتها.

أولاً:- فرنسا

⁽¹⁾ القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية: <https://www.uncitral.org>

⁽²⁾ القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية: <https://www.uncitral.org>

⁽³⁾ نظام روما الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

صدر القانون رقم (230) في 13/3/2000م المعدل للمواد (1317) و (1326) من القانون المدني الفرنسي و أصبح الحكم القانوني في فرنسا على النحو الآتي⁽¹⁾ :

- 1- يحصل الدليل الكتابي من رسائل أو صور أو أرقام أو أية اشارات أو رموز تتمتع بدلاله واضحة مهما كانت دعامتها أو سيلة تداولها، وتقبل الكتابة بالصيغة الالكترونية في الاثبات بنفس قوة الكتابة على الدعامة الورقية بشرط ان تعرف أصول الشخص الذي صدرت عنه وان ثبت وتحفظ الشروط التي تطلبها طبيعة هذه الكتابة وان تضمن سلامتها، وتتمتع الكتابة على الدعامة الالكترونية بنفس قوة الاثبات على الدعامة الورقية.
- 2- لقد تبني المشرع الفرنسي مفهوما واسعا للكتابة واعترافا بالكتابه الالكترونية فقد منحها الحجية القانونية ذاتها المقررة للكتابة التقليدية في الاثبات، فالدليل الكتابي المطلوب لأغراض الاثبات يمتاز باحترام الحياد الفني وعدم التمييز بين دعامتات الكتابة او الوسيلة التي يتم بها نقلها.

ثانياً:- انكلترا

تبني قانون الاثبات الصادر في 25/10/1968 مفهوما واسعا للسندي المقبول في الاثبات فشمل الى جانب السنديات المكتوبة الصورة الفوتوغرافية والاسطوانات والاشرطة السمعية وغيرها من الاوعية التي تسجل عليها الاصوات وتقبل النسخ والافلام والاشرطة والسنديات الالكترونية المستخرجة من الحاسب الالي، وحددت المادة (5/2) من هذا القانون الشروط الواجب توفرها في المستند الالكتروني لكي تكون له حجية السندي بالمفهوم التقليدي وهي 1- ان يكون المستند الالكتروني قد تم الحصول عليه بصورة منتظمة. 2- ان يكون الجهاز الذي صدر عنه المستند الالكتروني يعمل بصورة منتظمة. 3- ان تكون البيانات قد استخرجت بطريقة اعتيادية⁽²⁾.

وصدر في عام 1996 قانون جديد أصبح نافذاً في حزيران من العام ذاته، واعطى الحجية القانونية لكل سندي يصدر من المعطيات الحاسب الالي، اذ عرف السندي الالكتروني بأنه السندي الذي يشمل أي شيء فيه تسجيل لشرح أو وصف لأية معلومات، واعطى القانون للقاضي سلطة تقدير واسعة في ترجيح الاخذ بالسنديات الالكترونية⁽³⁾.

ثالثاً:- الولايات المتحدة الامريكية

⁽¹⁾ القانون المدني الفرنسي رقم (230) في 13/3/2000م المعدل للمواد (1317) و (1326).

⁽²⁾ قانون الاثبات انكلترا الصادر في 25/10/1968.

⁽³⁾ قانون الاثبات انكلترا الصادر في 1996.

كانت مصادر قواعد الأثبات في الولايات المتحدة الأمريكية تتركز على العرف والعادة وبمقتضى القانون العمومي (Common Law) يجب التقييد بقواعدتين قد يعيقان الأثبات بوساطة السندات الإلكترونية وهما:

القاعدة الأولى: قاعدة الأثبات الأفضل (Best Evidence Rule) التي تشترط وجود الأصل أو النسخة الأصلية وهو غير متوفّر في السندات الإلكترونية.

القاعدة الثانية: قاعدة عدم جواز الأثبات بما يسمع أو يقال (Hear Say Rule) وهي تعد السندات الإلكترونية، بانها نوع مما يسمع او يقال، ولكن المحاكم الأمريكية بدأت تمنح قاعدة الأثبات تفسيراً واسعاً ومتطرفاً يراعي التقنية الحديثة، كما ان قانون الأثبات الفدرالي الأمريكي (Federal Rules Of Evidence) الذي جرى اعتماده تدريجياً في غالبية الولايات الأمريكية الى توحيد قواعد الأثبات في الولايات المتحدة⁽¹⁾، وتنص الفقرة (1) من المادة (1001) منه، على ان التسجيلات الإلكترونية، وكل شكل اخر يستخدم في جميع البيانات، تعتبر بمثابة الصيغة الخطية وبحسب الفقرة (3) من هذه المادة تؤلف (صيغة اصلية) كل طباعة ورقية للتسجيلات الإلكترونية، ولكن بشرط ان تنتقل عنها بشكل أمن، وصدر في عام 1999 قانون العقود الإلكترونية حيث نصت الفقرة السابعة من المادة الثامنة منه على ان المحرر الكتافي هو كل محرر يتم انشاؤه أو تحويله أو إرساله أو ايصاله أو تسليمه أو خزنه بالطرق الإلكترونية⁽²⁾.

وصدر في عام 2000 القانون رقم (761) وهو قانون التوقيع الإلكتروني في التجارة العالمية والوطنية و الذي دخل حيز النفاذ في 10/1/2000 ويستهدف اقامة نظام قانوني يقضي بإيفاء التقنية الإلكترونية للمطلبات التقليدية المتعلقة بالكتابة الورقية، وينص هذا القانون على ان التوقيع أو العقد أو المحرر لا يكون عديم القيمة القانونية في الأثبات مجرد وروده بشكل الكتروني.

والملاحظ أن قوانين المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية العربية متاثرة إلى حد كبير بالقانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (الأونستارال) في العديد من الأحكام والنصوص والتعريفات ، وهي بلا شك نقل حرفي النصوص القانون النموذجي بنسخة العربية المعتمدة من الأمم المتحدة .

المطلب الثالث

آلية التقاضي الإلكتروني في فلسطين

نتيجة التطور التكنولوجي الحاصل في الدول الأخرى العربية والاجنبية والتي تتسابق فيما بينها لتطوير كوادرها الفنية والإدارية لتواكب هذا التطور من أجل تقديم أفضل الخدمات لمواطنيها في جميع

⁽¹⁾ قانون الأثبات الأمريكي لسنة 1998.

² قانون العقود الإلكترونية الأمريكي لسنة 1999.

المجالات الحياتية، كان لا بد ان تعيشه فلسطين وأن أهم ما يخصنا في درستنا هذا هو تطوير النظام القانوني التقليدي بما ينسجم مع نظم تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة واستحداث كل ما يمكن لتطويره وتقديم افضل ما لديها وسنتناول في هذا الفرع الأول: التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية في فلسطين

الفرع الثاني: بوادر تطبيق نظام التقاضي الإلكتروني في فلسطين.

الفرع الأول: التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية في فلسطين.

الفرع الثاني: بوادر تطبيق نظام التقاضي الإلكتروني في فلسطين.

الفرع الأول

التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية في فلسطين

اتجه مرفق العدالة الفلسطيني خلال الخمس سنوات الأخيرة، إلى تبني فكرة عصرنة المراقبة العمومية والأجهزة القضائية التابعة له، وذلك بإرساء وتطبيق قواعد قانونية جديدة، لمواجهة المشكلات التي أسفرت عنها التطورات التي حصلت في مجال تكنولوجيا الاتصال ويتجلّى ذلك من خلال الأخذ بمعطياتها في مجال التقاضي، باستخدام آلية حديثة في العالم والمتمثلة في التقاضي الإلكتروني، المحادثة المرئية عن بعد، والتي درج المشرع الفلسطيني على اصدار قانون رقم (6) لسنة 2013 بشأن المعاملات الإلكترونية وقد عرف المشرع الفلسطيني المعاملات الإلكترونية بأنها أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم ابرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية، وعرف تبادل البيانات الإلكترونية بأنها نقل البيانات بوسائل الكترونية من شخص إلى آخر أو من منظومة الكترونية إلى منظومة الكترونية أخرى.⁽¹⁾ بهذا نجد أن المشرع الفلسطيني قد تبني فكرة استخدام الوسائل الإلكترونية في المعاملات بين الناس.

الفرع الثاني:

بوادر تطبيق نظام التقاضي الإلكتروني في فلسطين

بدأت بوادر التقاضي الإلكتروني في فلسطين، تشرق منذ سنة 2014، من خلال تصريح مدير عام الإشراف الإداري على المحاكم النظامية في قطاع غزة من خلال ورشة نظمها مجلس القضاء الأعلى بالشراكة مع الشرطة القضائية والذي جاء فيه: أنه تم إنشاء منظومة العدالة الإلكترونية لحل مجموعة من الإشكاليات التي تواجه العمل، وقد خرجت الورشة بتوصيات كان أهمها تشكيل لجنة تنسيق مشتركة من

⁽¹⁾ نص المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم 6 لسنة 2013 "تعريفات"

الشرطة القضائية والمجلس الأعلى للقضاء على أن تباشر عملها وتوصلها فور انتهاء الورشة، والربط الإلكتروني بين أجزاء العدالة وزيادة أعداد المبلغين من الشرطة القضائية⁽¹⁾.

كما أعلن المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 2/4/2016م، عن مباشرة العمل بخدمات المحامين الإلكترونية والتي تمكّنهم من الاستعلام عن القضايا والدعوى في جميع المحاكم النظامية إلكترونياً، وذلك بالتعاون الفني مع الحاسوب الحكومي ، مبيناً أن هذه الخدمة جاءت بعد جهود كبيرة لحوسبة كافة أعمال المحاكم وربطها إلكترونيا⁽²⁾.

كما وصرح رئيس مجلس القضاء الأعلى المستشار ضياء الدين المدهون بأن السلطة القضائية تسعى إلى حوصلة المنظومة القضائية: لتعزيز رقيها وجودة خدماتها المقدمة للمواطن والذي جاء من خلال استقبال رئيس مجلس القضاء الأعلى وفدا من شركة ويب كوم تكنولوجى، حيث أكد إن أي مؤسسة يقاس تطورها من خلال منظومتها الإلكترونية، وعملياتها الحوسية، مضيفاً أن هدف السلطة القضائية تحقيق العدالة بين الناس. وسعها إلى تطوير منظومة الحوصلة في القضاء: لتعزيز رقيها وجودة خدماته المقدمة للمواطنين، من خلال وجود برنامج الكتروني يسهل العملية القضائية؛ ولذلك جزءاً أساسياً من أدوات تحقيق العدالة⁽³⁾.

كما اعتمد رئيس مجلس القضاء الأعلى بغزة إنشاء جريدة القضاء الإلكترونية المتخصصة بنشر قرارات الإمهال، وأحكام المحاكم وما يتعلق بمواعيد جلساتها، وما يصدر عن مجلس القضاء ورئيسه من قرارات وتعليمات، بالإضافة إلى نشر السوابق القضائية، والمقالات والأبحاث القانونية المتعلقة بالجانب القضائي⁽⁴⁾.

الخاتمة

بعد أن شارفت دراستنا المتواضعة حول التقاضي الإلكتروني في فلسطين على الانتهاء، لابد لنا أن نسطر ما توصلنا إليه من نتائج فيها، وما تم خوض عنها من مقترنات عسى، أن تساعد المشرع الفلسطيني في تطوير تشريعاته النافذة، وأن تساهم هذه الدراسة بإثراء المكتبة القانونية الفلسطينية، لقلة الكتابات في هذا الموضوع.

⁽¹⁾ الصفحة الرسمية لمجلس القضاء الأعلى بغزة على موقع التواصل الاجتماعي "الفيس بوك" منتشر بتاريخ 3 مارس 2014.

⁽²⁾ الصفحة الرسمية لمجلس القضاء الأعلى بغزة على موقع التواصل الاجتماعي "الفيس بوك" منتشر بتاريخ 2 ابريل 2016.

⁽³⁾ الصفحة الرسمية لمجلس القضاء الأعلى بغزة على موقع التواصل الاجتماعي "الفيس بوك" منتشر بتاريخ 18 ديسمبر 2021، كما وصرح رئيس مجلس القضاء الأعلى بغزة بتاريخ 27 ديسمبر لعام 2021 بأنه يتم العمل على إنشاء منظومة قضائية إلكترونية موحدة، تساهم في تيسير إجراءات التقاضي وتحقيق العدالة الناجزة، وتحفيظ العبء على جمهور المتخاصمين، وتمتنع الازدحام داخل المحاكم والدوائر التابعة لها". مؤكداً على تطوير آليات التقاضي أمام المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها، بحيث توفر هذه المنظومة القدرة على تسجيل الدعاوى منذ بدايتها، وما يطرأ عليها من إجراءات حتى صدور الحكم النهائي.

⁽⁴⁾ الصفحة الرسمية لمجلس القضاء الأعلى بغزة على موقع التواصل الاجتماعي "الفيس بوك" منتشر بتاريخ 24 يناير 2022.

أولاً: النتائج

- 1 إن التقاضي الإلكتروني يتطلب جملة من الوسائل، منها: القانونية، سواء كانت من المنظومة الدولية، الإقليمية، أو الداخلية على حد سواء، وسائل تقنية، وهي لا تقل أهمية عن الأولى وتمثل في شبكة الانترنت ودعائمها، وسائل تأهيلية، تمثل في الطاقم البشري الافتراضي أي القضاة والمحامون، كتاب الضبط، إلى جانب الأكفاء في عالم المعلوماتية، من مهندسين وتقنيين.
- 2 إن مصطلح التقاضي الإلكتروني، يعد من المصطلحات والمفاهيم الحديثة حيث أنه لم يظهر إلا قبيل سنوات بعد انتشار مصطلح الحكومة الإلكترونية، وإذا كان مصطلح الحكومة الإلكترونية يعني بالخدمات الحكومية كافة فإن مصطلح التقاضي الإلكتروني يختص بخدمات الهيئات القضائية، وهو عبارة عن تنظيم تقني معلوماتي ثنائي الوجود شبكة الربط الدولي بالإضافة إلى مبنى الجهاز القضائي المعنى، يتيح للخصوم تسجيل دعواهم وتقديم أدلةهم وحضور جلسات المحكمة تمهدًا للوصول إلى الحكم القضائي العادل، وتنفيذها من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة.
- 3 إن التقاضي الإلكتروني عبارة عن تنظيم تقني معلوماتي ثنائي الوجود ((شبكة الربط الدولية بالإضافة إلى مبنى المحكمة)) يتيح للخصوم تسجيل دعواهم وتقديم أدلةهم وحضور جلسات المحكمة تمهدًا للوصول إلى الحكم القضائي العادل وتنفيذها من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة.
- 4 إنشاء موقع الكترونية لوزارة العدل ومجلس القضاء الأعلى ومعهد القضاء العالي والمحاكم القضائية بكافة أنواعه في فلسطين.

ثانياً: المقترنات

- 1 تطوير النظام المعلوماتي لقاعدة بيانات السلطة القضائية، طبقاً لأحدث نظم البرمجة المعتمدة دولياً والقابلة للتطوير.
- 2 إدخال تطبيقات التقاضي الإلكتروني إلى النظام القضائي الفلسطيني من خلال الإصلاح التشريعي وتوحيد التشريعات التي تحكم موضوع التقاضي الإلكتروني وتطوير وتفعيل تطبيق القوانين الساندة مثل قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وقانون التنظيم القضائي وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني.
- 3 إصلاح المنظومة التشريعية وتوحيدتها، حيث نجد نوعاً من الإجحاف في التقنين الفلسطيني إذ يجب إدخال فصل كامل حول التقاضي الإلكتروني في التشريع الفلسطيني.
- 4 الربط بين الموقع الإلكتروني لوزارة العدل، والهيئات القضائية.

- 5- إضافة نافدة على الواقع الإلكتروني للهيئات القضائية، تسهل على المواطن عملية التقاضي الإلكتروني، بشرحات بصيغة Pdf، وأخرى مرئية، حول كيفية استخراج الأحكام.
- 6- العمل على إجراء دورات تدريبية دورية في مجال القضاء الإلكتروني لكل العاملين في مجال القضاء من قضاة ومحامين وأمناء ضبط وفنيين لمواكبة أي تطور حاصل في مجال التقنية العلمية من جهة وتحقيق حماية أكبر للدعوى الإلكترونية من خطر الاختراق حفاظاً على سرية المعلومات والمعاملات القضائية.
- 7- دعم القدرات المؤسسية لوزارة العدل ومجلس القضاء الأعلى والمحاكم القضائية عن طريق تدريب العاملين وتحديث نظم العمل في المحاكم وذلك بإدخال أنظمة إدارة الدعوى الإلكترونية وتدريب العاملين على استعمالها مع تشديد الرقابة عن طريق الإشراف القضائي وتمكينه من الاطلاع على نسبة الفصل في الدعاوى القضائية بصورة يومية ومكثفة للتعرف على أسباب التأخير في التقاضي .
- 8- تعديل قانون العقوبات بتشديد العقاب على الجرائم الإلكترونية الواقعة في مجال التقاضي الإلكتروني لتحقيق حماية جنائية أكبر.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب القانونية:

- 1- أسعد فاضل منديل: التقاضي عن بعد، دراسة قانونية، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، سنة 2014م.
- 2- حازم محمد الشريعة: التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة، الأردن، سنة 2010م.
- 3- القاضي حاتم جعفر: دور التقاضي الإلكتروني في رسم وتطوير العدالة ، قراءة في الواقع الحالي والنتائج المتربطة ، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر المناخ القضائي لدعم الاستثمار، محكمة الاسكندرية الاقتصادية، الاسكندرية لسنة 2012م.
- 4- نهي الجلاء: المحكمة الإلكترونية، الجزء الثاني، مجلة المعلومات(سوريا)، العدد 24، لسنة 2010 م.
- 5- صفاء أوتاني: المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الأول، لسنة 2012 م.
- 6- حسينة شرون وعتيقه معاوي: التقاضي الإلكتروني في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية (جامعة بسكرة)، بحث قانوني عام 2014 م.
- 7- عمر لطيف كريم العبيدي: التقاضي الإلكتروني والية التطبيق، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 1، العدد 2، الجزء 1، سنة 2017 م.

- 8 هادي حسين الكعبي ونصيف جاسم محمد الكرعاوي: "مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته"، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية، العدد الأول، سنة 2016م.
- 9 خالد ممدوح إبراهيم: الدعوى الإلكترونية واجرائها امام المحاكم، دار الفكر الجامعي لسنة 2010م.
- 10 خالد ممدوح إبراهيم: أمن الحكومة الإلكترونية، الدار الجامعية الاسكندرية سنة 2008م.
- 11 سيد احمد محمود: دور الحاسوب الإلكتروني أمام القضاء، دار النهضة العربية للنشر، سنة 2008م.
- 12 ليلى عصمانى: "نظام التقاضي الإلكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية"، مجلة المفكر، العدد 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، سنة 2016م.
- 13 حسام محمد نبيل: التقاضي الإلكتروني "والعدالة الناجزة، مجلة لغة العصر سنة 2017م.
- 14 صفوان محمد شديفات: التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بعد عبر تقنية ال Videoconference ، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 1، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، سنة 2015م.
- 15 محمد عصام الترساوي: تداول الدعوى القضائية امام المحاكم الإلكترونية – دار النهضة العربية – القاهرة – سنة 2013م.
- 16 محمد حسين منصور: الآثبات التقليدي والكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2010م.
- 17 مغنى سليمة: وسائل الدفع الإلكتروني وانعكاساتها على الوطن العربي والجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة خميس عليانة، سنة 2013م.
- 18 فاروق محمد صادق الأعرجي، المحكمة الجنائية الدولية نشأتها وطبعتها ونظمها الأساسي، دار الخلود، لبنان، 2012م.
- 19 محمد محمد الألفي: المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس "الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية" دبي - دولة الإمارات العربية المتحدة، 2007م.
- 20 ماريا اسكندر البدرى: " التقاضي والمحاكم الإلكترونية" ، مجلة الحوار المتمدن، 2008

ثانياً: الواقع الإلكتروني:

- 1 المحامي يونس عرب: العالم الإلكتروني - المحتوى الوسائل والميزات والسلبيات، مقالة موجودة على موقع اليسر من خلال الرابط www.alyaseer.net
- 2 القرار رقم A/RES/51/162، الجمعية العامة للأمم المتحدة، مشار اليه في الموقع الإلكتروني <http://www.un.org/arabic/documents/GARes/51>
- 3 القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية: <https://www.uncitral.org>
- 4 القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية: <https://www.uncitral.org>

- 5- ايضاً لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على الخط:
بروتوكول الإضافي للاتفاقية الأوروبية http://www.un.org/arabic/documents/basic/rome_statute.pdf
للمعاونة القضائية المتبادلة في المسائل الجزائية.
- 6- الصفحة الرسمية لمجلس القضاء الأعلى بغزة على موقع التواصل الاجتماعي "الفيس بوك".

ثالثاً: المراجع الأجنبية:

- 1- www.lifewire.com, Retrieved 17-3-2018. Edited. „Heinz Tschabitscher , "What is Email?"
- 2-www.lifewire.com, Retrieved 23-6-2018. Edited. ، "Understanding Wi-Fi and How it Works", Melanie Pinola

رابعاً: القوانين:

- 1- قانون المعاملات الالكترونية الفلسطيني رقم 6 لسنة 2013 .
- 2- قانون أصول المحاكمات المدنية التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 .
- 3- قانون البيانات الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 .
- 4- قانون تنظيم الرسوم العامة الفلسطيني رقم (1) لسنة 2016 .
- 5- القانون المدني الفرنسي رقم (230) في 13/3/2000م المعدل.
- 6- قانون الاثبات انكلترا الصادر في 25/10/1968 .
- 7- قانون الاثبات انكلترا الصادر في 1996 .
- 8- قانون العقود الالكترونية الامريكي لسنة 1999 .
- 9- قانون الاثبات الامريكي لسنة 1998 .
- 10- قانون التوقيع الالكتروني في التجارة العالمية و الوطنية الامريكي القانون رقم (761) لسنة 2000 .
- 11- قانون المعاملات الالكترونية في سلطنة عمان بموجب المرسوم السلطاني رقم 69 لسنة 2008م .
- 12- القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية: <https://www.uncitral.org>
- 13- القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية: <https://www.uncitral.org>
- 14- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 15- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
- 16- قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم (46) لسنة 2000 .
- 17- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1983 المعدل.
- 18- قانون المصادر العراقية رقم (40) لسنة 2003 .
- 19- قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (78) لسنة 2012 .

- 20- مشروع قانون الملكية الفكرية العراقي المعدل عام 2006.
- 21- قانون الامارات العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات بالقرار رقم (495/د) لسنة 2003.
- 22- قانون المبادرات والتجارة الالكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000.
- 23- مجلة الالتزامات والعقود التونسية المعدلة بالقانون رقم (579) لسنة 2000.
- 24- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001.
- 25- قانون الأوراق المالية الأردني المؤقت رقم (23) لسنة 1997.
- 26- قانون الأوراق المالية الأردني رقم (76) لسنة 2002.
- 27- قانون البنوك الأردني رقم (28) لسنة 2000.
- 28- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988 المعدل.
- 29- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية في امارة دبي رقم (2) لسنة 2002.
- 30- قانون التجارة الإلكترونية البحريني رقم (29) لسنة 2002.
- 31- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.
- 32- قانون التجارة الإلكتروني المصري 15 لسنة 2017.
- 33- قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (37) لسنة 1994.
- 34- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004.
- 35- قانون التعاملات الإلكترونية السعودي بموجب المرسوم الملكي رقم م/18 في 1428/3/8.
- 36- قانون المعاملات الإلكترونية في سلطنة عمان بموجب المرسوم السلطاني رقم 69 لسنة 2008.
- 37- قانون التبادل الإلكتروني المغربي رقم (5) لسنة 2007.
- 38- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
- 39- قانون الأثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم (46) لسنة 2000.
- 40- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1983 المعدل.
- 41- قانون المصادر العراقية رقم (94) لسنة 2004.
- 42- قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 ونشر في الجريدة الرسمية بعدها المرقم (4256) في 5/11/2012.

خامساً: القرارات:

- 1- القرار رقم A/RES/51/162، الجمعية العامة للأمم المتحدة، مشار إليه في الموقع الإلكتروني <http://www.un.org/arabic/documents/GARes/51>
- 2- النظام الداخلي العراقي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005.

3- مشروع اتفاقية عربية في شأن تنظيم أحكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية بقرار المجلس الم رقم (1150) في 7/6/2001 في دوره انعقاده العادية الثالثة والسبعين.

أثر التوقيع الالكتروني في إثبات القرار الإداري

"دراسة وصفية تحليلية"

د. محمد زياد جرادات *

أستاذ ورئيس قسم القانون العام المساعد

الجامعة العربية الأمريكية

mohammed.jaraddat@aaup.edu

ب. غادة عدنان اسطريح

باحثة ماجستير

الجامعة العربية الأمريكية

adnan.ghada199483@yahoo.com

الملخص :

تناول هذا البحث موضوعاً هاماً من موضوعات القانون الإداري المستحدثة ألا وهو التوقيع الإلكتروني كإجراء في القرار الإداري الإلكتروني، بهدف إبراز الجوانب القانونية لاستخدام نظام الحكومة الإلكترونية في مجال القرارات الإدارية، وقد تمت مناقشة هذا الموضوع من خلال ثلاثة مطالب: خصص الأول للحديث عن الإطار المفاهيمي للقرار الإداري، فقد تم تعريف القرار الإداري بالفرع الأول، ثم تم بيان خصائص القرار الإداري في فرع ثان، أما المطلب الثاني فخصص ل Maheria التوقيع الإلكتروني ، وذلك من خلال تعريف التوقيع الإلكتروني في فرعه الأول، وفي الفرع الثاني تم بيان كيفية التوقيع الإلكتروني للقرار الإداري، أما في المطلب الثالث والأخير فتناولنا الآثار المترتبة للتواقيع الإلكترونية على القرار الإداري من خلال بيان شروط حجية التوقيع وفي الفرع الثاني من هذا المطلب فقد تناول الآثار المترتبة على حجية التوقيع وتوصل البحث إلى أن استخدام التوقيع الإلكتروني لتوثيق القرارات الإدارية صحيحة ومشروعة يحتاج إلى تشريعات ملائمة لذلك، وكوادر بشرية مؤهلة ونشر لثقافة الحكومة الإلكترونية.

كلمات مفتاحية :

التوقيع الإلكتروني - الإثبات الإداري - القرار الإداري الإلكتروني - الإدارة الإلكترونية

المقدمة :

تسعى الإدارة جاهدة إلى مواكبة العصر ومواءمة أنشطتها تبعاً لما نتج من إبداعات علمية وتكنولوجية، وبالمقابل فإن المعطيات الجديدة في الحياة الإدارية تفرض علينا كباحثين قانونيين في البحث والتمحیص في الأفكار التي لم تكن معروفة من قبل، ودراستها دراسة قانونية تنسجم مع كون قواعد القانون الإداري ذات ديناميكية متطرفة ومرنة، تسمح بإلغاء وتعديل هذه القواعد بعد فترة وجيزة من تاريخ صدورها بحسب ما تتطلبه المصلحة العامة.

ومن أبرز المصطلحات التي ذاع استخدامها مؤخراً في مجال الدراسات القانونية الإدارية مصطلح الحكومة الإلكترونية، الذي يقصد به مجموعة الأنشطة الحكومية التي تعتمد على الانترنت والاتصالات الإلكترونية عبر جميع طبقات ومستويات الحكومة لتقديم جميع الخدمات والمعاملات للأفراد والحصول على المعلومات في شتى المجالات بسهولة ويسر.

فالإدارة الإلكترونية تقوم على استخدام الوسائل الإلكترونية في إنجاز كل أو معظم أعمال ومعاملات المنظمة، مثل استخدام البريد الإلكتروني والتحويلات الإلكترونية وتبادل الأموال والفاكس والنشرات الإلكترونية وأية وسائل الكترونية أخرى.

وبما أن نظام الحكومة الإلكترونية يتضمن قيام الإدارة العامة بوظيفتها المتمثلة بالنشاط الإداري الكترونياً بشكل كلي أو جزئي، فإن الإدارة العامة بلا شك ستوظف شبكة الانترنت بما لها من مزايا تفوق الوصف في القيام بمهامها كوسيلة مساندة، وهذا يعني أن الإدارة العامة ستجرى تصرفاتها القانونية بشكل كلي أو جزئي عبر هذه الشبكة، الأمر الذي أدى إلى بروز مصطلحات قانونية جديدة في هذا الميدان كالتوقيع الإلكتروني والقرار الإداري الإلكتروني، حيث ثارت عدة تساؤلات قانونية حول سلامة هذه الاعمال من الناحية القانونية، ومدى الاعتراف بها وما يتربّع عليها من آثار قانونية.

وفي ضوء الآنف بيانه، فقد أخذنا لهذا البحث عنوان توقيع القرار الإداري الإلكتروني باعتبار أن القرار الإداري الإلكتروني ما هو إلا عمل قانوني صادر عن ارادة منفردة ورغم أهمية التوقيع كشكلية لمشروعية القرار الإداري إلا أن المبدأ العام، أن عدم توقيع القرار لا يعني بالضرورة أن القرار غير مشروع، ما عدا القرارات التي تصدر بصورة إرادة ملكية، كما أن هذه الشكلية لا تطرح إلا في القرارات المكتوبة فقط ، وقد توصلنا في هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات في محاولة لتعزيز دور التوقيع الإلكتروني للقرار الإداري¹.

اشكالية الدراسة:

تكمّن إشكالية هذا البحث في أن الأخذ بنظام الحكومة الإلكترونية يتطلب من الإدارة أن تنفذ كافة أعمالها ومنها القرارات الإدارية بوسائل إلكترونية، مما يؤدي حتماً لبروز مسألة توقيع هذه القرارات، مما يدفعنا إلى التساؤل الرئيس في هذا وهو ما قيمة الدور المنوط بأالية التوقيع الإلكتروني في إثبات القرارات الإدارية، وهل يجب توقيعها جمِيعاً؟ أم أنها شكلية ثانوية أو لا يهم في القرارات الإدارية. وما هو الحل بالنسبة للقرارات التي يشترط المشرع توقيعها؟ إذ يصبح التوقيع شكلية جوهريّة فيها لا ثانوية، وتزداد هذه الإشكالية يوماً بعد يوم مع انتشار مفهوم الحكومة الإلكترونية واعتماده كمنهج عمل في كثير من الإدارات العامة.²

هدف الدراسة:

¹ سعيد السيد فنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.

² محمد احمد غنيم، الإدارة الإلكترونية – أفاق الحاضر وتطورات المستقبل، ص ٣١.

تحدد أهداف الدراسة فيما يلي:

- التعرف على ماهية التوقيع الإلكتروني.
- التعرف على كيفية إنشاء التوقيع الإلكتروني على القرار الإداري.
- بيان الآثار المترتبة على التوقيع الإلكتروني للقرار الإداري ومدى حجيته في إثبات القرار الإداري، ثم التعرّج على القيمة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني.

أهمية الدراسة:

تكمّن الأهمية العملية لهذا البحث في مدى حجيته التوقيع الإلكتروني وأثره على القرار الإداري الصادرة من الجهات المختصة، وتبّرّز أيضًا الأهمية لهذا الموضوع في فلسطين حيث واكب المشرع الفلسطيني التطور الحاصل على مستوى اللجوء إلى آلية التوقيع الإلكتروني لما يكتسبه من أهمية كبرى في مجال الإثبات الإلكتروني، أما بالنسبة للأهمية العلمية فتكمن في معرفة ماهية هذا العنصر الجديد ومدى تحقيق وظائفه التي يحتاج به في الإثبات.

منهج البحث:

لأغراض هذه الدراسة تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي، حيث تم تحليل نصوص القانون الفلسطيني إضافة إلى أراء الفقهاء بهذا الخصوص، تم دراسة المبادئ والأحكام التي تتعلق وتحكم التوقيع الإلكتروني من خلال الرجوع إلى التشريعات الناظمة، وما هو الحل بالنسبة للقرارات التي يشترط المشرع توقيعها؟ إذ يصبح التوقيع شكلية جوهريّة فيها لا ثانوية، وتزداد هذه الإشكالية يوماً بعد يوم مع انتشار مفهوم الحكومة الإلكترونية واعتماده يوماً كمنهج عمل في كثير من الإدارات العامة.^١

هيكلية الدراسة:

يتكون البحث من:

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للقرار الإداري الإلكتروني.

المطلب الثاني: ماهية التوقيع الإلكتروني.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على حجيّة التوقيع الإلكتروني.

^١ محمد احمد غنيم، الإدارة الإلكترونية – أفق الحاضر وتطورات المستقبل، ص ٣١.

المطلب الأول

الإطار المفاهيمي للقرار الإداري.

يمكن الوصول لمعرفة ماهية القرار الإداري من خلال إبراز التعريف الخاص بالقرار الإداري الإلكتروني، وبيان الأساس القانوني له كفرع أول، وتناول كفرع ثان خصائص القرار الإداري.

الفرع الأول

تعريف القرار الإداري الإلكتروني

اختلاف الفقه الإداري في إعطاء تعريف للقرار الإداري، ولكن هذا الاختلاف لا يعدو كونه في إطار الجزئيات، أما ما يتعلق بجوهر ماهية القرار الإداري فإنه لا يبدو أن هناك اختلاف بين الفقهاء.

فيُعرف العميد هوريو القرار الإداري بأنه "تصريحٌوحيد الطرف عن الإرادة صادرٌ عن سلطة إدارية مختصة بصيغة النفاذ بقصد إحداث أثر قانوني" بينما يُعرفه الأستاذ فالين بأنه كل عمل قانوني وحيد الطرف صادر عن رجل الإدارة المختص، وقابلٌ بحد ذاته أن يُحدث آثاراً قانونية¹

أما في الفقه العربي فيُعرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه: (كل عملٍ صادر من فرد أو هيئة تابعة للإدارة أثناء أداء وظيفتها)، وعرف الفقيه عبد الغني بسيوني عبد الله، القرار الإداري بأنه:-(عملٌ قانوني نهائٍ يصدر من سلطة إدارية وطنية بإرادتها المنفردة وتترتب عليه آثار قانونية معينة).

أما التعريف القضائي استقر القضاء الإداري لفترةٍ طويلة على اعتماد تعريف القرار الإداري بأنه: (إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون، عن إرادتها عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني متى كان ممكناً وجائزًا قانوناً، وكان الباعث عليه ابتعاد مصلحة عامة في المجتمع معينين بصفاتهم لا بدواهم)..

اما المشرع الفلسطيني فتطرق إلى تعريف القرار الإداري بوجه عام، في حين استقر قضاء محكمة العدل العليا لدينا على أنه: (إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزًا قانوناً، وكان الباعث عليه ابتعاد المصلحة العامة)² ..

¹ مازن راضي ليلو، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات مصر، 2004، ص 15

² محمد سعيد حسين أمين، مبادئ القانون الإداري ، دراسة في أسس التنظيم الإداري، أساليب العمل الإداري ، دار الثقافة الجامعية، 1997. ص 615

حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم ٤٨ لسنة ١٩٩٧ م، بتاريخ ٢٠٠٦ /٣ /٦ م، "موسوعة المقتني الإلكتروني، مرجع سابق". وفي ذات السياق تقول محكمة القضاء الإداري (...):، ومن حيث أن القرار الإداري الذي يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في طلب إلغائه هو افصاح الإداري في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد احداث مركز قانوني معين يكون ممكناً وجائزًا ويباعث المصلحة العامة التي يتغيرها القانون (...)

ويتبين من خلال هذا التعريف انه لم يأخذ بعين الاعتبار الكترونية القرار الإداري باعتباره ثمرة التطور الهائل في التقدم التكنولوجي وتبني الدول المعاصرة الادارة الكترونية، كان لا بد من استحداث القرار الإداري الإلكتروني خصوصاً في ظل ما يتمتع به من مزايا.

وهنا يثور تساؤل ماهية القرار الإداري الإلكتروني؟؟؟

اجتهد العديد من الباحثين لوضع تعريف له بأنه:(استخدام الجهات المسئولة لأنظمة المعلومات لاعتماد بديل واحد من بين البداول المطروحة¹، كما عرف بأنه (تلقي الإدارة العامة الطلب الإلكتروني على موقعها الإلكتروني وإفصاحها عن رغبتها الملزمة بإصدار القرار والتوجيه عليه إلكترونياً وإعلان صاحب الشأن على بريده الإلكتروني، وذلك بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث اثراً قانونياً معيناً يكون جائزاً وممكناً قانوناً ابتناء المصلحة العامة).

وفيما يتعلق بالتعريف الأول نرى أنه تناول القرار الإداري الإلكتروني وفقاً لمدلوله المستحدث في علم الإدارة العامة، في حين تناول الثاني مفهوم القرار الإداري الإلكتروني وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين وهو ما يعني بالخصوص

ومع تسليمنا بأن أي محاولة لتعريف القرار الإداري الإلكتروني لا بد وأن تبرز جوانبه المميزة له عن القرار التقليدي، وتأسيسها على ما توصل إليه الفقه والقضاء في هذا الشأن، وفيما يتبع من خلال التعريف فهو لا يختلف عن القرار العادي الإداري اذ لا بد من ان تتوافر فيه شروط صحته من انه عمل قانوني يصدر عن ارادة الادارة المنفردة ويقصد من ورائها احداث اثر قانوني ويصدر بشكل معين ويشمل على سبب مشروع وايضاً صدوره من جهة مختصة التي تسعى دائماً الى تحقيق المصلحة العامة.

ويمكن الحديث على ان القرار الإداري الإلكتروني ما هو إلا امتداد طبيعي بسلطتها الاصلية فهي تتولد عن نفس السلطة مع اختلاف وسيلة الممارسة أي ان القرار الإداري الإلكتروني يعكس نظيره التقليدي ولكن بصورته المتطورة وذلك نتيجة لجوء الادارة لهذه الوسائل المنوحة لها من قبل المشرع².

ولا بد من الحديث بهذا الصدد عن الاساس القانوني لهذا القرار الإداري الإلكتروني

وبالعودة للتشريفات المعاصرة لم نجد ما يمنع من قيام الادارة بإصدار قرارها الإداري بوسائل الكترونية طالما حققت ذات الغاية التي تتحققها القرارات التي تصدر بشكل تقليدي وذلك عندما يكون القرار مستوفياً كافة الشروط والاركان ولاسيما ان المشرع لم يشترط في صدور القرار ان يكون مكتوباً او شفهياً كما ان غالبية الفقه والقضاة لم يلزم اتخاذ القرار الإداري بشكل معين ويمكن ان تفصح الادارة عن ارادتها بأي شكل من الاشكال بما في ذلك استخدام النظام الإلكتروني.

وهناك نصوص تشير بشكل صريح لاستخدام الوسائل الإلكترونية في فلسطين حيث نص القرار بقانون رقم (15) لسنة (2017) بشأن المعاملات الإلكترونية على انه يجوز لأية وزارة او مؤسسة عامة اجراء

¹ سلمان محمد الطماوي. النظريات العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط7، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص20

² سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، منشورات عين شمس، مصر، عين شمس، ص125

معاملات باستخدام الوسائل الالكترونية شريطة توافر متطلبات التعامل الإلكتروني الواردة في هذا القرار بقانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه.

الفرع الثاني

خصائص القرار الإداري الإلكتروني

إن سلطة الإدراة بإصدار القرار الإداري الإلكتروني تعتبر امتداد طبيعياً لسلطتها الأصلية المتعلقة بإصدار القرار الإداري التقليدي، وتأتي في ظل نقلها من الواقع التقليدي إلى الإلكتروني، لذلك فإن القرار الإداري الإلكتروني يتولد عن ذات السلطة مع اختلاف وسيلة الممارسة. وبالتالي يتميز القرار الإداري الإلكتروني كما هو في القرار الإداري التقليدي بمجموعة من الخصائص يمكن إجمالها بما يلي:

أولاً: القرار الإداري الإلكتروني عمل قانوني يصدر عن السلطة الادارية العامة الوطنية.

ومن المستقر فقهاً وقضاءً بأن القرار الإداري لا يصدر إلا عن سلطة إدارية عامة سواء كانت هذه مركبة كالوزارات والدوائر التابعة لها، أو سلطة لا مركبة كالمجالس المحلية، أو أي شخص من أشخاص القانون العام ، وبالتالي يجب أن يصدر القرار الإداري الإلكتروني من جهة إدارية عامة، أي من السلطة التنفيذية بوصفها إحدى السلطات العامة الدستورية في الدولة، وذلك لكي يكون قراراً إدارياً قابلاً للإلغاء أمام القضاء الوطني،¹ ولكي يعد التصرف القانوني قراراً إدارياً لابد أن يصدر عن السلطة الادارية ويكون مرتبطاً بالوظيفة الادارية .

وبتصور القرار الإداري بالوسائل الإلكترونية من قبل السلطة العامة، لا يؤثر في تكوينه المستحدث أو طريقة صدوره الجديدة، لأن العبرة بمن أصدره .

لا انه لا يعد عملاً إدارياً ما يصدر عن السلطة الإدارية ولكن بغير الصفة الإدارية، فرجال الشرطة يباشرون وظيفتين، أحدهما إدارية وهي وظيفة الضبط الإداري، والآخر قضائية وهي وظيفة الضبطية القضائية، وكذلك لا يعد عملاً إدارياً ما يصدر عن السلطة الإدارية متعلقاً بمسألة من مسائل القانون الخاص، أو بإدارة شخص معنوي خاص، ولا يعتبر قرار إدارياً أيضاً الأعمال القانونية الإلكترونية التي تصدر عن الأفراد والجمعيات والهيئات الخاصة.²

والعبرة في تحديد ما إذا كان القرار صادر وطنياً أم لا، هو بمصدر السلطة التي تستمد منها ولية إصدار القرار، وليس بجنسية المرفق أو بجنسية أعضائه، فقد يكون المرفق منتمياً إلى سلطة وطنية لدولة معينة أو إلى المنظمات الدولية إلا أن مصدر القرار داخله قد يكون مستنداً على سلطة وقد يكون المرفق متمنعاً بجنسية دولة معينة إلا أن القرار بشأنه قد اتخاذ استناداً لجهة أجنبية، كما هو الشأن في حالة احتلال الأجنبي لجزء من الدولة أو إشرافه عليها.

¹ محمد أنس جعفر، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 14.

² أكرم عارف مساعدة؛ تعريف القرار الإداري تمييزه عن غيره من أعمال الدولة، أركانه، أنواعه، 16 تنفيذه ونهايته دراسة تحليلية بين مصر والأردن، عمان، ص 71 - 74.

ثانياً: القرار الاداري الالكتروني يصدر بالإرادة المنفردة عن الادارة العامة

فهو عمل قانوني يصدر من جانب واحد وهي الادارة وهذا ما يمتاز به القرار الاداري عن العقد الاداري، فهو يصدر بالإرادة المنفردة ، وهي التي تستقل بإعداده واصداره الكترونيا وبذات الوسائل، إذ قد يشترك في إصدار العمل القانوني أكثر من عضو إداري أو هيئة إدارية وقد تكون متكونة من عدة أعضاء في السلطة الادارية، والمهم في الامر أن يكون هؤلاء الأعضاء أو الم هيئات طرف في التصرف القانوني، ويستوي الامر إذا ما أجمعت إرادة تلك أو أحداً الم هيئات على ارادة التصرف القانوني أو صدور التصرفات بأغلبية تلك الارادات طبقاً لما تتطلبه القواعد القانونية للإصدار القرار الاداري حتى يكون مهائياً قابلاً للتنفيذ ويجب أن يكون تعبير الإدراة عن ارادتها الذاتية وليس تنفيذاً لإرادة ادارة او سلطة اخرى¹

ثالثاً: القرار الاداري الالكتروني عمل قانوني.

ويتميز القرار الاداري الالكتروني بأنه تصرف قانوني فانه إفصاح جهه الادارة المختصة قانوناً عن إرادتها الملزمة، بإحداث تغيير في الاوضاع القانونية القائمة إما بإنشاء مركز قانوني جديد كالقرار الخاص بتعيين موظف في وظيفة عامة أو بتعديل مركز قانوني قائم كالقرار الصادر بتوفيق موظف عام أو إيهام مركز قانوني قائم كالقرار الصادر بإلغاء إجازة أو قرار فصل موظف ولذا يمكننا القول بأن الادارة طالما قصدت تحقيق اثر قانوني بموجب قرارها الالكتروني الصادر بالوسائل الالكترونية ، فإن صفة العامل القانوني تتحقق لذلك القرار.²

رابعاً: يرتتب القرار الاداري الالكتروني اثراً قانونياً.

يجب ان يرتتب على أي عمل اداري الالكتروني اثر قانوني بحكم أن طبيعة العمل تقتضي ذلك، وإذا كانت الجهة الإدارية لم تقصد أن ترتتب أي اثر قانوني فإنه لا يعد قرار اداري الكترونية صادرة إدارياً، وعليه تعتبر القرارات من التعين أو ترقية أو فصل موظفين عموميين قرارات إدارية، لأمها تهدف إلى إحداث تغيير في المركز القانوني لهؤلاء الموظفين³.

وتتجدر الاشارة هنا إلى أن اثر القرار الاداري الالكتروني قد يكون مجرد اتخاذ موقف إزاء الوضع القانوني القائم دون إحداث أي تعديل عليه بالإضافة أو بالحذف أو بإنشاء الجديد للحقوق والالتزامات، ومن أمثلة تلك القرارات الادارية الالكترونية السلبية .. ، كقرار رفض منح رخصة أو إجازة، وأن مثل هذه القرارات الالكترونية تحدث اثراً قانونياً من خلال رفض منح الحق الذي كان سينتسب به المعنيون لو اتخذت الادارة قرار بالموافقة، فهي لا تحدث أي تعديل في الوضع القانوني القائم، ولكنها تعد قرارات إدارية الكترونية لما تحمل من إرادة في تقرير إبقاء الوضع القانوني على ما هو عليه دون تغيير⁴.

خامساً: أن يكون القرار الاداري الالكتروني نهائياً.

¹ سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري، مرجع سابق، ص 509

² يوسف كنعان: القانون الاداري، ط7، عمان: دار الثقافة، 2007، ص 732.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، 2005، مبادئ وأحكام القانون الاداري. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 472.

⁴ سليمان حمدي، (2004)، "قانون الادارة العامة الالكترونية"، عمان: دار وائل للنشر، 2004، ص 25

تعتبر نهاية القرار من الخصائص المميزة للقرار الإداري التقليدي، وكذلك القرار الإداري الإلكتروني، فالعمل أو التصرف الذي يصدر من الادارة مستوفياً للشروط يتغير أن يكون متخد صفة تنفيذية دون حاجة إلى تصديق سلطة أعلى.¹

المطلب الثاني

ماهية التوقيع الإلكتروني

يعد التوقيع الوسيلة الوحيدة التي كانت ولا تزال تدعم الثقة في التعامل بين الناس، وعندما نقول توقيع يتضمن التوقيع التقليدي إلا أن التحول إلى المفهوم الرقمي أدى إلى إعادة النظر في المبادئ والقواعد التقليدية لقانون الأثبات، وخاصة بالنسبة للتلوقيع الإلكتروني، فسارعت العديد من الدول إلى إدخال تعديلات في تشريعاتها، بما جعلها تبني كدعامة في الأثبات الحديث.

ونظراً للأهمية التي حظي بها فإنها لاقت اهتمام العديد من المشرعين والفقهاء بتعريف التوقيع الإلكتروني وتنظيم أحکامه وأيضاً لما له من أهمية في كيفية إثبات التصرفات القانونية ومعرفة مدى حجية مخرجات هذه الوسائل بالإثبات، فسنتناول في هذا المطلب بالتعريف توقيع الإلكتروني كفرع أول، وبيان كيفية اجراء التوقيع كفرع ثانٍ.

الفرع الأول

تعريف التوقيع الإلكتروني

يستدل من توقيع القرار الإداري على شخصية مصدر هذا القرار، وبالتالي توافر ركن الاختصاص في القرار الإداري، إذ ان التوقيع من الجوانب الشكلية في القرار الإداري، إلا أنه يحسم الخلاف حول مصدر القرار الإداري، فالأسأل ان القرار الإداري يصدر عن نسب إليه توقيعه، ولتوقيع الإلكتروني أهمية خاصة تكاد تجعله شكلية جوهرية من الناحية العملية دون اشتراط ذلك من المشرع، لأن التوقيع ينطوي على معنى الجزم بأن القرار الإداري صادر عن الشخص المنسوب إليه توقيعه حتى يثبت العكس.

وتكون أهمية التوقيع في القرار الإداري من الناحية العملية في أنه وسيلة رئيسية لإثبات اختصاص مصدره، ويؤكد صدور هذا القرار عن المختص بإصداره وإطلاع أصحاب الاختصاص على القرارات الصادرة عنهم ويؤكد تأييدهم لمضمونها، علاوة على أنه يسهل مهمة الإدارة في الأثبات عند حصول المنازعات

¹ نواف كنان: القانون الإداري، مرجع سابق، ص. 242.

القضائية، كما أنه يسهل مهمة الرقابة الإدارية الداخلية والخارجية عند فحص مشروعية القرار الإداري من ناحية الاختصاص.

إلا أن ظاهرة التوقيع لا تزال يكتنفها الغموض، لأن التشريعات لم تعرف المقصود بالتوقيع ولذلك اقتصر دور الفقه على ذكر عناصر التوقيع بصورة عرضية فقد كان هناك العديد من المحاولات لتعريف التوقيع الإلكتروني، بعضها ركز على طريقة إنشاء التوقيع الإلكتروني، أما الأخرى فركزت على الوظائف التي يقوم بها التوقيع الإلكتروني، ومن هذه وتلك نورد التعريفات التالية:

حيث عرفه البعض على انه:(اداة يستدل بها على شخصية الموقع وانصراف ارادته لما وقع عليه ليتساوى بذلك مع التوقيع العربي مع اختلاف في شكل ومعطيات الالكترونيه القائم عليه التوقيع الالكتروني).¹

اما التعريف الذي أؤيده مع غالبية الفقه، ويعد غاية في الوضوح، فهو ذلك التعريف الذي يبرز ككيفية إنشاء التوقيع تاركا لتشريع القيام بتحديد الصور المختلفة له وفتح المجال للتطورات التكنولوجية التي يمكن ان تظهر مستقبلا، عدا أنه يبين وظائف التوقيع الإلكتروني مع احترامنا لـ "قاعدة لا اجتهد مع صراحة النص" حيث جاء فيه بان التوقيع الالكتروني هو" مجموعة من الاجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الاجراءات وقبوله بمضمون التصرف التي يصدر التوقيع بمناسبتها".²

ولابد من الاشارة الى قانون (الاونسترايل) ما يعرف بقواعد الاونسترايل الموحدة بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة (2000) ، وعرفت اللجنة التوقيع الالكتروني في المادة(1/2) من القانون حيث نصت على انه:(بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات او مضافة اليها ومرتبطة بها منطقيا،يجوز ان تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة الى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات).

فمن خلال هذه التعريف ارادت اللجنة ان يقوم التوقيع الالكتروني بنفس الوظائف الذي يقوم بها التوقيع التقليدي بحيث يتساوى من حيث قوته بالإثبات ولكنها لم تقم بتحديد انواع التوقيعات المعتمدة تاركا ذلك للدول للإصدار التشريعات الخاصة بتحديد انواع التوقيعات وكيفية استخدامها للدلالة على شخصية الموقع.

وعلى غرار هذا القانون لقد تم وضع قانون فلسطيني للمبادرات والتجارة الالكترونية وهو مشروع قانون المبادرات والتجارة الالكترونية الفلسطيني لسنة (2003) في نص المادة (20) تعريفاً لتوقيع الالكتروني وعرفه بأنه : (كل شخص يرغب في التوقيع على رسالة بيانات أن يقوم بذلك وفقاً للشروط والمواصفات التقنية التي يصدر بها قرار من الوزير المختص).

ويلاحظ من هذا التعريف انه تم اقتباسه حرفيا من قانون الاونسترايل النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية اذ انه حدد وظائفه ولم يحدد انواعه، ويرجع ذلك لأسباب عده:

¹ سليمان محمد الطماوي: النظريات العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط7، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص32.

² سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري مرجع سابق، ص411

1- هو ان يكون واضعي هذا المشروع لم يتبيّنوا قصد لجنة الامم المتحدة من عدم تحديد انواع التوقيعات الالكترونية.

2- او ان قصد المشروع ترك الباب مفتوحا في حال ظهر انواع جديدة من التوقيعات الالكترونية حيث يسري علىها هذا التعريف في حال اعتمادها.

ما يدلل ذلك على ان المشروع اناط بوزير الاقتصاد والتجارة اصدار القرارات التي تتضمن الشروط والمواصفات التقنية لاعتماد توقيع على رسالة البيانات، فقد جاء في الفصل الثالث من المشروع وتحت عنوان التوقيع الالكتروني تحديدا في المادة 20 التي تم ذكرها فيما سبق ، وذلك لجعله قادرا على استيعاب ما قد يفرزه التقدم التكنولوجي من انواع وصور جديدة من التوقيعات الالكترونية بالإضافة الى ان تركيز على الوظائف التي ينبغي ان يقوم بها التوقيع في مجال المبادرات والتجارة الالكترونية وهو ما يعد دحرا لما قد يترتبها من عقبات تعرّض ان يكون القرار الإداري موقعا باليد من قبل الملتزم به والممثل بحركات تأخذ شكلا معينا كاسم الشخص وبصمه التي لم تعد متوفّرة في التقنية الحديثة بالتوقيع الالكتروني واذا كان هذا توجّه المشروع فهو توجّه محمود.

ما تقدّم نخلص إلى ان التوقيع الالكتروني يقوم على مجموعة من الارقام والرموز والشفرات، التي لا يفهم معناها سوى صاحبها، وفي ظل نظام الحكومة الالكترونية سيفرض الواقع التقني اعادة النظر او حدوث تغيير في توقيع القرار الإداري بالتوجه نحو اعتماد التوقيع الالكتروني للقرار الإداري وكذلك اعتماد التوقيع في حالة التفويض الالكتروني للقرار.

ومن هنا فان التوقيع الالكتروني للقرار الإداري هو عبارة عن مجموعة الاجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية رجل الإدارة او المرجع الذي تصدر عنه هذه التصرفات القانونية، واتجاه ارادته نحو ترتيب اثار قانونية على ذلك، سواء بالإنشاء او التعديل او الغاء في المراكز القانونية فالاختلاف إذا بين التوقيع التقليدي والتوقيع الالكتروني للقرارات الإدارية يمكن في شكل المعطيات الالكترونية القائم عليها التوقيع الالكتروني، ولاشك ان التوقيع الالكتروني يوفر درجة عالية من التأمين والحماية والخصوصية عند تنفيذ معاملات الإدارة الالكترونية، فعن طريقه يمكن تحديد هوية الشخصيات اطراف التعامل، كما أنه اكثراً مانا من استخدام نظم التوقيع اليدوية التي يمكن تزويرها بسهولة.

الفرع الثاني

كيفية توقيع القرار الإداري الالكتروني.

ان الحديث عن التوقيع الالكتروني لا يعني الحديث عن توقيع يأخذ شكلا معينا فكما تختلف صور التوقيع التقليدي بين الامضاء وتوقيع بالختم، وتوقيع بصمة الاصبع فان التوقيع ايضا له صورا واشكال متعددة وتبين فيما بينها من حيث درجة الثقة ومستوى ما تقدمه من ضمان بحسب الاجراء المتبعة في الصور وتأمينها والرابط الذي يجمع بين هذه الصور اعتمادها على الوسائل الالكترونية.

ومن اهم صور واشكال التوقيعات الالكترونية:

1- التوقيع القلم الالكتروني:

بموجب هذه الطريقة يتم استخدام قلم الكتروني حسابي يمكن عن طريق الكتابة على شاشة الكمبيوتر وعبر برامج خاصة التقاط التوقيع ومن ثم القيام بالتحقق من صحته، فإن البرنامج يتلقى بيانات العميل عن طريق البطاقة الخاصة به التي يضعها في الآلة المستخدمة فتظهر التعليمات على الشاشة يتبعها الشخص فتظهر بعد ذلك رسالة تطلب بتوقيعه باستخدام قلم على مربع في داخل شاشة الكمبيوتر.

إن دور هذا البرنامج هو قياس خصائص معينة للتوقيع كالحجم والشكل والالتواءات والخطوط فيقوم الشخص الضغط على مفاتيح معينة موجودة على الشاشة بأنه موافق أو غير موافق على هذا التوقيع وتخزن عن طريق البرنامج، تأتي بعد ذلك مرحلة التحقق من صحة التوقيع حيث تقارن المعلومات مع التوقيع المخزن وترسلها إلى برنامج الكمبيوتر الذي يعطي إشارة صحيح أو غير صحيح.

2- التوقيع عن طريق الماسح الضوئي:

فتقنياً، تم هذه الصورة عن طريق تحويل التوقيع المكتوب بخط اليد إلى بيانات الكترونية، ويستخدم في هذه الطريقة جهاز الماسح الضوئي، وعند اجراء عملية التوقيع يتم نقل هذه الصورة ووضعها على السندي المطلوب توقيعه، ويمكن لصاحب التوقيع في أي وقت الحصول على نسخة مكتوبة من هذا التوقيع عن طريق طباعة هذه الصورة.

كما يمكن تناقل هذه الصورة عبر شبكات الاتصال بما فيها شبكة الانترنت، وتناقلها على أسطوانة ممفونطة أو أي وسيلة أخرى مشابهة تمتاز هذه الصورة بسهولة اعداد التوقيع الالكتروني ومروره استعماله حيث أنها عملية سريعة وليس معقدة، إلا ان سهولة اجراءات التوقيع بهذا الشكل تدل على أنها عملية غير آمنة ومن السهل القيام بتزوير التوقيع وتقليده، فقيام صاحب التوقيع بإرسال السندي بتوقيعها إلى جهة أخرى تؤدي إلى حصول هذه الجهة على هذا التوقيع وقد تستعمله هذه الجهة بطريقة غير مشروعة، هذه الصورة غير مستخدمة على نطاق واسع وغير معترف بها كتوقيع الكتروني موثق، إلا أنه يمكن اضفاء بعض الموثوقية على هذه الصورة من التوقيع باستخدام تقنيات تشفير¹.

3- التوقيع الرقمي أو الكودي:

يمثل هذا التوقيع رقماً سرياً لا يعرفه إلا صاحب التوقيع، وقد عرفت المادة (٢/أ) من مشروع القواعد الموحدة للتواقيعات الالكترونية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية التوقيع الرقمي بأنه "قيمة عددية تصمم بها رسالة البيانات بحيث تجعل من الممكن باستخدام اجراء رياضي معروف يقترب بمفتاح الترميز الخاص بمنشئ الرسالة القطع بان هذه القيمة العددية قد تم الحصول عليها باستخدام ذلك المفتاح"، اذن التوقيع الرقمي هو ذلك التوقيع الذي يتم انتاجه باستخدام تقنيات التشفير.

وفي حقيقة الامر فإن هذا التوقيع ليس توقيعاً تقليدياً يمكن تصوره بسهولة، وإنما هو اصطلاح على عملية متعددة الخطوات تتضمن تشكيل وانشاء رسالة الالكترونية وثم اختصارها إلى عدة أرقام أو خانات تشكل في نهاية المطاف ما يمكن وصفه بالبصمة الالكترونية حيث تكون هذه البصمة مميزة وفريدة، أما

¹ ضياء أمين مثيمش: التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة، لبنان، بيروت، دار المنشورات الحقوقية، 2003، ص 50

تسمية التوقيع الرقمي فقد جاءت من كون الرسالة بعد تطبيق تقنيات التشفير تظهر بشكل سلسلة من الخانات الرقمية المشفرة ، أما الهدف من التوقيع الرقمي فهو يتلخص في سلامة الرسالة أو القرار الاداري من أي تزوير أو تعديل، وذلك عن طريق ضمان أن الرسالة الالكترونية قد تم تلقيمها من قبل المستقبل بنفس المحتوى الذي خرجت به من رسالة المرسل دون أن يتم تعديليها او الغاءها او الاضافة عليها.¹

4- التوقيع البيومترى، التوقيع بالخواص الذاتية:

يعتمد هذا النوع من التوقيع على الخواص الكيميائية والطبيعية للأفراد وتشمل هذه الانواع البصمة الشخصية أي بصمة الاصبع، وبصمة شبکية العين ومستوى ونبرة الصوت او ما يدعى ببصمة الصوت، وكذلك خواص اليد البشري، والتعرف على الوجه البشري، تخزين هذه الصور بشكل رقمي مضغوط في ذاكرة الكمبيوتر، وهذه البيانات يتم تشفيرها لحمايتها من أي محاولة للعبث، أن طريقة التوثيق البيومترى التي يتم استخدامها بدون تشفير من الممكن أي شخص أن يتحل شخصية المستخدم.

بناءً عما سبق ان التوقيع الالكتروني له عدة صور واشكال مختلفة ونظرًا لذلك يجب علينا معرفة ماهية القرارات الادارية التي تصلح لذلك ما هو مجال تطبيق هذه الصور والاشكال المختلفة لتوقيع الالكتروني في القرارات الادارية حيث يتم تصنيفها حسب حرية مصدرها

القرارات الصادرة استناداً إلى سلطة تقديرية ولا بد في هذا النوع مرورها من شخص طبيعي فالتقدير يصلح للأشخاص الطبيعيين ولكن هذا لا يمنع من توقيعها الكترونياً بعد اجازة المرجع المختص بذلك.

اما بالنسبة للقرارات المقيدة فهي تعنى تعرض الادارة اتخاذ القرار او العمل الاداري معين على الجهة الادارية المختصة فليس له سلطة الاختيار القرار المناسب من بين عدة قرارات ادارية مسلكها محدد ضمن القاعدة القانونية ذاتها ويحدث ضمن عدة شروط محددة يتم وضعها ضمن برنامج حاسوبي محكم فتصدر القرارات بموجبة ويوقع كذلك الكترونياً اسم المرجع المختص بالإصدار وبنفس البرنامج وهذا النوع له ميزات.

- أ- اختصار الوقت والجهد والسرعة في اصدار القرارات الادارية
- ب- القضاء على الواسطة والمحسوبيه عند اتخاذ القرارات
- ت- يخفف العبء عن الادارة لاختصار حالات التفويض في المجالات التقديرية
- ث- يضمن البرنامج مشروعية القرارات.

المطلب الثالث

حجية التوقيع الالكتروني للقرار الاداري

تفتتني الحجية بشأن التوقيع التقليدي والالكتروني على حد سواء ان يعتبر التوقيع دليلاً تماماً لا يعتريه الانكار من قبل من صدر منه التوقيع، والاقرار بصحة ما ورد في القرار الاداري الذي تم التوقيع عليه وارتباطه بمن وقعه، وايضاً يكون دليلاً امام المحاكم القضائية كافة ولكي يحوز تلك الحجية يجب ان يشمل على عدة

¹ سحر البكاش: التوقيع الالكتروني، مصر، الاسكندرية، منشأة المعارف، ص 22

شروط وعلى ذلك إذا تحققت الحجية فما هي الآثار المترتبة على قوة هذه الحجية ، وهنا يثور تساؤل هل تحوز على نفس قوة حجية التوقيع العادي أو أكثر قوته منه¹ .

وسنتناول في الفرع الاول شروط الحجية لتوقيع الالكتروني والآثار المترتبة على التوقيع من حيث الحجية وقوته بالإثبات

الفرع الأول

شروط الحجية.

قد حدد مشروع القانون الفلسطيني شروط لاعتبار التوقيع حائزا على الحجية، وبان تكون اداة استخدام التوقيع مقتصرة على الموقع دون غيره، وان يسيطر الموقع على اداة انشاء التوقيع ومنظومته، وبحيث يمكن كشف اي تغيير او تعديل او اضافة في الرسالة الموقعة بالتوقيع الالكتروني.

لقد اوردت المادة(28) من مشروع قانون المعاملات الالكترونية الفلسطيني لعام 2010:- (يكون للتوقيع الالكتروني الحجية في الإثبات، إذا استوفى الشروط التالية:

- 1 - أن تكون معلومات إنشاء التوقيع مرتبطة بالموقع وليس بأي شخص آخر.
- 2 - أن تكون معلومات إنشاء التوقيع، وقت التوقيع، تحت سيطرة الموقع وليس أي شخص آخر.
- 3- إمكانية اكتشاف أي تغيير يتم على التوقيع الالكتروني بعد حدوث التوقيع.
- 4 - إمكانية اكتشاف أي تغيير يتم على معلومات رسالة البيانات بعد وقت التوقيع، إذا كان الغرض من اشتراط التوقيع قانوناً، هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع.

ويصدر المجلس الأعلى للقرارات الازمة لتحديد أي من عمليات وتكنولوجيا التوقيع الالكتروني تستوفي الأحكام السابقة.

ففي هذه المادة قد اثار الالتباس بالشروط الازمة للحجية وهي تلك التي تحدها الهيئة ولكن الاجدر به ان يعتمد الحجية وفق القانون بالأساس ثم الهيئة بلوائحها التنفيذية، فيجب تعديل هذه المادة. وسيتم تفنيد هذه الشروط.

الشرط الاول: ان يكون التوقيع دالا على صاحبه ومرتبطا به.

ارتباط التوقيع الالكتروني بمن وقع عليه، ويضمون التوقيع عدم امكانية التغيير وتراجع عنه حتى من قبل من قام بإنشائه، فيرجع ارتباط التوقيع بموقعه لتحديد مدى اهلية الموقع وقدرته على ابرام التصرفات القانونية وايضا يرتبط بقبول او عدم قبول جهة اصدار التوقيع بحيث ان يكون الموقع اهلا لهذه التصرفات ، وتخالف طريقة تجديد هوية شخص الموقع باختلاف طريقة التوقيع نفسه، مثال على ذلك التوقيع من خلال الخصائص البشرية بحيث يقوم الجهاز من تحديد هوية الشخص بدقة حيث لا يشترك معه احد

¹ حسن عبد الباسط الجميمي، اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 54.

بالخصائص الذاتية نفسها والتي تميزه عن غيره اي بمعنى اخر من خلال الاستعانة بجهة التصديق التي تقرر صحة التوقيع وصحة البيانات بعد مقارنتها وتقرير هوية الشخص الموقع وصحة نسبة التوقيع له¹.

الشرط الثاني: سيطرة الموقع على منظومة التوقيع.

عملية التوقيع الالكتروني لكي تكون فعالة فيجب السيطرة التامة من قبل الموقع على عملية انشاء التوقيع ويتم ذلك بانها تمت بإرادة وسيطرة الموقع وهذا ما نصت عليه مشروع القانون الفلسطيني بشأن المعاملات الالكترونية لعام 2013 في المادة الاولى:(وتتحقق تلك السيطرة وتحكم دون غيره على التوقيع عندما يسيطر على الوسيط الالكتروني من خلال حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الشفري الخاص بالبطاقة الذكية والرقم السري).

الشرط الثالث: ارتباط التوقيع ارتباط وثيق بالقرار الاداري الالكتروني.

يجب ان يتصل التوقيع ويرتبط بالقرار الاداري الذي تم التوقيع عليه اتصالا وارتباطا مباشرا, حيث ان حماية التوقيع ليست المقصود بذاتها بما هو مقصود بحماية القرار الاداري من اي تعديل او تغيير او تحريف , ولكي تحوز الحجية وتوسم على القرار الاداري بما يضمن واتجاه اراده الموقع الى الالتزام بما ورد بالقرار الإداري، ولا بد للإشارة الا ان التوثيق يؤدي الى توثيق القرار الاداري الذي يشكلان قيدا الكترونيا تماما ويصلح عندها للإثبات.

ولكي يحوز التوقيع الالكتروني حجية كاملة يجب أن يؤدي جميع وظائف التوقيع التقليدي من قبيل دلالة التوقيع الالكتروني على صاحبه، وقبوله بمضمون القرار الاداري الالكتروني واثبات صحة القرار الالكتروني وما ورد فيه، بمعنى أن يحوز التوقيع الالكتروني حجية وقوة كاملة في الإثبات، ويضاف لذلك أن توافر للتواقيع الالكتروني ضمانات الحماية التي تجعله غير قابل للتغيير والتعديل سواء أكان ذلك بالتواقيع نفسه أم بالقرار الاداري الالكتروني.

وقد كان للفقه دورا بارزا لإضفاء نوع من الحجية على التوقيع الالكتروني وهذا ما نادى به الفريق الاول ،اما الفريق الثاني من الفقه نادى بحجب هذه الحجية عن توقيع معلين ذلك بانعدام الامن القانوني التي يكفل صحة هذه التوقيعات.

وردا على الفريق الثاني من الفقه من العصر الحالي فانه توافرت وسائل حماية عالية الدقة بحيث أصبح التزوير التوقيع الالكتروني أصعب بكثير من التوقيع الخطي, الامر الذي يضيف مزيد من الموثوقية والامان، ونظرا لطبيعة التوقيع وتعدد وسائل المستخدمة ذلك تطلب توفير حماية أكثر, وكلما كانت هذه الوسيلة او الاجراء يحقق الثقة والامان يزداد بشكل طردي استخدام التوقيع الالكتروني.

والى جانب ذلك اقرت العديد من التشريعات حجية كاملة للتواقيعات الالكترونية وأعطتها نفس الحجية الذي أعطتها للتواقيعات التقليدية إذا توافرت كافة شروط الحجية المذكورة في الفرع السابق.

¹ محمد حسين منصور: التوقيع التقليدي والكتروني, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, 2009, ص282

فقد أعطى المشرع الفلسطيني للقرارات الادارية الالكترونية نفس الحجية التي أعطاها للمحررات الورقية أو الكتابية العرفية، ولها نفس الاثر القانوني كما للمحررات الكتابية، وأن شرط الكتابة للدليل المقدم للجهة القضائية يسمح بتقديم مستند الكتروني، ويعتبر دليل كتابي كما هو المستند الورقي بالضبط، شرط أن تكون هذه المعلومات الالكترونية قابلة لاستخراج والاطلاع عليها سابقا.

ونستخلص مما سبق ان هنالك وسائل حديثة لتوفير الحماية لتوقيع الالكتروني واكسابه الموثوقية والمصداقية، وكذلك وجود جهة للتصديق الامر الذي يعطي التوقيع صفة الرسمية او الموثوقية، والعبرة من ذلك بان التوقيع الالكتروني يؤدي نفس الغرض شريطة ان يتم المصادقة على التوقيع او توثيقه من قبل الوزارة الناظمة لتوقيعات من حيث الاصدار، وذلك لدعم استخدام التقنيات الحديثة في انشاء وتوقيع القرارات الادارية، ويسهل استخدامها من قبل الافراد والحكومة ويمهد الطريق لتحقيق فكرة الحكومة الالكترونية.

ومن اهم الوسائل كمصدر قوة لحجية التوقيع:

التشفير: يعرف التشفير بأنه استعمال رموز او اشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المطلوب تحريرها غير قابلة للفهم من قبل الغير او استعمال رموز او اشارات لا يمكن الوصول للمعلومات.

ففي عملية التشفير هناك شفرة المفاتيح عام وخاص التي تم من خلالها التشفير وفك التشفير باعتبارها منظومة لكل شخص طبيعي او معنوي لديه مفتاح منفرد ان أحدهما عام متاح الكترونيا والثاني خاص يحتفظ به الشخص ، فيقوم المفتاح الخاص بتحويل التوقيعات الى اشكال معقدة غير مفهومة وغير مقرؤة بنظام التشفيير، ويكون غير متاح سوى للجهة التي تقوم بتوقيع اما العام كما أسلفنا سابقا فهو متاح لأكثر من جهة حيث يستخدم فقط بالتحقق من صحة التوقيع دون امكانية اجراء اي تعديل او تغيير.

وعلاوة على ذلك لتلافي اي تلاعب او تحريف في التوقيعات الالكترونية فهناك اجراء اخر من الاجراءات المتبعة تحمي هذه التوقيعات

2 - التصديق: صدورها من جهات خاصة ومعتمدة تصدر من خلالها شهادة التصديق التي تضفي موثوقية عالية، ولا يمنع ذلك قبول التوقيعات الالكترونية في كثير من الاحيان والحالات دون تصديق من هذه الجهات ما لم يتطلب ان يحمل التوقيع الموثوقية او الصفة الرسمية ، ولكن في القرارات الادارية لصدرها من جهات رسمية وتتطلب الصفة الرسمية ولإضفاء الحجية وقوة الابيات لها يتطلب عند صدورها تصدق لإضفاء الرسمية والموثوقية على قرارها.

وبالنسبة لقانون المبادرات التجارية الالكتروني الفلسطيني لسنة 2010 فقد تحدث عن جهة التصديق التي تعزز التوقيع الالكتروني في مواده من 35_44، ان يتم المصادقة على كل توقيع ، بل اعتبر ذلك اختياريا بحسب ما تراه الجهة المرسل اليها ، واعتبر ان التوقيع يتم تعزيزه بشهادة تحمل مسئولية

الموثوقة بشأن تلك الجهة التي تعطي الشهادة ، وقرر مشروع القانون الفلسطيني انشاء جهة التصديق على التوقيع وسميت (الم الهيئة العامة المصادقة الالكترونية).

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على توقيع من حيث الحجية وقوه الاثبات.

طالما أصبح مقبولاً اصدار القرار الإداري الكترونياً فمن الطبيعي ان نؤيد جواز توقيعه الكترونيا، إذ ان التوقيع الالكتروني له لا يمثل سوى اداة امان، وان لم تكن بذات درجة الثقة والاطمئنان النفسي للتوقيع اليدوي في نظر الافراد احياناً، بهدف مواكبته للتعامل الالكتروني ومقتضياته، المواطنين وقد ازداد وعهم بقوة الانترنت، لم يعودوا مستعدين لقبول فكرة ان الخدمات الحكومية يفترض ان تكون بطيئة ومرتبكة.

والاصل ان القرار الإداري يصدر بأية صورة من الصور، ولا يتقييد بشكلية معينة الا إذا اشترط المشرع ذلك، ويرى بعض الفقه انه إذا كان القرار الإداري مكتوباً وهو الغالب، وجب ان يكون واضح العبارة، صريح الدلالة في التعبير عن ارادة مصدره، سواء كانت الكتابة ام اختيارية.

كما يجب ان يكون القرار موقعاً من مصدره او مصدريه إذا تعددوا او بخاتم صحيحاً خاتمهم، اذ لا جدوى من قرار غير موقع، باعتباره وعدم سوائة ومن ثم لا عبرة به ونرى ان التوقيع كشكلية في القرار الإداري لا يوجد الا في القرارات الإدارية المكتوبة، اما في الاشكال غير المكتوبة للقرار الإداري فلا حاجة للتوجيع، ويعود ذلك لسبب عدم امكانية التوقيع لها وتصورها الكترونياً في حالة القرارات الشفوية او بالإشارة اما القرارات الادارية المكتوبة فإنها تكون على حالتين:

- ورودها بنص قانوني فهنا التوقيع يتربّى على تخلفه بطلان القرار الإداري غير الموقّع من الجهة المختصة وعليه فان التوقيع يعد شكلية جوهريّة وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري باعتبار التوقيع من البيانات الأساسية التي تدخل في تكوين الشكل الكافي للقرار الإداري
- اما إذا لم يرد نص قانوني يجب توقيعها ففي هذه الحالة لا يؤدي تخلف التوقيع الى بطلان القرار الإداري ولم يكشف من خلالها عدم التوقيع عيب عدم الاختصاص ومع ذلك يبقى توقيع القرار الإداري مسألة ذات أهمية كبيرة لما يترتب عليها من اثار اهمها تحديد شخص مصدر القرار وبالتالي معرفة مختص ام لا وإذا كان كذلك هل اختصاص اصيل ام مفوض وكذلك تحديد وقت صدور القرار.

ولأن الامر أصبح متعلقاً بالإثبات نؤكد بان التوقيع الالكتروني بكل الحالات وفي كافة الصور هو حجة الايثبات وله قيمة قانونية كاملة ولا ينتقص من قوته اجراءه بطرق الالكترونية وذلك على كافة اعمال الادارة القانونية بما فيها القرارات الإدارية محققين الانسجام مع الحكومة الالكترونية. طالما سلمنا ان القرارات الإدارية الموقعة الكترونياً لامحالة، وان توقيعها الكترونياً امر ميسور، فهل يجوز الطعن بهذه القرارات؟ بداية نؤكد ان القرارات الإدارية الالكترونية ليست صورة جديدة من صور القرارات الإدارية، وانما هي ذات القرارات الإدارية التقليدية، وانما اختلفت وسيلة وألية اصدارها وتوقيعها، وبذلك فهي تخضع لنظام القانون الذي تخضع له القرارات

الإدارية بشكل عام، من ناحية الاعتراض الإداري على هذه القرارات أو التظلم منها، وكذلك الطعن القضائي بهذه القرارات أمام القضاء الإداري.

وعليه يجوز التظلم إدارياً من القرارات الإدارية الإلكترونية، بنفس آلية اصدار، أو الكترونياً وهذا التظلم قد يكون خطياً لذات الجهة التي القرار الإداري الإلكتروني، وقد يكون ولائياً للجهة أصدرت القرار ويحمل توقيعها، وقد يكون رئاسياً الرئاسية لجهة اصدار القرار الإداري.

وقد يكون أمام لجان أو هيئات يحددها المشرع. وتملك هذه الجهات نفس الصلاحيات التي تملكتها جهة اصدار اذاء القرار الإداري العادي فتملك الغاء هذا القرار أو سحبه أو تعديله، وبذات الوسيلة الكترونياً اذ تسمح البرامج الحاسوبية الخاصة بذلك بهذه التعديلات بخانات لذلك ابتداءً فيكون البرنامج الحاسوبي مزوداً بشأن مدة الطعن بالقرارات الإدارية الإلكترونية، وهي ستون يوماً من تاريخ تبليغ القرار المشكوا منه للمستدعي، أو من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، أو بأية طريقة أخرى، إذا كان التشريع ينص على العمل بالقرار من ذلك التاريخ، أو وفي هذا الصدد يقضي بتبليغه لذوي الشأن بتلك الطريقة.

يجوز تبليغ ذوي الشأن بالقرارات الإدارية الكترونياً من خلال ارسال القرار الإداري الإلكتروني إلى عنوان البريد الإلكتروني لصاحب الشأن وتسري بحقه المدة القانونية من تاريخ اطلاعه على هذا القرار، الا إذا اشترط القانون غير ذلك، أو من تاريخ علمه اليقيني بالقرار في حال فشل الإرسال بالبريد الإلكتروني أو عدم اطلاع صاحب الشأن على بريده الكتروني.

الخاتمة

ولا شك لحداثة عهودنا بنظام الحكومة الإلكترونية فلا بد من تنظيم قانوني مناسب والاهتداء بتشريعات قادرة على تحقيق الأهداف على أفضل وجه ممكن وعند وضع ذلك وذاك ينبغي الأخذ بعين الاعتبار ظروف كل بلد في الحسبان وقد ساهم في صعوبة التطبيق العملي، التطور السريع لنظم المعلومات والتفاوت بين الدول في تطور البنية التحتية التقنية، لذلك كان لزاماً ان تكون هناك دراسات قانونية متخصصة بتشعبات هذه التقنية، لتواءم بين نصوص تشريعات عاملات الإلكترونية وتطبيقاتها في الواقع العملي مع تشعبات هذه التقنية .

ولقد ادى خلو معظم تشريعات المعاملات الالكترونية في الوطن العربي بشكل خاص من تنظيم قانوني محدد ومتكملاً لآليات وتشعبات التنظيم الإداري للقطاع العام - إلى استمرار خصوص اغلب المعاملات الإدارية المنفذة بواسطة هذه التقنية للعادات الإدارية دون حماية قانونية حقيقة، بل تحكمها تنظيمات عقدية تعدد الجهات ذات العلاقة بصورة نماذج موحدة وتدخل عليها بعض التعديلات من وقت لآخر، لمواكبة ما تقدمه التكنولوجيا من تطور ولتفادي ما تظهره الممارسة العملية من اوجه خلل وقصور

وقد تم التوصل على عدة نتائج

- 1- تبين ان التوقيع الالكتروني يضفي حجية قانونية على القرار الاداري الالكتروني ولا سيما التوقيع الرقمي الذي هو أكثر وثوقا من التوقيعات الالكترونية الاخر كالببرومتر والبصمة الالكترونية
- 2- ان الواقع الالكتروني يحدد هوية مصدر القرار الاداري لأنه اكثر تحديداً لهوية صاحب التوقيع من التوقيع الخطى
- 3- امتاز التوقيع الالكتروني عن نظيره التوقيع العادي او الخطى بانه يحدد وقت اصدار القرار الاداري مما يوفر الدقة في التوقيت لمعرفة ميعاد المدة القانونية لطعن بالقرار الاداري
- 4- امتاز القرار بعدم الانفكاك عن متن القرار في محاولة رفع التوقيع تزويره مثلا سيتم مباشرة تغيير محتويات القرار الصادر الالكتروني

وتوصلنا أيضاً الى مجموعة من التوصيات

- 1- سن تشريعات الالكترونية خاصة بالمعاملات الالكترونية ومنها القرارات الادارية، والتي منح بموجها رسائل المعلومات والتوقعات الالكترونية حجية باعتبارهما نظيرا للكتابة التقليدية والتواقيع بخط اليد، وان تعهد إلى لجان وظيفيا حكومية تجمع في عضويتها كوادر قانونية و أخرى فنية متخصصة بتقنية المعلومات لوضع ملائق تفسيرية توضح آلية عملها بالتطبيق العملي
- 2- تعديل تعريف التوقيع الالكتروني الوارد في نص المادة من مشروع القانون لسن 2003 بشأن المبادرات والتجارة الالكترونية وكذلك ما ورد في نص المادة 4 لعام 2010 بشأن المعاملات الالكترونية ليتبين المشرع تعريفاً جديداً فيصبح تعريف التوقيع الالكتروني مجموعة من البيانات والادخلات الخاصة والمنفردة يقوم بها الموقع ترجم الرسالة الالكترونية لحماية خاصة تحدد ماهية وشخص الموقع دون غيره وتتضمن موافقته
- 3- تعديل نص 35 من مشروع لعام 2010 بشأن المعاملات الالكترونية للاعتماد على التوقيع ويجب مراعاة كافة الشروط التي تحدها الهيئة بما لا يتعارض مع القانون
- 4- إنشاء جهة تصدق وطنية بشأن التوقعات

قائمة المراجع:

- احمد محمد غنيم، الإدراة الالكترونية – أفاق الحاضر وتطلعات المستقبل، المكتبة العصرية، المنصورة، 2004.

- أكرم عارف مساعدة، تعريف القرار الإداري تمييزه عن غيره من أعمال الدولة، أركانه، أنواعه، تنفيذه ونهايته دراسة تحليلية بين مصر والأردن، عمان.
- -النظريات العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط,7, دار الفكر العربي، القاهرة,2006.
- -الوجيز في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، منشورات عين شمس، مصر، عين شمس.
- حسن عبد الباسط، الجميعي، ثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة,2004.
- سحر البكباش، التوقيع الالكتروني، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر.
- سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية,2006.
- سليمان حمدي، قانون الادارة العامة الالكترونية، عمان: دار وائل للنشر, 2004.
- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1997.
- ضياء امين مشيمش،(التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة، لبنان، بيروت، دار المنشورات الحقوقية,2003
- عبد الوهاب، محمد رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005
- مازن راضي ليلو، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات مصر، 2004
- محمد أنس جعفر، القضاء الإداري. دار النهضة العربية، القاهرة، 1987
- محمد حسين منصور، التوقيع التقليدي والكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية,2009.
- محمد سعيد حسين أمين، مبادئ القانون الإداري " ، دراسة في أسس التنظيم الإداري، أساليب العمل الإداري" ، دار الثقافة الجامعية,1997.
- نواف كنعان، القانون الاداري، ط,7، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007.

تحريك الدعوى الدستورية بواسطة الدفع بعدم الدستورية
"دراسة تحليلية مقارنة"
الدكتور نضال جمال جرادة
مدرس القانون الخاص والعام
الكلية الجامعية للعلوم التطبيقية
جامعة إسراء - فلسطين

The effect of the electronic signature on the proof of the administrative decision

"Analytical Descriptive Study"

* d. Muhammad Ziad Jaradat

professor and assistant head of the Department of Public Law
Arab American University

a. Ghada Adnan Astih

Master's researcher
Arab American University

Summary

This research dealt with an important topic of the newly developed administrative law, which is the electronic signature as a formality in the electronic administrative decision, with the aim of highlighting the legal aspects of using the e-government system in the field of administrative decisions. Administrative, the administrative decision was defined in the first branch, then the characteristics of the administrative decision were explained in a second branch. As for the second requirement, it was devoted to the nature of the electronic signature, through the definition of the electronic signature in its first branch, and in the second section, how to electronically sign the administrative decision was explained. In the third and final requirement, we dealt with the implications of the electronic signature on the administrative decision by stating the conditions for the authenticity of the signature. In the second section of this requirement, it dealt with the implications of the authoritative signature. The research concluded that the use of electronic signature to document administrative decisions is correct and legitimate and requires appropriate legislation for that, and cadres Qualified human beings and dissemination of e-government culture

Keywords:

Electronic signature - administrative proof - electronic administrative decision - electronic administration

*Researcher Correspondent

ملخص

تعد تجربة القضاء الدستوري الفلسطيني تجربة حديثة نسبياً، فهو إذ يمارس الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إنما ينطلق من قانون هو الآخر حديث نسبياً، ولهذه الحداثة التشريعية والقضائية في المجال القضائي الدستوري الفلسطيني متطلباتها البحثية التي تصبو نحو وضع النصوص التشريعية والأحكام القضائية محلاً للبحث والدراسة، ويرى الباحث إلى الدفع بعدم الدستورية كأحد أهم طرق اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية وأكثرها انتشاراً، لبحث التنظيم التشريعي له في ضوء أحكام القضاء الدستوري الفلسطيني.

الكلمات المفتاحية: المحكمة الدستورية، الدفع بعدم الدستورية، قانون المحكمة الدستورية.

بسم الله الرحمن الرحيم

موضوع البحث:

تعد الرقابة القضائية التي تباشرها المحاكم على التشريعات العادية والمراسيم واللوائح والأنظمة والقرارات من أهم ضمانات الشرعية الدستورية، وتعد طريقة الدفع بعدم الدستورية أحدى أهم طرق اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية وأكثرها انتشاراً.

وتعتبر التجربة الفلسطينية في مجال الرقابة الدستورية حديثة عهداً مقارنة مع التجارب الأخرى، فحدثة هذه التجربة يمكن أن ننظر إليها من زاويتين، أولاهما المنظومة القانونية الدستورية بشقيها القانون الأساسي وقانون المحكمة الدستورية العليا، وثانيها المنظومة القضائية حيث ما زالت عدد الأحكام الصادرة عنها متواضعة جداً.

ولما كانت القوانين -على اختلاف درجاتها- صناعة بشرية بحتة، لذلك فإنها عرضة للقصور التشريعي أحياناً والغموض التشريعي أحياناً أخرى، وأنه لا سبيل لكشف عوار تلك القوانين إلا من خلال طرحها للتطبيق العملي أولاً، ودراستها للبحث ثانياً.

مشكلة البحث:

تثير مشكلة البحث سؤالاً رئيسياً يتعلق بواقع الرقابة القضائية على دستورية القوانين والمراسيم واللوائح والأنظمة والقرارات بواسطة الدفع الفرعي بعدم الدستورية في فلسطين ومصر.

أسئلة البحث:

1. هل يعد قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية كافياً لحماية الشرعية الدستورية؟
2. ما موقف المحكمة الدستورية من تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام؟
3. هل تبدي المحاكم التي تنظر الموضوع رأيها في دستورية النصوص المدفوع بعدم دستوريتها؟
4. هل تساهم مدة مراجعة المحكمة الدستورية في إطالة أمد التقاضي؟
5. هل تأخذ المحكمة الدستورية بعين الاعتبار سرعة الفصل في الطعون الدستورية المرفوعة بطريق الدفع؟

أهداف البحث:

1. مدى كفاية الأداة التشريعية في قانون المحكمة الدستورية العليا لضمان الشرعية الدستورية.
2. تحليل الأحكام القضائية وبيان مدى توافقها مع صحيح القانون.
3. بيان دور المحكمة الدستورية في قطع الطريق على مبди الدفع المماطل في تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية.
4. سبر أغوار القانون من ناحية الطعن بقرار رفض الدفع بعدم الدستورية، وتأثير الطعن على الدعوى الأصلية.

منهجية البحث:

نبع في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال تحليل نصوص قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم 3 لسنة 2006، وقانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم 48 لسنة 1979، واستقراء آراء الفقه بهذا الشأن، وما قضت به المحاكم.

خطة البحث /

نقسم الدراسة في هذا البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:
المبحث الأول / مفهوم الدفع بعدم الدستورية وطبيعته القانونية.
المبحث الثاني / شروط قبول الدفع بعدم الدستورية.
المبحث الثالث / الآثار المتربطة على الدفع بعدم الدستورية.

المبحث الأول

مفهوم الدفع بعدم الدستورية وطبيعته القانونية

/ تقسيم

نتناول دراسة هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين على النحو الآتي/
المطلب الأول / مفهوم الدفع بعدم الدستورية.
المطلب الثاني / الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية.

المطلب الأول

مفهوم الدفع بعدم الدستورية

تعددت تعريفات الدفع بعدم الدستورية كإحدى آليات تحريك الدعوى الدستورية، فقد عرفه البعض بأنه: "الطريقة التي يتم استخدامها من أحد الخصوم بهدف منع المحكمة المطروح أمامها النزاع من تطبيق قانون محدد، وذلك لمخالفة هذا القانون أحكام الدستور وقواعده"¹، ويعرف بأنه: "أحد طرق اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة، من خلاله يتيح للأفراد بصورة غير مباشرة من ترقب حالة القانون المراد تطبيقه على النزاع والتحقق من مدى اتفاقه مع أحكام الدستور من عدمه"²، ويعرف بأنه: "امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور بناء على دفع يقدمه صاحب المصلحة أو بمبادرة منها، في قضية منظورة أمامها اعملاً بتغليب حكم القانون الأعلى على حكم القانون الأدنى في سلم التدرج

¹ رفعت عيد، سعيد، *الوجيز في الدعوى الدستورية*، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص356، نقل التعريف / حمد عبد الله علي، الساعدي، *الدفع بعدم الدستورية بدولة الامارات العربية المتحدة*، رسالة ماجستير، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2010، ص10.

² عمر حمزة، التركمانى، *المفصل في القضاء الدستوري الفلسطيني*، فلسطين، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018، ص296.

الهرمي للنظام القانوني في الدولة^١، ويعرف بأنه: "طريقة دفاعية تستهدف فقط استبعاد تطبيق القانون في قضية ما ولا تستهدف الغاء"^٢.

وأياً يكن التعريف، فالواضح أن هناك اتفاق على مضمون الدفع بعدم الدستورية، فالرقابة القضائية على دستورية القوانين كإحدى طرق الرقابة لا يعني أن صاحب المصلحة يطعن في القانون بهدف الغاءه، بل تثار مسألة دستورية القانون بمناسبة دعوى مقامة أمام محكمة ما، مدنية كانت أو جزائية أوإدارية، ويراد تطبيق قانون ما أثناء نظر الدعوى، فيدفع صاحب المصلحة بعدم الدستورية^٣، أي مخالفة القانون المراد تطبيقه في هذه الدعوى للدستور، فيشرع القاضي ببحث القانون ليتحقق من وجود شهادة مخالفة الدستور من عدمه، فإن تحقق من وجود شهادة بعدم الدستورية فإنه يمتنع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه^٤. إلا أنه يؤخذ على هذه التعريفات عدم احاطتها بشكل كامل بأحوال الدفع بعدم الدستورية، إذ لا يقتصر الدفع بعدم الدستورية على الدفع بعدم دستورية قانون ما، فقد يكون المرسوم أو اللائحة أو النظام أو القرار غير دستوري، ويجوز الطعن بعدم دستورية أيًّاً منها بواسطة الدفع بعدم الدستورية، لذلك فإننا نعرف الدفع بعدم الدستورية بأنه: "أحد طرق اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة، بموجبه يدفع أحد الخصوم أمام المحكمة التي تنظر النزاع بعدم دستورية قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار"^٥. وقد أخذ المشرع الفلسطيني بهذه الطريقة، حيث نصت المادة 3/27 من قانون المحكمة الدستورية على أن: "3- إذا دفع الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم

^١ نعمان أحمد، الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة، 1432هـ - 2011، ص 564.

^٢ أشرف عبد القادر، قنديل، الرقابة على دستورية القوانين، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2012-2013، ص 94.

^٣ طعمية، الجرف، موجز القانون الدستوري، مكتبة القاهرة الحديثة، 1959، ص 162، محمد عبد العال، السناري، القانون الدستوري، جهاز نشر وتوزيع الكتاب الجامعي، جامعة حلوان، د.ط، ص 307، زهير، شكر، الوسيط في القانون الدستوري، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، د.ط، ص 171، محسن، خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، بيروت، دار النهضة العربية، 1975، ص 610، نعمان أحمد، الخطيب، مرجع سابق، 564.

^٤ محسن، خليل، مرجع سابق، ص 610، نعمان أحمد، الخطيب، مرجع سابق، 564، قضت المحكمة الدستورية العليا في فلسطين بأن: "من ذلك يتضح أن الدفع بهذا الأسلوب يعتبر من أكثر الأساليب شيوعاً في المحاكم، بأن يدفع أحد الخصوم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أو مرسوم أو نظام أو قرار، وعلى محكمة الموضوع أن تبحث مدى جدية هذا الدفع، فإذا تحققت من جديته فعليها أن تؤجل الفصل في الدعوى المنظورة أمامها وتحدد ميعاداً للخصوم لا يتجاوز 90 يوماً لرفع الدعوى الدستورية، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كان لم يكن"، طعن دستوري فلسطيني رقم 14/2016، (رقم 14 لسنة 2 قضائية)، منشور في الواقع الفلسطيني: العدد 128، بتاريخ 14/01/2017، رام الله.

^٥ ونحن إذ نقرر هذا التعريف من وجهة نظرنا- فإنه حينما ورد في متن هذا البحث عبارة "دستورية القوانين" فإننا نقصد بذلك العبارة بمفهومها الواسع، بحيث تشمل دستورية القانونين والمراسيم واللوائح والأنظمة والقرارات.

دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، أجلت نظر الدعوى وحددت ملأثأر الدفع ميعاداً لا يجاوز تسعين يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد، اعتبر الدفع كأن لم يكن¹، ويقابلها المادة 29/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري حيث نصت على أن: "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي: بـ إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام أحد المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت ملأثأر الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن".

وفيما يبدو أن المشروع الفلسطيني أحسن صنعاً حين توسيع في أحوال الدفع بعدم الدستورية حيث نص على الدفع بعدم دستورية القوانين والمراسيم واللوائح والأنظمة والقرارات، في حين اكتفى المشروع المصري بالدفع بعدم دستورية القوانين واللوائح.

وتتميز هذه الطريقة من طرق الرقابة القضائية على دستورية القوانين بأنها محددة وتابعة، فمن حيث هي محددة فلكونها تتعلق بنزاع معين معروض أمام المحكمة التي تنظر النزاع، ومن حيث هي تابعة فلكونها لا تثار إلا تبعاً للمسألة المعروضة على المحكمة التي تنظر النزاع².

وقد لاقت هذه الطريقة بعض الانتقادات لعل أهمها أنها تؤدي إلى تطاول السلطة القضائية على السلطة التشريعية و يجعل منها سلطة سياسية³، كما أنها يتركها مهمة الرقابة على دستورية القوانين لكافة المحاكم تؤدي إلى تناقض الأحكام وعدم الوحدة التشريعية، كما أنها لا تضع حدأً نهائياً للخلاف الذي يمكن أن يثور حول عدم دستورية قانون من القوانين³.

إلا أن جانب من الفقه يرى بعدم قدرة هذه الانتقادات على النيل من هذه الطريقة، إذ اسناد مهمة فحص دستورية القوانين إلى القضاء يحقق مزايا قد لا تتوفر في حالة الرقابة السياسية، إذ يتوفّر في رجال القضاء ضمانت الحيدة والموضوعية والاستقلال في مباشرة وظيفهم، كما أنها مؤهلين بحكم تكوينهم المعرفي والتخصصي للقيام بهذه المهمة⁴، ولا تتعارض هذه الطريقة مع مبدأ الفصل بين السلطات، فالقاضي لا

¹ عمر حمزة، الترجماني، مرجع سابق، 297.

² مصطفى صالح، العماوي، *التنظيم السياسي والنظام الدستوري*، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1430هـ-2009م، الطبعة الثانية، ص42، هاني علي، الطهراوي، *النظم السياسية والقانون الدستوري*، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 1432هـ-2011م، ص374.

³ مصطفى صالح، العماوي، مرجع سابق، ص42، غسان مدحت، الخيري، *الرقابة القضائية على القوانين*، عمان، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2013، ص89.

⁴ عبد الكريم، علوان، *النظم السياسية والقانون الدستوري*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010، ص312، هاني علي، الطهراوي، مرجع سابق، ص374.

يتدخل في عمل السلطة التشريعية، وإنما منطق وظيفته حين يتعارض قانونان أحدهما أعلى من الآخر، فإنه يطبق القانون الأعلى ويميل القانون الأدنى¹.

ومن أهم أوجه الفرق بين طريقة الدفع بعدم الدستورية وطريقة الدعوى الأصلية:

1. أن طريقة الدعوى الأصلية وسيلة هجومية، في حين أن طريقة الدفع بعدم الدستورية هي وسيلة دفاعية، حيث إن صاحب الشأن الذي يصيبه ضرر من جراء قانون يقدر عدم دستوريته لا يتخذ طريق الهجوم المباشر على هذا القانون، وإنما ينتظر حتى يراد تطبيق هذا القانون، فيلتمس من المحكمة بطريق الدفع الامتناع عن تطبيقه لعدم دستوريته، وحينئذ تفحص محكمة الموضوع جدية هذا الدفع، فإذا ثبت لها شبهة عدم الدستورية فإنها تمنع عن تطبيقه².

2. كما أنه في طرق الدعوى الأصلية يتم الغاء القانون وإعادمه من الوجود إذا ما تبيّن المحكمة عدم دستوريته، في حين أنه بطريق الدفع بعدم الدستورية يظل القانون قائماً ويجوز لأي محكمة أخرى تطبيقه ما لم تتفق مع المحكمة السابقة برأيها، بل يجوز لذات المحكمة أن تطبق القانون في دعوى أخرى في حال عدم تقديم الخصوم الدفع الفرعي³.

3. إن طريقة الدفع بعدم الدستورية تجعل من محكمة واحدة في الدولة هي المختصة، في حين أنه بطريق الدفع بعدم الدستورية فإن الاختصاص يكون معقوداً لكافة المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها⁴.

ولا نشاطر بعض كتب الفقه تعيرهم عن الدفع بعدم الدستورية بإضافة مصطلح "الفرعي" إذ أن هذه بالإضافة ما هي إلا تزييد، حيث إن الدفع لا يتصور أن يكون قائماً بذاته دون أن يكون متفرعاً عن دعوى منظورة أمام القضاء.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية

¹ طعيمة، الجرف، مرجع سابق، ص 163.

² فتحي عبد النبي، الوحدوي، *القضاء الدستوري في فلسطين*، قطاع غزة، مطبع المقادد، 2014، ص 124، عصام علي، الدبس، *النظم السياسية*، الكتاب الخامس، السلطة القضائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1432هـ-2011م، ص 205، نعمان أحمد، الخطيب، مرجع سابق، ص 564، محسن، خليل، مرجع سابق، ص 610، عمر حمزة، التركمانى، مرجع سابق، ص 295، وقد استقر اجتهد محكمتنا في العديد من قراراتها على عدم قبول الطعن المباشر أمامها في نزاع منظور أمام محكمة الموضوع إلا بطريق الدفع والاحالة المنصوص عليها بالمادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا. وعليه، وحيث أن هذا الطعن مخالف لصحة الإجراءات المذكورة ولم يتقييد بشروطها، فإنه يكون غير مقبول"، طعن دستوري فلسطيني رقم 7/2015، (رقم 3 لسنة 3 قضائية)، منشور في الواقع الفلسطيني: العدد 141، بتاريخ 25/03/2018، رام الله.

³ عصام علي، الدبس، مرجع سابق، ص 205، محسن، خليل، مرجع سابق، ص 610.

⁴ عصام علي، الدبس، مرجع سابق، ص 205-206، أشرف عبد القادر، قنديل، مرجع سابق، ص 95، محسن، خليل، مرجع سابق، ص 610.

تبدو أهمية تحديد طبيعة الدفع في بيان الأحكام المتعلقة به، من حيث ميعاد الإدلاء به، ومدى جواز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى، ومدى تعلق هذا الدفع أو ذاك بالنظام العام، وما هو تأثير الدفع على الخصومة ذاتها، وما هي سلطة المحكمة إزاء الفصل فيه، ومدى جواز الطعن فيه على استقلال من عدمه¹.

ولقد استقر الفقه والقضاء على التمييز بين ثلاثة أنواع من الدفع هي الدفع بعدم القبول والدفع الشكلي والدفع الموضوعي، و"الدفع الشكلي يتعلّق بإجراءات سير الدعوى، أما الدفع الموضوعي يتعلّق بالحق المتنازع عليه، في حين أن الدفع بعدم القبول يتعلّق بمنازعة المدعى بالحق في اللجوء للقضاء وذلك لأسباب تتعلق بالصفة والمصلحة أو الشروط الواجب توافرها ليتسنى للمدعى اللجوء للقضاء"²، ولما كان الدفع الشكلي

¹ نضال جمال، جرادة، *التحكيم في منازعات العمل الفردية*، غير منشور، ص 302.

عرفت مجلة الأحكام العدلية في مادتها 1631 الدفع بأنه: "أن يأتي المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعى"، ويعرف بالفقه بأنه: "الوسيلة القانونية التي ينكر بها الخصم على خصمته حقه المطالب به، أو بحقه في الدعوى، أو بحقه في الحصول على حكم في موضوع ما يدعيه بالإجراءات والأعمال التي باشرها"، محمود، هاشم، *قانون القضاء المدني*، ج 2، د.ن، 1989، ص 267، وتعرف محكمة النقض المصرية بأنه: "دعوى من قبل المدعى عليه أو من يمثل المدعى عليه خصماً عنه بقصد أو إبطال دعوى المدعى، بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعياً إذا أتي بدفع ويعود المدعى الأول مدعياً ثانياً عند دفع الدفع" نقض مدني مصرى بتاريخ 1976/04/07، دون إشارة لرقم الطعن، مشار إليه لدى / عباس، العبو迪، *شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية*، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص 274، وبطريق اصطلاح الدفع بمعناه العام على جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيئ على دعوى خصمته، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض اجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به، أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكراً إياها، أحمد أبو الوفا، *نظريّة الدفع في قانون المرافعات*، الطبعة السادسة، 1980، ص 11، والدفع على اختلاف طبيعتها وأنواعها تعد في جميع الأحوال وسيلة دفاع بحثة، ولذا تعد الوسيلة النموذجية لمباشرة حق الدفاع، وهي ترتبط أصلاً بحق الخصم في الدفاع عن مصالحه، بل إن الحق في الدفع حق أساسي من حقوق دفاع الخصم، يقوم إلى جانب الحق في الطلب والحق في الإثبات والحق في المراقبة، والخصم باقتداره على التمس بالدفع لا يتزد أكثر من موقف سلبي، يهدف من ورائه إلى إثمار الدعوى لمجرد التخلص منها لا غير، عوض أحمد، الزعبي، *أصول المحاكمات المدنية*، عمان، دار وائل للنشر، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 2006، ص 690.

² طعن مدني فلسطيني رقم 373/2014 "دائرة غزة" بتاريخ 14/05/2017، نضال جمال، جرادة، *مبادئ محكمة النقض في المواد المدنية والتجارية*، الجزء الثاني، غزة، مكتبة نيسان، الطبعة الأولى، 1440هـ-2019م، ص 70، وقضت محكمة النقض المصرية بأن: "الدفع بعدم قبول الدعوى الذي تستند به المحكمة ولايتها في نظر الدعوى والذي يجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى، هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط الالزمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيه ولانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها، ونحو ذلك مما لا يخالط بالدفع المتعلق

يتعلق بإجراءات سير الدعوى فإنه يُستبعد من نطاق المبارزة الفقهية في إطار البحث عن طبيعة الدفع بعدم دستورية القوانين.

ولم تتفق كلمة الفقهاء على طبيعة الدفع بعدم الدستورية، حيث احتمل الخلاف واشتد بين فريق يرى أن الدفع بعدم الدستورية هو دفع موضوعي يتعلق بالنظام العام.¹

ويرى فريق آخر من الفقه أن الدفع بعدم الدستورية ليس دفعاً موضوعياً ولا شكلياً، بل هو دفع خاص بهدف لمقابلة النصوص التشريعية المطعون بعدم دستوريتها بأحكام الدستور.²

ولقد اعتبرت المحكمة الدستورية في فلسطين الدفع بعدم الدستورية بمثابة دفع موضوعي وقانوني في آن واحد، فمن حيث هو موضوعي فيجوز إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ومن حيث هو دفع قانوني فيجوز إثارته أمام محكمة النقض لتعلقه بالنظام العام.³

ومن جهتنا نرى أن الدفع بعدم الدستورية هو دفع موضوعي قانوني في آن واحد، حيث إنه لما كان الدفع بعدم الدستورية هو آلية من ضمن مجموعة آليات لاتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة، وكانت هذه الأخيرة هي الجهة الحارسة لحماية الدستور، فإنه من غير المقبول أن يُدفع بعدم الدستورية أمام محاكم معينة دون المحاكم الأخرى، ولما كان من المعلوم بالضرورة أن الدفع الموضوعي يثار أمام محاكم الموضوع ولا يثار أمام محكمة النقض كونها محكمة قانون، فإن القول بأن الدفع بعدم الدستورية دفع موضوعي بحث هو قول مخالف لمنطق سلطة الخصم في اثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة النقض.

مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام:

حسمت المحكمة الدستورية في فلسطين مسألة تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام، حيث قضت بأن: "الدفع بعدم الدستورية هو دفع موضوعي يمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى، كما أنه دفع قانوني يمكن إثارته أمام محكمة النقض لتعلقه بالنظام العام، .. فإذا رفضت محكمة الموضوع

بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتصل بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى، فإنه حيث يتعقد الأمر بإجراء أو جب القانون اتخاذه حتى تستقيم الدعوى؛ فإن الدفع المبني على تخلف هذا الإجراء يعد دفعاً شكلياً، ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول، متى انتهت صلته بالصفة أو المصلحة في الدعوى أو الحق في رفعها، دون اعتداد بالتسمية التي تطلق عليه، لأن العبرة في تكييف الدفع بحقيقة جوهره ومرماه، وهو بهذه المثابة لا تستند به محكمة أول درجة ولايتها في نظر الدعوى بالحكم بقبوله مما يتعين معه على المحكمة الاستثنافية إذا ألغت هذا الحكم أن تعيد الدعوى إليها لنظر موضوعها لأنها لم تقل كلمتها فيه بعد، ولا تملك المحكمة الاستثنافية التصدي للموضوع لما يتربّ على ذلك من تقوية إحدى درجتي التقاضي على الخصوم"، طعن مدني مصري رقم 3457 لسنة 68 ق، جلسة 16/03/2011، نضال جمال، جرادة، النقض المصرية في ضوء القوانين الفلسطينية، الجزء الأول، غزة، مكتبة النهضة، الطبعة الأولى، 1439 هـ-2018 م، ص 243.

¹ عبد العزيز محمد، سالمان، رقابة دستورية القوانين، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ص 320.

² منير، عبد المجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2001، ص 352.

³ طعن دستوري فلسطيني رقم 14/2016، (رقم 14 لسنة 2 قضائية)، منشور في الواقع الفلسطيني: العدد 128، بتاريخ 14/01/2017، رام الله.

الدفع المطروح في كل الأحوال تقضي في موضوع الدعوى، وإذا لم يرتضى صاحب الشأن الحكم الصادر بالدعوى فيمكن أن يطعن فيه أمام المحكمة الواجب الطعن في الحكم الصادر في النزاع^١، وفي سياق متصل قضت بجواز اثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة النقض، حيث جاء في حكمها: .. ولما تقدم نخلص إلى نتيجة مفادها أن محكمة النقض وإن كان لها أن تتعرض للمسألة الدستورية في تشريع يتعلق بالمنازعة المطروحة أمامها من تلقاء نفسها أو بناءً على دفع جدي وفقاً المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا النافذ وتحيله إلى المحكمة الدستورية، إلا أن ذلك لا يتأتى إلا عند إثارة المسألة الدستورية أمامها لأول مرة وفقاً لأحكام المادة سالفه البيان، وأن تكون محكمة ثانية قد رفضت الدفع بعدم الدستورية وقضت بالدعوى فيمكن أن يطعن بحكمها بعدم الدستورية أمام محكمة النقض مع الحكم الصادر في النزاع^٢.

أما في القضاء المصري، فقد تعددت الأقضية، وتبينت الأحكام بمقدار تعددها، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الدفع بعدم دستورية القوانين لا يتعلق بالنظام العام ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض عند مباشرتها سلطتها من الفصل في الطعون على الأحكام"^٣، وقضت بأن: "الدفع بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة غير متعلق بالنظام العام ومن ثم فإنه لا يجوز لصاحب الشأن إثارته أمام محكمة النقض ما لم يكن قد أبداه أمام محكمة الموضوع"^٤.

وفي حكم مخالف تماماً قضت بأن: "أن الدفع بعدم الدستورية يتعلق بالنظام العام، وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية على جواز إحالة محكمة النقض ما يترأى لها أنه نص غير دستوري إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيه وأن الأمر ليس مقصوراً على محكمة الموضوع"^٥، وبين هذا الحكم وذاك توسطت في أحكام أخرى حيث قضت بما يلي: "إنه ولئن كان الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة النقض غير جائز إلا أنه إذا انصب على مادة تتعلق باختصاص هذه المحكمة فيجوز له الطعن أمامها شريطة أن ترى المحكمة جدية هذا الدفع"^٦، وقضت بأن: "الأصل أن الدفع بعدم دستورية القوانين غير متعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض إلا أن ذلك مشروط بـالـ يكون

^١ المرجع السابق.

^٢ طعن دستوري فلسطيني رقم 2015/8، (رقم 9 لسنة 2 قضائية)، بتاريخ 15/10/2017، منشور في الوقائع الفلسطينية: العدد 137، بتاريخ 15/10/2017، رام الله.

^٣ طعن مدني مصري رقم 3784 لسنة 86 قضائية، بتاريخ 13/04/2017، موقع محكمة النقض المصرية: <https://www.cc.gov.eg>

^٤ طعن مدني مصري رقم 774 لسنة 70 قضائية، بتاريخ 02/07/2007، موقع محكمة النقض المصرية: <https://www.cc.gov.eg>

^٥ طعن مدني مصري رقم 662 لسنة 72 قضائية، بتاريخ 16/03/2014، موقع محكمة النقض المصرية: <https://www.cc.gov.eg>

^٦ طعن مدني مصري رقم 8476 لسنة 78 قضائية، بتاريخ 25/09/2016، موقع محكمة النقض المصرية: <https://www.cc.gov.eg>

هذا الدفع قد انصب على الإجراءات والقواعد التي تحكم نظر الطعن في الأحكام أمام محكمة النقض إذ لا يتصور أن يكون الدفع من أحد خصوم الطعن على أي من هذه النصوص إلا أمام محكمة النقض¹. إلا أن المحكمة الدستورية العليا في مصر، حسمت هذه المسألة وقضت بقضاء رصين مُحكَم، بما يلي: "وحيث إن هذا الدفع مردود بأن الشرعية الدستورية التي تقوم المحكمة الدستورية العليا على مراقبة التقييد بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية مطابقة لأحكام الدستور، وتتبواً هذه الشرعية من البنيان القانوني في الدولة القمة من مدارجه وهي فرع من خصوص الدولة للفانون والتزامها بضوابطه، ولا يجوز وبالتالي لأية محكمة أو هيئة اختصها المشرع بالفصل في نزاع معين فصلاً قضائياً - وأياً كان موقعها من الجهة القضائية التي تنتمي إليها- إعمال نص تشعري لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمتها للدستور من وجهة مبدئية قوامها ظاهر الأمر في المطاعن الدستورية الموجهة إليه دون خوض في أعماقها، ذلك أن قيام هذه الشهادة لديها يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا التي تتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية، إذ هي التي تتحراها سابرة أغوارها، متقصية أبعادها، بالغة ببحثها منتهاء، لتقول كلمتها القاطعة فيها، بما مؤداته: أنه كلما بدا لأية جهة أو هيئة أولاهما المشرع سلطة الفصل في الخصومة بأكملها أو في بعض جوانبها، أن التعارض المدعى به أمامها بين النص التشريعي الأدنى والقاعدة الدستورية التي تحتل مرتبة الصدارة بين قواعد النظام العام، محمول على أساس تظاهره من وجهة مبدئية غير متعمقة دخائل المطاعن الدستورية، فلا يجوز لهذه الجهة أو الهيئة، أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستور، ولا أن تنحها جانبًا، بل يتعين عليها- ولو كان بحثها من حصرًا في مسائل القانون دون غيرها - أما أن تحيل بنفسها ما ارتأته من تعارض بين نص تشريعي وقاعدة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا ليكون قضاؤها في شأن هذا التعارض قولًا فصلًا، وإنما أن توفر للخصم الذي دفع أمامها بعدم دستورية نص تشريعي، وكان دفعه جدياً، مكنة عرض دعواه على المحكمة الدستورية العليا عن طريق تخويفها إيهاد حق رفعها إليها خلال الأجل الذي تحدده. يؤيد ذلك أن الدفع بعدم الدستورية ليس من الدفع الذي يخالفها واقع، ولا تعتبر المجادلة فيه مجادلة موضوعية مما تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، وإنما ينحل إلى ادعاء بمخالفة نص تشريعي لحكم في الدستور، وهو ادعاء لا يرتبط الفصل فيه بأية عناصر واقعية تكون محكمة الموضوع قد حققها. ومن ثم تجوز إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة النقض- التي تعتبر من المحاكم التي عندها المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي يجوز إثاره مثل هذا الدفع أمامها- ذلك أن إعراضها عن بحثه على ضوء ظاهر الأمر فيه، بمقدولة أن رقابتها من حصرة في مسائل القانون وحدها، مؤداته: أن يكون مرجعها في هذه الرقابة إلى النصوص التشريعية المعمول بها عند الفصل في الطعن المعروض عليها، ولو كانت معيبة في ذاتها مخالفتها للدستور، وهو ما يؤؤل إلى إزالتها لهذه النصوص دوماً على الواقعه التي حصلها الحكم المطعون فيه أياً كان وجه تعارضها مع الدستور، ويخل بضرورة أن تكون الشرعية الدستورية متكاملة حلقاتها، وأن تكون لأحكام الدستور الصدارة على ما دونها في المرتبة، ولازم ذلك، أن طبيعة الرقابة

¹ طعن مدني مصري رقم 17665 لسنة 80 قضائية، بتاريخ 28/01/2012، والطعن رقم 19822 لسنة 84 قضائية، بتاريخ 10/12/2015، موقع محكمة النقض المصرية: <https://www.cc.gov.eg>

القانونية التي تبادرها محكمة النقض على محكمة الموضوع، لا تحول بذاتها دون إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها، بل أن إجالتها لبصরها في هذا الدفع، يعكس جوهر رقابتها القانونية، ويعتبر أوثق اتصالاً بها. ذلك أن تقرير ما إذا كان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته يعد لازماً أو غير لازم للفصل في الحقوق المدعى بها، وكذلك ما إذا كان التعارض الذي يثيره الدفع بين هذا النص وحكم في الدستور، يعد من وجة مبدئية - مفتقرة إلى ما يظهره أو مرتكناً إلى ما يبرره، كلاهما من مسائل القانون التي يدخل الفصل فيها في ولاية محكمة النقض التي عهد إليها المشرع بمراقبة صحة تطبيقه على الواقع التي خلص إليها الحكم المطعون فيه¹.

المبحث الثاني

شروط قبول الدفع بعدم الدستورية

تنص المادة 3/27 من قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني على أن: "3- إذا دفع الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، أجلت نظر الدعوى وحددت ملن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز تسعين يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد، اعتبر الدفع كأن لم يكن"، وينطبقها المادة 29/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري والتي تنص على أن: "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي: بـ. إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت ملن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن".

سبق وأن بينا أن الدفع بعدم الدستورية يأتي في سياق تطبيق قانون ما أمام محكمة ما في نزاع ما، فيدفع من يراد تطبيق القانون عليه بعدم دستوريته، مما يجعل المحكمة تبني للتصدي لهذا الدفع وتقول كلمتها فيه، ونظراً لأن هذا الدفع قد يساء ممارسته، فإن المشرع الفلسطيني اشترط أن يكون الدفع جدياً، وهو أحد أهم شروط الدفع بعدم الدستورية، إلا أنه ليس شرطاً منفرداً إذ تقضي القواعد العامة بوجود شروط أخرى لقبول هذا الدفع، تناولها على تباعاً على النحو الآتي:

أولاً: الشروط العامة للدفع بعدم الدستورية:

1. شرط المصلحة:

الدعوى الدستورية وإن كانت لها ذاتيتها الخاصة إلا أن شأنها شأن أي دعوى يتطلب لقبولها توافر المصلحة، وحيث إنه لما كانت الدعوى الدستورية ترفع بواسطة الدفع أمام محكمة الموضوع، فإنه يجب أن تتحقق لمثير الدفع مصلحة فيه.

¹ طعن دستوري مصرى رقم 102 لسنة 12 قضائية، بتاريخ 19/06/1993، <http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/RuleViewer.jspx>

وترتبط المصلحة في الدعوى الدستورية بالصلاحية في الدعوى الأصلية التي أثير على ذمتها الدفع بعدم الدستورية، والتي يؤثر الحكم فيه على الحكم فيها¹.

ويجب لتحقيق المصلحة في الدعوى الدستورية توافر شرطين عبرت عنهما المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها: "وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة "إن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يتغيراً أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية، وهو كذلك يقيد تدخلها في هذه الخصومة، فلا تفصل في غير المسائل الدستورية التي يؤثر الحكم فيها على النزاع الموضوعي، ويتحدد مفهوم هذا الشرط باجتماع عنصرين: أولهما: أن يقيم المدعى -في حدود الصفة التي اختصم بها النص المطعون فيه - الدليل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به، سواء كان مهدداً بهذا الضرر، أم كان قد وقع فعلاً. ثانياً: أن يكون هذا الضرر عائقاً إلى النص المطعون فيه، وليس متوهماً أو منتحلاً أو مجهلاً، فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعى بها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة ، ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعى أي فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان قبلها²"، وفي سياق بيان أهمية المصلحة في الدعوى فقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية "دائرة غزة" بأن: "الأصل في المصلحة في الدعوى أنها: الفائدة القانونية التي تعود على المدعى "أو صاحب الطلب، المتدخل، الطاعن" شخصياً و مباشرة، سواء كانت هذه الفائدة هي حماية حقه أو اقتضائه أو الاشتياق له أو الحصول على تعويض عنه، ... ومن المبادئ المستقرة في فقه القانون، أنه حيث لا مصلحة فلا دعوى، .. وهي شرط أساسي لقبول جميع الدعاوى سواء رفعت إلى المحاكم القضائية أو المحاكم الإدارية حيث لا يقبل الطعن من أي شخص مجرد أنه مواطن بهمه إنفاذ حكم القانون حماية للصالح العام أو أنه أحد أفراد جماعة من الناس تعنيه مصالحها، بل يجب فوق ذلك أن يكون في حالة قانونية خاصة بالنسبة لطلباته من شأنها أن يجعله مؤثراً في مصلحة ذاتية للطالب تأثيراً مباشراً"³.

2. شرط الصفة:

¹ أشرف عبد القادر، قنديل، مرجع سابق، ص101.

² طعن دستوري مصري رقم 24 لسنة 29 قضائية المحكمة الدستورية العليا، بتاريخ 2018/05/05، موقع المحكمة الدستورية العليا، <http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/RuleViewer.jspx>.

³ دعوى ادارية رقم 40 لسنة 2014 عد عليا "دائرة غزة"، بتاريخ 11/25/2014، مشار إليه لدى / نضال جمال، جرادة، أشرف نصر، الله، مبادئ محكمة العدل العليا، الجزء الثاني، غزة، مكتبة نيسان، 1438هـ- 2017، ص124.

تنص المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على أن: " 1. لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبها مصلحة قائمة فيه يقرها القانون. 2. تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاشتياق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. 3. إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للقواعدتين السابقتين قضت المحكمة من تقاء نفسها بعدم قبول الدعوى".

بمطالعة المادة 3/27 من قانون المحكمة الدستورية العليا في فلسطين والمادة 29/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر يتبيّن أن الصفة في الدعوى الدستورية تثبت للخصم في الدعوى الأصلية "الموضوعية"، وذلك في صورة دفع يبديه صاحب المصلحة المضور من تطبيق نص قانوني عليه، وبالتالي لا يجوز اقامة دعوى دستورية ابتداءً دون أن تكون مسبوقة بدفع يتفرع عن دعوى أصلية "موضوعية"، ويترتب على ذلك أن من لم يكن طرفاً في الدعوى الأصلية لا يثبت له شرط الصفة في اقامة الدعوى الدستورية، وتكون الأخيرة غير مقبولة.¹

ثانياً: الشروط الخاصة للدفع بعدم الدستورية:

1. تمسك أحد الخصوم بالدفع بعدم الدستورية:

يشترط أولاً لإثارة الدفع بعدم الدستورية أن يكون هناك دعوى منظورة أمام جهة قضائية، وأنباء السير فيها يدفع أحد الخصوم، سواء كان المدعي أو المدعى عليه، بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع، فتبارد ذات المحكمة إلى فحص الدفع ودراسته من خلال مطابقة القانون المطعون بعدم دستوريته لأحكام الدستور، فإذا تبين للمحكمة أن القانون المطعون فيه مطابق للدستور ولا يخالف أحكامه فإنه يرفض الدفع ويستمر في نظر الدعوى، أما إذا تراءى له مخالفة القانون المطعون فيه للدستور فإنه يمتنع عن تطبيقه على النزاع المعروض أمامه².

وننأى بأنفسنا عن استخدام مصطلح "الدعوى الموضوعية أو قاضي الموضوع" الذي يثار أمامه الدفع بعدم الدستورية، إذ رأينا سابقاً أن الدفع بعدم الدستورية يجوز إثارةه أمام كافة المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ومن المعلوم بالضرورة أن محكمة النقض ليست محكمة موضوع، بل هي محكمة قانون، لذلك فإننا نستخدم في هذا البحث مصطلح "الدعوى الأصلية".

ويجوز إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى³، ويجوز إثارة هذا الدفع أمام محكمة النقض، حيث قضت المحكمة الدستورية الفلسطينية بجواز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة النقض، فقد جاء في حكم لها: "... ولما تقدم نخلص إلى نتيجة مفادها أن محكمة النقض وإن كان لها أن تتعرض للمسألة الدستورية في تشريع يتعلق بالمنازعة المطروحة أمامها من تلقاء نفسها أو بناءً على دفع جدي وفقاً المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا النافذ وتحيله إلى المحكمة الدستورية، إلا أن ذلك لا يتأتى إلا عند إثارة المسألة الدستورية أمامها لأول مرة وفقاً لأحكام المادة سالفه البيان، أو أن تكون محكمة ثانية درجة قد رفضت الدفع بعدم الدستورية وقضت بالدعوى فيما يمكن أن يطعن بحكمها بعدم الدستورية أمام محكمة النقض مع الحكم الصادر في النزاع".⁴

¹ صافي أحمد، قاسم، **الصفة والمصلحة في الدعوى الدستورية**، مجلة جامعة جنوب الوادي، للدراسات القانونية، العدد الأول، ص 75.

² هاني علي، الطهراوي، مرجع سابق، ص 372، علي يوسف، الشكري، **مبادئ القانون الدستوري**، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011م-1433هـ، ص 327.

³ منير، عبد المجيد، مرجع سابق، ص 11، محمد عبد العال، السناري، مرجع سابق، ص 315.

⁴ طعن دستوري فلسطيني رقم 8/2015، (رقم 9 لسنة 2 قضائية)، بتاريخ 15/10/2017، منشور في الوقائع الفلسطينية: العدد 137، بتاريخ 15/10/2017، رام الله.

2. أن يكون الدفع جدياً

وأمر جدية الدفع، مناطه بأن يكون الفصل في الدفع مؤثراً على الفصل في الدعوى الأصلية، هذا من ناحية¹، ومن ناحية أخرى، أن يؤدي الدفع بعدم الدستورية إلى تولد شك واضح لدى المحكمة التي تنظر النزاع الأصلي بعدم دستورية قانون ما أو نص تشريعي وارد فيه².

وبعد ذلك فإنه يتشرط لقبول الدفع أن يكون هذا الأخير ضرورياً للفصل في الخصومة الأصلية المنظورة أمام المحكمة التي تنظر النزاع الأصلي، ومن ثم فإنه لا يجوز للمحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية أن تتصدى لبحث مدى توافق القانون العادي مع الدستور إلا إذا كان ذلك مسألة أولية يتوقف الفصل في الخصومة الأصلية على حسمها، أما إذا كان الفصل في الدعوى الأصلية أمراً ممكناً دون التعرض لمسألة الدستورية لعدم وجود تعارض فيما يتعلق بهذا النزاع، فلا يجوز له التصدي لتلك المسألة³.

ولقد اختلف الفقهاء في بيان مفهوم الدفع الجدي، فيرى جانب من الفقه أن الدفع الجدي هو الذي لا يستهدف أداء الدعوى الأصلية، وإنما كان كيدياً يراد به اطالة أداء التقاضي وتعطيل الفصل في الدعوى الأصلية، ويرى جانب آخر أن جدية الدفع يقصد بها أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجأً في الفصل في الدعوى الأصلية، ويرى جانب ثالث من الفقه أن الدفع الجدي يكون كذلك إذا تحقق فيه شرطين وهما:

1. أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجأً في الفصل في الدعوى الأصلية.

2. وجود شبهة خروج القانون على أحکام الدستور⁴.

¹ فتحي عبد النبي، الوحidi، مرجع سابق، ص 129.

² عبد العزيز محمد، سالمان، مرجع سابق، ص 319. فتحي عبد النبي، الوحidi، مرجع سابق، ص 129، وفي هذا السياق قضت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بأن: "... وفي ضوء ذلك تبين أن إقامة الدعوى الدستورية مناطها اتصالها بالمحكمة وفقاً للقواعد القانونية والأوضاع المنصوص عليها في المادة 27 من قانونها، ليتسنى لها الفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، وإنما من خلال دفع فرعي موضوعي بعدم دستورية نص قانوني يبيده الخصم أثناء نظر النزاع الموضوعي، وتقدر محكمة الموضوع جديته وتحدد ميعاداً برفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا بشأن النصوص التي تتناولها هذا الدفع خلال المدة القانونية المنصوص عليها في المادة 3/27 من قانون المحكمة الدستورية العليا باعتبارها الوسيلة الوحيدة التي يملك بموجبها الأفراد تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدفع قبل أن تقوم محكمة الموضوع بالبت في الدعوى الموضوعية المعروضة أمامها، وهذا الدفع متوقف على اقتناع المحكمة التي أثير أمامها بجديته، وفي ضوء ما تم بيانه نجد أن محكمة الموضوع قد قدرت عدم جدية الدفع المثار أمامها وبالتالي لم تصرح للمدعىات "الطاعنات" بإقامة الدعوى الدستورية، إلا أنهن أقمن الدعوى الدستورية الماثلة وتقدمن بالطلب المشار إليه آنفاً، طعن دستوري فلسطيني رقم 5/2016، منشور بالعدد الممتاز 12، بتاريخ 26/09/2016، رام الله، والطعن الدستوري رقم 4/2016، (رقم 10 لسنة 2 قضائية)، منشور في الواقع الفلسطيني: العدد 138، بتاريخ 29/11/2017، رام الله.

³ هاني علي، الطهراوي، مرجع سابق، ص 373.

⁴ محمد عبد العال، السناري، مرجع سابق، ص 308، فتحي عبد النبي، الوحidi، مرجع سابق، ص 127-128، عمر حمزه، التركمانى، مرجع سابق، ص 299.

وقد تبني قضاء المحكمة الدستورية العليا في فلسطين على الاتجاه الثالث، حيث قضت بأنه: "وعلى قاضي الموضوع أن يتحقق من مسألتين أساسيتين: الأولى: أن يكون الفصل في المسألة الدستورية منتجًا، أي أن تكون المسألة المطعون بعدم دستوريتها متصلة بموضوع النزاع في الدعوى الأصلية، وأن الحكم بعدم الدستورية يستفيد منه صاحب الشأن في الدعوى المنظورة، فإذا اتضح له عكس ذلك رفض الدفع بعدم الدستورية واستمر في نظر الدعوى الموضوعية دون التفات لمسألة الدستورية، الثانية: يجب أن يتحقق قاضي الموضوع من وجود شبهة في عدم دستورية النص المطعون فيه، والشك والحالة تلك يفسر في جانب عدم الدستورية عند تقدير مدى جدية الدفع"^١.

ولما كان الأصل أن كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين صحيح وصادر بالموافقة للقانون الأساسي المعدل، لذا فإنه في مجال تقدير جدية الدفع لا يجب أن يتمسك القاضي أو يضع في اعتباره هذه القرينة، وإنما إذ ثار شك حول دستورية النص ولم يستطع قاضي الموضوع ترجيحه بما ينفيه، فإن الشك في هذه المرحلة يفسر في جانب عدم الدستورية، لأنه في كل الأحوال تقدير مبدئي^٢.

وتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية متrox لمطلق تقدير محكمة الموضوع متى أقامت قضاها على أسباب سائغة^٣.

المبحث الثالث

الآثار المتربطة على الدفع بعدم الدستورية

إذا طرح الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية فإنها إما أن تصدر قراراً بقبول الدفع وإما أن ترفض الدفع، وتنتقل الآثار المتربطة على الدفع بعدم الدستورية على النحو الآتي:

أولاً: قبول الدفع بعدم الدستورية:

حدد المشرع الفلسطيني المسطرة الإجرائية الناظمة للأثر المترتب على قبول الدفع بعدم الدستورية، حيث إنه إذا تحققت المحكمة من جدية الدفع وكان منتجًا في الدعوى الأصلية كان على المحكمة أن تؤجل نظر الدعوى الأصلية وتحدد ملن آثار الدفع ميعاداً لا يجاوز تسعين يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، وذلك طبقاً لمقتضيات المادة 3/27 من قانون المحكمة الدستورية العليا، في حين أن المشرع المصري رتب على قبول الدفع وقف السير في الدعوى وليس تأجيلها كما فعل المشرع الفلسطيني، وذلك ثابت من المادة 29/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.

وتوقف المحكمة السير في الدعوى الأصلية بمجرد قبولها الدفع بعدم الدستورية، ولا يجوز لها أن توقف السير في الدعوى من تلقاء نفسها مجرد وجود دعوى بعدم الدستورية^٤.

^١ طعن دستوري فلسطيني رقم 14/2016، (رقم 14 لسنة 2 قضائية)، منشور في الواقع الفلسطيني: العدد 128، بتاريخ 14/01/2017، رام الله.

² المرجع السابق.

³ طعن مدني مصرى رقم 2635 لسنة 73 قضائية، بتاريخ 17/05/2016، والطعن رقم 6005 لسنة 80 قضائية، بتاريخ 10/06/2013، موقع محكمة النقض المصرية: <https://www.cc.gov.eg>

ورغم أن المشرع الفلسطيني يرتب التأجيل لا الوقف كأثر على قبول الدفع بعدم الدستورية إلا أننا لا نرى في ذلك اختلاف بينهما من حيث النتيجة المتمثلة في ترخيص قضاة المحكمة الدستورية.

إن هذا القول ليس من قبيل الترف الباعثي، وإنما قول يصدقه العمل القضائي، فقد قضت محكمة بداية غزة بصفتها الاستئنافية بن "وقف السير في الاستئناف الراهن لحين الفصل في الطعن الدستوري رقم 1/2020 وتوكيله رئيس القلم بتوجيهه مخاطبة رئيس قلم المحكم العليا بتزويد قلم محكمة البداية الحكم الصادر عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية ليتسنى تعين جلسة لنظر الاستئناف الراهن بعد صدور الحكم في الطعن الدستوري"².

وإذا رأت المحكمة التي تنظر النزاع جدية الدفع فيجب أن يكون تقديرها لذلك واضحًا وصريحة دون أن تتعمق في المسألة أو المسائل الدستورية المطروحة عليها، وتفصل فيها بقضاء منهاً لولاية المحكمة الدستورية العليا صاحبة الاختصاص فيما إذا كانت المسائل المطروحة مشوبة كلياً أو جزئياً بعيب عدم الدستورية أم لا³، ويجب أن تنصير الدعوى الدستورية في النصوص المطعون بعدم دستوريتها فقط.⁴

وإذا تراخي مبدي الدفع ولم يقم بإيداع طعنه لدى المحكمة الدستورية خلال الأجل القانوني - وهو تسعين يوماً طبقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني طبقاً للمادة 3/27 وثلاثة أشهر في قانون المحكمة الدستورية المصري طبقاً للمادة 29/ب- فيرى الفقه أن المحكمة الدستورية تقرر عدم قبول الطعن لعدم توافر أحد شروطه الشكلية⁵، وقد أيدت المحكمة الدستورية هذا النظر، إذ قضت بأنه: ".. وأمام هذه الواقع نورد أن الدعوى الدستورية لا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي حددها محكمة الموضوع، وهذا الوضع الإجرائي يتعلق بالنظام العام، بحيث لا يتجاوز 60 يوماً، ومن ثم فإن هذا الميعاد الذي

¹ قضت المحكمة الدستورية العليا في فلسطين بما يلي: "من ذلك يتضح أن محكمة العدل العليا في القرارات المذكورين قررت وقف السير بالدعويين من تقاء نفسها دون أن يثار أمامها دفعاً فرعياً يبين فيه النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة حتى يتسعى لها تقدير جدية أو عدم جدية الطعون الموجهة إلى النص التشريعي المدعى بمخالفته لأحكام القانون الأساسي، وبذلك تكون محكمة العدل العليا في القرارات المذكورين قد جانبت الصواب في عدم تطبيقها لأحكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية"، طعن دستوري فلسطيني رقم 3/2013 رقم 7 لسنة 2 قضائية بتاريخ 12/09/2017، المنصور في الواقع الفلسطيني: العدد 136، رام الله.

² استئناف جزائي، محكمة بداية غزة بصفتها الاستئنافية، رقم 221/2019، بتاريخ 11/06/2020، غير منشور.

³ طعن دستوري فلسطيني رقم 14/2016، (رقم 14 لسنة 2 قضائية)، منشور في الواقع الفلسطيني: العدد 128، بتاريخ 14/01/2017، رام الله.

⁴ قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الدعوى الدستورية ينحصر نطاقها في النصوص القانونية التي دفع خصم أمام محكمة الموضوع بعدم دستوريتها، وفي حدود ترجيحها لمنطقية المطاعن الموجهة إليها، تقديراً بأن المسائل الدستورية التي أثارها هذا الدفاع هي التي قدر الحكم عنها جديتها والتي اتصل بها تصريحها برفع الدعوى الدستورية"، طعن مدني رقم 1148 لسنة 70 قضائية، بتاريخ 14/01/2012.

⁵ فتحي عبد النبي، الوحيدي، مرجع سابق، ص132.

فرضه المشرع بقوة القانون كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، أو الميعاد الذي تحدده محكمة الموضوع في غضون هذا الحد، هو ميعاد حتمي يتعين على الخصوم الالتزام به، فإذا قام الداعي بدعوى الدستورية بعد فواته مؤهلاً اعتبار الدفع بعدم الدستورية لأن لم يكن، ولا تملك محكمة الموضوع أي ولاية في منح الخصم الذي أثار المسألة الدستورية مهلة جديدة بعد فوات المدة الأولى؛ لأن ذلك يعتبر ميعاداً جديداً منقطع الصلة عن الميعاد الذي ضربته ابتداءً، فإن صدر عنها بعد فواته غالباً ميعاداً جديداً لا يعتد لوروده على غير محله، ومجرد قانوناً من كل أثر، وتأسيساً على ما تم بيانه، فإن تحريك الدعوى الدستورية بتاريخ 08/01/2019م، يعني أن الداعي لم ترفع في الميعاد المقرر قانوناً، ويعتبر الدفع بعدم الدستورية لأن لم يكن ..¹.

ثانياً: رفض الدفع بعدم الدستورية:

قد يتراهى للمحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية أن الدفع بعدم الدستورية غير مستوفٍ لشروطه القانونية وتقرر تبعاً لذلك رفض الدفع²، الأمر الذي يثير تساؤلاً يتعلق بمدى جواز استئناف هذا القرار؟

¹ طعن دستوري فلسطيني رقم 1/2019 (رقم 11 لسنة 4 قضائية)، بتاريخ 07/07/2019، منشور في الوقائع الفلسطينية: العدد 158 بتاريخ 19/08/2019.

² قضت محكمة النقض المصرية بأن: "مفاد نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية فإذا رأت عدم جديته واصلت السير في نظر الدعوى أما إذا لاحت لها هذه الجدية تعين عليها تكليف الدافع بإقامة طعنه أمام المحكمة الدستورية خلال أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر وتقديم ما يدل على اتخاذه هذا الإجراء للتأكد من اتصال المحكمة الدستورية بالطعن"، طعن رقم 6005 لسنة 80 قضائية، بتاريخ 10/06/2013، وقضت بأن: "مفاد نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ أن المشرع خول للمحكمة سلطة تقدير مدى جدية الدفع بعدم دستورية النص الذي يحكم واقعة النزاع ، فإذا ما رأت أن الدفع يقوم على أسباب جدية منحت الخصم الذي أثار الدفع أجلاً لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا ، وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن مؤدى نص الفقرة "ب" من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الأخيرة الصادر بالقانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ أن محكمة الموضوع ، وإن كان لها تقدير جدية الدفع بعدم دستورية نص شريعى ، إلا أنها إذا قدرت ذلك ثلثة بتأخيل نظر الدعوى الموضوعية وتحديد أجل لرفع الدعوى الدستورية في ميعاد لا يجاوز ثلاثة أشهر ، فإن رفعت في الموعد المحدد يصبح لزاماً على محكمة الموضوع أن تترقب قضاء المحكمة الدستورية العليا باعتباره كاشفاً عن النصوص القانونية التي ينبغي تطبيقها في النزاع الموضوعي ولا يجوز لها قبل ذلك أن تقضي في الدعوى الموضوعية ، إلا إذا تنازل مبدئياً الدفع عن دفعه بعدم الدستورية أو اعتبر الدفع بعدم الدستورية لأن لم يكن لعدم رفع الدعوى الدستورية أو أعملت آثار حكم للمحكمة الدستورية العليا فصل في أمر دستورية النص المطعون عليه وفيما عدا الحالات المتقدمة على محكمة الموضوع أن تلتزم قضاءها بتقدير جدية الدفع فلا تتحيه" ، طعن رقم 6713 لسنة 82 قضائية، بتاريخ 25/03/2013، وانظر كذلك الطعن رقم 2620 لسنة 74 قضائية، بتاريخ 20/10/2018، موقع محكمة النقض المصرية: <https://www.cc.gov.eg>

أجابت المحكمة الدستورية العليا في فلسطين على ذلك، حيث قررت جواز استئناف القرار القضائي برفض الدفع بعدم الدستورية، ولكن اشترطت استئنافه مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى، ومن ثم فإنه لا يجوز استئناف هذا القرار استقلالاً، وقد جاء في حيثيات حكم المحكمة الدستورية العليا في فلسطين ما يلي: "قرار القاضي بشأن الجدية ليس نهائياً بل يخضع للطعن بطرق الطعن المقررة قانوناً، لأن الدفع بعدم الدستورية هو دفع موضوعي يمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى، كما أنه دفع قانوني يمكن إثارته أمام محكمة النقض لتعلقه بالنظام العام، .. فإذا رفضت محكمة الموضوع الدفع المطروح في كل الأحوال تقضي في موضوع الدعوى، وإذا لم يرتض صاحب الشأن الحكم الصادر بالدعوى فيمكن أن يطعن فيه أمام المحكمة الواجب الطعن في الحكم الصادر في النزاع"¹، وقضت في حكم آخر لها بأن: "وفي هذا السياق، نورد بأن قانون المحكمة الدستورية النافذ قد رسم للأفراد إجراءات تحريك الدعوى الدستورية في المادة 27 منه، فإذا استبانت محكمة أول درجة جدية الدفع، أحالت المنازعة إلى المحكمة الدستورية إما عن طريق المدعي وإما بالطريق المباشر، أما إذا قضت بعدم جدية الدفع أو لم تلتفت إليه، فإن قانون هذه المحكمة لم يتضمن نصوصاً صريحة تقضي بجواز الطعن المباشر أمام المحكمة الاستئنافية، لكننا نرى وفقاً للأثر الناقل للاستئناف بأن استئناف الحكم المنفي للخصوصة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام والقرارات التي سبق صدورها في الدعوى، ما لم تكن قبلت صراحة، لأن المحكمة الاستئنافية محكمة قانون وواقع معاً، لذا فإن استئناف الحكم الموضوعي المنفي للخصوصة يشمل الطعن بالحكم بعدم جدية الدفع بعدم الدستورية إذا دفع بذلك، ولا يجوز للمحكمة الاستئنافية القياس أو التعرض للمسألة الدستورية، إلا إذا طعن فيها من خلال الحكم المنفي للخصوصة أو إذا أثير دفع بعدم الدستورية أمامها"².

إلا أننا لا نوافق المحكمة الدستورية هذا القضاء، إذ قد يكون النص حقيقة غير دستوري، وأن انتظار الفصل في الدعوى الأصلي، ومن ثم استئناف الحكم الصادر في الدعوى بما حوتة من دفع هو أمر تعوزه حاجة سرعة الفصل في الدعاوى، مما يوجب من وجهة نظرنا النص على جواز استئناف القرار الصادر برفض الدفع بعدم الدستورية استقلالاً.

الخاتمة

¹ طعن دستوري فلسطيني رقم 14/2016، (رقم 14 لسنة 2 قضائية)، منشور في الواقع الفلسطيني: العدد 128، بتاريخ 14/01/2017، رام الله.

² طعن دستوري فلسطيني رقم 5/2015، (رقم 8 لسنة 2 قضائية)، منشور في الواقع الفلسطيني: العدد 136، بتاريخ 25/09/2017، رام الله.

أولاً: النتائج:

1. توسيع المشرع الفلسطيني في أحوال الدفع بعدم الدستورية حيث نص على الدفع بعدم دستورية القوانين والمراسيم واللوائح والأنظمة والقرارات، في حين اكتفى المشرع المصري بالدفع بعدم دستورية القوانين واللوائح.
2. استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين على تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام، في حين تبانت أقضية محكمة النقض المصرية بهذا الشأن، في حين أن المحكمة الدستورية في مصر جزت بانتفاء الدفع بعدم الدستورية لطائفه الدفع المتعلقة بالنظام العام.
3. أفصحت الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية في فلسطين تجاوز بعض المحاكم لصلاحياتها لا سيما في مسألة وقف السير في الدعوى الأصلية لحين الفصل في الدعوى الدستورية.
4. مدة تكليف مبدي الدفع بمراجعة المحكمة الدستورية لإقامة دعواه طويلة نسبياً وتساهم في إطالة أمد التقاضي.
5. تقف المحكمة الدستورية العليا في فلسطين على مسافة واحدة من الطعون الدستورية، سواء المقدمة بطريق الدعوى الدستورية الأصلية أو بطريق الدعوى الدستورية بطريق الدفع، ولا تولى أي أهمية لسرعة الفصل في الطعون الدستورية المرفوعة بطريق الدفع، بل أن بعض الدعاوى الدستورية المرفوعة بطريق الدفع استقرت حركتها على أرفف المحكمة الدستورية لمدة تزيد على أربعة أعوام رغم أن ما قضت به المحكمة الدستورية منذ عام 2013 حتى عام 2020 بلغ 67 طعناً دستورياً فقط.
6. رغم أن المادة 3/27 من قانون المحكمة الدستورية في فلسطين تنص على تأجيل الدعوى الأصلية لحين الفصل في الدعوى الدستورية، إلا أن التطبيق العملي يوضح عن قيام المحكمة بوقف السير في الدعوى لحين الفصل في الدعوى الدستورية.

ثانياً: التوصيات:

1. نوصي المحكمة الدستورية العليا بإيلاء الدعوى الدستورية المرفوعة بطريق الدفع بعدم الدستورية أهمية وتعجيل الفصل بها قبل غيرها من الدعاوى الدستورية الأخرى، نظراً لأن الدعوى الأصلية تبقى موقوفة لحين الفصل في الدعوى الدستورية، وهو ما يؤدي لتعطل الفصل في الدعوى الأصلية.
2. نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل المادة 3/27 من قانون المحكمة الدستورية من ناحية ميعاد اقامة الدعوى الدستورية، بحيث يُمنح صاحب المصلحة مدة لا تجاوز ثلاثة يوماً لإقامة الدعوى الدستورية، لا سيما أن صاحب المصلحة حين يدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية يكون قد أعد دفاعه ودفعه تفصيلاً لإقناع المحكمة بقبول الدفع بعدم الدستورية.
3. نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة النص على جواز استئناف القرار الصادر برفض الدفع بعدم الدستورية استقلالاً.

4. نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة النص على وقف السير في الدعوى الأصلية ريثما يتم الفصل في استئناف قرار رفض الدفع بعدم الدستورية، وبالتالي نوصي بضرورة سرعة الفصل في الطعن على قرار رفض الدفع بعدم الدستورية لعدم اتخاذه وسيلة لإطالة أمد التقاضي.
5. نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة النص على سلطة محكمة الطعن بفرض غرامة على الطاعن الذي يجعل من استئناف قرار رفض وقف السير في الدعوى الأصلية وسيلة لإطالة أمد التقاضي.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

27. أحمد أبو الوفا. (1980). *نظرية الدفوع في قانون المراقبات*، الطبعة السادسة.
28. أشرف عبد القادر، قنديل. (2012-2013). *الرقابة على دستورية القوانين*، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة،
29. زهير، شكر، *الوسيط في القانون الدستوري*، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، د.ط.
30. طعمية، الجرف. (1959). *موجز القانون الدستوري*، مكتبة القاهرة الحديثة.
31. عباس، العبودي. (2006). *شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية*، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
32. عبد العزيز محمد، سلمان، *رقابة دستورية القوانين*، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى.
33. عبد الكريم، علوان. (2010). *النظم السياسية والقانون الدستوري*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
34. عصام علي، الدبس. (2011-1432هـ). *النظم السياسية*، الكتاب الخامس، السلطة القضائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
35. علي يوسف، الشكري. (2011-1433هـ). *مبادئ القانون الدستوري*، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
36. عمر حمزة، التركمانى. (2018). *المفصل في القضاء الدستوري الفلسطيني*، فلسطين، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى.
37. عوض أحمد، الزعبي. (2006). *أصول المحاكمات المدنية*، عمان، دار وائل للنشر، الجزء الثاني، الطبعة الثانية.
38. غسان مدحت، الخيري. (2013). *الرقابة القضائية على القوانين*، عمان، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
39. فتحي عبد النبي، الوحيدى. (2014). *القضاء الدستوري في فلسطين*، قطاع غزة، مطبع المداد.
40. محسن، خليل. (1975). *النظم السياسية والدستور اللبناني*، بيروت، دار النهضة العربية.
41. مصطفى صالح، العماوي. (2009-1430هـ). *التنظيم السياسي والنظام الدستوري*، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية.

42. محمد عبد العال، السناري، القانون الدستوري، جهاز نشر وتوزيع الكتاب الجامعي، جامعة حلوان، د.ط.
43. محمود، هاشم. (1989). قانون القضاء المدني، ج 2، د.ن.
44. منير، عبد المجيد. (2001). أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، الاسكندرية، منشأة المعارف.
45. نضال جمال، جرادة، التحكيم في منازعات العمل الفردية، غير منشور.
46. نضال جمال، جرادة. (2019هـ-1440م). مبادئ محكمة النقض في المواد المدنية والتجارية، الجزء الثاني، غزة، مكتبة نيسان، الطبعة الأولى.
47. نضال جمال، جرادة. (2018هـ-1439م). النقض المصرية في ضوء القوانين الفلسطينية، الجزء الأول، غزة، مكتبة النهضة، الطبعة الأولى.
48. نضال جمال، جرادة. (2017هـ-1438). أشرف نصر، الله، مبادئ محكمة العدل العليا، الجزء الثاني، غزة، مكتبة نيسان.
49. نعمان أحمد، الخطيب. (2011هـ-1432م). الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة.
50. هاني علي، الطهراوي. (2011هـ-2011م). النظم السياسية والقانون الدستوري، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة.
- ثانياً: الرسائل العلمية:**
51. حمد عبد الله علي، الساعدي. (2010). الدفع بعدم الدستورية بدولة الامارات العربية المتحدة، الامارات: رسالة ماجستير، جامعة الامارات العربية المتحدة.
- ثالثاً: المجالات العلمية:**
52. صافي أحمد، قاسم، الصفة والمصلحة في الدعوى الدستورية، مجلة جامعة جنوب الوادي للدراسات القانونية، مصر: العدد الأول.
- رابعاً: الصفحات الالكترونية:**
- 28 موقع المحكمة الدستورية العليا (مصر) www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/RuleViewer.jspx
37. موقع محكمة النقض المصرية: www.cc.gov.eg

خامساً: التشريعات والأحكام القضائية:

38. قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، السلطة الوطنية الفلسطينية، الوقائع الفلسطينية: العدد 62، بتاريخ 25/03/2006، رام الله.
39. السلطة الوطنية الفلسطينية، الواقع الفلسطينية: العدد 128، بتاريخ 14/01/2017، رام الله.
40. السلطة الوطنية الفلسطينية، الواقع الفلسطينية: العدد 141، بتاريخ 25/03/2018، رام الله.
41. السلطة الوطنية الفلسطينية، الواقع الفلسطينية: العدد 137، بتاريخ 15/10/2017، رام الله.

42. السلطة الوطنية الفلسطينية، الواقع الفلسطيني: العدد الممتاز 12، بتاريخ 26/09/2016، رام الله.
43. السلطة الوطنية الفلسطينية، الواقع الفلسطيني: العدد 138، بتاريخ 29/11/2017، رام الله.
44. السلطة الوطنية الفلسطينية، الواقع الفلسطيني: العدد 158 بتاريخ 19/08/2019، رام الله.
45. السلطة الوطنية الفلسطينية، الواقع الفلسطيني: العدد 136، بتاريخ 25/09/2017، رام الله.

حروف الجزم في سورة البقرة بين تفسيري الزمخشري وأبي حيان: دراسة دلالية.

Jazm Letters in Surah Al-Baqarah between the Interpretation of Al-Zamakhshari and the Interpretation of Abi Hayyan: an indicative study

طالب دكتوراة جمال سعد أحمد إبراهيم - ماجستير تفسير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

أ.د. محمد جواد النوري - أستاذ العلوم اللغوية في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

البريد الإلكتروني للباحث: jsaad1969@gmail.com

الملخص: جاءت هذه الدراسة لتبيّن أثر دلالة حروف الجزم في توجيه التفسير لآيات السورة التي وردت فيها حروف الجزم عند الإمامين الزمخشري وأبي حيyan.

وقد تتبع الباحث المنهج الاستقرائي، والوصفي، والتحليلي، وهدفت الدراسة إلى إيضاح المقصود بحروف الجزم الدالة على معنى في غيرها، لا في ذاتها. وتمت دراستها على جزأين: دراسة نظرية، حيث بيان معانى الحرف، والمقصود به، وبيان شيء من أحكامه، ثم دراسة تطبيقية على آيات من سورة البقرة.

وخلصت الدراسة إلى اتفاق الإمامين الزمخشري وأبي حيyan في دلالة حروف الجزم في الآيات التي اشتراكاً في تفسير حروف الجزم فيها.

الكلمات المفتاحية: حروف الجزم، سورة البقرة، الزمخشري، وأبو حيyan.

Abstract

This study was conducted to demonstrate the significance of Jazm letters in directing the interpretation of the surah's versus that include Jazm letters according to Al-Zamakhshari and of Abi Hayyan.

The researcher followed the inductive, descriptive, analytical approach, and the study aims at clarifying the meaning of Jazm letters that indicate meaning in other words and not in itself. The study was dealt with in two parts: a theoretical study, in which the researcher clarifies the meanings of the letter and what is meant by it, and shows some of its rules, and an applied study on verses from Surah Al-Baqarah.

The study concluded that the two Imams Al-Zamakhshari and Abi Hayyan agreed on the significance of Jazm letters in the verses that they both participated in interpreting Jazm letters they include.

Keywords: Jazm letters, Surah Al-Baqarah, Al-Zamakhshari, and Abu Hayyan.

المقدمة: الحمد لله في الأولى والآخرة، الذي رفع أهل العلم بقوله: (يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أتوا العلم درجات) (المجادلة: 11)، والصلة والسلام على معلم البشرية الخير، وبعد:

فمن عظيم نعم الله علينا أن أنزل علينا القرآن الكريم هداية للخلق، وتنزيل للنفس، وكان لغة العربية الشرف في أن نزل بها هذا القرآن، لما لها من خصائص لم توجد في أية لغة أخرى، سواء في أقسام كلامها، أم في علومها، أم في أساليبها.

ومن أقسام الكلام العربي: حروف المعاني التي تبين بلاغتها حين دُرْجَها في غيرها من الكلام، لا بانفرادها. وقد جاءت الدراسة توضح شيئاً من دلالة حروف الجزم من خلال تفسير سورة البقرة لعلمين من أعلام اللغة العربية وأساطينها، وهما: الزمخشري وأبي حيان.

الدراسات السابقة:

بعد مراجعة الدراسات السابقة التي تحدثت عن حروف الجزم تبين للباحث أن أقربها من هذه الدراسة كانت:

1- أدوات الجزم ووظائفها النحوية والدلالية، دراسة تطبيقية في الربع الأول من القرآن الكريم. إعداد الطالبة: آمنة الأمين أحمد عبد الباقي، وهو بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في اللغة العربية من جامعة أم درمان الإسلامية- السودان.

وقد تضمن فصولاً ثلاثة، الأول منها يتعلّق بالأدوات التي تجزم فعلاً واحداً (لا الناهية، لام الأمر، لم، لما). وكانت الباحثة تذكر أحكام الحرف، وأقسامه، ومعانيه، وتضرب أمثلة من الربع الأول للقرآن الكريم، ثم تذكر عدد وروده في الربع الأول من القرآن الكريم، جامعاً موضعه.

2- (لا) في القرآن الكريم دراسة تطبيقية في سورتي البقرة وآل عمران. إعداد الطالب: محمد آدم إبراهيم يونس، عام 1437هـ، 2016م.

وهو بحث مقدم إكمالاً لنيل درجة الماجستير في اللغة العربية من جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا. وكان منهج الباحث وصفياً تحليلياً إحصائياً، وقد تحدث فيه عن أقسام (لا) الناهية، والجازمة، والزيادة في فصول ثلاثة كان الثاني عن (لا الناهية)، تكلم فيه عن تعريفها، وأنواعها، وشروطها، وأحكامها، وموضعها في السورتين كدراسة تطبيقية.

3- حروف المعاني في كتاب البحر المحيط لأبي حيان (جمعاً ودراسة وتقديماً) للباحث: عبد الفتاح محمد حبيب، 2002م، الزقازيق - جامعة الأزهر، عدد الصفحات: 624.

وهي رسالة ماجستير، ولم أستطع الوصول إليها. ويمكن أن نفهم من عنوانها أنها رسالة ركزت بعامة على حروف المعاني في تفسير البحر المحيط من حيث الجمع والدراسة والتقويم، ولم تختص بسورة معينة.

وحين العودة إلى سيرته الذاتية، التي تمكنت من الوصول إليها، تبين أنه أستاذ في قسم اللغويات - كلية اللغة العربية، الزقازيق، جامعة الأزهر 1997م، ومؤلفاته تشير كذلك إلى تخصصه في اللغة العربية، وليس التفسير، ومنها: النيابة في لغة العرب، والتوسيع في الطرف الجار وال مجرور، والنحو والتصريف عند الفراء، والنحو العربي بين الصناعة والمعنى.

4- حروف المعاني في كتاب الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل للزمخشري "جامعة ودراسة وتحقيقا". الباحث: السيد حسن حامد عبد الحميد البوطي. 2006م، الزقازيق -جامعة الأزهر. وهي رسالة ماجستير، وقد استطاعت الوصول إلى مستخلصه فقط، وذكرت فيه نتيجتان: إضافة كثير من الآيات القرآنية إلى شواهد كتب النحو، وكذلك كان للقراءات القرآنية أثر بالغ في تأجيل¹ معنى الحرف.

ويظهر من خلال كتابات صاحب هذه الدراسة أنه متخصص في اللغة، ومنها: حذف الحرف في النحو والصرف، وقضايا الاتفاق والافتراق في الأسماء، والقضايا اللغوية والنحوية في سورة البروج.

5- حروف المعاني: موازنة بين كتاب الكشاف للزمخشري، وكتاب رصف المباني في شرح حروف المعاني للمالقي.

للباحث: العربي، حسين محمد أحمد، مجلة جامعة سوها للعلوم الإنسانية، ليبيا، مج 14، ع 1، 2015م، عدد 18. الصفحات:

ويهدف البحث إلى لفت نظر البالغين واللغويين إلى أحد مصادر البلاغة، وهو كتب التفسير، من خلال قضية "حروف المعاني". وعقد موازنة بين الكتابين في المسائل الخلافية وعنياتهم بالتعليق، واجتهداهما. وكان من نتائج البحث أن للزمخشري والمالقي إضافات لما أخذاه من سبقهما من أهل البلاغة واللغة.

يتبيّن، مما سبق، أنه لم تكن هناك دراسة مختصة بحروف الجزم في سورة البقرة عند الإمامين أبو حيyan والزمخشri.

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية الدراسة من خلال الأمور الآتية:

¹ هكذا وجدتها مكتوبة، ولعلها تصبيل.

- انتماء الدراسة إلى الكلام الذي لا يدانيه كلام، ولا يباريه أساطين العلماء، كلام رب العالمين.
- تدبر دلالات حروف المعانى، ومنها حروف الجزم، في القرآن الكريم مما يزيد من ذائقه المسلم البلاغية: فيزيده ذلك إيماناً والتزاماً.
- دلالات حروف الجزم، كجزء من حروف المعانى التي تناولها العلماء في مباحث علوم القرآن الكريم، لا يستغنى عنها من نصب نفسه لتفسير القرآن الكريم.
- ندرة الكتابة في إفراد حروف الجزم، كدراسة قرآنية، إذ وجدت دراسات في حروف الجر، وحروف العطف كدراسات قرآنية.

أسباب اختيار الموضوع:

تعود أسباب اختيار إلى أمور منها:

- خدمة كتاب الله الموصوف بأنه شفاء لما في الصدور.
- إبراز قيمة تفسير "الكافش" للزمخشي، وتفسير "البحر المحيط في التفسير" لأبي حيان.
- المكانة التي نالها تفسيرا الكافش والبحر المحيط في الأوساط العلمية.
- إيضاح أثر دلالة حروف الجزم في تفسير الآيات.
- سبب اختيار سورة البقرة أنها أطول سورة في القرآن، وثانيها ترتيباً، وغالب المفسرين يفرغون فيها علوم القرآن، وببلغته تصصيلاً، ثم إذا تكرر الموضوع أحالوا إليه.

مشكلة الدراسة:

حرصت الدراسة على إيضاح أثر حروف الجزم في التفسير لسورة البقرة، وذلك بتتبعها في تفسيري الكافش والبحر المحيط، ويتوقع من هذه الدراسة الإجابة على الأسئلة التالية:

- ما هي الحروف الجازمة للفعل المضارع؟
- ما المقصود بحرف الجزم؟ وما أحكامه؟
- ما أبرز المعانى التي يدل عليها الحرف الجازم عند الزمخشري وأبي حيان في تفسيرهما؟
- ما عدد المرات التي ورد فيها حرف الجزم في سورة البقرة؟
- ما مدى الاتفاق والاختلاف بين الزمخشري وأبي حيان في دلالة حروف الجزم في سورة البقرة؟

أهداف الدراسة:

- بيان المقصود بحروف الجزم، وإظهار أبرز أحكامه.
- إيضاح أبرز المعانى التي يدل عليها الحرف الجازم عند الزمخشري وأبي حيان في تفسيرهما.
- إظهار الاتفاق والاختلاف بين الزمخشري وأبي حيان في دلالة حروف الجزم في سورة البقرة.

حدود الدراسة: تختص الدراسة بدلالة الحروف الجازمة في سورة البقرة، من خلال تفسير الكشاف للزمخشي، وتفسير البحر المحيط لأبي حيان.

منهج الدراسة:

أتبع الباحث المنهج الاستقرائي لدلالة حروف الجزم عند الرمخشي وأبي حيان في تفسيرهما، ويستضيء أيضاً بمنهجي الوصف والتحليل.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى مقدمة، وتمهيد، ومباحث ثلاثة، وخاتمة.

المقدمة؛ تشمل: الدراسات السابقة، أهمية الدراسة، أسباب اختيار الموضوع، مشكلة الدراسة، وأهدافها، وحدودها، والمنهج المتبع فيها.

التمهيد؛ ويشمل: التعريف الموجز بموضوعات سورة البقرة، والزمخشي وتفسيره، وأبي حيان وتفسيره.

أما المباحث فهي:

المبحث الأول: حرف الجزم (لم)

المبحث الثاني: حرف الجزم (لا) الناهية.

المبحث الثالث: حرف الجزم (لام الأمر).

التمهيد:

يحرص الباحث هنا على إيضاح ما يتعلّق بمفردات الدراسة بإيجاز؛ لذا تضمن التمهيد المسائل الآتية:

المسألة الأولى: التعريف بسورة البقرة

من السبع الطوال، مدنية نزلت بعد الهجرة، عدد آياتها مائتان وست وثمانون آية، ومن أسمائها: سلام القرآن، والزهراء، وفيها أعظم آية القرآن: آية الكرسي.

وقد حوت موضوعات كثيرة، ومنها: أصناف الناس، واستخلاف آدم، والحديث عن بنى إسرائيل ومخاذهـمـ، وكذلك الحديث عن رفع القواعد من البيت، وتحويل القبلة إليه، وعن الجهاد والقصاص والوصية، والعبادات كالصيام والحج، والإنفاق، وشيء من الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالأسرة كالطلاق، وتحدثت السورة عن أمور العقيدة كالإيمان بالغيب والبعث، وعن المعاملات كالربا والدين، هذه مجمل موضوعات السورة، فهل بينها نظام؟

السورة، رغم تعدد موضوعاتها، كما يذكر سيد قطب، إلا أنها تدور حول أمرتين رئيسيـنـ: وهي من ناحية تدور حول موقف بنـي إـسـرـائـيلـ من الدعـوةـ الجديدةـ فيـ المـدـيـنـةـ، وكيفـيـةـ اـسـتـقـبـالـهـمـ لـهـاـ بالـكـفـرـانـ، وـمـواـجـهـهـمـ لـرـسـوـلـهـاـ ﷺـ ولـلـجـمـاعـةـ النـاشـئـةـ عـلـىـ أـسـاسـهـاـ، وـاجـتمـاعـهـمـ معـ الـمـنـافـقـينـ وـالـمـشـرـكـينـ لـمـواـجـهـةـ هـذـهـ الدـعـوـةـ، وـمـنـ

ناحية تدور السورة حول إعداد وإنشاء الجماعة المسلمة وتهيئها لحمل أمانة الخلافة في الأرض بعد نكول بني إسرائيل عن حملها، ونقضهم لعهد الله بخصوصها^١.

المسألة الثانية: التعريف بالزمخشري وتفسيره

الإمام الزمخشري هو: محمود بن عمر بن محمد بن عمر، يلقب بـ(جار الله)؛ لأنه جاور مكة زماناً، وكنيته (أبو القاسم)، ولد عام سبع وستين وأربعين للهجرة، ارتحل، كما هي عادة العلماء، في طلب العلم إلى خراسان، والعراق، ومكة. مذهبه الفقهي حنفي، إلا أنه لم يكن متعصباً له، وعقيدته الاعتزال^٢.

ومن أبرز شيوخه: الصبي، وابن المظفر، والجواليقي، والدمغاني، وابن الشجري^٣. ومن تلاميذه: أبو المحاسن عبد الرحيم بن عبد الله البزار، وأبو عمرو عامر بن الحسن السمساري، وأبو سعد الشاشي، وأبو طاهر سامان بن عبد الملك^٤.

أما آثاره العلمية فقد نافت على الخمسين، منها: الكشاف، والفائق في غريب الحديث، وأساس البلاغة، والمفصل في صيغة الاعراب، ومتشابه أساس الرواية^٥.

وقد توفي بجرجانية بخوارزم ليلة عرفة من سنة ثمان وثلاثين وخمسين للهجرة^٦.

أما تفسيره الكشاف، فسبب تأليفه، كما يذكر في مقدمته، أن إخوانه المعتزلة كلما سمعوا منه تفسير آية، وأبرز لهم بعض الحقائق من الحجب، استطيروا شوقاً إلى مصنف يضم أطراف ذلك، كذلك ما كان يرى من شوق أهل البلاد التي يجتازها في طريق عودته إلى مكة إلى العثور على ذلك الملمح حرضاً على اقتباسه^٧.

وفيما يتعلق بمنهجه في تفسيره، فهو كغيره من المعتزلة الذين يقدمون العقل على النقل، فهو ينتصر لمعتقداتهم، كالحسن والقبح العقليين^٨، وحرية الإرادة وخلق الافعال^٩، وصاحب الكبيرة مخلد في النار^{١٠}.

^١ ينظر: سيد قطب: إبراهيم حسين الشاري (ت: 1385هـ)، في ظلال القرآن، دار الشروق - بيروت - القاهرة، ط. 17، 1412هـ، ج 1/28.

^٢ ينظر: القفطي، جمال الدين أبو الحسن على بن يوسف (ت: 646هـ)، إنباه الرواية على أنباه النحو، ط. 1، بيروت، المكتبة العصرية، 1424هـ، 3/266-268، وابن العماد، عبد الحي بن أحمد العكري (ت: 1089هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار الكتب العلمية، 198/6.

^٣ ينظر: ياقوت الحموي، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي (ت: 626هـ)، إرشاد الأربى إلى معرفة الأدب، تج: إحسان عباس، ط. 1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1414هـ - 1993م، ج 6/2688، 1أ، أنساب، عبد الرحمن بن عبد الله الأنصاري (ت: 577هـ)، نزهة الأنبياء في طبقات الأدباء، تج: إبراهيم السامراني، ط. 3، 1405هـ، 1985م، ج 291/1.

^٤ ينظر: السمعاني، أبو سعد، الأنساب، تقديم وتعليق: عبد الله عمر البارودي، ط. 1، دار الجنان، 1408هـ، 1988م، ج 3/163-164.

^٥ ينظر: السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (المتوفى: 911هـ)، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحو، تج: محمد أبو الفضل إبراهيم، لبنان، المكتبة العصرية، ج 2/280.

^٦ ينظر: السمعاني، الأنساب، ج 3/164.

^٧ ينظر: الزمخشري، الكشاف، ج 1/16-17.

^٨ المصادر السابقة، ج 1/625.

^٩ ينظر: المصادر السابقة، 1/667.

^{١٠} ينظر: المصادر السابقة، 1/583.

واهتم بالبلاغة القرآنية، ولا يتسع في المسائل الفقهية، مقل من الإسرائيليات، وإذا روى منها شيئاً رواه مصدرأً بصيغة التمريض (روي) المشعرة بضعف الرواية، أو ينبه إلى درجة صحتها.¹

ورغم اعتزاليات الكشاف إلا أن من جاء بعده أفادوا منه سواء أكانوا معتزلة أم أهل السنة، وممن رجع إليه: الرازي في مفاتيح الغيب، وأبو حيان في بحر المحيط، وتلميذ أبي حيان السمين الحلبي في دره المصنون، والبيضاوي في أنوار التنزيل، وأبو السعود في إرشاد العقل السليم، وغيرهم. وقد كثرت الدراسات العلمية حول هذا من حيث علم القراءات، أما من حيث اللغة، فقد قال الزجاجي: "إذا كان قبل لام الأمر واؤ العطف، أو فاءٌ جاز كسر اللام على الأصل، وإسكنها تخفيفاً لأن الفاء والواو يتصلان بالكلمة كأنهما منها، ولا يمكن الوقوف على واحد منها".² وقال صاحب المفصل: "هي مكسورة، ويجوز تسكينها عند واؤ العطف وفائه، كقوله تعالى: (فَلِيَسْتَجِبُوا لِي وَلِيؤْمِنُوا بِي)"³، وكذلك الحال عند الرضي الأستربادي⁴، والغلابياني

لهذا التفسير.

يتبين، مما سبق، أن القراء السبعة اتفقوا على تسكين لام الأمر، كما ذكر ابن مجاهد، وإن كان الأصل فيها الكسر، إلا أنها سكتت تخفيفاً، ولتمييزها عن غيرها من اللامات كلام كي، كما مر سابقاً من أقوال أهل القراءات وأهل اللغة، وهو ما يفسر قول أبي حيان عند لام (وليكتب): "والكسر الأصل". وعليه فلا تناقض في قولي أبي حيان. قال في ارتشاف الضرب: "وأكثر النحاة يعبر عنها بلام الأمر، وحركتها الكسر، وفتحها عن القراءة سليم... وبنو سليم يفتحون اللام إذا استؤنفت، فيقولون: ليقم زيد... يريد أنهم لا يفتحون إلا إذا لم يكن قبلها واو، أو فاء، أو ثم، ويجوز تسكينها مع ثلاثة، وليس بضعف، ولا قليل مع ثم، خلافاً لمن زعم ذلك، بل الأكثر تسكين مع الواو والفاء".⁵

الآلية الثالثة: **﴿فَمَنْ شَهَدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلِيَصُمِّمْهُ﴾** [البقرة: 185].

اللام في (فليصممه) للأمر المفيد الوجوب، كما هي القاعدة الأصولية، يقول أبو حبان: "المعنى: أن المقيم في شهر رمضان إذا كان بصفة التكليف يجب عليه الصوم، إذ الأمر يقتضي الوجوب، وهو قوله: (فليصممه)".⁶

فشهر رمضان واجب صيامه على المسلم المكلف المقيم، وهذا مستفاد من دلالة لام الأمر في (فليصممه)، ومن أحاديث الرسول ﷺ منها: "بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وإقام

¹ ينظر: الذهبي، محمد حسين، التفسير والمفسرون، ط.8، القاهرة، مكتبة وهبة، 1424هـ، 2003م، ج 1/334-336.

² الزجاجي، عبد الرحمن بن إسحاق (ت: 337هـ)، اللامات، تج: مازن مبارك، دار الفكر - دمشق، ط.2، 1405هـ، 1985م، ص 93.

³ الزمخشري، محمود بن عمر بن أحمد (ت: 538هـ)، المفصل في صنعة الإعراب، تج: علي بولحيم، ط.1، بيروت: مكتبة الهلال، 1993م، ص 451.

⁴ ينظر: الرضي الأستربادي، محمد بن الحسن (ت: 686هـ)، شرح شافية ابن الحاجب، تج: محمد نور الحسن، آخرون، بيروت، دار الكتب العلمية، 1395هـ، 1975م، ج 1/44.

⁵ أبو حيان، ارتشاف الضرب، ج 4/1855.

⁶ أبو حيان، البحر المحيط، ج 2/48.

الصلوة، وإيتاء الزكاة، والحج، وصوم رمضان^١، وما رواه النسائي عن أبي هريرة، رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ "أتاكم رمضان شهر مبارك فرض الله عزوجل عليكم صيامه"^٢. ولم يكن للزمخشري تعليق على لام الأمر هنا^٣.

وفيما يتعلق بحرف الجزم (مّا) فقد ورد مرة واحدة في سورة البقرة، في قوله تعالى: ﴿أَمْ حَسِبُوكُمْ أَنْ تَدْخُلُوا الْجَنَّةَ وَلَمَّا يَأْتِكُمْ مَّا لَمْ يَأْتِكُمْ مَّا لَدَنَّ أَذْنَانَكُمْ مَّا سَمِعُوكُمْ أَبْيَاسَهُمْ أَضْرَأَهُمْ وَرُزْنُوكُمْ﴾ [البقرة: 214]^٤.

وقد تحدث الشیخان عن دلالتها هنا بأنها أفادت نفي التوقع، فإذا كان المؤمنين من البلاء الذي أصاب المؤمنين السابقين أمر متوقع؛ لأنّه لا دخول للجنة على مجرد الإيمان فقط، فسبيلكم سبيل من تقدمكم من أتباع الرسل وفي هذا الخطاب تشجيع وتثبيت لهم^٥. والابتلاء كاشف للإيمان الصادق، وللنفاق، قال تعالى: ﴿أَحَسِبَ النَّاسُ أَنْ يُتْرَكُوا أَنْ يَقُولُوا إِنَّا وَهُمْ لَا يُفْتَنُونَ وَلَقَدْ فَتَنَّا أَذْنِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَلَيَعْلَمَنَّ اللَّهُ أَذْنِينَ صَدَقُوا وَلَيَعْلَمَنَّ الْكَذَّابِينَ﴾ [العنكبوت: 2-3].

يتبيّن لنا ما سبق أن:

1. أبرز موضوعات سورة البقرة: موقف بني إسرائيل من الدعوة الإسلامية، و مقابلتهم لها بالجحود والنكران والكفر، وموضوع إعداد الجيل الإسلامي الذي يحمل أمانة الدعوة خلفاً للهود الذين فرطوا فيها.
2. مذهب الزمخشري الفقيهي حنفي، لكنه غير متعصب له، ومذهب العقدي اعتزالي، في حين أن مذهب أبي حيان الفقيهي: شافعي، ومذهب العقدي أشعري، وهو على مذهب سيبويه في النحو.
3. يغلب على تفسير الزمخشري علم البلاغة، وعلى تفسير أبي حيان علم النحو.
4. أبا حيان أكثر توسيعاً في الحديث عن حروف المعاني في تفسيره من الزمخشري في تفسيره، ومن عادته، غير المنضبطة، أن يذكر معاني الحرف عند أول ورود له في السورة.
5. الزمخشري يطّوّع الإعراب لصالح المعنى، لذا يكثر من التقدير، إذ إن همه إبراز المعاني في حين أن أبا حيان ينطلق من الإعراب ليصل إلى المعنى، لذا لا يلجأ إلى التقدير وهو يقدر إلا يلجأ إليه.

خاتمة

^١ البخاري، محمد بن إسماعيل (ت: 256هـ)، صحيح البخاري، تج: محمد زهير بن ناصر الناصر، كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ "بني الإسلام على خمس، رقم الحديث 11/1، ط. 1، دار طرق النجاة، 1422هـ.

^٢ النسائي، أحمد بن شعيب بن علي الغرساني (ت: 303هـ)، المجنبي من السنن (السنن الصغرى)، تج: عبد الفتاح أبو غدة، كتاب الجنائز، ذكر الاختلاف على عمره فيه، رقم الحديث (2106)، ط. 2، حلب، مكتبة المطبوعات الإسلامية، 1406هـ، 1986م، ج 4/129-129هـ. وصحيحه الألباني، ينظر: الألباني، محمد ناصر الدين (ت: 1420هـ)، صحيح

الجامع الصغير وزياداته، المكتب الإسلامي، ج 1/72.

^٣ ينظر: الزمخشري، الكشاف، ج 1/213.

^٤ ينظر: الشريف، معجم حروف المعاني، ج 2/940.

^٥ ينظر: الزمخشري، الكشاف، ج 1/240. وأبو حيان، البحر المحيط، ج 2/148.

الحمد لله الذي أunan على إتمام هذا البحث، توصلنا من خلاله إلى نتائج يمكن إجمالها فيما يأتي:

- 1- حروف الجزم هي: لم، ولما، ولا الأمر، ولا النافية، تدخل على الفعل المضارع، فتقلبه (لم، ولما) إلى زمن الماضي، في حين تقلبه لام الأمر، ولا النافية إلى أمر.
- 2- حرف الجزم (لم) ليس مطردا في قلب الفعل المضارع إلى زمن الماضي. وتبطل دلالتها على معنى الماضي حين دخول الشرط عليها.
- 3- حرف (لم) دلالته النفي، وإذا دخلت عليه الهمزة صار الكلام تقريرا، وقد يصاحب التقرير معاني أخرى كالذكر، والتخييف، والإبطاء، والتعجب، والتوبخ.
- 4- لا النافية موضوعة لطلب الترك، تختص بالدخول على المضارع الذي تجزمه، وتخلصه للاستقبال.
- 5- إذا كان النهي من أعلى لأدنى فهو نهي، وإذا كان من أدنى لأعلى فهو دعاء، وإذا كان من مساو لنظرره فهو التماس.
- 6- من معاني صيغة الطلب: الإذن، والتعجيز، والتهديد، والتسخير، والاستهزاء، والتأديب.
- 7- لام الأمر يطلب بها الفعل، فهي تفيد الطلب، ويصبح كسرها وتسكينها.
- 8- لام الأمر (الطلب) في سورة البقرة كلها أفادت الأمر، وتخرج عن معناها الأصلي، الطلب، إلى معان أخرى كالتهديد، والتحدي.
- 9- اتفق الإمامان الزمخشري وأبو حيان على دلالات حروف الجزم في سورة البقرة في الآيات التي اشتراكا في تفسير الحروف الجازمة فيها، مع توسيع لأبي حيان.

توصيات

يوصي الباحث أهل العلم، أساتذة وطلبة، أن يولوا حروف المعاني اهتماما أكثر، خاصة تلك الحروف التي لم تدل حظها الوافر من الدراسة. كما يوصي الباحث بعمل دراسات في المحاور الآتية:

- 1- حروف الجزم، دراسة قرآنية دلالية.
- 2- حروف الجزم بين علماء المغرب الإسلامي، وعلماء المشرق.

مصادر البحث ومراجعه

1. الإبرلي، علاء الدين بن علي بن بدر الدين، *جواهر الأدب في معرفة كلام العرب*، مطبعة وادي النيل – مصر.
2. الألباني، محمد ناصر الدين (ت: 1420هـ)، *صحيح الجامع الصغير وزياداته*، المكتب الإسلامي،
3. الأنباري، عبد الرحمن بن محمد بن عبيد الله الأنباري (ت: 577هـ)، *نزهة الأنباء في طبقات الأدباء*، ترجمة إبراهيم السامرائي، ط. 3، 1405هـ، 1985م.
4. امرؤ القيس، بن حجر بن الحارث الكندي (ت: 545م)، *ديوان امرئ القيس*، ترجمة عبد الرحمن المصطاوي، ط. 2، بيروت، دار المعرفة، 1425هـ، 2004م.
5. البخاري، محمد بن إسماعيل (ت: 256هـ)، *صحيح البخاري*، ترجمة محمد زهير بن ناصر الناصر، كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ "بني الإسلام على خمس"، رقم الحديث (8)، ط. 1، دار طوق النجا، 1422هـ.
6. البناء، أحمد بن محمد بن عبد الغني الدمياطي (ت: 1117هـ)، *إتحاف فضلاء البشر في القراءات الأربع عشر*، ترجمة أنس مبرة، ط. 3، لبنان، دار الكتب العلمية، 1427هـ، 2006م.
7. الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت: 816هـ)، *التعريفات*، ط. 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ- 1983م.
8. ابن الجوزي، محمد بن محمد بن يوسف (ت: 833هـ)، *النشر في القراءات العشر*، ترجمة علي محمد الصباغ، المطبعة التجارية الكبرى.
9. ابن جبي، أبو الفتح عثمان (ت: 392هـ)، *المحتسب في تبيين وجوه شواذ القراءات والإيضاح عنها*، وزارة الأوقاف، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، 1420هـ، 1999م.
10. الجوهرى، إسماعيل بن حماد (ت: 393هـ)، *الصحيح تاج اللغة وصحاح العربية*، ترجمة أحمد عبد الغفور عطار، ط. 4، بيروت، دار العلم للملايين، 1407هـ- 1987م.
11. أبو حيان، محمد بن يوسف بن علي بن يوسف (ت: 745هـ)، *ارشاد الضرب من لسان العرب*، ترجمة رجب عثمان محمد، ورمضان عبد التواب، ط. 12، القاهرة: مكتبة الخانجي، 1418هـ، 1998م.
12. أبو حيان، محمد بن يوسف بن علي، (ت: 745هـ)، *البحر المحيط في التفسير*، ترجمة عادل أحمد عبد الموجود - الشیخ علی محمد معوض، ط. 1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ - 2001م.
13. أبو حيان، محمد بن يوسف بن علي بن يوسف (ت: 745هـ)، *النهر الماد من البحر المحيط*، ترجمة عمر الأسعد، ط. 1، بيروت، دار الجيل، 1416هـ، 1995م.

14. ابن خالويه، الحسين بن أحمد (ت: 370هـ)، *الحجۃ في القراءات السبع*، عبد العال سالم مکرم، ط 4، بيروت، دار الشروق، 1401هـ.
15. ابن خالويه، أبو عبد الله الحسين بن أحمد، *القراءات الشاذة*، ط 1، مصر، المطبعة الرحمانية، 1934م.
16. الذهبي: محمد حسين، *التفسير والمفسرون*، ط 8، القاهرة، مكتبة وهبة، 1424هـ، 2003م.
17. الرضي الأستربادي، محمد بن الحسن (ت: 686هـ)، *شرح شافية ابن الحاجب*، ترجمة: محمد نور الحسن، وأخرون، بيروت، دار الكتب العلمية، 1395هـ، 1975م.
18. الزجاجي، عبد الرحمن بن إسحاق البغدادي (ت: 337هـ)، *حروف المعاني والصفات*، ترجمة: علي توفيق الحمد، ط 1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1984م.
19. الزجاجي، عبد الرحمن بن إسحاق (ت: 337هـ)، *اللامات*، ترجمة: مازن مبارك، ط 2، دمشق، دار الفكر، 1405هـ، 1985م.
20. الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر (ت: 538هـ)، *الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأویل*، القاهرة: دار الحديث، 1433هـ، 2012م.
21. الزمخشري، محمود بن عمر بن أحمد (ت: 538هـ)، *المفصل في صنعة الإعراب*، ترجمة: علي بو ملحم، ط 1، بيروت: مكتبة الهلال، 1993م.
22. ابن زنجلة، عبد الرحمن بن محمد (ت: 403هـ)، *حجۃ القراءات*، ترجمة: سعيد الأفغاني، دار الرسالة.
23. السامرائي، فاضل صالح، *معاني النحو*، ط 1، عمان: دار الفكر، 1420، ج 3/ 154-156.
24. السمعاني، أبو سعد، *الأنساب*، تقديم وتعليق: عبد الله عمر البارودي، ط 1، دار الجنان، 1408هـ، 1988م.
25. سيد قطب: إبراهيم حسين الشاري (ت: 1385هـ)، *في ظلال القرآن*، ط 17، بيروت، القاهرة، دار الشروق، 1412هـ.
26. ابن سیده، أبو الحسن علي بن إسماعيل (ت: 458هـ) *المخصص*، ترجمة: خليل إبراهيم جفال، ط 1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1417هـ، 1996م.
27. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (المتوفى: 911هـ)، *بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة*، ترجمة: محمد أبو الفضل إبراهيم، لبنان، المكتبة العصرية.

28. الشريف، محمد حسن، معجم حروف المعاني في القرآن الكريم، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1417هـ، 1996م.
29. الشهاب، الخفاجي، أحمد بن محمد بن عمر (ت: 1069هـ)، عناية القاضي وكفاية الراضي على تفسير البيضاوي، بيروت، دار صادر.
30. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (ت: 1250هـ)، البدر الطالع بمحاسن القرن السابع، بيروت، دار المعرفة.
31. الصفدي، صلاح الدين خليل أبيك (ت: 764هـ)، أعيان العصر وأعوان النصر، تج: علي أبو زيد وأخرين، ط1، بيروت، دمشق، دار الفكر المعاصر، 1418هـ، 1998م.
32. الصفدي، صلاح الدين خليل بن أبيك (ت: 764هـ)، الوافي بالوفيات، تج: أحمد الأرناؤوط، وتركي مصطفى، بيروت، دار إحياء التراث، 1420هـ-2000م.
33. الطبرى: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الاملى (ت: 310هـ) جامع البيان فى تأويل القرآن، تج: أحمد محمد شاكر، ط1، مؤسسة الرسالة، 1420هـ-2000م.
34. عصيمة، محمد عبد الخالق، دراسات لأسلوب القرآن الكريم، دار الحديث - القاهرة، 1425هـ، 2004م.
35. ابن العماد، عبد الحى بن أحمد العكرى (ت: 1089هـ)، شذرات الذهب فى أخبار من ذهب، دار الكتب العلمية.
36. الغلايىنى، مصطفى بن محمد سليم (ت: 1364هـ)، جامع الدروس العربية، ط28، بيروت: المكتبة العصرية، 1414هـ، 1993م.
37. الفيومى، أحمد بن محمد بن علي، (ت: 770هـ)، المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير، بيروت، المكتبة العلمية.
38. القفطى، جمال الدين أبو الحسن على بن يوسف (ت: 646هـ)، إنباه الرواة على أنباء النحاة، ط1، بيروت، المكتبة العصرية، 1424هـ.
39. المالقى، أحمد بن عبد النور(ت: 702هـ)، رصف المباني في شرح حروف المعاني، تج: أحمد محمد الخراط، دمشق: مجمع اللغة العربية.
40. المبرد، أبو العباس محمد بن يزيد (ت: 285)، المقتصب، تج: محمد عبد الخالق عصيمة، بيروت: عالم الكتب، 1431هـ، 2010م.

41. ابن مجاهد، أحمد بن موسى بن العباس (ت: 324هـ)، *السبعة في القراءات*، تحرير: شوقي ضيف، ط2، مصر، دار المعارف، 1400هـ.
42. المرادي، الحسن بن قاسم (ت: 749هـ)، *الجني الداني في حروف المعاني*، تحرير: فخر الدين قباوة، ومحمد نديم فاضل، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1413هـ، 1992م.
43. المقربي، أحمد بن محمد (ت: 1041هـ)، *نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب*، تحرير: إحسان عباس، ط1، بيروت، دار صادر- بيروت، 1997م.
44. النسائي، أحمد بن شعيب بن علي الخرساني (ت: 303هـ)، *المجتبى من السنن (السنن الصغرى)*، تحرير: عبد الفتاح أبو غدة، كتاب الجنائز، ذكر الاختلاف على معمر فيه، رقم الحديث (2106)، ط2، حلب، مكتبة المطبوعات الإسلامية، 1406هـ، 1986م.
45. الهروي، محمد بن أحمد بن الأزهري، (ت: 370هـ)، *تهذيب اللغة*، تحرير: محمد عوض مرعب، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 2001م.
46. ابن هشام، أبو محمد عبد الله بن يوسف جمال الدين (ت: 761هـ)، *مغني اللبيب عن كتب الأعريب*، تحرير: فخر الدين قباوة، ط3، إسطنبول: دار اللباب، 1440هـ، 2019م.
47. ياقوت الحموي، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي (ت: 626هـ)، *إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب*، تحرير: إحسان عباس، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1414هـ - 1993م.
48. يعقوب، إميل بديع، *موسوعة الحروف في اللغة العربية*، ط2، 1415هـ، 1995م، بيروت: دار الجيل،